

---

# Dopingfälle – Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag

LUCIEN W. VALLONI

## Inhaltsverzeichnis

<b>Dopingfälle – Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag .....</b>	<b>203</b>
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>204</b>
<b>2. Einfluss der Dopingproblematik auf die Vertragsgestaltung .....</b>	<b>205</b>
2.1 Sicherstellung der Übernahme der Verbandsnormen .....	205
2.2 Interne medizinische Kontrollen aus arbeitsrechtlicher Sicht .....	207
2.3 Arztgeheimnis und Einwilligung des Arbeitnehmers .....	209
2.4 Regeln im Falle von externen positiven Dopingkontrollen und auffälligen internen Kontrollen .....	210
2.5 Geheimhaltung .....	211
<b>3. Eintritt eines konkreten Dopingfalles .....</b>	<b>211</b>
3.1 Externe positive A-Probe .....	212
3.2 Interner positiver Befund .....	213
3.3 Suspendierung durch externes Organ .....	214
3.4 Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers .....	215
3.4.1 Freistellung .....	216
3.4.2 Auflösung des Arbeitsverhältnisses .....	218
3.4.2.1 Fristlose Kündigung .....	218
3.4.2.2 Verdachtskündigung .....	220
3.4.3 Kommunikation .....	221
3.4.4 Lohnfortzahlung .....	222
3.5 Auswirkungen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers .....	223
3.6 Folgen bei Bestätigung der A-Probe durch eine B-Probe .....	224
3.6.1 Lohnfortzahlung .....	224
3.6.2 Fristlose Kündigung .....	224
<b>4. Auswirkungen des Verfahrens vor Verband bzw. CAS .....</b>	<b>225</b>
4.1 Bestätigung oder Aussprechung der Sperre .....	226
4.2 Aufhebung der Sperre und Freispruch .....	226
<b>5. Schadenersatzansprüche bei Dopingfällen aus arbeitsrechtlicher Sicht .....</b>	<b>227</b>
5.1 Positiver Befund – Haftungsvoraussetzungen der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers .....	227
5.1.1 Imageschaden für Arbeitgeber .....	229
5.1.2 Verlust der Arbeitskraft / Teamdisqualifikation .....	229
5.1.3 Auswirkungen auf Lizenz des Arbeitgebers .....	230
5.1.4 Auswirkungen auf Sponsoren des Arbeitgebers .....	230
5.2 Minderung und Ausschluss der Haftung / Beweislast .....	230

5.3	Negativer Dopingbefund – Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers...	231
5.3.1	Ungerechtfertigte fristlose Entlassung (Art. 337c OR).....	231
5.3.2	Rufschädigung.....	233
5.3.3	Verletzung der Geheimhaltung.....	233
5.3.4	Ungerechtfertigter Hinderung an Arbeitsleistung.....	234
<b>6.</b>	<b>Exkurs: Verantwortung des Arbeitgebers bei Abschluss des UCI Pro Tour-Team-Code .....</b>	<b>234</b>
6.1	Verlängerung der verbandsmässigen Sperre um zwei weitere Jahre .	234
6.2	Wirkungen des Code bei noch bestehendem Arbeitsvertrag .....	235
6.3	Wirkungen des Code bei nicht bestehendem Arbeitsvertrag .....	236
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>237</b>

## 1. Einleitung

Seit den antiken olympischen Wettkämpfen wird versucht, auf andere Methoden der Leistungssteigerung als bloss auf das alltägliche Training zurückzugreifen, um sich gegenüber den Konkurrenten einen Vorteil zu verschaffen. Doch während sich die Olympioniken im alten Griechenland mit Stierfleisch und -hoden verköstigten und die Schwerathleten unter ihnen gar durch Überfütterung wie Schlachtvieh gemästet wurden, sind die heutigen Möglichkeiten des Dopings mannigfaltiger.

Die heutigen wissenschaftlichen und technischen Möglichkeiten des Dopings haben zu einem Wettlauf zwischen Jäger und Gejagten geführt – also zwischen gedoptem Sportler und Anti-Doping-Agenturen oder -Behörden. Die Dopingmethoden werden raffinierter, die Kontrollmethoden gleichzeitig genauer und engmaschiger.

Aufgrund dieser Tatsache, dass einerseits das Doping, andererseits die Kontrolle sowie die Bestrafung gedopter Sportler ein fester Bestandteil des heutigen professionellen Wettkampfsportes sind, müssen die daraus fliessenden Konsequenzen auf die Vertragsgestaltung erkannt und in der Praxis umgesetzt werden.

In der Folge wird versucht, praxisnahe Fragestellungen zu antizipieren und rechtlich abgestützte Vorgehensweisen aufzuzeigen.

## **2. Einfluss der Dopingproblematik auf die Vertragsgestaltung**

Gemäss einhelliger Lehrmeinung wird das Vertragsverhältnis zwischen dem für seine Leistungen entlohnten Sportler und seinem Verein oder Team grundsätzlich als Arbeitsvertrag qualifiziert<sup>1</sup>. Ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 OR zeichnet sich durch Leistung von Arbeit, welche auf Zeit geschuldet wird und für welche ein Lohn entrichtet wird, sowie der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation aus<sup>2</sup>. Diese Kriterien werden im professionellen Wettkampfsport erfüllt<sup>3</sup>.

Im Sinne einer prospektiven Vertragsgestaltung muss im Vorfeld eines Vertragsschlusses sichergestellt werden, dass Dopingkontrollen und allfällige Sanktionen überhaupt ermöglicht werden können. Dabei ist die Übernahme der jeweiligen Verbandsnormen sicherzustellen, den Möglichkeiten der internen Kontrollen und die Frage des Arztgeheimnisses zu erörtern, das Verhalten bei externen positiven Dopingbefunden zu regeln und eine geeignete Kommunikation sicherzustellen.

### **2.1 Sicherstellung der Übernahme der Verbandsnormen**

Die Welt des Sports ist in monopolistischen Verbänden strukturiert, wobei sich jeweils klare Stufen-Hierarchien ergeben. Für jede Sportart gibt es also in aller Regel nur einen Weltverband, einen Regionalverband pro Region und einen Nationalverband pro Land<sup>4</sup>. Der einzelne Sportler ist in aller Regel nicht direkt Mitglied dieser Verbände<sup>5</sup>. Damit die Verbandsnormen (insbesondere im Bereich des Dopings) jedoch auch für den einzelnen Sportler bindend sind, muss die Übernahme dieser Verbandsnormen sichergestellt werden<sup>6</sup>. Dies kann durch Beitritt zu einem Verein geschehen, welcher in seinen eigenen Statuten das „übergeordnete“ Verbandsrecht eins zu eins übernommen hat, oder aber durch Anerkennung des Re-

---

<sup>1</sup> Anstatt vieler: ZEN-RUFFINEN, N 516.

<sup>2</sup> PORTMANN, N 1 ff.

<sup>3</sup> EuGH, Bosman-Urteil vom 15. Dezember 1995, Urteil C-415/93, Bd. 1995, S. I-04921, N 90.

<sup>4</sup> FRITZWEILER/PFISTER/SUMMERER, 9, N 14.

<sup>5</sup> FRITZWEILER/PFISTER/SUMMERER, 120, N 105 und 106.

<sup>6</sup> Zu den Formen der Überbindung des Satzungsrechtes siehe etwa HODLER, 1 ff.; BAD-DELEY, Statut, 70 ff.

gelwerks (oder Teile davon) mittels Arbeitsvertrag, einer speziellen Athletenerklärung – explizit oder durch konkludentes Verhalten<sup>7</sup>.

Dadurch, dass die Verbandsnormen Teil des Arbeitsvertrags werden, stellt ein Verstoss gegen die Verbandsnormen (i.c. durch ein Dopingvergehen) gleichzeitig eine Verletzung des Arbeitsvertrages dar. Diese Tatsache ist für eine allfällige Suspendierung<sup>8</sup> oder fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber von Wichtigkeit (vgl. unten Ziff. 3.4).

An sich muss diese Übernahme der Verbandsnormen freiwillig und im Rahmen von Art. 27 ZGB erfolgen. Dies ist insbesondere wesentlich, weil die in den Verbandsnormen (inkl. WADA-Code) vorgesehenen Sanktionen äusserst einschneidend sind und von der zweijährigen Regelsperre bis hin zu einer lebenslangen Sperre reichen. Im Fussball werden in der Schweiz beispielsweise die verschiedenen Verbands- und Dopingnormen über den Arbeitsvertrag auf den Spieler als anwendbar erklärt<sup>9</sup>. Dies sind also die Normen der Swiss Football League (SFL)<sup>10</sup>, des Schweizerischen Fussballverbandes (SFV)<sup>11</sup>, der UEFA<sup>12</sup>, FIFA<sup>13</sup>, Swiss Olympic und des WADA-Code. Im Radsport geschieht das Nämliche mit den Normen von Swiss Cycling, Swiss Olympic, der UCI und des WADA-Code. Es ist klar, dass die Sportler hier weder mit Bezug auf die vereinbarten schieds-

<sup>7</sup> FRITZWEILER/PFISTER/SUMMERER, 133, N 150 ff.; ZEN-RUFFINEN, N 545.

<sup>8</sup> Die Suspendierung wird in diesem Beitrag folgendermassen verstanden: Erfolgt die Suspendierung durch ein internes Organ, so wird eine einstweilige Nichtselektion für Ernstkämpfe gemeint; erfolgt die Suspendierung durch ein externes Organ, so wird sie als (einstweilige) Sperre verstanden, welche zu einer faktischen Nichteinsatzbarkeit seitens des Arbeitgebers führt.

<sup>9</sup> Man spricht von „dynamischen Verweisen“, wenn die Regeln in der jeweils aktuellen Form Geltung beanspruchen sollen. In Deutschland sind solche Verweise unzulässig (FRITZWEILER/PFISTER/SUMMERER, N 153). In der Schweiz sind sie nach der herrschenden Lehrmeinung zulässig (BK-RIEMER, N 508). Das mag mit Bezug auf jene Fälle zutreffend sein, in denen die Spieler gleichzeitig auch Vereinsmitglied sind und bestimmte Normen deshalb als Vereinsrecht auch für sie in der jeweils geltenden Fassung massgebend sind. Ist aber der Verweis auf die jeweiligen Verbandsnormen lediglich vertraglicher Art, ist eine dynamische Verweisung schwer denkbar, weil letztlich ein übereinstimmender Parteiwille betreffend jede Abänderung notwendig wäre.

<sup>10</sup> Die entsprechenden Normen können auf [www.football.ch](http://www.football.ch) abgerufen werden.

<sup>11</sup> Die entsprechenden Normen können auf [www.football.ch](http://www.football.ch) abgerufen werden.

<sup>12</sup> Vgl. dazu im Bereich Doping insbesondere Art. 6 UEFA-Dopingreglement, Ausgabe 2006.

<sup>13</sup> Vgl. dazu im Bereich Doping insbesondere Ziff. 2.2 und 2.3 Reglement für die Dopingkontrollen bei FIFA-Wettbewerben und ausserhalb von Wettbewerben, Januar 2006, sowie Art. 149 FIFA-Disziplinarreglement, März 2005; siehe zu diesem Themenkreis auch TÄNNLER, 368 ff.

gerichtlichen Zuständigkeiten noch mit Bezug auf die anwendbaren Dopingnormen eine wirkliche Wahl haben. Ihnen bleibt keine andere Wahl als die Regeln zu akzeptieren. Andernfalls können sie ihren Beruf nicht kommerziell ausüben. Damit ist klar, dass von einer eigentlichen Freiwilligkeit der Übernahme dieser Normen nicht ernsthaft gesprochen werden kann. Es stellt letztlich die klare Ausübung der Marktmacht der Monopolverbände dar, denen die Sportler ausgeliefert sind. Klar ist sodann auch, dass die Menge der Normen, auf die im Arbeitsvertrag der Sportler verwiesen wird, enorm umfangreich und unübersichtlich ist. Im Vergleich zu der Vielzahl von Normen sind die meisten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), auch wenn diese in kleiner Schrift verfasst sind, äusserst übersichtlich, weil in der Regel auf einer oder zwei A4-Seiten enthalten und geradezu transparent im Vergleich zu den Verweisungen auf die Verbandsnormen. Es ist deshalb klar, dass im Rahmen der Übernahme von Normen im Sportbereich über den Verweis im Arbeitsvertrag die Regeln über die AGB's anwendbar sein müssen. In Anwendung der bei Globalübernahmen massgebenden „Ungewöhnlichkeitsregel“ sind deshalb an sich nur diejenigen Bestimmungen, auf die verwiesen wird, gültig, die nach Treu und Glauben als Inhalt des allgemeinen Verweises zu erwarten waren. All dies macht deutlich, dass es ratsam ist, wesentliche Bestimmungen eines Verweises zumindest zusammengefasst in den Arbeitsvertrag zu integrieren. Dies ist insbesondere mit Bezug auf die Schiedsklauseln wie aber auch mit Bezug auf die Dopingnormen ratsam. Das Nämliche gilt mit Bezug auf die Sanktionen (auch arbeitsrechtliche) im Falle eines Verstosses gegen Dopingnormen.

## **2.2 Interne medizinische Kontrollen aus arbeitsrechtlicher Sicht**

Der Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer fürsorgepflichtig. Diese Fürsorgepflicht ist dabei das Gegenstück zur allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a Abs. 1 OR und ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt<sup>14</sup>. Explizit geregelt ist jedoch die Pflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 Abs. 2 OR, Massnahmen zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer zu treffen (in diesem Sinne auch

---

<sup>14</sup> PORTMANN, N 581 ff.

Art. 6 ArG<sup>15</sup> sowie Art. 82 UVG<sup>16</sup>). Neben einer sachgemässen Organisation der Arbeit gehört auch die Pflicht, den Arbeitnehmer auf Gefahren hinzuweisen und die Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen zu überwachen<sup>17</sup>. Die Grenze ist das technisch Mögliche und wirtschaftlich Zumutbare, wobei beides gleichzeitig den Mindeststandard nach Art. 362 OR darstellt<sup>18</sup>.

Interne medizinische Kontrollen fallen folglich unter die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Auch Art. 328b OR über die Bearbeitung der Personendaten steht dem nicht entgegen. Nicht nur dienen diese Kontrollen dem Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer – sie helfen auch als Überwachungsmassnahme zur Überprüfung der Einhaltung des Dopingverbotes durch den Sportler. In diesem Zusammenhang ist deshalb davon auszugehen, dass der Arbeitgeber sogar verpflichtet ist, insbesondere im Spitzensportbereich, jedenfalls in dopinggefährdeten Sportarten (insbesondere Ausdauersportarten), interne medizinische Kontrollen durchzuführen. Einerseits vermögen solche internen medizinischen Kontrollen auch Hinweise darüber zu geben, ob der betreffende Sportler überhaupt generell körperlich in der Lage ist, Spitzensport auszuüben und ob seine momentane körperliche Verfassung einen konkreten Einsatz erlaubt. Es ist insofern ratsam, vertraglich festzulegen, welche Kontrollen jeweils in welchen Zeitintervallen durchgeführt werden und bei welchen Werten (insbesondere Blutwerten) ein Sportler pausieren muss. Klar ist insofern auch, dass die jeweils für einen Sportler gemessenen Werte in einen Gesamtzusammenhang gestellt werden müssen. Sind unerklärbare Schwankungen vorhanden, welche allein für sich noch kein Dopingvergehen darstellen, sind geeignete Massnahmen und Abklärungen vorzusehen, die wenn möglich vertraglich festzuhalten sind. Die Massnahmen können von einer Suspendierung bis zu zusätzlichen Kontrollen führen, wobei der Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers im Vordergrund steht. Ratsam ist es auch, Sanktionen für die Weigerung, bestimmte Kontrollen über sich ergehen zu lassen, festzuschreiben. Auch vertraglich fixierte Sanktionen für medizinisch nicht erklärbare Werte, insbesondere im Wiederholungsfalle, sind im Konfliktfall hilfreich.

---

<sup>15</sup> Siehe dazu etwa ArG-SCHIEDEGGER/PITTELOUD, N 1 ff. zu Art. 6 ArG.

<sup>16</sup> Verpflichtung des Arbeitgebers, Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zu ergreifen.

<sup>17</sup> BGE 102 II 18.

<sup>18</sup> BGE 112 II 138; BGE 110 II 165 E.2a; BGE 106 II 134 E.3; BasK-REHBINDER/PORTMANN, N 10 zu Art. 328 OR.

## **2.3 Arztgeheimnis und Einwilligung des Arbeitnehmers**

Eine Hürde für die Transparenz medizinischer Kontrollen kann das Arztgeheimnis bilden. Aufgrund dessen könnte gar der Nutzen interner medizinischer Kontrollen stark vermindert werden; der Arbeitgeber könnte nämlich bei vollumfänglicher Wirkung des Arztgeheimnisses die Wirksamkeit seiner aus der Fürsorgepflicht sich ableitenden Massnahmen nicht überprüfen. Nebst dem Arztgeheimnis bildet auch die Einwilligung des Arbeitnehmers zu diesen Kontrollen ein zu überbrückendes Hindernis, stellen diese Kontrollen doch regelmässig Eingriffe in die physische Integrität des Sportlers dar.

Der Arbeitsvertrag muss deshalb vorsehen, dass der Arbeitgeber den Teamarzt beauftragen kann, den Arbeitnehmer zu testen sowie die Resultate dieser Kontrollen dem Arbeitgeber mitzuteilen.

Entsprechend sollte der Arbeitnehmer den Arzt in engen Grenzen vom Berufsgeheimnis entbinden, jedoch in sachlicher und personeller Hinsicht eingeschränkt. Sachlich eingeschränkt in dem Sinne, dass lediglich die Übermittlung von Resultaten, die im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehen können, möglich ist. Personell eingeschränkt in dem Sinne, dass die Resultate bloss dem Arbeitgeber mitgeteilt werden bzw. einer vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Kontaktperson, mithin nicht einem gesamten Team.

Die Weitergabe der Informationen an die Öffentlichkeit über die Medien ist in der heutigen mediatisierten Welt von entscheidender Bedeutung. Dabei ist zwischen verschiedenen Gütern abzuwägen. Einerseits ist der Arbeitnehmer vor einer medialen Vorverurteilung zu schützen. Andererseits hat der Arbeitgeber ein essentielles Interesse, sein korrektes Verhalten darzulegen, könnte doch eine allfällige Verwicklung in Dopingpraktiken zum Verlust der Lizenz und/oder Teilnahmeberechtigung für bestimmte Veranstaltungen oder Meisterschaften führen (z.B. bei Radsport-Teams zum Verlust der Pro-Tour-Lizenz). Zuletzt ist noch das Interesse der Sportverbände zu berücksichtigen, welche zum Wohlergehen ihrer Sportart möglichst rasch gegenüber der Öffentlichkeit klarstellen wollen, dass die eigene Sportart sauber ist bzw. dass gegen Dopingvergehen rigoros vorgegangen wird.

Wesentlich ist auch, dass man sich von Sportlern, welche sich nicht ausschliesslich durch den Teamarzt betreuen lassen, die genauen Angaben des betreuenden Arztes mitteilen lässt und der Arbeitgeber sich das Recht vorbehält, die Behandlung des Sportlers durch bestimmte Ärzte zu verbie-

ten, um präventiv mit Doping in Verbindung gebrachte Ärzte ablehnen zu können. Zusätzlich ist es auch ratsam, dass der Sportler den externen Arzt vom Arztgeheimnis gegenüber dem Teamarzt entbindet, damit dieser allenfalls zusätzliche Angaben von jenem erhältlich machen kann, die die Beurteilung des Gesundheitszustandes des Sportlers verbessern können.

## **2.4 Regeln im Falle von externen positiven Dopingkontrollen und auffälligen internen Kontrollen**

Im Falle auffälliger interner Kontrollen oder gar externer positiver Dopingkontrollen sollten im Arbeitsvertrag auch Bestimmungen über das Verfahren in solchen Fällen aufgenommen werden. Bei auffälligen internen Kontrollen kann es von beiderseitigem Interesse sein, Massnahmen zu ergreifen, um die Gesundheit des Sportlers zu gewährleisten und auch um ein positives Resultat einer externen Kontrolle zu vermeiden. Eine Massnahme wäre beispielsweise die vorläufige Suspendierung und die genaue Abklärung der möglichen Ursachen für die ermittelten Werte. Gerade im Hinblick auf eine solch einschneidende Massnahme wie die Suspendierung ist im Arbeitsvertrag das Vorgehen klar zu gliedern. Klar ist auch, dass im Falle einer Suspendierung nicht nur die Interessen des betroffenen Sportlers wesentlich sind. Auch die Interessen der übrigen Mannschaftskollegen an einem reibungslosen konfliktfreien Wettkampf sind zu berücksichtigen. Es darf wegen einem Sportler nicht die gesamte Mannschaft gefährdet werden. Insofern ist auch klar, dass die Interessen einer Mannschaft gegenüber den Interessen eines einzelnen Sportlers im Sinne einer Interessenabwägung in der Regel überwiegen sollten. Der Arbeitgeber hat schliesslich auch diejenigen Massnahmen zu treffen, die neben der Gesundheitsvorsorge auch die Interessen der Gesamtheit der Arbeitnehmer im Auge behalten. Schliesslich geraten durch einen Lizenzverlust oder eine Teamdisqualifikation sämtliche Arbeitsverhältnisse sowie auch die Sponsorenverträge in Gefahr. Alle diese Argumente sind neben den sportlichen Kriterien in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Es ist klar, dass unter diesen Voraussetzungen die Beschäftigungspflicht ihre Grenzen haben muss und einer Suspendierung eines Sportlers nicht wirklich im Wege steht.



## **2.5 Geheimhaltung**

Ein positives Resultat einer Dopingkontrolle wirft ein extrem negatives Licht auf einen Sportler. Umso wichtiger ist der sorgfältige Umgang mit vorläufigen Ergebnissen. Handelt es sich um das positive Resultat einer internen Dopingkontrolle, so können strenge Geheimhaltungsrichtlinien vereinbart werden, welche Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers schützen. Im Falle eines externen positiven Resultats sind sowohl Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer vom angemessenen Verhalten von Dopingbehörde, Veranstalter oder Verband abhängig. An sich sind die verantwortlichen Organe in Anwendung von Art. 14 i.V.m. Art. 7.2 WADA-Code verpflichtet, die Resultate bis nach Gewährung des rechtlichen Gehörs mithin nach B-Probe und nach Verhandlung geheim zu halten. Fakt ist jedoch, dass solche Informationen gleichwohl meist in einem viel früheren Verfahrensstadium an die Öffentlichkeit gelangen. Deshalb können für einen solchen Fall keine abschliessenden und engmaschigen Geheimhaltungsrichtlinien ausgearbeitet werden. Klar ist aber auch, dass die Geheimhaltungsfähigkeit mit dem Grad der Bekanntheit des betroffenen Sportlers markant sinkt. Bei berühmten Sportlern kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Geheimhaltung nicht mehr gewährleistet werden, weil in solchen Fällen die Medien, auf welchem Weg auch immer, jeweils äusserst rasch Wind von der Angelegenheit erhalten. Sobald die Medien über einen Dopingfall berichten, besteht beim Arbeitgeber bzw. dem betroffenen Sportler ein grosser Druck hin zur Kommunikation. Hilfreich sind deshalb Bestimmungen, welche die Geheimhaltung und die Kommunikation im Krisenfall regeln und beide Parteien die Kommunikationsmöglichkeiten wahren.

## **3. Eintritt eines konkreten Dopingfalles**

Der Eintritt eines konkreten Falles kann sich aufgrund des Vorliegens eines externen oder internen positiven Befunds ergeben. Die daran anknüpfende Konsequenz kann die Suspendierung (vgl. Fn 8) durch ein externes Organ, also einem Verband oder einer Behörde, oder aber auch die Nichtselektion durch den Arbeitgeber selbst (interne Suspendierung) sein<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Zu den Strafen siehe etwa: ADOLPHSEN, 1 ff.; FRITZWEILER, 1 ff.

### 3.1 Externe positive A-Probe

Gemäss Art. 7.1 des WADA-Code führt das positive Analyseergebnis der A-Probe dazu, dass die zuständige Anti-Doping-Organisation feststellt, ob der Sportler eine gültige medizinische Ausnahmegenehmigung besitzt oder ob eine offensichtliche Abweichung von internationalen Standards für Dopingkontrollen und Laboranalysen vorliegt, welche die Richtigkeit des positiven Analyseergebnisses in Frage stellen. Eine positive A-Probe ist als Dopingverdacht anzusehen, welcher später auf Verlangen des Athleten durch eine B-Probe zu bestätigen ist. Hernach erhält der betroffene Sportler Gelegenheit sich in einem verbandsinternen Verfahren oder in einem Verfahren vor der nationalen Dopingbehörde (z.B. Swiss Olympic) zu verteidigen. Der verbandsinterne Entscheid bzw. der Entscheid einer nationalen Dopingbehörde kann in der Regel bis vor das CAS<sup>20</sup> und hernach in der Regel vor das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen werden.

Es stellt sich also die Frage des Verhaltens nach der positiven A-Probe, jedoch vor dem Vorliegen des Ergebnisses einer B-Probe, auf welche der Athlet gemäss Art. 7.2 WADA-Code einen verfahrensmässigen Anspruch hat. Insbesondere steht der Arbeitgeber vor dem Dilemma, ob er sich für den Arbeitnehmer einsetzen oder ob er ihm seine Unterstützung verweigern soll. Dabei befindet sich der Arbeitgeber in einem Spannungsfeld: Auf der einen Seite steht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass man den Arbeitgeber als Beschützer eines sich angeblich dopenden Athleten begreift. Diese Problematik hat sich konkret ganz stark im Fall des Phonak Cycling Teams betreffend Tyler Hamilton gezeigt. Hier hat sich der Arbeitgeber äusserst stark für die Interessen des Sportlers eingesetzt. Einerseits war der Arbeitgeber von der erstmals angewandten Methode zum angeblichen Nachweis einer Fremdbluttransfusion, gestützt auf die Nichterteilung von Informationen zur Verlässlichkeit des angewandten Tests, nicht überzeugt und war gezwungen, selber Abklärungen dazu einzuleiten und andererseits waren die Ausführungen von Tyler Hamilton widerspruchsfrei und glaubhaft. Das Phonak Cycling Team hat öffentlich Zweifel an der angewandten Analyse-methode geäussert und sich diesbezüglich mit der Verteidigung von Tyler Hamilton auf einer Linie befunden. Dies hat die UCI zum Anlass genommen, dem Phonak Cycling Team die Lizenz in erster und zweiter Instanz zu verweigern. In einem Appellationsverfahren hat das CAS entschieden,

---

<sup>20</sup> Weitere Angaben zum CAS unter <http://www.tas-cas.org/en/present/frmpres.htm>.

dass es ethisch nicht zu beanstanden ist, wenn der Arbeitgeber eine erstmals angewandte Methodeanalyse beim damals gegebenen Informationsstand kritisch hinterfragt. Auch ist es nicht zu beanstanden, wenn ein Arbeitgeber sich hinter einen angeschuldigten Sportler stellt. Jedenfalls ist dieses Verhalten nicht ausreichend, um dem Team die Lizenz zu verweigern, weshalb dem Phonak Cycling Team die Lizenz durch das CAS für zwei Jahre erteilt wurde<sup>21</sup>. Klar ist jedenfalls, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich derart für einen Sportler einzusetzen. Zumindest hat jedoch der Arbeitgeber dem Sportler alle teaminternen Informationen zu erteilen, welche dem Sportler für die Verteidigung nützlich sein könnten. Dieser Anspruch kann der Sportler aus dem in der Rechtsprechung aus Art. 28 ZGB und Art. 328 OR abgeleiteten Recht, seine Personalakte einzusehen, ableiten<sup>22</sup>. Das Auskunftsrecht kann sich auch aus Art. 8 DSGVO ableiten. Sodann hat der Arbeitgeber im Rahmen der Fürsorgepflicht seine Kommunikation so auszurichten, dass einer Vorverurteilung so weit wie möglich entgegengewirkt werden kann, um die Interessen des Arbeitnehmers nicht unnötig zu tangieren.

### **3.2 Interner positiver Befund**

Die interne Kontrolle dient sowohl der Überwachung, ob der Arbeitnehmer sich korrekt verhält und die Vorgaben des Verbandes erfüllt, als auch der Überprüfung des Zustands der Gesundheit des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat ein schützenswertes Interesse daran, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung korrekt erbringen kann und dabei nicht durch ein externes Organ mit dem Mittel der Sperre eingeschränkt wird. Es dient sodann auch dem Arbeitgeber nicht, wenn der Sportler durch bestimmte Handlungen seine Gesundheit aufs Spiel setzt, um lediglich kurzfristigen Erfolg zu haben oder einen kurzfristigen Einsatz um jeden Preis zu er-

---

<sup>21</sup> Siehe dazu CAS 2004/A/777 ARcycling v/UCI; Urteil abgedruckt in *causa sport* 1/2005, 24 ff.; siehe dazu auch die Besprechung des Urteils: BADDELEY, *Rules*, 166 ff.

<sup>22</sup> BGE 120 II 118 E.3. Zu den Personalakten zählen nämlich die Gesamtheit der schriftlichen Aufzeichnungen zu einem bestimmten Arbeitnehmer. Anzumerken gilt es hier, dass das Informationsrecht nach einer fristlosen Entlassung insofern eingeschränkt ist, als der Arbeitnehmer ein schützenswertes Interesse nachzuweisen hat, um Einsicht in die Personalakte zu erlangen (siehe dazu auch BGE 120 II 118 E.3; einem fristlos entlassenen Bankangestellten wurde kein Einsichtsrecht in Berichte eines Privatdetektivs gewährt). Sofern der Arbeitgeber seiner Informationspflicht nicht nachkommt bzw. seine Herausgabepflicht verweigert, kann er nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig werden (siehe dazu etwa ZR 100 [2001] Nr. 75).

möglichen. Wie oben aufgezeigt, leitet sich die Pflicht der internen Kontrollen durch den Arbeitgeber aus seiner eigenen Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer ab (vgl. oben Ziff. 2.2).

Wie im Falle einer externen positiven A-Probe, besteht ein grosses Reputationsrisiko für den Arbeitgeber, wenn die geeigneten Massnahmen gegenüber dem offenbar fehlbaren Arbeitnehmer bei einer suspekten internen Kontrolle nicht getroffen werden. Es droht der Vorwurf gegenüber dem Arbeitgeber von Seiten des Verbandes und/oder der Dopingbehörden bzw. Medien, dass er sich selbst unsportlich verhalten hat und nicht alle organisatorisch möglichen Präventivmassnahmen zur Verhinderung von Doping ergriffen hat bzw. dem Treiben der Sportler einfach untätig zugeesehen hat. Klar ist jedoch, dass die medizinischen internen Kontrollen nie die externen Dopingkontrollen zu ersetzen vermögen. Dazu fehlen die verschiedenen wissenschaftlichen Geräte und die übrige Infrastruktur vollkommen. Überdies führen die angesehenen Dopinglabors keine team-internen Dopingkontrollen durch, weil man nicht ermöglichen will, dass mit Hilfe von internen Kontrollen über die Nachweisbarkeit oder Nichtnachweisbarkeit einer bestimmten Substanz oder Methode in variierenden Konstellationen bestimmte Vorteile gezogen werden können. Der Arbeitgeber hinkt damit notgedrungen den eigentlichen Dopingkontrollen hinterher und hat letztlich kein wirklich funktionsfähiges Instrumentarium, um Dopingsündern mit eigenen medizinischen Tests auf die Schliche zu kommen. Die Enthüllungen der Dopingpraktiken der letzten Monate (Operación Puerto in Spanien) haben aber auch aufgezeigt, dass Doping ein hochwissenschaftliches und komplexes Vorgehen erfordert. Eine Vielzahl von Präparaten und sich wechselnden Verbindungen sind offenbar notwendig, um den wirklich gewünschten Effekt, allenfalls auch den Effekt der Cachierung zu bewirken. Es ist klar, dass die medizinischen Möglichkeiten eines Teams zur effektiven Kontrolle zum Scheitern verurteilt sind. Ganz zu schweigen von dem allenfalls bereits angewandten „Gendoping“.

### **3.3 Suspendierung durch externes Organ**

Als externes Organ gilt im vorliegenden Fall ein nationaler oder internationaler Verband, welcher die Möglichkeit hat, den fehlbaren Sportler zu sanktionieren bzw. in der Regel mit einer Sperre zu belegen. Im internationalen organisierten Sport bietet sich als eine mögliche erste Sanktion

die vorläufige Suspendierung (provisorische Sperre) an<sup>23</sup>. Davon wird aber beispielsweise von der UCI äusserst selten Gebrauch gemacht. So hat beispielsweise die UCI oder die USADA Tyler Hamilton nie provisorisch gesperrt, obschon dies in Anwendung der UCI-Rules<sup>24</sup> bzw. USADA-Rules möglich gewesen wäre. Es ist offensichtlich, dass sich die Weltverbände bei der provisorischen Sperre insbesondere von weltbekannten Spitzensportlern, wohl aus haftungsrechtlichen Überlegungen heraus, äusserst schwer tun. Vielmehr ist die Tendenz zu erkennen, die gesamte Verantwortung dem Arbeitgeber zu überlassen. Nicht anders ist das Verhalten der UCI im jüngsten Dopingkandal in Spanien. Die UCI hat keinen der angeblich involvierten Fahrer von sich aus superprovisorisch gesperrt. Die Teams selber mussten eingreifen, und zwar bereits bevor offizielle Dopingverfahren vor den jeweils für die verschiedenen Fahrer, je nach Lizenzstatus, kompetenten nationalen Dopingbehörden überhaupt aktiv geworden sind.

Für den Arbeitgeber stellt sich nach einer vorläufigen Suspendierung durch ein externes Organ die Frage, inwiefern sein weiteres Verhalten als unethisch im Sinne der verschiedenen Ethik-Codes eingestuft werden könnte. Als unethisch im Sinne dieser Ethik-Codes werden Verhaltensweisen angesehen, die nicht im Einklang mit Fairness und Respekt stehen, mithin dem „Spirit of Sport“ entgegenstehen<sup>25</sup>.

Für den Arbeitgeber öffnet sich auch hier ein Spannungsfeld. Einerseits will er seinen sportlich erfolgreichen Arbeitnehmer behalten können und diesen weiterhin an Wettkämpfen teilnehmen lassen und ist damit interessiert, die Suspendierung aufheben zu lassen und den Sportler entsprechend zu unterstützen. Andererseits hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, von der Lohnzahlungspflicht gegenüber dem suspendierten Arbeitnehmer befreit zu werden.

### **3.4 Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers**

Für den Arbeitgeber ergeben sich im Falle des Eintritts eines konkreten Dopingfalles verschiedene Möglichkeiten, welche seinen Interessen entgegenkommen. Durch eine momentane Nichtselektion für sportliche

---

<sup>23</sup> So auch im WADA-Code, Artikel 7.5.

<sup>24</sup> Art. 217 UCI Anti Doping Rules.

<sup>25</sup> Anstatt vieler: „Die Ethik-Charta im Sport“, welche vom Bundesamt für Sport und der Swiss Olympic Association unterstützt wird ([www.spiritofsport.ch](http://www.spiritofsport.ch)).

Wettkämpfe wird eine mögliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses angedeutet. Gegenüber der Öffentlichkeit wie auch gegenüber dem Verband signalisiert diese Massnahme, dass man die Dopingangelegenheiten ernst nimmt. Nichtsdestotrotz wird auch eine gewisse Distanz zum allenfalls fehlbaren Arbeitnehmer geschaffen. Trotzdem werden nicht alle Brücken abgebaut; es bleibt die Möglichkeit, den Arbeitnehmer für den Fall, dass der Verdacht beseitigt wird, wieder zu selektionieren. Andererseits besteht auch die Möglichkeit der auf Risiko des Arbeitgebers auszusprechenden Verdachtskündigung.

Bezüglich der Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers ist keine Unterscheidung zwischen einer positiven A-Probe oder einer positiven internen Kontrolle zu machen. Auch eine positive interne Kontrolle, welche noch keine Aussenwirkung nach sich zieht, führt *de facto* je nach Massnahme im selben Masse zu einer in aller Regel vom Arbeitnehmer zu vertretenden Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (im Falle der Freistellung), zu einer Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses (im Falle einer anvisierten ausserordentlichen Kündigung) oder zu einem objektiv schwerwiegenden Verdachtsmoment (bei einer Verdachtskündigung).

### 3.4.1 Freistellung

Durch die momentane Nichtberücksichtigung für Wettkämpfe (Suspension/Freistellung<sup>26</sup>) verzichtet der Arbeitgeber während einer bestimmten Zeit, sei dies nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder während ungekündigtem Arbeitsverhältnis, auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Währenddem die rechtliche Qualifikation der Freistellung umstritten ist<sup>27</sup>, allerdings letztlich im Weisungsrecht des Arbeitgebers begründet liegt und damit ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt<sup>28</sup>, welches unabhängig von der Reaktion des Arbeitnehmers die Rechtsfolgen der Freistellung bewirkt, dürfte wohl gemeinhin anerkannt sein, dass eine Freistellung jedenfalls in der Regel möglich ist, wenn kein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung besteht<sup>29</sup>. Die Frage, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine tatsächliche Beschäftigung hat, wird in der Lehre zwar

---

<sup>26</sup> Generell zur Freistellung siehe etwa: BLESI.

<sup>27</sup> PORTMANN, N 436: Annahmeverzug des Arbeitgebers i.S.v. Art. 324 OR; a.M. BGE 118 II 139 E.1a.

<sup>28</sup> Die Freistellung ist letztlich ein freiwilliges Nichtausüben eines Gläubigerrechts.

<sup>29</sup> PORTMANN, N 436.

überwiegend verneint<sup>30</sup> und vom Bundesgericht ebenfalls abgelehnt<sup>31</sup>, für Angehörige bestimmter Berufsgruppen jedoch anerkannt. Bei Berufssportlern wird ein Beschäftigungsanspruch bejaht<sup>32</sup>. Begründet wird der Anspruch auf eine tatsächliche Beschäftigung mit dem wirtschaftlichen Fortkommen, welches der Arbeitgeber zu fördern hat. Hat ein Berufssportler keine Gelegenheit, positive Wettkampffresultate zu liefern, kann dadurch sein Marktwert sinken. Das Fehlen von Arbeit kann auch negative Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zeitigen<sup>33</sup>. Klar ist aber auch, dass selbst bei Vorliegen einer Beschäftigungspflicht die Gegeninteressen des Arbeitgebers berücksichtigt werden müssen und dazu führen können, dass die Beschäftigungspflicht aufgehoben wird. Es muss hier also eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Als Beispiel sei hier die Unfähigkeit des Sportlers zur Arbeitsleistung aufgeführt, welche die Beschäftigungspflicht selbstverständlich aufhebt, falls die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer zu vertreten ist<sup>34</sup>. Das Nämliche gilt, wenn der Arbeitnehmer in einen Dopingkandal verwickelt zu sein scheint und es objektiv betrachtet dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, auf Gefahr der Elimination in einem speziellen Wettkampf hin, den Arbeitnehmer einzusetzen. Sodann ist auch klar, dass dem Arbeitgeber besonders in Mannschaftssportarten die Freiheit der sportlichen Selektion zukommen muss, die allerdings bei langandauernder Nichtberücksichtigung ihre Grenzen an der effektiven Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Fortkommens des Sportlers findet. Klar ist aber auch, dass als direkte Folge des durch den Arbeitgeber freiwillig ausgeübten Weisungsrechtes der Freistellung, mithin des Verzichts auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber in Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR gerät, und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer seine Arbeit anbietet. Andererseits bildet die Freistellung des Arbeitnehmers in der Regel keinen Grund für die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Anders die Situation in Deutschland, wo das Bundesarbeitsgericht mit dem wegweisenden Entscheid vom 10. November 1955 (ILLR, Volume 12, S. 88, Bundesgericht am 6. Februar 1990) festhielt, dass von einer allgemeinen Beschäftigungspflicht auszugehen sei. Eine Freistellung ist in Deutschland sodann nur während der Kündigungsfrist und auch in diesem Zeitraum nur möglich, wenn ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers vorliegt (GAHLEN, 68).

<sup>31</sup> BGE 99 Ib 133.

<sup>32</sup> PORTMANN, N 609.

<sup>33</sup> BGE 87 II 144 E.5.

<sup>34</sup> BasK-REHBINDER/PORTMANN, N 5 zu Art. 324 OR.

<sup>35</sup> JAR 2002, S. 252; JAR 1991, S. 141.

Differenziert zu betrachten ist sodann die Frage der Rücknahme einer einmal ausgesprochenen Freistellung. Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass die Freistellung in der Regel jedenfalls dann unwiderruflich ist, wenn die Freistellung zusammen mit einer gültigen Kündigung ausgesprochen worden ist<sup>36</sup>. In allen anderen Fällen gilt es abzuklären, ob der Freigestellte nach Treu und Glauben davon ausgehen kann, der Arbeitgeber strebe mit der Freistellung eine definitive Lösung an. Wird also dem Sportler im Zusammenhang mit der Freistellung kommuniziert, dass er bis Ende der Vertragsdauer freigestellt werde, so ist eine Rücknahme in der Regel wohl eher nicht möglich. Wird aber von einer einstweiligen Freistellung gesprochen, oder werden sonstige zeitliche Elemente eingefügt, die auf eine Befristung schliessen lassen, sollte einer Rücknahme der Freistellungserklärung nichts im Wege stehen. Schliesslich stellt die Rücknahme der Freistellung selbst ja nichts anderes als die neuerliche Weisung dar, ab nun nicht mehr auf die Arbeitsleistung des Sportlers verzichten zu wollen. Selbstverständlich ist es ratsam, sich die Rücknahme der Freistellung im Rahmen der auszusprechenden Freistellung ausdrücklich vorzubehalten.

### **3.4.2 Auflösung des Arbeitsverhältnisses**

Da im professionellen Sport befristete Arbeitsverträge die Regel sind, können diese vor Ablauf der vereinbarten Dauer grundsätzlich, ausser durch Aufhebung mittels Parteivereinbarung, nur ausserordentlich gekündigt werden<sup>37</sup>. In der Regel ist die Zeit nach der Kündigung und vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Freistellung betroffen<sup>38</sup>, obschon die Freistellung auch in ungekündigtem Arbeitsverhältnis zulässig sein muss. Unter gewissen Umständen ist bei einer gewissen Schwere der Verfehlungen des Sportlers auch eine sofortige Verdachtskündigung möglich.

#### *3.4.2.1 Fristlose Kündigung*

Grundsätzlich ist zu beachten, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur eine besonders schwere Verfehlung eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Unter Verfehlung ist die Verlet-

---

<sup>36</sup> Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 21. Mai 1993 (4C.405/1992).

<sup>37</sup> Siehe etwa OG Baselland 17.05.1988, [www.baselland.ch](http://www.baselland.ch).

<sup>38</sup> PORTMANN, N 436.



zung einer vertraglichen Pflicht zu verstehen. Im Falle von Dopingvergehen steht seitens des Arbeitgebers eine fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 Abs. 1 OR, insbesondere infolge der Verletzung der Treupflicht im Vordergrund. In der Regel bestehen in Arbeitsverträgen auch Aufzählungen von Gründen, welche als ausserordentliche Kündigungsgründe gelten sollen und wo in aller Regel ein Dopingvergehen als Grund aufgeführt wird. Dabei ist allerdings zu beachten, dass vertragliche Vereinbarungen über das Vorliegen von ausserordentlichen Kündigungsgründen nicht dazu führen, dass der Richter beim Vorliegen einer solchen Vereinbarung an diese gebunden ist, da Art. 337 OR beidseitig zwingend ist. Entsprechende Kündigungsklauseln erlangen deshalb für den Richter lediglich als Konkretisierungen dessen Bedeutung, was in der Sicht der Parteien als zumutbar oder unzumutbar angesehen wurde.

Falls positive Resultate aus internen Kontrollen stammen, welche nach dem arbeitsvertraglich vorgesehenen Verfahren durchgeführt wurden und die fraglichen Resultate nicht anders als durch Manipulation plausibel erklärt werden können, liegt in der Regel eine Vertragsverletzung seitens des Arbeitnehmers vor. Aber auch bei einer externen positiven Dopingkontrolle, welche nicht plausibel widerlegt werden kann, ist letztlich von einer Vertragsverletzung bzw. einer Verletzung der Treupflicht auszugehen. Ist die Vertragsverletzung als so gravierend einzustufen, dass dem Arbeitgeber die weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann, ist er berechtigt, das Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR fristlos aufzulösen<sup>39</sup>. Dabei liegt die Zumutbarkeit nicht bloss im Falle von vertraglichen Leistungsstörungen, sondern auch in Fällen, da trotz beidseitiger Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit und -bereitschaft das gegenseitige Vertrauensverhältnis vollständig und endgültig zerstört ist<sup>40</sup>. Die in jedem Einzelfall zu entscheidende Frage lautet sodann, ob dem Kündigenden die Einhaltung des Vertrages bis zum nächsten ordentlichen Beendigungstermin zuzumuten war oder nicht (Art. 334 OR). Da hier im Sport in der Regel jedoch von einem befristeten Arbeitsvertrag auszugehen ist und der ordentliche Beendigungstermin gleichzeitig dem eigentlichen Ende des Arbeitsverhältnisses entspricht, dürften die Chancen für das Bestehen eines wichtigen Grundes erhöht sein. Dem Arbeitge-

---

<sup>39</sup> BGE 129 III 380 E.2.1 und 3.1; BGE 127 III 351 E.4a; BGE 116 II 142 E.5c; BGE 112 II 41 E.3a; BGE 108 II 444 E.2. Die fristlose Entlassung kann sodann jederzeit ausgesprochen werden, mithin auch während einer Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 OR.

<sup>40</sup> BRÜHWILER, 70.

ber steht nämlich nur eine Entscheidung offen: den unter Dopingverdacht stehenden Sportler bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses ertragen oder ihm ausserordentlich kündigen. Der goldene Mittelweg einer ordentlichen Beendigung unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist besteht nämlich nicht. Allerdings ist dem Arbeitgeber durchaus zuzumuten, auf die Bestätigung der A-Probe durch die B-Probe zu warten. Deshalb ist grundsätzlich nicht von der Möglichkeit einer fristlosen Kündigung aus wichtigen Gründen auszugehen, sofern die A-Probe noch nicht durch die B-Probe bestätigt worden ist, was allerdings die Verdachtskündigung nicht per se ausschliesst. Insofern kann umgekehrt vom Arbeitgeber aber auch nicht erwartet werden, dass er bei Kenntnis der A-Probe bereits die fristlose Kündigung aussprechen muss. Vielmehr ist ihm das Recht zuzugestehen, das Ergebnis der B-Probe abzuwarten. Insofern ist der Grundsatz, dass die ausserordentliche Kündigung innerhalb angemessener Frist<sup>41</sup> nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden muss, in zeitlicher Hinsicht allerfrühestens ab Kenntnis der B-Probe von Relevanz. Mit anderen Worten kann erst bei Vorliegen der positiven B-Probe von wirklicher Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgegangen werden. Nur wenige Tage<sup>42</sup> (ca. drei Tage) ab diesem Zeitpunkt stehen dann dem Arbeitgeber als Bedenkzeit zur Aussprechung der fristlosen Kündigung zur Verfügung. Wird diese Frist nicht eingehalten, so ist die Ausübung des Kündigungsrechts nicht geschützt bzw. verwirkt<sup>43</sup>.

### 3.4.2.2 *Verdachtskündigung*

Eine fristlose Kündigung kann unter Umständen auch auf einem Verdacht basieren. Ein Verdacht reicht aber nach der vorherrschenden Meinung eher nicht<sup>44</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich jedenfalls

---

<sup>41</sup> Die Frist hängt jeweils von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab.

<sup>42</sup> Als angemessene Frist kommen in der Regel zwei bis drei Arbeitstage, in Ausnahmefällen eine Woche, in Betracht (BGE 130 III 28 E.4.4; BGE 93 II 19). Juristischen Personen, bei denen der Entscheid über die Kündigung in die Kompetenz eines mehrköpfigen Organs fällt, ist aufgrund des längeren Willensbildungsprozesses eine Frist von etwa einer Woche einzuräumen (BGer 13.08.2001; JAR 2002, S. 267; BGer 21.06.1995; SARB 1997, S. 24).

<sup>43</sup> BGE 123 III 86 E.2a; BGE 112 II 41 E.3; BGE 97 II 142 E.2a. Die Ausübung des Kündigungsrechts verwirkt auch, wenn vorgängig für ein bestimmtes Verhalten eine mildere Massnahme als die fristlose Kündigung angedroht wurde (vgl. zum Ganzen BasK-REHBINDER/PORTMANN, N 11 ff. zu Art. 337 OR).

<sup>44</sup> Zum Stand der Diskussion siehe etwa BGer 08.10.2002; SJZ 99 (2003) S. 183; JAR 2003, S. 329.

dann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn der Verdacht objektiv schwerwiegend ist und es dem Verdächtigten nicht gelingt, diesen innert kurzer Zeit zu entkräften oder wenn er gar die Aufklärung durch den Arbeitgeber behindert<sup>45</sup>. Grundsätzlich ist jedoch Zurückhaltung angebracht, da blosse Verdachtsmomente nicht einem strikten Beweis gleichzusetzen sind und den Arbeitgeber nicht davon entheben, den objektiven Wahrheitsgehalt der angerufenen Tatsachen zu beweisen<sup>46</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht sollten jedoch die Umstände jedes einzelnen Falles mit einbezogen werden und die Verdachtskündigung sollte nicht gleich im Vorherein ausgeschlossen werden. Bestehen beispielsweise neben einer A-Probe noch weitere Verdachtsmomente (Spritzen im Schlafzimmer, Medikamente im Badezimmer, Videoaufnahmen etc.), so könnte eine Verdachtskündigung durchaus angemessen sein. Ein solcher Verdacht lässt es aufgrund der Schwere eines Dopingvergehens als unzumutbar erscheinen, das Arbeitsverhältnis mit dem verdächtigten Sportler fortzusetzen<sup>47</sup>. Jedenfalls handelt der Arbeitgeber bei der Aussprechung einer Verdachtskündigung immer auf eigenes, insbesondere finanzielles Risiko. Stellt sich der objektiv tatsächlich schwerwiegende Verdacht im Nachhinein als begründet heraus, erweist sich die fristlose Entlassung als berechtigt. Im gegenteiligen Fall muss der Arbeitgeber die Folgen einer ungerichtfertigten fristlosen Entlassung tragen<sup>48</sup>.

### **3.4.3 Kommunikation**

Es ist zu unterscheiden zwischen der Kommunikation im Falle einer positiven internen Kontrolle und einer positiven externen A-Probe. Während im ersteren Falle die Initiative vom Arbeitgeber ausgeht, bleibt ihm im letzteren Falle bloss der Nachvollzug einer allfälligen verbandsinternen vorläufigen Suspendierung oder aber die Reaktion auf die Informationspolitik des Verbandes.

Im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind die Kommunikationsarten und der Kommunikationszeitpunkt (vgl. oben Ziff. 2.4) strikt einzuhalten, sofern diese vertraglich geregelt wurden.

---

<sup>45</sup> In diesem Sinne wohl auch BGer 09.08.1999; JAR 2001, S. 304.

<sup>46</sup> BGer 22.08.1997; JAR 1998, S. 218.

<sup>47</sup> BRÜHWILER, 72.

<sup>48</sup> BGer 16.07.1998; JAR 1999, S. 277; BGer 14.07.1997; JAR 1998, S. 217; ZR 97 (1998) Nr. 77.

Im Aussenverhältnis ist nebst den vertraglichen Bestimmungen bezüglich Weitergabe von Ergebnissen interner Kontrollen (vgl. oben Ziff. 2.3) mit Zurückhaltung zu informieren. Der Arbeitnehmer ist in diesem Stadium nicht des Dopings überführt – das Verfahren nimmt erst seinen Gang auf. Im Übrigen kann sich der Arbeitgeber im Falle einer fehlerhaften externen Kommunikation mit Schadenersatzansprüchen konfrontiert sehen (vgl. unten Ziff. 5).

### **3.4.4 Lohnfortzahlung**

Sofern der Arbeitgeber nicht zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt ist, ist er verpflichtet, den Lohn noch bis zur tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bezahlen<sup>49</sup>. Eine grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht<sup>50</sup> besteht auch im Falle einer Freistellung<sup>51</sup>. Falls der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, schuldet der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den Lohn (Art. 324a OR)<sup>52</sup>. Die Beweislast für die Unverschuldetheit der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung trägt jedoch der Arbeitnehmer<sup>53</sup>. Wesentlich ist, dass der Arbeitgeber seine Lohnfortzahlungspflicht nur dann verweigern kann, wenn den Arbeitnehmer ein grobes Selbstverschulden trifft. Nimmt der Arbeitnehmer wissentlich und willentlich verbotene Substanzen zu sich, welche zu einer internen oder externen Sperre führen, besteht die Lohnfortzahlungspflicht nicht. Dieser Sachverhalt ist mit dem verschuldeten Herbeiführen einer die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigenden Krankheit bzw. eines Unfalls ver-

---

<sup>49</sup> Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt grundsätzlich auch der Anspruch auf Lohnzahlung (BGE 127 III 318 E.4b; BGE 113 II 259 E.3).

<sup>50</sup> Die Lohnfortzahlungspflicht besteht allerdings nur, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert oder für mehr als drei Monate eingegangen worden ist. Vgl. dazu etwa BGE 126 III 75. Anders, wenn eine Taggeldversicherung abgeschlossen worden ist und der Arbeitnehmer dazu auch Beiträge beigesteuert hat. Insofern hat er Anspruch auf Versicherungsleistungen.

<sup>51</sup> Insbesondere, wenn die in Ausübung des Weisungsrechts verfügte Freistellung als Annahmeverzug auf Seiten des Arbeitgebers qualifiziert wird; PORTMANN, N 436.

<sup>52</sup> Mit Bezug auf die Höhe der Lohnfortzahlungspflicht ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber denjenigen Betrag zu entrichten hat, der dem Lohn entspricht, den der Arbeitnehmer ohne seine Verhinderung zur Arbeitsleistung mit allen Zulagen, Provisionen etc. erhalten hätte. Mit Bezug auf die Berechnung des geschuldeten Lohnes bei Lohnschwankungen siehe etwa BGE 125 III 14 E.2b; JAR 1990, S. 164.

<sup>53</sup> Art. 8 ZGB; BGE 125 III 76 E.3c.

gleichbar<sup>54</sup>. Zumindest muss der Arbeitnehmer in Kauf nehmen, dass er einer Kontrolle unterzogen wird und somit die Sperre zumindest billigt in Kauf nimmt. Ein „offensichtliches Fehlverhalten“<sup>55</sup> ist in einem solchen Fall zu bejahen<sup>56</sup>.

### **3.5 Auswirkungen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**

Aufgrund der im Gesetz nicht näher umschriebenen allgemeinen Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zugunsten des Arbeitnehmers zu gewähren; allerdings wird der Umfang dieser Pflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bestimmt<sup>57</sup>. Aus diesem Grundsatz heraus gesetzlich konkretisiert wurden die Pflicht zum allgemeinen Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers gemäss Art. 328 – 328a OR wie auch die Pflicht zum Schutz von Daten des Arbeitnehmers gemäss Art. 328b OR. Währenddem Letztere eine Auswirkung bezüglich der Weitergabe von Daten aus den internen Kontrollen haben könnte (auf die jedoch hier nicht näher eingegangen wird), könnte der unter Verdacht stehende Arbeitnehmer gewillt sein, aus der allgemeinen Fürsorgepflicht und der Pflicht zum Schutze der Persönlichkeit des Arbeitnehmers eine Beistandspflicht während der Dauer des Dopingverfahrens zu konstruieren.

Dieses Ansinnen ist jedoch abzulehnen, soweit es den Rahmen der vollumfänglichen Zurverfügungstellung der für die Verteidigung des Sportlers sich beim Arbeitgeber befindlichen Informationen übersteigt. Einerseits würde durch eine weitergehende Beistandspflicht der Umfang dieser Fürsorgepflichten gesprengt, da insbesondere die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers an sich als Unterlassungspflicht konzipiert wurde<sup>58</sup>. Andererseits würde eine weitergehende Beistandspflicht – vorausgesetzt das Arbeitsverhältnis wurde nicht ausseror-

---

<sup>54</sup> So wurde etwa entschieden, dass die in der Freizeit anlässlich eines Motocrossrennens erlittene Verletzung als verschuldete Arbeitsverhinderung gilt, weshalb diesfalls kein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht (ZR 79 [1980] Nr. 53).

<sup>55</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau, in: JAR 1984.

<sup>56</sup> So liegt etwa eine verschuldete Arbeitsverhinderung vor, wenn die Arbeitsverhinderung auf einer Verletzung basiert, die der Arbeitnehmer bei der Hinderung einer Amtshandlung (Art. 286 StGB) erlitten hat (siehe dazu JAR 1990, S. 172).

<sup>57</sup> ZK-STAEHELIN, N 1 zu Art. 328 OR.

<sup>58</sup> JAR 1995, S. 118.

dentlich gekündigt – spätestens vor dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht standhalten, wenn der Sportler sich vorsätzlich doppte.

### **3.6 Folgen bei Bestätigung der A-Probe durch eine B-Probe**

Wie dargestellt (vgl. oben Ziff. 3.1), ist eine positive A-Probe als Dopingverdacht anzusehen, der sich in aller Regel später durch eine positive B-Probe erhärtet und in der Folge durch ein verbandsinternes Verfahren bzw. allenfalls ein Verfahren vor der nationalen Dopingbehörde bis hin zum CAS und Schweizerischen Bundesgericht durchprozessiert werden kann.

Die B-Probe wird gemäss WADA-Code auf zeitgerechtes Ersuchen des Athleten im Beisein des Athleten und eines allfälligen Experten analysiert<sup>59</sup>. Hernach wird dem Athleten in einem Verfahren das rechtliche Gehör gewährt und alsbald der Entscheid über den Dopingvorwurf zusammen mit allfälligen Sanktionen gefällt.

#### **3.6.1 Lohnfortzahlung**

Wie unter Ziff. 3.4.4 ausgeführt, besteht die Lohnfortzahlungspflicht nicht, sofern der Arbeitnehmer vorsätzlich oder auch eventualvorsätzlich verbotene Substanzen zu sich nimmt, welche zu einer (externen oder internen) Sperre führen. Somit ist in aller Regel nicht von einer beim Vorliegen der positiven B-Probe bestehenden Lohnfortzahlungspflicht auszugehen.

#### **3.6.2 Fristlose Kündigung**

Kann dem Arbeitgeber nach einer positiven A-Probe durchaus noch zugemutet werden, auf die B-Probe zu warten, so darf nach einer Bestätigung der positiven A-Probe durch eine B-Probe davon ausgegangen werden, dass dem Arbeitgeber eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann und eine fristlose Kündigung zulässig ist, obschon bei Vorliegen einer das Resultat der A-Probe bestätigenden B-Probe eine Verurteilung des Sportlers juristisch besehen noch gar nicht

---

<sup>59</sup> Art. 7.2 WADA-Code.

vorliegt. An sich gilt noch immer die Unschuldsvermutung, weil noch keine Verurteilung stattgefunden hat. Faktisch ist jedoch in 95 % der Fälle davon auszugehen, dass bei positiver B-Probe auch eine Verurteilung des Sportlers erfolgen wird. Im Zuge der in den letzten Monaten immer häufiger auftretenden Dopingfälle berühmter Sportler hat sich klar gezeigt, dass insbesondere die Medien die Unschuldsvermutung mehr oder weniger aufgegeben haben. Zurück bleiben Sportler, deren Ruf lange vor Abschluss eines Dopingverfahrens und an sich auch ganz unabhängig vom jeweiligen Ausgang des Verfahrens bereits vollständig ruiniert ist.

#### **4. Auswirkungen des Verfahrens vor Verband bzw. CAS**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht kann sich mitunter die Ausgangslage für den Sportler im Rahmen des verbandsinternen Verfahrens bzw. des allfälligen Verfahrens vor der nationalen Dopingbehörde, dem CAS oder einem staatlichen Gericht verändern. Das Verfahren vor diesen Organisationen bzw. Instanzen richtet sich sowohl in verfahrensrechtlicher wie auch in materiellrechtlicher Art weitgehend nach dem meist anwendbaren bzw. übernommenen WADA-Code. Mittlerweile gibt es schliesslich kaum einen Verband, welcher nicht direkt oder indirekt (über den übergeordneten Verband oder die übergeordnete Organisation) diesen Code übernommen hätte<sup>60</sup>. Nach einer positiven A-Probe erfolgt auf Verlangen des Athleten eine B-Probe. Gemäss Art. 8 WADA-Code hat der Athlet danach das Recht auf ein faires Anhörungsverfahren. Dabei trägt die Anti-Doping-Organisation die Beweislast für die Dopingverstösse (Art. 3.1 WADA-Code). Nach einer ersten Entscheidung stehen die Rechtsmittel gemäss Art. 13 WADA-Code zur Verfügung. In der Regel entscheidet das CAS als Appellationsinstanz. Der Entscheid des CAS kann in rein innerschweizerischen Angelegenheiten zunächst an das Kantonsgericht Waadt und hernach an das Bundesgericht und in internationalen Angelegenheiten ledig-

---

<sup>60</sup> Vgl. die Liste der Verbände, welche den WADA-Code übernommen haben: <http://www.wada-ama.org/en/dynamic.ch2?pageCategory.id=270>. Wesentlich ist deshalb, dass inskünftig die vom WADA-Code direkt betroffenen Athleten Einfluss auf die Ausgestaltung des WADA-Code erhalten. Neben den strengen Dopingsanktionen müssen aber auch die Verfahrensrechte inskünftig den nämlich hohen Ansprüchen genügen und es muss wieder vermehrt dafür gesorgt werden, dass Dopingfälle erst mit Vorliegen eines Entscheides öffentlich gemacht werden. Nur so kann schliesslich einer Vorverurteilung durch die Medien entgegengewirkt werden.

lich an das Bundesgericht weitergezogen werden, und zwar nach dem auf Schiedssprüche Anwendung findenden Recht.

#### **4.1 Bestätigung oder Aussprechung der Sperre**

Das CAS kann auf Berufung des Athleten, des Verbandes oder allenfalls der WADA eine ausgesprochene Sperre bestätigen oder bei einem erstinstanzlichen Freispruch eine Sanktion, in der Regel eine Sperre, aussprechen. Ist dies der Fall, ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich von einer Vertragsverletzung auszugehen, sofern die urteilenden Behörden das Verschulden des Athleten auch tatsächlich geprüft haben, was in verschiedenen Entscheidungen, zuletzt etwa in der Entscheidung in Sachen Danilo Hondo<sup>61</sup>, nicht wirklich der Fall war. In diesem Zusammenhang ist insbesondere bei der Anwendbarkeit des „strict liability“-Prinzipes aus arbeitsrechtlicher Optik Vorsicht geboten.

#### **4.2 Aufhebung der Sperre und Freispruch**

Das CAS kann als Appellationsinstanz eine allfällige Aufhebung der Sperre und folglich einen Freispruch verfügen. Eine solche Entscheidung kann zur Folge haben, dass sich eine allfällig durch den Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Kündigung (inkl. Verdachtskündigung) als ungerechtfertigt erweist. Auch kann eine solche Entscheidung die Grundlage für Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitgeber bilden.

---

<sup>61</sup> CAS 2005/A/922 Danilo Hondo c/Swiss Cycling Federation & Swiss Olympic; CAS 2005/A/923 AMA/WADA c/Danilo Hondo & Swiss Olympic; CAS 2005/A/926 UCI c/Danilo Hondo & Swiss Olympic. Diese Angelegenheit ist zurzeit vor dem Schweizerischen Bundesgericht hängig.



## **5. Schadenersatzansprüche bei Dopingfällen aus arbeitsrechtlicher Sicht**

### **5.1 Positiver Befund – Haftungsvoraussetzungen der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers**

Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321e OR sowie bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 337b OR für den Schaden verantwortlich<sup>62</sup>, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat. Selbstverständlich stehen dem Arbeitgeber kumulativ aber auch die Rechtsbehelfe aus Art. 41 ff. OR, nämlich der ausservertraglichen Haftung, zur Verfügung, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Arbeitgeber wird sich jedoch in der Regel auf die vertragliche Haftung aus Art. 321e OR berufen, weil sich diese hinsichtlich der Beweislast, der Verjährung sowie der Schädigung durch Hilfspersonen als günstiger erweist, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf die vertragliche Haftung beziehen.

Die Vertragshaftung gemäss Art. 321e OR<sup>63</sup> setzt eine Vertragsverletzung voraus, welche in einer Nichterfüllung (Ausbleiben der Arbeitsleistung) oder in einer Schlechterfüllung (insbesondere in der Verletzung einer Sorgfaltspflicht, der Treuepflicht und der Gehorsamspflicht) bestehen kann.

Die Sorgfalts- und Treuepflicht bemisst sich dabei gemäss Art. 321e Abs. 2 OR nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis. Für die Konkretisierung der Sorgfalts- und Treuepflicht ist auf Art. 321a OR abzustellen. Als Ausfluss der Treuepflicht sind in casu insbesondere die negativen Leistungspflichten, nämlich die verschiedenen Unterlassungspflichten wesentlich, die allesamt teilweise auch im Arbeitsvertrag zusätzlich konkretisiert wer-

---

<sup>62</sup> Der infolge Pflichtverletzung fristlos entlassene Arbeitnehmer hat den entstandenen Schaden (Kosten für die Ersetzung des entlassenen Arbeitnehmers oder Umsatzrückgang sowie entgangener Gewinn) zu ersetzen (ZR 78 [1979] Nr. 77). Die Haftung nach Art. 337b Abs. 1 OR betrifft nicht den Schaden, der auf Handlungen zurückzuführen ist, welche Anlass für die fristlose Entlassung gegeben haben. War eine Vertragsverletzung Grund für die fristlose Entlassung, haftet der Arbeitnehmer für den daraus resultierenden Schaden nach Art. 321e OR (BGE 123 III 257 E.5a). Der vor Vertragsauflösung entstandene Schaden wird ebenfalls nicht von Art. 337b OR erfasst (BGE 97 II 142 E.5a).

<sup>63</sup> Art. 321e OR stellt eine Spezialbestimmung zu Art. 97 ff. OR dar und Art. 97 ff. OR sind immer dann anwendbar, wenn sich aus den arbeitsrechtlichen Spezialbestimmungen nichts Abweichendes ergibt.

den können. So hat der Arbeitnehmer insbesondere rechtswidrige Handlungen oder sonstiges ungebührliches Verhalten zu unterlassen. Der Sportler hat alles zu unterlassen, was zu einer Verletzung des WADA-Codes bzw. einer Dopingnorm führen könnte. Er darf keine auf der WADA-Code-Liste enthaltene verbotene Substanzen zu sich nehmen oder verbotene Methoden zur Leistungssteigerung anwenden. Der Sportler hat aber auch die vertraglich vereinbarten Sorgfaltspflichten im Bereich der Dopingprävention einzuhalten. Tut er dies nicht, liegt eine Vertragsverletzung vor, die letztlich dazu führt, dass der Arbeitnehmer seine Hauptpflicht, nämlich diejenige der Arbeitsleistung, infolge einer Dopingsperre nicht mehr erbringen kann.

Neben der Vertragsverletzung muss als Haftungsvoraussetzung auch ein Verschulden des Sportlers vorliegen. Im Bereich des Dopings kann das Verschulden des Sportlers in absichtlicher oder fahrlässiger Schadenszufügung bestehen. Verwendet der Sportler bewusst leistungssteigernde Substanzen oder wendet er unlautere Methoden an, so handelt er aus Sicht des Arbeitgebers im Hinblick auf die mögliche Schadenszufügung bei einem positiven Dopingtest zumindest grobfahrlässig.

Als weitere Haftungsvoraussetzung ist natürlich auch ein Schaden des Arbeitgebers notwendig, wobei auf die Vermögensverminderung, welche in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Arbeitgebers und dem Stand, den dessen Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, abzustellen ist<sup>64</sup>. In grundsätzlicher Hinsicht hat der Arbeitnehmer den gesamten Schaden (inkl. entgangenem Gewinn) zu ersetzen.

Schliesslich muss für die Haftung des Sportlers das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung und Eintritt des Schadens vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die Sorgfalts- und Treuepflichtverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu bewirken, so dass der Eintritt des Schadens als durch die fragliche Vertragsverletzung wesentlich begünstigt erscheint.

Als mögliche Gründe für eine Schadenersatzpflicht kommen im Bereich von Dopingfällen in Frage:

---

<sup>64</sup> Vgl. etwa BGE 97 II 176; BGE 87 II 291.

### **5.1.1 Imageschaden für Arbeitgeber**

Es ist klar, dass ein Dopingvergehen eines Mannschaftssportlers immer auch Auswirkungen auf die Reputation des Arbeitgebers bzw. der Mannschaft hat. Dies kann durchaus auch einen finanziellen Schaden bewirken. Allerdings wird es hier sicherlich für den Arbeitgeber nicht leicht sein, diesen finanziellen Imageschaden in rechtsgenügender Art und Weise zu quantifizieren und auch den adäquaten Kausalzusammenhang schlüssig darzulegen. Problematisch ist dies insofern, als bei einem publizitätsträchtigen Dopingfall das Team bzw. der Namensgeber bisweilen sogar bekanntheitsgradmässig durchaus auch profitieren kann. Das beste Beispiel dafür ist der „Festina-Skandal“.

### **5.1.2 Verlust der Arbeitskraft / Teamdisqualifikation**

Ein Sportler, der infolge eines Dopingvergehens nicht mehr eingesetzt werden kann, muss allenfalls durch einen anderen Sportler ersetzt werden. Es mag sein, dass mit der Verpflichtung des neuen Sportlers Kosten angefallen sind, die unter normalen Umständen eben gerade nicht aufzubringen gewesen wären und deshalb als Schaden gegenüber dem fehlbaren Arbeitnehmer geltend gemacht werden können, wenn sie direkt kausal zum Dopingvergehen stehen. Auch hätte der Arbeitgeber die Investitionen für den Arbeitnehmer (Vorbereitung, medizinische Betreuung etc.) nicht nutzlos aufwenden müssen. Auch insofern ist dem Arbeitgeber ein Schaden entstanden. Denkbar ist aber auch, dass der Verlust der Arbeitskraft des Dopingtäters sogar dazu führt, dass das gesamte Team an einem bestimmten Sportanlass nicht oder nicht mehr teilnehmen kann. Insofern ist auch klar, dass damit finanzielle Einbussen sowie ein allenfalls finanziell bezifferbarer Imageschaden einhergehen können, für die der Arbeitnehmer an sich aufzukommen hat, weil seine Vertragsverletzung adäquat kausal zur Disqualifikation und den sich daraus ergebenden monetären Folgen ist. Denkbar ist hier auch, dass sich die anderen Arbeitnehmer, welche allenfalls eines Preisgeldes verlustig gehen, mit einer Schadenersatzforderung gegen den fehlbaren Mannschaftskollegen wenden. Wie hier allerdings zu beweisen wäre, welche Rolle bzw. welchen Platz die Mannschaft belegt hätte, wenn der fehlbare Sportler nicht gedopt gewesen wäre, ist unklar.

### **5.1.3 Auswirkungen auf Lizenz des Arbeitgebers**

Möglich ist auch, dass ein Dopingvergehen eines Athleten Auswirkungen auf die Lizenz der Mannschaft haben kann. Wird die Lizenz als direkte Folge des Dopingvergehens der Mannschaft entzogen, ohne dass die Mannschaft selbst ein Verschulden trifft, entsteht der Mannschaft ein Schaden, der in direktem Zusammenhang mit dem Dopingvergehen des Athleten steht. Normalerweise wird der Dopingfall eines Athleten nicht dazu führen, dass einem Team die Lizenz entzogen wird. Ist aber allen Arbeitnehmern aufgrund der Vorgeschichte des Teams bewusst, dass es keinen einzigen Fall mehr geben darf, weil damit die Lizenz äusserst gefährdet ist, dann kann auch das Fehlverhalten eines einzigen Athleten eine Schadenersatzpflicht auslösen.

### **5.1.4 Auswirkungen auf Sponsoren des Arbeitgebers**

Selbstverständlich kann ein Dopingvergehen eines Athleten auch dazu führen, dass bestimmte Sponsoringverträge verlustig gehen. Auch dies ist ein Schaden, der in direktem Zusammenhang mit dem Dopingvergehen des Sportlers stehen kann, weshalb er dafür schadenersatzpflichtig werden kann.

## **5.2 Minderung und Ausschluss der Haftung / Beweislast**

Von der grundsätzlichen vollumfänglichen Haftung des Arbeitnehmers sind verschiedene Ausnahmen zu beleuchten:

Man könnte geneigt sein, im Spitzensport im Dopingbereich von einem erhöhten Berufsrisiko bzw. einer erhöhten Gefahr der Schädigung des Arbeitgebers auszugehen. Dies ist jedoch abzulehnen. Der normale Arbeitgeber will nicht, dass die Arbeitnehmer verbotene Substanzen zu sich nehmen oder verbotene Methoden anwenden. Es ist zwar richtig, dass der Arbeitgeber weiss, dass seine Arbeitnehmer einer sehr hohen körperlichen und geistigen Beanspruchung ausgesetzt sind und die Ruhephasen zwischen den sportlichen Einsätzen oftmals zu kurz bemessen sind; doch gleichwohl muss er nicht mit unredlichem Verhalten der Arbeitnehmer rechnen und damit, dass diese mit verbotenen Substanzen oder Methoden versuchen diese Strapazen auszugleichen. Bei einem absichtlich dopenden

Sportler bleibt damit letztlich kein Raum für die Minderung der Haftung auf Kosten des Berufsrisikos des Arbeitgebers.

Denkbar ist jedoch das Vorliegen einer leichten Fahrlässigkeit beim Sportler (z.B. verunreinigte Nahrungsergänzungsmittel), was zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht führen kann.

Klar ist, dass bei einer Einwilligung des geschädigten Arbeitgebers zu einer Dopinghandlung des Sportlers keine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers vorliegt und damit die Haftung des Arbeitnehmers entfallen muss.

Klar ist auch, dass ein Selbstverschulden des Arbeitgebers, wie etwa bei Verabreichung einer unzulässigen Substanz, ohne das Mitwissen des Arbeitnehmers, zum Wegfall der Haftung führt. Bei einem Mitverschulden des Arbeitgebers fällt die Haftung dahin oder ist entsprechend zu reduzieren.

In beweismässiger Hinsicht ist klar, dass der Arbeitgeber die Vertragsverletzung, den Schaden sowie dessen adäquate Verursachung durch den Sportler nachzuweisen hat. Der Arbeitnehmer hat das Fehlen eines Verschuldens nachzuweisen.

### **5.3 Negativer Dopingbefund – Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers**

Inwieweit der Arbeitnehmer einen Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber hat, hängt von der jeweiligen Leistungsstörung ab<sup>65</sup>. Dabei richten sich Art und Umfang des Schadenersatzes nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 97 oder 41 OR; allenfalls ist auch eine Genugtuung zu leisten, falls die Voraussetzungen von Art. 47 oder 49 OR erfüllt werden<sup>66</sup>. Eine vertragliche Wegbedingung der Haftung ist in Abweichung von OR 100 und 101 nicht zulässig, soweit die verletzte Pflicht relativ zwingend ist im Sinne von Art. 362 Abs. 1 OR.

#### **5.3.1 Ungerechtfertigte fristlose Entlassung (Art. 337c OR)**

Wurde dem Sportler infolge einer positiven A- und/oder B-Probe fristlos gekündigt und wird im eigentlichen Dopingverfahren der Sportler vom

---

<sup>65</sup> PORTMANN, N 503.

<sup>66</sup> ZK-STAEHELIN, N 39 zu Art. 328 OR.

Vorwurf des Dopings freigesprochen, so erweist sich die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt, weil es letztlich am Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR mangelt.

Der ungerechtfertigterweise fristlos entlassene Sportler hat Anspruch auf Schadenersatz im Sinne des positiven Vertragsinteresses (Art. 337c OR)<sup>67</sup>, und zwar ab Zeitpunkt der fristlosen Entlassung<sup>68</sup>. Er muss also finanziell so gestellt werden, wie wenn die fristlose Entlassung unterblieben wäre. Dies bedeutet, dass dem Sportler der entgangene Verdienst bis zum Ablauf des in der Regel befristeten Arbeitsvertrages oder bis zum nächsten zulässigen Kündigungstermin des unbefristeten Arbeitsverhältnisses bezahlt werden muss<sup>69</sup>. Es ist diesfalls möglichst präzise zu bestimmen, was der Sportler tatsächlich verdient hätte, wenn ihm ordentlich gekündigt worden wäre und er während der Kündigungsfrist weiter gearbeitet hätte. Es ist deshalb an sich nicht der in der Vergangenheit durchschnittlich erzielte Verdienst massgebend, sondern das hypothetisch während der Kündigungsfrist erzielte Einkommen. Deshalb sind bei einem Sportler die mutmasslich erzielten Prämien zu berücksichtigen. Prämien, welche der Sportler pro erzieltes Tor erhalten hätte, sind aufgrund einer Schätzung festzulegen<sup>70</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist sodann eine zusätzliche Entschädigung von bis zu maximal sechs Monatslöhnen im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR nur in aussergewöhnlichen Fällen nicht

---

<sup>67</sup> Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber auf der gemäss Art. 337c Abs. 1 OR berechneten Entschädigung Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hat, weil es sich dabei um einen Lohnersatz handelt (SJZ 88 [1992] S. 297).

<sup>68</sup> BGE 103 II 274. Auch die Verzugszinsen beginnen ab diesem Tag zu laufen (SJZ 88 [1992] S. 419).

<sup>69</sup> Vgl. BGE 117 II 270 E.3b; BGE 111 II 357. Erfolgte sodann die fristlose Kündigung während einer Sperrfrist ohne wichtigen Grund, muss der Arbeitnehmer sowohl für die Dauer bis zum Ablauf der Sperrfrist als auch für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist nach Massgabe von Art. 337c OR entschädigt werden (RJN 1993, S. 93).

<sup>70</sup> Kantonsgericht Graubünden 11.10.1983, PKG 1983 Nr. 7, bestätigt in BGer 30.04.1984. Zum Lohnanspruch des zu Unrecht fristlos entlassenen Fussballtrainers vgl. BJM 2002, S. 95.

geschuldet<sup>71</sup>. Diese zusätzliche Entschädigung ist nach den jeweiligen Umständen zu bemessen<sup>72</sup>.

Im Falle einer fristlosen Kündigung muss der Arbeitnehmer dabei den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses nachweisen. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür, dass wichtige Gründe und Schadenminderungsgründe<sup>73</sup> vorliegen<sup>74</sup>. Es ist klar, dass der Arbeitnehmer sich das während der Kündigungsfrist anderenorts erzielte Einkommen anrechnen lassen muss<sup>75</sup>. Sodann ist klarzustellen, dass die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nicht wegbedungen werden kann<sup>76</sup>.

Art. 337c OR ist nicht abschliessend, weshalb noch weitere Schadenersatzansprüche möglich sind:

### **5.3.2 Rufschädigung**

Führt die ungerechtfertigte Entlassung zu einer Verletzung der Persönlichkeit, was bei in der Öffentlichkeit stehenden Sportlern durchaus denkbar ist, so ist auch eine Genugtuung nach Massgabe von Art. 49 OR denkbar. Entscheidend ist hier wohl insbesondere, wie die fristlose Entlassung kommuniziert worden ist.

### **5.3.3 Verletzung der Geheimhaltung**

Sofern der Arbeitgeber im Rahmen der Kommunikation die Geheimhaltungspflicht verletzt und das Dopingverfahren ohne Not von sich aus, ohne Einwilligung des Sportlers und ohne eine vorbestehende Information

---

<sup>71</sup> BGE 121 III 64 E.3c; BGE 120 II 243 E.3e. Nach der Zürcher Rechtsprechung wird von einer Grundentschädigung von zwei Monatslöhnen ausgegangen, welche je nach den Umständen des Falles nach oben oder unten korrigiert werden (JAR 1994, S. 241). Nach der Basler Rechtsprechung wird von einer Grundentschädigung von drei Monatslöhnen ausgegangen (BJM 2004, S. 47).

<sup>72</sup> BGE 123 III 391 E.3c; BGE 121 III 64 E.3b; BGE 116 II 300. Die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR stellt keinen Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG dar, weshalb darauf keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind (BGE 123 V 5 E.4).

<sup>73</sup> Art. 337c Abs. 2 OR.

<sup>74</sup> Der Nachweis der Möglichkeit einer anderen Einkommensquelle des Sportlers obliegt dem Arbeitgeber (BGE 96 II 52 E.3; BGE 78 II 441 E.6c). Der Arbeitnehmer jedoch hat zu beweisen, dass er sich aktiv um eine andere Stelle bemüht hat (siehe etwa BJM 1997, S. 134).

<sup>75</sup> Dazu etwa BGE 118 II 139.

<sup>76</sup> Art. 362 OR.

des Verbandes bekannt gibt, kann er schadenersatzpflichtig werden, wenn dadurch dem Sportler ein Schaden entstanden ist.

### **5.3.4 Ungerechtfertigte Hinderung an Arbeitsleistung**

Nachdem beim Sportler von einer beschränkbaren Beschäftigungspflicht auszugehen ist, und zwar beschränkt durch die sportliche und taktische Selektion, ist die ungerechtfertigte Hinderung an der Arbeitsleistung eher nicht durch eine spezielle Schadenersatzpflicht, sondern durch die Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Bemessung der separaten, maximal sechs Monatslöhne betragenden Entschädigung angemessen zu berücksichtigen.

## **6. Exkurs: Verantwortung des Arbeitgebers bei Abschluss des UCI Pro Tour-Team-Code**

Die UCI Pro Tour ist eine vom Weltradsportverband UCI veranstaltete Serie von 27 bedeutenden Radrennen im Strassenradsport, welche seit dem Jahr 2005 den Rad-Weltcup sowie die UCI-Weltrangliste ersetzt. Für die UCI Pro Tour wurde auch eine Neueinteilung der Profiteams vorgenommen. 20 Teams erhielten den Status eines Pro Tour-Teams. Dies berechtigt und verpflichtet die Rennställe zur Teilnahme an allen Pro Tour-Rennen des Jahres. Die Pro Tour-Lizenzen werden dabei für vier Jahre im Voraus vergeben<sup>77</sup>.

### **6.1 Verlängerung der verbandsmässigen Sperre um zwei weitere Jahre**

Die UCI Pro Tour-Teams verständigten sich Ende 2004 auf einen „Code of Conduct for UCI Pro Teams“ (Code of Conduct)<sup>78</sup>. Darin verpflichten sich diese Teams in Artikel XII, für einen Zeitraum von vier Jahren seit Schiedsspruch niemanden anzustellen, welcher gemäss den UCI Anti-Doping-Regeln<sup>79</sup> sich des Dopings schuldig gemacht hat.

---

<sup>77</sup> Kapitel UCI Cycling Regulations, Part 1 General Organisation of Cycling as a Sport.

<sup>78</sup> Code of Conduct for UCI Pro Teams, signed in Aigle, 14 December 2004.

<sup>79</sup> Part 14 Anti-Doping Rules of the UCI, in: UCI Cycling Regulations.



Diese Regelung geht bedeutend weiter als die im WADA-Code vorgeordnete Sanktion von zwei Jahren im Falle des ersten Dopingvergehens<sup>80</sup>. De facto wird der Sportler damit konfrontiert, dass er seine Karriere wohl schon nach dem ersten Dopingvergehen beenden kann, ohne dass er jedoch eine Möglichkeit hätte, innerhalb der Verbandsgerichtsbarkeit diese Verdoppelung der Strafe anzufechten.

Die UCI als Weltverband organisiert den professionellen Radsport abschliessend und besitzt eine marktbeherrschende Stellung. Der persönliche Geltungsbereich des schweizerischen wie auch des europäischen Kartellrechts knüpft an den Unternehmensbegriff an, wobei Sportverbände regelmässig darunterfallen<sup>81</sup>. Die lizenzierten UCI Pro Tour-Teams haben mit dem Code of Conduct eine Absprache getroffen, welche professionellen Radsportfahrern im Falle eines Dopingvergehens den Zutritt zum relevanten Markt der UCI Pro Tour auf unverhältnismässige Art und Weise versperrt; dies ohne Grundlage in den Anti-Doping-Sanktionsregeln. Es wird in der Zukunft abzuklären sein, inwieweit eine solche Abmachung, welche von der UCI orchestriert wurde, vor den Kartellbehörden unter Berücksichtigung von Art. 7 KG Bestand haben wird. Angestrebt wird zurzeit von den UCI Pro Tour-Teams sogar eine Verschärfung des Code of Conduct.

## **6.2 Wirkungen des Code bei noch bestehendem Arbeitsvertrag**

Gemäss Art. XI des Code of Conduct verpflichten sich die UCI Pro Tour-Teams, jeden Radsportfahrer oder jedes andere Teammitglied, welches des Dopings überführt wurde und somit die UCI Anti-Doping-Regeln verletzt hat, zu entlassen. Andernfalls laufen die UCI Pro Tour-Teams unausgesprochen Gefahr, ihre Lizenz zu verlieren. Art. 2.15.040 der UCI Cycling Regulations betreffend Strassenrennen sieht vor, dass die Lizenz entzogen werden kann, wenn das betreffende Team die UCI-Regelwerke nicht einhält (Ziff. 5) (der UCI Pro Tour-Code ist aber kein UCI-Regelwerk) oder auch wenn es gegen die Interessen der UCI Pro Tour verstösst (Ziff. 7 als Auffang-Tatbestand). Liegt tatsächlich ein Dopingvergehen vor, ist diese

---

<sup>80</sup> Art. 10.2 WADA-Code.

<sup>81</sup> Für das EU-Recht: FRITZWEILER/PFISTER/SUMMERER, N 111. Für das CH-Recht: ZÄCH, N 217 ff.

Entlassung des Fahrers unproblematisch, weil der Arbeitgeber ohnehin, auch ohne den Code, das entsprechende Recht hat.

### **6.3 Wirkungen des Code bei nicht bestehendem Arbeitsvertrag**

Sofern der Sportler seine Regelstrafe von zwei Jahren abgesessen hat, trifft ihn die Anwendung des UCI Pro Tour-Team-Code äusserst hart. Er kann von Verbandsseite an jedem Rennen teilnehmen. Er ist offiziell nicht mehr gesperrt. Faktisch beginnt nun aber eine neuerliche Sperre von weiteren zwei Jahren. In diesen zwei Jahren wird er bei keinem UCI Pro Tour-Team einen Arbeitsvertrag erhalten. Das ist stossend und problematisch zugleich. Einerseits wird somit die Strafe faktisch auf vier Jahre ausgedehnt und praktisch insofern problematisch, weil in rechtlicher Hinsicht die Möglichkeiten, sich dagegen zur Wehr zu setzen, komplex sind und ein entsprechender Prozess, es ist wohl ein Kartellverfahren, langwierig und kostspielig sein wird. Das Vorgehen der UCI Pro Tour-Teams ist deshalb abzulehnen. Es ist ehrlicher und fairer allenfalls die Regelstrafe zu erhöhen. Abgesehen davon ist klar, dass ein Sportler nach Verbüsung der Regelstrafe von zwei Jahren eine zweite Chance verdient hat.

## Literaturverzeichnis

- ADOLPHSEN, JENS: Internationale Dopingstrafen, Regensburg 2003.
- BADDELEY, MARGARETA (Statut): Le Statut personnel du sportif, in: Chapitres Choisis du droit du Sport, Etudes et Recherches du GISS, No 1993, 70.
- BADDELEY, MARGARETA (Rules): About the proper application of rules of sports federations – Comments on the Phonak case, *causa sport* 2005, 166.
- BLESI, ALFRED: Die Freistellung des Arbeitnehmers, *Arbeitsrecht in der Praxis*, Band 19, Zürich 2000.
- BRÜHWILER, JÜRIG: Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, Voraussetzungen und Folgen, *SJZ* 1985, 69.
- FRITZWEILER, JOCHEN (Hrsg.): Doping – Sanktionen, Beweise, Ansprüche, Bern/München/Wien 2000.
- FRITZWEILER, JOCHEN/PFISTER, BERNHARD/SUMMERER, THOMAS: Praxishandbuch Sportrecht, München 1998.
- GAHLEN, HILDEGARD GERTRUD: Die Suspendierung eines Arbeitnehmers, Diss., Giessen/Aachen 1996.
- GEISER, THOMAS/VON KAENEL, ADRIAN/WYLER, RÉMY (Hrsg.) (ArG-BEARBEITER): Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.
- HODLER, BEAT: Teilnehmer- und Athletenvertrag, in: NATER, HANS (Hrsg.): Sport und Recht, Vertragsgestaltung im Sport, Zürich 2004, 1.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Basel/Genf/München 2003.
- PORTMANN, WOLFGANG: Individualarbeitsrecht, Zürich 2000.
- RIEMER, HANS MICHAEL (BK-RIEMER): Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Zweiter Teilband: Die Vereine, 3. Aufl., Bern 1990.
- STAEHELIN, ADRIAN (ZK-STAEHELIN): Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR), Zürich 1996.
- TÄNNLER, HEINZ: Einfluss von Verbandsregelungen auf Arbeitsverträge im Bereich Gesundheitsschutz und bezüglich Sportverletzungen, in: *causa sport* 2005, 368.
- ZÄCH, ROGER: Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2004.
- ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO: Droit du Sport, Zürich 2002.

