

Thomas Mann, Jakob Eh, Kevin Otter (Hg.)

Kaleidoskop Sportrecht

Schlaglichter aus verfassungs-, international-
und wirtschaftsrechtlicher Perspektive



Thomas Mann, Jakob Eh, Kevin Otter (Hg.)
Kaleidoskop Sportrecht

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)
[Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)
[4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



erschienen im Universitätsverlag Göttingen 2024

Thomas Mann, Jakob Eh,
Kevin Otter (Hg.)

Kaleidoskop Sportrecht

Schlaglichter aus verfassungs-,
international- und
wirtschaftsrechtlicher Perspektive

Universitätsverlag Göttingen
2024

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Dieses Werk ist auch als freie Onlineversion über die Verlagswebsite sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) zugänglich. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Lennart Flörchinger, Tobias Fröhlich, Maike Lüer, Julia Müller und Vincent Murauer

Umschlaggestaltung: Hannah Böhlke



© 2024 Universitätsverlag Göttingen, Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-620-2

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2024-2597>

Vorwort

Im Curriculum der Juristenausbildung ist dem Sportrecht kein fester Platz zugewiesen. Eine Ursache hierfür mag darin liegen, dass sich das Sportrecht einer eindeutigen Zuordnung zu einer der drei juristischen „Säulen“ entzieht: Facetten des Sportrechts berühren das Zivilrecht und Strafrecht ebenso wie das Öffentliche Recht. Eine umfassende Ausleuchtung des Sportrechts als Rechtsgebiet erfordert daher eine Weitwinkelsicht, die in der auf Spezialisierung und Ausdifferenzierung ausgerichteten Rechtswissenschaft keine Entsprechung findet. Selbst wenn man nur den Bereich des Öffentlichen Rechts in den Blick nimmt, lassen sich zahlreiche sportrechtliche Fragestellungen benennen, die sich wiederum weiteren Spezialgebieten wie dem Völker-, Unions-, Verfassungs-, Verwaltungs-, Steuer- oder dem (öffentlichen) Wirtschaftsrecht zuordnen lassen. Um Studierenden vertiefte Einblicke in die Faszination des Sportrechts zu verschaffen, bietet das Institut für Öffentliches Recht der Universität Göttingen durch Prof. Dr. Th. Mann in unregelmäßigen Abständen Gastvorträge zu Einzelfragen des Sportrechts, aber auch Seminarveranstaltungen an, in denen bis zu 20 Studierende Spezialfragen des Sportrechts durch eigene wissenschaftliche Arbeiten vertiefen können. Eine kleine Auswahl unter den besten der hierbei in den letzten Jahren erstellten Ausarbeitungen sollen – auf den aktuellen Rechtsstand gebracht – mit diesem Band der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden

Göttingen, im Januar 2024

Prof. Dr. Thomas Mann
Jakob Eh
Kevin Otter

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Sportrecht und Verfassungsrecht

| | |
|--|-----|
| Leistungssport und Kindeswohl <i>Svenne Carstensen</i> | 11 |
| Grundrechtsgeschützte Sportausübung versus Naturschutz – am Beispiel des sogenannten Offroad-Skifahrens <i>Tania Horst</i> | 45 |
| Dopingsperren und Berufsfreiheit <i>Thomas Mann</i> | 79 |
| Intersexualität im Sport <i>Kevin Otter</i> | 95 |
| Sportverbandsgerichtsbarkeit am Beispiel der ISU <i>Annemarie Schaupp</i> | 127 |

2. Teil: Sportrecht und internationales Recht

Das UEFA-Financial-Fairplay – Ein Nachruf aus
unionsrechtlicher Perspektive 159
Jakob Eb

Internationale Sport-Großereignisse und Menschenrechte 197
Lea Schäfer

3. Teil: Sportrecht und Wirtschaftsrecht

Das Recht auf Kurzberichterstattung über Sportereignisse 231
Darwin Kayser

E-Sports und Recht – Ein Überblick 265
Markus Meyer

VIP-Logen und Business-Seats in Sportstadien –
Steuerliche Behandlung und Compliance 303
Constantin Reinhold

Bearbeiterverzeichnis 327

1. Teil: Sportrecht und Verfassungsrecht

Leistungssport und Kindeswohl

*Svenne Carstensen**

A. Problemaufriss

Immer wieder machen Kinder und Jugendliche Schlagzeilen, die in Wettkämpfen der nationalen und internationalen Sportelite überragende Leistungen erbringen und ihre erwachsenen Mitstreiter*innen wortwörtlich alt aussehen lassen. Man denke nur an die zu diesem Zeitpunkt 15-jährige russische Eiskunstläuferin Kamila Walijewa, die im Februar 2022 bei den olympischen Winterspielen Gold im Teamwettbewerb gewann. Unmittelbar nach diesem Sieg wurde ein positiver Dopingbefund der jungen Athletin öffentlich, Walijewa durfte trotzdem in der Einzelkür antreten und stand nach einem verpatzten Auftritt weinend auf dem Eis.¹ Solche Fälle werfen unweigerlich die Frage nach der Gewährleistung des Kindeswohls im Leistungssport auf. Schärfer formulierte es insoweit Burmeister:

„Angesichts gequälter sieben- oder achtjähriger Kinder, denen ein täglicher Trainingsaufwand abverlangt wird, der im Falle abhängiger Arbeit mit dem Jugendarbeitsschutzgesetz absolut unvereinbar wäre, angesichts von Kleinstkindern an Turngeräten und künstlich erzeugten Muskelpaketen in technischen Disziplinen regt sich nicht nur das Mitleid mit den betroffenen Kreaturen, sondern stellt sich das grundsätzliche Problem der Versklavung

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung von Herrn Prof. Dr. Thomas Groß an der Universität Osnabrück.

¹ Jakob, Der Fall Walijewa – Der WADA-Code und Minderjährige, SpuRt 2022, 153 (153 f.); <https://www.zeit.de/sport/2022-02/kamila-walijewa-olympia-eiskunstlauf-russland> (zul. abger. am 19.12.2023).

des aktiven Sportlers durch bedingungslose Unterwerfung unter das Höchstleistungsprinzip im Spitzensport.“²

Ergebnisse wie die der jungen Eiskunstläuferin Walijewa sind zweifellos nur nach jahrelangem systematischem und hartem Training möglich.³

In Deutschland wird der Nachwuchsleistungssport gezielt gefördert.⁴ Minderjährige Leistungssportler*innen dürften auch hierzulande gewissen Risiken ausgesetzt sein, die mit der übermäßigen sportlichen Betätigung und deren Begleiterscheinungen in Zusammenhang stehen. Diese Arbeit untersucht die Gefahren des deutschen Leistungssports für das Wohl junger Athlet*innen und beurteilt die Frage, ob und inwiefern die beteiligten Parteien für die Gewährleistung des Kindeswohls im Leistungssport ausreichend tätig werden und in welchen Bereichen gegebenenfalls Nachholbedarf besteht.

B. Ausgangslage

In Deutschland sind über sieben Millionen Kinder bis 18 Jahre Mitglied eines Sportvereins,⁵ von denen ein Teil Leistungssport betreibt. Zu klären ist zunächst, unter welchen Voraussetzungen von Leistungssport gesprochen wird und ab wann Minderjährige in diesen sportlichen Bereich eintreten, um sodann die Auswirkungen des Leistungssports auf Kinder näher zu betrachten.

I. Kinderleistungssport

Für die meisten Menschen dürfte die gelegentliche sportliche Betätigung eine Freizeitbeschäftigung oder ein Mittel zum Erhalt der körperlichen Gesundheit und Fitness sein. Leistungssport kennzeichnet sich im Gegensatz zum Freizeitsport durch intensives, auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhendem Training aus, welches das Ziel hat, bei nationalen und internationalen Wettkämpfen höchstes sportliches Niveau zu zeigen.⁶ Nach dieser Begriffsbestimmung betreiben jedenfalls die Angehörigen des DOSB (Deutscher Olympischer Sportbund) Kadersystems (Landeskader bis hin zum Olympiakader) Leistungssport.⁷ Die Kaderzugehörigkeit geht

² *Burmeister*, Aufopferungsrechtliche Entschädigungsansprüche staatlich geförderter Hochleistungssportler, NJW 1983, 2617 (2618).

³ *Steiner*, in: ders., Kinderhochleistungssport, 1984, S. 41.

⁴ Vgl. z.B. 1.2 (1) Förderrichtlinien Verbände (FR V) des BMI vom 19.03.2015 und 1.1. (2) Förderrichtlinien Stützpunktsystem (FR S) des BMI vom 10.10.2005.

⁵ Mitglieder der Landessportbünde zum Stichtag 01.01.2023, Bestandserhebung DOSB 2023, S. 17, unter: <https://www.dosb.de/medienservice/statistiken> (zul. abger. am 19.12.2023).

⁶ *Erbach*, in: Gruppe/Kurz/Teipel, Sport in unserer Welt – Chancen und Probleme, 1972, S. 448.

⁷ *Fahlbusch-Wendler*, Kinderhochleistungssport – Die Zulässigkeit der staatlichen Förderung des Kinderhochleistungssports in der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 21.

einher mit der gezielten Förderung der (Nachwuchs-) Sportler*innen⁸ und einem Trainingspensum von Einheiten mehrmals die Woche.⁹

Um die Nachwuchstalente bestmöglich auf eine erfolgreiche sportliche Laufbahn vorzubereiten, gibt es in Deutschland 43 Eliteschulen des Sports zur Verbindung der schulischen Bildung und sportlichen Ausbildung, sowie 13 Olympia- und knapp 200 Bundesstützpunkte, die ein disziplinspezifisches Training gewährleisten.¹⁰ Dabei trägt der Staat einen Großteil der Finanzierung, die allein im Jahr 2022 über 100 Mio. Euro für die Bundessportverbände betragen hat.¹¹

Infolge der Professionalisierung und Kommerzialisierung des Sports ist der zeitliche und inhaltliche Umfang der Trainingsbelastungen gestiegen,¹² so dass regelmäßig bis zu 20, partiell sogar bis zu 30 Stunden Training in der Woche von den Minderjährigen (häufig neben der Schule) absolviert werden.¹³ Bei einigen Sportarten, genannt werden regelmäßig Turnen, Schwimmen oder Eiskunstlauf,¹⁴ in denen das Höchstleistungsalter niedriger liegt als bei anderen Sportarten, bietet sich ein möglichst frühzeitiger Einstieg in den Leistungssport für junge Athlet*innen naturgemäß an. Aus Sicht der Sportverbände gilt es deshalb, Talente möglichst frühzeitig zu sichten und langfristig mit zunehmendem Trainingsumfang im Spitzensport zu etablieren.¹⁵ Das Trainingskonzept des deutschen Turner-Bunds e.V. (DTB) umfasst beispielsweise die allgemeine Grundausbildung junger Turner*innen ab fünf Jahren und die Aufnahme in den Landeskader ab acht Jahren.¹⁶ In vielen Sportarten

⁸ Nachwuchsleistungssportkonzept 2020 des DOSB, S. 23 f., unter: <https://www.dosb.de/leistungssport/nachwuchsleistungssport> (zul. abger. am 19.12.2023).

⁹ *Fahlbusch-Wendler* (Fn. 7), S. 22.

¹⁰ <https://eliteschulen.dosb.de/standorte>; <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sport/nationale-sportpolitik/spitzensportreform/effiziente-stuetzpunktstruktur/effiziente-stuetzpunktstruktur-node.html> (beide zul. abger. am 19.12.2023).

¹¹ Statistik des BMI zur Förderung der Bundessportfachverbände von 2013 bis 2022, unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sport/nationale-sportpolitik/foerderung-sportverbände/foerderung-sportverbände-artikel.html> (zul. abger. am 19.12.2023).

¹² *Nolte*, Sport und Recht – Ein Lehrbuch zum internationalen, europäischen und deutschen Sportrecht, 2004, S. 90 f.

¹³ Stundenplan minderjähriger Schwimmer in: *Pfaff*, Der Minderjährige im Sport – Eine zivilrechtliche Betrachtung, 2018, S. 365 ff.; Trainingsumfang befragter Athlet*innen verschiedener Sportarten in: *Richartz/Hoffmann/Sallen*, Kinder im Leistungssport – Chronische Belastungen und protektive Ressourcen, 2009, S. 96 f. und *Hirschmann*, Chronischer Stress im Nachwuchsleistungssport – Eine empirische Studie an bayerischen Eliteschulen des Sports, 2017, S. 134 ff.

¹⁴ *Fahlbusch-Wendler* (Fn. 7), S. 24; *Fritzweiler*, in: *Pfister/Fritzweiler/Summerer*, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, 2. Kap. Rn. 19; *Schnabel/Winter*, in: *Schnabel/Thieß*, Lexikon Sportwissenschaft, „Höchstleistungsalter, sportliches“; *Steiner*, in: *ders.* (Fn. 3), S. 41.

¹⁵ *Lieber*, Kinderleben in der Welt des Leistungssports – Pädagogische Interaktionsprozesse und Aufwachen in Hochleistungssportzentren, 2020, S. 129 ff.

¹⁶ DTB Rahmentrainingskonzeption Gerätturnen 2023 (männlich) S. 7, (weiblich) S. 28 ff., unter: <https://www.dtb.de/standards-fuer-kaderathletinnen-und-trainerinnen> (zul. abger. am 19.12.2023).

darf schon im Jugendalter an internationalen Wettkämpfen teilgenommen werden.¹⁷ Altersgrenzen existieren jedoch nicht immer, was sogar noch jüngeren Sportler*innen die Teilnahme an Spitzensportveranstaltungen ermöglicht.¹⁸ So nahm die deutsche Skateboarderin Lilly Stoephasius schon im Alter von 14 Jahren an den olympischen Spielen in Tokio 2021 teil.¹⁹

Diese Ausführungen zeigen, dass Kinder²⁰ teilweise in sehr jungen Jahren mit dem Leistungssport beginnen, um als Jugendliche und junge Erwachsene auf höchstem sportlichem Niveau mithalten zu können. Das Commitment für den Sport geht dabei oftmals mit jahrelangem, intensivem Training einher, welches einen erheblichen Einfluss auf den kindlichen Alltag haben dürfte.

II. Risiken des Leistungssports

Es ist unumstritten, dass Sport im Kindes- und Jugendalter positive Auswirkungen auf den heranwachsenden Organismus, die koordinativen und kognitiven Fähigkeiten und die Leistungsfähigkeit hat.²¹ Leistungssport vermittelt den Kindern im Idealfall die Tugenden des gegenseitigen Respekts, der Fairness und der Disziplin, denen in allen Lebensbereichen Bedeutung zukommt.²² Allerdings resultieren aus dem Leistungssport im Kindesalter auch gewisse Risiken, die im Folgenden näher beleuchtet werden.

1. Gesundheitliche Risiken

Neben den gesundheitlichen Vorteilen, die sportliche Betätigung von Kindern mit sich bringt, birgt übermäßige motorische Belastung Gefahren für die Sicherung der intakten Belastbarkeit und der körperlichen Entwicklung.²³ Dabei besteht zusätzlich

¹⁷ An Wettkämpfen im Turnsport kann teilweise schon mit 11 Jahren teilgenommen werden, siehe Art. 5.2 der Technical Regulations 2023 der FIG, unter: <https://www.gymnastics.sport/site/rules/> (zul. abger. am 19.12.2023).

¹⁸ Bspw. für die olympischen Spiele besteht grundsätzlich kein Mindestalter, soweit die Sportverbände kein solches festlegen, siehe Chapter 5, Rule 42 Olympic Charter 2023 (S. 81), unter: <https://olympics.com/ioc/olympic-charter> (zul. abger. am 19.12.2023).

¹⁹ <https://www.teamdeutschland.de/team/details/lilly-stoephasius> (zul. abger. am 19.12.2023).

²⁰ Der Begriff „Kind“ umfasst hier und im Folgenden alle Personen unter 18 Jahren.

²¹ Z.B. Fröhner, in: Walker, Kinder- und Jugendschutz im Sport, 2001, S. 13 f.; Brüggemann/Theiss, in: Brüggemann/Krahl et al., Belastungen und Risiken im weiblichen Kunstturnen – Teil 1, 2000, S. 178 f.; Gemeinsame Stellungnahme aus wissenschaftlicher Sicht: Fakten zur gesundheitlichen Bedeutung von Bewegung und Sport im Jugendalter, Schweizerische Zeitschrift für Sportmedizin und Sporttraumatologie 1999, 175 (175 ff.).

²² Swat, Handlungsfähigkeit Jugendlicher Leistungssportler*innen – Eine Lebensweltliche Ethnografie, 2020, S. 25 ff.

²³ Fröhner, in: Walker (Fn. 21), S. 13 f.

zu dem, auch im Breitensport vorkommendem, Verletzungsrisiko die erhöhte Gefahr der Überbelastungsschäden,²⁴ da gerade der sich in der Reifung befindende Körper weniger anpassungsfähig und damit anfälliger ist.²⁵ Die Gefahr solcher Belastungsschäden nimmt bei einer frühen Spezialisierung der Sportler*innen, steigender Trainingsintensität und Wettkampfhäufigkeit zu.²⁶ Insbesondere der Bewegungs- und Halteapparat junger Athlet*innen kann durch sog. Mikrotraumata, das wiederholte geringfügige Überschreiten der Leistungsgrenze, ohne ausreichende Regenerationszeit dauerhaft geschädigt werden.²⁷ Zumindest bei Sportinternatsschüler*innen liegt jedoch oftmals eine Dysbalance von Erholung und Belastung vor.²⁸

Bei Sportarten wie dem Kunstturnen, in denen früh mit intensivem Training begonnen wird, zeigen sich die negativen Auswirkungen besonders deutlich. So können nicht nur Dauerschmerzen Folge des intensiven Turnens sein, in vielen Fällen tritt eine erhebliche Schädigung der Wirbelsäule ein.²⁹ Darüber hinaus kann das Leistungsturnen gerade bei Frauen mit verspätet einsetzender Pubertät, Zyklus- und Hormonstörungen einhergehen.³⁰

2. Entwicklungspsychologische Gefahren

Weiterhin bestehen aufgrund der intensiven Sportausübung Risiken für die soziale Entwicklung und psychische Gesundheit der jungen Sportler*innen. In der Regel konzentriert sich ihr Alltag neben der Schule ganz auf den Sport. Ihr Denken und ihre Lebensweise richtet sich auf das Ziel der sportlichen Höchstleistung.³¹ Dadurch wird eine vielseitige Entwicklung der Kinder oftmals verhindert.³² Oder schlimmer noch: die eindimensionale Ausrichtung auf das Ziel der Leistungssteigerung birgt die latente Gefahr von Persönlichkeitsdeformierung infolge von Vereinseitigung und Überpointierung.³³ Das Fehlen von sozialen Kontakten außerhalb des Sports

²⁴ *Fablbusch-Wendler* (Fn. 7), S. 27.

²⁵ *Weimann*, Wie riskant ist Leistungssport für Kinder und Jugendliche?, *MMW - Fortschritte der Medizin* 2014, 37 (37 f.); *Fröbner*, in: Walker (Fn. 21), S. 23.

²⁶ *Güllich/Richartz*, Leistungssport im Kindes- und Jugendalter – ein Update, sportunterricht – Monatsschrift zur Wissenschaft und Praxis des Sports mit Lehrhilfen 2016, 49 (53).

²⁷ *Menge*, in: Steiner (Fn. 3), S. 6; *Fröbner*, in: Walker (Fn. 21), S. 24.

²⁸ *Elbe/Beckmann/Szymanski*, in: Van der Meer/Hagendorf et al., 43. Kongress der deutschen Gesellschaft für Psychologie, 2002, S. 420.

²⁹ *Brüggemann/Krahl*, in: Brüggemann/Krahl et al. (Fn. 21), S. 185 f.; *Fablbusch-Wendler* (Fn. 7), S. 29 ff.

³⁰ *Daug/Emrich/Igel*, Kinder und Jugendliche im Leistungssport – Auswertung des Symposiums "KinderLeistungen" vom 7. bis 10. November 1996, *Leistungssport* 1997, 46; *Weimann* (Fn. 25), 37 (38).

³¹ *Weischenberg*, Kindheit im modernen Hochleistungssport, 1996, S. 401.

³² *Funke*, Was sich früh krümmt, wird auf Dauer krumm, *DIE ZEIT*, Nr. 41/1983; *Meinberg*, Kinderhochleistungssport: Fremdbestimmung oder Selbstentfaltung?, 1984, S. 27 f.

³³ *Daug/Emrich/Igel* (Fn. 30), S. 47.

führt im Zweifel dazu, dass das Kind keine alternativen Lebenswege kennenlernt und unter Umständen keine Gegenangebote zu seiner Sportkarriere mehr sieht.³⁴

Das Selbstbestimmungsrecht der Kinder droht durch Eltern und Trainer*innen, die, angetrieben vom eigenen Ehrgeiz, ihren Schützling um jeden Preis zur nächsten Sportikone machen wollen, unterlaufen zu werden.³⁵ Dies mag ein Grund dafür sein, weshalb junge Sportler*innen zum Teil großen Leistungsdruck und dadurch erhöhten Stress empfinden, der über einen länger andauernden Zeitraum zu Gesundheitsproblemen führt.³⁶ Nicht zuletzt kann die Ausübung von Leistungssport, gerade bei gewichtsassozierten Sportarten, Störungen im Umgang mit Essen und im Verhältnis der Athlet*innen zum eigenen Körper auslösen.³⁷ Am Beispiel des Turnsports bleibend, zeigt sich, dass die Erkrankungsraten für Essstörungen bei Turnerinnen gegenüber Gleichaltrigen, die keinen Leistungssport betreiben, deutlich erhöht sind.³⁸

3. Mittelbare Gefahren des Leistungssports

Die Umstände des Leistungssports bewirken Gefahrenlagen, die nicht unmittelbar auf der sportlichen Tätigkeit beruhen. Der Erfolgsdruck und das Bedürfnis nach Leistungssteigerung kann Beteiligte dazu verleiten, Dopingmittel einzusetzen, die besonders den noch nicht vollständig entwickelten Körper schädigen.³⁹ Allerdings halten sich die aktuellen (öffentlich gewordenen) Fälle des Kinderdopings im Leistungssport in Deutschland sehr in Grenzen.⁴⁰

³⁴ *Kurz*, in: Schwerdtner, Sport und Sportmedizin – Kunstturnen, 1985, S. 24.

³⁵ *Meinberg* (Fn. 32), S. 96 f.

³⁶ *Elbe/Beckmann*, in: Emrich/Güllich/Büch, Beiträge zum Nachwuchsleistungssport, 2005, S. 153; zum chronischen Stress von Nachwuchsleistungssportler*innen *Hirschmann* (Fn. 13), S. 195 ff.

³⁷ *Herpertz-Dahlmann/Müller*, Leistungssport und Eßstörungen aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, Monatsschrift Kinderheilkunde 2000, 462 (462 ff.); *Weimann* (Fn. 25), 37 (38).

³⁸ *Rosen/Hough*, Pathogenic Weight-Control Behaviors of Female College Gymnasts, The Physician and Sportsmedicine 1988, issue 9, 140 (141 ff.); *Sundgot-Borgen*, Eating Disorders, Energy Intake, Training Volume, and Menstrual Function in High-level Modern Rhythmic Gymnasts, International Journal of Sport Nutrition and Exercise Metabolism 1996, issue 2, 100 (100 ff.); *Yeager/Agostini/Nattiv/Drinkwater*, The female athlete triad: disordered eating, amenorrhea, osteoporosis, Medicine and Science in Sports and Exercise 1993, issue 7, 775 (775 ff.).

³⁹ BT-Drucks. 18/4898, S. 31; *Fiedler*, Das Doping minderjähriger Sportler, 2014, S. 27 ff.; *Pfaff* (Fn. 13), S. 136 f.; *Seidel*, Missbrauch von Medikamenten bei Sportlern und die Folgen, Leistungssport 2016, 36 (36 f.).

⁴⁰ *Fiedler* (Fn. 39), S. 22 f.; *Pfaff* (Fn. 13), S. 138 ff.; die Datenlage zu dieser Gefährdungslage scheint unzureichend zu sein, vgl. *Breuer/Joisten/Schmidt*, Vierter Deutscher Kinder- und Jugendsportbericht, Ausschussdrucksache 19(5)313, S. 18.

Ein weiteres Risiko, das zwar nicht nur, aber eben auch im Kinderleistungssport vorkommt, ist Gewalt⁴¹ gegen Kinder und Jugendliche durch Bezugspersonen. Grenzüberschreitungen im Sport werden unter anderem begünstigt durch Körperlichkeit in sportlichen Interaktionen, Dusch- und Umkleidesituationen, ritualisierte Körperkontakte und enge Bindungen zu Vertrauenspersonen.⁴² Die Strukturen des Leistungssports ermöglichen es z.B. Trainer*innen, sich zunächst unentbehrlich für die Karriere der Sportler*innen zu machen und ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis zu schaffen.⁴³ Diese Stellung und das daraus resultierende enge Verhältnis zu ihren Schützlingen gestattet potenziellen Täter*innen Übergriffe und Machtmissbrauch, die in der Regel niedrigschwellig beginnen und sich mit der Zeit intensivieren.⁴⁴ Oft werden sich Betroffene dessen nur langsam bewusst und sie sind nicht selbst in der Lage, das Gewaltverhältnis zu beenden.⁴⁵

Eine Studie aus dem Jahr 2016, in der knapp 1800 Kaderathlet*innen in Deutschland befragt wurden, ergab, dass etwa ein Drittel sexualisierte Gewalt⁴⁶ im Sport erfahren hat, jede neunte befragte Person hat schwere oder lang andauernde sexualisierte Gewalt erlebt, wobei die Mehrheit der Betroffenen bei ihrer ersten Erfahrung mit sexualisierter Gewalt unter 18 Jahren alt war.⁴⁷ Dabei tritt sexualisierte Gewalt in vielen Fällen nicht isoliert, sondern in Verbindung mit emotionaler und/oder körperlicher Gewalt auf.⁴⁸ Zwar ergibt die Studie, dass der Anteil der Betroffenen im Sport nicht höher oder geringer ist als in der Allgemeinbevölkerung,⁴⁹ allerdings scheinen Leistungssportler*innen eher betroffen zu sein als Breitensportler*innen,⁵⁰ was mit den besonderen Gegebenheiten im Leistungssport zusammenhängt.⁵¹ Solche Erfahrungen der Sportler*innen können traumatische Erlebnisse darstellen, die mitunter ernsthafte psychologische Folgen nach sich ziehen.⁵²

⁴¹ Zum (weiten) Gewaltbegriff in pädagogischen Beziehungen im Sport: *Kobake/Richartz*, Prävention von Gewalt in pädagogischen Beziehungen im Kinder- und Jugendsport, Forum Kinder- und Jugendsport 2022, 129 (129 f.).

⁴² *Oblert/Rulofs*, Sexualisierte Gewalt gegen Kinder und Jugendliche im Sport, vorgänge 2018, 93 (95 ff.); *Raas/Schneeberger* et al., Gewalt und Missbrauch im Leistungssport, Praxis – Schweizerische Rundschau für Medizin 2022, 205 (208 f.); *Rulofs*, „Jeder hat es gesehen. ... Keiner hat was gesagt.“ Machtmissbrauch und sexualisierte Gewalt im Kinder- und Jugendsport, Sport und Gesellschaft 2016, 73 (79).

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ *Rulofs* (Fn. 42), S. 79.

⁴⁶ Begriffsdefinition: *Rulofs*, in: dies., »Safe Sport« Schutz von Kindern und Jugendlichen im organisierten Sport in Deutschland, 2016, S. 7.

⁴⁷ Ebd., S. 8.

⁴⁸ Ebd., S. 10.

⁴⁹ Ebd., S. 10.

⁵⁰ *Rulofs/Allrogen*, Forschungsprojekt SicherImSport – Sexualisierte Grenzverletzungen, Belästigung und Gewalt im organisierten Sport – Häufigkeiten und Formen sowie der Status Quo der Prävention und Intervention, 2021, S. 5.

⁵¹ Ausführlich dazu: *Rulofs* (Fn. 42), S. 93 ff.

⁵² *Oblert/Rulofs* (Fn. 42), S. 100; *Reardon/Hainline/Aron* et al., Mental Health in elite athletes, British Journal of Sports Medicine 2019, issue 11, 667 (682 f.).

III. Zwischenergebnis

Nachwuchssportler*innen werden schon in jungen Jahren systematisch gefördert und gefordert, um sie früh in die Welt des Spitzensports einzuführen. Das damit einhergehende intensive Training und ein Alltag, der zu großen Teilen auf das Erreichen sportlicher Höchstleistungen gerichtet ist, können bei den jungen Menschen gesundheitliche und psychische Schäden verursachen. Im Leistungssport bestehen darüber hinaus Strukturen, die eine vielseitige persönliche Entwicklung der Kinder erschweren und sexualisierte Gewalt begünstigen.

C. Rechtliche Einordnung

I. Kindeswohlgefährdung durch Leistungssport

Um die wesentlichen rechtlichen Aspekte des Kindeswohls im Leistungssport untersuchen zu können, muss zunächst der Begriff des Kindeswohls näher betrachtet und sodann in Beziehung zu den ermittelten Gefährdungslagen im Leistungssport gesetzt werden.

1. Begriff des Kindeswohls

Der Begriff des Kindeswohls wurde zu Beginn des 20. Jahrhunderts durch § 1666 a.F. BGB in das Familienrecht eingeführt und stellt die zentrale Idee des familienrechtlichen Kindesschutzes dar.⁵³ Das Bundesverfassungsgericht sieht das Kindeswohl als oberste Richtschnur der elterlichen Sorge und Pflege, dem in einem etwaigen Interessenkonflikt Vorrang einzuräumen ist.⁵⁴ Die Eltern sind verpflichtet, für die Gesundheit, die körperliche Unversehrtheit und das Wohlbefinden ihres Kindes bis zum Eintritt in die Volljährigkeit zu sorgen und diese zu bewahren.⁵⁵

⁵³ *Richter*, in: ders./Krappmann/Wapler, Kinderrechte – Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, 2020, S. 20.

⁵⁴ BVerfGE 56, 363 (383); 59, 360 (376); 60, 79 (88); 68, 176 (188); 79, 203 (206, 210 f.).

⁵⁵ *Jokisch*, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Kommentar zum Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 1666 BGB Rn. 43; *Hobmann-Dennhardt*, Kindeswohl und Elternrecht – Rechtsverhältnis von Eltern und Kindern, FPR 2008, 476 (477).

Beim Kindeswohlbegriff im zivilrechtlichen Sinne handelt es sich nicht um einen bestimmten Rechtsbegriff,⁵⁶ sondern um eine offene Wert- und Richtungsvorgabe des Gesetzgebers an die Rechtsanwender.⁵⁷ Der § 1666 Abs. 1 BGB nennt als Elemente des Kindeswohls das körperliche, geistige und seelische Wohl des Kindes. Die Anforderungen an diese Elemente können dabei kaum abstrakt-generell anhand einer einheitlichen Definition bestimmt, sondern müssen je nach den Umständen des Einzelfalles konkret-individuell erarbeitet werden.⁵⁸ Insbesondere sind die speziellen Veranlagungen, Bedürfnisse, Fähigkeiten, der jeweilige Entwicklungsstand und die familiäre Situation des Kindes zu berücksichtigen.⁵⁹

Einige wesentliche Beurteilungskriterien lassen sich im Gesetz finden. So ist es das oberste Ziel der Kindeserziehung, dass jedem Kind die Möglichkeit gegeben werden muss, zu einem selbständigen und verantwortungsbewussten Menschen (§ 1626 Abs. 2 BGB) und einer sozialen, gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit heranzuwachsen (z.B. §§ 1 Abs. 1, 9 Nr. 2, 11 Abs. 1 SGB VIII).⁶⁰ Daneben stellen die Kontinuität und Stabilität von Betreuungs- und Erziehungsverhältnissen wichtige Faktoren für das Wohl des Kindes dar.⁶¹ Nicht zuletzt ist der Kindeswille zu berücksichtigen,⁶² zunehmend mit steigender Einsichtsfähigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Kindes.⁶³ Je älter das Kind desto mehr Berücksichtigung muss dessen Wille finden. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der Kindeswille selbständig oder durch elterliche Einflussnahme gebildet wurde, denn auch der beeinflusste Wille kann Ausdruck wirklicher Bindungsverhältnisse und damit des individuellen Selbstbestimmungsrechts des Kindes sein.⁶⁴ Zuletzt kommt ebenso außerjuristischen Elementen, wie wissenschaftliche Erkenntnisse und sich wandelnde gesellschaftliche Standards, eine entscheidende Rolle zu.⁶⁵

⁵⁶ Teilweise wird „Kindeswohlgefährdung“ als Generalklausel (z.B. *Veit*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 66. Ed. 2023, § 1666 Rn. 27.1; *Coester*, Kindeswohlgefährdung: Anforderungen an die Gefährdung aus juristischer Sicht, NZFam 2016, 577 (579)), teilweise als unbestimmter/ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff (z.B. *Jokisch*, in: Johannsen/Henrich/Althammer (Fn. 55), § 1666 BGB Rn. 43; *Lugani*, in: Säcker/Rixecker et al., MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 1696 Rn. 26) verstanden.

⁵⁷ *Coester* (Fn. 56), 577 (579).

⁵⁸ *Balloff*, Kinder vor dem Familiengericht, 4. Aufl. 2022, Kap. 4.1; *Bringewat*, in: Kunkel/Kerpert/Pattar, Lehr- und Praxiskommentar SGB VIII, 8. Aufl. 2022, § 8a Rn. 25.

⁵⁹ *Hohmann-Dennhardt* (Fn. 55), 476 (477).

⁶⁰ *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 183 ff.

⁶¹ §§ 1632 Abs. 4, 1666a, 1682, 1684 Abs. 4, 1685 BGB und insb. § 159 FamFG, nach dem ein Kind in Kindschaftssachen grundsätzlich immer angehört werden muss.

⁶² BVerfGE 55, 171 (182); BVerfG, FamRZ 2008, 1737 (1738); 2014, 1843 (1844).

⁶³ Zu finden in den § 1626 Abs. 2, § 1631a und § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB; siehe BVerfG, FamRZ 2007, 105 (106); 2008, 1737 (1738); OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2014, 396 (396).

⁶⁴ OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2009, 990 Rn. 19; OLG Brandenburg, FamRZ 2016, 1282 Rn. 41; *Coester*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 1666 Rn. 79; *Veit*, in: BeckOK BGB (Fn. 56), § 1666 Rn. 15.2.

⁶⁵ *Coester*, in: Staudinger (Fn. 64), § 1666 Rn. 72; ausführlich dazu: *Coester* (Fn. 60), S. 419 ff.

Doch nicht nur im Verhältnis Eltern-Kind ist das Kindeswohl die an erster Stelle zu beachtende Maxime des grundrechtlich garantierten Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Das Kindeswohl stellt im Verhältnis Eltern zum Staat die Grenze für Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht dar.⁶⁶ Als Ausprägung des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG setzt der Kindeswohlbegriff den Schutzanspruch des Kindes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und körperliche Unversehrtheit auf der Ebene des einfachen Rechts um und verpflichtet zu staatlichen Maßnahmen, soweit die Eltern Pflege und Erziehung des Kindes nicht sicherstellen.⁶⁷ § 1666 BGB konkretisiert einerseits auf privatrechtlicher Ebene die verfassungsrechtlichen Maßgaben des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, andererseits muss er sich an den Maßgaben des Art. 6 GG messen lassen. Der Kindeswohlbegriff hat demnach umfassende Bedeutung für die Beziehung des Kindes zu den Eltern und ist Grund und Grenze für Eingriffe des Staates zur Sicherung des Kindeswohls.⁶⁸

2. Anwendung auf die bisherigen Ergebnisse

Die bisherigen Ergebnisse zu den Risiken des Kinderleistungssports und zum Verständnis des Kindeswohlbegriffs sind für die Beurteilung anzuwenden, inwiefern der Leistungssport das Wohl junger Athlet*innen im juristischen Sinne gefährdet.

a) Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB

Streng familienrechtlich betrachtet liegt eine Kindeswohlgefährdung vor, wenn eine gegenwärtige oder unmittelbar bevorstehende Gefahr für die Kindesentwicklung abzusehen ist, die bei einer weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung des Kindeswohls mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.⁶⁹ Es bedarf konkreter Verdachtsmomente, eine abstrakte Gefährdung reicht nicht aus.⁷⁰

Vorliegend wurden Risiken für die körperliche und psychische Gesundheit sowie die soziale Entwicklung der Kinder im Leistungssport festgestellt. Erhebliche gesundheitliche Schädigungen wie sie z.B. im Leistungsturnen an der Wirbelsäule auftreten können, die Erkrankung an Essstörungen durch das Ausüben gewichtsassoziierter Sportarten oder sexualisierte Gewalt gegen Athlet*innen durch Bezugspersonen dürften regelmäßig eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen

⁶⁶ BVerfGE 24, 119 (138 f.); 56, 363 (382 f.).

⁶⁷ BVerfGE 24, 119 (144); 60, 79 (88); BVerfG NJW 2017, 1295 (1296).

⁶⁸ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 181 ff.

⁶⁹ BVerfG, NJW 2010, 2333 (2335); BVerfG, FamRZ 2009, 1472 (1474); 2018, 1084 (1086); BGH, NJW 2005, 672 (673).

⁷⁰ BGH, FamRZ 2017, 212 (213); BGH, NJW 2019, 1435 (1436); NZFam 2019, 342 (344).

oder seelischen Wohls des Kindes darstellen.⁷¹ Weiterhin ist eine Kindeswohlgefährdung im Einzelfall anzunehmen, wenn der Minderjährige gegen seinen Willen zur Ausübung von Leistungssport bewogen wird.⁷² Auch unter Berücksichtigung des Elternprimats aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist dann im Einzelfall ein staatlicher Eingriff erforderlich und gerechtfertigt, um das Kind vor Schäden zu bewahren.

Jedoch setzt das grundrechtlich geschützte elterliche Erziehungsrecht staatlichen Eingriffen aufgrund einer (drohenden) Kindeswohlgefährdung enge Grenzen. Die angesprochenen Gefährdungslagen sind potentiell, sie treten nur in manchen Fällen ein. Daraus resultiert, dass der Leistungssport nicht per se eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB darstellen kann,⁷³ sondern zusätzliche konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen, die eine Schädigung naheliegen lassen. Zwar nimmt die Gefährdung des Kindes mit zunehmender Spezialisierung und Intensivierung der Sportausübung zu und die „Kindgerechtheit“ ab,⁷⁴ ein Eingriff des Staates in das Sorgerecht der Eltern bedarf allerdings immer einer Betrachtung des Einzelfalles und ggfs. einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 1666a BGB.⁷⁵ Der Begriff Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB begründet eine hohe Hürde für staatliche Eingriffe, die allein durch das Betreiben von Leistungssport im Kindesalter, trotz des Vorliegens zum Teil erheblicher Gefahren, nicht überschritten wird.

b) Abstrakte Gefährdungslage

Obwohl die intensive Ausübung einer Sportart für sich genommen die einzelfallabhängigen Voraussetzungen einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB nicht erfüllt, könnten die festgestellten Gefahrenlagen doch rechtliche Relevanz aufweisen. Denn auch unterhalb der Schwelle für Eingriffe des Familiengerichts könnten sich aufgrund der bestehenden Risiken des Kinderleistungssports Pflichten der betroffenen Akteure ergeben. So ist z.B. der Staat in der Kinder- und Jugendhilfe ver-

⁷¹ Das Unterlassen erforderlicher ärztlicher Untersuchungen, Erziehungsdefizite, die zu einer psychischen Erkrankung führen, oder Missbrauch durch Dritte können Kindeswohlgefährdungen bedeuten, vgl. *Lugani*, in: MüKo BGB (Fn. 56), § 1666 Rn. 63 f., 83 f.; *Veit*, in: BeckOK BGB (Fn. 56), § 1666 Rn. 42, 66; *Jokisch*, in: Johannsen/Henrich/Althammer (Fn. 55), § 1666 BGB Rn. 52, 60.

⁷² *Coester*, in: Steiner (Fn. 3), S. 24; *Nolte* (Fn. 12), S. 92.

⁷³ Gegen eine pauschale rechtliche Verwerfung des Kinderleistungssports: *Coester*, in: Steiner (Fn. 3), S. 22; *Steiner*, in: Tettinger/Vieweg, Gegenwartsfragen des Sportrechts – Ausgewählte Schriften von Udo Steiner, 2004, S. 158 f.; *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 2. Kap. Rn. 19.

⁷⁴ *Coester*, in: Steiner (Fn. 3), S. 21.

⁷⁵ BVerfGE 24, 119 (145); 60, 79 (86); BVerfG, FamRZ 2015, 2120 (2122).

pflichtet, schon bei Gefährdungssituationen tätig zu werden, die der Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB vorgelagert sind.⁷⁶ Hier fehlt es indes an geeigneten Begrifflichkeiten für die Stufen der Gefährdungslagen von latenter bis hin zu akuter Gefährdung des Kindeswohls.⁷⁷

Eine abstrakte Gefährdung des Kindeswohls durch die Ausübung von Leistungssport, es könnte sogar von einer tatsächlichen Vermutung der Kindeswohlwidrigkeit gesprochen werden,⁷⁸ ist möglicherweise aufgrund der bestehenden Risiken gegeben. Wie oben bereits festgestellt, ist es das Recht eines jeden Kindes, zu einem selbständigen Menschen und einer sozialen, gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit heranzuwachsen. Die einseitige Ausrichtung des Alltags junger Leistungssportler*innen, fehlende soziale Kontakte zu Personen außerhalb des Sports und Verantwortliche, die ihre Schützlinge um jeden Preis zu Sportikonen machen wollen, bedrohen die selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung,⁷⁹ welche grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist.⁸⁰ Darüber hinaus ist die sowohl vom Kindeswohlbegriff umfasste als auch von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützte körperliche Unversehrtheit infolge der übermäßigen sportlichen Belastung, insbesondere in Sportarten mit einem niedrigen Höchstleistungsalter wie dem Kunstturnen, gefährdet. Die Pflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und Gesundheit zu stellen, umfasst auch das geistige und seelische Wohl des Kindes,⁸¹ welches durch den gesteigerten Erwartungsdruck im Leistungssport, die Gefahr der Entwicklung von psychischen Krankheiten wie Essstörungen oder mögliche Begegnungen mit sexualisierter Gewalt bedroht ist.

Die Ausübung von Leistungssport im Kindesalter weist zumindest in abstrakter Weise erhebliche Grundrechtsrelevanz auf, die möglicherweise gewisse Maßnahmen des Staates erforderlich machen, welche unterhalb der Schwelle eines Eingriffes durch das Familiengericht liegen. Doch nicht nur für den Staat kann dieses Ergebnis Bedeutung entfalten, auch für Eltern und Sportvereine ergibt sich aus der abstrakten Gefährdung des Kindeswohl eine besondere Verantwortung gegenüber den jungen Sportler*innen.

⁷⁶ So z.B. in § 8a SGB VIII, vgl. *Bringewat*, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Fn. 58), § 8a Rn. 31; oder auch § 27 SGB VIII, vgl. *Wiesner*, Schutzauftrag des Jugendamtes bei Kindeswohlgefährdung, FPR 2007, 6 (11); *Wapler*, in: Wiesner/Wapler, Kommentar zum SGB VIII, 6. Aufl. 2022, § 27 Rn. 23.

⁷⁷ *Bringewat*, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Fn. 58), § 8a Rn. 31.

⁷⁸ *Coester*, in: Steiner (Fn. 3), S. 22.

⁷⁹ Zu den Risiken: *Fablbusch-Wendler* (Fn. 7), S. 40 ff.

⁸⁰ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht, selbstbestimmt seine eigene Identität zu entwickeln und zu wahren, BVerfGE 153, 1 Rn. 34; 35; 79, 256 (268).

⁸¹ Die körperliche Unversehrtheit gem. Art 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst auch die psychische Integrität, *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2021, Bd. 1, Art. 2 Rn. 117; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 68), Art. 2 Abs. 2 Rn. 35.

c) Zwischenergebnis

Die vorgenommene Betrachtung der Risiken des Kinderleistungssports für das Kindeswohl verdeutlicht, dass die Ausübung von Leistungssport keine pauschale Gefährdung gem. § 1666 BGB begründen kann. Dennoch bestehen erhebliche Risiken, die im Falle ihres Eintretens eine Schädigung für das körperliche, geistige oder seelische Wohl der jungen Menschen darstellen können. Aus diesem Grund kann von einer abstrakten oder potentiellen Kindeswohlgefährdung ausgegangen werden.

II. Pflichten der beteiligten Parteien

Dieses Ergebnis wirft die Frage auf, welche Verantwortung die Eltern, der Staat und nicht zuletzt die Vereine und Verbände übernehmen müssen, um das Kindeswohl junger Athlet*innen sicherzustellen und welche Pflichten die abstrakte Kindeswohlgefährdung für diese Akteure begründet.

1. Pflichten der Eltern

Pflege und Erziehung des Kindes sind nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Die Eltern sind demnach vorrangig für das Wohl ihres Kindes verantwortlich, ihnen gebührt der Interpretationsprimat und sie trifft die Elternverantwortung.⁸² Ziel der elterlichen Erziehung sollte das selbstbestimmte, vielseitig entwickelte Individuum sein,⁸³ nicht unbedingt das sportliche Ausnahmetalent.⁸⁴

Hieraus folgt, dass zum einen die sportlichen Begabungen des Kindes zu fördern sind und zum anderen die damit in Zusammenhang stehenden Gefahren beachtet werden müssen.⁸⁵ Speziell bei der nach §§ 1629, 107, 108 BGB erforderlichen

⁸² BVerfGE 24, 119 (143); 56, 363 (382); *Hager*, in: Walker (Fn. 21), S. 38 f.; *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig (Fn. 81), Art. 6 Rn. 137; *Schumann*, in: Okko/Schumann, Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 2008, S. 176 f.

⁸³ *Wapler*, in: Wiesner/Wapler (Fn. 76), § 1 Rn. 10 f.

⁸⁴ *Coester*, in: Steiner (Fn. 3), S. 22.

⁸⁵ Zum Pflichtrecht Personensorge *Lettmaier*, in: Staudinger (Fn. 64), § 1626 Rn. 181 ff.

Zustimmung der Eltern zu einer Vereins-, Verbandsmitgliedschaft, einer Athletenvereinbarung⁸⁶ oder anderen nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäften des Minderjährigen, müssen sie im Sinne des Kindeswohls handeln⁸⁷ und die am wenigsten schädliche Alternative wählen.⁸⁸

Gerade im Leistungssportbereich besitzen die Eltern zumeist nicht die fachlichen Kenntnisse für ein dem Kindeswohl angemessenes Training, weshalb sie zur Auswahl eines geeigneten Vereins verpflichtet sind.⁸⁹ In Anbetracht der Risiken intensiver sportlicher Betätigung, muss die Ausbildung der jungen Leistungssportler*innen durch geschultes Fachpersonal erfolgen, das von den Eltern dahingehend betraut wurde.⁹⁰ Mit der Auswahl eines geeigneten Vereines, bzw. geeigneter Trainer*innen, ist die Verantwortung der Eltern für diesen Punkt der Erziehung jedoch nicht gänzlich abgewälzt.⁹¹ Sie müssen jederzeit reagieren, sollten sich Zweifel an der Gewährleistung des Kindeswohls infolge sorgfaltswidrigen Umgangs des Vereins mit dem Kind ergeben.⁹² Mithin trifft sie eine aktive Überwachungspflicht, die sich je nach Gefährdungspotenzial der ausgeübten Sportart intensiviert.⁹³

Die Eltern minderjähriger Leistungssportler*innen müssen sich umfänglich über die möglichen nachteiligen Auswirkungen des Sports auf den sich entwickelnden Körper informieren und kontrollieren, ob der Verein geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung der körperlichen und psychischen Unversehrtheit ergreift.⁹⁴ Mit zunehmender Selbstbestimmtheit des Kindes ergibt sich aus § 1626 Abs. 2 BGB die Pflicht der Eltern, das Kind über Gefahren des Leistungssports aufzuklären, über

⁸⁶ Diese regelt die Leistungsbeziehungen zwischen Verband und Athlet*in und wird z.B. von Kaderangehörigen mit dem DOSB eingegangen, *Jakob*, in: ders./Orth/Stopper, Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht mit Schwerpunkt Sport, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 1150.

⁸⁷ *Amend-Traut*, in: BeckOGK zum Zivilrecht, Stand 1.6.2023, § 1626 BGB Rn. 137 f.; *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 4. Kap. Rn. 6; dazu gehört nach § 1631a BGB insbesondere, dass die Eignung und Neigung des Kindes zum Leistungssport gegeben sind, vgl. *Veit*, in: BeckOK BGB (Fn. 56), § 1631a Rn. 2.1, 3.

⁸⁸ *Coester*, in: Steiner (Fn. 3), S. 22.

⁸⁹ *Hager*, in: Walker (Fn. 21), S. 40 f.; die Aufsichtspflicht nach § 1631 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich übertragbar, allerdings trifft die Eltern die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl der Aufsichtsperson, *Huber*, in: MüKo BGB (Fn. 56), § 1631 Rn. 10.

⁹⁰ Gem. § 1631a BGB trifft die Eltern bei Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs des Kindes eine besondere Rücksichtnahmepflicht. Zu diesen Angelegenheiten gehören auch sportliche Aktivitäten, deren besondere Gefahren und Belastungen zu ermitteln und zu berücksichtigen sind, *Kerscher*, in: BeckOGK zum Zivilrecht (Fn. 87), § 1631a BGB Rn. 8, 15.

⁹¹ BGH NJW 1968, 1672; *Huber*, in: MüKo BGB (Fn. 56), § 1631 Rn. 10; *Kerscher*, in: BeckOGK zum Zivilrecht (Fn. 87), § 1631 BGB Rn. 43; *Salgo*, in: Staudinger (Fn. 64), § 1631 Rn. 42.

⁹² *Hager*, in: Walker (Fn. 21), S. 41.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ Ebd.

mögliche präventive Maßnahmen zu beraten und dessen Willen in ihren Entscheidungen ausdrücklich zu berücksichtigen.⁹⁵

2. Pflichten der Vereine und Verbände

Die Sportvereine und -verbände⁹⁶ stehen den Minderjährigen während ihrer sportlichen Betätigung naturgemäß am nächsten, indem sie Sportstätten und Trainer*innen stellen, Wettkämpfe durchführen und die leistungssportliche Karriere der Athlet*innen koordinieren. Durch diesen unmittelbaren Einfluss der Vereine auf die jungen Leistungssportler*innen erlangen Pflichten zur Gewährleistung des Kindeswohls in diesem Verhältnis besondere Bedeutung.

a) Gesetzliche Pflichten

Ein einheitliches Sportgesetz, welches konkrete Verpflichtungen der Sportvereine hinsichtlich des Kindeswohls begründen würde, besteht in Deutschland nicht.⁹⁷ Vielmehr ist das gesamte staatliche Recht für den Sport bedeutsam, sportsspezifische Regelungen finden sich nur vereinzelt. Beispielhaft zu nennen ist der § 4 Abs. 4 Nr. 2a AntiDopG, der die Verabreichung oder Zurverfügungstellung von Dopingmitteln an Minderjährige unter Freiheitsstrafe stellt. Damit werden beispielsweise Trainer*innen, die ein Interesse an Leistungssteigerungen ihres Schützlings haben und daher den Einsatz von Doping unterstützen könnten, verpflichtet, auf die Anwendung leistungssteigernder, aber gesundheitsgefährdender Mittel durch die Minderjährigen zu verzichten.⁹⁸

Allgemeinere Pflichten zur Gewährleistung des Kindeswohls ergeben sich aus zivil- und strafrechtlichen Sorgfaltsmaßstäben. Hierbei sind die berührten Grundrechte der Kinder auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit sowie das Elterngrundrecht auf Erziehung zu berücksichtigen. Diese Grundrechte binden gem. Art. 1 Abs. 3 GG zwar grundsätzlich nur die staatlichen Gewalten. Allerdings ist die Grundrechtsgeltung mittlerweile

⁹⁵ Zur Einbeziehung des Kindes in Entscheidungen der elterlichen Sorge *Preisner*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, FamR Bd. 3/2, 13. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 142 ff.; *Schwab*, Familienrecht, 30. Aufl. 2022, Rn. 801; *Ziegler*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 1626 Rn. 11.

⁹⁶ Bei Sportverbänden handelt es sich um Zusammenschlüsse mehrerer Sportvereine/-verbände. Sie sind zumeist Vereine im juristischen Sinne, *Hakenberg*, in: Weber, Rechtswörterbuch, 25. Ed. 2020, „Verbände“.

⁹⁷ *Pfister/Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), Einf. Rn. 10.

⁹⁸ BT-Drucks. 18/4898, S. 31.

in Form einer objektiven Werteordnung anerkannt, deren Maßstäbe in privatrechtlichen Verhältnissen wie einer Vereinsmitgliedschaft zu berücksichtigen sind.⁹⁹ Die (mittelbare) Geltung der Grundrechte in diesem Verhältnis ist in Anbetracht des „Ein-Platz-Prinzips“ und der dadurch gegebenen Monopolstellung der Fachsportverbände umso bedeutender, da diese Form der Organisationsstruktur grundrechtliche Kollisionslagen begünstigt.¹⁰⁰ Sportvereine haben folglich neben den einfachgesetzlichen Regeln des Minderjährigenschutzes ebenfalls grundrechtliche Wertungen zu respektieren und umzusetzen.

So müssen die vom Verein ausgewählten Verantwortlichen die notwendige sportliche als auch pädagogische Fachkunde besitzen, um eine unschädliche Ausübung des Leistungssports und eine gesunde Kindesentwicklung sicherzustellen.¹⁰¹ Des Weiteren trifft die sportlichen Betreuer*innen dadurch, dass die Eltern ihre Kinder in die Hände des Vereins geben, gegenüber den Minderjährigen eine Aufsichtspflicht.¹⁰² Die ausgewählten Aufsichtspersonen müssen die Kinder vor jeglicher Art der Schädigung schützen (Beschützerfunktion),¹⁰³ indem sie die Minderjährigen beobachten, belehren, aufklären und begleiten. Im Verhältnis zu den Eltern, die nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich Vorrang in Erziehungsfragen genießen, besteht die Pflicht zur Beratung und Aufklärung über Risiken des Sports und die Eignung des Kindes zum Leistungssport.¹⁰⁴ Schließlich müssen die Vereine noch Verkehrssicherungspflichten für ihre Sportstätten beachten,¹⁰⁵ beispielsweise die Pflicht zur Instandhaltung der Sportgeräte und die Pflege des Sportfelds.

b) Verbands-/Vereinsrechtliche Pflichten

Neben solchen Verpflichtungen, die sich aus der staatlichen Rechtsordnung ergeben, können Pflichten zur Wahrung des Kindeswohls im Leistungssport ebenfalls

⁹⁹ Z.B. BVerfGE 7, 198 (205); 42, 143 (148); 89, 214 (229); 103, 89 (100); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum GG, 100. El. 2023, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 17. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 52 ff.

¹⁰⁰ *Nolte*, in: ders./Horst, Handbuch Sportrecht, 2009, S. 20 ff.; *ders.*, Sport und Recht (Fn. 12), S. 95 f.; *Vieveg*, Zur Einführung: Sport und Recht, JuS 1983, 825 (826); ein Überblick zum „Ein-Platz-Prinzip“ und der Monopolstellung von Sportverbänden: *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), Einf. Rn. 14 ff.

¹⁰¹ *Cabay/Krigger/Gabai*, Brauchen Trainer Pädagogik? - Trainer brauchen Pädagogik!, Leistungssport 1989, 26 (26 ff.); *Hager*, in: Walker (Fn. 21), S. 41.

¹⁰² Die Aufsicht über das Kind gehört nach § 1631 BGB zur Personensorge und kann von den Eltern für die Zeit der sportlichen Betätigung auf den Verein übertragen werden, *Huber*, in: MüKo BGB (Fn. 56), § 1631 Rn. 10; *Kerscher*, in: BeckOGK zum Zivilrecht (Fn. 87), § 1631 BGB Rn. 43 ff.

¹⁰³ *Kudlich/Vieveg*, Das Ehrenamt unter Verantwortungsdruck, SpuRt 2015, 138 (141).

¹⁰⁴ *Hager*, in: Walker (Fn. 21), S. 41.

¹⁰⁵ Zur Entstehung von Verkehrssicherungspflichten *Förster*, in: BeckOK BGB (Fn. 56), § 823 Rn. 293 ff.; *Wagner*, in: MüKo BGB (Fn. 56), § 823 Rn. 452 ff.

durch das von den Vereinen selbst gesetzte Recht bestehen. Für Vereine und Verbände garantiert Art. 9 Abs. 1 GG auf grundrechtlicher Ebene und Art. 11 Abs. 1 Hs. 1 EMRK auf überstaatlicher Ebene die Autonomie der (Sport-) Vereinigungen, die in Deutschland durch §§ 25 ff. BGB näher ausgestaltet ist.¹⁰⁶ Hierdurch kommt Vereinen eine Selbstregelungsbefugnis zu, die sie (innerhalb der staatlichen Rechtsordnung)¹⁰⁷ nutzen können, um die wesentlichen Leitprinzipien des Vereins mittels Satzung und ergänzenden Regelungen, wie z.B. Wettkampfordnungen, verbindlich für die Mitglieder festzusetzen.¹⁰⁸

Eine Besonderheit, die sich aus dem pyramidalen Aufbau der Sportvereine und -verbände ergibt, ist, dass die Vereine/Verbände der unteren Ebene häufig die Regelwerke der übergeordneten Verbände akzeptieren (müssen) und diese Fremdordnungen für den eigenen Verein verbindlich übernehmen.¹⁰⁹ Beispielhaft kann die Satzung des DTB genannt werden, die einerseits nach § 2.2 die eigene Mitgliedschaft des DTB im DOSB und den internationalen Spitzensportverbänden festlegt und andererseits nach § 3.2 die Verbindlichkeit der eigenen Regelwerke für die Mitglieder des DTB, vor allem die Landesturnverbände, vorschreibt.¹¹⁰

Dies führt dazu, dass die übergeordneten Verbände eines Fachgebietes Verbandsrecht schaffen, das bis zur untersten Instanz (den Sportler*innen) durch Mitgliedschaft, Satzungsverweisungen oder Einzelverträge einheitliche Geltung findet.¹¹¹ Die Dachorganisation des deutschen Sports, der DOSB, hat diese Regelungskompetenz genutzt, um für sich und seine Mitglieder Bestimmungen des Kindeswohls aufzustellen. So verpflichtet beispielsweise die Satzung des DOSB zum Schutz der Kinder vor jeglicher Art von Gewalt und zur Förderung ihrer Persönlichkeitsentwicklung.¹¹²

Die Dachverbände können folglich verbindliche Regelungen für sich und ihre Mitgliedsorganisationen festlegen, die den Schutz des Kindeswohls in Sportorganisationen vorsehen.¹¹³ Selbstverständlich bleibt es den einzelnen Mitgliedsvereinen

¹⁰⁶ Nolte (Fn. 12), S. 206.

¹⁰⁷ Sportrecht wird von einem Spannungsverhältnis des Vereinsrechts zum staatlichen Recht geprägt (sog. Zweispurigkeit des Sportrechts), wobei dem zwingenden staatlichen Recht der Vorrang einzuräumen ist, *Vieweg* (Fn. 100), 825 (825 f.).

¹⁰⁸ Zur Verbands-/Vereinsautonomie *Pfister/Fritzweiler*, in: *Pfister/Fritzweiler/Summerer* (Fn. 14), Einf. Rn. 12 ff.; *Wagner*, in: *Schimke/Dauernheim*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, 2. Kap. Rn. 331 ff.

¹⁰⁹ Zur Übernahme von Fremdordnungen *Schneider*, in: *Jakob/Orth/Stopper* (Fn. 86), § 2 Rn. 143 ff.; *Wagner*, in: *Schimke/Dauernheim* (Fn. 108), 2. Kap. Rn. 416 ff.; *Walker*, Zur Bindung von Vereinsmitgliedern an Sanktionsvorschriften übergeordneter Verbände, NZG 2017, 1241 (1241).

¹¹⁰ Satzung des DTB (Stand 13.1.2021) abrufbar unter: <https://www.dtb.de/der-verband/verbandsdokumente/satzungen-und-ordnungen> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹¹¹ *Pfister/Fritzweiler*, in: *Pfister/Fritzweiler/Summerer* (Fn. 14), Einf. Rn. 15 ff.; *Vieweg* (Fn. 100), 825 (826).

¹¹² Präambel Nr. (6) der DOSB Satzung (Stand 12.2022), abrufbar unter: <https://www.dosb.de/ueber-uns/satzung-und-ordnungen> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹¹³ Soweit die Regelwerke wirksam übernommen wurden, Fn. 109.

unbenommen, sich selbst Vorgaben aufzuerlegen beziehungsweise Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls zu ergreifen.

3. *Pflichten des Staates*

Auch für den Staat ergeben sich aufgrund der Gefahrenlagen für Leistungssportbetreibende Minderjährige gewisse Pflichten in puncto Sicherstellung des Kindeswohls. Differenziert werden muss hier zwischen Pflichten, die sich aufgrund der gesundheitlichen und entwicklungspsychologischen Risiken des Kinderleistungssports ergeben und solchen, die aus der mittelbaren Gefahr der sexualisierten Gewalt im Leistungssport resultieren.

a) Schutz der Gesundheit und Entwicklung des Kindes

Angesichts der potentiellen Gefahren der übermäßigen sportlichen Betätigung im Kindesalter, könnte eine Pflicht zur Ergreifung staatlicher Maßnahmen gegeben sein. Zum einen trifft die staatliche Gemeinschaft gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eine Wächterrolle in Bezug auf Pflege und Erziehung des Kindes. Sollten die Erziehungsberechtigten ihrer Verantwortung zur Sicherung des Kindeswohls nicht nachkommen, muss aufgrund dieser Reserverolle staatlicherseits eingegriffen werden. Zum anderen begründet Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Pflicht des Staates sich bei Bedrohungslagen für Leben oder Gesundheit, durch wen oder was auch immer, schützend vor die betroffene Person zu stellen.¹¹⁴ Daneben beinhalten auch überstaatliche Rechtsordnungen, wie Art. 24 GRCh¹¹⁵ und vor allem Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention¹¹⁶ zeigen, ausdrücklich das Wohlergehen der Kinder als vorrangige Erwägung staatlichen Handelns. Diese (grundrechtlich verbürgten) Schutzpflichten könnten dazu führen, dass der Staat junge Leistungssportler*innen intensiver vor den Gefahren ihrer Leidenschaft bewahren muss.

Das Bestehen einer staatlichen Interventionspflicht ist davon abhängig, welches Gewicht dem gefährdeten Rechtsgut zukommt und wie sich die konkreten Ausmaße des drohenden Schadens darstellen.¹¹⁷ Gerade in den hier näher betrachteten Sportarten mit niedrigen Höchstleistungsaltern besteht die Gefahr, dass die übermäßige sportliche Belastung im Kindesalter zu gesundheitlichen und entwicklungspsychologischen Schäden führt. Die hohe grundrechtliche Bedeutung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit¹¹⁸ sowie das elementare Recht des Kindes auf

¹¹⁴ BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 53, 30 (57).

¹¹⁵ Zur Bindungswirkung der GRCh *Jarass*, EU-GRCh Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 51 Rn. 19.

¹¹⁶ Die UN-KRK trat 1992 in Deutschland in Kraft und hat Gesetzesrang, BGBl. 1992, II 990.

¹¹⁷ BVerfGE 49, 89 (141 f.); *Nolte*, in: *Nolte/Horst* (Fn. 100), S. 25.

¹¹⁸ BVerfGE 39, 1 (42); BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401); *Rixen*, in: *Sachs, Kommentar zum GG*, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 8.

Erziehung zu einer freien, selbstbestimmten Persönlichkeit¹¹⁹ würden für eine Handlungspflicht des Staates sprechen.

Konkrete Feststellungen zu den Ausmaßen der Schäden des Kinderleistungssports sind dagegen kaum zu treffen, da es sich lediglich um potentielle Gefahren handelt und nach wie vor Unsicherheiten in der F

Orage nach der körperlichen und psychischen Belastbarkeit von jungen Leistungssportler*innen bestehen.¹²⁰ Gegen eine Pflicht zum staatlichen Handeln spricht weiterhin der Grundsatz der staatlichen Subsidiarität im Sportrecht.¹²¹ Hier- nach ist vorrangig auf die Selbstheilungskräfte des Sportrechts im Sinne des Vereinsrechts zu vertrauen, das den Gefahren im Einzelfall gezielter und individueller begegnen kann als staatliche Maßnahmen.¹²²

Einschränkend tätig werden darf der Staat nur dort, wo die sportrechtliche Ausgestaltung defizitär ist.¹²³ Zuletzt müssten sich Schranken der Ausübung des Kinderleistungssportes sowohl am elterlichen Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, in welches nur durch Gesetz eingegriffen werden darf,¹²⁴ als auch am „Sport- Grundrecht“ der Kinder aus Art. 2 Abs. 1 GG, dessen Schutzbereich die Ausübung gesundheitsgefährdender Sportarten grundsätzlich umfasst,¹²⁵ messen lassen.¹²⁶

Diese Erwägungen lassen den Schluss zu, dass das konkrete Schutzbedürfnis der Kinder im Hinblick auf die unmittelbaren Risiken des Kinderleistungssports nicht hoch genug ist, um eine staatliche Eingriffspflicht zu begründen.¹²⁷ Vielmehr liegt es in der Hand des Staates, die Risiken des Kinderleistungssports im Auge zu behalten, näher zu untersuchen und gegebenenfalls maßregelnd einzugreifen, so weit sportinterne Defizite auftreten.¹²⁸

¹¹⁹ Dieses Recht ist insb. dann gefährdet, wenn Druck von außen (z.B. durch Eltern/Trainer*innen) ausgeübt wird und die Freiwilligkeit der Sportausübung gefährdet ist.

¹²⁰ *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 2. Kap. Rn. 19; *Nolte* (Fn. 12), S. 91; *Steiner*, in: ders. (Fn. 3), S. 49 ff.

¹²¹ Zur Vereinsautonomie z.B. *Stopper*, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 86), § 2 Rn. 6 ff.; *Winkler*, in: von Münch/Kunig (Fn. 81), Art. 9 Rn. 56 ff.

¹²² *Steiner*, in: Tettinger/Vieweg (Fn. 73), S. 176.

¹²³ *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 2. Kap. Rn. 21; *Vieweg/Röthel*, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, ZHR 166, 6 (11 ff.).

¹²⁴ BVerfGE 107, 104 (120).

¹²⁵ *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts – Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 244; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 124.

¹²⁶ *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 2. Kap. Rn. 19; *Nolte* (Fn. 12), S. 90 ff.; *Steiner*, in: Tettinger/Vieweg (Fn. 73), S. 156 ff.

¹²⁷ So wohl auch die h.M.: *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 2. Kap. Rn. 19; *Nolte* (Fn. 12), S. 90 ff.; *Steiner*, in: ders. (Fn. 3), S. 156.

¹²⁸ So geschehen in der Doping-Problematik: Der Gesetzgeber griff 2015 durch den Erlass des Anti-DopG (nicht unumstritten) in die Autonomie des Sportrechts ein und sanktionierte das Doping auch strafrechtlich, *Summerer*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 3. Kap. Rn. 402 ff.

b) Schutz vor sexualisierter Gewalt

Etwas anderes könnte sich bezüglich der Problematik der sexualisierten Gewalt im Leistungssport ergeben. Hier liegen andere Voraussetzungen vor als bei den eben untersuchten Risiken. Zum einen ist die Gefährdungslage dank der „Safe Sport“ Studie, die zeigt, dass viele junge Leistungssportler*innen sexualisierter Gewalt im Sport ausgesetzt sind oder waren, konkret feststellbar. Zum anderen treten staatliche Einflussnahmen, solange sie lediglich Vorgaben an die Vereine enthalten, nicht in Konflikt mit den Grundrechten von Eltern und Kindern, sondern schützen insbesondere letztere. Maßnahmen zum Zwecke des Minderjährigenschutzes, die die Organisation der Sportvereine betreffen, müssten sich somit „nur“ an der Vereinsautonomie des Art. 9 Abs. 1 GG messen lassen und wären damit leichter zu rechtfertigen. Weiterhin bergen Erfahrungen mit sexualisierter Gewalt gegen junge Menschen ein erhebliches Gefahrenpotential für das Wohl des Kindes, sodass der Staat aufgrund seines Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zum Eingreifen angehalten sein dürfte.¹²⁹ In Anbetracht des Ausmaßes drohender Schäden für die körperliche, geistige und seelische Unversehrtheit betroffener Athlet*innen durch Erfahrungen mit sexualisierter Gewalt und der grundrechtlich verankerten Aufgabe des Staates zur Sicherung des Kindeswohls, ergibt sich dahingehend prinzipiell eine Handlungspflicht des Staates,¹³⁰ deren Ausgestaltung sogleich untersucht wird.

4. Zwischenergebnis

Die mit dem Kinderleistungssport in Verbindung stehenden Risiken begründen Pflichten für Eltern, Sportvereine und Staat. Die Eltern, denen der Erziehungsprimat zukommt, sind dabei Hauptverantwortliche für das Wohl ihres Kindes. Sie müssen die grundlegenden Voraussetzungen für eine möglichst gefahrungsarme sportliche Betätigung schaffen, indem sie sich über Gefährdungslagen informieren, die Betreuer*innen sorgfältig auswählen und überwachen, ihr Kind aufklären und in die Entscheidungen einbeziehen.

Für die Sportvereine ergeben sich, aufgrund des Nebeneinanders von staatlichem Recht und Verbandsregeln, zum einen strafrechtliche Verbote, wie z.B. durch das AntiDopG, und gesetzliche Verpflichtungen zur Sorgfalt und Aufsicht im Umgang mit den Minderjährigen. Zum anderen können die Regeln der Sportorganisationen spezielle Verpflichtungen für die Sportvereine zur Gewährleistung des Kindeswohls enthalten.

¹²⁹ Art. 6 Abs. 2 GG ist in der vorliegenden abstrakten Betrachtung nicht als Rechtfertigung für Eingriffe aufgrund von Kindeswohlgefährdungen im Einzelfall zu verstehen, sondern als wertentscheidende Grundsatznorm für das Kindeswohl, *Heiderhoff*, in: von Münch/Kunig (Fn. 81), Art. 6 Rn. 105.

¹³⁰ So auch *Nolte/Merkens*, Einrichtung für sicheren und gewaltfreien Sport – Eine Machbarkeitsstudie, 2022, S. 5.

Eine staatliche Handlungspflicht konnte hinsichtlich der Risiken für die körperliche Gesundheit und Entwicklung der Leistungssportler*innen aufgrund der widerstreitenden Grundrechte, der Unsicherheiten bezüglich des konkreten Schutzbedürfnisses und letztlich wegen des Subsidiaritätsprinzips, nicht festgestellt werden. Dagegen erfordert die Problematik der sexualisierten Gewalt im Sport Handlungen des Staates zur Prävention und zum Schutz der Minderjährigen.

D. Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls

Um eine abschließende Bewertung der Gewährleistung des Kindeswohls im Leistungssport vorzunehmen, werden im Folgenden bestehende sportunspezifische Regelungen untersucht, die Schutzwirkung für junge Leistungssportler*innen entfalten könnten, und diejenigen Maßnahmen betrachtet, welche gezielt auf die Sicherung des Kindeswohls im Sport gerichtet sind.

I. Sportunspezifische Regelungen

Sportunspezifische Regelungen, die im Hinblick auf das Verhältnis von Sportorganisationen und leistungssportbetreibenden Kindern Schutz entfalten könnten, finden sich im Arbeitsschutz- und Familienrecht.

1. *Arbeitsrechtlicher Schutz*

In Anbetracht des erheblichen Einsatzes der jungen Athlet*innen für ihren Sport und der damit einhergehenden engen Verbindung zu den Sportorganisationen, könnten arbeitsrechtliche Vorschriften im Kinderleistungssport Bedeutung erlangen. Vor allem das JArbSchG, welches eine körperliche und geistig-seelische Überforderung Minderjähriger verhindern und eine Heranführung an die Herausforderungen der Arbeitswelt gewährleisten soll,¹³¹ könnte erheblichen Einfluss auf die sportliche Betätigung haben.¹³²

Der Anwendungsbereich des JArbSchG ist gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 und 3 eröffnet, wenn die Einbindung des Minderjährigen in den Sport (eine Vereins-, Verbands- oder Kaderzugehörigkeit) einen Arbeitsvertrag oder eine sonstige Beschäftigung mit arbeitnehmerähnlicher Dienstleistung darstellt. Ausschlaggebend dafür ist, ob die Athlet*innen Leistungen in weisungsabhängiger Stellung erbringen, eine Arbeit im wirtschaftlichen Sinne vorliegt, die Tätigkeit einem anderen zugutekommt und eine feste Bindung zwischen Athlet*in und der Weisungsbefugten besteht.¹³³

¹³¹ *Weyand*, JArbSchG, NomosBundesrecht, 2. Ed. 2016, Einl. Rn. 47 ff.

¹³² So sieht § 5 Abs. 1 JArbSchG ein grundsätzliches Arbeitsverbot für Kinder unter 15 Jahren vor. Für die Beschäftigung Jugendlicher gelten nach §§ 8 bis 46 besondere Bedingungen.

¹³³ *Pfaff* (Fn. 13), S. 47; *Walker*, in: ders. (Fn. 21), S. 59; *Weyand*, JArbSchG (Fn. 131), § 1 Rn. 24.

Eine Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit mag darin zu sehen sein, dass die jungen Athlet*innen in den Trainings- und Wettkampfbetrieb des Vereins eingliedert sind.¹³⁴ So beinhalten die Athletenvereinbarungen beispielsweise sanktionsbewehrte Verpflichtungen zur Teilnahme am Training und an Wettkämpfen.¹³⁵ Gerade bei Minderjährigen dürften eigenverantwortliche Vorbereitungen die Ausnahme und umfassend geplante Trainingsprogramme die Regel sein.

Des Weiteren könnte Leistungssport eine Arbeit im wirtschaftlichen Sinne darstellen, mithin eine Tätigkeit, die dazu bestimmt ist, den Bedarf des Weisungsgebers an materiellen Gütern zu decken.¹³⁶ Eine wirtschaftliche Verwertung der Leistung des Minderjährigen im Sport kann vorliegen, falls die Athlet*innen von den Verbänden als Vermarktungsobjekte z.B. durch das Tragen werbender Sportbekleidung, genutzt werden.¹³⁷ Ebenso kann die Ausbildung zum Profi als Investition für die Zukunft gesehen werden, in der die Athlet*innen Höchstleistungen erbringen und Geld in die Kassen der Vereine spülen.¹³⁸ So kommt der Betätigung der Minderjährigen im Leistungssportbereich ein gewisser wirtschaftlicher Charakter zu.

Ein Arbeitsvertrag zwischen Athlet*in und Sportorganisation kann jedoch nur dann vorliegen, soweit auch eine feste, arbeitsvertragsähnliche Bindung gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn der Sport nicht (nur) aus eigenem Ehrgeiz und Antrieb, sondern aufgrund der rechtlichen Verpflichtungen betrieben wird.¹³⁹ Die Langfristigkeit der Zugehörigkeit, ein Entgeltanspruch der Athlet*innen oder Umfang und Regelmäßigkeit der sportlichen Betätigung stellen lediglich Indizien dar, die für eine solche Bindung sprechen könnten.¹⁴⁰ Entscheidende Voraussetzung ist jedoch, dass der Minderjährige zur Erbringung seiner Leistungen wie ein*e Arbeitnehmer*in nachhaltig angehalten wird.¹⁴¹ Den Athlet*innen steht aber immer die Möglichkeit offen, Training oder Wettkampf fernzubleiben. Ihnen drohen höchstens vereins- oder verbandsrechtliche Sanktionen, im äußersten Falle der Ausschluss.¹⁴² Im Gegensatz zur Leistung der Arbeitnehmer*innen ist die Erfüllung der sportlichen Tätigkeit nicht einklagbar.¹⁴³ Diese deutlich erleichterte Ablehnbarkeit der freiwillig übernommenen Pflichten macht die jungen Sportler*innen weniger schutzbedürftig

¹³⁴ Pjaff (Fn. 13), S. 47 ff., 80 f.

¹³⁵ Z.B. Vereinbarung zwischen dem DTB und Bundeskaderathlet*in, Art. 4 und 5, unter: https://www.dtb.de/fileadmin/user_upload/dtb.de/TURNEN/Standards/PDFs/2022/2022_Vereinbarung_BundeskaderathletInFINAL.pdf (zul. abger. am 20.12.2023).

¹³⁶ OVG Münster, NJW 1987, 1443 (1443).

¹³⁷ Pjaff (Fn. 13), S. 56 ff.; *Weyand*, JArbSchG (Fn. 131), § 1 Rn. 30.

¹³⁸ *Walker*, in: ders. (Fn. 21), S. 60.

¹³⁹ Pjaff (Fn. 13), S. 58 f.; *Walker*, in: ders. (Fn. 21), S. 60 f.; *Vogelsang*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 161 Rn. 8.

¹⁴⁰ Pjaff (Fn. 13), S. 59 ff.

¹⁴¹ OVG Münster, NJW 1987, 1443 (1443).

¹⁴² Pjaff (Fn. 13), S. 66 f.; *Walker*, in: ders. (Fn. 21), S. 62.

¹⁴³ Arbeitsvertragliche Pflichten sind allerdings nicht vollstreckbar, § 888 Abs. 3 ZPO.

als eine*n Arbeitnehmer*in.¹⁴⁴ Demnach ist sind die Pflichten aus Vereins-, Verbands-, oder Kaderzugehörigkeit nicht verbindlich genug, um ein arbeitsvertragsähnliches Verhältnis i.S.d. JArbSchG zu begründen.¹⁴⁵ Das JArbSchG findet in diesen Konstellationen grundsätzlich keine Anwendung.

2. Erfordernis einer familiengerichtlichen Zustimmung

Entgegen der Idealvorstellung von einem selbstbestimmten Minderjährigen, der die eigenverantwortliche Entscheidung für ein Leben als Leistungssportler trifft, dürfen ehrgeizige Eltern mitunter erheblichen Einfluss auf die sportliche Laufbahn junger Talente ausüben. Dies führt bisweilen dazu, dass Eltern langfristige Verträge für ihr Kinder abschließen, die über eine eben untersuchte Vereins-, Verbands- oder Kaderzugehörigkeit hinausgehen und deshalb Dienst- oder Arbeitsverträge darstellen.¹⁴⁶ Der § 1643 BGB bestimmt, dass es bei gewissen Geschäften des Kindes neben der elterlichen zusätzlich einer familiengerichtlichen Zustimmung bedarf, um die Kindesinteressen zu wahren und eine unabhängige Kontrolle schwerwiegender Entscheidungen zu gewährleisten.¹⁴⁷ Eine solche Zustimmung ist nach §§ 1643 Abs. 1, 1853 Nr. 1 BGB bei Miet- bzw. Pachtverträgen und anderen Verträgen erforderlich, die den Minderjährigen zu wiederkehrenden Leistungen verpflichten und ihn länger als vier Jahre binden. Außerdem bedarf es einer Genehmigung gem. § 1643 Abs. 4 S. 1 BGB, soweit das Kind länger als ein Jahr nach dem Eintritt der Volljährigkeit zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird.

Vor der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 01.01.2023 war umstritten, ob Dienst- und Arbeitsverhältnisse in den Anwendungsbereich dieser Regelung (§ 1822 Nr. 5 BGB a.F.) fallen.¹⁴⁸ Trotz überzeugender Argumente für eine Anwendbarkeit auf Dienst- und Arbeitsverträge,¹⁴⁹ vertrat die wohl herrschende Meinung¹⁵⁰ die gegenteilige Auffassung. Seit der Reform stellt sich diese Frage wegen des neuen § 1643 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BGB nicht mehr. Dienst- und

¹⁴⁴ Pfaff (Fn. 13), S. 66 f.; Walker, in: ders. (Fn. 21), S. 62.

¹⁴⁵ Zu diesem Ergebnis kommen auch Pfaff und Walker. In anderen Konstellationen, z.B. bei Verträgen im professionellen Mannschaftssport, wird die Arbeitnehmereigenschaft z.T. bejaht, vgl. BAG, NJW 1980, 470; Pfaff (Fn. 13), S. 89; Heink, Jugendarbeitszeitschutz im professionellen Mannschaftssport, SpuRt 2011, 134 (134); Walker, Zur Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverträgen mit Berufsfußballspielern, NZA 2016, 657 (658).

¹⁴⁶ Beispielsweise beim Profivertrag im Mannschaftssport, vgl. Fn. 145. In diesen Fällen sind selbstverständlich die Vorgaben des JArbSchG zu beachten.

¹⁴⁷ Budzíkiewicz, in: Jauernig, BGB Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 1643 Rn. 1; Eitzinger, in: BeckOGK zum Zivilrecht (Fn. 87), § 1643 BGB Rn. 10.

¹⁴⁸ Eine Übersicht dieses Streits bieten Pfaff (Fn. 13), S. 26 ff. und Walker, in: ders. (Fn. 21), S. 52.

¹⁴⁹ Fomferek, Minderjährige „Superstars“ – Die Probleme des § 1822 Nr. 5 BGB, NJW 2004, 410 (412); Schlachter, Minderjährigenschutz bei langzeitbefristeten Arbeitsverträgen im Berufssport, FamRZ 2006, 155 (157); Veit, in: Staudinger (Fn. 64), § 1822 Rn. 111, 116.

¹⁵⁰ LG Essen, NJW 1965, 2302; LAG Meckl.-Vorp., SpuRt 2012, 80 (82); Kroll-Ludwigs, in: MüKo BGB (Fn. 56), § 1822 Rn. 41; Pfaff (Fn. 13), S. 33 f.; Schlachter (Fn. 149), 155 (157); Walker, in: ders. (Fn. 21), S. 52.

Arbeitsverträge werden ausdrücklich vom Genehmigungserfordernis befreit. Die vertragliche Bindung Minderjähriger an Sportorganisationen fällt mithin nicht unter die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des § 1643 BGB. Eltern können ihre Kinder ohne gerichtliche Zustimmung längerfristig an den Leistungssport binden.

II. Sportspezifische Maßnahmen

Um ihren Pflichten zur Abwehr von Gefahren des Kinderleistungssports nachzukommen, ergreifen Staat und Sportorganisationen verschiedene Maßnahmen, die speziell auf die Gewährleistung des Kindeswohls im Sport gerichtet sind.

1. Staatliche Maßnahmen

Die obigen Ausführungen kamen zu dem Ergebnis, dass den Staat bezüglich der physischen und psychischen Risiken, die sich durch die übermäßige sportliche Belastung Minderjähriger ergeben, keine explizite Handlungspflicht trifft. Über das Mittel der Finanzzuwendungen fördert er gleichsam die Abwendung gesundheitlicher Gefahren, indem er die fachliche Qualifizierung des Spitzensportpersonals und die sportmedizinische Betreuung unterstützt.¹⁵¹ Vor allem aber bieten die allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen, die eine Haftung und gegebenenfalls eine Strafbarkeit bei unsachgemäßem Umgang mit den Sportler*innen begründen, gewissen Schutz.

Anders liegt der Fall hinsichtlich der Problematik der sexualisierten Gewalt im Leistungssport. Hier treffen den Staat Schutzpflichten, die ihn zum Ergreifen spezifischer Maßnahmen anhalten. Die Politik beschäftigt sich mit dieser Thematik insbesondere seit dem Beschluss der Bundesregierung zur Einrichtung des Runden Tisches über sexuellen Kindesmissbrauch, der in seinem Abschlussbericht auf die Problematik der sexualisierten Gewalt im Sport hinwies und Empfehlungen zum Kinderschutz vorstellte.¹⁵² Um die Ausmaße der sexualisierten Gewalt im deutschen Sport, die bis dato kaum untersucht wurden, besser beurteilen zu können, förderte das Bundesministerium für Bildung und Forschung ab 2014 die Durchführung der „Safe Sport“ Studie.¹⁵³ Die teils besorgniserregenden Ergebnisse dieser Studie dürften mitursächlich für das weitere Tätigwerden staatlicherseits gewesen sein. So fordert das BMI seit 2018 für die finanzielle Förderung des Spitzensports

¹⁵¹ Z.B. 2.2 (1) der Förderrichtlinien Verbände (Fn. 4) oder auf landesrechtlicher Ebene § 4 Abs. 3 Nds. Sportförderungsgesetz.

¹⁵² Abschlussbericht „Runder Tisch Sexueller Kindesmissbrauch“ aus dem Jahr 2011, unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/sexueller-kindesmissbrauch-86342> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁵³ *Rulofs*, in: dies. (Fn. 46), S. 6.

eine verbindliche Erklärung des Zuwendungsempfängers zur Prävention und Bekämpfung sexualisierter Gewalt.¹⁵⁴ Manche Bundesländer knüpfen mittlerweile ebenfalls die Förderung des Leistungssports in Verbänden und Vereinen an das Vorliegen von Schutzkonzepten.¹⁵⁵ Weiterhin entwickelte die 44. Sportministerkonferenz 2020 die sog. „Bremer Erklärung“, die Empfehlungen und Anregungen für die Verbände zum Umgang mit sexualisierter Gewalt enthält.¹⁵⁶ Teilweise arbeiten staatliche Stellen direkt mit den Verbänden zusammen und schaffen beispielsweise Handlungsleitfäden für Sportvereine.¹⁵⁷

Doch nicht nur verbandsinterne Schutzkonzepte werden gefordert und gefördert. Die Bundesregierung finanziert den verbandsunabhängigen Athleten Deutschland e.V.,¹⁵⁸ der mit „Anlauf gegen Gewalt“ eine Initiative ins Leben gerufen hat, die Spitzensportler*innen bei Erfahrungen mit körperlicher, psychischer oder sexualisierter Gewalt unterstützt.¹⁵⁹ Weiterhin errichten Bund und Länder seit Ende 2022 das unabhängige Zentrum Safe Sport, welches Hilfe bei Prävention, Intervention und Aufarbeitung von Gewalt bieten soll.¹⁶⁰ Die staatlichen Stellen haben folglich in den letzten Jahren bezüglich der Problematik der sexualisierten Gewalt im Leistungssport vermehrt Maßnahmen ergriffen, um dieser entgegenzuwirken.

2. Maßnahmen der Sportorganisation

a) Schutz vor sportunmittelbaren Gefahren

Die Sportvereine und -verbände sind verpflichtet, eine ungefährliche Ausübung des Leistungssports für Kinder zu gewährleisten. Doch wie gehen sie mit Gefahren um, die sich aus körperlichen und psychischen Belastungen des Sports ergeben können?

Eingangs wurde exemplarisch auf Risiken des Leistungsturnens eingegangen, weshalb an dieser Stelle an dem Beispiel festgehalten werden soll. Das Rahmentrai-

¹⁵⁴ Erwartungen des BMI an den Sport, unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sport/integritaet-und-werte/praevention-sexualisierte-gewalt/praevention-sexualisierte-gewalt-node.html> (zul. abger. am 20.12.2023); siehe auch: BT-Drucks. 20/1446, S. 7 f.

¹⁵⁵ Z.B. Schleswig-Holstein, vgl. Teil 3 der Sportförderrichtlinie, unter: <https://www.schleswig-holstein.de/DE/fachinhalte/S/sport/allgemeineSportfoerderung.html> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁵⁶ <https://www.senatspressestelle.bremen.de/pressemitteilungen/sport-bietet-gelegenheit-zur-oeffnung-fuer-vielfaeltige-lebensentwuerfe-347147> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁵⁷ Z.B. in NRW, https://www.vibss.de/fileadmin/Vereinservice/Sport_und_sexualisierte_Gewalt/Handlungsleitfaden_fuer_Vereine.pdf (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁵⁸ BT-Drucks. 20/5900, S. 82.

¹⁵⁹ Informationen zu „Anlauf gegen Gewalt“ unter: <https://www.anlauf-gegen-gewalt.org/> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁶⁰ Pressemitteilung des BMI vom 06.12.22, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2022/12/safe-sport.html> (zul. abger. am 20.12.2023); eine Anlaufstelle wurde bereits errichtet, <https://www.ansprechstelle-safe-sport.de/> (zul. abger. am 20.12.2023).

ningskonzept des DTB ist das zentrale Steuerungsinstrument der Nachwuchsentwicklung von Kindern ab fünf Jahren.¹⁶¹ Es beinhaltet einen langfristigen Leistungsaufbauplan, der zunächst Grundlagen schaffen und sodann die Belastbarkeiten systematisch mit ansteigender Trainingsintensität fördern soll.¹⁶² Um die individuelle Eignung zum Leistungstraining festzustellen und eine Gesundheitsschädigung der Turner*innen zu verhindern, sieht das Konzept eine sportmedizinische Eignungsuntersuchung zu Beginn der leistungssportlichen Ausbildung, jährliche Untersuchungen aller Kaderangehörigen durch Fachmediziner*innen, Diagnostik des Entwicklungsprozesses und des Halte- und Bewegungsapparates sowie medizinische Versorgung im laufenden Trainingsprozesses vor.¹⁶³ Auch die Wettkampfordnungen enthalten Bestimmungen, welche die gesundheitliche Tauglichkeit der Minderjährigen voraussetzen¹⁶⁴ und Mindestalter für Wettbewerbe festlegen,¹⁶⁵ um eine gewisse geistige und körperliche Reife der Athlet*innen im Wettkampfbetrieb sicherzustellen. Des Weiteren sieht das Konzept des DTB psychologische Unterstützung der Sportler*innen und die pädagogische Eignung des Betreuungspersonals vor, um eine gesunde Entwicklung der Athlet*innen zu gewährleisten.¹⁶⁶ Beispielhaft voran geht dabei der DOSB, der eine soziale, psychologische und ernährungswissenschaftliche Betreuung in den Olympiastützpunkten vorschreibt¹⁶⁷ und dadurch die Auseinandersetzung mit entwicklungspsychologischen Gefahren des Leistungssports fördert und normalisiert.

Festhalten lässt sich, dass Sportverbände wie der DTB Maßnahmen ergreifen, um Leistungssportler*innen vor gesundheitlichen und entwicklungspsychologischen Gefahren der sportlichen Betätigung zu schützen.

b) Schutz vor übrigen Gefahrenlagen

Maßnahmen der Sportorganisationen bestehen weiterhin im Hinblick auf mittelbare Risiken des Kinderleistungssports. Bezüglich der Gesundheitsgefährdung Minderjähriger durch Doping lässt sich feststellen, dass mittlerweile recht umfassende

¹⁶¹ Einleitung der Rahmentrainingskonzeptionen des DTB 2023 für Geräteturnen (RTKG), unter: <https://www.dtb.de/standards-fuer-kaderathletinnen-und-trainerinnen> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁶² S. 6 ff. DTB RTKG männlich (Fn. 161); S. 28 ff. DTB RTKG weiblich (Fn. 161).

¹⁶³ S. 55 DTB RTKG männlich (Fn. 161); S. 85 DTB RTKG weiblich (Fn. 161).

¹⁶⁴ Z.B. § 5.6.2. DTB Wettkampfordnung 2021, unter: <https://www.dtb.de/der-verband/verbandsdokumente/satzungen-und-ordnungen> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁶⁵ Auf Bundesebene besteht grds. ein Mindestalter von 11 Jahren, § 4.1 DTB Wettkampfordnung 2021 (Fn. 164); Bei internationalen Wettkämpfen bestehen verschiedenste Altersgrenzen ab 11 Jahren, Art. 5.2 der FIG Technical Regulations 2023 (Fn. 17).

¹⁶⁶ S. 52, 55 f. DTB RTKG männlich (Fn. 161); S. 59, 64, 81 DTB RTKG weiblich (Fn. 161).

¹⁶⁷ Stützpunktkonzept DOSB 2022, S. 20 ff., https://cdn.dosb.de/Bilder_Wurzelverzeichnis/Stuetzpunktkonzept_final.pdf (zul. abger. am 20.12.2023).

nicht-staatliche Regelwerke bestehen, die von den meisten Sportverbänden übernommen werden.¹⁶⁸ Diese Anti-Doping Bestimmungen sehen empfindliche Strafen für Betreuende vor, die ihren minderjährigen Schützlingen verbotene Substanzen verabreichen.¹⁶⁹

Von größerer aktueller Relevanz ist die Bekämpfung von sexualisierter Gewalt im (Leistungs-) Sport. In der sog. Münchener Erklärung von 2010 verpflichteten sich der DOSB und seine Mitgliedsorganisationen zu einer Reihe von Maßnahmen zur Prävention und zum Schutz vor sexualisierter Gewalt.¹⁷⁰ Dazu gehören unter anderem die Sensibilisierung von Beteiligten, die Einführung von Verhaltensrichtlinien, die Benennung von Ansprechpersonen und die Bereitstellung von Ressourcen zur Umsetzung dieser Maßnahmen. Viele Spitzenverbände sahen daraufhin Handlungsbedarf in der eigenen Organisation und richteten Instrumente zur Sicherung des Kindeswohls ein.¹⁷¹ Die deutsche Sportjugend entwickelte ein Stufenmodell, das ab 2019 die Weiterleitung von Zuwendungen an die Umsetzung konkreter Maßnahmen, beispielsweise die Vorlagepflicht eines erweiterten Führungszeugnisses für alle mit Kindern arbeitenden Personen, knüpfte.¹⁷² Ein solches Modell wurde kurz darauf auch vom DOSB eingeführt und soll bis Ende 2024 zur Umsetzung konkreter Maßnahmen in den Mitgliedsorganisationen führen.¹⁷³

Diese Vorgaben werden schrittweise von den Sportorganisationen umgesetzt. So gaben knapp drei Viertel aller befragten Stadt- und Kreissportbünde im Jahr 2021 an, Ansprechpersonen etabliert und Regelungen zur Vorlage erweiterter Führungszeugnisse getroffen zu haben.¹⁷⁴ Etwa die Hälfte dieser Verbände hat einen Plan zum Umgang mit Verdachtsfällen sexualisierter Gewalt erstellt und bei knapp einem Drittel existieren verbindliche Regeln zum Umgang mit Minderjährigen.¹⁷⁵ Diese Ergebnisse zeigen, dass die großen Verbände rund um den DOSB und seinen Mitgliedern in den letzten Jahren viel getan haben, um Schutz vor sexualisierter Gewalt im Leistungssport zu gewährleisten. Jedoch wird es wohl noch einige Zeit dauern bis diese Vorgaben, insbesondere in den kleineren Vereinen, umgesetzt sind.

¹⁶⁸ Pfaff (Fn. 13), S. 151.

¹⁶⁹ So z.B. Art. 10.3.3 i.V.m. 2.7 World Anti-Doping Code 2021, unter: https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁷⁰ Erklärung Prävention und Schutz vor sexualisierter Gewalt 2010, unter: <https://www.dosb.de/ueber-uns/satzung-und-ordnungen> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁷¹ Z.B. der DTB: <https://www.dtb.de/verbandspolitik/praevention-sexualisierter-gewalt> oder der Deutsche Schwimm-Verband: <https://www.dsv.de/der-dsv/kontakt/schutz-vor-gewalt/> (beide zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁷² <https://www.dsj.de/themen/kinder-und-jugendschutz/dsj-stufenmodell-richtlinien-und-qualitaetsstandards-zum-schutz-vor-gewalt> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁷³ <https://safesport.dosb.de/fuer-verbaende> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁷⁴ Rulofs/Allroggen (Fn. 50), S. 5.

¹⁷⁵ Rulofs/Allroggen (Fn. 50), S. 6.

E. Bewertung der Ergebnisse

I. Die Rolle der Eltern

Der Begriff des Kindeswohls ist eng verknüpft mit dem Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung. Der besondere Schutz der Familie nach Art. 6 GG führt dazu, dass Maßnahmen, die die elterliche Erziehung betreffen, einer hohen Hürde unterliegen. Da eine familiengerichtliche Genehmigung wegen des § 1643 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BGB selbst bei längerfristigen vertraglichen Bindungen der minderjährigen Sportler*innen nicht erforderlich ist, besteht eine staatliche Interventions- und Kontrollmöglichkeit im Verhältnis zu den Eltern grundsätzlich nur bei einer Kindeswohlgefährdung. Deren Anforderungen sind jedoch hoch und das Eingreifen des Familiengerichts muss im Zweifel erst einmal angeregt werden. Folglich haben die Eltern in Bezug auf die leistungssportliche Betätigung ihres Kindes einen staatlich garantierten weiten Spielraum für eigene Entscheidungen.

Darin liegt ein Gefahrenpotential für das Kindeswohl im Leistungssport. Solange die Eltern das Beste für ihr Kind wollen und dessen Entscheidung zum Leistungssport unterstützen, ist es richtig, dass sich der Staat aus den Angelegenheiten der Familie heraushält. Doch sollte das Kindeswohl im Einzelfall ungenügend berücksichtigt werden, kann aus dem jungen Talent schnell ein Spielball elterlicher Interessen werden. Das finanzielle Potential des Profisports kann dazu führen, dass Kinder unter Missachtung ihrer Interessen zum Handelsgut zwischen Eltern und Vereinen werden.¹⁷⁶ Im Hinblick auf § 1643 BGB erscheint es widersinnig, langfristige Verträge rein wirtschaftlicher Art unter einen Genehmigungsvorbehalt zu stellen, während Dienst- und Arbeitsverträge, die die Persönlichkeitssphäre des Kindes viel eher berühren, allein der Entscheidung der Eltern überlassen werden.¹⁷⁷ Zur Wahrung der kindlichen Interessen sollte eine von Eltern und Sportorganisationen unabhängige Kontrollinstanz zumindest bei der Eingehung von längerfristigen Leistungssportverträgen des Minderjährigen gegeben sein.¹⁷⁸

Wie wird also im Verhältnis zu den Eltern erreicht, dass den Kindern eine vielseitige, individuelle und selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung ermöglicht wird und sie vor den Gefahren des Leistungssports bewahrt werden? Die Antwort

¹⁷⁶ Ein Beispiel, bei dem nicht nur kindliche Interessen eine Rolle gespielt haben könnten: Der Vater von drei Fußball spielenden Söhnen im Alter von 9, 12 und 14 Jahren erhielt 2022 eine Anstellung als Trainer beim FC Bayern, nachdem die Eltern einem Wechsel ihrer Kinder zum FC Bayern zugestimmt hatten, <https://www.sportschau.de/fussball/bundesliga/trainer-jugendtransfer-arbeitsgericht-fc-bayern-100.html#:~:text=Der%20Wechsel%20dreier%20Kinder%20vom,sie%20deswegen%20ihren%20Job%20verloren> (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁷⁷ Nees, Vereinbarkeit von mehrjährigen Vertragsverhältnissen im Fußballsport mit dem Minderjährigenschutz, *Rechtswissenschaft* 2018, 159 (182 f.).

¹⁷⁸ So auch *Fomferek* (Fn. 149), 410 (412) zur vertraglichen Bindung in Talent-Shows.

hierauf ist ernüchternd: Solange keine Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB festgestellt wird, sind Kinder den Launen ihrer Eltern weitestgehend ausgesetzt. Doch (zum Glück) dürften die Fälle, in denen Eltern aus eigener Motivation ihre Kinder zum Leistungssport antreiben, die Ausnahme sein. Außerdem fällt es schwer, eine geeignete Lösung für dieses Problem zu finden. Der Grundgesetzgeber hat sich mit Art. 6 Abs. 1 GG für eine abgeschirmte familiäre Sphäre entschieden, die staatlichen Eingriffen grundsätzlich entzogen ist.¹⁷⁹ Diese Grundsatzentscheidung für ein staatliches Zurückhaltungsgebot¹⁸⁰ würde durch eine stärkere staatliche Kontrolle der leistungssportlichen Erziehung negiert werden. Vielmehr sind hier die Sportvereine gefordert. Sollten sich Anzeichen dafür ergeben, dass ein Kind von seinen Eltern zur Sportausübung bestimmt wird oder die gesunde Entwicklung des Kindes anderweitig gestört ist, müssen die Mitarbeitenden im Verein einem solchen Verdacht nachgehen und im Zweifel Maßnahmen ergreifen, beispielsweise Beratungsstellen kontaktieren.

Die Rolle der Eltern im Kinderleistungssport ist mithin eine ganz entscheidende. Sie unterliegen, abgesehen vom scharfen Schwert des § 1666 BGB, kaum Kontrollen hinsichtlich der sportlichen Erziehung ihres Kindes. Dies ist prinzipiell in Anbetracht der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG begrüßenswert. Allerdings ergeben sich gerade hieraus Gefahrenlagen für das Wohl derjenigen jungen Athlet*innen, deren Eltern sich über ihre Interessen hinwegsetzen.

II. Die Rolle des Staates

Die Rolle des Staates im Kinderleistungssport ist geprägt von Zurückhaltung und Beobachtung. Er nimmt gewissermaßen eine doppelte Reservestellung ein. Zum einen kommt ihm eine Wächterrolle bezüglich der Kindeserziehung zu, die ihn nur unter den engen Voraussetzungen des § 1666 BGB zur Intervention befugt,¹⁸¹ und zum anderen hat er die Autonomie der Sportorganisationen zu beachten, in die er erst bei erkennbaren Defiziten eingreifen darf.¹⁸²

Im Verhältnis zu den Eltern darf sich die Frage gestellt werden, ob die staatliche Eingriffshürde der Kindeswohlgefährdung nicht zu hoch liegt, um junge Leistungssportler*innen vor solchen Eltern zu schützen, die ihre Kinder um jeden Preis zu Profis formen wollen. Gegen solche Fälle könnten niedrigschwellige Angebote wie das geplante Safe Sport Zentrum helfen, an das sich Athlet*innen und Betreuende wenden können, um dahingehende Bedenken zu äußern. In jedem Falle sollte es zumindest einer familiengerichtlichen Genehmigung für Rechtsgeschäfte bedürfen,

¹⁷⁹ *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 99), Art. 6 Rn. 1; *v. Coelln*, in: Sachs (Fn. 118), Art. 6 Rn. 22.

¹⁸⁰ BVerfGE 21, 329 (353).

¹⁸¹ *Hager*, in: Walker (Fn. 21), S. 43.

¹⁸² *Fritzweiler*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 14), 2. Kap. Rn. 21; *Steiner*, in: Tettinger/Vieweg (Fn. 73), S. 175 f.

die Kinder längerfristig durch Arbeits- oder Dienstverträge an einen Verein binden. Denn diesbezüglich besteht die erhöhte Gefahr, dass das finanzielle Interesse der Eltern das Kindeswohlinteresse überwiegt. Hier sollte der Staat tätig werden und eine unabhängige Kontrollinstanz gewährleisten.

Eine staatliche Pflicht zum Einschreiten gegen sportunmittelbare Gefahren konnte nicht begründet werden. Die gesundheitlichen und entwicklungspsychologischen Risiken des Kinderleistungssports sind dafür nicht konkret genug und die Sportvereinigungen werden dahingehend ausreichend tätig. So wäre beispielsweise der Erlass eines Mindestalters im Leistungssport eine im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte der Eltern, Kinder und Vereinigungen kaum zu rechtfertigende Maßnahme, die viel eher von den Fachverbänden zu entscheiden ist. Gleiches gilt für arbeitsschutzrechtliche Erwägungen. Es ist zu begrüßen, dass das JArbSchG bei bloßer Vereins-, Verbands- oder Kaderzugehörigkeit nicht anwendbar ist. Dies würde zu einer übermäßigen Reglementierung und Einengung des Kinderleistungssports führen.¹⁸³

Etwas anderes ergibt sich für die Problematik der sexualisierten Gewalt im Leistungssport. Diesbezüglich musste der Staat eingreifen, was er in den letzten Jahren durch verschiedenste Maßnahmen auch getan hat. Er wurde aufklärend, beratend und unterstützend tätig, damit die Vereine Vorgaben zur Prävention und zum Schutz der Minderjährigen umsetzen. Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen und sicherlich werden weiterhin staatliche Maßnahmen erforderlich sein, um sexualisierte Gewalt im Leistungssport zu bekämpfen. Allerdings sind Politik und Sportorganisationen auf einem guten Weg, der hoffentlich zu einer gewaltfreien Sphäre des Leistungssports führt. Wichtig ist dabei, dass der Staat weniger maßregelnd, sondern eher unterstützend tätig wird. Zum einen um die Vereinsautonomie aus Art. 9 Abs. 1 GG zu wahren und zum anderen weil die Vereine praxisorientierter mit den Gefahren umzugehen wissen.

Der Staat könnte weiterhin noch intensiver auf das Instrument der Sportförderung setzen und ein bundesweites Sportförderungsgesetz erlassen.¹⁸⁴ Gerade im Bereich der pädagogischen, sozialen und psychologischen Betreuung und Unterstützung besteht im Nachwuchsleistungssport noch Potential,¹⁸⁵ das durch gezielte Unterstützung ausgeschöpft werden könnte. Die effektive Förderung des Sports und damit des Kindeswohls kann dabei aber nur gelingen, wenn Zuwendungen nicht ausschließlich an das Erreichen bestimmter Erfolge geknüpft werden. Denn dies hätte wiederum zur Folge, dass das Kindeswohl in den Sportorganisationen hinter dem Interesse an Top-Platzierungen zurücktreten könnte. Der Staat muss klar Stellung beziehen zum Vorrang des Kindeswohls vor allen anderen Belangen.

¹⁸³ Walker, in: ders. (Fn. 21), S. 64.

¹⁸⁴ Sportförderungsgesetze bestehen z.T. in den Ländern, der Bund plant ein solches Gesetz, vgl. S. 2, 8 des Kurzkonzpts zum Neustart der Sportförderung, unter: https://www.bmi.bund.de/Shared-Docs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2023/kurzkonzzept-sportfoerderung.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zul. abger. am 20.12.2023).

¹⁸⁵ Abgesehen von den Olympiastützpunkten, in denen eine gute Betreuung gegeben zu sein scheint.

Festzuhalten ist, dass sich der Staat im Kinderleistungssport in einer überwachenden und unterstützenden Rolle befindet. Im Hinblick auf die weitgehend freiverantwortliche Stellung der Eltern wäre eine gewisse Überprüfung kindlicher Interessen zumindest in vermögensrelevanten Konstellationen wünschenswert. Die Gefahr der sexualisierten Gewalt im Leistungssport scheint die Politik effektiv zu bekämpfen, auch wenn dieser Prozess noch nicht am Ende ist. Das mächtige Mittel der staatlichen Finanzzuwendungen sollte verstärkt dazu genutzt werden, um Gefahrenlagen im Kinderleistungssport durch Unterstützung vereinsinterner Maßnahmen entgegenzuwirken.

III. Die Rolle der Sportorganisationen

Die Vereine und Verbände trifft die wohl entscheidendste Rolle hinsichtlich der Verwirklichung eines kindeswohlgerechten Leistungssports. Sie stehen der sportlichen Betätigung Minderjähriger am nächsten und haben es durch Ergreifen verschiedenster Maßnahmen in der Hand, ihre Mitglieder vor den eingangs erläuterten Gefahren zu schützen. Die Ausführungen zu den bestehenden Maßnahmen haben gezeigt, dass es in vielen Bereichen des Leistungssports Schutzmechanismen gibt. So scheint die Gefahr von langfristigen Gesundheitsschädigungen beispielsweise im Leistungsturnen durch die verpflichtende Eignungsuntersuchung, jährliche fachmedizinische Kontrollen für Kaderathlet*innen und begleitende medizinische Versorgung während der Trainingsphasen, minimiert zu werden. Weiterhin wird, besonders in den Leistungszentren wie den Olympiastützpunkten, verstärkt Fokus auf die psychische Gesundheit und eine gesunde, selbstbestimmte Entwicklung junger Sportler*innen gelegt. In dieser Hinsicht stehen die Sportorganisationen in der Verantwortung, alle am Kinderleistungssport Beteiligten auf ihre pädagogische Funktion hinzuweisen und erziehungswissenschaftliche Kenntnisse ihres Personals vermehrt zu fördern und zu fordern.

Entscheidend für einen zukunftsfähigen Kinderleistungssport ist ein Nachwuchskonzept, wie das des DTB, das auf einem langfristigen Aufbau der Leistungsfähigkeit und einem kindgemäßen Training durch geschultes Personal beruht.¹⁸⁶ Anderenfalls droht ein frühzeitiges „Ausbrennen“ der Athlet*innen in körperlicher wie in psychischer Hinsicht. Die Wettkampfregeln der nationalen und internationalen Fachverbände, die zu großen Teilen verbindliche Altersgrenzen festlegen und Eignungsuntersuchungen vorschreiben, tragen ihren Teil zu einem kindeswohlgeren Leistungssport bei. Auch die Gefahr der sexualisierten Gewalt steht seit einigen Jahren im Blickpunkt der Vereine und Verbände. Sie haben zu großen Teil

¹⁸⁶ Wie ein kindgemäßes Training aussehen sollte und welche Anforderungen an Trainer*innen zu stellen sind, beschreibt *Weischenberg* (Fn. 31), S. 434 ff.

len Strukturen geschaffen oder planen solche, die nachhaltigen Schutz vor und einen besseren Umgang mit Übergriffen gewährleisten sollen. Allerdings besteht in vielen (v.a. kleineren) Vereinen noch Nachholbedarf,¹⁸⁷ weshalb es hier mehr Druck und Unterstützung von den Dachverbänden bedarf.

Systematische Schwächen in deutschen Leistungssportvereinen hinsichtlich der Sicherung des Kindeswohls sind nach alledem nicht ersichtlich. Das gilt jedoch nur so lange wie vereinzelte „schwarze Schafe“ des Leistungssports gezielt ermittelt und aus dem System herausgenommen werden. Denn die größte Gefahr in den Sportorganisationen besteht in meinen Augen durch einzelne ungeeignete Trainer*innen/Betreuende, die ihre Schützlinge terrorisieren und die von den Funktionären im Verein gedeckt werden. Es bedarf folglich einer Struktur des Hinsehens und Zuhörens, um z.B. überehrgeizigen oder übergriffigen Trainer*innen keinen Raum zu bieten. Daher ist die Auswahl von qualifiziertem Fachpersonal und eine verstärkte Kontrolle immens wichtig. Helfen kann dabei vor allem eine umfassende Aufklärung der Eltern¹⁸⁸ und deren Einbindung in die Abläufe des Leistungssports, da diese im Zweifel ihrem Kind am ehesten eine Veränderung der Umstände ansehen können.

In Summa ist die Rolle der Sportorganisationen im Kinderleistungssport geprägt von wenigen staatlichen Vorgaben und viel Eigenverantwortlichkeit. Diese Rolle füllen die Vereine und Verbände durch die von ihnen ergriffenen Maßnahmen weitestgehend zufriedenstellend aus, was zu einem ordentlichen Schutzniveau für das Wohl der minderjährigen Sportler*innen führt. Damit dies so bleibt, müssen die Vereine jedoch stets ein wachsames Auge auf Gefahrenlagen haben und diesen im Zweifel mit geeigneten Maßnahmen entgegentreten. Primär ist eine transparente Struktur des Kinderleistungssports zu fördern, die zur effektiven Aufdeckung kindeswohlgefährdender Situationen im Einzelfall beiträgt.

F. Fazit

Um das einleitende Zitat von Burmeister aufzugreifen: Ganz so schlimm steht es um das Kindeswohl im Leistungssport in Deutschland nicht. Dennoch haben die Ausführungen zu den Risiken des Kinderleistungssports gezeigt, dass ein vielfältiges Gefahrenpotential besteht, welches Pflichten der Eltern, Sportorganisationen und des Staates begründet. Es bedarf einer gewissen Reglementierung, damit es nicht zu den von Burmeister angesprochenen Auswüchsen kommt. Aufgrund der staatlichen Zurückhaltung in Erziehungsfragen und des Subsidiaritätsprinzips im Sportrecht sind in erster Linie Eltern und Vereine angehalten, einen kindeswohlgerechten Leistungssport zu ermöglichen. Erst wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für eine Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls vorliegen,

¹⁸⁷ Nolte/Merkens (Fn. 130), S. 21 f.

¹⁸⁸ Dafür plädiert Weischenberg (Fn. 31), S. 427 f.

greift der Staat in Form des Familiengerichts ein. Diese Zurückhaltung kann in einigen Gesichtspunkten, wie dem Erfordernis einer gerichtlichen Zustimmung in bestimmten vertragsrechtlichen Fällen, sicherlich kritisiert werden. Insgesamt ist der Kinderleistungssport in Deutschland jedoch weitgehend sportethisch beherrscht,¹⁸⁹ was ein verstärktes staatliches Eingreifen aktuell nicht erforderlich macht. Nichtsdestotrotz sind gewisse Schädigungen des Kindeswohls in Einzelfällen nie gänzlich vermeidbar. Ihnen begegnet der Leistungssport am besten durch transparente Strukturen in Sportvereinen, einem System des Hinsehens und Zuhörens und niedrigschwelligen Angeboten zur Betreuung und Unterstützung Betroffener.

¹⁸⁹ So auch *Steiner*, in: Tettinger/Vieweg (Fn. 73), S. 158 f.

Grundrechtsgeschützte Sportausübung versus Naturschutz – am Beispiel des sogenannten Offroad-Skifahrens

Tania Horst*

A. Einleitung

„Der Sport benötigt Flächen in Natur und Landschaft, seine Ausübung kann stören und zerstören.“¹ Steiner verdeutlicht mit seinen Worten, dass die Sportler ein vitales Interesse an einer intakten Natur haben, gleichzeitig aber zu den Verursachern von Umweltschäden zählen. Obwohl die Belange des Sports und des Naturschutzes nach der politischen Zielsetzung keine Gegensätze darstellen, sondern beide zur Gesundheit und Verbesserung der Lebensqualität der Menschen beitragen sollen², ist das Verhältnis seit Langem konfliktbeladen. Eine erhöhte Umweltsensibilität der Gesellschaft sowie die immer stärkere Inanspruchnahme der Natur durch die steigende Zahl der Sporttreibenden und neue Sporttrends tragen maßgeblich zu einer Verschärfung des Konflikts bei.³ In Deutschland treiben immerhin mehr als 15 Mio. Menschen regelmäßig Sport in der freien Natur.⁴ Zu einem dieser Trends gehört auch das Skifahren abseits der Piste, das sogenannte Offroad-Skifahren.

* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Landgericht Frankfurt am Main.

¹ Steiner, in: Tettinger/Vieweg, *Gegenwartsfragen des Sportrechts*: ausgewählte Schriften von Udo Steiner, Bd. 17, 2004, S. 124.

² Vgl. Antwort d. Bundesregierung, BT-Drs. 10/1169, S. 4.

³ Vgl. Turner/Werner, *Sport und Umwelt – Konflikte, Rechtsprobleme, Lösungen*, SpuRt 1997, 51.

⁴ 14. Sportbericht d. Bundesregierung, BT-Drs. 19/9150, S. 143.

Das Konfliktverhältnis zwischen dieser anlagenungebundenen Sportart und dem Naturschutz ist Gegenstand dieser Arbeit. Der Konflikt besteht nicht nur auf tatsächlicher, sondern auch auf rechtlicher Ebene. Bei dessen Analyse werden ausschließlich Störungen durch die Sportaktivität selbst (Primärstörung) und nicht die damit einhergehenden Störungen, etwa durch den Aufenthalt und die Anfahrt der Skitouristen (Sekundärstörungen), berücksichtigt.⁵ Zudem wird nicht auf die negativen Auswirkungen eingegangen, die durch den Bau von Skipisten sowie deren Betrieb und Pflege ausgelöst werden. Es wird untersucht, ob eine Konfliktlösung zwischen dem Offroad-Skifahren und dem Naturschutz möglich ist, welche weder die Interessen der Sportler noch der Natur vollkommen verdrängt. Ein Augenmerk ist insbesondere darauf zu legen, inwiefern die beiden Interessen verfassungsrechtlich geschützt werden und ob sich aus der Verfassung ein abstrakter Vorrang für eines der beiden Interessen ergibt.

B. Grundlagen

I. Definition des Offroad-Skifahrens

„Offroad-Skifahren“, anders bekannt unter den Begriffen „Variantenskifahren“ oder „Freeriden“, ist das Abwärtsfahren mit Skiern oder Snowboards im Tiefschnee abseits der präparierten und gesicherten Piste. Für den Aufstieg werden in der Regel die vor Ort zur Verfügung stehenden Lifte oder Bahnen genutzt.⁶

II. Definition des Naturschutzes

Naturschutz umfasst alle Maßnahmen und Instrumente, die zur Pflege, zum Erhalt, zur Wiederherstellung und zur Entwicklung von Natur und Landschaft beitragen. Zu den Schutzgütern gehören die Welten der wild lebenden Tiere und Pflanzen.⁷ Zudem ist auch die Sicherung der körperlichen und seelischen Lebensgrundlage der

⁵ Vgl. *Stern*, Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundfragen zur Aufnahme des Sports in die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, in: FS Thieme, 1993, 269 (278).

⁶ *Volk*, in: Arbeitsgemeinschaft beruflicher und ehrenamtlicher Naturschutz e.V., Sport und Naturschutz im Konflikt, Jahrbuch für Naturschutz und Landschaftspflege, Bd. 38, 1986, S. 137; *Hubschmid/Hunziker*, Wildtierfreundliches Freeriden von Wintersportlerinnen und -sportlern: Eine Analyse der Wirkung persuasiver Lenkungsinstrumente, NuL 2018, 120 (121).

⁷ *Jedlicke*, in: Brunotte/Gebhardt/Meurer/Meusburger/Nipper, Lexikon der Geographie, Bd. 2, 2002, S. 425; *Erdmann/Bork*, Geographie und Naturschutz – politisches Handlungsfeld mit räumlichen Implikationen, Standort 2004, 108 (109); *Stadler*, Naturschutz und Erholung, Rechtsprobleme im Spannungsfeld zwischen Naturschutz und Erholung unter besonderer Berücksichtigung der bayrischen Rechtslage, 1996, S. 24.

heutigen sowie künftigen Generationen als ein wichtiger Bestandteil des Naturschutzes anzusehen.⁸ Der Naturschutz fällt unter den weitreichenden Begriff des Umweltschutzes.⁹ Häufig werden die beiden Begriffe jedoch auch als Synonyme verwendet.¹⁰

C. Verankerung im Grundgesetz

I. Recht auf Sportausübung

Das Recht auf Sportausübung wird im Grundgesetz nicht ausdrücklich geschützt. Es gibt weder ein Sportgrundrecht noch eine Staatszielbestimmung zur Förderung des Sports.¹¹ Dennoch kommen dem Sport andere Grundrechte zugute, wodurch ein sogenannter Grundrechtsstatus des Sports entsteht.¹²

1. Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG – Recht auf körperliche Unversehrtheit

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG schützt die körperliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne, einschließlich der körperlichen Integrität.¹³ Ob auch das psychische Wohlbefinden geschützt wird, hängt von der Einwirkungsintensität ab. Diese muss mit der Zufügung körperlicher Schmerzen vergleichbar sein. Mithin wird hier nicht die weite Definition¹⁴ von Gesundheit aus der Satzung der Weltgesundheitsorganisation im Sinne von umfassendem Wohlbefinden übernommen.¹⁵ Daher wird nicht jede Sportausübung vom sachlichen Schutzbereich erfasst, nur weil sie gesund ist. Vielmehr muss die Sportausübung dazu dienen, körperliche Funktionen wiederherzustellen oder aufrechtzuerhalten, wie dies zum Beispiel beim Rehabilitationssport zu bejahen ist.¹⁶

⁸ Erdmann/Bork (Fn. 7) S. 109; Morscher, in: Sprung/König, Das österreichische Schirecht, 1977, S. 183.

⁹ Stadler (Fn. 7), S. 24.

¹⁰ Vgl. Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, 2. Kap. Rn. 61; Schemel/Erbguth, Handbuch Sport und Umwelt, Ziele, Analysen, Bewertungen, Lösungsansätze, Rechtsfragen, 3. Aufl. 2000, S. 78; im Folgenden werden die Begriffe auch als Synonyme verwendet.

¹¹ Krogmann, in: Kühl/Tettinger/Vieweg, Grundrechte im Sport, Beiträge zum Sportrecht, Bd. 2, 1998, S. 33; Steiner, Verfassungsfragen des Sports, NJW 1991, 2729 (2730); Turner/Werner (Fn. 3), S. 51.

¹² Steiner (Fn. 11), S. 2730.

¹³ Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 107; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 99.

¹⁴ „Die Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen.“, BGBl. 1974 II, 43 (45).

¹⁵ BVerfGE 56, 54 (75); Epping (Fn. 13), Rn. 108; Rixen, in: Sachs, Kommentar zum GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 149.

¹⁶ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 9.

Folglich wird durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG nicht das Recht auf jede Sportausübung wie zum Beispiel das Skifahren abseits der Piste geschützt.

2. Art. 9 Abs. 1 GG – Vereinigungsfreiheit

Art. 9 Abs. 1 GG hat für den Sport grundsätzlich eine besondere Bedeutung, denn seine Ausübung ist zumeist in Vereinen, Verbänden oder auch in Personen- und Kapitalgesellschaften organisiert.¹⁷ Die Vereinigungsfreiheit agiert als ein „Doppelgrundrecht“¹⁸, indem sie sowohl eine kollektive als auch eine individuelle Komponente in sich trägt.¹⁹ Geschützt wird zum einen die Entstehung, die Organisation und der Bestand der Vereinigungen als solche. Zum anderen enthält Art. 9 Abs. 1 GG das individuelle Recht des einzelnen Sportlers einer Vereinigung beizutreten, sie zu gründen oder dieser fernzubleiben bzw. auszutreten.²⁰ Für die Sportart des Skifahrens hat Art. 9 Abs. 1 GG jedoch eine nicht allzu große Relevanz, denn die Mitgliederanzahl in Skiverbänden ist im Verhältnis zur tatsächlichen Zahl der Skifahrer eher gering.²¹

3. Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit

Insofern die sportliche Betätigung auf Dauer angelegt ist und der Schaffung sowie dem Erhalt einer Lebensgrundlage dient, ist diese vom sachlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst.²² Mithin werden größtenteils Profisportler, die regelmäßig an Wettkämpfen, Turnieren oder sonstigen sportlichen Ereignissen teilnehmen und als Gegenleistung für ihre sportliche Tätigkeit Gelder von Vereinen, Verbänden oder Sponsoren erhalten, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.²³ Amateursportler, die Sport ausschließlich um des Spaßes- und Gesundheitsfaktors betreiben, fallen nicht in den Schutzbereich.²⁴ Im Skisport allgemein gibt es Profi-

¹⁷ Steiner (Fn. 11), S. 2730; Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 11.

¹⁸ Bauer, in: Dreier, Kommentar zum GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 34; Krogmann, in: Kühl/Tettinger/Vieweg (Fn. 11), S. 66; Hüfning, in: Sachs (Fn. 15), Art. 9 Rn. 26.

¹⁹ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 11; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 9 Rn. 6 ff.

²⁰ BVerfGE 13, 174 (175); BVerfGE 50, 290 (354); BVerfGE 84, 372 (378); Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 11.

²¹ Über die Landesskiverbände sind ca. 650.000 Skisportler im Deutschen Skiverband organisiert. Insgesamt gibt es in Deutschland 7,39 Millionen aktive Alpin-Skifahrer, 2,36 Millionen Langläufer und 1,98 Millionen Snowboarder: https://www.deutscherskiverband.de/ueber_uns_der_dsv_zahlen_fakten_de,470.html (zul. abger. am 12.3.2024).

²² Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 12 Rn. 6; Nolte, in: Nolte/Horst, Handbuch Sportrecht, Beiträge zur Lehre und Forschung im Sport, 2009, S. 18.

²³ Krogmann, in: Kühl/Tettinger/Vieweg (Fn. 11), S. 36.

²⁴ Krogmann, in: Kühl/Tettinger/Vieweg (Fn. 11), S. 38; Monheim, Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auf dem Weg zu einem Bundessportgericht, 2006, S. 54; Pfister, in:

sportler. Das Offroad-Skifahren ist jedoch im Profisportbereich nicht wirklich verbreitet. Folglich spielt Art. 12 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit dem Offroad-Skifahren eine eher geringe Rolle.

4. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit

Durch Art. 2 Abs. 1 GG wird die Handlungsfreiheit im weitesten Sinne geschützt. Das bedeutet, dass jedes Tun oder Unterlassen, unabhängig von dessen Bedeutung für die Persönlichkeitsentwicklung, in den sachlichen Schutzbereich fällt.²⁵ Somit wird davon auch ein individuelles Recht auf sportliche Betätigung jeder Art, auch das Skifahren, erfasst.²⁶ Art. 2 Abs. 1 GG greift als sogenanntes Auffanggrundrecht ein, insofern kein spezielleres Grundrecht einschlägig ist.²⁷ Die Freiheit der sportlichen Betätigung wird jedoch nicht grenzenlos gewährt. Der Schutzbereich wird durch die sogenannte Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt und auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt es einzuhalten.²⁸ Zu diesen Schranken zählen unter anderem die mittelbar umweltschützenden Grundrechte wie einfachgesetzliche Normen zum Schutz der Umwelt wie zum Beispiel die Betretungsrechte.²⁹

II. Recht auf Erholung in freier Natur

Unter Erholung versteht man die Erneuerung der physischen und psychischen Kräfte.³⁰ Der Begriff umfasst jede Art geistigen, seelischen und körperlich-gesundheitlichen Wohlbefindens, das durch den Aufenthalt oder auch die sportliche Betätigung in der freien Natur hervorgerufen wird.³¹ Das „Sich erholen“ ist eine un-

Pfister/Steiner, Beck-Rechtsberater: Sportrecht von A–Z, Vereine und Verbände, Sportanlagen, Arbeitsrecht und Besteuerung, Unfallhaftung, Sponsoring, Gerichtsbarkeit, 1995, „Amateur“, S. 1.

²⁵ BVerfGE 6, 32 (36 f.); BVerfGE 54, 143 (146); BVerfGE 80, 137 (152 ff.); Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 2 Rn. 5; Rixen, in: Sachs (Fn. 15), Art. 2 Rn. 52.

²⁶ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 5a; Steiner, Aktuelle Entwicklungen des Verhältnisses von Sport und Recht, BayVBl. 1995, 417; Steiner, in: Tettinger/Vieweg (Fn. 1), S. 30; Tettinger, in: Tettinger, Sport im Schnittpunkt von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, Bosman – Bilanz und Perspektiven, 2001, S. 10.

²⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 2 Rn. 2 f.; Rixen, in: Sachs (Fn. 15), Art. 2 Rn. 137.

²⁸ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 6; Monheim (Fn. 24), S. 39.

²⁹ Vgl. Tettinger, Sportliche Freizeitaktivitäten und Umweltschutz, SpuRt 1997, 109 (113 ff.).

³⁰ Nolte, Die Erholungsfunktion des Waldes, Einfach-gesetzliche Rechtsansprüche des Erholungssuchenden und ihre Grenze unter besonderer Berücksichtigung des Straßen- und Wegerechts, des Forst- und Waldrechts und des Naturschutzrechts, 1997, S. 32; Stadler (Fn. 7), S. 22.

³¹ Gassner, in: Deutsche Schriftenreihe des Deutschen Rates für Landespflege, Die Erholung in Natur und Landschaft und das Betretensrecht, Deutscher Rat für Landespflege: Analyse und Fortentwicklung des neuen Naturschutzrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Ergebnisse eines Symposiums des Deutschen Rates für Landespflege, 1981, S. 540; Stadler (Fn. 7), S. 22 f.

trennbare Verknüpfung aus dem Gefühl des Wohlbefindens und der zu seiner Erlangung erforderlichen Betätigungen.³² Vor allem im Freizeitsportbereich stehen oft nicht nur die körperliche Anstrengung und die Technik im Fokus, sondern der Wunsch nach Naturverbundenheit und frischer Luft.³³ Mithin kann Personen, die in der freien Natur Sport treiben, auch ein Recht auf Erholung zugutekommen. Ein solches Recht ist ebenfalls nicht explizit im Grundgesetz verankert. Jedoch können auch hier Grundrechte herangezogen werden, welche sich primär auf andere Schutzgüter beziehen.³⁴

1. Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG - Recht auf körperliche Unversehrtheit

Die meisten Menschen sind tagtäglich Lärm, Schadstoffen, Stress, mangelndem Sonnenlicht und Bewegungsarmut ausgesetzt.³⁵ Die Erholung in freier Natur ist dazu ein wichtiger Gegenpol und beugt Krankheiten vor.³⁶ Trotz dieser engen Verknüpfung ist zu beachten, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG nicht das Recht auf Erholung schützt, sondern nur ein Mindestmaß an Erholungsmöglichkeiten, die zum Erhalt oder der Herbeiführung eines gesunden Zustandes erforderlich sind.³⁷ Somit wäre der sachliche Schutzbereich erst tangiert, wenn jede Erholungsmöglichkeit in der freien Natur in Deutschland etwa durch die Beseitigung aller Betretungs- und Gemeingebrauchsrechte verwehrt werden würde.³⁸ Selbst das vollständige Verbot des Skifahrens würde daher keinen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG darstellen, insofern andere der Erholung dienenden Betätigungen in der Natur weiterhin möglich sind.³⁹

2. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – Freiheit der Person, Art. 11 Abs. 1 GG – Freizügigkeit

Mit „Freiheit der Person“ in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist die körperliche Bewegungsfreiheit gemeint.⁴⁰ Nach dem BVerfG umfasst diese das Recht eines jeden, sich an

³² *Burgi*, Erholung in freier Natur, Erholungssuchende als Adressaten staatlichen Umweltschutzes vor dem Hintergrund von Gemeingebrauch, Betretungsrecht und Grundrecht, 1993, S. 32, 217; *Dirnberger*, Recht auf Naturgenuss und Eingriffsregelung: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung grundrechtlicher Achtungs- und Schutzpflichten für das subjektiv öffentliche Recht, 1991, S. 270.

³³ Vgl. *Dirnberger* (Fn. 32), S. 293; *Schwertner*, Umweltschäden durch anlagenungebundene Erholungsarten, Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten von Massensportarten in der freien Natur am Beispiel des pistunenabhängigen Skisports, 2003, S. 27; *Stadler* (Fn. 7), S. 23, 31 f.

³⁴ *Stadler* (Fn. 7), S. 70.

³⁵ *Senig*, Bedrohte Erholungslandschaft, Überlegungen zu ihrem rechtlichen Schutz, 1977, S. 17; *Stadler* (Fn. 7), S. 71.

³⁶ *Stadler* (Fn. 7), S. 71; vgl. 14. Sportbericht d. Bundesregierung, BT-Drs. 19/9150, S. 135.

³⁷ *Burgi* (Fn. 32), S. 217; *Dirnberger* (Fn. 32), S. 269; *Stadler* (Fn. 7), S. 71 f.

³⁸ *Burgi* (Fn. 32), S. 217; *Dirnberger* (Fn. 32), S. 269; *Nolte* (Fn. 30), S. 57.

³⁹ Vgl. *Burgi* (Fn. 32), S. 217 f.

⁴⁰ *Rixen*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 2 Rn. 228; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 130.

einem tatsächlich oder rechtlich zugänglichen Ort aufzuhalten oder einen solchen aufzusuchen oder zu verlassen.⁴¹ Die sportliche Betätigung zur Erholung in der freien Natur wird somit vom Schutzbereich erfasst.⁴² Geschützt wird so zum Beispiel die Streckenauswahl eines Skifahrers. Wenn jedoch Zugangsbeschränkungen bzw. -verbote ausgesprochen werden, stellt dies keinen Eingriff in das Grundrecht dar.⁴³ Denn für die Bejahung eines solchen ist eine mit unmittelbar wirkendem physischem Zwang vergleichbarer Effekt erforderlich.⁴⁴ In Art. 11 Abs. 1 GG wird die körperliche Bewegungsfreiheit insofern geschützt als die freie Aufenthalts- und Wohnsitzwahl innerhalb Deutschlands gewährleistet wird. Herrschend wird für einen Aufenthalt ein mehr als nur flüchtiges Verweilen, welches sich durch eine gewisse Dauer und soziale Relevanz auszeichnet, gefordert.⁴⁵ Unabhängig davon wie eine „gewisse Dauer“⁴⁶ zu bestimmen ist, erfasst Art. 11 Abs. 1 GG allenfalls das Aufsuchen, Verweilen und Verlassen eines Ortes in der freien Natur, jedoch nicht die dadurch erhoffte Erholung.⁴⁷ Insbesondere werden die verschiedenen Erholungsformen, wie die Ausübung entsprechender Sportarten und die Benutzung bestimmter Sportgeräte wie zum Beispiel Skiern, nicht vom Schutzbereich erfasst.⁴⁸

3. Art. 14 Abs. 1 GG – Eigentumsgarantie

Die in Art. 14 Abs. 1 GG verankerte Eigentumsgarantie schützt nicht nur den Bestand der Eigentumsposition, sondern auch deren Nutzung.⁴⁹ Der Eigentümer soll die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Gestaltung seines Lebens haben. Demnach ist gewährleistet, dass man sein Eigentum für die eigene Erholung in der freien Natur nutzen kann.⁵⁰ Dem Eigentümer einer Bergwiese ist es beispielsweise möglich dort im Winter Ski zu fahren. Es besteht aber kein grundrechtlich geschützter Anliegergebrauch zum Zwecke der Erholung.⁵¹ Das heißt, dass der Eigentümer einer Bergwiese die benachbarte Fläche, welche im Privateigentum eines anderen

⁴¹ BVerfGE 94, 166 (198); 96, 10 (21); teilw. als konturlos bezeichnet, geschützt sei nur die *For*bewegungsfreiheit, u.a. *Epping* (Fn. 13), Rn. 717; *Ipsen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 24. Aufl. 2021, Rn. 265.

⁴² Vgl. *Nolte* (Fn. 30), S. 58.

⁴³ Vgl. *Burji* (Fn. 32), S. 218 f.; a.A. *Nolte* (Fn. 30), S. 58.

⁴⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 18), Art. 2 Rn. 104; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 2 Rn. 133.

⁴⁵ *Merten*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 94 Rn. 39; *Pagenkopf*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 11 Rn. 16; *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 11 Rn. 2.

⁴⁶ Wenige Minuten: *Schoch*, Das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG), JURA 2005, 34 (35); eine Übernachtung: *Merten*, in: Merten/Papier (Fn. 45), § 94 Rn. 41.

⁴⁷ *Burji* (Fn. 32), S. 222.

⁴⁸ BVerfGE 80, 137 (150); *Burji* (Fn. 32), S. 222.

⁴⁹ BVerfGE 98, 17 (35); 143, 246 (327); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 14 Rn. 16.

⁵⁰ BVerfGE 24, 367 (389); *Burji* (Fn. 32), S. 226; *Dörr*, Erholungsfunktion des Waldes, Exemplarisch dargestellt an der Reitregelung, Ein Beispiel systemwidriger neuerer Gesetzgebung, 1986, S. 273 ff.

⁵¹ *Burji* (Fn. 32), S. 229 ff.

steht, nicht ohne Weiteres auch zum Skifahren nutzen kann. Sobald der Eigentümer sein eigenes Grundstück verlässt, wirkt Art 14 Abs. 1 GG für ihn, genauso wie für die anderen Erholungssuchenden, grundrechtseinschränkend.⁵²

4. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit

Das Recht auf Erholung in freier Natur wird vom sachlichen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst.⁵³ Geschützt wird die Freiheit, sich für irgendeine Erholungsvariante zu entscheiden und diese in der freien Natur auszuüben.⁵⁴ Dazu zählt auch das Skifahren zum Zwecke der Erholung. Folglich wird durch Art. 2 Abs. 1 GG der aktive Teil geschützt, welcher für das Gefühl des Wohlbefindens ursächlich ist.⁵⁵ Das Recht auf Erholung in freier Natur wird ebenfalls nicht schrankenlos gewährt.⁵⁶

III. Naturschutz

Zu Beginn der 70er Jahre ist die Umweltkrise in der Bevölkerung und so in der Politik immer präsenter geworden.⁵⁷ Daraufhin wurde die Forderung laut, den Umweltschutz ausdrücklich im Grundgesetz zu verankern.⁵⁸ Schließlich wurde im Jahr 1994 der Umweltschutz als Staatszielbestimmung mit Art. 20a GG a.F. ins Grundgesetz aufgenommen.⁵⁹ Dieser wurde im Jahr 2002 um die Staatszielbestimmung des Tierschutzes erweitert (Art. 20a GG n.F.).⁶⁰

1. Verankerung im Grundgesetz vor Einfügung des Art. 20a GG

Vor Einfügung des Art. 20a GG war der Umweltschutz im Grundgesetz nicht ausdrücklich verankert.⁶¹ Dennoch gab es Ansätze ein Umweltgrundrecht aus den bestehenden Grundrechten wie Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 14

⁵² Vgl. *Burji*, (Fn. 32), S. 229; *Nolte* (Fn. 30), S. 61.

⁵³ *Gassner* (Fn. 31), S. 540; *Nolte* (Fn. 30), S. 55 f.

⁵⁴ *Burji* (Fn. 32), S. 237 f.

⁵⁵ *Burji* (Fn. 32), S. 237; *Stadler* (Fn. 7), S. 73; s.o. C. II.

⁵⁶ S.o. C. I. 4.

⁵⁷ *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht, Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens, 1999, S. 38; *Murswiek*, in: *Sachs* (Fn. 15), Art. 20a Rn. 1.

⁵⁸ Vgl. *Bock*, Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, 1990, S. 53 ff.; *Michel*, Umweltschutz als Staatsziel? Zur Problematik der Aufnahme einer Umweltstaatszielbestimmung in das Grundgesetz, NuR 1988, 272 (273 f.).

⁵⁹ Durch Gesetz vom 27.10.1994 (BGBl I 1994 Nr. 75, S. 3146) wurde mit Wirkung zum 15.11.1994 u.a. Art. 20a GG eingefügt. Zugrunde lag: BT-Drs. 12/8423.

⁶⁰ Durch Gesetz vom 26.07.2002 (BGBl I 2002 Nr. 53, S. 2862) wurde mit Wirkung zum 01.08.2002 Art. 20a GG geändert. Zugrunde lag: BT-Drs. 14/8860.

⁶¹ *Stadler* (Fn. 7), S. 81; *Schwertner* (Fn. 33), S. 8.

Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG) abzuleiten.⁶² Die Rechtsprechung⁶³ und auch Teile der Literatur⁶⁴ haben sich jedoch gegen ein bereits in der Verfassung verortetes Umweltgrundrecht ausgesprochen. Die Umwelt erlangte mithin durch die Grundrechte nur mittelbaren Schutz, das heißt sie wurde nur geschützt, insofern durch einen Umwelteingriff gleichsam Schutzgüter der Art. 2 ff. GG verletzt wurden.⁶⁵ Zudem gab es Bestrebungen das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG)⁶⁶ und auch die Kompetenznormen (Art. 73 ff. GG)⁶⁷ heranzuziehen, um eine Pflicht des Staates zum Umweltschutz zu begründen. Kompetenznormen dienen jedoch nur zur Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern. Ihnen kann daher keine staatliche Regelungspflicht für den Umweltschutz entnommen werden.⁶⁸ Auch aus dem Sozialstaatsprinzip lässt sich eine solche Pflicht nicht ableiten, denn es ist auf den Ausgleich sozialer Ungerechtigkeiten zu begrenzen.⁶⁹ Ungeachtet dessen, würde das Sozialstaatsprinzip nur das existenzielle Minimum für ein menschenwürdiges Dasein gewähren und keinen generellen

⁶² Art. 2 II 2 und Art. 1 I GG: *Külz*, Umwelt und Verfassung, DVBl. 1975, 189; *Lücke*, Das Grundrecht des einzelnen gegenüber dem Staat auf Umweltschutz, Zugleich ein Beitrag zu einigen Parallelen des deutschen und des amerikanischen Umweltrechts, DÖV 1976, 289 (290 ff.); Art. 2 I GG: *Rupp*, Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes, JZ 1971, 401 (402); *Sening*, Zum Abwehrrecht gegen rechtswidrige Veränderungen, BayVBl. 1979, 491 (492); Art. 14 I GG: *Bock* (Fn. 58), S. 131; *Kloepfer*, Umweltschutz und Verfassungsrecht, Zum Umweltschutz als Staatspflicht, DVBl. 1988, 305 (310).

⁶³ BVerwG NJW 1975, 2355, (2356); NJW 1978, 554 (555).

⁶⁴ *Dirnberger* (Fn. 32), S. 261 f.; *Mayer*, Recht des Umweltschutzes, Immissionsschutz, Schutz vor Schadstoffen, Abfallbeseitigung, BayVBl. 1975, 664 (665); *Stier*, Das Eigentum als subjektiv-öffentliches Recht und als abwägungserheblicher Belang in der Planfeststellung, NuR 1981, 149 (155 f.); *Meyer-Teschendorf*, Verfassungsmäßiger Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen: Empfehlung der Gemeinsamen Verfassungskommission für einen neuen Art. 20 a GG, ZRP 1994, 73 (74); *Yi*, Die Staatszielbestimmung Umweltschutz in der Bayrischen Verfassung und ihre Auswirkung bei der Ausführung von Bundesgesetzen – am Beispiel Atomgesetz und Bundesimmissionsschutzgesetz, S.17 f.

⁶⁵ *Schwertner* (Fn. 33), S. 14.

⁶⁶ *Soell*, Umweltschutz, ein Grundrecht?, NuR 1985, 205 (211 f.); *Weber*, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Stand und Tendenzen der Gesetzgebung, DVBl. 1971, 806.

⁶⁷ *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: FS Forsthoff, 1972, 325 (337); *Klein*, Im Dienst an Recht und Staat, Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?, in: FS Weber, 1974, 643 (644); *Steiger*, Mensch und Umwelt, Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts, Beiträge zur Umweltgestaltung, 1975, 70; *Weber* (Fn. 66), S. 806.

⁶⁸ BVerfGE 53, 30 (56); *Kloepfer* (Fn. 62), S. 307; *Müller-Bromley*, Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz? Rechtsfragen der Staatszielbestimmung als Regelungsform der Staatsaufgabe Umweltschutz, Beiträge zur Umweltgestaltung, 1990, Bd. A 121, S. 62 ff., 164; *Storm*, Umweltrecht, Einführung, 4. Aufl. 1991, S. 44.

⁶⁹ *Bock* (Fn. 58), S. 113; *Ule*, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Ein Überblick über die Rechtslage und Rechtsentwicklung im Bund und in den Ländern (unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Bundes-Immissionsschutzgesetzes, DVBl. 1972, 437 (438); *Yi* (Fn. 64), S. 13 f.

Schutz für die natürlichen Lebensgrundlagen bieten.⁷⁰ Folglich wurde kein hinreichender Schutz für die Umwelt, insbesondere der Natur und Landschaft als öffentliche Güter, durch das Verfassungsrecht gewährleistet.⁷¹

2. Verankerung im Grundgesetz nach Einfügung des Art. 20a GG

Durch die Einfügung des Art. 20a GG enthält das Grundgesetz nun einen Schutzauftrag zugunsten der natürlichen Lebensgrundlagen. Darunter fallen die sogenannten „Umweltmedien“ Luft, Ozonschicht, Wasser und Boden, sowie Pflanzen, Tiere und Mikroorganismen.⁷² Zu beachten sind die Wechselbeziehungen, denn es werden nicht einzelne Organismen, sondern ganze Ökosysteme geschützt.⁷³ Umstritten ist, ob durch Art. 20a GG die Umwelt, um ihrer selbst willen (ökozentrischer Ansatz⁷⁴) oder nur insoweit als sie den Bedürfnissen der Menschen dient (anthropozentrischer Ansatz⁷⁵), geschützt werden soll. Letztendlich hat dieser Streit kaum praktische Bedeutung, denn es gibt gute Gründe dafür, die Umwelt im Interesse der Menschen auch an Stellen zu schützen, die derzeit keinen erkennbaren Nutzen für diese haben.⁷⁶ Zudem soll der Schutz in Verantwortung für die künftigen Generationen erfolgen. Dies ist Ausdruck des Nachhaltigkeitsprinzips, wonach die Nutzung der natürlichen Ressourcen so angelegt sein soll, dass sie den Bedürfnissen der heutigen Gesellschaft entspricht und gleichzeitig keine Gefährdung für die Bedürfnisse künftiger Generationen darstellt.⁷⁷ Hinzu tritt das Vorsorgeprinzip, welches die Vorbeugung von Umweltbelastungen fordert, bevor eine konkrete Gefahr besteht.⁷⁸ Art. 20a GG verpflichtet den Staat eigene Eingriffe in die Umwelt zu unter-

⁷⁰ BVerfGE 40, 121 (133); Bock (Fn. 58), S. 116; Grzeszick, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 97. EL Januar 2022, Art. 20 VIII Rn. 23; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 20 Rn. 167; Schwertner (Fn. 33), S. 10.

⁷¹ Dirnberger (Fn. 32), S. 262 f.; Meyer-Teschendorf (Fn. 64), S. 74; Soell (Fn. 66), S. 208 f.; Steinberg, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, 1985 (1986).

⁷² Murswiek, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn.30; Sommermann, in: v. Münch/Kunig (Fn. 40), Art. 20a Rn. 33.

⁷³ Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 20a Rn. 12.

⁷⁴ Murswiek, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 22 ff.

⁷⁵ Kloepfer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 219. EL Juni 2023, Art. 20a Rn. 104.

⁷⁶ Sommermann, in: v. Münch/Kunig (Fn. 40), Art. 20a Rn. 32.

⁷⁷ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 38 ff.; Murswiek, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 32.

⁷⁸ Gassner, Natur- und Landschaftsschutzrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 104; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 20a Rn. 8.

lassen, Eingriffe Privater abzuwehren und Erhaltungs- und Wiederherstellungsmaßnahmen zu ergreifen.⁷⁹ Ziel ist es, eine Verbesserung der Umweltsituation zu erreichen.⁸⁰ Insgesamt ist zu beachten, dass durch die Einfügung des Art. 20a GG kein maximaler Umweltschutz gewährleistet wird.⁸¹ Der Schutz wird nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung erzielt. Folglich hat der Umweltschutz keinen Vorrang gegenüber anderen Verfassungsprinzipien und -rechtsgütern und ist mit diesen in Ausgleich zu bringen.⁸² Art. 20a GG gewährt kein subjektives Recht, weshalb der Umweltschutz weiterhin nur im Rahmen der Geltendmachung von Grundrechten, also mittelbar vor Gericht gerügt werden kann.⁸³ Durch die Verankerung in Art. 20a GG und dessen Gleichrangigkeit mit den Grundrechten kommt dem Umweltschutz dennoch mehr Bedeutung zu als zuvor. Art. 20a GG fungiert als verfassungsimmanente Schranke und kann so grundrechtseinschränkende Wirkung haben. Umgekehrt kann Art. 20a GG auch grundrechtsverstärkend wirken, denn die Vereinbarkeit mit Art. 20a GG ist Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in Grundrechte. An Bedeutung gewinnt der Umweltschutz auch als Abwägungsbelang im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁸⁴

3. Auswirkungen des Klimabeschlusses auf Art. 20a GG

Mit der Klimaschutz-Entscheidung⁸⁵ hat das BVerfG dem Staatsziel „Umweltschutz“ neues Leben eingehaucht.⁸⁶ Der Schutzauftrag des Art. 20a GG bezüglich der natürlichen Lebensgrundlagen wurde um den Klimaschutz mit dem Ziel zur Herstellung von Klimaneutralität erweitert.⁸⁷ Mit Blick auf den Schutz künftiger Generationen fordert das BVerfG den Gesetzgeber, entsprechend dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, auf, frühzeitige und transparente Maßnahmen zu ergreifen, um die nach Art. 20a GG notwendige Treibhausgasreduktion in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen.⁸⁸ Um eine einseitige Verlagerung von den

⁷⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 20a Rn. 5; Murswiek, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 33 ff.

⁸⁰ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 65; BMI/BMJ, Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge 1983, Rn. 142 f.

⁸¹ Murswiek, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 42.

⁸² Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Art. 20a Rn. 14; Sommermann, in: v. Münch/Kunig (Fn. 40), Art. 20a Rn. 40.

⁸³ Delcué/Naujoks, Die Bedeutung des Art. 20a GG nach dem Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, VR 2022, 231 (237).

⁸⁴ Delcué/Naujoks (Fn. 83), S. 235 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 77), Art. 20a Rn. 87 ff.

⁸⁵ BVerfGE 157, 30.

⁸⁶ Vgl. Callies, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355 (357); Schlacke, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf inter-temporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (915).

⁸⁷ BVerfGE 157, 30 (138f.); Krings, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 31.

⁸⁸ BVerfGE 157, 30 (135 f., 163).

nach Art. 20a GG notwendigen Belastungen zugunsten des Klimaschutzes in die Zukunft zu verhindern, hat das BVerfG aus den Freiheitsgrundrechten in Verbindung mit der Staatszielbestimmung „Umweltschutz“ ein Gebot der intertemporalen Freiheitssicherung abgeleitet.⁸⁹ Teilweise wird daher vertreten, dass mit dem Klimabeschluss eine „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG einhergehe.⁹⁰ Das BVerfG hat Art. 20a GG zwar gestärkt, erweitert und die Dogmatik präzisiert, aber eine grundlegende Umwandlung ist nicht zu verzeichnen. Vielmehr wird betont, dass eine Beschwerdebefugnis nicht unmittelbar auf die Staatszielbestimmung gestützt werden kann, da diese wie bisher keine subjektiven Rechte gewährt.⁹¹ Es wurde mithin kein Klimagrundrecht geschaffen.⁹² Eine Aufwertung hat Art. 20a GG dahingehend erfahren, dass das Gewicht des Klimaschutzgebots im Rahmen einer Abwägung mit anderen Verfassungsprinzipien und -rechtsgütern mit fortschreitendem Klimawandel immer weiter zunehmen soll.⁹³

D. Verankerung in Landesverfassungen

I. Recht auf Sportausübung

Im Gegensatz zum Grundgesetz finden sich seit den 90er Jahren in fast allen Landesverfassungen Staatszielbestimmungen zugunsten des Sports. Allein in Hamburg fehlt eine solche Vorschrift.⁹⁴ Der Wortlaut der verschiedenen Klauseln ist vergleichbar, dennoch lassen sich begriffliche und dogmatische Besonderheiten feststellen.⁹⁵ Alle Verfassungen sprechen von der Förderung des Sports. Förderung meint die Weiterentwicklung der vorhandenen Strukturen etwa durch finanzielle, organisatorische oder instrumentale Mittel.⁹⁶ Ergänzend wird zumeist noch von der Pflege oder dem Schutz des Sports, also der Bewahrung des status quo⁹⁷, gespro-

⁸⁹ BVerfGE 147, 30 (131); *Schlacke* (Fn. 86), S. 913, 916.

⁹⁰ Vgl. *Berkemann*, DÖV 2021, 701 (713); *Callies* (Fn. 86), 355 (356).

⁹¹ BVerfGE 157, 30 (95); *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung: Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung, Über einen notwendigen Grundrechtsschutz in der Zeit und seine Grenzen, 2022, S. 12.

⁹² Vgl. *Delcuve/Naujoks* (Fn. 83), 231 (237).

⁹³ BVerfGE 157, 30 (139); *Faßbender*, NJW 2021, 2085 (2087).

⁹⁴ *Nolte*, Sport und Recht, Ein Lehrbuch zum internationalen, europäischen und deutschen Sportrecht, Bd. 146, Beiträge zur Lehre und Forschung im Sport, 2004, S. 70; *Steiner* (Fn. 1), S. 143.

⁹⁵ *Humberg*, Die Aufnahme des Sports in das Grundgesetz, ZRP 2007, 57 (59); *Nolte* (Fn. 94), S. 70.

⁹⁶ *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaats Bayern, Kommentar, 1. Aufl. 2009, Art. 140 Rn. 7; *Nolte*, in: Nolte/Horst (Fn. 22), S. 30.

⁹⁷ *Nolte*, in: Nolte/Horst (Fn. 22), S. 30; *Stöhr*, in: Pfennig/Neumann, Verfassung Berlin, Kommentar, 3. Aufl. 2000, Art. 32 Rn. 3.

chen. Berlin, Brandenburg, Bremen, Hessen und das Saarland haben dem Sport einen eigenen Artikel gewidmet. In den anderen Ländern wird die Sportförderung mit der Kultur-, Kunst- und Wissenschaftsförderung zusammengefasst. Die ausführlichsten Klauseln zur Sportförderung enthalten die brandenburgische (Art. 35 BbgV) und die sächsische (Art. 11 SächsV) Verfassung. Dort finden sich beispielsweise besondere Gleichheitspostulate mit dem Ziel einer Teilnahmemöglichkeit am Sport für das gesamte Volk (Art. 11 Abs. 2 S. 1 SächsV)⁹⁸ bzw. der Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse einzelner Gruppen (Art. 35 S. 3 BbgV).⁹⁹ Zur Förderung des Sports werden nur staatliche Verbände (Land, Gemeinden, Gemeindeverbände) und nicht Private, wie Sportler und Sportvereine bzw. -verbände, verpflichtet.¹⁰⁰ Zugleich können Private keine Ansprüche auf Förderung, Pflege oder Schutz des Sports aus den Klauseln ziehen.¹⁰¹ Wie der Sport durch die staatlichen Verbände zu fördern ist, wird in keiner Landesverfassung detailliert ausgeführt.¹⁰²

II. Recht auf Erholung in freier Natur

Die bayrische Verfassung enthält als einzige in Deutschland in Art. 141 Abs. 3 S. 1 BV ein Grundrecht auf Genuss der Naturschönheiten und auf Erholung in der freien Natur.¹⁰³ Geschützt wird nicht nur das Betreten zu Fuß, sondern unter anderem das Skilaufen in Form des Variantenskifahrens.¹⁰⁴ Damit der sachliche Schutzbereich eröffnet ist, muss der Naturgenuss der Erholung dienen und darf nicht wirtschaftlichen oder ausschließlich sportlichen Interessen zugutekommen.¹⁰⁵ Das Grundrecht findet seine Grenzen in Art. 141 Abs. 3 S. 2 BV, der die Pflicht zum pfleglichen Umgang mit Natur und Landschaft normiert. Zudem ist es durch kollidierendes Verfassungsrecht, insbesondere Grundrechte Dritter und höhere Interessen der Allgemeinheit wie dem Natur- und Landschaftsschutz, zu beschränken.¹⁰⁶ In Art. 40 Abs. 3 BbgV, Art. 10 Abs. 3 S. 2 SV und Art. 12 Abs. 2 S. 2 MVV wird

⁹⁸ Ähnlich Art. 32 S. 2 BerV: „Angehörige(n) aller Bevölkerungsgruppen“.

⁹⁹ Vgl. *Tettinger*, in: *Tettinger* (Fn. 26), S. 16 f.

¹⁰⁰ *Nolte*, in: *Nolte/Horst* (Fn. 22), S. 30.

¹⁰¹ Vgl. *Ernst*, in: *Lieber/Iwers/Ernst*, *Verfassung des Landes Brandenburg, Kommentar*, 2003, S. 162; *Hopfe*, in: *Linck/Jutzi/Hopfe*, *Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Kommentar*, 1994, Art. 30 Rn. 3.

¹⁰² In Art. 36 III SAV und Art. 11 II 2 SächsV wird der Förderungsauftrag insoweit konkretisiert als der Staat verpflichtet ist Sportstätten zu unterhalten.

¹⁰³ *Burgi* (Fn. 32), S. 336 f.; *Stadler* (Fn. 7), S. 73.

¹⁰⁴ *Burgi* (Fn. 32), S. 341 f.; *Manssen*, *Sind Skipisten „freie Natur“?* *SpuRt* 2011, 93(93 ff.); *Müller*, in: *Meder/Brechmann*, *Die Verfassung des Freistaats Bayern, Kommentar*, 6. Aufl. 2020, Art. 140 Rn. 27; *Schwertner* (Fn. 33), S. 49.

¹⁰⁵ *VerfGHE* 30, 152 (160); 58, 150 (152); *BayVGH*, *BayVBl.* 2015, 784, Rn. 30.

¹⁰⁶ *Möstl*, in: *Lindner/Möstl/Wolff* (Fn. 96), Art. 141 Rn. 17; *Müller*, in: *Meder/Brechmann* (Fn. 104), Art. 141 Rn. 29 ff.

festgehalten, dass der Allgemeinheit der Zugang zur Natur, unter anderem zu Bergen und Wäldern, zu gewähren ist. Art. 10 Abs. 3 S. 1 SV erkennt ein Recht auf Genuss der Naturschönheiten und Erholung in freier Natur an. In Art. 40 Abs. 3 S. 2 RPV und Art. 34 S. 2 SaarV wird die Ermöglichung zur Teilnahme an den Kulturgütern für jedermann gefordert. Dazu dürften auch Landschaftsbestandteile zählen.¹⁰⁷ Im Gegensatz zu Art. 141 Abs. 3 S. 1 BV handelt es sich bei den anderen Vorschriften nicht um Grundrechtsverbürgungen. Sie bestimmen nur ein objektiv-rechtliches Zugangsrecht zur Natur, zu dessen Umsetzung Exekutive und Legislative verpflichtet sind. Es handelt sich um Staatszielbestimmungen, welche kein unmittelbar durchsetzbares subjektives Recht begründen.¹⁰⁸

III. Naturschutz

Der Naturschutz findet sich in allen Landesverfassungen als Staatszielbestimmung und nicht als Umweltgrundrecht wieder.¹⁰⁹ Die Staatszielbestimmungen der Länder sind unterschiedlich detailliert ausgestaltet.¹¹⁰ Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Landesverfassungen umweltfreundlicher ausgestaltet sind als das Grundgesetz.¹¹¹ Das zeigt sich vor allem durch die Aufnahme des Umweltschutzes in Staatsfundamentalnormen¹¹², wodurch dieser auch der Ewigkeitsgarantie¹¹³ unterliegt. Ihm wird mithin im Vergleich zu anderen Verfassungsgütern eine höhere Wertigkeit zugesprochen.¹¹⁴ Zudem ist in einzelnen Landesverfassungen nicht nur eine Pflicht des Staates zum Schutz der Umwelt, sondern für jeden Einzelnen festgeschrieben.¹¹⁵ Die größte Detailtreue zugunsten des Umweltschutzes weist die brandenburgische Verfassung auf.¹¹⁶ Neben der Erwähnung in der Präambel¹¹⁷ und in

¹⁰⁷ *Burgi* (Fn. 32), S. 333; allerdings nicht erwähnt bei: *Wagner*, in: Brocker/Droege/Jutzi, Verfassung für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 1. Aufl. 2014, Art. 40 Rn. 13.

¹⁰⁸ *Degenhart*, in: Degenhart/Meissner, Handbuch der Verfassung des Freistaates Sachsen, 1997, § 6 Rn. 30; *Iwers*, in: Lieber/Iwers/Ernst (Fn. 101), S. 183; *Pirsch*, in: Thiele/Pirsch/Wedemeyer, Die Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 1995, Art. 12 Rn. 11.

¹⁰⁹ U.a.: *Held*, in: Brocker/Droege/Jutzi (Fn. 107), Art. 69 Rn. 1; *Driehaus*, in: Driehaus, Verfassung von Berlin, 4. Aufl. 2020, Art. 31 Rn. 1; *Strohs*, in: Haug, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 2018, Art. 3a Rn. 1; *Haltern/Erdmann*, in: Butzer/Epping/Brosius-Gersdorf/Germelmann/Mehde/Rademacher/Waechter, Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, 2. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 38.

¹¹⁰ Vgl. *Held*, in: Brocker/Droege/Jutzi (Fn. 107), Art. 69 Rn. 7.

¹¹¹ Vgl. *Schwertner* (Fn. 33), S. 38.

¹¹² U.a.: Art. 3 II 1 BV, Art. 2 MV, Art. 1 II NV, Art. 2 I SAV, Art. 1 S. 2 SV.

¹¹³ U.a.: Art. 56 III MV, Art. 46 II NV, Art. 78 III SAV, Art. 74 I 2 SV; nicht in: Art. 75 BV, Art. 79 BbgV; im Grundgesetz nicht in Art. 20 GG verankert.

¹¹⁴ Vgl. *Schwertner* (Fn. 33), S. 39.

¹¹⁵ U.a.: Art. 141 III 2 BV, Art. 12 III 1 MVV, Art. 59a I 1 SaarV, Art. 10 I 1 SV.

¹¹⁶ *Strohs*, in: Haug, Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Handkommentar, 2018, Art. 3a Rn. 8; *Iwers*, in: Lieber/Iwers/Ernst (Fn. 101), S. 172.

¹¹⁷ Auch in Präambel: MVV, SAV, ThürV.

der Staatsfundamentalnorm des Art. 2 Abs. 1 BbgV, widmet sie der Natur und Umwelt einen ganzen Abschnitt im zweiten Hauptteil (Art. 39, 40 BbgV) und legt den Umweltschutz in Art. 28 BbgV als Erziehungsziel¹¹⁸ fest. Darüber hinaus enthält sie ein Jedermann-Grundrecht auf Schutz vor Umweltgefahren (Art. 39 Abs. 2 BbgV).¹¹⁹ Trotz der im Vergleich zu Art. 20a GG teilweise weiterreichenden Bestimmungen, wurde der durch Art. 28 Abs. 1 GG gesteckte Homogenitätsrahmen nicht überschritten. Auch die Kollisionsregel des Art. 31 GG führt nicht zur Unwirksamkeit der landesrechtlichen Bestimmungen, denn diese stehen nicht im Widerspruch zum Grundgesetz oder weiterem Bundesrecht.¹²⁰ Sie gelten neben ihrem bundesrechtlichen Pendant in Art. 20a GG, an welches die Länder ebenfalls gebunden sind.¹²¹

E. Konfliktverhältnis Naturschutz und Sport

I. Entwicklung und Ursachen des Konfliktverhältnisses

Die Hauptursache für den Konflikt zwischen Naturschutz und Sport liegt in der steigenden Zahl der Sporttreibenden bzw. Erholungssuchenden.¹²² Die Menschen verspüren ein starkes Verlangen danach ihre Freizeit sinnvoll zu gestalten, weshalb die heutige Gesellschaft als Freizeit- bzw. Erlebnisgesellschaft bezeichnet werden kann.¹²³ Zudem entstehen immer neue Sportarten und -trends, die das Angebot im Breiten- und Freizeitsportbereich erweitern und durch die Freizeitindustrie gefördert werden.¹²⁴ Darüber hinaus steigt der Wunsch nach Naturverbundenheit und frischer Luft, unter anderem als Reaktion auf den stressigen Alltag, die steigenden Umweltbelastungen, den Grünflächenmangel in Ballungszentren und das gestiegene Gesundheitsbewusstsein der Menschen.¹²⁵ Hinzu kommt das Bedürfnis nach Individualisierung verbunden mit dem Drang nach einem Gefühl der Freiheit, was zum Trend der anlagenungebundenen „Natursportarten“ führt.¹²⁶ Als Beispiel ist

¹¹⁸ Auch als Erziehungsziel: Art. 101 I SV, Art. 22 I ThürV.

¹¹⁹ *Iwers*, in: *Lieber/Iwers/Ernst* (Fn. 101), S. 173.

¹²⁰ Vgl. *Held*, in: *Brocker/Droege/Jutzi* (Fn. 107), Art. 69 Rn. 43; *Strohs*, in: *Haug* (Fn. 116), Art. 3a Rn. 7; *Möstl*, in: *Lindner/Möstl/Wolff* (Fn. 96), Art. 141 Rn. 5.

¹²¹ *Müller*, in: *Meder/Brechmann* (Fn. 104), Art. 141 Rn. 6.

¹²² *Immoos/Hunziker*, Wirkung von Lenkungsmaßnahmen auf das Verhalten von Freizeitaktiven, Theoretische Erkenntnisse und empirische Untersuchungen am Beispiel des Konflikts zwischen Wintersport und Wildtierschutz, NuL 2014, 5; *Stadler* (Fn. 7), S. 47.

¹²³ *Immoos/Hunziker* (Fn. 122), 5; *Stadler* (Fn. 7), S. 47.

¹²⁴ *Stadler* (Fn. 7), S. 48; vgl. *Tettinger* (Fn. 29), S. 109 f.

¹²⁵ *Marti*, in: *Ingold*, Freizeitaktivitäten im Lebensraum der Alpentiere, Konfliktbereiche zwischen Mensch und Tier, 2005, S. 81 ff; *Schemel/Erbguth* (Fn. 10), S. 31.

¹²⁶ *Stadler* (Fn. 7), S. 50; *Tettinger* (Fn. 29), S. 109.

hier aus dem Bereich des Wintersports das Offroad-Skifahren anzuführen.¹²⁷ Aufgrund neuester Entwicklungen im Bereich des Sportequipments ist es den Menschen möglich, in Bereiche der Natur vorzudringen, die zuvor unberührt geblieben sind.¹²⁸ Gleichzeitig werden dadurch auch die natürlichen Grenzen wie die Witterung und extreme Temperaturen überwunden und so die Zeitspannen der sportlichen Aktivitäten in der Natur vergrößert. Die Natur bekommt keine Zeit, um sich auszuruhen und wird stärker beansprucht, wodurch sie existenziell gefährdet wird.¹²⁹ Zur weiteren Verstärkung des Konflikts trägt die steigende Sensibilisierung der Gesellschaft für den Naturschutz bei.¹³⁰ Durch die Nachrichten, die sozialen Netzwerke, den Schulunterricht etc. wird das Bewusstsein dafür geschärft, dass ein ressourcenschonender und respektvoller Umgang mit der Natur erforderlich ist, um die eigenen Lebensgrundlagen zu erhalten.¹³¹ Auch das Thema Klimaschutz beherrscht die heutige Gesellschaft, wie sich unter anderem im Klimabeschluss des BVerfG widerspiegelt. Die Gesellschaft befindet sich im Zwiespalt zwischen dem Wunsch nach intensiver Nutzung zum eigenen Vorteil und gleichzeitiger Rettung der Natur.¹³²

II. Negative Umweltauswirkungen des Offroad-Skifahrens

Abseits der Piste befinden sich oft Gebiete, die aus artenschutzrechtlicher Sicht eine wichtige Rolle spielen.¹³³ Durch das Skifahren abseits der Piste werden Wildtiere wie Gämse und die besonders gefährdeten Auerhühner in ihren natürlichen Rückzugsgebieten gestört. Wenn diese Tiere zur Flucht aus ihrem Winterquartier gezwungen werden, kostet sie das aufgrund der Kälte und des Schnees mehr Energie als ihnen zur Verfügung steht und gefährdet ihr winterliches Überleben. Dies wirkt sich auf die Populationen und ganze Lebensgemeinschaften aus und führt langfristig zum Artenschwund.¹³⁴ Den erhöhten Energieverlust gleicht das Schalenwild zudem durch Verbiss an Knospen, Zweigen und Rinden meist junger Bäume aus. So werden die Schäl- und Verbisschäden im Bergwald noch erheblich erhöht.¹³⁵ Die Skifahrer selbst verursachen durch die Stahlkanten ihrer Skier zusätzliche Vegetationsschäden, vor allem an Jungbäumen.¹³⁶ Der Verlust an Bäumen führt zu einem

¹²⁷ *Scheuermann*, Partnerschutz zum Schutz der Natur, Naturverträgliches Skitourengehen, Freeriden und Schneeschuhwandern, PdN-BioS 57/2008, 8, S. 26; *Tettinger* (Fn. 29), S. 109.

¹²⁸ *Schemel/Erbguth* (Fn. 10), S. 31; *Stadler* (Fn. 7), S. 48 f.

¹²⁹ *Schemel/Erbguth* (Fn. 10), S. 31; *Stadler* (Fn. 7), S. 50 f.

¹³⁰ *Schemel/Erbguth* (Fn. 10), S. 32; *Stadler* (Fn. 7), S. 48.

¹³¹ Vgl. *Stadler* (Fn. 7), S. 48.

¹³² Vgl. *Schemel/Erbguth* (Fn. 10), S. 32.

¹³³ *Schemel/Erbguth* (Fn. 10), S. 719.

¹³⁴ *Immoos/Hunziker* (Fn. 122), S. 5; *Scheuermann* (Fn. 127), S. 26 f.

¹³⁵ *Hubschmid/Hunziker* (Fn. 6), S. 120; *Scheuermann* (Fn. 127), S. 27.

¹³⁶ *Volk* (Fn. 6), S. 137; *Scheuermann* (Fn. 127), S. 27.

geringeren natürlichen Schutz vor Lawinen, Bodenerosionen, Hochwasser und Steinschlag.¹³⁷ Darüber hinaus besitzen viele der Offroad-Skifahrer nicht die nötigen Kenntnisse über Schneelawinen, wodurch das Auslösungsrisiko steigt.¹³⁸ Zur Erschwerung der Gesamtsituation trägt der Klimawandel bei, welcher die Natur ohnehin bereits vor große Herausforderungen stellt.

F. Abwägung Naturschutz versus Sport (Offroad-Skifahren)

I. Verhältnis Grundrecht – Staatszielbestimmung

Bei Grundrechten und Staatszielbestimmungen handelt es sich um zwei verschiedene Normtypen.¹³⁹ Grundrechte zeichnen sich primär durch die Gewährung unmittelbar einklagbarer subjektiver öffentlicher Rechte gegen den Staat aus.¹⁴⁰ Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden sie alle drei Gewalten als unmittelbar geltendes Recht. Staatszielbestimmungen dagegen sind Richtlinien oder Direktiven, die die Staatsgewalten zur andauernden Beachtung und Einhaltung eines bestimmten Ziels verpflichten, ohne den Bürgern ein subjektives Recht einzuräumen.¹⁴¹ Sie entfalten nur eine objektiv-rechtliche Wirkung.¹⁴² Der Adressat der Zielvorgabe ist vorrangig der Gesetzgeber, dennoch werden auch die Exekutive und Judikative gebunden. Die Norm fungiert für diese vor allem als Auslegungsrichtlinie bzw. -hilfe.¹⁴³ Durch Staatszielbestimmungen wird das staatliche Handeln gesteuert, während Grundrechte als einklagbares Recht das Handeln begrenzen.¹⁴⁴ Beide Normtypen sind rechtlich verbindlich.¹⁴⁵

Zum Verhältnis beider ist festzuhalten, dass das Grundgesetz weder dem einen noch dem anderen einen abstrakten Vorrang gewährt.¹⁴⁶ Es gilt das Prinzip der

¹³⁷ *Scheuermann* (Fn. 127), S. 27.

¹³⁸ Vgl. *Scheuermann* (Fn. 127), S. 26.

¹³⁹ Vgl. *Blasberg*, Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Grundeigentums zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Das Verhältnis von Art. 14 Abs. 1 und 2 GG zu Art. 20a GG, Bibliothek des Eigentums, Bd. 4, 2008, S. 32 ff.

¹⁴⁰ *Scheuner*, in: FS ForsthoFF (Fn. 67), 325 (330); *Merten*, Über Staatsziele, DÖV 1993, 368 (370).

¹⁴¹ *BMI/BMJ* (Fn. 80), Rn. 7.

¹⁴² *BMI/BMJ* (Fn. 80), Rn. 5.

¹⁴³ *BMI/BMJ* (Fn. 80), Rn. 7; *Dreber*, Staatsziele im Bundesstaat am Beispiel des Sports, 2005, S. 5 f.

¹⁴⁴ *Scheuner*, in: FS ForsthoFF (Fn. 67), 325 (330); *Stasik*, Staatszielbestimmung im Grundgesetz zugunsten des Sports?, 2017, S. 19.

¹⁴⁵ *Blasberg* (Fn. 139), S. 35.

¹⁴⁶ *Kloepfer*, Staatsziel Kultur? in: Recht – Kultur – Finanzen, in: FS Mußgnug, 2005, 3 (12); *Stasik* (Fn. 144), S. 66 f.

„Einheit der Verfassung“ und der „Praktischen Konkordanz“.¹⁴⁷ Mithin kann ein in der Verfassung verankertes Schutzgut nicht gesondert betrachtet werden, sondern ist immer im Lichte der anderen Schutzgüter zu sehen.¹⁴⁸ Im Falle einer Kollision ist im Einzelfall ein schonender Ausgleich, bei dem jedes der Schutzgüter so weit wie möglich erhalten bleibt, anzustreben und keine abstrakte Wertabwägung vorzunehmen.¹⁴⁹ Diese Prinzipien wurden für die Kollision zweier Grundrechte entwickelt, sind jedoch auf die Kollision einer Staatszielbestimmung mit einem Grundrecht übertragbar. Schließlich werden durch Staatszielbestimmungen verfassungsrechtliche Schutzgüter bestimmt, die auch in einen schonenden Ausgleich zu bringen sind.¹⁵⁰ Der Unterschied besteht nur darin, dass ein Individualrechtsgut verankert in dem jeweiligen Grundrecht auf ein in der Staatszielbestimmung statuiertes Gemeinschaftsgut trifft. Diese Konstellation wird als unechte Grundrechtskollision bezeichnet.¹⁵¹

Staatszielbestimmungen können sowohl grundrechtbeschränkend als auch grundrechtsverstärkend wirken. Grundrechte mit einfachem oder qualifiziertem Gesetzesvorbehalt können, laut der Rechtsprechung des BVerfG zum Sozialstaatsprinzip, durch eine Staatszielbestimmung erst eingegrenzt werden, wenn sie durch den Gesetzgeber konkretisiert worden ist.¹⁵² Sie sind offen formuliert und somit für eine unmittelbare Einschränkung zu unbestimmt.¹⁵³ Sie statuieren ein Ziel, machen aber keine näheren Angaben zu dessen Erfüllungsmodalitäten, wodurch den Adressaten ein Gestaltungsspielraum zukommt.¹⁵⁴ Dennoch können sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle spielen.¹⁵⁵ Handelt es sich um ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht fungieren Staatszielbestimmungen als verfassungsimmanente Schranke.¹⁵⁶ In dieser Form können sie auch für Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt relevant werden, denn andernfalls würden die von der Verfassung höher eingestufteten vorbehaltlosen Grundrechte stärker eingeschränkt werden

¹⁴⁷ Geprägt durch: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 71 f.

¹⁴⁸ BVerfGE 1, 14 (32); 49, 24 (56); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 107.

¹⁴⁹ *Hesse* (Fn. 147), Rn. 28 f.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 656.

¹⁵⁰ *Dreher* (Fn. 143), S. 25f.; *Stasik* (Fn. 144), S. 67.

¹⁵¹ *Blasberg* (Fn. 139), S. 38; *Stern*, (Fn. 149), S. 657 f.

¹⁵² BVerfGE 52, 283 (298); 59, 231 (262).

¹⁵³ *Blasberg* (Fn. 139), S. 39 f.; *Merten* (Fn. 140), S. 371.

¹⁵⁴ *Blasberg* (Fn. 139), S. 39; *Sommerrmann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 377.

¹⁵⁵ *Sommerrmann* (Fn. 154), S.423; *Stasik*, (Fn. 144), S. 73.

¹⁵⁶ BVerfGE 128, 1 (41); *Fischer*, Staatszielbestimmungen in den Verfassungen und Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer, 1994, S. 14 f.

als die mit Gesetzesvorbehalt.¹⁵⁷ Zudem sind sie Teil der verfassungsmäßigen Ordnung und so unter anderem in der Lage Art. 2 Abs. 1 GG einzuschränken.¹⁵⁸ Eine verstärkende Wirkung kommt ihnen dadurch zu, dass die Grundrechte, also zumindest Art. 2 Abs. 1 GG¹⁵⁹, nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden können, welches nicht gegen Staatszielbestimmungen verstößt.¹⁶⁰ Damit wirken Staatszielbestimmungen auf der Rechtfertigungsebene einer möglichen Verkürzung des subjektiv-abwehrrechtlichen Gehalts der Grundrechte entgegen, was zu deren Stärkung führt.¹⁶¹ Zudem können sie den objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte verstärken. Aus der Addition der objektiv-rechtlichen Wirkung sowohl des Grundrechts als auch der Staatszielbestimmung ist die Entstehung, Erweiterung oder Veränderung von Schutz-, Förderungs- und Leistungspflichten des Staates zugunsten der Bürger möglich.¹⁶²

II. Auswirkungen des Art. 20a GG auf das Konfliktverhältnis zwischen Sport und Naturschutz

Aufgrund der seit 1994 ausdrücklichen Verankerung des Umweltschutzes in der Verfassung wird befürchtet, dass die Lösung des stetig wachsenden Konflikts zwischen Naturschutz und Sport nun zulasten des Sports präjudiziert sei.¹⁶³ Schließlich leitet sich der grundgesetzliche Status des Sports vergleichsweise nur mittelbar aus den Freiheitsrechten der Sportler ab, welche als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat fungieren und keinen Schutzauftrag zugunsten des Sports enthalten.¹⁶⁴ Durch die verfassungsrechtliche Aufwertung des Umweltschutzes wurde die seit Langem existierende Forderung nach der Einführung einer Staatszielbestimmung

¹⁵⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 13), Vorb. Art. 1 Rn. 50; Sommermann (Fn. 154), S. 424.

¹⁵⁸ Dreher (Fn. 143), S. 21; Stasik (Fn. 144), S. 75 f.

¹⁵⁹ BVerfGE 6, 32 (41): In Elfes-Urteil wurde dies für Art. 2 I GG bestimmt.

¹⁶⁰ BVerfG hat eine Übertragung auf andere Grundrechte offengelassen: BVerfG NVwZ 2010, 114 (116) eine solche wird jedoch vereinzelt angenommen: Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) – Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 1996, 222 (230); dagegen: Stasik (Fn. 144), S. 86.

¹⁶¹ Dreher (Fn. 143), S. 22 f.; vgl. Kloepfer, in: FS Mußgnug (Fn. 146), 3 (12).

¹⁶² Dreher (Fn. 143), S. 23; Stasik (Fn. 144), S. 76 f.

¹⁶³ Stern, in: FS Thieme (Fn. 5), 269 (279); Steiner (Fn. 1), S. 102.

¹⁶⁴ Nolte, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 77; Nolte, in: Nolte/Horst (Fn. 22), S. 32.

zugunsten der Sportförderung und -pflege wieder lauter.¹⁶⁵ Dies wird als verfassungsrechtlicher „Re-Break“¹⁶⁶, also zur Wiederherstellung der „Waffengleichheit“¹⁶⁷ zwischen Sport und Umweltschutz, teilweise als erforderlich angesehen.¹⁶⁸

Dafür spricht, dass Belange durch die Verankerung in der Verfassung grundsätzlich eine höhere Wertigkeit erlangen¹⁶⁹ und Beschränkungen der Sportausübung zugunsten des Umweltschutzes dann im Einzelfall an der Staatszielbestimmung des Sports gemessen werden müssten.¹⁷⁰ Die sportrelevanten Grundrechte bieten im Vergleich zu einer eigenen Staatszielbestimmung zugunsten des Sports einen nicht allzu umfassenden Schutz. Dies liegt daran, dass eine solche den Sport als Ganzes schützen würde und nicht nur auf die Belange, die in den Schutzbereich eines Grundrechts fallen, beschränkt wäre.¹⁷¹ Hinzu kommt, dass ein Großteil der sportlichen Belange nur durch das Auffanggrundrecht Art. 2 Abs. 1 GG mit der weitreichenden Einschränkungsmöglichkeit geschützt wird.¹⁷² Darüber hinaus wird eine Daseinsberechtigung einer Staatszielbestimmung „Sport“ unter anderem darin gesehen, dass sie den Gesetzgeber dazu auffordern würde, zunehmend den Sport fördernde Gesetze zu erlassen und Abwägungsgebote in sportrelevante Gesetze aufzunehmen.¹⁷³ Zudem könnten die Belange des Sports im Vergleich zu denen der Umwelt ansonsten im Verwaltungsverfahren bei Ermessens- und Abwägungsvorgängen sowie bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen ein Schattendasein führen.¹⁷⁴ Insgesamt könnte eine solche Staatszielbestimmung zu einem sportfreundlicheren Gesetzesvollzug führen.¹⁷⁵

Die Befürworter einer Staatszielbestimmung zugunsten des Sports lassen jedoch außer Betracht, dass die bereits bestehende Rechtsordnung den Sport nicht vollkommen aus den Augen verloren hat. Die einfachgesetzliche Rechtslage ist nicht

¹⁶⁵ Vgl. *Steiner*, Von den Grundrechten im Sport zur Staatszielbestimmung „Sportförderung“, in: Verfassungsstaatlichkeit: FS Stern, 1997, S. 509 (515 ff.); *Stern*, in: FS Thieme (Fn. 5), 269 (274 ff.); u.a. 2012 Gesetzesentwurf von SPD – gedacht war eine Ergänzung des Art. 20a GG.“ – BT-Drs. 17/10644.

¹⁶⁶ So *Steiner* (Fn. 11), S. 2730.

¹⁶⁷ *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 23.

¹⁶⁸ U.a. *Nolte*, in: Nolte/Horst (Fn. 22), S. 31 ff.; *Stasik* (Fn. 144), S. 143 f.

¹⁶⁹ *Hebeler*, Das Staatsziel Sport – Verfehlt Verfassungsgebung?, SpuRt 2003, 221 (225).

¹⁷⁰ *Stasik* (Fn. 144), S. 144.

¹⁷¹ *Hix*, Probleme der Normierung einer Sportklausel im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union, 2013, S. 237; *Stasik* (Fn. 144), S. 152 f.

¹⁷² *Stern*, in: FS Thieme (Fn. 5), 269 (270 f.); *Hix* (Fn. 171), S. 198.

¹⁷³ *Dreher* (Fn. 143), S. 87; *Stern*, in: FS Thieme (Fn. 5), 269 (281).

¹⁷⁴ *Dreher* (Fn. 143), S. 82.

¹⁷⁵ Vgl. *Dreher* (Fn. 143), S. 79.

nur umweltzentriert, sondern auch sportfreundlich.¹⁷⁶ Mithilfe verwaltungsrechtlicher Regelungen hat der Bund vermehrt den Ausgleich der widerstreitenden Umwelt- und Sportinteressen anvisiert.¹⁷⁷ Beispielsweise wird der anlagegebundene Sport ausdrücklich durch das Bau- und Immissionsschutzrecht erfasst¹⁷⁸ und das BNatSchG statuiert den Schutz des Erholungswerts von Natur und Landschaft, wozu gem. § 7 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG auch der anlagenungebundene Sport zählt, nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3 BNatSchG als Ziel des Naturschutzes und der Landschaftspflege. Es ist keine sportfeindliche Tendenz in der Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis zu erkennen.¹⁷⁹ Außerdem handelt es sich nicht um eine Konfliktsituation, in der es zwingend erforderlich ist, dass ein Rechtsgut Verfassungsrang hat, um sich gegenüber einem anderen Rechtsgut durchsetzen zu können. Dies war beispielsweise im Konfliktfall des Tierschutzes mit der Wissenschaftsfreiheit der Fall, denn Art. 5 Abs. 3 GG gehört zu den vorbehaltlos gewährten Grundrechten, welche nur durch verfassungsimmanente Schranken einschränkbar sind. Beim Sport ergibt sich eine solche Notwendigkeit nicht, denn in einem Konfliktfall kann eine Abwägung über Art. 2 Abs. 1 GG erreicht werden.¹⁸⁰

Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass durch die Einfügung des Art. 20a GG ein verfassungsrechtliches Stufenverhältnis zwischen Umwelt- und Sportbelangen entstanden ist.¹⁸¹ Insbesondere kann dieses aufgrund der Normenhierarchie nicht durch einfachgesetzliche Regelungen zugunsten des Sports wieder ins Gleichgewicht gebracht werden.¹⁸² Letztlich kann für die Entscheidung einer Verfassungsergänzung jedoch nicht nur das Spannungsverhältnis von Sport und Umwelt ausschlaggebend sein.¹⁸³ Eine Ergänzung setzt eine Stimmigkeit mit dem Rest der Verfassung und ein konkretes Regelungsbedürfnis voraus.¹⁸⁴ Gegen die Ergänzung spricht daher unter anderem die dadurch hervorgerufene Gefahr von Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Ländern¹⁸⁵ sowie der mögliche Autono-

¹⁷⁶ Hebeler (Fn. 169), S. 224; vgl. Steiner (Fn. 165), S. 519 ff.

¹⁷⁷ Steiner (Fn. 165), S. 519.

¹⁷⁸ U.a.: Sportanlagenlärmschutzverordnung – 18. BImSchG; Berücksichtigung von Sportbelangen in § 1 VI Nr. 3 (Aufstellung von Bauleitplänen), § 5 I Nr. 2a (F-Plan), § 9 I Nr. 5 (B-Plan) BauGB.

¹⁷⁹ BFH, DStR 1998, 113; OVG Münster, SpuRt 2002, 31; Hebeler (Fn. 169), S. 225.

¹⁸⁰ Hebeler (Fn. 169), S. 225; WD 10-3000-069/18, Staatsziel Sport im GG, S. 24 f.

¹⁸¹ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 23; vgl. Stern, in: FS Thieme (Fn. 5), 269 (279).

¹⁸² Vgl. Stern, in: FS Thieme (Fn. 5), 269 (279); Epiney, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 48.

¹⁸³ Dreher (Fn. 143), S. 87 f.

¹⁸⁴ BMI/BMJ (Fn. 80), Rn. 28.

¹⁸⁵ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 10), 2. Kap. Rn. 21; a.A. Stasik (Fn. 144), S. 172.

mieverlust auf Seiten des Sports durch eine Verstärkung staatlicher Aufgabenwahrnehmung.¹⁸⁶ Abschließend ist festzuhalten, dass –ob mit oder ohne Staatszielbestimmung zugunsten des Sports– ein schonender Ausgleich zwischen der sportlichen Aktivität und dem Umweltschutz herzustellen ist.¹⁸⁷ Denn die Einführung des Art. 20a GG hat nicht zur Folge, dass der Umweltschutz gegenüber dem Sport stets Vorrang genießt.¹⁸⁸ Außerdem ist es dem Gesetzgeber möglich Ziele zu verfolgen, die nicht als Staatszielbestimmungen ins Grundgesetz aufgenommen wurden.¹⁸⁹ Zudem darf nicht außer Betracht bleiben, dass Art. 20a GG mittelbar auch eine stärkende Wirkung für den Sport entfaltet. Der Erhalt der Natur ist für die Ausübung von Sport im Freien von essenzieller Bedeutung.¹⁹⁰

III. Abwägung Naturschutz – Offroad-Skifahren

Es ist im Einzelfall eine Güter- und Interessenabwägung zwischen den Individualgrundrechten der Offroad-Skifahrer und dem Naturschutz als Gemeinschaftsgut unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durchzuführen. Dabei sind die Verfassungsgüter in einen schonenden Ausgleich zu bringen.¹⁹¹ In diesem Sinne wird im Nachfolgenden untersucht, ob ein Verbot des Offroad-Skifahrens zugunsten des Naturschutzes verhältnismäßig wäre. Ein solches Verbot soll dem Schutz von Wald, wildlebenden Tieren und bedeutenden Lebensräumen zugutekommen und stellt somit einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck dar. Es wäre geeignet, die Erreichung des legitimen Zwecks zu fördern.¹⁹² Denn die sensible Tier- und Pflanzenwelt abseits der Piste wäre keiner Störung und Zerstörung durch Skifahrer mehr ausgesetzt. Ein milderer und zudem gleich wirksames Mittel zur Zweckerreichung ist nicht ersichtlich.¹⁹³ Relevant ist nun, ob ein Verbot im engeren Sinne verhältnismäßig, das heißt angemessen wäre.

1. Abstrakte Wertigkeit

Sowohl die Sportausübung in Form des Offroad-Skifahrens als auch der Naturschutz genießen den Schutz des Grundgesetzes. Der Natur kommen mittelbar Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 1 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG) und die in Art. 20a GG verankerte Staatszielbestimmung zugute. Der Grundrechtsstatus des Sports ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2, Art. 9 Abs. 1,

¹⁸⁶ Kirchhof, Sport und Umwelt, 1992, S. 54 f.; a.A. Steiner (Fn. 1), S. 125 f.

¹⁸⁷ Tettinger (Fn. 29), S. 118.

¹⁸⁸ Tettinger (Fn. 29), S. 116; Turner/Werner (Fn. 3), S. 52.

¹⁸⁹ WD 10-3000-069/18, Staatsziel Sport im GG, S. 23.

¹⁹⁰ Bericht „Sport u. Umwelt“, BT-Drs. 11/2134, S. 4; Schwertner (Fn. 33), S. 34.

¹⁹¹ Tettinger (Fn. 29), S. 116; Turner/Werner (Fn. 3), S. 52.

¹⁹² Vgl. BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187); 63, 88 (115).

¹⁹³ Vgl. BVerfGE 25, 1 (18); 40, 196 (223); 77, 84 (109).

Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Für das Offroad-Skifahren ist insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG von Bedeutung. Zudem zählt das Offroad-Skifahren zu den in freier Natur ausgeübten Sportarten, wodurch der Schutz des verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf Erholung hinzukommt. Ein abstrakter Vorrang des Naturschutzes oder des Sports lässt sich aus der Verfassung nicht ableiten.¹⁹⁴

2. Eingriffsintensität

In die Abwägung ist einzufließen, inwieweit in die Schutzgüter, also in ihren Kern- oder nur den Randbereich, eingegriffen wird. Auf Seiten der Sportler ist zunächst relevant, inwiefern durch einen Eingriff auch berufliche Belange, also Art. 12 Abs. 1 GG, oder Belange des organisierten Sports, also Art. 9 Abs. 1 GG, berührt werden.¹⁹⁵ Beim Skifahren abseits der Piste handelt es sich in der Regel nur um eine durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte individuelle Freizeitaktivität sowie Erholungsform in freier Natur. Trotz dessen Charakters als Auffanggrundrecht gewährt Art. 2 Abs. 1 GG jedoch nicht von vornherein einen geringeren Schutz als die speziellen Freiheitsgrundrechte.¹⁹⁶ Das Skifahren abseits der Piste fällt zwar als Betätigungsform menschlichen Handelns unter den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG, zählt aber nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung bzw. zu den elementaren Äußerungsformen des menschlichen Handelns.¹⁹⁷ Die mit dem Skifahren verbundene Erholungswirkung kann jedoch als eine elementare Äußerungsform angesehen werden.¹⁹⁸ Hinsichtlich der Sportausübung kann zudem danach differenziert werden, ob die Ausübung an sich („Ob“) oder die Art und Weise der Ausübung („Wie“) zur Disposition stehen. Aufgrund des vielseitigen Angebots an Erholungs- und Sportmöglichkeiten wiegt es weniger schwer, wenn nur die Art und Weise der Ausübung betroffen ist.¹⁹⁹ Daher stellt das Gebot nur innerhalb der präparierten und gesicherten Pistenbereichen Ski zu fahren, einen weitaus geringeren Eingriff dar als ein generelles Skiverbot. Anders wäre dies zu bewerten, wenn das Offroad-Skifahren nicht nur als eine besondere Art des alpinen Skifahrens zu klassifizieren wäre, sondern als eigene Sportart. In diesem Fall wäre die Eingriffsintensität höher einzustufen, weil die Ausübung einer ganzen Sportart untersagt werden würde. Dafür spricht, dass das Offroad-Skifahren immer mehr an Beliebtheit gewinnt, sich

¹⁹⁴ S.o. C. III. 2., F. II.

¹⁹⁵ *Tettinger* (Fn. 29), S. 117.

¹⁹⁶ *Epping* (Fn. 13), Rn. 578.

¹⁹⁷ BVerfGE 17, 306 (314); 20, 150 (159); 80, 137 (155).

¹⁹⁸ *Schwertner* (Fn. 33), S. 36.

¹⁹⁹ Vgl. *Mattner*, Das Recht auf individuelle Freizeitgestaltung oder das Recht auf die Freizeit der anderen, DÖV 1989, 621 (624).

bereits unterschiedliche Arten des Offroad-Skifahrens wie zum Beispiel das Heli-skiing²⁰⁰ entwickelt haben und es eigene Wettkämpfe im Bereich des Offroad-Skifahrens gibt. Gegen die Klassifizierung als eigene Sportart lässt sich aber anführen, dass sich die Art und Weise der Ausübung des Skifahrens auf und abseits der Piste nicht gravierend unterscheidet. Die Sportausrüstung, insbesondere die Verwendung von Skiern, stimmt größtenteils überein und es werden in der Regel dieselben Aufstiegshilfen genutzt, um danach hangabwärts zu fahren. Der Hauptunterschied besteht nur darin, dass für das Fahren im Tiefschnee eine besondere Technik von Nöten ist und das Gefahrenpotential größer ist. Hinzu kommt, dass das Offroad-Skifahren vom Wortsinn her eher als besondere Art des alpinen Skifahrens, nämlich abseits der Piste, zu verstehen ist. Im Ergebnis ist das Offroad-Skifahren als besondere Art des alpinen Skisports zu klassifizieren und das Verbot betrifft so nur die Art und Weise der Ausübung des alpinen Skifahrens.

Für die Umweltbelange ist es von Bedeutung, ob es sich um ein besonders schutzwürdiges Gebiet, beispielsweise aufgrund dort wachsender Pflanzen oder lebenden Tieren, handelt. Insofern die Erhaltung von Biotopen und die Sicherung der Artenvielfalt durch sportliche Aktivitäten in Gefahr gebracht werden, sind Nutzungsrestriktionen zulasten des Sports notwendig.²⁰¹ Zudem muss in die Abwägung mit einfließen, ob und wie schnell sich die Natur von den negativen Auswirkungen der sportlichen Betätigung wieder erholen kann. Insbesondere Langzeitschäden gilt es zu verhindern.²⁰² Die Bereiche abseits der Skipisten beherbergen sensible Flora und Fauna mit einem hohen Anteil an seltenen, vom Aussterben bedrohten Tier- und Pflanzenarten. Beispielsweise befinden sich dort die noch wenigen verbliebenen Lebensräume des vom Aussterben bedrohten Auer- und Birkwilds.²⁰³ Hinzu kommt, dass die in den Bergen angesiedelten Tiere und Pflanzen im Winter besonders sensibel auf Impulse von außen reagieren. Sie haben sich den schwierigen winterlichen Bedingungen in den Bergen nur insoweit angepasst als keine weiteren Störungen durch menschliche Eingriffe hinzukommen.²⁰⁴ Durch die besonderen klimatischen Bedingungen in den Höhenlagen erholt sich die Natur dort zudem nur schwerlich. Auch die Ansiedlung standortgerechter Arten und Maßnahmen zur Renaturierung würden viel Zeit in Anspruch nehmen.²⁰⁵

²⁰⁰ Dabei werden die Skifahrer mit einem Hubschrauber in unberührte Gebiete geflogen und treten von dort die Abfahrt an: vgl. *Pieper*, Ski und Rodel gut? Alpiner Wintersport und Umweltschutz im Überblick, *Naturschutz heute* 33, 2001, 36.

²⁰¹ Vgl. *Gassner* (Fn. 78), Rn. 107; *Tettinger* (Fn. 29), S. 117.

²⁰² Vgl. *Gassner* (Fn. 78), Rn. 107 f.

²⁰³ Vgl. Umweltgutachten 1987 Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, BT-Drs. 11/1568, Rn. 2193; *Pröbstl*, Praxis und Anforderungen an die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Wintersportanlagen, *Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung – Praxis und Perspektiven*, Laufener Seminarbeitrag 2/1996, S. 140.

²⁰⁴ Vgl. *Scheuermann* (Fn. 127) S. 26 f.

²⁰⁵ Vgl. *Pröbstl* (Fn. 203), S. 137.

Darüber hinaus sind die Grundrechte Dritter, vor allem von anderen Erholungssuchenden, Sportlern und Eigentümern von Bergwiesen, zu berücksichtigen.²⁰⁶ Diese werden durch die hervorgerufenen Umweltschäden durch das Fahren abseits der Piste tangiert und verstärken somit das Gewicht des Naturschutzes im vorliegenden Konfliktverhältnis. Für die Abwägung ist somit auch die Anzahl der betroffenen Offroad-Skifahrer im Vergleich zur Anzahl der durch die Umweltschäden Betroffenen relevant.²⁰⁷ Trotz der steigenden Zahl an Offroad-Skifahrern, ist mit Blick auf die Langzeitfolgen eine höhere Zahl der von den Umweltschäden Betroffenen anzunehmen. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Eingriffsintensität eines Verbots von Offroad-Skifahren im Verhältnis zu den Umweltauswirkungen als eher gering einzuschätzen ist.

3. Abwägung

Die Beeinträchtigung der Skifahrer darf nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Für Art. 2 Abs. 1 GG gilt, dass je mehr ein Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die kollidierenden Güter abgewogen werden.²⁰⁸ Das Skifahren selbst gehört nicht zu den elementaren Äußerungsformen, aber die damit verbundene Erholungswirkung. Die Eingriffsintensität ist jedoch gering, denn es soll kein allgemeines Skiverbot verhängt werden. Denn auch unter dem Aspekt des Naturschutzes sollte das Sportverbot stets ultima ratio bleiben.²⁰⁹ Letztlich ist für die Abwägung der konkrete Einzelfall maßgeblich, denn ein pauschales Skifahrverbot abseits der Piste wäre nicht verhältnismäßig. Es müssen die örtlichen Begebenheiten am einzelnen Skihang in die Abwägung einbezogen werden.²¹⁰ Insoweit es sich abseits der Piste um Wildruhezonen, Schutzwald- oder Lawinengefahrgebiete handelt, ist ein Verbot des Offroad-Skifahrens im Verhältnis zum verfolgten Zweck des Wald-, Tier- und Lebensraumschutzes als verhältnismäßig zu qualifizieren.²¹¹ Dafür spricht insbesondere, dass das Skifahren auf den offiziellen Pisten möglich bleibt und auch dort für Abwechslung und gesteigerte Schwierigkeitsstufen zum Beispiel durch Buckelpisten und Tiefschneehänge gesorgt wird. Das Bedürfnis der Offroadfahrer nach einem gesteigerten Gefühl der Freiheit und Naturverbundenheit kann nicht zulasten der Natur gehen. Für die Verhältnismäßigkeit eines Verbotes zulasten des Sports und zugunsten der Natur ist zudem anzuführen, dass der Schutz und Erhalt

²⁰⁶ *Schwertner* (Fn. 33), S. 34.

²⁰⁷ Vgl. BVerfGE 80, 137 (161).

²⁰⁸ BVerfGE 17, 306 (314); 20, 150 (159).

²⁰⁹ *Turner/Werner* (Fn. 3), S. 55.

²¹⁰ *Stadler* (Fn. 7), S. 303.

²¹¹ *Stadler* (Fn. 7), S. 302 f.

der Natur langfristig gesehen auch den Skisportlern und Erholungssuchenden zugutekommen. Denn die Ausübung des Skisports ist auf die Existenz einer intakten Natur angewiesen.²¹² Allgemein gesprochen ist die Basis jeglicher menschlichen Betätigung das Vorhandensein von natürlichen Lebensgrundlagen.²¹³ Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Verhältnismäßigkeit des Verbotes von den konkreten Begebenheiten im jeweiligen Skigebiet abhängig ist. Ein allgemeingültiges Verbot wäre unverhältnismäßig. In besonders schützenswerten Bereichen abseits der Piste stellt das Skifahren eine Ausuferung dar, die so nicht hingenommen werden kann.²¹⁴ In diesem Fall müssen die Interessen der Offroad-Skifahrer hinter denen des Naturschutzes zurückstehen.²¹⁵ Besteht jedoch die Möglichkeit beispielsweise eine offizielle „Offroad-Piste“ in weniger schutzwürdigen Gebieten festzulegen, ist dort ein absolutes Verbot nicht verhältnismäßig.

G. Lösungsansätze im Konflikt Naturschutz – Offroad-Skifahren

Der Konflikt zwischen Naturschutz und Offroad-Skifahren wird weder durch das Grundgesetz noch durch die Landesverfassungen gelöst. Die Konfliktbewältigung wird dem einfachen Gesetzgeber, der Exekutive und Judikative überlassen. Der Konflikt spiegelt sich auch auf einfachgesetzlicher Ebene wider. In § 1 Abs. 1 BNatSchG ist dieses durch die Nennung des Schutzes der Erholungsinteressen in Natur und Landschaft neben deren Schutz als gleichbedeutendes Gesetzesziel angelegt.²¹⁶ Gleiches gilt für § 1 Nr. 1 BWaldG. Im Folgenden werden mögliche Lösungsansätze, vor allem mit Blick auf das BNatSchG, das BWaldG sowie die entsprechenden Landesgesetze beleuchtet.

I. Naturschutz- und waldrechtliches Betretungsrecht

Zur Bewältigung des Konflikts sind vor allem die Regelung des naturschutz- und waldrechtlichen Betretungsrechts von Bedeutung. Die Leitbestimmung für beide findet sich in § 59 BNatSchG.²¹⁷ § 59 Abs. 2 S. 1 BNatSchG ist so zu verstehen, dass der in § 59 I BNatSchG festgeschriebene allgemeine Grundsatz auch im Bereich des Waldes gilt, aber durch forstrechtliche Vorschriften erweitert werden

²¹² Bericht Bundesregierung „Sport u. Umwelt“, BT-Drs. 11/2134, S. 4; *Schwertner* (Fn. 33), S. 34.

²¹³ *Murswiek*, Umweltschutz als Staatszweck, Die ökologischen Legitimationsgrundlagen des Staates, 1995, S. 77.

²¹⁴ *Stadler* (Fn. 7), S. 303.

²¹⁵ Vgl. *Murswiek*, in: *Sachs* (Fn. 15), Art. 20a Rn. 52; *Tettinger* (Fn. 29), S. 116.

²¹⁶ *Knauber*, Gemeinwohlbelange des Naturschutzes und Gemeinwohlgebrauch der Landschaft durch Sport, NuR 1985, 308 (308); *Smollich*, Naturschutz und Sport, DVBl. 1990, 454 (458).

²¹⁷ *Agona/Louis*, Das naturschutz- und waldrechtliche Betretensrecht, Teil 2, NuR 2015, 10 (11).

kann. Dies ist durch § 14 BWaldG und die Waldgesetze der Länder geschehen.²¹⁸ Die in § 59 I BNatSchG und § 14 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verankerten Betretungsrechte vermitteln dem Einzelnen ein subjektives öffentliches Recht und werden so auch vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst.²¹⁹ Allein in Bayern ist das Betretungsrecht auch in Art. 141 Abs. 3 S. 1 BV abgesichert.²²⁰

1. Skifahren als Betreten im engeren Sinne

Es ist danach zu differenzieren, ob das Skifahren zum Betreten im engeren Sinne nach § 59 Abs. 1 BNatSchG bzw. § 14 Abs. 1 S. 1 BWaldG oder zum Betreten im weiteren Sinne nach § 59 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BNatSchG bzw. § 14 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BWaldG zählt.²²¹ Der Begriff des Betretens stimmt in den Normen überein.²²² Mit Betreten ist das Begehen zu Fuß gemeint.²²³ Im Sinne der Zielsetzung „zum Zwecke der Erholung“ ist aber eine weitergehende Auslegung angebracht. Eine Eingrenzung auf das Spazierengehen, Wandern und Laufen würde die Erholungsmöglichkeiten zu sehr einschränken.²²⁴ Mit Blick auf § 59 Abs. 2 S. 2 BNatSchG muss jedoch gleichzeitig eine allzu extensive Auslegung vermieden werden, weshalb die in Frage kommenden Tätigkeiten in Bezug auf ihre Art und Ausführung noch mit den oben genannten Bewegungsformen vergleichbar sein müssen.²²⁵ Dies ist beim (Offroad-) Skifahren zu bejahen.²²⁶ Die Skier werden unter die Füße geschnallt und man bewegt sich ohne elektrischen Antrieb fort. Auch eine historische Betrachtung spricht dafür, denn früher stellte das Skifahren in ländlichen Regionen im Winter oft die einzige Fortbewegungsmöglichkeit dar.²²⁷ In einzelnen landesrechtlichen Vorschriften wird das Skifahren sogar ausdrücklich als Betretungsform aufgelistet.²²⁸

²¹⁸ Gellermann, in: Beckmann/Durner/Mann/Röckinghausen, Umweltrecht, Bd. I, 100. EL Januar 2023, § 59 BNatSchG Rn. 12; Kraft, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, § 59 Rn. 25.

²¹⁹ Agena/Louis (Fn. 218), S. 12; Kraft, in: Lütkes/Ewer (Fn. 218), § 59 Rn. 45.

²²⁰ BayVerfGH BayVBl. 1975, 473; Carlsen, in: Kimminich/von Lersner/Storm, Handwörterbuch des Umweltrechts, HdUR, Bd. I, 1. Aufl. 1986, Sp. 246.

²²¹ Vgl. Heym, in: Schlacke, Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2017, § 59 Rn. 6.

²²² Vgl. BVerfGE 80, 137 (159); Agena/Louis (Fn. 217), S. 12.

²²³ Agena/Louis (Fn. 217), S. 12; Maus, in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz, 3. Aufl. 2021, § 59 Rn. 17.

²²⁴ Agena/Louis (Fn. 217), S. 12; vgl. Entwurf BWaldG, BT-Drs. 7/889, S. 29.

²²⁵ Gassner (Fn. 78), Rn. 454; Kraft, in: Lütkes/Ewer (Fn. 218), § 59 Rn. 18.

²²⁶ Maus, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 223), § 59 Rn. 17; Carlsen, in: Kimminich/von Lersner/Storm (Fn. 220), Sp. 243.

²²⁷ Heym, in: Schlacke (Fn. 221), § 59 Rn. 8.

²²⁸ Art. 29 BayNatSchG, § 24 NWaldLG, § 27 II Nr. 1 SächsNatSchG.

2. Betreten zum Zweck der Erholung

Ein Betreten ist sowohl nach § 59 Abs.1 BNatSchG als auch nach § 14 Abs.1 S. 1 BWaldG nur zum Zweck der Erholung gestattet. Es ist ausreichend, wenn der Erholungszweck mit anderen Motiven untrennbar verbunden und so mitbestimmend ist.²²⁹ Insofern berufliche oder gewerbliche Gründe im Vordergrund stehen, ist der Erholungszweck zu verneinen.²³⁰ Das Naturerlebnis muss essenziell für die Erholung sein und die Natur darf nicht bloß als Nutzungsraum gebraucht werden.²³¹ In § 7 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG wird der naturschutzrechtliche Erholungsbegriff legaldefiniert. Darunter fällt unter anderem eine natur- und landschaftsverträgliche sportliche Betätigung in der freien Landschaft. Der Begriff der Erholung steht somit unter dem Vorbehalt der Naturverträglichkeit.²³² Fraglich ist, ob alle sportlichen Betätigungen, die die Natur schädigen, dadurch bereits aus dem Anwendungsbereich des Betretungsrechts im engeren Sinne fallen. Dagegen spricht, dass so der Begriff der Erholung radikal verkürzt werden würde, denn die meisten sportlichen Betätigungen führen zu einer Schädigung der Natur.²³³ Hinzu kommt, dass § 59 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BNatSchG, der die Länder berechtigt Beschränkungsregelungen zum Schutz der Natur zu treffen, in diesem Fall überflüssig wäre.²³⁴ Das Offroad-Skifahren ist eine untrennbare Kombination aus Natur- und Sporterlebnis und wird somit zum Zwecke der Erholung im Sinne des § 59 Abs. 1 BNatSchG ausgeübt. Die Ausführungen sind auf den walddrechtlichen Erholungsbegriff übertragbar.²³⁵

3. Freie Landschaft auf ungenutzten Grundflächen bzw. Wald

Mit freier Landschaft ist die Gesamtheit von Flur und Wald gemeint.²³⁶ Das Betretungsrecht wird durch § 59 Abs. 1 BNatSchG unter anderem auf ungenutzte Grundflächen begrenzt. Die Regelung ist damit enger als § 14 Abs. 1 S. 1 BWaldG, welcher das Betreten des gesamten Waldes gestattet.²³⁷ Die Bereiche abseits der Skipiste werden im Sommer oft als Bergweiden genutzt. Um zu den ungenutzten Grundflächen im Sinne des § 59 Abs. 1 BNatSchG zu zählen, genügt aber eine nur vorübergehend ungenutzte Fläche. Dazu zählen Weiden nach der Aufwuchs- sowie

²²⁹ *Burgi* (Fn. 32), S. 91 f.; *Carlsen*, in: Kimminich/von Lersner/Storm (Fn. 220), Sp. 244.

²³⁰ OLG Düsseldorf, NuR 1985, 199 (200); *Heym*, in: Schlacke (Fn. 221), § 59 Rn. 19.

²³¹ *Agena/Louis* (Fn. 217), S. 15; *Fischer-Hüftle*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 59 Rn. 5.

²³² *Maus*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 223), § 59 Rn. 20.

²³³ Vgl. *Schwertner* (Fn. 33), S. 192.

²³⁴ Vgl. *Schwertner* (Fn. 33), S. 192.

²³⁵ *Agena/Louis* (Fn. 217), S. 15.

²³⁶ *Kraft*, in: Lütkes/Ewer (Fn. 218), § 59 Rn. 7; *Fischer-Hüftle*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, (Fn. 231), § 59 Rn. 7; a.A. nur Flur: *Maus*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 223), § 59 Rn. 3; *Otto*, Haftungsregelung im neuen Bundesnaturschutzgesetz, NuR 2010, 329 (330).

²³⁷ *Maus*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 223), § 59 Rn. 22.

Weidezeit, die mit dem Abtrieb des Viehs endet.²³⁸ Das Offroad-Skifahren findet somit auf ungenutzten Grundflächen und im Wald statt.

4. Einschränkungen

a) Einschränkungsründe

§ 59 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BNatSchG und § 14 Abs. 2 S. 1, 2 Alt. 1 BWaldG ermächtigen den Landesgesetzgeber das Betretungsrecht einzuschränken. Trotz der systematischen Stellung des § 59 Abs. 2 S. 2 BNatSchG gilt diese Ermächtigung nicht nur für das Betreten des Waldes, sondern auch für die sonstige freie Landschaft.²³⁹ Der Gestaltungsspielraum wird durch das Erfordernis eines wichtigen Grundes eingegrenzt.²⁴⁰ In den Regelbeispielkatalogen des § 59 Abs. 2 S. 2 BNatSchG und § 14 Abs. 2 S. 2 BWaldG finden sich unter anderem der Natur- und Forstschutz, die Wald- und Wildbewirtschaftung, der Schutz anderer Erholungssuchenden sowie die Wahrung schutzwürdiger Interessen der Grundstücks- und Waldbesitzer als wichtige Gründe zur Einschränkung der Betretungsrechte abseits der Skipiste wieder. Dies macht deutlich, dass Art und Umfang der Betretungsbefugnis unter dem Vorbehalt der Gemeinverträglichkeit stehen.²⁴¹ Alle Länder haben entsprechende Vorschriften erlassen.²⁴² Um festzustellen, ob eine Einschränkung des Betretungsrechts gerechtfertigt ist, ist eine Analyse des hypothetischen Verlaufs der zu erwartenden Beeinträchtigungen und Schäden durchzuführen. Danach ist unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung zu absolvieren.²⁴³ Entscheidend ist die Angemessenheit, für welche die oben genannten Kriterien²⁴⁴ herangezogen werden können. Insofern es sich um ökologisch sensible Bereiche handelt, wie dies abseits der Skipiste in der Regel der Fall ist, genießt deren Schutz Vorrang vor anderen Interessen.²⁴⁵ Dies zeigt sich auch in der Rechtssprechungspraxis.²⁴⁶

²³⁸ *Agena/Louis* (Fn. 217), S. 15; *Fischer-Hüftle*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle (Fn. 231), § 59 Rn. 11; a.A. *Carlsen*, Zur Zulässigkeit des Betretens einer Wiese in einem Landschaftsschutzgebiet „nach beendeter Ernte“, um Segelflugmodelle starten zu lassen, Anmerkung, NuR 1981, 179 (179 f.).

²³⁹ *Berghoff/Steg*, Das neue Bundesnaturschutzgesetz und seine Auswirkungen auf die Naturschutzgesetze der Länder, NuR 2010, 17 (25); *Louis*, Das neue Bundesnaturschutzgesetz, NuR 2010, 77 (88).

²⁴⁰ *Agena/Louis* (Fn. 217), S. 93.

²⁴¹ Vgl. *Carlsen*, in: Kimminich/von Lersner/Storm (Fn. 220), Sp. 244 f.

²⁴² U.a.: Art. 31ff. BayNatSchG, § 31 NWaldLG, §§ 28ff. SächsNatSchG.

²⁴³ *Agena/Louis* (Fn. 217), S. 93 f.

²⁴⁴ S.o. F. III.

²⁴⁵ Vgl. *Maus*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 223), § 59 Rn. 33.

²⁴⁶ VGH Mannheim, NuR 1997, 290 zeitweilige Sperrung zum Schutz des Feuersalamanders; OVG Lüneburg, NdsVbl. 2009, 141 Sperrung zum Schutz von Brut- und bzw. Rastgebieten.

b) Einschränkungsoptionen

Wenn ein wichtiger Grund vorliegt, kann eine Einschränkung von den Behörden durch Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung und Einzelanordnung herbeigeführt werden.²⁴⁷ So können sie das Skifahren abseits der Piste, unter dem Vorbehalt des Möglichen, in unbedenkliche Gebiete verweisen.²⁴⁸ Als ausdrückliche Reglementierungsform des Betretungsrechts findet sich in den Landesgesetzen die Errichtung von Sperren. Darunter fallen zum Beispiel Schilder und Zäune.²⁴⁹ Diese können durch die zuständige Behörde²⁵⁰ oder die Grundeigentümer bzw. Nutzungsberechtigten²⁵¹ veranlasst werden. Zudem können Maßnahmen außerhalb der Betretungsvorschriften zu deren Einschränkung führen.²⁵² Insbesondere zu nennen sind die Schutzgebietsausweisungen sowie die arten- und biotopschutzrechtlichen Bestimmungen.²⁵³ Die Behörden haben die Möglichkeit, die durch das Skifahren abseits der Piste besonders betroffenen Gebiete, beispielsweise entsprechend des § 23 Abs. 1 BNatSchG und der jeweiligen landesrechtlichen Ausgestaltung²⁵⁴, als Naturschutzgebiet festzusetzen.²⁵⁵ In diesen Gebieten sind alle Handlungen verboten, die zu einer Zerstörung, Beschädigung, Veränderung oder nachhaltigen Störung des Gebiets und seiner Bestandteile führen, vgl. § 23 Abs. 2 S. 2 BNatSchG. Dadurch könnte das Verhältnis zwischen Naturschutz und Offroad-Skifahren vor allem zugunsten des Schutzes der Tiere und zur Schonung des Schutzwaldes geregelt werden.²⁵⁶

c) erweiterte Einschränkungsoptionen bezüglich des Offroad-Skifahrens

In den Betretungsvorschriften finden sich keine Beschränkungsmöglichkeiten speziell für das (Offroad-)Skifahren. Etwas anderes gilt für das Reiten und Radfahren. Für diese Sportarten gibt es landesrechtliche Wegegebote.²⁵⁷ Ein solches könnte auch im Konfliktverhältnis zwischen Naturschutz und Offroad-Skifahren hilfreich sein.²⁵⁸ Die Offroad-Skifahrer könnten so auf bestimmte, unpräparierte Strecken verwiesen werden. Diese könnten mithilfe von fachkundigen Naturexperten, insbesondere unter Berücksichtigung bestimmter Wildruhezonen, ausgewählt werden.

²⁴⁷ Heym, in: Schlacke (Fn. 221), § 59 Rn. 35.

²⁴⁸ Vgl. Smollich (Fn. 216), S. 458 f.

²⁴⁹ Fischer-Hüftle, in: Schumacher/Fischer-Hüftle (Fn. 231), § 59 Rn. 20.

²⁵⁰ U.a.: Art. 31 I BayNatSchG, § 28 IV SächsNatSchG, § 44 V NatSchG BW.

²⁵¹ U.a.: Art. 33 BayNatSchG, § 29 SächsNatSchG, § 46 NatSchG BW.

²⁵² Nolte (Fn. 30), S. 140; Schwertner (Fn. 33), S. 202.

²⁵³ Vgl. Burgi (Fn. 32), S. 107; Tettinger (Fn. 29), S. 114.

²⁵⁴ U.a.: § 14 SächsNatSchG, § 28 NatSchG BW, § 21 BbgNatSchG.

²⁵⁵ Vgl. Knauber (Fn. 216), S. 315.

²⁵⁶ Vgl. Stadler (Fn. 7), S. 303.

²⁵⁷ U.a.: Art. 28 I 1, Art. 31 II BayNatSchG, §§ 25 I, 26 I NWaldLG.

²⁵⁸ So auch Knauber (Fn. 216), S. 315f.; Stadler (Fn. 7), S. 303.

Beispielsweise überwintern Birkhühner nahe der Waldgrenze, sodass zu diesen Bereichen genügend Abstand eingeplant werden sollte.²⁵⁹ Insofern das Skifahren abseits der präparierten Piste gesteuert werden kann, besteht nicht die Gefahr einer großflächigen Zerstörung und Störung der Natur. Gleichzeitig wird das Fahren abseits der Piste nicht vollends, sondern nur das unkontrollierte Fahren querbeet, untersagt. Daneben sollte das Skifahren in wichtigen Schutzwald- und Lawinengefahrgebieten sowie Wildruhezonen ausdrücklich verboten werden.²⁶⁰ Außerdem könnten zeitliche und witterungsbedingte Einschränkungen festgeschrieben werden. Die Gefahr von Umweltschäden durch die Stahlkanten der Skier steigt je weniger Schnee gefallen ist. Mithin sollte die Erlaubnis zum Skifahren von der Schneehöhe abhängig gemacht werden.²⁶¹ Im Winter suchen sich die meisten Tiere von der Morgendämmerung bis etwa 10 Uhr und ab ca. 16 Uhr bis zur Abenddämmerung ihre Nahrung. Werden die Tiere in dieser Zeit von Skifahrern gestört, bleiben sie in ihren Verstecken und nehmen keine Nahrung zu sich.²⁶² Um dies zu vermeiden, könnte das Skifahren in der Nähe der Verstecke auf die Zeiten von 10–16 Uhr beschränkt werden.²⁶³ Diese Vorgehensweisen sind im engeren Sinne verhältnismäßig, denn sie bringen die Belange des Naturschutzes und des Skisports in einen schonenden Ausgleich.

II. Steigerung des individuellen Umweltbewusstseins der Sportler

Ein großes Problem im Falle des Konflikts zwischen Naturschutz und Sport ist, dass die Einhaltung der Beschränkungen und Verbote in der freien Natur zum Teil schwer zu kontrollieren ist.²⁶⁴ Daher ist es wichtig, auf ein gesteigertes Umweltbewusstsein der Sportler hinzuwirken.²⁶⁵ Das Verwaltungsrecht setzt deshalb auch auf kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln und greift auf schlicht-hoheitliche Maßnahmen wie Informationen und Warnungen zurück.²⁶⁶ Zudem gibt es bereits Umweltkampagnen, die sich auch an Offroad-Skifahrer wenden. Die schweizerische Kampagne „Respektiere deine Grenzen“²⁶⁷ hat ihren neuen Slogan „Ride Wild. Respect Wildlife“ genau auf diese als Adressaten ausgerichtet.²⁶⁸ Ziel ist es,

²⁵⁹ Pieper (Fn. 200), S. 37; Scheuermann (Fn. 127) S. 27.

²⁶⁰ Vgl. oben F. III. 3.

²⁶¹ Vgl. Stadler (Fn. 7), S. 302; Schwertner (Fn. 33), S. 213.

²⁶² Scheuermann (Fn. 127), S. 27.

²⁶³ Vgl. v. Schalburg, Die Einschränkung des Grundeigentums in den Forstgesetzen und Landschaftsschutzgesetzen des Bundes und der Länder, NJW 1978, 303 (306); Schwertner (Fn. 33), S. 214.

²⁶⁴ Tettinger (Fn. 29), S. 118.

²⁶⁵ Stadler (Fn. 7), S. 305; Turner/Werner (Fn. 3), S. 55.

²⁶⁶ Tettinger (Fn. 29), S. 118.

²⁶⁷ <https://natur-freizeit.ch/schneesport-mit-ruecksicht> (zul. abger. am 12.3.2024).

²⁶⁸ Hubschmid/Hunziker (Fn. 6), S. 121.

das Verhalten durch Sensibilisierungsmaßnahmen wie Medienberichte, Informations- und Appelltafeln zu beeinflussen.²⁶⁹ Es wird unter anderem zur Beachtung von Wildruhezonen, zum nicht Verlassen der Routen und zur Vermeidung von Waldrändern und schneefreien Zonen zum Schutz der Wildtiere aufgerufen.²⁷⁰ Es gibt eine gleichnamige Kampagne in Vorarlberg²⁷¹ und eine internationale Initiative, die vom Bundesamt für Naturschutz unterstützt wird und sich „Be part of the mountain“²⁷² nennt. Eine größere Reichweite haben die Regeln des Internationalen Skiverbandes (FIS-Regeln), die mittlerweile fast zum Gewohnheitsrecht erstarkt sind.²⁷³ Diese fokussieren sich auf die Rücksichtnahme der Sportler untereinander. Regel Nr. 8²⁷⁴ kann jedoch auch die Natur schützen, insofern in den Skigebieten Schilder aufgestellt sind, die ein Fahren in bestimmten Gebieten abseits der Piste verbieten. Dennoch wäre eine Ergänzung durch ausdrückliche Regeln zugunsten der Natur wünschenswert. Beispielweise könnte folgende Regel aufgenommen werden: Jeder Skifahrer und Snowboarder muss sich an ausgewiesene Strecken halten und hat ein Fahren abseits davon zu unterlassen.

III. Weitere Lösungsvorschläge

Im Konfliktverhältnis zwischen Naturschutz und Sport hat sich unter anderem eine „Scheinpflcht“ (zum Beispiel: Angel-, Jagd- und Bootsführerschein) als nützlich herausgestellt.²⁷⁵ Für das Skifahren abseits der Piste existiert eine solche bislang nicht. Dessen Ausübung erfordert eine besondere Technik sowie ein detailliertes Wissen über die dort angesiedelte Flora und Fauna und der alpinen Gefahren. Daher scheint die Belegung eines Kurses zum Erhalt einer offiziellen Lizenz angebracht. Die abschließende Erteilung einer solchen „Offroad-Lizenz“ könnte unter anderem von umfangreichen Kenntnissen im Bereich des Naturschutzes im alpinen Raum abhängig gemacht werden. Darüber hinaus könnten in den Skigebieten ausschließlich geführte Offroad-Touren mit qualifizierten Guides angeboten werden. Dadurch wären die Zeiten, die Routen und auch die Anzahl der Skifahrer abseits der Piste besser zu kontrollieren.

²⁶⁹ Immoos/Hunziker (Fn. 122), S. 7.

²⁷⁰ <https://natur-freizeit.ch/schneesport-mit-ruecksicht> (zul. abger. am 12.3.2024).

²⁷¹ <https://respektiere-deine-grenzen.at/> (zul. abger. am 12.3.2024).

²⁷² <https://www.bepartofthemountain.org/de/organisation> (zul. abger. am 12.3.2024).

²⁷³ Manssen (Fn. 104), S. 95.

²⁷⁴ S. FIS-Regel Nr. 8 – Beachten der Zeichen: „Jeder Skifahrer und Snowboarder muss die Markierung und die Signalisation beachten.“

²⁷⁵ Vgl. Tettinger (Fn. 29), S. 117; Turner/Werner (Fn. 3), S. 55.

H. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Konfliktverhältnis zwischen Offroad-Skifahren und Naturschutz weder auf verfassungsrechtlicher noch auf einfachgesetzlicher Ebene abstrakt-generell gelöst wird. Beide Belange werden durch das Grundgesetz und die Landesverfassungen geschützt, dabei wird jedoch keinem der Vorrang gewährt. Ein radikales und überall geltendes Verbot des Offroad-Skifahrens wäre nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar. Eine Beschränkung des Fahrens abseits der Piste auf besonders ausgewählte und festgesetzte Routen ist dagegen angebracht und zum Schutz der sensiblen Flora und Fauna auch dringend notwendig. Das Offroad-Skifahren wird so nicht generell verboten, sondern den Sportlern wird nur die Freiheit genommen, eine eigene Route mit „wilden Abfahrten“ zu kreieren. Denn es gibt Gebiete, in denen die Belange der Offroad-Skifahrer komplett hinter denen des Naturschutzes zurückstehen müssen. Für diese Lenkung der Skifahrer gibt es auf einfachgesetzlicher Ebene bereits Vorschriften, die zur Konfliktbewältigung zwischen Naturschutz und Offroad-Skifahren herangezogen werden können. Für eine Verbesserung ist eine detailliertere Regelung der landesrechtlichen Betretungsrechte, insbesondere ein gesetzlich verankertes Wegegebot speziell für das Skifahren, zu fordern. Von den zuständigen Behörden ist zudem eine konsequente Umsetzung der durch die Legislative geschaffenen Ermächtigungen zu erwarten. Der Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen kann nur durch strenge Grundsätze und Regelungen gesichert werden. Beispielsweise sollten die Gebiete abseits der Piste vermehrt als Schutzzonen ausgewiesen und strikte Betretungsverbote ausgesprochen werden. Dies passiert momentan noch eher zurückhaltend.²⁷⁶ Zudem ist es wichtig, dass verschiedene Strategien verfolgt werden, um auf das Umweltbewusstsein des einzelnen Sportlers einzuwirken. So kann das Verständnis für behördlich angeordnete Reglementierungen hervorgerufen werden, was wiederum zu deren Einhaltung führen sollte. Ob ein allgemeingültiges Verbot des Offroad-Skifahrens in der Zukunft auch noch als unverhältnismäßig angesehen werden kann, ist fraglich. Schließlich nehmen die Auswirkungen des Klimawandels immer mehr zu und dies verlangt eine stärkere Schonung der Natur. Es ist ein weiterer Lebensraumschwund für die Alpentiere zu erwarten, wodurch die Möglichkeit eine Strecke zu finden, die nicht direkt mit deren Rückzugsorten kollidiert, gleich gegen null gehen wird. Es ist insgesamt angebracht, dass die Gesellschaft sich nicht darauf fokussiert, neue Wege und Arten zu finden, wie sie sich in der Natur sportlich betätigen kann, sondern darauf, der Natur ihren Raum zu lassen bzw. sich aus dieser zurückzuziehen. Richtet man den Blick auf das Große und Ganze, stellt die Natur in erster Linie die Basis jeglichen menschlichen Handelns dar. Das Offroad-Skifahren dahingegen gehört im Vergleich dazu nicht zu

²⁷⁶ *Schwertner* (Fn. 33), S. 209; *Smollich* (Fn. 216), S. 458; *Stadler* (Fn. 7), S. 304; v. *Schalburg* (Fn. 263), S. 306.

den bedeutendsten und existenziellen Handlungsformen der Menschheit. Die Natursportenthusiasten und -individualisten sollten daher langfristig gesehen der Natur den Vortritt lassen.

Dopingsperren und Berufsfreiheit

*Prof. Dr. Thomas Mann**

Die Entwicklung im modernen Hochleistungssport hat dazu geführt, dass sportliche Betätigung längst nicht mehr nur die sprichwörtlich „schönste Nebensache der Welt“, sondern für viele Menschen zum zentralen Lebensinhalt geworden ist, soweit sie ihrem Sport professionell ausüben. Die Vorstellung vom Sport als Beruf ruft aus der Sicht des Juristen eine ganze Reihe rechtlicher Assoziationen auf, die in den einfachrechtlichen Niederungen, etwa des Arbeitsrechts, beginnen und in den Höhen des Verfassungsrechts enden. Dort stellen sich in Ansehung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zwei grundlegende Fragen, denen im Folgenden nachgegangen werden soll: Unter welchen Voraussetzungen ist Sportausübung überhaupt berufsgrundrechtlich geschützt? Wie äußern sich Eingriffe in die Sportberufsfreiheit und unter welchen Voraussetzungen lassen sie sich rechtfertigen? Die letztere Fragestellung erfährt in der Lebenswirklichkeit des Sports eine besondere rechtliche Brisanz, weil Eingriffe regelmäßig durch Maßnahmen der Sportorganisationen erfolgen, also durch privatrechtliche Akteure, deren Regelwerke gerade nicht Ausdruck staatlicher Hoheitsbefugnisse sind, sondern ihrerseits in grundrechtsgeleiteter Autonomie wurzeln. Wie dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist, soll am Beispiel von Dopingsperren veranschaulicht werden.

* Der Autor ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht (insb. Verwaltungsrecht) an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag stellt eine in den Fußnoten aktualisierte und ansonsten nur leicht veränderte Version eines bereits in der Gedächtnisschrift für Michael Sachs (2024) vorveröffentlichten Manuskripts dar.

A. Sport als Beruf i.S.d. Art. 12 GG

Unbestritten kann Sport „Arbeit“ sein. Diese Einsicht gilt nicht erst, seit ein Profitorentwegen wegen der Befristung seines Arbeitsvertrages bis vor das Bundesarbeitsgericht gezogen ist,¹ sondern geht in der deutschen Rechtslandschaft zurück auf ein Urteil des Bundessozialgerichts von 1961. Darin gelangte das Gericht zu der Auffassung, dass auch eine sportliche Tätigkeit, bei der in der Regel die Freude am Spiel selbst der wesentliche Beweggrund sei, ausnahmsweise eine Arbeitsleistung im arbeits- und sozialrechtlichen Sinne sein könne, wenn sie als Mittel zum Gelderwerb ausgeübt werde.² Das war im damaligen Kontext eine mutige Aussage, als noch zu Oberliga-Zeiten durch Vereine wie Preußen Münster oder dem 1 FC Köln durchaus schon relevante Geldsummen an Spieler gezahlt wurden. Auch das erste Bundesliga-Statut ab 1963 sah den unbeschränkten Vollprofi noch nicht vor, sondern unterschied peinlichst genau zwischen Lizenzspielern³ und Vertragsspielern.⁴

Nun ist Arbeit aber nicht gleich auch Beruf im Sinne des Grundgesetzes.⁵ Die Frage, ob und wann Sportausübung als Beruf grundrechtlichen Schutz genießt, kann als originär verfassungsrechtliches Problem nur nach den Maßstäben des Verfassungsrechts beantwortet werden. Insofern ist die Fragestellung anhand des verfassungsrechtlichen Begriffs des Berufs zu konkretisieren: Welche Voraussetzungen muss eine sportliche Tätigkeit erfüllen, um in den Schutzbereich der Berufsfreiheit zu fallen, um also Beruf im Sinne des Art. 12 GG zu sein?

Lässt man mal die im hiesigen Kontext nicht relevanten, umstrittenen Feinschattierungen beiseite, die solche Betätigungen ausgrenzen, die sozial unwertig sind oder dem Menschenbild des Grundgesetzes zuwiderlaufen,⁶ dann besteht in Rechtsprechung und Literatur doch Konsens über die wesentlichen Grundelemente der grundrechtlichen Berufsdefinition. Danach versteht man unter Beruf iSd Art. 12 GG „jede auf eine gewisse Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer

¹ Gemeint ist hier der Fall des ehemaligen Bundesligatorhüters Heinz Müller vom FSV Mainz 05, BAG, NJW 2018, 1992.

² BSG, Urt. v. 20.12.1961 – 3 RK 65/57, BeckRS 1961, 30807500.

³ Wobei Lizenzspieler im Gegensatz zum Vertragsspieler keinen „ordentlichen“ Berufserwerb mehr nachweisen mussten, sondern als Angestellte ihres Vereins gewisse Arbeitnehmerrechte besaßen und einklagen konnten, vgl. § 29 Lizenzspieler-Statut. Dementsprechend war bei Vertragsablauf auch keine Freigabeverweigerung durch den abgebenden Verein mehr möglich, wobei die Beweislast beim Spieler lag (§ 21c Lizenzspieler-Statut). Näher *D. Schulze-Marmeling*, Wegmarken aus 50 Jahren Bundesliga, APuZ 2013, 14 (14 f).

⁴ Bundesliga-Statut, beschlossen vom DFB-Beirat am 6. Oktober 1962, Kicker Almanach 1964., 1963, S. 220 ff.: § 18 deckelte die zulässigen Spielerbezüge („im Regelfalle“ auf maximal 1.200 DM monatlich), § 21 die Ablösesummen (höchstens 50.000 DM). Näher *Michael Schilbancsek*, Vom Fußballverein zum Fußballunternehmen, 2006, S. 48.

⁵ Vgl. dazu treffend mit sportrechtlichem Kontext *Hahn*, in: Wallentin, Fokus Sport – Das Recht, Bd. 1, 2016, 1 (5).

⁶ Dazu statt vieler nur *Mann*, in: Sachs, Kommentar zum GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 53 f.

Lebensgrundlage dienende Tätigkeit.“⁷ Die Allgemeinheit und Weite dieser Berufsdefinition macht es möglich, unter sie eine Vielzahl untypischer Tätigkeiten⁸ zu subsumieren, sodass auch eine Sportausübung grundsätzlich Beruf sein kann, sofern die genannten Definitionsmerkmale vorliegen.

I. Dauerhaftigkeit

Für das Definitionselement der Dauerhaftigkeit entscheidend ist seine zukunftsgerichtete Lesart:⁹ Die Betätigung muss nur „auf Dauer angelegt“ sein. Das richtet zum einen den Blick nach vorne und impliziert zum anderen, dass es sich bei der Tätigkeit nicht von vornherein nur um eine gelegentliche oder bloß vorübergehende Tätigkeit handeln darf.¹⁰ Derjenige Sportler, der also nur unregelmäßig und sporadisch an sportlichen Wettbewerben teilnimmt, wie etwa ein Freizeitreiter an einzelnen Turnieren nur bei schönem Wetter, fällt schon aus diesen Gründen aus der Berufsdefinition heraus. Auf der anderen Seite erstreckt sich der berufsgrundrechtliche Schutz aber durchaus auch auf solche sportlichen Beschäftigungsverhältnisse, die auf Probe eingegangen werden, auch wenn sie die Probezeit nicht überstehen.¹¹ Das kann zum Beispiel bei einem Nachwuchssportler der Fall sein, der ernsthaft versucht, in einen Vereinskader aufgenommen zu werden, letztlich aber nicht das Potential aufweist und nach einigen Monaten wieder „ausgemustert“ wird.

II. Lebensgrundlage

Nun erfüllt aber auch jeder ernsthaft aktive Amateursportler dieses Merkmal der Dauerhaftigkeit. Das letztlich entscheidende Kriterium ist darum, wie so oft, auch hier nicht der zeitliche, sondern der ökonomische Aspekt: Es kommt zentral darauf an, ob die sportliche Tätigkeit „der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“ dient. Insoweit ist wichtig, dass die Rechtsprechung zur Beurteilung dieser Frage einen objektiven Maßstab anlegt. Entscheidend sind also nicht die subjektiven Zielsetzungen und Wünsche des Sportlers. Der objektive Maßstab fragt vielmehr danach, ob die sportliche Tätigkeit *ihrer Art nach* zur Existenzsicherung geeignet ist.¹² Das ist zweifelsohne im Bereich des hoch dotierten Spitzensports der Fall,

⁷ Vgl. nur statt aller BVerfG, NJW 2002, 2621 (2622) m.w.N.; *Mann*, in: Sachs (Fn. 6), Art. 12 Rn. 45 m.w.N.

⁸ Etwa „Heilmagnetisieren“ (BVerwG, NJW 1994, 3024 (3027)) oder geschäftsmäßige Überwachung gewerblicher Schutzrechte (BVerfG, NJW 1998, 3481).

⁹ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 1086. Etwas andere Akzentuierung bei BVerfG, NJW 1998, 1627: „Beruf . . . jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft.“

¹⁰ BVerfG, NJW 1971, 2259 (2260); NJW 1982, 323.

¹¹ *Nolte*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis, 2011, Rn. 32.

¹² *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum GG, 222. EL 2023, Art. 12 Abs. 1 Rn. 110; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 38.

also dort, wo in Profiligen oder der Formel 1 hohe Gehälter gezahlt werden. Spannend wird es aber jenseits solcher eindeutigen Fälle, wie die nachfolgenden fünf Anmerkungen aufzeigen sollen.

1. Festgehalt und Preisgelder

Noch relativ unproblematisch ist die Feststellung, dass diese Existenzsicherung nicht nur anzunehmen ist, wenn jemand, wie im Mannschaftssport, unselbständig tätig wird, d.h. seinem Sport weisungsgebunden gegenüber einem Verein nachgeht und von diesem ein reguläres Gehalt bezieht. Weil die Berufsfreiheit des Grundgesetzes nicht nur die abhängige, sondern auch – bei Licht besehen sogar zuvörderst¹³ – die selbständige Tätigkeit schützt, kann die Sicherung der Lebensgrundlage unabhängig vom Festgehalt auch in Gestalt von Preisgeldern oder Antrittsprämien erzielt werden. Das dürfte vor allem bei Einzelsportarten wie im Tennis oder der Leichtathletik der Fall sein.

2. Sport als Nebenerwerbsquelle

Was aber ist, wenn die Vergütung geringer ist und allein nicht zur Sicherung des Lebensunterhalts ausreicht? Hier wird relevant, dass die angesprochene Existenzsicherung nicht durch einen einzelnen Beruf bewirkt werden muss. Sofern es sich nicht um singuläre Zahlungen handelt, sondern durch die sportliche Tätigkeit regelmäßig Einnahmen erzielt werden, ist es keineswegs schädlich, wenn der Sport nicht die primäre Verdienstquelle, sondern nur Zuverdienst ist. Da die Berufsfreiheit auch die Wahl eines Zweit- oder Nebenberufs schützt, um gemeinsam mit dem Erstberuf die Lebensgrundlage zu sichern,¹⁴ ist der Schutzbereich auch eröffnet, wenn der Sport als Nebentätigkeit und Nebenerwerbsquelle zusätzlich zu einer anderen hauptberuflichen Tätigkeit ausgeübt wird.¹⁵ In diesem Sinne wird man m.E. dem promovierten Juristen Dr. Felix Brych, der als Abteilungsleiter beim bayerischen Fußballverband arbeitet, daneben aber noch in der Bundesliga Spiele pfeift, auch bei seiner Schiedsrichtertätigkeit dem Schutz des Berufsgrundrechts unterstellen müssen.

3. Unmaßgeblichkeit des individuellen wirtschaftlichen Erfolges

Wie aber sind Fallkonstellationen zu behandeln, in denen die Erfolge ausbleiben, und damit zwangsläufig auch die als Beitrag zum Lebensunterhalt gedachten Preisgelder? Das ist eine Situation, wie sie bei Einzelsportarten durchaus auftreten kann,

¹³ Zu dieser Bedeutung *Ossenbühl*, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR 1990, 1 (6 f.); *Mann*, Mittelstand und Verfassungsrecht, in: FS Kirchhoff, 2002, 221 (237 ff.).

¹⁴ BVerfG, NJW 1977, 569 (575); BVerfGE 55, 185 ff.; BVerfG NVwZ 1983, 277.

¹⁵ *Nolte*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 11), Rn 32.

wenn sich etwa Formkrisen oder Verletzungen einstellen oder die Leistungsfähigkeit aus Altersgründen zurückgeht. Hier gewinnt die gebotene objektive Sichtweise an Bedeutung, d.h. für den Grundrechtsschutz kommt es nicht auf den individuellen wirtschaftlichen Erfolg, sondern darauf an, ob die Tätigkeit ihrem Charakter nach zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage geeignet ist.¹⁶ Es ist also nicht die individuelle Erfolgssituation des einzelnen Sportlers maßgeblich, sondern es ist allein entscheidend, ob die sportliche Tätigkeit *ibrer Art nach* zur Existenzsicherung geeignet ist. Sonst käme ein Sportler, je nachdem ob er fit ist oder ein Formtief durchlebt, wechselweise mal in den Genuss des Grundrechtsschutzes oder nicht. Das kann grundrechtsdogmatisch nicht richtig sein.

4. Unmaßgeblichkeit der Terminologie

Ebenfalls im Grundsatz verfassungsrechtlich irrelevant ist die Bezeichnung als „Amateur“, „Vertragsamateur“ oder „Lizenzspieler“ durch den jeweiligen Sportverband, so lange der Sportler für seine Tätigkeit eine Zuwendung erhält, die der Schaffung einer Lebensgrundlage im oben beschriebenen Sinn dient, mag diese Zuwendung auch seitens des Verbandes als bloßer „Aufwendungsersatz“ bezeichnet werden.¹⁷ Andernfalls obläge es den Verbänden, durch terminologische Feinheiten zu bestimmen, wer sich auf den Schutz der Berufsfreiheit berufen darf und wer nicht.¹⁸ Soweit verbandsseitig oder durch den Verein jedoch keine Zuwendung gezahlt wird, wie es im „echten“ Amateurbereich typisch ist, wird es demgegenüber in aller Regel an einer Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit fehlen.¹⁹

5. Zur Bedeutung von Werbeeinnahmen

Als letzte Fallgruppe seien noch die Konstellationen erwähnt, in denen die maßgebliche wirtschaftliche Zuwendung nicht als unmittelbare Gegenleistung für die jeweilige sportliche Leistung gezahlt wird, sondern nur mittelbar auf die sportliche Tätigkeit zurückzuführen ist. Das ist etwa der Fall, wenn der wesentliche Beitrag zur Sicherung der Lebensgrundlage nicht aus Prämien, sondern aus Werbeverträgen mit Unternehmen herrührt. Ich denke hier etwa an Beachvolleyballerinnen, die nach der Gewinn einer olympischen Medaille und dem damit verbundenen Popularitätsschub in Fernsehspots über ein paar Jahre hinweg für ein populäres Sonnenmilchfabrikat geworben haben. Weil auch hier eine anhaltende sportliche Leistung der

¹⁶ Statt vieler s. nur *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 12), Art. 12 Abs. 1 Rn. 110.

¹⁷ *Kirschenbofer*, Sport als Beruf, 2002, S. 11; *Nolte*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 11), Rn. 34.

¹⁸ *Nolte*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 11), Rn. 34.

¹⁹ Vgl. *Krogmann*, Grundrechte im Sport, 1998, S. 38 ff.

Ursprung für die Sicherung der Lebensgrundlage ist, ist auch in solchen Fällen davon auszugehen, dass insoweit die sportliche Tätigkeit dem Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit unterfällt.

III. Berufsausübung und Berufswahl

Wenn in den genannten Konstellationen eine Sportausübung also nun „Beruf“ im Sinne des Art. 12 GG ist,²⁰ stellt sich weitergehend die Frage, welches berufliche Verhalten vom Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst ist. Insoweit ist seit Jahrzehnten geklärt, dass Art. 12 GG entgegen seinem missverständlichen Wortlaut als einheitliches Grundrecht sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungsfreiheit schützt.²¹ Bezogen auf unser Thema gewährleistet das Grundrecht also zunächst einmal die freie Entscheidung des Einzelnen über die erstmalige Aufnahme und auch – das wird bei Dopingsperren relevant – die weitere Dauer seiner sportlichen Betätigung. Geschützt von Art. 12 GG ist darüber hinaus die Aufnahme neuer Berufe, im gegebenen Kontext also etwa von Trendsportarten, die es zuvor noch nicht gab. Daneben ist über den Aspekt der Berufsausübung aber auch die sportliche Mobilität²² oder generell die Art und Weise der sportlichen Tätigkeit geschützt. Das betrifft insbesondere die freie Entscheidung darüber, ob und an welchen Wettbewerben ein Sportler teilnimmt, ob er dabei Trikotwerbung trägt oder welcher Schuhmarke er vertraut. Das Verständnis auf der Schutzbereichsebene ist also, wie bei anderen Grundrechten auch, zunächst einmal recht weit.

B. Eingriffe in die Berufsfreiheit der Sportler

Dementsprechend weit ist dann aber auch das Spektrum denkbarer Eingriffe in den Schutzbereich. Alle Maßnahmen, die den Sportler an der Aufnahme oder bei der Art und Weise seiner Berufsausübung behindern, sind verfassungsrechtlich zunächst einmal als Eingriffe in die Berufsfreiheit zu identifizieren.

I. Zielgerichtete und faktische Eingriffe

Nimmt man als originären Grundrechtsadressaten den Staat in den Blick, so sind im Sportbereich staatlicherseits fixierte Berufsbilder oder staatliche Berufszulassungs-

²⁰ Um dem Ziel eines Überblicksbeitrags gerecht zu werden, bleiben die zahlreichen Sonderfälle, etwa bei Berufssportlern im Öffentlichen Dienst, an dieser Stelle ausgeblendet. Diesbezüglich sei verwiesen auf *Nolte*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 11), Rn. 35 ff.

²¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil); für die breite Zustimmung in der Lit. vgl. statt aller nur *Ruffert*, in: BeckOK GG, 56. Ed. (Stand: 15.08.2023), Art. 12 Rn. 18 m.w.N.

²² Grundsätzlich *Haas/Prokop*, Die Autonomie der Sportverbände und die Rechtsstellung des Athleten, JR 1998, 45 (45 ff.).

voraussetzungen nicht ersichtlich. Allerdings bietet die Variationsbreite sportberuflicher Betätigungsmöglichkeiten doch genug Angriffsfläche für staatliche Berufs*ausübungs*vorschriften. Denkbar erscheint dies insbesondere dort,

- wo dem jeweiligen Sport eine gewisse Gefährlichkeit inhärent ist (etwa mit Blick auf gefahrträchtige Ausübungsorte oder den Waffenbesitz bei Schießsportarten),
- wo die sportliche Betätigung zwangsläufig die Rechtssphäre anderer oder der Allgemeinheit berührt (etwa unter den Gesichtspunkten Immissionschutz oder Straßenverkehr)
- oder wo ein besonderes Informationsinteresse am Sport besteht (z.B. Rechtsnormen über die Sportberichterstattung).

Dies gilt umso mehr, weil mittlerweile als gefestigt gilt, dass Eingriffe nicht nur durch zielgerichtete und unmittelbare Maßnahmen (wie in Gestalt des Anti-Doping-Gesetzes) sondern auch durch sog. mittelbare bzw. faktische Einwirkungen erfolgen können. Das sind Maßnahmen, die infolge einer zwar nicht bezweckten, aber doch vorhersehbaren und letztlich in Kauf genommene Nebenfolge zu spürbaren tatsächlichen Auswirkungen für den Beruf führen, die geeignet sind, den Schutzbereich erheblich zu beeinträchtigen.²³ Auf diese Weise können zum Beispiel allgemeine umweltrechtliche Vorgaben auch zu Eingriffen in die Berufsfreiheit von Sportlern führen – denkbar etwa im Bereich des Wasserrechts, wenn die Benutzung von Gewässern beschränkt wird und davon zwangsläufig auch Wassersportarten betroffen sind.

II. Drittwirkung der Grundrechte zwischen Sportlern und Sportorganisationen

Für Sport als Beruf ist mit Blick auf mögliche Eingriffe aber eine weitere Dimension besonders interessant. Bislang beschränkte sich die Betrachtung auf die primäre Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat. In der Lebenswirklichkeit des Sports erfolgen Eingriffe aber in einer ganz hohen Zahl durch Maßnahmen der Sportorganisationen, also durch privatrechtliche Akteure, deren Regelwerke nicht Ausdruck staatlicher Hoheitsbefugnisse sind.

Ohne an dieser Stelle Grundlagen und Reichweite einer mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten darlegen zu müssen,²⁴ soll allein darauf hingewiesen wer-

²³ Zum Problem der objektiv berufsregelnden Tendenz vgl. *Manssen*, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, Rn. 643 ff.; *Ruffert*, in: BeckOK GG (Fn. 21), Art. 12 Rn. 58 ff.; *Wollenschläger*, in: Dreier/Brosius-Gersdorf, Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 65 ff.

²⁴ Vgl. nur *Sachs*, in: Sachs (Fn. 6), Vorb. Art. 1 Rn. 32, dort auch zur dogmatischen Erfassung mit der Figur der Schutzpflicht.

den, dass die Grundrechte als Ausdruck einer objektiven Werteordnung auch mittelbar auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten ausstrahlen,²⁵ was insbesondere für das Verhältnis zwischen (Berufs-)Sportlern und ihren Sportorganisationen gilt, wie es durch die vereins- bzw. verbandsrechtlichen Satzungsvorschriften ausgestaltet wird.²⁶ Aufgrund des Ein-Platz-Prinzips (oder auch „Ein-Verbands-Prinzips“)²⁷ treten die Sportverbände im Verhältnis zu den Sportlern regelmäßig als Monopolisten auf, was den Schutzzweck der Grundrechte vor überlegener wirtschaftlicher und sozialer Macht in besonderem Maße aktiviert.²⁸

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen

Mit Blick auf die Drittwirkungsproblematik stellt sich aber ein Problem im Bereich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung:

I. Schrankenregelung in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

Der Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erlaubt Eingriffe in die Wahl und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“. Es muss also der Gesetzgeber selbst durch Parlamentsgesetz die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit vorsehen oder entsprechende Befugnisse mittels einer einfachgesetzlichen Grundlage auf andere Stellen delegieren. An einer solchen allgemeinen Ermächtigung zugunsten einer sportverbandlichen Eingriffsbefugnis fehlt es jedoch. Auf welche Schanke lassen sich Grundrechtseingriffe durch die Verbände dann aber abstützen? Die Lösung liegt hier in der für alle Grundrechte geltenden Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts.²⁹ Denn der Freiraum der Verbände, autonom und selbstbestimmt ihre Spielregeln und Ordnungen mit Wir-

²⁵ BVerfG, NJW 2018, 1667 (1668) m.w.N.; *Sachs*, in: Sachs (Fn. 6), Vorb. Art. 1 Rn. 32 ff.; *de Wall/Wagner*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, JA 2011, 734 (737 f.).

²⁶ *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Einf. Rn. 18 f.; *Nolte*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger (Fn. 11), Rn. 40.

²⁷ Der Dachverband der jeweiligen Sportart erklärt sich in seiner Satzung für die Organisation seiner Sportart weltweit zuständig. Mitglied des Dachverbandes kann jeweils nur ein nationaler/kontinentaler Verband werden, welcher sich den Regelungen des Dachverbandes unterwirft. Auch diese nationalen und regionalen Verbände normieren in ihren Satzungen das Ein-Platz-Prinzip für ihre Sportart und ihr jeweiliges Gebiet, vgl. *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, 2016, S. 26; *Fechner/Arnhold/Brodjührer*, Sportrecht, 2014, Kap. 3 Rn. 27; *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 60 und zuletzt OLG München, SpuRt 2019, 81 f.

²⁸ *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 474 ff.

²⁹ Dazu BVerfGE 134, 204 Rn. 68; *Sachs*, in: Sachs (Fn. 6), Vorb. Art. 1 Rn. 120 ff.; *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 12), Art. 12 Abs. 1, Rn. 169.

kung für ihre Mitglieder festzulegen und mit eigenen rechtlichen Mitteln durchzusetzen, wurzelt in der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG³⁰ und entsprechenden internationalen Gewährleistungen.³¹

Die Vereinsfreiheit garantiert als Doppelgrundrecht³² nicht nur das Recht des Einzelnen, sich in Vereinigungen zusammenzuschließen – worunter auch Sportvereine und -verbände fallen –, sondern auch den Bestand und die funktionsgerechte Betätigung der Vereinigung selbst.³³ Das umfasst auch das Recht zur Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren der internen Willensbildung und die Führung der Geschäfte.³⁴ Kernstück dieser Vereinsautonomie ist die Satzungsautonomie, kraft derer es der Organisation frei steht, die Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder sowie die eigene Zweckverfolgung verbindlich zu regeln.³⁵ Hiervon machen die Sportorganisationen bekanntlich auch reichlich Gebrauch. Da sich die Geltung des vereins- bzw. verbandautonomen Rechts jeweils nur auf die unmittelbaren Mitglieder erstreckt, verweisen Vereine und Verbände dabei jeweils umfangreich auf das Recht ihres Dachverbandes und verhelpen dessen Regelungen so auch im unmittelbaren Verhältnis zu ihren eigenen Mitgliedern zur Wirkung.³⁶

II. Materiellrechtliche Anforderungen an Grundrechtseingriffe

Diese konfligierenden Grundrechtspositionen erfordern nun nicht nur bei der Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Generalklauseln einen wechselseitigen Ausgleich (praktische Konkordanz),³⁷ sondern prägen auch unmittelbar die Frage der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch Verbandsrecht.

³⁰ Steiner, Autonomieprobleme des Sports, SpuRt 2018, 186 (188); Viengew, Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, 1990, §§ 4-6; Fischer, Die Rolle des Ein-Platz-Prinzips in der Autonomie der Sportverbände, 2018, S. 104 ff.

³¹ Vgl. Art. 11 Abs. 1 EMRK, Art. 12 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta; dazu Rixen/Scharl, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 12 Rn. 4 ff.

³² Zur Deutung als „Doppelgrundrecht“ durch Rechtsprechung (vgl. nur BVerfGE 124, 25 (34)) und Literatur (vgl. im Überblick Winkler, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2021, Art. 9 Rn. 41 f. m.w.N.); kritisch Höffling, in: Sachs (Fn. 6), Art. 9 Rn. 26 f.

³³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 17. Aufl. 2022, Art. 9 Rn. 8; Hertel, Aktivierung der Athletenrechte im Verhältnis zur Verbandsautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Berufsfreiheit, 2001, S. 41 f.

³⁴ BVerfGE 50, 290 (354); BVerfGE 80, 244 (253).

³⁵ Schiffbauer, in: Schimke/Dauernheim, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 58 f.

³⁶ Singbartl/Dzjivis, „Nach dem Spiel ist vor dem Spiel“: Einführung in das Sportrecht am Beispiel des Fußballs, JA 2014, 407 (410).

³⁷ Kingreen/Poscher (Fn. 9), Rn. 395 ff.; Manssen (Fn. 23), Rn. 175; Sachs, in: Sachs (Fn. 6), Vorb. Art. 1 Rn. 124 ff.

1. Orientierung an der Stufenlehre des BVerfG

Vorab sei der guten Ordnung halber aber zunächst daran erinnert, dass auch heute noch zur groben Orientierung und Vorstrukturierung innerhalb einer umfassenderen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die vom BVerfG entwickelte Dreistufentheorie zurückgegriffen wird. Sie sagt verkürzt, dass sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen ausrichten hat.³⁸ Auch bei der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen über kollidierendes Verfassungsrecht wird es daher im Sinne einer Vorstrukturierung erkenntnisleitend sein, zwischen bloßen Regelungen der Berufsausübung sowie subjektiven und objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden. Das heißt, auch bei sportverbandlichen Eingriffen in die Berufsfreiheit der Sportler ist das erforderliche Rechtfertigungsbedürfnis entsprechend dieser Skala zu variieren.

Für Einschränkungen der Berufssportausübung genügen demnach vernünftige Erwägungen des Sportwohls. Subjektive Regelungen zur Berufssportwahl sind nur zulässig, sofern ein besonders wichtiges Anliegen des Sports diese zwingend erfordert. Objektive Wahlregelungen schließlich sind nur zur Abwehr von Gefahren für ein überragend wichtiges Sportgut zulässig. Eine gewisse Holzschnittartigkeit dieser Grundsätze lässt sich kaum bestreiten, allerdings bieten sie eine wertvolle Orientierungshilfe bei der ansonsten recht konturenlosen Abwägung der beteiligten Grundrechtspositionen.

2. Berufsausübungsregeln

Diese Grundregeln der Stufenlehre verdeutlichen nämlich, dass die Sportorganisationen gestützt auf ihre dem Wortlaut nach schrankenlos gewährte Vereinigungsfreiheit „nur so weit in die Freiheitsrechte der Sportler eingreifen [dürfen], als dies zur Aufrechterhaltung der Sportrechtsorganisation und zur Durchführung von Wettkämpfen zwingend geboten ist.“³⁹ Das hat Relevanz für die Beurteilung von Berufsausübungsregeln. Denn das Selbstbestimmungsrecht eines Vereins oder Verbandes – und damit auch die Befugnis, durch Statuten und Regelwerke Vorgaben für die sportberufliche Ausübung zu setzen – muss konsequenterweise dort seine Grenze haben, wo eine Regelung für die Zweckverfolgung und Funktionsfähigkeit der Vereinigung nicht mehr notwendig ist. Einschränkungen der Berufssportausübung werden also durch vernünftige Erwägungen des Sportwohls legitimiert, soweit sie sich darauf beschränken, Wettkampfregeln festzulegen oder den Zugang zu einzelnen Wettkämpfen zu ordnen. Darüberhinausgehende Regelungen verdienen aber nicht mehr den besonderen Schutz einer grundrechtlichen Aufladung durch

³⁸ Näher *Mann*, in: Sachs (Fn. 6), Art. 12 Rn. 125 ff., 142 ff.

³⁹ *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 26), Kap. 2 Rn. 8; siehe in diesem Kontext auch *Brüning*, Sportgerichtsbarkeit zwischen justiziellen Garantien und Privatautonomie, ZG 2019, 386 (386 ff.).

die Vereinigungsfreiheit, sondern sind schlichter Ausdruck der Privatautonomie. Dabei ist allerdings zu beachten, dass aufgrund der Monopolstellung der Sportorganisationen derjenige, der sich sportberuflich betätigen will, zwingend auf die Mitgliedschaft angewiesen ist, sodass das freiwillige Eingehen vertraglicher Beziehungen als Grundlage der Privatautonomie in dieser Form nicht mehr gegeben ist.⁴⁰

3. Berufswahlregelungen

Spannender ist das Verhältnis von Berufsfreiheit und Vereinigungsfreiheit aber im Bereich der Berufswahlregelungen, denn hier besteht, wie geschildert, ein deutlich höherer verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsbedarf. Als Referenzfeld für entsprechende Überlegungen soll nachfolgend die sportverbandsrechtliche Regelung der Dopingsperren dienen.

D. Veranschaulichung am Beispiel der Dopingsperren

Das im Dezember 2015 in Kraft getretene deutsche Anti-Doping-Gesetz⁴¹ spielt mit Blick auf die Berufsfreiheit zunächst nur eine untergeordnete Rolle. Soweit es Verbote im Zusammenhang mit Dopingmitteln formuliert und unter Strafandrohung stellt,⁴² handelt es sich um staatliche Regelungen der Sportberufsausübung, die sich vor dem Hintergrund vernünftiger Erwägungen des Sportwohls (fairer Wettbewerb) rechtfertigen lassen. Darüber hinaus wird die grundsätzliche Unterscheidung zwischen staatsgesetzlicher und verbandsrechtlicher Strafe aber durch das Gesetz nicht aufgehoben. Die Frage nach den Konsequenzen im Hinblick auf die Sportberufsausübung und -zulassung bei einem Dopingvergehen wird daher weiterhin vornehmlich durch die Sportorganisationen beantwortet werden müssen.⁴³

I. Der WADA-Code und seine Verschärfung in 2015

Die wichtigsten verbandsrechtlichen Vorgaben stammen aus dem Welt-Anti-Doping-Code der Welt-Anti-Doping-Agentur (WADA). Seine rechtliche Wirkung in

⁴⁰ *Vieneg*, Faszination Sportrecht, 3. Aufl. 2015, S. 27, online abrufbar unter <http://www.i-rut.de/Forschung/Veroeffentlichungen/OnlineVersionFaszinationSportrecht/FaszinationSportrecht.pdf> (zul. abger. am 4.12.2023); siehe auch *Hermes*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, 1764 (1766 f.).

⁴¹ Anti-Doping-Gesetz vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2210), zul. geänd. d. Gesetz. v. 13.04.2017 (BGBl. I S. 872).

⁴² Dies erfolgt durch externe Bezugnahme unter Strafandrohung. Zur rechtspolitischen Diskussion im Vorfeld des Gesetzes vgl. nur *Rössner*, in: Lehner/Nolte/Putzke, Handkommentar Anti-Doping-Gesetz, 2017, Vorb. §§ 1 ff. Rn 15.

⁴³ *Fechner/Arnhold/Brodjührer* (Fn. 27), Kap. 7 Rn. 4.

deutschen Verbänden und Vereinen erhält der WADA-Code durch das bereits angesprochene System der Bezugnahmen: Die Nationale Anti Doping Agentur Deutschland (NADA) hat ihn im NADA-Code umgesetzt und durch vertragliche Vereinbarungen mit den Sportfachverbänden weitere Geltung verschafft.⁴⁴ Selbst wenn das System der Bezugnahme einen Sportler im Einzelfall – etwa mangels Mitgliedschaft – nicht erfasst, entfaltet der WADA-Code jedenfalls durch eine vor der Wettkampfteilnahme mit dem Sportler getroffene rechtsgeschäftliche Vereinbarung Wirkung, die den Code einbezieht.⁴⁵

Von besonderem Interesse im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist Art. 10 WADA-Code, der „Sanctions on Individuals“ vorsieht.⁴⁶ Seit der Verschärfung durch Reform des WADA-Codes in 2015 werden Sportler bei Einnahme einer Doping-Substanz⁴⁷ bereits bei einem Erstverstoß mit einer Sperre von vier Jahren belegt, die sich halbiert, wenn der Sportler nachweist, nicht vorsätzlich gehandelt zu haben.⁴⁸ Strafschärfungen bei einem Zweitverstoß können bis zu einer Verdoppelung der Sperre reichen.⁴⁹ Bei einem dritten Verstoß ist sodann eine lebenslange Sperre möglich.⁵⁰ Hinzu kommt das ebenfalls mit der Reform aufgenommene Verbot, während einer Sperre an Aktivitäten im eigenen Verein, etwa am Training, teilzunehmen.⁵¹ Berufsgrundrechtlich kann sich dieses Sanktionensystem auch schon unterhalb der lebenslangen Sperre als ein Eingriff erweisen, der – je nach Alter des Athleten – das Eingriffsniveau einer subjektiven Berufswahlregelung erreicht. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist diese Regelung in der deutschen Sportrechtswissenschaft auf breite Ablehnung gestoßen und – in Übereinstimmung mit der Tendenz

⁴⁴ *Lehner*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Fn. 42), Vorb. § 11 Rn 90.

⁴⁵ *Kornprobst*, in: *Weber/Kornprobst/Maier*, Kommentar zum BtMG, 6. Aufl. 2021, § 11 AntiDopG Rn. 27.

⁴⁶ World Anti-Doping Code in der gegenwärtigen Fassung vom 1.1.2015 with 2018 amendments, online abrufbar unter https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_anti-doping_code_2018_english_final.pdf (zul. abger. am: 4.12.2023).

⁴⁷ Zu den hier nicht näher relevanten Begrifflichkeiten „spezifische“ bzw. „nicht spezifische Substanzen“ siehe *Geistlinger/Schaffelbofer*, Die Vierjahressperre nach dem WADC 2015 aus dem Blickwinkel der grundrechtlichen Berufsfreiheit, *SpuRt* 2015, 101 (102).

⁴⁸ Art. 10.2.1.1 WADA-Code. Die Sanktionshöhe bei sog. spezifischen Substanzen ist identisch, mit dem Unterschied, dass die Beweislast hier bei der Organisation liegt (Art. 10.2.1.2 WADA-Code). Daneben finden sich Milderungsgründe etwa im Hinblick auf ein Verschulden bzw. einen Verschuldensgrad (Art. 10.4, 10.5 WADA-Code).

⁴⁹ Art. 10.7.1 WADA-Code.

⁵⁰ Art. 10.7.2 WADA-Code.

⁵¹ Art. 10.12 WADA-Code. Vgl. zum Ganzen auch *Lehner*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Fn. 42), § 11 Rn. 94.

des Krabbe-Urteils des OLG-München⁵² – als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit angesehen worden.⁵³

II. Die Rechtfertigung von Berufswahleingriffen anhand des Art. 9 Abs. 1 GG

Um eine berufsgrundrechtliche Positionierung zu finden, ist zunächst nach dem Maß der Beeinträchtigung auf Seiten des Sportlers zu fragen. Man wird davon ausgehen können, dass eine vierjährige Sperre bei einer Leichtathletin oder einem Leichtathleten in aller Regel das Karriereende bedeutet. Denn ein solch langer Zeitraum bis zur Wiedererlangung der Starterlaubnis lässt sich wohl auch bei fortwährendem Training weder physisch noch psychisch ohne beträchtlichen Leistungsrückgang überbrücken.⁵⁴ Da mit dem Eintritt der Sperre folglich die Möglichkeit endet, den Sport als Beruf auszuüben, liegt eine subjektive Berufszulassungsregelung vor, obwohl die Sperre formal nur zeitlich vorübergehender Art ist.⁵⁵

Wenn man zudem darauf abhebt, dass auch bei einer kürzeren Dauer einer Sperre eine Berufsausübung zumindest in diesem Zeitraum objektiv unmöglich gemacht wird, ist es nur konsequent, jede Dopingsperre unabhängig von ihrer konkreten Dauer an den Maßstäben für subjektive Berufszulassungsregelungen zu messen, selbst wenn die Karriere danach möglicherweise noch weitergehen kann. Nach der sinngemäß anwendbaren Stufentheorie wäre also zunächst zu verlangen, dass ein besonders wichtiges Anliegen des Sports eine solche Dopingsperre zwingend erfordert.

Bereits hier wird deutlich, warum das Raster der Dreistufentheorie nur eine Orientierungshilfe sein kann und man zur rechtlichen Bewältigung der Problematik zusätzlich das Übermaßverbot benötigt. Findet sich nämlich ein solch besonders wichtiges Anliegen des Sports, könnte ohne zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung damit jede beliebige Sperrdauer als Rechtsfolge begründet werden, was bereits *prima facie* kein tragbares Ergebnis sein kann.

1. Wichtiges Anliegen des Sports

Aber bleiben wir beim ersten Schritt: Als wichtige Sportgüter, die Dopingsperren rechtfertigen können, werden die Gesundheit der Athleten, das Ansehen des Sports und vor allem die Fairness des Wettbewerbs genannt.⁵⁶ Das entspricht weitgehend

⁵² OLG München, NJWE-VHR 1996, 96 ff.; vgl. auch den Rechtsausschuss des DLV, NJW 1992, 2588 (2592).

⁵³ *Geistlinger/Schaffelbojer* (Fn. 47), 101; *Lehner*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Fn. 42), § 11 Rn. 96.; *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 451 ff.

⁵⁴ Rechtsausschuss des DLV (Fn. 52), 2588 (2592).

⁵⁵ Zur Unerheblichkeit der temporären Wirkung vgl. BVerfG, NJW 2017, 3704 (3705 Rn. 20).

⁵⁶ *Steiner*, in: *Tettinger/Vieweg, Gegenwartsfragen des Sportrechts*, 2004, 177 (184).

den in § 1 des Anti-Doping-Gesetzes aufgelisteten Rechtsgütern, nur dass dort nicht vom „Ansehen“ sondern von der „Integrität des Sports“ die Rede ist.⁵⁷

Hinsichtlich der Gesundheit des Athleten lassen sich allerdings gewisse Zweifel an der Eignung als rechtfertigendes Sportgut anmelden. Natürlich setzt Sport eine körperliche Leistungsfähigkeit und damit Gesundheit des Athleten voraus. Auch sind die teils schweren gesundheitlichen Folgen von Doping keinesfalls zu bestreiten,⁵⁸ doch steht einem solchen paternalistischen Gesundheitsschutz auch das Selbstbestimmungsrecht der wissentlich dopenden Sportler entgegen, das grundsätzlich auch eine risikohafte Lebensführung umfasst (Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG).⁵⁹ Im Ergebnis wird man meines Erachtens einen so gravierenden Eingriff wie ein Berufsverbot auf diesen Aspekt nur schwerlich stützen können.

Auch das Ansehen bzw. die Integrität des Sports wird als gegenläufiges Sportgut kaum das notwendige Gewicht mitbringen können, um Berufswahlregelungen rechtfertigen zu können. Diese Zielsetzung liegt eher im Randbereich dessen, was für die Realisierung der Vereinigungsfreiheit der Sportorganisationen nach Art. 9 GG zwingend erforderlich ist. Die Verbände und Vereine leisten zweifelsohne ihren Beitrag zur gesellschaftlichen Verankerung des Sportes, der individuelle Zweck von Sportvereinen oder -verbänden ist aber nicht unmittelbar darauf gerichtet, dem Ansehen des Sports zu dienen. Vor allem aber fehlt es dem Begriff letztlich an der notwendigen Bestimmtheit,⁶⁰ um derart schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie ein Berufsverbot rechtfertigen zu können.

Als wichtiges Sportgut zur Legitimierung von sportverbandlichen Eingriffen in die Berufswahl bleibt damit letztlich zentral nur die Fairness des Wettbewerbs übrig. Fairness und die damit einhergehende Chancengleichheit sind Sportgüter von fundamentaler Bedeutung.⁶¹ Dabei umfasst Fairness nicht nur formal die Anerkennung und Einhaltung aller Sportregeln, also Regeltreue, sondern darüber hinaus auch eine Achtung der weiteren am Sport Beteiligten zum Zweck des Leistungsvergleichs; angesprochen ist damit die Chancengleichheit der Wettkampfbedingungen mit dem Ziel eines gerechten Leistungsvergleichs, der frei von externen Einflüssen bleibt, die nicht zu den eigenen physischen und psychischen Fähigkeiten des Sportlers gehören.⁶² Nur diesen Aspekt können die für die Durchführung der Wettbewerbe verantwortlichen Sportorganisationen meines Erachtens grundrechtsbeschränkend in Stellung bringen.

⁵⁷ Die Zweckfestlegungen des AntiDopG sind für die hiesige Frage indes nicht maßgeblich, da es sich dort um Wertentscheidungen des Gesetzgebers handelt, die keine zwingende Überschneidung mit dem Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 1 GG beinhalten.

⁵⁸ Vgl. BT-Dr 18/4898 S. 17; *Steiner*, in: Tettinger/ Vieweg (Fn. 56), 55 (60).

⁵⁹ *Steiner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 87 Rn. 16; *Krogmann* (Fn. 19), S. 141.

⁶⁰ In diese Richtung für die Integrität des Sports wohl auch *Nolte*, in: Lehner/Nolte/Putzke (Fn. 42), § 1 Rn 51.

⁶¹ *Steiner*, in: Tettinger/Vieweg (Fn. 56), 177 (189); *Nolte*, in: Lehner/Nolte/Putzke (Fn. 42), § 1 Rn 41.

⁶² *Nolte*, in: Lehner/Nolte/Putzke (Fn. 42), § 1 Rn. 27, 42 f.

Auch wenn somit die Fairness des Wettbewerbs als besonders wichtiger Grund des Sportwohls grundsätzlich eine subjektive Berufswahlbeschränkung rechtfertigen kann, bedarf es im Einzelfall jedoch zusätzlich immer noch weiterer Verhältnismäßigkeitserwägungen, um die Dauer der Dopingsperre würdigen zu können.

2. Weitere Kriterien der Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit verlangt von Dopingsperren, dass sie sich nach der objektiven Schwere des Verstoßes und dem subjektiven Maß des Verschuldens bemessen müssen, wenn sie sich im Ergebnis, wie eine staatliche Sanktion,⁶³ als unrechts- und schuldangemessen erweisen sollen.⁶⁴

Hinsichtlich der objektiven Schwere des Verstoßes muss den Verbänden jedoch ein vergleichsweise großer Einschätzungsspielraum zugestanden werden, denn dieser Aspekt betrifft unmittelbar das System der Leistungsmessung und berührt somit den Kernbereich der Sportverbandsautonomie.⁶⁵ Was die Berücksichtigung des Verschuldens betrifft, so kann der auch im WADA-Code gewählte Ansatz Zustimmung finden, der letztlich nach Vorsatz und Fahrlässigkeitsstufen unterscheidet und die Dauer der Sperre dementsprechend anpasst. Insoweit kann dann etwa zwischen unerlaubter Medikamenteneinnahme und vorsätzlichem Doping differenziert werden. Auch eine Anhebung des Strafmaßes bei Wiederholungstätern wird unter dem Gesichtspunkt der Schuld und des Präventionsgedankens grundsätzlich Zustimmung finden.

Andererseits kann selbst ein in sich stimmiges System wie der WADA-Code⁶⁶ letztlich unverhältnismäßig sein, wenn der Maßstab für die Sperrdauer verschoben ist. Hier spielt auch eine Rolle, dass es angesichts der Bandbreite sportberuflicher Betätigungsmöglichkeiten einen sportartübergreifend einheitlichen Maßstab für die Dauer der Sperre schon gar nicht geben kann.⁶⁷ Faktoren wie das Alter des Sport-

⁶³ Dass es sich bei Dopingsperren letztlich um Strafen handelt, ist weitgehend unstrittig (vgl. nur *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 449). Ohne den Unterschied zwischen staatlicher und verbandsrechtlicher Strafe zu verkennen, dürften auch hier Schuldausgleich und Präventionsgedanken eine zentrale Rolle spielen, wie sie das BVerfG auch bei staatlichen Strafen (neben weiteren) für wesentliche Strafzwecke hält (vgl. BVerfG, NJW 2004, 739 (745); NJW 1977, 1525).

⁶⁴ *Adolphsen/Hoefer/Nolte*, in: *Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger* (Fn. 11), Rn 189.

⁶⁵ Denkbar erscheint dort allenfalls eine Kontrolle auf systemimmanente Widersprüche, wie etwa der vom OLG München im Fall *Krabbe* (OLG München, NJWE-VHR 1996, 96 ff.) gezogene Vergleich einer Sportrechtswidrigkeit mit einem expliziten Dopingverstoß.

⁶⁶ Die umstrittenen Beweislastregeln seien hier ausgeklammert, vgl. dazu *Lehner*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Fn. 42), § 11 Rn 98 ff.

⁶⁷ So haben Rechtsausschuss und OLG München im Fall *Krabbe* nicht etwa ein generelles Karriereende des Sportlers bei Verhängung einer Vierjahressperre als Referenzwert angenommen, sondern

lers, die nötige Vorbereitungs-/Ausbildungszeit zum Erreichen des Leistungshöchststandes, das für die Topleistung typische Idealalter, die Möglichkeit einer Formkonservierung im Wege nicht versperrter Trainingsmöglichkeiten usw. können von Sportart zu Sportart verschieden sein. Sie müssten im Einzelfall aber in eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt werden.⁶⁸

Vor diesem Hintergrund wird man dem aktuellen WADA-Code mit seiner pauschalen Regelsperre von vier Jahren bei Erstverstößen, trotz der im Code vorgesehenen eventuellen Milderungsgründe wohl eine Verletzung der Berufsfreiheit attestieren müssen, weil diese Sanktion in vielen Sportbereichen unweigerlich zum Karriereende führen wird. Das gilt selbst vor dem Hintergrund, dass hinter dem Sportgut der Fairness und Chancengleichheit auch die beruflichen Erfolgchancen der nicht gedopten Sportler stehen. Auch für diese gilt, dass sie nur wenige Jahre lang Gelegenheit haben, in die Leistungsspitze vorzustoßen und entsprechende Früchte zu ernten. Allerdings wird durch einen einmaligen Dopingverstoß eines sportlichen Konkurrenten ihre Chance auf den sportlichen Erfolg nicht derart geschmälert, dass allein dieser Gedanke ein Berufsverbot rechtfertigen könnte.

Wie lassen sich also die Verhältnismäßigkeitsabwägungen in eine angemessene Sperrdauer überführen, die im Einklang mit Art. 12 GG steht? In der Literatur konnte man lange Zeit lesen, dass bei einem erstmaligen Dopingverstoß das Höchstmaß bei zwei Jahren Sperre anzusetzen sei.⁶⁹ Auf dieser Linie lagen auch die alten WADA-Codes von 2003 und 2009. Aber im Grunde genommen ist auch dieser Zeitraum eine unzulässige Pauschalierung, die allenfalls an Richtmarke akzeptiert werden kann.⁷⁰ Die Formulierung einer klaren Grenze mag zur Schaffung von Rechtsicherheit verlockend sein, geht aber zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit. Die Dauer der Sperre muss daher auch bei der Bemessung einer Dopingsperre immer im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der eben genannten Gesichtspunkte individuell begründet werden.

dies nur auf den Bereich der Leichtathletik gemünzt. Freilich wird sich dies auf sehr viele andere Sportbereiche und -arten übertragen lassen.

⁶⁸ Ebenso *Geistlinger/Schaffelhofer* (Fn. 47), 101 (104). Soweit pauschal angeführt wird, dass der Sportler nur sehr wenige Jahre hat, in denen er zur Leistungsspitze gehören kann, ist dies allerdings von minderem Gewicht. Dass der Sportler sich durch Doping eventuell seine besten Jahre verbaut, muss in seine Risikosphäre fallen. Entscheidend kann im hiesigen Kontext allein sein, ob er den Sport grundsätzlich wieder als Beruf ausüben kann, was, wie bei I. 2. dargestellt, eben auch das Vorhandensein einer entsprechenden Vergütung verlangt. Ist er nach der Sperre nur weniger erfolgreich (etwa durch Tätigkeit in einer niedrigeren Klasse/Liga) stellt sich dies dann nicht mehr als faktisches Berufsverbot dar.

⁶⁹ *Vieneg*, Doping und Verbandsrecht, NJW 1992, 2539 (2540); *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 451; *Steiner*, Verfassungsfragen des Sports, NJW 1991, 2729 (2736).

⁷⁰ Ähnlich *Krogmann* (Fn.19), S. 108.

Intersexualität im Sport

*Kevin Otter**

A. Einführung

Der Sport nimmt als kultureller Bestandteil einen wesentlichen Teil in unserer Gesellschaft ein.¹ Umso kritischer ist es, wenn Menschen von der sportlichen Betätigung ausgegrenzt werden. Dieses Schicksal hat in jüngster Vergangenheit den intersexuellen Sportler Caster Semenya getroffen, wodurch die Diskussion über den Zugang intersexueller Menschen zu sportlichen Wettbewerben an Brisanz zugenommen und trotz der Entscheidungen des „Court of Arbitration for Sports“ (CAS)² und des Bundesgerichts der Schweiz³ zu keinem Ende geführt und durch die jüngste Entscheidung des EGMR⁴ erneut an juristischer Brisanz gewonnen hat. Diese Bearbeitung hat den Anspruch in einem komplexen Themenfeld aus sportmedizinischen, ethischen und juristischen Problemen Klarheit über die grundgesetzlichen Maßstäbe zu schaffen, um eine sachliche Bewertung der Interessenlage zu gewährleisten.⁵ Angesichts der Vielzahl von Zugangsregelungen der jeweiligen Sportarten wird sich auf die Regelungen zur Zulassung intersexueller Sportler zu Wettkämpfen

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (insb. Verwaltungsrecht) von Herrn Prof. Dr. Thomas Mann an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ *Stender-Vornachs*, Sport und Kultur, SpuRt 2004, 201 (202 ff.).

² CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211.

³ BG Urteil vom 29.07.2019 Az. 4A_248/2019; BGE 147 III 49.

⁴ EGMR ECLI:CE:ECHR:2023:0711JUD001093421.

⁵ Der Beitrag soll sich auf eine verfassungsrechtliche Würdigung beschränken. Die Berücksichtigung weiterer Grenzen, wie solche, die sich aus dem AGG ergeben, würde den Rahmen sprengen. Vertiefend dazu *Block*, Geschlechtergleichheit im Sport, 2014, S. 202 ff. Gleiches gilt für Komplikationen, die sich aus dem Europarecht, wie dem Wettbewerbs- und Kartellrecht ergeben, allgemein dazu siehe *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, 2016.

der Leichtathletik, welche für den Fall der Caster Semenya maßgeblich waren, beschränkt. Um eine verfassungsrechtliche Würdigung vornehmen zu können, müssen sich zuvor die Grundlagen der Geschlechter im Sport vergegenwärtigt werden. Dafür wird im ersten Schritt aus einer medizinischen Betrachtung heraus untersucht, ob auf sportlicher Ebene ein Unterschied zwischen Geschlechtern besteht, welche Faktoren für die Unterscheidung maßgeblich sind und wie sich Intersexualität im Sport auswirkt. Sodann werden die sportethischen Grundlagen sowie die derzeitigen sportlichen Regelungen aufgezeigt, welche eine wesentliche Rolle für die „Fairness“ des Ausschlusses spielen. Im Anschluss erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den widerstreitenden Grundrechten. Hierbei wird berücksichtigt, dass es sich nicht um eine staatliche Eingriffssituation handelt, sondern der Sportverband als Privatrechtssubjekt in die Rechte der Sportler eingreift.

I. Medizinische Grundlagen

Die Unterscheidung der Geschlechter ist nach dem Alltagsverständnis von der Natur aus festgelegt und folgt einem binären Unterscheidungssystem. Entweder ist ein Mensch ein Mann oder eine Frau.⁶ Dabei stellt sich auf den zweiten Blick die Frage, was macht einen Menschen zu einem Mann oder einer Frau?

1. Das dritte Geschlecht in einer binären Betrachtung

Auf diese Frage gibt es mehrere mögliche Antworten. Für die Bestimmung des biologischen Geschlechts existieren vier Ansätze, die je nach Kriterium zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können.⁷ Nach medizinischer Bestimmung gilt als „weiblich“ bzw. „männlich“, wer nach allen Bestimmungsmethoden ausschließlich einem Geschlecht zugeordnet werden kann.⁸ Zunächst kann das *chromosomale Geschlecht* untersucht werden, bei dem ermittelt wird, ob der Sportler mit einem X und einem Y-Chromosomenpaar ausgestattet ist und demnach als Mann gilt, oder zwei X-Chromosomenpaare hat und zu den Frauen zählt.⁹ Nach dem *Gonaden- oder Keimdrüesengeschlecht* (Eierstöcke oder Hoden) richtet sich die Bestimmung nach der Ausprägung der inneren Geschlechtsorgane.¹⁰ Einen ähnlichen Anknüpfungspunkt

⁶ Müller, *Geschlecht als Leistungsklasse*, ZfS 2006, 392 (399).

⁷ Bosinski, *Determinanten der Geschlechtsidentität. Neue Befunde zu einem alten Streit*, Sexuologie 2000, 96 (100); Müller (Fn. 6), 404 ff.

⁸ Bosinski (Fn. 7), 99; Müller (Fn. 6), 404; Hughes et al., *Consensus statement on management of intersex disorders*, Journal Pediatric Urology 2 (2006), 148 (149).

⁹ Jakobs/Strong, *A Case of Human Intersexuality Having a Possible XXY Sex-Determining Mechanism*, Nature 183 (1959), 302; Bosinski (Fn. 7), 96 (100); Lang, *Intersexualität. Menschen zwischen den Geschlechtern*, 2006, S. 69; BT-Drs. 17/9088 S. 10 f.

¹⁰ Koopman et al., *Male development of chromosomally female mice transgenic for Sry*, Nature 351 (1991), 117; Wilson/Griffin/Russel, *Steroid 5 alpha-reductase 2 deficiency*, Endocrine Reviews 14 (1993), 577 (578 f.); Bosinski (Fn. 7), 96 (102).

wählt die *phänotypische Geschlechtsbestimmung*. Hierbei wird die äußere körperliche Entwicklung, wie Größe, Bartwuchs etc. herangezogen, um die Zugehörigkeit zu bestimmen.¹¹ Die vierte Form der Bestimmung ist das *hormonelle Geschlecht*. Es richtet sich nach den Geschlechtshormonen, die in den Keimdrüsen produziert werden, wobei jeder Mensch alle drei Arten der Geschlechtshormone – Östrogen, Gestagene sowie Androgene (insb. Testosteron) produziert.¹² Die Zuordnung zu „männlich“ und „weiblich“ resultiert aus der verschiedenen Produktion und Rezeption der Hormone.¹³ Östrogen und Gestagene werden in größeren Mengen in den Eierstöcken gebildet, wohingegen Androgene überwiegend in den Hoden erzeugt werden.¹⁴

In Anbetracht dessen, dass lediglich jene Menschen als „männlich“ oder „weiblich“ gelten, die ausschließlich einem Geschlechtertypus zuzuordnen sind, stellt sich die Frage, wie Menschen mit Überschneidungen einzuordnen sind. Diese Fälle erfasst der Begriff der Intersexualität. Er beschreibt einen Zustand, in dem nicht alle geschlechtsbestimmenden Merkmale des Körpers ausschließlich einem Geschlecht zugeordnet werden können.¹⁵ Es handelt sich um einen Sammelbegriff, der viele atypische Geschlechtsentwicklungen, verschiedene Erscheinungsformen und Ursachen zusammenfasst.¹⁶

2. Sportliche Unterschiede

In Kenntnis dieser Entwicklungsunterschiede stellt sich die Frage, welche Folgen die Intersexualität für die Sportausübung hat. Dabei rückt der körperliche Leistungsunterschied zwischen Männern und Frauen in den Fokus. Besonders in der Leichtathletik, bei der es auf die körperliche Konstitution ankommt, besteht ein starkes Gefälle bei den erbrachten Leistungen und der körperlichen Konstitution. Bei Sportlern auf demselben Vorbereitungsniveau erbringen männliche Sportler im Vergleich zu weiblichen Sportlern 10 – 12 % bessere Leistungen¹⁷ und haben 18 %

¹¹ *Bosinski* (Fn. 7), 96 (102 f.); *Lang* (Fn. 9), S. 72.

¹² *Wilson/Griffin/Russel* (Fn. 10), 577 (578); *Lang* (Fn. 9), S. 75 f.

¹³ *Wilson/Griffin/Russel* (Fn. 10), 577 (578); *Hirschberg et al.*, Effects of moderately increased testosterone concentration on physical performance in young women: a double blind, randomized, placebo controlled study, *BJ Sports Med* 54 (2020), 599.

¹⁴ *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 24.

¹⁵ *Huybes et al.* (Fn. 8), 148 (150 ff.); *Lang* (Fn. 9), S. 81.

¹⁶ Darstellung von konkreter Differenzierungsstörungen bei *Bosinski* (Fn. 7), 96 (104 ff.); *Lang* (Fn. 9), S. 88 ff.; *Block* (Fn.5), S. 38 ff.

¹⁷ CAS, Az. 2014/a/3759 (*Dutee Chand./AFI&IAAF*), Rn. 534, abrufbar unter: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3759-PA.pdf> (zul. abger. 16.8.2023); *Hirschberg*, Female hyperandrogenism and elite sport, *Endocrine Connections* 9 (2020), 81 (85).

mehr reine Körpermasse¹⁸, wohingegen Frauen aufgrund ihres schwächeren Knochengestüts, der geringeren Muskelmasse und der niedrigeren kardiopulsonalen Leistungsfähigkeit geringer körperlich belastbar sind.¹⁹ Es kann verallgemeinert gesagt werden, dass männliche Sportler im Wettkampf gegenüber Frauen einen nahezu unüberwindbaren Vorteil haben, welcher den Ausgang des Wettkampfs weitestgehend vorherbestimmt.²⁰ Fraglich ist, woraus der Leistungsvorteil resultiert. Die Sportwissenschaft geht davon aus, dass der Einfluss von Testosteron im Blut des Sportlers eine androgenisierende Wirkung entfaltet und einen primären Faktor physischer Vorteile im Wettkampf darstellt.²¹ Während männliche Sportler typischerweise eine Konzentration von 8,8–30,9 nmol/L Testosteron im Blut haben beläuft sich diese bei Frauen auf 0,4–2 nmol/L.²² Der Einfluss von Testosteron als Wachstumshormon fördert nach überwiegender Auffassung das Muskelwachstum und besonders im pubertären Alter die Bildung von Muskelgewebe sowie das Knochenwachstum.²³ Das hormonelle Geschlecht begründet daher den Leistungsunterschied zwischen den eindeutig männlichen und weiblichen Sportlern. Umstritten ist die Folgefrage, welche Leistungsvorteile intersexuelle Sportler gegenüber Frauen haben, wenn die intersexuellen Sportler eine erhöhte Testosteronkonzentration aufweisen. Bei dieser Frage gehen die Auffassungen in der Wissenschaft auseinander. Es wird vertreten, Testosteron habe keinen eindeutig erwiesenen Einfluss auf die Leistungsunterschiede in der Leichtathletik, sodass eine Unterscheidung anhand des Testosteronspiegels fehl gehe.²⁴ Demgegenüber vertritt die überwiegende Ansicht, dass intersexuelle Sportler, welche androgen auf Testosteron reagieren und einen gesteigerten Testosteronanteil im Blut haben, einen erheblichen Leistungsvorteil gegenüber weiblichen Sportlern haben.²⁵ Abschließend kann noch nicht mit Gewissheit gesagt werden, ob intersexuelle Menschen aufgrund von Testosteron einen

¹⁸ *Healy et al.*, Endocrine profiles in 693 elite athletes in the postcompetition setting, *Clinical Endocrinology* 81(2014), 294 (298).

¹⁹ Siehe dazu BVerfGE 92, 91 (110).

²⁰ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (216); *Knox/Anderson/Heather*, Transwomen in elite sport: scientific and ethical considerations, *Journal of Medical Ethics* 45 (2019), 395 (397); *Hirschberg* (Fn. 17), 81 (86).

²¹ So auch der CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (214); *Handelsman/Hirschberg/Bermon*, Circulating Testosterone as the Hormonal Basis of Sex Differences in Athletic Performance, *Endocrine Reviews* 39 (2018), 803 (824).

²² *Clark et al.*, Large divergence in testosterone concentrations between men and women: Frame of reference for elite athletes in sex-specific competition in sports, a narrative review, *Clinical Endocrinology* 90 (2019), 15 (17); ähnliche Ergebnisse bei *Hirschberg* (Fn. 17), 81 (85).

²³ So etwa bei *Handelsman/Hirschberg/Bermon* (Fn. 21), 803 (824).

²⁴ *Healy et al.* (Fn. 18), 294 (298); *Pielke/Tucker/Boye*, Scientific integrity and the IAAF testosterone regulations. *The International Sports Law Journal* 19 (2019), 18 (25).

²⁵ *Wood/Stanton*, Testosterone and sports: Current Perspectives, *Hormones and Behavior* 61 (2011), 147; *Ritzen et al.*, The regulations about eligibility for women with hyperandrogenism to compete in

Leistungsvorteil gegenüber Frauen haben. Anerkannt ist allein die Tatsache, dass männliche Sportler aufgrund der leistungssteigernden Wirkung von Testosteron in Disziplinen, bei denen es auf die körperliche Leistungsfähigkeit ankommt, im Leistungsvorteil sind.

II. Der moderne Sport

Sportverbände ermöglichen eine kollektive Sportausübung, dienen der Organisation von Wettkämpfen und haben das Ziel den Sport zu fördern.²⁶ Um diese Zwecke zu erreichen, definieren Sportverbände komplexe Regelwerke und setzen ihre Regelungen durch.²⁷ Um die Motivationslage der Verbände bei ihrer Regelsetzung zur Sportförderung besser nachvollziehen zu können ist es hilfreich, sich vor Augen zu führen, was unter „Sport“ zu verstehen ist. Dabei ist eine allgemeingültige Definition noch nicht gelungen.²⁸ Es handelt sich um einen offenen Begriff, der abhängig von der jeweiligen Bewertungssituation variabel ist.²⁹ Allerdings lassen sich für die Einordnung als Sport wesentliche Kriterien benennen, die diesen charakterisieren.³⁰ Bedeutend sind danach das Merkmal der körperlichen Bewegung und der Zweckfreiheit, das Höchstleistungsprinzip, der damit verbundene Leistungsvergleich, die erforderliche Chancengleichheit der Sportler untereinander sowie einheitliche Regelungen und Regelkontinuität durch Organisation.³¹ Besonders in Hinblick auf die unterschiedliche Leistungsfähigkeit zwischen Männern und Frauen,

womens category are well founded. A rebuttal to the conclusions by Healy et al., *Clinical Endocrinology* 82 (2015), 307; *Bermon/Garnier*, Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes, *Sports Med* 51 (2017), 1309 ff.; *Bermon*, Androgens and athletic performance of elite female athletes, *Endocrinology, Diabetes and Obesity* 24 (2017), 246 (249 f.); *Handelsman/Hirschberg/Bermon* (Fn. 21), 803 (823); *Clark et al.* (Fn. 22), 15 (20); *Hirschberg* (Fn. 17), 81 (86).

²⁶ Siehe § 1.1 der Satzung des Deutschen Leichtathletik-Verband (DLV), abrufbar unter: https://www.leichtathletik.de/fileadmin/user_upload/12_Service/Wettkampforga-nisation/01_Bestimmungen_Satzung_Vordrucke/DLV-Satzungen_Ordn/Satzung.pdf (zul. abger. am 16.8.2023).

²⁷ *Pfister*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 4. Aufl. 2020, Einführung Rn. 5.

²⁸ *Pfister*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 27), Einf. Rn. 1; *Holzke*, *Der Begriff Sport im deutschen und europäischen Recht*, 2001, S. 119 ff.

²⁹ *Holzke* (Fn. 28), S. 115 ff.; *Ketteler*, *Sport als Rechtsbegriff*, *SpuRt* 1997, 73 (75).

³⁰ *Steiner*, „Sportbegriff“, in: *Pfister/Steiner*, *Sportrecht von A – Z*, 1995, S. 185; *Ketteler* (Fn. 29), 73 ff.; *Holzke* (Fn. 28), S. 119 ff.

³¹ So im Wesentlichen auch die Definition des DOSB für die Aufnahme von Sportverbänden, vgl. § 3 Aufnahmeordnung des DOSB, abrufbar unter: https://cdn.dosb.de/user_upload/www.dosb.de/uber_uns/Satzungen_und_Ordnungen/aktuell_Aufnahmeordnung_2018_.pdf (zul. abger. am 16.8.2023); *Güldenpfennig*, *Philosophie der sportlichen Leistung*, in: *Haag*, *Sportphilosophie*, 1996, 173 (197).

sowie den möglichen Leistungsvorteil intersexueller Sportler gegenüber Frauen bedarf das Höchstleistungsprinzip und das Prinzip der Chancengleichheit einer näheren Betrachtung.

1. Höchstleistungsprinzip

Das Höchstleistungsprinzip gilt als Spiegelbild unserer (Leistungs-)Gesellschaft. Entscheidend sind die Leistungen der Sportler, der Wettkampf als Leistungsvergleich und die darin liegende Motivation zur Leistungssteigerung.³² Dieser Konkurrenzgedanke beinhaltet die Notwendigkeit, für die Vergleichbarkeit der Leistungen, den Zugang zum Wettkampf und die Bewertung nicht nach äußeren, sportfremden Merkmalen, wie Herkunft oder Religion zu bemessen, sondern allein anhand der erbrachten Leistungen.³³ Aus diesem Bestreben ergibt sich das *universalistische Inklusionsprinzip* des modernen Sports. Erst durch die gleiche Bewertung aller Teilnehmer erlangt die Hierarchiebildung ihren anreizvermittelnden Wert.³⁴ Dies wirft die Frage auf, warum die Verbände in ihren Regelwerken eine Geschlechtertrennung zwischen Männern und Frauen vorsehen, wenn nach dem Höchstleistungsprinzip allein die Leistungen von Relevanz sind. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Prinzip der Chancengleichheit, welches eng mit dem Höchstleistungsprinzip im Zusammenhang steht.

2. Prinzip der Chancengleichheit

Die Chancengleichheit – auch *level playing field* genannt – ermöglicht erst einen fairen Wettkampf.³⁵ Sportler sollen nur unter gleichen Voraussetzungen am Sport teilnehmen, um die Chance auf einen Sieg oder die Niederlage und den damit verbundenen ungewissen Ausgang zu gewährleisten. Der Vergleich soll unter gleich Leistungsstarken erfolgen, bei denen letztendlich nur Talent und Engagement über Sieg oder Niederlage entscheiden.³⁶ Folglich dient die Beschränkung der Teilnahme unter gleichen Voraussetzungen einerseits der Herstellung eines interessanten Wettbewerbs, in dem Sportler mit gleicher Leistungsfähigkeit miteinander konkurrieren

³² Pfister, Autonomie des Sports, sport-typisches Verhalten und staatliches Recht, in: FS Lorenz, 1991, 171; Hartmann-Tews, Soziale Konstruktion von Geschlecht im Sport und in den Sportwissenschaften, in: Hartmann-Tews/Rulofs, Handbuch Sport und Geschlecht, 2006, S. 40; Stichweh, Sport – Ausdifferenzierung, Funktion, Code, Sportwissenschaft 20 (1990), 373 (384 ff.); Güldenpfennig, in: Haag (Fn. 31), 173 (197).

³³ Pfister, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171; Müller (Fn. 6), 392 (394).

³⁴ Heger, Doping – Von der moralischen Frage zum juristischen Problem, in: Franke, Ethik im Sport, 2011, 135 (135 f.).

³⁵ Jakob, Das Geschlecht als sportliche Zugangsregelung – Intersexuelle im internationalen und deutschen Wettkampfsport, SpuRt 2018, 143; Vienne/Müller, Gleichbehandlung im Sport – Grundlagen und Grenzen, in: FS Steiner, 2009, 888 (902).

³⁶ Gerhardt, Die Moral des Sports, in: Caysa, Sportphilosophie, 1997, 172 (196 ff.).

können, weil sie im Wesentlichen ähnliche Fähigkeiten haben und andererseits dem Schutz schwächerer Athleten vor leistungsstärkerer Konkurrenz.³⁷ Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass Menschen aufgrund genetischer Unterschiede sowie unterschiedlicher Umwelteinflüsse nie vollkommen gleiche Leistungsfähigkeiten und Erfolgchancen haben und gewisse Unterschiede, insb. als Konsequenz unterschiedlicher Trainingsdisziplin im Rahmen eines auf Höchstleistung ausgerichteten Wettbewerbs erwünscht sind. Der Wettkampf dient dazu, unter vergleichbaren Sportlern den Besten zu finden und hat nicht das Ziel, dass alle dieselben Leistungen erbringen.³⁸ Eine Grenze ist indes dort zu ziehen, wo die Vergleichbarkeit der Grundvoraussetzungen endet und ein wesentlicher Leistungsvorteil besteht, welcher den Wettbewerb stört.³⁹ Um einen fairen Wettkampf zur Erzielung von Höchstleistung durch die Sportler zu gewährleisten, werden von den Verbänden Maßnahmen in jenen Bereichen getroffen, in denen sich anhand des Geschlechts ein wesentlicher Leistungsunterschied ergibt.⁴⁰

3. Gerechtigkeit durch Leistungsklassen?

Um der ungleichen Leistungsfähigkeit der Sportler gerecht zu werden, kommt es zu einer Leistungsklassenbildung. Nur in diesen kommt es noch zu einem unmittelbaren Leistungsvergleich. Die Unterteilung in die verschiedenen Klassen orientiert sich dabei an dem Kriterium der Leistungsfähigkeit, damit eine Chancengleichheit gewährleistet werden kann und allen Sportlern die Teilnahme an einem Wettkampf ermöglicht wird.⁴¹ Für die Differenzierung der Sportler nach ihrer Leistungsfähigkeit gibt es zwei verschiedene Methoden. Bei *funktionellen Leistungsklassen* wird unmittelbar anhand der erbrachten Leistung und Qualifikation des individuellen Sportlers differenziert.⁴² Der Sportler wird rein nach seinen vor dem Wettkampf erbrachten Leistungen beurteilt und mit ähnlich qualifizierten Sportlern in eine Klasse eingeteilt.⁴³ Da die individuelle Bewertung der Leistungsfähigkeit unter Umständen aufwendige Leistungsermittlungen erfordert, gibt es eine weitere Methode der Einteilung. Diese Einteilung – *präsumtive Leistungsklasse* genannt – orientiert sich

³⁷ *Block* (Fn.5), S. 251; *Sachs*, Gleichheit im Sport, SpuRt 2019, 50 (51).

³⁸ *Sachs* (Fn. 37), 50 f.

³⁹ *Vieneg/Müller*, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (902); *Block* (Fn.5), S. 251.

⁴⁰ So der Dachverband der Leichtathletik World Athletics, vgl. Rule 1.1 ERFC abrufbar unter <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules> (zul. abger. am 16.8.2023).

⁴¹ *Gutzzeit*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Sportrecht – Erste Gedanken zu sportarbeitsrechtlichen Konsequenzen, in: *Vieneg*, Facetten des Sportrechts, S. 55 (65).

⁴² *Müller* (Fn. 6), 392 (395).

⁴³ *Block*, Geschlechtertrennung im Sport unter Gesichtspunkten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (2. Teil), SpuRt 2012, 99.

an askriptiven Kriterien, die als Stellvertretermerkmal für die Leistungsfähigkeit gelten.⁴⁴ Die Heranziehung eines askriptiven Merkmals – wie Alter, Gewicht oder Geschlecht – setzt voraus, dass es auch tatsächlich in einem direkten Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit des Sportlers steht.⁴⁵ Daher ist die Bildung einer Leistungsklasse anhand des Geschlechts als Stellvertretermerkmal nur dann der Chancengleichheit förderlich, wenn mit dem Geschlecht ein Leistungsvorteil einhergeht.⁴⁶ Dieser Zusammenhang fehlt bei Sportarten, bei denen es auf die Beherrschung eines Hilfsmittels ankommt und Fähigkeiten wie Umgangsgeschick relevant werden, wie im Reit- oder Segelsport.⁴⁷

Um dem universellen Inklusionsprinzip des Sports gerecht zu werden stehen die Sportverbände bei einem binären Geschlechterleistungsklassensystem vor der Herausforderung intersexuelle Sportler einer der beiden Klassen zuzuordnen, auch wenn sich diese Menschen definitionsgemäß keiner der beiden Klassen eindeutig zuordnen lassen, soweit mehr als eine Bestimmungsmethode entscheidungserheblich ist. Um dennoch eine Einordnung zu ermöglichen, wenn die Geschlechtszugehörigkeit aus medizinischer Sicht nicht eindeutig feststeht, hat sich der für die Leichtathletik zuständige Dachverband *World Athletics* auf die hormonelle Differenzierungsmethode im Rahmen seiner „Eligibility Regulations for the Female Classification“ (ERFC) beschränkt. Dabei erfolgt eine Überprüfung allerdings nur, wenn der Sportler personenstandsrechtlich entweder als weiblich oder als Intersex (oder ähnliche Bezeichnung) gilt. Als männlich eingetragene Sportler, die als intersexuell gelten, sind ohne Ausnahmemöglichkeit von der Teilnahme bei Frauenwettkämpfen ausgeschlossen, vgl. Rule 3.2.1 ERFC. Es wird dabei nicht ausdrücklich davon gesprochen, dass der jeweilige Sportler dem jeweiligen Geschlecht nach der Bestimmung angehört. Vielmehr wird hervorgehoben, dass das Verfahren das Geschlecht und die sexuelle Identität des Sportlers nicht in Frage stellen soll.⁴⁸ Dennoch wird ein Ausschluss jener Sportler („Relevant Athlete“) vorgesehen, die (lit. a) unter einer bestimmten Form von DSD leiden, also nicht nach allen Geschlechtsbestimmungsmethoden ausschließlich einem Geschlecht zugeordnet werden können, (lit. b) eine Testosteronkonzentration im Blutserum von 2,5 nmol/L oder mehr haben und (lit. c) auch eine androgene Sensibilität gegenüber Testosteron besitzen, um dadurch dem androgenen Effekt des Wachstumshormons ausgesetzt zu sein, vgl. Rule 3.1.1 ERFC. Um die intersexuellen Sportler nicht vollständig auszuschließen, wird die Möglichkeit eröffnet, durch eine medizinische Behandlung die eigenen Testoste-

⁴⁴ Müller (Fn. 6), 392 (395); Block, „Separate but equal“ auf dem Sportplatz. Zur Geschlechtertrennung im Sport, KJ 2012, 316 (324).

⁴⁵ Müller (Fn. 6), 396; Sachs (Fn. 37), 50 (51).

⁴⁶ Vievegl/Müller, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (906 f.); vertiefend Müller (Fn. 6), 392 (396 ff.).

⁴⁷ Müller (Fn. 6), 392 (396); Block (Fn. 43), 99 (100).

⁴⁸ Vgl. Rule 1.1.5 ERFC.

ronwerte unter 2,5 nmol/L zu senken, was mindestens 24 Monate vor dem Wettkampf erfolgen und danach kontinuierlich beibehalten werden muss, vgl. Rule 3.2 ERFC.⁴⁹ Dadurch entfielen der wesentliche Leistungsvorteil, weshalb ein Ausschluss aus der Frauenklasse nicht mehr erfolgen sollte.⁵⁰ Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus Rule 2.1, 3.4.1 ERFC, welche die Anwendbarkeit der Regelung ausschließlich auf internationale Wettkämpfe beschränkt. Intersexuelle Sportler können bei Wettbewerben unterhalb der internationalen Reichweite in der Leistungsklasse der Frauen starten, ohne sich an einem Testosterongrenzwert orientieren zu müssen. Für die Leistungsklasse der Männer oder offene sowie gemischte Leistungsklassen bestehen keine Beschränkungen, vgl. Rule 3.4.2, 3.4.3 ERFC.

III. Stellungnahme

Die herkömmliche Einteilung in Geschlechterleistungsklassen verfolgt im Grundsatz einen zutiefst sportlichen Zweck: Die Gewährung von Chancengleichheit zur Verwirklichung des Höchstleistungsprinzips. Hierbei gerät sie allerdings an ihre Grenzen, wenn die binäre Geschlechterzuteilung mit der Intersexualität von Menschen konfrontiert wird. Eine genaue Abgrenzung des „sportlichen Geschlechts“ ist anhand präsumtiver Kriterien nur schwer möglich. Zudem ist es nicht immer dem Zweck der Ermittlung der Leistungsfähigkeit dienlich, wenn biologische Abgrenzungskriterien herangezogen werden, die keinen Einfluss auf die körperliche Leistung haben.⁵¹ Auf der anderen Seite entstehen für intersexuelle Sportler erhebliche Nachteile, wenn diese von den Wettkämpfen ausgeschlossen werden oder sich umfangreichen Untersuchungen unterziehen müssen. Es ist daher fraglich, ob die Regelung des World Athletics zur Zulassung von intersexuellen Menschen zur Leistungsklasse der Frauen im internationalen Wettbewerb mit den Rechten des intersexuellen Sportlers vereinbar ist, oder ob der Verband besser beraten wäre, auf ein anderes askriptives Merkmal zurückzugreifen.

B. Verfassungsrechtlicher Maßstab sportlicher Regelungen

Nachdem die Konfliktlage um die Abgrenzungsprobleme der Verbände in Ausrichtung sportlicher Veranstaltungen zur Gewährleistung geschlechtergerechter Bewertungen dargelegt wurde, gilt es die ERFC auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu untersuchen.

⁴⁹ Abweichendes kann sich aus der Übergangsregelung in Rule 12 für die dort benannten Disziplinen ergeben. Auf die vorherigen Bestimmungen soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

⁵⁰ Siehe Rule 1.1 der ERFC.

⁵¹ So wurde früher z.B. allein auf das chromosomale Geschlecht abgestellt, ohne dass damit eine gesteigerte Leistungsfähigkeit einher ging, näheres bei Müller (Fn. 6), 392 (403).

I. Die Selbstregulierung des Sports

Hierfür ist zunächst zu klären, wie der moderne Sport organisiert ist, in welcher Form die Sportregelungen gegenüber den Sportlern Wirkung entfalten und ob sich die Verbände überhaupt an Grundrechten orientieren müssen. Dabei ist herauszuarbeiten, welche Besonderheiten sich aus der typischen Organisationsstruktur des Sports ergeben und wie sich diese auf die Berücksichtigung von Grundrechten auswirken.

1. Organisationsstruktur des modernen Sports

Die Organisationsstruktur des modernen Sports hat sich nicht zufällig entwickelt, sondern ist Ausdruck des Höchstleistungsprinzips. Das Bestreben regelmäßig überregionale, weltweite Wettkämpfe zum Leistungsvergleich unter einheitlicher Geltung eines Regelwerkes für die Herstellung von Vergleichbarkeit der Leistungen durchzuführen, begünstigte die Entwicklung zweier fundamentaler Strukturprinzipien des modernen Sports.⁵² Eines der Prinzipien ist das *Ein-Platz-Prinzip*. Es kennzeichnet sich dadurch, dass für jede Sportart ein monopolistischer Spitzenverband zuständig ist.⁵³ Diese Organisation setzt die Regeln des Sportes fest, nach denen sich der Leistungsvergleich bemisst.⁵⁴ Durch diese Struktur ist für den Leistungsvergleich sichergestellt, dass es nur ein maßgebliches Regelwerk gibt und so die Leistungen vergleichbar sind.⁵⁵ Andererseits führt dieses Monopol dazu, dass die Abhängigkeit eines Verbandes gegenüber dem nächsthöheren Verband zu einem Machtungleichgewicht führen kann. Die auf unterster Stufe stehenden Sportler sind gezwungen sich den Regelungen der Verbände zu beugen, wenn sie an einem Wettkampf teilnehmen wollen.⁵⁶

Als zweites Strukturprinzip tritt der hierarchische Aufbau innerhalb der Verbandsorganisation hinzu.⁵⁷ Anders als beim ursprünglichen Gründungsvorgang des Verbandes durch die Verbandsmitglieder erfordert die Einheitlichkeit der Sportregeln, dass eine Vormachtstellung des höheren Verbandes gegenüber dem unteren Verband besteht, damit dieser die Regelungen anerkennt.⁵⁸ Die Kehrseite dieser

⁵² *Vieweg*, Zur Einführung: Sport und Recht, JuS 1983, 825 (826); *Pfister*, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171 (172).

⁵³ Es gibt wenige Ausnahmen wie etwa beim Boxen oder Schach, vgl. *Pfister*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), Einf. Rn. 15.

⁵⁴ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 3. Kap. Rn. 232 f.

⁵⁵ *Pfister*, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171 (172).

⁵⁶ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 3. Kap. Rn. 234.

⁵⁷ *Pfister*, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171 (172 f.); *Zinger*, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie – Eine rechtsvergleichende Untersuchung im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht, S. 27.

⁵⁸ *Orth*, in: Jakob/Orth/Stopper, Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 994.

streng hierarchischen Verbandsstruktur ist, dass die einzelnen Sportler und die Vereine und Verbände, die unmittelbar an der Sportausübung beteiligt sind, kaum Einfluss auf die Ausgestaltung der Regelungen haben. Der Einfluss der Sportler als unterste Gliederungsebene ist umso geringer, je ausdifferenzierter die Hierarchiestufen sind.⁵⁹

2. Geltung der Regelwerke gegenüber den einzelnen Sportlern

Die objektive Rechtsordnung sieht keine direkten Regelungen vor, die die Ausübung von Sportarten bestimmen. Die Regeln, nach denen der Sport sich bemißt, bestimmen die Sportler grundsätzlich selbst. Es ist Ausdruck der Handlungsfreiheit des Sportlers die Regeln zu bestimmen, nach denen er sich betätigen will.⁶⁰ Dieses Recht – autonom die Sport- und Wettkampffregeln zu bestimmen – ist im Zuge der Organisation in Verbänden zur kollektiven Sportausübung auf diese übergegangen, um einen einheitlichen Wettkampf zu ermöglichen.⁶¹

Allerdings sind die teilnehmenden Sportler i.d.R. nicht unmittelbares Mitglied des Dachverbandes, der die Regelungen festsetzt. Diese entfalten mangels Durchgriffswirkung keine Rechtsfolgen gegenüber Dritten.⁶² Daher wird eine sog. *mittelbare Mitgliedschaft* zwischen dem Dachverband und den Sportlern konstruiert, um Rechte und Pflichten des Sportlers zu begründen.⁶³ Dies kann auf zwei Wegen erfolgen. Zum einen kann die mittelbare Mitgliedschaft über eine *mehrfache Satzungsverankerung* konstruiert werden, bei der die Vereine und Verbände in der Verbandshierarchie in ihrer Satzung vorsehen, die Regelungen des jeweils höheren Verbandes zu übernehmen.⁶⁴ Hierdurch wird bis zum Sportler, der Mitglied der untersten Verbandsebene ist, die Geltung der Regelungen vermittelt.⁶⁵ Zum anderen können *Regelanerkennungsverträge* zwischen den Sportlern, die an dem jeweiligen Wettkampf teilnehmen wollen, und den ausrichtenden Verbänden geschlossen werden. Hierbei verpflichtet sich der Sportler, um teilnehmen zu dürfen, dass er die Regelungen des

⁵⁹ Vgl. *Orth*, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 96 ff., 995; *Pfister*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), Einf. Rn. 19.

⁶⁰ *Pfister*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), Einf. Rn. 5.

⁶¹ BGHZ 210, 292 (Rn. 59); *Pfister*, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171 (172).

⁶² BGHZ 128, 93 (96); *Orth*, in: Chekeh/Momsen/Orth, Handbuch Sportstrafrecht, 2021, 2. Kap. Rn. 167 f.

⁶³ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 3. Kap. Rn. 307; *Orth*, in: Chekeh/Momsen/Orth (Fn. 62), 2. Kap. Rn. 133, 168.

⁶⁴ BGHZ 105, 306 (314); *Pfister*, Bindung an Verbandsrecht in der Verbandshierarchie, SpuRt 1996, 48 (49); *Orth*, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 995.

⁶⁵ *Orth*, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 1137 f.; *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 3. Kap. Rn. 307.

Verbandes verbindlich anerkennt.⁶⁶ Der Vorteil gegenüber einer mehrfachen Satzungsverankerung besteht darin, dass Umsetzungsfehler einzelner Vereine oder Verbände in der Hierarchie nicht zur Unwirksamkeit der Bestimmung gegenüber einzelnen Sportlern führen und diese somit unter anderen Regelungen am Wettkampf teilnehmen können, als jene deren Verbandsabzweigung die Satzungsübernahme rechtmäßig umgesetzt hat.⁶⁷ Darüber hinaus können auch solche Sportler den Regelungen unterworfen werden, die in keinem Verein Mitglied sind und nicht von einer mittelbaren Verankerung betroffen sind.⁶⁸ Daher hat sich der Regelanerkennungsvertrag im Leistungssport zur Regel entwickelt.⁶⁹

3. Grundrechtswirkung zwischen Privaten

Im Anschluss hieran stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Grundrechte bei der Regelunterwerfung zu beachten sind. Grundrechte sind zunächst Abwehrrechte gegen den Staat.⁷⁰ Sie binden alle staatlichen Organe und bilden die Maßstäbe anhand derer sich Eingriffshandlungen bewerten lassen müssen, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG.

a. Arten der Drittwirkung

Auch Private können durch Wahrnehmung ihrer Rechte die Ausübung der Rechte Dritter begrenzen. So werden Sportler in der Freiheit sich sportlich zu betätigen beschränkt, wenn Verbände infolge ihrer Verbandsbefugnis Zugangsbeschränkungen zu den Leistungsklassen festsetzen. Daher stellt sich die Frage, ob auch Privatrechtssubjekte die Grundrechte Dritter zu beachten haben. Hierbei werden verschiedene Ansichten vertreten. Die extensivste Betrachtungsweise ist die der *unmittelbaren Drittwirkung* von Grundrechten.⁷¹ Danach wird eine unmittelbare Grundrechtsbindung von Privaten begründet, sofern eine wirtschaftliche und soziale Machtstellung besteht, kraft derer es möglich ist, Grundrechte ohne weiteres einzuschränken.⁷² Gegen diese Ansicht spricht, neben der entgegenstehenden Regelungssystematik zu Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG und den sich auf den Staat beschränkenden Wortlaut in Art. 1 Abs. 3 GG, der Zweck des Art. 1 Abs. 3 GG, welcher mit einer

⁶⁶ BGHZ 128, 93; 211, 375 (Rn. 52, 54 ff.); Pfister, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28,11,1994 – II ZR 11/94, JZ 1995, 461 (464); Orth, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 1192 ff.

⁶⁷ Pfister (Fn. 66), 464; Orth, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 1138.

⁶⁸ BGHZ 128, 93 (100); Zinger (Fn. 57), S. 36; Orth, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 1138.

⁶⁹ Orth, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 58), § 2 Rn. 1193; Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 3. Kap. Rn. 313.

⁷⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte, 9. Aufl. 2020, S. 174.

⁷¹ So das BAG in BAGE 1, 185 (193 f.), abweichend dann in BAGE 52, 88 (97 f.).

⁷² BAGE 1, 185 (193); die Entscheidung des BVerfG in BVerfGE 148, 267 als unmittelbare Grundrechtsbindung Privater interpretierend Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 (11, 15).

Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt eine Form von Waffengleichheit herzustellen versucht. Dieses Begrenzungsbedürfnis besteht bei Privaten, denen die staatlichen Handlungsinstrumente nicht zustehen, gerade nicht.⁷³ Daher ist eine unmittelbare Drittwirkung abzulehnen. Die herrschende Auffassung begründet die Einbeziehung von Grundrechten über den Weg einer *mittelbaren Drittwirkung*.⁷⁴ Die Gerichte hätten bei der Anwendung der privatrechtlichen Normen die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als einer objektiven Werteordnung zu beachten.⁷⁵ Diese Werteentscheidungen erhielten über die Auslegung von Generalklauseln Zugang in privatrechtliche Beziehungen.⁷⁶ Hierbei sei zu beachten, dass kein „Adressatenaustausch“ stattfinde, sondern die kollidierenden Grundrechte der beteiligten Privatrechtssubjekte in einem angemessenen Ausgleich aufzulösen seien, um eine praktische Konkordanz zu erzielen.⁷⁷ Dieser Theorie ist der Vorzug zu gewähren, da sie einerseits die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat ernst nimmt und andererseits über ihre Einbeziehung im Rahmen der Rechtssetzung und -anwendung durch die staatlichen Organe der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG gewahrt wird.

b. Reichweite der Drittwirkung

Fraglich ist, ob diese Drittwirkung lediglich freiheitsrechtliche Gewährleistungen erfasst oder sich ebenso auf die Beachtung des Gleichheitssatzes erstreckt. Gegen die Anwendung spricht der im Privatrecht fundamentale Grundsatz der Privatautonomie. Dieser verbürgt, dass der Einzelne seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen selbst und eigenverantwortlich gestalten können soll.⁷⁸ Das „asymmetrische Rechtfertigungssystem des Grundgesetzes“ als Sicherung von „legitime[r] Willkür als Grundlage seiner Entfaltung“⁷⁹ würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Grundrechtsberechtigte im Rahmen seines Freiheitsgebrauchs zur Darlegung verpflichtet wäre, seine Freiheit nichtdiskriminierend zu nutzen.⁸⁰ Besonders tief verwurzelt sei der Grundsatz der Privatautonomie in der Zivilrechtsordnung unter der

⁷³ Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 269.

⁷⁴ BVerfGE 7, 198 (205); Alexy (Fn. 70), S. 483; Vieweg/Müller, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (899); über die Konstruktion einer Schutzpflicht kommen zum selben Ergebnis Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (225 ff.) und Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35 (54).

⁷⁵ BVerfGE 7, 198 (205); 58, 358 (396); 112, 332 (358); 148, 267 (280).

⁷⁶ Zurückgehend auf Dürig, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte Bd. II, S. 525; so auch BVerfGE 7, 198 (206).

⁷⁷ BVerfGE 142, 74 (101 f.); 148, 267 (280); Alexy (Fn. 70), S. 489.

⁷⁸ BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 21, 87 (90); 60, 329 (339); 89, 48 (61).

⁷⁹ Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 (333 f.).

⁸⁰ Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 100. EL, Januar 2023, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 81; Ruffert, Privatrechtswirkung der Grundrechte – Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?, JuS 2020, 1 (3).

Prämisse, dass der freie und gleiche Bürger selbst bestimmen könne, wie die gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen seien.⁸¹

Diese unterstellte Richtigkeitsgewähr einer Vereinbarung zwischen zwei selbstbestimmten Privatrechtssubjekten stößt indes an seine Grenzen, sobald ein strukturelles Ungleichgewicht den Interessenausgleich verzerrt. Die Folge ist die Gefahr einer ungewöhnlich belastenden Regelung für den unterlegenen Vertragsteil.⁸² Dieser Gedanke liegt ebenfalls der Entscheidung zum Stadionverbot zugrunde. In dieser wird zwar hervorgehoben, Art. 3 Abs. 1 GG ließe sich im Lichte mittelbarer Drittwirkung „kein objektives Verfassungsprinzip entnehmen, wonach die Rechtsbeziehung zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären“⁸³, allerdings könnten sich aus Art. 3 Abs. 1 GG in spezifischen Konstellationen gleichheitsrechtliche Anforderungen ergeben, welche willkürliche Entscheidungen ausschließen.⁸⁴ Eine solch spezifische Konstellation läge danach vor, wenn Privatrechtssubjekte in erheblichem Umfang über die Teilnahme Dritter am gesellschaftlichen Leben entscheiden können, eine Monopolstellung besteht oder aus struktureller Überlegenheit eine derartige Entscheidungsmacht besitzen.⁸⁵ Aus dieser Entscheidungsmacht, die sich erheblich auf die Rechtsposition des Vertragspartner auswirkt, erwächst von Verfassungswegen eine besondere rechtliche Verantwortung.⁸⁶

Wie bereits dargelegt kennzeichnet sich die moderne Sportorganisation durch ein Monopol für die jeweilige Sportart, innerhalb dessen die Regelungen in einer strengen Verbandshierarchie durchgesetzt werden. Der Sportler ist für die Teilnahme an einem Wettkampf gezwungen sich den Regelungen des Verbandes zu unterwerfen. Eine privatautonome Entscheidung reduziert sich in diesen Fällen auf die Frage des „Ob“ der Teilnahme. Handlungsspielräume hinsichtlich des „Wie“ der Sportausführung sind von vornherein ausgeschlossen und alternative Wettkämpfe unter anderen Regelwerken existieren nicht.⁸⁷ Aus der monopolistischen Struktur und der alleinigen Entscheidungsmacht, gewährleistet durch die hierarchi-

⁸¹ BVerfGE 81, 242 (254); *Paulus/Zenker*, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1 (2); *Riesenhuber*, Privatautonomie – Rechtsprinzip oder „mystifizierendes Leuchtfeuer“, ZfPW 2018, 352 (354).

⁸² BVerfGE 89, 214 (232); *Spitzkatz*, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 544.

⁸³ BVerfGE 148, 267 (283).

⁸⁴ BVerfGE 148, 267 (284); *Schmitt*, Das private Hausrecht in den Schranken von Vertrag und Verfassung – Überlegungen zur Grenzziehung anlässlich des Thermalbad-Urteils des BGH, ZfPW 2021, 414 (430).

⁸⁵ *Kadler*, Rechtliche Auswirkungen der Zugänglichkeit von Privatgrundstücken für die Allgemeinheit, NJW 2021, 23 (24).

⁸⁶ BVerfGE 148, 267 (284).

⁸⁷ *Sachs* (Fn. 37), 50 (57).

sche Verbandsstruktur, entsteht eine enorme Überlegenheit des Sportverbandes gegenüber dem teilnahmewilligen Sportler. Es liegt folglich eine Konstellation vor, die eine mittelbare Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 für Sportverbände bewirkt.

4. *Stellungnahme*

Festzuhalten ist, dass die Sportverbände die Spielregeln einseitig festlegen und die einzelnen Sportler, die sich für den Wettkampf bewerben, sich diesen verbindlich unterwerfen müssen. Dies ist im Zusammenhang mit den Organisationsprinzipien eine Voraussetzung für die typische Sportausübung.⁸⁸ Es liefe dem Kerngehalt des gleichen Wettkampfs entgegen, wenn der einzelne Sportler andere Regelungen aushandeln kann und damit die Vergleichbarkeit der Leistungen untergraben könnte. Daher ist die Art und Weise der Regelsetzung und deren Durchsetzung innerhalb einer monopolistischen Verbandshierarchie grundsätzlich zu billigen. Hieraus ergibt sich noch keine Bewertung der auferlegten Regeln und der besonderen Schutzinteressen des Sportlers. Für die Vereinbarkeit mit den Schutzinteressen des Sportlers kann auf die Grundrechte infolge einer mittelbaren Drittwirkung – sowohl für Freiheits- als auch für Gleichheitsrechte – abgestellt werden. Die privatautonome Entscheidung Verbandes ist aufgrund seiner dem Sportler überlegenen Stellung eingeschränkt. Er hat bei der Regelsetzung und -unterwerfung die Grundrechte der Sportler in ihrer Ausstrahlungswirkung zu beachten und mit den eigenen Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

II. Rechte der Verbände

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass Verbände die Grundrechte der Sportler zu beachten haben, bleibt offen, ob sich diese im Rahmen ihrer Regelsetzung auf eigene Grundrechte berufen können, die mit den Grundrechten der Sportler in einen Ausgleich zu bringen sind. Hierbei könnten die Verbände sich auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen, wenn der persönliche und sachliche Schutzbereich eröffnet wäre.

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG hat eine individuelle und eine kollektive Schutzrichtung. Es sind nicht allein die in Art. 9 Abs. 1 GG explizit genannten Deutschen geschützt, sondern auch die Vereinigung unmittelbar selbst.⁸⁹ Dies soll dem Einzelnen ermöglichen, durch den Zusammenschluss mit mehreren

⁸⁸ So auch *Pfister*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), Einf. Rn. 23.

⁸⁹ BVerfGE 13, 174 (175); 62, 354 (373); 84, 372 (378); *Merten*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 28, 29; abweichend an Art. 19 Abs. 3 GG messend *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetzkommentar, 7. Aufl. 2018, GG, Art. 9 Rn. 62; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 9 Rn. 25.

Personen eine stärkere Position zu erlangen. Der Schutz des Kollektivs wird daher nicht im Interesse der Vereinigung gewährleistet, sondern im Interesse der Mitglieder.⁹⁰ Eine Vereinigung in diesem Sinne ist – orientiert an § 2 Abs. 1 VereinsG – ohne Rücksicht auf die Rechtsform jeder Zusammenschluss, zu dem sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat.⁹¹ Die Vereinigung kann sich dabei nur auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen, sofern diese überwiegend von deutschen Grundrechtsberechtigten kontrolliert wird.⁹² Der Schutz des Kollektivs kann nicht weiter reichen, als der des einzelnen Mitglieds.⁹³ Für die Organisation der Leichtathletik hat dies zur Folge, dass der Verband World Athletics, welcher nahezu ausschließlich von ausländischen Verbänden kontrolliert wird als „Ausländerverband“ nicht vom Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG erfasst wird.⁹⁴ Anderes gilt für den DLV, welcher dem World Athletics innerhalb der Verbandshierarchie untergeordnet ist. Der DLV setzt sich ausschließlich aus 20 deutschen Leichtathletikverbänden zusammen, welche überwiegend aus deutschen Grundrechtsträgern bestehen.⁹⁵ Bei dem DLV handelt es sich ferner um einen dauerhaft beabsichtigten Zusammenschluss der benannten Leichtathletikverbände zur Gewährleistung einer organisierten Willensbildung zwecks „Pflege und Förderung des Leistungs-, Wettkampf-, Breiten- und Leistungssports“ in Deutschland⁹⁶ auf freiwilliger⁹⁷ Basis. Der DLV ist demnach als Vereinigung vom persönlichen Schutzbereich erfasst.

2. Sachlicher Schutzbereich

Das von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Verhalten ist die Freiheit zur Selbstorganisation zu einem gemeinsamen Zweck. Es erfasst das Bilden von Vereinigungen, um die koordinierte Grundrechtsausübung im Rahmen der Zweckverfolgung zu gewährleisten.⁹⁸ Der Schutzgehalt bildet eine eigenständige Organisationsgarantie.⁹⁹

⁹⁰ Pfister, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171 (180 f.).

⁹¹ BVerwG, 106, 177 (181); Merten, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 89), § 165 Rn. 36; Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 9 Rn. 57; Murswiek, Grundfälle zur Vereinigungsfreiheit – Art. 9 Abs. 1, 2 GG, JuS 1992, 116 (117).

⁹² BVerfG NVwZ 2000, 1281 (1281); Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 9 Rn. 50.

⁹³ Merten, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 89), § 165 Rn. 31.

⁹⁴ Aufzählung der Mitgliedsländer in Rule 6.2 The Constitution iVm. APPENDIX LIST OF MEMBER FEDERATION AND AREAS, abrufbar unter: <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules> (zul. abger. am: 16.8.2023).

⁹⁵ Die Aufzählung der Mitglieder des DVL in § 4.1 der Satzung des DLV.

⁹⁶ So ausdrücklich in § 1.1 S. 2 der Satzung des DLV.

⁹⁷ Die Aufnahme in den DLV erfolgt auf Antrag, vgl. § 4.2 S. 2 der Satzung des DLV.

⁹⁸ Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 9 Rn. 2.

⁹⁹ Höfling, in: Sachs, Grundgesetzkommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 9 Rn. 3.

Es handelt sich um einen weiten Bildungsbegriff, welcher neben der Vereinsgründung auch die darauf aufbauende interne Koordination zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Vereinigung beinhaltet.¹⁰⁰ Dies erfasst die Freiheit innere Angelegenheiten durch private Normsetzung und -anwendung zur Geltung zu bringen.¹⁰¹ Aus dieser Satzungsautonomie entsteht ein Recht innerhalb der Vereinigung, welches die Mitglieder in die Pflicht der Zwecke des Vereins rufen und die Regeln für die Ordnung des Vereins bestimmen kann.¹⁰² Hinsichtlich der externen Betätigung der Vereinigung kommt es nach strittiger aber überwiegender Ansicht darauf an, ob der Kernbereich des Vereinsbestandes und der Vereinstätigkeit betroffen ist oder die Vereinigung wie jedermann im Rechtsverkehr tätig wird.¹⁰³ Dabei ist klärungsbedürftig, ob die Regelsetzung und -unterwerfung als interne Betätigung einzustufen sind oder, sich an den restriktiven Kriterien externer Betätigungen zu messen lassen haben. Für eine externe Betätigung ließe sich anführen, dass die Regelwerke, welche im Rahmen der internen Selbstregulierung eigener Wettkampfbestimmungen gesetzt wurden, keine unmittelbare Wirkung gegenüber den Sportlern entfalten. Vielmehr erfolgt die Regelunterwerfung i.d.R. auf dem Wege privatrechtlicher Regelunterwerfungsverträge, welche erst die Verbindlichkeit der Bestimmungen bewirken. Zu beachten ist indes, dass der satzungsmäßige Zweck der Pflege und Förderung von Leistungsvergleichen unmittelbar im Zusammenhang mit der Ausgestaltung eigener Wettkampfbestimmungen steht. Diese Regelungen werden durch verbandsinterne Rechtssetzung geschaffen. Lediglich nachgelagert wird dieser Rechtssetzung durch Regelanerkennungsverträge zur Geltung verholfen. Der Schwerpunkt der Verbandsbetätigung bei der organisatorischen Gestaltung liegt auf der eigenen Rechtssetzung.¹⁰⁴ Die Einordnung als externe Betätigung würde zu der willkürlichen Folge führen, dass im Fall der mehrfachen Satzungsverankerung diese als Organisation verbandsinterner Angelegenheiten gegenüber den unmittelbaren

¹⁰⁰ *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 98), Art. 9 Rn. 2; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 9 Rn. 84; *Block* (Fn. 5), S. 123.

¹⁰¹ *Merten*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 89), § 165 Rn. 52; *Vieweg/Müller*, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (894); *Westermann*, Das Recht des Leistungssports – ein Sonderprivatrecht?, in: FS Rittner, 1991, 771 (772).

¹⁰² *Stern*, Voraussetzungen und Grenzen der Verbandsautonomie aus Sicht des Öffentlichen Rechts, in: Verbandsautonomie und Verfassungsrecht, Schriftreihe „Berichte und Analysen“ Deutscher Sportbund Heft 52 (1979), S. 23 (25).

¹⁰³ BVerfGE 30, 227 (241); 80, 244 (253); *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 994; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 9 Rn. 86; ablehnend *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 98), Art. 9 Rn. 3 ff; *Merten*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 89), § 165 Rn. 52.

¹⁰⁴ *Stern*, in: Schroeder/Kauffmann, Sport und Recht, 1972, 142 (142 f.); *Orth*, in: Cherkeh/Momsen/Orth (Fn. 62), 2. Kap. Rn. 226 ff.

Mitgliedern als interne Betätigung anzusehen wäre,¹⁰⁵ der Regelunterwerfungsvertrag gegenüber mittelbaren Mitgliedern hingegen nicht. Die Austauschbarkeit der mittelbaren Mitgliedschaft zur Regelunterwerfung macht deutlich, dass das wesentliche Verhalten in der eigenen Rechtssetzung liegt, welche der Koordination interner Angelegenheiten dient. Es handelt sich um die Selbstbestimmung über die eigene Geschäftsführung, welche vom Schutzbereich erfasst ist. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.¹⁰⁶ Es ist festzustellen, dass die Regelunterwerfung durch den DLV über die mittelbare Mitgliedschaft grundsätzlich von dem Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 1 GG geschützt ist. Die privatautonome Entscheidung, Sportler nur in selbstgesetzten Leistungsklassen zuzulassen, ist speziell von Art. 9 Abs. 1 GG geschützt, sodass ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG entbehrlich ist und dieser als *lex generalis* zurücktritt.¹⁰⁷

III. Rechte intersexueller Sportler

Neben den Interessen der Vereinigung an der Verwirklichung ihres eigentlichen Existenzgrundes – der Durchführung und Organisation von fairen Wettkämpfen – sind die Rechte und Interessen der teilnehmenden Sportler zu beleuchten, die mit den besonderen Regelungen zur Zulassung von intersexuellen Sportlern zu Wettkämpfen im Zusammenhang stehen und über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte von den Verbänden zu beachten sind.

1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Neben der allgemeinen Handlungsfreiheit – als Gewährleistung des aktiven Elements des Handelns – gewährt Art. 2 Abs. 1 GG iVm. Art. 1 Abs. 1 GG mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht den Schutz der engeren Persönlichkeitsphäre.¹⁰⁸ Es handelt sich um ein „unbenanntes“ Freiheitsrecht, welches ergänzend zu den „benannten“ Freiheitsrechten konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützt.¹⁰⁹ Der sachliche Schutzbereich gewährleistet im Ausgangspunkt die Abwehr von Eingriffen in die engere persönliche Lebenssphäre, die Selbstbestimmung und die Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung.¹¹⁰ Aus seiner Entwick-

¹⁰⁵ Vgl. *Merten*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 89), § 165 Rn. 52; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 9 Rn. 2.

¹⁰⁶ So auch *Pfister*, in: FS Lorenz (Fn. 32), 171 (189 f.); *Viehweg/Müller*, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (894); *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 12.

¹⁰⁷ *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 12 m.w.N.

¹⁰⁸ *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 2 Rn. 14.

¹⁰⁹ BVerfGE 54, 148 (153); *Rixen*, in: Sachs (Fn. 99), Art. 2 Rn. 60.

¹¹⁰ BVerfGE 147, 1 (19); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 2 Abs. 1 Rn. 147.

lungsoffenheit haben sich spezielle Einzelausprägungen herausgebildet, die den materiell begrenzten Gewährleistungsbereich konkretisieren.¹¹¹ Dazu lässt sich das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zählen.¹¹² Es erstreckt sich auf den intimen Sexualbereich des Menschen und damit auch auf das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität.¹¹³ Die Gewährleistung ist grundsätzlich unabhängig davon, ob die geschlechtliche Identität Ausfluss eigener Entscheidung oder genetisch-biologisch veranlagt ist.¹¹⁴ Vor allem die geschlechtliche Identifikation ist wesensstiftend für die eigene Identität, sei es im Zusammenhang mit der Selbstwahrnehmung oder für die Wahrnehmung durch Dritte.¹¹⁵ Daher sind intersexuelle Sportler in ihrer eigenen Selbstwahrnehmung sowie in der Entscheidung einem bestimmten Geschlecht zugehörig am Wettkampf teilnehmen zu wollen grundsätzlich geschützt.

In diesen geschützten Bereich könnte durch die Regelung zur Zulassung intersexueller Sportler in die Leistungsklasse der Frauen eingegriffen worden sein. Unter einem Eingriff wird jegliches Verhalten verstanden, welches die Ausübung eines grundrechtlich geschützten Verhaltens beschränkt oder erschwert.¹¹⁶ Die Regelung der Sportverbände knüpft an die Eigenschaft als intersexueller Mensch an und beschränkt den Zugang zur Leistungsklasse der Frauen. Zwar trägt der Verband vor, die Regelung solle die geschlechtliche Identität des Sportlers nicht in Frage stellen, sondern allein Leistungsgerechtigkeit schaffen,¹¹⁷ in der Sache werden jedoch intersexuelle Sportler, welche sich als Frauen identifizieren – sofern sie die Voraussetzungen nicht erfüllen – nicht als Frauen im sportlichen Sinne anerkannt und von der Teilnahme am Wettkampf unter anderen Frauen ausgeschlossen.¹¹⁸ Durch die Regelung werden diese in ihrer Entscheidung, als Frau an einem Wettkampf teilzunehmen, beeinträchtigt. Damit liegt ein Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung und somit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor.

2. Körperliche Unversehrtheit

Überdies könnte die körperliche Unversehrtheit der Sportler beeinträchtigt sein. Diese erfasst die Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinn aller lebenden

¹¹¹ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 80), Art. 2 Abs. 1 Rn. 148.

¹¹² BVerfGE 115, 1 (14 ff.); 116, 243 (259 ff.); 121, 175 (190 ff.); 128, 109 (123 ff.).

¹¹³ BVerfGE 128, 109 (124); *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, GG, Art. 2 Rn. 61.

¹¹⁴ *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig (Fn. 113), Art. 2 Rn. 61.

¹¹⁵ BVerfGE 147, 1 (22 ff.).

¹¹⁶ BVerfG, NVwZ 2018, 1224 f.; *Kingreen/Poscher* (Fn. 73), Rn. 340.

¹¹⁷ Vgl. Rule 1.1.4, 1.1.5 ERFC.

¹¹⁸ Vgl. Rule 1.1.2 ERFC.

Menschen,¹¹⁹ die durch die Zuführung von Stoffen beeinträchtigt werden kann.¹²⁰ Der intersexuelle Sportler, welcher die 2,5 nmol/L Grenze für Testosteron im Blut überschreitet, wird vom Wettkampf ausgeschlossen, wenn er sich nicht einer hormonellen Behandlung unterzieht. Aus dieser Zwangslage heraus, verstärkt durch das Monopol der Verbände, bleibt dem Sportler die Behandlung als einzige Alternative, um an Wettkämpfen teilnehmen zu können. Die selbstständige Einnahme hormonregulierender Medikamente, welche schädliche Nebenwirkungen hervorrufen können,¹²¹ kann nicht als selbstbestimmte Selbstschädigung angesehen werden. Es besteht somit ein Eingriff in die biologisch-physiologische Gesundheit und beeinträchtigt die körperliche Unversehrtheit.¹²²

3. Berufsfreiheit

Ferner könnte durch die Zulassungsbeschränkung die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt werden. Dabei beschränkt sich der Schutzbereich in persönlicher Hinsicht auf Deutsche, also deutsche Staatsbürger i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG.¹²³ Ausländische Sportler können sich nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Anderes gilt für EU-Ausländer, welche sich aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts gem. Art. 18 AEUV auch auf die Deutschengrundrechte berufen können.¹²⁴ Sachlich wird durch die Berufsfreiheit die Berufswahl, -ausübung und -ausbildung geschützt. Als Beruf gilt jede erlaubte und auf Dauer ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.¹²⁵ Übertragen auf den Sport ist nach den Professionalisierungsgraden zu differenzieren. Im Bereich des Höchstleistungssports ist ein zeitintensives Training erforderlich, um im Spitzenwettbewerb Höchstleistungen erbringen zu können. Jene Spitzensportler werden finanziell für ihre Leistungen bei der Teilnahme an Wettbewerben, sei es als angestellter Sportler eines bestimmten Verbandes, im Rahmen von Werbe- oder Sponsoringverträgen oder durch Prämien aufgrund einer hohen Platzierung, entlohnt.¹²⁶ Die dauerhafte Ausübung des Höchstleistungssports, gerichtet auf die Teilnahme an Wettkämpfen und unter Annahme finanzieller Leistungen, stellt einen Beruf dar. Anders ist dies im Breitensport, wo entsprechend zeitintensiv trainiert werden kann, der Sportler jedoch kein Entgelt zur Lebenserhaltung erhält. Kleinere

¹¹⁹ BVerfGE 56, 54 (73); *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 2 Rn. 193.

¹²⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 34.

¹²¹ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (217).

¹²² *Block* (Fn.5), S. 358.

¹²³ *Mann*, in: Sachs (Fn. 99), Art. 12 Rn. 33; *Wieland*, in: Dreier (Fn. 120), Art. 12 Rn. 56.

¹²⁴ *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 43; *Wieland*, in: Dreier (Fn. 120), Art. 12 Rn. 58; über eine „materiell verstärkte Position“ i.S.d. Art. 12 GG über Art. 2 Abs. 1 GG mit dem gleichen Ergebnis *Mann*, in: Sachs (Fn. 99), Art. 12 Rn. 34.

¹²⁵ BVerfGE 7, 377 (397); 105, 252 (265); 119, 59 (66); *Mann*, in: Sachs (Fn. 99), Art. 12 Rn. 45.

¹²⁶ *Vieweg/Müller*, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (892).

materielle Zuwendungen, soweit sie nicht zur Lebenserhaltung geeignet sind, reichen für die Qualifikation als Beruf nicht aus.¹²⁷ Diese Grenzziehung kann verschwimmen, sobald die materiellen Zuwendungen zwecks Sportförderungen im Freizeit- und Amateursport einen Umfang annehmen, welche die Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage gewährleisten.¹²⁸ Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist eröffnet, sofern der Sportler hinreichende Einkünfte zur Schaffung und Erhaltung dieser erzielt.

In den Schutzbereich könnte durch den Sportverband eingegriffen werden. Dafür ist zusätzlich erforderlich, dass der Maßnahme eine *subjektiv* oder *objektiv berufsregelnde Tendenz* innewohnt. Sie muss entweder auf die Berufsregelung zielen, sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirken oder in ihren mittelbaren Auswirkungen auf diese von einigem Gewicht sein.¹²⁹ Zwar wurde die Einschränkung des Eingriffsbegriffs auf eine berufsregelnde Tendenz für die Bewertung staatlichen Handelns entwickelt, allerdings lassen sich diese Grundsätze auf die mittelbare Drittwirkung übertragen.¹³⁰ Die Zulassungsregelung intersexueller Sportler betrifft unmittelbar die Teilnahme an Wettkämpfen in der Leistungsklasse Frauen. Der potentielle Ausschluss von der Teilnahme hindert den intersexuellen Sportler einerseits daran etwaige Siegesprämien zu erhalten und andererseits für seine Finanzierungspartner anzutreten, sodass eine erhebliche Gefahr besteht, der Förderung verlustig zu werden. Es liegt zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz vor. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt somit vor.

4. Allgemeine Handlungsfreiheit

Schließlich ist die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG zu beachten. Der persönliche Schutzbereich erfasst jedermann, sodass sich auch Ausländer, die vom Deutschengrundrecht Art. 12 Abs. 1 GG nicht geschützt werden, zumindest auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können.¹³¹ In sachlicher Hinsicht wird jedes menschliche Tun und Unterlassen ohne Rücksicht darauf geschützt, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.¹³² Hierbei handelt es sich um ein Auffanggrundrecht, welches einen umfassenden Grundrechtsschutz ge-

¹²⁷ Pfister/Steiner, „Berufssportler“, in: Pfister/Steiner (Fn. 30), S. 25 ff.; Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 13.

¹²⁸ Vieweg/Müller, in: FS Steiner (Fn. 35), S. 892.

¹²⁹ BVerfGE 13, 181 (185); 129, 208 (266 f.); Mann, in: Sachs (Fn. 99), Art. 12 Rn. 93 ff.; ablehnend Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 12 Rn. 74.

¹³⁰ Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 14.

¹³¹ BVerfGE 35, 382 (399); 78, 179 (196 f.); 104, 337 (347); Mann, in: Sachs (Fn. 99), Art. 12 Rn. 33; Wieland, in: Dreier (Fn. 120), Art. 12 Rn. 58.

¹³² BVerfGE 80, 137 (152); 113, 29 (45); Vieweg/Müller, in: FS Steiner (Fn. 35), S. 891.

währleisten soll. Daher wird die Sportausübung ungeachtet des Professionalisierungsgrades sachlich von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.¹³³ Diese geschützte Sportausübung wird unmittelbar durch die zielgerichtete und rechtlich verbindliche Zugangsbeschränkung der Verbände für intersexuelle Sportler beeinträchtigt.

5. Gleichbehandlungsgrundsatz

Die bestehende Regelung, die eine Überprüfung der Testosteronwerte erfordert, könnte eine Ungleichbehandlung der intersexuellen Sportler bedeuten. Die verfassungsrechtliche Bewertung einer Ungleichbehandlung richtet sich nach dem in Art. 3 GG vorgesehenen Gleichheitsschutz, soweit nicht speziell anderweitig geregelte Gleichheitsgarantien betroffen sind. Auf Art. 3 GG kann sich jedermann berufen, unabhängig von der Staatsbürgereigenschaft. Es handelt sich um ein Menschenrecht.¹³⁴ Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet einen allgemeinen Gleichheitssatz, der generell vor ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen vor dem Gesetz schützt.¹³⁵ Daneben sieht Abs. 2 ausnahmsweise positive Diskriminierungsmaßnahmen vor, um bestehende Ungleichbehandlungen zu beseitigen und Abs. 3 normiert Merkmale, die besonders gegen gezielte Diskriminierung geschützt werden sollen.

a. Allgemeiner Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG verbietet die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem und – negativ betrachtet – die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.¹³⁶ Gleichheit erfordert die Übereinstimmung bestimmter, nicht aber aller Eigenschaften der verglichenen Objekte i.S.e. partiell-faktischen Gleichheit.¹³⁷ Für die Beurteilung ist eine Vergleichsgruppe zu benennen, zu der, trotz gewisser Unterscheidungsmerkmale, eine wertmäßige Gleichheit herrscht.¹³⁸ Für die Bestimmung der Vergleichsgruppe wird ein gemeinsamer Bezugspunkt herangezogen (*tertium comparationis*), welcher den nächsthöheren Oberbegriff kennzeichnet (*genus proximum*). Im Rahmen der Leistungsklassenzuteilung anhand des Geschlechts treten intersexuelle Sportler mit biologisch weiblichen Sportler gemeinsam am jeweiligen Wettkampf an. Das gemeinsame Merkmal ist hier die Teilnahme am Wettkampf in der Frauenleistungsklasse. Daraus lässt sich der nächsthöhere Oberbegriff, der beide Personengruppen erfasst, ableiten. Die Eigenschaft als

¹³³ Vieweg/Müller, in: FS Steiner (Fn. 35), 888 (891); Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 5a ff.

¹³⁴ Sachs/Jasper, Der allgemeine Gleichheitssatz – Das Eingriffsmodell zu Art. 3 Abs. 1 GG als Abwehrrecht, JuS 2016, 769 (770).

¹³⁵ Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 3 Rn. 60.

¹³⁶ BVerGE 3, 58 (135); 18, 38 (46); 72, 141 (150); 84, 133 (158); 98, 365 (385).

¹³⁷ Alexy (Fn. 70), S. 362.

¹³⁸ Boysen, in: von Münch/Kunig (Fn. 113), Art. 3 Rn. 51; Sachs/Jasper (Fn. 134), 769 (771).

Sportler. Für die potentielle Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe Sportler sind intersexuelle Sportler mit biologisch weiblichen Sportler als Vergleichsgruppe zu vergleichen. Unterscheidungsmerkmal ist das Geschlecht.¹³⁹ Innerhalb der Gruppe müsste es zu einer Ungleichbehandlung gekommen sein. Hierunter ist eine abweichende Behandlung gegenüber der Vergleichsgruppe zu verstehen. Biologisch weibliche Sportler dürfen, soweit sie die Qualifikationsanforderungen des jeweiligen Wettkampfes erfüllen, am Wettkampf teilnehmen. Intersexuelle Sportler dürfen dies nur unter Einhaltung von Einschränkungen, die ansonsten zum Ausschluss aus der Leistungsklasse führen. Damit werden intersexuelle Sportler schlechter behandelt als biologisch weibliche Sportler. Es liegt eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung vor.

b. Besondere Diskriminierungsverbote

Mit dieser Ungleichbehandlung könnte darüber hinaus gegen das besondere Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstoßen worden sein. Dies beurteilt sich danach, ob wegen eines der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale diskriminiert wird. Als beeinträchtigtes Diskriminierungsmerkmal kommt das Geschlecht des Sportlers in Betracht. Allerdings ist fraglich, wie „Geschlecht“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auszulegen ist. Einerseits könnte „Geschlecht“ als Geschlechterverhältnis zwischen Mann und Frau zu verstehen sein, welches systematisch durch die Regelung in Art. 3 Abs. 2 GG eigenständig ausgeformt werde und entsprechend auszulegen sei.¹⁴⁰ Unter dieser Betrachtung würden die Regelungen für intersexuelle Sportler keine Unterscheidung zwischen Mann und Frau begründen, sodass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht einschlägig wäre.

Dagegen spricht indes, dass nicht nur eine Methode der Geschlechtsbestimmung besteht, sondern bei der Zuordnung auf verschiedene Betrachtungsweisen zurückgegriffen werden kann.¹⁴¹ Die Kriterien, wonach sich die Geschlechtsbestimmung bemisst ist aus dem Grundgesetz nicht ersichtlich. Darüber hinaus widerspricht der systematische Schluss zu Art. 3 Abs. 2 GG dem Wortlaut. Dieser spricht im Unterschied zu Abs. 2 nicht von Männern und Frauen, sondern abstrakt von „Geschlecht“.¹⁴² Ferner kann für eine Einbeziehung intersexueller Menschen in den Schutzbereich der Zweck des besonderen Diskriminierungsverbots geltend gemacht werden. Dieser will Angehörige strukturell diskriminierter Gruppen vor Be-

¹³⁹ *Jakob* (Fn. 35), 143 (147).

¹⁴⁰ *Henn*, in: *Dreier* (Fn. 120), Art. 3 Rn. 127; *Kischel*, in: *BeckOK GG*, 55. Ed. (Stand 15.5.2023), GG, Art. 3 Rn. 219.

¹⁴¹ Als unzulässige Vereinfachung kritisierend *Sachs*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 124), § 182 Rn. 42; *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 80), Art. 3 Abs. 2 Rn. 24.

¹⁴² *BVerfGE* 147, 1 (29); *Nußberger*, in: *Sachs* (Fn. 99), Art. 3 Rn. 288.

nachteiligungen schützen. Die Schutzbedürftigkeit trifft bei intersexuellen Menschen, die in einer überwiegend binär-geschlechtlich denkenden Gesellschaft von den Zuordnungsproblemen betroffen sind, besonders zu.¹⁴³ Angesichts dessen, dass die Begrenzung auf Mann und Frau in Grenzfällen an ihrer eigenen Ungenauigkeit scheitert und dem Kerngehalt des Diskriminierungsverbots entgegensteht, sind auch intersexuelle Menschen von dem Begriff Geschlecht erfasst.¹⁴⁴ Bei der Zulassung für die Leistungsklasse der Frauen knüpft die Regelung in Rule 2.2.1 lit. a ERFC unmittelbar an das Vorliegen einer bestimmten DSD Erkrankung an, also an eine Form der Intersexualität. Intersexuelle Sportler müssen sich der vorgesehenen Behandlung unterziehen und können vom Wettkampf ausgeschlossen werden, wohingegen weibliche Athleten gar nicht erst in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Daher liegt eine nachteilige Behandlung unmittelbar aufgrund des Geschlechts vor. Das besondere Diskriminierungsverbot ist einschlägig.

IV. Rechtfertigung

Bei einer Kollision von gegenläufigen Grundrechten sind diese in einen Ausgleich zu bringen. Dieser erfolgt mithilfe des Grundsatzes der praktischen Konkordanz, welcher besagt, dass die widerstreitenden Grundrechte in den schonendsten Ausgleich zu bringen sind, ohne dass ein Grundrecht hinter ein anderes vollständig zurücktreten darf.¹⁴⁵ Eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Grundrechte des Sportlers darf nicht erfolgen.¹⁴⁶ Der Maßnahme muss ein legitimer Zweck zugrunde liegen, welcher mit einem geeigneten und erforderlichen Mittel verfolgt wird, durch das nicht unangemessen in die Rechte des Betroffenen eingegriffen wird.¹⁴⁷ Die grundgesetzlichen Regelungsschranken und Maßstäbe gelten für die monopolistische Sportrechtssetzung in gleicher Weise wie für den Gesetzgeber.¹⁴⁸

¹⁴³ BVerfGE 147, 1 (28); *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Fn. 113), Art. 3 Rn. 175.

¹⁴⁴ So das Verständnis des Gesetzgebers, welcher aufgrund dessen von einer Aufnahme des Merkmals „sexuelle Identität“ in den Katalog in Art. 3 Abs. 3 GG abgesehen hat, vgl. BT-Drs. 17/4775, S. 5; *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 3 Rn. 447.

¹⁴⁵ BVerfGE 51, 324 (345); aus dem Optimierungsgebot für Grundrechte als Prinzipien herleitend *Alexy* (Fn. 70), S. 80.

¹⁴⁶ BGHZ 105, 306; BVerfGE 7, 198 (205 f.); *Musiol*, Verschärfung der Meldepflicht um Dopingkontrollverfahren, *SpuRt* 2009, 90 (92).

¹⁴⁷ BVerfGE 16, 147 (181); 63, 88 (115); 67, 157 (175); 81, 156 (188 ff.); *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 1 Rn. 277 ff.

¹⁴⁸ *Stern*, in: Schroeder/Kauffmann (Fn. 104), S. 155; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 89), Art. 9 Rn. 49.

1. Legitimer Zweck

Der Sportverband müsste mit seiner Zugangsbeschränkung für intersexuelle Sportler zunächst einen legitimen Zweck verfolgen. Hierbei muss besonders für die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG die Eingriffsintensität beachtet werden. In diesem Zusammenhang hat das BVerfG die sog. *Drei-Stufen-Theorie* entwickelt, welche je nach Art des Eingriffs unterschiedlich strenge Zweckvorgaben verlangt.¹⁴⁹ Auf der ersten Stufe steht die Berufsausübungsregelung, die zur Rechtfertigung vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls fordert.¹⁵⁰ Die zweite Stufe bildet die Berufswahlregelung anhand subjektiver Voraussetzungen, welche besonders wichtige Gemeinwohlbelange benötigt.¹⁵¹ Subjektive Voraussetzungen bemessen sich danach, ob sie an persönliche Eigenschaften des Adressaten anknüpfen und innerhalb seines Einflussbereiches liegen.¹⁵² Liegen die Voraussetzungen außerhalb dessen, handelt es sich um eine objektive Berufswahlregelung, die die dritte Stufe bildet. Hier kann eine Rechtfertigung nur aus überragend gewichtigen Allgemeinwohlinteressen folgen.¹⁵³

Die Zugangsbeschränkung bemisst sich im Wesentlichen danach, wie hoch das körperliche Testosteronlevel im Blut ist. Werden die maßgeblichen 2,5 nmol/L überschritten, wird der Sportler von der Teilnahme in der Leistungsklasse der Frauen ausgeschlossen. Zwar bliebe die Möglichkeit bei den Herren zu starten, allerdings gelten dort unter Umständen andere Regelungen hinsichtlich der Sportbetätigung sowie andere Leitungsvoraussetzungen für den Zugang. Es handelt sich nicht um eine Regelung, die die Art und Weise der Sportausübung bestimmt, sondern um den Ausschluss aus einem gesamten Sportzweig, welcher als eigenständige Berufsklasse eingeordnet werden kann. Die Berufswahl als Sportler innerhalb der Frauenklasse ist damit betroffen. Bei der Testosteronkonzentration im Blut handelt es sich um einen Umstand, auf den der jeweilige Sportler mittels einer Hormontherapie Einfluss ausüben kann.¹⁵⁴ Auch die personenstandsrechtliche Anerkennung als intersexuell oder weiblich liegt für den Sportler gem. § 45b PStG¹⁵⁵ innerhalb seines Einflussbereiches. Es handelt sich um eine subjektive Berufswahlregelung.

¹⁴⁹ BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

¹⁵⁰ BVerfGE 7, 377 (405); 16, 286 (297); 65, 116 (125); 70, 1 (28); 121, 317 (Rn. 95).

¹⁵¹ BVerfGE 13, 97 (107); 19, 330 (337); 25, 236 (247); 59, 302 (316); 69, 209 (218).

¹⁵² BVerfGE 9, 338 (345); 64, 72 (82); *Mann*, in: Sachs (Fn. 99), Art. 12 Rn. 130.

¹⁵³ BVerfGE 126, 112 (112).

¹⁵⁴ CAS (Semena)./IAAF) SpuRt 2019, 211 (217).

¹⁵⁵ Die Berufsfreiheit erfordert eine deutsche Staatsbürgerschaft, sodass auch das deutsche Personenstandsrecht maßgeblich ist. Folglich hat jeder Deutsche, der sich auf die „Drei-Stufen-Theorie“ beruft auch die Einflussmöglichkeit auf die eigene personenstandsrechtliche Anerkennung Anderes gilt indes, wenn eine Anwendung über Art. 18 AEUV erfolgt.

Die Sportverbände müssen besonders wichtige Anliegen des Sports geltend machen, die diese Regelung zwingend erforderlich machen.¹⁵⁶

Für die Zugangsbeschränkung zur Leistungsklasse der Frauen wird geltend gemacht, die Chancengleichheit der konkurrierenden Sportler gewährleisten zu wollen, damit allein Talent, Training, Hingabe und weitere sportverkörpernden Attribute den Ausgang des Wettkampfs bestimmen.¹⁵⁷ Die Chancengleichheit stellt ein fundamentales Prinzip des Sports dar, welches unerlässlich für die Durchführung von Wettkämpfen und die verbandsmäßige Zweckverfolgung ist.¹⁵⁸ Die Chancengleichheit zur Gewährleistung eines Leistungsvergleichs wahren zu wollen, ist ein legitimer Zweck.

2. Geeignetheit

Die Zugangsbeschränkung für intersexuelle Sportler müsste geeignet sein den verfolgten Zweck zu fördern.¹⁵⁹ Insofern ist die Bildung einer Leistungsklasse anhand des Geschlechts nur dann der Chancengleichheit förderlich, wenn im konkreten Fall aus dem Geschlecht auch ein Leistungsvorteil resultiert.¹⁶⁰ Hinter der Zugangsbeschränkung für intersexuelle Menschen steht die Erwägung, dass eine höhere Konzentration an Testosteron im Blut des Sportlers die sportliche Leistungsfähigkeit steigert und einen Leistungsvorteil begründet.¹⁶¹ Dadurch würden weibliche Sportler, die nicht in ähnlicher Weise den leistungssteigernden Wirkungen von Testosteron ausgesetzt waren, mit Sportlern konkurrieren, die nicht demselben Leistungsniveau entsprechen und demnach benachteiligt werden.¹⁶² Um dem entgegenzuwirken, wurde eine Obergrenze der Testosteronkonzentration im Blut auf 2,5 nmol/L festgesetzt.¹⁶³ Damit solle der hormonelle Vorteil intersexueller Sportler ausgeglichen werden, sodass Chancengleichheit zwischen intersexuellen Sportlern und weiblichen Sportlern bestehe.¹⁶⁴ Fraglich ist indes, ob der Leistungsvorteil aufgrund der Intersexualität tatsächlich besteht. Besonders problematisch ist der angebliche Leistungsvorteil aufgrund der personenstandsrechtlichen Anerkennung in Rule 3.2.1 ERFC. Der Leistungsvorteil ergibt sich – folgt man der Einschätzung

¹⁵⁶ *Fritzweiler*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 15.

¹⁵⁷ Siehe Rule 1.1.1 ERFC.

¹⁵⁸ *Fischer*, Die Autonomie der Sportverbände: Mehr Rechtssicherheit durch zweckorientierte Inhaltskontrolle, *SpuRt* 2019, 99 (101).

¹⁵⁹ BVerfGE 16, 147 (181); 63, 88 (115); 120, 274 (320); *Michaelis*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Gebrauchsanweisung für die Waage der Justitia, *JA* 2021, 573 (576).

¹⁶⁰ CAS (Semenya./IAAF) *SpuRt* 2019, 211 (216).

¹⁶¹ Siehe Rule 1.1.2, 1.1.3 ERFC; *Block* (Fn.5), S. 50.

¹⁶² *Block* (Fn.5), S. 49 f.

¹⁶³ Abweichendes kann sich aus der Übergangsvorschrift in Rule 12 ERFC ergeben.

¹⁶⁴ Siehe Rule 1.1.2, 1.1.3 ERFC.

des Verbandes – aus dem androgen auswirkenden Testosteronlevel, dem der Sportler ausgesetzt ist. Allein die Tatsache, dass ein intersexueller Sportler als Mann anerkannt ist, gibt keinen Aufschluss darüber, ob dieser auf dem Leistungsniveau von weiblichen oder männlichen Sportlern steht. Die Regelung in Rule 3.2.1 ERFC wirkt sich nicht auf die Chancengleichheit aus und ist ungeeignet diesen Zweck zu fördern. Die Regelung greift bereits auf der Ebene der Eignung unverhältnismäßig in die Rechte des intersexuellen Sportlers ein.

Daneben kann an dem Zusammenhang der Leistungsfähigkeit mit der Testosteronkonzentration gezweifelt werden. Wenn aus sportwissenschaftlicher Perspektive keine Einigkeit über den Zusammenhang von Testosteron und der Leistungsfähigkeit besteht, dürfe Testosteron nicht als Maßstab herangezogen werden. Es müsse ein hinreichender Zusammenhang dargelegt werden.¹⁶⁵ Im Zweifel habe man entsprechend zum Grundsatz *in dubio pro reo* zugunsten der betroffenen intersexuellen Sportler zu entscheiden.¹⁶⁶ Demgegenüber steht die Verbandsautonomie, welche gewährleistet, grundsätzlich eigene Angelegenheiten, zu denen auch die Sportausübung zählt, selbstständig zu regeln. Eine Beschränkung auf den zweifelsfreien Beweis würde die Verbände erheblich beschränken. Darüber hinaus handelt es sich bei dem Zweifelsgrundsatz um einen Beweiswürdigungsprinzip, dem selbst der Gesetzgeber außerhalb des Strafrechts in dem Umfang nicht unterliegt.¹⁶⁷ Die Reichweite eines Einschätzungsspielraums bemisst sich danach, wie intensiv der Eingriff in die betroffenen Grundrechte erfolgt. Je einschneidender die Beeinträchtigung ist, desto eingeschränkter ist der Spielraum für die Tatsachenbewertung.¹⁶⁸ Wenn der Gesetzgeber demnach einen Bewertungsspielraum hinsichtlich wissenschaftlicher Erkenntnisse zusteht, so muss dies erst recht für Private gelten, welche sich auf ihre grundrechtlich verbürgte Autonomie berufen können. Die sportwissenschaftlichen Untersuchungen widersprechen sich zwar teilweise in der Auswirkung von Testosteron auf die Leistungsfähigkeit, indes geht die überwiegende Mehrheit davon aus, dass intersexuelle Sportler infolge der erhöhten Testosteronkonzentration einen messbaren Leistungsvorteil haben.¹⁶⁹ Der DLV kann sich in der Durchsetzung der Vorgaben des World Athletics auf eine hinreichende Quellenlage berufen, sodass die Einschätzung der kausalen Beziehung zwischen der

¹⁶⁵ *Jakob* (Fn. 35), 143 (147); diesen noch ablehnend CAS, Az. 2014/a/3759 (Dutee Chand./AFI&IAAF), Rn. 547.

¹⁶⁶ *Block* (Fn.5), S. 359.

¹⁶⁷ *Huber*, Grundwissen – Strafprozessrecht: In dubio pro reo, JuS 2015, 596 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 17. Aufl. 2022, GG, Art. 20 Rn. 122 ff.

¹⁶⁸ BVerfGE 50, 290 (333); 62, 1 (50); 77, 170 (214); 90, 145 (173); 113, 348 (386); *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 89), Art. 1 Rn. 281.

¹⁶⁹ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (217); *Weichselgärtner*, Das AGG im Leistungssport, 2011, S. 207; *Wood/Stanton* (Fn. 25), 147; *Bermon/Garnier* (Fn. 25), 1309; *Handelsman/Hirschberg/Bermon* (Fn. 21), 803 (823); *Clark et al.* (Fn. 22), 15 (20); *Hirschberg* (Fn. 17), 81 (86).

Leistungsfähigkeit und der Konzentration an Testosteron im Blut nicht zu beanstanden ist. In der Folge ist die Teilnahmebeschränkung für intersexuelle Menschen, die 2,5 nmol/L überschreiten und dadurch vom androgenen Effekt des Hormons wesentlich stärker profitieren als Frauen, geeignet Chancengleichheit zu gewährleisten.

3. *Erforderlichkeit*

Ferner müsste die Maßnahme erforderlich gewesen sein. Die Erforderlichkeit bemisst sich danach, ob ein milderes gleichgeeignetes Mittel zur Wahl gestanden hätte.¹⁷⁰ Dafür käme die Bildung einer dritten Leistungsklasse für intersexuelle Sportler in Betracht. Hierdurch würde die Teilnahmemöglichkeit intersexueller Sportler untereinander eröffnet werden, bei der weibliche Sportler nicht mit überlegenen intersexuellen Sportlern konkurrieren müssten. Dies würde für intersexuelle Sportler keine Besserung bedeuten. Eine derartige Leistungsklasse wäre angesichts der geringen Anzahl an intersexuellen Menschen nicht ansatzweise einem solchen Wettbewerb ausgesetzt, wie die der biologischen Frauen und würde dementsprechend weniger öffentliche und finanzielle Beachtung finden.¹⁷¹ Ferner kann der Wunsch bestehen, weiterhin mit biologischen Frauen zu konkurrieren, wenn die eigene Identität als weiblich empfunden wird oder dort eine höhere Chance auf den Sieg besteht.¹⁷² Eine weitere Leistungsklasse wäre dem Interesse in der Leistungsklasse der Frauen zu starten nicht förderlich.¹⁷³ Gleichgeeignete, weniger eingriff-intensive Alternativen bestehen nicht. Die getroffene Maßnahme ist erforderlich.

4. *Angemessenheit*

Schließlich müssten die getroffenen Maßnahmen auch angemessen sein. Hierunter ist eine Zweck-Mittel Relation zu verstehen, bei der das Eingriffsgut gegenüber dem Schutzgut abgewogen wird. Danach darf das gewählte Mittel zur Förderung des verfolgten Zwecks nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen.¹⁷⁴ Der Maßstab für Regelungsschranken innerhalb einer monopolartigen Sportrechtssetzung ist vergleichbar mit denen, die für den staatlichen Gesetzgeber gelten.¹⁷⁵ Konkret bedeutet dies, dass die Zugangsbeschränkung für intersexuelle Menschen zur Gewährleistung von Chancengleichheit nicht außer Verhältnis in die Berufsfreiheit

¹⁷⁰ BVerfGE 30, 292 (316); *Michaelis* (Fn. 159), 573 (576).

¹⁷¹ So auch *Weichselgärnter* (Fn. 169), S. 209; *Pfister*, Das „dritte Geschlecht“ im Sport, SpuRt 2018, 1.

¹⁷² *Block*, Die Geschlechtertrennung im Sport unter Gesichtspunkten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (1. Teil), SpuRt 2012, 46 (49).

¹⁷³ *Pfister* (Fn. 171), 1; *Jakob* (Fn. 35), 143 (148).

¹⁷⁴ BVerfGE 30, 292 (316 f.); *Michaelis* (Fn. 159), 573 (577).

¹⁷⁵ *Stern*, in: Schroeder/Kauffmann (Fn. 104), 142 (154); *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 27), 2. Kap. Rn. 14.

(bei Ausländern in die allgemeine Handlungsfreiheit), das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die körperliche Unversehrtheit eingreifen darf. Ferner muss ein wesentlicher Grund dargelegt werden, welcher die Ungleichbehandlung rechtfertigt.¹⁷⁶ Dieser unterliegt den strengeren Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 GG, welcher für Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts zwingende biologische Gründe oder kollidierende Grundrechte als verfassungsimmanente Schranken erfordert.¹⁷⁷ Diese verfassungsimmanente Schranke stellt sowohl die Verbandsautonomie gerichtet auf die Ausgestaltung eigener Sportregelungen als auch das Interesse an Chancengleichheit der konkurrierenden weiblichen Sportler dar.

Einerseits kann angeführt werden, dass die Unterschiedlichkeit der körperlichen Grundvoraussetzungen dem Sport immanent ist. Vollkommene Chancengleichheit kann angesichts der natürlichen Unterschiedlichkeit von Körpern nicht bestehen. Ein hormoneller Leistungsvorteil könnte daher ebenso natürlicher Bestandteil des Sports sein, wie andere anatomische Vorteile, die sich förderlich auf die Ausübung der konkreten Sportart auswirken.¹⁷⁸ Dazu stellt die hormonelle Therapie des eigenen Körpers eine zusätzliche Belastung dar, die nicht zuverlässig in jedem Fall zur konstanten Senkung des Hormonspiegels führt. Es droht daher der unvorhergesehene Ausschluss trotz Durchführung der hormonellen Therapie, wenn entgegen der Regelung teilweise die 2,5 nmol/L überschritten werden.¹⁷⁹ Neben der körperlichen Belastung stellt die Verpflichtung sich intimen Untersuchungen zu unterziehen, um den Grad der Maskulinisierung festzustellen, einen tiefen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Sportlers dar. Zum einen besteht ein schutzwürdiges Interesse, private Umstände eigener Gesundheit nicht jedem offenbaren zu müssen und zum anderen resultiert aus einer Einstufung als männlicher Sportler aus hormoneller Perspektive eine erhebliche Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung, wenn das eigene Geschlecht nicht anerkannt wird.¹⁸⁰ Damit kann eine Stigmatisierung als „Betrüger“ eng verbunden sein, sodass über den unmittelbaren Ausschluss vom Wettkampf hinaus auch Folgebelastungen hinsichtlich des persönlichen Geltungsanspruchs entstehen können.¹⁸¹ Letztlich ist die Konsequenz eines Ausschlusses – insbesondere die fehlende Attraktivität für Sportförderungen und Sponsorings – für den einzelnen Sportler wirtschaftlich eine schwerwiegende Beeinträchtigung.¹⁸² Dies wird noch dadurch verstärkt, dass der Sportler aufgrund der

¹⁷⁶ Wesentlichkeit der Gleichheit oder Ungleichheit als Aspekt der Rechtfertigung auch bei *Alexy* (Fn. 70), S. 362 ff.

¹⁷⁷ BVerfGE 85, 191 (207).

¹⁷⁸ *Müller* (Fn. 6), 392 (405); *Block* (Fn.5), S. 356 f.

¹⁷⁹ CAS (Semena./IAAF) SpuRt 2019, 211 (219 f.).

¹⁸⁰ *Wegmann*, Im Blickpunkt: Rechtliche Probleme der Geschlechtsbestimmung im Sport, SpuRt 2010, 102 f.

¹⁸¹ *Müller* (Fn. 6), 392 (405).

¹⁸² *Weichselgärtner* (Fn. 169), S. 209; *Block* (Fn. 172), 46 (49).

monopolartigen Struktur der Sportorganisation keine alternativen Wettkämpfe zur Verfügung steht, um anderweitig antreten zu können.¹⁸³

Andererseits muss berücksichtigt werden, dass der Verband mit der Regelung versucht, seine selbstgesetzten Werte – die Chancengleichheit als tragendes Prinzip im Sport – umzusetzen. Dabei wird gleichzeitig versucht das Interesse der konkurrierenden Sportler, nur unter Sportlern anzutreten, die keine erheblichen körperlichen Vorteile haben, wahrzunehmen. Die geschilderte hormonelle Abweichung begründet einen unüberwindbaren Leistungsvorteil, welcher den Wettbewerb unter gleichen Bedingungen beeinträchtigt.¹⁸⁴ In der Konsequenz bestimmen nicht mehr Training, Ehrgeiz und Talent den Ausgang des Wettkampfs, sondern die hormonellen Körperunterschiede, die bereits bei geringen Vorteilen den ersten Platz sichern könnten und den Wettkampf bedeutungslos werden lassen.¹⁸⁵ Hiermit wird ein Kernprinzip des modernen Sports betroffen, sodass der Verbandszweck der Sportverbände erheblich tangiert wird. Darüber hinaus sieht die Regelung keinen prinzipiellen Ausschluss von Wettkämpfen vor, sondern eröffnet den intersexuellen Sportlern die Wahlmöglichkeit sich mittels einer Hormontherapie auf dasselbe Leistungsniveau konkurrierender Sportler zu begeben oder auf eine solche Behandlung zu verzichten.¹⁸⁶ Die Hormontherapie wird üblicherweise mit Verhütungsmitteln durchgeführt, welche weltweit verschrieben werden. Es handelt sich daher um eine erprobte Behandlung, dessen körperlichen Auswirkungen zumutbar sind.¹⁸⁷ Hierbei muss sich vor Augen geführt werden, dass die medizinische Behandlung gerade der Inklusion intersexueller Sportler dienen soll, die ansonsten einen erheblichen Leistungsvorteil gegenüber den übrigen Sportlern haben. Auch der Grenzwert 2,5 nmol/L liegt über dem normalen Testosteronspiegel bei Frauen, sodass intersexuellen Sportlern bereits ein Toleranzfenster eröffnet wird, innerhalb dessen keine Maßnahmen getroffen werden müssen.¹⁸⁸ Die Untersuchung der Bluttestosteronwerte fällt bei der Dopingkontrolle ohnehin an, sodass die Eingriffsintensität im Rahmen der Untersuchung sich in Grenzen hält.¹⁸⁹ Zudem gilt diese Beschränkung gem. Rule 3.4.1 ERFC allein für den internationalen Wettkampf. Außerhalb dieser engen Grenzen steht es dem Sportler frei, sich auf nationaler Ebene oder in anderen Leistungsklassen zu betätigen. Die getroffene Regelung stellt eine Kompromisslösung dar, die die Anwendbarkeit auf einen kleinen Kreis beschränkt und darüber hinaus Möglichkeiten eröffnet, weiterhin am Wettbewerb teilzunehmen.

¹⁸³ *Wegmann* (Fn. 180), 102.

¹⁸⁴ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (217); BG Urteil vom 29.07.2019 Az. 4A_248/2019 B.b.e.; *Bermon/Garnier* (Fn. 25), 1309; *Handelsman/Hirschberg/Bermon* (Fn. 21), 803 (823); *Hirschberg* (Fn. 17), 81 (86).

¹⁸⁵ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (216 f.).

¹⁸⁶ So Rule 2.2 ERFC.

¹⁸⁷ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (217); BG Urteil vom 29.07.2019 Az. 4A_248/2019 B.b.e.

¹⁸⁸ *Handelsman/Hirschberg/Bermon* (Fn. 21), 803 (824).

¹⁸⁹ CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (218).

In einer Gesamtbetrachtung sieht der Verband eine interessenvermittelnde Lösung vor. Damit wird partiell die Chancengleichheit zugunsten der intersexuellen Sportler beeinträchtigt. Daneben müssen intersexuelle Sportler, die ein wesentlich gesteigertes Testosteronniveau im Blut haben mit einem Ausschluss vom Wettkampf rechnen, um noch Chancengleichheit zu gewährleisten. Eine unangemessene Belastung der intersexuellen Sportler in den betroffenen Disziplinen ist hieraus noch nicht ersichtlich. Der sich aus der körperlichen Unterschiedlichkeit ergebende Differenzierungsgrund, getragen von der Verbandsautonomie, rechtfertigt noch ebenfalls die Unterscheidung anhand des Geschlechts. Die Zugangsbeschränkung zur Leistungsklasse der Frauen ist damit noch angemessen und abgesehen von dem kategorischen Ausschluss personenstandsrechtlich männlich anerkannter intersexueller Sportler auch verhältnismäßig.¹⁹⁰

5. Ergebnis

Die Regelung zur Zugangsbeschränkung intersexueller Sportler zu bestimmten Disziplinen im internationalen Wettbewerb bewegt sich im zulässigen Rahmen der Verbandsautonomie und schafft einen verhältnismäßigen Ausgleich der betroffenen Rechtspositionen der Sportler. Bei weiblichen intersexuellen Sportlern treten weder die Rechte der Vereinigung noch die Rechte der Sportler vollständig zurück. Eine Rechtsverletzung durch die ERFC besteht nicht. Anders fällt lediglich die Bewertung bei personenstandsrechtlich männlich anerkannten intersexuellen Sportlern aus. Diese Einschränkung ist ungeeignet den verfolgten Zweck zu fördern. Damit ist sie unverhältnismäßig und verletzt die Grundrechte der Sportler.

C. Fazit

Intersexualität im Sport stellt die traditionell gewachsene Unterscheidung von Leistungsklassen anhand des Geschlechts vor die besondere Herausforderung, einen verhältnismäßigen Ausgleich von Rechten der weiblichen und intersexuellen Sportler sowie der sportlichen Werte, die über die Verbandsautonomie geschaffen werden, herbeizuführen. Mit der Abwägung der Chancengleichheit gegenüber der sexuellen Selbstbestimmung sowie der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts sind äußerst sensible Rechtspositionen betroffen, bei denen jeder Kompromiss eine Seite auf seine Weise erheblich belastet. Dabei haben die Verbände, die die Wettkämpfe ausrichten und die Sportausübung regeln, zunächst das Recht die Abwägung selbst vorzunehmen, müssen dabei jedoch die grundrechtlich ge-

¹⁹⁰ So auch die Einschätzung des CAS (Semenya./IAAF) SpuRt 2019, 211 (217) und des BG im Urteil vom 29.07.2019 Az. 4A_248/2019 B.b.e; BGE 147 III 49 S. 56 zu jedoch den damals weniger restriktiven Bestimmungen, welche unter anderem die Testosterongrenze bei 5 nmol/L vorsahen und sich auf bestimmte Disziplinen beschränkten.

schützten Interessen der intersexuellen Sportler beachten. Auf die Frage, wie konkret die Sportorganisation zu erfolgen habe, kann das Verfassungsrecht keine Antwort liefern. Vielmehr werden durch die kollidierenden Grundrechte – gemessen an den Anforderungen einer praktischen Konkordanz – lediglich die Außengrenzen einer Regelung festgelegt. Innerhalb dieser Grenzen obliegt es dem Verband eine Lösung zu finden. Es besteht Ausgestaltungsspielraum für die Verbände, wie die einzelnen Güter auszugleichen sind. Dieser Ausgleich ist im Falle der ERFC erfolgt und im Wesentlichen mit dem Grundgesetz vereinbar. Dies sagt indes nichts darüber aus, ob aus sportethischer Sicht die Organisation der Leistungsklassen überdacht werden sollte. Es ist zu hinterfragen, ob der mögliche hormonelle Leistungsvorteil zugunsten einer universellen Inklusion hingenommen werden sollte, wie dies auch bei anderen körperlichen Vorteilen, die dem Sport als immanent gelten, der Fall ist. Die Chancengleichheit scheint durch die unbeschränkte Zulassung intersexueller Menschen erhalten zu bleiben, wenn die zulassungsunbeschränkten Disziplinen in die Betrachtung mit einbezogen werden. Dort können sich hormonell weibliche Athleten aktuell ebenfalls behaupten, ohne dass die ersten Ränge von intersexuellen Sportlern dominiert würden. Damit wird dem Prinzip universeller Inklusion zur Geltung verholfen, den Interessen intersexueller Sportler entsprochen und weiterhin die Chancengleichheit im Wesentlichen gewahrt, wenn auch nicht in gleicher Intensität.

Sportverbandsgerichtsbarkeit am Beispiel der ISU

*Annemarie Schaußp**

A. Einleitung

Noch im Januar 2014 attestierte der ehemalige Bundesverfassungsrichter Udo Steiner dem Verhältnis von Sportgerichten und staatlicher Gerichtsbarkeit ein Verhältnis „routinierter, verfassungsrechtlich unaufgeregter Koexistenz“.¹ Inzwischen ist mit dem Beschluss des BVerfG vom 3.6.2022 jedoch eine weitere Entscheidung im medienwirksamen Rechtsstreit zwischen der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein und der International Skating Union (ISU) um das Schiedsverfahren des Court of Arbitration for Sport (CAS) ergangen. Wie auch die Vorinstanzen hatte sich das BVerfG mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen Pechstein trotz Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung noch den Rechtsschutz staatlicher Gerichte in Anspruch nehmen kann.² Obwohl es sich auf den ersten Blick um eine privatrechtliche Streitigkeit handelt, geht es im Kern um die verfassungsrechtliche

* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Landgericht Bielefeld.

¹ Steiner, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SpuRt 2014, 2.

² BVerfG, SpuRt 2022, 322.

Frage, ob sich die Staatsgewalt über Entscheidungen privater Institutionen hinwegsetzen kann, um die Grundrechte ihrer Bürger³ zu schützen.⁴ Dem verfassungsrechtlich durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Interesse an einer verbandsautonomen Streitbeilegung stehen dabei sowohl der Justizgewährleistungsanspruch als auch die Berufsfreiheit von Pechstein gegenüber.⁵ Es besteht große Einigkeit, dass die Sportgerichtsbarkeit zur Verwirklichung der Chancengleichheit der Sportler zwingend erforderlich ist.⁶ Höchst unterschiedlich sind jedoch die Ansichten darüber, inwiefern der faktische Schiedszwang⁷ zugunsten des CAS mit den Grundrechten der Sportler in Einklang gebracht werden kann.

Die vorliegende Arbeit widmet sich dem Phänomen der Sportgerichtsbarkeit am Beispiel der ISU. Sie setzt dabei einen Schwerpunkt auf die rechtliche Bewertung des faktischen Schiedszwangs nach deutschem Recht. Die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen (vgl. § 1061 ZPO) und Fragen des IPR werden daher ausgeklammert. Im ersten Teil werden die ISU, ihre Sportgerichtsbarkeit und die in diesem Rahmen relevanten Grundrechtspositionen vorgestellt (B.). Das zweite Kapitel widmet sich der Causa Pechstein und den dazu ergangenen Entscheidungen deutscher Zivilgerichte, des EGMR und des BVerG (C.). Im dritten Abschnitt werden potenzielle Modifikationen für die Sportgerichtsbarkeit der ISU diskutiert und im Hinblick auf ihre Tauglichkeit und Durchführbarkeit geprüft (D.). Die Arbeit schließt mit einem Fazit (E.).

B. Die ISU und ihre Sportgerichtsbarkeit

In diesem Kapitel soll zunächst die in Art. 9 Abs. 1 GG verankerte Verbandsautonomie als Basis des sporttypischen Verbandssystems beleuchtet werden (I.). Anschließend wird die Organisationsstruktur der ISU als internationalem Sportverband erläutert (II.). Darauf aufbauend widmet sich der III. Teil der Sportgerichtsbarkeit der ISU. Der letzte Teil erläutert die im Hinblick auf die Sportgerichtsbarkeit relevanten Grundrechtspositionen der Sportler (IV.).

³ Der Einfachheit halber wird im gesamten Text die männliche Form verwendet; die weibliche Form ist selbstverständlich eingeschlossen.

⁴ *Croon-Gestefeld*, Der BGH und Pechstein: Transnationaler Konstitutionalismus sieht anders aus, *VerfBlog*, 7.6.2016, <https://verfassungsblog.de/der-bgh-und-pechstein-transnationaler-konstitutionalismus-sieht-anders-aus/> (zul. abger. am 12.3.2024).

⁵ Vgl. nur BGH, *SpuRt* 2016, 163 (167–168).

⁶ Siehe statt vieler *Adolphsen*, *Sportschiedsgerichtsbarkeit* Anfang 2016, *SpuRt* 2016, 46 (47).

⁷ S. für diesen Begriff etwa BVerG, *SpuRt* 2022, 322 (323).

I. Art. 9 Abs. 1 GG als Basis der Verbandsautonomie

Gem. Art. 9 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, sich zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks zu Vereinen zusammenzuschließen. Vergleichbare Gewährleistungen finden sich auch in anderen Rechtsordnungen.⁸ Es handelt sich um ein sog. Doppelgrundrecht, sodass sich der Schutzbereich der Norm über den Individualschutz hinaus auch auf die Vereinigung selbst erstreckt.⁹ Umfasst ist daher auch das Recht der Sportvereine, sich gemeinsam zu einer Dachorganisation zusammenzuschließen.¹⁰ Ein wichtiger Teilaspekt der Vereinigungsfreiheit ist die Verbandsautonomie, die dem organisierten Sport die Befugnis gewährt, frei von staatlichem Einfluss Sportvereine und -verbände zu gründen, aufzulösen und die interne Organisation auszugestalten.¹¹ Dies beinhaltet insbesondere auch die Befugnis, den eigenen sportbezogenen Werten durch private Normsetzung und -anwendung (sog. *lex sportiva*¹²) Geltungskraft zu verleihen.¹³ Damit korrespondiert das Recht, diese Regeln durch die Verhängung von Vereinsstrafen durchzusetzen¹⁴ und eine Sportgerichtsbarkeit mit einem Anspruch auf endgültige Entscheidungen zu implementieren (vgl. dazu B.III).¹⁵ Die Vereinsautonomie wird den Verbänden allerdings nicht als Selbstzweck gewährt, sondern um die Selbstentfaltung der Mitglieder zu ermöglichen.¹⁶ Diese könnten den sportspezifischen Zweck der Vereine – die Vereinheitlichung des Regelwerks – als Individuen nämlich nicht selbst verfolgen, sondern benötigen dafür das organisierte Verbandssystem (vgl. dazu sogleich B.II).¹⁷

⁸ Pfister/Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, 7. Kap. Rn. 7; in der Schweiz findet sich z.B. eine solche Gewährleistung in Art. 23 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

⁹ Krogmann, Grundrechte im Sport, 1998, S. 66; Merten, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. VII, 2009, § 165 Rn. 30; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 17. Aufl. 2022, Art. 9 Rn. 8, 11.

¹⁰ Merten, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 9), § 165 Rn. 29.

¹¹ Vieneg/Müller, Gleichbehandlung im Sport – Grundlagen und Grenzen, in: FS für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, 2009, 888 (894); Vieneg, in: Steiner/Walker, Von „Sport und Recht“ zu „Faszination Sportrecht“, 2016, 689 (697).

¹² Steinitz, Die Notwendigkeit der Umgestaltung Deutscher Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2020, S. 31.

¹³ Krogmann (Fn. 9), S. 58; Vieneg/Müller, in: Manssen/Jachmann/Gröpl (Fn. 11), 888 (894).

¹⁴ Hülskötter, Die (Un-)Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport, 2020, S. 75.

¹⁵ Vieneg/Müller, in: Manssen/Jachmann/Gröpl (Fn. 11), 888 (894).

¹⁶ Hülskötter (Fn. 14), S. 75 f.

¹⁷ Pfister, Autonomie des Sports, sport-typisches Verhalten und staatliches Recht, in: FS für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, 1991, 171 (180 f.); Hülskötter (Fn. 14), S. 75 f.

II. Die Organisationsstruktur der ISU

Die ISU wurde 1892 in Scheveningen gegründet¹⁸ und ist eine schweizerische juristische Person des Privatrechts.¹⁹ Sie ermöglicht die rechtliche Vereinheitlichung des professionellen Eislauts durch ihre für internationale Sportverbände typische monopolistische und hierarchische Organisation.²⁰ Die ISU hat eine Monopolstellung inne, weil sie der einzige internationale Weltsportfachverband für den Eislaut ist, der durch das IOC²¹ anerkannt ist, vgl. Art. 1 § 1 der ISU-Satzung. Sie setzt dieses sog. Ein-Platz-Prinzip²² auch gegenüber den nationalen Eislautspitzenverbänden durch, indem sie gem. Art. 6 § 1 ihrer Satzung nur einen Eislautspitzenverband pro Land und Sparte die ISU-Mitgliedschaft ermöglicht. Dieser wiederum muss bei Aufnahme in die ISU nachweisen, dass er den Eislaut als nationaler Verband in seinem jeweiligen Land kontrolliert, vgl. Art. 6 § 3 lit.a der ISU-Satzung. Die gleiche Beziehung besteht auch zwischen den nationalen Spitzenverbänden und den regionalen Verbänden, sodass sich ein pyramidenförmiger Aufbau des Eislautverbandswesens ergibt.²³

Darüber hinaus sichert die ISU die Einheitlichkeit ihres Regelwerks durch einen hierarchischen Aufbau ab.²⁴ Gem. Art. 7 § 1 lit.a iVm Art. 6 § 3 lit.b lit.v der ISU-Satzung sind die nationalen Spitzenverbände als unmittelbare Mitglieder nicht nur selbst an die ISU-Satzung gebunden, sondern auch satzungsmäßig zur Normenharmonisierung verpflichtet. Sie müssen durch eine entsprechende Ausgestaltung ihrer Satzung sicherstellen, dass alle ihre Mitglieder – also die regionalen Verbände – und damit letztlich alle Sportler an das Regelwerk der ISU gebunden sind.²⁵ Durch diese mehrfache Satzungsverankerung wird eine mittelbare Mitgliedschaft der Sportler im internationalen Dachverband konstruiert.²⁶

¹⁸ ISU, ISU History, [https://www.isu.org/inside-isu/about/history#:~:text=The%20International%20Skating%20Union%20\(zul.abger.am.12.3.2024\)](https://www.isu.org/inside-isu/about/history#:~:text=The%20International%20Skating%20Union%20(zul.abger.am.12.3.2024).).

¹⁹ Vgl. Art. 1 § 6 ISU Constitution and General Regulations 2022. Die ISU-Satzung ist abrufbar unter <https://www.isu.org/inside-isu/rules-regulations/isu-statutes-constitution-regulations-technical/29326-constitution-general-regulations-2022/file> (zul. abger. am 12.3.2024).

²⁰ Vgl. im Allgemeinen Pfister/Fritzweiler, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), Einf. Rn. 15.

²¹ IOC = Internationales Olympisches Komitee.

²² Vgl. im Allgemeinen Fechner/Arnhold/Brodjührer, Sportrecht, 2014, S. 32; Pfister/Fritzweiler, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), Einf. Rn. 15–16.

²³ Vgl. im Allgemeinen Vieveg, Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände, 1990, S. 61 f.; Fechner/Arnhold/Brodjührer (Fn. 22), S. 33; Vieveg, in: Steiner/Walker (Fn. 11), 689 (695).

²⁴ Vgl. im Allgemeinen Pfister/Fritzweiler, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), Einf. Rn. 15.

²⁵ Vgl. im Allgemeinen Vieveg (Fn. 23), S. 69.

²⁶ Alternativ kommt auch eine Bindung auf Basis eines Individualvertrags in Betracht. Vgl. im Allgemeinen Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 3. Kap. Rn. 227–228.

III. Die Sportgerichtsbarkeit der ISU

Innerhalb des Sportrechts lassen sich mit der Verbands-, der Schieds- und der staatlichen Gerichtsbarkeit drei verschiedene Arten von Gerichten unterscheiden, die potenziell zur Entscheidung sportrechtlicher Streitigkeiten berufen sind.²⁷ Im Folgenden werden die Charakteristika der der Verbands- (1.) und die Schiedsgerichtsbarkeit (2.) anhand der ISU beschrieben und ihr Verhältnis untereinander und zu den staatlichen Gerichten erörtert.

1. Die *Disciplinary Commission* als *Verbandsgericht*

Die ISU hat in Ausübung ihrer Verbandsautonomie gem. Art. 25 § 1 ihrer Satzung ein Verbandsgericht in Form der *Disciplinary Commission* geschaffen. Diese ist gem. Art. 25 § 1 der ISU-Satzung als erste Instanz für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten zwischen der ISU und den Sportlern vorgesehen. Die *Disciplinary Commission* ist als verbandsinternes Gericht nicht organisatorisch von der ISU getrennt. Aufgrund ihrer Einbettung in die körperschaftliche Struktur des Vereines ist sie vielmehr Organ der ISU selbst.²⁸ Die Verbandsgerichtsbarkeit ist dem Verfahren vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten vorgeschaltet und ersetzt dieses nicht.²⁹

2. Der *CAS* als *Schiedsgericht*

Die ISU hat das Schiedsverfahren vor dem CAS als Berufungsinstanz zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten vorgesehen, vgl. Art. 26 § 1, 6 der ISU-Satzung. Es sollen zunächst die allgemeinen Charakteristika der Schiedsgerichtsbarkeit und anschließend die CAS-Schiedsgerichtsbarkeit im Speziellen erörtert werden.

a) Allgemeine Charakteristika der Schiedsgerichtsbarkeit

Ein echtes Schiedsgericht iSd §§ 1025 ff. ZPO liegt unter drei Voraussetzungen vor. Erstens muss sich die Absicht zur Errichtung eines solchen eindeutig aus einer zwischen den Parteien geschlossenen Schiedsvereinbarung ergeben.³⁰ Unter einer Schiedsvereinbarung versteht man eine Vereinbarung, nach der die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis hervorgehenden Streitigkeiten ausschließlich durch ein bestimmtes Schiedsgericht entschieden werden sollen (vgl. § 1029 Abs. 1 ZPO).³¹

²⁷ *Walker*, Sportschiedsgerichtsbarkeit, *Ritsumeikan Law Review* No. 39 (2021), 81.

²⁸ Vgl. Art. 25 § 1 ISU-Satzung; vgl. im Allgemeinen *Walker* (Fn. 27), 81; *Orth*, in: *Cherkeh/Momsen/Orth*, Handbuch Sportstrafrecht, 2021, 2. Kap. Rn. 256.

²⁹ *Kräbe/Fritzweiler*, Rechtsgrundsätze zu vereins- und verbandsgerichtlichen Verfahren, *SpuRt* 2018, 246; *Orth*, in: *Cherkeh/Momsen/Orth* (Fn. 28), 3. Kap. Rn. 422.

³⁰ *Heermann*, Verbandsautonomie im Sport, 2022, IV. Kap. Rn. 146.

³¹ S. zu dem Begriff auch *Michaelis*, Der Schiedszwang im Profisport – Unter Besprechung der aktuellen Rechtsprechung am Fall Claudia Pechstein, *SchiedsVZ* 2019, 331 (333).

Zweitens müssen die Schiedsrichter ihr Amt neutral, unabhängig und unparteilich ausüben.³² Drittens muss die Schiedsverfahrensordnung beide Parteien gleich behandeln, d.h. ihnen die gleichen Rechte einräumen und rechtliches Gehör gewähren (vgl. § 1042 Abs. 1 ZPO). Dies beinhaltet z.B. den paritätischen Einfluss auf die Besetzung der Schiedsrichterliste.³³ Wenn eine wirksame Schiedsvereinbarung zugunsten eines echten Schiedsgerichts vorliegt, müssen Zivilgerichte eine Klage gem. § 1032 Abs. 1 ZPO (ggf. iVm § 1025 Abs. 2 ZPO) als unzulässig abweisen. Im Gegensatz zu den Verbandsgerichten stellen die organisatorisch vom Verband getrennten Schiedsgerichte³⁴ somit einen gleichartigen Ersatz für die Entscheidung durch staatliche Gerichte dar.³⁵ Die Funktion und Auswirkung einer schiedsrichterlichen Entscheidung steht derjenigen eines staatlichen Gerichts auch im Hinblick auf ihre Rechtskraft gleich (vgl. § 1055 BGB), sodass es sich um materielle Rechtsprechung handelt.³⁶ Aufgrund dieser weitreichenden Rechtsfolgen gilt die Freiwilligkeit als Fundamentalsatz des privaten Schiedsverfahrens.³⁷ Fehlende Freiwilligkeit hat die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge.³⁸

b) Die Organisationsstruktur des CAS

Der CAS ist sportartübergreifend tätig und ist das bedeutendste Sportschiedsgericht weltweit.³⁹ Er wurde 1984 als institutionalisiertes Sportgericht durch das IOC eingerichtet⁴⁰ und hat seinen Sitz in Lausanne (Schweiz).⁴¹ Die Verfahrensordnung des CAS ist im CAS-Code geregelt.⁴² Seit 1994 wird der CAS von der Stiftung „International Council of Arbitration for Sport“ (ICAS) verwaltet und beaufsichtigt.⁴³ Der

³² Heermann (Fn. 30), IV. Kap. Rn. 146.

³³ Heermann (Fn. 30), IV. Kap. Rn. 146.

³⁴ Orth, in: Jakob/Orth/Stopper, Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht, 2021, § 5 Rn. 2, 10 f.

³⁵ Walker (Fn. 27), 81; Bareuther, Transparenz in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2021, S. 208.

³⁶ Adolphsen, Internationale Dopingstrafen, 2003, S. 504; Pritting, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, in: FS für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005, 705 (707); Münch, in: Rauscher/Krüger, MüKo zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2020, Vorb. zu § 1025, Rn. 7.

³⁷ Geimer, in: Fisch u.a., Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz, 1994, 113 (163); Niedermaier, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen, 2013, S. 21; Hammer, Überprüfung von Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte in Deutschland, 2018, Rn. 198.

³⁸ Heermann, Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2014, 66 (79); Orth, in: Jakob/Orth/Stopper (Fn. 34), § 5, Rn. 27.

³⁹ Heermann (Fn. 30), IV. Kap. Rn. 147.

⁴⁰ Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 259; Walker (Fn. 27), 81.

⁴¹ Art. S1 CAS-Code. Der CAS-Code ist abrufbar unter https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Code_2022_EN_.pdf (zul. abger. am 12.3.2024).

⁴² Vgl. Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 259.

⁴³ Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 259.

CAS besteht aus drei Abteilungen, die wiederum mehrere Spruchkörper (eng. „panels“) benennen, vgl. Art. S20 CAS-Code. Die internationale Relevanz des CAS ist insbesondere im Zuge der Einführung des Welt-Anti-Doping-Codes (WADC) gestiegen,⁴⁴ da der Code gem. Art. 13.2.1 für Rechtsstreitigkeiten mit internationalem Bezug zwingend eine Entscheidung durch den CAS anstelle von staatlichen Gerichten vorsieht.⁴⁵

c) Vorteile der CAS-Schiedsgerichtsbarkeit

Wichtigste Vorteile des CAS sind die Einheitlichkeit und Schnelligkeit der Ahndung von Dopingvergehen, die gerade bei Wettkampfsperren eine große Rolle spielen und den effektiven Rechtsschutz und die Chancengleichheit der Sportler absichern.⁴⁶ Zudem verfügen Schiedsrichter über ein ausgeprägtes Fachwissen, welches bei staatlichen Richtern aufgrund der Geschäftsverteilung (vgl. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und des Umstandes, dass keine Spezialeinheiten für Dopingverfahren existieren, meist kaum vorhanden ist.⁴⁷ Ein letzter Vorteil liegt in der internationalen Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958.⁴⁸

d) Kritik an der CAS-Schiedsgerichtsbarkeit

Der CAS ist jedoch auch durch mehrere strukturellen Defizite geprägt, welche die Qualifikation des CAS als echtes Schiedsgericht iSd oben genannten Definition in Frage stellen.⁴⁹

aa) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.

Die Unabhängigkeit eines Schiedsgerichts beurteilt sich nach den Regeln zur Auswahl der Mitglieder und der Länge ihres Mandats, dem Schutz gegen äußere Beeinflussung und dem nach außen hervortretenden Eindruck.⁵⁰ Die Unparteilichkeit meint die Unvoreingenommenheit und Unbefangenheit der Schiedsrichter.⁵¹ Im

⁴⁴ *Summerer*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 261.

⁴⁵ Der WADA-Code ist abrufbar unter https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf (zul. abger. am 12.3.2024).

⁴⁶ *Adolphsen*, in: Adolphsen u.a., Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 1033; *Summerer*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 233; *Walker* (Fn. 27), 81 (83).

⁴⁷ *Adolphsen*, in: Adolphsen u.a. (Fn. 46), Rn. 1032.

⁴⁸ *Adolphsen*, in: Adolphsen u.a. (Fn. 46), Rn. 1035; *Walker* (Fn. 27), 81 (83).

⁴⁹ S.o. B.III.2.a). Die Qualifikation des CAS als echtes Schiedsgericht verneinend u.a. *Summerer*, Die Zukunft der Schiedsgerichtsbarkeit im Sport – Reformvorschläge für den CAS, SpuRt 2018, 197 (198).

⁵⁰ EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 140).

⁵¹ EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 141); *Walker* (Fn. 27), 81 (88).

Hinblick auf den CAS ist zunächst festzustellen, dass es sich bei der aus aktuell 381 Schiedsrichtern bestehenden Schiedsrichterliste⁵² gem. Art. R33 CAS-Code um eine geschlossene Liste handelt, d.h. für die am Verfahren Beteiligten besteht nur eine beschränkte Wahlfreiheit.⁵³ Hinzu kommt, dass bereits die Aufstellung der Liste maßgeblich durch die Sportverbände beeinflusst wird. Sie wird durch das verbandsdominierte ICAS-Präsidium⁵⁴ erstellt, vgl. Art. S6(4), S14 CAS-Code. Die Athleten haben somit keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der geschlossenen Schiedsrichterliste.⁵⁵ Zudem gibt es im Berufungsverfahren vor dem CAS keinen neutralen Geschäftsverteilungsplan,⁵⁶ sondern es werden gem. Art. R48, R53 CAS-Code zwei Schiedsrichter von den Parteien benannt und der dritte Schiedsrichter, der zugleich den Vorsitz innehat, vom Präsidenten der Berufungskammer, vgl. Art. R54 CAS-Code. Dieser wiederum wird gem. Art. S6(2) CAS-Code vom verbandsdominierten ICAS gewählt. Gerade im Berufungsverfahren, in dem es um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verbandsentscheidungen geht, ist daher ein Übergewicht der Verbände bei der Schiedsrichterbestimmung zu verzeichnen.⁵⁷

bb) Verfahrensgestaltung

CAS-Verfahren sind grundsätzlich nicht öffentlich, es sei denn, die Parteien einigen sich anderweitig.⁵⁸ Zwar kann ein nichtöffentliches Verfahren Imageschäden verhindern und die Kompromissbereitschaft erhöhen. Allerdings treten diese Interessen dann in den Hintergrund, wenn eine der Parteien ein öffentliches Verfahren beantragt, denn in diesem Fall muss der Befürchtung entgegengetreten werden, in dem nichtöffentlichen Verfahren einer Geheimjustiz ausgesetzt zu sein.⁵⁹ Der CAS hat im Zuge der Entscheidung des EGMR im Pechstein-Verfahren seine Verfahrensordnung dahingehend reformiert, dass in Berufungssachen auf Antrag einer Partei ein öffentliches Verfahren durchzuführen ist; diese Regel sieht jedoch zahlreiche Ausnahmen vor, vgl. Art. R57 CAS-Code.⁶⁰ Im Gegensatz zum deutschen

⁵² CAS, List of CAS Arbitrators by nationality (381), https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Liste_des_arbitres_par_nationalite_2022__sans_ADD__17.05.22.pdf (zul. abger. am 12.3.2024).

⁵³ Vgl. *Summerer* (Fn. 49), 197 (198); *Walker* (Fn. 27), 81 (90).

⁵⁴ *Thorn/Lasthaus*, Das Pechstein-Urteil des BGH – ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit?, IPRax 2016, 426 (429).

⁵⁵ *Monheim*, Das Ende des Schiedszwangs im Sport – Der Fall Pechstein, SpuRt 2014, 90 (92); *Thorn/Lasthaus* (Fn. 54), 426 (429).

⁵⁶ *Summerer* (Fn. 49), 197.

⁵⁷ *Wittmann*, in: Vieweg, Inspirationen des Sportrechts, 2016, 95 (107); *Summerer*, in: Vieweg, Erlanger Sportrechtstagungen 2018 und 2019, 2021, 117 (122).

⁵⁸ Vgl. Art. R43, R44.2 CAS-Code.

⁵⁹ *Summerer*, in: Vieweg (Fn. 57), 117 (125).

⁶⁰ Vgl. zur Reform auch *Summerer*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 276.

Zivil- und Strafprozess⁶¹ sieht der CAS-Code zudem keinen Anspruch auf die Wiederaufnahme bei neuer Beweislage vor. Diese Verfahrensgestaltung konfliktiert mit dem Rehabilitationsinteresse des Athleten (Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Interesse an materieller Gerechtigkeit.⁶² Schließlich hat vor dem CAS jede Partei grundsätzlich die eigenen Kosten zu tragen. Dieses Prozesskostenrisiko wird einen Einzelsportler idR stärker belasten als einen Sportverband.⁶³ Seit dem 1.1. 2019 ist in den „Guidelines of Legal Aid before the CAS“ eine Prozesskostenregelung vorgesehen, jedoch trifft der ICAS die Entscheidung darüber, ob Prozesskostenhilfe (PKH) gewährt wird. Die Entscheidung des ICAS kann nicht angegriffen werden.⁶⁴

IV. Relevante (Grund-)rechtspositionen auf Sportlerseite⁶⁵

Sowohl das Grundgesetz als auch die EMRK verbürgen Rechtspositionen, die durch die Sportgerichtsbarkeit der ISU betroffen sind. Da es sich bei der ISU und den Sportlern um Privatrechtssubjekte handelt, ist eine Rechtsstreitigkeit jedoch zunächst am Maßstab privatrechtlicher Rechtsnormen zu beurteilen.⁶⁶ Die Grundrechte sind gem. Art. 1 Abs. 3 GG nur im Staat-Bürger-Verhältnis unmittelbar anwendbar und finden, wie sich auch aus einem Umkehrschluss aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ergibt, im Privatrechtsverhältnis gerade keine unmittelbare Anwendbarkeit.⁶⁷ Nach überwiegender Auffassung stellen die Grundrechte jedoch nicht nur subjektive Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern auch eine objektive Werteordnung dar, welche eine Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht entfaltet.⁶⁸ Im Wege mittelbarer Drittwirkung ist ihr wertsetzender Gehalt daher bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln wie etwa §§ 138, 242 BGB zu berücksichtigen.⁶⁹ Nach der Lehre der praktischen Konkordanz sind die kollidierenden Grundrechtspositionen gegeneinander abzuwägen und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, bei dem grundsätzlich keine der grundrechtlich geschützten Positionen vollständig zurücktritt.⁷⁰ Auf Seite der Verbände ist hier Art. 9 Abs. 1 GG

⁶¹ Vgl. §§ 580 ZPO, 359 StPO.

⁶² *Orth*, Zur Zukunft der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Sport – auch in Deutschland, *SpuRt* 2015, 230 (232); *Summerer*, in: *Vieweg* (Fn. 57), 117 (125); *Walker* (Fn. 27), 81 (92).

⁶³ *Heermann* (Fn. 30), IV. Kap. Rn. 153.

⁶⁴ *Summerer*, in: *Vieweg* (Fn. 57), 117 (126).

⁶⁵ Bei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG handelt es sich nicht um ein Grundrecht, sondern um ein grundrechtsgleiches Recht. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist ebenfalls kein Grundrecht, sondern eine völkerrechtliche Rechtsposition.

⁶⁶ *Steiner*, in: *Tettinger/Vieweg*, Gegenwartsfragen des Sportrechts, 2004, 177 (183).

⁶⁷ Vgl. dazu *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 346.

⁶⁸ St. Rspr. des BVerfG, s. etwa BVerfGE 7, 198 (205, 207); BVerfGE 25, 256 (263).

⁶⁹ BVerfGE 89, 214 (229); *Vieweg/Müller*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl* (Fn. 11), 888 (899); *Epping* (Fn. 67), Rn. 347b.

⁷⁰ BVerfGE 89, 214 (232); *Epping* (Fn. 67), Rn. 347a.

von Relevanz (vgl. B.I.). Bei den betroffenen Rechtspositionen auf Sportlerseite handelt es sich um Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch und Art. 6 Abs. 1 EMRK.

1. Die Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG

Bei der Vertragsfreiheit handelt es sich um die wichtigste Ausprägung der Privatautonomie, die als Teilaspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist.⁷¹ Der Schutzbereich umfasst die Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit⁷² und somit auch Sportschiedsvereinbarungen iSd §§ 1025 ff. ZPO,⁷³ da es sich um zivilrechtliche Verträge über prozessrechtliche Beziehungen handelt.⁷⁴ Grundsätzlich ist der Vertragsschluss gerade Ausdruck parteilicher Freiheitsausübung und daher nicht als Grundrechtsverstoß qualifizierbar.⁷⁵ Anders ist dies nach dem BVerfG jedoch in Fällen gestörter Vertragsparität, in denen eine Partei aufgrund ihres Übergewichts den Vertragsinhalt faktisch allein bestimmen kann, die unterlegene Partei deswegen fremdbestimmt ist und durch den Vertragsschluss ungewöhnlich stark belastet wird.⁷⁶ Dann ist es Aufgabe der Zivilgerichte, dieses Ungleichgewicht durch entsprechende Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln auszugleichen.⁷⁷ Insofern erwächst dem Staat aus der Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG folgenden Sozialstaatsprinzip auch eine Schutzfunktion.⁷⁸ Zwischen der ISU und dem jeweiligen Sportler besteht ein durch die Monopolstellung des Verbandes bedingtes Machtgefälle.⁷⁹ Dies ist bei den Zivilgerichten bei der Auslegung einfachen Rechts zu berücksichtigen.

⁷¹ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 9), § 150 Rn. 1; *Dreier*, in: *Dreier*, Grundgesetz: Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 35; *Lang*, in: *Epping/Hillgruber*, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 5a; *Kunig/Kämmerer*, in: *von Münch/Kunig*, Kommentar zum GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 27.

⁷² *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz: Kommentar, Bd. 1, 100. EL Januar 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2022, § 3 Rn. 3.

⁷³ *Hülskötter* (Fn. 14) S. 67 f.

⁷⁴ BGHZ 48, 35 (46).

⁷⁵ *Rixen*, in: *Sachs*, Grundgesetz: Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 37a.

⁷⁶ BVerfGE 81, 242 (255); BVerfGE 89, 214 (232); BVerfGE 103, 89 (99).

⁷⁷ BVerfGE 81, 242 (255); BVerfGE 89, 214 (232).

⁷⁸ BVerfGE 89, 214 (232); *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 9), § 150 Rn. 100; *Hülskötter* (Fn. 14) S. 67.

⁷⁹ Vgl. im Allgemeinen *Kleen*, Perspektiven nationaler und internationaler Dopingbekämpfung, 2019, S. 52.

2. Die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG

Ein Beruf iSd Art. 12 Abs. 1 GG ist jede Tätigkeit, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁸⁰ Darunter fällt auch die Teilnahme an Wettkämpfen von Berufssportlern, die Gelder für ihre sportlichen Leistungen erhalten.⁸¹ Die von einem Sportgericht aufgrund eines Dopingverstoßes verhängte Sperre stellt im Spitzensport den gravierendsten Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit dar.⁸² Im Anbetracht der begrenzten Zeitspanne, in der ein Sportler zu sportlichen Höchstleistungen in der Lage ist, kommt bereits eine mehrjährige Sperre einem faktischen Berufsverbot gleich.⁸³ Aufgrund des Ein-Platz-Prinzips und der damit korrespondierenden Monopolstellung der Sportvereine ist es dem einzelnen Sportler zudem versagt, die Sperre durch einen Vereinsaustritt zu umgehen, da ihm auch in diesem Fall eine Teilnahme am organisierten Sport nicht mehr möglich ist.⁸⁴ Außerdem stellt es für den betroffenen Sportler eine besondere Herausforderung dar, das Leistungsniveau während der Sperre ohne die mit der Wettkampfteilnahme einhergehenden Vergleichsmöglichkeit aufrechtzuerhalten.⁸⁵ Die Sperre, welche an den Dopingverstoß – und daher an einen in der Person des Sportlers liegenden Umstand – anknüpft, ist nach alledem als subjektive Zulassungsvoraussetzung zu qualifizieren. Eine Rechtfertigung ist daher nur aufgrund besonders wichtiger Belange des Sports als Gemeinschaftsgut möglich.⁸⁶

Eine wirksame Schiedsvereinbarung ermöglicht es den Sportgerichten, über die Verhängung der Dopingsperre mit den für die Berufsfreiheit einhergehenden Konsequenzen eine Entscheidung zu treffen, die grundsätzlich nicht mehr durch staatliche Gerichte überprüft werden kann (vgl. § 1032 Abs. 1 ZPO).

3. Das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Ratio legis von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist die Verhinderung sachfremder Eingriffe in die Justiz.⁸⁷ Daher muss der zuständige Richter anhand einer rechtssatzmäßigen,

⁸⁰ BVerfGE 7, 377 (397); *Mann*, in: Sachs (Fn. 75), Art. 12 Rn. 45; *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig (Fn. 71), Art. 12 Rn. 27; *Jarass*, in: Jarass/Pierothen (Fn. 9), Art. 12 Rn. 6.

⁸¹ *Krogmann* (Fn. 9), S. 36; *Hülskötter* (Fn. 14) S. 76–77.

⁸² *Kleen* (Fn. 79), S. 56.

⁸³ *Krogmann* (Fn. 9), S. 108; *Kleen* (Fn. 79), S. 56.

⁸⁴ *Kleen* (Fn. 79), S. 56.

⁸⁵ *Kleen* (Fn. 79), S. 57.

⁸⁶ *Kleen* (Fn. 79), S. 57; vgl. dazu auch *Dreier*, in: Dreier (Fn. 71), Art. 12 Rn. 106.

⁸⁷ *Jachmann-Michel*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 72), Art. 101 Rn. 4; *Kment*, in: Jarass/Pierothen (Fn. 9), Art. 101 Rn. 7.

abstrakt-generellen und bestimmten Vorschrift bereits im Voraus festgelegt werden,⁸⁸ idR geschieht dies durch Geschäftsverteilungspläne.⁸⁹ Umfasst sind die staatlichen Gerichte als organisatorische Einheiten und Spruchkörper iSd Art. 92 GG; private Schiedsgerichte fallen mithin nicht in den Anwendungsbereich der Norm.⁹⁰ Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist insofern tangiert, als die Schiedsvereinbarung einen Verzicht auf den gesetzlichen Richter bedeutet.⁹¹

4. Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch

Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch ist nicht ausdrücklich im GG normiert und daher auch nicht klar verfassungsrechtlich konturiert.⁹² Er wird nach überwiegender Auffassung aus dem Rechtsstaatsprinzip iVm den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet.⁹³ Während die speziellere Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gegen subjektive Rechtsverletzungen durch Akte öffentlicher Gewalt gewährleistet, umfasst der Justizgewährleistungsanspruch als *lex generalis* auch bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten.⁹⁴ Er ist notwendiges Korrelat des staatlichen Rechtsprechungsmonopols (vgl. Art. 20 Abs. 2 iVm Art. 92, 97, 98 GG) und des Selbsthilfeverbots.⁹⁵ Der Anspruch umfasst neben dem Zugang zu den Gerichten auch einen wirkungsvollen Rechtsschutz, insbesondere durch eine richterliche Entscheidung in angemessener Zeit.⁹⁶ Durch ein Schiedsgericht wird die staatliche Gerichtsbarkeit nicht nur ergänzt, sondern sogar ersetzt.⁹⁷ Der Abschluss einer Schiedsvereinbarung widerspricht somit grundsätzlich dem

⁸⁸ Degenbart, in: Sachs (Fn. 75), Art. 101 Rn. 5.

⁸⁹ Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber (Fn. 71), Art. 101 Rn. 11 ff.; Degenbart, in: Sachs (Fn. 75), Art. 101 Rn. 6a; Kment, in: Jarass/Pieroth (Fn. 9), Art. 101 Rn. 11.

⁹⁰ Degenbart, in: Sachs (Fn. 75), Art. 101 Rn. 8.

⁹¹ Bleistein/Degenbart, Sportschiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht: Schiedsvereinbarungen und Anti-Doping-Gesetzgebung auf dem Prüfstand, NJW 2015, 1353 (1354); Thorn/Lasthaus (Fn. 54), 426 (427); Heermann, Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Pechstein-Urteil des BGH, NJW 2016, 2224 (2225).

⁹² Voßkuhle/Kaiser, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch, JuS 2014, 312 (313); Adolphsen (Fn. 6), 46 (48); Sommermann, in: V. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz: Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 322.

⁹³ BVerfGE 88, 118 (123); BVerfGE 93, 99 (107); BVerfGE 107, 395 (401).

⁹⁴ Papier, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 1, 5; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 9), Art. 20 Rn. 128–129.

⁹⁵ Papier, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 94), § 176 Rn. 8; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz: Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 211.

⁹⁶ Papier, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 94), § 176 Rn. 18, 21; Longrée/Wedel, Die Entscheidung über die Einrede der Schiedsvereinbarung nach § 1032 Abs. 1 ZPO als finaler verfassungs- und europarechtlicher Kontrollgegenstand – (K)ein Ende des Prozessmarathons im Fall Pechstein in Sicht?, SchiedsVZ 2016, 237 (238); Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 9), Art. 20 Rn. 135; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 95), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 220.

⁹⁷ Hülskötter (Fn. 14) S. 79.

Justizgewährleistungsanspruch. Da die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit auch Schiedsvereinbarungen umfasst (vgl. B.IV.1.), ist der Anspruch jedoch abdingbar.⁹⁸ Insbesondere enthält auch Art. 92 GG kein Verbot privater Rechtsprechung.⁹⁹ Eine privatautonome Streitentscheidung durch Verbands- und Schiedsgerichte ist somit nicht ausgeschlossen.¹⁰⁰ Ein Verzicht kann jedoch nur freiwillig erklärt werden,¹⁰¹ wobei Inhalt und Umfang des Freiwilligkeitskriteriums umstritten sind,¹⁰² wie sich an der Causa Pechstein zeigen wird.

5. Art. 6 Abs. 1 EMRK

Auf völkerrechtlicher Ebene findet sich mit Art. 6 Abs. 1 EMRK eine dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch ähnelnde Garantie.¹⁰³ Die EMRK steht auf der Rangstufe einfachen Gesetzesrechts;¹⁰⁴ hat aber aufgrund ihrer Funktion als Auslegungshilfe für die Grundrechte gleichwohl verfassungsrechtliche Bedeutung.¹⁰⁵ Zudem kommt der Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung des Grundgesetzes eine faktische Orientierungs- und Leitungsfunktion zu.¹⁰⁶ Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert jedermann, dass er in seiner Sache von einem auf Gesetz beruhenden, unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem öffentlichen Verfahren und innerhalb angemessener Frist angehört wird.

C. Die Sportgerichtsbarkeit im Fall Pechstein

Dieses Kapitel beschreibt zunächst den Ausgangssachverhalt der Causa Pechstein (I.). Anschließend werden die von deutschen Zivilgerichten, dem EGMR und dem BVerfG zu der Causa Pechstein ergangenen Gerichtsentscheidungen dahingehend untersucht, wie sie die Schiedsabrede zugunsten des CAS unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte beurteilen. Die Anforderungen an das Freiwilligkeitserfordernis werden unter VII. noch einmal vertieft behandelt.

I. Sachverhalt

Im Zuge ihrer Anmeldung für die Eisschnelllaufweltmeisterschaft in Hamar (Norwegen) am 7./8.2.2009 unterschrieb Pechstein eine für die Teilnahme notwendige

⁹⁸ Hülskötter (Fn. 14) S. 79.

⁹⁹ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 39).

¹⁰⁰ Papier, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 94), § 176 Rn. 13; Longrée/Wedel (Fn. 96), 237 (238 f.).

¹⁰¹ Steiner (Fn. 1), 2 (3); Pfister/Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 3. Kap. Rn. 515.

¹⁰² Hülskötter (Fn. 14), S. 80; Heermann (Fn. 30), IV. Kap. Rn. 236.

¹⁰³ Vgl. dazu Widdascheck, Der Justizgewährleistungsanspruch des Dopingsünder, 2018, S. 128.

¹⁰⁴ Papier, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 94), § 176 Rn. 9.

¹⁰⁵ BVerfG, NJW 2011, 1931 (1935).

¹⁰⁶ BVerfG, NJW 2011, 1931 (1935).

Wettkampfmeldung der ISU, die u.a. eine Schiedsvereinbarung zugunsten des CAS unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges enthielt.¹⁰⁷ Während des Wettkampfs wurden bei Pechstein nach einer Blutabnahme ein überhöhter Retikulozytenwert ermittelt, weswegen die ISU ihr Doping vorwarf.¹⁰⁸ Die Disciplinary Commission sperrte sie anschließend für zwei Jahre.¹⁰⁹ Pechstein ging gegen diese Entscheidung vor dem CAS vor, welcher die Sperre bestätigte.¹¹⁰ Auch Rechtsbehelfe vor dem Schweizerischen Bundesgericht blieben ohne Erfolg.¹¹¹ Die Rechtmäßigkeit der Sperre war auch im Nachgang weiterhin umstritten, da Pechsteins erhöhten Blutwerte auch Ursache einer vererbten Blutanomalie gewesen sein könnten.¹¹²

II. Urteil des LG München I (26.2.2014)

Pechstein wandte sich an die deutsche Gerichtsbarkeit und klagte vor dem LG München I gegen die Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft e.V. (DESG) und die ISU. Sie beehrte die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Dopingsperre, den Ersatz ihres im Zuge der Sperre entstandenen Schadens in Höhe von ca. 3,5 Mio. € sowie Schmerzensgeld und die Feststellung der Pflicht zum zukünftigen Schadensersatz.¹¹³ Die DESG und die ISU erhoben die Einrede der Schiedsvereinbarung gem. § 1032 Abs. 1 ZPO und beriefen sich somit auf die Unzulässigkeit der Klage.¹¹⁴ Pechstein argumentierte, die Schiedsvereinbarung sei aufgrund des faktischen Schiedszwanges unfreiwillig abgeschlossen worden und daher unwirksam.¹¹⁵ Das LG München I unterzog die Schiedsvereinbarungen einer Prüfung anhand von § 138 BGB bzw. Art. 27 Abs. 2 ZGB, wobei es den wertsetzenden Gehalt des Rechtsstaats- (Art. 20 Abs. 3 GG) und Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) berücksichtigte.¹¹⁶ Unter Verweis auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Vertragsfreiheit in strukturellen Ungleichgewichtslagen kam das LG zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Monopolstellung der Verbände kein Verzicht auf den Justizgewährleistungsanspruch auf privatautonomer Basis vorlag.¹¹⁷ Mithin führte

¹⁰⁷ LG München I, SpuRt 2014, 113 (114).

¹⁰⁸ LG München I, SpuRt 2014, 113 (114).

¹⁰⁹ LG München I, SpuRt 2014, 113 (114).

¹¹⁰ LG München I, SpuRt 2014, 113 (115).

¹¹¹ LG München I, SpuRt 2014, 113 (115).

¹¹² *Sturmberg/Trepper/Hempel*, Worum es im Fall Claudia Pechstein geht, 13.7.2022, <https://www.deutschlandfunk.de/fall-claudia-pechstein-doping-bundesverfassungsgericht-100.html#nachgewiesen> (zul. abger. am 12.3.2024).

¹¹³ LG München I, SpuRt 2014, 113.

¹¹⁴ LG München I, SpuRt 2014, 113 (116).

¹¹⁵ LG München I, SpuRt 2014, 113 (115).

¹¹⁶ LG München I, SpuRt 2014, 113 (117). Das ZGB ist das schweizerische Zivilgesetzbuch.

¹¹⁷ LG München I, SpuRt 2014, 113 (117 f.).

das LG München I eine sogenannte Abschlusskontrolle durch. Nach dieser Argumentationsart ist die Schiedsabrede zwischen Verband und Sportler aufgrund des vorhandenen Machtgefälles pauschal als nichtig anzusehen, da der Sportler kein echtes Wahlrecht hat. Denn in dieser Konstellation könne von einem freiwilligen Verzicht nicht die Rede sein.¹¹⁸ Die Eigenart der Abschlusskontrolle besteht darin, dass die Schiedsabrede bereits mangels echter Wahlmöglichkeit als nichtig qualifiziert wird, ohne dass die Verfahrensgestaltung vor dem CAS, zugunsten derer auf staatlichen Rechtsschutz verzichtet wird, genauer beleuchtet wird. Letzteres wird als sog. Inhaltskontrolle bezeichnet, in deren Rahmen die Freiwilligkeit der Entscheidung nicht generell verneint, sondern vielmehr anhand des konkreten Falls beurteilt wird. Der Begriff der Freiwilligkeit wird im Rahmen der Inhaltskontrolle insofern weiter gefasst, als zu dem durch das Machtgefälle bedingten Kontrahierungszwang weitere Umstände hinzutreten müssen, aufgrund derer sich die Schiedsabrede im Einzelfall als sittenwidrig erweist.¹¹⁹ Das LG München I stellte in seinem Urteil hilfsweise fest, dass auch eine Inhaltskontrolle aufgrund der fehlenden Öffentlichkeit und PKH im CAS-Verfahren zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung geführt hätte.¹²⁰ Gleichwohl war Pechstein vor dem LG nicht erfolgreich, da sie nach Ansicht des Gerichts aufgrund des rechtskräftigen CAS-Schiedsspruchs mit ihrem Begehren präkludiert war.¹²¹

Die vom LG durchgeführte strenge Abschlusskontrolle wurde teilweise als zu weitreichend kritisiert.¹²² Für den wirksamen Abschluss der Schiedsvereinbarung müsse vielmehr eine fehlerfreie Willenserklärung genügen.¹²³ Nach dem LG München I wären nämlich die meisten Schiedsvereinbarungen im Sport unwirksam.¹²⁴ Dies stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Verbandsautonomie dar,¹²⁵ die schließlich auch im Interesse der Sportler eine einheitliche Sportgerichtsbarkeit ermögliche.¹²⁶ Für die Argumentation des LG spricht jedoch das hohe Maß an Sensibilität für die Grundrechtsrelevanz des Rechtsstreits. Indem die Freiwilligkeit als unaufgebbare verfassungsrechtliche Prämisse¹²⁷ des Schiedsverfahrensrechts im Sinne eines echten Wahlrechts gedeutet wird, identifiziert das LG München I die

¹¹⁸ LG München I, SpuRt 2014, 113 (118).

¹¹⁹ Vgl. *Thorn/Lasthaus* (Fn. 54), 426 (428).

¹²⁰ LG München I, SpuRt 2014, 113 (118 f.).

¹²¹ LG München I, SpuRt 2014, 113 (123).

¹²² *Handschin/Schütz*, Bemerkungen zum Fall „Pechstein“, SpuRt 2014, 179 (181).

¹²³ *Niedermaier*, Schiedsvereinbarungen im Bereich des organisierten Sports – Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 26.2.2014 – 37 O 28331/12, SchiedzVZ 2014, 280 (283).

¹²⁴ *Brunk*, Der Sportler und die institutionelle Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2016, S. 82 f.

¹²⁵ *Thorn/Lasthaus* (Fn. 54), 426 (429).

¹²⁶ *Duvel/Rösch*, Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedzVZ 2014, 216 (223); *Wittmann*, Schiedssprüche des CAS vor schweizerischen und deutschen ordentlichen Gerichten, 2015, S. 194.

¹²⁷ *Steiner* (Fn. 1), 2 (3).

Schiedsvereinbarung nämlich neben einer privatautonomen Entscheidung gleichsam als Grundrechtsverzicht im Hinblick auf den Justizgewährleistungsanspruch.¹²⁸

III. Urteil des OLG München (15.1.2015)

Pechstein legte Berufung gegen das Urteil des LG München I im Hinblick auf die Klage gegen die ISU ein.¹²⁹ In seinem Zwischenurteil vom 15.1.2015 ist das OLG dem LG insofern entgegengetreten, als es die Schiedsvereinbarung zwischen der ISU und Pechstein nicht schon aufgrund einer Abschlusskontrolle mangels freier Willensbildung seitens der Klägerin als unwirksam qualifizierte.¹³⁰ Es bestimmte die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung vielmehr anhand einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle gem. § 134 BGB iVm § 19 GWB und führte im Rahmen dieser Prüfung eine Inhaltskontrolle durch.¹³¹ In diesem Kontext bemängelte es die vom ICAS aufgestellte geschlossene Schiedsrichterliste und die Bestimmung des vorsitzenden Schiedsrichters durch den Präsidenten der CAS-Berufungsabteilung. Das OLG attestierte dem CAS deswegen fehlende Neutralität. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liege vor, sodass die Schiedsvereinbarung im vorliegenden Fall gem. § 134 BGB iVm § 19 GWB unwirksam sei.¹³² Im Gegensatz zum LG war das OLG zudem der Auffassung, dass es nicht an den CAS-Schiedspruch gebunden sei. Es stellte somit die Zulässigkeit der Klage fest, ließ aber die Revision zum BGH zu.¹³³

Diese Entscheidung, die der Sportschiedsgerichtsbarkeit keine generelle Absage erteilt, ist zwar sportpolitisch wünschenswerter als das erstinstanzliche Urteil.¹³⁴ Allerdings argumentierte das OLG, dass die Verknüpfung eines angebotenen Wirtschaftsguts mit dem Verlangen nach einer Schiedsvereinbarung noch keinen die Freiwilligkeit ausschließenden Zwang darstelle.¹³⁵ Diese Betrachtungsweise vernachlässigt die sporttypische Besonderheit, dass es sich bei der ISU um eine Monopolistin handelt, sodass der Justizgewährleistungsanspruch der Klägerin nicht automatisch hinter die Verbandsautonomie zurücktritt, sondern vielmehr ein Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz gefunden werden muss.¹³⁶

¹²⁸ Vgl. LG München I, SpuRt 2014, 113 (117 f.).

¹²⁹ OLG München, SchiedsVZ 2015, 40 (41).

¹³⁰ OLG München, SchiedsVZ 2015, 40 (43).

¹³¹ OLG München, SchiedsVZ 2015, 40 (42).

¹³² OLG München, SchiedsVZ 2015, 40 (44 f.).

¹³³ OLG München, SchiedsVZ 2015, 40 (41, 46).

¹³⁴ *Brandner/Kläger*, Ein Sieg über (oder für) das System der Sportschiedsgerichtsbarkeit?, SchiedsVZ 2015, 112 (114).

¹³⁵ OLG München, SchiedsVZ 2015, 40 (44).

¹³⁶ *Heermann*, Zukunft der Sportschiedsgerichtsbarkeit sowie entsprechender Schiedsvereinbarungen im Lichte des Pechstein-Verfahrens sowie des § 11 RegE-AntiDopG, SchiedsVZ 2015, 78 (80).

IV. Urteil des BGH (7.6.2016)

Die ISU legte Revision gegen die Entscheidung des OLG ein. Der BGH qualifizierte den CAS explizit als echtes Schiedsgericht iSd §§ 1025 ff. ZPO.¹³⁷ Er argumentierte, dass im konkreten Fall der Einfluss der Parteien auf die Schiedsrichterwahl paritätisch war und der CAS unabhängig und unparteilich sei.¹³⁸ Zudem würden Verbände und Sportler im Hinblick auf das Ziel eines dopingfreien Sports gleichgerichtete Interessen vertreten.¹³⁹ Anschließend prüfte der BGH die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung wie auch das OLG anhand von § 134 BGB iVm § 19 GWB und führte – wie auch das OLG – eine Inhaltskontrolle durch. In der Interessenabwägung berücksichtigte er auf Pechsteins Seite den Justizgewährleistungsanspruch, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 12 Abs. 1 GG und auf Seite der ISU Art. 9 Abs. 1 GG.¹⁴⁰ Ein freiwilliger Verzicht auf den Justizgewährleistungsanspruch sei auch bei Fremdbestimmung dann gegeben, wenn den kollidierenden Grundrechtspositionen zu größtmöglicher Geltung verholfen werde. Dies sei mit Blick auf die Notwendigkeit eines vereinheitlichten Sportwesens und der Unabhängigkeit und Neutralität des CAS der Fall.¹⁴¹ Der BGH wies die Klage somit gem. § 1032 Abs. 1 ZPO als unzulässig ab.¹⁴²

Bei seiner Einordnung des CAS als echtes Schiedsgericht lässt der BGH außer Betracht, dass es zu einem CAS-Verfahren nur kommen kann, wenn der Athlet im Hinblick auf eine verhängte Dopingsperre seine Unschuld darlegen möchte.¹⁴³ Es handelt sich somit zwingend um höchst unterschiedliche Interessen, die von beiden Parteien im konkreten Fall verfolgt werden.¹⁴⁴ Zudem wurde die Benennung des jeweiligen Vorsitzenden durch den Präsidenten der Berufsabteilung, welche für das OLG München von tragender Bedeutung war, vom BGH nicht diskutiert. Gerade diese stellt jedoch einen schwerwiegenden strukturellen Mangel dar.¹⁴⁵ Der

¹³⁷ BGH, SpuRt 2016, 163 (Rn. 23).

¹³⁸ BGH, SpuRt 2016, 163 (Rn. 26, 30).

¹³⁹ BGH, SpuRt 2016, 163 (Rn. 32).

¹⁴⁰ BGH, SpuRt 2016, 163 (Rn. 58 f., 64 f.).

¹⁴¹ BGH, SpuRt 2016, 163 (Rn. 55 ff., 59, 62).

¹⁴² BGH, SpuRt 2016, 163 (Rn. 14, 22).

¹⁴³ *Prütting*, Das Pechstein-Urteil des BGH und die Krise der Sport-Schiedsgerichtsbarkeit, SpuRt 2016, 143 (146).

¹⁴⁴ *Prütting* (Fn. 143), 143 (146); *Bunte*, Anm. zu BGH 7.6.2016, KZR 6/15, EWiR 2016, 415 (416); *Wolff/Eslami*, Sport(zwangs-)schiedsgerichtsbarkeit oder wie lässt sich die privatautonome Entschließungsfreiheit der Schiedsgerichtsbarkeit absichern – Nachbetrachtung zum Fall Pechstein in: FS Geimer, 2017, 807 (814).

¹⁴⁵ *Prütting* (Fn. 143), 143 (146); *Opfermann*, Schiedsvereinbarungen zum CAS, 2021, S. 166.

BGH verkennt somit sowohl das tatsächlich vorhandene Maß an Verbandsdominanz im System des CAS als auch die divergierenden Interessen von Verbänden und Sportlern.¹⁴⁶

Bei der Beurteilung der Schiedsvereinbarung gelingt dem BGH zudem der semantische Spagat, die Klägerin habe sich „freiwillig“, aber zugleich „fremdbestimmt“ für die Schiedsvereinbarung entschieden.¹⁴⁷ Die Abwägung lässt ein Bewusstsein für die verfassungsrechtliche Dimension des Falls erkennen, schätzt diese jedoch als zu gering ein.¹⁴⁸ Zwar ist die einheitliche Ahndung von Dopingvergehen ein sportverbandlicher Kernzweck.¹⁴⁹ Für Pechstein besteht jedoch durch die Sperre ein faktisches Berufsverbot, sodass die konkrete Eingriffsintensität in den Schutzbereich Art. 12 Abs. 1 GG besonders schwerwiegend ist.¹⁵⁰ Auch der Justizgewährleistungsanspruch ist durch den vollständigen Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit¹⁵¹ im Kernbereich betroffen. Die zentrale Bedeutung der Entscheidung für diese Grundrechtspositionen hätte der BGH einer vertieften Betrachtung unterziehen können.

V. Urteil des EGMR (4.10.2018)

Im Mittelpunkt der Entscheidung des EGMR über die Individualbeschwerde Pechsteins stand die Frage nach der Vereinbarkeit der CAS-Schiedsgerichtsbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK. Der EMRK qualifizierte den CAS zunächst als ein auf einem Gesetz beruhendes Gericht iSd Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁵² Er stellte fest, dass Pechstein zur Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung gezwungen war und folgerte daraus, dass mangels wirksamen Verzichts der CAS den Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK vollumfänglich genügen müsse.¹⁵³ Der EGMR kam zu dem Ergebnis, dass weder aus dem Finanzierungsmodell noch aus der geschlossenen Schiedsrichterliste auf eine Abhängigkeit geschlossen werden könne.¹⁵⁴ Allerdings wurde trotz Antrags

¹⁴⁶ Heermann, Anm. zu BGH 7.6.2016, KZR 6/15, WRP 2016, 1022 (1023); Podszun, Anm. zu BGH 7.6.2016, KZR 6/15, JZ 2017, 208 (209).

¹⁴⁷ Heermann (Fn. 91), 2224 (2225).

¹⁴⁸ Heermann (Fn. 146), 1022 (1023); Croon-Gestefeld (Fn. 4).

¹⁴⁹ Duwe/Rösch (Fn. 126), 216 (223 f.).

¹⁵⁰ Bleistein/Degenhart (Fn. 91), 1353 (1355); Thöne, Von (Un-)Freiwilligkeit und (Un-)Parteilichkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit – ein Appell an das Bundesverfassungsgericht, SchiedsVZ 2020, 176 (181).

¹⁵¹ Vgl. B.III.2.a).

¹⁵² EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 148 f.).

¹⁵³ EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 95).

¹⁵⁴ EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 151 ff.).

seitens Pechsteins nicht öffentlich verhandelt, worin die Richter einen Verstoß gegen das Recht auf eine öffentliche Verhandlung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK sahen.¹⁵⁵ Aus diesem Grund sprach der EGMR Pechstein 8000€ Schadensersatz zu.¹⁵⁶

Die Richter Keller und Serghides bemängelten in ihrem Sondervotum allerdings, dass aufgrund der Verbandsdominanz im ICAS und den damit verknüpften Benennungsmodalitäten der CAS-Schiedsrichter gerade kein objektiver Nachweis der Unabhängigkeit vorliegt.¹⁵⁷

VI. Beschluss des BVerfG (3.6.2022)

Die von Pechstein eingelegte Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BGH hat das BVerfG aufgrund einer Verletzung des aus dem Justizgewährleistungsanspruch und Art. 6 Abs. 1 EMRK folgenden Anspruch auf Öffentlichkeit für begründet erklärt.¹⁵⁸ Aufgrund des strukturellen Übergewichts der ISU müsse ein Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz gefunden werden, damit sich Selbstbestimmung nicht in Fremdbestimmung verkehre.¹⁵⁹ Die vom BGH vorgenommene Abwägung zwischen Vertragsfreiheit, Verbandsautonomie und Justizgewährleistungsanspruch genüge aufgrund der Tatsache, dass der CAS-Code keine öffentliche Verhandlung vorsah und diese erfolglos beantragt wurde, nicht den Anforderungen des Justizgewährleistungsanspruchs und Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁶⁰ Der BGH habe verkannt, dass das Schiedsverfahren effektiven Rechtsschutz und rechtliche Mindeststandards gewährleisten muss.¹⁶¹ Die Schiedsvereinbarung sei daher nichtig.¹⁶² Das BVerfG hat das Urteil des BGH aufgehoben und die Sache an das OLG München zur Fortsetzung des Verfahrens zurückverwiesen.¹⁶³

Das BVerfG hat zwar die wichtige Aussage getroffen, dass der Schiedszwang im Grundsatz nicht verfassungsrechtlich zu beanstanden sei¹⁶⁴ und schafft Rechtsklarheit bzgl. der Notwendigkeit eines öffentlichen Verfahrens.¹⁶⁵ Darüber hinaus stellte es jedoch lediglich fest, dass eine richterliche Tätigkeit von nichtbeteiligten Dritten und neutral ausgeübt werden muss.¹⁶⁶ Inwiefern dies beim CAS der Fall ist, hat das BVerfG nicht abschließend beantwortet.¹⁶⁷

¹⁵⁵ EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 175 ff.).

¹⁵⁶ EGMR, SpuRt 2018, 253 (Rn. 195).

¹⁵⁷ EGMR, Sondervotum, SpuRt 2018, 253 (Rn. 2, 5 ff.).

¹⁵⁸ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 32, 36).

¹⁵⁹ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 41).

¹⁶⁰ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 34 ff.).

¹⁶¹ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 36 f.).

¹⁶² BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 51).

¹⁶³ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 52).

¹⁶⁴ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 40).

¹⁶⁵ *Barenther*, Das Bundesverfassungsgericht zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit und Öffentlichkeit der Verhandlung im CAS-Verfahren, *SpoPrax* 2022, 361 (365).

¹⁶⁶ BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 53).

¹⁶⁷ Vgl. BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 53).

VII. Zusammenfassung und vertiefende Betrachtung

Die unterschiedliche gerichtliche Beurteilung der ISU-Sportgerichtsbarkeit im Fall Pechstein ist Beweis für die dogmatischen Herausforderungen, die mit der rechtlichen Einordnung des faktischen Schiedszwangs im Sport einhergehen. Dabei reicht das Spektrum möglicher Argumentationslinien von der strengen Abschlusskontrolle des LG München I im Sinne eines echten Wahlrechts über die kartellrechtliche Inhaltskontrolle des OLG, welches eine Unwirksamkeit der Schiedsabrede nur im konkreten Fall annimmt, bis hin zu der Entscheidung des BGH, der dem Ansatz des OLG folgte, aber im Rahmen der Interessenabwägung eine Wirksamkeit bejahte. Der EGMR wich der Frage insofern aus, als er durch die Qualifikation des CAS als Zwangsgerichtsbarkeit dessen Rechtsschutzsystem unmittelbar an Art. 6 Abs. 1 EMRK maß; das BVerfG stellte zwar eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Schiedszwangs fest, beleuchtete dann aber im Schwerpunkt die fehlende Öffentlichkeit des Verfahrens. Besonders die Entscheidungen der Zivilgerichte haben dabei gezeigt, dass es im Kern um die Frage geht, unter welchen Voraussetzungen der Abschluss der Schiedsvereinbarung freiwillig erfolgt. Wie bereits festgestellt, muss sich die Schiedsabrede in jedem Fall an den zivilrechtlichen Generalklauseln messen lassen, in deren Rahmen die Grundrechte aufgrund ihrer Ausstrahlungswirkung mittelbare Bedeutung erlangen. Die konfligierenden Grundrechtspositionen müssen nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in einen schonenden Ausgleich gebracht werden. Jedoch ließe sich argumentieren, dass aufgrund des gleichzeitigen Grundrechtsverzichts auf den Rechtsschutz durch den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)¹⁶⁸ *zusätzlich* auch die Maßstäbe des Grundrechtsverzichts gegenüber dem Staat Anwendung finden müssen. Diese beiden Ansätze sollen hier noch einmal vertieft dargestellt (1. und 2.) und bewertet (3.) werden.

1. Die Schiedsvereinbarung als zivilrechtlicher Vertrag

Ausgehend von der Überlegung, dass die Schiedsvereinbarung einen Vertrag zwischen Privaten darstellt,¹⁶⁹ kommen die Grundrechte zwischen den Parteien mittelbar über §§ 138, 242 BGB zur Anwendung. Im Rahmen einer Inhaltskontrolle muss hier das Interesse am freiwilligen Abschluss der Vereinbarung seitens des Sportlers mit dem Interesse des Vereins an einer einheitlichen Schiedsgerichtsbarkeit abgewogen werden, wobei auf Seiten des Vereins die konkrete Verfahrensausgestaltung

¹⁶⁸ Heermann (Fn. 38), 66 (70).

¹⁶⁹ BGHZ 48, 35 (46).

zu berücksichtigen ist.¹⁷⁰ Ein Minus an Freiwilligkeit kann demnach durch eine erhöhte Kontrolle rechtsstaatlicher Verfahrensstandards kompensiert werden.¹⁷¹ Dieser Ansatz wurde sowohl vom OLG München als auch vom BGH gewählt, wenn auch mit unterschiedlichem Ergebnis.

Vertreter dieser Auffassung argumentieren, dass der Gesetzgeber durch die Streichung des ursprünglich in § 1025 Abs. 2 ZPO aF normierten Freiwilligkeitserfordernisses und die Einführung von § 1034 Abs. 2 ZPO¹⁷² zum Ausdruck gebracht hat, dass mangelnde Freiwilligkeit nicht mehr die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge haben soll.¹⁷³ Zudem wird argumentiert, der Gesetzgeber habe durch die Einführung von § 11 AntiDopG seine Kompetenz zur Verfassungskonkretisierung wahrgenommen und entschieden, dass sich aus dem Justizgewährleistungsanspruch kein echtes Wahlrecht im Sinne einer Abschlusskontrolle ergibt.¹⁷⁴ Darüber hinaus wird auf die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands zur Umsetzung des WADA-Codes¹⁷⁵ verwiesen, der eine ausschließliche Zuständigkeit des CAS vorsieht.¹⁷⁶

2. Die Schiedsvereinbarung als Grundrechtsverzicht gegenüber dem Staat

Die Schiedsvereinbarung könnte jedoch zusätzlich am Maßstab des Grundrechtsverzichts gegenüber dem Staat zu prüfen sein. § 1032 Abs. 1 ZPO stellt systematisch gesehen zugleich eine Eingriffsnorm dar, auf deren Grundlage staatliche Gerichte den Zugang zur Justiz durch Klageabweisung verweigern müssen.¹⁷⁷ Durch die Schiedsvereinbarung wird somit zugleich einen Grundrechtsverzicht auf den Justizgewährleistungsanspruch gegenüber dem Staat erklärt.¹⁷⁸ Dieser ist gegenüber dem Sportler unmittelbar grundrechtsgebunden, Art. 20 Abs. 3 GG. Ein solcher Ver-

¹⁷⁰ Wittmann (Fn. 126), S. 194 ff.; Thorn/Lasthaus (Fn. 54), 426 (429); Adolphsen, in: Württembergischer Fußballverband e. V., 40 Jahre wfv-Sportrechtsseminare: 1975–2015 – Nationales und internationales Sportrecht im Überblick, 2016, 31 (38 f.).

¹⁷¹ Thorn/Lasthaus (Fn. 54), 426 (429).

¹⁷² § 1034 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass im Falle eines strukturellen Übergewichts einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts, die andere Partei bei Gericht eine andere Ernennung beantragen kann.

¹⁷³ Adolphsen (Fn. 36), S. 561; Oschütz, Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2005, S. 210; Thorn/Lasthaus (Fn. 54), 426 (429).

¹⁷⁴ Niedermaier (Fn. 123), 280 (282); Adolphsen (Fn. 6), 46 (49); Hülskötter (Fn. 14), S. 157 f.

¹⁷⁵ WADA = Welt-Anti-Doping-Agentur.

¹⁷⁶ Adolphsen, in: Adolphsen u.a. (Fn. 46), Rn. 1151.

¹⁷⁷ Hammer, Das Prinzip der Freiwilligkeit als Fundamentalsatz der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: FS Geimer, 2017, 169 (175); Pfister/Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 3. Kap. Rn. 516.

¹⁷⁸ Hammer, in: FS Geimer (Fn. 177), 169 (175 f.); Pfister/Summerer, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 3. Kap. Rn. 516.

zicht muss freiwillig und inhaltlich hinreichend konkret sein, sodass der Verzichtende die Folgen abschätzen kann.¹⁷⁹ Demnach liegt Freiwilligkeit nur bei echter Wahlfreiheit vor¹⁸⁰ und es muss eine Abschlusskontrolle nach dem Vorbild des LG München I durchgeführt werden. Eine Fremdbestimmung kann insbesondere auch nicht durch die Grundrechtspositionen der überlegenen Partei im Rahmen einer Interessenabwägung gerechtfertigt werden.¹⁸¹ Für diese Betrachtungsweise spricht, dass dem Staat bei Fehlen eines echten Wahlrechts aufgrund des Justizgewährleistungsanspruchs und der Berufsfreiheit eine justizielle Schutzpflicht zukommt.¹⁸²

3. Stellungnahme

Die Orientierung an der völkerrechtlichen Verpflichtung aus dem WADA-Code hat zwar den Vorzug, dass ein Völkerrechtsbruch grundsätzlich zu vermeiden ist. Sofern die Umsetzung des WADA-Codes jedoch einen Verfassungsverstoß bedeutet, muss die Regel jedoch entweder verfassungskonform ausgelegt werden¹⁸³ oder der Völkerrechtsbruch hingenommen werden. Völkerrechtsverträge nehmen in der deutschen Normenhierarchie den Rang eines einfachen Bundesgesetzes ein (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG). Das verfassungsrechtlich verankerte Freiwilligkeitserfordernis kann daher durch dieses Argument nicht infrage gestellt werden.¹⁸⁴

Gegen eine Abschaffung des Freiwilligkeitserfordernisses durch die Aufhebung von § 1025 Abs. 2 aF ZPO spricht, dass der Freiwilligkeitsschutz aufgrund seines verfassungsrechtlich abgesicherten Kerns nicht vollumfänglich zur Disposition des einfachen Gesetzgebers steht und sich daher auch nach Aufhebung der Norm immer noch direkt aus der Verfassung ergibt.¹⁸⁵ Eine Abschlusskontrolle kann weiterhin anhand von § 138 BGB durchgeführt werden.¹⁸⁶ Darüber hinaus ist auch der Wille des Gesetzgebers nicht so eindeutig ermittelbar, wie es von Vertretern der erstgenannten Betrachtungsweise mit Verweis auf § 11 AntiDopG dargestellt wird. Würde man nämlich die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung ausschließlich anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln einer Inhaltskontrolle unterziehen, kämen die Grundrechte auch im Verhältnis von Sportler und Staat mittelbar, und

¹⁷⁹ *Epping* (Fn. 67), Rn. 112.

¹⁸⁰ *Monheim*, Die Freiwilligkeit von Schiedsabreden im Sport und das Rechtsstaatsprinzip, *SpuRt* 2008, 8 (9 ff.); *Maibold*, Strategien und Instrumente zivil- und verbandsrechtlicher Dopingverfahren in Deutschland, *SpuRt* 2013, 95 (96); *Heermann* (Fn. 136), 78 (80).

¹⁸¹ *Hammer*, in: FS Geimer (Fn. 177), 169 (177).

¹⁸² *Heermann* (Fn. 38), 66 (73); *Bleistein/Degenhart* (Fn. 91), 1353 (1355); *Pfister/Summerer*, in: *Pfister/Fritzweiler/Summerer* (Fn. 8), 3. Kap. Rn. 516.

¹⁸³ *Heermann* (Fn. 38), 66 (73 f.).

¹⁸⁴ *Heermann* (Fn. 38), 66 (74).

¹⁸⁵ *Monheim* (Fn. 180), 8 (10); so im Ausgangspunkt auch *Haas/Hauptmann*, Schiedsvereinbarungen in „Ungleichgewichtslagen“ – am Beispiel des Sports, *SchiedsVZ* 2004, 175 (181).

¹⁸⁶ LG München I, *SpuRt* 2014, 113 (117 f.); *Monheim* (Fn. 180), 8 (10).

nicht unmittelbar zur Anwendung. Eine solche Begrenzung unmittelbarer Grundrechtsgeltung bedarf aber einer gesetzlichen Grundlage, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG. Dem Wortlaut des § 1032 Abs. 1 ZPO ist eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen; vielmehr spricht der Eingriffscharakter der Norm dafür, dass sie unmittelbar am Verfassungsrecht gemessen werden muss.¹⁸⁷ Auch die Verbände sind trotz ihrer Monopolstellung mangels Gesetzgebungskompetenz keine Ersatzgesetzgeber, die die Schiedsgerichtsbarkeit einseitig anordnen könnten.¹⁸⁸ Die ausschließliche Durchführung einer Inhaltskontrolle hat somit zwar den Vorteil, dass anhand der Umstände des Einzelfalls eine Abwägung vorgenommen werden kann. Die aktuell vorhandene Sportschiedsgerichtsbarkeit könnte somit als solche erhalten bleiben.¹⁸⁹ Aufgrund der genannten verfassungsrechtlichen Bedenken ist das Freiwilligkeitserfordernis im Sinne eines echten Wahlrechts jedoch keiner Relativierung zugänglich.¹⁹⁰ Dies stellt das Sportverbandswesen zwar vor ein Dilemma, andererseits ist es ob der rechtsstaatlichen Bedeutung des Justizgewährleistungsanspruchs folgerichtig, dass Einschränkungen des Freiwilligkeitserfordernisses der Legislative vorbehalten bleiben.¹⁹¹

D. *De lege ferenda* – Reformoptionen

Da das gegenwärtige System der Sportgerichtsbarkeit nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit den Grundrechten der Sportler in Einklang gebracht werden kann, besteht *de lege lata* immer die Gefahr, dass deutsche Gerichte die Einrede des § 1032 Abs. 1 ZPO mangels wirksamer Schiedsvereinbarung ablehnen und es zu einem Prozess vor einem staatlichen Gericht kommt. Dies liegt allerdings aufgrund der in Kapitel B.III.2.c) genannten Vorteile der Sportgerichtsbarkeit weder im Interesse der Verbände noch im Interesse der Sportler.¹⁹² In diesem Kapitel sollen daher die Verstaatlichung der Sportgerichtsbarkeit (I.), die Etablierung eines echten Wahlrechts für Sportler (II.), die Reformierung des CAS (III.) und die potenzielle

¹⁸⁷ *Hammer*, in: FS Geimer (Fn. 177), 169 (175).

¹⁸⁸ *Heermann* (Fn. 38), 66 (70); so aber *Haas*, Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK, SchiedsVZ 2009, 73 (76).

¹⁸⁹ *Duwe/Rösch* (Fn. 126), 216 (223); *Adolphsen* (Fn. 6), 46 (47, 51).

¹⁹⁰ *Heermann*, Grenzen einer verbandsfreundlichen Auslegung des Merkmals Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen, in: GS Unberath, 2015, 159 (173); *Hammer*, in: FS Geimer (Fn. 177), 169 (177).

¹⁹¹ *Heermann* (Fn. 38), 66 (76); *Hammer*, in: FS Geimer (Fn. 177), 169 (177).

¹⁹² Die Notwendigkeit der Sportgerichtsbarkeit betonend auch *Pfeiffer*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen – Bemerkungen zum Pechstein-Urteil des Landgerichts München I vom 26. Februar 2014, SchiedsVZ 2014, 161 (165); *Heermann* (Fn. 38), 66 (76); *Adolphsen* (Fn. 6), 46 (51); *Widdascheck* (Fn. 103), S. 310.

gesetzliche Verankerung der Sportschiedsgerichtsbarkeit (IV.) als Reformoptionen vorgestellt und bewertet (V.) werden.

I. Verstaatlichung der Sportgerichtsbarkeit

Eine Möglichkeit der Ausgestaltung des Sportrechtsschutzes wäre die Streiterledigung durch staatliche Gerichte. Es könnten eigene Senate, z.B. nach dem Vorbild der Kartellsenate, auf der Ebene der Oberlandesgerichte eingerichtet werden, die mit den besonderen Anforderungen des Sportes vertraut sind.¹⁹³ Eine weitere Option wäre ein auf völkerrechtlicher Grundlage von Staaten gegründeter und finanzierter Weltsportgerichtshof. Durch eine staatlich unterstützte Ausgestaltung von Organisation und Verfahren könnte der strukturellen Überlegenheit der Verbände entgegen gewirkt werden.¹⁹⁴

II. Etablierung eines echten Wahlrechts

Es käme auch in Betracht, den Sportlern eine selbstbestimmte Abwägung der Vor- und Nachteile der staatlichen und schiedsgerichtlichen Rechtsschutzoption zu ermöglichen.¹⁹⁵ So sieht etwa die Muster-Athletenvereinbarung der DOSB¹⁹⁶ eine freie Wahlmöglichkeit des Athleten vor.¹⁹⁷

III. Reform des CAS-Verfahrens

Eine weitere Möglichkeit wäre die Behebung der strukturellen Probleme der CAS-Sportschiedsgerichtsbarkeit. Hier käme zunächst die Ersetzung der geschlossenen Schiedsrichterliste durch eine offene Liste in Betracht. Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit etwa verfügt bereits über eine offene Liste, ohne dass dies von Nachteil für ihre Funktionsfähigkeit wäre.¹⁹⁸ Darüber hinaus könnte dem Verbandsübergewicht bei der Besetzung des CAS und bei der Benennung des Vorsitzenden durch eine Abänderung des CAS-Codes zugunsten der Sportler entgegen gewirkt werden.¹⁹⁹ Dafür bedürfte es einer organisierten, weltweiten Interessenvertretung der Athleten. In Betracht käme hier ein Ausbau der 2017 gegründeten Interessenvereinigung Athleten Deutschland e.V.²⁰⁰ Darüber hinaus wäre eine Erweiterung der bereits eingeführten PKH möglich, die zudem ein Rechtsmittel gegen die

¹⁹³ Dies vorschlagend, aber letztlich ablehnend *Widdascheck* (Fn. 103), S. 308.

¹⁹⁴ Dies vorschlagend, aber letztlich ablehnend *Lungstras*, Das Berufungsverfahren vor dem CAS im Lichte der Verfahrensgarantien gem. Art. 6 EMRK, 2019, S. 169.

¹⁹⁵ *Steiner* (Fn. 1), 2 (4).

¹⁹⁶ DOSB = Deutscher Olympischer Sportbund.

¹⁹⁷ *Widdascheck* (Fn. 103), S. 310 f.

¹⁹⁸ *Thorn/Lasthaus* (Fn. 54), 426 (430); *Summerer*, in: Vieweg (Fn. 57), 117 (121).

¹⁹⁹ *Summerer*, in: Vieweg (Fn. 57), 117 (121 f.).

²⁰⁰ *Summerer*, in: Vieweg (Fn. 57), 117 (122).

Verweigerung der PKH seitens des ICAS vorsehen könnte.²⁰¹ Zur Sicherung materieller Gerechtigkeit und der Rehabilitation von Athleten wäre ferner ein Wiederaufnahmeverfahren, etwa nach Vorbild des § 359 StPO, wünschenswert.²⁰² Zudem sollte der Grundsatz der Öffentlichkeit, insbesondere vor dem Hintergrund der EGMR- und BVerfG-Rechtsprechung, ausgeweitet werden. Dies ist im reformierten CAS-Code zwar auf Antrag möglich (vgl. Art. R57 CAS-Code), dieser sieht jedoch einige Ausnahmen vor, die reduziert werden könnten.²⁰³

IV. Gesetzliche Verankerung der Sportschiedsgerichtsbarkeit

Es bestünde ferner die Möglichkeit, eine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung von Schiedsgerichtsverfahren im Sport einzuführen.²⁰⁴ Ein solches Gesetz müsste verfassungskonform ausgestaltet werden. Fraglich ist, ob mit § 11 Anti-DopG bereits eine taugliche Rechtsgrundlage existiert. Ein Blick in die Gesetzesbegründung zeigt, dass der Gesetzgeber Zweifel an der Wirksamkeit von Schiedsabreden als solchen ausräumen möchte und stattdessen eine einzelfallbezogene Inhaltskontrolle befürwortet.²⁰⁵ Diese beabsichtigte „Klarstellung“²⁰⁶ ist dem Wortlaut der Norm jedoch nicht eindeutig zu entnehmen. Dieser kann aufgrund der Wortwahl („können [...] schließen“) auch als eine lediglich deklaratorische Bestätigung des Status quo verstanden werden.²⁰⁷ Zudem erstaunt, dass der Gesetzgeber die Beeinträchtigung der Sportlerrechte mit dem kurzen Verweis auf die sportspezifischen Besonderheiten für gerechtfertigt hält,²⁰⁸ und die „vereinzelte“ geäußerten verfassungsrechtlichen Zweifel pauschal als unerheblich qualifiziert.²⁰⁹ Im Anbetracht der Eingriffsintensität wäre hier eine präzise Konkretisierung des Anwendungsbereichs und eine vertiefte Auseinandersetzung mit den kollidierenden Grundrechtspositionen zur Herstellung praktischer Konkordanz wünschenswert gewesen.²¹⁰ Aufgrund seiner Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit stellt § 11

²⁰¹ *Summerer*, in: Vieweg (Fn. 57), 117 (126).

²⁰² *Orth* (Fn. 62), 230 (232).

²⁰³ *Summerer*, in: Pfister/Fritzweiler/Summerer (Fn. 8), 7. Kap. Rn. 276.

²⁰⁴ *Heermann* (Fn. 38), 66 (78); *Pfeiffer* (Fn. 192), 161 (165).

²⁰⁵ BT-Drs. 18/4898 vom 13.05.2015, S. 39.

²⁰⁶ BT-Drs. 18/4898 vom 13.05.2015, S. 39.

²⁰⁷ *Heermann*, Einf. einer gesetzlich vorgeschriebenen Sportschiedsgerichtsbarkeit durch die Hintertür?, *SpuRt* 2015, 4 (5 f.).

²⁰⁸ BT-Drs. 18/4898 vom 13.05.2015, S. 39.

²⁰⁹ BT-Drs. 18/4898 vom 13.05.2015, S. 38.

²¹⁰ *Heermann* (Fn. 207), 4 (6 f.); *Westphalen*, Sportschiedsgerichtsbarkeit – kritische Anmerkungen zum Entwurf von § 11 Anti-Doping-Gesetz, *SpuRt* 2015, 239 (240 f.); *Steinitz* (Fn. 12), S. 226 f.

AntiDopG somit noch keine hinreichende Rechtsgrundlage zur gesetzlichen Legitimierung des Schiedszwangs dar.²¹¹ Eine Rechtsgrundlage müsste mithin erst durch den Gesetzgeber geschaffen werden.

V. Stellungnahme

Der Verstaatlichung der Sportgerichtsbarkeit auf nationaler Ebene ist zwar der Vorteil immanent, dass die Grundrechte dann unmittelbar Anwendung finden und die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Freiwilligkeitskriterium ausgeräumt wären.²¹² Allerdings würde die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung im internationalen Sport aufgrund divergierender Entscheidungen erheblich beeinträchtigt.²¹³ Gegen die Errichtung eines Weltsportgerichtshofs spricht auch der mangelnde politische Wille seitens der Staaten zur Einrichtung einer solchen Institution.²¹⁴ Zudem würde eine staatliche Ausgestaltung gleich auf welcher Ebene außer Betracht lassen, dass die Sportgerichtsbarkeit die prozessuale Kehrseite privat-autonomer Rechtssetzung ist.²¹⁵ Sie würde daher mit dem Grundgedanken eines verbandsautonomen Sports konfligieren.²¹⁶

Für die Einführung eines echten Wahlrechts spricht, dass hier in besonders überzeugender Weise die Entscheidungsfreiheit des Athleten unter Beibehaltung des verbandlichen Gerichtssystems abgesichert wird.²¹⁷ Im Anbetracht der Vorteile würden sich so wohl viele Athleten freiwillig für die Sportgerichtsbarkeit entscheiden.²¹⁸ Allerdings würde die einheitliche Regeldurchsetzung selbst bei wenigen Entscheidungen für die staatliche Gerichtsbarkeit erheblich erschwert werden.²¹⁹ Der World Anti-Doping Code sieht zudem die ausschließliche Letztzuständigkeit des CAS vor, sodass ein Wahlrecht auch den deutschen völkerrechtlichen Verpflichtungen widersprechen würde.²²⁰

Eine CAS-Reform erscheint zur Beseitigung der in der Rechtsprechung und in Kapitel B.III.2.d) besprochenen Defizite des CAS unumgänglich.²²¹ Die als Reak-

²¹¹ So auch *Bleistein/Degenhart* (Fn. 91), 1353 (1356); *Heermann* (Fn. 136), 78 (87); *Widdascheck* (Fn. 103), S. 287; *Steinitz* (Fn. 12), S. 226 f.

²¹² *Widdascheck* (Fn. 103), S. 310.

²¹³ *Lungstras* (Fn. 194), S. 151.

²¹⁴ *Widdascheck* (Fn. 103), S. 311.

²¹⁵ Vgl. *Pfeiffer* (Fn. 192), 161 (165).

²¹⁶ *Lungstras* (Fn. 194), S. 169.

²¹⁷ *Kleen* (Fn. 79), S. 83.

²¹⁸ *Monheim* (Fn. 180), 8 (11).

²¹⁹ *Duwe/Rösch* (Fn. 126), 216 (226–227); *Heermann* (Fn. 38), 66 (77).

²²⁰ *Haas* (Fn. 188), 73 (75); *Duwe/Rösch* (Fn. 126), 216 (227).

²²¹ *Bleistein/Degenhart* (Fn. 91), 1353 (1356); *Kleen* (Fn. 79), S. 86.

tion auf die EGMR-Entscheidung eingeführten erweiterten Möglichkeiten eines öffentlichen Verfahrens²²² haben bereits gezeigt, dass die Bereitschaft besteht, das Schiedsverfahren an rechtsstaatliche Grundsätze anzupassen. Unter C.VII.3. wurde jedoch festgestellt, dass das Problem der Wirksamkeit faktisch aufgezwungener Schiedsvereinbarungen durch eine Reform des CAS-Schiedsverfahrens allein nicht relativiert werden kann.²²³ Daher ist zusätzlich eine einfachgesetzliche Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit erforderlich, die sowohl mit den angesprochenen Grundrechtsgewährleistungen, als auch mit dem Parlamentsvorbehalt und der Wesentlichkeitslehre in Einklang stehen muss. In Betracht käme eine Änderung der ZPO,²²⁴ die für aus internationalen Wettkämpfen resultierende Dopingstreitigkeiten mit explizit benannten Monopolverbänden wie z.B. der ISU eine Streitbeilegung durch den CAS festlegt. Die Regelung könnte die Umsetzung der unter D.III. genannten Reformen explizit zur Tatbestandsvoraussetzung machen. Ein solcher Rechtssatz würde in den Justizgewährleistungsanspruch, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und die Verbandsautonomie aus Art. 9 Abs. 1 GG eingreifen und müsste daher verfassungskonform, insbesondere verhältnismäßig sein. Art. 9 Abs. 1 GG enthält keine geschriebenen Schranken für die Ausübung der Vereinigungsfreiheit,²²⁵ sodass nur verfassungsimmanente Schranken in Betracht kommen.

Legitimer Zweck muss somit ein Rechtsgut von Verfassungsrang sein.²²⁶ Zweck des Gesetzes wäre die Kompensation des Ungleichgewichts zwischen Verbänden und Sportlern und somit der Schutz des Justizgewährleistungsanspruchs und der Berufsfreiheit der Sportler (Art. 12 Abs. 1 GG).²²⁷ Die Anordnung einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit, die rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt und gleichzeitig die Vorteile der Sportgerichtsbarkeit mit sich bringt, ist zur Erreichung dieser Zwecke auch geeignet. Erforderlich ist ein Gesetz, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Verfügung steht.²²⁸ Die Etablierung eines echten Wahlrechts wäre zwar ein milderes, wegen der Gefahr divergierender Entscheidungen durch staatliche Gerichte jedoch kein gleich geeignetes Mittel.²²⁹ Angemessen ist eine staatliche Maßnahme, wenn der Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck

²²² Vgl. B.III.2.d)bb)).

²²³ So auch *Heermann* (Fn. 136), 78 (82, 85 f.).

²²⁴ Ähnlich *Seitz*, Hexenjagd auf Dopingstünder? Ein bundeseinheitliches Schiedsgericht für Sportdopingsachen muss her!, NJW 2002, 2838 (2839); *Heermann* (Fn. 38), 66 (78).

²²⁵ Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt in Art. 9 Abs. 2 GG spielt nur für Vereinsverbote eine Rolle.

²²⁶ Vgl. *Epping* (Fn. 67), Rn. 79.

²²⁷ *Steinitz* (Fn. 12) S. 231 f., 215 ff.

²²⁸ Vgl. *Epping* (Fn. 67), Rn. 55.

²²⁹ *Heermann* (Fn. 136), 78 (86).

steht,²³⁰ wobei die betroffenen Rechtsgüter in einen schonenden Ausgleich (praktische Konkordanz) gebracht werden müssen.²³¹ Im Hinblick auf die abstrakte Wertigkeit ist festzustellen, dass die Vereinigungsfreiheit, welche abgesehen von Art. 9 Abs. 2 GG nur durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden kann, ein wichtiges Verfassungsgut darstellt. Als Ausfluss des durch Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherten Rechtsstaatsprinzips kommt dem Justizgewährleistungsanspruch jedoch ebenso eine hohe Bedeutung zu.

Die konkrete Eingriffsintensität in die verbandliche Selbstregulierungskompetenz durch die Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren ist weniger invasiv als eine ganz oder teilweise Verstaatlichung des Systems. Insbesondere wird der verbandsautonome Charakter der Sportgerichtsbarkeit, der etwa die Festsetzung konkreter Sanktionen umfasst, gewahrt und nur um rechtsstaatliche Anforderungen ergänzt.²³²

Der Eingriff in den Justizgewährleistungsanspruch und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stellt sich aufgrund der begrenzten Überprüfbarkeit von Schiedsentscheidungen durch staatliche Gerichte als intensiv dar. Allerdings muss die sportrechtliche Besonderheit beachtet werden, dass eine rechtssichere Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit auch dem verbandlichen Zweck einer einheitlichen Dopingbekämpfung dient. Dieser liegt letztlich im Interesse der hinter den Verbänden stehenden Sportler, die sich zu dieser Zweckerreichung zusammengeschlossen haben, da sie individuell ihren Beruf gar nicht ausüben könnten.²³³ Sofern die vorgeschlagene Maßnahme aber gerade für die Grundrechtsverwirklichung der Betroffenen von hoher Relevanz ist und diesen aufgrund der Vorteile des CAS²³⁴ einen effektiven Rechtsschutz ermöglicht, ist auch ein tiefgehender Eingriff in den Justizgewährleistungsanspruch verhältnismäßig. Bei einer behutsamen Ausgestaltung wäre somit eine verfassungskonforme gesetzliche Regelung möglich.²³⁵

E. Fazit

Bereits das erste Kapitel der Arbeit weist die Sportgerichtsbarkeit der ISU als ein Phänomen mit sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtlicher Relevanz aus. Diese Charakterisierung stellt in der Querschnittsmaterie des Sportrechts²³⁶ keinesfalls eine Besonderheit dar. Sie ist vielmehr zwingende Konsequenz einer Verfassungsordnung, die ihren Verbänden zwar einerseits die Autonomie zur Etablierung einer Monopolstruktur gewährt, andererseits aber aufgrund der Ausstrahlungswirkung

²³⁰ BVerfGE 50, 217 (227); BVerfGE 202 (212 f.).

²³¹ Vgl. *Epping* (Fn. 67), Rn. 93.

²³² Ähnlich *Steinitz* (Fn. 12), S. 233 f.

²³³ S.o. B.II.

²³⁴ S.o. B.III.2.c).

²³⁵ So auch *Heermann* (Fn. 136), 78 (86); aA *Duwe/Rösch* (Fn. 126), 216 (226).

²³⁶ *Vieweg*, in: *Steiner/Walker* (Fn. 11), 689 (690).

der Grundrechte auch im Privatrecht weiterhin zum Schutz der strukturell unterlegenen Sportler verpflichtet bleibt.

Die Pechstein-Entscheidungen zeugen mustergültig von der Uneinigkeit darüber, wie dieser Grundrechtsschutz gegenüber einer sportpolitisch gewünschten, aber faktisch eben erzwungenen privaten Schiedsgerichtsbarkeit *de lege lata* verwirklicht werden kann. Dabei überzeugt im Anbetracht des gleichzeitigen Grundrechtsverzichts auf den Justizgewährleistungsanspruch allein die vom LG München I konsequent durchgeführte Abschlusskontrolle. Jedenfalls muss aber aufgrund der schwerwiegenden strukturellen Mängel des CAS-Verfahrens anhand einer Inhaltskontrolle nach dem Vorbild des OLG München die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung festgestellt werden. Die Qualifikation als echtes Schiedsgericht durch den BGH ist daher nicht nachvollziehbar. Der EGMR und das BVerfG diskutieren mit der fehlenden Öffentlichkeit einen wichtigen Aspekt der Problemlage, billigen jedoch entweder die weiteren strukturellen Mängel (so der EGMR) oder nehmen diesbezüglich nicht eindeutig Stellung (so das BVerfG). Die weiteren Rechtsfragen werden nun vom OLG München im aktuell laufenden Verfahren geklärt werden.²³⁷ Fest steht, dass Schiedsvereinbarungen zugunsten des CAS aktuell nicht zur Unzulässigkeit einer Klage vor ordentlichen Gerichten gem. § 1032 Abs. 1 ZPO führen können. Da dies die einheitliche Rechtsanwendung durch die ISU gefährdet, wurden im dritten Kapitel verschiedene Ansätze zur Modifikation des Status quo diskutiert. Am geeignetsten hat sich dabei eine Kombination aus einer umfassenden Reform der CAS-Schiedsgerichtsbarkeit und einem staatlich angeordneten Schiedszwang unter genauer Definition von dessen Anwendungsbereich erwiesen. Dieser Vorschlag ist zugleich Zeugnis davon, dass die dem Sportrecht immanente Verflechtung von Privatrecht und öffentlichem Recht die Basis für eine Lösung bietet, die sich Mechanismen beider Rechtsgebiete bedient.

²³⁷ Vgl. BVerfG, SpuRt 2022, 322 (Rn. 52).

2. Teil: Sportrecht und internationales Recht

Das UEFA-Financial-Fairplay – Ein Nachruf aus unionsrechtlicher Perspektive

*Jakob Eb**

A. Einleitung

Der Fußball ist ein Breitensport sondergleichen. Im Jahr 2006 verzeichnete die Sportart 265 Mio. aktive Spieler weltweit.¹ Der DFB ist mit über 7 Mio. Mitgliedern der mitgliederstärkste Sportverband Deutschlands.² Die Begeisterung für die Sportausübung auf Amateurebene schlägt über auf die Faszination für Fußball als Spitzensportart. Europa bildet dabei qualitativ wie finanziell das Zentrum des Weltfußballs.³ Die Zuschauerzahlen des Endspiels der Champions League, Flaggschiffwettbewerb der UEFA, übertreffen seit 2009 regelmäßig die des „Super Bowls“ der

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (insb. Verwaltungsrecht) von Herrn Prof. Dr. Thomas Mann an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ *Raupach*, Fußball – Das Spiel zwischen Idealismus und Kommerz, SpuRt 2008, 241 (244) mit Verweis auf *Vöpel/Steinhardt* (Hamburger Weltwirtschaftsinstitut), Wirtschaftsfaktor Fußball, Studie im Auftrag der HSH Nordbank AG.

² DOSB, Bestandserhebung 2021, S. 9; *Steiner* bezeichnet den Fußball in Deutschland als MVP des Sportrechts, *Steiner*, in: Höfling/Horst/Nolte, Fußball – Motor des Sportrechts, 2014, S. 6.

³ *Stopper/Karlin*, in: Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht, 2. Aufl. 2018, S. 1039, so wurde die FIFA Klub WM in 13 der letzten 14 Austragungen vom europäischen Vertreter gewonnen und 2002 Brasilien als bisher letzte nicht-europäische Mannschaft Weltmeister.

NFL.⁴ Die steigende Popularität des Sports führte zu einer zunehmenden Kommerzialisierung des Produkts Fußball⁵ einhergehend mit einer explosionsartigen Entwicklung der Gehälter. Bei Einführung des Vertragsspielertums in Deutschland 1949 war das monatliche Festgehalt auf 160 Mark begrenzt.⁶ Seit 1972 ist die Bezahlung der Fußballprofis dem freien Markt überlassen, wobei das *Bosman-Urteil* des EuGH die Gehaltsentwicklung maßgeblich beförderte.⁷ Die angeschobene Entwicklung setzt sich bis heute fort. War 2008 noch Oliver Kahn mit einem Jahresgehalt von 6 Mio. € bestbezahlter deutscher Profifußballer⁸ ist es 2021 Toni Kroos von Real Madrid mit 21 Mio. €.⁹ In bisher nicht dagewesenem Maße stiegen zuletzt die Gehälter, welche in der Saudi Professional League gezahlt werden. Im Sommer 2023 wechselten mit N'Golo Kante, Neymar Jr., Cristiano Ronaldo und Karim Benzema vier Spieler von europäischen Topclubs (FC Chelsea, Paris St. Germain, Manchester United, Real Madrid) in die saudi-arabische Liga, wobei sie dort jährlich 100 Mio. € (Kante; Neymar) bzw. 200 Mio. € (Ronaldo; Benzema) verdienen. Damit sind dies die vier bestverdienenden Fußballspieler weltweit.¹⁰ Eine parallele Entwicklung ist bei den Transfersummen zu erkennen. Der Transfer von Cristiano Ronaldo von Manchester United zu Real Madrid für eine Ablösesumme von 94 Mio. € stellte 2009 einen neuen Rekord dar. In den Folgejahren wurde dieser ein ums andere Mal überboten, insgesamt 17 Transfers über 100 Mio. €, angeführt vom 222 Mio. € Transfer von Neymar Jr. vom FC Barcelona zu Paris St. Germain, wurden seit Ronaldos Wechsel zu Real Madrid getätigt.¹¹ Jüngst durchbrach mit dem FC Bayern München auch der erste Club der deutschen Fußball-Bundesliga mit der Verpflichtung von Harry Kane von Tottenham Hotspur diese Schallmauer. Den

⁴ Für 2009, 2013, 2014 und 2015 *Chappelet/Aquilina*, Handbook of Football Association Management, 2017, S. 14 m.w.N.; für 2016 UEFA, Administration Report 2015/16, S. 59.

⁵ Zur Entwicklung der Kommerzialisierung im Fußball *Raupach* (Fn. 1), 241 (243 ff.).

⁶ *Raupach* (Fn. 1), 241 (243).

⁷ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman; zur Entscheidung *Jung*, Das internationale Sportverbandsrecht im Geltungsbereich des europäischen Unions- und Assoziierungsrechts – von Bosman über Meca-Medina zu Bernard, 2017, S. 81ff.; *Kliesch*, Der Status des Profifußballers im Europäischen Recht – Eine Untersuchung unter Darstellung von Ausländerklauseln, Transferregelungen, Salary Caps und dem Financial Fair Play, 2017, S. 86ff.; *Dinkelmeier*, : Das „Bosman“-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf den Profifußball in Europa, 1999, S. 41.; *Fischer*, EG-Freizügigkeit und bezahlter Sport – Inhalt und Auswirkungen des Bosman-Urteils des EuGH, SpuRt 1996, 34; zur Gehaltsentwicklung: *Raupach* (Fn. 1), 241 (243).

⁸ *Raupach* (Fn. 1), 241 (243).

⁹ Geschätztes Gehalt von <https://www.transfermarkt.de/6x-fc-bayern-in-top-12-bestbezahlte-deutsche-fussballer-brutto-gehalter-/index/galerie/2076> (zul. abger. am 11.1.2024).

¹⁰ <https://www.spox.com/de/sport/fussball/international/2308/Artikel/neymar-jagt-karim-benzema-und-cristiano-ronaldo-die-fussballer-mit-den-hoechsten-gehaeltern-ftr.html> (zul. abger. am 11.1.2024).

¹¹ Geschätzte Transfersummen von <https://www.transfermarkt.de/statistik/transferrekorde> (zul. abger. am 11.1.2024).

durch die Kommerzialisierung steigenden Einnahmen standen somit stetig steigende Ausgaben gegenüber, wobei letztere stärker, z.T. unkontrollierbar, anstiegen.¹²

Dieses Problem erkannte auch die UEFA und erließ mit Wirkung zur Saison 2013/14 das Reglement zur Klublizenzierung und zum Finanziellen Fairplay.¹³ Hiermit sollen die an UEFA-Klubwettbewerben teilnehmenden Clubs zu nachhaltigem, autarken Wirtschaften angehalten werden, ohne dabei auf unbeschränkte Finanzmittel von Dritten angewiesen zu sein, indem sie nicht mehr ausgeben, als sie einnehmen.¹⁴ Nach Art. 2 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 lit. c CLFFP soll dies zur Integrität der Wettbewerbe beitragen und für Disziplin und Rationalität im finanziellen Bereich sorgen.

Im Hinblick auf die Entwicklung der Transfersummen und Spielergehälter wird das FFP häufig als gescheitert angesehen, u.a. da es die ihm oft zugeschriebene Funktion, ein Instrument zur Dekapitalisierung im europäischen Vereinsfußball zu sein, nicht erfüllt hat. So wird darauf verwiesen, das FFP hätte den Kapitalismus nicht zügeln können und würde den Wettbewerb verhindern und nicht schützen.¹⁵ Sowohl der Transfer von Neymar Jr. als auch die Aufhebung des Ausschlusses von Manchester City aus der Champions League durch den CAS 2020¹⁶ riefen seinerzeit erhebliche Kritik an der Funktionsfähigkeit des FFP hervor.¹⁷ Im vergangenen Jahr reagierte die UEFA auf die anhaltende Kritik und ersetzte das Financial Fairplay durch ein neues System. Die sogenannte „Financial Sustainability“.¹⁸ Der vorliegende Beitrag stellt einen Nachruf für das abgelöste Financial Fairplay der UEFA dar. Er wird erläutern, warum das Financial Fairplay Reglement besser war als sein Ruf und einen Blick auf das neue Regelwerk und dessen Potenzial werfen.

¹² *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1040; mit konkreten Daten schon *Galli*, *Finanzielles Fairplay – Die neuen Regelungen der UEFA zur Klub-Lizenzierung und zum Klub-Monitoring*, *SpuRt* 2010, 182 (182 f.).

¹³ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1041.

¹⁴ So die simple Grundregel: *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1047; *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 4. Aufl. 2020, Kap. 3 Rn. 152.

¹⁵ S. nur <https://www.spiegel.de/sport/fussball/uefa-schafft-financial-fair-play-ab-wird-der-fussball-jetzt-gerechter-a-dbd61d93-3be0-4337-911e-4217a77796c5> (zul. abger. am 11.1.2024); https://www.zeit.de/sport/2020-07/cas-urteil-manchester-city-financial-fairplay-fussball-fairness-uefa?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (zul. abger. am 11.1.2024).

¹⁶ Hierzu https://www.kicker.de/mancity_einspruch_erfolgreich_champions_league_auschluss_aufgehoben_-779550/artikel (zul. abger. am 11.1.2024).

¹⁷ *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn.14), Kap. 3 Rn. 155f. m.w.N.; *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1039 m.w.N.; *Grothe*, *Verjährung im europäischen Fußball-Financial-Fairplay – ManCity* ./ . UEFA, *SpuRt* 2021, 67.

¹⁸ Zur Reform <https://www.sportschau.de/fussball/uefa-ceferin-financial-sustainability-nachhaltigkeit-100.html> (zu. abger. am 11.1.2024).

B. CLFFP-Reglement Ausgabe 2018¹⁹

Zu Beginn soll eine Definition des „Fair Play“ als späterer Bewertungsgrundlage entwickelt werden. Dies ist schließlich begrifflich das Ziel des FFP.

I. Begriffsbestimmung „Fairplay“

Sportliche Leistungen ergeben sich immer aus einem Vergleich mit anderen, sie sind wettkampforientiert ausgerichtet.²⁰ Diese Orientierung hält zu rücksichtslosem, unmoralischen Verhalten an, um so die eigenen Leistungen zu verbessern oder die der Konkurrenten zu verschlechtern.²¹ Fairplay knüpft hier an und versucht, Moral in ein System zu bringen, in welchem sich Unmoral aufdrängt.²² Es fordert u.a. partnerschaftlichen Umgang mit dem Gegner, gleiche Chancen und Bedingungen, die Begrenzung des Gewinnmotivs sowie eine aufrichtige Haltung unabhängig vom Ausgang des Wettkampfes.²³ Die UEFA stellt in ihrer offiziellen „Fairplay“ Definition in ihren Statuten²⁴ (Teil I Ziff. 7) auf sehr ähnliche Elemente ab. Das FFP knüpft hierbei an den finanziellen Bereich an. Die UEFA entwickelte eine eigene Definition des FFP, wonach dieses zum Schutz des Wettbewerbs und der Vereine transparentes und verantwortungsvolles Handeln erfordert, was dadurch erreicht wird, dass die Vereine mit den eigens erwirtschafteten Ressourcen bestehen können und in keine Schuldenspirale geraten, um konkurrieren zu können.²⁵ Rekurriert man auf die abstrakte Definition von „Fairplay“, so soll das FFP offensichtlich der Begrenzung des Gewinnmotivs dienen. Vereine sollen (wortwörtlich) keinen Sieg um jeden Preis anstreben. Die ablehnende Haltung des CLFFP gegenüber Investorengeldern, welche nicht als vom Verein selbst generierte Einnahmen gelten, suggeriert, dass das FFP zumindest auch gleiche Chancen und Bedingungen im Wettkampf sichern soll.²⁶ Für die Analyse des CLFFP ist somit zu berücksichtigen, dass an die

¹⁹ UEFA Club Licensing and Financial Fairplay Regulations, Edition 2018, abrufbar unter <https://documents.uefa.com/v/u/x5wm6~rAbUSzY4JhvwousA> (zul. abger. am 11.1.2024).

²⁰ Wettkampf ist „Kern des Sports“, *Senkel*, Wirksamkeitschancen des „Anti-Doping Rechts“ – eine interdisziplinäre Analyse zu den Anforderungen an Dopingbekämpfungsmechanismen und deren Umsetzung, Universitätsverlag des Saarlandes, 2021, S. 10.

²¹ So auch *Schubmacher*, Klublizenzierung und Financial Fair Play nach dem UEFA-Reglement – Eine juristische Untersuchung unter Vergleich mit Bundesliga-Lizenzierungsordnung sowie BGB, HGB und PublG, 2019, S. 19.

²² *Rippe*, „Leistungssport oder Ethik – Da müssen Sie sich entscheiden!“, CS 2005, 234 (241 f.).

²³ *Court*, in: Röthing/Prohl/Carl/Kayser/Scheid, Sportwissenschaftliches Lexikon, 7. Aufl. 2003, S. 189; *Gabler*, in: Gruppe/Mieth, Lexikon der Ethik im Sport, 3. Aufl. 2001, S. 149.

²⁴ Abrufbar unter: <https://documents.uefa.com/v/u/kQL4bfKiFLCEn8e56xf7oA> (zul. abger. am 11.1.2024).

²⁵ *Schubmacher* (Fn. 21), S. 21 unter Verweis auf die Schlüsselwerte der UEFA.

²⁶ *Schubmacher* (Fn. 21), S. 21; s. auch UEFA, Strategie 2019, S.13.

Begrenzung des Gewinnmotivs und die Sicherung gleicher Chancen und Bedingungen als zentrale Elemente des Begriffs „Fairplay“ angeknüpft wird.

II. Rechtsquellen und Rechtsnatur des FFP

Grundlage des Nachrufs bildet die letzte geltende Fassung des UEFA Financial Fairplay, die UEFA Club Licensing and Financial Fairplay Regulations aus dem Jahr 2018 (CLFFP), wobei aufgrund der der Coronapandemie für 2020/21 und 2021/22 Sonderregelungen erlassen wurden.²⁷ Das CLFFP enthält in Teil II Vorschriften zum Klublizensierungsverfahren und in Teil III zum Klub-Monitoring. Bei Letzteren handelt es sich um das FFP.²⁸ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf Teil III des CLFFP. Die Verfahrensvorschriften zur Feststellung und Ahndung von Verstößen gegen das CLFFP sind gesondert geregelt.²⁹

Bei der UEFA handelt es sich gem. Art. 1 Abs. 1, 2 Statuten um einen im Handelsregister eingetragenen Verein iSd Art. 60 ff. des Schweizer ZGB, was die Frage nach Rechtsnatur und Bindungswirkung der UEFA Reglemente aufwirft. Bei der UEFA handelt es sich, dem Ein-Platz-Prinzip der Sportverbände entsprechend³⁰, um den europäischen Fußball-Dachverband.³¹ In Art. 2 Abs. 2 Statuten hat sich die UEFA die Ermächtigung für Maßnahmen zur Förderung ihrer Ziele gegeben, worunter ausdrücklich auch der Erlass von Reglementen, wie das CLFFP, fällt. Diese Regelung beruht auf der Verbandsautonomie, welche es den Verbänden ermöglicht, im Rahmen der Gesetze, den Grenzen der Privatautonomie und Grundsätzen des Körperschaftsrechts ihre eigene Organisation und die Rechtsverhältnisse ihrer Mitglieder verbindlich zu regeln und diese Regeln anzuwenden und durchzusetzen.³² Die von der UEFA gesetzten Regelungen binden jedoch nur die Nationalverbände als Mitglieder unmittelbar (für Deutschland den DFB), Art. 5 Abs. 1 Statuten. Adressaten des Monitoring-Verfahrens sind aber die Clubs.³³ Nach Art. 7bis Abs. 1 Statuten haben die Mitglieder eine Verpflichtung sicherzustellen, dass auch die

²⁷ Abrufbar unter: https://documents.uefa.com/v/u/fCeB~_NXq2JA3j3C3RFPcg (zul. abger. am 11.1.2024).

²⁸ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1044.

²⁹ In den Verfahrensregeln für die UEFA-Finanzkontrollkammer für Klubs (VRFKKK), abrufbar unter: https://documents.uefa.com/v/u/V_3nfVVb~PsPLN4Yqy1MkQ (zul. abger. am 11.1.2024).

³⁰ Zum Ein-Platz-Prinzip s. u.a. *Vieweg*, Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände – eine rechtstatsächliche und rechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Sportverbände, 1990, S. 61ff.; *Summerer*, in *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 14), Kap. 3 Rn. 232 ff.; *Orth*, in: *Cherkeh/Momsen/Orth*, Handbuch Sportstrafrecht, 2021, Kap. 3 Rn. 153 ff.

³¹ *Bagger von Grafenstein/Dressel*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 553.

³² *Summerer*, in *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 14), Kap. 3 Rn. 3; *Strauß*, Fußballunternehmen in Europa – Konzernrechnungslegung, Lizenzierung und finanzielles Fairplay im deutschen und europäischen Profifußball, 2014, S. 3; abgesichert ist die Verbandsautonomie durch Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 12 Abs. 1 GR-Charta.

³³ *Schubmacher* (Fn. 21), S. 39.

Clubs die Reglemente einhalten. Eine Bindungswirkung für diese kann sich ergeben aus Doppelmitgliedschaft, Verweisung in der Satzung des Nationalverbands oder Rechtsgeschäft.³⁴ Für die Clubs der Bundesligen erfolgt die Bindung auf letzterem Wege durch den Vertrag über die Lizenzerteilung mit dem DFL e.V.³⁵ Nach Art. 1 Abs. 2, 3, Art. 4 Abs. 3, 6 LO-DFL³⁶ ist erforderlich, dass der die Lizenz begehrende Club sich in seiner Satzung (oder Gesellschaftsvertrag) und im Vertrag mit dem DFL e.V. den Regelungen des DFL e.V. und des DFB unterwirft. Diese wiederum haben die Regelungen der UEFA für sich und ihre Mitglieder für verbindlich erklärt.³⁷ Somit ist das CLFFP für die Clubs bindend.

III. Entwicklung und Zielsetzung des FFP

Das CLFFP ist die Weiterentwicklung des UEFA Klublizenzierungsverfahrens 1.0 (Geltung ab Saison 2004/05) und 2.0 (Geltung ab Saison 2008/09).³⁸ Das neue System der Financial Sustainability, normiert in den UEFA Club Licensing and Financial Sustainability Regulations (CLFSR)³⁹, baut wiederum auf dem CLFFP auf.⁴⁰ Das Monitoring-Verfahren als Kern des FFP wurde erst mit dem am 27.05.2010 verabschiedeten CLFFP eingeführt und zuletzt 2018 überarbeitet.⁴¹ Die Einführung war eine Reaktion auf die massiv steigenden Personalkosten. Im Jahr 2009 wiesen 37% der Proficlubs der UEFA Mitgliedsverbände ein negatives Eigenkapital auf.⁴² In ei-

³⁴ Ausführlich hierzu: *Walker*, Zur Bindung von Vereinsmitgliedern an Sanktionsvorschriften übergeordneter Verbände, NZG 2017, 1242; *Pfister*, Autonomie des Sports, sport-typisches Verhalten und staatliches Recht, in: FS Lorenz, 1991, 171 (183 ff.); früher wurde vereinzelt vertreten, schon die Mitgliedschaft im untergeordneten Verband würde zur Bindung an die Regelungen des Dachverbands führen, OLG Karlsruhe, MDR 1970, 324 ff.

³⁵ *Holzhäuser/Wilkens*, in: Stopper/Lentze (Fn. 3), S. 868 f.; *Strauß* (Fn. 32), S. 39; *Kliesch* (Fn. 7), S. 76; nach § 8 Abs. Satzung DFL e.V. (<https://media.dfl.de/sites/2/2020/02/Satzung-DFL-e.V.-2019-08-21.pdf> (zu. abger. am 11.1.2024)) ist die Lizenzerteilung Voraussetzung für die Mitgliedschaft im DFL e.V. und damit die Teilnahme am Spielbetrieb der 1. und 2. Bundesliga, für die nicht in der DFL organisierten Vereine erfolgt eine Bindung dagegen über Verweisung in den Satzungen des DFB und der Landes- und Regionsverbände, *Kliesch* (Fn. 7), S. 44, 74.

³⁶ <https://media.dfl.de/sites/2/2021/03/Lizenzierungsordnung-LO-2021-03-05-Stand.pdf> (zul. abger. am 11.1.2024).

³⁷ Art. 3 Abs. 2, 3 Satzung DFB (abrufbar unter: https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/159360-02_Satzung.pdf (zul. abger. am 11.1.2024)); Art. 3 Abs. 4 Satzung DFL e.V.

³⁸ *Schubmacher* (Fn. 21), S. 34.

³⁹ Abrufbar unter: <https://documents.uefa.com/r/UEFA-Club-Licensing-and-Financial-Sustainability-Regulations-2022-Online> (zul. abger. am 11.1.2024).

⁴⁰ Z.B. hinsichtlich des Aufbaus des Reglements, der Solvenzanforderungen und der Stabilitätsanforderungen, *Maurer/Mitterecker*, Die UEFA besiegelt das Ende des Financial Fairplay und ersetzt es durch Financial Sustainability, *SpoPrax* 2022, 411 (412 f.).

⁴¹ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 14), Kap. 3 Rn. 152.

⁴² UEFA, Benchmarking-Bericht 2009, S. 96.

ner 2010 veröffentlichten Studie wurde der finanzielle Zusammenbruch der Profiligen in England, Spanien und Italien innerhalb von zwei Jahren prognostiziert, sofern in die bestehende Entwicklung nicht eingegriffen würde.⁴³ Als Hauptgrund für die wirtschaftliche Situation der Clubs wurde dabei der kurzfristig erkaufte sportliche Erfolg durch Transfers ohne die nötige Weitsicht ausgemacht.⁴⁴ Daher weist Art. 2 Abs. 2 CLFFP die Verbesserung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Clubs sowie ihrer Transparenz und Glaubwürdigkeit, den Gläubigerschutz, mehr Disziplin und Rationalität im finanziellen Bereich, das Wirtschaften im Rahmen der eigenen Einnahmen, die Förderung verantwortungsvoller Ausgaben mit langfristigem Nutzen für den Fußball und den langfristigen Schutz der Lebensfähigkeit und Nachhaltigkeit des europäischen Klubfußballs als Ziele des Monitoring Verfahrens aus. Ausdrücklich kein Ziel des CLFFP soll die Herstellung eines ausgeglichenen Wettbewerbs sein.⁴⁵

IV. Anwendungsbereich

Nach Art. 57 Abs. 1 CLFFP galt das Klub-Monitoring für sämtliche Teilnehmer an den UEFA Klubwettbewerben (außer der UEFA Women's Champions League). Ausgenommen waren nach Abs. 2 lediglich Clubs, die in den Berichtsperioden der beiden Jahre vor Beginn des UEFA Klubwettbewerbs relevante Einnahmen und Ausgaben von weniger als 5 Mio. € aufweisen.

V. Das CLFFP-Regelwerk

Aus der letzten Edition des CLFFP soll insbesondere die zentrale break-even-Vorschrift detailliert erläutert werden.

1. Überblick

Das FFP beinhaltet zwei Elemente. Zum einen die break-even-Vorschrift (Art. 58 – 64 CLFFP), welche sicherstellen soll, dass die Clubs nicht mehr ausgeben, als sie einnehmen⁴⁶ und zum anderen die sog. sonstigen Vorschriften, Art. 65, 66, 66bis

⁴³ *Rothenbücher/Mesnard/Rossi/Ramos Lucero/Hembert*, The A.T. Kearney EU Football Sustainability Study – Is European Football to popular to fail?, S. 2 (abrufbar unter: <https://www.economicsociete.com/file/89877/> (zul. abger. am 11.1.2024)); wobei die Prognose unter der Annahme aufgestellt wurde, dass Fußballligen „gewöhnliche“ Unternehmen sind; s. auch *Galli* (Fn. 12), 182 (182 f.)

⁴⁴ *Galli* (Fn. 12), 182 (182).

⁴⁵ *Flanagan*, A tricky European fixture – an assessment of UEFAs Financial Fair Play regulations and their compatibility with EU law, ISLJ 2013, 148 (162); *Heermann*, UEFA Financial Fair Play im Lichte des Europarechts, CS 2013, 263 (271); *Kliesch* (Fn. 7), S. 201; langfristig ist ausgeglichener Wettbewerb aber Ziel der UEFA, UEFA, Strategie 2019, S. 25.

⁴⁶ Vereinfacht gesprochen, *Kliesch* (Fn. 7), S. 196; zu den Ausnahmen s.u.

CLFFP, wonach die Clubs keine überfälligen Verbindlichkeiten gegenüber anderen Clubs, Arbeitnehmern, Sozialversicherungsträgern oder Steuerbehörden aufweisen dürfen. In den Art. 53–57 CLFFP sind die Zuständigkeiten von FKKK, Lizenzgeber und -nehmer, der Ablauf des Monitoring-Verfahrens und der Geltungsbereich geregelt. Art. 67 CLFFP sieht eine Pflicht der Clubs vor, erhebliche wirtschaftliche Ereignisse zu melden, die nach dem Stichtag für die Einreichung der für das Monitoring-Verfahren nötigen Informationen eintreten. Art. 68 CLFFP gibt der FKKK die Sanktionsgewalt für Verstöße gegen die Monitoring-Vorschriften.

2. Break-even-Vorschrift

Mittelpunkt des Monitoring-Verfahrens ist die break-even-Vorschrift.⁴⁷

a) Monitoring-Periode und Verfahren

Den genauen Gang des Verfahrens regelt Art. 54 CLFFP. Zentral ist, dass der Prozess nicht vor Beginn der Spielzeit abgeschlossen ist (wie das Lizenzierungsverfahren), sondern parallel zur dieser läuft. Dabei wird auf dem Lizenzierungsverfahren aufgesetzt und dessen Erkenntnisse genutzt.⁴⁸ Eine Monitoring-Periode ist gem. Art. 59 Abs. 1 CLFFP der Zeitraum, nach welchem das break-even-Ergebnis eines Clubs bestimmt wird und umfasst drei Berichtsperioden (drei Kalenderjahre), wobei der Prozess zweistufig ist.⁴⁹ Erst sind Informationen⁵⁰ aus den beiden vergangenen Berichtsperioden einzureichen, Art. 62 Abs. 1 lit. a, b CLFFP. Nur wenn nach Auswertung dieser ein Indikator nicht nachhaltigen Wirtschaftens aus Art. 62 Abs. 3 CLFFP eingreift, sind Informationen aus der aktuellen und zukünftigen Berichtsperiode nachzureichen, Art. 62 Abs. 1 lit. c, 63 Abs. 1, 2 CLFFP. Das Erfordernis der Einreichung geplanter break-even-Informationen der zukünftigen Berichtsperiode wurde 2018 eingeführt. So kann die finanzielle Entwicklung des Clubs besser beurteilt werden. In bestimmten Fällen richtet sich die Einhaltung der break-even-Vorschrift auch nach dieser, die zukünftige Berichtsperiode umfassenden, geplanten Monitoring-Periode, Art. 59 Abs. 3 CLFFP.

b) Berechnung des break-even-Ergebnisses

Gem. Art. 60 Abs. 1 CLFFP ist das break-even-Ergebnis die Differenz zwischen den relevanten Einnahmen und den relevanten Ausgaben einer Berichtsperiode. Bei einem positiven Saldo wird von break-even-Überschuss, bei negativem Saldo von

⁴⁷ *Kliesch* (Fn. 7), S. 196; *Jentsch*, Beteiligungsmöglichkeiten im Sport unter Berücksichtigung verbandsrechtlicher Beschränkungen – Eine Analyse der aktuellen rechtlichen Strukturen im Profifußball, 2019, S. 338.

⁴⁸ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1045; *Galli* (Fn. 12), 182 (184).

⁴⁹ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1045; *Galli* (Fn. 12), 182 (184).

⁵⁰ Sog. „break-even-Informationen“, legaldefiniert in Art. 3 Abs. 1 CLFFP.

break-even-Defizit gesprochen, Art. 60 Abs. 2 CLFFP. Hintergrund der Differenzierung relevant/irrelevant ist, dass bei der Berechnung des break-even-Ergebnisses berücksichtigt werden soll, ob Einnahmen und Ausgaben „erwünscht“ oder „unerwünscht“ bzw. „gut“ oder „schlecht“ sind.⁵¹ Dieser Zweck wird im Hinblick auf die in Anhang X CLFFP definierten relevanten Einnahmen und Ausgaben deutlich.

aa) Relevante Einnahmen

Berücksichtigungsfähige Einnahmen sind danach (u.a.) Eintrittsgelder, Sponsoring und Werbung, Übertragungsrechte, kommerzielle Aktivitäten, UEFA Solidaritätsbeiträge und Preisgelder, Gewinn aus Veräußerung von Spielerregistrierungen⁵² oder auch Veräußerung von Sachanlagen (Anhang X A. Nr.1 lit. a – i CLFFP). Die in Anhang X A. Nr. 1 lit. j – n CLFFP aufgelisteten Einnahmen sind dagegen nicht zu berücksichtigen. Hierbei sind vor allem die Einkommenstransaktionen mit verbundenen Parteien über dem Zeitwert gesondert hervorzuheben. Es gibt wohl keinen Aspekt des FFP, der häufiger einer kritischen Würdigung unterzogen wird als die Transaktionen von verbundenen Parteien.⁵³ Verbundene Parteien sind dabei in Anhang X F. CLFFP genauer geregelt. Es können natürliche wie juristische Personen sein (Anhang X F. Nr. 2, 3 CLFFP). Erforderlich ist in jedem Fall eine erhebliche Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsvorgänge des Clubs durch die verbundene Partei.⁵⁴ Hierbei wird regelmäßig auf Beherrschung des Clubs oder maßgeblichen Einfluss auf diesen abgestellt.⁵⁵ Beherrschung ist die „Möglichkeit, die Finanz- und Geschäftspolitik eines Unternehmens zu bestimmen, um aus dessen Tätigkeit Nutzen zu ziehen“. Maßgeblicher Einfluss ist gegeben, wenn die „Möglichkeit, die finanz- und geschäftspolitischen Entscheidungen eines Unternehmens zu beeinflussen, ohne sie jedoch beherrschen zu können“ besteht. Hierfür muss die Partei in einer Berichtsperiode für mindestens 30% der Einnahmen verantwortlich sein. Begründet werden können Beherrschung

⁵¹ Stopper, Financial Fairplay und Verträge mit verbundenen Unternehmen, SpuRt 2013, 2 (4); Heermann, Related Parties nach den UEFA Financial Fair Play-Regulations, CS 2013, 131 (133); Flanagan (Fn. 45), 148 (150).

⁵² Oder Ertrag, je nach gewählter Bilanzierungsmethode, genauer hierzu Anhang X B lit. g CLFFP, s. auch Schubmacher (Fn. 21), S. 135.

⁵³ Vgl. Stopper (Fn. 51), 2 (4); Heermann (Fn. 51), 131 (131 ff.); ders., „Related Parties“ gemäß Financial Fair Play: Erste Erfahrungen, CS 2015, 3 (4); Immenga/Stopper, Die UEFA Regeln zum finanziellen Fairplay im Fokus des Kartellrechts, RIW 2017, 98 (99 ff.); Küting/Strauß, Financial Fairplay im Profifußball, DB 2011, 65 (70); Derungs, Das Klub-Monitoring im Rahmen der „Financial Fair Play“ Regelungen, CS 2013, 122 (130 ff.); Jentsch (Fn. 47), S. 340 ff.; Strauß (Fn. 32), S. 315 ff.; Scherzinger, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport – Eine europarechtliche Untersuchung von Beteiligungsbeschränkungen in Sportverbandsregelwerken am Beispiel der „50+1-Regel“ im deutschen Profifußball, 2012, S. 295 f.; Schubmacher (Fn. 21), S. 141 ff.; Jung (Fn. 7), S. 319 ff.

⁵⁴ Jung (Fn. 7), S. 319 f.

⁵⁵ Anhang X Teil F 2. lit. a, b, 3. lit. b, c CLFFP, Jentsch (Fn. 47), S. 341.

und maßgeblicher Einfluss durch Anteilsbesitz, Satzung oder vertragliche Vereinbarung.⁵⁶ Aufgrund der „50+1“-Regelung kommt zumindest die Option der Beherrschung in Deutschland kaum in Betracht.⁵⁷ Transaktionen der verbundenen Parteien sind dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie über dem Zeitwert liegen. In der englischen Originalfassung sog. „fair value“. Nach Anhang X F. Nr. 5 CLFFP ist der Zeitwert der „Betrag, zu dem ein Vermögenswert zwischen sachkundigen, vertragswilligen Parteien in einem Geschäftsvorfall zwischen unabhängigen Parteien ausgetauscht oder eine Verbindlichkeit erfüllt werden könnte. (...)“: Diese umständliche Formulierung zielt darauf ab, dass für Leistungen einer verbundenen Partei an einen Club eine angemessene Gegenleistung bewirkt werden muss.⁵⁸ Spenden und Forderungsverzichte verbundener Parteien fallen somit grundsätzlich nicht in die relevanten Einnahmen, Anhang X B. lit. k CLFFP. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Clubs langfristig stabil wirtschaften sollen und Investoren einen Club nicht ohne Weiteres erheblich fördern und so finanzielles Ungleichgewicht im europäischen Vereinsfußball etablieren können.⁵⁹

bb) Relevante Ausgaben

Auf Ausgabenseite werden Material-, Personal- und sonstiger betrieblicher Aufwand, Verluste aus der Veräußerung von Spielerregistrierungen, Finanzaufwand und Dividenden sowie Ausgabentransaktionen mit verbundenen Parteien unter dem Zeitwert berücksichtigt, Anhang X Teil A 2. lit. a – f CLFFP. Als erwünscht werden dagegen Ausgaben für die Nachwuchsförderung, gemeinwohlorientierte Projekte, den Frauenfußball oder wertvermehrende Investitionen angesehen. Diese sind im Anhang X A. Nr. 2 lit. g – m CLFFP als nicht zu berücksichtigende Ausgaben aufgeführt.

c) Einhaltung der break-even-Vorschrift

Zur Einhaltung der break-even-Vorschrift muss das aggregierte break-even-Ergebnis für die Monitoring- und (wenn anzuwenden, s.o.) geplante Monitoring-Periode einen break-even-Überschuss aufweisen oder das break-even-Defizit innerhalb der annehmbaren Abweichung liegen, Art. 64 Abs. 1 CLFFP. Das aggregierte break-

⁵⁶ Legaldefinitionen aus Art. 3 Abs. 1 CLFFP.

⁵⁷ Nur für die vom sog. „Lex Leverkusen“ erfassten Clubs (§§ 8 Nr. 3 DFL-Satzung, 16c Nr. 3 DFB-Satzung), hierunter fallen z.B. die Bayer AG bei Bayer 04 Leverkusen und die VW AG beim VfL Wolfsburg, *Jentsch* (Fn. 47), S. 342; zum möglichen maßgeblichen Einfluss der Red Bull GmbH auf RB Leipzig *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1050f; *Hierl/Häberle*, „Financial Fairplay“ im Profifußball – Das UEFA-Reglement erklärt an der Rasen-Ballsport Leipzig GmbH, BC 2017, 237 (237f).

⁵⁸ *Stopper* (Fn. 51), 2 (5); *Jentsch* (Fn. 47), S. 343.

⁵⁹ *Kliesch* (Fn. 7), S. 201; *Jentsch* (Fn. 47), S. 349; *Stopper* (Fn. 51), 2 (4).

even-Ergebnis ist gem. Art. 60 Abs. 4 CLFFP die Summe der break-even-Ergebnisse der Berichtsjahre der Monitoring-Periode. Ein Defizit kann zunächst durch einen Überschuss aus den beiden der Monitoring-Periode vorangegangenen Berichtsjahren ausgeglichen werden, Art. 60 Abs. 6 CLFFP. Ist dies nicht möglich, regelt Art. 61 CLFFP die annehmbare Abweichung, welche bei 5 Mio. € liegt. Dieses Niveau darf jedoch bis zu 30 Mio. € überschritten werden, wenn das Defizit von Anteilseignern oder verbundenen Parteien ausgeglichen wird, Art. 61 Abs. 2 CLFFP.⁶⁰

VI. Durchsetzbarkeit des Reglements

Das Monitoring-Verfahren wurde, anders als die Klublizenzierung von der UEFA selbst und nicht von den Mitgliedsverbänden durchgeführt.⁶¹ Selbiges gilt nunmehr für das Monitoring-Verfahren nach dem CLFSR.⁶² Hierfür wurde die FKKK eingerichtet, welche gem. Art. 53 Abs. 1 CLFFP, Art. 5 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 VRFKKK 2021 die Einhaltung der Monitoring-Vorschriften überwacht. Verstößt ein Club gegen eine Monitoring-Vorschrift, so hat die FKKK gem. Art. 68 CLFFP unter Heranziehung weiterer in Anhang XI CLFFP aufgelisteter Faktoren (z.B. Trend der break-even-Ergebnisse) eine vom VRFKKK vorgesehene, geeignete Maßnahme zu treffen.⁶³ Gleichsam mit der Novellierung der Monitoring-Vorschriften inklusive des Systemwechsel vom Financial Fairplay zur Financial Sustainability wurden auch die Verfahrensregelungen der FKKK überarbeitet. Das CLFFP orientierte sich in seinem letzten Geltungsjahr an den VFKKK aus dem Jahr 2021. Eine überarbeitete Version der Regelungen gilt seit dem 1. Juli 2022.⁶⁴

Die sog. erstinstanzliche Kammer war gem. Art. 5 Abs. 1 VRFKKK 2021 für die Feststellung der Verstöße zuständig, wobei Art. 14 Abs. 6 VRFKKK 2021 die Entscheidungsmöglichkeiten enthielt. Neben Einstellung, freiwilliger Vereinbarung und Vergleich konnte sie auch die Disziplinarmaßnahmen nach Art. 29 VRFKKK 2021 verhängen. Dazu gehören (auch weiterhin) Ermahnung, Verweis, Geldstrafe,

⁶⁰ Früher lag dieser Wert bei 45 Mio. €, dazu noch *Strauß* (Fn. 32), S. 307, die ab der Spielzeit 2018/19 geplante weitere Reduzierung des Wertes wurde bisher nicht realisiert; nur an dieser Stelle können Transaktionen verbundener Parteien über dem Zeitwert Berücksichtigung finden, *Strauß* (Fn. 32), S. 315; *Jentsch* (Fn. 47), S. 343.

⁶¹ *Galli* (Fn. 12), 182 (184).

⁶² *Maurer/Mitterecker* (Fn. 40), 411 (412).

⁶³ Die von Art. 53 Abs. 1 CLFFP vorgesehene Trennung zwischen Untersuchungs- und rechtsprechender Kammer stimmte zuletzt mit den aktuellen VRFKKK nicht mehr überein. Diese Aufteilung wurde durch die weitgehende Umgestaltung des Verfahrensreglements der FKKK 2021 geändert, die Untersuchungskammer wurde fortan als erstinstanzliche Kammer betitelt, die rechtsprechende Kammer wurde durch Art. 5 Abs. 2 VRFKKK in eine vollständige Berufungskammer umgewandelt (und auch so betitelt)

⁶⁴ Abrufbar unter: <https://documents.uefa.com/r/0KZ2oNjHSUeE3JCO~iij9A/root> (zul. abger. am 11.1.2024).

Punktabzug, Begrenzung der Spielerregistrierung für einen UEFA-Klubwettbewerb, Wettbewerbsausschluss und Widerruf von Titeln. Vor der Novelle der VRFKKK 2021 konnte die Untersuchungskammer höchstens eine Geldstrafe bis 200.000 € im Einverständnis mit dem Club verhängen. Für intensivere Maßnahmen war ein Verweis an die rechtsprechende Kammer nötig.⁶⁵ Nach Art. 14 Abs. 1 lit. c VRFKKK 2019 verhängte Disziplinarmaßnahmen der Untersuchungskammer waren gem. Art. 16 Abs. 2, 3 VRFKKK 2019 aber auch nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler überprüfbar. Der erstinstanzlichen Kammer stehen nunmehr also weitreichenden Sanktionierungsmöglichkeiten zu, es unterliegen jedoch sämtliche Entscheidungen, die über Ermahnung, Verweis und Geldstrafe bis 10.000 € hinausgehen, einer vollständigen Überprüfung durch die Berufungskammer, Art. 17, 19 Abs. 5 VRFKKK 2021.

Der Vergleich und die freiwillige Vereinbarung sind Besonderheiten des CLFFP.⁶⁶ Von diesen besitzt insb. der Vergleich große praktische Relevanz und soll daher an dieser Stelle erläutert werden.⁶⁷ Seit Einführung der Vergleichsmöglichkeit 2014⁶⁸ wurden von der FKKK bis 2021 ca. 50% der Verfahren durch Vergleich beendet.⁶⁹ Nach Art. 15 Abs. 3 lit. a, b VRFKKK 2021 steht es bei einem Verstoß gegen das CLFFP im Ermessen der erstinstanzlichen Kammer einen Vergleich abzuschließen. Dieser muss aber eine wirksame, ausgewogene und abschreckende Beilegung des Falls bewirken. Um zukünftig eine Einhaltung des CLFFP sicherzustellen, können die o.g. Disziplinarmaßnahmen vereinbart werden, Art. 15 Abs. 3 lit. d VRFKKK 2021. Verstößt der Club gegen den Vergleich, kann die erstinstanzliche Kammer einseitig Disziplinarmaßnahmen verhängen, Art. 15 Abs. 3 lit. g VRFKKK. Die praktische Relevanz des Vergleichsabschlusses begründet sich in der Beschleunigung der Verfahren, einer flexibleren Streitbeilegung und der Umgehung etwaiger Auslegungsschwierigkeiten des CLFFP, gerade in Bezug auf verbundene Parteien.⁷⁰ Zudem entgeht der Club so einer ungewissen Entscheidung der erstinstanzlichen Kammer über die Beurteilung des in Rede stehenden Verstoßes und damit ggf. härteren Sanktionen.⁷¹ Die bisher wohl relevantesten und kontroversesten Vergleiche wurden 2014 mit ManCity und PSG geschlossen.⁷² Die Möglichkeit des Abschlusses einer freiwilligen Vereinbarung gem. Art. 14 Abs. 3 lit. d VRFKKK 2021 war ausdrücklich nur bei Verstößen gegen das CLFFP vorgesehen.

⁶⁵ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1052 noch zum Reglement 2014; zuletzt Art 14 Abs. 1 lit. c VRFKKK 2019 (s. <https://documents.uefa.com/v/u/QzjZH5G~7WnhUkVhCyEJHw> (zul. abger. am 11.1.2024)).

⁶⁶ *Schubmacher* (Fn. 21), S. 145, 150; s. Art. 14 Abs. 6 lit. d, e, 15 Abs. 1 VRFKKK 2021.

⁶⁷ Zur freiwilligen Vereinbarung: *Schubmacher* (Fn. 21), S. 145 ff.

⁶⁸ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1052 ff.

⁶⁹ 37 von 75 Verfahren, Entscheidungssammlung FKKK: <https://www.uefa.com/insideuefa/protecting-the-game/club-financial-controlling-body/#Cases> (zul. abger. am 11.1.2024).

⁷⁰ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1056 f.

⁷¹ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1056.

⁷² Vgl. hierzu *Jentsch* (Fn. 47), S. 343 ff.; *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1053 ff.

Sie ist in der aktuellen Fassung der Verfahrensregelungen unter Geltung des CLFSR nicht mehr vorgesehen.

Gem. Art. 34 Abs. 1 VRFKKK iVm Art. 62, 63 Statuten ist gegen Entscheidungen einer Kammer der FKKK die Berufung beim CAS möglich.

C. Das CLFFP – (k)ein taugliches Instrument zur Dekapitalisierung

Damit ist der Boden bereitet für den intendierten Zweck des Beitrags – ein Nachruf aus unionsrechtlicher Perspektive: Das CLFFP, insbesondere die break-even-Vorschrift, wies in vielerlei Hinsicht unionsrechtliches Konfliktpotenzial auf. Die im Folgenden vorzunehmende unionsrechtliche Überprüfung der break-even-Vorschrift bildet neben der Analyse von Schwächen in der Umsetzbarkeit die wesentliche Grundlage für die Abschlussbewertung des Financial Fairplay Systems der UEFA.

I. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Die break-even-Vorschrift könnte im Hinblick auf die Grundfreiheiten aus Art. 45, 56, 63 AEUV und das EU-Kartellrecht problematisch sein, sollte es am Maßstab des Unionsrechts zu messen sein.

1. Anwendbarkeit des Unionsrechts⁷³

Die Anwendbarkeit des Unionsrechts auf Sportverbandsrecht war bereits Gegenstand diverser Entscheidungen. Ausgehend von *Walrave/Koch* sind insb. *Donà*, *Bosman*, *Deliège*, *Lehtonen*, *Meca-Medina* und zuletzt *Bernard* zu nennen.⁷⁴ Dabei hat sich eine ständige Rechtsprechung entwickelt, wonach Regelungen des Sport(verbands)rechts dann am Maßstab des Unionsrechts zu messen sind, wenn sie Teil des

⁷³ Ausführlich zu Anwendbarkeit des Unionsrecht: *Heermann*, Anwendung des Europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports Teil I, WuW 2009, 394; *Parrish/Miettinen*, The Sporting Exception in European Union Law, 2008, S.73 ff., 103 ff.

⁷⁴ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 – Walrave/Koch; Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333 – Donà/Mantero; Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman; verb. Rs. C-51/95 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549 – Deliège; Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681 – Lehtonen; Rs. C-519/04 P., Slg. 2006, I-6991 – Meca-Medina; Rs. C-325/08, Slg. 2010, I-2177 – Bernard; zusammenfassend *Kliesch* (Fn. 7), S. 77 ff.; *Jung* (Fn. 7), S. 78 ff.

Wirtschaftslebens sind.⁷⁵ Der Begriff Wirtschaftsleben ist weit auszulegen.⁷⁶ Lediglich unentgeltliche Tätigkeiten rein sportlichen Charakters, welche in keinem auch nur mittelbaren Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit stehen, fallen demnach nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁷⁷ Zum Teil wurde mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten zwar für einen generellen Entzug des Sportverbandsrechts aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts plädiert.⁷⁸ Eine solche generelle Bereichsausnahme Sport wird heute jedoch nicht mehr vertreten.⁷⁹ Die nicht abstreitbaren Besonderheiten des sportlichen im Vergleich zum sonstigen wirtschaftlichen Wettbewerb sind vielmehr gesondert zu berücksichtigen, im Kartellrecht über die sog. Meca-Kedina-Prüfung, bei den Grundfreiheiten auf Ebene des Schutzbereichs und der Rechtfertigung.⁸⁰ Das CLFFP kann somit so-

⁷⁵ Heermann (Fn. 73), 394 (398); Jentsch (Fn. 47), S. 140; jeweils m.w.N.

⁷⁶ Heermann (Fn. 73), 394 (398); Dinkelmeier (Fn. 7), S. 87; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, S. 57; Jentsch (Fn. 47), S. 140.

⁷⁷ Heermann (Fn. 73), 394 (399); im Hinblick auf Meca-Medina und Bernard hat die Frage, ob Verbandsregelungen rein sportlichen Charakters am Unionsrecht zu messen sind, an Brisanz gewonnen (hierzu: Eichel, Transferentschädigungen für Berufsfußballspieler – Neue Erkenntnisse für die Behandlung des Sports im Europarecht durch „Bosman II“?, EuR 2010, 685 (687 ff.); Emmerich, EG-Vertrag und die sportliche Betätigung, JuS 2006, 1123 (1124); Orth, Anm. zu EuGH, Urt. v. 18. 7. 2006 – Rs. C 519/04 P, Meca-Medina und Majcen/Kommission, SpuRt 2006, 198 (198 f.); Siekmann, „Champions chapuza“: The Huntelaar Case, ISLJ 2009, 136 (136); Parrish/Miettinen (Fn.73), S. 99 f.); für das CLFFP aufgrund des wirtschaftlichen Charakters des Reglements unerheblich, Hirsbrunner/Schnitzler, Fairness und Wettbewerbsrecht – Anmerkungen zum Finanziellen Fairplay im Profifußball, EuZW 2014, 567 (569); Flanagan (Fn. 45), 148 (154).

⁷⁸ Anknüpfungspunkte waren die zu wirtschaftliche Betrachtung Anknüpfungspunkte waren die Subsidiaritätsklausel (Scholz/Anlehner, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, SpuRt 1996, 44 (46)); Sport als kulturelle Angelegenheit (Palme, Das Bosman-Urteil des EuGH – Ein Schlag gegen die Sportautonomie?, JZ 1996, 238 (240)) und Art. 165 AEUV (Persch, Der EuGH und die Besonderheiten des Sports im Arbeitsrecht, NZA 2010, 986 (989)); dagegen u.a. Hilf/Pache, Das Bosman-Urteil des EuGH, NJW 1996, 1169 (1176 f.); Krogmann, Grundrechte im Sport, 1998, S.191 ff.; Dinkelmeier (Fn.7), S.80 ff.; Streinz, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf den Sport, SpuRt 1998, 1 (3 ff.); Hobe/Tietje, Europäische Grundrechte auch für Profisportler, JuS 1996, 486 (490).

⁷⁹ So wird das CLFFP am Maßstab des Unionsrechts überprüft von: u.a. Stopper (Fn. 51), 2 (5 ff.); dies./Karlín, in: Stopper/Lentze (Fn. 3), S. 1058ff.; Heermann (Fn. 45), 263 (263 ff.); ders., Kartellrechtliche Bewertung von Salary Caps i. S. des UEFA Financial Fair Play Reglements, NZKart 2015, 128 (130 ff.); Immenga/Stopper (Fn. 53), 98 (99 ff.); Derungs (Fn. 53), 122 (130 ff.); Eb, Financial Fairplay und Financial Sustainability – Eine Neubewertung, SpuRt 2023, 27 (29 ff.); Jentsch (Fn. 47), S. 322 ff.; Jung (Fn.7), S. 319 ff.; Kliesch (Fn.7), S. 217, 309, 330; Hirsbrunner/Schnitzler (Fn. 77), 567 (569 ff.); Flanagan (Fn. 45), 148 (154 ff.); Lindholm, The Problem With Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play, Tex. Rev. Ent. & Sports L. Vol. 12.2 (2011), 189 (197 ff.); Wolfsberger, Bedenken gegen Financial Fairplay und Third Party Ownership – Verhindert das Unionsrecht die geplante „Fußballrevolution“?, JKU Work. Pap. Nr.6, 2017, S. 22 ff.

⁸⁰ Jung (Fn. 7), S. 87; auf diese Besonderheiten ist an gegebener Stelle einzugehen.

wohl an den Grundfreiheiten als auch am EU-Kartellrecht gemessen werden. Hierbei hat die Prüfung der Grundfreiheiten keine Präjudizwirkung für die kartellrechtliche Bewertung.⁸¹

An die Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Unionsrechts auf Sportverbandsrecht schließt sich in Bezug auf die Grundfreiheiten die Frage nach der Drittwirkung dieser an.⁸² Das CLFFP als autonom von einem Verband gesetztes Recht, ist nur dann an den Grundfreiheiten zu messen, wenn diese Drittwirkung entfalten. Es wäre nicht zielführend, die in der Wissenschaft kontrovers diskutierte Problematik hier in ihrer Breite darzustellen. Genügen soll daher ein Verweis darauf, dass eine Drittwirkung der Grundfreiheiten praktisch universell angenommen wird, über die genaue Realisierung dieser jedoch Uneinigkeit herrscht. Zum Teil wird eine Lösung über staatliche Schutzpflichten gesucht, sodass die Mitgliedsstaaten die Gewährleistungen der Grundfreiheiten verteidigen sollen⁸³, zumindest bzgl. kollektiver Verbandsregelungen wird aber überwiegend eine unmittelbare Drittwirkung angenommen⁸⁴, wobei letztere Auffassung der Rspr. des EuGH zum Sportverbandsrecht entspricht und daher dieser Arbeit zugrunde gelegt werden soll. Entgegen früher vertretener Ansicht⁸⁵, muss spätestens seit Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit durch den EuGH neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit auch die Kapitalverkehrsfreiheit

⁸¹ Diese sog. Konvergenzthese, noch vertreten vom EuG, Rs. T-313/02, Slg. 2004, II-3291, Rn.42 – Meca-Medina; wurde abgelehnt vom EuGH, Rs. C-519/04 P., Slg. 2006, I-6991 – Meca-Medina, vgl. Heermann (Fn.73), 394 (400).

⁸² Anschaulich zur Drittwirkung: Müller-Graf, Die horizontale Drittwirkung von Grundfreiheiten, EuR 2014, 3; Roth, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: FS Medicus, 2009, 393.

⁸³ Vgl. z.B. Burgi, Mitgliedsstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, 327 (329 ff.); Streinz/Leibele, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459 (464 ff.); Körber, Innerstaatliche Anwendung und Drittwirkung der Grundfreiheiten? – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 6.6.2000, Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, Rs. C-281/98, EuR 2000, 932 (945 ff.); Ehlers, Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts (Teil I), JURA 2001, 266 (274); Birkemeyer, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2010, 662 (667 ff.); Schmahl/Jung, Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit?, NVwZ 2013, 607 (612); Bachmann, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 2010, 424 (473 ff.).

⁸⁴ Vgl. z.B. EuGH Walrave/Koch, Donà, Bosman, Deliège, Lehtonen, Bernard (a.a.O. Fn.74); Jarass, Elemente der Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705 (715 f.); Rötbel, Grundfreiheiten und private Normgebung – Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbandsnormen, EuR 2001, 908 (909 ff.); Vieneg/Rötbel, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, ZHR 2002, 6 (22); Kadelbach/Petersen, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, EuGRZ 2002, 213 (218); Ludwigs/Weidemann, Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten – Von der Divergenz zu Konvergenz, JURA 2014, 152 (157 f.).

⁸⁵ Glaesner, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 56 EGV Rn.17; Ress/Ukerow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 39. EL Juli 2009, Art. 56 EGV Rn. 101; Birkemeyer (Fn. 83), 662 (676).

Drittwirkung entfalten.⁸⁶ Somit ist das CLFFP an sämtlichen in Betracht kommenden Grundfreiheiten zu messen.⁸⁷

2. Verstoß gegen Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht

Um die praktischen Implikationen des CLFFP besser erfassen zu können, wird die Darstellung der Grundfreiheiten nicht auf theoretischer Basis erfolgen, sondern anhand eines sich fortentwickelnden Fallbeispiels.

a) Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV

Der deutsche Staatsangehörige A, Fußballprofi in Österreich beim Club S, strebt zur Saison 2021/22 einen Wechsel an. Ziel ist der Club B aus Spanien. B befindet sich allerdings in finanziellen Schwierigkeiten und kann aufgrund fehlender Zuschauereinnahmen durch die Covid19-Pandemie keine weiteren Spieler verpflichten, ohne die break-even-Vorschrift zu verletzen. Grundsätzlich schützt der Art. 45 AEUV jeden Arbeitnehmer, der Unionsbürger⁸⁸ ist, vor Diskriminierungen oder Beschränkungen seiner Mobilität.⁸⁹ Diese sollen die Möglichkeit haben, ihren Arbeitsplatz im ganzen Unionsgebiet frei zu wählen.⁹⁰ Persönlich werden also Unionsbürger, somit auch der A, geschützt. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet, wenn der Beruf des Fußballprofis eine Arbeitnehmereigenschaft des A begründen würde.⁹¹ Arbeitnehmer ist nach st. Rspr. eine Person, die „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die diese

⁸⁶ EuGH, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453 – Fra.bo/DVGW; u.a. *Müller-Graf* (Fn. 82), 3 (13 ff.), *Ludwigs/Weidermann* (Fn. 84), 152 (164), zur Kapitalverkehrsfreiheit existiert diesbzgl. jedoch noch keine Rspr., *Kliesch* (Fn. 7), S. 143.

⁸⁷ Hingewiesen werden soll zudem auf die Diskussionen um das Konkurrenzverhältnis von EU-Kartellrecht und Grundfreiheiten und die Erstreckung der Drittwirkung auf nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Beschränkungen der Grundfreiheiten, wobei mit dem EuGH von einer Anwendbarkeit von Art. 45, 56, 63 und 101, 102 AEUV nebeneinander (EuGH, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Rn. 119 ff. – Wouters) sowie einem Erstrecken der Drittwirkung auf differenzierungsfreie Beschränkungen (s. EuGH – Bosman, Rn.104, a.a.O.) ausgegangen wird; zu diesen Diskussionen *Müller-Graf* (Fn. 82), 3 (13 f., 19 ff.).

⁸⁸ EuGH 238/83, Slg. 1984, 2631, Rn.7 – Meade; *Schneider/Wunderlich*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 45 AEUV Rn. 21; hierbei ist zu beachten, dass 55 Nationalverbände Mitglied der UEFA sind (s. <https://de.uefa.com/insideuefa/national-associations/> (zul. abger. am 11.1.2024)), die Grundfreiheiten aber nur auf mitgliedersstaatliche Profis anwendbar sind.

⁸⁹ *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 16 Rn. 2.

⁹⁰ *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art.45 AEUV Rn. 1.

⁹¹ Zur Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern: *Fischinger*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, S. 9 ff.

als Gegenleistung eine Vergütung erhält⁹². Fußballprofis werden als Mannschaftssportler weit überwiegend als Arbeitnehmer angesehen.⁹³ Der erforderliche grenzüberschreitende Lebenssachverhalt⁹⁴ ist in Fällen wie dem Vorliegenden ebenfalls unproblematisch gegeben.

Die Frage, welche sich somit stellt, ist folgende: beschränkt das CLFFP die Arbeitnehmerfreizügigkeit des A dadurch, dass sein Wechsel zum Club B aufgrund einer drohenden Verletzung der break-even-Vorschrift scheitert? Eine Beeinträchtigung des Art. 45 AEUV durch Diskriminierung erscheint schon deshalb ausgeschlossen, weil sich die Wirkung auf die Spieler nur mittelbar darüber entfaltet, dass die Clubs bestimmte Transfersummen oder Gehälter nicht mehr aufbringen können. Dies ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit des wechselwilligen Spielers. In Betracht kommt somit lediglich eine Beschränkung. Eine solche liegt schon dann vor, wenn eine Bestimmung einen Arbeitnehmer davon abhält, sein Heimatland zu verlassen, um von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch zu machen.⁹⁵ Eine Beschränkung wird zum Teil mit der Argumentation angenommen, die Begrenzung des Budgetrahmens für die Verpflichtung von Spielern auf die relevanten Einnahmen würde dazu führen, dass Wechsel nur zu den Clubs möglich sind, die ein positives break-even-Ergebnis aufweisen.⁹⁶ Diese Argumentation ist jedoch nicht zwingend, vielfach wird eine Beschränkung des Art. 45 AEUV auch abgelehnt.⁹⁷ Letzteres ist überzeugend. Entscheidend hierfür sind maßgeblich zwei Punkte: zunächst verhindert das CLFFP nicht den Zugang des A zum spanischen Fußballmarkt. Die break-even-Vorschrift ist nur von Clubs einzuhalten, die an UEFA-Klubwettbewerben teilnehmen, in den vier größten europäischen Fußballligen sind dies je sieben Clubs. Die Verpflichtung neuer Spieler ist nur den Clubs verwehrt, die zur Einhaltung verpflichtet sind *und* denen ein break-even-Defizit droht. Der A könnte z.B. zu anderen großen spanischen Clubs wechseln. Schutzzweck des Art.

⁹² EuGH 53/81, Slg. 1982, 1035 Rn. 11 ff. – Levin; C-337/97, Slg. 1999, I-3289 Rn. 13 – Meeusen; C-176/96, Slg. 2000, I-2681 Rn. 45 – Lehtonen; C-357/98, Slg. 2000, I-9265 Rn. 26 – Yiadom; vgl. *Franzen*, in: Streinz (Fn. 90), Art.45 AEUV Rn. 16.

⁹³ EuGH Bosman; Bernard (a.a.O.); *Kliesch* (Fn. 7), S. 146f.; *Petzold/Safaris*, Europäische Freizügigkeit von Berufsfußballspielern aus deutscher und griechischer Sicht, EuR 1983, 76 (78); *Kahlenberg*, Zur EG-rechtlichen Zulässigkeit von Ausländerklauseln im Sport, EWS 1994, 423 (424); aA *Fischer*, Europäischer Profi: Mannschaftssport oder: Arbeits(kampf)recht gegen Wettbewerbsrecht – Eine Konferenzschaltung, SpuRt 2004, 251 (252).

⁹⁴ St. Rspr. EuGH C-332/90, Slg. 1992, I-341 Rn. 9 – Steen I; m.w.N. *Franzen*, in: Streinz (Fn.90), Art.45 AEUV, Rn. 33.

⁹⁵ EuGH Bosman, Rn. 96 (a.a.O.).

⁹⁶ *Kliesch* (Fn. 7), S.217; *Braunneck*, EuGH-Rechtsprechung vs. UEFA-Financial Fairplay – Umverteilung statt Planwirtschaft?, WRP 2015, 1432 (1434); *Lindholm* (Fn. 79), 189 (202).

⁹⁷ *Stopper/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Fn. 3), S. 1060; *Flanagan* (Fn. 45), 148 (154); *Jentsch* (Fn. 47), S.354f.; *Jung* (Fn. 7), S. 327; zweifelnd *Heermann* (Fn. 45), 263 (264).

45 AEUV ist es, die Mobilität der Arbeitnehmer im Unionsgebiet zu erhalten, welche nicht dadurch tangiert wird, dass eine sehr geringe Anzahl Clubs pro Mitgliedsstaat als potenzielle Arbeitgeber ausscheiden. Zudem ist zu rekurrieren auf die *Graf*-Entscheidung des EuGH, wonach indirekte oder ungewisse Beeinflussungen keine Beeinträchtigung des Art. 45 AEUV darstellen.⁹⁸ Hier bietet sich ein Vergleich mit *Bosman* an. In dieser Entscheidung wurde die Regelung, wonach Clubs zur Entrichtung einer Ablösesumme auch dann verpflichtet sind, wenn der Vertrag des Spielers mit seinem ehemaligen Club ausgelaufen ist, für unvereinbar mit Art. 45 AEUV erklärt.⁹⁹ Die angenommene Beeinträchtigung lag darin, dass der Spieler, ob der für seine Verpflichtung zu zahlenden Ablösesumme, erschwerte Bedingungen bei der Suche eines neuen Clubs hatte.¹⁰⁰ Die Beschränkung knüpfte direkt an die Person des Spielers an und beeinträchtigte so die Vertragsverhandlungen mit jedem Club. Das CLFFP knüpft dagegen gerade nicht an die Person des Spielers, sondern richtet sich an die verpflichtenden Clubs. Die Gefahr, keinen neuen Club zu finden (aus finanziellen, nicht aus sportlichen Gründen), die im *Bosman* zugrunde liegenden Sachverhalt evident war, besteht für den A durch das CLFFP nicht, sodass im Ergebnis seine Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht beschränkt ist.

b) Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV

A und B einigen sich doch auf einen Transfer, unter Hinnahme erheblicher Gehaltseinbußen des A im Vergleich zu seinen Ursprungsforderungen. Dies führt dazu, dass der Vermittler des A, der Italiener R, eine geringere Provision erhält.¹⁰¹ Bei der Vermittlung eines Spielers handelt es sich wohl um eine Dienstleistung gem. Art. 57 Abs. 1 AEUV.¹⁰² Bzgl. der Beschränkung des Art. 56 AEUV kann jedoch nichts anderes gelten als bei Art. 49 AEUV. Die o.g. Argumente treffen auf Spielervermittler R noch verstärkt zu. Während A einen Wechsel zum Club B persönlich präferieren könnte, ist es R gleichgültig, zu welchem Club A wechselt, solange dieser für seine Provision aufkommt. Ein generelles Absinken des Gehalts und damit der

⁹⁸ EuGH C-190/98, Slg. 2000, I-493 Rn.24 f. – Graf.

⁹⁹ EuGH *Bosman*, Rn. 101 ff. (a.a.O.).

¹⁰⁰ EuGH *Bosman*, Rn. 101 ff. (a.a.O.).

¹⁰¹ Definition Spielervermittler: Präambel Reglement zur Arbeit mit Vermittlern 2015 der FIFA (abrufbar unter: <https://digitalhub.fifa.com/m/223bd3c9cd9709e8/original/bgewsp6t5rjjicyn7zyu-pdf.pdf> (zul. abger. am 11.1.2024)); zur Vertragsgestaltung: *Kröniger*, Provisionsansprüche von Spielervermittlern gegenüber Fußballvereinen, SpuRt 2004, 233; *Stopper/Holzhäuser*, Juristische Fallstricke im Recht der Spielervermittler, SpuRt 2011, 13.

¹⁰² *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1060; *Jentsch* (Fn. 47), S. 356; auf Art. 56 AEUV bezieht sich der Spielerberater *Laurent Piau* (u.a.) im Verfahren gegen das Spielervermittlungsreglement der FIFA (ABl. v. 14.9.02, C 219, S. 21); das EuG überprüfte das Reglement jedoch nur am Maßstab des Kartellrechts, EuG, T-193/02, Slg. 2005, II-217, Rn. 69ff. – *Piau*; hierzu ausführlich: *Werthenbruch*, Die FIFA-Spielervermittlerlizenz im Fadenkreuz zwischen RDG, EG-Kartellrecht und Art. 12 GG, SpuRt 2009, 183.

Provisionen würde bloß die Attraktivität der Berufe „Spielevermittler“ und „Fußballspieler“ beeinträchtigen, aber nicht dessen Ausübung.¹⁰³ Selbst wenn das CLFFP dies herbeigeführt hätte, wären Art. 45 und 56 AEUV nicht beschränkt.

c) Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV

Kurz nach dem Wechsel zu B, wird der Club zahlungsunfähig. Es folgt ein Zwangsabstieg in die 2. Liga. Der A strebt umgehend einen erneuten Wechsel an. Als Ziel hat er den französischen Club P ausgemacht. Um die Transfersumme stemmen zu können, müsste P eine Zahlung der katarischen Investorengruppe QSI in Anspruch nehmen. Diese hält 100% der Anteile an der als Gesellschaft aus dem Verein ausgliederten Profimannschaft des Clubs P. Diese Zahlung würde jedoch, als Zuwendung einer verbundenen Partei ohne Gegenleistung, nicht als relevante Einnahme in das break-even-Ergebnis einfließen, sodass ein break-even-Defizit droht. Der Ausschluss der Zuwendungen verbundener Parteien über dem Zeitwert könnte eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen. Grundsätzlich erfasst der Kapitalverkehr jede primär Anlagezwecken dienende, grenzüberschreitende Übertragung von Geld- oder Sachkapital.¹⁰⁴ Gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen jeder Art verboten. Als solche sind u.a. Maßnahmen anzusehen, „die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten.“¹⁰⁵ Die Kapitalverkehrsfreiheit weist insoweit ein Alleinstellungsmerkmal auf, als das Beschränkungsverbot auch gegenüber Drittstaaten und nicht nur innerhalb der Mitgliedsstaaten Geltung beansprucht.¹⁰⁶ Somit darf die Zuwendung der QSI an P, welche nach obiger Definition als Kapitalverkehr einzuordnen ist, keinen Beschränkungen unterliegen.¹⁰⁷ Es besteht weitgehend Einigkeit, dass die Nichtberücksichtigung von Zuwendungen verbundener Parteien über dem Zeitwert als relevante Einnahme dazu geeignet ist,

¹⁰³ So konsequent: *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1060; dagegen inkonsequent: *Jentsch* (Fn. 47), S. 356, der einer Beschränkung des Art. 49 AEUV kritisch gegenübersteht, ohne nähere Begründung aber eine Beschränkung des Art. 56 AEUV als gegeben ansieht.

¹⁰⁴ *Lübke*, in: Müller-Graf, *Enzyklopädie Europarecht* Bd. IV – Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, § 5 Rn. 25; *Brühmer*, in: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 63 AEUV Rn. 10.

¹⁰⁵ Vgl. nur EuGH, Rs. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, Rn. 19 – Grünewald; zur Diskussion, um die Anwendung Keck-Formel auf Art. 63 AEUV: *Ukrow/Ress*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, 73. EL Mai 2021, Art.63 AEUV Rn. 203 ff.; *Wellige*, *Weg mit dem VW-Gesetz!*, *EuZW* 2003, 427 (431 ff.).

¹⁰⁶ *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht – Ein Studienbuch*, 9. Aufl. 2021, § 30 Rn. 3.

¹⁰⁷ Im europäischen Vereinsfußball ist dies von besonderer Relevanz, viele Investoren(gruppen) besitzen nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats/haben keinen Sitz im Unionsgebiet, vgl. QSI – Paris St. Germain.

diese Parteien von Investitionen in die Clubs abzuhalten.¹⁰⁸ Dem ist zuzustimmen. Parteien, die einen solchen Einfluss auf einen Club ausüben, dass sie als verbunden iSd CLFFP gelten, streben nach dem maximalen wirtschaftlichen und sportlichen Erfolg des Clubs. Hierbei ist im Kosmos „Fußball“ sportlicher Erfolg Voraussetzung für wirtschaftlichen Erfolg.¹⁰⁹ Um die größten sportlichen Erfolge (kurzfristig) erreichen zu können (Teilnahme an und Gewinn der CL), sind idR zunächst erhebliche Investitionen in den Kader des Clubs erforderlich.¹¹⁰ Diesen soll keine unmittelbare Gegenleistung gegenüberstehen, vielmehr sollen sie sich erst später, durch sportlichen und wirtschaftlichen Erfolg des Clubs, rentieren. Das Erfordernis einer unmittelbaren angemessenen Gegenleistung, damit die Zuwendung der verbundenen Partei in das break-even-Ergebnis einbezogen wird, konterkariert diese Vorgehensweise und ist geeignet, potenzielle Investoren davon abzuhalten, Clubs Kapital zufließen zu lassen. Das CLFFP beschränkt somit die Kapitalverkehrsfreiheit verbundener Parteien, hier der QSI¹¹¹. Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen aus Art. 65 Abs. 1 AEUV kommt eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls in Betracht.¹¹² Hier ist die Verbandsautonomie zu berücksichtigen, sodass auch sachliche Erwägungen, mit welchen (wirtschaftliche) Verbandsinteressen verfolgt werden, taugliche Rechtfertigungsgründe sein können.¹¹³ Um Wiederholungen zu vermeiden, soll eine ausführliche Rechtfertigungsprüfung aber

¹⁰⁸ So: *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1059; *Stopper* (Fn. 51), 2 (6); *Jentsch* (Fn. 47), S. 357; *Jung* (Fn. 7), S. 324; *Heermann* (Fn. 45), 263 (264); *Wolfsberger* (Fn. 79), S. 24; *Braunack* (Fn. 96), 1432 (1434); aA *Scherzinger* (Fn. 53), S. 298; die *Keck*-Formel würde zu keinem anderen Ergebnis führen, *Jung* (Fn. 7), S. 324.

¹⁰⁹ 2019/20 wurden ca. 1,93 Mrd. € an 38 CL-(Playoff)-Teilnehmer und 0,54 Mrd. € an 48 EL-Teilnehmer ausgeschüttet, UEFA Finanzbericht 2019/20, S.29.

¹¹⁰ Bsp. PSG: Seit Übernahme durch QSI 2011 waren 1,25 Mrd. € Transferausgaben nötig, bevor PSG 2020 zum ersten Mal das CL-Finale erreichte (Daten von: <https://www.transfermarkt.de/fc-paris-saint-germain/startseite/verein/583> (zul. abger. am 11.1.2024)).

¹¹¹ Welche auch vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst ist, s.o., *Kemmerer*, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, 2010, S. 107 ff.; *Ukron/Ress*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 105), Art.63 AEUV Rn. 146 m.w.N.; zweifelnd: *Sedlaczek/Züger*, in: *Streinz* (Fn. 90), Art.64 AEUV Rn. 8 f.

¹¹² *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 106), § 30 Rn. 22.

¹¹³ *Battis/Ingold/Kubnert*, Zur Vereinbarkeit der „6+5“-Spielregel der FIFA mit dem Unionsrecht, *EuR* 2010, 3 (14); *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 105.), Art.45 AEUV Rn. 180 f.; *Kliesch* (Fn. 7), S. 220; häufig wird in Anlehnung an die Formulierung zwingende Gründe des Allgemeinwohls auch von zwingenden Gründen des Verbandsinteresses gesprochen, vgl. *Vieneg/Röthel* (Fn. 84), 6 (29 ff.); *Summerer*, Investoren für die Bundesliga? – Zur Zulässigkeit des Gebots der Mehrheitsbeteiligung des Muttervereins an einer Kapitalgesellschaft („50+1“-Regelung), *SpuRt* 2008, 234 (240); bei *Jentsch* (Fn. 47), S. 148 (in Fn. 574) wird deutlich, dass es sich hierbei nur um einen terminologischen Unterschied handelt.

erst in der strengeren¹¹⁴ Meca-Medina-Prüfung im Art. 101 AEUV vorgenommen werden.

d) Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV

Die vorangegangenen Darstellungen zeigen, dass das CLFFP die Grundfreiheiten praktisch sämtlicher im europäischen Vereinsfußball tätiger Personen, sei es als Club-Verantwortlicher, Fußballspieler, Spielervermittler oder Anteilseigner eines Clubs, beschränkt oder zumindest nachteilig tangiert.¹¹⁵ Damit drängt sich die Frage auf, ob das CLFFP mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar ist, wobei sich die Prüfung auf das Kartellverbot beschränken soll.

aa) Tatbestand

Erforderlich ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, der Beschusses einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen und eine Einschränkung, Verfälschung oder Verhinderung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt, Art. 101 Abs. 1 AEUV. Ein Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von Rechtsform und Art der Finanzierung.¹¹⁶ Fußballclubs sind, soweit sie wirtschaftlich tätig werden, als Unternehmen anzusehen.¹¹⁷ Daraus wird gefolgert, dass Nationalverbände Unternehmensvereinigungen darstellen und Dachverbände wiederum Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen.¹¹⁸ Diese sind ebenfalls von Art. 101 AEUV erfasst.¹¹⁹ Da die FIFA vom EuG

¹¹⁴ *Jentsch* (Fn. 47), S. 143; *Jung* (Fn. 7), S. 317 f.; *Holzhäuser*, Die Vereinslizenzierung in den deutschen Profisportligen – Rechtsfragen und Rechtsgrundlagen der Vereinslizenzierung nach der Ausgliederung der Profiligen aus den Bundesdachsportverbänden, 2006, S. 213.

¹¹⁵ Im Vorfeld ausgespart wurde Art. 49 AEUV, hierzu: *Jung* (Fn. 7), S. 318; *Scherzinger* (Fn. 53), S. 297.

¹¹⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rn. 12 (m.w.N.).

¹¹⁷ EuG, Piau (a.a.O.); *Bechtold/Bosch/Brinker* (Fn. 116), Art. 101 AEUV Rn. 24 f.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht – Bd. I: Kommentar zum europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV Rn. 49; *Ouart*, „50+1“-Regelung: Wie geht es im Profifußball weiter?, WPR 2010, 85 (87); *Heermann*, Mehrheitsbeteiligungen an Sportkapitalgesellschaften im Lichte des Europarechts, WPR 2003, 724 (730).

¹¹⁸ EuG, Piau (a.a.O.); *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 117), Art. 101 AEUV Rn. 62; *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (569); *Säcker/Steffens*, in: MüKo zum Wettbewerbsrecht – Bd. I: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV Rn. 64; *Long*, Promoting Competition or Preventing It? A Competition Law Analysis of UEFA's Financial Fair Play Rules, Marq. Sports L. Rev. 2012, 75 (89).

¹¹⁹ KOM, ABl. v. 8.10.1971, L 226, S.26 (28 f.); ABl. v. 23.11.77, L 299, S.18 (23); ABl. 31.12.82, L 379, S. 1 (10); ABl. 30.12.94, L 343, S. 1 (97).

als Unternehmensvereinigung eingeordnet wurde¹²⁰, kann für die UEFA nichts anderes gelten. Das CLFFP ist für die Clubs verbindlich und mithin als Beschluss einer Unternehmensvereinigung anzusehen.¹²¹

Eine Einschränkung des Wettbewerbs ist dann anzunehmen, wenn die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten von allen oder einzelnen an der unternehmerischen Maßnahme Beteiligten eingeschränkt werden.¹²² Diese Einschränkung muss bezweckt oder bewirkt worden sein. An dieser Stelle kann auf die Ausführungen zu den Grundfreiheiten zurückgegriffen werden. Die break-even-Vorschrift beschränkt zum einen die Handlungsmöglichkeiten der Clubs im Hinblick auf Transfer- und Gehaltsausgaben (auch wenn diese weiter gestiegen sind, wird der Spielraum trotzdem durch die relevanten Einnahmen begrenzt). Darüber hinaus wird das Sponsoring eingeschränkt. In Clubs investierende Parteien müssen entweder in Kauf nehmen, dass sie einen geringeren Einfluss auf den Club haben (als unverbundene Partei) oder ihre Zuwendungen (sobald über dem Zeitwert), für die Clubs praktisch wertlos sind, da sie nicht als relevante Einnahme eingeordnet werden. Zuletzt werden zumindest mittelbar auch die Verdienstmöglichkeiten von Spielern und Vermittlern eingeschränkt. Insoweit wurde durch das CLFFP eine Wettbewerbsbeschränkung bei mehreren Beteiligten bewirkt.¹²³ Es kommt nicht mehr darauf an, ob diese durch das CLFFP bezweckt war.¹²⁴

Die Zwischenstaatlichkeitsklausel, wonach der Beschluss geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beschränken, ist erfüllt, wenn „sich anhand einer Gesamtheit objektiver, rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann“.¹²⁵ Handel ist weit zu verstehen und erfasst nicht nur den Handel mit Waren, sondern den gesamten Wirtschaftsverkehr, auch Dienstleistungen, Kapitalverkehr o.Ä.¹²⁶ Wie bereits dargelegt wurde, sind diverse Situationen vorstellbar, in denen das CLFFP den Handel beeinflussen kann. So ist es geeignet, Clubwechsel von Spielern, zumindest zu den vorgestellten Vertragsbedingungen, zu verhindern oder Investorentätigkeiten im Clubfußball zu hemmen, da Zuwendungen entweder wirkungslos oder mit einem zu geringen Einfluss auf

¹²⁰ EuG, Piau (a.a.O.).

¹²¹ *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (569); *Jentsch* (Fn. 47), S. 358; *Horn*, Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport, 2016, S. 268; *Long* (Fn. 118), 75 (89).

¹²² *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 105), Art.101 AEUV Rn. 122.

¹²³ So iE angenommen von: *Jentsch* (Fn. 47), S. 358 f.; *Horn* (Fn. 121), S. 267; *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (569); *Eb* (Fn. 79), 27 (30); *Long* (Fn. 118), 75 (93 ff.); *Lindholm* (Fn. 79), 189 (200).

¹²⁴ Ablehnend *Horn* (Fn. 121), S. 267, s. auch: *Long* (Fn. 118), 75 (92).

¹²⁵ EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 – Maschinenbau Ulm.

¹²⁶ *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 117), Art. 101 AEUV Rn. 175 m.w.N.

den Club verbunden sind. Entsprechend ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt.¹²⁷

Zuletzt müsste noch das ungeschriebene Kriterium der Spürbarkeit vorliegen, welches sich primär nach dem Marktanteil der an der Maßnahme beteiligten Unternehmen richtet.¹²⁸ Überwiegend wird die Spürbarkeit bei Regelwerken der UEFA aufgrund des Ein-Platz Prinzips angenommen, da sämtliche Nationalverbände (und damit deren Profifußballclubs) an diesen beteiligt sind.¹²⁹

Das CLFFP stellt eine Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 AEUV dar.

bb) Meca-Medina-Prüfung

Um den Besonderheiten des sportlichen Wettbewerbs gerecht zu werden, hat der EuGH in *Meca-Medina* einen Prüfungsmaßstab entwickelt, welcher heranzuziehen ist, um zu ermitteln, ob Wettbewerbsbeschränkungen eines Sportverbands einen Verstoß gegen das Kartellverbot darstellen.¹³⁰ Zunächst ist der Gesamtzusammenhang der Maßnahme zu betrachten und deren Zielsetzung herauszuarbeiten, im Anschluss ist zu überprüfen, ob die wettbewerbsbeschränkende Wirkung zur Verfolgung der Ziele notwendig war und abschließend ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung i.e.S. durchzuführen.¹³¹

(1) Zielsetzung des CLFFP

Das CLFFP müsste somit eine legitime Zielsetzung verfolgen, wobei die Verbandsautonomie hier einen relativen weiten Spielraum eröffnet.¹³² Als legitim anerkannt werden neben der Sicherung der Chancengleichheit aller Teilnehmer oder der Ge-

¹²⁷ So auch: *Horn* (Fn. 121), S. 268 f.; *Jentsch* (Fn. 47), S. 358; *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (569); *Long* (Fn. 118), 75 (89 ff.); *Lindholm* (Fn. 79), 189 (199).

¹²⁸ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 117), Art. 101 AEUV Rn. 139; zum Spürbarkeitserfordernis (inkl. kritische Bewertung): *Ackermann*, Die Spürbarkeit – Vom ungeschriebenen zum unnützen Attribut der Wettbewerbsbeschränkung, in: FS Roth, 2015, 1; relevant ist insb., dass sowohl die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels als auch die Wettbewerbsbeschränkung spürbar sein müssen und diese Prüfungen nicht immer kongruent sind.

¹²⁹ So: *Long* (Fn. 118), 75 (89 ff.); *Lindholm* (Fn. 79), 189 (199); *Jentsch* (Fn. 47), S. 326; *Flanagan* (Fn. 45), 148 (155).

¹³⁰ EuGH, *Meca-Medina* (a.a.O.), Rn. 42; zur dogmatischen Einordnung *Horn* (Fn. 121), S. 90 ff., z.T. wird eine Tatbestandsreduktion als Rule of reason oder ein Anwendungsfall der Immanenztheorie angenommen; iRd CLFFP wird er weitgehend als Rechtfertigungsgrund angesehen (*Jentsch* (Fn. 47); S. 359 ff.; *Horn* (Fn. 121), S. 272 ff.; *Jung* (Fn. 7), S. 311 ff.; *Stopper* (Fn. 51), 2 (6 ff.); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1061 f.; *Lindholm* (Fn. 79), 189 (203 ff.)); für tatbestandsimmanente Ausnahme: *Flanagan* (Fn. 45), 148 (155); *Heermann* (Fn. 79), 128 (131).

¹³¹ EuGH *Meca-Medina* (a.a.O.), Rn. 42; hierzu *Heermann* (Fn. 73), 394 (402 ff.).

¹³² *Heermann* (Fn. 73), 394 (402).

währleistung ergebnisoffener Wettkämpfe auch die Gewährleistung finanzieller Stabilität und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Teilnehmer.¹³³ Vielfach wird darauf abgestellt, Ziel des CLFFP sei es, die Ausgabenentwicklung bei Gehältern und Transfersummen einzudämmen.¹³⁴ Wie sich bereits zu Beginn der Arbeit gezeigt hat, waren die steigenden Gehalts- und Transfersummen zwar das Motiv für den Erlass des CLFFP, im Reglement findet sich diese Zielsetzung und damit die Dekapitalisierung jedoch nicht ausdrücklich wieder. In Art. 2 Abs. 1, 2 CLFFP werden Disziplin und Rationalität im finanziellen Bereich, die Integrität der Wettbewerbe, das Wirtschaften im Rahmen der eigenen Einnahmen und der langfristige Schutz der Lebensfähigkeit und Nachhaltigkeit des europäischen Klubfußballs als Ziele ausgerufen. Die Eindämmung der Gehaltsentwicklung findet in diesen aber eine ausreichende Stütze, sodass sie nicht daneben als eigenes Ziel des CLFFP berücksichtigt werden muss.¹³⁵ Dies ergibt sich zumindest dann, wenn man das Motiv rein logisch hinterfragt. Ziel des CLFFP war keine Dekapitalisierung durch Reduzierung der Gehalts- und Transferzahlungen¹³⁶, vielmehr sollte verhindert werden, dass Clubs, um auf höchstem Level konkurrieren zu können, in eine Schuldenspirale geraten, indem sie mit exzessiven Ausgaben versuchen, einen stärkeren Kader aufzustellen. Wenn, wie im letzten Jahrzehnt geschehen, die durch Fußballclubs generierten Einnahmen stark ansteigen¹³⁷, dann soll das CLFFP keine Verwendung dieser Einnahmen für die Verpflichtung und das Gehalt von Spielern verhindern. Es geht somit nicht um Dekapitalisierung, sondern darum, mit (höheren) Einnahmen rational zu wirtschaften und der hohen Verschuldung der Clubs entgegenzuwirken (Art. 2 Abs.2 lit. c, d CLFFP). Hierbei handelt es sich um legitime Ziele.¹³⁸ Relevant für die weitere Prüfung ist, dass die ebenfalls als legitimes Ziel angesehene sportliche Ausgeglichenheit durch das CLFFP nicht umgesetzt werden soll. Für die Prüfung der VHM des CLFFP soll zudem bereits vorweggenommen werden, dass die Erhaltung der sportlichen Überlegenheit weniger Clubs keine legitime Zielsetzung darstellt.¹³⁹

¹³³ Vgl. mit weiteren Bsp. *Heermann* (Fn. 73), 394 (402); *Klees*, Die so genannte „50+1“-Regel im deutschen Profifußball im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, *EuZW* 2008, 391 (393).

¹³⁴ *Stopper* (Fn. 51), 2 (6); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1061 f.; *Jentsch* (Fn. 47), S. 360; *Horn* (Fn. 121), S. 273.

¹³⁵ Anders: *Heermann* (Fn. 45), 263 (270).

¹³⁶ Wie teilweise vertreten, *Stopper* (Fn. 51), 2 (6).

¹³⁷ Die Einnahmen allein aus UEFA-Klubwettbewerben haben sich von 1,3 Mrd. € 2010 auf 3,2 Mrd. € 2019 erhöht, wobei ca. 80% an die Clubs ausgeschüttet werden (abzgl. Wettbewerbskosten, Solidaritätszahlungen und UEFA Anteil), UEFA Finanzbericht 2019/20, S. 28; in der Saison 2021/22 stiegen die Gesamteinnahmen aus den Klubwettbewerben bereits auf 3,6 Mrd. €, UEFA Jahresbericht 2021/22, S. 60.

¹³⁸ So i.E. *Stopper* (Fn. 51), 2 (6); *Horn* (Fn. 121), S. 273; *Jung* (Fn. 7), S. 311 ff.; *Lindholm* (Fn. 79), 189 (205); *Heermann* (Fn. 79), 128 (130 f.); *Jentsch* (Fn. 47), S. 360 f.

¹³⁹ *Immenga/Stopper* (Fn. 53), 98 (101); *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (570).

(2) Notwendigkeit für die Zielerreichung

Erforderlich ist zudem ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den Wettbewerbsbeschränkungen und den Zielsetzungen des CLFFP.¹⁴⁰ In diesem Rahmen wird weitgehend die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen geprüft, wobei den Sportverbänden ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.¹⁴¹ Es wurde eine Wettbewerbseinschränkung auf drei Ebenen angenommen. Wenig Probleme bestehen bzgl. der Beschränkung der Clubs und Spieler(-vermittler). Die Regelung, dass Clubs über eine Berichtsperiode von drei Jahren nicht mehr ausgeben dürfen, als sie einnehmen, zwingt diese dazu, im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu wirtschaften und nicht in eine Schuldenspirale zu geraten.¹⁴² Dies sichert die nachhaltige finanzielle Stabilität als legitimes Ziel des CLFFP. Mildere Mittel sind nicht ersichtlich.¹⁴³ Aufgrund der stark gestiegenen Einnahmen in den letzten Jahren, ist die Einschränkung der Spieler(-vermittler) sowieso höchst theoretischer Natur, da es faktisch nicht zu einer Verringerung des Gehaltsniveaus gekommen ist. Zudem ist eine mittelbare Beeinträchtigung der Spieler(-vermittler) notwendige Folge einer Begrenzung der Ausgaben der Clubs und als solche geeignet und erforderlich, zur Sicherung der finanziellen Nachhaltigkeit dieser.¹⁴⁴

Bzgl. der Beschränkung des Sponsorings stellt sich die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit wesentlich komplexer dar. Die Klassifizierung der Zuwendungen von verbundenen Parteien über dem Zeitwert als nicht relevante Einnahmen widerspricht auf den ersten Blick den Zielen des CLFFP, da Investitionen unattraktiver werden und den Clubs so ein Mehr an Einnahmen entgeht. Zudem wird die Unterscheidung zwischen verbundenen und nicht verbundenen Unternehmen als nicht zweckmäßig, die 30% Schwelle des maßgeblichen Einflusses als willkürlich und der Zeitwert als ungeeignet kritisiert.¹⁴⁵ Allerdings sind nicht nur rationales, sondern auch nachhaltiges Wirtschaften und die Integrität der Wettbewerbe Ziele des CLFFP. Diese Ziele können durch die Regelung gefördert werden. Kommt ein Großteil der Einnahmen von einer Partei, besteht die Gefahr eines entsprechenden Einbruchs der Einnahmen, wenn diese das Interesse an dem Investment verliert. Im Hinblick auf die Nachhaltigkeit des europäischen Klubfußballs ist somit eine

¹⁴⁰ Jung (Fn. 7), S. 313.

¹⁴¹ Heermann (Fn. 73), 394 (403); Jentsch (Fn. 47), S. 361 ff.; Horn (Fn. 121), S. 273; Jung (Fn. 7), S. 313 ff.

¹⁴² In dieser Hinsicht hat das CLFFP Früchte getragen, Verluste und Verschuldung der europäischen Topclubs haben sich seit dessen Einführung auf weniger als 20% des ursprünglichen Niveaus reduziert.

¹⁴³ Ein Lizenzierungsverfahren zu Beginn der Saison stellt kein solches dar, da in diesem nur die Liquidität für die kommende Saison geprüft wird, womit finanzielle Nachhaltigkeit wesentlich weniger effektiv geschützt wird, dazu: Jung (Fn. 7), S. 313 ff.

¹⁴⁴ Hierzu Horn (Fn. 121), S. 273; Jung (Fn. 7), S. 326.

¹⁴⁵ Immenga/Stopper (Fn. 53), 98 (100 ff.); Stopper (Fn. 51), 2 (6); Stopper/Karlin, in: Stopper/Lentze (Fn. 3), S. 1061.

Unterscheidung nach nicht verbundenen und verbundenen Unternehmen zweckmäßig, da letztere einen so erheblichen Wert für den Club haben, dass ihr Wegbrechen finanziell nicht zu kompensieren wäre.¹⁴⁶ Die 30%-Grenze mag willkürlich wirken, allerdings ist insoweit auf den Einschätzungsspielraum der UEFA zu verweisen.¹⁴⁷ Im Interesse der Rechtssicherheit ist es zielführend, einen Grenzwert festzulegen. Es ist anzunehmen, dass ein Wegfall von 30% der Einnahmen für jeden Club kaum zu kompensieren wäre. Dies kann ggf. auch schon bei 10% oder 20% angenommen werden. Eine geringere Schwelle würde den Eingriff jedoch weiter intensivieren, sodass nicht von einem milderen Mittel gesprochen werden kann.¹⁴⁸ Der Vorschlag, die 30%-Schwelle nicht an den individuellen Einnahmen der Clubs, sondern den Durchschnittseinnahmen aller Teilnehmer am Klubwettbewerb zu bestimmen¹⁴⁹, kann unter Berücksichtigung des finanziellen Ungleichgewichts der Teilnehmer nicht als milder eingeordnet werden. Es würde zwar dazu führen, dass weniger bis keine Sponsoren der finanzschwächsten Teilnehmer als verbundene Parteien eingeordnet würde, dafür aber wesentlich mehr Sponsoren der finanzstärksten Clubs. Soweit die Zuwendungen dem Zeitwert entsprechen müssen, ist Kritik am Kriterium des Zeitwerts aufgrund der schweren Bestimmbarkeit des Werts eines Sponsoringengagements durchaus angebracht.¹⁵⁰ Das liegt aber in der Natur der Leistung und nicht am Kriterium des Zeitwerts, welches aus einem recht simplen Grund als geeignet und erforderlich anzusehen ist: entspricht die Leistung der verbundenen Partei dem Zeitwert, kann der Club eine vergleichbare Zuwendung auch von einem anderen Sponsor erhalten, wenn die verbundene Partei ihre Zuwendungen einstellt. Entsprechend würde ein Wegfallen dieser keine Gefährdung der finanziellen Stabilität begründen.¹⁵¹ Der Kritik, die break-even-Regelung würde zur Zementierung der sportlichen Dominanz einiger weniger Clubs führen, da es für kleinere Clubs nicht mehr möglich ist, durch finanzstarke Inverstoren in diese Phalanx einzubrechen¹⁵², kann die Integrität der Wettbewerbe entgegengesetzt werden, welche gefährdet würde, wenn solche finanzgedopten Clubs nachhaltig wirtschaftenden Clubs den Rang ablaufen, zumal die Ausgeglichenheit der Wettbewerbe kein Ziel des CLFFP ist.¹⁵³

¹⁴⁶ So i.E. auch *Jentsch* (Fn. 47), S. 378 ff.

¹⁴⁷ Auf diesen wird von *Immenga/Stopper* (Fn. 53), 98 (103) und *Jentsch* (Fn. 47), S. 386 nicht rekurriert, wenn sie die 30% Grenze für nicht gerechtfertigt/erforderlich erklären.

¹⁴⁸ So auch *Jentsch* (Fn. 47), S. 386.

¹⁴⁹ Vorgeschlagen von *Jentsch* (Fn. 47), S. 386.

¹⁵⁰ So wurde der Wert der Sponsoring-Tätigkeit der Telekom AG bei Bayern München von zwei Instituten je einmal auf 50 Mio. € und 115 Mio. € taxiert, dazu: *Strauß* (Fn. 32), S. 318 ff.

¹⁵¹ So iE auch *Jentsch* (Fn. 47), S. 387 ff.

¹⁵² *Immenga/Stopper* (Fn. 53), 98 (101); *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (570).

¹⁵³ Zur unzulänglichen Wirksamkeit der Schutzvorschriften für die Integrität des Wettbewerbs s.u.

Vielfach wurde vor Erlass des CLFSR zudem die Erforderlichkeit der break-even-Regelung in Gänze in Frage gestellt und auf einen Salary Cap als alternatives Mittel verwiesen.¹⁵⁴ Es ist fraglich, ob ein Salary Cap¹⁵⁵ tatsächlich ein gleich geeignetes, milderes Mittel wäre.¹⁵⁶ Zum einen ist die Vereinbarkeit eines solchen mit Art. 45, 101 AEUV äußerst umstritten.¹⁵⁷ Zum anderen würden bei einem relativen Salary Cap¹⁵⁸ dieselben Probleme bzgl. der Kategorisierung der Einnahmen auftreten, wie bei der break-even-Vorschrift.¹⁵⁹ Dies liegt in der Natur eines solchen Reglements. Es werden immer Schwierigkeiten hinsichtlich der Kategorisierung von Einnahmen auftreten, solange ein Finanzkontrollmechanismus vorgesehen wird, der gleichzeitig die Ausgaben auf wirtschaftliche Vertretbarkeit und die Einnahmen auf Förderfähigkeit kontrollieren soll. Unabhängig davon kann ein Mechanismus, der nur die Gehaltsausgaben im Verhältnis zu den Einnahmen deckelt, finanzielle Nachhaltigkeit in keinem Fall so effektiv verfolgen, wie die sämtliche Ausgaben deckelnde break-even-Vorschrift. Ein absoluter Salary Cap wird zwar eher als zulässig erachtet¹⁶⁰, erscheint im Hinblick auf die Ziele des CLFFP aber nicht gleich geeignet. Soweit auf die Erreichung sportlicher Ausgeglichenheit abgestellt wird¹⁶¹, wird übersehen, dass diese überhaupt kein Ziel des CLFFP darstellt und darüber hinaus eine Erreichung sportlicher Ausgeglichenheit über einen absoluten Cap zweifelhaft ist.¹⁶² Die wirtschaftliche Nachhaltigkeit der finanzschwächeren Clubs wiederum kann nur dann effektiv gesichert werden, wenn der Salary Cap so gering angesetzt wird, dass auch diese keine Gefahr laufen, in eine Schuldenspirale zu geraten (oder weitere Kontrollmechanismen der Ausgaben vorgesehen werden). Wird der Salary

¹⁵⁴ *Jentsch* (Fn. 47), S. 392 ff.; *Immenga/Stopper* (Fn. 53), 98 (100 ff.); *Stopper* (Fn. 51), 2 (6); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1061; *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (570).

¹⁵⁵ Zu Salary Caps allgemein: *Fischinger/Kainer*, Gehaltsobergrenzen für Profifußballspieler (Teil 1), *SpoPrax* 2021, 6 (6 f.).

¹⁵⁶ Z.T. wird das CLFFP als Salary Cap eingeordnet: *Lindholm* (Fn. 79), 189 (191); *Bodansky*, Kicking the Penalty – Why the European Court of Justice should Allow Salary CAPS in UEFA, *Ford. Int. L. J.* 2013, 163 (166).

¹⁵⁷ Vgl. nur ablehnend: *Ianc/Bach*, Die unionsrechtliche Vereinbarkeit von Gehaltsobergrenzen (Salary Caps) im Profifußball, *NZKart* 2021, 333 (333 ff.); *Walker*, Salary Caps im Fußball zur Sicherung der Spannung im Wettbewerb, *SpuRt* 2015, 187 (187); *Fischinger/Kainer*, Gehaltsobergrenzen für Profifußballspieler (Teil 2), *SpoPrax* 2021, 56 (56 ff.); *Jung* (Fn. 7), S. 326 f.; zweifelnd: *Heermann* (Fn. 79), 130 (131).

¹⁵⁸ Für Gehaltsausgaben darf nur bestimmter Prozentsatz der Einnahmen aufgewendet werden, s. Fn. 155.

¹⁵⁹ Dies erkennt auch *Jentsch* (Fn. 47), S. 402.

¹⁶⁰ *Heermann* (Fn. 79), 130 (131); *Ianc/Bach* (Fn. 157), 333 (336); *Fischinger/Kainer* (Fn. 157), 56 (59 f.); von *Jentsch* (Fn. 47), S. 405 f. als milderes, gleich geeignetes Mittel eingeordnet.

¹⁶¹ *Jentsch* (Fn. 47), S. 400.

¹⁶² Überzeugend hierzu: *Fischinger/Kainer* (Fn. 157), 56 (58 f.).

Cap an die Gehaltskosten der Zugpferde des europäischen Vereinsfußballs angepasst (z.B. 200 Mio. €)¹⁶³, dann bliebe für Clubs, welche nur Gehaltsausgaben im Bereich von 20 Mio. € haben, viel Raum für eine solche Schuldenspirale. Mit der break-even-Vorschrift kann dagegen die wirtschaftliche Nachhaltigkeit aller Clubs gesichert werden.

Das neue System der Financial Sustainability stellt im Übrigen auch kein milderes Mittel im Vergleich zum Financial Fairplay dar.¹⁶⁴ Auch nach dem novellierten Reglement hat die break-even-Vorschrift über die sog. Fußballereinnahmenregel weiter Bestand. Als weitere Beschränkung hinzu kommt die später in knappen Worten erläuterte Kaderkostenregelung, wonach langfristig nur 70% der Einnahmen für die Kaderkosten als wichtigstem Ausgabenposten aufgewendet werden dürfen. Hinzu kommt, dass das Kriterium der verbundenen Parteien nunmehr aufgegeben wurde und sämtliche Einkommenstransaktionen auf den Zeitwert zu überprüfen sind. Damit werden zwar etwaige Umgehungsmöglichkeiten ausgeschlossen, dennoch kann es ein stärkeres Investitionshemmnis darstellen als das CLFFP. Darin ist ein weit intensiverer Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der Club-Verantwortlichen, Anteilseigner und Investoren zu sehen. Eine Rechtfertigung des neuen Reglements kann sich allerdings ergeben aus der Verfolgung von weiteren Zielen, die über diejenigen des CLFFP hinausgehen, wie die Herstellung ausgeglichener Wettbewerbe oder die Verhinderung von Finanzdoping.

Im Ergebnis gibt es somit kein gleich geeignetes, milderes Mittel und die Notwendigkeit des CLFFP (insb. der break-even-Vorschrift) ist zu bejahen.

(3) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Die Beschränkungen sind somit einer VHM-Prüfung i.e.S., mithin einer Angemessenheitsprüfung zu unterziehen. Es handelte sich hierbei um eine ergebnisoffene Debatte.¹⁶⁵ Besondere Bedeutung kommt erneut der Verbandautonomie und dem sich daraus ergebenden Handlungsspielraum der UEFA zu.¹⁶⁶ Die weit überwiegende Begründungslinie für die Annahme eines Verstoßes gegen das Kartellverbot ist dabei, dass die Verbandsautonomie keine Eingriffe in die Handlungsfreiheit

¹⁶³ 200 Mio. € wären dabei noch niedrig angesetzt, in der Saison 2020/21 lag nur ein Club (Inter Mailand), der in den vergangenen 15 Spielzeiten die CL gewann, unter dieser Grenze, <https://onefootball.com/de/news/fcb-und-bvb-dabei-diese-15-klubs-zahlten-2021-die-hoechsten-gehaelter-34509036> (zul. abger. am 11.1.2024).

¹⁶⁴ S. *Eh* (Fn. 79), 27 (30).

¹⁶⁵ VHM ablehnend: *Stopper* (Fn. 51), 2 (7); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1061 f.; *Immenga/Stopper* (Fn. 53), 98 (103); *Jentsch* (Fn. 47), S. 410; *Jung* (Fn. 7), S. 322 ff.; *Horn* (Fn. 121), S. 274; *Lindholm* (Fn. 79), 189 (208); VHM bejahend: *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 14); Kap. 3 Rn. 157; *Heermann* (Fn. 79), 128 (133); *ders.* (Fn. 45), 263 (275); *Eh* (Fn. 79), 27 (30 f.); *Scherzinger* (Fn. 53), S. 298 f.; *Wolfsberger* (Fn. 79), S. 32 ff.; offen gelassen: *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 77), 567 (570).

¹⁶⁶ *Jentsch* (Fn. 47), S. 406.

Dritter rechtfertigen würde, wenn ebenso effektive Möglichkeiten bestehen, die Ziele des CLFFP durch Beschränkungen direkt bei den Clubs über einen Salary Cap zu erreichen.¹⁶⁷ Dieser stellt im Hinblick auf die tatsächlichen Ziele des CLFFP jedoch gerade kein gleich geeignetes Mittel dar. An dieser Stelle ist es nicht selten, dass die tatsächlichen Ziele des CLFFP (nachhaltige finanzielle Gesundheit der Clubs) mit den Zielen, die es aus Sicht der Urheber der Kritik verfolgen sollte (ausgeglichenen Wettbewerb), verworren werden.¹⁶⁸ Solange die verfolgten Ziele legitim sind, ist dies eine Debatte, die nicht in der VHM, sondern in der sportpolitischen Bewertung des CLFFP zu führen ist. Häufig wird zudem nicht berücksichtigt, dass die Nationalverbände sich gemeinschaftlich dem CLFFP unterworfen haben¹⁶⁹ und die Investoren die Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit für einen größeren Einfluss auf den Club bewusst in Kauf nehmen. Hinzu kommt, dass der FKFK durch Einführung der freiwilligen Vereinbarung und Vergleichsmöglichkeit ein in seiner Intensität sehr breiter, variabel auf die Schwere des Verstoßes anwendbarer Sanktionskatalog zumindest während der Geltungsdauer des CLFFP zustand – mit der freiwilligen Vereinbarung wurde eine Option mittlerweile gestrichen.¹⁷⁰ Auch wird häufig überbewertet, wie viele Parteien in welchem Ausmaß tatsächlich vom CLFFP beschränkt werden. Es sind lediglich Parteien betroffen, die derart großen Einfluss auf den Club haben, dass dessen wirtschaftliche Existenz vom Fortbestehen der Partnerschaft abhängt. Ob in einer solchen Konstellation noch vom viel zitierten „Dritten“ gesprochen werden kann, scheint fraglich. Auch wird nur das für einen schnellen sportlichen Erfolg erforderliche Finanzdoping über dem Zeitwert verhindert. Dieser Eingriff erreicht keine Intensität, bei der man eine Rechtfertigungsmöglichkeit von vorneherein versagen muss. Ob das CLFFP der Bezeichnung „Fairplay“ gerecht geworden ist, wird noch zu erörtern sein. Der häufig gewählten Vorgehensweise, einen Verstoß gegen das Kartellverbot anzunehmen und in dem Zuge das sportpolitisch favorisierte Alternativmodell als milderer Mittel in Stellung zu bringen, soll an dieser Stelle jedoch eine Absage erteilt werden.

3. Ergebnis

Dadurch, dass das CLFFP der Meca-Medina-Prüfung standhält, ist auch eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Kapitalverkehrsfreiheit anzunehmen.

¹⁶⁷ So konsequent: *Stopper* (Fn. 51), 2 (8); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1064; *Immenga/Stopper* (Fn. 53), 98 (103); *Jentsch* (Fn. 47), S. 392 ff.; inkonsequent dagegen *Jung* (Fn. 7), S. 323, 326ff., der einen Salary Cap als unionsrechtswidrig einstuft und als milderer Mittel auf nicht weiter konkretisierte Möglichkeiten verweist, bei den Clubs direkt die Ausgaben zu kontrollieren (wobei er dafür auf *Stopper* (Fn. 51), 2 verweist, der bekanntlich ein Vertreter des Salary Caps als milderer Mittel ist).

¹⁶⁸ *Stopper* (Fn. 51), 2 (7); *Jentsch* (Fn. 47), S. 405; dies erkennt auch *Heermann* (Fn. 79), 128 (133).

¹⁶⁹ Hierzu *Long* (Fn. 118), 75 (95 f.).

¹⁷⁰ Dies wird auch anerkannt von *Jentsch* (Fn. 47), S. 407.

II. Analyse der Schwächen des Reglements

Im vorangegangenen Abschnitt wurde die break-even-Vorschrift, insb. die Nichtberücksichtigung bestimmter Zuwendungen verbundener Parteien, ausgiebig beleuchtet und für vereinbar mit dem Unionsrecht erklärt. Es wurde auch festgestellt, dass das CLFFP zur erheblichen Reduzierung der Überschuldung der Clubs beigetragen hat. Zu klären bleibt die Frage, weswegen das CLFFP überwiegend als gescheitert angesehen wird.¹⁷¹

1. Umgebungsmöglichkeiten

Möglichkeiten zur Umgehung des CLFFP wurden frühzeitig erkannt.¹⁷² Grund hierfür ist auch, dass kein ausdrückliches Umgehungsverbot existiert.¹⁷³ Zum einen können relevante Ausgaben über Spielerleihen aufgeschoben werden, zum anderen bietet der Begriff verbundene Partei Angriffsfläche.

a) Leihvereinbarungen

Würden in einer Berichtsperiode bereits horrenden Ausgaben getätigt, können Clubs über eine Spielerleihe (ggf. mit anschließender Kaufpflicht) bestimmte Summen ins kommende Jahr verschieben und so ein Defizit verhindern.¹⁷⁴ Als Beispiel kann PSGs Leihe von Kylian Mbappé im Jahr 2017 von der AS Monaco dienen, welcher erst im folgenden Jahr für 145 Mio. € verpflichtet wurde, da das Transferdefizit von PSG 2017 aufgrund des Transfers von Neymar Jr. andernfalls auf 285 Mio. € angewachsen wäre.¹⁷⁵

b) Verbundene Parteien

Häufiger Ausgangspunkt für die Kritik an der Unterscheidung zwischen verbundenen und unverbundenen Parteien sind die kreativen Wege, mit welchen im Besonderen die Clubs ManCity und PSG, Paradebeispiele für Kritiker des CLFFP, diese Regelung ausspielen. So zahlt Etihad Airways über einen Zeitraum von zehn Jahren jährlich 50 Mio. € für Hauptsponsoring und die Namensrechte am Stadion an ManCity. Bayern München hatte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als wertvollste Marke im Weltfußball einen 40% höheren Markenwert, erhielt für dieselben Sponsoringleistungen aber „nur“ 35 Mio. €. Die Zuwendungen von Etihad Airways lie-

¹⁷¹ *Summerer*, in: Fritzscheiler/Pfister/Summerer (Fn. 14), Kap. 3 Rn. 155 m.w.N.; *Stopper/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Fn. 3), S. 1039 m.w.N.

¹⁷² *Jentsch* (Fn. 47), S.361 ff.; *Heermann* (Fn. 51), 131 (142 ff.).

¹⁷³ *Heermann* (Fn. 51), 131 (133).

¹⁷⁴ *Jentsch* (Fn. 47), S. 366.

¹⁷⁵ Zu den Daten s. https://www.transfermarkt.de/fc-paris-saint-germain/transfers/verein/583/plus/?saison_id=2017&pos=&detailpos=&w_s= (zul. abger. am 11.1.2024).

gen somit deutlich über dem Zeitwert. Bei einer unverbundenen Partei ist das jedoch irrelevant. Allerdings ist der Eigentümer von Etihad Airways der Halbbruder des Inhabers von 100% der Anteile an ManCity. Während Letzterer als verbundene Partei an das Zeitwertkriterium gebunden ist, kann sein Halbbruder, so die Kritik, unbehelligt Zuwendungen tätigen.¹⁷⁶ Vergleichbare Kritik hat das Sponsoringengagement der Qatar Tourism Authority bei PSG hervorgerufen, da Qatar Sports Investment 100% der Anteile an PSG hält. QSI kann somit keine Zuwendungen über dem Zeitwert erbringen, QTA aber bis zu 200 Mio. € jährlich an PSG zahlen, während Real Madrid und Bayern München für vergleichbare Sponsoringleistungen ca. 10% dieser Summe erhalten.¹⁷⁷

2. Probleme des Vergleichs

Die Diskussion, ob Etihad Airways und QTA verbundene Parteien sind, ist Grundlage des nächsten Kritikpunkts.¹⁷⁸ Durch die Einführung des Vergleichs ist der Handlungsspielraum der FKKK größer und das Sanktionierungssystem flexibler geworden. Die UEFA nutzt diese Option, um relevante Auslegungsfragen wie die obigen (z.B. ist der Halbbruder einer verbundenen Partei ebenfalls eine verbundene Partei) zu umgehen. Beide Sachverhalte haben zu einer Untersuchung durch die FKKK geführt, welche in einem Vergleich mündete, der jeweils einen unklaren Satz zur Eigenschaft des Sponsors als verbundene Partei enthält.¹⁷⁹ Die Einführung des Vergleichs wurde positiv aufgefasst. Dieser ermögliche eine Sanktionierung von Clubs wie PSG und ManCity auch ohne genaue Auslegung des Begriffs „verbundene Partei“. Den Umgehungsmöglichkeiten könne so effektiv begegnet werden.¹⁸⁰ Die mit PSG und ManCity vereinbarten Sanktionen hatten zwar einiges an Gewicht. Dennoch steht außer Zweifel, dass schwerere Sanktionen als 20 Mio. € Strafe, ein reduzierter CL-Kader und keine Erhöhung der Personalkosten für zwei Jahre verhängt worden wären¹⁸¹, wäre die QTA als verbundene Partei eingestuft und die relevanten Einnahmen von PSG um jährlich ca. 180 Mio. € gekürzt worden. Für das

¹⁷⁶ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1054; *Strauß* (Fn. 32), S. 317 f. m.w.N. zu den aufgeführten Daten. Die Kritik greift häufig zu kurz, da auch für Etihad Airways die 30% Schwelle gilt. Zudem erscheint es widersprüchlich, dass *Stopper* das CLFFP dafür kritisiert, solche Investitionen nicht vermeiden zu können (s. auch *Stopper* (Fn. 51), 2 (5)) und gleichzeitig meint, das CLFFP würde die Dominanz weniger Clubs erhalten, da die Finanzierung durch einen mächtigen Investor verhindert wird (*Stopper/Immenga* (Fn. 53), 98 (101)).

¹⁷⁷ *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1053; *Stopper* (Fn. 51), 2 (5); *Jentsch* (Fn. 47), S. 344.

¹⁷⁸ Zur Diskussion u.a.: *Heermann* (Fn. 53), 3 (4 ff.); *Kußmaul/Strauß*, Das Financial Fairplay-Konzept der UEFA – Problemfelder und Würdigung, StB 2015, 178 (180).

¹⁷⁹ *Heermann* (Fn. 53), 3 (4 ff.); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1053 ff.

¹⁸⁰ *Heermann* (Fn. 53), 3 (7 f.); *Stopper/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Fn. 3), S. 1056 f.

¹⁸¹ Für ManCity: https://editorial.uefa.com/resources/0258-0e2dedb2accc-2bcb7225d41a-1000/manchester_city_fc_-_settlement_agreement_-_may_2014.pdf (zul. abger. am 11.1.2024); für

damals noch junge Reglement war die Einführung des Vergleichs sicherlich ein effektiver Weg, um die vorprogrammierten¹⁸² Auslegungsschwierigkeiten zu überbrücken. Wenn jedoch während der gesamten Geltungsdauer des CLFFP noch Diskussionen über dieselben Fragestellungen geführt werden, ist es evident, dass der Vergleich die Fortentwicklung des Reglements durch rechtsprechende und rechtssetzende Organe der UEFA gehemmt hat. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass Vergleiche infolge der Umstrukturierung der FKKK nunmehr vollständig von der Berufungskammer überprüft werden können und nicht mehr nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler, da abgeschlossene Vergleiche kaum nachträglich angefochten werden.

3. Sanktionen gegen kleine Clubs

Eine Auffälligkeit ist zudem, dass kleinere Clubs außerhalb der Topligen¹⁸³ statistisch häufiger sanktioniert werden. Von 75 Entscheidungen der FKKK sind nur zehn gegen Clubs aus den Topligen ergangen, was 13,3% entspricht. Bis zur Einführung der ECL 2021/22 stellten die Topligen jedoch 14,3% der Teilnehmer an den Klubwettbewerben¹⁸⁴, wobei zumindest 2013 41% der Clubs aufgrund von Einnahmen unter 5 Mio. € nicht an die Monitoring-Vorschriften gebunden waren.¹⁸⁵ Eine genaue Analyse der Hintergründe dieser Statistik soll und kann dieser Beitrag nicht leisten. In der öffentlichen Wahrnehmung werden aber Clubs mit Großinvestoren, wie PSG, ManCity, Newcastle United, früher auch der FC Malaga als größte Bedrohung des FFP gesehen¹⁸⁶, weswegen diese Statistik die These unterstützt, das CLFFP fördere die Erhaltung bestehender Machtstrukturen im Fußball.

4. Sonstige Problemfelder

Auf einige weitere Probleme des CLFFP soll zumindest hingewiesen werden. So kann auch die Regelung, dass Erträge aus nicht fußballerischen Tätigkeiten ohne

PSG: https://editorial.uefa.com/resources/0258-0e2dedb6bf65-df535c83724f-1000/paris_saint-germain_-_settlement_agreement_-_may_2014.pdf (zul. abger. am 11.1.2024).

¹⁸² Heermann (Fn. 51), 131 (131 ff.).

¹⁸³ Als Topligen werden in diesem Beitrag die ersten Ligen der fünf besten Nationen in der UEFA Fünfjahreswertung – England, Spanien, Italien, Deutschland und Frankreich – angesehen.

¹⁸⁴ Grundlage für die Rechnung UEFA-5-Jahreswertung.

¹⁸⁵ Peeters/Scymanski, Financial Fair Play and Financial Crisis in European football, Economic Policy, 58th Panel Meeting, Vilnius, 25./26.10.2013, S. 4, sämtliche Clubs der Topligen erreichen die 5 Mio. € (Horn (Fn. 121), S. 268); damit stellten die Topligen zu diesem Zeitpunkt 25% der ans Klub-Monitoring gebundenen Clubs; die Anzahl der Clubs, die die 5 Mio. € Hürde überspringen wird durch die gestiegenen Prämien angestiegen sein, jedoch bleibt zu bedenken, dass ca. 2/3 der Clubs noch vor der Gruppenphase ausscheiden und damit kaum an den Prämien teilhaben.

¹⁸⁶ Heermann (Fn. 51), 131 (131); Kußmaul/Strauß (Fn. 178), 178 (183).

Bezug zum Club keine relevanten Einnahmen sind, umgangen werden.¹⁸⁷ Weiterhin hat das Verfahren gegen ManCity Unklarheiten in der Verjährungsregelung offengelegt und die Beweisschwierigkeiten aufgrund der Angewiesenheit auf die Kooperation der Clubs aufgezeigt.¹⁸⁸

D. Ergebnis: Bewertung des CLFFP

Der vorliegende Beitrag sollte einen Nachruf für das CLFFP darstellen und hierin das Reglement abschließend insbesondere aus unionsrechtlicher Perspektive beurteilen. Das Ergebnis dieser Beurteilung ist das Folgende: Unionsrechtlich war das CLFFP weitgehend unbedenklich. Es wies allerdings auch diverse Probleme in der Umsetzung bzw. Umsetzbarkeit auf.

Der Grund, warum das FFP gerade in der gesellschaftlichen Debatte als gescheitert angesehen wird, liegt darin, dass es an einem Maßstab gemessen wird, den es sich selbst nie gesetzt hat.¹⁸⁹ Das CLFFP wollte nie verhindern, dass PSG Neymar Jr. für 222 Mio. € kauft, es wollte nur sicherstellen, dass PSG diese 222 Mio. € auch wieder einnimmt. Es war von Beginn an weder auf Dekapitalisierung noch auf die Herstellung ausgeglichenen Wettbewerbs ausgerichtet. Eine Teilschuld daran trägt die UEFA selbst. Sie hat ihrem Reglement den Namen „Fairplay“ gegeben und in ihren Schlüsselwerten daran angeknüpft, dass das FFP das Gewinnmotiv begrenzen („kein Sieg um jeden Preis“) und für gleiche Chancen und Bedingungen bei der Finanzierung sorgen soll. Die unter Einhaltung der break-even-Vorschrift zahlbaren Beträge sind aufgrund der steigenden Einnahmen mittlerweile jedoch so hoch, dass der „Sieg um jeden Preis“ nicht mehr verhindert wird, da der Sieg fast jeden Preis wieder decken kann. Und der Effekt der Schaffung gleicher Bedingungen bei der Finanzierung durch das CLFFP ist den Erwartungen entsprechend gering geblieben, da die europäische Elite den restlichen Clubs schon zum damaligen Zeitpunkt finanziell enteilt war. Um das CLFFP einer fairen Bewertung unterziehen zu können, darf es nicht nach dem beurteilt werden, was es auch Sicht vieler erreichen sollte (Dekapitalisierung & ausgeglichener Wettbewerb) oder seinem Namen nach vorgab erreichen zu wollen (Fairplay). Zugrunde zu legen ist das tatsächliche Ziel des CLFFP: Es sollte die Existenz der UEFA-Klubwettbewerbe sichern, da der

¹⁸⁷ Hierzu: *Kaufmann/Strauß* (Fn. 178), 178 (178 f.); *Strauß* (Fn. 32), S. 313 f.

¹⁸⁸ Zur Verjährung: *Grotbe*, Verjährung im europäischen Fußball-Financial-Fairplay – ManCity ././ UEFA, *SpuRt* 2021, 67; zu den Beweisschwierigkeiten CAS, PM v. 13.7.2020, S. 1 f., sämtliche Vorwürfe waren verjährt oder nicht bewiesen, die Geldstrafe iHv 10 Mio. € erhielt ManCity, da gegen die Kooperationspflicht verstoßen wurde.

¹⁸⁹ Bps. *Fritsch*, *Die ZEIT*, Paradox FFP v. 13.7.2020, der damit einleitet, FFP könne den Kapitalismus nicht zügeln und zum Ergebnis kommt, FFP könne das nicht, was es vorgibt zu wollen, den Wettbewerb schützen.

Clubfußball in England, Spanien und Italien 2011 kurz vor dem finanziellen Zusammenbruch stand. Dieses Ziel wurde erreicht. Aus dem Benchmarking-Report 2018 ergibt sich, dass sich die aggregierten Verluste der europäischen Proficlubs von 1,67 Mrd. € 2011 kontinuierlich verringert haben, bis 2017 und 2018 erstmals seit Einführung des CLFFP aggregiert Gewinne erwirtschaftet wurden.¹⁹⁰ Das CLFFP hat somit seine selbstgesetzten, legitimen Ziele auf geeignetem, erforderlichem und angemessenem Weg verwirklicht. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass das FFP kein geeignetes System ist, um die aktuell wohl größten Probleme des europäischen Vereinsfußballs anzugehen. Zum einen hat sich unter dem Dach des FFP die Dominanz einiger weniger Topclubs weiter ausgebildet. In den vergangenen zwölf Jahren (inkl. 2023) kam nur einer der 19 verschiedenen Halbfinalisten der CL nicht aus den Top-5 Ligen.¹⁹¹ Dies hängt zusammen mit der stetigen Steigerung der Transfer- und Gehaltszahlungen, nur die großen Zugpferde des europäischen Vereinsfußballs sind in der Lage, die Summen aufzubringen, die dieser Tage erforderlich sind, um einen Topspieler zu transferieren und langfristig vertraglich zu binden. Zum anderen hat das FFP auch bedingt durch die erhebliche Steigerung der Gesamteinnahmen zwar das Ziel erreicht, die finanzielle Nachhaltigkeit des europäischen Vereinsfußballs in seiner Gesamtheit abzusichern, die Integrität der Wettbewerbe durch Verhinderung von Finanzdoping durch Investorenbezuschung konnte es aber nicht sichern. Die Investorenclubs PSG, ManCity und der FC Chelsea haben sich durch erhebliche Investitionen in die Kader in der europäischen Spitze festgesetzt. Die mangelhafte Umsetzung dieses sekundären Ziels des FFP gründet tatsächlich in den viel beschriebenen unzureichenden und unwirksamen Regelungen in dieser Hinsicht. Die Vorschriften zu den verbundenen Parteien sind zwar sehr detailliert, können aber auf einfachen Wegen umgangen werden.¹⁹² In Ermangelung eines Umgehungsverbots war das Feststellen von Verstößen für die FKKK in solchen Verfahren schwierig und sie wurden häufig durch einen Vergleich beendet, welcher im Zweifel zu milden Sanktionen führte. Dieses Problem basiert aber nicht auf der Grundidee der break-even-Vorschrift, sondern den Regelungen zur Kategorisierung der Einnahmen. Kein Finanzkontrollsystem, welches die Ausgaben in Relation zu den Einnahmen begrenzt (auch „financial sustainability“ oder ein relativer Salary Cap), wäre schon allein aufgrund seiner Konzeption zur Verhinderung von Finanzdoping geeignet. Hierfür müssten die Vorschriften zu den zu berücksichtigenden Einnahmen in einer Weise überarbeitet werden, die eine Umgehung erschwert oder unmöglich macht oder sogar gänzlich vom Kriterium

¹⁹⁰ UEFA, Benchmarking Report 2018, S. 111; dies zeigt die grundsätzliche Wirksamkeit des Reglements, die Verluste aus den Folgejahren in Folge des Einnahmeneinbruchs aufgrund der Covid-19-Pandemie sollen bei dieser Betrachtung außen vor bleiben.

¹⁹¹ Amsterdam 2018/19; Analyse zum negativen Einfluss des FFP auf den Wettbewerb: *Birkhäuser/Kaserer/Urban*, Did UEFA's Financial Fair Play Harm Competition in European Football Leagues?, 2017.

¹⁹² Zu kreativen Umgehungsmöglichkeiten s.o.

der verbundenen Parteien abbrückt. Letzteren Weg wählt das neue System der „financial sustainability“.

E. CLFS-Reglement 2022¹⁹³

Im europäischen Vereinsfußball haben sich somit drei miteinander zusammenhängende Probleme entwickelt, welche durch das neue System der „financial sustainability“ angegangen werden könnten: (1.) die fehlende Ausgeglichenheit des Wettbewerbs, welche (2.) auf den stetig steigenden Gehalts- und Transfersummen beruht, die nur von einigen wenigen, wirtschaftlich dominanten Clubs aufgebracht werden können, wobei (3.) diese wirtschaftliche Dominanz teilweise nicht durch sportlichen Erfolg erarbeitet wurde, sondern durch erhebliche Zuwendungen eines Investors kurzfristig erlangt wurde, was der Integrität des sportlichen Wettbewerbs schadet. Aus den Zielsetzungen des neuen Reglements, Art. 2 Abs. 2 CLFSR, lässt sich zwar nicht direkt ablesen, dass die Probleme durch das System der „financial sustainability“ angegangen werden sollen, sowohl die UEFA Strategie für 2024 als auch die Kernaussagen, welche die UEFA auf ihrer Website über das neue Reglement veröffentlicht hat¹⁹⁴, stellen aber eindeutig auf diese Probleme als Grund für die Reform ab.

Die Solvenz-Vorschriften (Art. 80–83 CLFSR) sind für die Bewältigung dieser Probleme irrelevant, wurden im Vergleich zum CLFFP aber erweitert, indem nun auch Verbindlichkeiten gegenüber der UEFA erfasst sind.¹⁹⁵

Entscheidend sind die Stabilitätsanforderungen (Art. 84–91 CLFSR) und die Kaderkosten-Regelung (Art. 92–94 CLFSR). Die Stabilitätsanforderungen sind eng verwandt mit der break-even-Vorschrift, nur wird die Differenz von relevanten Einnahmen und Ausgaben nunmehr als Fußballeinnahmen bezeichnet. Wurde über die Monitoring-Periode ein Fußballeinnahmen-Überschuss erzielt oder liegt das Defizit im Rahmen der annehmbaren Abweichung, so sind die Stabilitätsanforderungen erfüllt, Art. 90 Abs. 1 CLFSR. Auf den ersten Blick fällt vor allem eine relevante Änderung ins Auge: die annehmbare Abweichung von 5 Mio. € darf nunmehr durch Eigenkapital oder Zuwendungen i.S.d. Art. 80 CLFSR auf bis zu 60 Mio. € anwachsen, die Vorgängerregelungen erlaubten nur eine Überschreitung von bis zu 30 Mio. €. Während medial primär diese Regelung hervorgehoben wird, welche den Anschein erweckt, das CLFSR wäre noch investorenfreundlicher als das CLFFP, wird die eigentlich entscheidende Änderung übersehen. Diese findet sich in Anhang

¹⁹³ Vgl. zum CLFSR bereits *Maurer/Mitterecker* (Fn. 40), 411; *Weber*, Financial Sustainability statt Financial Fairplay – neues UEFA Monitoring-Verfahren zur Verbesserung der finanziellen Nachhaltigkeit von Fußballclubs, DB 2022, 2493.

¹⁹⁴ <https://www.uefa.com/returntoplay/news/0274-14da0ce4535d-fa5b130ae9b6-1000--explainer-uefa-s-new-financial-sustainability-regulations/> (zul. abger. am 11.1.2024).

¹⁹⁵ *Maurer/Mitterecker* (Fn. 40), 411 (412).

J.1.1 lit. m und K.2.2 vii. Danach sind bei den relevanten Einnahmen für die Stabilitätsanforderungen und den operativen Einnahmen für die Kaderkostenregelung sämtliche Einkommenstransaktionen auf den Zeitwert zu überprüfen, also darauf, ob für die Zuwendung eine angemessene Gegenleistung gewährt wurde. Damit wendet sich das CLFSR (sogar ausdrücklich im Wortlaut) ab von der Differenzierung zwischen verbundenen und unverbundenen Parteien. Bei konsequenter Anwendung hat diese Regelung notwendigerweise das Ende des Finanzdopings ohne (angemessene) Gegenleistung zur Folge, was wiederum die Integrität des Wettbewerbs schützt. Die bisherigen Umgehungspraxen der Investoren z.B. von PSG oder ManCity wären wirkungslos.¹⁹⁶ Die Reform bietet somit zumindest eine taugliche Grundlage zur Sicherung der Integrität der Wettbewerbe.

Durch die Kaderkostenregelung (Personal-, Berater- und Transferausgaben dürfen 70% der Einnahmen nicht übersteigen, Art. 93 CLFSR) dürfte ein Rückgang der Entwicklung der Gehalts- und Transfersummen tatsächlich eintreten. Ein bloßer relativer Salary Cap mit einer 70%-Schwelle hätte diesen Effekt nicht. Im Jahr 2019, vor der Pandemie, unterschritten alle Topligen außer Frankreich die 70%-Schwelle. In England, Spanien und Deutschland, welche 2022 im 12. Jahr in Folge den CL-Sieger stellen werden, lagen die durchschnittlichen Gehaltskosten bei 62%, 61% und 54% der Einnahmen.¹⁹⁷ Wenn von 70% der Einnahmen nunmehr aber nicht nur die Gehälter, sondern der komplette Personalaufwand, inklusive der im letzten Jahrzehnt explosionsartig gestiegenen Transfersummen, als größter Ausgabenposten eines Fußballclubs, gedeckt werden muss, ist eine weitere Steigerung der Gehalts- und Transfersummen zumindest in den nächsten Jahren nur schwer vorstellbar.¹⁹⁸ Abzuwarten bleibt, ob das System der „financial sustainability“ auch den Wettbewerb wieder ausgeglichener gestalten wird. Die Elite des europäischen Vereinsfußballs hat einen großen finanziellen und dadurch sportlichen Vorsprung gegenüber dem restlichen Feld. Durch die 70%-Schwelle dürfte es aber einigen Teams aus dem erweiterten Kreis der europäischen Topvereine (zu denken sei z.B. an Borussia Dortmund, Ajax Amsterdam oder den FC Porto) gelingen, die Lücke in puncto Personalausgaben zu verringern. Am Ende ist es jedoch bei jeder relativen Ausgabenbegrenzung so, dass die Clubs mit den höchsten Einnahmen weiterhin die höchsten Gehälter und Transfersummen zahlen können und somit die attraktivsten Arbeitgeber für Fußballprofis sind. Vorstellbar scheint aber, dass die auf höchstem Niveau agierenden „Entwicklungsschmieden“ für junge Fußballprofis (wie Ajax und der BVB) zukünftig in der Lage sind, ihre hochveranlagten Spieler

¹⁹⁶ Zu bedenken bleibt, dass der Wert der Gegenleistung (z.B. Trikotwerbung) für eine Sponsoren-Zuwendung z.T. schwer zu bestimmen ist, dazu: *Strauß* (Fn. 32), S. 318 ff.

¹⁹⁷ UEFA, Benchmarking-Report 2019, S. 25; somit bestünde bei den Topclubs gerade vor dem Hintergrund der stetig steigenden Einnahmen noch viel Spielraum nach oben, wäre ein Salary Cap eingeführt worden.

¹⁹⁸ Setzt sich das Wachstum der Einnahmen insb. Aus der TV-Vermarktung ungehindert fort, so wird eine weitere Steigerung der Personalkosten auf lange Sicht nicht zu vermeiden sein, ähnlich *Maurer/Mitterecker* (Fn. 40), 411 (416 f.).

länger zu halten, da die (noch) größeren Clubs durch die Kaderkostenregelung nicht in der Lage sind, Angebote zu unterbreiten, die attraktiv genug sind, um die Spieler frühzeitig von einem Wechsel zu überzeugen.

Das CLFSR bringt somit einige sehr positiv zu bewertende Neuerungen mit sich, welche die aktuell wohl größten Probleme des europäischen Vereinsfußballs in Bezug auf Ausgeglichenheit und Integrität der Wettbewerbe sowie Überhitzung des Transfermarkts potenziell erfolgreich angehen können. Daher bleibt mit Spannung abzuwarten, wie sich die Um- und Durchsetzung des seit Juni 2022 geltenden Reglements gestalten wird und welche Auswirkungen es mit sich bringt, insbesondere dann, wenn die Übergangsfristen der Kaderkostenregelung auslaufen und die 70%-Schwelle auch tatsächlich angewendet wird.

Internationale Sport-Großereignisse und Menschenrechte

*Lea Schäfer**

A. Einleitung

Die Vorfreude ist jedes Mal wieder groß: Seien es die Olympischen Spiele, bei denen sich die besten Sportler der Welt in vielen verschiedenen Sportarten messen oder die Fußballweltmeisterschaft, die jeden Zuschauer vor dem Fernseher zum neuen Profitrainer der Nation macht und der die Mannschaft natürlich ganz anders aufgestellt hätte, falls das Spiel nicht so ausgeht, wie erhofft. Diese großen internationalen Sportveranstaltungen sind jedes Mal wieder begehrt und man freut sich, wenn es endlich wieder „nur“ um den Sportsgeist gehen kann.

Doch wie nicht nur aktuelle Gegebenheiten zeigen, sondern auch schon die Geschichte aufwarf, sind die internationalen Sport-Großveranstaltungen nicht nur Schauplatz des sportlichen Ehrgeizes: erinnert man sich an die Olympischen Spiele von 1936 in Berlin zurück, denkt man nicht nur an die grandiosen Gewinne von Jesse Owens, sondern auch an die Geschehnisse „hinter den Kulissen“, bei denen nicht nur jüdische Athleten aus dem Team des damaligen Deutschen Reiches ausgeschlossen wurden sondern auch daran, dass die Sinti und Roma aus Berlin in das Konzentrationslager nach Sachsenhausen deportiert wurden. Aber auch in der Gegenwart gibt es immer wieder Vorfälle, die die großen Sportveranstaltungen in ein

* Der Autorin ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht von Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler (†) an der Georg-August-Universität Göttingen.

negatives Licht rücken, wie bspw. die Vertreibung mehrerer Millionen Favela-Bewohner in Rio de Janeiro im Zuge der Vorbereitungen der Sportstätten der Olympischen Spiele und der Fußballweltmeisterschaft gezeigt haben.¹ Im Zusammenhang mit den großen Sportveranstaltungen können immer wieder Verletzungen von Menschenrechten verzeichnet werden, die am Spielfeldrand geschehen.

In dieser Seminararbeit soll erläutert werden, in welchem Umfang die Veranstaltung von internationalen Sportereignissen die Menschenrechte beeinflussen kann. Hiermit geht auch die Betrachtung einher, wie gegen Menschenrechtsverletzungen und in welchem Maße vorgegangen werden kann und welche Rolle hierbei die internationalen Sportverbände spielen. Zur Veranschaulichung wird genauer auf das IOC, die FIFA und die UEFA eingegangen und die gegenwärtigen Fälle aus Katar und Sotschi aufgegriffen und die Situation beim Fußballspiel gegen Ungarn im Rahmen der Europameisterschaft 2020 genauer betrachtet.

B. Der Begriff der Menschenrechte

I. Die Begrifflichkeit und Sicherung von Menschenrechten

Zunächst sollte jedoch verdeutlicht werden, was unter dem Begriff der „Menschenrechte“ zu verstehen ist. Generell werden hierunter Rechte verstanden, die jedem Menschen, unabhängig von seinem Geschlecht, Rasse, Alter oder religiöser Überzeugung, zustehen.² Grundsätzlich richten sich die Menschenrechte gegen den Staat³, welcher die Verpflichtung hat, die Menschenrechte zu wahren und zu fördern, sowie das Individuum vor Verletzungen dieser Rechte zu schützen.⁴ Man unterscheidet zwischen der negativen Pflicht – der Achtung der Menschenrechte – und der positiven Pflicht – der Verhaltenspflicht oder Ergebnisverpflichtung – eines Staates.⁵

Um diese Rechte weiter konkretisieren und nennen zu können, ist ein Blick auf die bestehenden völkerrechtlichen Mechanismen zu werfen, welche sich um diese Begrifflichkeit gebildet haben, wobei zwischen regionalem und universellem Völkerrecht unterschieden werden sollte.⁶ Eines haben beide Menschenrechtssysteme

¹ „Vertreibung der Favela-Bewohner schürt Aversion“, vom 28.06.2014, [<https://www.welt.de/sport/fussball/wm-2014/article129077815/Vertreibung-der-Favela-Bewohner-schuert-Aversion.html>], (zul. abger. am 20.12.2021).

² *Winkler*, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. 2022, „Menschenrechte“.

³ *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz: Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Aufl. 2019, Rn. 3.4.

⁴ *Rodley* in: Malcolm D. Evans, International Law, 5. Aufl. 2018, S. 784.

⁵ *Arnault*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 618.

⁶ Eine Unterscheidung ist hier sinnvoll, da vor allem die Möglichkeit gerichtlicher Durchsetzung der Menschenrechte auf regionaler und universeller Ebene voneinander abweichen.

gemein: Menschenrechte werden in drei Dimensionen eingeteilt, wobei sich aus diesen Dimensionen jeweils andere Typen von Verpflichtungen ergeben.⁷ Es wird zwischen der Pflicht, Menschenrechte zu achten (*respect*), diese gegen Übergriffe durch Dritte zu schützen (*protect*) und sie darüber hinaus durch staatliche, geeignete Maßnahmen zu erfüllen (*fulfil*), unterschieden.⁸ Unter die 1. Dimension fallen die Rechte aus dem IPbpr und der EMRK und sind primär sog. Abwehrrechte gegen Eingriffe durch den Staat.⁹ Unter diese Rechte werden vor allem grundlegende Rechte, wie bspw. die körperliche und geistige Freiheit, die Gleichbehandlung, die Menschenwürde oder auch das Recht auf ein faires Verfahren gefasst.¹⁰

Die 2. Dimension beinhaltet die wirtschaftliche, sozialen und kulturellen Rechte, wie sie in im IPwskR wiederzufinden sind. Bei ihnen handelt es sich um Ansprüche auf Gewährung von Leistungen oder der Teilhabe an Einrichtungen durch den Staat.¹¹ Unter die 3. Dimension fallen die kollektiven Rechte, die nicht einem Individuum als Mitglied einer Gruppe zugeordnet werden, sondern einer Gruppe als solche.¹²

1. Regionales Völkerrecht

a) Allgemein

Im regionalen Völkerrecht haben sich im Laufe der Zeit mehrere Apparate in Form von Menschenrechtskonventionen und (dazugehörigen) Gerichten entwickelt. So haben sich auf der Ebene der Europäischen Union zwei wichtige völkerrechtliche Verträge – die EMRK und die Grundrechtecharta – etabliert, welche einen Grundrechtsschutz bieten sollen.¹³ Gleiches gilt für die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker, welche ebenfalls die Staaten an die in ihnen etablierten Menschenrechtsverpflichtungen binden.¹⁴ Ein Vorteil der regionalen Menschenrechtssysteme ist, dass sie den regional kulturellen Gegebenheiten besser angepasst sind, als das universelle Völkerrecht, welches oftmals dafür kritisiert wird, nur dem westlichen Standard zu entsprechen.¹⁵

⁷ *Arnauld* (Fn. 5), Rn. 618.

⁸ *Kälin/Künzli* (Fn. 3), Rn. 3.69 ff; *Arnauld* (Fn. 5), Rn. 618.

⁹ *Arnauld* (Fn. 5), Rn. 619.

¹⁰ *Rodley* (Fn. 4), S. 808 f.

¹¹ *Rodley* (Fn. 4), S. 783.

¹² *Arnauld* (Fn. 5), Rn. 621.

¹³ *Schorkepf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 8 Rn. 4.

¹⁴ *Chinkin*, Sources, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran, International Human Rights Law, 4. Aufl. 2022, 65 (68).

¹⁵ *Çali*, Regional Protection, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran, International Human Rights Law, 4. Aufl. 2022, 429 f.

b) Durchsetzbarkeit von Menschenrechten

Auf regionaler Ebene gibt es jeweils Gerichtshöfe, die in Verfahren von Menschenrechtsverletzungen agieren.¹⁶ So sehen bspw. die EMRK und die Amerikanische Menschenrechtskonvention sowohl eine Individualbeschwerde, wie auch eine Staatenbeschwerde vor.¹⁷

2. Universelles Völkerrecht

Auch im Menschenrechtsschutz werden die typischen Rechtsquellen des Völkerrechts angewendet, die in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut zu finden sind.¹⁸ Dies sind neben Verträgen, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsprinzipien auch Entscheidungen vor Gerichten und Lehrmeinungen.

a) Menschenrechtsverträge

Im universellen Völkerrecht spielen mehrere Menschenrechtsverträge eine leitende Rolle. Die Vereinten Nationen als die (universelle) internationale Organisation hat sich in seiner Präambel dazu ausgesprochen, die Menschenrechte zu fördern und verankerte diese Förderung auch als eines der Ziele der Organisation in Art. 1 Abs. 3 UN-Charta.¹⁹ Die Ziele aus Art. 1 UN-Charta haben einen normativen Gehalt und binden die Mitgliedsstaaten, sowie die Organe der Vereinten Nationen.²⁰ Somit ist der Ausgangspunkt zum einen die UN-Charta, darüber hinaus aber auch die Internationale Menschenrechtscharta, auf welche durch Art. 3 Abs. 1 und Art. 55 lit. c UN-Charta verwiesen wird. Die Menschenrechtscharta selbst besteht aus mehreren Dokumenten: Die Allgemeine Menschenrechtserklärung, die beiden UN-Pakte, sowie deren beiden Fakultativprotokollen.²¹

aa) Die AEMR

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde von der Menschenrechtskommission ausgearbeitet und 1948 durch Resolution 217 A (III) von der Generalversammlung angenommen. Sie ist nicht rechtlich bindend, da die Generalversammlung als solche keine Kompetenz hat, Normen zu erlassen. Dies ergibt sich aus Art. 11 UN-Charta, welcher der Generalversammlung lediglich ermöglicht,

¹⁶ *Çali*, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Fn. 15), 429 (430).

¹⁷ *Hummer/Karl*, Regionaler Menschenrechtsschutz: Dokumente samt Einführung, Teilband I/2, 1. Aufl. 2009, § 6.4.1.2.

¹⁸ *Chinkin*, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Fn. 14), 65 f.

¹⁹ *Spobr*, Der neue Menschenrechtsrat und das Hochkommissariat für Menschenrechte der Vereinten Nationen: Entstehung, Entwicklung und Zusammenarbeit, 2014, S. 21.

²⁰ *Herdegen* (Fn. 42), § 40 Rn. 1.

²¹ *Chinkin*, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Fn. 14), 65 (68 f.).

Empfehlungen abzugeben. Eine solche Empfehlung geschieht im Wege einer Resolution, welche an sich keine rechtliche Verbindlichkeit entfaltet.²² Als sog. „*soft law*“ können Resolutionen jedoch zu verbindlichem Recht werden.²³ Im konkreten Fall hat sich die AEMR über die Jahre als Völkergewohnheitsrecht etabliert und bot somit auch die Grundlage für Menschenrechte, mit dem Charakter eines internationalen Standards.²⁴

bb) Die UN-Pakte

Die beiden UN-Pakte (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, und Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, kurz IPbpR und IPwskR) wurden etabliert, um die AEMR weiter zu definieren und ihre (abstrakten) Normen greifbarer zu machen. Ihre Verpflichtungen gelten gegenüber dem Vertragsstaat im Ganzen und somit gegenüber der Exekutive, der Legislative und der Judikative, sowie anderen öffentlichen und staatlichen Stellen.²⁵ Grundsätzlich wenden sich die Verpflichtungen aus den Pakten gem. Art. 2 IPbpR an die Vertragsstaaten gegenüber dem Individuum als Träger der in den Verträgen etablierten Rechte. Dennoch hat jeder Vertragsstaat ein rechtliches Interesse daran, dass alle anderen Vertragsstaaten im gleichen Maße ihren Verpflichtungen nachkommen, da die Vorschriften über grundlegende Rechte der menschlichen Person als *erga omnes*-Verpflichtungen angesehen werden.²⁶

cc) Weitere Verträge

Hinzu kommen neun weitere (Kern-)Menschenrechtskonventionen²⁷, welche sich einzelnen Aspekten des Menschenrechtsschutzes widmen.²⁸ Hierzu gehört bspw. die UN-Antifolterkonvention oder das Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeiter²⁹, welche im Nachfolgenden an gegebener Stelle genauer betrachtet werden.

b) Ius cogens und allgemeine Rechtsgrundsätze

Auch sind alle Rechtssubjekte an das zwingende Völkerrecht (*ius cogens*) gebunden, welches durch Art. 53 WVK etabliert ist.³⁰ Hierunter fallen neben dem Verbot von Folter, Sklaverei und systematischen rassistischen Diskriminierung auch die Wahrung der Menschenrechte.³¹ Darüber hinaus gibt es allgemeine Rechtsgrundsätze,

²² Spobr (Fn. 19), S. 23.

²³ Kälin/Künzli (Fn. 3), Rn. 2.125.

²⁴ Pace, The United Nations Commission on Human Rights: 'A Very Great Enterprise', 2020, S. 23.

²⁵ HRC General Comment No. 31, UN Docs. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 4.

²⁶ HRC General Comment No. 31, UN Docs. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 2.

²⁷ Rodley (Fn. 4), S. 781.

²⁸ Arnault (Fn. 5), Rn. 617.

²⁹ Schorkopf (Fn. 13), § 8 Rn. 36 ff.

³⁰ Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Aufl. 2010, Rn. 525.

³¹ Chinkin, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Fn. 14), 65 (76).

welche gleichfalls eine Rechtsquelle des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes bieten.

c) Durchsetzbarkeit der Menschenrechte

Im Rahmen des Art. 41 der beiden UN-Pakte, sowie der Antifolterkonvention ergibt sich die Möglichkeit eines sog. Staatenbeschwerdeverfahrens, bei dem ein Vertragsstaat den Menschenrechtsrat auf eine mögliche Verletzung der Pflichten aus den Verträgen (vorliegend der Pakte und den Konventionen) durch einen anderen Vertragsstaat hinweisen kann. Ein solches Aufmerksam machen soll nicht als unfreundlicher Akt, sondern als Form eines legitimes Gemeinschaftsinteresses gesehen werden.³² Allerdings entfalten die Entscheidungen des Menschenrechtsrates keine rechtliche Bindungswirkung.³³

Die später eingeführten Fakultativprotokolle ermöglichen im Falle ihrer Ratifizierung³⁴ darüber hinaus für die gleichen Verträge das sog. Individualbeschwerdeverfahren, im Wege dessen natürliche Personen, die behaupten durch staatliches Handeln in einem geschützten Menschenrecht verletzt zu sein, ein Beschwerdeverfahren einleiten können.³⁵ Die UN-Menschenrechtsabkommen sehen zudem jeweils ein Expertenkomitee vor, welches (mit Ausnahme des Ausschusses für die Rechte des Kindes) nach isolierter Unterwerfung des Vertragsstaats für Individualbeschwerden angerufen werden kann.³⁶

Im Rahmen der Menschenrechtskonventionen werden von den Mitgliedsstaaten darüber hinaus regelmäßige Berichtsverfahren verlangt.³⁷

3. Grundkonsens auf regionaler und universeller Ebene

Es lässt sich feststellen, dass sowohl auf regionaler als auch auf universeller Ebene Einigkeit über bestimmte (fundamentale) Menschenrechte gibt, deren Schutz auf beiden Ebenen gewährleistet werden und in den angesprochenen drei Dimensionen auf regionaler und universeller Ebene zum Ausdruck kommen.

II. Zwischenergebnis

Das universelle und das regionale Völkerrecht bieten verschiedene Ansätze der Durchsetzbarkeit von Menschenrechten. Darüber hinaus weichen die Mechanismen zwischen dem universellen Menschenrechtsschutz und dem regionalen Schutz

³² HRC, General Comment No. 31, UN Docs. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 2.

³³ *Spohr* (Fn. 19), S. 73.

³⁴ *Joseph/Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, 3. Aufl. 2013, Rn. 2.01.

³⁵ *Schorkopf* (Fn. 13), § 8 Rn. 47.

³⁶ *Arnauld* (Fn. 5), Rn. 630.

³⁷ *Schorkopf* (Fn. 13), § 8 Rn. 47.

voneinander ab. Dies ist wohl nicht zuletzt dem Fakt geschuldet, dass es keine Art „Weltmenschenrechtsgerichtshof“ gibt. Es wäre schwer, einen solchen universellen Gerichtshof zu etablieren, dessen sich der Großteil der Staaten oder gar alle Staaten unterstellen wollen würden. Dies zeigt bspw. auch der Mechanismus des IStGH.³⁸ Ein weiterer Grund dafür könnte sein, dass es zwar universelle Menschenrechtsverträge gibt und auch ein gewisser Konsens darüber besteht, was unter Menschenrechten als solche zu verstehen ist, sie lassen aber in ihrer Auslegung einen gewissen (notwendigen) Spielraum. Ziel dieses Spielraumes ist es, dass so viele Staaten wie möglich dazu bereit sind, sich an die oben erläuterten (und nicht gewohnheitsrechtlichen) Menschenrechtsverträge zu binden. Grundlegend kann jedoch festgehalten werden, dass die Gerichtsbarkeiten auf regionaler Ebene und die Resolutionen und Entscheidungen auf internationaler Ebene eine Rolle in der Entwicklung und Ebnung von Menschenrechten spielen.³⁹

C. Rechtliche Stellung internationaler Sportverbände

In Anbetracht der globalen Reichweite und Aufmerksamkeit, welche durch Sport-Großveranstaltungen, wie die Olympischen Spiele oder diverse Welt- und regionale Meisterschaften erregt wird, stellt sich darüber hinaus die Frage, welchen rechtlichen Stellenwert die großen Sportverbände im internationalen Gefüge haben. Schaut man sich den IOC, die FIFA oder die UEFA an, so sind dies zunächst (privatrechtliche) Zusammenschlüsse, welche nach nationalem Recht gegründet wurden.⁴⁰ Aufgrund ihrer internationalen Reichweite, könnte jedoch die Überlegung angestrebt werden, ob sie nicht einen völkerrechtssubjektähnlichen Status innehaben oder zumindest einen Sonderstatus auf internationaler Ebene erlangen könnten.

I. Sportverband als Völkerrechtssubjekt

Grundsätzlich ist Völkerrechtssubjekt, wer Inhaber von Rechten und Pflichten ist, die sich aus dem Völkerrecht ergeben oder wessen Verhalten durch dieses in unmittelbarer Weise geregelt wird.⁴¹ Die typischen Subjekte des Völkerrechts sind die

³⁸ Der IStGH wird (im Regelfall) nur von den Staaten anerkannt und angerufen, wenn sie das Rom-Statut ratifiziert haben. Viele Staaten, hierunter bspw. Auch die USA, sind jedoch noch immer nicht Teil des Statuts. Grund hierfür ist unter anderem, dass sich die Staaten nicht an eine solche universelle Strafbarkeit binden möchten.

³⁹ *Chinkin*, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Fn. 14), 65 (77).

⁴⁰ *Schleifer*, Die lex sportiva, in: Vieweg, Facetten des Sportrechts: Referate der achten und neunten interuniversitären Tagung Sportrecht, 2013, 231.

⁴¹ *Stein/Buttlar/Kotzur*, Academia Iuris: Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 244.

Staaten als „geborene“ Völkerrechtssubjekte⁴² sowie die internationalen Organisationen als sog. „gekorene“ Völkerrechtssubjekte.⁴³ Letztere sind lediglich partiell, da sie von den Staaten – als die „originären“ Subjekte des Völkerrechts – durch Satzungen einen gewissen Aufgabenbereich übertragen bekommen haben.⁴⁴

1. Völkerrechtssubjektivität

Um den Sportverbänden eine Völkerrechtssubjektivität zuschreiben zu können, müssten sie gewisse Voraussetzungen erfüllen: Es muss sich um einen Zusammenschluss handeln, der durch Organe nach außen hin vertreten werden kann und welcher von den Staaten eine unwiderrufliche Rechtsautonomie verliehen bekommen hat.⁴⁵

a) Zusammenschluss mit Organen

Zunächst muss es sich bei den Sportverbänden um einen Zusammenschluss handeln, der auf einer einheitlichen Willensbildung basiert und aufgrund von Organen nach außen hin vertreten werden kann.⁴⁶ Die Sportverbände, wie bspw. die FIFA oder das IOC sind Zusammenschlüsse juristische Personen des Privatrechts oder natürlicher Personen.⁴⁷ Aus ihren Statuten ergibt sich weiter, dass sie Organe haben, durch die sie agieren und vertreten werden.⁴⁸

b) Träger von Völkerrechtlichen Rechten und Pflichten

Darüber hinaus bedarf es zur Bejahung einer Völkerrechtssubjektivität grds. der Übertragung von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten.⁴⁹ Damit mindestens von einer partiellen Völkerrechtssubjektivität gesprochen werden kann, müssten die Verbände zum einen hinreichend in zwischenstaatliche Interaktionen mit einbezogen⁵⁰ werden und zum anderen müssten sie durch die Staaten völkerrechtliche Befugnisse zugewiesen bekommen.⁵¹

⁴² Herdegen, Grundrisse des Rechts: Völkerrecht, 22. Aufl. 2023, § 7 Rn. 3 f.

⁴³ Schleier, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (237).

⁴⁴ Epping, in: Ipsen, Juristische Kurz-Lehrbücher: Völkerrecht, 7. Aufl. 2019, § 6 Rn. 6 f.

⁴⁵ Schleier, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (238).

⁴⁶ Schleier, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (238 f.).

⁴⁷ Pfister/Summerer in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Kap. 7 Rn. 3.

⁴⁸ So bspw. Im Fall der FIFA, bestehend aus mehreren Ausschüssen, dem FIFA-Rat, dem Generalsekretariat und dem Kongress.

⁴⁹ Herdegen (Fn. 42), § 7 Rn. 1.

⁵⁰ Schleier, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (240).

⁵¹ Epping (Fn. 44), § 6 Rn. 6.

Im Fall der Sportverbände gab es die Ansätze, dass sie als transnationale Unternehmen oder als NGO anerkannt werden könnten. Vorab kann jedoch gesagt werden, dass die Verbände nicht als Völkerrechtssubjekt in Form einer „Internationalen Organisation“ eingestuft werden (können)⁵², da sie weder durch Staaten, noch durch andere Völkerrechtssubjekte gegründet wurden.⁵³ Es war bisher auch nicht der Fall, dass ein Staat einem internationalen Sportverband einen „öffentlich-rechtlichen“ Status anerkannt hat.⁵⁴ Vereinzelt werden den nationalen Sportverbänden in manchen Staaten eine öffentlich-rechtliche Persönlichkeit zugesprochen⁵⁵, wobei sie dennoch als Vereinigung organisiert bleiben.⁵⁶ Somit bleibt lediglich die Annahme einer völkerrechtlichen Verpflichtung aufgrund der Natur als transnationales Unternehmen oder Nichtregierungsorganisation (NGO) als Möglichkeit.

c) Sportverbände als transnationale Unternehmen?

Im Laufe der Zeit entstand die Überlegung, die internationalen Sportverbände als transnationale Unternehmen einzuordnen. Dies stand zunächst aufgrund der Kommerzialisierung der Sportereignisse zur Debatte.⁵⁷ Ein Beispiel ist der Verkauf von Fernsehrechten der Olympischen Spiele.⁵⁸ Wirft man einen Blick in die Statuten und Reglemente der Sportverbände, kann man jedoch erkennen, dass sie sich darauf berufen, nicht gewinnorientiert zu handeln.⁵⁹ Würde man einen solchen Ansatz dennoch bejahen, würde den Verbänden zumindest die Verpflichtung zugesprochen werden, sich an das Völkerrecht – darunter auch an Standards zum Schutz von Menschenrechten – zu halten.⁶⁰ Eine Anknüpfung einer partiellen Völkerrechtssubjektivität ist vor allem auf die wirtschaftliche Kraft transnationaler Unternehmen zurückzuführen, aufgrund dessen sie globale und nationale politische Geschehnisse beeinflussen können.⁶¹ Dieser Ansatz findet in der Praxis jedoch kaum Zuspruch.⁶²

⁵² Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 4.

⁵³ Vedder, Christoph, The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law, German Yearbook of International Law 1984, 233 (246).

⁵⁴ Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 4.

⁵⁵ So bspw. Einige Sportverbände in Frankreich.

⁵⁶ Bajec Korent, The Role of the Olympic Movement in the Promotion and Protection of Human Rights, in: Lorenzmeier/Sancin, Contemporary Issues of Human Rights Protection, 2018, 267 (277).

⁵⁷ Schleiter, Globalisierung im Sport: Realisierungswege einer harmonisierten internationalen Sportrechtsordnung, 2009, S. 94.

⁵⁸ Summerer (Fn. 47), Kap. 3 Rn. 54.

⁵⁹ So Regel 15.1 Och für das IOC; Art. 1 Abs. 1 FIFA-Statut und Art. 1 Abs. 1 UEFA-Statut verweisen auf die Art. 60 ff. ZGB, welche die Rechtsstellung eines Vereines regeln.

⁶⁰ Herdegen (Fn. 42), § 13 Rn. 1, 3.

⁶¹ Schleiter, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (245).

⁶² Epping (Fn. 44), § 11 Rn. 19.

Die Überlegung der Völkerrechtssubjektivität ist aber nicht allein auf die wirtschaftliche Kraft zurückzuführen, sondern weiter auf die Möglichkeit des Vertragsschlusses zwischen Staaten und transnationalen Unternehmen, wodurch eine gewisse Legitimation begründet werden würde.⁶³ Würde man aber einem solchen Ansatz – auch *international agreement doctrine* genannt – folgen, würde dies bedeuten, dass ein Vertragsschluss mit *einem* Staat ausreicht, damit ein Unternehmen, welches multinational tätig ist, eine Völkerrechtssubjektivität erlangt.⁶⁴ Dies würde jedoch zum einen verkennen, dass eine Anerkennung als Völkerrechtssubjekt nur durch mehrere Staaten möglich ist und nicht durch einen einzigen geschehen kann⁶⁵ und zum anderen wäre ein Widerruf dieser Subjektivität nur durch denselben Staat möglich, was gegen den Grundsatz *pacta sunt servanda* sprechen würde.⁶⁶

Es müsste folglich im einzelnen Fall geschaut werden, ob ein bestimmter Sportverband als transnationales Unternehmen im genannten Sinne angesehen werden kann. Wie einleitend erwähnt, ergibt sich aber zumindest aus den Statuten der FIFA und der Olympischen Charta, dass sie sich selbst den Status eines Vereins geben und darüber hinaus nicht-kommerziellen Charakter haben. Demnach würden sie nicht als transnationales Unternehmen gewertet werden.

d) Verbände als internationale Nichtregierungsorganisation

Es besteht ein geläufiger Konsens darüber, dass die internationalen Sportverbände als NGO eingestuft werden können.⁶⁷ Nach Angaben von Football Leaks strebte die FIFA zumindest die Anerkennung als NGO an.⁶⁸ Unter einer NGO versteht man eine Organisation, die privatrechtlicher, nicht zwischenstaatlicher Natur ist und somit also auf ein privatrechtliches Übereinkommen zurückgeht.⁶⁹ Aus völkerrechtlicher Betrachtung können sie zwar einen gewissen Einfluss auf internationaler Ebene ausüben und an der internationalen Gemeinschaft teilhaben, sie bleiben aber ohne eigene Rechte und Pflichten wie ein Völkerrechtssubjekt.⁷⁰

Durch eine Zuweisung von Rechten und Pflichten könnten NGOs jedoch eine partielle Völkerrechtssubjektivität erlangen, soweit eine solche Zuweisung nicht nur vereinzelt geschieht, sondern zu häufiger Praxis wird.⁷¹ Bspw. ergibt sich eine solche Zuweisung gem. Art. 71 UN-Charta durch die Zuweisung eines Konsultativstatus einer NGO vor dem ECOSOC.

⁶³ Schleiter, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (247).

⁶⁴ Epping, (Fn. 44), § 11 Rn. 19.

⁶⁵ Schleiter, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (246).

⁶⁶ Epping (Fn. 44), § 11 Rn. 19.

⁶⁷ Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 4.

⁶⁸ „Fifa will NGO werden“, vom 7.6.2019, <https://www.spiegel.de/sport/fussball/fifa-will-mit-unterstuetzung-der-schweiz-ngo-werden-a-1271501.html> (zul. abger. Am: 31.07.2023).

⁶⁹ Herdegen (Fn. 42), § 10 Rn. 10.

⁷⁰ Herdegen (Fn. 42), § 7 Rn. 1.

⁷¹ Schleiter, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (242).

Auch zur Bejahung einer partiellen Völkerrechtssubjektivität aufgrund des Status als NGO müsste im jeweiligen Einzelfall abgewogen werden.

e) Zwischenfazit

Unter bestimmten Voraussetzungen könnte man einem internationalen Sportverband eine (partielle) Völkerrechtssubjektivität zusprechen. Dies gilt es allerdings im Fall jedes Sportverbands isoliert zu betrachten. Unter Umständen wäre somit die erste Voraussetzung für die Völkerrechtssubjektivität zu bejahen.

2. Unwiderrufliche Rechtsetzungautonomie

Nimmt man eine partielle Völkerrechtssubjektivität im Wege der Anerkennung des Status als NGO oder transnationales Unternehmen an, bedürfe es weiter einer unwiderruflichen Rechtsetzungautonomie durch Befugnisübertragung⁷², welche allein durch den Staat geschehen kann.⁷³ Die Verbände genießen zwar im Innenverhältnis die Autonomie, (privatrechtliche) Regelungen zu setzen, sie entfalten jedoch keine Wirkung außerhalb der Vereinigung. Eine Autonomie, öffentlich-rechtliches Recht zu setzen, wurde ihnen aber bisher nicht von Staaten anerkannt. Somit scheidet eine Völkerrechtssubjektivität allenfalls an der übertragenen Rechtsetzungautonomie.

3. Zwischenergebnis

Eine Völkerrechtssubjektivität kann folglich ausgeschlossen werden, da den Sportverbänden keine Rechtssetzungsautonomie übertragen wurde. Eine solche Verneinung steht auch im Einklang mit der heutigen Ansicht, dass die Sportverbände nicht als Völkerrechtssubjekte eingeordnet werden.⁷⁴

II. Der Sonderfall des IOC

Zwar besagt die aktuelle Fassung der Olympischen Charta, dass es sich beim IOC um eine „internationale, nichtstaatliche, nicht gewinnorientierte Organisation unbegrenzter Dauer in Form einer Vereinigung mit Rechtspersönlichkeit“⁷⁵ – und somit inzwischen um eine NGO – handelt⁷⁶, allerdings war die rechtliche Stellung nicht immer ganz eindeutig: So ließ sich beispielsweise aus einer früheren Fassung der Olympischen Charta herauslesen, dass das IOC – „une association de droit international“⁷⁷ – also eine Vereinigung des internationalen Rechts sei.⁷⁷ Diese Formulierung

⁷² Schleiter (Fn. 57), S. 99.

⁷³ Schleiter, in: Vieweg (Fn. 40), 231 (237).

⁷⁴ Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 3.

⁷⁵ Regel 15.1 Och.

⁷⁶ Verdross/Simma (Fn. 30), Rn. 416; Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 4.

⁷⁷ Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 3.

fürte an mehreren Stellen zu Verwirrungen, da man bei einer Auslegung nach dem Wortlaut daraus schließen würde, dass es sich um eine Art von Organisation im Gefüge des (öffentlichen) internationalen Recht – und somit dem Völkerrecht – handele. Faktisch mangelt es dem IOC aber an den bereits erwähnten Voraussetzungen einer internationalen Organisation im völkerrechtlichen Verständnis. Beachtenswert ist dennoch, dass die UN-Generalversammlung seit 1993 in regelmäßigen Abständen von zwei Jahren Resolutionen⁷⁸ verabschiedete, in denen sich explizit für die Förderung des IOCs und der Olympischen Bewegung ausgesprochen wurde. Grund hierfür ist, dass Sport als Institution der Völkerverständigung und Friedensförderung zwischen den Staaten an Anerkennung gewonnen hat.⁷⁹ Im Oktober 2009 wurde dem IOC schließlich durch die Resolution 64/3 ein Beobachterstatus *sui generis*⁸⁰ vor der Generalversammlung zugesprochen. Der Beobachterstatus ist nicht ausdrücklich in der UN-Charta vorgesehen⁸¹, er ist aber gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁸² Mit ihm gehen regelmäßig Teilnahmerechte einher, die zum einen in der jeweiligen Resolution festgelegt sind und zum anderen vom Organ der UN abhängen, vor dem dieser Status besteht.⁸³

De jure bleibt das IOC aber jedenfalls eine Vereinigung nach Schweizer Privatrecht⁸⁴ mit Sitz in Lausanne, als „Olympischen Hauptstadt“⁸⁵ und der Anerkennung als NGO.

III. Zwischenfazit

Auch wenn es durchaus denkbare Ansätze dazu gibt, den internationalen Sportverbände eine Teilsubjektivität zuzusprechen oder sie als transnationale Unternehmen anzuerkennen, bleiben sie eine NGO ohne Völkerrechtssubjektivität. Aufgrund der Attraktivität der Ausrichtung von internationalen Groß-Sportveranstaltungen kann den internationalen Sportverbänden nichtsdestotrotz eine monopolartige Stellung

⁷⁸ „Building a peaceful and better world through sport and the Olympic ideal“, so bspw.: UN Docs. A/Res/43/11 ; UN Docs. A/Res/50/13 ; UN Docs. A/Res/56/75.

⁷⁹ Letter from the Permanent Representative of Italy to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Docs. A/64/145, Annex I, Nr. 6.

⁸⁰ *Higgins/Webb/Dapo/Sivakumaran/Sloan*, *Oppenheim's International Law: United Nations*, Vol. I, 2017, Rn. 8.93.

⁸¹ *Luijk*, *The International Olympic Committee: A United Nations Permanent Observer of post-politics?*, *International Area Studies Review* 2018, Vol. 21 (2), 134 (138).

⁸² *Kalbusch*, *Der Beobachterstatus des Heiligen Stuhls – historisches Relikt oder zukunftsweisendes Modell?*, *Vereinte Nationen: Zeitschrift für die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen* 2012, 159 (161).

⁸³ *Mißling*, *Der Status Palästinas in internationalen Organisationen*, *Vereinte Nationen: Zeitschrift für die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen* 2012, 147 (148).

⁸⁴ *Bajec Korent* (Fn. 56), 267.

⁸⁵ Regel 15.2 Och.

gegenüber den Staaten anerkannt werden, welche die durch die Verbände organisierten Sportereignisse gerne austragen möchten.⁸⁶ Dieses sog. „Ein-Platz-Prinzip“ verleiht den Verbänden eine gewisse Machtposition, die sie auch ohne Völkerrechtssubjektivität zu einem wichtigen Motor im internationalen Gefüge macht. Bekannt ist diese Stellung gegenüber nationalen Verbänden und bspw. Sportartikelherstellern,⁸⁷ aber – theoretisch betrachtet – könnte sie auch dazu genutzt werden, um Staaten in manchen Bereichen zum Umlenken zu bewegen.

D. Sport und Menschenrechte

I. Einfluss des allgemeinen Völkerrechts

Grundsätzlich sind die Staaten und nicht die Sportverbände als solche die direkten Adressaten internationaler Menschenrechtsverpflichtungen.⁸⁸ Dennoch ist es möglich, dass Menschenrechtsnormen nicht nur Staaten zur Einhaltung von Menschenrechten verpflichten, sondern auch private Akteure⁸⁹, unter welche die internationalen Sportverbände fallen. In Bezug auf den Menschenrechtsschutz kann die Präambel der AEMR hinzugezogen werden, welche nicht nur „alle Organe der Gesellschaft“, sondern auch jeden einzelnen dazu anhält, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, damit die Menschenrechte tatsächlich anerkannt und verwirklicht werden können.⁹⁰ Darüber hinaus besagt Art. 29 AEMR, dass jeder Pflichten vor der internationalen Gemeinschaft hat, wobei das Wort „jeder“, sowohl für natürliche als auch juristische Personen gilt, worunter auch die Sportverbände verstanden werden können.⁹¹ Hieraus kann abgeleitet werden, dass auch sie grds. dazu angehalten sind, Menschenrechte anzuerkennen und sich an diese zu halten.

II. Sportbezogenes Recht

Im Bereich des Sports spielen vor allem das Sportvölkerrecht sowie auch die sog. *lex sportiva* eine Rolle.

⁸⁶ Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 6.

⁸⁷ Pfister/Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 47), Kap. 7 Rn. 6.

⁸⁸ Regueiro, Shared Responsibility and Human Rights Abuse: The 2022 World Cup in Qatar, *Tilburg Law Review* 2020, 27 (33).

⁸⁹ Latty, FIFA and Human Rights in Qatar, in: Watt et al., *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, 2019, 151 (154).

⁹⁰ Kälin/Künzli (Fn. 3), Rn. 1.44.

⁹¹ Regueiro (Fn. 88), 27 (33).

1. Das Sportvölkerrecht

Unter dem Sportvölkerrecht versteht man alle internationalen öffentlich-rechtlichen Normen, die auf rechtliche Fragen des Sports von den Völkerrechtssubjekten angewendet werden.⁹² Hierunter fallen nur solche Normen, die den Sport in unmittelbarer Weise betreffen. Als Grundlage werden die im allgemeinen Völkerrecht bekannten Rechtsquellen herangezogen⁹³, welche sich aus Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut ergeben. Es wird jedoch heute vertreten, dass das Sportvölkerrecht hauptsächlich die Bekämpfung von Rassismus und Diskriminierung, der Verhinderung und Gegenwirkung von Gewalt und Doping im Sport sowie die Anerkennung des Sports als Menschenrecht umschließt⁹⁴, sodass auch hieraus kein direkter Menschenrechtsschutz für den abgeleitet werden kann, der nicht im direkten Gefüge des Sportrechts ist.

2. Die Rolle der *lex sportiva*

a) Allgemein

In Frage könnte weiter die *lex sportiva* kommen. Problematisch ist hierbei, dass die *lex sportiva* kein klar definierbares Konstrukt ist.⁹⁵ Dennoch lässt sie sich als Gesamtheit nichtstaatlicher, selbstgesetzter Regelungen des internationalen Sports und die allgemeinen Grundsätze des Sportrechts, beschreiben.⁹⁶ Diese Normen sind zum einen die Satzungen und Regelwerke der Sportverbände und zum anderen die grundlegenden Rechtsprinzipien, die sich aus nationalen Rechtsordnungen⁹⁷ oder aus der Rechtsprechung des CAS schließen lassen.⁹⁸ Unter die *lex sportiva* können in gleicher Form allgemeine Rechtsgrundsätze subsumiert werden, welche nicht aus einem nationalen Recht herzuleiten sind, aber in den meisten nationalen Rechtsordnungen eingegliedert sind. Hierzu zählen Grundsätze wie der der Gleichbehandlung, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, der Anspruch auf rechtliches Gehör oder aber auch der Grundsatz des *nulla poena sine lege*.⁹⁹

⁹² Wax, Internationales Sportrecht: Unter besonderer Berücksichtigung des Sportvölkerrechts, 2009, S. 188.

⁹³ Wax (Fn. 92), S. 189.

⁹⁴ Wax (Fn. 92), S. 198.

⁹⁵ Vieweg/Staschik, The Lex Sportiva. The Phenomenon and its Meaning in the International Sporting Arena, in: Vieweg, Lex Sportiva, 2015, 17 (21 f.).

⁹⁶ Vieweg/Staschik, „Lex Sportiva und Fairness-Prinzip“, SpuRt 2013, 227 (233).

⁹⁷ Wax (Fn. 92), S. 178.

⁹⁸ Vieweg/Staschik, (Fn. 95), 17 (24); Wax, (Fn. 92), S. 178.

⁹⁹ Wax (Fn. 92), S. 179 f.

b) Menschenrechtsgarantien in den Reglementen

Menschenrechte sind als solche¹⁰⁰ keine Regelungen des internationalen Sports und ergeben sich auch nicht aus den sportinternen Grundsätzen, den Regelwerken der internationalen Sportverbände oder der Rechtsprechung des CAS. Die OCh sieht zumindest in ihren Grundprinzipien vor, dass es das Ziel der Olympischen Bewegung sein soll, „den Sport in den Dienst [...] der Wahrung der Menschenrechte“ zu stellen.¹⁰¹ Die Entwicklung zeigt weiterhin, dass bspw. das FIFA-Statut in seinem Art. 3 das Ziel beinhaltet, zur Wahrung und Förderung von Menschenrechten aufzurufen. Auch ergibt sich aus den FIFA-internen Richtlinien für Menschenrechte, dass sie sich an die UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, sowie die international anerkannten Menschenrechtsverträge binden möchte.¹⁰² Hieran ist auch die UEFA – als anerkannte Konföderation der FIFA¹⁰³ – gebunden. Die UNO-Leitprinzipien stellen auf den oben genannten Typ der Menschenrechtspflicht ab, bei dem der Staat vor Menschenrechtsmissbräuche durch dritte, nicht-staatliche Akteure schützen muss.¹⁰⁴ Jedoch fallen diese Leitprinzipien unter das *soft law* und haben bisher keinen rechtlich bindenden Charakter.¹⁰⁵

c) Durchsetzbarkeit des Sportrechts

Allerdings sind die Reglemente nur sinnvoll, soweit ihre Einhaltung auch durch eine Instanz gesichert werden kann. Zum einen haben die Sportverbände ihre eigenen Ausschüsse, um Verletzungen ihrer Reglemente zu rügen. Darüber hinaus besteht aber seit 1983 auch der *Court of Arbitration for Sport* (CAS), welcher als verbandsunabhängige Instanz bei sportbezogenen Streitigkeiten angerufen werden kann.¹⁰⁶ Das CAS-Statut verweist darauf, dass dieses Gericht für alle Streitigkeiten zuständig ist, in denen Verbände, Vereine oder andere sportbezogene Einrichtungen involviert sind. Hieraus kann abgeleitet werden, dass ein Verband nicht durch ein Verfahren vor dem CAS gegen einen Staat vorgehen könnte, um eine Verletzung – bspw. von Menschenrechten – zu rügen, da die Staaten selbst nicht unter die genannten Streit-

¹⁰⁰ Gemeint sind hier die Menschenrechte im weiteren Sinne. Durchaus kann diskutiert werden, ob es ein (Menschen-)Recht auf Sport im Allgemeinen gibt.

¹⁰¹ Punkt 2 der Grundlegenden Prinzipien des Olympismus.

¹⁰² Aufgelistet unter Punkt 1 und 2 “Our Human Rights Commitment” FIFA’s Human Rights Policy, S. 5, Stand: Mai 2017, <https://digitalhub.fifa.com/m/1a876c66a3f0498d/original/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r-pdf.pdf> (zul. abger. am 20.12.2021).

¹⁰³ Ergibt sich aus Art. 3 S. 1 UEFA-Statut.

¹⁰⁴ *Brune*, Menschenrechte und transnationale Unternehmen: Grenzen und Potentiale des UN Framework for Business and Human Rights, 2020, S. 36 f.

¹⁰⁵ *Latty*, in: Watt et al. (Fn. 89), 151 (155); *Epping* (Fn. 44), § 11 Rn. 17.

¹⁰⁶ *McLaren*, The Court of Arbitration for Sport, in: Nafziger/Gauthier, Handbook on International Sports Law, 2. Aufl. 2022, S. 163.

parteien des CAS-Statuts fallen. Zudem wird vertreten, dass im Falle einer Menschenrechtsverletzung, ein Menschenrechtsschutz im Rahmen der Regelungen der EMRK bei Schiedsgerichtsverfahren nicht direkt anwendbar ist.¹⁰⁷ Dies ist nicht zuletzt dem Fakt geschuldet, dass die Verfahren vor dem CAS zivilrechtlicher Natur sind.¹⁰⁸ Darüber hat das CAS in einer Entscheidung deutlich gemacht, dass – bspw. im Falle der FIFA – die Statuten nicht ausreichend seien, um einen Schutz von Grundrechten zu gewähren, sodass auf das schweizerische Recht zurückgegriffen werden muss.¹⁰⁹ Dies ergibt sich im konkreten Fall der FIFA daraus, dass sie ihren Sitz in der Schweiz hat und gem. Art. 58 CAS-Statut folglich das Schweizer Recht subsidiär angewendet werden würde.¹¹⁰ Für eine Verneinung einer solchen Kompetenz des CAS spricht weiter, dass es durch sportrechtliche Mechanismen etabliert wurde und nicht auf der Basis menschenrechtsgarantierender Normen, wie bspw. der EGMR durch die EMRK eingerichtet wurde. Darüber hinaus sind primär Staaten – und nicht private Sportverbände – Adressaten von internationalen Menschenrechtsnormen.

Dennoch hält sich das CAS an grundlegende prozessuale Grundsätze, wie bspw. das Recht auf ein faires Verfahren, sowie an substantielle Menschenrechte, die auch auf internationaler Ebene als Standard anerkannt werden.¹¹¹

E. Einfluss von internationalen Sport-Großveranstaltungen auf aktuelle Menschenrechtsproblematiken

Nicht nur in der Geschichte des Sports, sondern auch in der Gegenwart sind internationale Sportveranstaltungen noch immer Schauplatz diverser Menschenrechtsverletzungen oder werden zumindest dafür genutzt, um auf kontemporäre Verletzungen von Menschenrechten aufmerksam zu machen. Um dies zu verdeutlichen werden nachstehend die Beispiele der Fußball-Weltmeisterschaft in Katar 2022, die Olympischen Winterspiele in Sotchi 2014 und die Fußball-Europameisterschaften 2020 genauer betrachtet. Vorab sollte jedoch darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Vermischung öffentlicher und privater Akteure – des Sportverbands auf der einen Seite und des Staates auf der anderen Seite – die an der Austragung betei-

¹⁰⁷ *De La Rochefoucauld*, The Fundamental Rights of the parties before the CAS, in: Bulletin TAS/CAS Bulletin 2021/1, 33 (42).

¹⁰⁸ *Josip Simunic v. FIFA* (2014), CAS 2014/A/3562, Rn. 40.

¹⁰⁹ *Club Raja Casablanca v. FIFA* (2019), CAS 2019/A/6345, Rn. 35.

¹¹⁰ *De La Rochefoucauld* (Fn. 107), 33 (41).

¹¹¹ *Bützler/Schöddert*, Constitutionalizing FIFA: Promises and Challenges, *Tilburg Law Review* 2020, 40 (47 f.).

liegt sind, dazu führt, dass die Veranstaltungen einer transnationalen privaten Rechtsordnung unterliegen, welche durch die Regelungen der Sportverbände vorgegeben wird.¹¹²

I. Die Fußball-Weltmeisterschaft in Katar 2022

Im Wege der Vorbereitungen auf die Fußball-Weltmeisterschaft 2022 stand der katarische Staat immer wieder in der Kritik: Im Vordergrund standen die schlechten Bedingungen auf den Baustellen der für die Meisterschaft benötigten Hotels, Stadien und Flughäfen. Nach Angaben von „The Guardian“ kam es hier zu über 6.500 Toten.¹¹³ Weiterhin ist hier problematisch, dass Katar Schätzungen zufolge zu knapp 90 Prozent auf Migrationsarbeiter angewiesen ist, welche vor allem aus Indien, Bangladesch oder Nepal stammen.¹¹⁴ Dies spiegelt sich auch auf den Baustellen wider, auf denen die notwendige Infrastruktur für die WM aufgebaut wird: Hier beträgt die Quote der Migrationsarbeiter etwa 94 Prozent.¹¹⁵

1. Verantwortung seitens des Staates Katar

Es ist nicht außer Acht zu lassen, dass die Organisation von Groß-Sportveranstaltungen nicht im Ganzen durch den nationalen Sportverband getragen wird, sondern auch ein Teil durch den nationalen Staat – vorliegend des Staates Katar – selbst durchgeführt wird. Dieser hat als primäres Völkerrechtssubjekt, wie einleitend erwähnt, die Verpflichtung zur Wahrung und Förderung von Menschenrechten.

a) Katarisches Recht

Auf nationaler Ebene garantiert die katarische Verfassung in Art. 35, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und keiner aufgrund seines Geschlechts, seiner Rasse, seiner Sprache oder Religion diskriminiert werden soll. Weiter versichern Art. 18, 19 und 34 der Verfassung Gerechtigkeit, Freiheit und Gleichheit auf der Basis von Güte und hoher moralischer Standards und erlegt allen Bürgern dieselben Pflichten und Chancen auf. Problematisch ist hierbei zu sehen, dass die Verfassung diese Rechte den „Bürgern“ zuschreibt. Eine katarische Staatsbürgerschaft kann für

¹¹² Heerd, A Rights-holder view on Human Rights Provisions in Olympic Bidding and Hosting Regulations, *AJIL Unbound* 2020, 356 (357).

¹¹³ Pattison/McIntyre, Revealed: 6,500 migrant workers have died in Qatar since World Cup awarded, *Guardian*, 23.2.21, <https://www.theguardian.com/global-development/2021/feb/23/revealed-migrant-worker-deaths-qatar-fifa-world-cup-2022> (zul. abger. am 20.12.2021).

¹¹⁴ Latty, in: Watt et al. (Fn. 89), 151.

¹¹⁵ Hoff-Lund, Das Spiel drehen, *Amnesty international*, 22.6.2021, <https://www.amnesty.de/journal/2016/juni/das-spiel-drehen> (zul. abger. am 20.12.2021).

den Regelfall der Gastarbeiter aber nicht angenommen werden¹¹⁶, sodass sie nicht auf nationale Rechte zurückgreifen können. Fraglich würde aber auch bei der Annahme der Anwendbarkeit bleiben, ob sie das Recht auch zugesprochen bekämen.

b) Katars Verpflichtungen auf internationaler Ebene

Man könnte nun argumentieren, dass die Arbeitsbedingungen nicht direkt durch den Staat entstehen, sondern durch die Firmen, die die Aufträge für die Bauten angenommen haben. Es darf aber nicht verkannt werden, dass auch Private, welche öffentliche Aufgaben übertragen bekommen haben, als Teil des Staates zählen, sodass durch sie entstehende Menschenrechtsverletzungen dem Staat zuzurechnen sind.¹¹⁷

Somit gilt es zu betrachten, wozu sich Katar im internationalen Recht verpflichtet hat. Katar ist zum einen den beiden UN-Pakten beigetreten und ist des weiteren Mitglied mehrerer Menschenrechtsabkommen.¹¹⁸ Dennoch stehen den Garantien aus den Menschenrechtsabkommen und den beiden Pakten das *Kafala*-System¹¹⁹ im Wege, welches in den Golfstaaten noch immer vorherrscht. In dessen Anbetracht kann in Frage gestellt werden, ob der Staat Katar seine völkerrechtlichen Pflichten, wie bspw. die sog. Inkorporationspflicht oder die Sanktionierungspflicht einhalten. Durch Ersteres ist der Staat dazu verpflichtet, den Individuen zu erlauben, sich auf nationaler Ebene auf die Menschenrechte zu berufen.¹²⁰ Dieses Prinzip ist in Art. 2 Abs. 2 Pakt II verankert. Durch die Sanktionierungspflicht hingegen müsste der Staat bei der Bejahung von Verletzungen von Menschenrechten Sanktionen einleiten.¹²¹

¹¹⁶ Nach dem katarischen Nationalitätsgesetz gilt der Grundsatz des *ius sanguinis* und somit der Abstammung. Alternativ kann jeder Bürger werden, der über 25 Jahren in Katar lebt und weitere bestimmte Voraussetzungen erfüllt.

¹¹⁷ *Kälın/Künzlı* (Fn. 3), Rn. 3.9.

¹¹⁸ Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, UN Doc. A/HRC/44/57/Add. 1 (27.04.2020), Rn. 8.

¹¹⁹ Das Kafala-System (oder auch „Sponsorensystem“ genannt) ist in den Golfstaaten verbreitet und ermöglicht den Arbeitgebern eine übermäßige Kontrolle über die von ihnen beschäftigten Arbeitnehmern. Dies wiederum macht die Arbeitnehmer anfällig für Missbrauch und Ausbeutung. In diesem System erhalten Individuen oder Firmen die Berechtigung, Gastarbeiter anzustellen. Die Firma als sog. „Sponsor“ trägt die Kosten für die Einreise und Wohnen der Arbeiter. Problematisch ist, dass das Visum und die Arbeitsgenehmigung verbunden sind, sodass eine Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Sponsor entsteht. [<https://www.cfr.org/backgrounder/what-kafala-system>], (zul. abger. am 20.12.2021).

¹²⁰ *Kälın/Künzlı* (Fn. 3), Rn. 6.8.

¹²¹ *Kälın/Künzlı* (Fn. 3), Rn. 6.8.

c) Art. 8 IPbpR

Zunächst kommt eine Verletzung des Art. 8 IPbpR in Betracht, welcher explizit die Sklaverei und den Sklavenhandel in jeglicher Form verbietet. Der Menschenrechtsrat hat klargestellt, dass die Rechte aus dem Pakt im Rahmen seines Art. 2 Abs. 1 auf alle Personen anwendbar sind, die auf dem Staatsgebiet und der nationalen Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Dies bedeutet nicht nur, dass der Vertragsstaat eine Verpflichtung gegenüber den Bürgern hat, sondern gegenüber allen – unabhängig von der Nationalität – sich auf dem Gebiet befindenden Individuen. Im gleichen Zuge nennt der Rat an dieser Stelle Arbeitsmigranten.¹²² Es wäre somit zunächst denkbar, dass die Arbeiter sich auf eine Missachtung der Verpflichtung des Staates Katar aus dem IPbpR stützen.

Weiter hat der Staat – unabhängig davon, ob die Verletzung durch Privatpersonen oder Unternehmen begangen wurde, welche für den Staat gehandelt haben oder unter staatlicher Kontrolle stehen – gem. der *Draft Articles on State Responsibility* die Verpflichtung dazu, die Rechte und Pflichten aus dem IPbpR einzuhalten.¹²³ In der Praxis stellt sich jedoch das Problem, dass der Staat Katar bisher keines der beiden Fakultativprotokolle zu den UN-Pakten ratifiziert hat, was zumindest eine Individualbeschwerde auf Grundlage einer Verletzung aus Art. 8 IPbpR unmöglich macht.

d) Verletzung aus weiteren Konventionen

Wie oben erläutert, hat Katar auch weitere Menschenrechtsabkommen unterzeichnet und ratifiziert, unter welche auch die UN-Antifolterkonvention fällt. Sie soll jedoch nicht nur vor Folter selbst schützen, sondern auch gegen andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlungen. Sie könnte in der vorliegenden Situation missachtet worden sein. Die Antifolterkonvention hat sich auf Grundlage der Art. 5 AEMR und Art. 7 IPbpR herausgebildet, welche beide auf ein Verbot der Folter verweisen. Art. 2 FoK verpflichtet zunächst alle an der Konvention teilhabenden Staaten, dass sie wirksame Maßnahmen treffen müssen, um jegliche Form der Folterung auf dem eigenen Gebiet zu verhindern. Man könnte in Erwägung ziehen, hierin eine indirekte Präventionspflicht des Staates Katar vor Folterungen zu sehen, da sich aus den Menschenrechten eine allgemeine Schutzpflicht des Staates ergibt.¹²⁴ Ein Problem bleibt aber auch in diesem Fall, dass das notwendige Zusatzprotokoll nicht ratifiziert wurde. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass

¹²² HRC General Comment No. 31, UN Docs. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 10.

¹²³ *Joseph/Sander*, scope of application, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran, *International Human Rights Law*, 4. Aufl. 2022, S. 110 f.

¹²⁴ *Kälin/Künzli* (Fn. 3), Rn. 6.36.

das Verbot der Folter unter das zwingende Völkerrecht fällt, sodass selbst Nichtmitglieder der Antifolterkonvention daran gebunden sind, nicht gegen das Folterverbot zu verstoßen.¹²⁵

e) Verträge außerhalb des UN-Systems

Darüber hinaus wird die Lage in Katar, sowie das *Kafala*-System als Form der modernen Sklaverei anerkannt¹²⁶, welche durch das Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit der ILO definiert ist. Im gegebenen Fall gab es im Jahre 2014 bereits eine Beschwerde gegen Katar durch mehrere Staaten mit der Begründung des Menschenhandels zum Zweck der Zwangsarbeit, die eine Verletzung der 29. und 81. ILO-Konventionen darstellen. Die Klage scheiterte an einem effektiven Beschwerdemechanismus.¹²⁷

2. Bezug zur FIFA

Die FIFA betont in Art. 3 des FIFA-Statuts, dass sie sich aktiv für die Förderung und Wahrung aller international anerkannten Menschenrechte einsetzt. Im Lichte dieses Artikels hat sie 2017 die FIFA-Richtlinien für Menschenrechte, sowie einen internen Rat für Menschenrechte etabliert. Die FIFA hat sich in diesen Richtlinien dazu geäußert, dass sie die anerkannten Menschenrechtskonventionen sowie -verträge achten möchte.

Grundsätzlich kann die FIFA durch ihre eigens aufgestellten Richtlinien nur gegenüber den Personen agieren, die unter ihrer Jurisdiktion liegen.¹²⁸ Aus dem FIFA-Statut ergibt sich, dass unter diesen Schirm die Spieler, Vereine, sowie nationale und regionale Verbände fallen.

Betrachtet man somit weiter das Statut und die Reglemente der FIFA, ergibt sich aus Art. 2 des Disziplinarreglements, dass der Disziplinarrat der FIFA im Rahmen des Abs. 2 bei allen Verletzungen der Ziele des Statuts die Möglichkeit aktiv zu werden. Gem. Art. 3 desselben Reglements betrifft dies auch Verletzungen durch (nationale) Fußballverbände. Dies wäre im vorliegenden Fall die Qatar Football Association. Setzt man dies in Verbindung mit dem zuvor genannten Art. 3 FIFA-Statut, wäre es zumindest möglich, innerhalb des Systems der *lex fifa*¹²⁹ den nationalen Verband zu rügen. Aber auch darüber hinaus zeigt die FIFA-interne Praxis, dass die Organisation der Veranstaltungen, welche durch die nationalen Verbände geschieht, in der gesamten Vorbereitungsphase unter der Kontrolle der FIFA steht

¹²⁵ *Chinkin*, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Fn. 14), 65 (75).

¹²⁶ *Regueiro* (Fn. 88), 27 (29).

¹²⁷ *Regueiro* (Fn. 88), 27 (29).

¹²⁸ *Latty*, in: Watt et al. (Fn. 89), 151 (155).

¹²⁹ So genannt in: *Latty*, in: Watt et al. (Fn. 89), 151 (153). Unter dem Begriff wird die Gesamtheit der FIFA-Regelungen und Statuten gefasst.

und die Vorbereitungen darüber hinaus im Einklang mit den Statuten und Regelungen geschehen sollen.¹³⁰ Wie bereits oben genannt fällt hierunter auch die Selbstverpflichtung der FIFA aus Art. 3 des Statuts zum Respekt der Menschenrechte. Allerdings ist es der FIFA nicht direkt möglich, im Rahmen ihrer internen Mechanismen eine Menschenrechtsverletzung zu rügen, welche durch den Staat oder andere öffentliche Einrichtungen geschehen.

II. Die Olympischen Winterspiele von Sotschi 2014

Auch andere Menschenrechte wurden im Rahmen gewisser Großveranstaltungen gehäuft unterdrückt: So wurden bspw. aufgrund der Olympischen Winterspiele 2014 in Sotschi Oppositionelle weggesperrt, um zu verhindern, dass während der Spiele Demonstrationen stattfinden könnten.¹³¹ Zudem wurde massiver Druck auf Journalisten ausgeübt, indem ihre Texte von nationalen Behörden auf kritische oder negative Informationen über die Olympiavorbereitungen kontrolliert wurden.¹³² Nicht zuletzt führte im Vorfeld der Spiele die Verabschiedung des nationalen Gesetzes gegen „Propaganda nicht-traditioneller sexueller Beziehungen“ zu Unruhen, welche bis hin zur Überlegung eines Boykotts der Olympischen Spiele führte.¹³³

1. Bezug zum IOC

a) Das Verbot von Demonstrationen

Regel 50.3 der Olympischen Charta verbietet grundsätzlich jede Art der Demonstration zur Zeit der Olympischen Spiele. Dies begründet das IOC damit, dass die Spiele kein Schauplatz für jegliche Art politischer Demonstrationen werden und allein im Zeichen der Völkerverständigung stehen sollen.¹³⁴ Regel 50.3 der Charta zeigt einmal mehr, welchen Einfluss das IOC nicht nur auf den nationalen Verband, sondern gleichzeitig auf die Regierung des Austragungslandes haben kann, da im

¹³⁰ So bspw. Festgelegt in Art. 1 Abs. 2 und 4 der Regelungen zum 2018 FIFA World Cup in Russland.

¹³¹ *Hoff-Lund* (Fn. 115).

¹³² Pressemitteilung HRW, Russland: Aktivisten und Journalisten vor Sotschi unter Druck, 7.8.2013, HRW, <https://www.hrw.org/de/news/2013/08/07/russland-aktivisten-und-journalisten-vor-sotschi-unter-druck> (zul. abger. am 20.12.2021).

¹³³ Pressemitteilung DOSB, Fragen und Antworten zum Russischen Homosexuellen-Gesetz 19.8.2013, DOSB, <https://gleichstellung.dosb.de/service/news/news-detail/fragen-und-antworten-zum-russischen-homosexuellen-gesetz> (zul. abger. am 20.12.2021).

¹³⁴ Pressemitteilung DOSB (Fn. 133).

vorliegenden Fall auch alle Arten von Demonstrationen untersagt wurden, die „nicht im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Olympischen Spiele“¹³⁵ seien.

b) In Bezug auf das Homosexuellen-Gesetz

Im Gegensatz zur FIFA hat das IOC keine vergleichbare Grundlage zur Wahrung der Menschenrechte in ihren Reglementen. Die Olympische Charta verbietet lediglich jede Form von Diskriminierung im Sport selbst.¹³⁶ Aus dem Wortlaut ergibt sich allerdings, dass sich dieses Verbot nur auf solche Diskriminierungen bezieht, die innerhalb des Sports – sinnbildlich auf dem Spielfeld – passieren. Auch ein Blick in die Resolution 68/L.8 der UN-Generalversammlung, welche den Olympischen Frieden für die Spiele in Sotchi etablierte, zeigt, dass das IOC Wert darauf gelegt hat, Frieden und Nichtdiskriminierung durch Sport zu fördern. Es ist zwar die Rede von Diskriminierung jeder Art, aber es wird nicht explizit genannt, dass diese auch außerhalb des Sportes selbst gefördert werden soll. Somit kann weder aus der Olympischen Charta, noch aus der in Bezug auf die Spiele erlassene Resolution, eine Regelung im Umgang mit Menschenrechtsverletzungen – die außerhalb der Spiele selbst begangen werden – abgeleitet werden. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass sich das IOC im Nachklang der Verabschiedung des Homosexuellen-Gesetzes dazu geäußert hat, dass es sich gegen Diskriminierungen im Rahmen der Spiele – und somit lediglich gegen Athleten, den Medien, Zuschauern und Beamte – einsetzen möchte.¹³⁷

2. Verantwortung seitens des Staates Russlands

Auch Russland könnte im Wege der genannten Aktionen seine internationalen Verpflichtungen aus den Verträgen verletzt haben: In Betracht kommt zunächst Art. 19 Abs. 2 IPbPR, welcher die freie Meinungsäußerung inklusive der Vermittlung von Informationen (Abs. 2 Hs. 2) garantiert. Auch das Recht der friedlichen Versammlung i.S.d. Art. 21 IPbPR könnte verletzt worden sein. Es besteht jedoch die Möglichkeit der Einschränkung unter der Voraussetzung, dass die nationale Sicherheit oder der *ordre public* durch eine Meinungsäußerung bzw. die Versammlungsfreiheit gefährdet werden würde. Auch im Fall Russlands kann allerdings mangels der Ratifikation der Fakultativprotokolle kein Individualbeschwerdeverfahren eingeleitet werden.

¹³⁵ „Putin verbietet Demonstrationen für Sotschi 2014“, 23.8.2013, die Welt, <https://www.welt.de/sport/olympia/article119337818/Putin-verbietet-Demonstrationen-fuer-Sotschi-2014.html> (zul. abger. am: 12.3.2024).

¹³⁶ Punkt 4 der Leitprinzipien der Olympischen Bewegung.

¹³⁷ Pressemitteilung IOC, IOC Statement on recent Russian legislation, 31. Juli 2013, <https://olympics.com/ioc/news/ioc-statement-on-recent-russian-legislation/206969> (zul. abger. am 12.3.2024).

III. Sport-Großveranstaltungen als Mechanismus des Aufmerksammachens

Ein weiteres Beispiel, bei dem kein direkter Eingriff in die Menschenrechte geschah, aber dennoch auf eine aktuelle Problematik hätte eingewirkt werden können, stellt die Europameisterschaft 2020 dar. Durch mehrere Aktionen sollte auf die noch immer weitreichende Diskriminierung und Unterdrückung der LGBTQ-Gemeinschaft aufmerksam gemacht und die Solidarität mit ihr ausgesprochen werden. So war geplant, dass die Allianzarena in München in Regenbogenfarben zum Spiel gegen Ungarn erstrahlt wird. Auch wurde ein Verfahren gegen den Fußballer Manuel Neuer eingeleitet, weil er während der Spiele eine Armbinde in den Regenbogenfarben trug.¹³⁸ Mit dem Hintergrund, dass die EU ein Verfahren gegen Ungarn eingeleitet hat, da ihr Gesetzesentwurf nicht nur gegen die Werte aus Art. 2 S. 1 EUV, sondern auch gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 Abs. 1 GRCh verstößt¹³⁹, wäre die Erlaubnis der Regenbogenfarben jedoch eine wichtige Geste im Kampf gegen die Diskriminierung der LGBTQ-Gemeinschaft gewesen. Die UEFA manifestiert in Art. 1 ihres Statuts jedoch, dass sie eine politisch neutrale Organisation ist. Die explizite Befürwortung solcher Handlungen hätte auf die Unterdrückung und Diskriminierung aufmerksam machen und hierdurch die Garantie des Diskriminierungsverbots im positiven Sinne beeinflussen können. Dieses Beispiel zeigt, dass der Sport trotz der gewollten politischen Neutralität als Mechanismus des Aufmerksammachens auf Menschenrechtsverletzungen genutzt werden könnte.

IV. Zwischenergebnis

Auch heute lassen sich Menschenrechtsverletzungen im Rahmen der internationalen Sport-Großveranstaltungen feststellen, welche in Teilen durch die nationalen Verbände, aber auch durch die austragenden Staaten zustande kommen. Zumindest im Fall der FIFA werden die nationalen Verbände, aber auch die UEFA durch Art. 3 FIFA-Statut und die FIFA-Menschenrechtsrichtlinie an die FIFA-interne Wahrung der Menschenrechte gebunden. Wie die vorherigen Ausführungen gezeigt haben, erstreckt sich hieraus dennoch kein idealer Mechanismus, um solchen Verletzungen entgegenzuwirken. Hinzukommt, dass vor allem das IOC sehr darauf bedacht ist, ihre politische Neutralität zu wahren. Lediglich im Kreis der Olympischen Spiele hat es versucht zu vermeiden, dass Athleten, Zuschauer und die Medien keiner Diskriminierung ausgesetzt sind. Die allgemeine Situation im Austragungsland kann jedoch nicht unmittelbar durch die Reglemente des IOCs oder der FIFA gerügt werden. Die Verbände können grds. nur im Rahmen ihrer (sich selbst verliehenen) Kompetenzen handeln oder ihre monopolartige Stellung – die größten

¹³⁸ „UEFA stellt Ermittlungen wegen Regenbogen-Kapitänsbinde von Manuel Neuer ein“, 20.06.2021, der Spiegel, <https://www.spiegel.de/sport/fussball/fussball-em-2021-uefa-prueft-regenbogen-kapitaensbinde-von-manuel-neuer-a-1945b06d-bd79-48a0-be55-13df46955160> (zul. abger. am 12.3.2024).

¹³⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 15.07.2021, in: EuZW 2021, 611 (611 f.).

Sportereignisse weltweit auszurichten – nutzen. Gegenüber Menschenrechtsverletzungen, die allerdings nicht „unter dem Dach“ der Sportverbände stattfinden, bleibt jedoch weiterhin eine Lücke, sodass nicht von einem effektiven Menschenrechtsschutz, wie bspw. der Migrationsarbeiter in Katar, gesprochen werden kann.

F. Welche Gegenmaßnahmen wären denkbar?

Es stellt sich somit die Frage, welche Gegenmaßnahmen in Betracht kämen, wenn die Sportverbände selbst keinen hinreichenden Abwehrmechanismus bieten (können). Hierbei dürfte es sinnvoll sein zwischen Maßnahmen, die seitens der Staaten getätigt werden könnten und den Möglichkeiten zu unterscheiden, die den internationalen Sportverbänden dennoch zur Verfügung stünden.

I. Maßnahmen „staatlicher Natur“

Wie oben erläutert, binden Menschenrechte in erster Linie die Staaten als primäres Völkerrechtssubjekt. Bei den dargestellten Verletzungen gab es Verletzungen durch den Staat, welche an sich aber zur Wahrung von Menschenrechten verpflichtet sind. Darüber hinaus ergibt sich aus den sog. *erga omnes* Verpflichtungen, dass Menschenrechtsverträge einen Staat gleichzeitig gegenüber allen Vertragsstaaten verpflichtet, sodass sie auch alle – unabhängig von einer eigenen Betroffenheit der Verletzung – dazu berechtigt sind, zu agieren.¹⁴⁰

1. Gegen die menschenrechtsverletzenden Staaten

Im Wege der *erga omnes* Verpflichtungen wäre das bereits erwähnte Staatsbeschwerdeverfahren grds. eine Option. Aufgrund der politisch-diplomatischen Natur solcher Staatenbeschwerdeverfahren konnten sie allerdings kaum an praktischer Bedeutung gewinnen.¹⁴¹

In Anbetracht der Lage in Russland, aber auch in Katar, in deren Fällen jeweils auch politische Organe agierten, wäre es darüber hinaus denkbar, Sanktionen gegen die sog. „Verletzerstaaten“ einzuleiten. Ziel von Sanktionen ist es grundsätzlich, den Staat, der Adressat der Sanktionen ist, zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen.¹⁴² In der Praxis ist dies aber von geringer Wahrscheinlichkeit. Es würde sich darüber hinaus die Frage stellen, welche Art von Sanktionen sinnvoll wäre, da es sich bei den „typischen“ Sanktionen i.d.R. um Lieferungsverbote von Waffen, Einreiseverbote oder Kontoeinfrierungen handelt.¹⁴³

¹⁴⁰ Kälin/Künzli (Fn. 3), Rn. 4.37 f.

¹⁴¹ Schorkopf (Fn. 13), § 8 Rn. 47.

¹⁴² Hafner, „Völkerrechtliche Grenzen und Wirksamkeit von Sanktionen gegen Völkerrechtssubjekte“, ZaoRV 2016, 391 (410).

¹⁴³ Hafner (Fn. 142), 391 (396).

2. Gegen die Sportveranstaltung selbst

Allerdings wäre auch eine andere Durchsetzungsmaßnahmen denkbar: Im Wege der Weltmeisterschaft in Katar, gab es immer wieder Stimmen, die einen diplomatischen Boykott der Veranstaltung verlangten. Dieser Mechanismus wurde bspw. seitens der USA gegen China eingeleitet, um auf die Unterdrückung der Minderheit der Uiguren zu reagieren.¹⁴⁴ Ein Argument gegen den Einsatz dieser Gegenmaßnahmen wäre wohl nicht zuletzt, dass der Sport – wie in manchen Statuten der Sportverbände explizit nicht gewünscht¹⁴⁵ – nicht zu politischen Zwecken ausgenutzt werden sollte. Diese idealistische Vorstellung, dass der Sport nicht für außenpolitische Statements (jeglicher Art) genutzt werden sollte, wurde jedoch in der Geschichte immer wieder missachtet¹⁴⁶, wie bspw. die in der Einleitung genannten Olympischen Spiele von Berlin 1936 zeigen. Eine strikte Trennung zwischen der Veranstaltung einer internationalen Sportveranstaltung, die über ein solch großes Publikum verfügt und offensichtlicher Missstände politischer oder rechtlicher Natur im Austragungsland ist inzwischen *de facto* nicht mehr möglich.

Betrachtet man einen solchen diplomatischen Boykott hingegen unter rein völkerrechtlichen Aspekten, so ist er eine Form der Retorsion, worunter das Verhalten eines Staates verstanden wird, welches als solches zwar unfreundlich, aber nicht rechtswidrig ist.¹⁴⁷ Die Rechtswidrigkeit würde lediglich zu bejahen sein, wenn sie die UN-Charta oder andere rechtsverbindliche Normen, sowie allgemeine Rechtsprinzipien verletzen und sie nicht der Staatspraxis entsprächen.¹⁴⁸ Politische Proteste – wie Boykotte es sein können – sind jedoch als legitim anzuerkennen, wenn eine Menschenrechtsverletzung durch internationale Zustimmung zum Ausdruck kommt.¹⁴⁹ Somit wäre eine solche Gegenwehr mit dem Völkerrecht vereinbar.

Für einen rein diplomatischen und nicht sportlichen Boykott spricht weiter, dass hiermit die Athleten nicht direkt involviert sind, sodass sie durchaus noch an den Sportveranstaltungen teilnehmen können und ihr Recht auf Sport¹⁵⁰ – welches bspw. in der Olympischen Charta etabliert ist – nicht verletzt werden würde. Dass die Sportler nicht direkt zu einem Boykott aufgerufen werden sollen, stünde weiter im Einklang mit der Olympischen Bewegung, da unter Regel 6.1 die Spiele als Wettkampf zwischen Athleten und nicht zwischen Staaten verstanden werden.

¹⁴⁴ „USA verkündet diplomatischen Boykott Olympischer Winterspiele“, vom 6. 12. 2021, Zeit Online, https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-12/china-olympische-winterspiele-usa-diplomatischer-boykott-menschenrechte?utm_referrer=https%3A%2F%2F (zul. abger. am 12.03.2024).

¹⁴⁵ So bspw. Regel 2.5 Och, Art. 4 Abs. 2 FIFA-Statut.

¹⁴⁶ Nafziger, in: Nafziger, International Sports Law, 2. Aufl. 2004, S. 195.

¹⁴⁷ Dörr, Oliver (Fn. 44), § 30 Rn. 41 ff.

¹⁴⁸ Nafziger (Fn. 144), S. 244.

¹⁴⁹ Nafziger (Fn. 144), S. 245.

¹⁵⁰ Zumindest die Olympische Charta spricht explizit von einem Recht auf Sport. Ob solch ein Recht auf alle Sportverbände übertragbar ist, wird an dieser Stelle nicht ausgeführt.

Abschließend ist der diplomatische Boykott wohl dennoch nicht mehr als eine symbolische Maßnahme und seine Effektivität fällt – je nach Beachtung der Austragungsstaaten – eher gering aus. Für das bloße Aufmerksammachen auf eine menschenrechtlich problematische Situation hingegen wäre es zumindest ein friedlicher Schritt.

II. Maßnahmen durch die internationalen Sportverbände

Weiter ist zu betrachten, in welcher Form die Sportverbände zur Wahrung von Menschenrechten beitragen können. Schließlich bieten sie die Bühne für die erwähnten Menschenrechtsverletzungen und die prekären Situationen, die sich rund um die Sport-Großveranstaltungen drehen. Es gäbe theoretisch mehrere Möglichkeiten, auf die die Sportverbände unmittelbar einwirken könnte, um besagte Vorfälle zu verhindern: Zum einen könnten die internationalen Sportverbände die großen Veranstaltungen nur noch an Bewerber vergeben, die eine stabile Menschenrechtssituation vorweisen können oder – je nach Situation – die Vergabe zurückziehen, wenn menschenrechtsverletzendes Verhalten zu Lichte kommt.

1. Nachweisbarer Menschenrechtsschutz als Kriterium der Bewerberauswahl

Es wäre zunächst denkbar und wohl auch die unmittelbarste Art, die Bewerber für die Austragungsorte anhand von ihrer nationalen Menschenrechtssituation auszusortieren und einen gewissen Standard des Menschenrechtsschutzes vorab als Auswahlkriterium zu etablieren. Hierbei könnte sich der Sportverband bspw. an dem universellen Konsens über Menschenrechte orientieren.

Grundsätzlich liegt die Entscheidung über den Ort der Sportveranstaltung bei den internationalen Sportverbänden.¹⁵¹ Es gilt jedoch auch hier eine Unterscheidung zwischen dem Modell des IOC und der FIFA zu machen: Während die FIFA aufgrund der mangelnden eigenen Infrastruktur die Ausrichtung an ihre nationalen Mitgliedsverbände weitergibt, ist das IOC gem. Art. 2 Abs. 3 der Olympischen Charta selbst für die gewährleisteteste Durchführung der Olympischen Spiele zuständig.¹⁵² Auch wenn die internationalen Sportverbände gewisse Anforderungskataloge in Hinblick auf die Bewerberstädte erstellen, haben die Bewerber im Verfahren des IOCs dennoch einen gewissen Spielraum, was dadurch zum Ausdruck kommt, dass sie ihr Ausrichtungskonzept dem IOC vorstellen.¹⁵³

Grds. wäre diese Vorgehensweise eines der (zeitlich) ersten Mittel, um Verletzungen, wie in Katar oder Sotschi, entgegenzuwirken bzw. – falls eine solche Situation bereits im Austragungsland besteht – dieser keine Bühne zu liefern oder noch

¹⁵¹ *Trennt*, Die (UN-) Vereinbarkeit der Vergabeverfahren zur Ausrichtung internationaler Sportveranstaltungen mit dem Unionsrecht: eine Untersuchung am Beispiel des Verfahrens zur Vergabe der Ausrichtung der Olympischen Spiele 2020, *SpuRt* 2013, 247 (248).

¹⁵² *Trennt* (Fn. 151), 247 (248).

¹⁵³ *Trennt* (Fn. 151), 247 (248).

kausal auszuweiten. Gegen eine solche Voraussetzung könnte aber zunächst die gewollte „politische Neutralität des Sports“ sprechen, auf welche sich die Sportverbände berufen. Schließlich würde bei dieser Art der Selektion der Austragungsländer auf Kriterien abgestellt, die von (national-) politischer Bedeutung sind. Die FIFA behält sich zumindest in Art. 4 Abs. 2 FIFA-Statut vor, die Neutralität zu begrenzen, soweit dies für die Wahrung ihrer Satzungsziele notwendig ist.

Im Fall der FIFA lässt sich zudem ein Wandel erkennen: Die Organisationsverträge, die die FIFA im Wege der Austragung von Meisterschaften mit den jeweiligen Nationalverbänden schließen, werden mit staatlichen Garantien unterlegt, damit die rechtlichen Anforderungen der FIFA erfüllt werden können.¹⁵⁴ Hieraus entsteht die Verantwortung der nationalen Verbände gegenüber dem Staat, sodass sie notwendige rechtliche Änderungen einleiten. So beinhaltet der Leitfaden für das Ausschreibungsverfahren für die Bewerbung der FIFA-Weltmeisterschaft 2026 bspw. eine Regierungserklärung, welche ausdrücklich den Respekt und den Schutz von Menschenrechten, inklusive des Schutzes von Arbeitsrechten etabliert.¹⁵⁵

Ähnliches ist beim IOC erkennbar: Es bindet die Staaten, in denen die Olympischen Spiele stattfinden, mit ein, indem sie die Ausrichtung nur in eine Stadt verlegen, wenn die Regierung des jeweiligen Landes die Garantie abgibt, die Olympische Satzung anzuerkennen.¹⁵⁶ Auch wenn die Olympische Charta zunächst keine vergleichbare Norm wie Art. 3 FIFA-Statut kennt, ist das IOC dazu übergegangen für die Regelungen der Wahlen des Austragungsorts für die Spiele ab 2024 eine Klausel einzuführen, die die austragende Stadt, das NOK und das Organisationskomitee der Spiele daran bindet, Menschenrechte zu wahren und zu schützen, sowie sicherzustellen, dass die im Gastgeberland geltenden internationalen Menschenrechtsstandards und -garantien eingehalten werden.¹⁵⁷ Hiermit werden private Akteure mittelbar an öffentlich-rechtliche Verpflichtungen – namentlich internationale Menschenrechtsnormen – gebunden.¹⁵⁸

2. Rückzug der Vergabe

Die oben angesprochene monopolartige Stellung, die die Verbände im Rahmen der Vergabe ihrer Veranstaltungen innehaben, könnten die FIFA, wie auch das IOC effektiv nutzen, um die Staaten mehr dazu anzuhalten, keine groben Menschenrechtsverletzungen zu begehen. An sich besteht kein Mechanismus, der es ermöglichen würde ein gerichtliches Verfahren zwischen dem Staat als Angeklagten und

¹⁵⁴ Latty, in: Watt et al. (Fn. 89), 151 (157).

¹⁵⁵ Guide to the Bidding Process for the 2026 FIFA World Cup, <https://digitalhub.fifa.com/m/5730ee56e15eeddb/original/hgopyqftviladm7q90-pdf.pdf> (zul. abger. am 12.3.2024).

¹⁵⁶ Summerer (Fn. 47), 3. Kap. Rn. 321.

¹⁵⁷ International Olympic Committee, Host City Contract – Principles – Games of the XXXIII Olympiad in 2024, Prinzip 13.2b.

¹⁵⁸ Heerd (Fn. 112), 356 (358).

dem Verband als Kläger einzuleiten. Lediglich ein Durchgreifen im Wege der verbandsinternen Statuten gegenüber den nationalen Verbänden, bspw. durch die Rücknahme der Vergabe als Sanktion, wäre ein Ansatz. Durch die Rücknahme als Sanktionierung würde ein Mechanismus angewandt, der dem völkerrechtlichen Prinzip des *Naming and Shaming*¹⁵⁹ ähnelt, welche angewandt wird, sobald von groben Menschenrechtsverletzungen Kenntnis erlangt wird und eine Besserung zumindest nicht in Aussicht ist. Auch wenn das Prinzip als solches dem Völkerrecht zugeschrieben ist und die Verbände – wie oben erläutert – keine Völkerrechtssubjekte sind, können sie dennoch von diesem Institut Gebrauch machen: Viele NGOs im Bereich der Menschenrechte arbeiten regelmäßig nach diesem Prinzip, sodass die Sportverbände sich genauso einer solchen Praktik bedienen könnten. Zudem wäre es nur schwer denkbar, dass sich der nationale Verband zukünftig gegen eine Vergaberücknahme im Wege eines Verfahrens vor dem CAS wehren könnte, da die Wahrung von Menschenrechten für die zukünftigen Meisterschaften als Kriterium für das Auswahlverfahren eingegliedert wurde. Eine Rücknahme würde somit nicht gegen die sportbezogenen Regelungen verstoßen.¹⁶⁰

Man könnte aber jedenfalls in dem Maße gegen eine Rücknahme argumentieren, als dass den Sportlern womöglich die Chance an der Teilnahme am Sportereignis genommen werden würde, falls man nicht rechtzeitig einen neuen kompatiblen Austragungsort findet. In Anbetracht von Menschenrechtsverletzungen wie bspw. in Katar ist es jedoch fragwürdig, ob das sportliche Interesse der Athleten das Wohl der Gastarbeiter überwiegt bzw. überwiegen sollte. Im gegebenen Fall würde man die körperliche Unversehrtheit oder gar das Menschenleben – betrachte man die 6.500 Tote, die durch die Vorbereitungen ums Leben gekommen sind – gegen ein bestehendes Recht auf Sport abwägen. Es stünde wohl aber nicht im Sinne des internationalen Menschenrechtsschutzes, wenn man dem Recht auf Leben oder der Unversehrtheit eine solche Einschränkung zusprechen würde.

3. Überlegung: Sondermöglichkeit im Falle des IOC?

In Anbetracht der Sonderstellung des IOC, welches einen Beobachterstatus vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen innehat, wäre es die Überlegung wert, ob das IOC eine Menschenrechtsproblematik in die Session der Generalversammlung einbringen kann, damit diese von diesem UN-Organ später bearbeitet wird. Sollte so etwas möglich sein, könnte die Generalversammlung – in Form einer Resolution – ein Gutachten des IGHs anfragen, damit dieser auf die Situation eingeht und möglicherweise den Verletzterstaat dazu anhält die notwendigen Schritte einzuleiten oder Handlungen zu unterlassen, um die Menschenrechtslage zu verbessern. Die Generalversammlung hat grds. eine Kompetenz, zu Fragen der Menschenrechte tätig zu werden. Dies ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1 lit. b UN-Charta. Die

¹⁵⁹ Der typische Fall des Naming and Shaming ist, dass Staaten, andere Staaten dafür denunzieren, eine Verpflichtung aus einem völkerrechtlichen Vertrag nicht wahrgenommen zu haben.

¹⁶⁰ Bützler/Schöddert (Fn. 111), 40 (50).

Handlungsmöglichkeit eines Beobachters vor der Generalversammlung ergibt sich aus der Resolution, durch die eine NGO zum Beobachter ernannt wird. Aus der Resolution 64/3, welche den Beobachterstatus des IOC etablierte, ergibt sich jedoch nur, dass das IOC dazu eingeladen ist, in der Session sowie an der Arbeit der Generalversammlung in seiner Kompetenz als Beobachter mitzuwirken. Die Praxis zeigt zumindest, dass das Olympische Komitee regelmäßig die Möglichkeit hat, sich vor der Generalversammlung zu äußern, wobei es sich bisher weitestgehend für die Förderung von Frieden und Menschenrechte im Sport aussprach, aber nicht für die Wahrung von Menschenrechten um die Olympischen Spiele herum.¹⁶¹ Nicht zuletzt in Anbetracht dessen, dass das IOC politische Neutralität wahren möchte, ist somit nicht damit zu rechnen, dass eine Menschenrechtsproblematik, die nicht sportinterner Natur ist, den Weg in die Generalversammlung und damit auch in eine Resolution, durch welche folglich ein Gutachten beim IGH erfragt werden könnte, schaffen würde.

III. Zwischenfazit

Neben den Möglichkeiten, die den Staaten zustehen, können vor allem auch die Sportverbände einen nicht unerheblichen Beitrag zur Verbesserung bzw. zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen beitragen. So können sie zumindest regulieren, wer die Sportveranstaltungen austragen sollte und die Austragungsorte unter Betrachtung des Kriteriums des Menschenrechtsschutzes auswählen. Aufgrund der veränderten Regelungen durch die FIFA-Reglemente und die Verträge zwischen den nationalen Verbänden mit dem IOC bleibt abzuwarten, wie sie sich zukünftig im Falle einer Verletzung verhalten und entscheiden werden.

G. Könnten die Sportverbände oder der Sitzstaat ein (gerichtliches) Verfahren befürchten?

Eine grundlegende Überlegung wäre zuletzt, ob die internationalen Sportverbände oder der Staat, in dem der Verband seinen Sitz hat bzw. unter dessen Jurisdiktion er fällt, ein (gerichtliches) Verfahren gegen sich zu fürchten hätte, wenn in dem Austragungsland im Zusammenhang mit den Sportereignissen zu Menschenrechtsverletzungen kommt. Sie könnten in einem solchen Fall für die Verletzungen angeklagt werden, die aufgrund der Vergabe der Meisterschaften eingetreten sind. Dieser Gedanke wird anhand der FIFA näher erläutert.

¹⁶¹ So zumindest die regelmäßigen „Sport as a means to promote education, health, development and peace“-Resolutionen der Generalversammlung; bspw.: UN Docs. Res. A/69/L.5.

I. Verfahren gegen die FIFA selbst

Es stellt sich zunächst die Frage, ob ein Individuum – als Träger von Menschenrechten – gegen den internationalen Sportverband klagen könnte. Denkbar wäre zunächst ein Verfahren vor dem CAS und zum anderen vor den Schweizer Gerichten, da die FIFA ihren Sitz in der Schweiz hat.

1. Das CAS als zuständige Instanz?

Als agierendes Gericht könnte das bereits erwähnte CAS in Betracht kommen, welches seit der Einführung des Art. 3 FIFA-Statuts im Rahmen der Menschenrechtsanforderungen im Bewerbungsverfahren für die Meisterschaften auch eine Kompetenz für Menschenrechtsfragen erlangt haben könnte. Es ist zu beachten, dass es bisher aber keinen Fall gab, in dem eine solche gerichtliche Durchsetzung vor dem CAS versucht wurde.¹⁶² Solch ein Versuch wäre auch nicht ganz unstrittig, da die CAS-Schiedsrichter und -anwälte hauptsächlich aus dem Bereich des Wirtschafts- und Sportrechts kommen und folglich eine konforme Auslegung von Menschenrechten angezweifelt werden könnte.¹⁶³ Auch gab es in der Vergangenheit Zweifel an der tatsächlichen Unabhängigkeit des CAS.¹⁶⁴ Ein Argument, das für diese Möglichkeit spricht, ist, dass durch einen solchen Mechanismus zumindest die FIFA weiter an sein Ziel aus Art. 3 des Statuts gebunden werden würde.¹⁶⁵ Derselbe Artikel könnte zudem eine direkte Anwendung von Menschenrechten vor dem CAS ermöglichen, da sie durch ihre Etablierung in die FIFA-Reglemente zu anwendbarem Recht geformt werden.¹⁶⁶ Wie bereits erwähnt können bisher aber nur Verbände, Vereine oder andere sportbezogene Einrichtungen als Streitpartei vor das CAS treten, die sich weiter vertraglich darüber geeinigt haben, das Schiedsgericht als streitentscheidende Instanz anzuerkennen.¹⁶⁷ Hieraus ergibt sich, dass dieser Verfahrensweg bspw. für die Arbeitsmigranten aus Katar verwehrt bliebe, da sie nicht „unter dem Dach“ des verbandsinternen Recht stehen.

2. Verfahren vor Schweizer Gerichten

Darüber hinaus könnte die FIFA vor nationalen Gerichten – im konkreten Fall der Schweizer Gerichte – ein Verfahren befürchten. Im Falle Katars gab es bereits einen Versuch von mehreren Klägern, die FIFA wegen einer Menschenrechtsverletzung vor Gericht zu rügen.¹⁶⁸ Die Kläger begründeten ihren Antrag damit, dass die FIFA

¹⁶² Büttler/Schöddert (Fn. 111), 40 (47).

¹⁶³ Duval/Heerdt, „FIFA and Human Rights – a Research Agenda“, *Tilburg Law Review* 2020, 1 (8).

¹⁶⁴ McLaren (Fn. 106), S. 164; BGHZ 210, 292 (Rn. 30).

¹⁶⁵ Duval/Heerdt (Fn. 109), 1 (8).

¹⁶⁶ Büttler/Schöddert (Fn. 111), 40 (50).

¹⁶⁷ R27 CAS Code.

¹⁶⁸ FNV & Nadim Shariful Alam v. FIFA, Handelsgericht Kanton Zürich, HG160261-O, 3.1.2017.

mit der Auswahl Katars eine rechtswidrige Handlung begangen hätte, da sie keinen Schutz der Gastarbeiter gewährleisten könnte und sie darüber hinaus den Staat Katar nicht dazu angehalten hätte, Schutzmaßnahmen zu treffen.¹⁶⁹ Der Fall wurde allerdings vom Handelsgericht Zürich als nicht ausreichend begründet erachtet und abgewiesen.¹⁷⁰ Darüber hinaus käme eine Klage im gegebenen Fall deshalb nicht in Betracht, weil die FIFA nicht Partei der Arbeitsverträge mit dem auf Klägerseite stehenden Migrationsarbeiter war.¹⁷¹ Somit bleibt es fraglich, inwiefern man die Sportverbände vor nationalen Gerichten für Menschenrechtsverletzungen belangen könnte, die sie nicht direkt selbst begangen haben.

II. Die Verantwortung der Schweiz

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob und falls ja, inwiefern die Schweiz als Staat für die Vergabe und damit einhergehenden Menschenrechtsverletzungen gerügt werden könnte. Im vorliegenden Fall ist die FIFA ein Verein nach Schweizer Recht, mit Sitz in der Schweiz. Wie anfänglich erläutert, hat ein Staat die Verpflichtung dafür zu sorgen, dass durch keine nationale juristische oder natürliche Person Menschenrechtsverletzungen begangen werden.¹⁷² Grds. gilt dies jedoch für Verletzungen auf dem eigenen Staatsgebiet und nicht extraterritorial. Dennoch könnte der Schweiz eine Sorgfaltspflicht über Aktivitäten nationaler privater Akteure auch außerhalb des eigenen Staatsgebietes zugesprochen werden, soweit ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Herkunftsstaates und dem Risiko der Menschenrechtsverletzung im Austragungsland besteht.¹⁷³ Ein solcher Zusammenhang könnte aufgrund eines Mangels an Kontrolle über extraterritoriale Aktivitäten von nationalen Akteuren bejaht werden.¹⁷⁴ Würde im Einzelfall ein solcher Zusammenhang bejaht werden, wäre eine Verantwortung seitens der Schweiz denkbar.

H. Fazit

Abschließend kann festgehalten werden, dass es im Zusammenhang mit den großen internationalen Sportveranstaltungen immer wieder zu Verletzungen von Menschenrechten kommt. Diese geschehen in Teilen seitens der nationalen Verbände, aber auch durch den Staat, in dem die Sportereignisse ausgetragen werden. Problematisch bleibt dabei, dass ein effektiver Schutz bisher nicht gegeben war. Die internationalen Verbände könnten im Wege ihrer verbandsinternen Regelungen die nationalen Verbände dazu anhalten, Menschenrechte zu wahren, zu fördern und vor Verletzungen zu schützen. Es wurde deutlich, dass die internationalen Verbände

¹⁶⁹ *Regueiro* (Fn. 88), 27 (36 f.).

¹⁷⁰ *Bützler/Schöddert* (Fn. 111), 40 (52).

¹⁷¹ *Latty*, in: Watt et al. (Fn. 89), 151 (154); *Regueiro* (Fn. 88), 27 (37).

¹⁷² HRC, General Comment No. 31, UN Docs. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 8.

¹⁷³ *Regueiro* (Fn. 88), 27 (36).

¹⁷⁴ *Regueiro* (Fn. 88), 27 (36).

durch ihre einzigartige Stellung im internationalen Gefüge *de facto* eine Verantwortung tragen und sich mit den Verletzungen auseinandersetzen müssen, da sie die Scheinwerfer auf die Austragungsstaaten – und damit auch auf die nationale Situation – werfen und durch die Vergabe der Austragungsrechte an der Menschenrechtssituation beitragen.

Die vorgebrachten Beispiele aus Katar und Russland zeigen zwar, dass internationale Sportveranstaltungen ein Schauplatz für Menschenrechtsverletzungen sind, es sollte dennoch hinterfragt werden, ob diese Verletzungen erst mit den Veranstaltungen einhergingen, oder hierdurch nur auf umstrittene Menschenrechtspraktiken aufmerksam gemacht wurde, welche auch außerhalb der Olympischen Spiele oder der (Welt-) Meisterschaften bestehen. Dies soll aber nicht bedeuten, dass die Sportverbände mit einer solchen Argumentation untätig bleiben dürfen, da sie in der Zukunft auch befürchten könnten zur Verantwortung gezogen zu werden, was sich unter anderem an der versuchten Klage vor dem Züricher Handelsgericht zeigt. Als Sportverband sollten sie sich nicht darauf ausruhen, dass in den für die Sport-Großveranstaltung ausgewählten Staaten, bereits eine fragliche Anwendung von Menschenrechten stattfindet. Vielmehr bedarf es eines präventiven Mechanismus, der Staaten in solchen Lagen nicht zusätzlich fördert indem sie durch die Ausrichtung der Sportveranstaltung einen Vorteil erlangen. Dennoch bleibt abzuwarten, was die Änderungen der Statuten und Reglemente der Verbände, sowie der Etablierung von Verträgen mit menschenrechtswahrenden Klauseln für die Zukunft bringen.

3. Teil: Sportrecht und Wirtschaftsrecht

Das Recht auf Kurzberichterstattung über Sportereignisse

*Darwin Kayser**

A. Einführung

Nach der pandemiebedingten Absage vieler großer Sportveranstaltungen zählten diese im Jahr 2021 wieder zu den zuschauerstärksten Sendungen: So schauten im Schnitt mehr als 20 Mio. Menschen in Deutschland die Spiele der deutschen Fußballnationalmannschaft bei der „EM 2020“ live im Fernsehen.¹ 2018 waren die zehn meistgesehenen Einzelsendungen in Deutschland ausschließlich Fußballspiele.² Diese hohen Zuschauerzahlen machen Sportereignisse auch für Fernsehveranstalter besonders attraktiv. Viele Zuschauer bedeuten für sie hohe Profite durch Werbeeinnahmen oder – im Fall von Pay-TV – direkt durch Zuschauerentgelte.³ In der

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Medien- und Informationsrecht von Herrn Prof. Dr. Andreas Wiebe LL.M. an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ *Zubayr/Haddad/Hartmann*, Tendenzen im Zuschauerverhalten, Nutzungsgewohnheiten und Reichweiten im Jahr 2021, *Media Perspektiven* 2022, 92 (98).

² *Zubayr/Gerhard*, Tendenzen im Zuschauerverhalten, Fernsehgewohnheiten und Fernsehreichweiten im Jahr 2018, *Media Perspektiven* 2019, 90 (99).

³ *Körber/Zagouras*, Übertragungsrechte und Kartellrecht, Zugang zur Übertragung von sportlichen Großereignissen durch die Essential-Facilities-Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, *WuW* 2004, 1144 (1149); *Parrish*, *Sports law and policy in the European Union*, 2003, S. 125.

Folge ringen die Sender um das Recht, die entsprechenden Veranstaltungen möglichst exklusiv übertragen zu können, um so Zuschauer anzulocken.⁴ Infolge dieses Wettbewerbs ist die Vergabe von Übertragungsrechten für die Veranstalter zu einem lukrativen Geschäftsmodell geworden. Die Übertragungsrechte der Saisons von 2021 bis 2025 der Fußballbundesliga kosten die Sender 1,1 Mrd. Euro pro Jahr.⁵ Wegen dieser großen wirtschaftlichen Bedeutung kommt es im Kontext der Übertragung von Sportveranstaltungen immer wieder auch zu Rechtsstreitigkeiten. Der BGH musste sich schon 1990 mit der Zulässigkeit eines Globalvertrags über Sportübertragungsrechte zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auseinandersetzen.⁶ Später hat die Gerichte das Internetportal „Hartplatzhelden.de“ beschäftigt, auf dem Fußballfans Highlight-Clips aus Amateurfußballspielen hochladen konnten.⁷ Auf europäischer Ebene hat der EuGH im Fall „Murphy“ zur Verschlüsselung der Übertragung der englischen Premier League geurteilt.⁸

Gleichzeitig zeigen die hohen Zuschauerzahlen solcher Veranstaltungen, dass für einen großen Teil der Bevölkerung ein erhebliches Interesse an Sportereignissen besteht. Dieses Informationsinteresse kann in Konflikt mit den wirtschaftlichen Interessen der Fernsehveranstalter geraten, wenn diese ihre exklusiven Übertragungen nur gegen Bezahlung anbieten (Pay-TV); nicht zuletzt, um die hohen Kosten der Übertragungsrechte zu refinanzieren. Um trotzdem einen für jeden zugänglichen und kostenfreien Zugang zu Informationen über Sportveranstaltungen zu erlangen, hat der Gesetzgeber das Recht auf Kurzberichterstattung geschaffen.⁹ Dieses soll eine nachrichtenmäßige Berichterstattung über die Veranstaltungen im Fernsehen ermöglichen, ohne auf vertragliche Vereinbarungen mit Sportveranstaltern angewiesen zu sein.¹⁰ Aufgrund der involvierten widerstreitenden Interessen hat dieses Recht früh für Diskussionen gesorgt. Auch das BVerfG und der EuGH haben mittlerweile zu einzelnen Fragen Stellung genommen.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, ob die derzeitige Regelung mit Verfassungs- und Unionsrecht in Einklang steht. Dazu soll zunächst die Normierung des Kurzberichterstattungsrechts in § 14 MStV und seine Entstehungsgeschichte skizziert werden (II.). Sodann ist zu klären, ob die aktuelle Rege-

⁴ *Mahrenholz*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, NJ 1998, 255.

⁵ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rn. 177.

⁶ BGH GRUR 1990, 702 – Sportübertragungen.

⁷ BGH NJW 2011, 1811 – Hartplatzhelden.

⁸ EuGH, C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631 – Murphy.

⁹ *Stettner*, Das Recht der Fernsehkurzberichterstattung nach § 4 Rundfunkstaatsvertrag – Perspektiven, Chancen, Probleme, JZ 1993, 1125 (1126); vgl. Begr. zum RStV, LT-Drs. NRW 11/2409, 10.

¹⁰ *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV § 5 Rn. 1, 3.

lung verfassungsgemäß ist, wobei vor allem das Urteil des BVerfG zur Kurzberichterstattung zu beleuchten ist (III.). Anschließend soll mit Blick auf die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)¹¹ und ein Urteil des EuGH untersucht werden, ob § 14 MStV mit Unionsrecht vereinbar ist und welche Konsequenzen sich aus der möglichen Unionsrechtswidrigkeit ergeben (IV.).

B. Das Recht auf Kurzberichterstattung

I. Hintergrund und Zweck der Regelung

Seit der Einführung des „dualen Rundfunksystems“¹² in Deutschland im Jahr 1984 wuchs die Konkurrenz privater Sender zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie die Konkurrenz der privaten Rundfunkveranstalter untereinander.¹³ Für Konflikte sorgte diese Konkurrenzsituation vor allem im Kontext der Übertragungsrechte für große Sportveranstaltungen.¹⁴ Vor dem Hintergrund der in den achtziger Jahren noch begrenzten technischen Reichweite von Privatsendern bargen Exklusivrechte für einzelne Sender die Gefahr, dass ein Großteil der Bevölkerung von der Berichterstattung über solche Ereignisse von großer gesellschaftlicher Bedeutung ausgeschlossen wird.¹⁵ Die Gefahr drohte sich 1988 zu manifestieren, als die Exklusivrechte für die Fußballbundesliga an die private Verwertungsgesellschaft Ufa veräußert wurden.¹⁶ Letztlich wurde diese Gefahr elf Tage vor Saisonbeginn noch durch eine Einigung zwischen Ufa und ARD/ZDF abgewendet.¹⁷

¹¹ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. 2010, L 95/1.

¹² BVerfGE 73, 118 (125); 83, 238 (296 f.).

¹³ *Stettner*, (Fn. 9), 1125; *Ladeur*, Das Recht der Rundfunkprogrammveranstalter auf "Kurzberichterstattung" von Spielen der Fußballbundesliga, GRUR 1989, 885; *Fuhr*, Exklusivberichterstattung des Rundfunks im Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie, Kartellrecht und Recht auf freie Berichterstattung, ZUM 1988, 327 (330).

¹⁴ *Doepner/Spieth*, Verfassungsrechtliche Aspekte der sogenannten freien Kurzberichterstattung über öffentliche Veranstaltungen und Ereignisse, AfP 1989, 420 (421).

¹⁵ *Tietje*, Kurzberichterstattung im Fernsehen als Verfassungsproblem – BVerfGE 97, 228, JuS 1999, 644 (645); *Steiner*, Sport und Medien aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Steiner, Sport und Medien, 1990, 39 (43).

¹⁶ *Beck*, Sportübertragungen im Rundfunk als Grundversorgung, 2013, S. 145; *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1125 f.); *Rehbinder*, Zur Freiheit der Kurzberichterstattung im Rundfunk: Über die Pläne zur Regelung des Rechts auf freie Kurzberichterstattung in der Bundesrepublik und in der Schweiz, ZUM 1989, 337 (337 f.).

¹⁷ *Dittl*, Unentgeltliche Kurzberichterstattung über Sportveranstaltungen im Fernsehen, 2013, S. 12; *Doepner*, Sportberichterstattung nach dem Rundfunkstaatsvertrag der Länder (Entwurf) und der EG-Fernsehrichtlinie, in: Steiner (Fn. 15), 23 (25).

Dieses Ereignis löste gleichwohl eine große publizistische sowie politische Diskussion über die Fernsehrechte für Sportveranstaltungen, insbesondere im Bereich des professionellen Fußballs aus („Fußballkrieg“).¹⁸ Es kann damit als Auslöser für die folgenden Bestrebungen der Länder angesehen werden, ein Recht auf unentgeltliche Kurzberichterstattung im Rundfunkstaatsvertrag zu verankern.¹⁹ Bereits 1991 wurde daher von den alten Bundesländern ein Recht auf Fernsehkurzberichterstattung vorgesehen²⁰ und kurz darauf in den Rundfunkstaatsvertrag für das vereinte Deutschland übernommen (§ 4 RStV 1991, später geändert in § 5 RStV).²¹

Zweck der Regelung ist die Sicherung eines Informationsminimums im Hinblick auf wichtige Sportveranstaltungen für die Bevölkerung unabhängig von Exklusivrechten sowie (ursprünglich) den Empfangsmöglichkeiten.²² Verfassungsrechtlich wurzelt das Recht auf Kurzberichterstattung in der aus der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) fließenden Informationsaufgabe des Rundfunks.²³ Für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten lässt sich das Recht außerdem mit der diesen zugewiesenen Aufgabe der Grundversorgung der Bevölkerung begründen.²⁴ Insgesamt soll so eine Berichterstattung aus mehreren Quellen ermöglicht werden, um Informationsmonopole sowie die Kommerzialisierung von Informationen zu verhindern.²⁵

II. Die Möglichkeit exklusiver Verwertungsrechte

Das Recht auf Kurzberichterstattung ist vor allem dann von Bedeutung, wenn Fernsehsender exklusive Übertragungsrechte für bestimmte Veranstaltungen erworben haben. Um zu erörtern, ob exklusive Verwertungsrechte rechtlich möglich sind,

¹⁸ *Brandner*, Kurzberichterstattung und Verfassungsrecht – Zur Verfassungsmäßigkeit des Staatsvertrags der Bundesländer vom 15.3.1990 zur Fernsehkurzberichterstattung –, AfP 1990, 277 (278); *Doepner/Spieth*, (Fn. 14), 420 (421).

¹⁹ *Beck*, (Fn. 16), S. 145; *Brandner*, (Fn. 18), 277 (278).

²⁰ S. Erster Staatsvertrag zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrages (Staatsvertrag zur Fernsehkurzberichterstattung) v. 15.3.1990, Nds. GVBl. 1990, 441, in Kraft getreten am 1. August 1991, Nds. GVBl. 1991, 271.

²¹ Ursprünglich ratifiziert in Niedersachsen durch Gesetz v. 26.11.1991, Nds. GVBl. 1991, 311; geändert durch den dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, in Niedersachsen zugestimmt durch Gesetz v. 15.11.1996, Nds. GVBl. 1996, 446.

²² *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 1; *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1126); vgl. auch LT-Drs. Nds. 12/120, 7 f.

²³ *Lehr/Brosius-Gersdorf*, Kurzberichterstattung über Fußballbundesligaspiele, AfP 2001, 449 (453).

²⁴ *Jarass*, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Kurzberichterstattung, AfP 1993, 455 (458);

Ricker/Becker, Grundversorgung kontra Vertragsfreiheit – Anspruch öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf unentgeltliche Kurzberichterstattung über Fußballveranstaltungen?, ZUM 1988, 311 (312).

²⁵ *Cornils*, in: *Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR*, 40. Ed. (Stand: 1.5.2023), MStV § 14 Rn. 1; *Held*, in: *Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, 4. Aufl. 2021, RStV § 5 Rn. 17; *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 3.

muss zunächst geklärt werden, inwiefern Sportveranstaltungen zivilrechtlich geschützt sind. Sportliche Darbietungen als solche sind keine geistigen Schöpfungen i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG und daher nicht urheberrechtlich geschützt.²⁶ Folglich scheidet ein Leistungsschutz des Veranstalters nach § 81 UrhG, der Veranstalter der Darbietungen ausübender Künstler schützt, aus.²⁷ Auch eine analoge Anwendung des § 81 UrhG kommt nicht in Betracht.²⁸ Regelmäßig scheidet ein wettbewerbsrechtlicher Schutz für den Veranstalter ebenfalls aus.²⁹ Vielmehr wird die Möglichkeit zur Einräumung von Übertragungsrechten aus dem Hausrecht des Veranstalters (§§ 858, 903, 1004 BGB) hergeleitet.³⁰ Der Veranstalter verpflichtet sich einem Fernsehveranstalter gegenüber vertraglich, diesem Zugang zur Veranstaltung zu gewähren und die aus dem Hausrecht fließenden Abwehrrechte nicht auszuüben.³¹ Verpflichtet er sich zudem, mit keinem anderen eine solche Vereinbarung zu schließen, wird nur einem Fernsehsender die Möglichkeit zur Aufzeichnung sowie Übertragung eingeräumt und so ein exklusives Verwertungsrecht begründet. Die Möglichkeit der Vergabe solcher Exklusivrechte ist als Ausfluss der Privatautonomie allgemein anerkannt.³² Letztlich zeigen auch die Regelungen auf nationaler und europäischer Ebene zum Kurzberichterstattungsrecht, die mit Blick auf Exklusivverträge geschaffen wurden und die Möglichkeit solcher Vereinbarungen voraussetzen, dass es Veranstaltern möglich sein muss, Exklusivrechte zu gewähren.³³

III. Regelungsinhalt des § 14 MStV

Der Medienstaatsvertrag von 2020 hat die Regelung aus § 5 RStV zum Kurzberichterstattungsrecht in unveränderter Form als neuen § 14 MStV übernommen.³⁴ Die

²⁶ *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 129; *Körber/Ess*, Hartplatzhelden und der ergänzende Leistungsschutz im Web 2.0, zugleich eine Besprechung von BGH – I ZR 60/09 (Hartplatzhelden.de), WRP 2011, 697 (698); *Koch/Krämer*, Die Verwertung von Amateurfußballspielen im Internet, SpuRt 2009, 224 (228); *Fuhr*, (Fn. 13), 327 (329).

²⁷ *Bischoff/Brost*, Internetpiraterie bei Live-Sportübertragungen, Plädoyer für einen besseren Rechtsschutz der Sportveranstalter, MMR 2021, 303; *Lauktien*, Der Staatsvertrag zur Fernsehkurzberichterstattung, 1992, S. 54.

²⁸ BGH NJW 2011, 1811 (1812); OLG München SpuRt 2017, 121 (123); *Büscher*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, UrhG § 81 Rn. 6.

²⁹ BGH NJW 2011, 1811 ff.; *Wildmann/Castendyke*, Fußball im europäischen TV, Informationsfreiheit gegen Verwertungsinteressen, MMR 2012, 75 (76).

³⁰ BGH GRUR 1990, 702 (705); BGH MMR 2006, 98 (99); *Bischoff/Brost*, (Fn. 27), 303; *Wildmann/Castendyke*, (Fn. 29), 75 (76); *Winter*, Fußball im Radio: Live aus dem Stadion? Zum rechtlichen Rahmen der Hörfunkübertragungen von Bundesligaspielen, ZUM 2003, 531 (537 f.).

³¹ *Wildmann/Castendyke*, (Fn. 29), 75 (76); *Rehbinder*, (Fn. 16), 338.

³² *Körber/Zagouras*, (Fn. 3), 1144 (1149); *Parrish*, (Fn. 3) S. 125; *Urek*, Grenzen der Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen über die Fernsehberichterstattung, 1. Aufl. 1991, S. 30 ff. u.168; *Fuhr*, (Fn. 13), 327 (332); vgl. BGH GRUR 1968, 209 m. Anm. *Bußmann – Lengede*.

³³ *Wildmann/Castendyke*, (Fn. 29), 75 (76).

³⁴ Vgl. Begr. zum MStV, LT-Drs. Hamburg 22/633, 71.

Zentralnorm des § 14 Abs. 1 S. 1 MStV gewährleistet ein Recht auf unentgeltliche Kurzberichterstattung für jeden in Europa zugelassenen Fernsehveranstalter. Die Berichterstattung muss Veranstaltungen oder Ereignisse betreffen, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Informationsinteresse sind. Veranstaltungen sind vorher organisierte und geplante Zusammenkünfte (z.B. Sportturniere), während unter Ereignissen vor allem unvorhersehbare Geschehnisse wie Unfälle verstanden werden.³⁵ Diese Arbeit konzentriert sich auf die Kurzberichterstattung über Sportveranstaltungen. Auch wenn der Anwendungsbereich des § 14 MStV nicht auf diese beschränkt ist, stand von Anfang an der organisierte Sport und dabei vor allem der Fußball im Fokus.³⁶ Öffentlich zugänglich sind Veranstaltungen, wenn sie grundsätzlich jedem Mitglied der Öffentlichkeit zugänglich sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob ein Entgelt zu entrichten ist oder die Kapazitäten begrenzt sind.³⁷ Schließlich muss ein allgemeines Informationsinteresse hinsichtlich der Veranstaltung bestehen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass es sich um eine Veranstaltung von besonderem Informationswert handelt, was sich auch aus dem systematischen Vergleich zu § 13 MStV ergibt, der nur für Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung gilt; es genügt, dass ein allgemeines Informationsinteresse beim Publikum vermutet werden kann.³⁸ Bei großen Sportveranstaltungen kann ein solches Interesse regelmäßig angenommen werden, insbesondere, wenn Fernsehveranstalter Exklusivrechte erworben haben.³⁹

§ 14 Abs. 1 S. 2 MStV konkretisiert die Gewährleistungen dieses Rechts weiter: Erfasst ist die Befugnis zum Zugang zu der Veranstaltung, zur kurzzeitigen Direktübertragung, zur Aufzeichnung, zu deren Auswertung zu einem einzigen Beitrag und zur Weitergabe unter den Voraussetzungen der weiteren Absätze. Das Recht auf Kurzberichterstattung ist als Zugangsrecht konzipiert und dient daher vor allem der Überwindung des Hausrechts des Sportveranstalters.⁴⁰ Der Anspruch auf Zugang richtet sich gegen den jeweiligen Veranstalter. Dabei stellt sich die Frage, ob als Veranstalter nur der jeweilige Verein zu verstehen ist, der die Veranstaltung organisiert oder ob auch der übergeordnete Verband (z.B. der Deutsche Fußball-Bund, DFB) in Anspruch genommen werden kann. Am Beispiel des Fußballs lässt

³⁵ LT-Drs. NRW 11/2409, 13; *Cornils*, in: BeckOK InfoMedienR (Fn. 25), MStV § 14 Rn. 11.

³⁶ *Steiner*, in: *Steiner* (Fn. 15), S. 43; *Kübler*, Das Recht auf freie Kurzberichterstattung, ZUM 1989, 326.

³⁷ *Nißing*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, RStV § 5 Rn. 4.

³⁸ LT-Drs. Nds. 12/120, 8; *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 90.

³⁹ *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 90; *Cornils*, in: BeckOK InfoMedienR (Fn. 25), MStV § 14 Rn. 17.

⁴⁰ *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 82 f.; *Dittl*, (Fn. 17), S. 74.

sich für die Qualifizierung des DFB als Veranstalter anführen, dass u.a. der Spielbetrieb der Bundesliga gem. § 4 Nr. 1 lit. G DFB-Satzung⁴¹ vom DFB organisiert wird. Indes enthält diese Satzung nur Binnenrecht, welches die Mitglieder bindet, aber keine Auswirkung für Dritte entfaltet, sodass sie nicht zur Auslegung des MStV herangezogen werden kann.⁴² Denkbar erscheint, in Anlehnung an das Kartellrecht Heimverein und übergeordneten Verband als Mitveranstalter anzusehen.⁴³ Maßgeblich dagegen spricht jedoch die ratio des § 14 Abs. 1 MStV: Wenn dieser der Überwindung des Hausrechts dient, dann erscheint es naheliegend, dass nur der jeweilige Heimverein als Inhaber des Hausrechts Veranstalter und damit Verpflichteter bezüglich des Zugangsrechts ist.⁴⁴ In systematischer Sicht wird diese Lösung dadurch gestützt, dass die Norm selbst an einigen Stellen an das Hausrecht anknüpft, etwa in § 14 Abs. 5 MStV, wonach der Veranstalter bei Störung der Veranstaltung die Aufzeichnung einschränken kann.⁴⁵ Auch § 14 Abs. 6 MStV lässt sich für diese Auslegung fruchtbar machen: Danach kann der Veranstalter das allgemein vorgesehene Eintrittsgeld verlangen, das bei Sportveranstaltungen der jeweilige Heimverein erhält.⁴⁶ Gem. § 14 Abs. 6 MStV kann der Veranstalter außerdem Ersatz der Aufwendungen verlangen, die für die Ermöglichung der Kurzberichterstattung notwendig sind. Entsprechende Vorkehrungen (z.B. technische Ausstattung) kann ebenfalls nur der Heimverein treffen, sodass nur ihn diese Aufwendungen treffen.⁴⁷ Veranstalter ist mithin der jeweilige Verein der Heimmannschaft.⁴⁸

An den Begriff der „Kurzberichterstattung“ stellt § 14 Abs. 4 MStV weitere Anforderungen. Es muss sich um „nachrichtenmäßige“ Kurzberichterstattung handeln (§ 14 Abs. 4 S. 1 MStV). Entscheidend dafür ist, dass die Berichterstattung nicht das Ziel verfolgt, den Unterhaltungswert der Veranstaltung zu vermitteln, wobei Höhepunkte der Veranstaltung aber gezeigt werden dürfen.⁴⁹ Die zulässige Dauer der Kurzberichte orientiert sich an der Zeit, die notwendig ist, um den Informationsgehalt der Veranstaltung zu vermitteln, was bei regelmäßig wiederkehrenden vergleichbaren Veranstaltungen in der Regel einhalb Minuten sein sollen

⁴¹ https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/286819-Grundlagenvertrag.pdf (zul. abger. am 4.7.2023).

⁴² *Lehr/Brosius-Gersdorf*, (Fn. 23), 449 (451); vgl. zur Geltung von Satzungen *Schneider*, in: Jakob/Orth/Stopper, *Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht*, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 148.

⁴³ Vgl. BGH NJW 1998, 756 (758); LG Frankfurt a.M. ZUM-RD 1998, 233 (236).

⁴⁴ *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 86.

⁴⁵ *Lehr/Brosius-Gersdorf*, (Fn. 23), 449 (451).

⁴⁶ *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 86.

⁴⁷ *Lehr/Brosius-Gersdorf*, (Fn. 23), 449 (451).

⁴⁸ So auch *Nüßing*, in: Spindler/Schuster (Fn. 37), RStV § 5 Rn. 9; *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 86; *Lehr/Brosius-Gersdorf*, (Fn. 23), 449 (451).

⁴⁹ LT-Drs. NRW 11/2409, 17; *Nüßing*, in: Spindler/Schuster (Fn. 37), RStV § 5 Rn. 12.

(§ 14 Abs. 4 S. 2, 3 MStV). Für andere Veranstaltungen wird eine Grenze von ungefähr drei Minuten angesetzt.⁵⁰

§ 14 Abs. 9 MStV regelt den Fall, dass aufgrund begrenzter Kapazitäten nicht allen Fernsehveranstaltern Zugang zu der Veranstaltung gewährt werden kann. In diesem Fall haben diejenigen von ihnen Vorrang, die einen Vertrag mit dem Veranstalter geschlossen haben. Können einige Fernsehveranstalter nicht zugelassen werden, müssen die anwesenden Fernsehsender ihnen ihre Aufzeichnungen zur Verfügung stellen (§ 14 Abs. 10 MStV). Trifft der Veranstalter Vereinbarungen hinsichtlich der Übertragungsrechte, muss er dafür sorgen, dass mindestens ein anderer Fernsehveranstalter die Kurzberichterstattung wahrnehmen kann (§ 14 Abs. 11 MStV). In diesen Vorschriften spiegelt sich der Gedanke der Verhinderung von Informationsmonopolen wider. Vielfältige Berichterstattung soll auch bei begrenzten Kapazitäten gewährleistet sein.⁵¹

IV. Zusammenspiel mit § 13 MStV

Einen ähnlichen Zweck wie § 14 MStV verfolgt § 13 MStV. Dieser enthält eine Liste von Großereignissen, deren Ausstrahlung in einem frei empfangbaren und allgemein zugänglichen Fernsehprogramm ermöglicht werden muss (vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 MStV). Auch die Entstehungsgeschichte ist vergleichbar: Die Diskussion um eine sog. „Listenregelung“ wurde im Kontext der Exklusivübertragung des UEFA-Cup-Halbfinalspiels 1995/96 zwischen dem FC Bayern München und dem FC Barcelona durch den Pay-TV-Sender Premiere sowie des Verkaufs der Senderechte für die Fußball-WM 2002 und 2006 an die Kirch-Gruppe geführt.⁵² Die Listenregelung soll es jedem ermöglichen, Veranstaltungen von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung im Free-TV zu verfolgen.⁵³ Damit soll der Ausschlusswirkung von Exklusivvereinbarungen entgegengewirkt werden.⁵⁴ Eine Verpflichtung zur Übertragung im Free-TV wird nicht statuiert; es genügt, wenn der jeweilige Pay-TV-Veranstalter den Erwerb der Rechte zu angemessenen Bedingungen anbietet.⁵⁵ Die Fokussierung auf Sportveranstaltungen und insbesondere den professionellen Fußball

⁵⁰ LT-Drs. NRW 11/2409, 18; *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 108.

⁵¹ *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 124.

⁵² *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 5) Kap. 5 Rn. 158; *Diesbach*, Gemeinwohlbezug von Kurzberichterstattung und Listenregelung – Rundfunkfreiheit und Sportübertragungen nach dem Urteil des BVerfG vom 17. Februar 1998, ZUM 1998, 554 (555 f.).

⁵³ *Rossen-Stadtfeld*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 4 Rn. 1.

⁵⁴ Vgl. *Gröpl*, Rechtsfragen bei der Rundfunkübertragung von Sportereignissen, Ein Vergleich zwischen dem Kurzberichterstattungsrecht und dem Großereignisübertragungsrecht unter dem Aspekt der Berufsfreiheit, ZUM 2004, 865 (867); *Diesbach*, (Fn. 52), 554 (556).

⁵⁵ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 5) Kap. 5 Rn. 162.

wird hier noch deutlicher als bei § 14 MStV: Sämtliche der fünf erfassten Großereignisse sind Sportveranstaltungen, vier davon Fußballturniere (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 1-5 MStV).

§ 13 und § 14 MStV sind im Hinblick auf ihren Zweck und die Gesetzssystematik im Zusammenhang zu sehen. Beide sollen den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen über Sportgroßveranstaltungen sichern und müssen dieses Informationsinteresse mit den Vermarktungsinteressen der Veranstalter abwägen.⁵⁶ Dabei besteht eine Art Stufenverhältnis: Für Veranstaltungen von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung ist die Möglichkeit einer freien Übertragung der vollständigen Veranstaltung zu gewährleisten (vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 MStV). Die Listenregelung soll also in Fällen greifen, in denen ein Bedürfnis nach „unmittelbarem Dabei-Sein“ durch eine direkte Übertragung in voller Länge besteht.⁵⁷ Bei Veranstaltungen, die „nur“ von allgemeinem Informationsinteresse sind, muss dagegen zumindest die nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung möglich sein (§ 14 Abs. 1, 4 MStV).

V. Bedeutung in der Praxis

Trotz der Vielzahl möglicher Anwendungsfälle spielt die Ausübung des Rechts auf Kurzberichterstattung bei Sportveranstaltungen in der Praxis nur eine geringe Rolle.⁵⁸ Das ist darauf zurückzuführen, dass Fernsehveranstalter in den meisten Fällen vertragliche Vereinbarungen mit den Sportveranstaltern abschließen.⁵⁹ So haben für die Bundesligasaisons 2021/22 bis 2024/25 Sky, DAZN und Sat.1 die Fernsehrechte für die Übertragung der Spiele erworben.⁶⁰ ARD und ZDF haben für die Zweitverwertung im Rahmen der Sportschau, des Aktuellen Sportstudios sowie der Nachrichten ebenfalls Rechte erworben.⁶¹ Die wenigen erfolgten zivilrechtlichen Eilverfahren auf Durchsetzung des Rechts auf Kurzberichterstattung waren im Ergebnis erfolglos.⁶² Insofern argumentierten die Zivilgerichte, es sei den Fernsehveranstaltern möglich gewesen, ein Hauptsacheverfahren zu führen, sodass es am Verfügungsgrund fehle.⁶³ Diese Argumentation der Gerichte führte dazu, dass das

⁵⁶ *Wildmann/Castendyk*, (Fn. 29), 75; *Diesbach*, (Fn. 52), 554 (556 f.).

⁵⁷ *Diesbach*, (Fn. 52), 554 (555).

⁵⁸ *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 25.

⁵⁹ *Cornils*, in: *BeckOK InfoMedienR* (Fn. 25), MStV § 14 Rn. 1.1; *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 25; *Naumann*, *Zweikampf zwischen EuGH und BVerfG? – Der Fußball spaltet die Gerichte bei der Frage nach der Entgeltlichkeit des Kurzberichterstattungsrechts*, ZUM 2014, 938.

⁶⁰ *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 5) Kap. 5 Rn. 177.

⁶¹ Vgl. <https://www.deutschlandfunk.de/bundesliga-uebertragungsrechte-sky-und-dazn-sichern-sich-100.html> (zul. abger. am 4.7.2023).

⁶² OLG Bremen, SpuRt 1994, 85 (anders noch LG Bremen, AfP 1994, 149); LG Duisburg, SpuRt 1994, 39; LG Leipzig SpuRt 1994, 40; zusammenfassend *Summerer*, *Unentgeltliche Fernseh-Kurzberichterstattung: RTL 2 und n-tv als Totengräber der Fußball-Bundesliga?*, SpuRt 1994, 77.

⁶³ OLG Bremen, SpuRt 1994, 85 (86); LG Leipzig SpuRt 1994, 40 (41).

Recht wohl kaum einseitig gegenüber Sportveranstaltern ausgeübt worden ist.⁶⁴ Auch die hohen Produktionskosten für die Anfertigung von Kurzberichten können Sender von der Wahrnehmung des Rechts abhalten.⁶⁵

Gleichwohl sind die Auswirkungen des Kurzberichterstattungsrechts nicht auf die Wahrnehmung des Rechts beschränkt. Vielmehr kann bereits die Existenz des Kurzberichterstattungsrechts Einfluss auf die Vertragsverhandlungen über Verwertungsrechte haben und Vereinbarungen zu angemessenen Bedingungen erleichtern.⁶⁶ Das Recht steht den Fernsehsendern gewissermaßen als „Druckmittel“ zur Seite.⁶⁷ Das BVerfG hat bereits 1998 prophezeit, dass diese Wirkung des Kurzberichterstattungsrechts insbesondere dann an Bedeutung gewinnt, wenn Veranstaltungen mit großem Publikumsinteresse zunehmend nur noch im Pay-TV übertragen werden.⁶⁸ Bei Veranstaltungen wie der Fußball-Bundesliga, die mittlerweile durch mehrere verschiedene kostenpflichtige Dienste übertragen wird, hat sich diese Entwicklung bereits vollzogen, was für eine gesteigerte Bedeutung des Kurzberichterstattungsrechts in diesem Bereich spricht.

Das Konzept der Kurzberichterstattung über Sportveranstaltungen findet sich auch außerhalb der gesetzlichen Bestimmungen in den Regeln verschiedener Sportverbände. In den Vorgaben des Internationalen Olympischen Komitees (IOC) für die Fernsehberichterstattung zu den Sommerspielen in Tokio 2020 findet sich zum Beispiel die Vorgabe, dass Fernsehveranstalter, die keine Übertragungsrechte erworben haben, dreimal täglich und mit dreistündigem Abstand jeweils bis zu zwei Minuten über die Spiele berichten dürfen.⁶⁹

⁶⁴ *Dittl*, (Fn. 17), S. 26; *Heermann*, Fußball-Kurzberichterstattung im Abseits? – dargestellt am Beispiel der aktuellen Auseinandersetzung zwischen der Kirch-Gruppe und der ARD, *SpuRt* 2001, 188; „bisher noch nie [...] in Anspruch genommen“.

⁶⁵ *Urek*, (Fn. 32), S. 163; *Kruse*, Wirtschaftliche Wirkungen einer unentgeltlichen Sport-Kurzberichterstattung im Fernsehen, 1991, S. 126.

⁶⁶ BVerfGE 97, 228 (260); *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 26.

⁶⁷ *Beck*, (Fn. 16), S. 154; *Heermann*, (Fn. 64), 188; *Lenz*, Das Recht auf Kurzberichterstattung – Bestätigung und Korrektur aus Karlsruhe, *NJW* 1999, 757 (758).

⁶⁸ BVerfGE 97, 228 (260).

⁶⁹ International Olympic Committee, News Access Rules applicable to the games of the XXXII Olympiad Tokyo 2020, 23 July to 8 August 2021, Juni 2021, zugänglich unter: https://stillmed.olympics.com/media/Documents/Olympic-Games/Tokyo-2020/Media-Guidelines-and-Access-rules/2021-06-11-News-Access-Rules-Tokyo-2020-EN.pdf?_ga=2.76792405.1525746766.%201634998875-2068429206.1634202208 (zul. abger. am 4.7.2023), S. 2.

C. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Die Verfassungsmäßigkeit des Rechts auf Kurzberichterstattung wurde bereits vor dessen Implementierung im Rundfunkstaatsvertrag und auch in der Folge stark diskutiert.⁷⁰ Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle durch die damalige Bundesregierung hat das BVerfG 1998 in einem Urteil zu den wesentlichen verfassungsrechtlichen Fragen Stellung genommen.⁷¹

I. Gesetzgebungskompetenz

Im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit steht in Frage, ob die Länder für die Regelung in § 14 MStV die Gesetzgebungskompetenz haben. Den Bundesländern steht die Gesetzgebungskompetenz immer dann zu, wenn das Grundgesetz diese nicht dem Bund zuweist, Art. 70 Abs. 1 GG. Eine Zuweisung der Kompetenz für den Rundfunk findet sich im Grundgesetz nicht, sodass diese Materie in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fällt.⁷² Sofern es sich bei § 14 MStV um eine Regelung auf dem Gebiet des Rundfunks handelt, ist somit die Zuständigkeit der Länder eröffnet.

Für das Kurzberichterstattungsrecht selbst bejaht das BVerfG ohne weitere Ausführungen die Zugehörigkeit zum Bereich des Rundfunkrechts.⁷³ Das geschaffene Zugangsrecht greift jedoch auch in zivilrechtliche Positionen der Veranstalter, insbesondere die Vertragsfreiheit und das Hausrecht ein, sodass der Bereich des bürgerlichen Rechts betroffen ist, welches gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt.⁷⁴ Insofern könnte man an der Zuordnung zweifeln. Der Bund hat das bürgerliche Recht in diesem Bereich erschöpfend geregelt, sodass die Länderzuständigkeit bei Einschlägigkeit des Kompetenztitels gem. Art. 72 Abs. 1 GG zu verneinen wäre.⁷⁵

⁷⁰ Vgl. z.B. *Papier*, Verfassungsrechtliche Fragen des Rechts der Kurzberichterstattung, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, 675 ff.; *Jarass*, (Fn. 24), 455; *Stettner*, (Fn. 9), 1125; *Bork*, Ist es zulässig, in einer Sportschau Kurzberichte von sämtlichen Spielen eines Fußballbundesliga-Spieltages zu zeigen?, ZUM 1992, 511; *Ricker/Becker*, (Fn. 24), 311.

⁷¹ BVerfGE 97, 228 – Kurzberichterstattung.

⁷² BVerfGE 12, 205 (225 u. 229); *Uble*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 99. EL September 2022, GG Art. 70 Rn. 113.

⁷³ BVerfGE 97, 228 (251).

⁷⁴ *Lauktien*, Fernsehkurzberichterstattung (Fn. 27), S. 97; *Lerche/Ulmer*, Kurzberichterstattung im Fernsehen: Rechtsgutachten zu Fragen der Informationsbeschaffung für die Kurzberichterstattung von Sendeunternehmen über Veranstaltungen und sonstige Ereignisse von öffentlichem Interesse, 1989, S. 19.

⁷⁵ So *Summerer*, Anmerkung zum Urteil des OLG Bremen vom 3.5.1994 – Az. 3 U 41/94 = 4 O 287/94, SpuRt 1994, 85 (87); *Lauktien*, Fernsehkurzberichterstattung (Fn. 27), S. 112; *Doepner*, in: Steiner (Fn. 15), S. 28 ff.; *Doepner/Spieth*, (Fn. 14), 420 (432).

In Betracht kommt ebenfalls eine Zuordnung zum Bereich des Urheberrechts, das nach Art. 73 Nr. 9 GG dem Bund zugewiesen ist. Eine Regelung des Kurzberichterstattungsrechts ähnlich § 50 UrhG wurde ursprünglich auch erwogen.⁷⁶ Zweifel im Hinblick auf die Zuordnung wirft dabei vor allem § 14 Abs. 10 MStV auf, der regelt, dass Fernsehveranstalter Signal und Aufzeichnung denjenigen Fernsehveranstaltern zur Verfügung stellen müssen, die nicht zugelassen werden konnten. Zum Teil wird darin eine Regelung gesehen, die das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens nach § 87 Abs. 1 UrhG betreffe und damit dem Urheberrecht zuzuordnen sei: § 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG schütze das ausschließliche Recht des Fernsehveranstalters, die Funksendung öffentlich zugänglich machen, worunter hier die Aufnahmen von der Sportveranstaltung fielen.⁷⁷ Ähnlich wird die Zuordnung für § 14 Abs. 12 MStV beurteilt, wonach Material zu vernichten ist, das nicht für die Kurzberichterstattung verwendet wurde. Auch diese Regelung gehöre zum Urheberrecht, welches Erlöschen und zeitliche Grenzen des Leistungsschutzrechts von Sendeunternehmen erfasse.⁷⁸ Auf dieser Grundlage wird vereinzelt für die erwähnten Teilregelungen die Zuständigkeit der Länder abgelehnt.⁷⁹

Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass auch rundfunkrechtliche Regelungen Auswirkungen auf privatrechtliche Ansprüche haben können, ohne zwingend dem bürgerlichen Recht zugeordnet zu werden.⁸⁰ Bei einzelnen Regelungen eines größeren Regelungskomplexes kommt es für die Zuordnung zu einem Kompetenzbereich maßgeblich darauf an, wo die Regelung ihren Schwerpunkt hat.⁸¹ Dies ist insbesondere aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung zu ermitteln.⁸² Regelungsgegenstand ist hier nicht die Gestaltung privater Exklusivvereinbarungen, sondern die Berichterstattung über Informationen im öffentlichen Interesse.⁸³ Auch die Regelungen zur Weitergabe der Aufzeichnungen sowie der Vernichtung des Ma-

⁷⁶ Vgl. die Zusammenfassung in BVerfGE 97, 228 (238 f.).

⁷⁷ *Laukzien*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, ZUM 1998, 253.

⁷⁸ *Laukzien*, Fernsehkurzberichterstattung (Fn. 27), S. 114.

⁷⁹ So *Laukzien*, Fernsehkurzberichterstattung (Fn. 27), S. 115.

⁸⁰ *Dittl*, (Fn. 17), S. 108; *Janßen*, Das Recht der Fernsehkurzberichterstattung, Die Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages als verfassungsrechtliches Problem, 1994, S. 54; *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1132).

⁸¹ BVerfGE 97, 228 (252); *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, GG Art. 70 Rn. 61 f.; *Rožek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2018, GG Art. 70 Rn. 56; *Bullinger*, Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zuständigkeit von Bund und Ländern kraft Sachzusammenhangs und kraft Natur der Sache, AöR 96 (1971), 237 (246 ff.).

⁸² BVerfGE 97, 228 (252); *Rožek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 81), Art. 70 Rn. 56.

⁸³ *Janßen*, (Fn. 80), S. 55; *Urek*, (Fn. 32), S. 143.

terials dienen dazu, das primär verfolgte Ziel der Kurzberichterstattung zu ermöglichen.⁸⁴ Es handelt sich folglich um unterstützende Vorschriften, die zu einem zusammenhängenden Regelungskomplex gehören.⁸⁵ Zweck ist die Gewährleistung des öffentlichen Informationsinteresses, wozu die Mittel des Rundfunks genutzt werden.⁸⁶ Es handelt sich um eine Ausgestaltung der Rundfunkordnung, mithin im Schwerpunkt um eine rundfunkrechtliche Regelung, die in die Kompetenz der Länder fällt.⁸⁷

II. Vereinbarkeit mit Grundrechten

1. Art. 12 Abs. 1 GG

Zu klären ist, ob § 14 MStV mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

a) Schutzbereich und Eingriff

Geschützt wird durch Art. 12 Abs. 1 GG jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁸⁸ Hier ist nach zutreffender Ansicht des BVerfG die Berufsfreiheit der Veranstalter betroffen, die Sportveranstaltungen organisieren und durchführen.⁸⁹ Nicht alle Sportveranstaltungen werden berufsmäßig durchgeführt. Die erfassten Veranstaltungen von allgemeinem Interesse werden jedoch in der Regel berufsmäßig ausgeübt.⁹⁰ Die Berufsfreiheit dient der Sicherung der Existenzgrundlage und schützt daher auch die wirtschaftliche Verwertung der beruflichen Leistung, wozu bei Sportveranstaltungen in erster Linie die Veräußerung von Übertragungsrechten zählt, die mittlerweile die Haupteinnahmequelle für Veranstalter ist.⁹¹ Als Teil der Berufsausübung schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit im Hinblick auf unternehmerische Grundsatzentscheidungen (Dispositionsfreiheit) sowie die freie Wahl des Vertragspartners und des Preises für berufliche Leistungen.⁹² Zusätzlich zu den Sportveranstaltern ist die

⁸⁴ Dittl, (Fn. 17), S. 107; Janßen, (Fn. 80), S. 76 f.; Stettner, (Fn. 9), 1125 (1132).

⁸⁵ BVerfGE 97, 228 (251 f.); Tietje, (Fn. 15), 644 (646); Janßen, (Fn. 80), S. 77.

⁸⁶ Janßen, (Fn. 80), S. 55, 76; Steiner, in: Steiner (Fn. 15), S. 48; Lerche/Ulmer, (Fn. 74), S. 21.

⁸⁷ So auch BVerfGE 97, 228 (251); Beck, (Fn. 16), S. 156; Dittl, (Fn. 17), S. 109; Tietje, (Fn. 15), 644 (646); Janßen, (Fn. 80), S. 80; Jarass, (Fn. 24), 455 (463); Urek, (Fn. 32), S. 143; Steiner, in: Steiner (Fn. 15), S. 48; Lerche/Ulmer, (Fn. 74), S. 26; Badura, Das Recht auf freie Kurzberichterstattung, ZUM 1989, 317 (325).

⁸⁸ BVerfGE 7, 377 (397); Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 81), Art. 12 Rn. 37.

⁸⁹ BVerfGE 97, 228 (253).

⁹⁰ BVerfGE 97, 228 (253).

⁹¹ BVerfGE 81, 242 (254); 97, 228 (253).

⁹² Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 81), Art. 12 Rn. 69.

Berufsfreiheit kommerzieller Fernsehveranstalter betroffen, die die Veranstaltungen übertragen.⁹³ Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet.

Die Regelung müsste in die Berufsfreiheit eingreifen. Das in § 14 MStV geregelte Recht auf Kurzberichterstattung verpflichtet den Sportveranstalter, die Übertragung von Teilen der Veranstaltung auch Fernsehveranstaltern zu gestatten, mit denen er keine vertragliche Vereinbarung über die Übertragungsrechte getroffen hat. Damit wird die Dispositionsfreiheit des Veranstalters beschränkt, der auch bei der Vergabe von Exklusivrechten die Übertragung durch andere Sender dulden muss.⁹⁴ Obwohl aus Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Vertragsfreiheit für den Veranstalter die Freiheit folgt, Übertragungsrechte nur von ihm gewählten Fernsehveranstaltern zu gewähren, muss er die Übertragung durch weitere Sender in Form der Kurzberichterstattung ermöglichen. Gleichzeitig kann die Möglichkeit der Kurzberichterstattung so den Wert der jeweiligen Übertragungsrechte mindern, deren Veräußerung wesentlicher Teil der beruflichen Betätigung von Veranstaltern ist.⁹⁵ Für Fernsehveranstalter, die Übertragungsrechte vom Veranstalter erworben haben, ergibt sich die Beeinträchtigung ihrer Berufsfreiheit dadurch, dass Konkurrenten im Rahmen der Kurzberichterstattung ebenfalls über die Veranstaltung berichten können, was zu einem Zuschauerverlust führen kann.⁹⁶ Eine völlig exklusive Übertragung ist für sie nicht möglich.⁹⁷ § 14 MStV erfasst Veranstaltungen unabhängig davon, ob sie berufsmäßig durchgeführt werden und hat daher keinen unmittelbaren Berufsbezug.⁹⁸ Um dennoch einen Eingriff annehmen zu können, verlangt das BVerfG einen engen Zusammenhang mit der Berufsausübung und zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz.⁹⁹ Erfasst sind vor allem große Sportveranstaltungen, bei denen die berufsmäßige Organisation üblich ist, sodass die objektiv berufsregelnde Tendenz gegeben ist.¹⁰⁰ Ein Eingriff liegt vor.

b) Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden kann. Das Kurzberichterstattungsrecht betrifft allein die Berufsausübung. Der Eingriff kann

⁹³ BVerfGE 97, 228 (253).

⁹⁴ BVerfGE 97, 228 (254); *Dittl*, (Fn. 17), S. 123; *Lenz*, (Fn. 67), 757.

⁹⁵ BVerfGE 97, 228 (254); *Beck*, (Fn. 16), S. 160.

⁹⁶ BVerfGE 97, 228 (254).

⁹⁷ *Lenz*, (Fn. 67), 757.

⁹⁸ BVerfGE 97, 228 (254).

⁹⁹ BVerfGE 16, 147 (162); 52, 42 (54); 70, 191 (214); *Mann*, in: Sachs (Fn. 81), Art. 12 Rn. 94 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022 GG Art. 12 Rn. 20.

¹⁰⁰ BVerfGE 97, 228 (254 f.).

daher durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein, sofern das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.¹⁰¹

aa) Gemeinwohlerwägungen

Nach Ansicht des BVerfG liegen dem Recht auf Kurzberichterstattung vernünftige Gemeinwohlerwägungen zugrunde. Es solle ein Mindestmaß an Informationen im Hinblick auf Veranstaltungen von allgemeinem Interesse über das Fernsehen sichergestellt werden.¹⁰² Zwar sei die flächendeckende Versorgung mit Informationen nicht mehr durch die begrenzte Reichweite privater Sendeunternehmen gefährdet; durch Exklusivverträge von Pay-TV-Sendern könne aber eine vergleichbare Gefahr entstehen.¹⁰³ In den Mittelpunkt seiner Ausführungen stellt das BVerfG die grundlegende Funktion des Rechts auf Kurzberichterstattung für die Verhinderung von Informationsmonopolen durch die Sicherung der Darstellung verschiedener Sichtweisen.¹⁰⁴ Das BVerfG bezieht sich hier auf die Erwägungen, die auch der Einführung des Kurzberichterstattungsrechts zugrunde lagen. Es geht um den Zugang zu Informationen über Geschehnisse von allgemeiner Bedeutung sowie die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht.

Den Gemeinwohlbezug des Rechts auf Kurzberichterstattung folgert das BVerfG dabei vor allem aus der Bedeutung für die Rundfunkfreiheit: Die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bezweckte freie Meinungsbildung sei nur möglich, sofern umfassende Informationen zur Verfügung stehen.¹⁰⁵ Information ist aus diesem Grund eine wesentliche Aufgabe des Rundfunks, was das BVerfG kürzlich in seinem Beschluss zum Rundfunkbeitrag noch einmal betont hat.¹⁰⁶ Den Gesetzgeber trifft dabei die Aufgabe, durch Regelungen sicherzustellen, dass vielfältige Meinungen im Rundfunk Berücksichtigung finden und so umfassende Information gewährleistet wird.¹⁰⁷ Heute ist das Fernsehen zwar nicht mehr „das einzige Medium, das zeitgleich in Bild und Ton über ein Ereignis zu berichten vermag“¹⁰⁸. Trotzdem ist neben dem Internet das Fernsehen immer noch sehr bedeutsam, insbesondere als Informationsquelle: Während der Corona-Pandemie ist die Nachfrage nach Nachrichtensendungen im Fernsehen zum Beispiel deutlich gestiegen.¹⁰⁹

¹⁰¹ BVerfGE 7, 377 (405 f.); 70, 1 (28); 97, 228 (255); *Mann*, in: Sachs (Fn. 81), Art. 12 Rn. 125 f.

¹⁰² BVerfGE 97, 228 (255).

¹⁰³ BVerfGE 97, 228 (255 f.).

¹⁰⁴ BVerfGE 97, 228 (256).

¹⁰⁵ BVerfGE 97, 228 (255, 257).

¹⁰⁶ BVerfG NJW 2021, 3111 (3114); *Jarass*, (Fn. 24), 455; *Badura*, (Fn. 87), 317 (319).

¹⁰⁷ BVerfGE 57, 295 (320); *Jarass*, (Fn. 24), 455.

¹⁰⁸ BVerfGE 97, 228 (256).

¹⁰⁹ *Haddad/Hartmann/Zubayr*, Tendenzen im Zuschauerverhalten, Fernsehgewohnheiten und Fernsehreichweiten im Jahr 2020, *Media Perspektiven* 2021, 138 (141, 151).

Auch die Einschätzung des BVerfG, dass die flächendeckende Information nicht mehr durch die begrenzte Reichweite, sondern eher durch exklusive Übertragungen im Pay-TV gefährdet ist, trifft gerade für große Sportveranstaltungen wie die Fußballbundesliga zu.¹¹⁰ Teilweise wird diese Einschätzung in Frage gestellt, weil es nicht um politische Inhalte, sondern um Sport geht: Die Veranstaltungen würden allein Unterhaltungsinteressen dienen.¹¹¹ Zwar spielt bei Sportübertragungen der Unterhaltungsfaktor eine Rolle. Auch das Informationsinteresse ist aber von Bedeutung.¹¹² Die Informationsaufgabe des Fernsehens ist nicht auf politische Informationen beschränkt, sondern erstreckt sich auf sämtliche Lebensbereiche, inklusive des Sports, der eine gesellschaftliche Funktion wahrnehmen kann.¹¹³ Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch im Kontext von Sportveranstaltungen vermehrt politische Diskussionen stattfinden, so zuletzt während der Fußball-EM 2020, bei der mithilfe des Regenbogen-Symbols ein Zeichen gegen die Diskriminierung homosexueller Personen gesetzt werden sollte.¹¹⁴ Um eine umfassende Information i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu gewährleisten, ist folglich auch die Berichterstattung über Sportereignisse erforderlich.¹¹⁵

Die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte freie Meinungsbildung wird durch Informationsmonopole gefährdet. Das Kurzberichterstattungsrecht wirkt der Monopolisierung und Kommerzialisierung von Informationen entgegen. Der Regelung liegen somit vernünftige Gemeinwohlerwägungen zugrunde.

bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit

§ 14 MStV ist geeignet, die Verhinderung von Informationsmonopolen und die Information der Bevölkerung über (Sport-)Veranstaltungen zu fördern.

¹¹⁰ *Wagner*, Das Recht der Fernsehkurzberichterstattung im grundrechtlichen Spannungsfeld – Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG im direkten Vergleich, in: *Heid*, FS für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag, 2014, 475 (478); *Tietje*, (Fn. 15), 644 (645); vgl. oben S. 230.

¹¹¹ So *Papier*, in: FS *Lerche* (Fn. 70), 675 (683); ähnlich *Ricker/Becker*, (Fn. 24), 311 (318).

¹¹² *Dittl*, (Fn. 17), S. 153; *Kruse*, (Fn. 65), S. 88; *Brandner*, (Fn. 18), 277 (283).

¹¹³ BVerfGE 97, 228 (257); *Erkens*, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und exklusive Sportberichterstattung: Geben ist öffentlich-rechtlicher denn Nehmen – Darf und/oder muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk exklusive Sportberichterstattung anbieten?, 2009, S. 18; *Tettinger*, Kurzberichterstattung über Sportereignisse im Fernsehen, *SpuRt* 1998, 109 (110); *Mahrenholz*, (Fn. 4), 255 (256); *Jarass*, (Fn. 24), 455 (456); *Brandner*, (Fn. 18), 277 (278).

¹¹⁴ Vgl. *Meltzer*, Politisches im Stadion, Fußball-EM unterm Regenbogen, FAZ Online, 12.3.2024, zugänglich unter: <https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball-em/fussball-em-unterm-regenbogen-politisches-im-stadion-17405061.html> (zul. abger. am 4.7.2023).

¹¹⁵ *Brinkmann*, Die Sicherung der freien Berichterstattung von Sportveranstaltungen und anderen öffentlichen Ereignissen, Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Fernsehkurzberichterstattung, *Media Perspektiven* 1998, 98 (100).

Nach Ansicht des BVerfG ist die Regelung des Kurzberichterstattungsrechts auch erforderlich.¹¹⁶ Es wurden verschiedene mildere Mittel in Betracht gezogen, von denen vor allem eines genauer in den Blick zu nehmen ist: Zum Teil ist die Regelung eines erweiterten urheberrechtlichen Zitierrechts in § 50 UrhG vorgeschlagen worden.¹¹⁷ Gegen diese Alternative spricht bereits kompetenzrechtlich, dass der Landesgesetzgeber, den die Aufgabe der Ausgestaltung der Rundfunkordnung trifft, keine urheberrechtliche Regelung treffen kann.¹¹⁸ Für ihn kam eine solche Regelung also gar nicht in Betracht.

Ein erweitertes Zitierrecht würde es Fernsehveranstaltern, die keine Übertragungsrechte erworben haben, ermöglichen, auf das Sendematerial des Erstverwerfers zuzugreifen.¹¹⁹ Diese Regelung ohne Möglichkeit der vollständigen Aufzeichnung würde im Vergleich zu § 14 MStV weniger stark in die Berufsfreiheit eingreifen.¹²⁰ Um die Erforderlichkeit abzulehnen, müsste eine solche Regelung aber nicht nur weniger intensiv in die Berufsfreiheit eingreifen, sondern auch gleichermaßen in der Lage sein, den Gesetzeszweck zu erreichen.¹²¹ Ein erweitertes Zitierrecht würde ebenfalls sämtlichen Fernsehveranstaltern die Berichterstattung über bedeutende Sportveranstaltungen ermöglichen.¹²² Zu Recht stellt das BVerfG fest, dass sie aber nicht in der Lage wären, eigenständig und nach selbstgewählten Kriterien einen Bericht zusammenzustellen.¹²³ Vielmehr könnte der Erstverwerter auswählen, welche Szenen gezeigt werden und welche nicht. So besteht die Gefahr einseitiger Information.¹²⁴ Dass es sich dabei nicht um eine nur theoretische Gefahr handelt, hat sich bei der Fußball-EM 2012 gezeigt, bei der zuvor aufgezeichnete Bilder in die Live-Übertragung hineingeschnitten wurden, während politische Protestaktionen im Stadion oder die ebenfalls aus Protest leeren Ehrenplätze nicht zu sehen waren.¹²⁵ Zutreffend verweist das BVerfG darauf, dass eine solche Regelung gerade den wesentlichen Zweck von § 14 MStV – die Verhinderung von Informationsmonopolen – nicht zu gewährleisten vermag.¹²⁶ Das Recht auf Kurzberichterstattung

¹¹⁶ BVerfGE 97, 228 (258).

¹¹⁷ So die damalige Bundesregierung, vgl. BVerfGE 97, 228 (238 f.).

¹¹⁸ *Janßen*, (Fn. 80), S. 191; *Jarass*, (Fn. 24), 455 (461); *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1130).

¹¹⁹ *Jarass*, (Fn. 24), 455 (461).

¹²⁰ *Janßen*, (Fn. 80), S. 191; *Papier*, in: FS Lerche (Fn. 70), 675 (685).

¹²¹ Vgl. BVerfGE 77, 84 (109); 146, 164 (205); *Sachs*, in: Sachs (Fn. 81), Art. 20 Rn. 152.

¹²² *Papier*, in: FS Lerche (Fn. 70), 675, 685.

¹²³ BVerfGE 97, 228 (258 f.).

¹²⁴ *Dittl*, (Fn. 17), S. 90; *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1129).

¹²⁵ *Kaube*, Die EM im Fernsehen, Die Regie spielt falsch, FAZ Online, 15.6.2012, zugänglich unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/die-em-im-fernsehen-die-regie-spielt-falsch-11787080.html> (zul. abger. am 4.7.2023).

¹²⁶ BVerfGE 97, 228 (259); ebenso *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1129).

ermöglicht im Gegensatz dazu eine vielfältige Darstellung des Ereignisses.¹²⁷ Die Erforderlichkeit ist folglich zu bejahen.¹²⁸

cc) Angemessenheit des Kurzberichterstattungsrechts an sich

Problematisch erscheint insbesondere die Angemessenheit. Das BVerfG differenziert insofern zwischen drei Aspekten, deren Angemessenheit es einzeln prüft: Das Recht auf Kurzberichterstattung an sich, der Zeitpunkt der Kurzberichterstattung sowie die Unentgeltlichkeit.

Für die Angemessenheit sind die wirtschaftlichen Konsequenzen des Rechts auf Kurzberichterstattung in den Blick zu nehmen, um zu prüfen, inwiefern die Folgen für die Beteiligten zumutbar sind. Nachteilige Folgen kommen hier für Sportveranstalter und Fernsehsender in Betracht, sofern Kurzberichte in Konkurrenz mit dem Besuch der Veranstaltung oder deren Erstübertragung treten.¹²⁹ Es wird befürchtet, dass Zuschauer so vom Stadionbesuch oder dem Anschauen der Übertragung des Erstverwerters abgehalten werden.¹³⁰

Bezüglich der Veranstaltung selbst ist zu beachten, dass ein wesentlicher Reiz des Besuchs das unmittelbare „Dabei-Sein“ sowie die Stadion-Atomsphäre ist.¹³¹ Beides können Kurzberichte in keinem Fall vermitteln. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Kurzberichterstattung und Stadionbesuch von vornherein unterschiedliche Zielgruppen erreichen: Wer nur eine kurze Zusammenfassung der Veranstaltung sehen will, wäre ohnehin nicht ins Stadion gegangen, während der potentielle Stadionbesucher seinen Besuch nicht wegen der Existenz der Kurzberichterstattung absagt.¹³² Hinzu kommt, dass die Kapazitäten im Stadion ohnehin begrenzt sind, sodass auch nur im begrenzten Rahmen ein Substitutionseffekt eintreten kann.¹³³ Folglich trifft die Einschätzung des BVerfG zu, dass die Möglichkeit von Kurzberichten die Zuschauerzahlen vor Ort nicht wesentlich beeinflusst.¹³⁴

Auch hinsichtlich der Befürchtung, die Kurzberichterstattung könne die Übertragung durch den Erstverwerter ersetzen, bestehen Zweifel. Die Hauptübertragung der Veranstaltung hat vor allem einen Unterhaltungswert, während Kurzberichte in erster Linie Informationen liefern sollen.¹³⁵ Diese Differenzierung zwischen Information und Unterhaltung ist entscheidend für die Frage, inwiefern die

¹²⁷ Jarass, (Fn. 24), 455 (461 f.).

¹²⁸ So auch Lanktjen, (Fn. 77), 253 (254); Stettner, (Fn. 9), 1125 (1129); Jarass, (Fn. 24), 455 (462); Brandner, (Fn. 18), 277 (282 f.).

¹²⁹ Dittl, (Fn. 17), S. 161.

¹³⁰ Papier, in: FS Lerche (Fn. 70), 675 (679); Ladeur, (Fn. 13), 885 (889).

¹³¹ Dittl, (Fn. 17), S. 163; Kruse, (Fn. 65), S. 52.

¹³² Jarass, (Fn. 24), 455 (462); Urek, (Fn. 32), S. 139; Kruse, (Fn. 65), S. 59.

¹³³ Kruse, (Fn. 65), S. 50.

¹³⁴ BVerfGE 97, 228 (261).

¹³⁵ Dittl, (Fn. 17), S. 161.

Kurzberichterstattung in Konkurrenz mit der Übertragung tritt und für diese einen Zuschauerverlust bedeuten kann. Dabei geht es um die Voraussetzung der „nachrichtenmäßigen“ Berichterstattung. Sobald sie hauptsächlich einen Unterhaltungswert bietet, tritt die Kurzberichterstattung in Konkurrenz mit der Hauptübertragung.¹³⁶ Sofern sie sich hingegen auf Information in begrenztem zeitlichem Rahmen beschränkt, ist sie nicht in der Lage, den Unterhaltungswert der Veranstaltung zu vermitteln.¹³⁷ Gegen diese Einschätzung wird zum Teil vorgebracht, die Konkurrenz zur Übertragung der Veranstaltung entstehe bereits durch die Möglichkeit der Wiedergabe von Highlights.¹³⁸ Wie das BVerfG zutreffend ausführt, ergibt sich der Unterhaltungscharakter einer Veranstaltung jedoch nicht allein aus den Höhepunkten, sondern maßgeblich auch aus deren Entwicklung im Laufe der Veranstaltung.¹³⁹ Folglich führt die Möglichkeit der Wiedergabe dieser Höhepunkte nicht dazu, dass der Kurzbericht seinen Informationscharakter verliert. Die Unterscheidung zwischen Information und Unterhaltung lässt sich sehr deutlich bei Sportarten erkennen, die dramaturgisch auf Spannung ausgerichtet sind: Die Wiedergabe des spielentscheidenden Matchballs beim Tennis, der regelmäßig nicht der schönste Ballwechsel des Spiels ist, ist nicht in der Lage, den Unterhaltungswert zu vermitteln.¹⁴⁰ Anders kann das höchstens für „ergebnisorientierte Sportarten“ beurteilt werden, bei denen sich die Spannung auf einzelne Höhepunkte beschränkt (z.B. Tore beim Fußball).¹⁴¹ In Bezug auf diese Sportarten sind aber die positiven wirtschaftlichen Effekte der Kurzberichterstattung zu beachten. Einerseits ist die Berichterstattung über die Veranstaltung in der Lage, deren Bekanntheitsgrad zu erhöhen und so für die Zukunft zusätzliche Zuschauer anzulocken.¹⁴² Andererseits erhöhen sie die Attraktivität für Werbekunden und Sponsoren, die mit ihrer Werbung auf Trikots oder Werbebannern zusätzlich die Zuschauer der Kurzberichte erreichen.¹⁴³ Mithin erscheint die Annahme überzeugend, dass der negative Konkurrenzeffekt von Kurzberichten bei solchen Sportarten vollständig durch deren positive Auswirkungen kompensiert werden kann.¹⁴⁴

Gegen die Annahme, dass die Kurzberichterstattung sich generell negativ auf die Verwertung von Übertragungsrechten auswirkt, spricht außerdem, dass Sportverbände wie das Internationale Olympische Komitee (IOC) die Möglichkeit zur

¹³⁶ Steiner, in: Steiner (Fn. 15), S. 51; Lerche/Ulmer, (Fn. 74), S. 33.

¹³⁷ BVerfGE 97, 228 (260 f.); Urek, (Fn. 32), S. 139; Kruse, (Fn. 65), S. 88.

¹³⁸ Janßen, (Fn. 80), S. 115 ff.; Papier, in: FS Lerche (Fn. 70), 675 (687).

¹³⁹ BVerfGE 97, 228 (261); ebenso Jarass, (Fn. 24), 455 (462).

¹⁴⁰ Dittl, (Fn. 17), S. 162; vgl. auch Kruse, (Fn. 65), S. 88.

¹⁴¹ Kruse, (Fn. 65), S. 38; Bork, (Fn. 70), 511 (514).

¹⁴² Dittl, (Fn. 17), S. 164; Jarass, (Fn. 24), 455 (462); Urek, (Fn. 32), S. 139; Kruse, (Fn. 65), S. 60 f., 89 f.

¹⁴³ Brinkmann, (Fn. 115), 98 (102); Kruse, (Fn. 65), S. 112 f.; Ladeur, (Fn. 13), 885 (889).

¹⁴⁴ Urek, (Fn. 32), S. 140; Kruse, (Fn. 65), S. 96.

Anfertigung und Ausstrahlung von Kurzberichten in ihren Regeln selbst vorsehen, ohne dass dies die Verwertung maßgeblich negativ beeinflusst.¹⁴⁵ Auch die in den letzten Jahren fast ausschließlich ansteigenden Preise für Übertragungsrechte scheinen zu bestätigen, dass sich die wirtschaftlichen Konsequenzen des Kurzberichterstattungsrechts in Grenzen halten.¹⁴⁶

Insgesamt hat die Kurzberichterstattung somit kaum negative wirtschaftliche Auswirkungen. Kurzberichte sind in aller Regel nicht in der Lage, die Hauptübertragung oder den Stadionbesuch zu ersetzen. Vielmehr können sie sogar einen Werbeeffect für die Veranstaltung haben. Die Intensität der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit ist damit nur gering. Vor diesem Hintergrund ist das Kurzberichterstattungsrecht an sich verhältnismäßig.¹⁴⁷

dd) Angemessenheit des Zeitpunkts der Kurzberichterstattung

Ferner ist der Zeitpunkt der Kurzberichterstattung zu untersuchen. Im Kern geht es auch hier wieder um die Frage, inwiefern Kurzberichte in Konkurrenz mit der Übertragung durch den Erstverwerter treten. Kurzberichte, die zeitgleich mit oder zeitlich vor der Hauptübertragung ausgestrahlt werden, könnten sich negativ auf die Einschaltquoten des Erstverwerters auswirken.

Zunächst erscheint dabei die vom BVerfG nicht erörterte Möglichkeit kurzzeitiger Direktübertragungen gem. § 14 Abs. 1 S. 2 MStV problematisch. Diese Norm ermöglicht eine Live-Kurzberichterstattung. Eine Konkurrenzsituation zur Übertragung durch den Erstverwerter kann hier bei Wettkämpfen entstehen, die aufgrund ihrer kurzen Dauer in voller Länge übertragen werden könnten (z.B. 100m-Lauf).¹⁴⁸ Es liegt auf der Hand, dass die vollständige Übertragung im Rahmen eines Kurzberichts gleichermaßen in der Lage ist, den Unterhaltungswert der Veranstaltung zu vermitteln.¹⁴⁹ Würde das Recht zur Kurzberichterstattung auch diese Fälle erfassen, würde das den Wert der Übertragungsrechte für die entsprechenden Veranstaltungen maßgeblich beeinträchtigen.¹⁵⁰ In der Folge läge ein unverhältnismäßiger Eingriff vor.

In Betracht zu ziehen ist somit eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 Abs. 1 S. 2 MStV unter angemessener Berücksichtigung der Berufsfreiheit. Der

¹⁴⁵ Dittl, (Fn. 17), S. 162 f.; zu den Regeln des IOC s. oben S. 230.

¹⁴⁶ Neukamm/Brinkmann, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 29; Heermann, Anmerkung zum Urteil des EuGHs vom 22.1.2013 – C-283/11, K&R 2013, 176 (181).

¹⁴⁷ So auch BVerfGE 97, 228 (260 f.); Wagner, in: FS Dausen (Fn. 110), 475 (486); Jaras, (Fn. 24), 455 (462 f.); Bork, (Fn. 70), 511 (513).

¹⁴⁸ Laukietien, (Fn. 77), 253 (254); Doepner, in: Steiner (Fn. 15), S. 32.

¹⁴⁹ Janßen, (Fn. 80), S. 115.

¹⁵⁰ Janßen, (Fn. 80), S. 116 f.

Wortlaut lässt eine Direktübertragung kurzer Veranstaltungen eindeutig zu.¹⁵¹ Anknüpfungspunkt für eine verfassungskonforme Auslegung kann aber die „Nachrichtenmäßigkeit“ in § 14 Abs. 4 S. 1 MStV sein, welche abzulehnen ist, wenn Kurzberichte den Unterhaltungswert der Veranstaltung vermitteln. Die vollständige Übertragung eines Ereignisses kann Unterhaltungsinteressen befriedigen, sodass keine nachrichtenmäßige Berichterstattung mehr vorliegt.¹⁵² In verfassungskonformer Auslegung des § 14 Abs. 1 S. 2 MStV ist die Direktübertragung kurzer Sportveranstaltungen mithin ausgeschlossen.¹⁵³

Darüber hinaus kann eine zeitliche Konkurrenzsituation eintreten, wenn die Kurzberichterstattung zeitgleich mit der Hauptübertragung oder sogar zeitlich vor dieser erfolgt. Das BVerfG nimmt an, die Vorschriften seien verfassungskonform so auszulegen, dass das Kurzberichterstattungsrecht nicht vor dem vertraglichen Übertragungsrecht ausgeübt werden dürfe.¹⁵⁴ Könnte das Recht auf Kurzberichterstattung bereits während oder kurz nach Ende der Veranstaltung ausgeübt werden, obwohl der Inhaber eines Übertragungsrechts eine Karenzzeit zwischen Veranstaltungsende und Übertragung vereinbart habe, stelle dies eine unzumutbare Beeinträchtigung dar.¹⁵⁵ Gegen diese Lösung sprechen aber systematische Bedenken: § 14 Abs. 1 S. 2 MStV erlaubt sogar die kurzzeitige Direktübertragung während der Veranstaltung. Das spricht dafür, dass die Ausstrahlung kurz nach der Veranstaltung erst recht möglich sein muss, auch wenn sie vor der Übertragung des Erstverwerters erfolgt.¹⁵⁶ Neben der Systematik sind Grenzen verfassungskonformer Auslegung der Wortlaut und der Zweck.¹⁵⁷ Nach der Lösung des BVerfG können Veranstalter und Fernsehsender über den Zeitpunkt der Kurzberichterstattung bestimmen, was mit Blick auf den Gesetzeszweck bedenklich ist. Besonders lange Karenzzeiten können die gebotene Aktualität von Nachrichtensendungen gefährden.¹⁵⁸ So könnte das von § 14 MStV verfolgte Ziel der Information der Bevölkerung beeinträchtigt werden.¹⁵⁹ Mit Blick auf Systematik und Gesetzeszweck ist die Lösung des BVerfG zum Zeitpunkt der Kurzberichterstattung folglich abzulehnen. Vorzugswürdig erscheint es, parallel zur Direktübertragung auch hier auf die Grenzen der Nachrich-

¹⁵¹ *Steiner*, in: *Steiner* (Fn. 15), S. 44.

¹⁵² *Dittl*, (Fn. 17), S. 170; *Brandner*, (Fn. 18), 277 (278); ähnlich *Lanktjen*, (Fn. 77), 253 (254); *Janßen*, (Fn. 80), S. 117; *Lerche/Ulmer*, (Fn. 74), S. 42.

¹⁵³ So auch *Dittl*, (Fn. 17), S. 171; in diese Richtung auch *Winter*, Das Fehlen eines Kurzberichterstattungsrechts für Hörfunksender: Ein Manko des geltenden Rundfunkrechts, *SpuRt* 2004, 98 (102 Fn. 58); *Lanktjen*, (Fn. 77), 253 (254); *Janßen*, (Fn. 80), S. 115; *Brandner*, (Fn. 18), 277 (283).

¹⁵⁴ BVerfGE 97, 228 (262).

¹⁵⁵ BVerfGE 97, 228 (261).

¹⁵⁶ *Dittl*, (Fn. 17), S. 172.

¹⁵⁷ BVerfGE 8, 28 (34); 124, 25 (39); *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 81), Einf. Rn. 54.

¹⁵⁸ *Lanktjen*, (Fn. 77), 253 (254).

¹⁵⁹ *Dittl*, (Fn. 17), S. 175.

tenmäßigkeit zu achten. Dafür spricht, dass es auf den Sendezeitpunkt nur ankommen kann, wenn der Bericht auch inhaltlich konkurrenzfähig ist.¹⁶⁰ Um gerade bei Vereinbarung einer Karenzzeit eine Beeinträchtigung des Erstverwerters zu vermeiden, müssen Kurzberichte sich auf die reine Information über die Veranstaltung beschränken.¹⁶¹ Eine zeitversetzte Ausstrahlung der Kurzberichte ist hingegen nicht notwendig.¹⁶²

ee) Angemessenheit der Unentgeltlichkeit

Fraglich ist schließlich, ob das Recht auf Kurzberichterstattung unentgeltlich ausgestaltet werden kann. In der Fassung, die dem BVerfG zur Prüfung vorlag, war dies der Fall. Nach Ansicht des Gerichts ist das Recht auf Kurzberichterstattung eine unverhältnismäßige Einschränkung von Art. 12 Abs. 1 GG, soweit es für berufsmäßig durchgeführte Veranstaltungen unentgeltlich gewährt wird.¹⁶³ Die berufliche Leistung komme hier nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch den Konkurrenten des Fernsehveranstalters, der Übertragungsrechte erworben hat, zugute.¹⁶⁴ Demgegenüber sei den Fernsehveranstaltern die Zahlung eines Entgelts für die Kurzberichterstattung zumutbar.¹⁶⁵ Dem Gesetzgeber wurde aufgegeben, eine Entgeltregelung zu schaffen, die zugleich sicherstellt, dass die Kurzberichterstattung weiterhin allen Fernsehsendern zugänglich bleibt.¹⁶⁶ Als Reaktion auf die Entscheidung hat der Gesetzgeber die Entgeltspflicht in § 14 Abs. 7 S. 1 MStV geschaffen.

Folge der Entgeltspflicht in § 14 Abs. 7 S. 1 MStV ist, dass sich das Recht auf Kurzberichterstattung, dessen Ausübung mit der Zahlung von Eintrittsgeld, Aufwendungsersatz und nun zusätzlich einem billigen Entgelt verbunden ist, für die Sender wirtschaftlich nicht lohnt.¹⁶⁷ Stattdessen ist es für sie meist lukrativer, dem Inhaber von Übertragungsrechten das Material abzukaufen.¹⁶⁸ In dieser Konstellation können die Fernsehsender aber nicht selbst das Material auswählen, welches sie wiedergeben wollen (ähnlich § 50 UrhG). Darüber hinaus sind sie von der Veräußerungsbereitschaft des Rechtsinhabers abhängig. Das Ziel der Verhinderung von Informationsmonopolen wird dadurch aber konterkariert.¹⁶⁹ Die Kommerzialisierung von Informationen wird vielmehr durch die Entgeltspflicht gefördert. Die

¹⁶⁰ *Janßen*, (Fn. 80), S. 114; zur Konkurrenzfähigkeit von Kurzberichten s. bereits oben S. 238 ff.

¹⁶¹ *Dittl*, (Fn. 17), S. 176; ähnlich *Lauktion*, (Fn. 77), 253 (254).

¹⁶² So auch *Dittl*, (Fn. 17), S. 182; *Bork*, (Fn. 70), 511 (514); *Lerche/Ulmer*, (Fn. 74), S. 41, 51; *Rebbinder*, (Fn. 16), 337 (342).

¹⁶³ BVerfGE 97, 228 (262).

¹⁶⁴ BVerfGE 97, 228 (262 f.); ebenso *Wagner*, in: FS Dausen (Fn. 110), 475 (485).

¹⁶⁵ BVerfGE 97, 228 (263).

¹⁶⁶ BVerfGE 97, 228 (263).

¹⁶⁷ *Dittl*, (Fn. 17), S. 177.

¹⁶⁸ *Heermann*, (Fn. 146), 176 (181).

¹⁶⁹ *Dittl*, (Fn. 17), S. 177; vgl. oben zu § 50 UrhG S. 237.

unentgeltliche Ausgestaltung hat dem verfolgten Zweck also besser gedient. Während das Recht auf Kurzberichterstattung vor Einführung der Entgeltspflicht zumindest in einigen Fällen geltend gemacht wurde, gibt es seitdem keinen einzigen bekannten Fall mehr.¹⁷⁰ In Österreich, wo das Recht seit 2010 unentgeltlich besteht, wird es ebenfalls vereinzelt wahrgenommen.¹⁷¹ Es erscheint also durchaus plausibel, dass die fehlende Ausübung des Rechts auch auf der Entgeltregelung basiert.¹⁷² Die Annahme, dass den Sendern die Zahlung eines Entgelts zuzumuten sei, scheint damit widerlegt zu sein.¹⁷³

Darüber hinaus basiert die Argumentation des BVerfG auf der Annahme, dass die Kurzberichterstattung in Konkurrenz mit der Übertragung der Veranstaltung tritt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass Kurzberichte im Regelfall keine Konkurrenz zur Übertragung durch den Erstverwerter darstellen. Das BVerfG selbst hat zuvor angenommen, dass die Kurzberichterstattung keine wesentlichen Auswirkungen auf die Zuschauerzahlen habe.¹⁷⁴ Insofern hat es die Konkurrenzsituation abgelehnt. Es erscheint folglich inkonsequent, sich nun im Rahmen der Unentgeltlichkeit gerade auf diesen Aspekt zu berufen.

Darüber hinaus kann die Existenz des Rechts auf Kurzberichterstattung beim Preis der Übertragungsrechte Berücksichtigung finden, wobei die Folgen dann aber eher den Sportveranstalter treffen, der diese Rechte veräußert.¹⁷⁵ Angesichts der Tatsache, dass die Kosten für Sportübertragungsrechte sich seit vielen Jahren auf hohem Niveau halten, kann bezweifelt werden, ob Sportveranstaltern wirklich erhebliche Einbußen drohen.¹⁷⁶ Wie bereits erörtert, können Kurzberichte sogar positive Auswirkungen in Form von Reklameeffekten für sie haben. Folglich scheint es ihnen eher zumutbar, die unentgeltliche Kurzberichterstattung zuzulassen.

Festzuhalten ist, dass Sender seit der Einführung der Entgeltspflicht noch eher darauf zurückgreifen, Material vom Rechteinhaber zu erwerben. Damit läuft die Entgeltspflicht dem verfolgten Zweck der Verhinderung von Informationsmonopolen entgegen. Dagegen sind unzumutbare Einbußen für Veranstalter durch die Kurzberichterstattung nicht zu befürchten. Entgegen der Ansicht des BVerfG ist auch eine unentgeltliche Ausgestaltung des Kurzberichterstattungsrechts verfassungsgemäß.¹⁷⁷ Die Länder könnten somit die Entgeltspflicht in § 14 Abs. 7 S. 1 MStV wieder entfernen.

¹⁷⁰ *Beck*, (Fn. 16), S. 154 Fn. 414; *Dittl*, (Fn. 17), S. 178; s. zu den vorherigen Fällen oben S. 229.

¹⁷¹ Vgl. z.B. OGH (Oberster Gerichtshof), 21.12.2017, 4 Ob 96/17x, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* (wbl) 2018, 169; s. auch unten S. 245.

¹⁷² *Dittl*, (Fn. 17), S. 177; *Wildmann/Castendyk*, (Fn. 29), 75 (80) Fn. 77.

¹⁷³ *Dittl*, (Fn. 17), S. 178.

¹⁷⁴ BVerfGE 97, 228 (261).

¹⁷⁵ *Gröpl*, (Fn. 54), 868; *Bork*, (Fn. 70), 511 (513).

¹⁷⁶ *Neukamm/Brinkmann*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 29; vgl. oben S. 222.

¹⁷⁷ So auch *Dittl*, (Fn. 17), S. 181; *Jarass*, (Fn. 24), 455 (462 f.); *Stettner*, (Fn. 9), 1125 (1130); *Lerche/Ulmer*, (Fn. 74), S. 46, 131; *Brandner*, (Fn. 18), 277 (283); *Rebbinder*, (Fn. 16), 337 (342).

c) Zwischenergebnis zu Art. 12 Abs. 1 GG

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist durch Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt. Hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung ist eine verfassungskonforme Auslegung möglich, um zu verhindern, dass Kurzberichte die Live-Übertragung ganzer Veranstaltungen enthalten. Entgegen der Auffassung des BVerfG ist auch eine unentgeltliche Ausgestaltung verfassungskonform.

2. Art. 14 Abs. 1 GG

Vor dem Urteil des BVerfG wurde das Kurzberichterstattungsrecht häufig vor allem unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 Abs. 1 GG diskutiert.¹⁷⁸ Auch der Gesetzgeber hielt § 5 RStV für eine Inhaltsbestimmung des Eigentums.¹⁷⁹ Die Frage, ob der Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG hier eröffnet ist, lässt das BVerfG hingegen offen und verweist darauf, dass die Prüfung am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG ohnehin zu keinem anderen Ergebnis führen würde.¹⁸⁰ Diese Einschätzung lässt sich damit begründen, dass die Schranken von Art. 12 GG und Art. 14 GG sich im Wesentlichen gleichen.¹⁸¹ Folglich ist § 14 MStV auch am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG verhältnismäßig.¹⁸²

3. Sonstige Grundrechte

Daneben prüft das BVerfG weitere Grundrechtspositionen. Sofern § 14 MStV nicht berufsmäßige Sportveranstalter betrifft, greift die Regelung in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Sie werden durch mögliche wirtschaftliche Folgen aber weniger beeinträchtigt als beruflich handelnde Sportveranstalter.¹⁸³ Art. 13 Abs. 1 GG ist betroffen, soweit § 14 MStV ein Zugangsrecht zu den Geschäftsräumen des Sportveranstalters gewährt.¹⁸⁴ Je weiter die Räume jedoch nach außen offen und für die Aufnahme sozialer Kontakte bestimmt sind, desto schwächer wird der Schutz.¹⁸⁵ Betroffen ist außerdem das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG der betroffenen Sportler in seiner Ausprägung als Recht am eigenen Bild.¹⁸⁶ Eine Einschränkung des Rechts am eigenen Bild ist insbesondere zulässig, wenn es wie hier um Situationen mit öffentlichem

¹⁷⁸ Janßen, (Fn. 80), S. 92 ff.; Stettner, (Fn. 9), 1125 (1130); Urek, (Fn. 32), S. 144 ff.; Lerche/Ulmer, (Fn. 74), S. 27 ff.

¹⁷⁹ LT-Drs. NRW 11/2409, 11.

¹⁸⁰ BVerfGE 97, 228 (265).

¹⁸¹ Lauknen, (Fn. 77), 253 (254); Stettner, (Fn. 9), 1125 (1131).

¹⁸² BVerfGE 97, 228 (265); Holznagel, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, MMR 1998, 202 (212); Stettner, (Fn. 9), 1125 (1131).

¹⁸³ BVerfGE 97, 228 (263 f.); Dittl, (Fn. 17), S. 158.

¹⁸⁴ BVerfGE 97, 228 (265); Janßen, (Fn. 80), S. 172 f.

¹⁸⁵ BVerfGE 97, 228 (266); Beck, (Fn. 16), S. 163 f.

¹⁸⁶ BVerfGE 97, 228 (268).

Charakter geht.¹⁸⁷ Der Schutz dieser Grundrechte wirkt hier nicht stärker als der des Art. 12 Abs. 1 GG. Aus den gleichen Gründen sind die Grundrechtseingriffe daher gerechtfertigt.

Das BVerfG prüft auch die Vereinbarkeit mit der Rundfunkfreiheit. Hierbei geht es um die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit.¹⁸⁸ Dabei beruft es sich wie schon bei Art. 12 Abs. 1 GG darauf, dass die Regelung die Ziele des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in Gestalt der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht fördert.¹⁸⁹ Folglich handelt es sich um eine verfassungskonforme Ausgestaltung.

III. Ergebnis

Die Länderkompetenz für das Kurzberichterstattungsrecht hat das BVerfG zu Recht angenommen. Die Regelung ist mit den Grundrechten, insbesondere der Berufsfreiheit vereinbar. § 14 MStV ist formell und materiell verfassungsgemäß. Entgegen der Auffassung des BVerfG wäre aber auch eine unentgeltliche Ausgestaltung verfassungskonform möglich.

D. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Im Unionsrecht finden sich Regelungen zum Kurzberichterstattungsrecht in der AVMD-RL. Der EuGH hat sich mit diesen Bestimmungen in einem Urteil aus dem Jahr 2013 beschäftigt. In der Folge stellt sich die Frage, ob die gegenwärtige Regelung in § 14 MStV mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

I. Regelungsinhalt der AVMD-RL

Die AVMD-RL enthält verschiedene Regelungen, die einen Rechtsrahmen für die Fernsehtätigkeit in der EU etablieren sollen (Erwgr. 4 AVMD-RL). Mit der Sicherung von Meinungsvielfalt und Medienpluralismus (Erwgr. 5, 48, 55 AVMD-RL) wird auf Aspekte Bezug genommen, die auch der Einführung des Kurzberichterstattungsrechts in Deutschland zugrunde lagen.

Art. 14 AVMD-RL ermöglicht den Mitgliedstaaten, eine Listenregelung für Ereignisse von besonderer Bedeutung vorzusehen, die in Deutschland mit § 13 MStV wahrgenommen wurde. Gem. Art. 15 Abs. 1 AVMD-RL werden die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Fernsehveranstaltern bei Ereignissen von großem öffentlichem Interesse die Kurzberichterstattung zu ermöglichen, wenn ein Fernsehveranstalter Exklusivrechte erworben hat. Im Gegensatz zur deutschen Regelung sieht Art. 15 Abs. 3 AVMD-RL vor, dass dazu kurze Ausschnitte aus dem Signal eines

¹⁸⁷ BVerfGE 97, 228 (269); Beck, (Fn. 16), S. 158.

¹⁸⁸ Holznapel, (Fn. 182), 202 (212).

¹⁸⁹ BVerfGE 97, 228 (267).

Fernsehsenders verwendet werden dürfen, der Exklusivrechte erworben hat (sog. „signal access“¹⁹⁰). § 14 MStV ermöglicht hingegen den Zugang zur Veranstaltung selbst (sog. „physical access“¹⁹¹). Der deutsche Gesetzgeber kann sich dabei auf Art. 15 Abs. 4 AVMD-RL stützen, der den Mitgliedstaaten erlaubt, alternativ ein gleichwertiges System einzurichten.¹⁹² Art. 15 Abs. 5 AVMD-RL gibt vor, dass die Ausschnitte nur in allgemeinen Nachrichtensendungen verwendet werden dürfen. Gem. Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL können die Mitgliedstaaten eine Pflicht zur Kostenerstattung vorsehen. Diese darf jedoch die unmittelbar mit der Gewährung des Zugangs verbundenen Kosten nicht übersteigen (Art. 15 Abs. 6 S. 2 AVMD-RL).

II. Das Urteil des EuGH zu Sky Österreich

Die Bestimmung zur Unentgeltlichkeit hat 2010 zu einem Rechtsstreit in Österreich geführt. Die Sky Österreich-GmbH (Sky) hatte Exklusivrechte für die Ausstrahlung der Europa League in Österreich erworben.¹⁹³ Die Kommunikationsbehörde Austria entschied auf Antrag des Österreichischen Rundfunks (ORF), dass Sky als Inhaberin der Exklusivrechte verpflichtet sei, für die Kurzberichterstattung dem ORF Zugang zum Satellitensignal zu verschaffen, ohne dafür ein Entgelt verlangen zu können, das die Kosten der Zugangsgewährung (hier: 0 €) übersteigt.¹⁹⁴ Der daraufhin angerufene Bundeskommunikationssenat hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Beschränkung auf Kostenersatz in Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL mit der Grundrechtecharta vereinbar ist.¹⁹⁵

1. Entscheidung des EuGH

Der EuGH prüft die Vereinbarkeit von Art. 15 AVMD-RL mit dem Eigentumsrecht aus Art. 17 Abs. 1 GRCh und der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRCh. Auf den Schutz des Art. 17 Abs. 1 GRCh könne sich der Inhaber von Exklusivrechten aber nicht berufen.¹⁹⁶ Aus dem Vertrag entstehe wegen Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL keine gesicherte Rechtsposition i.S.d. Art. 17 Abs. 1 GRCh, aufgrund derer er ein über die Kosten hinausgehendes Entgelt verlangen könnte.¹⁹⁷ Vielmehr wird das Übertragungsrecht von vornherein mit dem Kurzberichterstattungsrecht belastet erworben.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Naumann, (Fn. 59), 938 (940); Heermann, (Fn. 146), 176 (180).

¹⁹¹ Naumann, (Fn. 59), 938 (940); Wildmann/Castendyke, (Fn. 29), 75 (78).

¹⁹² Cornils, in: BeckOK InfoMedienR (Fn. 25), MStV § 14 Rn. 4.1; s. auch Erwgr. 56 AVMD-RL.

¹⁹³ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 16 – Sky Österreich.

¹⁹⁴ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 18 – Sky Österreich.

¹⁹⁵ Bundeskommunikationssenat, Beschluss v. 31.05.2011, GZ 611.003/0004-BKS/2011.

¹⁹⁶ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 40 – Sky Österreich.

¹⁹⁷ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 38 – Sky Österreich.

¹⁹⁸ Wagner, in: FS Dausen (Fn. 110), 475 (480).

Allerdings kommt ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh in Betracht, welcher die wirtschaftliche Betätigung selbständiger Unternehmer schützt.¹⁹⁹ Zum Schutzbereich des Art. 16 GRCh zählt der EuGH dabei auch die Vertragsfreiheit, welche die freie Wahl des Geschäftspartners sowie die Freiheit zur Bestimmung des Preises einer Leistung umfasse.²⁰⁰ Folglich liege ein Eingriff in Art. 16 GRCh vor, weil Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL es Inhabern von Exklusivrechten unmöglich mache, frei zu wählen, zu welchem Preis sie den Zugang zum Signal zum Zwecke der Kurzberichterstattung gewähren und es ihnen insbesondere verwehre, Fernsehveranstalter, die Kurzberichte senden, an den Kosten für die Übertragungsrechte zu beteiligen.²⁰¹

Klärungsbedürftig ist aber, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann und insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 52 Abs. 1 GRCh) gewahrt ist. Wie das BVerfG sieht der EuGH den Zweck der Kurzberichterstattung im Zugang zu Informationen über bedeutende Ereignisse und der Sicherung vielfältiger Berichterstattung.²⁰² Beide Aspekte sind durch Art. 11 Abs. 1, 2 GRCh geschützt, worauf Erwgr. 48 und 55 AVMD-RL Bezug nehmen. Folglich sieht der EuGH in der Verwirklichung der Freiheiten des Art. 11 GRCh ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel.²⁰³ Mit Blick auf die Erforderlichkeit zieht der EuGH die Regelung einer Kostenerstattung, die über die Kosten für den Zugang zum Signal hinausgeht, als milderes Mittel in Betracht.²⁰⁴ So könnten jedoch weniger finanzstarke Fernsehsender von der Wahrnehmung der Kurzberichterstattung abgehalten werden.²⁰⁵ Diese weniger belastende Maßnahme sei nicht gleich geeignet, das verfolgte Ziel zu erreichen, sodass der EuGH auch die Erforderlichkeit bejaht.²⁰⁶ Schließlich prüft der Gerichtshof, ob die Regelung einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Positionen aus Art. 11 und Art. 16 GRCh herbeiführt. Von Bedeutung sei dafür, dass die Kurzberichterstattung nur im Rahmen von allgemeinen Nachrichten-, nicht jedoch für die wirtschaftlich bedeutenderen Unterhaltungssendungen verwendet werden dürfe.²⁰⁷ Außerdem trage die zeitliche Begrenzung auf grundsätzlich 90 Sekunden (Erwgr. 55 AVMD-RL) den Interessen der Rechtsinhaber Rechnung.²⁰⁸ Durch Angabe der Quelle des Materials (Art. 15 Abs. 3 AVMD-RL) seien schließlich sogar positive Werbeeffekte

¹⁹⁹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Aufl. 2022, EU-GRCharta Art. 16 Rn. 1.

²⁰⁰ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 42 f. – Sky Österreich.

²⁰¹ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 44 – Sky Österreich.

²⁰² EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 51 – Sky Österreich.

²⁰³ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 52 – Sky Österreich.

²⁰⁴ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 54 – Sky Österreich.

²⁰⁵ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 55 – Sky Österreich.

²⁰⁶ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 55 ff. – Sky Österreich.

²⁰⁷ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 62 – Sky Österreich.

²⁰⁸ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 63 – Sky Österreich.

zugunsten des Exklusivrechteinhabers möglich.²⁰⁹ Insgesamt hält der EuGH die Regelung mithin für verhältnismäßig und mit Art. 16 GRCh vereinbar.²¹⁰

2. Stellungnahme

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Regelung in Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL kann grundsätzlich auf die Ausführungen zu § 14 MStV verwiesen werden. Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich der europäischen Regelung enger ist, weil Kurzberichte nur in allgemeinen Nachrichtensendungen gezeigt werden dürfen. Damit besteht noch weniger eine Konkurrenzsituation zu der Übertragung des Erstverwerters als nach der deutschen Regelung und damit eine geringere Beeinträchtigung.²¹¹ Der EuGH stellt folglich zutreffend darauf ab, dass die in Art. 15 AVMD-RL vorgesehenen Beschränkungen für Kurzberichte den Unterhaltungswert der Übertragungen minimieren. Durch eine über den Kostenersatz hinausgehende Entgeltspflicht sieht der EuGH die Gefahr, vor allem kleine Sender von der Berichterstattung abzuhalten und damit das Ziel der vielfältigen Berichterstattung zu unterlaufen. Der EuGH widerspricht somit indirekt der Annahme des BverfG, die Zahlung eines Entgelts sei für die Sender regelmäßig zumutbar.²¹² Vielmehr stellt der EuGH anders als das BverfG darauf ab, dass eine unentgeltliche Ausgestaltung den verfolgten Zweck der Medienpluralität besser fördert. Die Lösung des EuGH überzeugt. Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL verstößt nicht gegen Unionsgrundrechte.

III. Konsequenzen des Urteils

Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL ist mit primärem Unionsrecht vereinbar. Der EuGH kommt mit seinem Urteil hinsichtlich der Unentgeltlichkeit zu einem anderen Ergebnis als das BverfG. Die Begrenzung auf Ersatz der Kosten für die Zugangsgewährung steht im Widerspruch zu § 14 Abs. 7 S. 1 MStV, wonach auch ein billiges Entgelt verlangt werden kann.²¹³ Zwar ermöglicht Art. 15 Abs. 4 AVMD-RL die Schaffung eines gleichwertigen Systems; an genau dieser „Gleichwertigkeit“ fehlt es aber, wenn eine Entgeltspflicht besteht.²¹⁴ Bereits der Wortlaut des Art. 15 Abs. 6 S. 1 AVMD-RL („Unbeschadet der Absätze 1 bis 5“) legt fest, dass auch beim „physical access“ nur die Kosten für den Zugang ersetzt verlangt werden können.²¹⁵ Die Entscheidung des EuGH lässt sich somit auf § 14 MStV übertragen. Der deutsche

²⁰⁹ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 63 – Sky Österreich.

²¹⁰ EuGH, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 66 ff. – Sky Österreich.

²¹¹ Dittl, (Fn. 17), S. 204 f.

²¹² Dittl, (Fn. 17), S. 209.

²¹³ Cornils, in: BeckOK InfoMedienR (Fn. 25), MStV § 14 Rn. 28.1; Naumann, (Fn. 59), 938 (940).

²¹⁴ Naumann, (Fn. 59), 938 (940 f.).

²¹⁵ Naumann, (Fn. 59), 938 (941); Heermann, (Fn. 146), 176 (180).

Gesetzgeber hat Art. 15 AVMD-RL hinsichtlich der Unentgeltlichkeit unzureichend umgesetzt.²¹⁶

1. Richtlinienkonforme Auslegung

Fraglich ist, ob § 14 MStV richtlinienkonform ausgelegt werden kann. Ein nationales Gericht hat aufgrund von Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV die Normen eines Mitgliedstaats, die in Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden sind, stets anhand des Wortlauts und Zwecks der Richtlinie auszulegen.²¹⁷ Das gilt auch für Vorschriften, die (wie ursprünglich § 5 RStV) bereits vor der Richtlinie erlassen wurden.²¹⁸ Insofern könnte man erwägen, § 14 MStV im Anwendungsbereich der Richtlinie restriktiv so auszulegen, dass nur ein Ersatz der tatsächlich angefallenen Kosten, nicht aber ein darüber hinausgehendes Entgelt verlangt werden kann. Wie die verfassungskonforme Auslegung findet aber auch die richtlinienkonforme Auslegung ihre Grenzen im Wortlaut.²¹⁹ Der eindeutige Wortlaut des § 14 Abs. 7 S. 1 MStV spricht vom „billigen Entgelt“, während der Anspruch auf Kostenersatz bereits in § 14 Abs. 6 MStV geregelt ist. Eine Beschränkung auf die Kostenersatzung würde auf die Nichtanwendung von § 14 Abs. 7 S. 1 MStV hinauslaufen. Folglich stehen Wortlaut und Systematik einer richtlinienkonformen Auslegung entgegen.²²⁰

In Betracht kommt daher nur eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung. Die Gerichte müssen alle nach nationaler Dogmatik bestehenden Methoden ausschöpfen, um eine unionsrechtskonforme Lösung zu erreichen, wozu auch die Rechtsfortbildung zählt.²²¹ Danach kann eine richtlinienkonforme Lösung auch über den Wortlaut der Vorschrift hinaus erreicht werden, z.B. durch eine teleologische Reduktion.²²² Dies setzt eine planwidrige Unvollständigkeit der deutschen Regelung voraus.²²³ Unvollständig ist das Gesetz, wenn es nach seinem Wortlaut nicht mit

²¹⁶ *Neukamm/Brinkmann*, in: Binder/Vesting (Fn. 10), RStV § 5 Rn. 117.

²¹⁷ EuGH, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 Rn. 26 – Von Colson und Kamann; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 199), AEUV Art. 288 Rn. 78.

²¹⁸ *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 111; *Naumann*, (Fn. 59), 938 (941).

²¹⁹ BGH NJW 2009, 427 (428); *Tonikidis*, Grundzüge der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, JA 2013, 598 (603).

²²⁰ *Naumann*, (Fn. 59), 938 (941).

²²¹ EuGH, C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 Rn. 116 – Pfeiffer; *Brenncke*, Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung, EuR 2015, 440 (441); *Tonikidis*, (Fn. 219), 589 (603); *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, 2. Aufl. 2010, Kap. 4 Rn. 38.

²²² BGH NJW 2009, 427 (429); *Naumann*, (Fn. 59), 938 (941 f.).

²²³ BGH NJW 2009, 427 (429); *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Fn. 221), Kap. 4 Rn. 40.

der Richtlinie übereinstimmt.²²⁴ Hier widerspricht § 14 Abs. 7 S. 1 MStV explizit dem Inhalt von Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL. Seine Grenze findet die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung hingegen, wenn sie zu einer Rechtsfindung *contra legem* führt, d.h. wenn Wortlaut und Zweck der nationalen Regelung das Ziel der Richtlinie verbieten.²²⁵ Entscheidend ist, dass dabei der Wille des Gesetzgebers zur richtlinienkonformen Umsetzung prinzipiell dem mit der Norm verfolgten Ziel vorgeht.²²⁶

Teilweise wird gegen die Rechtsfortbildung geltend gemacht, dass es hier bereits an einer für die nationalen Gerichte bindenden Entscheidung des EuGH fehle, die grundsätzlich erforderlich sei.²²⁷ Der EuGH habe nur über die österreichische Regelung zum „signal access“ entschieden, sich aber nicht mit der Regelung des Art. 15 Abs. 4 AVMD-RL auseinandergesetzt.²²⁸ Gegen diese Auffassung spricht aber, dass Art. 15 Abs. 6 AVMD-RL unterschiedslos für die Systeme des „signal access“ und des „physical access“ gilt. Wenn man daher eine Geltung auch für das deutsche Regelungssystem annimmt, wäre es widersprüchlich, die Rechtsfortbildung allein wegen der fehlenden Rechtsprechung zum „physical access“ abzulehnen.

Gegen die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung lässt sich hier aber einwenden, dass der Gesetzgeber gar nicht explizit die Absicht hatte, Art. 15 AVMD-RL umzusetzen, sondern vielmehr davon ausging, die eigene Regelung in § 5 RStV genüge dafür bereits.²²⁹ Die Kurzberichterstattung findet daher in der Begründung zum 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag überhaupt keine Erwähnung.²³⁰ Außerdem stellte die Einführung der Entgeltregelung des früheren § 5 Abs. 7 RStV eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar.²³¹ Er nahm an, hiermit nach dem Urteil des BVerfG eine zwingende verfassungsrechtliche Vorgabe einzuhalten. Eine Rechtsfortbildung, die dem zuwiderläuft, könnte diesen Willen des Gesetzgebers unterlaufen und zu einer Rechtsfindung *contra legem* führen.

Allerdings würde man damit nicht ausreichend berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber durchaus eine richtlinienkonforme Regelung bezweckt hat, was er in der Gesetzesbegründung explizit betont.²³² Zwar findet sich keine Begründung explizit mit Blick auf das Kurzberichterstattungsrecht.²³³ Die Anforderungen an den

²²⁴ *Tonikidis*, (Fn. 219), 589 (604); *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann, (Fn. 221), Kap. 4 Rn. 40.

²²⁵ EuGH, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 Rn. 110 – Adeneler; *Tonikidis*, (Fn. 219), 589 (604); *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann, (Fn. 221), Kap. 4 Rn. 43.

²²⁶ BGH NJW 2009, 427 (429); *Brenncke*, (Fn. 221), 440 (449); *Tonikidis*, (Fn. 219), 589 (604).

²²⁷ So *Naumann*, (Fn. 59), 938 (942).

²²⁸ *Naumann*, (Fn. 59), 938 (942).

²²⁹ *Naumann*, (Fn. 59), 938 (942); anders war dies im Fall BGH NJW 2009, 427 (429).

²³⁰ Vgl. Begr. zum 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, LT-Drs. NRW 14/10436, S. 25 ff.

²³¹ *Naumann*, (Fn. 59), 938 (942).

²³² Begr. zum 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, LT-Drs. NRW 14/10436, S. 25.

²³³ Anders war dies im Fall BGH NJW 2009, 427 (429).

Willen des Gesetzgebers zur richtlinienkonformen Umsetzung werden aber niedrig angesetzt. Nach dem EuGH wird ein solcher Wille des Gesetzgebers regelmäßig sogar vermutet.²³⁴ Diese Vermutung gilt auch für Fälle, in denen das nationale Recht bereits vor der Richtlinie bestand, wenn der Mitgliedstaat davon ausgeht, dass es bereits vollständig der Richtlinie entspreche.²³⁵ Die Vermutungsregel kommt zur Anwendung, wenn der Gesetzgeber – wie hier – eine Richtlinie umsetzt, ohne sich zur Richtlinienkonformität einzelner Vorschriften zu äußern, da dann vermutet werden kann, dass er die Richtlinie insgesamt umsetzen wollte.²³⁶ Damit wird dem Grundsatz, dem Unionsrecht bestmögliche Geltung in den Mitgliedstaaten zu verschaffen (*effet utile*), gedient.²³⁷ Es ist daher unschädlich, dass der Gesetzgeber seinen Willen nicht konkret auf das Kurzberichterstattungsrecht bezogen hat.

Dafür lässt sich auch ins Feld führen, dass der Widerspruch zwischen § 5 RStV und Art. 15 AVMD-RL scheinbar in der juristischen Diskussion und vom Gesetzgeber übersehen wurde, die Lücke also planwidrig ist.²³⁸ Damit liegt der Ansicht des deutschen Gesetzgebers, bereits ein gleichwertiges System i.S.v. Art. 15 Abs. 4 AVMD-RL geschaffen zu haben, ein fehlerhaftes Verständnis der Richtlinie zugrunde.²³⁹ Gerade in diesem Fall der unbewusst richtlinienwidrigen Zielsetzung greift die Rechtsfortbildung, indem sie dem Willen zur richtlinienkonformen Umsetzung den Vorrang einräumt.²⁴⁰

Es erscheint somit überzeugender, die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung anzunehmen.²⁴¹ § 14 MStV ist im Anwendungsbereich der Richtlinie, also für Kurzberichterstattung im Rahmen allgemeiner Nachrichtensendungen, teleologisch zu reduzieren, sodass kein billiges Entgelt verlangt werden kann.

2. Praktische Folgen

Folge der Entscheidung des EuGH ist, dass der deutsche Gesetzgeber verpflichtet ist, die Entgeltspflicht in § 14 Abs. 7 S. 1 MStV für von der Richtlinie erfasste Fälle

²³⁴ EuGH, C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 Rn. 112 – Pfeiffer.

²³⁵ EuGH, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 Rn. 20 f. – Wagner Miret; *Brenncke*, (Fn. 221), 440 (448).

²³⁶ *Brenncke*, (Fn. 221), 440 (448 f.).

²³⁷ Vgl. EuGH, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 Rn. 48 – Küçükdeveci; *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedemann, (Fn. 221), Kap. 4 Rn. 7.

²³⁸ Übersehen z.B. von *Schulz*, Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, *EuZW* 2008, 107 (111); *Holtz-Bacha*, Von der Fernseh- zur Mediendiensterichtlinie, Die Neufassung der europäischen Fernsehregulierung, *Media Perspektiven* 2007, 113 (119).

²³⁹ *Naumann*, (Fn. 59), 938 (942).

²⁴⁰ *Brenncke*, (Fn. 221), 440 (449); vgl. *Herresthal*, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, *EuZW* 2007, 396 (400).

²⁴¹ So auch *Dittl*, (Fn. 17), S. 188 f.

zu streichen.²⁴² Für den deutschen Gesetzgeber besteht sonst die Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie.²⁴³ Sollte der deutsche Gesetzgeber hingegen die Entgeltspflicht streichen, könnte sich die Frage stellen, ob die Norm einer erneuten verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten würde. In der verfassungsrechtlichen Prüfung könnte man dann die Unionsgrundrechte und ihre Auslegung durch den EuGH im Fall *Sky Österreich* berücksichtigen.²⁴⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob das BVerfG heute noch einmal so wie 1998 entscheiden würde.

Dass Fernsehsender, die bisher aus Kostengründen auf Kurzberichte verzichtet haben, infolge der Entscheidung des EuGH unentgeltlich von dem Recht Gebrauch machen wollen, ist bisher nicht ersichtlich. Möglicherweise kann dies aber ihre Verhandlungsposition noch weiter verbessern.²⁴⁵

IV. Ergebnis

Ein unentgeltliches Kurzberichterstattungsrecht ist unionsrechtskonform. Die unentgeltliche Ausgestaltung ist verfassungsrechtlich möglich; infolge des EuGH-Urteils ist sie auch geboten. Bis zu einer Änderung von § 14 Abs. 7 S. 1 MStV ist die Norm unionsrechtskonform so zu reduzieren, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie nur Kostenersatz verlangt werden kann.

E. Fazit und Ausblick

Trotz des erstmals gesunkenen Preises für die Übertragungsrechte der Fußballbundesliga²⁴⁶ bleiben Sportübertragungsrechte für Veranstalter und Fernsehsender wirtschaftlich höchst bedeutsam. Dabei hat das ursprünglich wegen der begrenzten Reichweite privater Fernsehsender eingeführte Kurzberichterstattungsrecht auch im Jahr 2023 seine Funktion nicht vollständig verloren. Die Sicherung des Zugangs zu Informationen von allgemeiner Bedeutung und die Verhinderung von Informationsmonopolen durch vielseitige Berichterstattung sind immer noch wichtige Anliegen der Rundfunkfreiheit. Dabei spielt es keine Rolle, dass es beim Recht auf Kurzberichterstattung oftmals „nur“ um Sport geht, denn auch Sportveranstaltungen können eine wichtige gesellschaftliche Funktion wahrnehmen. Aufgrund dieser hochrangigen Interessen des Gemeinwohls stellt das Recht einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen Grundrechten von Sportveranstaltern, Exklusivrechteinhabern

²⁴² *Naumann*, (Fn. 59), 938 (945); *Heermann*, (Fn. 146), 176 (182); *Soldner/Engelhard*, Kehrtwende im Recht zur Kurzberichterstattung? Die Rechtsprechung des BVerfG auf dem Prüfstand des EuGH, *K&R* 2012, 488 (490); *Wildmann/Castendyke*, (Fn. 29), 75 (80).

²⁴³ *Naumann*, (Fn. 59), 938 (941); *Soldner/Engelhard*, (Fn. 242), 488 (490).

²⁴⁴ Vgl. BVerfGE 152, 152 (183) – Recht auf Vergessen I.

²⁴⁵ *Soldner/Engelhard*, (Fn. 242), 488 (490).

²⁴⁶ *Summerer*, in: *Fritzscheiler/Pfister/Summerer* (Fn. 5) Kap. 5 Rn. 177.

und sonstigen Fernsehsendern dar. Entgegen der Einschätzung des BVerfG ist dabei auch die unentgeltliche Ausgestaltung verfassungsgemäß. Das unentgeltliche Kurzberichterstattungsrecht hält der EuGH ebenfalls für einen angemessenen Kompromiss der verschiedenen Grundrechtspositionen. Die infolge der Entscheidung des BVerfG eingeführte Entgeltspflicht für Kurzberichte ist richtlinienwidrig und muss daher geändert werden. Es verwundert insofern etwas, dass die divergierende Rechtsprechung von BVerfG und EuGH bisher wenig beachtet wird.

Trotzdem ist zu erwarten, dass die Ausübung des Kurzberichterstattungsrechts auch zukünftig eher die Ausnahme bleiben wird. Für die Fernsehsender lohnt es sich häufig mehr, Übertragungsrechte oder Material eines Rechteinhabers zu erwerben. Völlig sinnlos ist das Recht aber nicht. Es verbessert die Verhandlungsposition von Fernsehsendern beim Erwerb der Übertragungsrechte und dient so zumindest mittelbar den verfolgten Zielen.

E-Sport und Recht – Ein Überblick

Markus Meyer*

A. Einführung

In Stockholm kamen 24 Teams zusammen, um im Rahmen eines Wettkampfes zu ermitteln, wer der neue Weltmeister werden wird. 14.000 Zuschauer schauten sich das Finale in der ausverkauften Arena an und über 2,7 Millionen weitere sahen die Live-Übertragung dieses Spiels.¹ Was klingt wie das Finalturnier der Handballweltmeisterschaft, ist in Wahrheit das Finale des Major-Turniers des Videospieles *Counter Strike: Global Offensive (CS:GO)*, bei dem ein Preisgeld von 2.000.000 USD an die teilnehmenden Teams ausgeschüttet wurde.² Damit sind jedoch die Rekorde des E-Sports nicht im Ansatz erreicht: Das höchste Preisgeld aller Zeiten für ein einzelnes Turnier wurde im Rahmen des *Dota 2*-Turniers „The International“ ausgeschüttet,

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht von Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler (†) an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Noack, Zuschauerrekord und simplen erfüllter Traum, esports.com, 9.11.2021, <https://beck-link.de/zw473> (zul. abger. am 10.1.2024).

² Engelbrecht, CS:GO: PGL Major Stockholm – Status Quo der WM, sport1.de, 3.11.2021, <https://beck-link.de/f8npc> (zul. abger. am 10.1.2024).

das im Jahr 2021 zum mittlerweile zehnten Mal stattfand. Es belief sich auf insgesamt über 40.000.000 USD.³ Den Zuschauerrekord hält das Finale der „2018 World Championship“ in *League of Legends (LoL)* mit über 205 Millionen Zuschauern.⁴ Zum Vergleich: Im gleichen Jahr schauten bei der Fußball-Weltmeisterschaft im Durchschnitt 191 Millionen Menschen zu.⁵

Die dargestellten Zahlen verdeutlichen, dass E-Sport längst nicht mehr nur Nischenphänomen für leidenschaftliche Computerspieler, sondern über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten⁶ zu einem Unterhaltungsprodukt für die breite Masse herangewachsen ist.⁷ Mit der wachsenden Reichweite des E-Sport hat auch seine Bedeutung als Wirtschaftsbranche immer weiter zugenommen.⁸ Prognosen gehen davon aus, dass der Umsatz dieser Branche im Jahr 2025 in Deutschland auf 163.000.000 € anwachsen wird.⁹ Damit würde der E-Sport jeweils die Basketball-Bundesliga, Deutsche Eishockey-Liga und Handball-Bundesliga übertreffen.¹⁰

In anderen Teilen der Welt hat man dieser Entwicklung bereits Rechnung getragen. Bei den sog. Asienspielen, einer vom Olympischen Rat Asiens ausgerichteten Veranstaltung mit zahlreichen sportlichen Wettkämpfen olympischen Charakters, war 2022 erstmals der E-Sport als vollwertige Disziplin vertreten.¹¹ In acht verschiedenen Videospiele verschiedenster Genres, darunter neben der Fußballsimulation *FIFA* auch die MOBA-Games *League of Legends* und *Dota 2*, der First-Person-Shooter *PUBG* sowie das Fighting Game *Street Fighter*, kämpften die Teilnehmer um Medaillen.¹² Allerdings muss man gar nicht bis nach Asien schauen, um E-Sport inmitten des organisierten Sports wiederzufinden: So hat bspw. Dänemark eine

³ *Bonifacio*, TI10 Prize Pool: 1st place Grand Prize of \$18.2 Million, largest in Esports History, esports.gg, 1.10.2021, <https://beck-link.de/psty8> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁴ *Ziegler*, eSports stärker als der Super Bowl, sport1.de, 7.11.2018, <https://beck-link.de/vtxm7> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁵ FIFA, 2018 FIFA World Cup Russia: Global Broadcast and Audience Executive Summary, fifa.com, <https://beck-link.de/7784t> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 12.

⁶ Einen Überblick über die historische Entwicklung des E-Sport geben *V. Frey*, in: *Frey*, eSport und Recht, 2021, § 1 Rn. 11 ff. sowie *Breuer/Görlich*, in: *Breuer/Görlich*, E-Sport, 1. Aufl. 2020, 3 ff.

⁷ So auch *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 1 Rn. 4; *D. Frey*, eSports – Rechtsfragen eines komplexen Ökosystems im Überblick, SpuRt 2018, 2; *Baumann*, E-Sport – Die Zukunft der Sportunterhaltung ist digital, Wirtschaftsführer für junge Juristen 2018, 47 (49).

⁸ *Holzhäuser/Bagger/Schenke*, Ist E-Sport „echter“ Sport?, SpuRt 2016, 94; *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 1 Rn. 4; *Hentsch*, Die Urheberrechte der Publisher bei eSport. Vertragliche Ausgestaltung der Rechteeinräumung bei Computerspielen, MMR-Beilage 2018, 3.

⁹ PwC, German Entertainment and Media Outlook 2021-2025, pwc.de, <https://beck-link.de/s38pa> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 166.

¹⁰ *Mittweg*, eSport überholt DEL, BBL und HBL, kicker.de, 16.8.2018, <https://beck-link.de/t4p3a> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹¹ *Venkat*, Asian Games 2022: Esports to make debut; FIFA, PUBG, Dota 2 among eight medal events, olympics.com, 9.9.2021, <https://beck-link.de/cy2bm> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹² Ebd.

staatliche E-Sport-Strategie etabliert, um die Schaffung einer nachhaltigen E-Sport-Infrastruktur staatlich zu fördern¹³ und problematische Aspekte wie etwa das Cheating zu regulieren.¹⁴ Auch andere europäische Länder, namentlich Schweden, die Niederlande, das Vereinigte Königreich, Bulgarien und Frankreich, haben E-Sport bereits als Sport anerkannt.¹⁵

Trotz der enormen Bedeutung, die der E-Sport mittlerweile erreicht hat, sind bei seiner sportrechtlichen Bewertung aus deutscher Sicht noch einige Fragen ungeklärt. Eine staatliche Anerkennung hat trotz anderslautendem politischen Willen¹⁶ nicht stattgefunden.¹⁷ Ein wichtiger Aspekt dieser Ausarbeitung soll daher sein, in welchen Bereichen in Deutschland bestehende sportrechtliche Strukturen auf den E-Sport angewendet bzw. übertragen werden können. Im Zentrum steht dabei die Frage, ob es sich um Sport im rechtlichen Sinne handelt. Allerdings wird in Zukunft auch der erhebliche Einfluss der Publisher auf die Wettbewerbsintegrität und wie man diesen einhegen kann eine wichtige Rolle spielen. Dazu gilt es zu identifizieren, wo es Handlungsbedarf seitens der Akteure im E-Sport oder gar des Staates gibt.

B. Was ist E-Sport?

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu klären, was überhaupt unter dem Begriff „E-Sport“ zu verstehen ist. Dem direkten Wortsinn nach ist E-Sport eine Abkürzung für „Elektronischer Sport“.¹⁸ Gemeint ist zunächst einmal das Spielen

¹³ *Nothelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, FAZ Einspruch, 5.10.2020, <https://beck-link.de/244n4> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁴ *Chen*, Dänemark treibt eSports-Entwicklung weiter voran, esports.com, 8.5.2019, <https://beck-link.de/t7ekc> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁵ *Hövermann*, Ist E-Sport echter Leistungssport oder nicht?, barmer.de, 1.8.2023, <https://beck-link.de/2hvx5> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁶ In dem 2018 geschlossenen Koalitionsvertrag der letzten Bundesregierung zwischen CDU, CSU und SPD hieß es: „Da E-Sport wichtige Fähigkeiten schult, die nicht nur in der digitalen Welt von Bedeutung sind, Training und Sportstrukturen erfordert, werden wir E-Sport künftig vollständig als eigene Sportart mit Vereins- und Verbandsrecht anerkennen und bei der Schaffung einer olympischen Perspektive unterstützen.“, <https://beck-link.de/63p8c> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 48; Auch die aktuelle Bundesregierung hat daran trotz entgegenstehender Bekundungen, s. Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP, <https://beck-link.de/xk73x> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 123, noch nichts geändert.

¹⁷ *Kirchbain/Unger*, Mehr Fortschritt wagen – was der Gesetzgeber im Gemeinnützigkeitsrecht reformieren sollte, DStR 2023, 1281 (1282 f.); *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rn. 291.

¹⁸ *Daum*, E-Sport – Eine Definition, SpoPrax 2023, 96 (97); *Röglin*, E-Sport im deutschen Profifußball, 2020, S. 23; *Wiencke*, E-Sport und Sport als Arbeit im Rechtssinne SpoPrax 2021, 280; *Nothelfer*, Das deutsche eSport-Visum (Teil I). Eine kritische Analyse des § 22 Nr. 5 BeschV, LR 2020, 266 Rn. 1; *Jagnow/Baumann*, eSport aus verbandlicher Perspektive. Rechtsbegriff, Regulierungspraxis und

von Computer- und Videospielen.¹⁹ Dabei beschränkt sich E-Sport keineswegs nur auf Sportsimulationen wie *FIFA*, sondern wird in den verschiedensten Genres praktiziert.²⁰ Auf ein umgangssprachliches Verständnis kann man – anders als beim herkömmlichen Sport²¹ – nicht zurückgreifen, weil ein solches in der breiten Bevölkerung (noch) nicht existiert.²²

Eine Normierung des Begriffs findet sich nur in § 22 Nr. 5 BeschV, einer Norm besonderen Berufsgruppen, etwa E-Sportlern, den Erhalt eines Aufenthaltstitel erleichtert, sowie in § 15 Abs. 3 RennwLottDV, der zum Zwecke der Regulierung von Sportwetten den E-Sport mit anderen Sportarten gleichsetzt. Die erst 2020 in § 22 BeschV eingefügte Nr. 5²³ verdeutlicht die rechtliche Relevanz des E-Sport.²⁴ Allerdings kann das Verständnis aus der BeschV nicht ungeprüft auf sämtliche im Folgenden zu besprechende Regelungsmaterien übertragen werden. Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist nämlich zu beachten, dass unterschiedliche Gesetze unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen, weshalb ggf. unterschiedliche Bedeutungen eines Begriffs zugrunde gelegt werden müssen.²⁵ Der Begriff aus der BeschV kann somit zunächst nur aufenthaltsrechtlich verstanden werden.²⁶

Trotzdem ist interessant, dass der Ordnungsgeber sich die Definition des e-Sport-Bund Deutschland (ESBD) – scheinbar ungeprüft²⁷ – ausdrücklich zu eigen

aktuelle rechtliche Herausforderungen, MMR-Beilage 2018, 12 (13); *Kainz/Haupt/Werner/Seitz*, „e-Sport“: Mehr als nur eine momentane Spielerei, CaS 2018, 153 (154); *Falk/Puppe*, in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 36.

¹⁹ *Jagnow/Baumann*, (Fn. 18), 12 (13); *Holzhäuser/Bagger/Schenk* (Fn. 8), 94; *D. Frey* (Fn. 7), 2; *Brška*, eSport: Die Spiele beginnen – Welche Rechtsfragen sind zu klären?, GRUR-Prax 2017, 500.

²⁰ *Nothelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, FAZ Einspruch, 5.10.2020, <https://beck-link.de/244n4> (zul. abger. am 10.1.2024).

²¹ *Fadl*, Der Einfluss von E-Sport zur Steigerung des kundenwertbasierten Nutzungsverhaltens von Videospiclern, 2021, S. 15; *Perron*, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c-265e StGB) – gelungene Gesetzgebung oder überflüssiges Strafrecht?, JuS 2020, 809 (811); *A. Fischer*, Die Legitimität des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB), 2020, S. 195; *Nothelfer/Petschinka*, Das Versäumnis des Gesetzgebers in der Causa eSport und dessen Auswirkungen auf die Praxis, SpoPrax 2021, 26 (27).

²² *Ruppert*, Drei Tage wach? Zur Strafbarkeit von Doping im eSport, SpuRt 2020, 106 (107).

²³ Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverordnung und der Aufenthaltsverordnung v. 23.03.2020, BGBl. I S. 655 m.W.v. 01.04.2020.

²⁴ *Maties*, in: *Maties*, eSport-Recht, 2020, 20; *Nothelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 54.

²⁵ *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 113 ff.; *ders.*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 8 Rn. 17; *Larenz*, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 333; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 203; *Holzke*, Der Begriff des Sports im deutschen und europäischen Recht, 2001, S. 66 f.

²⁶ *Kurt/Nothelfer*, Die Anwendbarkeit des technischen Arbeitsschutzrechts bei spielbezogenen e-Sport-Tätigkeiten, RdA 2020, 211 (211 f.); *Maties*, in: *Maties* (Fn. 24), 28.

²⁷ So auch *Nothelfer*, Das deutsche eSport-Visum (Teil II). Eine kritische Analyse des § 22 Nr. 5 BeschV, LR 2020, 276 Rn. 2; *ders./Petschinka* (Fn. 21), 26; *Maties*, in: *Maties* (Fn. 24), 28.

macht,²⁸ der somit als „zuständiger Spitzenverband“ i.S.d. § 22 Nr. 5 lit. c) BeschV fungieren soll.²⁹ Der ESBd definiert E-Sport als den „[...] unmittelbaren Wettkampf zwischen menschlichen Spieler/innen unter Nutzung von geeigneten Video- und Computerspielen an verschiedenen Geräten und auf digitalen Plattformen unter festgelegten Regeln. Der Vergleich der sportlichen Leistung im eSport bestimmt sich aus dem Zusammenwirken einer zielgerichteten Bedienung der Eingabegeräte in direkter Reaktion auf den dargestellten Spielablauf bei gleichzeitiger taktischer Beherrschung des übergreifenden Spielgeschehens. Bezugsobjekt der sportlichen Tätigkeit sind Videospiele, die in ihrem Aufbau und ihrer Wirkungsweise den Anforderungen an die sportliche Leistungsvermittlung genügen, den Spielerfolg nicht überwiegend dem Zufall überlassen und einen reproduzierbaren Spielrahmen zum Vergleich der Leistung zwischen den Spieler/innen bieten.“³⁰

Wenngleich diese Definition nicht einfach übernommen werden kann, kann sie jedoch – auch wenn sie selbst unter E-Sportlern umstritten ist³¹ – als Auslegungshilfe dienen und Ausgangspunkt dafür sein, sich der Frage zu nähern, was E-Sport tatsächlich ausmacht.³² Auch wenn in den unterschiedlichen Bereichen des Rechts eine genaue Begriffsdefinition je nach dem telos der Regelungsmaterie ausdifferenziert werden muss, so lassen sich als Ausgangspunkt für diese Ausarbeitung folgende Grundelemente eines E-Sportbegriffs herauskristallisieren:

Es bedarf (1) der motorischen Leistung eines Spielers am Eingabegerät, welche (2) in Reaktion auf die Bild- und Tonausgabe eines Videospieles und (3) bei gleichzeitiger, gedanklicher Beherrschung des Spielablaufs (4) zu einem Wettkampf zwischen den menschlichen Spielern führt, wobei (5) der Spielverlauf nicht maßgeblich vom Zufall abhängen darf.³³

²⁸ BR-Drs. 110/20, S. 27.

²⁹ *Nothelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, FAZ Einspruch, 5.10.2020, <https://beck-link.de/244n4> (zul. abger. am 10.1.2024).

³⁰ ESBd, Verbandliche Definition des eSports durch Beschluss der Mitgliederversammlung v. 26.10.2018, <https://beck-link.de/rm3ky> (zul. abger. am 10.1.2024); krit. gegenüber dieser Definition *Nothelfer* (Fn. 27), 276 Rn. 1 f., der sie für zu eng hält.

³¹ *Maties*, in: *Maties* (Fn. 24), 31

³² *Bagger von Grafenstein/Feldgen*, Fördert eSport die Allgemeinheit? Aufnahme des eSports als gemeinnützigen Zweck im Rahmen des § 52 Abs. 2 Nr. 21 AO sowie ausgewählte Fragestellungen der Besteuerung von eSportlern, DStZ 2019, 325 (327); *Maties*, in: *Maties* (Fn. 24), 31; für eine weite Definition etwa *Daum* (Fn. 18), 96 (98).

³³ *Kurt/Nothelfer*, (Fn. 26), 211 (211 f.); *Wiencke* (Fn. 18), 280; *Jagnow/Baumann* (Fn. 18), 12 (14); *Nothelfer/Schlotthauer* in: *Breuer/Görlich* (Fn. 6), 54; *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA 2019, 865 (865 f.); *Nothelfer* (Fn. 27), 276 Rn. 3; wohl auch *Maties*, in: *Maties* (Fn. 24), 34.

C. E-Sport als Sport im rechtlichen Sinne

Nunmehr stellt sich die Frage, ob sich E-Sport rechtlich als Sport einordnen lässt. Auch für den Begriff des herkömmlichen Sports gibt es keine einheitliche Definition.³⁴ Es bestehen in Deutschland dabei grundsätzlich zwei Möglichkeiten eine Betätigung als Sport anerkennen zu lassen:³⁵ Zum einen die Anerkennung durch den Staat i.R.d. Bejahung der steuerrechtlichen Frage, ob E-Sport als gemeinnütziger Zweck i.S.d. Abgabenordnung anerkannt werden kann. Zum anderen die Anerkennung als Sport durch den Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB).

I. Steuerrechtliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit

Zum einen regeln die §§ 51 ff. AO die sog. steuerbegünstigten Zwecke: Unter anderem können einer Körperschaft Steuervergünstigungen zukommen, wenn sie ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke verfolgt. Die Anordnung der jeweiligen Vergünstigung erfolgt in den entsprechenden Einzelsteuergesetzen.³⁶ Unter Umständen wäre die Anerkennung des E-Sports durch die Finanzverwaltung als Sport i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO denkbar. Ob eine bestimmte Körperschaft gemeinnützige Zwecke verfolgt, ist immer eine Frage des Einzelfalls.³⁷ Insbesondere muss gem. § 52 Abs. 2 S. 1 AO auch die Förderung der Allgemeinheit i.S.d. § 52 Abs. 1 AO vorliegen. Insoweit lässt sich die Frage, ob E-Sport die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, am Fall des ESBD, der „die Förderung des eSport“ bezweckt,³⁸ diskutieren.

1. E-Sport als Sport i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO

Dem Leipzig eSports e.V. ist es als erstes gelungen, von der Finanzverwaltung als gemeinnützig anerkannt zu werden.³⁹ Diese Anerkennung beruht jedoch nicht da-

³⁴ Pusch, in: Frey (Fn. 6), § 4 Rn. 1; Pfister/Fritzweiler, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 17), Einf. Rn. 1; Jagnow/Baumann (Fn. 18), 12 (13); Holzhäuser/Bagger/Schenke (Fn. 8), 94.

³⁵ Lambert, Kann denn „e-Sport“ Sport sein?, CaS 2017, 119 (29); wohl auch Bagger von Grafenstein, eSport: Welche Vor- und Nachteile bringt eine rechtliche Qualifizierung als Sport mit sich?. Folgen einer Aufnahme im DOSB, MMR-Beilage 2018, 20 (21).

³⁶ Koenig, in: Koenig, Abgabenordnung, 4. Aufl. 2021, § 51 Rn. 7; Gersch, in: Klein, Abgabenordnung, 16. Aufl. 2022, § 51 Rn. 1; Heintzen, in: Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2022, § 51 Rn. 1; Eine Aufzählung der einzelnen Anordnungen ist zu finden bei Gersch, in: Klein, Abgabenordnung, 16. Aufl. 2022, § 51 Rn. 2.

³⁷ Gersch, in: Klein (Fn. 36), § 52 Rn. 84; Koenig, in: Koenig (Fn. 36), § 52 Rn. 19.

³⁸ S. § 3 Nr. 2 der Satzung des eSport-Bund Deutschland e.V., esportbund.de, <https://beck-link.de/a77mm> (zul. abger. am 10.1.2024).

³⁹ ESBD, Erster reiner eSport-Verein als gemeinnützig anerkannt, esportbund.de, 21.12.2017, <https://beck-link.de/4r6ka> (zul. abger. am 10.1.2024).

rauf, dass die Aktivitäten des Vereins als „Förderung des Sports“ i.S.d. AO eingeordnet wurden, sondern sich der Verein vielmehr mit der „Förderung der Jugendhilfe“ i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AO beschäftigt.⁴⁰

Möglicherweise lässt sich aber die Betätigung eines Verbandes im Bereich des E-Sport bereits unter die „Förderung des Sports“ i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO fassen.⁴¹ Der BFH definiert Sport als „Betätigungen, die die allgemeine Definition des Sports erfüllen und der körperlichen Ertüchtigung dienen. Vorauszusetzen ist dabei eine körperliche, über das ansonsten übliche Maß hinausgehende Aktivität, die durch äußerlich zu beobachtende Anstrengungen oder durch die einem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung gekennzeichnet ist.“⁴² Diese Definition ist in der Literatur allgemein auf Zustimmung gestoßen⁴³

⁴⁰ *Fischer*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 31; *Pusch*, Trennt „eSport“ und Sport nur ein Vokal?, npoR 2019, 53 (55); *Bagger von Grafenstein/Feldgen* (Fn. 32), 325 (332).

⁴¹ Dies bejahend *Maties/Nothelfer*, Die Zulässigkeit von Online-Wetten auf eSport-Ereignisse, ZfWG 2021, 128 (130); *Bagger von Grafenstein/Feldgen* (Fn. 32), 325 (328); *Mebner/Skistims*, eSport und Gemeinnützigkeit, ZStV 2021, 37 (39 f.); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (122 f.); *Wiencke* (Fn. 18), 280 (280 f.); *Nothelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 55 f.; a.A. *Fischer*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 44; *ders.*, Zur Gemeinnützigkeit des eSports – game over?, npoR 2020, 61 (66); *ders.*, Gemeinnützigkeit und Zeitgeist, DStR 2018, 1394 (1396 f.); *ders.*, in: Hofmann, Das Phänomen E-Sport, 2020, 146; *Marx*, Gemeinnützigkeit des Sports, 2021, S. 65 ff.; *Pusch* (Fn. 40), 53 (55 f.); *Gersch*, Kann eSport gemeinnützig sein?, AO-StB 2020, 22 (23); *Hüttermann*, in: Hüttermann, Gemeinnützigkeitsrecht und Spendenrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 3.142; wohl auch *Leisner-Eigensperger*, Shrinking spaces für den Dritten Sektor: Reformbedarf zur Abgabenordnung, ZStV 2019, 205 (208).

⁴² BFH, DStRE 2019, 165 Rn. 30; BFH, DStRE 2017, 879 Rn. 28; ähnlich bereits BFH/NV 1987, 705 Rn. 10 ff und BFH, BStBl II 1979, 495.

⁴³ *Koenig*, in: Koenig (Fn. 36), § 52 Rn. 54; *Alber*, in: Winheller/Geibel/Jachmann-Michel, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, 2. Aufl. 2020, § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO Rn. 4; *Gersch*, in: Klein (Fn. 36), § 52 Rn. 82; *dies.* (Fn. 41), 22 (23); *Alvermann*, in: Frey (Fn. 6), § 28 Rn. 6; *ders.*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 16; *Fischer*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 44; *ders.* (Fn. 41), 61 (66); *Maties*, in: Maties (Fn. 24), 48; *Mebner/Skistims* (Fn. 41), 37 (39); *Nothelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 53; *Pusch*, in: Vieweg, Erlanger Sportrechtstagungen 2018 und 2019, 2021, 247.

und nicht zwangsläufig deckungsgleich mit einer sportwissenschaftlichen Definition⁴⁴. Gleichwohl gibt es doch gewisse Gemeinsamkeiten zwischen beiden Definitionsansätzen.⁴⁵ Entscheidend für die juristische Beurteilung ist aber eine juristische Definition.⁴⁶

a) Körperliche, über das ansonsten übliche Maß hinausgehende Aktivität

Der BFH fordert eine körperliche, über das ansonsten übliche Maß hinausgehende Aktivität, die unter anderem durch die einem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung gekennzeichnet sein kann.⁴⁷ Die Tatbestandsalternative der äußerlich zu beobachtenden Anstrengungen kommt für die Beurteilung des E-Sport wohl nicht in Betracht. Interessant ist jedoch das Erfordernis einer Kunstbewegung, die dem persönlichen Können zurechenbar ist. Auch wenn er dieses Merkmal an keiner Stelle weiter präzisiert hat,⁴⁸ lässt die Feststellung des Gerichts in der IPSC-Entscheidung, dass die „präzise Schussabgabe“ als Kunstbewegung einzuordnen sei,⁴⁹ gewisse Schlüsse zu. Es dürften demnach generell präzise oder filigrane Bewegungen, die nur durch andauerndes Training kontinuierlich durchgeführt werden können, als dem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegung einzuordnen sein.⁵⁰ Beim E-Sport ist nun fraglich, ob in der Bedienung von Eingabegeräten eine solche zu erkennen ist.⁵¹ Dabei können nicht alle Spieletitel gemeinsam betrachtet werden, sondern es ist an dieser Stelle eine erste Differenzierung nach den motorischen Anforderungen des jeweiligen Spiels notwendig.⁵²

So ist anzuerkennen, dass Spiele wie z.B. *Hearthstone* starke Ähnlichkeit mit analogen Kartenspielen haben, denen der BFH regelmäßig die Anerkennung als Sport versagt hat.⁵³ Hier kommt es nicht darauf an, dass ein Spieler das Eingabegerät bes-

⁴⁴ Auch in der Sportwissenschaft gibt es keine einheitliche Definition des Sportbegriffs, *Krüger/Emrich*, in: Güllich/Krüger, Grundlagen von Sport und Sportwissenschaft, 2018, 2; Die verschiedenen Definitionsansätze sind m.w.N dargestellt bei *Burk/Fahrner*, Einführung in die Sportwissenschaft, 2013, S. 29 ff.

⁴⁵ Dazu detailliert *Wiencke* (Fn. 18), 280 (281).

⁴⁶ *Pfister/Fritzweiler*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 17), Einf. Rn. 1; *Notbelfer/Petschinka* (Fn. 21), 26 (27); *Holzhäuser/Bagger/Schenk* (Fn. 8), 94; *Wiencke* (Fn. 18), 280 (281); *Bagger von Grafenstein* (Fn. 35), 20.

⁴⁷ BFH, DStR 1998, 113 (114); BFH, SpuRt 2001, 254 (256); BFH, DStRE 2019, 165 Rn. 30 ff.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ BFH, DStRE 2019, 165 Rn. 31.

⁵⁰ So auch *Alvermann*, eSport und Gemeinnützigkeit, *SpoPrax* 2022, 337 (338).

⁵¹ So auch *Notbelfer/Schlotthauer* in: *Breuer/Görlich* (Fn. 6), 55; *Gersch* (Fn. 41), 22 (23).

⁵² *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 17), Kap. 5 Rn. 298; *Mebner/Skistims* (Fn. 41), 37 (39 f.); *Notbelfer/Schlotthauer* in: *Breuer/Görlich* (Fn. 6), 55 f.; *Bagger von Grafenstein/Feldgen* (Fn. 32), 325 (328).

⁵³ Für Skat: BFH, SpuRt 2001, 254 (256); Für Turnierbridge BFH, DStRE 2017, 879 Rn. 28; krit. auch *Alvermann* (Fn. 50), 337 (338).

ser beherrscht als der andere, sondern es geht allein um überlegene kognitive Leistungen.⁵⁴ Dem stehen Spiele wie z.B. *Counter Strike: Global Offensive* und *League of Legends* gegenüber, in denen ein besonderes Geschick im Umgang mit dem Eingabegerät erforderlich ist.⁵⁵

Teilweise wird bereits an dieser Stelle eine Differenzierung nach den Spielinhalten – also eine Bejahung des Sportcharakters für Sportsimulationen, eine Verneinung für z.B. MOBA- oder Shooter-Spiele, die regelmäßig Gewaltdarstellungen enthalten – vorgenommen.⁵⁶ Ob allerdings auf dem Monitor ein Fußballspiel simuliert wird oder auf einem virtuellen Schlachtfeld gekämpft wird, ändert nichts daran, dass die Spieler schnell auf Bildschirminhalte reagieren und höchst präzise Eingaben machen müssen. Bei der Frage, ob dem persönlichen Können zurechenbare Kunstbewegungen vorliegen, kann es somit jedenfalls auf die Darstellungsweise nicht ankommen.

Bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ist auch zu bedenken, dass der BFH seit seiner Entscheidung zum Motorsport das Merkmal deutlich weiter fasst,⁵⁷ indem er das Erfordernis der „körperlichen Ertüchtigung durch Leibesübungen“ ausdrücklich nicht mehr fordert.⁵⁸ So führte er aus, dass der Motorsport „[...] auch wenn die körperliche Anstrengung nicht so offensichtlich ist wie bei zahlreichen anderen Sportarten, [...] eine Körperbeherrschung [verlangt] – z.B. hinsichtlich des Wahrnehmungsvermögens, der Reaktionsgeschwindigkeit, der Feinmotorik –, die in der Regel nur durch Training erlangt und aufrechterhalten werden kann.“⁵⁹

Fraglich ist, ob sich diese Rechtsprechung auf den E-Sport übertragen lässt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das Vorliegen einer über das übliche Maß hinausgehende Aktivität – teilweise ohne Begründung⁶⁰ – verneint.⁶¹ Dies überzeugt nicht. Auch beim E-Sport ist die körperliche Anstrengung nicht so offensichtlich, wie bei anderen Sportarten. Die Kunstbewegung besteht jedoch darin,

⁵⁴ So auch *Nothelfer/Schlotthauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 55; *Mehner/Skistims* (Fn. 41), 37 (39 f.), und *Nothelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, FAZ Einspruch, 5.10.2020, <https://beck-link.de/244n4> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁵⁵ *Schäffler*, in: Möckel, E-Sport Training, 2021, 87 ff.; *Müller-Lietzke*, Leben in der digitalen Welt. E-Sport als Leistungs- und Lernfeld, *medien + erziehung* 2006, 28 (31); *Mehner/Skistims* (Fn. 41), 37 (39); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (121).

⁵⁶ *Marx* (Fn. 41), S. 67; *Pusch* (Fn. 40), 53 (55).

⁵⁷ *Mehner/Skistims* (Fn. 41), 37 (39); *Nothelfer/Schlotthauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 53 f.

⁵⁸ BFH, DStR 1998, 113 (114 f.).

⁵⁹ BFH, DStR 1998, 113 (114).

⁶⁰ Insbesondere *Fischer*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 8 stellt dies in den „Zusammenfassenden Thesen“ seines Gutachtens fest, ohne dies jedoch im Hauptteil zur Rechtsprechung des BFH (S. 44 f.) herzuleiten oder zu begründen; *Hüttemann*, in: Hüttemann (Fn. 41), Rn. 3.142.

⁶¹ *Marx* (Fn. 41), S. 68; *Pusch* (Fn. 40), 53 (55).

dass die Spieler präzise Eingaben an ihren Mäusen oder Controllern machen müssen. Zentral sind dafür insbesondere Reaktionsschnelligkeit, Feinmotorik und Hand-Augen-Koordination.⁶² Dabei müssen regelmäßig mehr als 400 Eingaben pro Minute mit enormer Präzision gemacht werden.⁶³ So gehen selbst in der Sportwissenschaft erste Stimmen – wenn auch nicht unwidersprochen⁶⁴ – davon aus, dass E-Sport als Sport einzuordnen sei.⁶⁵ Insbesondere stellt *Froböse* heraus, dass eine derartige motorische Leistung in kaum einer anderen Sportart abgerufen werde und mit Rennfahrern bzw. Marathonläufern vergleichbare Cortisol- bzw. Vitalwerte erreicht würden.⁶⁶ Diese motorischen Fähigkeiten lassen sich nur durch viel zeitintensives Training ausbauen und optimieren.⁶⁷ Dies entspricht einer dem persönlichen Können zurechenbaren Kunstbewegung, und somit den Anforderungen des BFH.

b) Der körperlichen Ertüchtigung dienend

Problematischer erscheint jedoch die Frage, ob E-Sport auch der körperlichen Ertüchtigung dient. Keine Voraussetzung dafür ist, dass die Ertüchtigung durch Leibesübungen erfolgt.⁶⁸ Dies wird zum Teil mit der Begründung verneint, dass allein

⁶² *Müller-Lietzkeow*, in: *Bevc*, Computerspiele und Politik, 2007, 229; *Kubiciel*, Entwicklung des eSports und Schutz seiner Integrität, ZRP 2019, 200 (201); *Schörner*, ESport und Strafrecht. Zum Sportbegriff der §§ 265c und 265d StGB und deren Anwendbarkeit auf kompetitives Computerspielen, HRRS 2017, 407 (410); *Schöber/Schaetzke*, Athleten im E-Sport, 2021, S. 63 f.; *Brška* (Fn. 19), 500; *Nothelfer/Schlottbauer* in: *Breuer/Görlich* (Fn. 6), 55; *Mehner/Skeistims* (Fn. 41), 37 (39 f.); *Summerer*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 17), Kap. 5 Rn. 297; *Jagnow/Baumann* (Fn. 18), 12 (13); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (121).

⁶³ *Maties*, in: *Maties* (Fn. 24), 48, *D. Frey* (Fn. 7), 2 (4); *Bagger von Grafenstein/Feldgen* (Fn. 32), 325 (328); *Fischer* (Fn. 41), 61 (67); *Falke/Puppe*, in: *Breuer/Görlich* (Fn. 6), 44.

⁶⁴ Ausdrücklich offengelassen durch die *Deutsche Vereinigung für Sportwissenschaft*, eSport als Herausforderung für die Sportwissenschaft, <https://beck-link.de/y2twz> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 5; Differenziert unter Berücksichtigung verschiedener sportwissenschaftlicher Ansätze *Wendeborn/Schulke/Schneider*, eSport: Vom Präfix zum Thema für den organisierten Sport!?, *German Journal of Exercise and Sport Research* 2018, 451 (451 ff.); Ablehnend *Borggreve et al.*, Stellungnahme zum eSport, 16.9.2019, [dosb.de, https://beck-link.de/2w8z6](https://beck-link.de/2w8z6) (zul. abger. am 10.1.2024), S. 2; *dies.*, Kommentar zu: *Borchert, Schulke und Schneider* (2018) „eSport: Vom Präfix zum Thema für den organisierten Sport!“, *German Journal of Exercise and Sport Research* 2018, 447 (447 f.).

⁶⁵ *Froböse*, Ist eSport richtiger Sport?, eatsmarter.de, 27.12.2018, <https://beck-link.de/ck7ax> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁶⁶ *Froböse*, eSports-Profis sind wahre Athleten, dw.com, 2.2.2016, <https://beck-link.de/3amht> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁶⁷ *Schäffler*, in: *Möckel* (Fn. 55), 87 ff.; *Müller-Lietzkeow* (Fn. 55), 28 (31); *Mehner/Skeistims* (Fn. 41), 37 (39); *Lutzgebäck/Wieck*, Mehr als nur ein Spiel – Zur Einbeziehung des eSports in die Jannes Straftatbestände zum Sportwettbetrug, *Jura* 2020, 1320 (1325); *Kurt/Nothelfer* (Fn. 26), 211 (213); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (121); *Reuter*, Die Rückkehr der ganz großen Gaming-Show, faz.net, 25.9.2021, <https://beck-link.de/vphv8> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁶⁸ BFH, DSrR 1998, 113 (114).

der „Spielzweck“ Grund der Betätigung sei.⁶⁹ Überzeugen kann dies nicht. Jeder wettkampfmäßig betriebene Sport dient zunächst einmal dem jeweiligen Spielzweck, sei es dem Toreschießen beim Fußball, dem Treffen der Zielscheibe beim Sportschießen oder das Am-schnellsten-sein beim Motorsport. Auch wenn niemand bestreiten würde, dass die Betätigung beim Fußballspiel daneben noch der körperlichen Ertüchtigung dient, so lässt sich fragen, in welchem Maße dies beim Sportschießen oder Motorsport ebenfalls der Fall ist. *Pusch* verweist zu Recht darauf, dass beim Sportschießen eine körperliche Ertüchtigung durch Aufbau und Vorhalten einer zwingend erforderlichen Körperkraft, die das Halten und ggf. das Bewegen der mehrere Kilogramm schweren Sportwaffe ermöglicht, erforderlich sei.⁷⁰ Beim Motorsport, wo erhebliche Fliehkräfte ein hohes Fitnesslevel des Sporttreibenden erfordern, diene Aufbau und Pflege dieser Körperkraft der generellen körperlichen Ertüchtigung.⁷¹ Allerdings lässt sich aus diesen Beispielen nicht schlussfolgern, dass nicht auch der E-Sport ein gewisses Fitnesslevel sowie den Aufbau und die Pflege körperlicher Fähigkeiten – etwa Fingerfertigkeit oder Reaktionsgeschwindigkeit – erfordert.⁷² Wie oben dargelegt, sind die motorischen Anforderungen an präzisen Eingaben des E-Sportlers nicht zu unterschätzen.⁷³ Vielmehr verdeutlichen die Beispiele von *Pusch* anschaulich, dass die Auslegung der Rechtsprechung⁷⁴ sowie die der Finanzverwaltung⁷⁵ zu einer Präzisierung der Anforderungen an den Sportbegriffs des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO geführt haben.⁷⁶ Eine Analogie zum Schach, das gem. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO nur als Sport *gilt*, ist hingegen nicht möglich.⁷⁷ Diese gesetzliche Fiktion stellt klar, dass Schach nach Ansicht des

⁶⁹ *Pusch* (Fn. 40), 53 (55).

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Ebd.

⁷² *Daum*, eSports auf dem Weg zur Anerkennung, Legal Tribune Online, 6.9.2019, <https://beck-link.de/634c7> (zul. abger. am 10.1.2024).

⁷³ Siehe oben C.I.1.)a).

⁷⁴ Als Sport einzuordnen sind z.B.: Motorsport, s. BFH, DStR 1998, 113 (114); Lenkdrachenfliegen, s. BFHE 147, 565; Flugsport, s. BStBl II 1986, 88; Billiard, s. BFH, Urt. v. 17.2.200, BeckRS 2000, 30096468; Minicar-Sport, s. FG Baden-Württemberg, Urt. v. 10.11.1994, BeckRS 2014, 741; Fallschirmspringen, s. BFH, DStR 1997, 107 (108).

⁷⁵ Gem. Nr. 7 AEAO zu § 52 ist z.B. Ballonfahren als Sport anzuerkennen; Die OFD Hannover erkannte Dart als Sport an, s. DStR 1994, 1578.

⁷⁶ *Maties/Notbelfer* (Fn. 41), 128 (130); FG Baden-Württemberg, npoR 2017, 73 (74); *Mehner/Skeistims* (Fn. 41), 37 (39); *Koenig*, in: Koenig (Fn. 36), § 52 Rn. 54; *D. Frey* (Fn. 7), 2 (3); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (122 f.); *Notbelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 54; *Holzhäuser/Bagger/Schenke* (Fn. 8), 94 (97); wohl auch *von Holt/Hörmann*, Umfassende Änderung des Anwendungserlasses zum Gemeinnützigkeitsrecht, npoR 2019, 193 (199).

⁷⁷ *Marx* (Fn. 41), S. 35; *Fischer* (Fn. 41), 61 (66); *ders.*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 22 f.

Gesetzgebers gerade kein Sport ist.⁷⁸ Als Ausnahmeregel ist die Fiktion nicht analogiefähig.⁷⁹

Nichtsdestotrotz lässt sich aufgrund der weiten Auslegung des Sportbegriffs, der nicht unerheblichen motorischen Anforderung an E-Sportler und der Rechtsprechung des BFH zum Motorsport eine strengere und damit abweichende Behandlung des E-Sport mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht rechtfertigen.⁸⁰ Somit ist E-Sport als Sport i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO einzuordnen. Der ESBD bezweckt somit steuerrechtlich die Förderung des Sports.

2. Förderung der Allgemeinheit

Wichtig ist, dass eine Einordnung als Sport, wie der Einleitungssatz des § 52 Abs. 2 S. 1 AO klarstellt, nicht zwangsläufig bedeutet, dass E-Sport als Förderung der Allgemeinheit und damit als gemeinnützig anzuerkennen ist. Vielmehr müssen die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 S. 1 AO immer positiv festgestellt werden.⁸¹ „Förderung der Allgemeinheit“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, sodass die Feststellung der weiteren Qualifizierung durch objektive Kriterien bedarf.⁸² Im Falle einer eventuell anzuerkennenden Gemeinnützigkeit des E-Sport werden primär die folgenden Aspekte zu berücksichtigen sein.

a) Gründe der Gewaltprävention

Videospielen wird – insbesondere den First-Person-Shootern, polemisch auch „Killerspiele“ genannt⁸³ – regelmäßig nachgesagt, dass sie die Aggressivität der Spieler steigern.⁸⁴ Wäre dies zutreffend, so könnten sie nicht der Förderung der Allgemeinheit dienen. Allerdings konnte ein Zusammenhang zwischen virtueller Gewaltdar-

⁷⁸ *Mehner/Skistims* (Fn. 41), 37 (39); *Marx* (Fn. 41), S. 35; *Holzke* (Fn. 25), S. 189.

⁷⁹ BFH, SpuRt 2001, 254 (256); *Pusch*, Quo vadis „eSport“?, in: FS für Ludwig Gramlich zum 70. Geburtstag, 2021, 401 (405); *Koenig*, in: *Koenig* (Fn. 36), § 52 Rn. 68.

⁸⁰ So allgemein zu mit Schach vergleichbaren Zwecken *Pusch*, in: *Flohr/Schmitt* (Fn. 79), 405; *Arndt/Immel*, BB 1987, 1153 (1153 f.) sowie *Koenig*, in: *Koenig* (Fn. 36), § 52 Rn. 68.

⁸¹ *Bauer*, FR 1989, 61 (65); *Koenig*, in: *Koenig* (Fn. 36), § 52 Rn. 27; wohl auch *Marx* (Fn. 41), S. 42.

⁸² BFH, BStBl II 1979, 482.

⁸³ So etwa *Fischer* (Fn. 41), 61 (66).

⁸⁴ *Querengässer*, Die mediale Konstruktion von E-Sport als Sportart, 2021, S. 1 f.; *Müller-Lietzkeow* (Fn. 55), 28 (31); *Borggreffe*, Stellungnahme im Sportausschuss des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(5)068, S. 4 f; *Notbelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, FAZ Einspruch, 5.10.2020, <https://beck-link.de/244n4> (zul. abger. am 10.1.2024).

stellungen und realer Gewalt in über 400 Studien nicht valide nachgewiesen werden.⁸⁵ Jüngst haben Forscher der Uniklinik Hamburg-Eppendorf eine Langzeitstudie⁸⁶ durchgeführt, die gezeigt hat, dass ein langfristiger Zusammenhang zwischen Gewaltdarstellungen und Aggressivität in der Realität wissenschaftlich nicht nachweisbar ist.⁸⁷ Erkennbar waren allein kurzzeitige Erregungen von weniger als 15 Minuten.⁸⁸ Dabei handelt es sich jedoch nicht – das weiß jeder, der schon mal *Mensch ärgere dich nicht* gespielt hat – um ein exklusives Phänomen der Computerspiele, sondern tritt vielmehr bei allen Arten kompetitiver Spiele auf.⁸⁹

b) Soziale und pädagogische Gründe

Auch in Bezug auf die soziale Komponente des E-Sport regt sich in der Literatur Widerstand gegen dessen Anerkennung. Kritiker wie *Fischer* führen – in der Sache nicht zu Unrecht – den Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV ins Feld,⁹⁰ der im Rahmen der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen ist⁹¹. Nach Abs. 1 UAbs. 2 AEUV trägt die EU „[...] zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt [...] dessen soziale und pädagogische Funktion.“ Demnach ist bei der Frage, ob der Staat eine steuerliche Privilegierung des E-Sport zulassen kann, der Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV miteinzubeziehen. Die Schlussfolgerung, die *Fischer* daraus zieht, nämlich, dass die soziale und pädagogische Funktion beim E-Sport – insbesondere bei Shooter-Spielen – kaum noch wahrnehmbar sei,⁹² bleibt allerdings unbelegt und damit nicht mehr als eine bloße Behauptung. Tatsächlich gibt es in der erziehungswissenschaftlichen Literatur schon länger Stimmen, die belegen, dass das Gefüge des E-Sport – selbst im Falle von First-Person-Shootern⁹³ – dabei hilft, Sozialkompetenzen aufzubauen⁹⁴ und dass die Suche sozialer Kontakte

⁸⁵ *Müller-Lietzko* (Fn. 55), 28 (31).

⁸⁶ Methode: Im Rahmen der Studie wurden 90 Probanden in drei Gruppen aufgeteilt. Über einen Zeitraum zwei Monaten sollte jeweils eine Gruppe täglich das Shooter-Spiel *Grand Theft Auto V*, eine die Lebensimulation *Sims 3* und die dritte keine Videospiele spielen.

⁸⁷ *Kühn et al.*, Does playing violent video games cause aggression? A longitudinal intervention study, *Molecular Psychiatry* 2019, 1220 (1231).

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ *Müller-Lietzko* (Fn. 55), 28 (32).

⁹⁰ *Fischer*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 43 f.; *ders.* (Fn. 41), 1394 (1396); *ders.* (Fn. 41), 61 (63); *ders.*, in: Hofmann (Fn. 41), 147.

⁹¹ EuGH, C-157/86, ECLLEU:C:1988:62 – Murphy.

⁹² *Fischer* (Fn. 41), 1394 (1396).

⁹³ *Müller-Lietzko* (Fn. 55), 28 (31).

⁹⁴ *Günter/Wendeborn*, Angst vor der Utopie?! E-Sport als Unterrichtsfach in der Schule?, *sportunterricht* 2020, 101 (104); *Müller-Lietzko* (Fn. 55), 28 (30 f.); differenziert *Hofmann*, in: Hofmann (Fn. 41), 411 ff.; a.A. *Borggreffe*, Stellungnahme im Sportausschuss des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(5)068, S. 4 ff.

ein wichtiges Ziel des E-Sport darstellt.⁹⁵ Auch in der Pädagogik gibt es bereits Konzepte zum sinnvollen Einsatz des E-Sport in der Schule.⁹⁶ Daher muss Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV vielmehr dahingehend verstanden werden, dass der Staat die Förderung einer sozialen und pädagogischen Funktion, die E-Sport bei richtiger Durchführung für die Allgemeinheit wahrnehmen kann, tatsächlich auch ermöglichen sollte.

Vielmehr sind die positiven Aspekte, die die Anerkennung der Gemeinnützigkeit des E-Sport mit sich brächte, zu betonen. Die steuerrechtliche Privilegierung des Sports rechtfertigt sich unter anderem damit, dass er der Volksgesundheit dient und einen wesentlichen Beitrags zur Jugendhilfe liefert.⁹⁷ Dabei wird die Gemeinnützigkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass Sport auch negative Auswirkungen wie z.B. Sportverletzungen mit sich bringt.⁹⁸ Teilweise wird vorgebracht, dass E-Sport schon deshalb nicht förderungswürdig sei, weil Videospiele eine gewisse Suchtgefahr mit sich brächten.⁹⁹ Dies ist aber mit Blick auf die Volksgesundheit und Jugendhilfe zu kurz gedacht. Videospiele sind heute die mit Abstand größte Form der Unterhaltungsmedien¹⁰⁰ und haben eine dementsprechend große Bedeutung für die Allgemeinheit. Die Allgemeinheit und insbesondere Kinder und Jugendliche mit dem potenziellen Suchtrisiko, dass Videospiele in sich tragen,¹⁰¹ sich selbst zu überlassen, könnte sich sogar eher negativ auf Volksgesundheit und Jugendhilfe auswirken. Viele Sportarten – man denke etwa an das Gewichtheben – werden erst dadurch gesund, dass den Sporttreibenden die richtige Ausführung des Sports beigebracht wird. Den Suchtgefahren von Videospiele könnte dadurch vorgebeugt werden, dass den Menschen ein gesunder Umgang mit Videospiele beigebracht wird. Dies könnte etwa dadurch geschehen, dass es E-Sportvereine oder herkömmlichen Sportvereine, die ihr Angebot um E-Sport erweitern wollen, ermöglicht bzw. erleichtert wird, eine entsprechende Tätigkeit aufzunehmen.¹⁰²

⁹⁵ Müller-Lietzkow, Sport im Jahr 2050: E-Sport! Oder: Ist E-Sport Sport?, *medien + erziehung* 2006, 102 (109).

⁹⁶ Zur Integration des E-Sport in die Curricula in norwegischen Schulen Günter/Wendeborn (Fn. 94), 101 (102 ff.).

⁹⁷ Fein, Gemeinnützigkeit der Sportvereine und Sportverbände – ein Überblick, *ZStV* 2017, 48 (48); Jachmann, Sport und Steuern, *SpuRt* 2004, 190 (192).

⁹⁸ Jachmann (Fn. 97), 190 (193).

⁹⁹ Fischer, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 83 ff.; Gersch (Fn. 41), 22 (24); Marx (Fn. 41), S. 67.

¹⁰⁰ Nothelfer/Scholz, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, *FAZ Einspruch*, 5.10.2020, <https://beck-link.de/244n4> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁰¹ WHO, Addictive behaviours: Gaming disorder, *who.int*, 22.10.2020, <https://beck-link.de/fdwa2> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁰² In diese Richtung auch Kubiciel (Fn. 62), 200 (201).

c) Ethische Gründe

Allerdings bestehen – jedenfalls bei First-Person-Shootern – nicht unwesentliche ethische Einwände. Als Beispiel soll hier das Spielprinzip von *Counter Strike*¹⁰³ dienen. Bei *Counter Strike* kommt es regelmäßig zur Darstellung von Feuergefechten mit virtuellen Waffen zwischen menschlich aussehenden Avataren, bei denen je nach den vorgenommenen Einstellungen auch Blut zu sehen ist. Zwar kommt es E-Sportlern auf oft nur auf den sportlichen Wettbewerb und nicht auf die Gewaltdarstellungen an,¹⁰⁴ jedoch könnten diese mit Blick auf bereits vorliegende finanzgerichtliche Rechtsprechung ein Grund für die Nichtanerkennung der Gemeinnützigkeit sein. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Förderung der Allgemeinheit“ wird an dieser Stelle wesentlich geprägt von der objektiven Werteordnung,¹⁰⁵ die insbesondere durch die Grundrechte der Art. 1-19 GG zum Ausdruck kommt¹⁰⁶. In Betracht kommt zum einen die Heranziehung von Entscheidungen zum Paintball¹⁰⁷ und zum anderen der BFH-Entscheidung zum sog. IPSC-Schießen¹⁰⁸.

Das FG Rheinland-Pfalz führt zum Paintball aus, „[...] dass mit waffenähnlichen Spielgeräten auf Menschen gezielt und geschossen wird mit dem Ziel, diese zu treffen, zu ‚markieren‘ und zu ‚eliminieren‘ [...]“;¹⁰⁹ was den sportlichen Aspekt überlagere.¹¹⁰ Das simulierte Verletzen und Töten von Menschen sei mit der Werteordnung der Gesellschaft nicht in Einklang zu bringen.¹¹¹ Hierbei wird auf die Rechtsprechung des BVerwG zu Lasertag verwiesen,¹¹² wonach ein spielerisches bzw. simuliertes Töten gegen die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG verstoße¹¹³.

¹⁰³ Es gibt zwei Teams mit je 5 Spielern, die Anti-Terroristen und die Terroristen. Die Terroristen müssen versuchen, eine Bombe auf einen von zwei Punkten in der Spielwelt zu platzieren. Die Anti-Terroristen müssen dies verhindern, indem sie entweder das gegnerische Team vor dem Platzieren der Bombe töten, es verhindern, dass die Bombe innerhalb der Rundenzeit von 115 Sekunden gelegt wird oder die gelegte Bombe erfolgreich entschärfen. Die Bombe explodiert nach 40 Sekunden. Die Terroristen können gewinnen, indem sie entweder das gegnerische Team komplett töten oder die platzierte Bombe explodiert.

¹⁰⁴ *Querengässer* (Fn. 84), S. 70; *Stoll*, „Killerspiele“ oder E-Sport?, 2. Aufl. 2018, S. 146; *Müller-Lietzke* (Fn. 95), 102 (109); *Schörmer* (Fn. 62), 407 (410).

¹⁰⁵ BFH, npoR 2018, 31 Rn. 21; *Geibel*, in: *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel* (Fn. 43), § 52 Abs. 1 Regelungsgehalt Rn. 10.

¹⁰⁶ BVerfGE 7, 198 (205); BFH, npoR 2018, 31 Rn. 21.

¹⁰⁷ FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2015, 294; die Sparteigenschaft von Paintball ausdrücklich offenkundig FG Niedersachsen, Urt. v. 8.9.1998, BeckRS 1998, 14939.

¹⁰⁸ BFH, DStRE 2019, 165.

¹⁰⁹ FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2015, 294 (295).

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2015, 294 (296).

¹¹² Ebd.

¹¹³ BVerwG, NVwZ 2002, 598, auch wenn das FG gleichwohl verschweigt, dass dies in neuerer verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung anders gesehen wird: OVG Lüneburg, NJOZ 2010, 1997

In Abgrenzung dazu stellte der BFH zum IPSC-Schießen klar, dass im Unterschied zum Paintball keine kriegsähnlichen Situationen nachgestellt werden. Zudem würden beim IPSC-Schießen keine Gegenspieler eliminiert und es gehe auch nicht um die Eroberung oder Verteidigung von Flaggen oder Landschaftsmarken. Das Ziel beim IPSC-Schießen liege vielmehr darin, den Schießparcours mit möglichst hoher Trefferquote in möglichst kurzer Zeit zu durchlaufen.¹¹⁴ In einem obiter dictum betonen aber auch die obersten Finanzrichter, dass „[...] eine Tätigkeit, die kampfmäßigen Charakter hätte und das Schießen auf Menschen trainierte, gegen die – durch den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und den Schutz des menschlichen Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG) geprägte – Werteordnung des Grundgesetzes verstieße und daher nicht die Allgemeinheit förderte.“¹¹⁵ Daraus wird jedenfalls für Shooter-Spiele teilweise die Schlussfolgerung gezogen, dass diese niemals die Allgemeinheit fördern könnten, da sie gegen die Werteordnung des Grundgesetzes verstießen.¹¹⁶

Ungeachtet der Tatsache, dass selbst beim Paintball eine generelle Verletzung der Menschenwürde bereits zu Recht bestritten wird,¹¹⁷ hat die Analogie zum E-Sport auch einige Schwächen. Zunächst missachtet sie, dass bei Shooter-Spielen tatsächlich keinerlei physische Einwirkung auf Menschen, sondern allenfalls virtuelle Einwirkung auf teilweise menschlich aussehende Avatare stattfindet.¹¹⁸ Vielmehr eignen sich diese Spiele – im Gegensatz zu unstrittig als gemeinnützig anerkannten Sportarten wie Kampf- oder Schießsport – nicht dazu, das Verletzen von realen Menschen oder Umgang mit Waffen zu lernen und zu üben.¹¹⁹ Zudem ist das simulierte Verletzen von Menschen dem bereits anerkannten Sport, z.B. dem Fechten, nicht unbekannt.¹²⁰ Ethische Wertevermittlung ist keine Eigenschaft spezifischer Sportarten, sondern findet immer da statt, wo ein regelbasierter Wettbewerb in Vereinsstrukturen ermöglicht wird.¹²¹

(2000); VGH München, ZfBR 2013, 271 Rn. 38; a.A. auch *Wapler*, in: Dreier, Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 105; *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 37.

¹¹⁴ BFH, DStRE 2019, 165 Rn. 39.

¹¹⁵ BFH, DStRE 2019, 165 Rn. 38.

¹¹⁶ *Gersch* (Fn. 41), 22 (24); *Fischer*, in: Hofmann (Fn. 41), 149 f.; *ders.* (Fn. 41), 61 (66); *ders.*, Rechtsfragen einer Anerkennung des e-Sports als gemeinnützig, DOSB-Gutachten, <https://beck-link.de/b2pen> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 65 f.; *Pusch*, in: Frey (Fn. 6), § 4 Rn. 26; *ders.* (Fn. 40), 53 (56); *Marx* (Fn. 41), S. 70; *Bagger von Grafenstein/Feldgen* (Fn. 32), 325 (328).

¹¹⁷ So etwa VGH München, ZfBR 2013, 271 Rn. 38; OVG Lüneburg, NJOZ 2010, 1997 (2000); *Wapler*, in: Dreier (Fn. 113), Art. 1 Abs. 1 Rn. 105; *Höfling*, in: Sachs (Fn. 113), Art. 1 Rn. 37.

¹¹⁸ *Schörner* (Fn. 62), 407 (410); *Nothelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 57; *Mehner/Skistims* (Fn. 41), 37 (41); a.A. *Pusch* (Fn. 40), 53 (56), der ohne nähere Begründung meint, dass dieser Umstand keinen Unterschied machen könne.

¹¹⁹ *Nothelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 57.

¹²⁰ *Kubicjel* (Fn. 62), 200 (201); *Schörner* (Fn. 62), 407 (410); *Nothelfer/Schlottbauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 57; *Maties/Nothelfer* (Fn. 41), 128 (137).

¹²¹ *Kubicjel* (Fn. 62), 200 (201).

3. Zwischenergebnis

Die allermeisten im E-Sport gängigen Spieletitel erfüllen die Anforderungen des Sportbegriffs des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO bereits de lege lata. Auch wenn eine Förderung der Allgemeinheit im Einzelfall versagt werden kann, verbietet sich eine pauschale Beurteilung des E-Sport insgesamt oder bzgl. ganzer Spielgenres wegen durchaus vorhandener positiver Aspekte – insbesondere im sozialen und pädagogischen Bereich. Um Rechtssicherheit zu schaffen, sollte der Gesetzgeber entweder eine weitere Fiktion in § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO¹²² oder aber eine eigene Nummer im Katalog des § 52 Abs. 2 S. 1 AO für den E-Sport schaffen. So müsste der diffizile Sportbegriff nicht angerührt werden und die Finanzverwaltung hätte trotzdem einen hinreichenden Spielraum, um tatsächlich kriegs- oder gewaltverherrlichende Videospieletitel von der steuerlichen Privilegierung auszuschließen.¹²³

II. Anerkennung durch den DOSB

Zum anderen wäre auch eine Anerkennung durch den Deutschen Olympischen Sportbund denkbar. Der DOSB ist ein eingetragener Verein und fungiert als regierungsunabhängige Dachorganisation des deutschen Sports.¹²⁴ Er ist zusammengesetzt aus den olympischen und nichtolympischen Sportspitzenverbänden¹²⁵, den Landessportverbänden, den Sportverbänden mit besonderen Aufgaben¹²⁶ und Individualmitgliedern.¹²⁷ Während jedoch andere National- und Kontinentalverbände unter dem Dach des IOC den E-Sport bereits als Sport anerkannt haben,¹²⁸ lehnt der DOSB seine Anerkennung als Sportart – auch wenn er elektronische Sportsimulationen wie z.B. *FIFA* in der bestehenden Verbandsarbeit zulassen möchte¹²⁹ – weiterhin insgesamt ab.¹³⁰ Demzufolge ist auch der ESBDF kein Mitglied des DOSB.

Zwar ist nicht öffentlich bekannt, dass der ESBDF jemals einen Aufnahmeantrag gestellt hat,¹³¹ jedoch wäre die Möglichkeit eines Anspruchs auf Aufnahme in den

¹²² So auch *Alvermann* (Fn. 50), 337.

¹²³ *Mehner/Skeistims* (Fn. 41), 37 (41).

¹²⁴ *Dosb.de*, <https://beck-link.de/w6dz7> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹²⁵ Z.B. dem Deutsche Fußball-Bund (olympisch) und Deutscher Schachbund (nichtolympisch).

¹²⁶ Z.B. dem Deutschen Verband für Freikörperkultur.

¹²⁷ *DOSB*, Organigramm, *dosb.de*, 1.4.2023, <https://beck-link.de/a2scv> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹²⁸ *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 1 Rn. 2.

¹²⁹ *DOSB*, Umgang mit elektronischen Sportartensimulationen, eGaming und „eSport“, *dosb.de*, 4.12.2018, <https://beck-link.de/b436e> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 3.

¹³⁰ *DOSB*, Umgang mit elektronischen Sportartensimulationen, eGaming und „eSport“, *dosb.de*, 4.12.2018, <https://beck-link.de/b436e> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 5.

¹³¹ So auch *Pusch* (Fn. 40), 53 (54); *ders.*, in: *Frey* (Fn. 6), § 5 Rn. 4; *ders.*, in: *Vieweg* (Fn. 43), 254; *D. Frey/Pommer*, Herausforderungen für die weitere Entwicklung des eSport. Überlegungen aus der Perspektive des Veranstalters, *MMR-Beilage* 2018, 7 (8).

DOSB nicht allzu fernliegend. Grundsätzlich ist zwar wegen der in Art. 9 Abs. 1 GG gesicherten Vereinigungsfreiheit kein Verein gezwungen einem solchen Antrag zu entsprechen,¹³² allerdings kann unter bestimmten Voraussetzungen, namentlich wenn ein Verband – wie etwa der DOSB¹³³ – eine Monopolstellung oder ganz allgemein eine überragende soziale oder wirtschaftliche Machtstellung innehat, ein Aufnahmeanspruch eines Bewerbers bestehen.¹³⁴ Anspruchsvoraussetzung ist, dass ein wesentliches oder grundlegendes Interesse an der Mitgliedschaft besteht und der Bewerber die Aufnahmevoraussetzungen erfüllt.¹³⁵ Ein solches Interesse liegt insbesondere dann vor, wenn die Mitgliedschaft Bedingung für den Zugang zu öffentlichen Sportfördermitteln ist.¹³⁶ Ein grundlegendes Interesse des ESBD, der aufgrund der aktuellen staatlichen Nichtanerkennung von der Sportförderung nicht profitiert,¹³⁷ liegt insoweit vor. Allerdings müssten auch die sportlichen und organisatorischen Aufnahmevoraussetzungen, die sich aus der Aufnahmeordnung des DOSB (AufnO)¹³⁸ ergeben, vorliegen.

1. Sportliche Voraussetzungen, § 3 AufnO

Zunächst müsste gem. § 3 Nr. 1 AufnO beim E-Sport eine eigene, sportartbestimmende motorische Aktivität eines jeden Betreibers vorliegen. Die Aufnahme eines E-Sportverbandes scheitert nach Auffassung des DOSB bereits an dem Merkmal der eigenen, sportartbestimmende motorische Aktivität jedes Betreibers.¹³⁹ Zwar handelt es sich bei der AufnO um Verbandsrecht, dass als losgelöstes Regelwerk vom Verband selbst objektiv ausgelegt werden kann,¹⁴⁰ sodass eine verwaltungs-

¹³² BVerfGE 124, 25 (34); *Winkler*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 9 Rn. 56 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 9 Rn. 8; S. auch aus der zivilrechtlichen Literatur *Leuschner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, MüKo zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, Vor § 21 Rn. 133; *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, 68. Ed. (Stand: 1.11.2023), § 25 Rn. 33.

¹³³ Zum Rechtsvorgänger des DOSB, dem DSB: BGH, NJW 1975, 771 (771 f.); BGH, GRUR 1986, 332 (334).

¹³⁴ BGH, GRUR 1986, 332 (333); BGH, GRUR 1979, 788 (788), BGH, NJW 1975, 771 (771 f.); OLG München, SpuRt 2019, 81 (81); *Kornbeck*, in: Vieweg (Fn. 43), 67; *Schneider*, in: Jakob/Orth/Stopper, Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 200; *Lambert* (Fn. 35), 119 (120).

¹³⁵ BGH, GRUR 1986, 332 (333), *Kornbeck*, in: Vieweg (Fn. 43), 67; *Lambert* (Fn. 35), 119 (120 f.).

¹³⁶ OLG München, SpuRt 2019, 81 (83); OLG München, SpuRt 2014, 110 (111).

¹³⁷ *Summerer*, in: Fritzeiler/Pfister/Summerer (Fn. 17), Kap. 5 Rn. 300; *Ruppert*, Kompetitives Computerspielen im Fokus des Wirtschaftsstrafrechts? – Game-Fixing im eSport und die Normen der §§ 265 c, 265 d StGB, NZWiSt 2020, 5 (8).

¹³⁸ *DOSB*, Aufnahmeordnung des DOSB, dosb.de, 1.12.2018, <https://beck-link.de/dy428> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹³⁹ *DOSB*, Umgang mit elektronischen Sportartensimulationen, eGaming und „eSport“, dosb.de, 4.12.2018, <https://beck-link.de/b436e> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 3.

¹⁴⁰ BGH, NZG 2015, 1282 Rn. 24.

oder steuerrechtliche Auslegung des Sportbegriffs hier nicht maßgeblich ist.¹⁴¹ Da dem DOSB jedoch eine Monopolstellung zukommt, hat er bei der Auslegung seiner Satzungen Art. 3 GG zu beachten¹⁴². Die o.g. Argumente lassen sich auch hier anführen. E-Sport erfordert neben taktischem Verständnis auch nicht unerhebliche körperliche Fähigkeiten,¹⁴³ etwa hochpräzise Eingaben an einer Tastatur oder einem Controller. Um beim E-Sport Spitzenleistungen erbringen zu können und sich in einem Wettbewerb gegen seine Kontrahenten durchsetzen zu können, muss ein E-Sportler sehr feine, motorische Bewegungen durchführen und diese über sein Eingabegerät an den Computer weitergeben. Neben strategischen Aspekten liegt darin das Kernelement der Betätigung als E-Sportler. Damit unterscheidet sich der E-Sport gerade von den in § 3 Nr. 1 AufnO genannten Beispielen für Aktivitäten mit fehlender eigenmotorischer Aktivität, z.B. Denkspielen, der Zucht von Tieren oder Bewältigung technischen Gerätes *ohne* Einbeziehung der Bewegung des Menschen. Weiterhin legt der DOSB für die körperlichen Anforderungen den Maßstab bei der Auslegung seiner Satzungen nicht allzu hoch an.¹⁴⁴ So sind etwa der Deutsche Dart-Verband, der Deutsche Minigolf-sport Verband sowie sogar der Deutsche Schachbund als Spitzenverbände im DOSB anerkannt.¹⁴⁵ Diesen Anforderungen¹⁴⁶ wird der E-Sport gerecht, sodass eine eigene, sportartbestimmende motorische Aktivität gerade auch mit Blick auf die gleichheitsrechtlich gebotene weite Auslegung zu bejahen ist.¹⁴⁷ Daran ändert auch der in § 5 AufnO geregelte Bestandsschutz nichts, da dieser lediglich denjenigen Verbänden, die bereits Mitglied im DOSB sind die Weiterentwicklung ihres Sports ermöglicht.

Darüber hinaus muss gem. § 3 Nr. 2 AufnO die eigenmotorische Aktivität Selbstzweck der Betätigung sein. E-Sportler spielen gerade, um die Aktivität E-Sport auszuüben, sodass es sich nicht um reine Arbeits- und Alltagsverrichtungen und rein physiologische Zustandsveränderungen i.S.d. § 3 Nr. 2 AufnO handelt.¹⁴⁸

¹⁴¹ *Lambertz* (Fn. 35), 119 (121).

¹⁴² *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 100. EL Januar 2023, Art. 9 Rn. 97; *Barczak*, in: Dreier (Fn. 113), Art. 9 Rn. 50; *Holzhäuser/Bagger/Schenk* (Fn. 8), 94 (97).

¹⁴³ Siehe oben C.I.1.).

¹⁴⁴ So auch *Schörner* (Fn. 62), 407 (409 f.); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (121); *Bagger von Grafensetin* (Fn. 35), 20 (21); *Baumann* (Fn. 7), 47 (48); *Holzhäuser/Bagger/Schenk* (Fn. 8), 94 (96).

¹⁴⁵ Vgl. DOSB, Organigramm, dosb.de, 1.4.2023, <https://beck-link.de/a2scv> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁴⁶ Zum sportwissenschaftlichen Vergleich zwischen der Leistungsfähigkeit von E-Sportlern und anderen Athleten *Wechsler et al.*, in: Arampatzis et al., Sport im öffentlichen Raum, 2019, S. 97.

¹⁴⁷ So auch *Lambertz* (Fn. 35), 119 (121); *Bagger von Grafensetin* (Fn. 35), 20 (21); *Schörner* (Fn. 62), 407 (409 f.); *Holzhäuser/Bagger/Schenk* (Fn. 8), 94 (96); a.A. *Borggreffe*, Stellungnahme im Sportausschuss des Bundestages, Ausschussdrucksache 19(5)068, S. 1, die jedoch Vergleiche zu anderen bereits anerkannten Sportarten allerdings nicht zieht; *dies.* (Fn. 64), 447 (447).

¹⁴⁸ *Pusch*, in: Frey (Fn. 6), § 5 Rn. 9; *Holzhäuser/Bagger/Schenk* (Fn. 8), 94 (96); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (122).

Als letzte sportliche Voraussetzung müsste der E-Sport die Einhaltung ethischer Werte wie z.B. Fairplay, Chancengleichheit, Unverletzlichkeit der Person und Partnerschaft durch Regeln bzw. ein System von Wettkampf- und Klasseneinteilungen gewährleisten, § 3 Nr. 3 AufnO. Werte wie Fairplay und Chancengleichheit haben im E-Sport einen ähnlich hohen Stellenwert wie in klassischen Sportarten.¹⁴⁹ Auch ein System von Wettkampf- und Klasseneinteilung hat sich bereits herausgebildet.¹⁵⁰ Zwar ist der E-Sport in der öffentlichen Wahrnehmung hauptsächlich von kommerziell veranstalteten Turnieren bekannt, allerdings existieren auch nicht-kommerzielle Teams, Ligen und Turniere, etwa im universitären Umfeld¹⁵¹ oder im Amateurbereich¹⁵², sodass E-Sport nicht allein auf materiellen Gewinn abzielt.¹⁵³ Außerdem wird auch in bereits anerkannten Sportarten ein gewinnorientierter Profibereich – zu Recht – nicht als Argument verwandt.¹⁵⁴

Fraglich ist allerdings, ob dem E-Sport auch die Unverletzlichkeit der Person als ein Wert zugesprochen werden kann. Daran soll es nach der AufnO insbesondere fehlen, wenn tatsächliche oder simulierte Körperverletzung bei Einhaltung der gesetzten Regeln stattfinden. Hierbei richtet sich der Blick wieder speziell auf Shooter-Spiele, weil bei z.B. Sportsimulationen Gewaltdarstellungen nicht zu finden sind. Zweifelsohne handelt es sich bei den Darstellungen in Shooter-Spielen um virtuelle Körperverletzungen, die auch in Regelwerk und Spielprinzip¹⁵⁵ angelegt sind.¹⁵⁶ Ob solche virtuellen Darstellungen aber unter den Begriff der simulierten Körperverletzung fallen,¹⁵⁷ ist zu bezweifeln. Zur Auslegung sind einige der bereits anerkannten, herkömmlichen Sportarten heranzuziehen.¹⁵⁸ So kommt es etwa beim Fechten zu simulierten oder etwa beim Boxen zu jedenfalls tatbestandlich vollendeten Körperverletzungen, sodass die Darstellung von Kampfhandlungen keineswegs ein exklusives Phänomen des E-Sport ist.¹⁵⁹ Die Körpertreffer beim Fechten führen zu

¹⁴⁹ *Kubicziel* (Fn. 62), 200 (201); *Reuter*, „Das Problem ist schlicht und einfach Physik“, faz.net, 21.8.2020, <https://beck-link.de/7bx2a> (zul. abger. am 10.1.2024); *Lambertz* (Fn. 35), 119 (122); *Bagger von Grafensestein* (Fn. 35), 20 (21).

¹⁵⁰ So etwa die Electronic Sports League (ESL), vgl. *Reuter*, „Das Problem ist schlicht und einfach Physik“, faz.net, 21.8.2020, <https://beck-link.de/7bx2a> (zul. abger. am 10.1.2024); *Francken/Nothelfer/Schlotthauer* (Fn. 33), 865 (866); *Falk/Puppe*, in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 41.

¹⁵¹ So etwa der E-Sport Union Göttingen e.V., der als Hochschulgruppe aktiv ist und bspw. an der „Uniliga“ in *Counter Strike* teilnimmt.

¹⁵² So etwa die „99Damage Liga“, in der Freizeit-E-Sportler mit ihren Teams antreten können.

¹⁵³ *Pusch* (Fn. 40), 53 (57).

¹⁵⁴ *Nothelfer/Schlotthauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 58 f.; *Mehner/Skeistims* (Fn. 41), 37 (40).

¹⁵⁵ Zum Spielprinzip von CS:GO siehe oben Fn. 103.

¹⁵⁶ *Lambertz* (Fn. 35), 119 (122); *Pusch* (Fn. 40), 53 (57); *Schörner* (Fn. 62), 407 (410).

¹⁵⁷ So jedenfalls *Pusch* (Fn. 40), 53 (57); *ders.*, in: Vieweg (Fn. 43), 254.

¹⁵⁸ *Schörner* (Fn. 62), 407 (410); *Summerer*, in: Fritzsche/Pfister/Summerer (Fn. 17), Kap. 5 Rn. 297; *Wendeborn/Schulke/Schneider* (Fn. 64), 451 (454); *Kubicziel* (Fn. 62), 200 (201).

¹⁵⁹ *Kubicziel* (Fn. 62), 200 (201); *Mates/Nothelfer* (Fn. 41), 128 (137); *Nothelfer/Schlotthauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 57; *Schörner* (Fn. 62), 407 (410).

Punkten und das K.O. beim Boxen sogar zum direkten Sieg. Sie sind also in den gesetzten Regeln vorgesehen, geradezu Ziel der Disziplin.¹⁶⁰ Beim Spielen sämtlicher Disziplinen des E-Sport ist eine Verletzung von Menschen hingegen ausgeschlossen.¹⁶¹ Die Gewaltdarstellungen in den Spielen sind nebensächlich und für die E-Sportler meist nicht von Bedeutung.¹⁶² Darüber hinaus hat der ESBd sich einen umfangreichen Ethik- und Verhaltenskodex gegeben, in dem jedwede Gewalt scharf verurteilt wird und er sich eine besondere Verantwortung in der Präventionsarbeit auferlegt.¹⁶³ Vor diesem Hintergrund erscheint es inkonsistent, dem E-Sport die Einhaltung ethischer Werte abzusprechen. Somit liegen die sportlichen Voraussetzungen des § 3 AufnO nach der hier vertretenen Auffassung insgesamt vor.

2. Organisatorische Voraussetzungen, § 4 AufnO

Darüber hinaus müssten auch die organisatorischen Voraussetzungen des § 4 AufnO erfüllt sein. An dieser Stelle kann der ESBd allerdings gleich mehrere Anforderungen nicht erfüllen. Zum einen hat er – jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt – keine Untergliederung in Landesverbände, die in die Landessportbünde aufgenommen werden könnten,¹⁶⁴ wie es § 4 Abs. 1 lit. a) Alt. 1 AufnO fordert. Solange dies nicht geschehen ist, kann jedenfalls auch die Öffnungsklausel des § 4 Abs. 1 lit. a) Alt. 2 AufnO, die eine Aufnahme in den DOSB auch ohne ausreichend viele Landesmitgliedschaften erlaubt, nicht zu Anwendung kommen.¹⁶⁵ Zum zweiten fehlt es an der von § 4 Abs. 1 lit. c) AufnO geforderten steuerrechtlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit des ESBd e.V. wegen der Förderung des Sports gem. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO, die aber nach der hier vertretenen Auffassung¹⁶⁶ zu erlangen wäre.

Gem. § 4 Abs. 1 lit. a) Alt. 2 AufnO muss zudem entweder eine Mitgliederzahl von 10.000 Mitgliedern erreicht werden oder die Aufnahme in das Programm der Olympischen Spiele durch das IOC stattfinden. Letzterem steht das IOC ablehnend

¹⁶⁰ *Wendeborn/Schulke/Schneider* (Fn. 64), 451 (454); *Nothelfer/Schlotthauer* in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 57; a.A. *Borggrefe*, eSport gehört nicht unter das Dach des organisierten Sports, *German Journal of Exercise and Sport Research* 2018, 456 (457), die hingegen meint, dass die Verletzung von Menschen nur die Folge sportlicher Handlung, nicht aber konstitutives Element des Boxsports seien.

¹⁶¹ *Stoll* (Fn. 104), S. 155; *Lambert* (Fn. 35), 119 (122); *Schörner* (Fn. 62), 407 (410).

¹⁶² *Querengässer* (Fn. 84), S. 70; *Müller-Lietzkow* (Fn. 95), 102 (109); *Schörner* (Fn. 62), 407 (410).

¹⁶³ ESBd, Ethik- und Verhaltenskodex, [esportbund.de](https://beck-link.de/kn4dn), 26.10.2018, <https://beck-link.de/kn4dn> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 2.

¹⁶⁴ *Pusch*, in: Frey (Fn. 6), § 5 Rn. 13; *ders.*, in: Vieweg (Fn. 43), 254.

¹⁶⁵ A.A. offenbar *Breuer/Görlich*, in: Breuer/Görlich (Fn. 6), 15.

¹⁶⁶ Siehe oben C.I.

gegenüber,¹⁶⁷ sodass E-Sport – auch wenn es bei den Asienspielen 2022 als Disziplin vertreten sein wird – noch keine olympische Disziplin ist. Allerdings zählt der ESBD e.V. mittlerweile unter anderem den Eintracht Frankfurt e.V. zu seinen Mitgliedern,¹⁶⁸ der allein schon ca. 130.000 Mitglieder hat¹⁶⁹. Demzufolge erreicht auch der ESBD e.V. die erforderliche Anzahl von mindestens 10.000 jedenfalls mittelbaren Mitgliedern.¹⁷⁰ Die letzte organisatorische Voraussetzung ist das Betreiben von Jugendarbeit in nicht nur geringfügigem Umfang, § 4 Abs. 1 lit. d) AufnO. Inwieweit der ESBD Jugendarbeit betreibt, ist – soweit ersichtlich – nicht öffentlich bekannt. Die Voraussetzung dürfte er – wenn es ihm wirklich auf eine Aufnahme ankommen sollte – jedoch nachweisen können.¹⁷¹ Letztlich fehlt es, was die organisatorischen Voraussetzungen des § 4 AufnO betrifft, jedenfalls an einer Verbandstruktur auf Landesebene sowie der steuerrechtlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit, sodass ein Aufnahmeanspruch nicht in Betracht kommt.

D. E-Sport und Urheberrecht

Auf dem Weg zur Anerkennung als Sport wird der E-Sport eine Hürde zu nehmen haben, die der herkömmliche Sport so nicht kennt. Während jedermann ohne sich vorher eine Erlaubnis einholen zu müssen bspw. Fußball spielen oder ein solches Turnier veranstalten kann,¹⁷² kommen beim E-Sport Inhaber von Ausschließlichkeitsrechten ins Spiel, die großen Einfluss auf dessen Ökosystem haben.¹⁷³ Dabei muss zunächst zwischen den Entwicklern und dem Herausgeber, der im Bereich

¹⁶⁷ Auch wenn das IOC den E-Sport – wenn auch nur in Form von Sportsimulationen – wahrnimmt, lehnt es seine Anerkennung dennoch ab. S. IOC, Olympic Agenda 2020+5, olympic.org, <https://beck-link.de/f3dkc> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 22.

¹⁶⁸ Neben weiteren rund 120 Mitgliedsorganisationen, ESBD, Die Mitglieder, [esportbund.de](https://beck-link.de/w38kw), <https://beck-link.de/w38kw> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁶⁹ Eintracht Frankfurt, [klub.eintracht.de](https://beck-link.de/yb36r), <https://beck-link.de/yb36r> (zul. abger. am 10.1.2024).

¹⁷⁰ A.A. scheinbar Pusch, in: Frey (Fn. 6), § 5 Rn. 15; ders., in: Vieweg (Fn. 43), 254, der jedoch Eintracht Frankfurt in seiner Aufzählung der unmittelbaren Mitglieder gar nicht erwähnt.

¹⁷¹ Pusch, in: Vieweg (Fn. 43), 254.

¹⁷² Sportliche Leistungen genießen keinen urheberrechtlichen Schutz. S. EuGH, GRUR 2012, 156 Rn. 98 f.; LG Hamburg, SpuRt 2002, 202 (204); Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 146; Loewenheim/Leistner, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 154.

¹⁷³ Horst, Die Macht des Publishers im E-Sport, SpuRt 2023, 107 (108); Hentsch (Fn. 8), 3; D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 1; D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7 (9); von Colberg/Conraths, Die Veranstaltung eines eSport-Wettbewerbs aus Sicht einer Sportliga – Welche Rechtsfragen sind zu klären?, SpuRt 2021, 328 (331); Jagnow/Baumann (Fn. 18), 12 (15); Ruppert, Die strafrechtliche Relevanz des Einsatzes von Cheatbots im eSport. Wann technisch bedingte Spielmanipulationen den Tatbestand des Betrugs erfüllen, CR 2019, 691 Rn. 4.

der Videospiele regelmäßig als Publisher bezeichnet wird, unterschieden werden.¹⁷⁴ Letztere sind diejenigen, die die Spiele vermarkten, im Verhältnis zu potenziellen Verwertern als Lizenzgeber auftreten¹⁷⁵ und damit als zentrale Rechteinhaber angesehen werden¹⁷⁶. Dementsprechend werden für die folgende sportrechtliche Betrachtung sämtliche Inhaber von Urheberrechten, verwandten Schutzrechten oder urheberrechtlicher Verwertungsrechte gesammelt als Publisher bezeichnet.¹⁷⁷ Um zu klären, welche Einflussmöglichkeiten den Publishern zukommt, ist zunächst ihre Rechtsposition an den Videospiele zu klären, um dann deren sportrechtliche Konsequenzen zu beleuchten.

I. Urheberrechtlicher Schutz der Videospiele

Dem Schutzbereich des Urheberrechts unterfallen gem. § 2 Abs. 1 UrhG Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst. Das besondere an Videospiele ist dabei, dass sich diese nicht nur als Ganzes der Werkkategorie der Filmwerke gem. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG zuordnen lassen,¹⁷⁸ sondern auch ihre einzelnen Bestandteile jeweils schutzfähig sind.¹⁷⁹ Ihnen wird deshalb eine „*künstlerisch-technische Doppelnatur*“ zugesprochen.¹⁸⁰ Zum einen besteht ein Videospiele aus verschiedenen

¹⁷⁴ D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 2; a.A. scheinbar Ruppert (Fn. 173), 691 Rn. 4, der die Begriffe gleichsetzt.

¹⁷⁵ Hentsch (Fn. 8), 3 (5); D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 2; Fischer/Menz, in: Maties (Fn. 24), 136.

¹⁷⁶ Hentsch, Die Umsetzung der Urheberrechts-Richtlinie aus Sicht der Games- Branche. Schwerpunkt: Regelungen zur Verlegerbeteiligung, zum Urhebervertragsrecht und zur Haftung von Plattformen, MMR 2019, 351 (352); D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 19.

¹⁷⁷ So auch D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 2; D. Frey (Fn. 7), 2; Hentsch (Fn. 8), 3 (5).

¹⁷⁸ So die h.M.: BGH, GRUR 2013, 370 Rn. 14; W. Nordemann, GRUR 1981, 891 (894); A. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 204; Randa, Recht der Computerspiele, 2013, Rn. 98; Bullinger/Czychowski, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19 (22); D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 10; Loewenheim/Leistner, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 172), § 2 Rn. 217; Brüggemann, Urheberrechtlicher Schutz von Computer- und Videospiele. Ein gordischer Knoten bzw. eine Aufgabe für den Gesetzgeber, CR 2015, 697 (700); Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 172), § 2 Rn. 243; Wiebe, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 2 UrhG Rn. 23.

¹⁷⁹ EuGH, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25, Rn. 23 – Nintendo/PC Box; BGH, GRUR 2017, 266 Rn. 34; Hoeren, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 343; von Colberg/Conraths (Fn. 173), 328 (332); Brüggemann (Fn. 178), 697 (697 f.); Lober/Conraths, Betrugssoftware – Das „Doping“ der Online-Spiele, K&R Beilage 2019, 37 (39); D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 4; Fischer/Menz, in: Maties (Fn. 24), 136; Bullinger/Czychowski (Fn. 178), 19 (22).

¹⁸⁰ Ulbricht, Unterhaltungssoftware: Urheberrechtliche Bindung bei Projekt- und Publishingverträgen, CR 2002, 317 (321); Katko/Maier, Computerspiele – die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?, MMR 2009, 306; Czychowski, in: Fromm/Nordemann (Fn. 178), § 69a Rn. 10; Randa (Fn. 178), Rn. 70; Bullinger/Czychowski (Fn. 178), 19 (21).

Sprachwerken.¹⁸¹ Als Sprachwerke gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sind das Regelwerk bzw. das Spielsystem als Schriftwerk¹⁸² sowie das dem Spiel zugrundeliegende Steuerungsprogramm als Computerprogramm¹⁸³ anzusehen. Zum anderen sind z.B. die Musik des Spiels als Werk der Musik gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG und die Spielfiguren und Spielwelten als Werke der bildenden Künste gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG geschützt.¹⁸⁴ Aufgrund dieser Doppelnatur finden daher auf Computerspiele die softwarespezifischen Regelungen der §§ 69a ff. UrhG parallel zu den allgemeinen Regeln des Urheberrechtsgesetzes Anwendung.¹⁸⁵

Unabhängig von weiteren Einzelfragen¹⁸⁶ stehen den Publishern eine ganze Reihe von Verwertungsrechten zu.¹⁸⁷ Das Zeigen der Spiele bei einem Turnier vor anwesendem Publikum bzw. im Live-Stream unterfällt dem Vorführungsrecht gem. § 19 Abs. 4 UrhG bzw. dem Senderecht gem. § 20 UrhG.¹⁸⁸ Für die Verbreitung über Video-on-Demand-Plattformen wie etwa YouTube ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG und bei einer nachgelagerten öffentlichen Wiedergabe zuvor ausgestrahlter bzw. zugänglich gemachter Übertragungen des Wettkampfs aus § 22 UrhG einschlägig.¹⁸⁹ Darüber hinaus kommt es auch zu diversen Vervielfältigungshandlungen, die gem. § 16 UrhG bzw. § 69c Nr. 1 UrhG erlaubnispflichtig sind.¹⁹⁰ Solche erfolgen etwa dann, wenn das Spiel auf den Server des Veranstalters geladen wird oder wenn die Veranstaltung für spätere Zuschauer

¹⁸¹ D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 5.

¹⁸² Brüggemann (Fn. 178), 697 (699); D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 6.

¹⁸³ Kaboth/Spieß, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer, BeckOK UrhR, 40. Ed. (Stand: 1.11.2023), § 69a UrhG Rn. 8; Spindler, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 172), § 69a Rn. 27; Hoeren, in: Loewenheim (Fn. 179), § 9 Rn. 343; Bullinger/Czychowski (Fn. 178), 19 (21); D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7, (9).
¹⁸⁴ Rauda (Fn. 178), Rn. 84 f.; Fischer/Menz, in: Maties (Fn. 24), 136; Hentsch (Fn. 8), 3 (4 f.).

¹⁸⁵ So die h.M., s. EuGH, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25, Rn. 23 – Nintendo/PC Box; Bullinger/Czychowski (Fn. 178), 19 (21); Spindler, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 172), § 69a Rn. 27; Ulbricht (Fn. 180), 317 (321); Hentsch (Fn. 8), 3 (4); Katko/Maier (Fn. 180), 306; D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 27; Rauda, Cheatbots in Computerspielen. Urheber-, wettbewerbs- und markenrechtliche Ansprüche gegen Schummelsoftware, MMR-Beilage 2019, 20 (21); a.A. Wiedumilt, Cheatbots in Onlinespielen –eine Urheberrechtsverletzung?, MMR 2008, 715 (718).

¹⁸⁶ Detailliert dazu Rauda (Fn. 178), Rn. 33 ff. m.w.N.

¹⁸⁷ Hentsch (Fn. 8), 3 (5); D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7 (10); von Colberg/Conraths (Fn. 173), 328 (332).

¹⁸⁸ Horst (Fn. 173), 107 (108); D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7 (10); Hentsch (Fn. 8), 3 (5).

¹⁸⁹ Pivot, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 29 Rn. 52; D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 34; D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7 (10).

¹⁹⁰ von Colberg/Conraths (Fn. 173), 328 (332); Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Fn. 17), Kap. 5 Rn. 303; D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 29 f.; Brtka (Fn. 19), 500 (501).

aufgezeichnet wird.¹⁹¹ Da die kommerzielle Nutzung von standardisierten Nutzungsbedingungen regelmäßig ausgeschlossen ist,¹⁹² müssen sich jedenfalls kommerziell auftretende Veranstalter eine gesonderte Lizenz einholen.¹⁹³ Mit Blick auf die Tatsache, dass es sich bei den urheberrechtlichen Verwertungsrechten um absolute Rechte handelt,¹⁹⁴ stehen den Publishern gewichtige Ausschließlichkeitsrechte zu, die ihnen eine große Machtposition innerhalb des E-Sports verschaffen.¹⁹⁵

II. Ausschließlichkeitsrechte als Herausforderung für den organisierten (E-)Sport

Die umfassende Rechtsposition der Publisher ermöglicht es ihnen, das Regelwerk ganz nach ihrem Belieben zu gestalten und es den Veranstaltern zu erlauben oder zu untersagen, ein Turnier in einem bestimmten Spiel abzuhalten¹⁹⁶ oder Updates durchzuführen¹⁹⁷. Im traditionellen Sport hingegen haben die Verbände die volle Kontrolle über das Regelwerk.¹⁹⁸ Frey unterstreicht dies mit dem hypothetischen Bild, dass die Situation mit dem Fußball vergleichbar wäre, wenn Adidas als Hersteller der Bälle, die bei großen Fußballwettbewerben zum Einsatz kommen, ein Verbot darüber zukäme, ob und mit welchen Regeln Fußball gespielt werden darf.¹⁹⁹

Die Absurdität dieses Beispiels verdeutlicht, dass das Recht des traditionellen Sports ein solches Problem noch nicht zu lösen hatte, weil eine vergleichbare Situation bisher nicht aufgetreten ist. Der Kern des Problems ist hierbei, dass es sich

¹⁹¹ D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 31.

¹⁹² S. etwa den Steam-Nutzungsvertrag, der zugleich als EULA für z.B. Counter Strike 2 und Dota 2 fungiert: Valve, Steam-Nutzungsvertrag, store.steampowered.com, 2.12.2022, <https://beck-link.de/8snsn> (zul. abger. am 10.1.2024), Abschnitt 2. G.

¹⁹³ BGH, GRUR 2017, 266 Rn. 47; D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7 (10); D. Frey/van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 33; Britka (Fn. 19), 500 (501); Jagnow/Baumann (Fn. 18), 12 (15).

¹⁹⁴ Heerma, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 15 Rn. 1; v. Ungern-Sternberg, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 172), § 15 Rn. 204; Wiebe, in: Spindler/Schuster (Fn. 178), § 15 UrhG Rn. 3.

¹⁹⁵ Himmer, Multiple Club Ownership im Sport und eSport – Rechtswirklichkeit und Regulierungspraxis, SpoPrax 2021, 158 (160); Jagnow/Baumann (Fn. 18), 12 (15); D. Frey (Fn. 7), 2 (5); ders./van Baal, in: Frey (Fn. 6), § 9 Rn. 3; Ruppert (Fn. 173), 691 Rn. 4; Hentsch (Fn. 8), 3 (7).

¹⁹⁶ Horst (Fn. 173), 107 (108); Fischer/Menz, in: Maties (Fn. 24), 135; Hentsch (Fn. 8), 3 (5).

¹⁹⁷ Zu dem dadurch begründeten Risiko für die Wettbewerbsintegrität siehe unten E.II.

¹⁹⁸ Himmer (Fn. 198), 158 (160); D. Frey (Fn. 7), 2 (5); Fischer/Menz, in: Maties (Fn. 24), 135; Pusch (Fn. 40), 53 (57).

¹⁹⁹ D. Frey (Fn. 7), 2 (5).

bei den Publishern e-sporttauglicher Videospieletitel – auch wenn sie teilweise darüber hinaus sportliche Werte schützen²⁰⁰ – immer um internationale Großkonzerne handelt, die kommerzielle Interessen verfolgen und in letzter Konsequenz eher ihren Aktionären als sportlichen Werten verpflichtet sind.²⁰¹ Die rechtliche Handhabe gegen die potenzielle Einflussnahme der Publisher ist *de lege lata* sehr überschaubar. Denkbar sind hier etwa Kontrahierungszwänge zulasten der Rechteinhaber bei Lizenzverträgen mit Turnierveranstaltern, Videospiegelverträgen mit Athleten und Wettkampfteilnahmeverträgen mit Teams oder Athleten.²⁰² Diese scheitern allerdings im kartellrechtlichen Bereich z.B. im Verhältnis zu Turnierveranstaltern daran, dass kein Publisher eine marktbeherrschende Stellung gem. § 18 GWB bzw. relative Marktmacht gem. §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB im Verhältnis zu einem Turnierveranstalter innehat.²⁰³ Die Anforderungen an einen bürgerlich-rechtlichen Kontrahierungszwang im Verhältnis zu einem Amateur-E-Sportler liegen dagegen etwas niedriger. Der Publisher müsste sozial mächtig sein und der betroffene Athlet müsste ein erhebliches Interesse am Zugang zu dem Videospiegel des Publishers haben.²⁰⁴ Diese *de lege lata* zur Verfügung stehenden Möglichkeiten greifen allerdings aufgrund ihrer engen Voraussetzungen allenfalls im Einzelfall,²⁰⁵ sodass es *de lege ferenda* denkbar wäre den E-Sport vor der Macht der Publisher zu schützen – etwa durch das Einführen einer neuen Schranke zugunsten des nichtkommerziellen E-Sport.²⁰⁶ Dies müsste freilich auf der europäischen Ebene durch die Ergänzung des Katalogs in Art. 5 Abs. 3 Info-Soc-RL passieren.²⁰⁷ Ein möglicher Ansatzpunkt könnte hier Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, demzufolge die Union zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dessen besondere Merkmale berücksichtigt.²⁰⁸

De lege lata wird die Praxis mit umfangreichen Lizenzen arbeiten müssen. Um eine Annäherung an bestehende Strukturen des internationalen Sports trotzdem erreichen zu können, werden sich Verbände und Publisher bei der Lizenzierung der Spiele entgegenkommen müssen. Dies ist zwar – wie die Asienspiele 2022 zeigen –

²⁰⁰ S. etwa die sehr hohen Standards von *Riot Games* in Bezug auf Multiple Ownership, die weit über den Anforderungen der UEFA an Firmen wie z.B. *Red Bull* liegen: *Riot Games*, LEC Rulebook 2023, <https://beck-link.de/zdz8e> (zul. abger. am 10.1.2024), Ziff. 2.2.

²⁰¹ *Pusch* (Fn. 40), 53 (57); *Fischer/Menz*, in: *Maties* (Fn. 24), 137; *D. Frey/Pommer* (Fn. 131), 7 (8); *Himmer* (Fn. 198), 158 (161).

²⁰² *Horst* (Fn. 173), 107 (110).

²⁰³ *Horst*, Was schützt den E-Sport vor dem Publisher?, 2022, S. 319.

²⁰⁴ Dazu ausführlich *Horst* (Fn. 203), S. 307 ff.

²⁰⁵ *Horst* (Fn. 203), S. 312 f., 321; *ders.* (Fn. 173), 107 (111).

²⁰⁶ *Horst* (Fn. 203), S. 403; Für das US-amerikanische Copyright *Hartung*, The Issue of “Deep Control” In Professional E-Sports, S. 41, der die diese Wettbewerbe unter die Fair-Use-Doktrin fasst.

²⁰⁷ *Horst* (Fn. 203), S. 403.

²⁰⁸ Diese Frage ist unter anderem Gegenstand des Promotionsvorhabens des Verfassers.

nicht vollkommen ausgeschlossen, jedoch ist nicht ersichtlich, dass sich in absehbarer Zukunft die Publisher den Verbänden oder die Verbände den Publishern unterordnen wollen.²⁰⁹ Eine Chance könnte allenfalls dann bestehen, wenn sich die Publisher wirtschaftliches Wachstum davon versprechen, mit Sportverbänden zusammenzuarbeiten. Dass solches langfristig dadurch eintreten könnte, dass eine Anbindung an den organisierten Sport die Akzeptanz des E-Sport erhöht, ist jedenfalls nicht unwahrscheinlich. Mithin sollte sich eine breitere und repräsentativere internationale Verbandsstruktur im E-Sport herausbilden.²¹⁰ Je stärker und geschlossener ein Verband alle anderen Akteure des E-Sport hinter sich versammeln kann, desto selbstbewusster könnte er gegenüber den Publishern auftreten.

E. Sicherung der Integrität des sportlichen Wettbewerbs

Zentrale Elemente des Sports sind – wie bereits dargestellt – seine Werte. Hierzu zählen insbesondere Chancengleichheit und Fairness im Wettbewerb,²¹¹ die auch im E-Sport unabhängig von seiner Anerkennung eine wichtige Rolle spielen.²¹² Auch im E-Sport existieren Interessenkonflikte in Konstellationen von Multiple Ownership,²¹³ Probleme mit Wettbetrug und Matchfixing²¹⁴ sowie klassischem Doping²¹⁵. An dieser Stelle soll jedoch nur auf spezifische Risiken des E-Sport, namentlich Cheating bzw. Bugusing sowie auf Patches, eingegangen werden.

²⁰⁹ *Fischer/Menz*, in: *Matics* (Fn. 24), 137.

²¹⁰ *Jagnow/Baumann* (Fn. 18), 12 (15); *D. Frey* (Fn. 7), 2 (5); *ders./van Baal*, in: *Frey* (Fn. 6), § 9 Rn. 47; *Hentsch* (Fn. 8), 3 (5).

²¹¹ *Pfister/Fritzweiler*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 17), Einf. Rn. 2; *Holzke* (Fn. 25), S. 128; *Valerius*, Sportwettbetrug (§ 265c StGB) und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265 StGB), *Jura* 2018, 777 (778); *Pusch* (Fn. 40), 53 (54); *Kubiciel* (Fn. 62), 200 (201).

²¹² *Horst* (Fn. 173), 107 (109); *Poisel/Ruppert*, eSport und Strafrecht: Wettbetrug & Co., K&R Beilage 2021, 54 (56); *Kubiciel* (Fn. 62), 200 (201); *Pusch* (Fn. 40), 53 (57); *Ruppert* (Fn. 137), 5 (7).

²¹³ Dazu detailliert *D. Frey/Dresen*, in: *Frey* (Fn. 6), § 14 Rn. 17 ff.; *Himmer* (Fn. 198), 158 (160 ff.); *Jagnow/Baumann* (Fn. 18), 12 (15).

²¹⁴ Hierbei ist insbesondere die Anwendbarkeit der Straftatbestände der §§ 265c und 265d StGB fraglich. Siehe dazu *A. Fischer* (Fn. 21), S. 197 ff.; *Nolte/Bechtel*, E-Sport im Lichte von Sportrecht (Teil 2), *SpoPrax* 2021, 74 (76 ff.); *Ruppert* (Fn. 137), 5 (7 ff.); *Lutzgebäck/Wieck* (Fn. 67), 1320 (1322 ff.); *Perron* (Fn. 21), 809 (811 f.); *Poisel/Ruppert* (Fn. 212), 54 (55); *Satzger*, „Sportwettbetrug“ und „Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben“ – zwei neue Tatbestände mit zweifelhafter Existenzberechtigung, *Jura* 2016, 1142 (1148); *Schörner* (Fn. 62), 407 (408 ff.); *Stam*, Die Straftatbestände des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB), *NZWiSt* 2018, 41 (42).

²¹⁵ Auch hier ist die Anwendbarkeit des AntiDopG umstritten. Die wohl h.M. lehnt die Anwendbarkeit ab, s. *Pusch* (Fn. 40), 53 (59); *Bagger von Grafensetin* (Fn. 35), 20 (22); *Brka* (Fn. 19), 500 (502); *Kubiciel* (Fn. 62), 200 (202 f.); a.A. *Ruppert* (Fn. 22), 106 (107 ff.).

I. Cheating und Bugging

Die wohl größte Gefahren für die Integrität eines fairen sportlichen Wettbewerbs im E-Sport sind Cheating und Bugging. Beim Cheating handelt es sich in der Regel um eine Einwirkung auf den gewöhnlichen Ablauf des Videospiele mittels externer Computerprogramme, den sog. Gameplay-Cheats.²¹⁶ Am prominentesten sind dabei die primär bei Shooter-Spielen vorkommenden sog. Aimbots, bei denen der Gegenspieler bei Sichtkontakt automatisch erfasst wird, sodass der Cheater seine Waffe ohne zu zielen lediglich abfeuern muss, um einen Treffer zu erzielen. Weiterhin gibt es noch den sog. Wallhack, bei dem Gegner durch die Wände der Spielwelt hindurch angezeigt werden, was dem Cheater einen unfairen Wissensvorsprung verschafft.²¹⁷ Davon zu unterscheiden ist das sog. „Ghosting“ als Personen-Cheat, bei dem eine dritte Person den Spielern Informationen zukommen lässt, die sie allein aus dem Spielverlauf heraus nicht haben können.²¹⁸ Beim Bugging hingegen nutzt der Spieler einen Programmierfehler des Spiels zu seinen Gunsten, indem er sich dadurch einen unfairen Vorteil verschafft.²¹⁹

Mangels rechtlicher Anerkennung des E-Sport seitens des Staates kann es nicht verwundern, dass kein staatliches, mit dem AntiDopG vergleichbares Regelwerk zur Bekämpfung des Cheatings existiert.²²⁰ Allerdings haben sich stattdessen nicht-staatliche Strukturen gebildet, die sich dem Schutz der Integrität des E-Sport verschrieben haben, zuvorderst die *eSports Integrity Commission (ESIC)*. Dabei handelt es sich nicht um einen eigenständigen Verband, sondern vielmehr um eine privatrechtlich organisierte, überparteiliche Mitgliederorganisation, die 2015 von den verschiedenen Akteuren des E-Sport gegründet wurde.²²¹ Mittlerweile verfügt die *ESIC* über ein breites Spektrum an Mitgliedern: Von Turnierveranstaltern wie der *Electronic Sports League (ESL)* über nationale E-Sportverbände wie der *Swiss Esports Federation* bis hin zu Behörden wie der *United Kingdom Gambling Commission*.²²² Aus der Arbeit der *ESIC* sind umfangreiche Regelwerke zur Integritätssicherung hervorgegangen: Neben dem Code of Conduct, der Cheating verbietet, existiert noch ein Anti-Doping-Code, ein Anti-Corruption-Code, ein Code of Ethics sowie eine entsprechende Verfahrensordnung,²²³ die sogar die Anrufung eines eigenen Schiedsgerichts

²¹⁶ Lober/Conraths (Fn. 179), 37; D. Frey (Fn. 7), 2 (5); ders./Pommer (Fn. 131), 7, (9); Meisheit, Cheating im e-Sport, SpuRt 2021, 272; Kubiciel (Fn. 62), 200 (202).

²¹⁷ Artikel 2.4.5 der ESIC-Verhaltensregeln, vgl. *ESIC*, Code of Conduct, esic.gg, <https://beck-link.de/cp85d> (zul. abger. am 10.1.2024).

²¹⁸ Ebd.

²¹⁹ Von Colberg/Conraths (Fn. 173), 328 (331).

²²⁰ So auch Lober/Conraths (Fn. 179), 37 (38); Meisheit (Fn. 216), 272 (276 f.).

²²¹ V. Frey, in: Frey (Fn. 6), § 6 Rn. 31 f.

²²² *ESIC*, Members & Supporters, esic.gg, <https://beck-link.de/4p3ec> (zul. abger. am 10.1.2024).

²²³ Alle Kodizes sind verfügbar bei *ESIC*, Our Codes, esic.gg, <https://beck-link.de/asb4z> (zul. abger. am 10.1.2024).

(„Appeal Panel“) vorsieht. Zur Prävention, Verfolgung und Ahndung von Cheating liegt ein Strafenkatalog in Art. 7 des *ESIC Code of Conduct* vor, der die möglichen Strafen je nach Art und Schwere der Verfehlung festlegt.²²⁴ Das Strafmaß reicht von einer Geldbuße in Höhe von 25% des in dem Wettbewerb gewonnenen Preisgeldes bei einem erstmaligen „Level 1 Offence“ bis hin zu einer lebenslangen Sperre für den gesamten Bereich des E-Sport bei einem Wiederholungstäter mit einem „Level 4 Offence“. Beim Cheating handelt es sich gem. Art. 2 Ziff. 2.4.5. des *ESIC Code of Conduct* immer mindestens um ein Level 3 Offence, regelmäßig jedoch sogar um ein Level 4 Offence, wie die jüngeren Präzedenzfälle²²⁵ zeigen.

Freilich können Regelwerke, welche von einer privatrechtlichen Organisation aufgestellt wurden, keine Wirkung *erga omnes* entfalten, jedoch kann sich ein Branchenstandard entwickeln, der sodann auf vertragsrechtlicher Ebene vereinbart und durchgesetzt werden kann.²²⁶ So erklärt etwa bereits die *ESL* – die immerhin Ausrichterin einiger der weltweit größten und renommiertesten E-Sport-Turniere ist²²⁷ – in Ziffer 1.7 ihres Regelwerkes²²⁸ die Regularien der *ESIC* ausdrücklich auch zu Regeln ihrer Wettbewerbe. Dies ist im Übrigen wiederum kein exklusives Phänomen des E-Sports. Die Zweigliedrigkeit von privatem Regelwerk einerseits und staatlicher Rechtsordnung andererseits zieht sich durch das gesamte Sportrecht, so dass sich stets die Geltung des Reglements aus der rechtsgeschäftlichen Anerkennung durch die Beteiligten ergibt.²²⁹ Auch wenn z.B. eine lebenslange Sperre nur dann effektiv durchgesetzt werden kann, wenn die Kodizes der *ESIC* flächendeckend in die Regelwerke aller großen Turnierveranstalter implementiert werden, so ist der Zusammenschluss ein wichtiger Schritt in Richtung eines weitgehend geschlossenen Systems der Integritätssicherung. Die Reichweite der Regeln der *ESIC* wächst stetig: So sind etwa im Jahr 2021 bisher vier und im Jahr 2020 fünf weitere Turnierveranstalter Mitglied geworden.²³⁰ Zudem ist sie gewillt sich bestehenden Strukturen des Sports anzunähern, indem sie etwa ihren Anti-Doping-Code an das

²²⁴ *Meisheit* (Fn. 216), 272 (277); *Pusch* (Fn. 40), 53 (59).

²²⁵ In dem Fall, der in der CS:GO Community als „Spectator Bug Exploit“ bekannt geworden ist, konnten einige Coaches der Teams einen Bug ausnutzen, um nicht nur die Perspektive der fünf Spieler ihres Teams, sondern auch eine weitere externe Perspektive sehen zu können, was zu unfairen Informationsasymmetrien geführt hat. In diesem Fall, in dem es „nur“ um ein Bugusing ging, entschied die *ESIC* auf ein Level 4 Offence, s. *ESIC*, Report of Investigation into alleged complicity of Heroic Players in Spectator Bug Exploit, <https://beck-link.de/cph38> (zul. abger. am 10.1.2024), Ziff. 4.1.2.

²²⁶ *Meisheit* (Fn. 216), 272 (276 f.); *Pusch* (Fn. 40), 53 (59); *von Colberg/Conraths* (Fn. 173), 328 (331); *Jagnow/Baumann* (Fn. 18), 12 (15).

²²⁷ *Fischer/Menz*, in: *Maties* (Fn. 24), 104.

²²⁸ *ESL*, *ESL Counter Strike General Rulebook*, esl.com, <https://beck-link.de/s7msp> (zul. abger. am 10.1.2024).

²²⁹ *Vieweg*, JuS 1983, 82; *Pfister/Fritzweiler*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 17), Einf. Rn. 5; *D. Frey/Dresen*, in: *Frey* (Fn. 6), § 8 Rn. 51 f.

²³⁰ *ESIC*, *Members & Supporters*, esic.gg, <https://beck-link.de/4p3ec> (zul. abger. am 10.1.2024).

System der World Anti Doping Agency angelehnt hat²³¹ und um eine engere Anbindung an diese bemüht ist.²³² Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung könnte die *ESIC* in Zukunft eine Vorreiterrolle einnehmen²³³ und perspektivisch ein Vorbild für ein internationales System der Integritätssicherung im E-Sport sein.

II. Patches

Ein weiteres exklusives Risiko für die Integrität des E-Sport geht nicht von den eigentlichen Wettbewerbern aus. Zwar können bis zu einem gewissen Grad die Veranstalter von Turnieren für einen unverzerrten, fairen und geregelten Spielbetrieb sorgen – etwa durch Regelungen zur Größe des Kaders, zum Turniermodus oder durch die Bereitstellung gleicher Hardware für alle Spieler.²³⁴ Allerdings entziehen sich die sog. Patches der Kontrolle der Turnierveranstalter: Dabei handelt es sich um Updates am Spiel, also Änderungen an der Programmierung, welche kraft seiner urheberrechtlichen Verwertungsrechte nur durch den Publisher des Spiels vorgenommen werden können.²³⁵ Allerdings können die Publisher auch auf Fragestellungen, die ihre Verwertungsrechte gar nicht betreffen, jedenfalls mittelbar einwirken, indem sie die Lizenzvergabe etwa davon abhängig machen, ob das Turnier insgesamt nach ihren Vorstellungen veranstaltet wird.²³⁶ Keinen Einfluss auf die Wettbewerbsintegrität haben rein technische Anpassungen.²³⁷ Im Gegenteil können rein technische Updates auch dazu führen, dass Programmierfehler beseitigt werden, sodass es etwa gar nicht erst zum Bugusing durch die Spieler kommen kann. Problematisch sind allerdings Patches, die dem sog. „Balancing“ dienen.²³⁸ Abstrakt kann man Balancing als die Aktivität des aufeinander Abstimmens von Spielregeln, Stufen, Schwierigkeit, Zahlen, Algorithmen, etc. beschreiben, um gewünschte Ziele zu erreichen, wie z.B. ein Spiel für alle Spieler gewinnbar, fair, und herausfordernd zu gestalten und es wiederholbar zu machen.²³⁹ Dabei ist zu unterscheiden zwischen „Nerfing“ und „Buffing“.²⁴⁰ Ein Nerf kann erreicht werden, indem die Stärke einer bestimmten Spielmechanik verringert oder die Stärke seiner Kontermöglichkeiten

²³¹ von *Colberg/Conraths* (Fn. 173), 328 (331); *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 6 Rn. 38.

²³² *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 6 Rn. 33.

²³³ So auch *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 6 Rn. 39.

²³⁴ *D. Frey* (Fn. 7), 2 (5).

²³⁵ *Himmer* (Fn. 198), 158 (160); *Hentsch* (Fn. 8), 3 (5); *Fischer/Menz*, in: *Maties* (Fn. 24), 137; *D. Frey/Pommer* (Fn. 131), 7 (9).

²³⁶ *Fischer/Menz*, in: *Maties* (Fn. 24), 137.

²³⁷ So im Ergebnis auch *D. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 21 Rn. 9; *ders.* (Fn. 7), 2 (5).

²³⁸ *Hilgert*, in: *Maties* (Fn. 24), 147; *Pusch* (Fn. 40), 53 (58); *D. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 21 Rn. 9; *ders.* (Fn. 7), 2 (5).

²³⁹ *Becker/Görllich*, *Paradigm Plus 2020*, 22 (22).

²⁴⁰ *Becker/Görllich*, *Paradigm Plus 2020*, 22 (31); aus der juristischen Literatur *D. Frey/Pommer* (Fn. 131), 7 (9); *D. Frey* (Fn. 7), 2 (5).

erhöht wird. Ein Buff kann erreicht werden, indem die Stärke einer Mechanik erhöht oder die Stärke seiner Konter verringert wird.²⁴¹

Der potenzielle Einfluss auf den Wettbewerb liegt auf der Hand: So werden etwa bestimmte Nerfs zwangsläufig Spieler oder Teams, die von einer bestimmten Spielmechanik überdurchschnittlich viel Gebrauch machen, benachteiligen.²⁴² Wenn ein solches Balancing im Laufe eines Turnieres oder einer Saison durchgeführt wird, können damit ganze Strategien eines Teams zunichte gemacht werden.²⁴³ Allerdings lässt sich auch dieses Problem durch entsprechende Vereinbarungen lösen, indem man im Rahmen der Lizenzvergabe an einen Turnierveranstalter zugleich mitvereinbart, dass auf dem Turnier das Videospiel in einer bestimmten Version gespielt wird.²⁴⁴ Dies ist möglich, da Turniere sehr oft als LAN-Event, also offline, gespielt werden, sodass der Veranstalter mit Erlaubnis des Publishers eine beliebige Version des Spiels auf den Offlineserver aufspielen kann. Ob zu dem Zeitpunkt des Turniers auf den öffentlich zugänglichen Online-Servern des Publishers bereits eine neuere Version des Spiels mit etwaigen Nerfs oder Buffs gespielt wird, ist damit für den E-Sport nicht zwangsläufig von Bedeutung. Dies entspricht bereits jetzt der Praxis.²⁴⁵

Die Macht der Publisher schränken vertragliche Regelungen allerdings kraft Natur der Sache nur begrenzt ein. Ein darüberhinausgehender Schutz kann allenfalls in § 826 BGB gesehen werden.²⁴⁶ Dies setzt jedoch voraus, dass ein Publisher durch Patches vorsätzlich einen Wettbewerb im E-Sport manipuliert und dadurch etwa

²⁴¹ So kann z.B. in einem Shooter-Spiel durch ein Update eine bestimmte Schusswaffe dadurch „generft“ oder „gebufft“ werden, dass ihre Fähigkeit, im Spiel Schadenspunkte zu verursachen, erhöht oder verringert oder die Bewegungsgeschwindigkeit eines Avatars, der die Waffe ausgerüstet hat, erhöht oder verringert wird.

²⁴² Eines der bekanntesten Beispiele in der CS:GO-Szene den Nerf der wohl stärksten Waffe im Spiel – der AWP – im Jahr 2015. Nach dem Update konnte sich ein Spieler, der mit der Scharfschützengewehr anvisiert, gleichzeitig nur noch sehr langsam bewegen. Zu der Zeit war der französische Spieler *Kenny* „*KennyS*“ *Schrub*, der für seinen schnellen und sehr flexiblen Spielstil mit der AWP bekannt war, auf dem Höhepunkt seiner Karriere. Nach dem Nerf jedoch ließ seine Leistung jedoch zunächst nach, weil er seinen Stil dem Nerf anpassen musste. Viele in der Szene hatten den Eindruck, dass der Nerf seitens des Publishers *Valve* gerade seinem, zu der Zeit sehr dominierenden Spielstil galt. Vgl. *Oldersma*, Esports Legends: KennyS, esports.com, 5.3.2021, <https://beck-link.de/7yp4t> (zul. abger. am 10.1.2024).

²⁴³ *D. Frey/Pommer* (Fn. 131), 7 (9); *Möckel*, in: *Möckel* (Fn. 55), 116 ff.

²⁴⁴ *Horst* (Fn. 203), S. 234 ff.; *Picot*, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Fn. 189), § 29 Rn. 52; *Hilgert*, in: *Maties* (Fn. 24), 147; *D. Frey/Pommer* (Fn. 131), 7 (9) nennen dies einen „Freeze“.

²⁴⁵ So regelt etwa – wenn auch recht generalklauselartig – das CS:GO Game Specific Rulebook der ESL, dass zwar grundsätzlich die neueste Version des Spiel gespielt werden soll, es allerdings wenn es extremes Balancing im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Turnier gab, (sofern möglich) die ursprüngliche Version des Spiel gespielt werden soll. Vgl. *ESL*, ESL Counter Strike Game Specific Rulebook, eslgaming.com, <https://beck-link.de/x3kz2> (zul. abger. am 10.1.2024), Ziff. 2.1.

²⁴⁶ *Horst* (Fn. 203), S. 256.

Klubs oder einzelnen Athleten ein Schaden entsteht.²⁴⁷ Dies gilt unabhängig vom Genre des gespielten Videospiele, da Missbilligung des Missbrauchs einer Machtposition zur Manipulation eines sportlichen Wettbewerbs nicht davon abhängen kann, ob die Disziplin hohes oder weniger hohes gesellschaftliches Ansehen genießt.²⁴⁸ Maßgeblich zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist die Zielsetzung des Schädigers, also der von ihm angestrebte Zweck.²⁴⁹ Somit ist jedem Publisher, der es versuchen sollte einen E-Sport-Wettbewerb durch Patches zu manipulieren, sittenwidriges Verhalten vorzuwerfen.²⁵⁰

Da die tatbestandliche Schwelle der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung jedoch recht hoch ist²⁵¹ und auch die Beweisschwierigkeiten nicht zu unterschätzen sind, ist § 826 BGB nicht die Lösung des Problems. In Zukunft wird die oben geschilderte Praxis der vertraglichen Absicherung, erst recht wenn der E-Sport international und in der Breite – ggf. sogar als olympisch – anerkannt werden will, wohl nicht mehr ausreichen.²⁵² Es wird verbindliche, von einem internationalen Spitzenverband gesetzte Regeln geben müssen, die klare Fristen setzen, bis zu welchem Zeitpunkt vor einem Turnier Patches berücksichtigt werden müssen. Dafür ist es allerdings erforderlich, dass sich ein Spitzenverband entwickelt, der den E-Sport umfassend repräsentiert und noch dazu die Publisher der relevanten Spieletitel des E-Sport hinter sich vereinen kann. Dies ist mit Blick auf die Ausschließlichkeitsrechte und wirtschaftlichen Interessen der Publisher *de lege lata* keine leicht zu lösende Aufgabe.

F. E-Sport und Jugendschutzrecht

Mit Blick darauf, dass die E-Sport-Szene immer weiterwächst und verstärkt bei einem jungen Publikum beliebt ist, stellen sich auch Fragen des Jugendschutzes. Dabei sind vor allem Fragen bezüglich der gespielten bzw. gestreamten Spiele sowie der Organisation lokaler Events interessant.

²⁴⁷ Horst (Fn. 203), S. 280.

²⁴⁸ A.A. Horst (Fn. 203), S. 274 ff., der die Sittenwidrigkeit bei der Manipulation eines Wettbewerbs bei einem Ego-Shooter ablehnt, da dieses Genre derzeit gesellschaftlich noch derart kritisch gesehen würde, dass die Manipulation eines solchen Wettbewerbs nicht sittenwidrig sein könne.

²⁴⁹ BGH, NJW 2021, 1669 Rn. 17; BGH, NJW 2014, 1380 Rn. 8; Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 826, Rn. 21; Spindler, in: BeckOGK zum Zivilrecht, Stand: 1.12.2023, BGB § 826 Rn. 10.

²⁵⁰ Ob *Electronic Arts* einen *FIFA*-Wettkampf oder *Valve* einen *Counter-Strike*-Wettkampf manipuliert, kann keinen Unterschied machen; a.A. Horst (Fn. 203), S. 274 ff.

²⁵¹ Spindler, in: BeckOGK zum Zivilrecht (Fn. 249), BGB § 826, Rn. 2.

²⁵² So auch D. Frey/Pommer (Fn. 131), 7 (9).

I. Einschränkungen aufgrund des gespielten Spiels

Die erste Assoziation, die bei den Begriffen E-Sport und Jugendschutz aufkommt, dürfte den Fakt betreffen, dass Videospiele gem. § 14 Abs. 2 JuSchG bzw. § 5 Abs. 2 JMStV mit einer Altersfreigabe gekennzeichnet werden müssen.²⁵³ Dabei ist zwischen entwicklungsbeeinträchtigenden Angeboten gem. § 10b JuSchG, § 5 JMStV, jugendgefährdenden Angeboten gem. §§ 15, 18 JuSchG, § 4 Abs. 2 JMStV und generell unzulässigen, d.h. strafbaren Inhalten zu unterscheiden.²⁵⁴ Die gängigsten Titel des E-Sport sind dabei allesamt „nur“ als entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte einzustufen²⁵⁵ – so etwa *League of Legends*²⁵⁶, *Counter Strike 2*²⁵⁷ oder *EA Sports FC 24*²⁵⁸.

Am direktesten trifft die Altersbeschränkung sicherlich die Spieler des Spiels selbst.²⁵⁹ Gem. § 13 Abs. 1 JuSchG ist das „*Spielen an elektronischen Bildschirmspielgeräten*“ nur gestattet, wenn das Spiel für die entsprechende Altersgruppe freigegeben ist. Es liegt in der Verantwortung der Veranstalter zu überwachen, ob –im professionellen wie im Amateurbereich – die Altersgrenzen eingehalten werden.²⁶⁰ Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Minderjährige von einer erziehungsbeauftragten Person begleitet wird,²⁶¹ was besonders für junge Spieler aus Ländern wie Dänemark, das ein sehr liberales Jugendschutzrecht hat,²⁶² attraktiv sein könnte. Bei Zuwiderhandlung drohen den Veranstaltern gem. § 28 Abs. 1, 5 JuSchG Bußgelder i.H.v. bis zu 50.000 €.

Die spannenderen Fragen wirft die Tatsache auf, dass E-Sport Events regelmäßig live gestreamt und nachträglich zum Abruf bereitgestellt werden. Denn obwohl ein Videospiele zum Spielen bspw. erst ab 16 Jahren freigegeben ist, kann für das

²⁵³ Hilgert/Eickhoff, Jugendschutz im eSport. Rechtsfragen und Regelungen für minderjährige Spieler und Zuschauer bei eSport-Veranstaltungen, MMR-Beilage 2018, 16 (17).

²⁵⁴ Detailliert zum Verfahren der Kennzeichnung Hilgert/Sümmerrmann, Gegenwart und Zukunft der Alterskennzeichnung von Mobile Apps, K&R 2015, 543 (544 ff.).

²⁵⁵ Petschinka, Zwischen jugendgefährdenden Medien und Alterskennzeichnungen: Jugendschutzrechtliches zum eSport in Österreich, SpoPrax 2021, 164 (168); Hilgert/Eickhoff (Fn. 253), 16 (17).

²⁵⁶ Altersfreigabe ab 12 Jahren, vgl. USK, usk.de, <https://beck-link.de/r5ytx> (zul. abger. am 10.1.2024).

²⁵⁷ Altersfreigabe ab 16 Jahren, vgl. USK, usk.de, <https://beck-link.de/t6x86> (zul. abger. am 10.1.2024).

²⁵⁸ Altersfreigabe ab 12 Jahren, vgl. USK, usk.de, <https://beck-link.de/tvr7b> (zul. abger. am 10.1.2024).

²⁵⁹ Hilgert/Eickhoff (Fn. 253), 16 (17).

²⁶⁰ Hopff/Braml, Die Entwicklung des Jugendmedienschutzes 2016/2017, ZUM 2018, 1 (8); Scheyhing, Jugendliche bei eSport-LAN-Events - Jugendschutz im eSport, MMR-Aktuell 2016, 382190; Hilgert/Eickhoff (Fn. 253), 16 (17).

²⁶¹ Hilgert, in: Matics (Fn. 24), 151 f.

²⁶² Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 39; V. Frey, in: Frey (Fn. 6), § 1 Rn. 30.

Bild- und Tonmaterial, das den Zuschauern angeboten wird, eine abweichende Bewertung geboten sein.²⁶³ Dies ergibt sich aus der Vermutungsregel des § 5 Abs. 2 S. 2 JMStV.²⁶⁴ Demnach wird für einen Live-Stream oder eine Aufzeichnung vermutet, dass die Bewertung des Videospieles nach § 14 JuSchG entsprechend auch für das Angebot an die Zuschauer gilt, sofern es im Wesentlichen mit dem Spiel inhaltsgleich ist.²⁶⁵ Diese Vermutung wird sich jedoch für die allermeisten Übertragungen eines E-Sportturnieres widerlegen lassen.²⁶⁶ Die USK orientiert sich bei der Einstufung der Spieletitel an der Sicht des aktiven Spielers.²⁶⁷ Dessen Spielerlebnis ist jedoch ein vollkommen anderes als das Erlebnis des passiven Zuschauers einer Übertragung. Während ersterer aktive Entscheidungen treffen und Handlungen vornehmen muss, fehlt letzterem jegliche Interaktion mit dem Spielinhalt. Er konsumiert nur die Übertragung.²⁶⁸ Durch die Interaktion wird der Spieler eines Videospieles zum Teil des Spiels.²⁶⁹ Hinzu kommt, dass sich die Darstellung des Spielgeschehens für die Zuschauer wesentlich von der Darstellung aus Spielersicht unterscheidet. Als Beispiel soll wieder *Counter Strike* dienen: Die Zuschauer bekommen deutlich mehr Inhalte dargestellt, etwa eine kleine Karte der Spielwelt, ein Foto des Spielers, dessen Perspektive man gerade sieht und diverse Statistiken und Zahlen. Darüber hinaus wird die Übertragung durch Kommentatoren begleitet, die das Spielgeschehen einordnen, Hintergrundinformationen liefern und die Bilder des Spiels in den sozialen Kontext des sportlichen Wettbewerbs einbetten.²⁷⁰

Nichtsdestotrotz ist keine diesbezügliche Entscheidung von Rechtsprechung oder Landesmedienanstalten bekannt, sodass in der Praxis weiterhin eine gewisse

²⁶³ Erdemir, in: Bornemann/Erdemir, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 11; D. Frey, eSports – Rechtsfragen eines komplexen Ökosystems im Überblick (Teil 2), SpuRt 2018, 53 (58); Hilgert/Eickhoff (Fn. 253), 16 (17); Hilgert/Sümmerrmann, Der Entwurf für ein neues Jugendenschutzgesetz - Kritische Analyse des Gesetzesvorschlages des BMFSFJ, MMR 2020, 301 (305); Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58.

²⁶⁴ Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58; Erdemir, in: Spindler/Schuster (Fn. 178), § 5 JMStV Rn. 28.

²⁶⁵ Hilgert/Eickhoff (Fn. 253), 16 (17); Scheyhing (Fn. 260), 382190; Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58; Erdemir, in: Spindler/Schuster (Fn. 178), § 5 JMStV Rn. 28.

²⁶⁶ So auch Baumann/Allar, Jugendschutz und E-Sport – Smash or Pass?, SpoPrax 2023, 221 (224); Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58; Hilgert/Eickhoff (Fn. 253), 16 (17); D. Frey (Fn. 263), 53 (58); Scheyhing (Fn. 260), 382190; Pusch (Fn. 40), 53 (60); a.A. Erdemir, in: Bornemann/Erdemir (Fn. 263), § 5 Rn. 11.

²⁶⁷ Baumann/Allar, Jugendschutz und E-Sport – Smash or Pass? SpoPrax 2023, 221 (223); Hilgert/Sümmerrmann (Fn. 263), 301 (305); Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58.

²⁶⁸ Hilgert, in: Maties (Fn. 24), 151; D. Frey (Fn. 263), 53 (58); Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58; Pusch (Fn. 40), 53 (60).

²⁶⁹ Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58.

²⁷⁰ Baumann/Allar (Fn. 266), 221 (224); Hilgert, in: Maties (Fn. 24), 151; ders./Eickhoff (Fn. 253), 16 (17 f.); Radtke, in: Frey (Fn. 6), § 26 Rn. 58; D. Frey (Fn. 263), 53 (58); a.A. Erdemir, in: Bornemann/Erdemir (Fn. 263), § 5 Rn. 11.

Rechtsunsicherheit bestehen wird.²⁷¹ Wie dargelegt sprechen jedoch die besseren Gründe dafür, dass regelmäßig eine eigenständige Bewertung der Altersgeeignetheit für Live-Streams und Aufzeichnungen erforderlich sein wird.

II. Organisation lokaler E-Sportveranstaltungen

Nicht nur im Rahmen von Live-Streams und der Bereitstellung von Aufzeichnungen sind Vorschriften des Jugendschutzes zu beachten. Ein paralleles Problem stellt sich auch für die Zuschauer eines E-Sportturniers vor Ort, die in aller Regel die gleichen kommentierten Bilder zu Gesicht bekommen wie die Zuschauer im Live-Stream. Vor der jüngsten Reform des JuSchG²⁷² wurde eine Orientierung an § 11 Abs. 1 JuSchG, der die Anwesenheit von Kindern und Jugendlichen nur dann erlaubt, wenn der Film auch für die entsprechende Altersgruppe freigegeben ist, nur als grobe Richtlinie für geeignet erachtet.²⁷³ Auch hier ist eine selbstständige Bewertung der für die Zuschauer auf der Leinwand sichtbaren Inhalte erforderlich.²⁷⁴ Deshalb wurde dem Gesetzgeber in der Literatur Handlungsbedarf signalisiert.²⁷⁵ Diesem scheint der Gesetzgeber allerdings nicht nachgekommen zu sein. Es wurde keine dem § 11 JuSchG entsprechende Regelung geschaffen oder dieser in erheblicher Weise geändert. Entsprechende Überlegungen sucht man – obwohl der Gesetzgeber die große Bedeutung, die digitales Spielen mittlerweile für Kinder und Jugendliche hat, erkennt²⁷⁶ – in der Gesetzesbegründung vergebens. Von daher ist weiterhin eine selbstständige Bewertung der für die Zuschauer gezeigten Inhalte neben der Bewertung des Spiels notwendig und der Gesetzgeber noch immer gefragt.

Darüber hinaus ist fraglich, ob es sich unter Umständen bei E-Sportveranstaltungen um Spielhallen oder ähnliche vorwiegend dem Spielbetrieb dienende Räume i.S.d. § 6 Abs. 1 JuSchG handelt. Dazu kann die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Spielhallenerlaubnis gem. § 33i GewO²⁷⁷ herangezogen werden.²⁷⁸ Nach dem BVerwG bedürfen Internetcafés einer solchen Erlaubnis, wenn die dort aufgestellten Computer im Schwerpunkt für Videospiele genutzt werden.²⁷⁹

²⁷¹ *Pusch* (Fn. 40), 53 (60); *Radtke*, in: *Frey* (Fn. 6), § 26 Rn. 59.

²⁷² Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendschutzgesetzes v. 09.04.2021, BGBl. I S. 742 m.W.v. 01.05.2021.

²⁷³ *Hilgert/Eickhoff* (Fn. 253), 16 (18); *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 23 Rn. 27; *D. Frey* (Fn. 263), 53 (58).

²⁷⁴ *Hilgert/Eickhoff* (Fn. 253), 16 (18).

²⁷⁵ *D. Frey* (Fn. 263), 53 (58).

²⁷⁶ *Begr. RegE*, BT-Drs. 19/24909, S. 20.

²⁷⁷ BVerwG, NVwZ 2005, 961.

²⁷⁸ *Pusch*, in: *Vieweg* (Fn. 43), 259; *V. Frey*, in: *Frey* (Fn. 6), § 23 Rn. 23; *Hilgert/Eickhoff* (Fn. 253), 16 (18); *D. Frey* (Fn. 263), 53 (57).

²⁷⁹ BVerwG, NVwZ 2005, 961 (962 f.).

Sofern sich dies auf E-Sportveranstaltungen übertragen ließe, dürften diese gem. § 6 Abs. 1 JuSchG nur von Erwachsenen betreten werden. Entscheidend ist dabei, dass das Angebot „*ausschließlich oder überwiegend*“ dem Spielen an den Spielgeräten dient, d.h. im Vordergrund steht.²⁸⁰ Dies trifft jedoch jedenfalls auf die großen der heutigen Events beim E-Sport nicht zu.²⁸¹ Große Turniere wie die etwa *ESL One Cologne* ziehen Tausende von Zuschauern in Arenen. Diese kommen dorthin, um sich die Spiele professioneller Spieler anzusehen und diese Spiele zusammen mit anderen Fans gemeinsam passiv zu verfolgen.²⁸² Dabei besteht eine gewisse Ähnlichkeit zu einem Stadionbesuch bei herkömmlichen Sportarten.²⁸³ Eine Vergleichbarkeit mit Internetcafés – insbesondere auch mit Blick auf diese Zuschauerzahlen – besteht hingegen nicht, sodass auch ein Betretungsverbot für Kinder und Jugendliche aus § 6 Abs. 1 JuSchG für eine Vielzahl der Veranstaltungen nicht in Betracht kommt.²⁸⁴

G. Fazit und Ausblick

Die eingangs gestellte zentrale Frage, nämlich in welchen Bereichen in Deutschland bestehende sportrechtliche Strukturen auf den E-Sport übertragen werden können und wo es Handlungsbedarf seitens der Akteure oder des Staates gibt, lässt sich nunmehr beantworten: Die bestehenden Möglichkeiten für die Anerkennung als Sport, stehen dem E-Sport bereits heute offen. Zwar ist zwischen den diversen Spieletiteln zu differenzieren. Jedoch wird sich der E-Sport grundsätzlich – d.h. viele der gängigen Spieletitel – unter den Begriff des Sports i.S.d. § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO subsumieren und die Förderung der Allgemeinheit bejahen lassen. Allerdings ist der Staat bis jetzt noch nicht tätig geworden, obwohl die Bundesregierung eine entsprechende Bestrebung in ihrem Koalitionsvertrag festgehalten hat.²⁸⁵ Auch wenn nicht klar ist, ob dies noch in der laufenden Legislaturperiode umgesetzt wird, darf man zukünftig auf begrüßenswerte Veränderungen – etwa durch eine weitere Fiktion in § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 21 AO oder eine Änderung des AEAO – hoffen. Auch eine Anerkennung durch den DOSB wäre etwa für den

²⁸⁰ *Ennschat*, in: Ennschat/Wank/Winkler, Gewerbeordnung, 9. Aufl. 2020, § 33i Rn. 58; *Reeckmann*, in: Pielow, BeckOK GewO, 59. Ed. (Stand: 1.06.2023), § 33i Rn. 8.

²⁸¹ So auch *Baummann/Allar* (Fn. 266), 221 (222); *Pusch* (Fn. 40), 53 (60); *ders.*, in: Vieweg (Fn. 43), 259; *Hilgert/Eickhoff* (Fn. 253), 16 (18); *V. Frey*, in: Frey (Fn. 6), § 23 Rn. 23.

²⁸² *Hilgert/Eickhoff* (Fn. 253), 16 (18 f.); *D. Frey* (Fn. 263), 53 (57 f.).

²⁸³ *D. Frey* (Fn. 263), 53 (58); *V. Frey*, in: Frey (Fn. 6), § 23 Rn. 23.

²⁸⁴ *Pusch* (Fn. 40), 53 (60); *ders.*, in: Vieweg (Fn. 43), 259; *Hilgert/Eickhoff* (Fn. 253), 16 (18); *V. Frey*, in: Frey (Fn. 6), § 23 Rn. 23.

²⁸⁵ Im Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP heißt es: „Wir wollen den Games-Standort stärken und die Förderung verstetigen. Wir schaffen Rechtssicherheit für gemeinnützigen Journalismus und machen E-Sport gemeinnützig.“, <https://beck-link.de/xk73x> (zul. abger. am 10.1.2024), S. 123.

ESBD e.V. möglich, sofern dieser an der Erfüllung der organisatorischen Voraussetzungen der AufnO des DOSB arbeitet. Die erforderlichen sportlichen Voraussetzungen sind bereits heute erfüllt. Ob eine Aufnahme überhaupt angestrebt wird, bleibt jedoch abzuwarten.

Handlungsbedarf seitens des Staates besteht insbesondere im Bereich des Jugendschutzrechts, wo die bestehenden Regelungen kaum zu den modernen Fragestellungen des E-Sport passen. So ist etwa nicht geregelt, wie mit Übertragungen von E-Sportveranstaltungen umzugehen ist, was mit erheblicher Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten verbunden ist. Die Landesmedienanstalten sind nunmehr gefordert, eine selbstständige Bewertung des beim E-Sport regelmäßig produzierten Videomaterials vorzunehmen. Mittelfristig werden aber die Landes- und der Bundesgesetzgeber eine Modernisierung der einschlägigen Regelwerke durchführen müssen.

Handlungsbedarf ist außerdem seitens der Akteure des E-Sport bei Fragestellungen des Urheberrechts sowie der Integritätssicherung zu attestieren. Die Analyse beider Bereiche hat gezeigt, dass sich eine stärkere und repräsentativere internationale Verbandsstruktur entwickeln muss, um die Herausforderungen zu bewältigen. Eine solche Bewältigung wird insbesondere bei der Integritätssicherung gut möglich sein, da unabhängige Organisationen zur Bekämpfung der Gefahren des Cheatings wie etwa die *ESIC* bereits bestehen. Ein Verband könnte das System der *ESIC* in seine Arbeit integrieren.

Deutlich schwieriger wird es werden, die Publisher bei dieser Entwicklung mit einzubeziehen. Ihnen stehen umfassende Ausschließlichkeitsrechte zu, sodass sie die Regeln des Spiels bestimmen können und eine Lizenzierung für Turnierveranstalter notwendig ist. Hier muss eine flächendeckende vertragliche Lösung mit ihnen herbeigeführt werden. Dies wird *de lege lata* am ehesten möglich sein, wenn es starke Verbandsstrukturen gibt, die den Publishern gegenüberreten können. Letztlich bleiben diese jedoch Wirtschaftsunternehmen, die zuvorderst wirtschaftliche Interessen verfolgen. *De lege ferenda* könnte eine neue urheberrechtliche Schranke zugunsten des nicht kommerziellen E-Sport dessen Situation entschärfen. Dieser Interessenkonflikt stellt jedenfalls die größte Hürde auf dem Weg des E-Sport auf dem Weg zur Etablierung als Sport dar, da der herkömmliche Sport dieses Problem nicht kennt. Dass dies für die Asienspiele 2022 bereits gelungen ist, kann jedoch ein Indikator dafür sein, wohin sich die sportrechtliche Beurteilung des E-Sport in Zukunft entwickeln wird.

VIP-Logen und Business-Seats in Stadien – Steuerliche Behandlung & Compliance

*Constantin Reinhold**

A. Einleitung

Sportstadien. Orte des Schweißes, des Jubels und der Begegnungen.

Seit jeher löst das Veranlassen von sportlichen Wettkämpfen eine Faszination aus, der sich kaum ein Mensch entziehen kann. Ob Fußball, Basketball, Leichtathletik oder Eishockey – in der heutigen Zeit werden fast sämtliche Sportarten als Großevent ausgetragen. Wer in den letzten Jahren bei einem Spiel der Fußball-Bundesliga in einem Stadion zu Gast war, weiß um die emotional aufgeheizte Stimmung, aus der heraus die Fans ihre Athleten¹ anfeuern. Gerade diese Stimmung erlaubt es, dass sich die Zuschauer auf eine im normalen Alltag ungekannte, viel verbundener Art und Weise begegnen, sei es durch die Verbundenheit zum selben Verein oder schlichthin durch die Verbundenheit zum Sport. Dieses spezielle Klima wollen auch die Unternehmen für sich nutzen. Wird ein potenzieller Geschäftspartner im Eifer des Torjubels und mit einem Bier in der Hand doch viel kompromissbereiter sein als er es in einem kargen Verhandlungsraum wäre. Die VIP-Räume bieten neben der Möglichkeit zum Netzwerken in der Geschäftswelt und der Bindung eigener Mitarbeiter an das Unternehmen auch die Zurschaustellung von Prestige, das mit der Einladung in den VIP-Bereich zwangsläufig einhergeht. Schließlich handelt es

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Koblenz.

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet, das stellvertretend für alle Geschlechter steht.

sich bei VIPs um „very important persons“, also zu Deutsch, um sehr wichtige Personen. Die Sportvereine begrüßen das unternehmerische Interesse an den VIP-Sitzen und sorgen für ein entsprechend großes Angebot. So hält allein die Allianz-Arena in München 106 VIP-Logen mit 1.368 Sitzplätzen sowie 2.152 Business-Seats für das gehobene Klientel bereit.² Dem Vorwurf kritischer Fans, die Stimmung im Stadion leide unter dieser Masse an VIP-Plätzen, soll Uli Hoeneß bei einer Mitgliederversammlung des FC Bayern München im Jahr 2007 entgegnet haben: „Was glaubt Ihr eigentlich, wer Euch alle finanziert? Die Leute in den Logen, denen wir die Gelder aus der Tasche ziehen!“³ Zweifellos ist das Geschäft mit den Logen für die Sportvereine äußerst rentabel. Doch lohnen sich VIP-Logen und Business-Seats finanziell auch für die Unternehmen, gerade im Hinblick auf das deutsche Steuerrecht? Und wie verändert möglicherweise Compliance die Attraktivität? Diese Fragen sollen im Folgenden beleuchtet werden.

B. VIP-Logen

„Der schönste Business-Treffpunkt Deutschlands“⁴, so betitelte schon 2004 die Wirtschaftswoche die VIP-Logen in deutschen Fußballstadien. Das Konzept der Loge als Treffpunkt gutsituierter und einflussreicher Geschäftsleute reicht Jahrtausende zurück. So kamen schließlich schon im antiken Rom die Mächtigsten der Mächtigen in den kaiserlichen Logen der Amphitheater zusammen, um über Politik und Wirtschaft zu beraten und Allianzen zu schmieden. In modernen Sportstadien sind die Logen abgeschirmte Räume, die vom Spielfeld meist durch eine Plexiglas-scheibe getrennt sind. Das Logenangebot umfasst neben der Eintrittsberechtigung in der Regel einen Bewirtungsservice, Park- und Werbemöglichkeiten sowie häufig auch die Bedienung durch Hostessen. Der Preis für die Logen unterscheidet sich je nach Größe der gebuchten Räumlichkeiten, der Orte der Stadien und der veranstalteten Sportarten. Beispielsweise kostete eine 8-Personen-Loge für die Hamburg-Opens im Tennissport im Jahr 2020 für sechs Tage 17.500 €.⁵ Der Handballverein Rhein-Neckar Löwen bietet eine Loge für 10 Personen pro Spielsaison für 33.000 € an.⁶ Spitzenreiter in Deutschland sind wohl, wenig überraschend, die VIP-Logen in

² Vgl. Website Allianz Arena, Jürgen Muth, <https://allianz-arena.com/de/die-arena/fakten/allgemeine-informationen> (zul. abger. am 30.7.2023).

³ Vgl. Hansen, Leitfaden Hospitality und Strafrecht: Bitte nicht anfüttern!, LTO, 25.10.2011, https://www.lto.de/persistent/a_id/4646/ (zul. abger. am 30.7.2023).

⁴ So Firlus, Fussball- Nicht sparen, WW Nr.15, 1.4.2004, 106, https://www.wiso-net.de/document/WW__7521bc50bb216339787e9006d2bbdb0686fa6f48 (zul. abger. am 30.7.2023).

⁵ Vgl. Website Hamburg Open, MatchMaker Sports GmbH, <https://hamburg-open.com/vip-logen-tickets/> (zul. abger. am 30.7.2023).

⁶ Vgl. Website Rhein-Neckar Löwen, Rhein-Neckar Löwen GmbH, <https://www.rhein-neckar-loewen.de/business/vip-tickets/logen> (zul. abger. am 30.7.2023).

Fußballstadien. Im Jahr 2018 etwa führte der FC Bayern München bereits mit unglaublichen 304.000 € für eine Loge in der Spielsaison das Feld unter den Bundesliga-Clubs an.⁷

C. Business-Seats

Neben den VIP-Logen erfreuen sich auch die Business-Seats großer Beliebtheit. Im Unterschied zu den Logen ist ein Business-Seat ein einzelner Sitzplatz, der sich in der Regel in einem abgetrennten VIP-Bereich befindet. Ebenso wie in den Logen darf sich auch hier über die Versorgung mit Speisen und Getränken gefreut werden. Zwar mangelt es bei einem Business-Seat an dem Exklusivitätscharakter einer Loge, jedoch eignet er sich hervorragend, um mit den bisher unbekanntem Geschäftsleuten in den Nachbarsitzen Kontakte zu knüpfen. Wer also vor allem networken möchte, ist mit einem Business-Seat bestens beraten. Preislich liegt ein Business-Seat im Eishockeystadion der Eisbären Berlin beispielsweise bei 4.900 € pro Saison,⁸ beim FC-Bayern München in der Allianz Arena bei bis zu 12.000 € pro Saison.⁹

D. Besteuerung

In Rede steht, wie VIP-Logen und Business-Seats steuerrechtlich zu erfassen sind. Ertrags- und Umsatzsteuer sind hierbei getrennt zu betrachten.

I. Ertragssteuer

Jedes Unternehmen mit Sitz in Deutschland muss für seine Einnahmen Abgaben an den Staat in Form von Ertragssteuern entrichten. Zu den Ertragssteuern zählen die Einkommenssteuer, die Körperschaftssteuer und die Gewerbesteuer. Letztere wird von den Gemeinden nach den Vorschriften des Gewerbesteuergesetzes (GewStG)¹⁰ auf die Ertragskraft eines Gewerbebetriebs erhoben, ist aber im Folgenden außer Betracht zu lassen. Die Einkommenssteuer richtet sich auf das am Markt erwirtschaftete Einkommen einer natürlichen Person, die Körperschaftssteuer bildet das entsprechende Gegenstück, gerichtet auf das Einkommen einer juristischen

⁷ Vgl. *Wagner*, Logenplätze in der Bundesliga - HSV toppt fast die gesamte Liga, *Manager Magazin*, 7.4.2018, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/logenplaetze-in-der-bundesliga-fc-bayern-und-hsv-vorne-a-1182444.html> (zul. abger. am 30.7.2023).

⁸ Vgl. Website Eisbären Berlin, EHC Eisbären Management GmbH, <https://www.eisbaeren.de/hospitality/eisbaeren-vip-club> (zul. abger. am 30.7.2023).

⁹ Vgl. *Wagner* (Fn. 7).

¹⁰ Gewerbesteuergesetz, BGBl. I 2002, 4167, in der Fassung v. 16.12.2022.

Person.¹¹ Im Fall der Bestellung einer VIP-Loge oder eines Business-Seats bedeutet dies, dass das Unternehmen der Einkommenssteuer unterliegt, wenn es als Personengesellschaft organisiert ist, oder als Kapitalgesellschaft körperschaftssteuerpflichtig ist. Da die Berechnungsgrundlage dabei die Höhe des Gewinns des einzelnen Steuersubjekts darstellt,¹² kann das Unternehmen durch Minimierung der Erträge diese Steuerlast vermindern.

1. Betriebsausgaben Allgemein

Ein für diese Minimierung gern gewähltes Mittel stellt das Ausweisen von Aufwendungen als Betriebsausgaben dar. Diese werden von den Betriebseinnahmen abgezogen und führen so zu einer Kürzung des zu versteuernden Gewinns. Gewinn definiert sich dabei gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 des Einkommenssteuergesetzes (EStG)¹³ als der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen. Betriebsausgaben sind nach der Begriffsbestimmung des § 4 Abs. 4 EStG solche Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind. Im Gegensatz dazu stellen Aufwendungen, die vornehmlich der privaten Lebensführung des Steuerpflichtigen dienen, keine Betriebsausgaben dar. Die Unterscheidung zwischen betrieblicher und privater Veranlassung kann jedoch im Einzelfall sehr schwierig sein. So können sich z.B. bei der Nutzung eines PKW für sowohl private als auch betriebliche Zwecke die beiden Sphären überschneiden.¹⁴ Eine Lösung dieser Konfliktlage vermag der § 12 Nr. 1 S. 2 EStG zu liefern, indem er selbst für Aufwendungen, die zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen, den Betriebsausgabenabzug dann verweigert, sobald sie der angemessenen Lebensführung des Steuerpflichtigen zugutekommen. Zur generellen Feststellung, wann eine Aufwendung betrieblich veranlasst ist, orientiert sich die Rechtsprechung an einem objektiven und einem subjektiven Kriterium. So sei der Veranlassungszusammenhang immer dann gegeben, wenn objektiv ein Zusammenhang mit dem Betrieb besteht und subjektiv die Aufwendungen zur Förderung des Betriebs gemacht werden.¹⁵

2. Ertragssteuerliche Behandlung von VIP-Logen

Auch im Zusammenhang mit VIP-Logen stellt sich die Frage, ob die dafür getätigten Aufwendungen vom Unternehmen als Betriebsausgaben steuerlich absetzbar

¹¹ Vgl. *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 25. Aufl. 2022, Rn. 62.

¹² Vgl. *Aichberger*, in: *Weber*, Rechtswörterbuch, 24. Aufl. 2022, Lexikoneintrag E: Ertragssteuer.

¹³ Einkommensteuergesetz, BGBl. I 2009, 3366, 3862, in der Fassung v. 20.12.2022.

¹⁴ Vgl. *Driën*, in: *Brandis/Heuermann*, Ertragsteuerrecht, 166. EL 2023, Rn. 566.

¹⁵ BFH, NJW 1984, 1054 ff.

sind. Im Folgenden wird der Fokus auf den Fall gelegt, dass die Unternehmen die VIP-Loge für eigene Zwecke bestellen. Denn würde ein Unternehmen das Logenpaket an andere Unternehmen weitervermieten und im Grunde nur als Vermittler agieren, wären die gesamten Logenkosten aufgrund der betrieblichen Veranlassung eindeutig als Betriebsausgaben abziehbar.¹⁶

a) Aufteilungsproblematik bei VIP- Logen

Die Verträge, die die Unternehmen mit den Vereinen bezüglich der Buchung von VIP-Logen abschließen, beziehen sich üblicherweise auf die Bestellung eines Gesamtpakets. Schließlich wird dem Unternehmen ein Bündel ganz unterschiedlicher Leistungen geboten. Zu den Leistungen gehören neben den Eintrittskarten für den Zugang zum Stadion und dem VIP-Logenbereich auch die Möglichkeit der Bewirtung der Geschäftsfreunde und Arbeitnehmer, die Bereitstellung kostenfreier Parkplätze, umfangreiche Werbemaßnahmen sowie ggf. der Einsatz von Servicekräften.¹⁷ Eine VIP-Logen-Vereinbarung ist rechtsdogmatisch als ein typengemischter Vertrag zu klassifizieren, da sie Elemente des Kauf-, Miet- und Dienstvertragsrechts enthält.¹⁸ Die Aufwendungen, die das Unternehmen für die einzelnen Teilleistungen tätigt, sind dabei steuerlich unterschiedlich zu behandeln. So legte etwa schon im Jahr 2000 das Finanzgericht Bremen fest, dass die Weitergabe eines Logen-Eintrittstickets an einen Geschäftsfreund i.d.R. als Geschenk anzusehen ist, sodass die Aufwendung unter das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 1 EStG fällt.¹⁹ Ferner sind Bewirtungskosten bei geschäftlicher Veranlassung gem. § 4 Abs. 5 Nr. 2 EStG nur beschränkt abzugsfähig. Werbemaßnahmen hingegen konnten ertragssteuerlich als Betriebsausgaben abgesetzt werden. Den Unternehmen liegt daher sehr viel daran einen möglichst großen Anteil an der Gesamtrechnung als Werbungskosten zu verbuchen. Bevor das Bundesministerium der Finanzen²⁰ im Jahr 2005 einige wegweisende Regelungen vorgab, wurde die Leistungsbestimmung immer mehr zum Streitpunkt zwischen den Unternehmen und der Finanzverwaltung. Insbesondere der dritte Leitsatz des Urteils des Finanzgerichts Bremen sorgte für Unmut, indem dieser vorsah, dass Aufwendungen, die zum Teil auf abzugsfähige und zum anderen Teil auf nicht abzugsfähige Betriebsausgaben entfallen, immer dann insgesamt nicht abzugsfähig sind, wenn eine eindeutige Trennung nicht möglich ist.²¹ Dies stellte den vertraglichen Regelfall in den Betriebsprüfungen dar.²² Rechtssicherheit musste

¹⁶ Vgl. *Egner/Jäck*, Steuerminderung durch VIP-Logen – Wunsch oder Wirklichkeit?, SpuRt 2006, 90 (91).

¹⁷ Vgl. *Egner/Jäck* (Fn. 16), 90 (90).

¹⁸ Vgl. *Fechner/Arnbold/Brodjührer*, Sportrecht, 2014, S. 180.

¹⁹ FG Bremen, EFG 2000, 724, 1. Leitsatz.

²⁰ Im Folgenden als BMF abgekürzt.

²¹ FG Bremen, EFG 2000, 724, 3. Leitsatz.

²² Vgl. *Steiner*, *Steuerecht im Sport*, 2009, Rn. 566.

her. Und dies sehr zeitig, denn die Fußballweltmeisterschaft 2006 stand bevor. Im Zuge dieses Großevents kam es zum Neu- und Umbau deutscher Fußballstadien, die alle mit VIP-Bereichen ausgestattet werden sollten. Den mietenden Unternehmen drohte bei Nichtabzugsfähigkeit der Logenmiete eine drastische Kostensteigerung. Folglich sähen sich die Fußballvereine gezwungen zum Ausgleich die Preise zu senken, was sich in empfindlichen Einnahmeausfällen niederschlagen würde.²³

b) Vereinfachungsregelungen

Um dem stetig zunehmenden Verlangen nach Vereinfachung der Geltendmachung des Betriebsausgabenabzugs bei VIP-Logen in Sportstadien nachzukommen, hat das BMF mit Schreiben vom 22.8.2005 ein Pauschalierungsmodell eingeführt. Dieses auch als „VIP-Logen-Erlass“²⁴ bekannte Schreiben ist rechtscharakterlich wie sämtliche BMF-Schreiben als allgemeine Weisung im Sinne der Art. 108 Abs. 3 S. 2, 85 Abs. 3 des Grundgesetzes²⁵ zu qualifizieren. BMF-Schreiben werden von der obersten Finanzbehörde des Bundes - dem BMF - in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder erlassen, und binden als Verwaltungsvorschriften die Steuerbehörden, nicht aber die Gerichte.²⁶ Als Verwaltungsinternum entfalten sie mithin für Bürger und Unternehmen zwar nur mittelbare Wirkung, aufgrund der Offenlegung des Verwaltungshandelns ist es einem Steuerpflichtigen jedoch möglich sich in gleich gelagerten Fällen aus Gründen der Gleichbehandlung und Rechtssicherheit auf die Anwendung der entsprechenden Verwaltungsvorschrift auch in seinem Fall zu berufen.²⁷ So versuchte beispielsweise ein Unternehmer die Einladung von Geschäftspartnern zu einer Ausfahrt mit einem historischen Segelschiff anlässlich der Kieler Woche 2006 den für die VIP-Logen erdachten Pauschalierungsregeln zu unterwerfen. Dieser Versuch war jedoch nicht von Erfolg gekrönt.²⁸ Im Zentrum des VIP-Logen-Erlasses steht die neu eingeräumte Möglichkeit der pauschalen Aufteilung des Gesamtbetrages. Demnach sollen 40 % des Gesamtbetrages auf Werbung, 30 % auf Bewirtung und 30 % auf Geschenke entfallen.²⁹

²³ Vgl. *Egner/Jäck* (Fn. 16), 90 (90).

²⁴ So u.a. *Steiner* (Fn. 22), Rn. 564.

²⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. 1949 S. 1, in der Fassung v. 19.12.2022.

²⁶ Vgl. Bundesministerium der Finanzen - Referat Öffentlichkeitsarbeit, Glossareintrag: BMF-Schreiben, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Glossareintraege/B/018_BMF-Schreiben.html?view=renderHelp (zul. abger. am 30.7.2023).

²⁷ Vgl. Bundesministerium der Finanzen - Referat Öffentlichkeitsarbeit, Glossareintrag: Verwaltungsvorschriften, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Glossareintraege/V/010_Verwaltungsvorschriften.html?view=renderHelp&nn=c537fc8c-9e05-4840-90c8-53f93fac9cf8 (zul. abger. am 30.7.2023).

²⁸ BFH, BStBl 2012 II, 824.

²⁹ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, BStBl I 2005, 845, Rn. 14.

aa) Werbung

Der zentrale Punkt der Logenmiete sind die Werbemaßnahmen, die auch den finanziell größten Anteil ausmachen. Das Angebot an Werbemöglichkeiten in Sportstadien könnte heutzutage mannigfaltiger nicht sein. So reicht es von Logos auf den Spielfeldbänden und den Trikots der Sportler über Werbeanzeigen in Programmzeitschriften, Lautsprecherdurchsagen und Werbespots bis hin zu, mit Werbebotschaften bedruckten, Kugelschreibern. Im Kontext der Behandlung von Werbeleistungen verweist das BMF im VIP-Logen-Erlass vom 22.8.2005 auf die bereits im sog. Sponsoring-Erlass³⁰ von 1998 ergangenen Äußerungen zur ertragsteuerlichen Behandlung des Sponsoring. Das Schreiben definiert den Begriff des Sponsoring sowie die ertragsteuerliche Behandlung beim Sponsor. Unter Sponsoring wird danach „üblicherweise die Gewährung von Geld oder geldwerten Vorteilen durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und/oder Organisationen in sportlichen, kulturellen, kirchlichen, wissenschaftlichen, sozialen, ökologischen oder ähnlich bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen verstanden, mit der regelmäßig auch eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt werden.“³¹ Des Weiteren wurde der Grundsatz festgelegt, dass die Aufwendungen des Sponsors gemäß § 4 Abs. 4 EStG abziehbare Betriebsausgaben sind, wofür sie allerdings betrieblich veranlasst sein müssten. Der Veranlassungszusammenhang bei Aufwendungen des Sponsors kann dabei durch aktive Tätigkeiten oder durch passives Dulden gegeben sein.³² Aktive Tätigkeiten können z.B. das Bedrucken von Trikots oder das Schalten von Bandenwerbung mit dem Logo des Sponsors, sowie das Werben für den Sponsor mit von ihm bezahlten Anzeigen auf Plakaten oder Broschüren sein. Passives Dulden meint das Gegenteil, also den Fall, in dem der Sponsor Zugehörigkeit zum Verein öffentlichkeitswirksam zur Schau stellen möchte, z.B. durch das Verwenden des Vereinslogos im geschäftlichen Verkehr oder die Präsentation von Vereinsvertretern auf Veranstaltungen des Sponsors. Was seit 1998 für die Aufwendungen für „Sponsoring“-Maßnahmen gilt, soll nun auch weiterhin für die in den vertraglich abgeschlossenen Gesamtpaketen enthaltenen Aufwendungen für Werbeleistungen gelten, sodass diese grundsätzlich als Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG abziehbar sind.³³ Wer allerdings zu privaten Zwecken eine Loge in einem Sportstadion mieten will, müsste die Aufwendungen für die VIP-Maßnahmen in voller Höhe versteuern. Ein privater Zweck liegt u.a. dann vor, wenn die Eintrittskarten einem Dritten überlassen werden, um damit gesellschaftlichen Konventionen zu entsprechen, z. B. zum Anlass einer Geburtstagsfeier.³⁴

³⁰ BMF-Schreiben v. 18.2.1998, BStBl 1998 I, 212.

³¹ BMF-Schreiben v. 18.2.1998, BStBl 1998 I, 212, Rn. 2.

³² Vgl. *Marfels*, Das Unternehmer-Sponsoring im Ertragsteuerrecht, EStB 2019, 321 (323).

³³ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, BStBl I 2005, 845, Rn. 2.

³⁴ BFH, BStBl 1992 II, S. 524.

bb) Bewirtung

Die VIP-Logen halten in aller Regel ein großes Buffet mit Snacks und Getränken bereit, an dem sich die Gäste frei bedienen können. In besonders luxuriösen Logen ist auch die Bewirtung am Platz durch eine Bedienung nicht unüblich. Vom Gesamtaufwand entfallen grundsätzlich 30% auf Bewirtungen. Dies gilt selbstredend jedoch nur dann, wenn die Bewirtung auch tatsächlich Teil des VIP-Pakets ist. Liegt für die Bewirtung eine Einzelrechnung vor, z.B. bei Vertrag mit einem externen Catering-Unternehmen, findet die Pauschalierung hinsichtlich der Bewirtung keine Anwendung.³⁵ Die Bewirtungsaufwendungen für Geschäftsfreunde sind gem. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EStG zu 70 % abziehbar. Diese Abzugsbeschränkung gilt auch für die Bewirtungsaufwendungen für eigene Arbeitnehmer, allerdings nur dann, wenn die Bewirtung aus geschäftlichem Anlass erfolgt, also zum Beispiel in dem Fall, in dem der Unternehmer anlässlich einer Geschäftsbesprechung mit Geschäftspartnern auch seine leitenden Angestellten in die Loge einlädt.³⁶ Erfolgt die Bewirtung der eigenen Arbeitnehmer aus rein innerbetrieblichen Gründen, greift die Abzugsbeschränkung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EStG nicht, sodass die Bewirtungsaufwendungen statt der 70 % zu vollen 100 % dem Betriebsausgabenabzug unterfallen.³⁷

cc) Geschenke

Die Eintrittskarten, die zum Zugang der Loge und des Stadions berechtigen, sowie ggf. besondere Aufmerksamkeiten wie z.B. Abschiedsgeschenke unterfallen regelmäßig dem Geschenkbeginn des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG, wenn sie an Geschäftsfreunde gegeben werden.³⁸ „Geschenke“ meinen dabei „unentgeltliche Zuwendungen“, die sowohl in objektiver als auch subjektiver Weise unentgeltlich sein müssen.³⁹ Das heißt, es muss eine Zuwendung vorliegen, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne Erhalt einer Gegenleistung bereichert, wobei ferner beide Parteien von der Unentgeltlichkeit der Leistung ausgehen müssen. Der § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG enthält ein Abzugsverbot, weshalb grundsätzlich Geschenke an Geschäftsfreunde nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Die Klassifizierung als Betriebsausgabe bleibt davon unberührt.⁴⁰ Weiterhin enthält der § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG eine Rückausnahme des Verbots, für den Fall, dass die Anschaffungs- oder Herstellungskosten der dem Empfänger im Wirtschaftsjahr zugewendeten Gegenstände insgesamt 35 € nicht übersteigen. Dabei handelt es sich um

³⁵ BMF-Schreiben v. 11.7.2006, BStBl I 2006, 447.

³⁶ Vgl. *Marfels* (Fn. 32), 321 (327).

³⁷ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, BStBl I 2005, 845, Rn. 9.

³⁸ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, BStBl I 2005, 845, Rn. 4.

³⁹ Vgl. *Driien* (Fn. 14), Rn. 700.

⁴⁰ Vgl. *Sejfert*, Neues zur Absetzbarkeit von VIP-Logen, StuB 2006, 409.

eine sog. Freigrenze⁴¹, mit der Folge, dass bei Überschreiten der 35 €-Schwelle das Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG in voller Höhe für sich Geltung beansprucht. Angesichts der hohen Kosten, die für VIP-Eintrittskarten anfallen - insbesondere auf ein gesamtes Wirtschaftsjahr gerechnet -, scheint es nicht verwunderlich, dass der Betrag von 35 € regelmäßig überschritten und damit das Abzugsverbot ausgelöst wird.⁴² Aufwendungen für Geschenke an die eigenen Arbeitnehmer sind vom Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG ausgeschlossen und somit in voller Höhe als Betriebsausgaben abziehbar.⁴³ Dies stellte das BMF im VIP-Logen-Erlass von 2005 noch einmal deutlich heraus, obwohl schon der Wortlaut des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG das Abzugsverbot ausdrücklich auf „Geschenke an Personen, die nicht Arbeitnehmer des Steuerpflichtigen sind“, beschränkt. Geschenke an Geschäftsfreunde und Geschenke an Arbeitnehmer sind also unterschiedlich zu behandeln. Das BMF-Schreiben stellt im Rahmen der Pauschalierung klar, dass eine hälftige Aufteilung auf Arbeitnehmer und Geschäftspartner vermutet werden darf.⁴⁴

dd) Rechnungsbeispiel

Das folgende Rechnungsbeispiel dient der Veranschaulichung der ertragssteuerlichen Behandlung einer VIP-Loge unter Anwendung der Pauschalierungsregeln.

Bsp.-Rechnung 1: Aufwendungen für VIP-Loge: 100.000 € zzgl. 19 % USt.

| | | | |
|------------------------------|-----------------|------------------------------------|-----------------|
| Werbung (40 %) | 40.000 € | 100 % Betriebsausgabenabzug | 40.000 € |
| Bewirtung (30 %) | 30.000 € | 70 % Betriebsausgabenabzug | 21.000 € |
| Geschenke (30 %) | 30.000 € | | |
| Davon an eigene Arbeitnehmer | 15.000 € | i.d.R. 100 % Betriebsausgabenabzug | 15.000 € |
| Davon an Geschäftsfreunde | 15.000 € | Kein Betriebsausgabenabzug | 0 € |
| | | | 76.000 € |

Bei Zugrundelegung von Logenkosten i.H.v. 100.000 € zzgl. Umsatzsteuer entfallen insgesamt 76.000 € auf abzugsfähige Betriebsausgaben. Das bedeutet für den Sponsor eine Reduzierung der Gewinne und damit der Ertragssteuerlast in Höhe von 76 % der Logenkosten. Besonders schlagen dabei die Aufwendungen für Werbung und die Geschenke an eigene Arbeitnehmer zu Buche, da sie zu einem 100 %i-

⁴¹ Vgl. *Geserich*, Die Pauschalierung der Einkommensteuer nach § 37b EStG im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, *SteuK* 2014, 89 (92).

⁴² Vgl. *Mann/Bierstedt*, Die ertragssteuerliche Behandlung von VIP-Logen und Business-Seats in Sportstadien, *BB*, 25/2006, 1366 (1367), sowie *Ossola-Haring*, Geschenke, Betriebsveranstaltungen und Bewirtung - Spezielle Anlässe im Unternehmen steuerlich nutzen, 2014, S. 63.

⁴³ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, *BStBl I* 2005, 845, Rn. 8.

⁴⁴ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, *BStBl I* 2005, 845, Rn. 14.

gen Abzug berechtigen. Hinsichtlich der auf die Bewirtung entfallenden Aufwendungen wurde davon ausgegangen, dass die eigenen Arbeitnehmer zur Unterhaltung von Gästen, also zu geschäftlichen und nicht rein innerbetrieblichen Zwecken, eingeladen wurden, sodass gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EStG eine 70 %ige Abziehbarkeit veranschlagt werden kann. Die Umsatzsteuer schlägt sich im Rahmen der ertragssteuerlichen Berechnung nicht nieder, da sie zuerst einmal als gewinnmindernde Betriebsausgabe behandelt wird; unabhängig von der Frage, ob sie im Rahmen des Vorsteuerabzugs dem Unternehmen erstattet wird.⁴⁵

3. Ertragssteuerliche Behandlung von Business-Seats

Dem VIP-Logen-Erlass von 22.8.2005 lässt sich keine Regelung der Besteuerung von Business-Seats entnehmen. Dies holte das BMF knapp ein Jahr später mit Schreiben vom 11.7.2006 nach.

a) Vereinfachungsregelungen

Im Zweifel soll für Business-Seats demnach eine Pauschalierungsregel gelten, nach der 50 % der Aufwendungen auf die Bewirtung und 50 % auf die Geschenke entfallen, wobei im Übrigen auf den VIP-Logen-Erlass verwiesen wird.⁴⁶ Aus dem Verweis auf die Pauschalierungsvorschriften des BMF-Schreibens vom 22.8.2005 geht jedoch nicht ausdrücklich hervor, ob auch bezüglich des Geschenkteils wiederum pauschal eine hälftige Aufteilung auf Arbeitnehmer und Geschäftsfreunde gewollt ist. Anders als bei den VIP-Logen, in denen sich sowohl eigene Arbeitnehmer als auch Geschäftsfreunde aufhalten können, kann in einem Business-Seat lediglich eine Person Platz finden. Daher stellt sich die Frage, ob die Fiktion einer hälftigen Benutzung hier überhaupt sachgerecht ist. Dafür spricht allerdings stark, dass ein Business-Seat i.d.R. gleich für eine ganze Spielsaison gebucht wird, und der Sitz daher auf die gesamte Zeit gerechnet sowohl Arbeitnehmern als auch Geschäftsfreunden Platz zu bieten vermag. Somit kann auch bei Business-Seats pauschalierend von einer hälftigen Weitergabe an Geschäftsfreunde wie an eigene Arbeitnehmer ausgegangen werden.⁴⁷ Können im Zusammenhang mit den Business-Seats durch den Unternehmer auch Werbeleistungen nachgewiesen werden, die die Voraussetzungen des BMF-Schreibens vom 18.2.1998 erfüllen, ist ferner eine Pauschalierung nach den Regeln des BMF-Schreibens vom 22.8.2005 im Verhältnis 40:30:30 möglich.⁴⁸ Dies stellt hingegen den Ausnahmefall dar. Üblicherweise sind mit der Miete von Business-Seats keine werberelevanten Leistungen verbunden.

⁴⁵ Vgl. Deutsche Handwerks Zeitung, Gewinn: so wirken sich Umsatzsteuerzahlungen aus, DHZ v. 24.07.2019, <https://www.deutsche-handwerks-zeitung.de/so-wirken-sich-die-umsatzsteuer-und-die-vorsteuer-auf-den-gewinn-aus-140706/> (zul. abger. am 30.7.2023).

⁴⁶ BMF-Schreiben v. 11.7.2006, BStBl I 2006, 447.

⁴⁷ So auch *Debesselles/Zimmermann*, in: *Winheller/Geibel/Jachmann-Michel*, Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, 2. Aufl. 2020, Anhang Sponsoring Rn. 13.

⁴⁸ BMF-Schreiben v. 11.7.2006, BStBl I 2006, 447.

b) Rechnungsbeispiel

Bsp.-Rechnung 2: Aufwendungen für einen Business-Seat ohne Werbeanteil: 10.000 € zzgl. 19 % USt.

| | | | |
|---------------------------------|----------------|---|-----------------------|
| Bewirtung (50 %) | 5.000 € | 70 % Betriebsausgaben- abzug | 3.500 € |
| Geschenke (50 %) | 5.000 € | | |
| Davon an eigene Arbeitnehmer | 2.500 € | i.d.R. 100 % Betriebs- ausgabenabzug | 2.500 € |
| Davon an Geschäfts- freunde | 2.500 € | Kein Betriebsausgaben- abzug | 0 € |
| | | | <u>6.000 €</u> |

Ein Unternehmen, das einen Business-Seat für 10.000 € pro Saison bucht, kann 6.000 € als Betriebsausgaben abziehen. Mit einer Abzugsfähigkeit von gerade einmal 60 % steht das Business-Seat-Paket ertragssteuerlich viel schlechter dar als das Logen-Paket mit 76 %. Hier wird deutlich, welchen enormen Einfluss der Werbeanteil hat, der bei den Business-Seats fehlt. Daher ist festzuhalten, dass einem Unternehmen, das zumindest in geringem Maße ein Interesse an Werbeleistungen hat, aus steuerlicher Sicht stark zur Buchung einer VIP-Loge oder ggf. auch zur Buchung eines Business-Seats, dann aber mit Werbeanteil, zu raten ist.

II. Umsatzsteuer

Neben der Ertragssteuer muss auch die Umsatzsteuer, umgangssprachlich auch als Mehrwertsteuer bezeichnet, betrachtet werden. Die Umsatzsteuer wird auf den Verkauf bzw. den Austausch von Produkten und Dienstleistungen von Unternehmen erhoben und beträgt gemäß § 12 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz (UstG)⁴⁹ im Regelfall 19 %. Stellt ein Unternehmer einem anderen Unternehmer Umsatzsteuer in Rechnung, bekommt der Empfänger der Leistung die Umsatzsteuer, in diesem Zusammenhang auch „Vorsteuer“ genannt, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vom Finanzamt erstattet. Dieser sog. „Vorsteuerabzug“ hat den Hintergrund, dass die wirtschaftliche Belastung der Umsatzsteuer nur die privaten Endverbraucher treffen soll.⁵⁰ Dies ist damit begründbar, dass im modernen Wirtschaftsverkehr ein und dieselbe Leistung etliche Transaktionen durchläuft, und es wenig sachgerecht wäre, könnte das Finanzamt für jeden Weiterverkauf einer Ware oder Dienstleistung die Umsatzsteuer einbehalten.

⁴⁹ Umsatzsteuergesetz, BGBl. I 2005, 386, in der Fassung v. 19.7.2023.

⁵⁰ Vgl. *Heidner*, in: *Heidner/Korn/Robisch, Bunjes - Umsatzsteuergesetz*, 22. Aufl. 2023, § 15 Rn. 11.

1. Umsatzsteuerliche Behandlung von VIP-Logen

Mit dem lang ersehnten Schreiben vom 28.11.2006 hat das BMF festgelegt, dass der sponsernde Unternehmer die auf die Aufwendungen für die Nutzung einer VIP-Loge entfallenden Vorsteuern unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 15 UstG abziehen kann.⁵¹ Weiter heißt es: „Gibt der sponsernde Unternehmer Eintrittsberechtigungen unentgeltlich an seine Geschäftsfreunde weiter, ist der Vorsteuerabzug aus den betreffenden Aufwendungen nach § 15 Abs. 1a UstG nur zulässig, wenn kein Geschenk i.S.d. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EstG vorliegt. Eine Besteuerung als unentgeltliche Wertabgabe nach § 3 Abs. 9a UstG kommt nicht in Betracht, weil die Abgabe aus unternehmerischen Gründen erfolgt.“⁵² Diese Regelung zur Umsatzsteuer ist nur folgerichtig, da sie sich parallel zur ertragssteuerlichen Behandlung der Geschenke an einen Geschäftsfreund vollzieht. Die Weitergabe von Eintrittskarten an einen Geschäftsfreund mindert also weder den zu versteuernden Gewinn des Unternehmens, noch berechtigt sie zum Vorsteuerabzug. Für die Berechnung des Vorsteuerabzugs für das Gesamtpaket wird in sinngemäßer Anwendung der Regelung in Randnummer 14 des BMF-Schreibens vom 22.8.2005 eine Aufteilung des Entgelts in 40 % Werbung, 30 % Bewirtung und 30 % Geschenke nicht beanstandet.⁵³ In der Berechnung zeigt sich dies wie folgt:

Bsp.-Rechnung 3: Aufwendungen für VIP-Loge: 100.000 € zzgl. 19 % USt.

| | | | |
|--------------------|-----------------|---------------------|------------------------|
| Gesamtkosten: | | | |
| 119.000 € (100 % | Logenkosten | Betriebsausgabenab- | Vorsteuer |
| Logenkosten plus | 100.000 € | zug | 19.000 € |
| 19 % Umsatzsteuer) | | | |
| Werbung (40 %) | 40.000 € | 40.000 € (100 %) | 7.600 € |
| Bewirtung (30 %) | 30.000 € | 21.000 € (70 %) | 5.700 € |
| Geschenke (30 %) | 30.000 € | | |
| Davon an ei- | 15.000 € | 15.000 € (100 %) | 2.850 € |
| gene Arbeitneh- | | | |
| mer | | | |
| Davon an Ge- | 15.000 € | 0 € (0 %) | 0 € |
| schäftsfreunde | | | |
| | | | <u>16.150 €</u> |

Von den 19.000 € Umsatzsteuer können im Ergebnis 16.150 € im Wege des Vorsteuerabzugs geltend gemacht werden. Dies entspricht einem Prozentsatz von 85%. Im Wesentlichen verläuft die Pauschalierung des Vorsteuerabzugs mit der des Betriebsausgabenabzugs parallel. Einziger Unterschied ist die Behandlung der Bewirtung. Denn die auf die Bewirtung entfallende Umsatzsteuer ist gemäß

⁵¹ BMF-Schreiben v. 28.11.2006, BStBl I 2006, 791, Rn. 6.

⁵² BMF-Schreiben v. 28.11.2006, BStBl I 2006, 791, Rn. 7.

⁵³ BMF-Schreiben v. 28.11.2006, BStBl I 2006, 791, Rn. 2.

§ 15 Abs 1a S. 2 UstG im Grundsatz zu 100 %, und nicht lediglich zu 70 %, vorsteuerabzugsfähig.

2. Umsatzsteuerliche Behandlung von Business-Seats

Umsatzsteuerlich gilt für den Business-Seat ebenso wie für die VIP-Loge die entsprechende Vereinfachungsregel aus dem Ertragssteuerrecht.⁵⁴ In sinngemäßer Anwendung der Regelung in Randnummer 4 des BMF-Schreibens vom 11.7.2006 gilt mithin eine hälftige Teilung in Bewirtungsaufwendungen und Aufwendungen für Geschenke als nicht zu beanstanden.

Bsp.-Rechnung 4: Aufwendungen für einen Business Seat ohne Werbeanteil:
10.000 € zzgl. 19 % USt.

| | | | |
|---|--------------------------------------|-----------------------|-----------------------|
| Gesamtkosten: 11.900 € (100 % Kosten für Business-Seat plus 19 % Umsatzsteuer) | Kosten für Business-Seat 10.000 € | Betriebsausgabenabzug | Vorsteuer 1.900 € |
| Bewirtung (50 %) | 5.000 € | 3.500 € (70 %) | 950 € |
| Geschenke (50 %) | 5.000 € | | |
| Davon an eigene Arbeitnehmer | 2.500 € | 2.500 € (100 %) | 475 € |
| Davon an Geschäftsfreunde | 2.500 € | 0 € (0 %) | 0 € |
| | | | <u>1.425 €</u> |

Bei einem Business-Seat, bei dem inklusive Umsatzsteuer Kosten i.H.v. von 11.900 € entstehen, sind Vorsteuern i.H.v. 1.425 € abziehbar.

III. Behandlung beim Zuwendungsempfänger

Für den Empfänger könnte es, wenn er der Einladung gefolgt und in den Genuss der VIP-Behandlung gekommen ist, ein böses Erwachen geben, wenn im Nachhinein das Finanzamt für die Inanspruchnahme der Geschenke Steuerzahlungen verlangt. Denn die Verschaffung der Gelegenheit zum Besuch von Sportveranstaltungen „führt bei den betreffenden Geschäftspartnern bzw. deren Arbeitnehmern zu steuerpflichtigen Einnahmen im Rahmen der für diese jeweils maßgeblichen Einkunftsart.“⁵⁵ Dies hat jedenfalls das Finanzgericht Bremen im Jahr 2017 für die Einladung zu Bundesliga-Fußballspielen festgestellt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb für andere Sportveranstaltungen etwas Gegenteiliges gelten sollte. Mit dem im

⁵⁴ BMF-Schreiben v. 28.11.2006, BStBl I 2006, 791, Rn. 11.

⁵⁵ FG Bremen, DStRE 2018, 1242.

Jahr 2007 eingeführten § 37b EStG hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der pauschalen Steuerübernahme durch den Schenker geschaffen. Der Steuersatz beträgt gemäß § 37b Abs. 1 S. 1 EStG 30 % bei Sachzuwendungen, wobei Solidaritätszuschlag und pauschale Kirchensteuer zu verrechnen sind.⁵⁶ Bemessungsgrundlage der pauschalen Einkommensteuer sind gemäß § 37b Abs. 1 S. 2 EStG die Aufwendungen des Steuerpflichtigen einschließlich der Umsatzsteuer. Die Übernahme ist sowohl für Einladungen von Geschäftsfreunden nach § 37b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG als auch von eigenen Arbeitnehmern nach § 37b Abs. 2 S. 1 EStG möglich; allerdings nur bis zu einer Höhe von 10.000 € pro Empfänger pro Wirtschaftsjahr gem. § 37b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG. In der Geschäftspraxis hat sich ein regelmäßiger Gebrauch dieser Vereinfachungsregel herausgebildet,⁵⁷ denn den einladenden Unternehmen liegt viel daran, ihre Geschäftsfreunde zu hofieren. Bei Anwendung von § 37b EStG wird in der Praxis zumeist keine weitere Aufklärung durch die Finanzbehörden verlangt, sofern nicht Anhaltspunkte für eine private Nutzung vorliegen, wobei der Sponsor grundsätzlich in der Nachweispflicht bleibt, welcher er i.d.R. - auch unter Aspekten der Compliance - mit der Erstellung einer Liste über die eingeladenen Personen nachkommt.⁵⁸ Zur Abzugsfähigkeit der Aufwendungen für die Steuerübernahme beim Sponsor führt der Bundesfinanzhof aus: „Die Übernahme der pauschalen Einkommensteuer nach § 37b EStG für ein Geschenk unterliegt als weiteres Geschenk dem Abzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG, soweit bereits der Wert des Geschenks selbst oder zusammen mit der übernommenen pauschalen Einkommensteuer den Betrag von 35 € übersteigt.“⁵⁹ Angewandt auf den Fall der Einladung eines Geschäftsfreundes in eine VIP-Loge, wobei der Preis der Eintrittskarten für diesen einzelnen Geschäftsfreund im gesamten Wirtschaftsjahr beispielhaft mit 5.000 € zzgl. USt. veranschlagt wird, bedeutet dies, dass 30 % der Aufwendungen für die Karten plus die 19 % Umsatzsteuer, ergo 1.785 €, beim Sponsor zusätzlich als Kosten anfallen, die er nicht als Betriebsausgaben abziehen darf.

IV. Sportfremde Veranstaltungen in Sportstadien

Was gilt steuerrechtlich, wenn nun in einem Sportstadion ein Event stattfindet, das keinen sportlichen Bezug hat? Diese Frage hat das BMF mit Schreiben vom 11.7.2006 beantwortet. Dort heißt es: „Soweit eine andere, z. B. kulturelle, Veranstaltung in einer Sportstätte stattfindet, können die getroffenen Regelungen angewendet werden, sofern die Einzelfallprüfung einen gleichartigen Sachverhalt ergibt.“⁶⁰ Ein klassisches Beispiel kann hierfür eine Operngala, ein Konzert oder u.U. auch der Auftritt eines Stand-Up-Comedian in einem Fußballstadion sein.

⁵⁶ Vgl. *Grashoff/Mach*, Grundzüge des Steuerrechts, 16. Aufl. 2023, Rn. 110.

⁵⁷ Vgl. *Abermann*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 336.

⁵⁸ Vgl. *Debesselles* (Fn. 47), § 4 Rn. 30.

⁵⁹ BFH, BStBl 2017 II, 892.

⁶⁰ BMF-Schreiben v. 11.7.2006, BStBl 2006 I, 447.

V. Besondere Raumnutzung

Der VIP-Logen-Erlass vom 22.8.2005 hält für die Unternehmen noch ein besonderes Schmäckerl bereit. Werden Räumlichkeiten in der Sportstätte für betriebliche Veranstaltungen, wie z.B. Konferenzen mit Geschäftspartnern oder Jour-Fixe-Meetings außerhalb der Tage, an denen Sportereignisse stattfinden, mindestens einmal wöchentlich genutzt, kann der auf die Raumnutzung entfallende Anteil vorab pauschal mit 15 % des Gesamtbetrags festgesetzt und als Betriebsausgabe abgezogen werden.⁶¹ Infolgedessen darf bei der weiteren Ermittlung der Betriebsausgabenabzüge ein um den Raumnutzungsanteil gekürzter Gesamtbetrag zugrunde gelegt werden.⁶² Für eine VIP-Loge zum Preis von 100.000 € zzgl. USt bedeutet das einen Gesamtbetrag von 85.000 €, von dem weitere 64.600 € als Betriebsausgaben abziehbar sind. Mit Hilfe der besonderen Raumnutzung kann mithin das Unternehmen den Betriebsausgabenabzug von zuvor 76 % auf 79,6 % des Gesamtbetrags steigern.

VI. Hospitality Leistungen i.R.d. Fußball WM 2006

Im Kontext der ertrags- und umsatzsteuerlichen Vereinfachungsregelungen für VIP-Logen und Business-Seats ist zu sog. „Hospitality-Leistungen“ abzugrenzen. Der Begriff „Hospitality“ kommt aus dem Englischen und bedeutet - übersetzt ins Deutsche - so viel wie Gastfreundschaft. Obwohl der Begriff oftmals als Oberbegriff für sämtliche gastfreundschaftliche Leistungen im Geschäftsverkehr gebraucht wird, und damit sowohl VIP-Logen als auch Business-Seats miteinschließt, stellen die „Hospitality-Leistungen“ i.S.d. BMF-Schreibens vom 30.3.2006 eine gesonderte Leistungsgruppe dar, für die eigene Pauschalierungsregeln gelten. Dabei ist anzumerken, dass dieses Leistungspaket ausschließlich bei der Fußballweltmeisterschaft 2006 zum Einsatz kam. Neben dem gesonderten Zugang zum Stadion und dem VIP-Bereich enthielt das Paket besondere Parkmöglichkeiten, die Bewirtung, ein Unterhaltungsangebot sowie eine persönliche Betreuung und Erinnerungsgeschenke.⁶³ Im Unterschied zu den VIP-Logen sind keine Werbemaßnahmen enthalten. Das Leistungsangebot ist daher dem der Business-Seats nicht unähnlich, wobei der einzige Unterschied wohl im Umfang der Geschenke besteht. Die Ähnlichkeit ist damit zu erklären, dass das BMF mit Schreiben vom 11.7.2006 zeitlich erst nach der Fußballweltmeisterschaft zur steuerlichen Behandlung von Business-Seats Stellung nahm. Daraus lässt sich folgern, dass wohl dieselben Sitzplätze, die heute als Business-Seats vermarktet werden, im Rahmen der Fußballweltmeisterschaft 2006 als „Hospitality-Leistungen“ angeboten wurden. Anders als bei der hälftigen Teilung im Rahmen der Pauschalierungsregeln für Business-Seats sieht das BMF

⁶¹ BMF-Schreiben v. 22.8.2005, BStBl I 2005, 845, Rn. 3.

⁶² BMF-Schreiben v. 22.8.2005, BStBl I 2005, 845, Rn. 19.

⁶³ Vgl. *Seifert* (Fn. 40), 409.

für „Hospitality-Leistungen“ eine pauschale Aufteilung der Aufwendungen im Verhältnis 30 % Bewirtung zu 70 % Geschenke vor, wobei der Bewirtungsanteil auf 1.000 € pro Teilnehmer je Veranstaltung begrenzt ist. Diese Regelung ist so zu verstehen, dass bei Überschreiten der 1000 €-Grenze, die überschreitende Summe dem Geschenkanteil zugerechnet wird. Für den Anteil der Geschenke darf mit einer hälftigen Vergabe an Geschäftspartner und Arbeitnehmer kalkuliert werden. Vorausgesetzt die 1000 €-Grenze wird nicht überschritten, sind nach dem Pauschalierungsmodell 56 % der Aufwendungen als Betriebsausgaben abziehbar. Dies entspricht in etwa dem ertragssteuerlichen Ergebnis des Business-Seat-Pakets mit einer Abzugsfähigkeit von 60 %. Die Abwesenheit von Werbemaßnahmen macht es steuerlich mithin ebenso unattraktiv.

E. Compliance

Geht es um das Thema Zuwendungen und deren rechtliche Behandlung, ist immer häufiger das Wort „Compliance“ zu lesen. Obgleich dieses Wort beim ersten Lesen inhaltlich nur schwer eine klare Vorstellung hervorzurufen vermag, geistert es durch die Geschäftswelt und begleitet so manch einen Unternehmer mit in den Schlaf.

I. Was ist Compliance?

Der Begriff wurde aus dem US-amerikanischen Recht übernommen und bedeutet so viel wie „Einhaltung, Gesetzestreue, Befolgung oder Übereinstimmung“.⁶⁴ Compliance legt im Grundsatz fest, dass sich ein Unternehmen regelkonform verhalten soll. Dabei trägt die Unternehmensleitung nicht nur die Verantwortung dafür, sich selbst gesetzestreu zu verhalten, sondern ferner die Verantwortung dafür, die unternehmerischen Tätigkeiten derart zu organisieren und zu überwachen, dass sie mit den anwendbaren straf- und bußgeldbewehrten Gesetzen in Einklang stehen.⁶⁵ Der Compliance-Begriff hat ferner im Jahr 2007 Einzug in den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) erhalten. In der aktuellen Form heißt es unter Grundsatz 5: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin (Compliance)“.⁶⁶ Compliance auf die Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht zu begrenzen scheint daher zu kurz gegriffen.⁶⁷ Compliance verlangt vielmehr nicht

⁶⁴ Vgl. *Kreitner*, in: Röllner, Küttner - Personalbuch, 30. Aufl. 2023, C: Compliance, Rn. 1.

⁶⁵ Vgl. *Moosmayer*, Compliance - Praxisleitfaden für Unternehmen, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 1.

⁶⁶ DCGK in der aktuellen Fassung v. 28.4.2022, <https://www.dcgk.de/de/kodex/aktuelle-fassung/praeambel.html> (zul. abger. am 30.7.2023).

⁶⁷ Vgl. *Ghassemi-Tabar*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werner, Deutscher Corporate Governance Kodex, 8. Aufl. 2021, § 15 Rn. 3.

nur die Konformität eines Unternehmens, seiner Organe und Mitarbeiter mit Gesetzesvorschriften, sondern gleichermaßen auch das Auferlegen und Einhalten von unternehmensinternen Regelungen in Form von Policies, Verhaltenskodizes und Qualitätsanforderungen.⁶⁸ Die Unternehmensführung ist mithin gehalten die Kontrollaufgabe sehr aktiv wahrzunehmen - weg vom passiven Zuschauen und hin zur Selbstverpflichtung.

II. Relevanz von Compliance

Doch weshalb reicht es nicht aus, sich an die gesetzlichen Regeln zu halten? Warum brauchen Unternehmen darüber hinaus ein internes Regelungskonzept, das den Organen und Mitarbeitern Verhaltensweisen vorschreibt? Dies ist vor allem deshalb fraglich, weil die Compliance-Richtlinien häufig auch Verbote solcher Verhaltensweisen enthalten, die nicht zwangsläufig Gesetzesverstöße nach sich ziehen. Führt die Compliance-Abteilung eines Unternehmens einen Verhaltenskodex ein, so speist sich dieser vor allem aus Moral- und Wertvorstellungen; will ein Unternehmen sich doch damit brüsten eine Unternehmensphilosophie zu verfolgen, die frei von moralischen Makeln ist. Doch Werte und Moral sind nicht justiziabel. Und gerade hierin liegt der große Vorteil von Compliance.⁶⁹ Die Errichtung von Compliance-Strukturen und deren stetige Überwachung erlaubt es einem Unternehmen sich für den Fall des Gesetzesbruchs durch einen Mitarbeiter, oder für den Fall gesellschaftlich in höchstem Maße zu missbilligenden Verhaltens eines Repräsentanten des Unternehmens, von der Verantwortung freizuzeichnen. Wie ernst die Verpflichtung zur Errichtung und Einhaltung von internen Compliance-Standards zu nehmen ist, wird in einem Urteil⁷⁰ des LG München aus dem Jahre 2013 deutlich. Was war geschehen? In mehreren Abteilungen eines weltweit tätigen Unternehmens hatte sich ein System sog. „schwarzer Kassen“ etabliert, aus denen Korruptionszahlungen geleistet wurden. Gegen das Unternehmen wurden von dem Landgericht München sowie der Staatsanwaltschaft München insgesamt Bußgelder in Höhe von 596 Mio. € verhängt. Der Aufsichtsrat forderte nun vor dem Landgericht von dem Vorstandsmitglied, das die Zentralabteilung Finanzen geführt hatte, eine entsprechende Entschädigungszahlung auf Grund von Verletzungen der Compliance-Regeln. Die Klage hatte Erfolg, denn das Gericht befand, der Beklagte hätte es versäumt ein effizientes Compliance-System zu errichten, das auch tatsächlich angewandt und kontrolliert werde. Aus diesem Urteil lässt sich die faktische Bedeutsamkeit von Compliance herauslesen: Es geht um die Frage der Nachweisbarkeit. Hat ein Unternehmen keine Compliance-Struktur errichtet, so hat es damit zu rechnen

⁶⁸ Vgl. *Ghassemi-Tabar* (Fn. 67), § 15 Rn. 3.

⁶⁹ Vgl. *Kummert*, in: Podcast KPMG - Klardenker on Air, vom 3.6.2021, <https://open.spotify.com/episode/5kwSmoS56ZdpWU2QfGavZ> (zul. abger. am 30.7.2023).

⁷⁰ LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345 ff.

für sämtliche Fehltritte der Mitarbeiter oder der Organe im Zweifel gerade stehen zu müssen, ohne eine Möglichkeit der Exkulpation zu haben. In Deutschland gibt es bisher nur vereinzelte gesetzliche Regelungen zu Compliance, so z.B. in § 91 Abs. 2 Aktiengesetz (AktG)⁷¹, § 25a Kreditwesengesetz (KWG)⁷², §§ 33, 33b Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)⁷³ oder § 28 und § 29 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)⁷⁴, als auch in § 130 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)^{75,76}. In den vergangenen zehn Jahren hat die praktische Bedeutung unternehmensinterner Compliance-Standards unter dem Einfluss aus den USA, aber vor allem infolge medienwirksamer Strafverfahren zu strukturellen Korruptionssachverhalten in einigen bekannten Großkonzernen stark zugenommen.⁷⁷ Im internationalen Wirtschaftsverkehr verlangen Unternehmen vor etwaigen Vertragsabschlüssen vielfach einen Nachweis von ihrem Vertragspartner über die Einhaltung von Compliance-Regeln.⁷⁸ Denn Compliance macht nicht an der Ländergrenze halt. Deutsche Unternehmen sind heutzutage in der Regel durch Zweigstellen oder Tochtergesellschaften in anderen Staaten vertreten, sodass in rechtlicher Hinsicht neben den Vorschriften des deutschen Gesetzgebers immer häufiger auch ausländische Rechtsvorschriften betrachtet werden müssen.⁷⁹

1. Compliance als Teil des DCGK

Wie bereits festgestellt, ist Compliance Bestandteil des Deutschen Corporate Governance Kodex. Der DCGK richtet sich an börsennotierte Gesellschaften und Gesellschaften mit Kapitalmarktzugang im Sinne des § 161 Abs. 1 S. 2 AktG, soll aber auch nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften zur Orientierung dienen. „Corporate Governance“ wird in der Präambel des Kodex definiert als der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens.⁸⁰ Der DCGK ist weder zwingendes noch dispositives Recht, sondern sog. „soft law“.⁸¹ Der Kodex hat daher keine verpflichtende Wirkung, legt aber

⁷¹ Aktiengesetz, BGBl. I 1965, 1089, in der Fassung v. 19.6.2023.

⁷² Kreditwesengesetz, BGBl. I 1998, 2776, in der Fassung v. 22.2.2023.

⁷³ Wertpapierhandelsgesetz, BGBl. I 1998, 2708, in der Fassung v. 19.12.2022.

⁷⁴ Kapitalanlagegesetzbuch, BGBl. I 2013, 1981, in der Fassung v. 22.2.2023.

⁷⁵ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, BGBl. I 1987, 602, in der Fassung v. 14.3.2023.

⁷⁶ Vgl. Mengel, in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, C: Compliance, Rn. 2.

⁷⁷ Vgl. Mengel (Fn. 76), C: Compliance, Rn. 2.

⁷⁸ Vgl. Koch, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 27. Aufl. 2023, C: Compliance.

⁷⁹ Vgl. Schneider, Ausländisches Unternehmensstrafrecht und Compliance, CCZ 1/2008, 18 (18).

⁸⁰ Vgl. DCGK in der aktuellen Fassung v. 28.4.2022 (Fn. 66).

⁸¹ Vgl. Website IHK Frankfurt a. Main, IHK Frankfurt a. Main, https://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/unternehmensrecht/corporate_governance_kodex/ (zul. abger. am 30.7.2023), sowie Bachmann (Fn. 67), F2 Rn. 1.

Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen für den Vorstand und den Aufsichtsrat fest, die dazu beitragen sollen, dass die Gesellschaft im Unternehmensinteresse geführt wird. Die Gesellschaften können von den Grundsätzen abweichen, sind dann aber verpflichtet, dies jährlich offenzulegen und die Abweichungen zu begründen, sog. „comply or explain“-Mechanismus. Seit seiner Einführung im Jahr 2002 wurde der Kodex stetig überarbeitet.⁸² Der nun in Grundsatz 5 des DCGK festgesetzte Compliance-Gedanke geht auf die Ziffer 4.1.3 der DCGK in der Fassung von 2017 zurück, mit der erstmalig der Begriff „Compliance“ in den Kodex aufgenommen wurde.⁸³ Zusätzlich soll gemäß Grundsatz 5 der Vorstand nun für ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System (CMS) sorgen und dessen Grundzüge offenlegen. Ein CMS bezeichnet eine Organisationsstruktur, die die „Sicherstellung eines regelkonformen Verhaltens der gesetzlichen Vertreter und der Mitarbeiter des Unternehmens sowie ggf. von Dritten“⁸⁴ zum Ziel hat. Der zunehmenden Ausdifferenzierung des Compliance-Grundsatzes im Kodex, lässt sich die steigende Relevanz des Themas entnehmen.

2. Relevanz bzgl. VIP-Logen u. Business-Seats

Compliance spielt auch bei der Einladung von Geschäftsfreunden in VIP-Logen und Business-Seats eine entscheidende Rolle.⁸⁵ Das liegt vor allem daran, dass mit einem fehlerhaften Compliance-Management bei unentgeltlichen Zuwendungen harte strafrechtliche Sanktionen einhergehen. Die Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Strafgesetzbuch (StGB)⁸⁶, der Vorteilsannahme und -gewährung gemäß §§ 331, 333 StGB sowie der Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern gem. §§ 332, 334 StGB kommen im Wesentlichen in Betracht.

a) Einschlägige Strafvorschriften

aa) Vorteilsannahme u. Vorteilsgewährung, §§ 331, 333 StGB

Wer einem Amtsträger⁸⁷ für die Dienstausbübung einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, macht sich wegen Vorteilsgewährung gem. § 333 I StGB strafbar, wenn die Annahme des Vorteils nicht behördlich genehmigt wird. Spiegelbildlich dazu wird der Amtsträger nach § 331 StGB bestraft, wenn er einen Vorteil fordert,

⁸² Vgl. *Vetter/Peters*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 1.

⁸³ Vgl. *Kremer/Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werner (Fn. 67), Grundsatz 5 Rn. 11.

⁸⁴ So *Jüttner*, Die 42 der Compliance – Das Kriterium der Wirksamkeit eines Compliance Management Systems, CCZ 2018, 168.

⁸⁵ Vgl. *Kremer/Bachmann* in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werner (Fn. 67), Grundsatz 5 Rn. 46.

⁸⁶ Strafgesetzbuch, BGBI. I 1998, 3322, in der Fassung v. 4.12.2022.

⁸⁷ Legaldefiniert in §11 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

sich versprechen lässt oder annimmt.⁸⁸ Nach herrschender Meinung ist „Vorteil“ jede Leistung, durch welche die rechtliche, wirtschaftliche oder auch nur persönliche Lage des Empfängers objektiv verbessert wird, und auf die er keinen Rechtsanspruch hat.⁸⁹ Starke Brisanz erfuhren die beiden Strafvorschriften im Zusammenhang mit Einladungen zu Sportevents in den Medien, als der Vorstandsvorsitzende der EnBW, Utz Claassen, politische Repräsentanten zu Spielen der Fußball-WM 2006 eingeladen hatte und von der Staatsanwaltschaft Karlsruhe wegen Vorteils-gewährung angeklagt wurde. Obwohl Claassen vom Landgericht Karlsruhe freigesprochen wurde, und der BGH diesen Freispruch in seinem Urteil bestätigte, machte der BGH deutlich, dass man durchaus anders hätte entscheiden können.⁹⁰ Mit diesem wegweisenden Urteil führte der BGH erstmals Indizien ein, die in einer Gesamtschau die Frage beantworten sollen, wann eine Unrechtsvereinbarung vorliegt, bzw. wann im Umkehrschluss eine Einladung straffrei ist.⁹¹ Unrechtsvereinbarung bezeichnet dabei die Übereinkunft zwischen Amtsträger und Zuwendendem darüber, dass der Vorteil ein Äquivalent für die Diensthandlung darstellen soll.⁹² Das Indizienbündel enthält dabei: die Stellung des Amtsträgers, die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben, die Vorgehensweise bei dem Angebot, die Differenzierung zwischen Versprechen und Gewähren von Vorteilen, als auch die Art, der Wert und die Anzahl der Vorteile.⁹³ Die vom BGH eingeführten Indizien mögen ein klareres Bild darüber zeichnen, ab wann die Einladung eines Amtsträgers strafbar ist. Um auf der sicheren Seite zu sein, ist einem Unternehmen allerdings zu raten, die Schenkung von der zuständigen Behörde im Vorfeld genehmigen zu lassen. In diesem Fall befreit sich der Sponsor nach § 331 Abs. 3 StGB von dem Risiko der Strafbarkeit.

bb) Bestechlichkeit u. Bestechung, §§ 332, 334 StGB

Im Unterschied zu Vorteilsannahme und -gewährung setzen die Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung nicht nur voraus, dass sich die Unrechtsvereinbarung auf eine konkrete Diensthandlung bezieht, sondern dass der Amtsträger auch tatsächlich eine Dienstpflicht verletzt hat.⁹⁴ Daher steht im Falle der §§ 332, 334

⁸⁸ Vgl. *Bannenber*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kap. 13 Rn. 52.

⁸⁹ Vgl. u.a. *von Häfen*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 331 Rn. 25, oder *Heine/Eisele* in: Eser, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 331 Rn. 13.

⁹⁰ Vgl. *Hansen* (Fn. 3).

⁹¹ Vgl. *Fissenevert*, Schluss mit Business as usual - Compliance verändert den Umgang mit Events und Incentive-Reisen, Compliance-Berater 2013, 255.

⁹² Vgl. *Heger*, in: Kühl/Heger, Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 331 Rn. 10.

⁹³ BGH, Urteil v. 14.10.2008 - 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580 ff.

⁹⁴ Vgl. *von Häfen*, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 89), § 331 Rn. 14.

StGB auch ein höheres Strafmaß im Raum als bei der Verwirklichung der §§ 331, 333 StGB.

cc) Bestechlichkeit u. Bestechung im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB

Für den Fall, dass kein Amtsträger, sondern eine Privatperson eine Einladung erhält, bemisst sich die Strafbarkeit nach § 299 StGB. Anders als bei den vorangegangenen Korruptionstatbeständen ist die allgemeine Pflege der Geschäftsbeziehungen unter bestehenden Geschäftspartnern sowie die Beziehungspflege zu potenziellen Geschäftspartnern grundsätzlich zulässig.⁹⁵ Geschenke unter privaten Unternehmen sind immer nur dann strafbar, wenn sie als Gegenleistung eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb zum Zweck haben. So wäre die Schenkung von VIP-Karten an ein Unternehmen z.B. dann strafbar, wenn dadurch der Schenkende im Wege eines manipulierten Vergabeverfahrens einen Auftrag erhält, oder wenn der Beschenke sich durch die Einladung veranlasst sieht, sich auf eine wettbewerbschädigende Preisabsprache einzulassen.⁹⁶ Seit der Änderung des § 299 StGB im Jahr 2015 steht auch die Verletzung von innerbetrieblichen Pflichten, also Pflichten, die gegenüber dem eigenen Geschäftsherrn bestehen, unter Strafe.⁹⁷ Eine solche Pflicht kann sich dabei auch aus Compliance-Richtlinien ergeben, wobei die Anforderungen an eine solche Pflichtverletzung bislang noch unklar sind.⁹⁸

b) Möglichkeiten zur Minderung von Compliance-Risiken

Was muss ein Unternehmen beachten, um sich nicht mit Korruptionsvorwürfen konfrontiert zu sehen? Den Unternehmen ist zu raten konkrete Kriterien zu entwickeln, anhand derer sich die möglichen Compliance-Risiken einschätzen lassen. Bezogen auf die Auswahl des Sponsoring-Partners können beispielsweise Negativschlagzeilen des Partners in der Vergangenheit, oder die Nähe des Partners zur Regierung oder zu politischen Parteien entscheidende Kriterien sein.⁹⁹ Ferner kann ein Kriterium sein, ob der Sponsor mit dem Geschäftspartner bereits in einer Leistungsbeziehung steht, und aufgrund dessen der Verdacht einer unlauteren Verknüpfung der Verträge geregt wird. Bezogen auf den Vertragsinhalt ist auf die Genauigkeit der Leistungsbestimmung sowie auf die Transparenz bzgl. der Angaben des

⁹⁵ Vgl. S20 - The Sponsor's Voice, Hospitality und Strafrecht - ein Leitfadens, 2. Aufl. 2017, S. 15, https://cdn.dosb.de/alter_Datenbestand/fm-dosb/downloads/recht/Hospitality-und-Strafrecht-ein-Leitfadens_2017.pdf (zul. abger. am 30.7.2023).

⁹⁶ Vgl. *Krick*, in: MüKo zum StGB - Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 299 Rn. 71.

⁹⁷ Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption v. 20.11.2015, BGBl. 2015 I, 2025.

⁹⁸ Vgl. *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2021, § 299 Rn. 61 f.

⁹⁹ Vgl. Deutsches Global Compact Netzwerk, Sponsoring: Chancen nutzen, Risiken minimieren, 2015, S. 11 ff., <http://www.faspo.de/de/news-2/d/Sponsoring:%20Chancen%20nutzen,%20Risiken%20minimieren.html> (zul. abger. am 30.7.2023).

Zahlungsempfängers zu achten.¹⁰⁰ Eine Einladung in den VIP-Bereich sollte dabei nicht an die Privatperson, sondern an das dahinterstehende Unternehmen adressiert sein. So soll der sogenannte „böse Schein“ vermieden werden.¹⁰¹ Weiterhin sind auch die Compliance-Strukturen des Geschäftspartners ein Kriterium.¹⁰² Schließlich kann der Korruptionsverdacht auch durch ein undurchsichtiges Verhalten seitens des Geförderten entstehen. Dem kann wiederum durch eine Beratung des Geschäftspartners in Compliance-Themen abgeholfen werden. Durch Prüfung der Einladungen anhand dieser oder ähnlicher Kriterien kann sich ein Unternehmen mithin vor Korruptionsvorwürfen schützen.

F. Fazit

Sportsponsoring stellt eine große Chance für Unternehmen dar, z.B. die des Imagetransfers und der Mitarbeitermotivation. Erzielt nämlich eine gesponsorte Mannschaft sportliche Erfolge, geht das positive Image auf den Sponsor über. Ferner kann ein Mitarbeiter z.B. durch gesponsorte Charity-Events dazu gebracht werden, sich mehr mit dem Unternehmen zu identifizieren und eine stärkere Bindung aufzubauen.¹⁰³ Den Sponsoring-Unternehmen sind mit dem Betriebsausgabenabzug und dem Vorsteuerabzug zwei wichtige Werkzeuge an die Hand gegeben worden, um ihre Steuerlast zu mindern. Ferner hat das BMF mit den Pauschalierungsregeln die schwere Last der Nachweiserbringung von den Schultern der Sponsoren genommen. Dies freut auch die Sportvereine, stellt die Vermarktung von VIP-Logen und Business-Seats doch ein wesentliches Instrument der Finanzierung dar. Insbesondere vor dem Hintergrund des Anliegens, dass sich die gewaltigen Investitionskosten, die für die Stadioninfrastruktur und den Logenbau aufgebracht wurden, amortisieren, könnte ein Wegfall dieses Finanzbausteins den Vereinen nur schwer zugemutet werden.¹⁰⁴ Doch dieser Baustein scheint bedroht. Im Zuge des Vorstoßes der immer höher werdenden Compliance-Anforderungen an die Unternehmen lässt sich befürchten, dass immer weniger Unternehmer bereit sind der Einladung in eine VIP-Loge zu folgen. Schließlich könnte damit gegen innerbetriebliche Compliance-Richtlinien verstoßen werden. In diesem Fall würden sich die Sponsoren nicht weiter veranlasst sehen in dem bisherigen Umfang Logenplätze zu buchen. Infolgedessen käme es entweder zu einem regelrechten Logenleerstand, oder die vermietenden Sportvereine müssten die Preise für die Logen drastisch reduzieren. Dies hätte fatale Folgen für den deutschen Spitzensport, vor allem im internationalen Vergleich. Schon längst sind Spitzensportler nicht mehr an ihr Herkunftsland

¹⁰⁰ Vgl. Deutsches Global Compact Netzwerk (Fn. 99), S. 11.

¹⁰¹ Vgl. *Fissenevert*, Ticket nehmen oder nicht?, HORIZONT 2014, 21.

¹⁰² Vgl. Deutsches Global Compact Netzwerk (Fn. 99), S. 11.

¹⁰³ Vgl. Deutsches Global Compact Netzwerk (Fn. 99), S. 9.

¹⁰⁴ Vgl. Website DFB vom 1.11.2016, Herz, <https://www.dfb.de/vip-tickets/kontakt-faq/compliance/> (zul. abger. am 30.7.2023).

gebunden. Der Kampf um die größten Talente wird zwischen den reichsten Clubs der ganzen Welt ausgetragen. Können gewaltige Ablösesummen nicht mehr aufgebracht werden, versinkt der Club über lange Sicht in der Bedeutungslosigkeit. Das Ausfallen von Sponsorengeldern wäre besonders für die Deutschen sehr bitter. So ergibt eine Analyse der Einnahmequellen im Fußballsport, dass sich der FC Bayern München als vermögendster deutscher Fußballclub hauptsächlich auf die Sponsorenverträge verlässt, während in England z.B. die Fernsehverträge die höchsten Einnahmen versprechen.¹⁰⁵

Doch Compliance muss nicht zwangsläufig in diesem Schreckensszenario gipfeln. Compliance ist eine Chance. Jeder Unternehmer hat es selbst in der Hand ein sicheres Compliance-Management-System einzurichten und zu unterhalten. Das Problem, dass Compliance in Deutschland hat, liegt vor allem daran, dass die Unternehmen dazu neigen Compliance auf die Spitze zu treiben und auf völlig unbedenkliche Einladungen ablehnend zu reagieren.¹⁰⁶ Das Problem setzt sich darin fort, dass die Sportclubs keinen direkten Einfluss darauf haben, ob und in welchem Umfang die Unternehmer Compliance-Strukturen einrichten, und ob sie sich infolgedessen in die Logen trauen oder nicht. Den Sportclubs ist deshalb zu raten im Bereich Compliance für Aufklärung zu sorgen.

Interessant ist weiterhin auch die Beobachtung Steiners, dass sich der gesellschaftliche Trend zunehmend dahin entwickelt, die Begünstigung einzelner Weniger mit Argwohn zu betrachten und die Aufdeckung steuerrelevanter Sachverhalte durch Informationsweitergabe an die Behörden zu fördern.¹⁰⁷ Im Vergleich zu einer Privatperson, die sämtliche Einnahmen versteuern muss, ist es schon grotesk, dass ein erfolgreicher Unternehmer ihm Gleichgesinnte zu Sportevents in luxuriösester Atmosphäre einladen und von den Ertragssteuern ganze 76% der Logenkosten abziehen darf. Sollte der Druck auf die Politik wachsen, für eine höhere Besteuerung der Oberschicht zu sorgen, könnte dies auch zu einer Überarbeitung der für die Unternehmen vorteilhaften Pauschalierungsregeln führen. Diese Wandlung bleibt mit Spannung abzuwarten.

¹⁰⁵ Vgl. *Gastantor*, Wie die Fußballclubs ihr Geld verdienen, Fußball-Geld.de, Randerath, <https://fussball-geld.de/wie-die-fussballklubs-ihr-geld-verdienen/> (zul. abger. am 30.7.2023).

¹⁰⁶ Vgl. *Fissenewert*, Uli Hoeneß – Die Rückkehr eines gestrauchelten Königs, WiWo Management Blog, 23.11.2016, <https://blog.wiwo.de/management/2016/11/23/kommentar-von-compliance-experte-fissenewert-uli-hoeness-die-rueckkehr-eines-gestrauchelten-koenigs/> (zul. abger. am 30.7.2023).

¹⁰⁷ Vgl. *Steiner*, in: Viewig, Impulse des Sportrechts, 2015, 273 (282).

Bearbeiterverzeichnis

| | |
|---------------------|---|
| Svenne Carstensen | Wiss. Mitarbeiter/Universität Osnabrück |
| Jakob Eh | Wiss. Mitarbeiter/Universität Göttingen |
| Tania Horst | Rechtsreferendarin/LG Frankfurt am Main |
| Darwin Kayser | Wiss. Mitarbeiter/Universität Göttingen |
| Thomas Mann | Universitätsprofessor/Universität Göttingen |
| Markus Meyer | Wiss. Mitarbeiter/Universität Göttingen |
| Kevin Otter | Wiss. Mitarbeiter/Universität Göttingen |
| Constantin Reinhold | Rechtsreferendar/OLG Koblenz |
| Lea Schäfer | Stud. Hilfskraft/Universität Göttingen |
| Annemarie Schaupp | Rechtsreferendarin/LG Bielefeld |

Das Sportrecht weist als Querschnittsmaterie Bezugspunkte zu allen Rechtsbereichen auf. Dies hat zur Folge, dass aus sportrechtlichen Fragen oftmals vielschichtige und komplexe, gleichsam aber auch überaus interessante Konfliktfelder erwachsen. Als dynamische und stets aktuelle Rechtsmaterie unterliegt das Sportrecht aber auch gleichzeitig vielfältigen gesellschaftlichen und politischen Strömungen. Exemplarisch dafür sind in diesem Band ausgewählte aktuelle Themenfelder des Sportrechts aufbereitet, welche sich auf drei Zusammenhänge zurückführen lassen: Sportrecht und Verfassungsrecht – Sportrecht und internationales Recht – Sportrecht und Wirtschaftsrecht.