

Nominierungsentscheidungen im Sport: Nur eine Frage des Ermessens?

Zugleich Besprechung von OLG Frankfurt, Urt. v. 28. 4. 2022 – 11 U 169/20 (Kart)

Von Rechtsanwälten Michael Kintrup und Björn Hessert LL.M. (University of Melbourne), Hamburg/Lausanne*

Das mit Spannung erwartete Urteil des unter anderem für das Kartellrecht zuständigen 11. Zivilsenats des OLG Frankfurt¹ hat einen „sportrechtlichen Dauerbrenner“ zum Gegenstand. Im Zentrum des Verfahrens ging es um die Frage, ob zwei insbesondere im für den Rechtsstreit relevanten Jahr 2019 sowohl national wie international erfolgreichen Beachvolleyballerinnen (Klägerinnen) gegen den nationalen Volleyballverband (Beklagten) ein Schadensersatzanspruch wegen Nichtnominierung zusteht.

I. Einleitung

Im Jahr 2011 bzw. 2019 hatten die Klägerinnen eine Kader- bzw. Athletenvereinbarung mit dem Beklagten geschlossen, durch die die Klägerinnen sich den Regularien des Beklagten unterworfen hatten. Beide Vereinbarungen enthielten zudem eine Schiedsvereinbarung zugunsten „eines Schiedsgerichts (Besetzung desselben: Beteiligter jeder Seite und der Vorsitzende des Verbandsgerichts als Vorsitzender).“

Aufgrund der Beendigung der sportlichen Karriere einer konkurrierenden Beachvolleyballspielerin kam es im Jahr 2019 zu zahlreichen Neuformierungen der erfolgreichsten deutschen Frauenvolleyballteams. Die neu formierten Teams bestanden aus Abwehr- und Angriffsspielerinnen. Eine Ausnahme hiervon bildete das Team der Klägerinnen, die beide Abwehrspielerinnen sind.

Die Klägerinnen waren aufgrund dieser Vereinbarungen auch an die für das vorliegend besprochene Urteil ausschlaggebenden Nominierungskriterien des Beklagten gebunden. Danach haben für die Teilnahme an internationalen Turnieren der Kategorie drei, vier und fünf Sterne alle Nationalteams vorrangiges Melderecht. Weiteren Vorrang erhalten Perspektivspielerinnen. Der Beklagte hatte am 5. 2. 2019 bekanntgegeben, welche Teams National- und Perspektivteams für das kommende Jahr sein sollten. Nachrangig erfolgte die Zulassung nach sog. Entry-Points. Daneben ist erwähnenswert, dass die Nominierungsregelungen des internationalen Volleyballverbandes Fédération Internationale de Volleyball (FIVB), vorsahen, dass die „top ranked teams“ zu den hier relevanten Drei-bis-Fünfstern-Turnieren zu nominieren seien.

II. Die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung

Die zunächst erfolgte Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsabrede ist aufgrund der sportrechtlichen Natur des Rechtsstreits in zweierlei Hinsicht geboten. Nationale (und internationale) Sportverbände haben meist auf Grundlage ihrer Organisationsfreiheit einen verbandsinternen Streitbeilegungsmechanismus geschaffen, sodass die verbandsinternen Rechtsmittel grundsätzlich vor Anrufung der ordentlichen Gerichtsbarkeit auszuschöpfen sind. Anderenfalls ist die Klage als (derzeit) unzulässig abzuweisen. Im vorliegenden Fall besteht innerhalb der Verbandsstruktur des Beklagten eine solche Verbandsgerichtsbarkeit. Die innerhalb der Verbandsgerichtsbarkeit zur Verfügung stehenden Rechtsmittel wären auch im Fall der beiden Beachvolleyballspielerinnen auszuschöpfen gewesen, sofern gegen die Nichtnominierungsentscheidung des Beklagten primär vorgegangen worden wäre. Wie der Senat – unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH² – korrekterweise feststellte, mangelt es hingegen an einer Zuständigkeit des Verbandsgerichts des Beklagten bei Geltendmachung von Sekundäransprüchen wie im Fall der beiden Klägerinnen.

Daneben musste sich der Senat im Rahmen der Zuständigkeit mit der Wirksamkeit der in der Kader- bzw. Athletenvereinbarung der Klägerinnen enthaltenen Schiedsvereinbarung und der aufgrund dessen von Seiten der Beklagten erhobenen Schiedseinrede gem. § 1032 Abs. 1 ZPO befassen. In diesem Zusammenhang hatte das LG Frankfurt³ in seinem erstinstanzlichen Urteil festgestellt, dass die Schiedsvereinbarung zwischen den Klägerinnen und dem beklagten nationalen Sportverband unwirksam sei, da es hierbei an der notwendigen Freiwilligkeit der Klägerinnen bei Abschluss der Schiedsvereinbarung gemangelt habe. Als Grundlage seiner Entscheidungsfindung verwies das LG Frankfurt dabei auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in *Mutu und Pechstein*⁴. Darin hatte der EGMR festgestellt, dass, sofern es bei Abschluss von Schiedsvereinbarungen an einer echten Wahlmöglichkeit auf Zustimmung oder Nicht-Zustimmung für Sportlerinnen⁵ fehle, diese Fremdbestimmtheit durch die Anwendung von Art. 6 EMRK zu kompensieren sei, indem die darin garantierten Rechte im Schiedsverfahren voll-

* Verf. Kintrup ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB und Doktorand an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Verf. Dr. iur. des. Hessert ist Counsel am Internationalen Sportgerichtshof (CAS).

1 SpuRt 2022, 260 – in diesem Heft.

2 BGH, Urt. v. 10. 12. 2019 – II ZR 417/18.

3 LG Frankfurt, Urt. v. 7. 10. 2020 – 2-06 O 457/19.

4 *Mutu and Pechstein v Switzerland*, EGMR, Beschwerden Nrn. 40575/10 and no. 67474/10, 2 October 2018.

5 Aus Gründen der Lesbarkeit wird ausschließlich die weibliche Form verwendet, mit der alle Personen unabhängig von der Geschlechteridentität gemeint sind.

umfänglich respektiert werden müssen.⁶ Der EGMR hatte sich jedoch – anders als vom LG Frankfurt interpretiert – nicht zu der Frage geäußert, ob eine solche Unfreiwilligkeit bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit sozial mächtigen Sportverbänden unmittelbar zu einer Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung führt.⁷ Diese Frage wurde auch nicht vom BGH in seiner *Pechstein*-Entscheidung⁸ geklärt, da der BGH von einer grundsätzlichen Freiwilligkeit von SportlerInnen bei Abschluss derartiger Schiedsvereinbarungen ausgegangen war.⁹ Eine solche Auslegung der Freiwilligkeit von SportlerInnen ist unter Beachtung der Rechtsprechung des EGMR nicht mehr vertretbar. Allerdings ließ es auch der Senat in seiner Entscheidung offen, ob eine Unfreiwilligkeit unmittelbar zur Unwirksamkeit führen muss. Dies ersieht man mit Blick auf die in der Literatur¹⁰ geübte Kritik an der Entscheidung des LG Frankfurt überraschend. Dabei wurde die Unwirksamkeit als Rechtsfolge der Fremdbestimmtheit von SportlerInnen dahingehend kritisiert, dass es an der notwendigen Abwägung der beiderseitigen Interessen mangle.¹¹ Zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zwischen sozial mächtigen Sportverbänden und professionellen SportlerInnen sind stets die Interessen beider Parteien, insbesondere das Interesse an einer einheitlichen Auslegung und Anwendung von Sportregularien sowie das Interesse an fairen und vergleichbaren Sportwettbewerben einerseits, aber auch die Berufsfreiheit der SportlerInnen andererseits, zu berücksichtigen.¹²

Ohne auf die Frage der Rechtsfolge einer möglichen Unfreiwilligkeit näher einzugehen, wurde die Wirksamkeit der in Rede stehenden Schiedsvereinbarung am Maßstab der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des (*ad hoc*) Schiedsgerichts des Beklagten beurteilt. Nach überzeugender Ansicht des Senats handelt es sich bei diesem Schiedsgericht nicht um ein „echtes“ Schiedsgericht i. S. v. § 1025 ff. ZPO in Ermangelung der hierfür notwendigen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.

Die notwendige Abgrenzung zwischen (abhängigen) Verbandsgerichten und „echten“ Schiedsgerichten kann gerade im Bereich der Sportgerichtsbarkeit problembehaftet sein, da Verbände im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit die Entscheidungskompetenz über vereinsinterne Auseinandersetzungen auf unabhängige Dritte übertragen können.¹³ Grundvoraussetzung für einen verbandsunabhängigen Spruchkörper ist zunächst, dass er seine rechtliche Grundlage als Organ nicht in der Satzung des Vereins hat und er nicht in dessen Organisation eingebunden ist.¹⁴ Die bloße Bezeichnung des Spruchkörpers als Schiedsgericht ist zur Abgrenzung unzureichend.¹⁵ Als taugliches Abgren-

zungsmerkmal dient hingegen u. a. auch die gleichberechtigte Einflussnahme der Parteien auf die Besetzung des Spruchkörpers.¹⁶ Ein paritätischer Einfluss auf die Besetzung war bei dem Schiedsgericht des beklagten Verbandes nicht gegeben, da der Vorsitzende des Verbandsgerichts des Beklagten – laut Schiedsvereinbarung – stets Mitglied des Schiedsgerichts sein sollte. Eine solche verbandslastige Besetzung ist mit den Grundsätzen der Unabhängigkeit und Neutralität „echter“ Schiedsgerichte nicht vereinbar, da – wie der Senat zurecht betone – der Verbandsgerichtsvorsitzende „im Lager des Beklagten“ steht.¹⁷ Ein solches verbandsseitiges Übergewicht der Einflussnahme auf die Besetzung des Schiedsgerichts unterscheidet sich dabei fundamental von der Besetzung des Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne, Schweiz. Wie der Senat mit Verweis auf die *Mutu* und *Pechstein*-Entscheidung betonte, handelt es sich beim Internationalen Sportgerichtshof um ein „echtes“ Schiedsgericht, dessen Schiedssprüche als „wirkliche Urteile ähnlich denen eines staatlichen Gericht“ anzusehen sind.¹⁸ Insbesondere haben die Parteien vor dem CAS paritätischen Einfluss auf die Besetzung des Schiedsgerichts, vgl. Art. R40.1 Code of Sports-related Arbitration.

Aus den genannten Gründen der mangelnden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bei der Besetzung des Schiedsgerichts war die Schiedsvereinbarung zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten von Seiten des Senats somit zurecht für unwirksam erklärt worden, mit der Folge dass die vom Beklagten erhobene Schiedseinrede ohne Erfolg blieb und die Klage mithin zulässig war.

III. Der Schadensersatzanspruch der Klägerinnen

Die für den eingeklagten Schadensersatzanspruch der Klägerinnen grundlegende Frage war, ob ein Nominierungsanspruch der Klägerinnen bestand, dem der Beklagte nicht hinreichend nachgekommen war.

Unstreitig war, dass die Klägerinnen die vom Beklagten aufgestellten Nominierungsrichtlinien nicht erfüllten, da sie nicht als National- oder Perspektivteam eingestuft worden waren. Folglich kam ein Nominierungsanspruch der Klägerinnen nur dann in Betracht, wenn die Nominierungsrichtlinien rechtswidrig sind und der Beklagte – unter Zugrundlegung rechtmäßiger Nominierungskriterien – gerade die Klägerinnen hätte nominieren müssen. Hierbei beruft sich der Senat auf das insofern wegweisende Urteil des BGH¹⁹, mit welchem der 2. Zivilsenat dem Dreispringer Charles Friedek einen Schadensersatz wegen rechtswidriger Nichtnominierung durch den DOSB zusprach. Nach Ansicht des BGH handelt es bei Nominierungskriterien um „Sportregeln im weiteren Sinne“, die dem Verbandsrecht zuzuordnen seien. Aus dieser Einordnung leitet der Senat eine als Ausfluss der Verbandsautonomie eingeschränkte Überprüfbarkeit der Nominierungsrichtlinien durch ordentliche

6 *Mutu and Pechstein v Switzerland*, EGMR, Beschwerden Nrn. 40575/10 and no. 67474/10, 2 October 2018., Rn. 115.

7 Der EGMR musste sich diesbezüglich nicht äußern.

8 BGH, Urt. v. 7. 6. 2016 – KZR 6/15.

9 BGH, Urt. v. 7. 6. 2016 – KZR 6/15, Rn. 55.

10 Vgl. Hessert, *Causa Sport* 2020, 490, 492 ff.; Hülskötter, *SchiedsVZ* 2021, 145 ff.

11 Hessert, *Causa Sport* 2020, 490, 492 ff.; Hülskötter, *SchiedsVZ* 2021, 145 ff.

12 Hessert, *Causa Sport*, 2020, 490, 494; Hülskötter, *SchiedsVZ* 2021, 145 ff.

13 Haas/Neumayer, *NZG* 2017, 881, 886.

14 *Orth*, in: Cherkh/Momson/Orth, *Handbuch Sportstrafrecht*, Rn. 256.

15 Haas/Neumayer, *NZG* 2017, 881, 882.

16 BGH, NJW 2004, 2226, 2227; Haas/Gedeon, *SpuRt* 2000, 228, 230.

17 Angoura, *The Impartiality and Independence of Arbitrators in International Commercial Arbitration*, S. 171.

18 *Mutu and Pechstein v Switzerland*, EGMR, Beschwerden Nrn. 40575/10 and no. 67474/10, 2 October 2018, Rn. 149.

19 BGH, Urt. v. 13.505.2015 – Az. II ZR 23/14.

Gerichte ab. Auf eine darüber hinausgehende Herleitung und Begründung dieses reduzierten Prüfungsmaßstabes, wie etwa unter Verweis auf § 315 Abs. 1 BGB als möglichen einfach-gesetzlichen Anknüpfungspunkt, geht der Senat nicht weiter ein.²⁰

Darüber hinaus umfasse die gerichtliche Kompetenz bei der Prüfung der Regelwerke sozial mächtiger Verbände die inhaltliche Angemessenheit und Bestimmtheit der angewandten Regelungen. Hierbei sei ein angemessener Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen des Verbandes und den schutzwürdigen Interessen derjenigen herstellen, die der Verbandsgewalt unterworfen seien. Es dürfe keine „*willkürliche oder unbillige, den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechende Behandlung festgestellt werden*“. Gleichwohl betont der Senat im Anschluss nochmals, dass „*auch bei sozial mächtigen Verbänden – wie hier dem Beklagten – unter Berücksichtigung der Verbandsautonomie ein Beurteilungsspielraum zu beachten*“ sei, der es verbiete, die Überzeugung und die Wertmaßstäbe des Gerichts an Stelle derjenigen des Verbandes zu setzen. Auf die Grenzen dieses Beurteilungsspielraumes bei sozial mächtigen Verbänden geht der Senat allerdings nicht ein.²¹

Neben der Verwendung verschiedener, konkretisierungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriffe und der Frage, wie der Senat seinen Prüfungsmaßstab bei sozial mächtigen Verbänden in Abgrenzung möglicherweise von sonstigen Verbänden mit Leben füllt, bieten die Ausführungen des Senats zumindest in anderer Hinsicht Anlass für eine kritische Anmerkung: Der Verweis auf die Einordnung der Nominierungsrichtlinien als dem Verbandsrecht zuzuordnende Sportregeln im weiteren Sinne unter Hinweis auf das Friedek-Urteil des BGH ist zumindest irreführend, da sich eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfungs-kompetenz von Nominierungsrichtlinien nicht unmittelbar aus dieser Entscheidung des BGH ergibt. Stattdessen hatte der BGH festgestellt, dass das Revisionsgericht nicht darauf beschränkt sei, „*ob die Auslegung des Trichters gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen hat*“. Das Revisionsgericht könne Verbandsrecht vielmehr selbstständig auslegen. Aus der rechtlichen Einordnung von Selektionskriterien als „Sportregularien im weiteren Sinn“ ergibt sich, dass diese wie Satzungen von Sportverbänden objektiv aus Sicht des maßgeblichen Empfängerhorizonts, hier der Klägerinnen, auszulegen sind.²² Über die Frage eines möglichen Ermessens der Sportverbände und dessen Umfang war im Friedek-Fall nicht zu entscheiden. Eine nähere Herleitung und Begründung seines eingeschränkten Prüfungsmaßstabes liefert der Senat – abgesehen von einem einigermaßen pauschalen Verweis auf die Verbandsautonomie – schließlich nicht mehr.

Mit seinem Ansatz eines auch bei der Überprüfung von Nominierungsrichtlinien sozial mächtiger Verbände deutlich eingeschränkten Prüfungsmaßstabes setzt der Senat seine zuletzt im sog. „Spielerberater“-Urteil²³ eingeschlagene Linie fort. Darin hob der Senat hervor, dass der dem Verband zuzubilligende Gestaltungsspielraum umso größer sei, je mehr der Kernbereich der sportlichen Betätigung betroffen sei. Eine differenzierende Betrachtung sei notwendig, je stärker auch wirtschaftliche Ziele verfolgt würden.²⁴ Die dem Spielerberater-Fall zugrunde liegende Konstellation unterscheidet sich allerdings insofern von dem hier zu beurteilenden Sachverhalt, als dass die Spielerberaterinnen anders als Athletinnen meist nicht über z. B. eine Regelanerkennungsvereinbarung vertraglich den Verbandsregelwerken unterworfen sind. Solche auf externe Dritte anzuwendende Regularien stoßen jedenfalls auf erhebliche kartellrechtliche Bedenken, die nicht allein unter Verweis auf die Verbandsautonomie beseitigt werden können.²⁵

Der im vorliegenden Fall angewandte reduzierte Prüfungsmaßstab sowie das damit korrespondierende relativ weite Auswahlmessen und der angenommene Beurteilungsspielraum des Verbandes ist eine immer wiederkehrende Grundsatzfrage im Zusammenhang mit marktbeherrschenden Sportverbänden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Rechtsprechung des EuGH bei der Frage der Überprüfbarkeit sportverbandlicher Regelwerke und zugrundeliegender eigener Wertmaßstäbe der Sportverbände beachtlich.²⁶ Warum der Senat sich hierzu weitestgehend nicht äußert, ist wenig nachvollziehbar. Im Besonderen wäre eine Auseinandersetzung mit den in *Wouters*²⁷ entwickelten und in der Sache *Meca-Medina*²⁸ auf sportbezogene Sachverhalte übertragenen Prüfungsschritten, der sog. Drei-Stufen-Prüfung²⁹, geboten gewesen, wodurch die Autonomie sozial mächtiger Sportverbände durch das EU-Recht eingeschränkt ist.³⁰

Nach der Drei-Stufen-Prüfung ist auf der ersten Stufe der Gesamtzusammenhang des fraglichen Beschlusses und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen. Dann ist zu prüfen, ob mit dem Beschluss die verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen (zweite Stufe) und schließlich, ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind (drit-

20 Zum gerichtlichen Prüfungsmaßstab bei sozial mächtigen Verbänden grundlegend *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, Rn. 597 f.

21 Vgl. hierzu BGH NJW 1988, 552 (555); BGH NJW 1997, 3368 (3370); LG Freiburg SpuRt 2012, 212; *Behler*, in: Reichert, Vereinsrecht, Rn. 3313; *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, Rn. 610 ff.

22 BGH, Urt. v. 13. 10. 2015 – II ZR 23/14, BeckRS 2015, 17509; Rn. 24 a.

23 OLG Frankfurt, Urt. v. 30. 11. 2021 – 11 U 172/19 (Kart), = GRUR RS 2021, 37096.

24 OLG Frankfurt, Urt. v. 30. 11. 2021 – 11 U 172/19 (Kart), = GRUR RS 2021, 37096, Rn. 90; Vgl. Kritisch in Bezug auf konsequente Anwendung des Prüfungsmaßstabes Soldner/Gastell, SpoPrax 2022, 75 ff.

25 Ausführlich hierzu Podszun, NZKart 2021, 138 ff.

26 Siehe etwa EuGH, Rs. C-36/74, Walrave und Koch v. Association Union Cycliste Internationale u. a., Slg. 1974 1405 (im Folgenden „Walrave und Koch“); EuGH, Rs. C-415/93, Union royale belge des sociétés de football ASBL u. a. v. Bosman u. a., Slg. 1995 I-4921 („Bosman“); EuGH, Rs. C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen v. Kommission, Slg. 2006 I-7011. (im Folgenden „Meca-Medina“).

27 Zur Entwicklung der Drei-Stufen-Prüfung Ackermann, Grenzen der Sportverbandsautonomie nach der Wouters-Doktrin, WuW 2022, 122 ff.

28 EuGH, Rs. C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen v. Kommission, Slg. 2006 I-7011.

29 Ausführlich zur Anwendung der Drei-Stufen-Prüfung auf den Sportsektor Stopper, SpuRt 2020, 216 ff.

30 EuGH, Rs. C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen v. Kommission, Slg. 2006 I-7011, Rn. 55; Weatherill, *Principles and Practice in EU Sports Law*, S. 110; siehe hierzu auch Bechtel, *causa sport* 2019, 240 ff.; Jakob, SpuRt 2019, 249 ff.; Hessert/Dujic, *causa sport* 2021, 185, 188.

te Stufe).³¹ Die Regelsetzung und -anwendung von Sportverbänden dürfen demnach nicht weitergehen, als das für die Erreichung – sportlicher – Zwecke Notwendige, wobei die in Art. 165 Abs. 1 AEUV im EU-Recht anerkannten Besonderheiten des Sports stets zu beachten sind.³²

Wendet man diese Kriterien auf die hier besprochene Entscheidung an, so ist grundsätzlich zwischen der Regelsetzungskompetenz – den von Beklagtenseite aufgestellten Nominierungsrichtlinien – und der Anwendung im Sinne der Nominierungsentscheidung für die konkreten Beachvolleyballturniere zu unterscheiden. Hierbei drängt sich im konkreten Fall die vielfach diskutierte Frage auf, ob und in welchem Umfang den Sportverbänden bei der Aufstellung und Anwendung von Nominierungsrichtlinien ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zuzugestehen ist und wie weit die gerichtliche Kompetenz zur Überprüfung damit korrespondierend reicht.³³

1. Rechtmäßigkeit der Nominierungskriterien

An einer Differenzierung zwischen Regelsetzung und Regelanwendung mangelt es in der vorliegenden Entscheidung. Stattdessen werden die rechtlichen Probleme der Nominierungsrichtlinien des Beklagten lediglich angedeutet, obwohl dies in der konkreten Konstellation wohl angezeigt gewesen wäre. Die starke Fokussierung auf jährlich benannte National- und Perspektivteams ist nicht zuletzt aufgrund der damit einhergehenden Einschränkung des Wettbewerbs nicht unproblematisch.

Hierbei ist auch zu beachten, dass möglicherweise ein Widerspruch zu den internationalen Empfehlungen des internationalen Sportfachverbandes FIVB an ihre Mitgliedsverbände bestand, sich bei der Nominierung an dem Kriterium der „*top ranked teams*“ zu orientieren. Im Ergebnis konnte der Senat die Frage der Rechtmäßigkeit der Nominierungsrichtlinien des Beklagten aufgrund des nicht zumindest hilfsweise gestellten Feststellungsantrags allerdings offen lassen.

Dass der Senat nicht dezidiert in die Drei-Stufen-Prüfung einsteigt und die Frage der Rechtswidrigkeit der Nominierungsrichtlinien des Beklagten offen lässt, ist auch den besonderen Umständen des Einzelfalls geschuldet. Der eingeklagte (Kartell-)Schadensersatzanspruch der Klägerinnen scheidet nach Ansicht des Senats jedenfalls in Ermangelung eines ausreichenden Vortrags der Klägerinnen bezüglich eines anderen Tatbestandsmerkmals – der Kausalität zwischen möglicher Rechtswidrigkeit der Nominierungsrichtlinien und der Nichtnominierung der Klägerinnen – aus. Es konnte demnach, so der Senat, nicht festgestellt werden, ob die Klägerinnen ohne die rechtswidrigen Nominierungsrichtlinien und stattdessen auf Grundlage der Weltranglistenpunkte, wie von ihnen behauptet, für alle sechs geltend gemachten Turniere hätten nominiert werden müssen.

2. Rechtmäßigkeit der Nominierungsentscheidung

Die Frage der Rechtmäßigkeit des ausgeübten Ermessens des Beklagten bei der Auswahl der nominierten Teams wird daher lediglich inzident im Rahmen der Prüfung der erforderlichen Kausalität einer möglichen – vom Senat für die folgende Prüfung unterstellten – Rechtswidrigkeit der Nominierungsrichtlinien für den möglichen Schaden der Klägerinnen berücksichtigt. Es bleibt mithin offen, ob der Senat auch im Rahmen der Anwendung der Nominierungskriterien von einer eingeschränkten Prüfungskompetenz ausgegangen wäre und wie er ein entsprechendes Verständnis mit der Drei-Stufen-Prüfung in Einklang gebracht hätte. Eine wenn auch eingeschränkte Überprüfung und Subsumtion unter die Nominierungskriterien des Beklagten nimmt der Senat also gerade nicht mehr vor.

3. Die Haftungsbegründende Kausalität und die Unge- wissenheit sportlicher Ergebnisse

Im Ergebnis bewertet der Senat den Vortrag der Klägerinnen zum Nachweis der erforderlichen haftungsbegründenden Kausalität der – insoweit unterstellt – rechtswidrigen Nominierungsrichtlinien für die verpassten Antrittsgelder als entgangenen Gewinn im Sinne von § 252 BGB als nicht ausreichend. Obwohl § 252 S. 2 BGB für den Fall eines solchen mittelbaren Schadens eine widerlegliche Vermutung in der Weise bereitstellt, dass „*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen*“ derjenige Gewinn als entgangen gilt, der „*mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*“, ist der Senat nach seiner freien richterlichen Überzeugung gem. § 286 ZPO zu der Ansicht gelangt, dass die Klägerinnen bereits einen Prüfungsschritt vor der Frage der Schadenshöhe den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität nicht erbracht hätten. Denn die Klägerinnen hätten nicht ausreichend dargelegt, „*dass der Beklagte sie für alle streitgegenständlichen sechs Turniere hätte nominieren müssen, wenn er allein – wie sie meinen – den Weltranglistenplatz für die Nominierungsentscheidung hätte zugrunde legen müssen*“.

Die Ausführungen des Senats zur haftungsbegründenden Kausalität geben durchaus Anlass zur Diskussion. Bei der rechtlichen Bewertung der aufgestellten Nominierungsrichtlinien legt der Senat eine eingeschränkte Prüfungskompetenz unter Berücksichtigung des eingeräumten Ermessensspielraums des Beklagten zugrunde, während er bei der (hypothetischen) Nominierungsentscheidung im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität hingegen eine nicht unerhebliche eigene Leistungsbewertung der Klägerinnen vornimmt, um die Frage der Nominierungspflicht zu untersuchen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Anwendungsbereich von § 252 S. 2 BGB aufgrund des Vortrages der Klägerinnen eröffnet ist³⁴, hält es der Senat jedenfalls für unwahrscheinlich, dass die Klägerinnen die notwendigen Weltranglistenpunkte bei den vorherigen vier Turnieren erlangt hätten und so für das fünfte Turnier vom Beklagten nominiert hätten werden müssen.

31 EuGH, Rs. C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen v. Kommission, Slg. 2006 I-7011, Rn. 42.

32 Weatherill, Principles and Practice in EU Sports Law, S. 109, 120; Hessler/Dujic, *causa sport* 2021, 185, 188.

33 Teilweise wird sogar vertreten, dass Sportverbänden eine gerichtlich nicht überprüfbare Einschätzungsprerogative zusteht analog zu dem des demokratisch legitimierten Gesetzgebers: s. z. B. Schneider/Bischoff, SpRuRt 2021, 54 ff.

34 Vgl. generell zum Anwendungsbereich der Vorschrift *Oetker*, in: MüKo BGB, § 252, Rn. 1 ff.; Grüneberg, § 252, Rn. 4.

Der Senat legt das von ihm bei der Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufs zugrunde gelegte Beweismaß zwar nicht ausdrücklich offen. Die von ihm verwendete Formulierung („*kann vom Senat nicht festgestellt werden, dass die Klägerinnen [...] in der Lage gewesen wären...*“) lässt aber den Rückschluss zu, dass er den strengeren Maßstab des Vollbeweises i. S. v. § 286 ZPO angewendet hat. Nach der ständigen Rspr. des BGH setzt die Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 ZPO zwar keine absolute oder unumstößliche Gewissheit im Sinne des wissenschaftlichen Nachweises voraus, erfordert aber zumindest einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.³⁵

Wegen des typischerweise offenen Ausgangs des sportlichen Wettbewerbs und der damit verbundenen, erschwerten sportlichen (Zukunfts-)Prognose, ist ein die Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO erfüllender Vortrag der darlegungs- und beweisbelasteten Sportlerinnen zum Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität zwischen rechtswidrigen Nominierungsrichtlinien und Nichtnominierung kaum zu führen. Sportliche Ergebnisse hängen von diversen Umständen wie etwa der Tagesform, den Gegenspielerinnen oder der physischen und mentalen Verfassung ab, die faktisch unmöglich vorab verlässlich zu bewerten sind. Es verwundert daher nicht, dass aus Sicht des Senats nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit bestimmbar war, ob die sportlichen Leistungen der Klägerinnen so gut gewesen wären, dass sie für das fünfte Turnier aufgrund der Weltranglistenposition hätten nominiert werden müssen. Im Generellen wird es für Sportlerinnen in ähnlich gelagerten Fällen schwierig bleiben, substantiiert vorzutragen, um Gerichte davon zu überzeugen, dass keine vernünftigen Zweifel mehr daran bestehen, dass ihnen durch unterstellt rechtswidrige Nominierungskriterien ein Erwerbsschaden wie etwa in Gestalt entgangener Antrittsgelder entstanden ist.

Als tauglicher Anknüpfungspunkt für eine aus Sicht der Klägerinnen günstige Leistungsprognose, die eine bessere Weltranglistenposition der Klägerinnen gegenüber mindestens einem der vorrangig nominierten Gespanne ermöglicht hätte, sind die vorangegangenen sportlichen Leistungen der Klägerinnen im Jahr 2019 bei elf gemeinsam gespielten Turnieren in Erwägung zu ziehen, die stets besser waren als mindestens ein vorrangig nominiertes Team. Der Senat versäumt es, zu begründen, weshalb er trotz dieses tauglichen Anknüpfungspunktes berechnete Zweifel daran hat, dass die Klägerinnen im Falle einer Teilnahme an den ersten vier Turnieren so viele Weltranglistenpunkte gesammelt hätten, dass sie zumindest besser als eines der ihnen vorgezogenen Gespanne in der Weltrangliste platziert gewesen wären. Dies verwundert umso mehr, weil der Senat an anderer Stelle des Urteils dem Argument folgt, die Weltranglistenpunkte der Klägerinnen hätten sie teilweise jeweils mit anderen Gespannpartnerinnen gesammelt. Die in der aktuellen Besetzung gegen ihre Konkurrentinnen erzielten

Punkte bewertet der Senat dagegen nicht ausreichend. Die maßgebliche Rechtsprechung des BGH hätte zudem insoweit zumindest einen argumentativen Ansatzpunkt geboten, eine gegenteilige Leistungsprognose zu treffen und den Klägerinnen das notwendige Leistungsvermögen zu attestieren, um die für eine Nominierung zu Turnier fünf notwendigen Weltranglistenpunkte zu sammeln.³⁶ Der BGH führte in einer ähnlich gelagerten Konstellation aus, dass es nicht unberücksichtigt bleiben könne, dass der Schädiger dafür verantwortlich sei, dass der Geschädigte zu einem frühen Zeitpunkt in seiner beruflichen Entwicklung gestört werde und sich erst daraus die besondere Schwierigkeit ergebe, nun eine Prognose über einen hypothetischen Kausalverlauf anzustellen.³⁷ Die bereits nicht erfolgte Nominierung für die ersten vier Turniere hätte daher jedenfalls für die Nichtnominierung für die weiteren Turniere Berücksichtigung finden können.

Im Sport besteht grundsätzlich daneben eine objektive Vergleichbarkeit von Leistungen,³⁸ hier insbesondere die Erfolge in der jüngeren Vergangenheit bei aktuellen Turnieren im Jahr 2019 im Vergleich zu den vorrangig nominierten Teams. Zwar bewegt sich die Einschätzung des Senats im Rahmen seiner freien richterlichen Beweiswürdigung, die gegenteilige Ansicht wäre jedoch durchaus vertretbar gewesen, da der Rückschluss nicht von der Hand zu weisen ist, dass das vorangegangene bessere Abschneiden bei elf gemeinsam gespielten Turnieren gegenüber mindestens einem vorrangig nominierten Gespann auch zu einer besseren Weltranglistenposition als derjenigen eines der vier vorrangig nominierten Teams vor Turnier fünf geführt hätte. Allerdings kommt im hiesigen Verfahren erschwerend bei der Bewertung des sportlichen Leistungspotenzials die Neuformierung der deutschen Beachvolleyballmannschaften sowie die Paarung von Abwehr- und Angriffsspielerinnen bzw. reinen Abwehrspielerinnen hinzu.

Die Konsequenz des jedenfalls hier vom Senat angelegten, tendenziell eher strengen Maßstabs zum Nachweis der Kausalität einer Nichtnominierung für einen entgangenen Gewinn liegt auf der Hand. Dieser führt dazu, dass die Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag eines insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägers – auch unter Berücksichtigung anderer, hier aber nicht anwendbarer Beweismaßerleichterungen im materiellen Recht wie etwa § 252 S. 2 BGB oder § 287 ZPO, die im Rahmen von § 286 ZPO Berücksichtigung finden³⁹, so hoch sind, dass der Nachweis der Schadenskausalität in vergleichbaren Sportwettkampfsituationen nur schwer gelingen dürfte.⁴⁰ Eine weitere Nachweiserleichterung durch eine Anwendung von beispielsweise § 33 a Abs. 2 GWB

36 Vgl. BGH NJW 1998, 1633 (1634).

37 Vgl. BGH NJW 1998, 1633 (1634).

38 Haas/Reimann, SpuRt 2000, 49, 52; siehe auch BGH NJW 1983, 443 f: einem zu Unrecht von einem Preiswettbewerb ausgeschlossenen Architekten könne der Nachweis gelingen, dass er im Falle einer Zulassung einen Preis erhalten hätte, da die Preiswürdigkeit von objektiv überprüfbaren Bewertungskriterien abhängt, die ein Sachverständiger zu beurteilen im Stande sei.

39 Vgl. weiterführend Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess.

40 Vgl. Jakob, in: Jakob/Orth/Stopper, Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1122.

35 BGH, NJW 2018, 150 Rn. 14; NJW 2014, 71 Rn. 8; NJW 2016, 942 Rn. 40; NJW 2017, 1093 Rn. 60.

kommt nicht in Betracht. Ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach findet die Norm nur im Falle des Bestehens eines Kartells Anwendung und geht auf die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie zurück. Da die Ersatzfähigkeit von Schäden aufgrund missbräuchlicher Verhaltensweisen in der rechtspolitischen Debatte hinter der von Preiskartellen und weiteren von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfassten Praktiken zurücksteht, sah auch der Gesetzgeber im Rahmen der 9. GWB-Novelle keinen Bedarf, strengere Regelungen für Missbrauchsfälle einzuführen.⁴¹ Mangels planwidriger Regelungslücke scheidet somit auch eine analoge Anwendung der Nachweiserleichterung des § 33 a Abs. 2 GWB für den hier in Frage stehenden Kausalitätsnachweis im Rahmen der Prüfung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus. Denn aus der Regierungsbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine exakte Umsetzung und Begrenzung auf den Wortlaut der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie beabsichtigt hat⁴² und die im Referentenentwurf noch vorhandenen Abweichungen zur EU-Kartellschadensersatzrichtlinie beseitigen wollte.⁴³

VI. Fazit

Das Urteil vereint drei für den Sportsektor relevante Problemkreise. Erstens zeigt es, dass weiterhin Diskussionsbedarf um die Anforderungen für die Einordnung eines Vereinsgerichts als echtes Schiedsgericht bestehen, von der maßgeblich auch die Wirksamkeit einer Schiedsabrede und der Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs abhängt. Zweitens deutet es an, dass Fragen um das Verhältnis sportverbandlicher Regelwerke mit dem (europäischen) Kartellrecht ungeklärt sind.

41 Lübbig, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 33 a GWB, Rn. 31.

42 Regierungsbegründung zu Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-DrS 18/10207, S. 55 f.; Kersting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, § 33 a GWB, Rn. 60.

43 Vgl. zu Abweichungen Kersting/Preuß, WuW 2016, 394 ff.

So ist beispielsweise weiterhin umstritten, wer für die maßgeblichen Tatsachen im Rahmen der Drei-Stufen-Prüfung aus *Meca-Medina* die Darlegungs- und Beweislast trägt und ob Sportverbänden im Zusammenhang mit der Prüfung ein Ermessen einzuräumen ist. Diese Fragen könnten nationale Gerichte veranlassen, auf Anregung der Parteien ein Vorlageverfahren an den EuGH einzuleiten. Die erforderliche Entscheidungserheblichkeit war im hier zu beurteilenden Rechtsstreit allerdings nicht gegeben, verneinte der Senat den Schadensersatzanspruch der Klägerinnen doch jedenfalls aufgrund des nicht gelungenen Kausalitätsnachweises. Es erscheint zweckmäßig, auch die Rechtmäßigkeit von Nominierungskriterien und die darauf beruhenden konkreten Nominierungsentscheidungen am Maßstab der Drei-Stufen-Prüfung zu überprüfen, innerhalb dessen bei der Prüfung der Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen auch stets die Besonderheiten des Sports hinreichend zu berücksichtigen sind gem. Art. 165 AEUV.⁴⁴ Im Umfang der Drei-Stufen-Prüfung findet jedoch eine gerichtliche Kontrolle des sportverbandlichen Ermessens- und Beurteilungsspielraums statt, die umso weitgehender ausfällt, je mehr sich die sportverbandliche Regelung von der primären Zielsetzung der Organisation des Sportwettbewerbs entfernt und rein wirtschaftlichen Betätigungsfeldern nähert.⁴⁵ Daneben räumt die verfassungsrechtlich geschützte Verbandsautonomie den Sportverbänden einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum bei der konkreten Nominierungsentscheidung von Sportlerinnen zu internationalen Wettkämpfen ein, um im Einzelfall anhand zuvor aufgestellter, objektiver und subjektiver Nominierungskriterien eine Auswahl zwischen einer Mehrzahl von potenziell zu nominierenden Sportlerinnen treffen zu können.

44 EuGH, Rs. C-325/08, *Olympique Lyonnais v. Bernard, Newcastle United*, Slg. ECR I-2177, Rn. 40; General Court, Urteil v. 16. 12. 2020, Az. T-93/18, Rn. 79; s. auch Heerman, WuW 2022, 308 ff.

45 Vgl. Heermann, Verbandsautonomie im Sport, Rn. 331.

„Swiss Sport Integrity“ seit Anfang 2022 in Betrieb

Von Dr. Stephan Netzle LL. M., Zürich*

Die neue nationale Meldestelle für Ethikverstöße im Schweizer Sport hat am 3. Januar 2022 ihren Betrieb aufgenommen. Ziel dieser Meldestelle ist die unabhängige Untersuchung und Sanktionierung von jeglichen Ethikverstößen im Schweizer Sport.

I. Wie es zur Einrichtung einer nationalen Meldestelle kam

Acht Schweizer Kunstturnerinnen haben im Herbst 2020 die Trainingsmethoden des Schweizer Turnver-

bandes im nationalen Leistungssportzentrum in Magglingen angeprangert. Dort seien Kinder und Jugendliche mit massivem psychischem und physischem Druck zu Höchstleistungen getrieben worden. Die Berichte wurde unter dem Namen „Magglinger Protokolle“¹ in der Öffentlichkeit bekannt. Diese Berichte lösten heftige Reaktionen im Parlament und im Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) aus, denn das Magglinger Leistungssportzentrum wird vom Bundesamt für Sport (BASPO) betrieben und ist damit eine nationale Einrichtung. Ge-

* Verf. war Richter am CAS und ist heute als Anwalt in Zürich tätig. Er hat das Konzept von Swiss Sport Integrity im Auftrag von Swiss Olympic entwickelt und war maßgeblich an der Umsetzung beteiligt.

1 <https://www.tagesanzeiger.ch/wie-turnerinnen-in-magglingen-geboren-werden-170525604713> (alle Links in diesem Beitrag wurden zuletzt am 23. 6. 2022 abgerufen).