

## **BGE 138 III 322**

Bundesgericht (BGE), 2012-03-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_138 III 322](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_138_III_322)

FR: ATF 138 III 322

IT: DTF 138 III 322

### **Regeste**

Regeste Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG; materieller Ordre public. Begriff und Anwendungsfälle des materiellen Ordre public (E. 4.1). Eine im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässige Bindung kann gegen den Ordre public verstossen, wenn sie eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt (E. 4.3.1 und 4.3.2). Fall einer auf das FIFA-Disziplinarreglement gestützten Vereinsstrafe, mit der einem Fussballspieler bei Ausbleiben einer auferlegten Zahlung ein unbegrenztes Berufsverbot angedroht wurde (E. 4.3.3-4.3.5).

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Ordre public im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG (SR 291).

#### **E. 4.1**

Der Ordre public ( Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ) hat sowohl einen materiellen als auch einen verfahrensrechtlichen Gehalt ( BGE 132 III 389 E. 2.2.1 S. 392; BGE 128 III 191 E. 4a S. 194; BGE 126 III 249 E. 3b S. 253 mit Hinweisen). Gegen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verkennt und daher mit der wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte. Zu diesen Grundsätzen gehören die Vertragstreue (pacta sunt servanda), das Rechtsmissbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung, das Diskriminierungsverbot und der Schutz von Handlungsunfähigen ( BGE 132 III 389 E. 2.2.1; BGE 128 III 191 E. 6b S. 198 mit Hinweis). Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend (Urteil 4A\_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.1, in: SJ 2010 I S. 417). Auch die Versprechen von Schmiergeldzahlungen verstossen gegen den Ordre public, sofern sie nachgewiesen sind ( BGE 119 II 380 E. 4b S. 384 f.; Urteil 4P.208/2004 vom 14. Dezember 2004 E. 6.1). Im Weiteren hat das Bundesgericht erwogen, dass ein Entscheid, der - auch nur mittelbar - einen derart fundamentalen Rechtsgrundsatz wie das Verbot der Zwangsarbeit missachtet, gegen den materiellen Ordre public verstösst (Urteil 4A\_370/2007 vom 21. Februar 2008 E. 5.3.2). Ein Verstoss gegen den Ordre public ist sodann bei einer Verletzung von Art. 27 ZGB denkbar (vgl. Urteile 4A\_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.4.3.2, in: SJ 2010 I S. 417; 4A\_320/2009 vom 2. Juni 2010 E. 4.4; 4P.12/2000 vom 14. Juni 2000 E. 5b/aa mit Hinweisen). Der angefochtene Schiedsentscheid wird im Übrigen nur aufgehoben, wenn er nicht allein in der Begründung, sondern auch im Ergebnis dem Ordre public widerspricht ( BGE 120 II 155 E. 6a S. 167).

## **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, da er seinem früheren Arbeitgeber FC Shakhtar Donetsk den Schadenersatz von 11'858'934 Euro nebst Zins zu 5 % seit dem 5. Juli 2007 nicht zahlen könne, werde ihm als professionellem Fussballspieler faktisch ein unbefristetes und weltweites Berufsverbot auferlegt, sofern der Gläubiger dies BGE 138 III 322 S. 328 verlange. Er sieht darin einen schwerwiegenden Verstoss gegen die in Art. 27 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) und in internationalen Konventionen garantierte Berufsfreiheit sowie eine übermässige Beschränkung der persönlichen Freiheit, wie sie in Art. 27 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) konkretisiert ist. Entgegen der im angefochtenen Schiedsentscheid vertretenen Ansicht hat das Bundesgericht die Frage, ob es sich bei den verhängten bzw. angedrohten Disziplinar massnahmen um eine schwere Persönlichkeitsverletzung handelt, die gegebenenfalls zur Ordre public-Widrigkeit des angefochtenen Entscheids führt, mit seinem Urteil vom 2. Juni 2010 nicht vorweggenommen. Das Bundesgericht erwog lediglich, dass die fünfjährige arbeitsvertragliche Bindung des Beschwerdeführers unter dem Gesichtswinkel des Persönlichkeitsschutzes nicht unzulässig sei und sich eine übermässige Bindung auch nicht damit begründen lasse, dass der Beschwerdeführer infolge Vertragsverletzung für den eingetretenen Schaden aufzukommen habe (Urteil 4A\_320/2009 vom 2. Juni 2010 E. 4.4). Zur Vereinbarkeit von vereinsrechtlichen Disziplinar massnahmen im Falle des Ausbleibens der Schadenersatzzahlung mit dem Ordre public äussert sich der erwähnte Entscheid nicht (vgl. zudem den vergleichbaren Fall eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs im Urteil 4A\_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.4.8, in: SJ 2010 I S. 417, in dem das Bundesgericht die Frage der Ordre public-Widrigkeit einer Sanktion durch das zuständige FIFA-Organ infolge Ausbleibens der Zahlung ausdrücklich offengelassen hat).

### **E. 4.3.1**

Die Persönlichkeit des Menschen bedarf als fundamentales Rechtsgut des Schutzes der Rechtsordnung. Sie wird in der Schweiz etwa verfassungsrechtlich durch die Grundgarantie des Rechts auf persönliche Freiheit ( Art. 10 Abs. 2 BV ) geschützt, die neben dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit sowie der Bewegungsfreiheit all jene Freiheiten verbrieft, die elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen ( BGE 134 I 209 E. 2.3.1 S. 211; BGE 133 I 110 E. 5.2 119; je mit Hinweisen). Die freie persönliche Entfaltung wird unter anderem auch durch das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit gewährleistet, das insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst ( Art. 27 Abs. 2 BV ; vgl. BGE 136 I 1 E. 5.1 S. 12; BGE 128 I 19 E. 4c/aa S. 29). BGE 138 III 322 S. 329 Ein Schutz der freien persönlichen Entfaltung besteht jedoch nicht nur gegenüber Beeinträchtigungen von Seiten des Staates, sondern auch gegenüber Eingriffen Privater (vgl. Art. 27 f. ZGB, die in der Schweiz die persönliche Freiheit im Privatrecht konkretisieren). Dabei ist allgemein anerkannt, dass sich eine Person durch rechtsgeschäftliche Bindung nicht gänzlich ihrer Freiheit entäussern kann und einer Beschränkung ihrer Freiheit Grenzen gesetzt sind. Der in Art. 27 Abs. 2 ZGB niedergelegte Rechtsgrundsatz gehört zur wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte.

### **E. 4.3.2**

Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nach schweizerischem Verständnis als übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB betrachtet, wenn sie den

Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind ( BGE 123 III 337 E. 5 S. 345 f. mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4P.167/1997 vom 25. November 1997 E. 2a). Auch wenn der Ordre public mit der blossen Rechtswidrigkeit nicht gleichzusetzen ist (BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, 4. Aufl. 2005, N. 8 zu Art. 190 IPRG S. 678) und seine Verletzung wesentlich eingeschränkter zu würdigen ist als ein Verstoss gegen das Willkürverbot ( BGE 132 III 389 E. 2.2.2 S. 393), kann eine derart übermässige Bindung Ordre public-widrig sein, wenn sie eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt (vgl. Urteile 4A\_458/2009 vom 10. Juni 2010 E. 4.4.3.2, in: SJ 2010 I S. 417; 4A\_320/2009 vom 2. Juni 2010 E. 4.4; 4P.12/2000 vom 14. Juni 2000 E. 5b/aa mit Hinweisen; vgl. auch EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1993, N. 26 zu Art. 27 ZGB ; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1991, S. 236; ANTON HEINI, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 45 zu Art. 190 IPRG ; WOLFGANG PORTMANN, Einseitige Optionsklauseln in Arbeitsverträgen von Fussballspielern, Causa Sport 2006 S. 209).

### **E. 4.3.3**

Die Schranken rechtsgeschäftlicher Bindung aufgrund des Persönlichkeitsschutzes gelten nicht nur für vertragliche Vereinbarungen, sondern auch für Statuten und Beschlüsse von Körperschaften (BUCHER, a.a.O., N. 18 zu Art. 27 ZGB ; vgl. bereits BGE 104 II 6 E. 2 S. 8 f.). Vereinsstrafen, welche nicht bloss den korrekten Ablauf der Spiele sichern, sondern eigentlich in die rechtlichen BGE 138 III 322 S. 330 Interessen der Betroffenen eingreifen, werden nach der Rechtsprechung der gerichtlichen Kontrolle unterworfen ( BGE 120 II 369 E. 2 S. 370; BGE 119 II 271 E. 3c; BGE 118 II 12 E. 2 S. 15 ff.; vgl. schon BGE 108 II 15 E. 3 S. 19 ff.). Dies gilt insbesondere, wenn Vereinsstrafen das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung schwerwiegend beeinträchtigen; für diesen Fall hat das Bundesgericht erkannt, dass die Ausschlussautonomie eines Vereins durch das Persönlichkeitsrecht seiner Mitglieder beschränkt ist, wenn er als massgebende Organisation des betreffenden Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges in der Öffentlichkeit auftritt ( BGE 123 III 193 E. 2c/bb und cc S. 197 ff.). Dies entspricht dem Standpunkt, der insbesondere für Sportvereine eingenommen worden ist ( BGE 123 III 193 E. 2c/bb S. 198 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 134 III 193 E. 4.5 S. 200). In diesen Fällen wird das Recht des Vereins auf Ausschliessung seines Mitglieds nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs überprüft, sondern es wird unter Berücksichtigung des Eingriffs in die Persönlichkeit eine Interessenabwägung vorgenommen und abgeklärt, ob ein wichtiger Grund vorliegt ( BGE 123 III 193 E. 2c/cc S. 198 f.; vgl. auch BGE 134 III 193 E. 4.4). Diese Grundsätze gelten auch für nach dem schweizerischen Recht verfasste Vereine mit Sitz in der Schweiz, die - wie die FIFA - den internationalen Sport ordnen. Massnahmen solcher Sportverbände, welche die wirtschaftliche Entfaltung der natürlichen Personen schwerwiegend beeinträchtigen, die den Sport als Beruf betreiben, sind nur zulässig, wenn das Gewicht der Verbandsinteressen den Eingriff in die Persönlichkeit überwiegt.

### **E. 4.3.4**

Der Beschwerdeführer hat als professioneller Fussballspieler seine arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber dem ukrainischen Verein FC Shakhtar Donetsk verletzt und ist aus diesem Grund zu Schadenersatz verurteilt worden - in solidarischer Haftung mit dem Fussballclub, der ihn während der noch laufenden Vertragsdauer angestellt hatte (vgl. Urteil

4A\_320/2009 vom 2. Juni 2010). Die umstrittene Vereinsstrafe, die das TAS auf eine rechtsgeschäftliche Bindung des Beschwerdeführers an die in Art. 64 FIFA-Disziplinarreglement niedergelegten Sanktionen stützt, dient der privaten Vollstreckung des Urteils auf Schadenersatz, nachdem die Forderung nicht bezahlt worden ist. Der Beschwerdeführer soll auf einfache Aufforderung des Gläubigers mit einer Berufssperre für alle mit Fussball zusammenhängenden Tätigkeiten belegt werden, bis die Forderung von mehr als 11 Mio. Euro, nebst 5 % Zins seit Mitte 2007 (d.h. 550'000 Euro BGE 138 III 322 S. 331 jährlich), bezahlt ist. Es soll damit unmittelbar das Interesse eines Mitglieds der FIFA an der Bezahlung der Schadenersatzforderung durch den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer und mittelbar das Interesse des Sportverbands an der Vertragstreue der Fussballspieler durchgesetzt werden. Der Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit des Beschwerdeführers mag geeignet sein, die Bereitschaft zur Zahlung und Bemühungen zur Aufbringung des geschuldeten Betrags zu fördern; wenn allerdings die Behauptung des Beschwerdeführers zutrifft, dass er jedenfalls den ganzen Betrag nicht zahlen kann, ist schon die Eignung der Massnahme zur Erreichung des unmittelbaren Zieles - nämlich der Bezahlung der Schadenersatzforderung - fraglich. Denn mit dem Verbot der bisher ausgeübten wirtschaftlichen und verwandter Tätigkeiten wird dem Beschwerdeführer die Möglichkeit genommen, durch Betätigung in seinem angestammten Beruf ein Einkommen zu erzielen, um seiner Verpflichtung nachzukommen. Die Vereinsstrafe ist aber jedenfalls zur Durchsetzung der verfügten Schadenersatzforderung nicht erforderlich: Dem ehemaligen Arbeitgeber des Beschwerdeführers steht die Vollstreckung des Urteils des TAS vom 19. Mai 2009 auf dem Weg des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) offen, dem die meisten Staaten beigetreten sind und das insbesondere auch für den aktuellen Wohnsitzstaat des Beschwerdeführers Italien gilt. Die Vereinsstrafe ist aber insbesondere auch insoweit unzulässig, als die Interessen, welche der Weltfussballverband damit durchsetzen will, den schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeit des Beschwerdeführers nicht zu rechtfertigen vermögen. Das abstrakte Ziel der Durchsetzung der Vertragstreue der Fussballspieler gegenüber ihren Arbeitgebern ist eindeutig weniger gewichtig als das faktisch in zeitlicher und örtlicher Hinsicht unbegrenzte Berufsverbot des Beschwerdeführers für alle im Zusammenhang mit dem Fussballsport stehenden Betätigungen.

#### **E. 4.3.5**

Die auf Art. 64 Abs. 4 des FIFA-Disziplinarreglements gestützte Androhung eines unbegrenzten Berufsverbots stellt einen offensichtlichen und schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers dar und missachtet die in Art. 27 Abs. 2 ZGB verankerten grundlegenden Schranken rechtsgeschäftlicher Bindung. Der angefochtene Schiedsentscheid führt bei Ausbleiben der BGE 138 III 322 S. 332 auferlegten Zahlung nicht nur dazu, dass der Beschwerdeführer der Willkür seines ehemaligen Arbeitgebers ausgesetzt, sondern insbesondere seine wirtschaftliche Freiheit in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind, ohne dass dies durch ein überwiegendes Interesse des Weltfussballverbands bzw. seiner Mitglieder gerechtfertigt wäre. Aufgrund der entsprechenden Androhung stellt der Schiedsentscheid des TAS vom 29. Juni 2011 eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung dar und ist mit dem Ordre public ( Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG ) unvereinbar.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.