

Dokument	<b>CaS 2012, 234</b>
Autor	<b>Regina E. Aebi-Müller, Anne-Sophie Morand</b>
Titel	<b>Die persönlichkeitsrechtlichen Kernfragen der "Causa FC Sion"</b>
Seiten	<b>234-248</b>
Publikation	<b>Causa Sport</b>
Herausgeber	<b>Urs Scherrer, Margareta Baddeley, Caroline Bechtel, Giorgio Behr, Marc Bloch Sommer, Rafael Brägger, Stephan Breitenmoser, Jean-Pierre Bringham, Marco Del Fabro, Ulrich Haas, Tanja Haug, Peter W. Heermann, Florian Kainz, Lamiss Khakzadeh, Kristin Maria Lüönd, Martin Nolte, Wolfgang Portmann, Dorothe Scherrer, Daniel Thaler, Hans-Ueli Vogt, Christian Werner</b>
ISSN	<b>1660-8399</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

CaS 2012, 234

## Die persönlichkeitsrechtlichen Kernfragen der "Causa FC Sion"

Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller, Luzern<sup>\*</sup>, und Anne-Sophie Morand, MLaw, Luzern<sup>\*\*</sup>

### 1. Ausgangspunkt: Die "Causa FC Sion"

Der Streitfall FC Sion machte in den letzten Jahren europaweit Schlagzeilen und beschäftigte diverse Gerichte. Was im Jahre 2008 mit der Verpflichtung des ägyptischen Torwartes Essam El Hadary beim FC Sion begann, erreichte im Frühsommer 2011 seinen Höhepunkt, als die Swiss Football League (SFL) sechs neuen Spielern des FC Sion die Lizenz verweigerte. Gegen den FC Sion war aufgrund des Vertragsbruches mit dem bisherigen Klub von El Hadary eine Transfersperre verhängt worden, und die FIFA ging davon aus, diese Sperre sei im Sommer 2011 noch nicht vollständig verbüsst gewesen. Der FC Sion hätte daher zu der besagten Zeit keine neuen Spieler verpflichten dürfen.

Die sechs betroffenen Spieler verlangten am 3. August 2011 superprovisorische und provisorische Massnahmen, um die durch die SFL verweigerte Qualifikation doch noch zu erhalten. Das entsprechende Gesuch richtete sich gegen den internationalen Fussballverband FIFA, die FIFA Transfer Matching System GmbH (FIFA TMS) und die SFL und wurde unter anderem mit einer angeblichen Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Spieler begründet. In Gutheissung des Gesuchs ordnete der Einzelrichter des Bezirksgerichts Martigny noch am gleichen Tag mittels superprovisorischer Verfügung die Qualifikation der Spieler an. Dieser Entscheid wurde am 27. September 2011 vom selben Richter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen bestätigt. Daraufhin legten die Gesuchsgegner, d.h. die FIFA, die FIFA TMS und die SFL gegen den Massnahmeentscheid Berufung ein, welche am 16. November 2011 durch das Walliser Kantonsgericht gutgeheissen wurde. Das Kantonsgericht sah in der Verweigerung der Qualifikation der Spieler zwar eine Persönlichkeitsverletzung, verneinte aber deren Widerrechtlichkeit<sup>1</sup>. Die mit diesem Entscheid verbundene Aufhebung der erstinstanzlich angeordneten Massnahmen führte bekanntlich zu weitreichenden Konsequenzen einerseits für den FC Sion, der die Spieler in diversen Spielen schon eingesetzt hatte, und andererseits für die betroffenen sechs Spieler selber.

<sup>\*</sup> Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller ist Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

<sup>\*\*</sup> Anne-Sophie Morand doktriert bei Prof. Aebi-Müller zu einem sportrechtsbezogenen Thema.

<sup>1</sup> Der Entscheid ist leicht gekürzt abgedruckt in [CaS 2011, 359 ff.](#)



In der Zwischenzeit haben sich aus der ursprünglichen Streitigkeit rund um den Transfer von El Hadary zahlreiche, kaum mehr überschaubare weitere Verfahren ergeben<sup>2</sup>. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den drei genannten Urteilen der Walliser Gerichte, und zwar insbesondere mit der Frage nach dem persönlichkeitsrechtlichen Schutz der Berufsfussballer.

## 2. Struktur des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes

### 2.1 Begriff der Persönlichkeit

Die entscheidende Norm im vorliegenden Kontext ist [Art. 28 ZGB](#). Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Generalklausel, welche entwicklungsfähig und offen für neue Verletzungsgefahren ist<sup>3</sup>. Der Begriff der Persönlichkeit umfasst nach Umschreibungen in der Lehre alles, "was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zu den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint"<sup>4</sup>.

In Lehre und Praxis haben sich verschiedene Persönlichkeitsbereiche resp. Persönlichkeitsgüter etabliert, welche einen relativ klar definierten Schutzbereich umschreiben. Die Aufzählung solcher Persönlichkeitsbereiche dient der Illustration des umfassenden Persönlichkeitsbegriffs<sup>5</sup>. Im Sport, und insbesondere im Kontext der erwähnten Streitigkeiten um den FC Sion, betrifft der Schutz des Sportlers dessen Bewegungsfreiheit einerseits und die wirtschaftliche bzw. berufliche Betätigungsfreiheit andererseits. Dem ist ergänzend beizufügen, dass die

#### CaS 2012, 234, 235

nachfolgend umschriebenen Persönlichkeitsbereiche nur exemplarisch und im Rahmen des Falles FC Sion zu verstehen sind. Denkbar sind im Bereich des Sports selbstredend auch ganz anders gelagerte Verletzungen der Persönlichkeit des Sportlers zufolge Sanktionen und Entscheiden von Sportverbänden<sup>6</sup>, wie etwa Verletzungen der körperlichen Integrität<sup>7</sup>, des Rechts am eigenen Bild, Einschränkungen der Religionsfreiheit<sup>8</sup>, der Ehre<sup>9</sup> oder auch der Privatsphäre.

#### 2.1.1 Bewegungsfreiheit des Sportlers

Von [Art. 28 ZGB](#) wird insbesondere auch die Freiheit eines Sportlers umfasst, sich in einer ihm zusagenden Weise und auf seinem Niveau sportlich zu betätigen<sup>10</sup>. In den Worten des Obergerichts des Kantons Zürich: "Ohne Frage gehört die Freiheit eines jeden Menschen, sich in der ihm zusagenden Weise sportlich zu betätigen, zu den gemäss [Art. 28 ZGB](#) geschützten Persönlichkeitsrechten [...]."

Geschützt wird damit einmal die rein physische Seite der sportlichen Betätigung, die Befriedigung, die sich aus der Ausübung eines Sports ergibt und die Freude angesichts guter Leistungen. Im Teamsport gehört dazu auch das Gefühl, Teil eines Teams zu sein<sup>11</sup>. Damit wird deutlich, dass nicht nur die Bewegungsfreiheit in Frage steht, sondern auch die freie Entfaltung und Selbstverwirklichung im sportlichen Bereich zu den nach [Art. 28 ZGB](#) zu schützenden Persönlichkeitsbereichen zu rechnen ist<sup>12</sup>.

<sup>2</sup> Siehe etwa die (durch die neusten Entwicklungen allerdings bereits wieder überholte) Übersicht in [CaS 2012, 94 ff.](#)

<sup>3</sup> Anstatt vieler: Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 12.04.

<sup>4</sup> BGE in Pra 1944 Nr. 148, 345; ausführlich zum Persönlichkeitsbegriff Aebi-Müller, Rz. 30 ff., m.w.H.

<sup>5</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 12.40; eingehend zum Ganzen Aebi-Müller, Rz. 82 ff.

<sup>6</sup> Für eine gute Übersicht zu den im Fussball betroffenen Persönlichkeitsrechten siehe insbesondere Englisch, 54 ff.; zu den im Bereich der Dopingbekämpfung betroffenen Persönlichkeitsbereichen u.a. Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 346 ff.

<sup>7</sup> Die körperliche Integrität ist u.a. bei Blutentnahmen im Rahmen von Dopingkontrollen betroffen; vgl. auch Fenners, Rz. 281.

<sup>8</sup> Vgl. etwa den Entscheid des Amtsgerichts Luzern-Land vom 25.1.2010, in: [CaS 2010, 59 ff.](#) und [SJZ 2010, 349 ff.](#); in casu erachtete das Gericht das Kopftuchverbot allerdings als recht-mässig.

<sup>9</sup> Ehrverletzend sind insbesondere (Falsch-)Meldungen betreffend Dopingvergehen; dazu u.a. Baddeley, *Le sportif*, 184 f., ferner Aebi-Müller, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2008, [ZBJV 2009, 459 ff.](#), 467 ff., (zu [BGE 134 III 193](#)).

<sup>10</sup> Aus der Literatur u.a. Baddeley, *Le sportif*, 188 ff.; Bucher, Rz. 467, m.w.H.; Philipp, 50.

<sup>11</sup> Baddeley, *Le sportif*, 200.

<sup>12</sup> Siehe etwa Baddeley, *Le sportif*, 180 f., die von einem «droit à l'épanouissement» spricht. Ferner Fuchs, 104.



Für den Spitzen- und Berufssportler gehört zur adäquaten sportlichen Betätigung darüber hinaus auch der wettkampfmässige Einsatz. Der Reiz sportlicher Betätigung besteht nämlich oft gerade darin, mit gleichwertigen oder stärkeren Partnern zu konkurrieren und diese leistungsmässig übertreffen zu wollen. Massnahmen, die diese Leistungsmessung verhindern oder ernsthaft behindern, haben vor [Art. 28 ZGB](#) keinen Bestand, da das Recht, sich sportlich zu betätigen, dadurch seines Sinnes beraubt wäre<sup>13</sup>.

Ergänzend ist anzufügen, dass ein besonderer Reiz des öffentlichen Wettkampfs in der medialen Aufmerksamkeit liegt und darin, auf einem bestimmten, durch die interessierte Öffentlichkeit anerkannten, sportlichen Niveau Erfolge zu erzielen und ganz generell Anerkennung zu gewinnen<sup>14</sup>. Blosser Freundschafts- und Trainingswettkämpfe sind daher für den erfolgreichen Spitzensportler auch dann nicht gleichermassen erfüllend wie ein "echter" Wettkampf, wenn er sich mit grundsätzlich gleichwertigen Gegnern messen kann.

Aus diesen Gründen umfasst der Persönlichkeitsschutz nicht nur die private körperliche Aktivität, sondern auch das Recht des Sportlers, sich in seiner Disziplin und auf seinem Niveau auch im publikumswirksamen Wettkampf zu entfalten. Aufgrund der monopolistischen Struktur des organisierten Sports ist dies allerdings nur im Rahmen von Sportvereinen und -verbänden möglich. Durch diese Institutionen ausgesprochene Selektionsentscheide, Qualifikationsverweigerungen sowie Sperren und dergleichen verletzen daher den Sportler regelmässig in seiner Persönlichkeit<sup>15</sup>. Entsprechend sind die betroffenen Verbände verpflichtet, ungerechtfertigte Einschränkungen der sportlichen Entfaltung eines Sportlers zu unterlassen<sup>16</sup>.

### 2.1.2 Wirtschaftliche bzw. berufliche Betätigungsfreiheit des Sportlers

Betreibt ein Sportler oder eine Sportlerin seinen bzw. ihren Sport ausschliesslich in der Freizeit, dürfte sich die mit einer Sperre oder Nichtzulassung verbundene Einschränkung im Wesentlichen auf die persönliche Entfaltung im Sinne der körperlichen Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit beschränken. Im Bereich des professionellen Sports<sup>17</sup> kann es demgegenüber auch um die wirtschaftliche Betätigung und Entfaltung<sup>18</sup> und um handfeste monetäre

#### CaS 2012, 234, 236

Interessen gehen. Dies trifft namentlich im professionellen Fussball offenkundig zu. Die Ausübung des Sports ist hier für den professionellen Sportler zugleich Grundlage seines Erwerbseinkommens. Die Verweigerung bzw. der Entzug einer Lizenz oder Qualifikation impliziert für den Berufssportler aufgrund der Monopolstellung der Sportverbände eine Berufszulassungsschranke<sup>19</sup>. Zudem sind beim Berufssportler mit dem wettkampfmässigen Einsatz nicht selten auch spezielle Prämien und weitere Gewinnanreize verbunden<sup>20</sup>, die entfallen, wenn er von der Teilnahme am Wettkampf ausgeschlossen ist. Der Persönlichkeitsbereich der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit ist im Profisport deshalb besonders anfällig auf Verletzungen, weil die Zeitspanne, in denen sich ein Sportler auf höchstem Niveau bewegt und damit in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt ganz oder teilweise durch seine sportliche Tätigkeit zu verdienen, naturgemäss kurz ist<sup>21</sup>. Karriereunterbrüche bedeuten nicht selten einen herben Rückschlag oder faktisch das Karriereende des Berufssportlers.

Es kann somit festgehalten werden, dass eine Nichtzulassung von Berufsfussballern zum wettkampfmässigen Einsatz nicht nur deren Recht auf Bewegungsfreiheit, sondern auch deren Anspruch auf wirtschaftliche Entfaltung beeinträchtigt.

<sup>13</sup> OGer ZH, a.a.O., 78; auf den besonderen Reiz der Sportausübung, der sich aus dem Leistungsvergleich mit anderen Athleten ergibt, weist auch Fenner, Rz. 283, hin. Zum Ganzen auch [BGE 137 III 303 E. 2.1.2](#).

<sup>14</sup> Ähnlich Baddeley, Le sportif, 200.

<sup>15</sup> Siehe u.a. Baddeley, Le sportif, 182; Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 348.

<sup>16</sup> Zum (grundsätzlich nur abwehrenden) Charakter des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes siehe hinten bei Fn. 24.

<sup>17</sup> Zum Begriff des Profisportlers («sportif professionnel») siehe Markarian, 182 f.

<sup>18</sup> Zur wirtschaftlichen Freiheit eines Berufsfussballers siehe insbesondere BGer [4A 558/2011 E. 4.3](#); zum Ganzen ferner Baddeley, Le sportif, 188 ff.; siehe auch Oswald, 74, m.w.H.

<sup>19</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 348.

<sup>20</sup> Siehe Modell-Arbeitsvertrag für Nicht-Amateur-Spieler der Klubs des [SFV](#), Art. 19 bzw. Anhang 3.

<sup>21</sup> Markarian, 181.



### 2.1.3 Beschäftigungsanspruch des Berufssportlers?

Für den Sportler, der seine Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich ausübt, ist darüber hinaus ein regelmässiger wettkampfmässiger Einsatz bedeutsam. Gelangt ein Berufssportler nicht tatsächlich zum öffentlichen Einsatz, so wird er auf dem Arbeitsmarkt und im Zusammenhang mit Werbeverträgen an Wert verlieren, was seine berufliche Zukunft im Professionalsport erheblich beeinträchtigt. In der Lehre ist man sich einig, dass insbesondere Künstler, Chirurgen und eben auch Berufssportler ein legitimes Interesse daran haben, beschäftigt zu werden. Ein Profifussballer beispielsweise muss dabei nicht nur regelmässig trainieren, sondern genauso mit einer Mannschaft seines Niveaus Spiele gegen andere Mannschaften mit hohem Niveau bestreiten können<sup>22</sup>. Insofern besteht ein eigentlicher Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung bzw. wettkampfmässigen Einsatz.

#### CaS 2012, 234, 236

Dem Gesagten ist sogleich beizufügen, dass dieser Beschäftigungsanspruch des Berufssportlers regelmässig nicht schon durch [Art. 28 ZGB](#) abgedeckt wird. Diese Bestimmung hat abwehrenden (negatorischen) Charakter und gibt daher mindestens dem Grundsatz nach keinen Anspruch auf ein positives Tun bzw. eine aktive Förderung<sup>23</sup>. Der Beschäftigungsanspruch ergibt sich vielmehr aus der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers - also aus dem Arbeitsrecht<sup>24</sup>. Das hat zur Folge, dass der Beschäftigungsanspruch des Berufssportlers grundsätzlich nur gegenüber dem Arbeitgeber besteht und nicht gegenüber Dritten eingefordert werden kann, insbesondere auch nicht gegenüber einem mit dem Sportler nur indirekt verbundenen Sportverband. Nach der hier vertretenen Ansicht sind der superprovisorische Entscheid des Walliser Einzelrichters vom 3. August 2011 (S. 10 f.) ebenso wie der Massnahmeentscheid vom 27. September 2011 (S. 32) insofern unglücklich begründet - es ist denn auch bezeichnend, dass diese Urteile den Beschäftigungsanspruch ausschliesslich mit Rechtsprechung und Literatur aus dem Arbeitsrecht belegen, nicht aber mit persönlichkeitsrechtlichen Entscheiden und Lehrmeinungen.

## 2.2 Begriff der "Verletzung" der Persönlichkeit

### 2.2.1 "Verletzung" als erhebliche Beeinträchtigung

Nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit kann als eigentliche "Verletzung" verstanden werden. Vielmehr enthält der Verletzungsbegriff ein quantitatives Element, die Beeinträchtigung muss somit eine gewisse Intensität erreichen<sup>25</sup>. Mit anderen Worten muss es sich um einen eigentlichen Eingriff in die Persönlichkeit eines anderen handeln<sup>26</sup>.

Die Schwere der Beeinträchtigung ist allerdings auch in anderem Zusammenhang von Bedeutung, nämlich dann, wenn der Verletzer ein überwiegendes Interesse an der Verletzung geltend macht<sup>27</sup>. Aus diesem Grund ist im Rahmen einer persönlichkeitsrechtlichen Klage regelmässig nicht nur zu fragen, ob die Schwelle zur eigentlichen

#### CaS 2012, 234, 237

Verletzung der Persönlichkeit überschritten wurde, sondern es ist auch zu prüfen, wie schwer die Verletzung im konkreten Fall für den Betroffenen wiegt.

Im Bereich des professionellen Sports kann die Persönlichkeitsverletzung im Übrigen auch darin bestehen, dass ein Verband dem Sportler gewisse Rechte - namentlich die Möglichkeit zur Beteiligung an Wettkämpfen - nicht gewährt<sup>28</sup>. Zwar ist, wie bereits dargelegt, grundsätzlich vom negatorischen Charakter des

<sup>22</sup> [BGE 137 III 303 E. 2.1.2](#) («Barea c. Xamax»); BSK-Portmann, N 22 zu [Art. 328 OR](#); Carruzzo, 276; Engel, 334.

<sup>23</sup> Statt vieler: Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 12.08 sowie Rz. 10.20 f.; vgl. auch die in Rz. 10.21 zitierte Aussage von Eugen Bucher: «Wer ein Stück Brot hat, kann zwar verlangen, dass ihm dieses niemand streitig macht (Abwehr von Eingriffen), aber er kann nicht verlangen, dass ihm jemand Butter darauf streicht.»

<sup>24</sup> [BGE 137 III 303](#) («Barea c. Xamax») E. 2.1.2; siehe u.a. BK-Rehbinder/Stöckli, N 13 zu [Art. 328 OR](#).

<sup>25</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 12.06.

<sup>26</sup> BSK-Meili, N 38 zu [Art. 28 ZGB](#), m.w.H.

<sup>27</sup> Dazu hinten Ziff. 2.3.5.

<sup>28</sup> Exemplarisch dazu Steiner, 72 f., der zu den Sanktionen mit Recht auch das Nichtgewähren von Vorteilen zählt.

zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auszugehen<sup>29</sup>. Weil aber zufolge der monopolistischen Verbandsstruktur eine adäquate Betätigung für den ambitionierten Sportler nur innerhalb des organisierten Sports besteht, bedeutet bereits die Nichtzulassung eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit, welche die Schwere einer Verletzung erreichen kann<sup>30</sup>.

Im Zusammenhang mit Nichtqualifikationen und Sperren sind verschiedene Faktoren zu beachten, die bei der Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsverletzung im konkreten Fall ins Gewicht fallen können. Auf diese ist im Folgenden einzugehen.

## 2.2.2 Kriterien zur Beurteilung der Schwere der "Verletzung"

Erstens ist zu fragen, welche und wie viele Persönlichkeitsrechte betroffen sind. Im Fall des FC Sion beeinträchtigte die Verweigerung der Qualifikation die betroffenen sechs Spieler sowohl in ihrer persönlichen resp. sportlichen als auch in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung. Dagegen sind keine weiteren Beeinträchtigungen<sup>31</sup> erkennbar, da dem Eingriff die gegen den Arbeitgeber FC Sion verhängte Transfersperre zugrunde lag und nicht eine persönliche Disziplinierung der betroffenen Sportler.

Zweitens ist die absolute Dauer der Sperre in Betracht zu ziehen. Konkret ging es für die Fussballer um ein Verbot wettkampfmässigen Einsatzes für die Dauer von rund fünf Monaten (bis Ende 2011), während der den Spielern untersagt wurde, mit dem FC Sion an der UEFA Europa League, an der Axpo Super League sowie am Schweizer Cup teilzunehmen. Eine Sperre dieser Dauer ist vergleichsweise kurz. Sie dürfte zwar die Grenze zu einer eigentlichen Persönlichkeitsverletzung überschreiten. Von einer schweren Verletzung kann allerdings nicht die Rede sein.

Die Dauer muss drittens im Verhältnis zur künftig möglichen beruflichen Aktivität des betroffenen Sportlers gesehen werden. Beispielsweise hat ein Leichtathlet eine kürzere Aktivitätsdauer als eine Dressurreiterin. Auch die relative Dauer der Berufsausübungsschranke ist vorliegend nicht als besonders schwer einzustufen. Zwar ist die Karriere des Berufsfussballers wohl kürzer als jene gewisser anderer Sportler, dennoch dürfte die Sperre im Verhältnis zur gesamten sportlichen Aktivität eines Fussballers noch verkraftbar sein. Immerhin bleibt aber zu bedenken, dass die betroffenen Spieler in casu von der Teilnahme an der UEFA Europa League ausgeschlossen wurden, welche für Fussballspieler ein bedeutsames "Schaufenster" darstellt. Ein wettkampfmässiger Einsatz an Europa League-Spielen, welcher im Laufe einer Fussballerkarriere unter Umständen nur wenige Male konkret möglich ist, erhöht den Marktwert eines Berufsfussballers erheblich. Diese wichtige Chance wurde den betroffenen Spielern durch die Verweigerung der Qualifikation genommen.

Für die Frage der Schwere der Verletzung stellt sich viertens die Frage, welche Alternativen generell während einer Sperre möglich wären. Ein betroffener Sportler könnte zu einem anderen Fussballklub mit analogen Erfolgchancen wechseln und somit weiterhin auf gleichem Niveau wettkampfmässig Fussball spielen. Er könnte theoretisch aber auch bei seinem Fussballklub bleiben, dort aber nur im Rahmen von Freundschaftsspielen, also ohne grosses öffentliches Erfolgserlebnis, spielen. Gesperrte Einzelsportler könnten ferner im Rahmen von Trainings und privaten Wettkämpfen wenigstens ihre Form bewahren<sup>32</sup>. Im Fall des FC Sion lässt sich darüber diskutieren, welche Alternativen den sechs Fussballspielern zur Verfügung gestanden hätten. Das Walliser Kantonsgericht, welches die durch den Einzelrichter angeordneten vorsorglichen Massnahmen aufhob, vertrat die Auffassung, die Betroffenen hätten sich ohne Weiteres auch bei

CaS 2012, 234, 238

<sup>29</sup> Vorne Ziff. 2.1.3.

<sup>30</sup> Vgl. u.a. Baddeley, Association sportive, 83 ff.; Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 345, m.w.H.

<sup>31</sup> Wie etwa eine Ehrverletzung.

<sup>32</sup> Vgl. dazu den Entscheid des LAG Berlin, 31.8.2000, in: SpuRt 2001, 32 ff., 36: «Die Teilnahme lediglich am Trainingsbetrieb einer Mannschaft ist jedoch geeignet, einen Berufsfussballspieler massgeblich an der Entwicklung und der Erhaltung seiner Fähigkeiten zu hindern. Unter Heranziehung von Gedanken, wie sie bei dem Weiterbeschäftigungsanspruch im Zusammenhang mit der Gefahr des Verlustes der beruflichen Fähigkeiten angestellt werden, ist die Kammer der Auffassung, dass ein blosses Verweisen des Verfügungsklägers auf Trainingsmöglichkeiten einen schwerwiegenden Eingriff in seine berufliche Existenz bedeuten würde. Denn die blosser Teilnahme am Training unter Ausschluss der Teilnahme am Spielbetrieb ist nach Auffassung der Kammer nicht geeignet, die beruflichen Fertigkeiten und Qualitäten entsprechend zu entwickeln oder wenigstens aufrechtzuerhalten. Nur die Teilnahme am Spiel- und Trainingsbetrieb lässt regelmässig die erforderlichen körperlichen und technischen Voraussetzungen erreichen, die für die Ausübung des Berufssports notwendig sind.»



einem anderen Fussballklub anstellen lassen können, und dies wäre sogar nach dem abschlägigen Qualifikationsentscheid noch möglich gewesen<sup>33</sup>. Die Fussballer hätten sich, so ist weiter zu lesen, theoretisch für einen Klub entscheiden können, der bereits für die Play-Off-Spiele der Europa League und der Champions League qualifiziert waren. Diese Sichtweise ist nach hier vertretener Auffassung zu optimistisch. Realistischerweise wäre wohl ein solcher Wechsel schwierig, wenn nicht gar unmöglich gewesen. Zunächst ist denkbar, dass andere, für die erwähnten Spiele qualifizierte Klubs einen entsprechenden Arbeitsvertrag abgelehnt hätten, z.B. aus Kostengründen, weil sie bereits genügend Spieler verpflichtet hatten oder weil ein bestimmter Spieler nicht ins Team gepasst hätte. Das Aushandeln eines neuen Vertrages bedarf ausserdem auch einer gewissen Zeit. Ob ein Wechsel nach dem 15. Juli 2011, d.h. nach dem abschlägigen Entscheid der Qualifikationskommission der SFL, tatsächlich noch hätte zustande kommen können, scheint daher zweifelhaft. Trifft jedoch die Argumentation des Kantonsgerichts tatsächlich zu und hätte zu jedem Zeitpunkt die Möglichkeit eines Wechsels in einen anderen Klub zu vergleichbaren Konditionen für jeden der betroffenen Spieler bestanden, dann hat der Entscheid der Qualifikationskommission die Spieler tatsächlich nicht daran gehindert, ihre professionellen sportlichen Tätigkeiten auszuüben. Es lag dann schon gar keine Persönlichkeitsverletzung vor, denn ein Anspruch, für einen ganz bestimmten Klub - in diesem Fall den FC Sion - spielen zu dürfen, wird durch [Art. 28 ZGB](#) nicht gedeckt.

Fünftens sind bei der Beurteilung der Schwere der Persönlichkeitsverletzung im Fall einer Sperre die längerfristigen Folgen auf die Karriereentwicklung zu beachten, dies wiederum angesichts aller konkreten Umstände (z.B. Alter, Sportart, Ehrenrührigkeit der Sperre, Verlust medialen Interesses oder Einbussen bei Werbe- und Sponsoringverträgen). Im vorliegenden Fall lässt sich diese Situation nicht pauschal beurteilen, da sich die berufliche Situation der sechs Fussballer ganz unterschiedlich darstellt. Die Autorinnen gehen jedoch davon aus, dass auch unter diesem Gesichtspunkt bei keinem der Fussballer eine wirklich schwere Verletzung vorliegt.

## 2.3 Rechtswidrigkeit der Verletzung

### 2.3.1 Übersicht

Ist eine Persönlichkeitsverletzung nachgewiesen, so ergibt sich aus der Struktur des Persönlichkeitsschutzes, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von deren Widerrechtlichkeit ausgeht, solange kein Rechtfertigungsgrund nachgewiesen ist. Dabei trägt der Verletzer die Beweislast für das Vorliegen eines der in Art. 28 Abs. 2 genannten Rechtfertigungsgründe<sup>34</sup>. Gelingt dieser Beweis, so ist die Verletzung rechtmässig und kann nicht gerichtlich untersagt werden.

Mit Bezug auf die vorliegend interessierende Persönlichkeitsverletzung der sechs nicht qualifizierten Spieler des FC Sion sind als mögliche Rechtfertigungsgründe entweder eine gültige Einwilligung des Sportlers in die Verletzung denkbar oder aber das Vorliegen eines überwiegenden Interesses des oder der Verletzer/s.

### 2.3.2 Einwilligung

Die wohl gängigste Verteidigungsstrategie von Sportverbänden, die Sanktionen gegen ihnen unterstellte Klubs oder Sportler verhängen, besteht in der Behauptung, die Betroffenen hätten konkludent oder explizit der Lizenz- bzw. Sanktionenordnung zugestimmt, weshalb eine allfällige Persönlichkeitsverletzung durch Einwilligung gedeckt sei. Vorliegend liesse sich eine Zustimmung einerseits dem Arbeitsvertrag selber entnehmen, andererseits, da der Arbeitsvertrag suspensiv bedingt abgeschlossen wurde, dem formularmässigen Qualifikationsgesuch der Sportler<sup>35</sup>.

Nun kann aber aus dem Vorliegen einer (mehr oder weniger förmlichen) Zustimmung nicht immer auf eine im Sinne von [Art. 28 Abs. 2 ZGB](#) gültige Einwilligung geschlossen werden. Eine rechtswirksame Einwilligung muss frei und aufgeklärt sein, wie auch auf vollständiger Information beruhen<sup>36</sup>. Zudem bildet [Art. 27 ZGB](#) eine mögliche Schranke der gültigen Einwilligung<sup>37</sup>.

Nicht selten wird in Fällen wie dem Vorliegenden zweifelhaft sein, ob die Einwilligung "frei" erfolgt ist. Für den Profisportler besteht ja zufolge der monopolistischen Struktur des Spitzensports -

---

<sup>33</sup> Entscheid des Walliser Kantonsgerichts vom 16.11.2011, E. 5. a) cc).

<sup>34</sup> Dazu u.a. Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 12.14.

<sup>35</sup> Zur Problematik der Einwilligung durch indirekte Unterwerfung unter Verbandsstatuten siehe u.a. Steiner, 130 ff.

<sup>36</sup> Ausführlich dazu Haas, 200 ff. (Aufgeklärtheit) sowie 254 ff. (Freiheit).

<sup>37</sup> Hinten Ziff. 2.3.4.

**CaS 2012, 234, 239**

kein Verhandlungsspielraum, es gilt "take it or leave it"<sup>38</sup>. Es besteht ein faktischer Zwang, sich einem innerhalb der monopolistischen Verbandsstruktur organisierten Verein anzuschliessen und sich dessen Regelungen zu unterwerfen<sup>39</sup>. Dies gilt jedenfalls mit Bezug auf eine professionelle bzw. quasiprofessionelle sportliche Betätigung<sup>40</sup>. Bezieht sich die Einwilligung auf erhebliche Einschränkungen der Persönlichkeitsrechte, wird in der Regel davon auszugehen sein, dass der Sportler seine Zustimmung zu bestimmten Sanktionsmechanismen oder anderen Reglementsbestimmungen nur deshalb erteilt hat, weil keine seinem Niveau angemessenen Ausweichmöglichkeiten bestehen<sup>41</sup>. Aus dieser Zwangslage lässt sich allerdings nach hier vertretener Auffassung noch nicht zwingend der Schluss ziehen, dass die Einwilligung in jedem Fall ungültig ist<sup>42</sup>, denn auch in anderen Lebensbereichen sind die Wahlmöglichkeiten unter Umständen beschränkt. Von Bedeutung ist daher, ob die Einwilligung zu Eingriffen erteilt wird, die an sich ausgewogen, im weitesten Sinne vernünftig bzw. verhältnismässig erscheinen, im Interesse des Sportes liegen und damit letztlich auch im Interesse des einzelnen Sportlers. Trifft dies zu, ist die Einwilligung unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit als zulässig zu betrachten. In diesem Rahmen unterliegt die Einwilligung einer konkreten Inhaltskontrolle<sup>43</sup>. Ist angesichts von Regelungen, die mit den legitimen Interessen an einer geordneten Sportausübung nicht mehr gerechtfertigt werden können, davon auszugehen, dass der Sportler nur mangels Alternativen, d.h. aufgrund einer Zwangssituation, eingewilligt hat, so ist die Einwilligung als ungültig zu betrachten. Die Frage der Gültigkeit der Einwilligung ist dabei separat für jede einzelne persönlichkeitsverletzende Klausel zu prüfen. Stimmt der Sportler einem Gesamtregelwerk zu, ist somit denkbar, dass gewisse Einschränkungen der Persönlichkeit, beispielsweise im Zusammenhang mit Dopingkontrollen, sich als zulässig erweisen, während andere Sanktionen nicht mehr durch die Einwilligung gedeckt werden. Die gültige Einwilligung setzt ferner voraus, dass der Sportler weiss, wozu er seine Zustimmung gibt<sup>44</sup>. Die aufgeklärte Einwilligung kann unter Umständen daran scheitern, dass sich der Sportler angesichts der Komplexität der verbandsrechtlichen Regelungen (mehrstufige Verweise usw.) keinen hinreichenden Überblick über die möglichen Persönlichkeitsverletzungen verschaffen kann. Die gültige Einwilligung findet ihre Grenze somit "an der Überschaubarkeit ihrer Folgen". Ein Sportler kann "nur in erkennbare und damit voraussehbare Persönlichkeitsverletzungen einwilligen"<sup>45</sup>. Bezogen auf Sanktionen bedeutet dies, dass die Sanktionenordnung mit möglichst grosser Präzision aus den durch den Sportler tatsächlich bekannten oder wenigstens ohne Weiteres zugänglichen Reglementen hervorgehen muss. Problematisch sind daher auch sogenannte dynamische Verweise in den Statuten des Vereins, welche bezüglich persönlichkeitsrelevanter Regelungen und Sanktionen auf die jeweils geltende Fassung übergeordneter Verbände verweisen<sup>46</sup>. In Analogie zum Arztrecht gilt sodann, dass die Information umso vollständiger sein muss, je stärker die mögliche Sanktion in die Persönlichkeitsrechte des Sportlers eingreifen könnte<sup>47</sup>.

Insbesondere im professionellen Fussball muss oft davon ausgegangen werden, dass der professionelle Sportler, der hauptamtlich spielt, über genügend Ressourcen und Beratung verfügt, um sich über die rechtlichen Gegebenheiten in seiner Sportart zu informieren. Dem Grundsatz nach dürfte eine hinreichende Information über die Verbands- und Sanktionenordnung daher meist zu bejahen sein.

---

38 Vgl. [BGE 133 III 235 E. 4.3.2.2](#) («Cañas»); OGer ZH vom 7.11.1977, in: [SJZ 1979, 75 ff.](#), 78: «Zweifelhaft ist sodann ohnehin, ob von freiwilliger Zustimmung die Rede sein kann, nachdem der Schweizerische Eishockeyverband und die ihm angeschlossenen Klubs den Eishockeybetrieb in der Schweiz monopolisieren. Tritt ein junger Spieler im Juniorenalter einem solchen Verein bei, so hat er faktisch nur die Wahl, die bestehenden Reglemente zu akzeptieren oder auf die wettkampfmässige Ausübung des Eishockeysports zu verzichten.» Aus der Literatur siehe etwa Haas, Rz. 739; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, N 17; Steiner, 148 ff., je m.w.H.

39 Baddeley, Association sportive, 78; Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 355.

40 Fenner, Rz. 289, m.w.H.

41 [BGE 133 III 235 E. 4.3.2.2](#) («Cañas», im Kontext einer Schiedsvereinbarung); Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 355.

42 Anders wohl Schmid, 134 f., m.w.H.

43 Eine solche Inhaltskontrolle findet sich etwa in BGer [4A 558/2011 E. 4.3.4](#), wo das Bundesgericht die Eignung sowie die Erforderlichkeit der Sanktion (einer Vereinsstrafe) prüft und zum Ergebnis gelangt, diese sei unzulässig.

44 Dazu u.a. Haas, Rz. 585, wonach die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung «wirkunglos» bleibt, wenn der Betroffene nicht hinreichend aufgeklärt wurde; zu Einschränkungen der Aufklärungsobliegenheit siehe a.a.O., Rz. 654 ff.

45 Fenner, Rz. 290 (ohne die Hervorhebung im Original).

46 Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 339 f., m.w.H.; vgl. zur Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen in Verweisform u.a. BGer [4A 640/2010 E. 3.3.3](#), BGer [4A 460/2008 E. 6.2](#), BGer [4P.253/2003 E. 5.4](#); zum Ganzen Wyss, Rz. 15 ff.

47 Ähnlich Scherrer, Sportrecht, 293.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass in vielen Sportarten - und insbesondere auch im Fussball - angesichts der vorhandenen reglementarischen Grundlagen für den Normalfall von einer freien und aufgeklärten Einwilligung in persönlichkeitsverletzende Sanktionen, welche ein angemessenes Mass nicht übersteigen, ausgegangen werden kann.

#### CaS 2012, 234, 240

Im vorliegend interessierenden Fall ist nach dem Gesagten von Bedeutung, ob die Spieler über die gegen den FC Sion verhängte Transfersperre und deren Auswirkungen - nämlich die Nichtqualifikation entgegen der Sperre angestellter Spieler - hinreichend informiert waren. Ist dies zu bejahen und mussten somit die Betroffenen mit der Verweigerung der Qualifikation rechnen, so ist davon auszugehen, dass sie mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages konkludent ihre Einwilligung zur faktischen Sperre erteilt haben.

### 2.3.3 "Acceptation du risque" als Alternative zur vollständigen Information?

Auf den ersten Blick liegt der Schluss nahe, dass es an einer vollständigen und wahrheitsgetreuen Aufklärung fehlte, andernfalls hätten die Spieler kaum vorbehaltlos den Vertrag unterzeichnet. Ein eigenes Fehlverhalten im Sinne konkreter Regelverletzungen kann ihnen bis zu diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht vorgeworfen werden, vielmehr wurden sie gewissermassen Opfer einer gegen den Fussballklub verhängten Transfersperre. Es ist daher denkbar, dass die sechs Betroffenen den Arbeitsvertrag beim FC Sion ohne präzise Kenntnis der konkret bevorstehenden Nichtqualifikation abgeschlossen haben, oder dass mindestens der Nachweis einer solchen Kenntnis misslingt<sup>48</sup> - womit die Persönlichkeitsverletzung nach dem bisher Gesagten widerrechtlich bliebe.

In der Presse und in der Literatur wurde allerdings wiederholt vorgetragen, die sechs Fussballer hätten den Arbeitsvertrag jedenfalls im Bewusstsein um mögliche Schwierigkeiten abgeschlossen. Sie hätten damit die Möglichkeit einer Nichtqualifikation bewusst in Kauf genommen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob bereits das Wissen um ein - mehr oder weniger bestimmtes - Risiko einer Persönlichkeitsverletzung für eine Einwilligung genügt. Dazu drängt sich ein kleiner Exkurs auf:

Im Bereich des Arztrechts ist die Einwilligung in ein Risiko ein bekanntes und anerkanntes Phänomen, sind doch mit zahlreichen medizinischen Eingriffen Risiken verbunden, die sich auch bei grösstmöglicher Sorgfalt des Arztes verwirklichen können. Die Verwirklichung dieser Risiken ist unerwünscht, dennoch müssen diese, wenn man die mit dem Eingriff verbundene Heilungschance realisieren will, in Kauf genommen werden. Verwirklicht sich das Risiko (trotz sorgfältigem Handeln des Arztes), so ist der Eingriff dennoch als Ganzes von der Einwilligung gedeckt, wenn der Patient über die Möglichkeit dieses Risikos hinreichend aufgeklärt wurde<sup>49</sup>.

Analoges wie im Arztrecht muss nach Auffassung der Autorinnen, im Sinne einer sogenannten "acceptation du risque", auch für das Sportrecht gelten. Nicht nur kann eine Einwilligung in Verletzungsrisiken vermutet werden, die auch bei Einhaltung aller Spielregeln einer bestimmten Sportart gewissermassen inhärent sind<sup>50</sup>. Vielmehr ist nach hier vertretener Ansicht auch eine Einwilligung in Risiken möglich, die sich aus bereits abgeschlossenen oder noch laufenden oder erst bevorstehenden Verfahren gegen einen künftigen Arbeitgeber ergeben können. Untermauern lässt sich diese Auffassung mit den vertragsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts, ergibt sich doch daraus, dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit, einen Vertrag unter Inkaufnahme eines Risikos abzuschliessen, nicht fremd ist: Die [Art. 151 ff. OR](#) befassen sich ausdrücklich mit Verträgen, "deren Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht werden". Bei den hier interessierenden Arbeitsverträgen liegt genau diese Sachlage vor: Der Arbeitsantritt der Fussballer war erst für den Moment der Qualifikation vorgesehen, mit anderen Worten war der Vertrag bis zu deren Erteilung in der Schwebe und damit bedingt. Die Zulässigkeit bedingter Vertragsschlüsse, bei denen keine der Parteien zuverlässige Kenntnis über einen möglichen Bedingungseintritt hat, zeigt auf, dass solche Rechtsgeschäfte, die ein inhärentes Risiko für den Arbeitnehmer bergen, durchaus zulässig sind.

Es dürfte im Übrigen allgemein anerkannt sein, dass die Spieler im Frühsommer 2011 mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon ausgehen mussten, dass die gegen den FC Sion verhängte Sperre unter Umständen noch zum Tragen kommen und einer sofortigen Qualifikation für diesen Verein entgegenstehen

<sup>48</sup> Dieser Nachweis obliegt den Verletzern, d.h. den ins Recht gefassten Verbandsorganen; vgl. Haas, Rz. 697 ff.

<sup>49</sup> Vgl. etwa [BGE 133 III 121 E. 4.1, m.w.H.](#)

<sup>50</sup> Vgl. dazu [BGE 117 II 547 E. 3b](#), wo die Akzeptanz des Risikos zwar nicht als Einwilligung bezeichnet, dieser aber im Ergebnis gleichgestellt wird: «Assimilée au consentement de la victime, l'acceptation d'un risque peut supprimer le caractère illicite de l'acte [...]»



könnte<sup>51</sup>. Dass sie sich in dieser Situation auf den Arbeitsvertrag mit dem FC Sion ohne jegliche Absicherung eingelassen und nicht gleichzeitig mit anderen Fussballklubs verhandelt haben, ist schwer nachvollziehbar. Denkbar und vielleicht auch nicht ganz abwegig ist zwar, dass der FC Sion die sechs

#### CaS 2012, 234, 241

Spieler zur Vertragsunterzeichnung - trotz der bestehenden Unsicherheit - ermutigt und entsprechende (allenfalls auch unwahre bzw. spekulative) Zusagen gemacht hat. Eine solche Verleitung zum Vertragsschluss würde aber ausschliesslich die Beziehungen zwischen den Spielern und dem FC Sion betreffen, nicht aber die an diesen arbeitsvertraglichen bzw. vorvertraglichen Gesprächen in keiner Weise beteiligten Verbände und Verbandsorgane. Die Spieler hätten sich jederzeit bei der SFL oder der FIFA nach dem Stand der Dinge in Bezug auf die Transfersperre erkundigen können. Wenn sie dies nicht getan haben, trotz der grossen medialen Aufmerksamkeit, welche die strittige Transfersperre erhalten hatte, so haben sie zwar in die Qualifikationsverweigerung nicht direkt eingewilligt, aber in das Risiko, dass diese Sachlage eintreffen könnte. Das ist nach Ansicht der Autorinnen der direkten Einwilligung im Ergebnis gleichzustellen.

In diesem Punkt liegt eine weitere Schwäche des Walliser Massnahmeentscheids vom 27. September 2011. Der Einzelrichter vertrat die Auffassung, es sei tatsächlich zweifelhaft, dass die Einwilligung genügend aufgeklärt erfolgt sei und die Spieler die entsprechenden Umstände der Streitsache vollständig gekannt hätten<sup>52</sup>. Das Vorliegen einer gültigen Einwilligung wurde daher verneint. Auch in diesem Bereich hat der Massnahmerichter nach Auffassung der Autorinnen falsch geurteilt.

Wollte man noch einen Schritt weiter gehen und unterstellen, dass die Sportler nicht nur über rechtliche Probleme, sondern über die konkrete, noch laufende Transfersperre informiert waren, so befände man sich schon nicht mehr im Bereich der "acceptation du risque". Vielmehr würde dann eine konkludente Einwilligung (nicht in die Reglemente im Allgemeinen, aber in die bereits gegen den FC Sion verhängte Sanktion) vorliegen. Die Unterscheidung ist aber vorliegend ohne Belang, da die "acceptation du risque", ungeachtet der verbleibenden Unsicherheiten hinsichtlich ihrer dogmatischen Einordnung, jedenfalls im Ergebnis wie eine Einwilligung wirkt und die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung beseitigt.

### 2.3.4 Insbesondere [Art. 27 ZGB](#) als Verbot übermässiger Selbstbindung

Wie dargelegt, kann von einer wirksamen Einwilligung im Sinne von [Art. 28 Abs. 2 ZGB](#) zum vornherein nicht die Rede sein, wenn diese entweder nicht freiwillig erfolgt ist oder aber der Betroffene nicht über hinreichende Informationen verfügte, die Einwilligung daher nicht aufgeklärt erfolgte. Darüber hinaus ist nun allerdings denkbar, dass die an sich aufgeklärte und freiwillige Einwilligung [Art. 27 Abs. 2 ZGB](#) verletzt und aus diesem Grund unwirksam bleiben muss<sup>53</sup>. Die genannte Bestimmung schützt die Person gewissermassen vor sich selbst, indem gewisse Bindungen als übermässig und daher unwirksam qualifiziert werden<sup>54</sup>.

Die Prüfung nach [Art. 27 ZGB](#) erfolgt zweistufig. Zunächst ist zu fragen, ob in den betroffenen Persönlichkeitsbereichen überhaupt von einer Disponibilität ausgegangen werden kann. Betrifft eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit den besonders empfindlichen Bereich des "absoluten Bindungsausschlusses", ist insofern eine gültige vertragliche Vereinbarung oder anderweitige rechtsgeschäftliche Verpflichtung bzw. Einwilligung ausgeschlossen<sup>55</sup>. Besteht demgegenüber die grundsätzliche Möglichkeit einer vertraglichen Verpflichtung, ist das konkrete Rechtsgeschäft daraufhin zu überprüfen, ob die Bindung übermässig ist. Sowohl das Übermass einer Bindung als auch eine Verpflichtung im Bereich des absoluten Bindungsausschlusses haben zur Folge, dass im Falle der Nichterfüllung bzw. des Reglementsverstosses keine vertraglichen Sanktionen zur Anwendung kommen<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Art. 17 Ziff. 4 des FIFA-Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern besagt eindeutig, dass einem fehlbaren Verein im Falle einer Vertragsauflösung ohne triftigen Grund, wie dies im Fall des FC Sion geschehen ist, für zwei Registrierungsperioden die Registrierung von Spielern verweigert wird. Im Übrigen war die Sperre ausführlich in den Medien diskutiert worden.

<sup>52</sup> Entscheid vom 27.9.2011, 44.

<sup>53</sup> Dazu u.a. Aebi-Müller, Rz. 216 ff.; Haas, Rz. 794 ff. Exemplarisch der Entscheid des Richteramtes III Bern i.S. Sandra Gasser vom 22.12.1987, [SJZ 1988, 85 ff., E. 5b](#): «Dès lors, même s'il faut admettre que les participants aux compétitions d'athlétisme acceptent la majeure part des règles de l'IAAF et de la FSA, l'on ne saurait affirmer que les athlètes consentent à une telle «procédure» car, sinon ils renonceraient à leurs droits dans une mesure qui n'est plus couverte par la loi (art. 27 al. 2 CC/art. 20 al. 1 CO).»

<sup>54</sup> Zum Ganzen u.a. Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 10.67 sowie 11.08 ff.

<sup>55</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 350; dies., Personenrecht, Rz. 11.14 ff., sowie Rz. 11.22 ff. und 11.30 f.

<sup>56</sup> BK-Bucher, N 129 zu [Art. 27 ZGB](#); Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 350.



Dabei ist zu betonen, dass der Schutzbereich von [Art. 27 ZGB](#) in gewisser Hinsicht enger ist als jener von [Art. 28 ZGB](#). Denn grundsätzlich ist es zulässig, in Persönlichkeitsverletzungen gültig einzuwilligen<sup>57</sup>. Klassisches Beispiel ist die Einwilligung in die kommerzielle Verwertung

#### CaS 2012, 234, 242

des Namens und des Bildes des Profisportlers im Rahmen von Sponsoringverträgen.

Im Zusammenhang mit der Unterwerfung unter Sanktionen, etwa mögliche Sperren oder die Verweigerung einer Lizenz oder Qualifikation, wie im Fall des FC Sion, kann grundsätzlich nicht von einem unzulässigen Bindungsgegenstand gesprochen werden. Denn auch im Rahmen eines konventionellen Arbeitsvertrages verpflichtet sich der Arbeitnehmer regelmässig dazu, eine bestimmte berufliche Tätigkeit auszuüben (bzw. eine andere eben nicht auszuüben). Ein - wohlgemerkt: freiwilliger und aufgeklärter - Verzicht auf die wettkampfmässige Betätigung im Rahmen des professionellen Sports für eine beschränkte Zeitdauer muss daher grundsätzlich möglich sein. Fraglich ist demgegenüber, ob eine solche Bindung im Einzelfall übermässig ist und aus diesem Grund gegen [Art. 27 ZGB](#) verstösst.

[Art. 27 ZGB](#) zielt auf Verpflichtungen ab, welche die Lebensgestaltung des Betroffenen wesentlich beeinflussen. Mit anderen Worten: [Art. 27 Abs. 2 ZGB](#) erfasst Rechtsgeschäfte, mit denen die Entscheidungsfreiheit für die Zukunft beschränkt wird<sup>58</sup>. Wenn den sechs Spielern aber bewusst war, welches Risiko sie eingehen, dann haben sie nur für den Moment in dieses Risiko, während einer gewissen, unmittelbar bevorstehenden Zeitspanne nicht qualifiziert zu werden, eingewilligt und damit ihre Freiheit für die Zukunft nicht eingebüsst. Sie hätten theoretisch gleichermassen auch freiwillig aus privaten Gründen für eine Saison auf die Qualifikation verzichten oder sich von einem anderen, mehr oder weniger erfolgreichen Fussballklub anstellen lassen können.

Immerhin könnte man auf den ersten Blick eine Verletzung von [Art. 27 ZGB](#) darin erblicken, dass die sechs Fussballer ohne eigenes Verschulden für ein Fehlverhalten des FC Sion, also für fremdes Verschulden, mit der Nichtqualifikation bestraft wurden. Wenn man die Angelegenheit aus diesem Blickwinkel betrachtet, wäre die Verweigerung der Qualifikation tatsächlich nicht unproblematisch. Denn einer verschuldensunabhängigen Sanktionierung (und darauf läuft die Sanktionierung für Fremdverschulden hinaus) kann vor dem Hintergrund von [Art. 27 ZGB](#) nicht gültig zugestimmt werden, würde man sich doch sonst völlig der Willkür der Sanktionsinstanz ausliefern<sup>59</sup>. Bei näherem Hinsehen trägt diese Argumentation im vorliegenden Fall allerdings nicht. Die Strafe, nämlich das Transferverbot für zwei Transferperioden, war offenkundig nicht gegen einzelne Fussballer, sondern gegen den Klub gerichtet. Ein persönlichkeitsrechtlicher Anspruch, in Zukunft für einen ganz bestimmten Fussballklub spielen zu dürfen, besteht nicht<sup>60</sup>. Die sechs Spieler mussten daher auch nicht in irgendeiner Form in die Sanktionierung eines (von zahlreichen) Klubs einwilligen, vielmehr hatten sie das Pech, dass gerade gegen ihren Wunscharbeitgeber - und zwar vor der Anstellung - eine Sanktion ausgesprochen worden war, die sie nun, wenn auch nur geringfügig, in ihrer Wahl eines neuen Klubs einschränkte. Geht man sodann von einer hinreichenden Information aus bzw. bei ungenügender Information von einer bewussten Inkaufnahme des Risikos ("acceptation du risque"), so kann vorliegend nicht von einer übermässigen Verpflichtung der Spieler die Rede sein. Es bleibt somit dabei, dass der Rechtfertigungsgrund der gültigen Einwilligung in casu vorliegen dürfte, die Persönlichkeitsverletzung durch Nichtqualifikation somit rechtmässig erfolgte.

### 2.3.5 Überwiegendes Interesse

Der Vollständigkeit halber ist nachfolgend doch noch auf den anderen praktisch relevanten Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses einzugehen. Kann eine gültige Einwilligung im Einzelfall nicht nachgewiesen werden, bedeutet dies noch nicht die Rechtswidrigkeit der Persönlichkeitsverletzung. Eine solche liegt erst vor, wenn der Verletzer keine überwiegenden Interessen an seinem Verletzungsverhalten geltend machen kann. Schutzwürdige Interessen, die von Sportverbänden regelmässig angerufen werden können, sind beispielsweise der Gesundheitsschutz des betroffenen Sportlers<sup>61</sup>, die Dopingbekämpfung, die Sicherung eines geordneten und fairen Spielbetriebs, bei dem alle

<sup>57</sup> Aebi-Müller, Rz. 220.

<sup>58</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 11.08a.

<sup>59</sup> Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 371.

<sup>60</sup> Aus [Art. 28 ZGB](#) lässt sich kein Anspruch darauf ableiten, bei einem bestimmten Arbeitgeber angestellt zu werden oder eine möglichst grosse Auswahl an möglichen Arbeitgebern zu haben. Von einer Persönlichkeitsverletzung könnte hingegen die Rede sein, wenn bereits qualifizierte Spieler zwangsweise von einem bestimmten Klub ausgeschlossen und verpflichtet würden, zu einem anderen Klub zu wechseln.

<sup>61</sup> Baddeley, Le sportif, 219 ff.



Beteiligten mit gleichen Voraussetzungen und gleich langen Spiessen kämpfen<sup>62</sup>, die Durchsetzung der Vertragstreue von Berufssportlern<sup>63</sup> oder auch die Gleichbehandlung der Sportverbände. Derartige Interessen wiegen zweifellos schwer.

In diesem Zusammenhang ist mit zu berücksichtigen, ob dem Verband auch andere, ebenso wirksame, die Persönlichkeit des Klägers schonende Eingriffsmöglichkeiten zur Verfügung stehen würden. Zu klären ist mit

#### CaS 2012, 234, 243

anderen Worten, ob an genau der geltend gemachten Persönlichkeitsverletzung ein überwiegendes Interesse ins Feld geführt werden kann. Dies bedeutet konkret auch, dass Sanktionen verhältnismässig sein müssen<sup>64</sup>. Damit dies überprüft werden kann, müssen die Interessen beider Seiten bekannt sein. Auf Seiten der FIFA und des Schweizerischen Fussballverbandes (SFV) bzw. der SFL als Sanktionsinstanzen stehen verschiedene Interessen auf dem Spiel<sup>65</sup>. Insbesondere haben diese Institutionen das Interesse an der Befolgung der relevanten verbandsrechtlichen Bestimmungen - in unserem Fall also Art. 17 Ziff. 4 des FIFA-Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern. Dieser Artikel bezweckt die Abschreckung der Fussballklubs, welche die Dienste von neuen Spielern erzwingen, indem sie die Spieler zu einem Vertragsbruch mit deren vorherigen Klubs während der Schutzzeit<sup>66</sup> anstiften. Der Aufbau von stabilen Mannschaften und die Regularität und Integrität der Meisterschaft sollen damit sichergestellt werden. Genereller ausgedrückt, haben die Sanktionsinstanzen ein Interesse daran, dass die verbandsrechtliche Ordnung von Spielern und Fussballklubs respektiert wird und ihre Regelwerke durchgesetzt werden können - dies auch zur Abschreckung vor künftigen Vertragsbrüchen bzw. Regelverstössen.

Vergleicht man im vorliegenden Fall die Interessen der sechs Fussballspieler, insbesondere nämlich wettkampfmässig Fussball zu spielen, mit den Interessen der FIFA und des SFV bzw. SFL, so dürften Letztere wohl überwiegen. Allerdings ist den Autorinnen des vorliegenden Beitrags eine abschliessende Bewertung der Interessen mangels detaillierter Kenntnisse des Sachverhalts nicht möglich.

## 2.4 Subjekte des Persönlichkeitsschutzes – Aktivlegitimation

Der Persönlichkeitsschutz umfasst sowohl natürliche als auch juristische Personen<sup>67</sup>. Im Kontext des Sports bedeutet dies namentlich, dass auch ein Sportverein bzw. eine Aktiengesellschaft in eigenem Namen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz für sich beanspruchen kann<sup>68</sup>. Im Vordergrund steht das Recht des Klubs auf ungestörte wirtschaftliche Entfaltung auf seinem sportlichen Niveau. Die Nichtzulassung eines Vereins, der Ausschluss eines Vereins aus einem übergeordneten Sportverband oder andere Sanktionen gegen einen Sportklub können daher ebenfalls Persönlichkeitsverletzungen darstellen, deren Widerrechtlichkeit im Einzelfall geprüft werden muss<sup>69</sup>. Soweit die staatliche Gerichtsbarkeit nicht gültig mittels Schiedsabrede ausgeschlossen ist, besteht daher auch für den Klub die Möglichkeit, wegen Persönlichkeitsverletzung an den staatlichen Richter zu gelangen.

In der vorliegend interessierenden Konstellation fällt auf, dass die eigentliche Sanktion, nämlich eine Transfersperre, nicht gegen die nunmehr klagenden sechs Fussballer ausgesprochen wurde, sondern gegen deren Wunsch-Arbeitgeber. Die Fussballer behaupten jedoch, dass sie wegen der sie direkt betreffenden Verweigerung der Qualifikation gleichzeitig in ihrer eigenen Persönlichkeit betroffen seien, indem sie bei ihrem Klub nun nicht eingesetzt werden könnten und ihnen damit faktisch die Berufsausübung für eine gewisse Zeit verunmöglicht werde. Aus dieser Perspektive sind auch die Spieler persönlich zur Klage legitimiert.

---

<sup>62</sup> Fenners, Rz. 292.

<sup>63</sup> Exemplarisch BGer [4A\\_558/2011 E. 4.3.4](#), wo dieses Interesse der FIFA allerdings gerade als weniger gewichtig als jenes des von der Vereinsstrafe betroffenen Berufsfussballers bezeichnet wurde.

<sup>64</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 356.

<sup>65</sup> Vgl. dazu auch Schmid, 137 ff.

<sup>66</sup> Zum Begriff «Schutzzeit» siehe Ziff. 7 der Definitionen des FIFA-Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern.

<sup>67</sup> Anstatt vieler siehe Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 10.32.

<sup>68</sup> Exemplarisch: Olympique Marseille c. UEFA, Entscheid des Richteramts III Bern vom 9.9.1993, SpuRt 1994, 27 ff. Vgl. ferner etwa BGer [5A\\_21/2011 E. 5.2](#) («Gibraltar»): Ein Verein, dem durch das Internationale Olympische Komitee (IOK) die Anerkennung als Nationales Olympisches Komitee (NOK) verweigert wird, ist durch einen solchen Entscheid in seiner Persönlichkeit verletzt. In casu erwies sich die Verletzung allerdings als rechtmässig.

<sup>69</sup> Siehe dazu u.a. BGer [5A\\_21/2011](#) («Gibraltar»).

## 2.5 Passivlegitimation

Die Passivlegitimation im Persönlichkeitsschutz geht ausserordentlich weit. Jeder, der an der Verletzung mitwirkt, kann ins Recht gefasst werden. Dies trifft insbesondere auch dann zu, wenn den Mitverletzer kein Verschulden trifft<sup>70</sup> oder er vertraglich oder statutarisch verpflichtet ist, die Persönlichkeitsverletzung durchzusetzen oder mitzutragen<sup>71</sup>.

Die drei Walliser Massnahmenentscheide betrafen, wie eingangs erwähnt, die Swiss Football League (als Abteilung des Schweizerischen Fussballverbandes mit eigener Rechtspersönlichkeit), die FIFA, sowie die FIFA Transfer Matching System GmbH<sup>72</sup>. Die Passivlegitimation der drei Gesuchsgegner wurde durch die Walliser Gerichte zu Recht bejaht, da alle genannten juristischen Personen an der Verhängung bzw. am Vollzug der Nichtquali-

CaS 2012, 234, 244

fikation beteiligt waren und damit an der Verletzung "mitgewirkt" haben.

## 3. Weiterführende Einzelfragen

### 3.1 Zuständigkeit staatlicher Gerichte im professionellen Sport

#### 3.1.1 Zuständigkeit zur Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen

Im Zusammenhang mit der Causa FC Sion hat sich immer wieder die Frage gestellt, weshalb sich überhaupt staatliche Gerichte mit dem Fall befassen bzw. auf eine Klage von Fussballern eintreten. Ist das Ganze nicht eine rein verbandsinterne Angelegenheit, und zudem die Sanktion Folge einer Spiel-, nicht einer Rechtsregel?

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die oft zitierte Unterscheidung zwischen Sportregel und Rechtsregel, wonach Sportregeln unter Umständen der Überprüfung durch staatliche Gerichte entzogen sind<sup>73</sup>, im Bereich der Persönlichkeitsrechte zum vornherein bedeutungslos ist. Wo der Persönlichkeitsschutz eines Spielers oder eines Vereins in Frage steht, geht es um rechtlich fassbare Vorgänge, die dem staatlichen Richter vorgelegt werden können<sup>74</sup>. Konkret bedeutet dies, dass [Art. 27 und 28 ZGB](#) auch innerhalb vereinsrechtlicher Strukturen gelten. Auch Vereinsbeschlüsse und statutarische Bindungen müssen daher vor diesen zwei Bestimmungen standhalten<sup>75</sup>, andernfalls kann der Persönlichkeitsschutz im Rahmen einer Anfechtung von Vereinsbeschlüssen ([Art. 75 ZGB](#)) durchgesetzt werden<sup>76</sup>. Die privatrechtliche Vereinsautonomie stellt mit anderen Worten keinen allgemeinen Rechtfertigungsgrund im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen gegenüber Vereinsmitgliedern oder anderweitig mit dem Verein verbundenen Personen dar<sup>77</sup>. Zudem hat das Bundesgericht zu Recht festgehalten, dass die gerichtliche Kognition im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen nicht dadurch eingeschränkt wird, dass die Verletzung von einem Verein ausgeht<sup>78</sup>. Die Vereinsfreiheit des schweizerischen Rechts wird daher u.a. durch den

<sup>70</sup> BSK-Meili, N 55 zu [Art. 28 ZGB](#), m.w.H.

<sup>71</sup> Vgl. auch Baddeley, Le sportif, 169.

<sup>72</sup> Nicht an diesen Verfahren beteiligt war insbesondere der europäische Fussballverband UEFA. Gegen die Union of European Football Associations (UEFA) gingen die Spieler separat am 5.9.2011 vor; das entsprechende Massnahmegesuch wurde allerdings am 7.9.2011 abgewiesen.

<sup>73</sup> Siehe etwa [BGE 108 II 15 E. 3](#), wo das Bundesgericht festhielt, «dass es bei Spiel und Sport einen rechtsfreien Raum gibt, in dem nicht jede Unkorrektheit, die ohne weitere auf das Spiel bezogene Sanktion bleibt, einer ungleichen Behandlung von Vereinsmitgliedern gleichkommt [...]». Ferner [BGE 118 II 12 E. 2.a\)](#) und [BGE 120 II 369 E. 2](#) («Dubé»), je m.w.H. aus der Literatur, siehe etwa Zen-Ruffinen, 477 ff.

<sup>74</sup> [BGE 120 II 369 E. 2](#) («Dubé»); [BGE 134 III 193 E. 4.3](#) («Old Cat»), je mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur; aus der Literatur exemplarisch Jaquier, Rz. 262.

<sup>75</sup> [BGE 104 II 6 E. 2.a\)](#); ferner a.a.O., E. 2b): «Was für vertragliche Bindungen zwischen Privaten gilt, muss analog auch für statutarische Geltung haben, die durch freiwilligen Beitritt zu einem Verein übernommen werden können.»

<sup>76</sup> Dazu u.a. Haas/Köppel, Rz. 14 und 16 ff., m.w.H.

<sup>77</sup> Schmid, 131.

<sup>78</sup> [BGE 134 III 193 E. 4.4](#) («Old Cat»).

<sup>79</sup> So auch Baddeley, Association sportive, 108 und 206 ff.; Jaquier, Rz. 140.

zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz beschränkt<sup>79</sup> und der staatliche Richter prüft frei, ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt oder nicht<sup>80</sup>.

### 3.1.2 Anfechtung sonstiger Vereinsbeschlüsse

Dem soeben Gesagten ist anzufügen, dass sich die gerichtliche Anfechtung von Vereinsbeschlüssen keineswegs auf Verletzungen von [Art. 27 und 28 ZGB](#) beschränkt, vielmehr unterliegen der Anfechtungsklage nach [Art. 75 ZGB](#) alle vereinsinternen Entscheidungen, die "das Gesetz oder die Statuten" verletzen. Damit öffnet sich das hier gezeichnete Szenario, das sich an sich auf persönlichkeitsrechtliche Aspekte der Causa FC Sion konzentriert: Beispielsweise können statutenwidrige Entscheide, wie etwa eine allfällige durch ein falsches Vereinsorgan ausgesprochene oder statutarisch überhaupt nicht vorgesehene Sanktionierung, grundsätzlich vor dem staatlichen Richter angefochten werden<sup>81</sup>. Zuvor ist allerdings der vereinsinterne Instanzenzug auszuschöpfen<sup>82</sup>.

CaS 2012, 234, 245

### 3.1.3 Vorbehalt gültiger Schiedsvereinbarungen

Eine andere, hier nicht eingehend zu diskutierende Frage ist demgegenüber, ob die staatliche Gerichtsbarkeit unter Umständen durch eine gültige Schiedsvereinbarung wegbedungen und an ein unabhängiges Schiedsgericht übertragen werden kann. Dies ist grundsätzlich denkbar, soweit es um Ansprüche geht, über die angesichts von [Art. 27 ZGB](#) gültig verfügt werden kann<sup>83</sup>. Bei vielen sportrechtlichen Verpflichtungen und Sanktionen dürfte dies zutreffen. Heikel kann indessen die Form der Schiedsklausel sein, falls diese nur gerade in den Verbandsstatuten festgehalten wird und der Sportler nur durch indirekten Verweis im Arbeitsvertrag oder Qualifikationsgesuch dazu einwilligt<sup>84</sup>.

Im Bereich der vorsorglichen Massnahmen bleibt eine Schiedsvereinbarung im Übrigen nach wohl h.L. insofern unwirksam, als für diese Verfahren gemäss [Art. 374 ZPO](#) auch der staatliche Richter angerufen werden kann, so wie dies im Fall des FC Sion geschehen ist<sup>85</sup>. Gegen einen letztinstanzlichen Schiedsentscheid - insbesondere auch des TAS - kann das Bundesgericht mittels Beschwerde in Zivilsachen

---

<sup>80</sup> [BGE 134 III 193 E. 4.4](#) («Old Cat»): «[...] il ne s'agit pas d'examiner si celle-là [la réglementation associative] a été correctement appliquée ou interprétée, mais si les recourants ont été atteints de façon illicite dans leur personnalité, en l'occurrence par le prononcé des sanctions litigieuses. Dans ce cadre, l'autorité judiciaire dispose d'un pouvoir d'examen libre [...]»

<sup>81</sup> Vgl. [BGE 108 II 15 E. 3](#), wo das Bundesgericht eine richterliche Überprüfung von Sanktionen vorbehält, wo «der Tatbestand, an den die Sanktion angeknüpft wird, [...] nichts mit einem Spiel, sondern mit allgemeinen Spieler- oder Spielervereinpflichten zu tun hat», und in diesem Kontext beispielhaft den Abzug von Wettkampfpunkten erwähnt. Deutlich auch der Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 14.2.2012 betr. vorsorgliche Massnahmen (der Entscheid ist gekürzt abgedruckt in [CaS 2012, 79 ff.](#)), unter C. Rechtliches, Ziff. 12, wonach davon auszugehen ist, «dass der Zentralvorstand des Gesuchsgegners [der SFL] für den Erlass des Beschlusses vom 30. Dezember 2011 nicht zuständig war», und Ziff. 13, wo das Gericht überdies festhält, «die angeordnete Sanktion, der Abzug von 36 Punkten, [sei] statutarisch nicht vorgesehen».

<sup>82</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, Rz. 18.63; Summermatter, 356, m.w.H.

<sup>83</sup> [Art. 354 ZPO](#): «Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können»; vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen, 361 ff., wonach «keine gültige Schiedsabrede möglich ist, wenn in der Hauptsache, d.h. bezüglich der vereinbarten Beeinträchtigungen der Persönlichkeit und der damit in Zusammenhang stehenden Sanktionen, ein Eingriff in die durch [Art. 27 ZGB](#) unverzichtbar geschützte Persönlichkeit des Sportlers vorliegt»; siehe auch Schillig, 60 f., sowie Riemer, 374 mit Fn. 23; ferner Meier/Aguet, 62 ff. Dem Grundsatz nach (d.h. unter Vorbehalt der konkreten Klagegrundlage) sind vereinsrechtliche Anfechtungsklagen gestützt auf [Art. 75 ZGB](#) schiedsfähig; vgl. u.a. Scherrer, Anfechtungsklage, 59 f. Eingeschränkt ist die Schiedsfähigkeit im IPR, da gemäss [Art. 177 Abs. 1 IPRG](#) nur vermögensrechtliche Ansprüche schiedsfähig sind, was für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten gerade nicht zutrifft.

<sup>84</sup> Dazu im Einzelnen Rigozzi/Robert-Tissot, passim, mit einer fundierten Analyse von [BGE 133 III 235 E. 4](#) («Cañas»). Siehe auch Wyss, Rz. 15 ff., m.w.H.; grosszügig BGer [4A 548/2009](#), wo das Bundesgericht eine Unterwerfung des Spielers unter ein Reglement mit Schiedsklausel durch Teilnahme am Transferprozedere anerkannte; siehe ferner BGer [4A 640/2010](#), wo das Bundesgericht die Schiedsvereinbarung mit einem «gewissen Wohlwollen» prüfte.

<sup>85</sup> Die wohl h.L. spricht sich dafür aus, dass für superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen auch bei Vorliegen einer gültigen Schiedsabrede immer auch – im Sinne eines Wahlrechts – das staatliche Gericht angerufen werden kann; vgl. u.a. Brunner, Kommentar [ZPO](#), N 4 zu [Art. 374 ZPO](#); Zenhäusern, Kommentar [ZPO](#) Baker & McKenzie, N 9 zu [Art. 374 ZPO](#); Summermatter, 354 f.; ausführlich zum Ganzen und mit zahlreichen weiteren Hinweisen Rigozzi/Robert-Tissot, Rz. 19 ff.; für die grundsätzliche Zulässigkeit der Wegbedingung des staatlichen Richters auch im Zusammenhang mit provisorischen Massnahmen hat sich u.a. das OGer Bern mit Entscheid vom 19.4.2012, E. 2., ausgesprochen (teilweise abgedruckt in [CaS 2012, 171 ff.](#)), anders noch – mit überzeugender Begründung – die Vorinstanz (vgl. [CaS 2012, 79 ff.](#)).

angerufen werden. Schwere Verstösse gegen [Art. 27 und 28 ZGB](#) führen nicht selten zur Aufhebung von sportrechtlichen Schiedsentscheiden<sup>86</sup>.

### 3.2 Sanktionierung eines Vereinsmitglieds wegen Anrufung des staatlichen Gerichts

Für die sechs Fussballer war mit dem - letztlich erfolglosen - Gang an ein staatliches Gericht die Sache noch nicht ausgestanden. Sie wurden durch die Disziplinarkommission der SFL als Strafe für das reglementswidrige Anrufen des staatlichen Gerichts anstelle des Schiedsgerichts zunächst für ein Spiel und dann am 19. Oktober 2011 für weitere fünf Spiele mit einer Sperre belegt<sup>87</sup>. Dies wirft die Frage auf, ob man einem Spieler (oder auch einem Klub) mittels Statutenbestimmung wirksam und unter Androhung von Vereinsstrafen verbieten darf, ein staatliches Gericht (anstelle einer bestimmten Schiedsinstanz) anzurufen. Derartige Klauseln zur Absicherung der Schiedsklausel sind nicht selten und keineswegs eine Besonderheit des organisierten Sports.

Offenkundig können auch hier persönlichkeitsrechtliche Aspekte relevant sein. Namentlich ist denkbar, dass eine bestimmte, persönlichkeitsverletzende Sanktion zwar widerrechtlich ist (etwa bei übermässigen Bindungen, unverhältnismässigen Sanktionen oder mangelhafter Einwilligung), durch das Sportschiedsgericht aber dennoch geschützt wird. Lässt sich die Schiedsklausel mittels Konventionalstrafe sichern, so hätte der betroffene Sportler nur die unzumutbare Wahl, sich entweder dem Schiedsgericht zu unterwerfen oder aber den staatlichen Richter anzurufen, dort in der Hauptsache zwar womöglich Recht zu erhalten, aber nachträglich für den Gang zum Richter erneut sanktioniert zu werden<sup>88</sup>.

Zu bedenken ist freilich, dass Sportverbände grundsätzlich ein legitimes Interesse daran haben, dass Streitigkeiten vor einem einzigen und spezialisierten Gericht

#### CaS 2012, 234, 246

unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit ausgetragen werden. Dieses Interesse der Sportverbände wird allerdings weitgehend schon dadurch gewahrt, dass sich der entgegen der Schiedsklausel angerufene staatliche Richter für unzuständig erklären wird - immer vorausgesetzt, es liegt eine gültige Schiedsvereinbarung betreffend einen der Schiedsgerichtsbarkeit zugänglichen Streit vor<sup>89</sup>. Unbefriedigend für den Verband kann allenfalls die dadurch bewirkte Verzögerung des Verfahrens sein; zudem besteht das Risiko, dass ein staatliches Gericht mittels superprovisorischer oder vorsorglicher Massnahmen (zu Unrecht) in das Sportgeschehen eingreift, wie dies in der Causa FC Sion zufolge der beiden erstinstanzlichen Entscheide geschehen ist. Insofern haben die Autorinnen ein gewisses Verständnis für die Absicherung von Schiedsabreden mittels Konventionalstrafen.

Die Lösung des vorstehend dargestellten Dilemmas könnte wie folgt lauten:

Soweit es an einer gültigen, exklusiven Schiedsabrede fehlt, darf die Abrede nicht durch eine Konventionalstrafe abgesichert und dem von der Sanktion Betroffenen das von Gesetzes wegen bestehende Wahlrecht zwischen staatlichem Richter und Schiedsgericht faktisch entzogen werden. Dies trifft insbesondere in drei Sachlagen zu: Erstens dann, wenn der im Streit liegende Anspruch zum vornherein nicht schiedsfähig (weil nicht disponibel) ist<sup>90</sup>, zweitens im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen<sup>91</sup> und drittens auch dann, wenn das Schiedsgericht nicht unabhängig ist, also zum vornherein keine Gewähr für eine unvoreingenommene Rechtsanwendung besteht<sup>92</sup>.

Ist dagegen die Schiedsabrede für ein bestimmtes Verfahren formal und materiell zulässig und gültig, so ist eine angemessene Konventionalstrafe, mit welcher dieser Verfahrensweg abgesichert ist, nach hier vertretener Auffassung zulässig.

---

<sup>86</sup> Aus der jüngsten Rechtsprechung exemplarisch [BGE 136 III 345](#) sowie BGer [4A 558/2011](#); denkbar sind dabei gar superprovisorische Verfügungen des Bundesgerichts (exemplarisch BGer [4A 612/2009](#) betr. Wettkampfberechtigung einer Sportlerin); beizufügen bleibt allerdings, dass die Hürde vor dem Bundesgericht insgesamt als hoch bezeichnet werden muss und die meisten Beschwerden abgewiesen werden.

<sup>87</sup> Die Spielsperre wurde allerdings später durch das Rekursgericht der SFL wieder aufgehoben.

<sup>88</sup> Für Haas/Köppel, Rz. 1, sind daher Bestimmungen, «die den Sportler jeglicher Überprüfbarkeit durch eine externe unabhängige Instanz» berauben, «von vornherein nichtig».

<sup>89</sup> Vgl. [Art. 61 ZPO](#) bzw. [Art. 7 IPRG](#).

<sup>90</sup> Vorne Ziff. 3.1.3 mit Fn. 86.

<sup>91</sup> Vorne Ziff. 3.1.3.

<sup>92</sup> Gerade im Zusammenhang mit dem TAS, dem wichtigsten Sportschiedsgericht, werden (mit Recht) auch in jüngerer Zeit Zweifel an dessen Unabhängigkeit laut; vgl. etwa Scherrer, Anfechtungsklage, 61 ff.



Für die Unterscheidung findet sich eine vielleicht etwas exotisch anmutende Parallele im Erbrecht: Privatorische Klauseln, mittels derer ein Erblasser sein Testament gegen Anfechtungsversuche absichern will, entfalten dann - aber nur dann - ihre Wirkung, wenn sich die mittels der privatorischen Klausel geschützte Verfügung in der Sache als zulässig erweist. Unzulässige erbrechtliche Anordnungen hingegen können nicht wirksam mit einer finanziellen Bestrafung des anfechtenden Erben oder Vermächtnisnehmers geschützt werden<sup>93</sup>. In ähnlicher Weise hält nach Auffassung der Autorinnen die reglementarische Unterwerfung unter eine Strafe dafür, dass man berechtigterweise und erfolgreich zur Durchsetzung eines Anspruchs staatliche Unterstützung in Anspruch nimmt, vor [Art. 27 ZGB](#) nicht Stand und muss unwirksam bleiben.

Überdies muss es dem Sportler ohne Androhung von Sanktionen offenstehen, den (letztinstanzlichen) Schiedsspruch mittels Beschwerde in Zivilsachen dem Bundesgericht zur Prüfung vorzulegen<sup>94</sup>. In dieser Phase des Verfahrens besteht nämlich kein legitimes Interesse der Sportverbände mehr daran, die (inhaltlich beschränkte) Überprüfung<sup>95</sup> des Schiedsspruchs bzw. des Schiedsverfahrens durch ein staatliches Gericht abzuwehren. Zu erinnern ist sodann an die bereits erwähnte Problematik, dass im Bereich des professionellen Sports die Gültigkeit der Einwilligung zu Verbandssanktionen allenfalls an der fehlenden Freiwilligkeit einer entsprechenden Unterwerfungserklärung scheitert.

## 4. Fazit

Die vorstehend angestellten Überlegungen werfen die Frage auf, was von den drei eingangs erwähnten Walliser Urteilen zu halten ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Argumentation des Massnahmenrichters des Bezirksgerichts Martigny in verschiedener Hinsicht problematisch. Erstens fliesst der Beschäftigungsanspruch des Berufssportlers, auf den wesentlich abgestellt wird, nicht aus [Art. 28 ZGB](#), sondern basiert auf dem Arbeitsrecht und ist damit nur zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses durchsetzbar. Zweitens dürfte in einer Gesamtwürdigung der Umstände selbst dann, wenn eine Persönlichkeitsverletzung zu bejahen ist, eine gültige Einwilligung bzw. eine "acceptation du risque" vorliegen, welche die Rechtswidrigkeit der Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen vermag. Drittens wurden die Interessen des Verbandssports zu schwach gewichtet. In die Interessenabwägung hätte stärker auch der Gesichtspunkt einfließen müssen, dass ein erhebliches Interesse an einer rechtsgleichen Durchsetzung der Verbandsnormen, damit einhergehender Rechtssicherheit und Respekt vor Verbands- und Sanktionsorganen besteht. Selbst wenn eine gültige Einwilligung verneint wird, entfällt

### CaS 2012, 234, 247

unter diesem Gesichtspunkt die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzungen.

Demgegenüber überzeugt der Entscheid des Walliser Kantonsgerichts vom 16. November 2011, mit welchem die vorsorglichen Massnahmen aufgehoben wurden, in den genannten Punkten. Problematisch ist in diesem zweitinstanzlichen Urteil jedoch die Begründung, wonach keine Persönlichkeitsverletzung vorliege, weil die sechs Spieler die Spielberechtigung durch Abschluss eines Vertrages mit einem anderen, auf ähnlichem Niveau spielenden Klub hätten erlangen können. Ob eine solche Möglichkeit tatsächlich bestanden hat, hätte wohl für jeden einzelnen Spieler im Einzelnen aufgezeigt werden müssen.

In diesem Sinne lässt sich gesamthaft festhalten, dass zwar eine Persönlichkeitsverletzung bei den sechs Fussballspielern bejaht werden muss, diese aber durch die Einwilligung resp. der "acceptation du risque" und auch durch ein überwiegendes Interesse des Fussballverbandes an der Verletzung gerechtfertigt werden kann.

## Literaturverzeichnis

Aebi-Müller Regina E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005

Baddeley Margareta, Le sportif, sujet ou objet?, ZSR 115 (1996) Bd. II, 135 ff. (zit.: Baddeley, Le sportif)

Baddeley Margareta, L'association sportive face au droit, Les limites de son autonomie, Basel 1994 (zit.: Baddeley, Association sportive)

---

<sup>93</sup> Vgl. etwa BSK-Staehelin, N 40 zu [Art. 482 ZGB](#).

<sup>94</sup> [BGE 133 III 235 E. 4](#) («Cañas»).

<sup>95</sup> Vgl. [Art. 393 ZPO](#) bzw. [Art. 190 IPRG](#).



- Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO](#), Bern 2010 (zit.: Bearbeiter, Kommentar [ZPO](#) Baker & McKenzie, N ... zu Art. ... [ZPO](#))
- Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ([ZPO](#)), Zürich/St. Gallen 2011 (zit.: Bearbeiter, Kommentar [ZPO](#), N ... zu Art. ... [ZPO](#))
- Bucher Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5. Aufl., Basel 2009
- Bucher Eugen, Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, 2. Teilbd. ([Art. 27 ZGB](#)), 3. Aufl., Bern 1993 (zit.: BK-Bucher, N ... zu Art. ... [ZGB](#))
- Carruzzo Philippe, Le contrat individuel de travail, Zürich 2009
- Englisch Jörg, Ausgestaltung der Persönlichkeitsrechte gegenüber den Vereinen und Verbänden im Fussballsport, in: Das Persönlichkeitsrecht des Fussballspielers, Baden-Baden 2010, 47 ff.
- Engel Pierre, Contrats de droit suisse, Bern 2000
- Fenners Henk, Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit im organisierten Sport, Zürich 2006
- Fuchs Christoph, Rechtsfragen der Vereinsstrafe - Unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in Sportverbänden, Zürich 1999
- Haas Raphael, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach [Art. 28 Abs. 2 ZGB](#); Zürich 2007
- Haas Ulrich/Köppel Judith, Abwehransprüche des Sportlers gegen (angeblich rechtswidriges) Verbandsverhalten vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS/TAS), in: Jusletter 16. Juli 2012
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Sanktionen gegen Sportler - Voraussetzungen und Rahmenbedingungen unter besonderer Berücksichtigung der Doping-Problematik, [ZBJV 2001, 337 ff.](#) (zit.: Hausheer/Aebi-Müller, Sanktionen)
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012 (zit.: Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht)
- Jaquier Jérôme, La qualification juridique des règles autonomes des organisations sportives, Bern 2004
- Kaufmann-Kohler Gabrielle/Rigozzi Antonio, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2. Aufl., Bern 2010
- Markarian Façoise, La protection des données du sportif professionnel, in: Rémy Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 181 ff.
- Meier Philippe/Aguet Cédric, L'arbitrabilité du recours contre la suspension prononcée par une fédération sportive internationale, JdT 2002, 55 ff.
- Meili Andreas, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, [Art. 1-456 ZGB](#), 4. Aufl., Basel 2010 (zit.: BSK-Meili, N ... zu Art. ... [ZGB](#))
- Oswald Denis, Le règlement des litiges et la répression des comportements illicites dans le domaine sportif, in: Mélanges Grossen, Basel/Frankfurt am Main 1992, 73 ff.
- Philipp Peter, Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport, Zürich 2004
- Portmann Wolfgang, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, [Art. 1-529 OR](#), 5. Aufl., Basel 2011 (zit.: BSK-Portmann, N ... zu Art. ... [OR](#))
- Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den [Art. 319-330b OR](#), Bern 2010 (zit.: BK-Rehbinder/Stöckli, N. ... zu Art. ... [OR](#))
- Riemer Hans Michael, Schiedsfähigkeit von Klagen des [ZGB](#), in: FS für H. U. Walder, Zürich 1994, 371 ff.
- Rigozzi Antonio/Robert-Tissot Fabrice, La pertinence du "consentement" dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport, in: Jusletter 16. Juli 2012
- Schillig Mark, Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz, Zürich 2000
- CaS 2012, 234, 248**
- Schmid Jörg, Persönlichkeitsrecht und Sport, in: Thomas Geiser et al. (Hrsg.), FS für Heinz Hausheer, Bern 2002, 127 ff.
- Scherrer Urs, Rechtsfragen des organisierten Sportlebens in der Schweiz: eine vereins- und persönlichkeitsrechtliche Untersuchung, Zürich 1982 (zit.: Scherrer, Rechtsfragen)
- Scherrer Urs, Sportrecht im Spannungsfeld von Spiel und Wirtschaft, [SJZ 1998, 289 ff.](#) (zit.: Scherrer, Sportrecht)





Scherrer Urs, Vereinsrechtliche Anfechtungsklage und Schiedsgerichtsbarkeit im Sport, [CaS 2008, 58 ff.](#)  
(zit.: Scherrer, Anfechtungsklage)

Steiner Marco, La soumission des athlètes aux sanctions sportives: étude d’une problématique négligée par le monde juridico-sportif, Lausanne 2010

Summermatter Daniel, Einstweiliger Rechtsschutz im Sport nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, [CaS 2009, 351 ff.](#)

Wyss Lukas, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Jusletter 25. Juni 2012

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit du Sport, Zürich 2002