

Dokument	<b>AJP 2021 S. 1191</b>
Autor	<b>Marco Stacher, Kerstin Arnesson</b>
Titel	<b>Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_564/2020 vom 7. Juni 2021, A. gegen B. S.A., internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Unzuständigkeit des TAS.</b>
Urteilsbesprechung	<b>4A_564/2020</b>
Seiten	<b>1191-1195</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Valérie Défago Gaudin, Anne-Sylvie Dupont, Patricia Egli, Olivier Hari, Stefan Heimgartner, Stephanie Hrubesch-Millauer, Audrey Leuba, Alexander R. Markus, Bertrand Perrin, Arnold F. Rusch, Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

AJP 2021 S. 1191

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrets actuels

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht / Droit international privé et procédure civile internationale

4.3. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit / Jurisdiction arbitrale internationale

BGer [4A\\_564/2020](#): Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Unzuständigkeit des TAS

## Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil [4A\\_564/2020 vom 7. Juni 2021](#), A. gegen B. S.A., internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Unzuständigkeit des TAS.

Marco Stacher \*



\* Marco Stacher, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.



Kerstin Arnesson \*\*



Das Bundesgericht hat beurteilt, ob sich ein Schiedsgericht zu Recht für zuständig erklärt hatte; es prüfte dabei insbesondere, ob und wie weit das Schiedsgericht seine Zuständigkeit *ex officio* prüfen soll. Es zeigte auch die Grenzen der Anwendbarkeit des «*pro arbitrato*»-Prinzips und des Grundsatzes «*in dubio contra proferentem*» auf.

## I. Sachverhalt

Am 12. Juli 2012 schlossen A. und B. S.A. – zwei Fussballvereine, die der Fédération Colombienne de Football (FCF) angeschlossen sind, die ihrerseits Mitglied der Fédération Internationale de Football Association (FIFA) ist – einen Vertrag mit einem weiteren Fussballverein D. und dem Profifussballspieler C., gemäss dem C. vom Verein D. zu B. S.A. transferiert wurde (*Transfervertrag*). Der Transfervertrag sah vor, dass A. auf alle Ansprüche aus der zwischen A. und D. am 21. Januar 2011 getroffenen «Weiterverkaufsklausel» verzichtet und B. S.A. im Gegenzug A. die Hälfte der Entschädigung zu zahlen hat, die B. S.A. im Falle eines (dauerhaften oder vorübergehenden) Transfers des Spielers zu einem anderen Verein oder im Falle der Beendigung des Vertrags mit dem Spieler erhalten würde.

Art. 13 des Transfervertrags enthielt die nachfolgende (von A. auf Französisch übersetzte) Klausel: «*Tout litige découlant du présent accord ou s'y rapportant sera soumis à:*

(a) *L'organe de règlement des litiges compétent de la FIFA et sera résolu conformément aux règles et règlements de la FIFA*

ou

(b) *Tribunal Arbitral du Sport à Lausanne, Suisse, et sera définitivement résolu conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport. La langue de l'arbitrage sera l'anglais et le litige sera soumis à un arbitre choisi par l'organe compétent du TAS [...]*

*Le choix de l'organe qui devra résoudre le litige reviendra à la partie qui fera une demande basée sur cet accord. Une fois que la demande aura été soumise conformément à la présente clause, le choix sera définitif et les deux parties conviennent de se soumettre à la juridiction de l'organisme de règlement des litiges choisi par la partie ayant soumis la demande.»*

Nachdem der Spieler C. im Juni 2014 temporär an den Verein E. S.A. ausgeliehen und im Juli 2015 zu einem mexikanischen Verein transferiert wurde, reichte A. ein Gesuch bei der Commission du Statut du Joueur de la Grande Division du football colombien (Comisión del Estatuto del Jugador de la División Mayor del Fútbol Colombiano; CSJ DIMAYOR) ein, die B. S.A. mit Urteil vom 10. April 2018 u.a. dazu verurteilte, USD 5'000'000 zzgl. Zins an A. zu bezahlen, und ihm untersagte, in irgendeiner Eigenschaft Amateur- oder Profispieler anderer Vereine zu registrieren. Das von B. S.A. erhobene Wiedererwägungsgesuch wies die CSJ DIMAYOR am 5. Juli 2018 ab. Die von B. S.A. dagegen erhobene Einsprache wies die Commission du Statut du Joueur de la FCF (CSJ FCF) am 5. Dezember 2018 zurück.

Am 11. Dezember 2018 reichte B. S.A. beim Tribunal Arbitral du Sport (TAS) eine Berufungserklärung und ein Gesuch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen ein. A. und die FCF reichten ihre Antworten auf dieses Gesuch Ende Dezember 2018 ein, wobei A. u.a. die Unzuständigkeitseinrede erhob. Mit Entscheid vom 14. Januar 2019 gab der Präsident der Berufungskammer des TAS dem Gesuch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen statt und stellte u.a. fest, dass Art. 43 des Règlement du Statut du Joueur de la FCF (RSJ FCF) eine Berufung an das TAS vorsehe und dass die FCF die Zuständigkeit des TAS nicht angefochten habe. Nach eingereicherter Berufungsschrift durch B. S.A. sowie Berufungsantworten von A. und der FCF hiess das Schiedsgericht die Berufung mit Schiedsspruch vom 12. März 2020 unter Bejahung seiner Zuständigkeit teilweise gut.

---

\*\* Kerstin Arnesson, MLaw, Rechtsanwältin, Zürich.

Am 29. Oktober 2020 erhob A. Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht mit dem Antrag, den Schiedsspruch gestützt auf [Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG](#) aufzuheben, da sich das TAS zu Unrecht für zuständig erklärt habe. A. machte im Wesentlichen geltend, dass B. S.A. die Beweislast für das Vorliegen einer die Zuständigkeit des TAS begründenden Schiedsvereinbarung trage und das Schiedsgericht deshalb nicht von sich aus das gesamte Regelwerk der FCF prüfen dürfe, um eine Regel zu identifizieren, gestützt auf die es sich für zuständig erklären könne. Zudem kritisierte A. die Argumentation des Schiedsgerichts und dessen Auslegung von Art. 40 und 43 RSJ FCF, die gemäss A. eine Berufung an das TAS nur ausnahmsweise gegen einen Entscheid der CSJ FCF erlauben; nämlich wenn diese als einzige Instanz entschieden habe (E. 5.1).

## II. Erwägungen

Das Bundesgericht verwies einleitend auf Art. R47 Abs. 1 des Code de l'arbitrage en matière de sport (Version 2017; Code), wonach eine Berufung gegen eine Entscheidung eines Verbands, einer Vereinigung oder eines anderen Sportorgans vor dem TAS eingelegt werden könne, wenn die Statuten oder Reglemente des besagten Sportorgans dies vorsähen oder wenn die Parteien eine spezielle Schiedsvereinbarung getroffen hätten und soweit der Berufungskläger auch die ihm nach den Statuten oder Reglementen des besagten Sportorgans zur Verfügung stehenden Rechtsmittel vor der Berufung ausgeschöpft habe (E. 6), und erwog, dass die zu beurteilende Streitigkeit den ersten Fall betreffe, da sich A. dazu entschieden habe, sich an die internen Streitbeilegungsstellen der FCF zu wenden, anstatt nach Art. 13 des Transfervertrags vorzugehen (E. 6.1).

Das Bundesgericht erwog, dass das Schiedsgericht gemäss [Art. 186 Abs. 1 IPRG](#) *ex officio* über seine eigene Zuständigkeit entscheide, weshalb das von A. vorgebrachte Argument (E. 5.1), dass die Beweislast für das Vorliegen einer Zuständigkeit des TAS bei derjenigen Partei liege, welche den Fall vor das TAS bringe (i.c. B. S.A.), nicht relevant sei (E. 6.2).

Das Bundesgericht prüfte sodann, ob A. und die FCF die Einrede der Unzuständigkeit rechtzeitig erhoben hatten. Gestützt auf [Art. 186 Abs. 2 IPRG](#) hielt das Bundesgericht dazu fest, dass die Einrede der Unzuständigkeit vor der Einlassung auf die Hauptsache erhoben werden müsse. Hinsichtlich der Art und Weise, wie die Einrede geltend gemacht werden könne, sei [Art. 186 Abs. 2 IPRG](#) dispositiv und Art. R55 Abs. 1 des Code verlange, dass die Einrede in der Antwort des Beklagten auf die Berufung erhoben werde, die innerhalb von zwanzig Tagen nach Zustellung der Berufungsbegründung beim TAS eingereicht werden müsse (E. 6.3.1).

Das Bundesgericht schloss, dass sowohl A. als auch die FCF die Unzuständigkeitseinrede rechtzeitig und wirksam erhoben hätten. In Bezug auf A., bei dem die Rechtzeitigkeit unbestritten gewesen sei, da er die Unzuständigkeitseinrede bereits in seiner Antwort zum Gesuch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen erhoben habe, hielt es das Bundesgericht entgegen der Ansicht des Schiedsgerichts für unerheblich, dass A. seine Argumente für die Begründung der Unzuständigkeitseinrede in der Berufungsantwort geändert hatte; denn die Unzuständigkeitseinrede müsse erst mit der Berufungsantwort erhoben werden, sodass eine allfällige frühere Unzuständigkeitseinrede bis dann geändert und nachgebessert werden könne. Betreffend die FCF, welche die Zuständigkeit des TAS nicht wie A. bereits in ihrer Antwort zum Gesuch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen, sondern erst in ihrer Berufungsantwort erhoben habe, hielt das Bundesgericht fest, dass dieses Vorgehen kein *venire contra factum proprium* darstelle, da es im Lichte von Art. R55 des Code nicht zulässig sei, aus dem Schweigen einer Partei zu einer Zuständigkeitsfrage im Stadium der vorsorglichen Massnahmen ein mögliches stillschweigendes Anerkenntnis der Zuständigkeit des TAS abzuleiten (E. 6.3.2).

Nach diesen Klarstellungen lehnte das Bundesgericht den Einwand von B. S.A. ab, wonach die Auslegung des Regelwerks der FCF durch das Schiedsgericht endgültig und nicht überprüfbar sei (E. 6.4), und wiederholte, dass das Bundesgericht bei einer Unzuständigkeitsrüge Rechtsfragen, einschliesslich der Vorfragen, die über die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit des Schiedsgerichts entscheiden würden, frei prüfe (E. 4.1, 6.4).

Vor der eigentlichen Überprüfung der Zuständigkeitsbegründung durch das TAS erinnerte das Bundesgericht daran, dass Statuten je nach Gesellschaft/Verein entweder nach der Methode der Gesetzes- oder jener der Vertragsauslegung ausgelegt werden. Im vorliegenden Fall liess es die Frage jedoch offen, nach welcher Methode die verschiedenen von der FCF und DIMAYOR festgelegten Regelwerke ausgelegt werden sollten, da das vom Schiedsgericht erzielte Ergebnis – ohne dass es sich klar für die eine oder andere Methode entschieden habe – in jedem Fall fragwürdig erscheine (E. 6.4).

Das Bundesgericht fokussierte sodann in seiner Begründung auf dem Wortlaut von Art. 43 RSJ FCF:

«*Article 43 Recours. A l'exception des jugements rendus en instance unique par la Commission du Statut du Joueur de COLFUTBOL, qui peuvent faire l'objet d'un recours en reconsidération devant cette même instance et d'un appel devant le Tribunal Arbitral du Sport (TAS/CAS), les recours suivants peuvent être introduits:*

1. *Recours en reconsidération. A l'encontre des décisions de la Commission du Statut du Joueur peut être dé-*

**AJP 2021 S. 1191, 1193**

*posé un recours en reconsidération auprès de cette même Commission [...].*

2. *Appel. A l'encontre des décisions de la Commission du Statut du Joueur peut être interjeté un appel auprès de la Commission de rang juridique supérieur, conformément aux dispositions des articles précédents. Le mémoire écrit à l'appui de l'appel est transmis à l'autre partie, cas échéant, pour qu'elle puisse déposer une réponse dans un délai de cinq (5) jours ouvrables. A l'expiration du délai précité, la Commission statue sur l'appel dans un délai de cinq (5) jours ouvrables et ladite décision ne peut faire l'objet d'aucun recours.»*

Dieser Wortlaut verdeutliche, dass nur Entscheidungen der CSJ FCF (CSJ COLFUTBOL), die diese als einzige Instanz fälle, vor dem TAS angefochten werden könnten. Die Worte «*A l'exception des jugements rendus en instance unique*» sowie der ausdrückliche Verweis auf das TAS im ersten Absatz liessen entgegen der Ansicht des TAS keinen Raum für andere Interpretationen. Wenn die CSJ FCF in zweiter Instanz über eine Berufung gegen eine Entscheidung einer nachrangigen Kommission für den Status von Spielern («*Commission du Statut du Joueur*») entscheide, sei ihre Entscheidung deshalb nicht anfechtbar («*d'aucun recours*»).

Diese Auslegung, wonach gegen die Berufungsentscheidung der CSJ FCF kein Rechtsmittel, auch nicht vor dem TAS, eingelegt werden könne, werde durch Art. 40 Abs. 3 CSJ FCF bestätigt, der vorsehe, dass Streitigkeiten zwischen Profivereinen in erster Instanz von der CSJ DIMAYOR, welche mit einem Wiedererwägungsgesuch befasst werden könne, und dann in zweiter und letzter Instanz von der CSJ FCF entschieden würden. Das Bundesgericht hielt folglich das Argument des TAS, dass die Worte «*d'aucun recours*» in Art. 43 Abs. 2 *in fine* RSJ FCF eine Berufung vor dem TAS im vorliegenden Fall nicht zwingend ausschliessen, für nicht überzeugend und erwog, dass das TAS zu Unrecht den Grundsatz *in dubio contra proferentem* angewandt habe. Letzteres mit dem Zusatz, dass es jedenfalls keinen Grund gebe, diesen Auslegungsgrundsatz zugunsten der einen und zum Nachteil der anderen Partei anzuwenden, obwohl keine der Parteien die streitige Regelung entworfen habe (E. 6.5.1).

Das Bundesgericht merkte sodann an, dass der Ansatz des Schiedsgerichts – um das Problem der aus Art. 43 RSJ FCF *prima facie* fliessenden Unzuständigkeit zu umgehen («*contourner le problème*») –, das Regelungsarsenal des FCF nach einer Norm zu durchsuchen, die die Zuständigkeit des TAS begründe, aussichtslos sei, wenn die untersuchten Normen keine direkte Grundlage für die Zuständigkeit des TAS böten oder wenn sie sich auf andere Bereiche oder Zuständigkeitsorgane des kolumbianischen Fussballrechts bezögen (E. 6.5.2). Es gebe im vorliegenden Fall keinen Grund, das *Pro-Arbitrato-Prinzip* anzuwenden, welches das Schiedsgericht aus Art. 13 und 20 der FCF-Satzung und anderen Regelungen abgeleitet habe, da vorliegend keine, nicht einmal eine pathologische Schiedsklausel vorliege, die für ihre Umsetzung eine Auslegung im Lichte des Utilitätsprinzips erfordere.

Das Bundesgericht kam folglich zum Schluss, dass die Einrede der Unzuständigkeit des TAS begründet sei (E. 6.6), hiess die Beschwerde gut und hob den angefochtenen Schiedsentscheid auf.

### III. Anmerkungen

#### A. Ex officio Zuständigkeitsprüfung: Wie weit darf das Schiedsgericht gehen?

Das Bundesgericht erwog, dass das Schiedsgericht gemäss [Art. 186 Abs. 1 IPRG](#) über seine Zuständigkeit entscheide, und ergänzte, dass dies *ex officio* erfolge (E. 6.2). Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht mit dieser Erwägung eine in einem früheren Entscheid aufgeworfene Frage beantwortete. Es identifizierte für den Fall, dass die beklagte Partei, wie im vorliegenden Fall, am Verfahren teilnimmt und rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede erhebt, drei mögliche Lösungsansätze, liess die Frage im früheren Urteil aber offen, welcher Ansatz vorzuziehen sei.<sup>1</sup> Gemäss dem ersten Lösungsansatz dürfte sich das Schiedsgericht bei der

<sup>1</sup> [BGE 128 III 50 E. 2c/bb/cc](#), in: Pra 2002, Nr. 90.



Prüfung der Unzuständigkeitseinrede auf die von der klagenden Partei vorgebrachten zuständigkeitsbegründenden Sachverhaltselemente beschränken, welche von der beklagten Partei bestritten werden.<sup>2</sup> Dagegen sieht der zweite Lösungsansatz, welcher sich darauf stützt, dass das Schiedsgericht nicht nur die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen prüft und grundsätzlich nicht an die Rechtsauffassung der Parteien gebunden ist,<sup>3</sup> eine Nachforschungspflicht des Schiedsgerichts vor;<sup>4</sup> d.h., das Schiedsgericht hätte sich nicht ausschliesslich an die geltend ge-

#### AJP 2021 S. 1191, 1194

machten Rügen zu halten, sondern sich frei und unter Prüfung sämtlicher, möglicherweise vielfältiger Gesichtspunkte zu vergewissern, ob eine Schiedsabrede besteht.<sup>5</sup> Der dritte, vermittelnde Lösungsansatz würde schliesslich darin bestehen, vom Schiedsgericht nicht zu verlangen, sämtliche möglichen und denkbaren Unzuständigkeitsgründe zu prüfen, aber dieses zu verpflichten, dass es einen nicht geltend gemachten Unzuständigkeitsgrund *ex officio* berücksichtigt, auf den es bei der Prüfung der vorgebrachten Sachverhaltselemente stösst.<sup>6</sup>

Es ist unklar, ob aus der summarischen E. 6.2, wonach das Schiedsgericht die Zuständigkeit von Amtes wegen entscheide, folgt, dass sich das Bundesgericht für die zweite Variante entschieden hat. E. 6.5, in der das Bundesgericht die Vorgehensweise des TAS als besonders rätselhaft bezeichnet (*«particulièrement songeur»*) und als auf einer fragwürdigen Logik (*«logique plus que discutable»*) basierend beurteilt, legt dies nicht nahe. E. 6.5 kritisiert nicht primär, dass das Schiedsgericht die fraglichen Abklärungen traf, sondern die Art und Weise, wie dies erfolgte. Die Regelungsvorschriften der FCF und ihrer Abteilungen, die die Zuständigkeit des TAS stützen sollen, hätten sich bei einer ersten Prüfung durch das Schiedsgericht als ungeeignet erwiesen. Anstatt dass sich das Schiedsgericht damit begnügt hätte, habe es versucht, im dichten Regelungsarsenal der FCF einige verstreute Bestimmungen zu entdecken, die den Weg zu einer Berufung vor dem TAS ermöglichten. Gemäss Bundesgericht hätte sich das Schiedsgericht an seine ursprüngliche Schlussfolgerung halten und nicht tiefer in den verwunschenen Wald (*«forêt enchantée»*) gehen sollen (E. 6.5).

Die Ausführungen des Bundesgerichts sind ausgewogen und kommen zum richtigen Schluss. Fraglich ist indes, wie bereits erwähnt, ob aus E. 6.2 folgen soll, dass Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit generell von Amtes wegen prüfen sollen, was zu verneinen ist. Das Bundesgericht wies in dieser E. 6.2 das Argument zurück, dass die Partei, welche das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung behauptete, die Beweislast für deren Existenz trage und dass das Schiedsgericht deshalb nicht das Regelwerk der FCF nach einer zuständigkeitsbegründenden Norm hätte durchsuchen dürfen. Wenn man die Erwägung (*«le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Il le fait d'office»*) mit diesem Argument der Beschwerdeführerin verknüpft, ist sie verständlich, wenn auch u.E. nicht präzise.

Einerseits wendet das Schiedsgericht das Recht gemäss dem Grundsatz *iura novit curia* und analogeweise auch Verbandsstatuten u.Ä. von Amtes wegen (*«d'office»*) an. Dabei ist u.E. im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung zwischen Rechtsanwendung und Sachverhaltsermittlung zu unterscheiden. Das Schiedsgericht ist an die von der Schiedsbeklagten in der Unzuständigkeitseinrede erhobenen Gründe für die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gebunden. Es kann deshalb nicht nach weiteren rechtlichen Gründen für seine Unzuständigkeit forschen; denn die Schiedsbeklagte anerkennt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts implizit für die zuständigkeitsbegründenden faktischen und rechtlichen Umstände und Kriterien, die sie nicht zur Begründung ihrer Unzuständigkeitseinrede vorträgt.<sup>7</sup> Andererseits trägt die Schiedsklägerin im Falle einer Unzuständigkeitseinrede die Beweislast für das Vorliegen einer

<sup>2</sup> [BGE 128 III 50 E. 2c/bb/cc](#), in: Pra 2002, Nr. 90; BSK [IPRG-Courvoisier/Jaisli Kull](#), Art. 186 N 96, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2020 (zit. BSK [IPRG-Verfasser](#)), scheinen sich für diesen Lösungsansatz auszusprechen (N 97, m.w.H.); Christian Oetiker, Zürcher Kommentar zum [IPRG](#), Bd. II, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZK-Oetiker), [Art. 186 IPRG](#) N 97, m.w.H., scheint sich gegen diesen ersten Lösungsansatz auszusprechen, weil dieser seines Erachtens systemwidrig wäre, da eine Unzuständigkeitseinrede nicht begründet werden müsse (N 99).

<sup>3</sup> [BGE 128 III 50 E. 2c/bb/cc](#), in: Pra 2002, Nr. 90, mit Verweis auf [BGE 120 II 172 E. 3a](#), in: Pra 1995, Nr. 178.

<sup>4</sup> ZK-Oetiker (FN 2), [Art. 186 IPRG](#) N 97.

<sup>5</sup> [BGE 128 III 50 E. 2c/bb/cc](#), in: Pra 2002, Nr. 90. Das Bundesgericht stufte diesen zweiten Lösungsansatz als zweifelhaft ein. Ebenfalls ablehnend äussert sich ZK-Oetiker (FN 2), [Art. 186 IPRG](#) N 97 f., insbesondere im Falle, dass die Unzuständigkeitseinrede begründet erfolgte.

<sup>6</sup> [BGE 128 III 50 E. 2c/bb/cc](#), in: Pra 2002, Nr. 90; ZK-Oetiker (FN 2), [Art. 186 IPRG](#) N 97, bevorzugt den vermittelnden Lösungsansatz, obwohl die seiner Meinung nach nicht erforderliche Begründung der Unzuständigkeitseinrede eigentlich gegen diesen Ansatz spreche (N 100).

<sup>7</sup> Es kann indes rechtliche Gründe für seine Zuständigkeit auch dann berücksichtigen, wenn sie die Schiedsklägerin nicht einwirft.





Schiedsvereinbarung, welche das Formerfordernis gemäss [Art. 178 Abs. 1 IPRG](#) erfüllt, und der Umstände, aus welcher sich ein Vertragsschluss gemäss [Art. 178 Abs. 2 IPRG](#) ergibt. Die absolut formulierte Erwägung, wonach das Schiedsgericht die Zuständigkeit von Amtes wegen prüft, lässt dieses Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Sachverhaltsermittlung ausser Acht, ist aber u.E. vor dem Hintergrund des von der Schiedsbeklagten erhobenen Arguments zu lesen.

Im Unterschied zur Zuständigkeit klärt das Schiedsgericht u.E. die Prozess- und Postulationsfähigkeit von Amtes wegen ab. Es verhindert so, dass Parteien an einem Schiedsverfahren teilnehmen, die dazu nicht in der Lage sind und die sich gegebenenfalls nicht gegen den Einbezug wehren können. Im Einklang damit verlangen Schiedsgerichte bisweilen, dass sich die Parteivertreter durch eine Vollmacht ausweisen und dass dargelegt wird, dass die Personen, welche die Vollmacht unterzeichnen, gemäss dem Handelsregister oder einem vergleichbaren Verzeichnis dazu berechtigt sind.

## B. Zeitpunkt der Unzuständigkeitseinrede

[Art. 186 Abs. 2 IPRG](#) sieht vor, dass die Unzuständigkeitseinrede vor der Einlassung auf die Hauptsache erhoben werden muss, d.h. so früh wie möglich.<sup>8</sup> Wann dieser Zeit-

**AJP 2021 S. 1191, 1195**

punkt ist, d.h., bis zu welchem Verfahrensschritt eine Unzuständigkeitseinrede als rechtzeitig erhoben gilt, kann von den Parteien z.B. durch die Wahl einer Schiedsgerichtsordnung präzisierend festgelegt werden.<sup>9</sup> Das Bundesgericht hat bereits früher entschieden, dass der Code diesbezügliche Regelungen aufstellt.<sup>10</sup>

Im vorliegenden Fall zog das Bundesgericht für die Beurteilung der Überlegungen des Schiedsgerichts zur Rechtzeitigkeit der Unzuständigkeitseinrede durch A. und die FCF Art. R37 sowie R55 des Code heran (E. 6.3.1 f.) und verwarf zu Recht den Einwand, die FCF hätte die Unzuständigkeitseinrede bereits in ihrer Antwort zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vorbringen müssen (E. 6.3.2).

Der Code unterscheidet drei Stufen der Zuständigkeitskontrolle durch das TAS: Auf der ersten Stufe erfolgt die offizielle Kontrolle durch den «Grefte du TAS» (CAS Court Office) und zielt darauf ab, sicherzustellen, dass zumindest eine Verbindung zwischen dem Anspruch und dem TAS besteht (in Form einer Schiedsklausel oder einer Vereinbarung, die das TAS als Streitbeilegungsmechanismus angibt), wobei die Tendenz besteht, die Klage im Zweifelsfall aufrechtzuerhalten. Auf einer zweiten Stufe erfolgt die Prüfung u.a.<sup>11</sup> im Falle eines Antrags auf Erlass vorläufiger Massnahmen (Art. R37 des Code). Die Prüfung erfolgt durch das Panel oder den Präsidenten der jeweiligen Abteilung und ist lediglich eine *prima facie*-Prüfung, d.h. keine endgültige Zuständigkeitsprüfung. Die endgültige Prüfung der Zuständigkeit wird im Berufungsverfahren gestützt auf Art. R55 des Code verbindlich durch das Panel vorgenommen,<sup>12</sup> welches entweder durch eine vorläufige Entscheidung oder in einem Schiedsspruch in der Hauptsache selbständig über seine Zuständigkeit (Kompetenz-Kompetenz) entscheidet.<sup>13</sup>

Diese Regelung steht im Einklang mit der Lehre zu [Art. 186 IPRG](#), wonach keine Einlassungshandlung und damit keine Verwirkung der Unzuständigkeitseinrede vorliegt bei der Teilnahme an einem vorprozessualen Massnahmenverfahren oder an einer vorprozessualen Beweisabnahme.<sup>14</sup> Wenn dies anders sein sollte, müsste ein Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen gemäss [Art. 183 IPRG](#) angefochten werden

<sup>8</sup> BGer, [4P.298/2005](#), 19.1.2006, E. 2.3; [BGE 143 III 578 E. 3.2.2.1](#), in: Pra 2018, Nr. 119; [BGE 143 III 462 E. 2.3](#), in: Pra 2018, Nr. 107; BSK [IPRG-Courvoisier/Jaisli Kull \(FN 2\)](#), Art. 186 N 100, m.w.H.

<sup>9</sup> BGer, [4A\\_682/2021](#), 20.6.2013, E. 4.4.2.1; BSK [IPRG-Courvoisier/Jaisli Kull \(FN 2\)](#), Art. 186 N 103; CHK [IPRG-Furrer/Girsberger/Ambauen](#), in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), [Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1–200 IPRG](#), 3. A., Zürich 2016, Art. 186 N 30.

<sup>10</sup> Vgl. bspw. BGer, [4A\\_634/2014](#), 21.5.2015, E. 3.1, in welchem auf Art. R39 des Code (betreffend das ordentliche Verfahren vor dem TAS) hingewiesen wird; BGer, [4A\\_682/2012](#), 20.6.2013, E. 4.4.2.1, mit Hinweis auf Art. R55 Abs. 1 des Code (betreffend das Berufungsverfahren vor dem TAS).

<sup>11</sup> Der zweite Fall betrifft einen vorliegend nicht relevanten Antrag auf Verbindung oder Intervention nach Art. R41 des Code (Despina Mavromati/Mathieu Reeb, [The Code of the Court of Arbitration for Sport, Commentary, Cases and Materials](#), Kluwer Law International 2015, Art. R55 N 18).

<sup>12</sup> Im ordentlichen Verfahren vor dem TAS erfolgt die endgültige Prüfung gestützt auf Art. R39 des Code (Mavromati/Reeb [FN 11], Art. R39 N 28).

<sup>13</sup> Mavromati/Reeb (FN 11), Art. R55 N 18 f. und Art. R37 N 20 f.

<sup>14</sup> Vgl. bspw. Bernhard Berger/Franz Kellerhals, [International and Domestic Arbitration in Switzerland](#), Bern 2015, N 651; BSK [IPRG-Courvoisier/Jaisli Kull \(FN 2\)](#), Art. 186 N 110; ZK-Oetiker (FN 2), [Art. 186 IPRG](#) N 74.



können, was indes nicht möglich ist.<sup>15</sup> Demzufolge bezeichnete das Bundesgericht die Argumentation des TAS, wonach die FCF der Zuständigkeit des TAS zugestimmt habe, d.h. sich vorbehaltlos auf die Hauptsache eingelassen habe, indem sie in ihrer Antwort auf das Gesuch um den Erlass vorsorglicher Massnahmen von B. S.A. keine Unzuständigkeitseinrede erhoben habe, u.E. zu Recht als offensichtlich fehlerhaft («*manifestement erronée*»; E. 6.3.2).

---

<sup>15</sup> Vgl. bspw. [BGE 143 III 462 E. 2.1](#), in: Pra 2018, Nr. 107; [BGE 136 III 200 E. 2.3, m.w.H.](#), in: Pra 2011, Nr. 44.