

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Übersetzung wurde bereits in Newsletter Menschenrechte 2023/4 veröffentlicht] Die erneute Veröffentlichung wurde allein für die Aufnahme in die HUDOC-Datenbank des EGMR gestattet. Diese Übersetzung bindet den EGMR nicht.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Translation already published in Newsletter Menschenrechte 2023/4] Permission to republish this translation has been granted for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC. This translation does not bind the Court.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Traduction déjà publiée dans Newsletter Menschenrechte 2023/4] L'autorisation de republier cette traduction a été accordée dans le seul but de son inclusion dans la base de données HUDOC de la Cour. La présente traduction ne lie pas la Cour.

Unzureichende Überprüfung einer von einer Sportlerin eingebrachten Beschwerde durch das Bundesgericht

Semenya gg die Schweiz, Urteil vom 11.7.2023, Kammer III, 10934/21

Sachverhalt

Die vorliegende Beschwerde wurde von einer aus Südafrika stammenden transsexuellen Leichtathletin eingebracht, die sich auf den Mittelstreckenlauf spezialisiert hat und auf internationalem Niveau agiert.

Nach ihrem Sieg über 800 Meter bei der Weltmeisterschaft 2009 in Berlin wurde die Bf einem »Geschlechtsüberprüfungstest« unterzogen. Der Internationale Leichtathletikverband (ILV)¹ machte sie darauf aufmerksam, dass sie künftig ihren Testosteronspiegel auf ein gewisses Niveau absenken müsse, sofern sie weiterhin an Wettkämpfen für Frauen teilnehmen wolle. Trotz signifikanter Nebenwirkungen durch die Hormonbehandlung mithilfe von Antibabypillen gelangen der Bf weitere sportliche Erfolge. Sie stellte die Einnahme von Hormonpräparaten ein, nachdem der Internationale Sportgerichtshof (ISG) in seinem Urteil vom 24.7.2015 in der Beschwerdesache *Dutee Chand* die einschlägigen Regelungen des ILV kurzfristig außer Kraft

gesetzt hatte.

2018 veröffentlichte der ILV sein neues Reglement »Kriterien für die Einstufung in die Frauenkategorie betreffend Athlet*innen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung« (im Folgenden: das Reglement). Die Bf weigerte sich hierauf, dem Reglement Folge zu leisten, da bei der Hormonbehandlung Nebenwirkungen auftreten würden, die medizinisch noch kaum erforscht wären. Noch im selben Jahr änderte der ILV das Reglement insoweit, als dieses nur mehr auf Athletinnen des Chromosomentyps 46 XY (zu denen die Bf zählte) Anwendung fand. Personen mit dem Chromosomentyp XX, die ebenfalls über einen erhöhten Testosteronwert verfügten, waren von dieser Regelung nicht betroffen.

Am 18.6.2018 wandte sich die Bf an den ISG in Lausanne und begehrte die Annullierung des Reglements. Mit Urteil vom 30.4.2019 wies dieser den Antrag mit der Begründung ab, die vom ILV festgelegten Bedingungen hätten zwar *prima facie* einen diskriminierenden Charakter, würden sie doch eine Unterscheidung aufgrund des Geschlechts und angeborener biologischer Charakteristiken treffen. Nichtsdestotrotz stellten sie ein notwendiges, angemessenes und verhältnismäßiges

¹ Dabei handelt es sich um den Dachverband aller nationalen Sportverbände für Leichtathletik. 2019 wurde der ILV in den Weltathletikverband (World Athletics) umbenannt.

Mittel zur Erreichung des vom ILV verfolgten Ziels der Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen dar. Es sei nämlich wissenschaftlich erwiesen, dass weibliche Athletinnen mit einer abweichenden Geschlechtsentwicklung des Chromosomentyps 46 XY aufgrund erhöhter Testosteronwerte Vorteile im sportlichen Wettkampf gegenüber anderen weiblichen Athletinnen hätten. Es sei daher gerechtfertigt, diesen gewisse Einschränkungen im Wege der verpflichtenden Hormonbehandlung ungeachtet des Auftretens unerwünschter Nebenwirkungen aufzuerlegen.

Im Mai 2019 erhob die Bf zivilrechtliche Beschwerde vor dem Bundesgericht, in der sie unter anderem eine auf dem Geschlecht beruhende Diskriminierung gegenüber weiblichen und männlichen Athlet*innen ohne Varianten der Geschlechtsentwicklung geltend machte. Mit Urteil vom 25.8.2020 wies Letzteres die Beschwerde mit der Begründung ab, das betreffende Reglement stelle ein geeignetes Mittel zur Erreichung der legitimen Ziele der Herstellung von sportlicher Fairness und des Schutzes gewisser Gruppen vor Benachteiligungen dar. In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht fest, dass seine Überprüfungsbefugnis bei internationalen Schiedsurteilen eingeschränkt sei und es lediglich prüfen könne, ob diese mit dem *ordre public* vereinbar seien. Zwar würde das Verbot der Diskriminierung diesem Grundsatz unterliegen, jedoch pflichtete er in dieser Hinsicht den Schlussfolgerungen des ISG bei, wonach besagtes Reglement nichtsdestotrotz ein notwendiges, angemessenes und verhältnismäßiges Mittel zur Herstellung fairer Wettkampfbedingungen darstelle. Das bekämpfte Urteil sei somit nicht unvereinbar mit dem *ordre public* iSv Art 190 Abs 2 lit e IPRG².

Rechtsausführungen

Die Bf behauptete Verletzungen von Art 3 (hier: *Verbot der erniedrigenden Behandlung*), Art 6 Abs 1 (hier: *Recht auf Zugang zu einem Gericht*) und von Art 8 (hier: *Recht auf Achtung des Privatlebens*) iVm Art 14 EMRK (*Diskriminierungsverbot*). Sie rügte auch eine Verletzung von Art 13 EMRK (*Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz*) iVm den Art 3, 8 und 14 EMRK.

I. Einleitende Anmerkungen zum Gegenstand der Rechtssache und zum vom GH gewählten Ansatz

(77) Angesichts der Komplexität der vorliegenden Angelegenheit und damit auftauchender neuer Fragen [...] hält es der GH für angemessen, zuerst die Reichweite

² Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987. Danach kann der Entscheid nur angefochten werden, wenn er mit dem *Ordre public* unvereinbar ist.

des Streitgegenstands und den von ihm im gegenständlichen Fall zu ergreifenden Ansatz näher zu erläutern.

(79) [...] Die Bf stellt im Wesentlichen die Vereinbarkeit des vom ILV verabschiedeten Reglements, das vom ISG und vom schweizerischen Bundesgericht gebilligt wurde, mit mehreren EMRK-Bestimmungen in Frage.

(80) Dazu ist seitens des GH anzumerken, dass die Schweiz bei der Annahme von besagtem Reglement durch den ILV, einer monegassischen privatrechtlichen Vereinigung, keinerlei Rolle gespielt hat. Er wird daher seine Prüfung [...] auf die Frage beschränken, ob die vom ISG und dem Bundesgericht ausgeübte Kontrolle den Anforderungen der Konvention entsprochen hat.

II. Zur Einrede der Regierung hinsichtlich der Unzuständigkeit des GH *ratione personae* bzw *loci*

1. Vorbringen der Regierung

(81) Laut der Regierung [...] würden die vor dem ISG – einer privaten Organisation – geführten Rechtsstreitigkeiten private Akteure (Sportverbände, Athlet*innen, private Vereine) betreffen, die selten eine Verbindung zur Schweiz (mit Ausnahme ihrer Eigenschaft als Sitzstaat) und zu den Mitgliedstaaten aufweisen könnten.

(82) Im vorliegenden Fall habe eine in Südafrika ansässige Athletin [...] die Rechtsgültigkeit eines vom ILV [...] erlassenen Reglements vor dem IGH, einem nichtstaatlichen Spruchkörper, in Frage gestellt. Dieser habe im Rahmen des vor ihm geführten Verfahrens die Gültigkeit der umstrittenen Regelung nicht im Hinblick auf schweizerisches Recht untersucht, sondern dafür das interne Regelwerk des ILV, die Olympische Charta und hilfsweise monegassisches Recht herangezogen.

(83) In diesem Kontext [...] habe die Aufgabe des Bundesgerichts, das mit einer zivilrechtlichen Beschwerde gegen ein internationales Schiedsurteil befasst worden sei, darin bestanden, nicht mit voller Überprüfungsbefugnis [...], sondern lediglich darüber abzusprechen, ob innerhalb der rechtlich zulässigen Anfechtungsmöglichkeiten, wie sie in Art 190 Abs 2 IPRG aufgelistet seien, die gegen das fragliche Urteil vorgebrachten Kritikpunkte begründet wären oder nicht.

(84) Das Bundesgericht sei daher nicht dazu befugt gewesen, materiell über den Inhalt des bekämpften Urteils abzusprechen. Es habe lediglich auf der Grundlage der in diesem Urteil festgestellten Fakten prüfen können, ob das Ergebnis, zu dem es gekommen sei, mit grundlegenden und weithin anerkannten Werten vereinbar sei oder nicht, wie sie gemäß den in der Schweiz vorherrschenden Anschauungen dem Fundament jeglicher Rechtsordnung zugrunde zu legen wären. Im Zuge der Prüfung der Beschwerde der Bf habe das Bundesgericht folglich nur über eine äußerst limitierte Kontrollbefugnis verfügt, sowohl was den faktischen

Blickwinkel als auch was die materielle Überprüfung des Urteils angehe.

(85) Die von der Bf behaupteten Verletzungen der Art 3, 8 und 14 EMRK würden sich daher auf einen Faktenkomplex ohne irgendeinen territorialen Bezug zur Schweiz gründen. Die schweizerischen Behörden hätten keinen Einfluss auf die [in der Angelegenheit] verwickelten Akteure, wozu insb der ILV zähle, gehabt. [...]

(88) [...] Die gegenständlichen Beschwerdepunkte [...] würden somit keine Zuständigkeit der Schweiz iSv Art 1 EMRK offenbaren und seien daher für unzulässig wegen Unvereinbarkeit mit den Bestimmungen der Konvention *ratione personae* bzw *loci* zu erklären. [...]

(89) Zudem habe der EGMR internationale Schiedsangelegenheiten bis dato nur unter Art 6 EMRK geprüft. [Nur] in diesem Kontext könne man daher der Meinung sein, dass das in der Schweiz geführte Verfahren eine im Hinblick auf die Hoheitsgewalt iSv Art 1 EMRK relevante Verbindung geschaffen habe.

2. Bewertung durch den GH

(103) Der GH möchte dazu anmerken, dass gemäß Art 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das Bundesgericht das Völkerrecht, wozu auch die Konvention gehört, anzuwenden hat – und zwar auch dann, wenn es um ein sehr spezielles Verfahren wie das vorliegend von ihm geprüfte geht. [...]

(104) Er möchte ferner in Erinnerung rufen, dass ab dem Moment, ab dem eine Person eine Klage vor den Zivilgerichten eines bestimmten Staats einbringt, unbestrittenmaßen eine im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevante Verbindung zwischen dieser Person und diesem Staat besteht – und zwar ungeachtet eines möglichen extraterritorialen Charakters der Tatsachen zu Beginn [der Einbringung] der Klage [...]. Im vorliegenden Fall darf somit festgehalten werden, dass die zivilrechtliche Beschwerde, mit der sich die Bf zur Bekämpfung des Schiedsurteils des ISG an das Bundesgericht wandte, die Zuständigkeit der Schweiz iSv Art 1 EMRK *a priori* ins Spiel brachte.

(105) Zu solchen Schlüssen ist der GH bereits in anderen einschlägigen Angelegenheiten betreffend Schiedsverfahren im Sport gekommen. [...] [Vgl *Mutu und Pechstein/CH*, Rz 64–66, 101–102, 149; *Platini/CH*, Rz 37–38.]

(107) Der GH sieht keinen Grund, der in der vorliegenden Angelegenheit ein Abgehen von den in den beiden zitierten Fällen gezogenen Schlussfolgerungen rechtfertigen würde. Die Tatsache, dass der ILV eine Einrichtung nach monegassischem Privatrecht mit Sitz in Monaco ist und nicht eine Vereinigung nach schweizerischem Privatrecht, wie dies bei der FIFA [im Fall *Platini/CH*] und der Internationalen Eislaufunion in der Beschwerdesache *Mutu und Pechstein/CH* der Fall war, ändert nichts an der Zuständigkeit des GH [für den

vorliegenden Fall] *ratione personae* bzw *loci* insb insofern als seine Prüfung sich vor allem auf das vor dem ISG und dem Bundesgericht abgewickelte Verfahren erstrecken wird (vgl oben Rz 80).

(108) Was das Vorbringen der Regierung betrifft, wonach die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts in derartigen Verfahren begrenzt ist, räumt der GH ein, dass die von diesem ausgeübte Kontrolle auf die [Prüfung der] Vereinbarkeit des bekämpften Schiedsurteils mit dem *ordre public*, der vom Bundesgericht in sehr enger Weise ausgelegt wird, beschränkt ist. Aus dessen Rsp geht hervor, dass der Begriff des *ordre public* [...] unter anderem das Verbot der Diskriminierung und die Achtung der Menschenwürde sowie auch – in einem bestimmten Ausmaß – das Recht auf freie Berufsausübung als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts umfasst. Dies sind übrigens auch die Rechte, die im Mittelpunkt dieser Beschwerde stehen. [...] Man kann daher schwerlich davon ausgehen, dass die Rügen der Bf nicht Gegenstand einer Prüfung durch den GH sein können.

(111) [...] Im vorliegenden Fall wurde die Bf durch die erzwungene Schiedsgerichtsbarkeit der Möglichkeit beraubt, sich an die ordentlichen Gerichte in ihrem Land oder anderswo zu wenden. Der einzige ihr offen stehende Beschwerdeweg bestand in der Anrufung des ISG zwecks Einleitung eines Schiedsverfahrens, dann in der Befassung des Bundesgerichts mit ihrer Angelegenheit. Ein weiterer Rechtsbehelf, insb eine Beschwerde an andere schweizerische oder monegassische Instanzen, stand ihr nicht offen. [...] Der GH will nun keineswegs die Vorteile in Frage stellen, die ein »zentralisiertes« System zur Bereinigung von Rechtsstreitigkeiten im Sport bietet, wird doch damit eine gewisse Kohärenz und Beständigkeit in der Rsp des ISG auf internationalem Niveau gewährleistet. Würde sich der GH jedoch zur Prüfung von Entscheidungen eines solchen Spruchkörpers für unzuständig erklären, könnte einer ganzen Kategorie von Personen, nämlich den Berufssportler*innen, der Zugang zu ihm versperrt werden, was nicht mit dem Geist, dem Gegenstand und den Zielen der Konvention in Einklang stünde. Eine solche Schlussfolgerung wäre übrigens kaum mit der Vorstellung von der Konvention als verfassungsmäßiges Instrument des europäischen *Ordre public* vereinbar, der von den Vertragsparteien verlangt, gemäß Art 1 EMRK allen ihrer Jurisdiktion unterliegenden Individuen zumindest die Grundlagen eines solchen *Ordre public* zu gewährleisten (vgl [...] *Al-Dulimi und Montana Management Inc./CH*, Rz 145).

3. Ergebnis

(112) Der GH ist sich darüber im Klaren, dass die Bf vor ihm die Vereinbarkeit eines vom ILV verfassten und vom ISG – zwei nichtstaatlichen Akteuren – gebilligten Reg-

lements in Frage stellt. Insoweit jedoch, als die Schlussfolgerungen des ISG Gegenstand einer Prüfung durch das Bundesgericht hinsichtlich der von den Bf erhobenen Rügen waren, kommt er im Lichte der zuvor zitierten Rsp zu dem Schluss, dass der Fall der Bf die »Jurisdiktion« der Schweiz iSv Art 1 EMRK begründet – dies ungeachtet der Tatsache, dass sich das schweizerische Höchstgericht nicht explizit auf die Bestimmungen der Konvention bezog und nur über eine eingeschränkte Kontrollbefugnis verfügte, die auf die Prüfung der Frage beschränkt war, ob das bekämpfte Urteil mit dem schweizerischen *Ordre public* vereinbar war [...].

(113) Angesichts des Vorgesagten ist die Einrede der Regierung hinsichtlich der Unzuständigkeit des GH *ratione personae* bzw *loci* zur Prüfung der gegenständlichen Beschwerde zu verwerfen (mehrheitlich).

III. Zur behaupteten Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK

(114) Laut der Bf wurde sie in ihrer Eigenschaft als Athletin mit einer vom strittigen Reglement erfassten »Variante der Geschlechtsentwicklung«, die einen erhöhten natürlichen Testosteronwert mit sich bringe, einer diskriminierenden Behandlung unterworfen. [...]

1. Zulässigkeit

(118) Von der Regierung wird nicht bestritten, dass die vorliegende Beschwerde in den Anwendungsbereich von Art 14 EMRK fällt. Der GH wird dennoch [...] die Frage seiner Zuständigkeit *ratione materiae* [...] prüfen.

a. Ist Art 14 iVm Art 8 EMRK anwendbar?

(121) [...] Der GH hält es für angemessen, den Beschwerdepunkt nach Art 14 EMRK ausschließlich aus dem Blickwinkel von Art 8 EMRK zu prüfen.

(122) Was dessen Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall betrifft, muss vorerst geklärt werden, ob die Beschwerde der Bf unter den Begriff des »Privatlebens« fällt. [...]

(123) Letztere bringt vor, die strittigen Maßnahmen hätten sich auf den harten Kern ihrer von Art 8 EMRK geschützten Rechte insb dahingehend ausgewirkt, dass der ISG und das Bundesgericht der Auffassung gewesen wären, sie wäre nicht feminin genug, um an Wettkämpfen im Frauensport teilnehmen zu können. In dieser Hinsicht ist seitens des GH zu vermerken, dass sexuelle Charakteristiken einer Person das »Privatleben« iSv Art 8 EMRK ins Spiel bringen können. Insoweit die Bf daher verpflichtet war, sich einer medizinischen Behandlung zu unterziehen, um wegen ihrer Eigenschaft als Athletin mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung und damit einhergehendem [natürlichem]

Anstieg des Testosteronspiegels nicht aus der Kategorie der Frauen bei bestimmten Leichtathletikbewerben ausgeschlossen zu werden, hatte dies direkte Auswirkungen auf ihre persönliche Identität.

(124) [...] Das Bundesgericht hob hervor, dass die Antibabypille Athletinnen des Chromosomentyps 46 XY DSD nicht zwangsweise vorgeschrieben werde, da diese noch immer die Möglichkeit hätten, eine solche »Behandlung« zu verweigern. Der GH ist der Ansicht, dass diese Schlussfolgerung nichtsdestotrotz das »Dilemma« offenbart, dem die Bf gegenüberstand: Sie konnte sich einer medizinischen Behandlung unterziehen (die aber geeignet gewesen wäre, eine Verletzung ihrer physischen und psychischen Integrität zu bewirken), um ihren Testosteronspiegel abzusenken und damit ihren Beruf [weiterhin] ausüben zu können, wäre diese Behandlung aber von ihr verweigert worden, hätte dies zur Folge gehabt, dass sie auf ihre Lieblingswettkämpfe und somit auf die Ausübung ihres Berufs hätte verzichten müssen. Da die Selbstbestimmung von Art 8 EMRK geschützt wird und die Wahl, mit der die Bf konfrontiert war, notwendigerweise ihre Rechte [...] nach dieser Konventionsbestimmung beeinträchtigte, nämlich einerseits das Recht auf Ausübung ihres Berufs und andererseits das Recht auf physische und psychische Unversehrtheit, fallen die Tatsachen des vorliegenden Falls in den Anwendungsbereich von Art 8 EMRK.

(125) [...] Im vorliegenden Fall wird die Bf ernsthaft in ihrer Berufsausübung beeinträchtigt, da das Reglement sie an der Teilnahme an gerade jenen internationalen Wettkämpfen hindert, bei denen sie die meisten Erfolge gefeiert hat. Insoweit das Reglement in seiner ihm eigenen Logik sexuelle – vor allem aber genetische – Charakteristiken von Athletinnen betrifft, ist der GH der Ansicht, dass die »Motive« hinter der Annahme des strittigen Reglements das Privatleben der Bf betreffen. Zudem ist er der Ansicht, dass das Reglement beträchtliche »Konsequenzen« für die Bf, was den Genuss ihres Rechts auf Achtung des Privatlebens insb hinsichtlich ihres guten Rufs, ihrer Privatsphäre und ihrer Würde haben dürfte.

(126) Schließlich möchte der GH zur Untermauerung seiner Schlussfolgerungen noch auf den am 15.6.2020 veröffentlichten Bericht des Hochkommissars für Menschenrechte der VN mit dem Titel »Gemeinsamkeiten der rassistischen Diskriminierung und der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierung im Sport« hinweisen. Darin legt Letzterer dar, dass das aktuell in Kraft stehende Reglement des ILV betreffend die Teilnahme von Frauen in der Frauenkategorie negative Auswirkungen unter anderem auf das Recht zu arbeiten und auf gleiche und zufriedenstellende Arbeitsbedingungen, auf das Recht, über den bestmöglichen physischen und mentalen Gesundheitszustand zu verfügen und keinen willkürlichen Einmischungen in sein

Privatleben unterworfen zu sein wie auch auf das Recht auf Achtung seiner Würde, physischen Integrität und körperlichen Selbstbestimmung hat (Kapitel IV, Rz 34).

(127) Angesichts des Vorgesagten vermag sich die Bf daher auf Art 8 EMRK unter seinem Aspekt »Privatleben« zu berufen, womit auch Art 14 EMRK ins Spiel kommt [...].

b. Ergebnis

(128) Dieser Beschwerdepunkt ist weder offensichtlich unbegründet noch aus einem anderen in Art 35 EMRK genannten Grund unzulässig und muss daher für **zulässig** erklärt werden (mehrstimmig).

2. In der Sache

a. Bestand ein Diskriminierungsgrund iSv Art 14 EMRK?

(158) Im vorliegenden Fall kann sich die Bf als Opfer sowohl einer auf dem »Geschlecht« iSv Art 14 EMRK als auch auf ihrer sexuellen (insb genetischen) Charakteristiken fußenden Diskriminierung sehen, die unzweifelhaft von dieser Konventionsbestimmung erfasst sind (siehe *G. N. ua/IT*, Rz 126). [...]

b. Bestand eine unterschiedliche Behandlung gegenüber sich in einer ähnlichen oder vergleichbaren Situation befindlichen Personen?

(160) Die Bf bringt vor, im Vergleich zu anderen weiblichen Athleten unterschiedlich behandelt worden zu sein, die keine Varianten der Geschlechtsentwicklung aufweisen. Aus rechtlicher Sicht handle es sich bei ihr von Geburt an um eine Frau, sie sei auch als Frau aufgewachsen und großgezogen worden und sei bei Wettkämpfen immer nur als Frau angetreten [...].

(161) Der GH hält dazu fest, dass im internen Verfahren keine kontroversiellen Debatten betreffend die Frage stattgefunden haben, ob die Situation der Bf mit sich in einer ähnlichen oder vergleichbaren Situation befindlichen Personen verglichen werden konnte. Nichtsdestotrotz ist festzustellen, dass sowohl der ISG als auch das Bundesgericht stillschweigend anerkannt haben, dass die Situation von weiblichen Athletinnen und jener, in der sich die Bf als intersexuelle Athletin befand, gleich war. [...] Der GH verfügt über keine ausreichenden Elemente, um im Moment eine andere Position einzunehmen.

(162) Angesichts des Vorgehenden kommt der GH zu dem Schluss, dass die Situation der Bf mit jener von anderen weiblichen Athletinnen verglichen werden kann und sie diesen gegenüber eine unterschiedliche Behandlung aufgrund ihres Ausschlusses von Wettkämpfen [...] erfuhr.

c. Zur Bereitstellung welcher Garantien war die Schweiz verpflichtet und wie gestaltete sich der ihr im vorliegenden Fall zukommende Ermessensspielraum?

(163) [...] Das strittige Reglement wurde vom ILV [...] erlassen. In Ermangelung des Vorliegens einer staatlichen Maßnahme wird der GH nun prüfen, ob der belangte Staat seinen positiven Verpflichtungen im Hinblick auf Art 14 EMRK nachgekommen ist.

(164) Der GH hat in Fällen zu Art 8 EMRK bereits festgehalten, dass [...] die nationalen Instanzen ihre Entscheidungen ausreichend begründen müssen [...].

(165) Dieser Grundsatz [...] gilt, *mutatis mutandis*, auch für Art 14 EMRK.

(166) Aufgabe des GH ist nun zu prüfen, ob die Bf im vorliegenden Fall über ausreichende formale und prozessuale Garantien in einem Gerichtssystem verfügte, in dem sie ihre insb unter Art 14 EMRK geltend gemachten Rügen vorbringen konnte und ob die fraglichen Gerichte begründete Entscheidungen unter Berücksichtigung der einschlägigen Rsp des GH erließen.

(167) Im Rahmen dieser Prüfung wird der GH Bezug auf die spezifische Situation der Bf nehmen, die freiwillig eine Karriere auf dem Gebiet der Leichtathletik aufgenommen hat. Eine solche Karriere bringt zweifellos zahlreiche Privilegien und Vorteile, aber auch den Verzicht auf gewisse Rechte mit sich. Derartige Einschränkungen sind akzeptabel nach der Konvention, sofern ihnen aus freien Stücken zugestimmt wurde. Anders als im Fall *Platini/CH* macht die Bf aber geltend, dass sie keine andere Wahl gehabt habe, als der verpflichtenden Schiedsklausel zuzustimmen, welche die Beschreibung des Rechtswegs vor den nationalen ordentlichen Gerichten ausschloss. Der GH ist daher der Ansicht, dass der Bf aufgrund der Regelungen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Sport im Endeffekt keine andere Alternative als die Befassung des ISG und dann des Bundesgerichts mit ihrer Sache übrig blieb.

(169) Der GH hat wiederholt hervorgehoben, dass ausschließlich auf dem Geschlecht fußende Entscheidungen durch »sehr gewichtige Erwägungen«, »zwingende Gründe« oder – anders formuliert – »besonders solide und überzeugende Gründe« gerechtfertigt werden müssen. Ähnliche Überlegungen stellen sich an, wenn sich eine unterschiedliche Behandlung auf den sexuellen Charakteristiken eines Individuums und seinem Status als intersexuelle Person gründet. Ferner ist der staatliche Ermessensspielraum eingeschränkt, wenn ein besonders bedeutender Aspekt der Existenz oder der Identität eines Individuums auf dem Spiel steht.

(170) Der GH ist der Überzeugung, dass ihm diese Erwägungen als Richtlinie für den gegenständlichen Fall dienen sollten, auch wenn er selbst keine eigene Interessenabwägung durchführen wird und sich im Wesentlichen auf eine Prüfung der bestehenden formalen und

prozessualen Garantien beschränken wird. Dabei wird der GH folgende Aspekte prüfen: (i) die Überprüfungs-befugnis des ISG und des Bundesgerichts; (ii) wissenschaftliche Zweifel dahingehend, ob das fragliche Reglement gerechtfertigt ist; (iii) die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen und die Berücksichtigung von durch die verlangte medizinische Behandlung verursachten Nebeneffekten; (iv) Drittwirkungen der Diskriminierung und schließlich (v) den Vergleich mit der Situation von transsexuellen Athlet*innen.

i. Zur Überprüfungs-befugnis des ISG und des Bundesgerichts

(172) Im Fall *Mutu und Pechstein/CH* hat der GH die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des ISG als Tribunal nicht in Zweifel gezogen. Letzterer hat im Fall der nunmehrigen Bf im Verlauf von fünf Verhandlungstagen eine beträchtliche Anzahl von Experten gehört, um dann zu einem sehr detaillierten Urteil zu gelangen.

(173) Der ISG ist weder ein staatliches Gericht noch eine Einrichtung des schweizerischen öffentlichen Rechts, sondern eine eigene Stelle, die vom ILV, einer privatrechtlichen Stiftung, ausgeht. Es handelt sich dabei um eine spezielle Instanz auf dem Gebiet des Sportrechts, die über volle Jurisdiktionsbefugnis in streitigen Angelegenheiten verfügt und gleichzeitig über Sach- und Rechtsfragen entscheidet. Als nicht-staatliches Tribunal ist der ISG nicht direkt an von den Staaten auf dem Gebiet der Menschenrechte abgeschlossene Verträge gebunden. Im vorliegenden Fall stützte sich Letzterer vor allem auf das vom ILV aufgestellte Regelwerk, die Olympische Charta und hilfsweise auf das monegasische Recht, welches die Garantien der Konvention übernommen hat.

(174) Im Fall der Bf hat der ISG eine detaillierte Prüfung ihres Diskriminierungsvorwurfs vorgenommen. Er kam zu dem Ergebnis, dass – möge das betreffende Reglement auch diskriminierend sein – dieses ungeachtet dessen eine notwendige, angemessene und verhältnismäßige Maßnahme zur Erreichung der vom ILV anvisierten Ziele dargestellt und es insb zur Sicherstellung fairer Wettkampfbedingungen beigetragen habe. Obwohl der ISG im vorliegenden Fall ziemlich ähnliche Kriterien anwandte, wie sie der GH regelmäßig in seinen Erwägungen auf dem Gebiet des Art 14 EMRK angestellt hat (Frage der Notwendigkeit, Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit), kommt man nicht umhin festzuhalten, dass sich dessen Analyse zu keiner Zeit auf diese Konventionsbestimmung, geschweige denn auf die einschlägige Rsp des GH dazu, bezogen hat.

(175) Was nun das Bundesgericht anbelangt, war seine Überprüfungs-befugnis auf die Frage beschränkt, ob das Schiedsurteil mit dem *ordre public* iSv Art 190 Abs 2 lit e IPRG unvereinbar ist. Dies war dann der Fall, wenn das Urteil essentielle und weithin anerkannte Werte missachtete, die gemäß den in der Schweiz vorherrschenden

Anschauungen das Fundament jeglicher Rechtsordnung darstellen sollten. Der Unvereinbarkeit des Urteils mit dem *ordre public* liegt in der Rsp des Bundesgerichts ein im Vergleich zur Willkür noch restriktiveres Begriffsverständnis zugrunde. [...] Das Bundesgericht genoss daher wegen seines eigenen restriktiven Ansatzes eine sehr begrenzte Überprüfungs-befugnis.

(176) Zwar trifft es zu, dass der GH in den Fällen *Platini/CH*, Rz 70 und *Bakker/CH*, Rz 47 [...] zu dem Schluss kam, dass die eingeschränkte Kontrolle, über die das Bundesgericht verfügte, es nicht daran hinderte, eine mit den Anforderungen des Art 6 EMRK vereinbare Prüfung vorzunehmen. Diese Angelegenheiten waren jedoch von klar unterschiedlicher Natur und – mit Ausnahme eines einzigen, ziemlich eng formulierten Beschwerdepunkts unter Art 8 EMRK im Fall *Platini/CH* – insb wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs von vornherein zum Scheitern verurteilt.

(177) Der GH ist der Ansicht, dass die sehr eingeschränkte Kontrolle durch das Bundesgericht auf dem Gebiet des kommerziellen Schiedswesens gerechtfertigt werden kann, wo sich Unternehmen, die sich im Allgemeinen auf Augenhöhe befinden, auf freiwilliger Basis darüber einig werden, ihre Streitigkeiten auf eine solche Art und Weise zu regeln. Beim Schiedswesen im Sport, bei dem Individuen oft sehr mächtigen Sportverbänden gegenüberstehen, kann sich eine solche Vorgangsweise jedoch als problematischer erweisen. In der Tat hat das Bundesgericht selbst in seinem Urteil betreffend die Bf eingeräumt, dass »der Wettkampfsport durch eine sehr hierarchische Struktur sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene charakterisiert wird. Die auf einer Vertikalachse begründeten Beziehungen zwischen den Athlet*innen und den Sportorganisationen [...] unterscheiden sich von den horizontalen Beziehungen, welche von den Parteien mittels vertraglicher Bindung geknüpft werden« (vgl Rz 9.4 des zitierten Urteils).

(178) Der GH sieht daher keinen Grund, warum bei Profisportler*innen der Schutz durch die Gerichte geringer sein sollte als bei Personen, die einen eher konventionellen Beruf ausüben.

ii. Zu den wissenschaftlichen Zweifeln über die Rechtfertigung des strittigen Reglements

(181) Im vorliegenden Fall hat die Bf sowohl vor dem ISG als auch vor dem Bundesgericht eine Diskriminierungsrüge erhoben, deren vertretbarer und ernsthafter Charakter von beiden *a priori* nicht in Frage gestellt wurde. In dieser Hinsicht möchte der GH darauf hinweisen, dass der ISG selbst ernste Bedenken hinsichtlich des strittigen Reglements in zumindest drei Punkten geäußert hat: Er erkannte an, dass die mit der Hormonbehandlung einhergehenden Nebenwirkungen »signifikant« wären, ferner räumte er ein, dass – auch wenn eine Athletin sich sorgfältig an die ihr vorgeschriebene

Behandlung halte – dies dennoch dazu führen könne, dass sie den Anforderungen des Reglements nicht zu entsprechen vermöge, schließlich wären konkrete Beweise für einen sportlichen Vorteil, den Athletinnen des Chromosomentyps 46 XY mit einer Variante der sexuellen Entwicklung in den 1.500 Meter- und 1 Meile-Disziplinen genießen würden, »spärlich« [...].

(182) Diese schwerwiegenden Bedenken veranlassen den ISG jedoch nicht dazu, das fragliche Reglement außer Kraft zu setzen, wie er einige Jahre zuvor noch in der Beschwerdesache *Dutee Chand* vorgegangen war. In dieser hatte der ISG im Gefolge einer von ihm erlassenen einstweiligen Verfügung [...] das damals in Kraft stehende Reglement des ILV zeitweilig ausgesetzt, da letzteres nicht gezeigt habe, dass hyperandrogene³ Athletinnen einen signifikanten Vorteil gegenüber anderen weiblichen Athletinnen hätten, was die sportliche Leistung angehe. [...] In dieser Hinsicht ist seitens des GH auf Art 2 Abs 2 lit a des Reglements zu verweisen, welcher vorsieht, dass im Zweifelsfall zugunsten der Athletin/des Athleten zu entscheiden ist.

(183) Was nun das Bundesgericht angeht, hat dieses nicht versucht, die vom ISG geäußerten Bedenken betreffend die Anwendung des strittigen Reglements in der Praxis und dessen wissenschaftliche Grundlage zu hinterfragen. Hingegen äußern jüngste Berichte von kompetenten Menschenrechtsorganen wie insb der Parlamentarischen Versammlung des Europarats und des UN-Hochkommissars für Menschenrechte ernste Bedenken über die Diskriminierung von Frauen im Sport einschließlich intersexueller Athletinnen auf der Grundlage von Regelungen wie jene, die dem vorliegenden Fall zugrunde liegen. [...] Auch die Wissenschaft stützt diese Ansicht.

(184) Angesichts der vorgehenden Erwägungen kommt der GH zu dem Schluss, dass sich weder der ISG noch das Bundesgericht einer tiefgehenden Untersuchung im Lichte der Konvention gewidmet haben, was Gründe zur Unterstützung der objektiven und angemessenen Rechtfertigung des strittigen Reglements angeht.

iii. Zur Interessenabwägung und Berücksichtigung von durch die verlangte medizinische Behandlung verursachten Nebenwirkungen

(185) Die vom ISG geäußerten Bedenken hinsichtlich des strittigen Reglements haben das Bundesgericht nicht dazu veranlasst, das Schiedsurteil letztlich in Frage zu stellen. Vielmehr gab es sich im Wesentlichen im Lichte seines eingeschränkten Begriffsverständnisses des *Ordre public* damit zufrieden, die Schlussfolgerungen des ISG zu bestätigen, ohne eine eigene Prüfung der strittigen Fragen vorzunehmen. Insb führte

das Bundesgericht weder eine vollständige und ausreichende Prüfung der von der Bf behaupteten diskriminierenden Behandlung noch eine angemessene und ausreichende Abwägung der auf dem Spiel stehenden relevanten Interessen durch, was die Konvention aber verlangt hätte.

(186) [...] Das Bundesgericht hätte daher, um den Anforderungen des Art 14 EMRK Genüge zu tun, eine Abwägung zwischen den vom ILV geltend gemachten Interesse insb an der Herstellung fairer Wettkampfbedingungen und den von der Bf vorgebrachten Interessen vornehmen müssen, die ihre Würde, ihren guten Ruf, ihre physische Integrität, ihre Privatsphäre inklusive sexueller Charakteristiken und ihr Recht auf Ausübung ihres Berufs betrafen. [...]

(187) Im vorliegenden Fall ging das Bundesgericht davon aus, dass das strittige Reglement der Bf eine veritable »Wahl« biete, da die Antibabypille weiblichen Athletinnen des Chromosomentyps 46 XY mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung nicht zwangsweise verschrieben würde und ihnen noch immer die Möglichkeit verbliebe, eine solche »Behandlung« zu verweigern. Wie der GH aber bereits oben in Rz 124 festgestellt hat, verfügte die Bf in diesem Punkt nicht über eine echte Wahlmöglichkeit: [...] Mit anderen Worten wäre, egal wie die Entscheidung der Bf dann auch ausgefallen wäre, dies in jedem Fall auf einen Verzicht gewisser von Art 8 EMRK garantierter Rechte hinausgelaufen. Um den Anforderungen der Konvention zu genügen, hätte sich das Bundesgericht daher mit dem Dilemma befassen müssen, mit dem die Bf konfrontiert war.

(188) Insb wurde vom Bundesgericht nicht ausreichend das Vorbringen hinsichtlich der mit der Verwendung von oralen Verhütungsmitteln einhergehenden Nebenwirkungen berücksichtigt – dies ungeachtet der Tatsache, dass im von ihm zitierten Urteil des ISG derartige Auswirkungen als »signifikant« eingestuft worden waren. Es hat sogar selbst eingeräumt, dass eine gegen den Willen eines Individuums vorgenommene medizinische Behandlung eine »schwerwiegende Verletzung« der persönlichen Freiheit beinhalte und den Kernbereich der Menschenwürde berühre. Gleichzeitig schloss es sich aber der Meinung des ISG an, wonach sich derartige Effekte von ihrer Beschaffenheit her nicht von den Nebenwirkungen, mit denen tausende, wenn nicht sogar Millionen andere – orale Verhütungsmittel einnehmenden – Frauen des Chromosomentyps XX leben müssten, unterscheiden würden. Der GH ist nicht überzeugt von diesem Argument, dass insb nicht dem Umstand Rechnung trägt, dass viele Frauen gerade wegen den Nebenwirkungen einer hormonellen Behandlung keine oralen Verhütungsmittel nehmen. Es berücksichtigt auch nicht die Tatsache, dass Nebenwirkungen, wie sie von Sport abseits von Wettkämpfen ausübenden Frauen erlebt werden, einen bedeutenderen

³ Die Hyperandrogenämie äußert sich durch eine erhöhte Sexualhormonproduktion sowohl beim Mann als auch bei der Frau. Sie zählt zu den hormonellen Störungen.

Einfluss auf den Körper und das physische und psychische Gleichgewicht von im Hochleistungssport agierenden Athletinnen haben und sich vor allem negativ auf ihre sportlichen Leistungen auswirken können [...].

(189) Schließlich möchte der GH noch auf das Vorbringen gewisser Vereinigungen wie des Weltärztebunds, [eines Zusammenschlusses nationaler Ärzteverbände], und der *Global Health Justice Partnership* (GHJP), einer Initiative der Yale Law School und der Yale School of Public Health, verweisen, die beide unterstreichen, dass die Tatsache, dass die Auferlegung einer solchen Behandlung zu bedeutenden Nebenwirkungen führen kann, und zwar nicht aus rein medizinischen Gründen, sondern im Hinblick auf die vom strittigen Reglement gestellten Anforderungen an Athletinnen, mit internationalen Standards der ethischen Medizin nicht vereinbar sei. Der GH möchte auch anmerken, dass die Schweiz Vertragspartei des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin (»Oviedo-Konvention«) ist. Gemäß seinem Art 2 [...] haben »das Interesse und das Wohl des menschlichen Lebewesens Vorrang gegenüber dem bloßen Interesse der Gesellschaft oder der Wissenschaft.« [...]

(190) Der GH kommt daher zu dem Ergebnis, dass das Bundesgericht – um sich einer mit den Anforderungen der Konvention vereinbaren Untersuchung zu widmen – auf gründlichere Art und Weise auf das Vorbringen der Bf zu den Nebenwirkungen antworten hätte müssen.

iv. Zu den Drittwirkungen einer Diskriminierung

(191) Das Bundesgericht vertrat in seinem Urteil zum Fall der Bf [...] die Ansicht, dass sich das in Art 8 Abs 2 der schweizerischen Verfassung verankerte Diskriminierungsverbot an den Staat wende und im Prinzip keine unmittelbare Drittwirkung auf Beziehungen unter Privaten habe (siehe Rz 9.4 des zitierten Urteils). Es sei aber bei weitem nicht ersichtlich, so das Bundesgericht, dass das aus einem Aspekt des Privatlebens herrührende Verbot der Diskriminierung Bestandteil der essentiellen und weithin anerkannten Werte sei, die gemäß den in der Schweiz vorherrschenden Vorstellungen das Fundament jeder Rechtsordnung darstellen sollten.

(192) Hingegen ist der Rsp des GH zu entnehmen, dass die Staaten gehalten sind, geeignete Maßnahmen zum Schutz von ihrer Hoheitsgewalt unterliegenden Personen vor diskriminierenden Behandlungen zu setzen – und zwar auch dann, wenn die Diskriminierung von Privatpersonen ausgeht. So hat der GH etwa in der Rechtssache *Danilenkov ua/RU*, Rz 124 [...] ausgesprochen, dass es – wenn Individuen Opfer einer diskriminierenden Behandlung sind – entscheidend ist, dass sie eine solche Behandlung anfechten und den Rechtsweg beschreiten können, um eine Entschädigung oder eine andere Form der Wiedergutmachung zu bekommen.

(194) Aus der zitierten Rsp des GH [siehe auch *Pla*

und Puncernau/AD, Rz 59] lässt sich daher ableiten, dass die nationalen Gerichte verpflichtet sind, einen realen und effektiven Schutz vor durch Privatpersonen begangenen Diskriminierungen zu gewährleisten. Ungeachtet dessen ist das Bundesgericht im gegenständlichen Fall nicht zur Ansicht gelangt, dass das auch bei Einrichtungen des Privatrechts geltende Diskriminierungsverbot unter den Begriff des *ordre public* iSv Art 190 Abs 2 lit e IPRG fallen würde. Dies hatte zur Folge, dass das vom ILV [...] erstellte Reglement nicht, wie von der Bf verlangt, einer Kontrolle hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit der Verfassung oder der Konvention unterzogen wurde.

(195) Mit Blick auf die vorhergehenden Erwägungen ist der GH der Ansicht, dass das Bundesgericht nicht den in seiner Rsp gestellten Anforderungen Genüge tat, wonach die Konventionsstaaten verpflichtet sind, diskriminierenden Handlungen – auch wenn sie von Personen oder privaten Einrichtungen ausgehen – in effektiver Art und Weise vorzubeugen oder sie zu beheben.

v. Vergleich mit der Situation transsexueller Athletinnen

(196) Der GH erinnert an einen anderen Aspekt seiner Rsp zu Art 14 EMRK [...]. Danach wird diese Konventionsbestimmung auch dann verletzt, wenn [...] der Staat Personen, deren Situation deutlich unterschiedlich ist, nicht anders behandelt.

(197) Im vorliegenden Fall sei laut der Bf das »Durcheinander«, welches die belangte Regierung und der ILV zwischen ihrer Situation und jener von transsexuellen Athletinnen erzeugt hätte, insoweit unangemessen gewesen sei, als die Interessen in beiden Fällen unterschiedlicher nicht hätten sein können. Seitens des GH ist dazu festzustellen, dass die Reglements des ILV zum Zeitpunkt der fraglichen Ereignisse tatsächlich im Wesentlichen auch für trans- und intersexuelle Sportlerinnen galten.

(198) Der GH ist der Meinung, dass die gleiche Behandlung zwischen der Bf und transsexuellen Athletinnen, die sich einem Wechsel des Geschlechts von männlich auf weiblich unterzogen hatten, nicht offenkundig ist. Ohne Beschwerdesachen vorgreifen zu wollen, mit denen er befasst werden könnte, möchte er in diesem Stadium einfach nur anmerken, dass bei transsexuellen Sportlerinnen der Vorteil, den sie genießen, der ihnen innewohnenden Verschiedenartigkeit aufgrund ihrer Geburt als Mann geschuldet ist. Dieser Vorteil basiert auf ihrer ursprünglichen biologischen Abstammung, wobei übrigens die von ihnen verlangte Behandlung, der sie zur Senkung ihres Testosteronspiegels folgen müssen, auf eine Anpassung der ihnen bereits vorgeschriebenen Behandlung hinausläuft. Die Gleichstellung von dem Reglement unterfallenden Personen mit einer Variante der geschlechtlichen Entwicklung wurde übrigens vom LIV mit Wirkung vom 31.3.2023 beseitigt.

(199) Der GH kommt daher zu dem Ergebnis, dass das Bundesgericht, mochte es vorliegend auch über eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis verfügt haben, dieses »Differenzierungsmanko« hätte erörtern sollen.

vi. Ergebnis

(200) [...] Im Rahmen eines erzwungenen Schiedsverfahrens, welches die Bf der Möglichkeit beraubte, sich an die ordentlichen Gerichte zu wenden, bestand der einzige ihr offenstehende Weg in der Anrufung des ISG. Obwohl dieser in seinem Urteil eine sehr detaillierte Begründung ablieferte, nahm er von einer Anwendung der Konvention Abstand und ließ beträchtliche Zweifel betreffend die Gültigkeit des Reglements vor allem hinsichtlich der von der Hormonbehandlung verursachten Nebenwirkungen, die Tatsache, dass Athletinnen nicht immer den Anforderungen des Reglements zu entsprechen vermochten, und schließlich den Erhalt von Hinweisen aufkommen, die einen konkreten sportlichen Vorteil für Athletinnen des Chromosomentyps 46 XY mit einer Variante der geschlechtlichen Entwicklung in den 1.500 Meter- und 1 Meile-Disziplinen belegten. Dazu kam, dass das von der Bf [...] angerufene schweizerische Bundesgericht nur eine sehr eingeschränkte Kontrolle ausübte, die sich auf die Prüfung der Frage beschränkte, ob das Schiedsurteil mit dem *Ordre public* vereinbar war, wodurch [...] den schwerwiegenden Bedenken des ISG nicht auf mit einer den Anforderungen des Art 14 EMRK vereinbaren Weise geantwortet werden konnte.

(201) Aus diesen und den oben (i-v) angeführten Gründen gelangt der GH zu der Ansicht, dass die Bf in der Schweiz nicht über ausreichende formale und prozessuale Garantien verfügte, die es ihr gestattet hätten, ihre Rügen auf effektive Art und Weise geltend zu machen, noch dazu, wo es sich bei diesen um gut untermauerte und glaubhafte Behauptungen hinsichtlich einer Diskriminierung als Folge ihres von ihrer unterschiedlichen geschlechtlichen Entwicklung hervorgerufenen erhöhten Testosteronspiegels handelte. Mit Blick insb darauf, welche bedeutende persönlichen Interessen für die Bf auf dem Spiel standen, nämlich die Teilnahme an Leichtathletikwettkämpfen auf internationalem Niveau und folglich die Ausübung ihres Berufs, überschritt der belangte Staat seinen ohnehin reduzierten Ermessensspielraum, über den er in der gegenständlichen Beschwerdesache verfügte. Diese betraf eine [behauptete] Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und sexueller Charakteristiken, die nur durch »sehr gewichtige Gründe« gerechtfertigt werden konnte. [...] Angesichts dieser Umstände [...] hätte die Schweiz eine gründliche formale und prozessuale Kontrolle durchführen müssen, von der die Bf [...] jedoch nicht profitiert hat. Dies hatte zur Folge, dass der GH nicht in der Lage war, darüber zu entscheiden, ob das strittige Reglement in der Form, wie es auf die Bf angewendet wurde, als objektive und gegenüber

dem verfolgten Ziel verhältnismäßige Maßnahmen angesehen werden konnte.

(202) Somit hat eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK stattgefunden (4:3 Stimmen; *im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum von Richter Pavli und von Richter Serghides; gemeinsames abweichendes Sondervotum der Richter Grozev, Roosma und Ktistakis*).

IV. Zur behaupteten Verletzung von Art 8 EMRK

(203) Laut der Bf greife das strittige Reglement unzulässig in ihre körperliche Integrität ein, indem sie dazu verpflichtet werde, ihren Körper – und zwar insb ihren Genitalbereich – untersuchen zu lassen, obwohl dafür keine medizinische Notwendigkeit bestehe. Ebenfalls würde die Verpflichtung, Verhütungsmittel zur Absenkung des Testosteronspiegels zu nehmen, mangels Verfolgung eines therapeutischen Ziels und ohne ihre informierte Zustimmung dazu einzuholen, Art 8 EMRK zuwiderlaufen. Zudem würden die ihr auferlegten Untersuchungen und die Verpflichtung zur Einnahme von Verhütungsmitteln [...] auch gegen ihre psychische Integrität verstoßen. [...] Sie erachtet sich weiters als Opfer einer Verletzung ihres Rechts auf soziale und geschlechtliche Identität sowie auf Ausübung ihres Berufs. [...]

(205) Der GH ist bereits zu dem Schluss gekommen, dass die fehlenden formalen und prozessualen Garantien in der Schweiz eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK nach sich zogen. [...] Dieser Beschwerdepunkt wirft daher keine essentiellen unterschiedlichen Fragen auf. Es besteht somit keine Notwendigkeit, über ihn gesondert abzusprechen (6:1 Stimmen; *abweichendes Sondervotum von Richter Serghides*).

V. Zur behaupteten Verletzung von Art 3 EMRK

(206) [...] [Abgesehen von einer Wiederholung ihrer unter Art 8 EMRK vorgebrachten Behauptungen] erhebt die Bf den Vorwurf, das strittige Reglement habe einen stigmatisierenden und erniedrigenden Effekt auf sie gehabt und sie tief in ihrer Würde verletzt. [...]

(215) [...] Der Beschwerdepunkt hinsichtlich der erzwungenen medizinischen Behandlungen und Untersuchungen, den Athletinnen unter dem betreffenden Reglement unterworfen sind, läuft im Wesentlichen auf die Behauptung einer Verletzung der Menschenwürde iSv Art 3 EMRK hinaus. Der GH möchte dazu anmerken, dass sich die Bf 2009, also deutlich vor dem Inkrafttreten des von ihr [...] angefochtenen strittigen Reglements, einem Geschlechtsüberprüfungstest unterzogen hat. Hingegen wurde sie im Zuge des Verfahrens, das Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist, offenbar zu keiner Zeit einer medizinischen Behandlung und Untersuchung unterzogen, da sie es vorzog, auf die

Bestreitung ihrer Lieblingswettkämpfe zu verzichten, um nicht die Konsequenzen eines auf dem Reglement basierenden Verfahrens tragen zu müssen. Im Übrigen ist der GH der Ansicht, dass das Dilemma, in dem sich die Bf befand, und ihre »Wahl«, auf die Ausübung ihres Berufs zu verzichten, von ihm bereits im Zuge der Prüfung [der behaupteten Verletzung] von Art 14 iVm Art 8 EMRK gebührend berücksichtigt worden sind.

(216) Was schließlich die Rüge der Bf anbelangt, wonach das strittige Reglement sie in ihrer Würde, Ehre und in ihrem guten Ruf verletzt habe, ist der GH der Ansicht, dass in dieser Hinsicht der erforderliche Schweregrad nicht erreicht wurde, um Art 3 EMRK ins Spiel zu bringen.

(217) [...] Dieser Beschwerdepunkt ist somit wegen offensichtlicher Unbegründetheit iSv Art 35 Abs 3 lit a EMRK gemäß Art 35 Abs 4 EMRK [als **unzulässig**] zurückzuweisen (mehrheitlich; *abweichendes Sondervotum von Richter Serghides*).

VI. Zur behaupteten Verletzung von Art 13 EMRK

(218) Die Bf behauptete auch eine Verletzung ihres Rechts auf eine wirksame Beschwerde iSv Art 13 iVm den Art 3, 8 und 14 EMRK – und zwar insb aufgrund der eingeschränkten Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts.

(220) Der GH hält es für angebracht, diese Rüge ausschließlich im Hinblick auf Art 14 iVm Art 8 EMRK zu untersuchen.

(225) Die Beschwerde ist [...] für **zulässig** zu erklären (mehrstimmig).

(235) Der GH schließt auf eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde iSv Art 13 EMRK im Wesentlichen aus denselben Gründen wie jenen, die ihn zur Feststellung einer Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK veranlasst haben, nämlich wegen der Abwesenheit von formalen und prozessualen Garantien in der Schweiz. [...]

(237) Einzuräumen ist, dass er in den Beschwerdesachen *Platini/CH*, Rz 70 und *Bakker/CH*, Rz 47 die Ansicht vertreten hat, dass die eingeschränkte Kontrolle des Bundesgerichts dieses nicht daran gehindert hatte, eine mit den Art 8 und 6 EMRK vereinbare Prüfung durchzuführen. Obwohl diese Schlussfolgerung für die behauptete Verletzung von Art 13 EMRK in Bezug auf Art 14 iVm Art 8 EMRK relevant ist, möchte der GH daran erinnern, dass diese beiden Beschwerden [...] insb aufgrund fehlender Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs zum großen Teil zum Scheitern verurteilt waren.

(239) [...] Er kommt daher im Rahmen seiner eingeschränkten Rolle als Hüter des europäischen *Ordre public* zu dem Schluss, dass die der Bf offenstehenden Rechtsbehelfe in ihrer Gesamtheit und unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls gesehen nicht als effektiv iSv Art 13 EMRK angesehen werden

können.

(240) [...] Es fand daher eine **Verletzung von Art 13 EMRK** im Hinblick auf Art 14 iVm Art 8 EMRK statt (4:3 Stimmen; *im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum von Richter Pavli und von Richter Serghides; gemeinsames abweichendes Sondervotum der Richter Grozev, Roosma und Ktistakis*).

VII. Zur behaupteten Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK

(241) Die Bf behauptete überdies eine Verletzung ihres Rechts auf Zugang zu einem Gericht insb wegen der eingeschränkten Kontrollbefugnis des Bundesgerichts.

(244) Der GH hat bereits auf eine Verletzung von Art 13 EMRK im Hinblick auf Art 14 iVm Art 8 EMRK wegen der eingeschränkten Kontrollbefugnis des Bundesgerichts geschlossen. Insoweit die Bf im Wesentlichen aus demselben Grund eine Verletzung ihres Rechts auf Zugang zu einem Gericht behauptet, ist der GH der Ansicht, dass ihre Rüge keine unterschiedlichen Fragen aufwirft. Es besteht daher kein Grund, den vorliegenden Beschwerdepunkt gesondert zu untersuchen (6:1 Stimmen; *abweichendes Sondervotum von Richter Serghides*).

VIII. Entschädigung nach Art 41 EMRK

Die Bf hat keinen Antrag auf Zuspruch einer Entschädigung für immateriellen Schaden gestellt, sodass eine Entscheidung darüber entbehrlich ist. € 60.000,- für Kosten und Auslagen (4:3 Stimmen; *im Ergebnis übereinstimmendes Sondervotum von Richter Pavli und von Richter Serghides; gemeinsames abweichendes Sondervotum der Richter Grozev, Roosma und Ktistakis*).