



Arbitration Newsletter Switzerland

Gert Thys' longest Marathon

Gatatso "Gert" Thys, born 1971, is a South-African marathon runner. He participated twice in the Olympics (1996 Atlanta and 2004 Athens), but did not make it to the top 15. He won, however, several international marathons, amongst others the Tokyo International Men's Marathon in 1999 with the excellent time of 2:06:33. He won also the Seoul International Marathon in 2003, 2004 and 2006. But this last victory was a sour one: Gert Thys was tested positive in a subsequent doping analysis!

In sports every finisher of a marathon is a winner. In legal marathons this is different: there is usually a loser. Gert Thys is the loser - as established in the most recent decision of the Federal Supreme Court annulling now for the fifth time a CAS Award.

1 Facts of the Case

The doping testing of Gert Thys at the Seoul Marathon was sent to the Doping Control Centre of the Korea Institute of Science and Technology in Seoul ("DCC"). DCC is a laboratory accredited by the World Anti-Doping Agency ("WADA"). On March 16, 2006, the "A" sample was tested by Mr Z, and the prohibited substance 19-Norandrosterone was found. The International Association of Athletics Federations ("IAAF") passed this result on to "Athletics South Africa" ("ASA"), which notified Gert Thys of the positive test and informed him of his right to have the "B" sample tested. As Gert Thys did not offer any explanation for the presence of 19-Norandrosterone in the "A" sample he was suspended from all competitions by ASA. Gert Thys requested the opening of the "B" sample which occurred again by Mr Z, under the supervision of a Dr. B. The "B" sample revealed again the existence of 19-Norandrosterone. On September 10, 2006, ASA started with the first disciplinary hearing. But proceedings did not really move on due to numerous adjournments not further described in the Federal Supreme Court decision. At the end the ASA

Tribunal (which heard all of the evidence) disbanded itself and a new ASA Tribunal held one hearing, in which Gert Thys did not participate. It then suspended Gert Thys for two years and seven and a half months, which is - conveniently - exactly the time it took ASA to render its decision. The standard sanction for such a (first) doping offence is generally two years only!

On January 7, 2009, Gert Thys filed an appeal at the CAS,¹ mainly based on the argument that DCC violated Section 5.2.4.3.2.2 of the WADA Code International Standard for Laboratories ("ISL") by having the same analyst test both the "A" and "B" samples.²

ASA did concede that there was indeed an overlap in the personnel who carried out the analyses of the "A" and "B" samples but argued, as well, that the irregularity did not undermine the validity of the adverse analytical finding. According to the CAS Award ASA did raise also a point *in limine* that the CAS had no jurisdiction to hear this appeal as the ASA Rules do not provide for any right of appeal to the CAS and that Gert Thys was (no longer) an international-level athlete and therefore had no right of appeal to the CAS under the IAAF Anti-Doping Rules. Alternatively, ASA submitted that Gert Thys had failed to exhaust the internal remedies available to him.

¹ CAS 2009/A/1767, with Lars Halgren, Copenhagen, as President, Olivier Carrard, Geneva, and Silvia Schenk, Frankfurt, as Arbitrators. The award has not been published.

² This provision provided at that time that:
"The "B" sample confirmation must be performed in the same Laboratory as the "A" Sample confirmation. A different analyst must perform the "B" analytical procedure. The same individual(s) that perform the "A" analysis may perform instrumental set up and performance checks and verify results".



According to Gert Thys ASA and himself had entered into a "specific arbitration agreement", as provided for in R47 Section 1 of the ASA Code,³ since he received a letter dated April 10, 2008 ("Letter") from Dr. G, the IAAF Anti-Doping Administrator, where this Dr. G offered to settle the matter for a two year suspension subject to Gert Thys' acceptance of an anti-doping rule violation. The Letter stated, amongst other, the following:

"I would remind you that the decision that will ultimately be taken by the relevant disciplinary commission of ASA after 16th May will still be subject to an appeal to the Court of Arbitration of Sport in Lausanne, on your initiative if you disagree with it or on the initiative of the IAAF, if the decision is not in accordance with the IAAF Rules. This will inevitably lead to a costly and lengthy arbitration procedure until the final award is rendered by CAS."

At CAS Gert Thys then argued that he:

"reasonably and detrimentally relied on that advice from the IAAF, and field this appeal to CAS on his own initiative when he was dissatisfied with the ultimate decision of the ASA Disciplinary Tribunal."

In the hearing at the CAS Gert Thys argued also that he was never informed by ASA about his rights of appeal and that the one-page decision of the ASA Disciplinary Tribunal contained no arguments whatsoever. It was also on record that the chairmen of the ASA Disciplinary Tribunal stated once at a hearing:

"One of the big problems that we have over here is that IAAF is watching this matter very, very closely, and the likelihood is, that if, in their view, an incorrect decision is taken, it will go straight to CAS".

The CAS Tribunal then analysed in a very detailed and careful way the content of the Letter in its sur-

rounding circumstances and, based also on various previous decisions of the Federal Supreme Court, held:

"The Panel feels satisfied that ASA and the Disciplinary Commission knew of the existence of Dr. [G's] letter of 10 April 2008, and the Disciplinary Commission should have brought Thys' attention to the fact that he had to appeal to national authorities, if the direct appeal to the CAS was not possible in ASA's view. However, the decision of ASA does not contain any such precision, in fact nothing was said about Thys' possibility of an appeal, and he could therefore in good faith rely on the fact that this silence meant the approval of Dr. [G's] letter. Thus, the letter of Dr. [G] incorporates, by reference, Article 60.11 of the IAAF Rules.⁴ Such a reference is considered as valid by the Swiss PILA, as interpreted by the case-law of the Swiss Federal Tribunal. The Panel is of the opinion that such liberal approach is correct, because it favours arbitration."

As to the merits of the case the CAS Tribunal found guidance in two previous CAS Awards, both dealing with similar irregularities in analysing the "B" probe in accordance with ISL 5.2.4.3.2.2,⁵ and held that ASA failed to prove to the panel's comfortable satisfaction that the departure from ISL 5.2.4.3.2.2.2 did not undermine the validity of the adverse analytical finding. Consequently, the CAS Tribunal upheld the appeal of Gert Thys and set aside the ASA Decision of December 11, 2008. Furthermore, it stated that Gert Thys had not forfeited his prize money, income and benefits derived from his victory in the Seoul Marathon in March 2006.

Against this decision ASA filed an action for annulment under Article 190 PILA with the Federal Supreme Court.

³ "An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with the CAS insofar as the statutes or regulations of the said body so provide or as the parties have concluded a specific arbitration agreement and insofar as the Appellant has exhausted the legal remedies available to him prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of the said sports-related body."

⁴ "In cases involving International-Level athletes (or their athlete support personnel), or involving the sanction of a Member by the Council for breach of the Rules, whether doping or non-doping related, the decision of the relevant body of the Member or the IAAF (as appropriate) may be appealed exclusively to CAS in accordance with the provisions set out in Rules 60.25 to 60.30."

⁵ In the matters of Landaluce and Jenkins, respectively, but not further identified.



2 Considerations of the Federal Supreme Court

In a first step the Federal Supreme Court had to analyse whether ASA, as Claimant, had still a legitimate interest for this action for annulment. Gert Thys contested this but the Federal Supreme Court had to examine this question *ex officio* anyway. In doing so it came to the conclusion that ASA, as national association, had a legitimate interest that the CAS Award be annulled, thus preventing Gert Thys from collecting the prize money for a victory achieved under a doping offence. Furthermore, ASA as member of the IAAF had also certain duties for the enforcement of disciplinary proceedings. Consequently, the Federal Supreme Court held that ASA was entitled to this action for annulment.

In its next step the Federal Supreme Court recalled that it is bound to the facts as established in the CAS Award, except under particular circumstances not applicable to this case. But, at the same time, the Federal Supreme Court made it also clear that it was not bound to the decision by the CAS Tribunal that the facts, as established, led to an agreement to arbitrate since this was an interpretation of the facts only, guided by the principle of good faith ("*Vertrauensprinzip*") which could be reviewed by such Federal Supreme Court at its discretion.

In its main point the Federal Supreme Court then analysed the content of the Letter. In doing so it stated that the Letter could be construed as an offer to arbitrate only if there was sufficient will demonstrated that the declaring party (ASA) intended to be bound to such agreement to arbitrate. It then held that already the introduction of the Letter ("I would remind you that") could not reasonably be taken as a declaration to enter into an obligation to arbitrate towards the receiver (Gert Thys) but rather as an indication only as to the legal remedies available in the view of the author (Dr. G). Also the further references ("will be subject to an appeal", "[t]his will lead to a costly and lengthy arbitration procedure" and "final award is rendered by CAS") could be taken only as a personal perception of the author (Dr. C) as to how proceedings could continue, with negative consequences as to costs and duration. But this wording could not be interpreted as an offer to be obligated to accept different appeal procedures against the decision of the Disciplinary Commission. In view of the Federal Supreme Court the author did in no way give reason to

believe that he would enter into any binding commitment on behalf of IAAF as to that issue.

The Letter was rather an offer for an "expedite" handling of the proceedings since at the date the Letter was sent (April 10, 2008) the proceedings at the Disciplinary Commission were still pending. The Letter was simply, in the view of the Federal Supreme Court, an offer to put an end to those lengthy proceedings but not a double offer that would entitle Gert Thys, in case of declining such first offer, to accept a second offer, namely to arbitrate an appeal at the CAS. If there was no such second offer there could also not be a valid acceptance of such no-offer by Gert Thys and, therefore, there was no agreement to arbitrate which would allow him to bring this appeal to CAS.

Finally, the Federal Supreme Court also had to deal with the argument whether Gert Thys was at the time of the drug offence still an "International-Level Athlete" in the sense of the IAAF Competition Rules, which would - undisputed between the Parties - have allowed him to appeal to the CAS. But it was clear that Gert Thys, in the autumn of his career, was not in the "Registered Testing Pool" as required in Article 60.11 the IAAF Competition Rules.⁶ Because this was not the case, Gert Thys was left with the last chance in arguing that the Seoul Marathon 2006 qualifies as "International Competition" in the sense of said IAAF provision. But already the CAS Award made it clear that the Seoul Marathon 2006 was not listed by IAAF as one of its international competitions. It became such an event only later. Gert Thys argued, without success, that at the time the CAS proceedings started in early 2009 the Seoul Marathon had at least then such status as international competition. But the Federal Supreme Court saw no ground to retroactively apply this qualification already to the 2006 edition of such event. It did also see no reason for application of the *lex mitior*, as provided for in Article 25.2 of the World Anti-Doping Code of 2009.⁷ Gert Thys' case

⁶ "For the purposes of the Anti-Doping Rules (Chapter 3) and Disputes (Chapter 4) an athlete, who is in the Registered Testing Pool for out-of competition testing or who is competing in an International Competition under Rule 35.7."

⁷ "With respect to any anti-doping rule violation case which pending as of the Effective Date and any anti-doping rule violation case brought after the Effective Date based on



was not about the application of different doping rules, as stipulated in this provision, but about an individual change of the appeal proceedings for a drug offence, which is clearly not covered by this *lex mitior* provision.

Consequently, the Federal Supreme Court held that the CAS Tribunal could not derive out of the Letter its jurisdiction and, therefore, annulled the CAS Award for lack of jurisdiction based on Article 190 (2)(b) PILA.

3 Conclusions

The decision of the Federal Supreme Court is right. The CAS Tribunal did (unfortunately) indeed go too far in the interpretation of the Letter. In order to depart from the appeal proceedings provided for in the rules of ASA the wording of the Letter was not enough.

The CAS Tribunal may in its decision have been tempted to assist an athlete in proceedings which were previously not well administrated. Indeed, it took ASA two years and seven and a half months with two tribunals to come to a decision. Such decision did in the view of the CAS Tribunal also not properly deal with the formalities required in opening the "B" probe since ASA accepted that such second probe was analysed by the same person as in the first one. But to obtain a result justified in the view of the CAS Tribunal it had to cross the border of its discretion, in assuming that there was actually an agreement to arbitrate at CAS between the Parties. This was not the case. As stated in the very beginning the loser is Gert Thys. He had all the costs and he has no price money. Marathon is a tough sport!

August 10, 2010

Hansjörg Stutzer

Attachments:

- Federal Supreme Court decision 4A_456/2009 of May 3, 2010, German original

an anti-doping rule violation which occurred prior to the Effective Date, the case shall be governed by the substantive and-doping rules in effect at the time the alleged anti-doping rule violation occurred unless the panel hearing the case determines the principle of "lex mitior" appropriately applies under the circumstances of the case."

- English translation, courtesy of Maître Charles Poncet, Geneva

For further information please contact:
Hansjörg Stutzer (h.stutzer@thouvenin.com)

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_456/2009

Urteil vom 3. Mai 2010
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Leemann.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Martin Bernet und Rechtsanwältin Sonja Stark-Traber,
Beschwerdeführer,

gegen

Y. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Antonio Rigozzi,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Internationales Schiedsgericht; Zuständigkeit,

Beschwerde gegen den Schiedsspruch des Tribunal Arbitral du Sport (TAS) vom 24. Juli 2009.

Sachverhalt:

A.
A.a Y. _____, (Beschwerdegegner) ist ein erfolgreicher Langstreckenläufer.
X. _____, (Beschwerdeführer) ist der nationale Leichtathletikverband von Z. _____
und als solcher Mitglied der International Association of Athletics Federations (IAAF).
A.b Am 12. März 2006 wurde der Beschwerdegegner anlässlich des Marathons in Seoul,
Südkorea, einer Dopingkontrolle unterzogen. Die Probe des Beschwerdegegners wurde in
eine A- sowie eine B-Probe aufgeteilt und an das Doping Center of the Korea Institute of
Science and Technology in Seoul gesandt, dessen Labor von der Welt-Anti-Doping-
Agentur (WADA) anerkannt ist. Am 16. März 2006 wurde die A-Probe von A. _____
untersucht und es wurde die verbotene Substanz 19-Norandrosteron nachgewiesen.
Am 13. April 2006 teilte die IAAF dem Beschwerdeführer das Testresultat mit und wies ihn
an, nach Rule 37 der IAAF Competition Rules vorzugehen.
Am 17. April 2006 teilte der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner das positive
Testresultat mit und informierte ihn über sein Recht zur Prüfung der B-Probe.
Der Beschwerdegegner bot keine Erklärung für den Nachweis von 19-Norandrosteron in
seiner A-Probe an. Am 25. April 2006 wurde er vom Beschwerdeführer einstweilig für
sämtliche Wettkämpfe gesperrt.
Am 16. Mai 2006 wurde die B-Probe von A. _____ unter Aufsicht von Dr. B. _____
untersucht. Wiederum liess sich die Substanz 19-Norandrosteron nachweisen.

B.
B.a Am 10. September 2006 führte der Beschwerdeführer im Rahmen des
Disziplinarverfahrens die erste Anhörung durch. Nach zahlreichen Verschiebungen fand am
11. Dezember 2008 eine weitere Anhörung vor einer neu zusammengesetzten
Disziplinarkommission statt.
Mit Schreiben vom 11. Dezember 2008 teilte der Beschwerdeführer dem
Beschwerdegegner mit, dass die Disziplinarkommission einstimmig ein Dopingvergehen
festgestellt und für den Zeitraum vom 25. April 2006 bis 11. Dezember 2008 eine Sperre
ausgesprochen habe. Dabei wurden dem Beschwerdegegner sämtliche anlässlich der
Teilnahme am Seoul Marathon 2006 erlangten Preise und Einnahmen aberkannt.
B.b Der Beschwerdegegner focht den Entscheid der Disziplinarkommission des
Beschwerdeführers vom 11. Dezember 2008 mit Eingabe vom 7. Januar 2009 beim

Tribunal Arbitral du Sport (TAS) an. Er behauptete im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 5.2.4.3.2.2 des "WADA Code International Standard for Laboratories", weil sowohl die A-Probe als auch die B-Probe von derselben Person (A.) durchgeführt worden war. Der Beschwerdeführer bestritt insbesondere die Zuständigkeit des TAS, da weder die Statuten noch die anderen anwendbaren Verbandsregeln eine Weiterzugsmöglichkeit an das TAS vorsähen.

Das TAS erwog, dass seine Zuständigkeit nicht auf die Verbandsregeln des Beschwerdeführers gestützt werden könne. Es erklärte sich jedoch gestützt auf ein von Dr. C., dem IAAF Anti-Doping Administrator, verfasstes und an den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners gerichtetes Schreiben vom 10. April 2008 dennoch für zuständig. Mit Schiedsentscheid vom 24. Juli 2009 hiess das TAS die Berufung des Beschwerdegegners gut, es hob den Entscheid des Beschwerdeführers vom 11. Dezember 2008 auf und liess den Beschwerdegegner ohne weitere Untersuchung wieder zur Teilnahme an Wettkämpfen zu.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, es sei der Schiedsspruch des TAS vom 24. Juli 2009 aufzuheben und es sei festzustellen, dass das TAS zur Beurteilung der Berufung des Beschwerdegegners nicht zuständig sei. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen. Das TAS schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Der Beschwerdeführer reichte dem Bundesgericht eine Replik, der Beschwerdegegner eine Duplik ein.

D.

Mit Präsidialverfügung vom 16. November 2009 wurde das Gesuch des Beschwerdegegners um Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung gutgeheissen. Der Beschwerdeführer überwies in der Folge den geforderten Betrag von Fr. 6'000.-- an die Bundesgerichtskasse.

Erwägungen:

1.

Nach Art. 54 Abs. 1 BGG ergeht der Entscheid des Bundesgerichts in einer Amtssprache, in der Regel derjenigen des angefochtenen Entscheids. Wurde dieser Entscheid in einer anderen Sprache abgefasst, bedient sich das Bundesgericht der von den Parteien verwendeten Amtssprache. Der angefochtene Entscheid ist in englischer Sprache abgefasst. Da es sich dabei nicht um eine Amtssprache handelt und sich die Parteien vor Bundesgericht verschiedener Sprachen bedienen, ergeht der Entscheid des Bundesgerichts praxisgemäss in der Sprache der Beschwerde.

2.

Im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist die Beschwerde in Zivilsachen unter den Voraussetzungen der Art. 190-192 IPRG (SR 291) zulässig (Art. 77 Abs. 1 BGG).

2.1 Der Sitz des Schiedsgerichts befindet sich vorliegend in Lausanne. Keine der Parteien hatte im relevanten Zeitpunkt ihren Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz. Da die Parteien die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG nicht schriftlich ausgeschlossen haben, gelangen diese zur Anwendung (Art. 176 Abs. 1 und 2 IPRG).

2.2 Auf eine Beschwerde kann nur eingetreten werden, wenn der Beschwerdeführer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG; dazu **BGE 133 III 421** E. 1.1 S. 425 f.). Das Bundesgericht prüft grundsätzlich von Amtes wegen, ob auf eine Beschwerde eingetreten werden kann (Art. 29 Abs. 1 BGG). Immerhin ist die Beschwerde hinreichend zu begründen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), wobei der Beschwerdeführer auch darzulegen hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Beschwerderechts nach Art. 76 Abs. 1 BGG gegeben sind.

Der Beschwerdegegner bestreitet zu Unrecht ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers. Zwar endete die Sperre des Beschwerdegegners bereits am 11. Dezember 2008, dem Beschwerdegegner wurden jedoch auch sämtliche anlässlich des Seoul Marathons 2006 erlangten Preise und weiteren Vorteile aberkannt. Dem Beschwerdeführer kann, entgegen der in der Beschwerdeantwort geäusserten Ansicht, ein Interesse an der Durchsetzung der von ihm verhängten Sanktionen auch nicht mit dem Argument abgesprochen werden, das gewonnene Preisgeld von USD 80'000.-- sei nicht von ihm, sondern vom Marathonveranstalter geschuldet. Der Beschwerdeführer, dem als Nationalverband die Ahndung von Dopingverstössen obliegt, ist bezüglich der vom Beschwerdegegner am Seoul Marathon 2006 erlangten Preise nach wie vor an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids interessiert.

Als haltlos erweist sich auch der mit teils spekulativen Behauptungen begründete Einwand des Beschwerdegegners, es fehle dem Beschwerdeführer an einem persönlichen Interesse an der Beschwerde, da er nicht für sich selbst, sondern auf Instruktion der IAAF

handle. Der Umstand, dass den Beschwerdeführer als Mitglied der IAAF gewisse Pflichten im Zusammenhang mit Disziplinarverfahren treffen, deren Missachtung Sanktionen des internationalen Verbands nach sich ziehen können, lässt entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners nicht auf ein fehlendes persönliches Interesse des Beschwerdeführers schliessen. Dieser ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt.

2.3 Dem Beschwerdegegner kann nicht gefolgt werden, wenn er vorbringt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, weil sie nicht sämtliche Eventualbegründungen des angefochtenen Entscheids anfechte, so insbesondere nicht die Hauptbegründung, wonach der Beschwerdeführer das Berufungsverfahren an das TAS, wie im Schreiben der IAAF vom 10. April 2008 vorgeschlagen, akzeptiert habe.

Entgegen der in der Beschwerdeantwort vertretenen Ansicht handelt es sich dabei nicht um eine selbständige Begründung im Verhältnis zu den weiteren Erwägungen, der Beschwerdegegner habe das Schreiben vom 10. April 2008 als Offerte zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung verstehen dürfen bzw. der Beschwerdeführer sei angesichts der Umstände ebenfalls an das Angebot der IAAF gebunden. Vielmehr setzt das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung zunächst eine Offerte zum Vertragsabschluss voraus, die das Schiedsgericht im Schreiben der IAAF erblickte. Sodann bedarf das Angebot einer Annahme seitens des Vertragspartners. Da es sich beim Schreiben vom 10. April 2008 nach Ansicht des TAS um eine Willenserklärung der IAAF handelte, hatte das Schiedsgericht schliesslich zu begründen, weshalb der Beschwerdeführer an die zwischen der IAAF und dem Beschwerdegegner zustande gekommene Vereinbarung gebunden sein soll. Eine selbständige Alternativbegründung zur Genehmigung der Vertretungshandlung der IAAF könnte höchstens in der Erwägung des angefochtenen Entscheids gesehen werden, wonach auch das Verhalten des Beschwerdeführers als Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung zugunsten des TAS zu betrachten sei. Der angefochtene Entscheid ist in dieser Hinsicht jedoch keineswegs eindeutig und diese Lesart stünde in merkwürdigem Kontrast zur mehrfach wiederholten Darstellung des TAS, das Angebot sei von der IAAF ausgegangen sowie zu den ausgiebigen Ausführungen zur Frage der Genehmigung der Handlungen der IAAF bzw. deren Verbindlichkeit für den Beschwerdeführer, die sich nicht als Eventualbegründung verstehen lassen. Ohnehin richtet sich die Beschwerde gegen beide Begründungsansätze, weshalb nicht die Rede davon sein kann, es sei darauf wegen mangelnder Anfechtung verschiedener Eventualbegründungen nicht einzutreten.

2.4 Die Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 77 Abs. 1 BGG ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur, d.h. sie kann nur zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen (vgl. Art. 77 Abs. 2 BGG, der die Anwendbarkeit von Art. 107 Abs. 2 BGG ausschliesst, soweit dieser dem Bundesgericht erlaubt, in der Sache selbst zu entscheiden). Soweit der Streit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts betrifft, gilt davon allerdings, wie schon im Rahmen der altrechtlichen staatsrechtlichen Beschwerde, eine dahingehende Ausnahme, dass das Bundesgericht selber die Zuständigkeit oder die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts feststellen kann (**BGE 127 III 279** E. 1b S. 282; **117 II 94** E. 4 S. 95 f.; Urteil 4A_240/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 1.2). Der Hauptantrag des Beschwerdeführers ist insofern zulässig.

2.5

2.5.1 Zulässig sind allein die Rügen, die in Art. 190 Abs. 2 IPRG abschliessend aufgezählt sind (**BGE 134 III 186** E. 5 S. 187; **128 III 50** E. 1a S. 53; **127 III 279** E. 1a S. 282). Nach Art. 77 Abs. 3 BGG prüft das Bundesgericht nur die Rügen, die in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind; dies entspricht der in Art. 106 Abs. 2 BGG für die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht vorgesehenen Rügepflicht (**BGE 134 III 186** E. 5 S. 187 mit Hinweis).

2.5.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den das Schiedsgericht festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung des Schiedsgerichts weder berichtigen noch ergänzen, selbst wenn diese offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (vgl. Art. 77 Abs. 2 BGG, der die Anwendbarkeit von Art. 105 Abs. 2 sowie Art. 97 BGG ausschliesst). Allerdings kann das Bundesgericht die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Schiedsentscheids überprüfen, wenn gegenüber diesen Sachverhaltsfeststellungen zulässige Rügen im Sinne von Art. 190 Abs. 2 IPRG vorgebracht oder ausnahmsweise Noven berücksichtigt werden (**BGE 133 III 139** E. 5 S. 141; **129 III 727** E. 5.2.2 S. 733; je mit Hinweisen). Wer sich auf eine Ausnahme von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat mit Aktenhinweisen darzulegen, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren prozesskonform aufgestellt worden sind (vgl. **BGE 115 II 484** E. 2a S. 486; **111 II 471** E. 1c S. 473; je mit Hinweisen). Der Beschwerdegegner behauptet zu Unrecht, es handle sich bei der Erwägung des TAS, der Beschwerdeführer habe den von der IAAF vorgeschlagenen Rechtsmittelweg akzeptiert, um eine tatsächliche Feststellung, die das Bundesgericht binde. Vielmehr hat das TAS die Zustimmung des Beschwerdeführers durchgehend in Anwendung des Vertrauensprinzips angenommen.

3.

Der Beschwerdeführer macht unter Berufung auf Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG geltend, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht für zuständig erklärt.

3.1 Das TAS prüfte seine Zuständigkeit ausgehend von Artikel R47 des TAS-Code, wonach ein Entscheid eines Sportverbands beim TAS angefochten werden kann, sofern die Statuten oder Reglemente des Verbands dies vorsehen oder die Parteien eine besondere Schiedsvereinbarung ("specific arbitration agreement") abgeschlossen haben.

Das TAS befand zunächst, dass sich seine Zuständigkeit nicht auf die Statuten und anwendbaren Verbandsreglemente stützen lasse. Zwar sei der Beschwerdegegner den Regeln des Beschwerdeführers unterworfen und kraft Verweises an die Anti-Doping-Regeln und Verfahrensbestimmungen der IAAF gebunden. Diese sähen jedoch eine wichtige Unterscheidung zwischen nationalen ("National-Level") und internationalen Athleten ("International-Level Athletes") vor in Bezug auf Dopingkontrollen und die Beschwerdemöglichkeit an das TAS. Beim Beschwerdegegner handle es sich um einen nationalen Athleten ("National-Level Athlete") im Sinne der anwendbaren Anti-Doping-Regeln der IAAF. Als solcher sei er nach Artikel 60.12 der IAAF Competition Rules nicht zur Berufung an das TAS berechtigt, die gemäss Artikel 60.11 nur internationalen Athleten zur Verfügung stehe. Das TAS wies auch das Argument des Beschwerdegegners zurück, die vorgesehene Anfechtungsmöglichkeit an das South African Institute for Drug Free Sport genüge aufgrund von bestehenden Interessenkonflikten rechtsstaatlichen Anforderungen nicht, zumal darüber nach Ansicht des TAS die südafrikanischen Gerichte zu entscheiden hätten und die entsprechenden Vorbringen nicht geeignet seien, eine Zuständigkeit des TAS zu begründen.

Die Vorinstanz prüfte in der Folge, ob in dem vom IAAF Anti-Doping Administrator Dr. C._____ verfassten Fax-Schreiben vom 10. April 2008 eine besondere Schiedsvereinbarung ("specific arbitration agreement") im Sinne von Artikel R47 des TAS-Code erblickt werden könne. Dabei hielt es fest, dass eine allfällige Schiedsvereinbarung den Voraussetzungen von Art. 178 IPRG zu genügen habe und erklärte im Übrigen - was von keiner Partei in Frage gestellt wird - für die Frage des Zustandekommens einer solchen Vereinbarung schweizerisches Recht für anwendbar (vgl. Art. 178 Abs. 2 IPRG).

Das erwähnte Schreiben ist an den damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners gerichtet und bezweckte, diesen unter Eingeständnis eines Dopingvergehens sowie Anerkennung einer zweijährigen Sperre zu einem Vergleich zu bewegen. Es enthält unter anderem den folgenden Wortlaut:

"I would remind you that the decision that will ultimately be taken by the relevant disciplinary commission of [the national athletics federation] after 16th May will still be subject to an appeal to the Court of Arbitration for Sport in Lausanne, on your initiative if you disagree with it or on the initiative of IAAF, if the decision is not in accordance with the IAAF Rules. This will inevitably lead to a costly and lengthy arbitration procedure until the final award is rendered by CAS."

Der Beschwerdegegner schlug das Angebot von Dr. C._____ aus, berief sich jedoch später hinsichtlich der Zuständigkeit des TAS auf die zitierte Äusserung. Das TAS hielt angesichts des Schreibens vom 10. April 2008 dafür, der Beschwerdegegner habe sich nach Treu und Glauben auf das Angebot der IAAF zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung verlassen dürfen, und er habe durch Einreichung der Berufung beim TAS danach gehandelt. Der Beschwerdeführer habe Kenntnis vom erwähnten Schreiben gehabt und habe der von Dr. C._____ im Namen der IAAF angebotenen Anfechtungsmöglichkeit zugestimmt.

Im Weiteren habe der Beschwerdegegner das Schreiben vom 10. April 2008 als Verweis auf das Verfahren nach Artikel 60.12 der IAAF Competition Rules verstehen dürfen, der eine Berufung an das TAS für nationale Athleten an sich ausschliesst, und er habe annehmen dürfen, dass die IAAF für ihn eine Ausnahme von dieser Bestimmung mache, indem sie eine direkte Anfechtung beim TAS nach Artikel 60.11 zulasse. Angesichts der langen Verfahrensdauer von mehr als zwei Jahren vor der Disziplinarkommission des Beschwerdeführers sowie dem anhaltenden Informationsaustausch ("ongoing communication") zwischen dem Beschwerdeführer und der IAAF habe der Beschwerdegegner das Verhalten dieser beiden Verbände nach Treu und Glauben dahingehend verstehen dürfen, dass diese kein Rechtsmittel auf nationaler Ebene, sondern eine direkte Anfechtung beim TAS wünschten.

Die Entscheidung der Disziplinarkommission des Beschwerdeführers vom 11. Dezember 2008 enthalte zudem weder einen Hinweis auf ein Rechtsmittelverfahren noch bestreite sie den Inhalt des Schreibens der IAAF. Dem Beschwerdeführer sowie dessen Disziplinarkommission sei die Existenz des Schreibens von Dr. C._____ vom 10. April 2008 bewusst gewesen und die Disziplinarkommission hätte den Beschwerdegegner darauf aufmerksam machen müssen, dass nur ein innerstaatliches Rechtsmittel zur Verfügung stehe, wenn ihrer Ansicht nach kein direktes Rechtsmittel an das TAS offen stand. Der Beschwerdegegner habe dieses Schweigen nach Treu und Glauben als Zustimmung des Beschwerdeführers zum Schreiben von Dr. C._____ verstehen dürfen.

Das TAS erachtete das Schreiben der IAAF vom 10. April 2008 an den damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners gestützt auf diese Überlegungen als besondere

Schiedsvereinbarung ("specific arbitration agreement") und erklärte sich zur Beurteilung der Berufung des Beschwerdegegners für zuständig.

3.2 Das Bundesgericht prüft die Zuständigkeitsrüge nach Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG einschliesslich materieller Vorfragen, von deren Beantwortung die Zuständigkeit abhängt, in rechtlicher Hinsicht frei. Demgegenüber überprüft es die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Schiedsentscheids auch im Rahmen der Zuständigkeitsrüge nur, wenn gegenüber diesen Sachverhaltsfeststellungen zulässige Rügen im Sinne von Art. 190 Abs. 2 IPRG vorgebracht oder ausnahmsweise Noven berücksichtigt werden (**BGE 134 III 565** E. 3.1 S. 567; **133 III 139** E. 5 S. 141; **129 III 727** E. 5.2.2 S. 733).

3.3 Strittig ist im vorliegenden Verfahren zunächst, ob der Beschwerdegegner das Schreiben der IAAF vom 10. April 2008 nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung betrachten durfte.

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat eine allfällige Schiedsvereinbarung den Anforderungen von Art. 178 IPRG zu genügen. Während einerseits die Formerfordernisse nach Abs. 1 erfüllt sein müssen, richten sich die inhaltlichen Voraussetzungen nach Abs. 2 dieser Bestimmung. Das Schiedsgericht prüfte das Zustandekommen der fraglichen Schiedsvereinbarung - was von keiner Partei in Frage gestellt wird - in Anwendung von Art. 178 Abs. 2 IPRG nach schweizerischem Recht.

Der notwendige Inhalt einer Schiedsvereinbarung wird durch das Gesetz nicht definiert. Es ergibt sich aus dem Zweck der Schiedsvereinbarung, dass der Wille der Parteien zum Ausdruck kommen muss, über bestimmte bestehende oder künftige Streitigkeiten ein Schiedsgericht, d.h. ein nicht staatliches Gericht, entscheiden zu lassen (**BGE 130 III 66** E. 3.1 S. 70; **129 III 675** E. 2.3 S. 679 mit Hinweisen).

Wie andere formbedürftige Rechtsgeschäfte ist auch eine Schiedsvereinbarung (Art. 178 IPRG) in einem ersten Schritt nach den allgemeinen Grundsätzen auszulegen (**BGE 130 III 66** E. 3.2 S. 71 f. mit Hinweisen). Anschliessend ist in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelte Vertragsinhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist (vgl. **BGE 122 III 361** E. 4 S. 366). Die ausführlichen Darlegungen der Vorinstanz zur Frage der massgebenden Form sowie ihre Hinweise auf die grosszügige Rechtsprechung des Bundesgerichts hinsichtlich der Formgültigkeit von Schiedsvereinbarungen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (vgl. **BGE 133 III 235** E. 4.3.2.3 S. 244 f.) sind demnach nur von Bedeutung, wenn die Auslegung der zu beurteilenden Erklärungen überhaupt zur Annahme eines Vertragsschlusses führt. Von vornherein nicht relevant sind hingegen die Ausführungen im angefochtenen Entscheid zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Wirksamkeit von globalen Verweisungen auf in Verbandsstatuten enthaltene Schiedsklauseln (**BGE 133 III 235** E. 4.3.2.3 S. 244 f.; Urteil 4A_358/2009 vom 6. November 2009 E. 3.2.4; je mit Hinweisen). Zum einen ist die Anwendbarkeit der Verbandsregeln über das Anfechtungsverfahren (Artikel 60.9 ff. IAAF Competition Rules) gar nicht strittig (diese sehen aber gemäss dem angefochtenen Entscheid im konkreten Fall keine Zuständigkeit des TAS vor), zum anderen lässt sich im zitierten Schreiben der IAAF vom 10. April 2008 ohnehin kein Verweis erkennen.

3.3.1 Das TAS hat im Zusammenhang mit der strittigen Schiedsvereinbarung wie erwähnt (vom E. 2.5.2) keine tatsächliche Willensübereinstimmung der Parteien feststellen können. Es hat daher das Schreiben der IAAF vom 10. April 2008 an den damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners sowie das Verhalten des Beschwerdeführers zutreffend nach dem Vertrauensgrundsatz ausgelegt (vgl. **BGE 132 III 268** E. 2.3.2 S. 274 f.; **130 III 66** E. 3.2 S. 71 f.; je mit Hinweisen). Danach sind die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (**BGE 133 III 61** E. 2.2.1 S. 67; **132 III 268** E. 2.3.2 S. 275; **130 III 417** E. 3.2 S. 424 f., 686 E. 4.3.1 S. 689; je mit Hinweisen).

Die objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip entscheidet auch darüber, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl. 2008, Rz. 208; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 3 Rz. 184; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, Rz. 27.43; Urteil 4A_437/2007 vom 5. Februar 2008 E. 2.4; vgl. **BGE 120 II 197** E. 2b/bb S. 200; **116 II 695** E. 2b S. 696). Es ist demnach zu beurteilen, ob ein bestimmtes Erklärungsverhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben als Willensäusserung verstanden werden durfte, rechtsgeschäftlich tätig zu werden und sich ihm gegenüber rechtlich zu verpflichten. Von einem Antrag (Art. 3 ff. OR) kann nur gesprochen werden, wenn die Erklärung einen hinreichenden Bindungswillen der erklärenden Partei erkennen lässt, mithin den Willen, im Falle der Annahme des Angebots gebunden zu sein (Schwenzer, a.a.O., Rz. 28.09).

3.3.1.1 Dr. C. _____ von der IAAF erinnerte den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners im Schreiben vom 10. April 2008 daran, dass die Entscheidung der Disziplinarkommission, die voraussichtlich nach dem 16. Mai 2008 getroffen werde, noch beim TAS angefochten werden könne und eine solche Anfechtung unausweichlich zu einem kostspieligen und zeitraubenden Schiedsverfahren bis zu einem endgültigen Entscheid führen werde. Die Einleitung der von der Vorinstanz zitierten Passage des Schreibens ist nach ihrem Wortlaut ("I would remind you that") nicht als Erklärung zu verstehen, eine Verpflichtung gegenüber dem Adressaten einzugehen, sondern als Hinweis auf den nach

Ansicht des Verfassers geltenden Rechtsmittelweg. Die Wortwahl ("will be subject to an appeal", "[t]his will lead to a costly and lengthy arbitration procedure", "final award is rendered by CAS") weist darauf hin, dass der Verfasser von einer bestimmten Vorstellung über das anwendbare Anfechtungsverfahren ausging, und den Adressaten auf dessen nachteilige Konsequenzen in Form von Kosten sowie langer Verfahrensdauer aufmerksam machen wollte. Nach der gewählten Formulierung wird vorausgesetzt, dass sich die beschriebene Anfechtungsmöglichkeit ohne Weiteres aus den anwendbaren Verfahrensvorschriften ergibt und diese dem Empfänger des Schreibens bekannt ist. Nach ihrem Wortlaut ist die fragliche Passage demnach als Hinweis auf den vorgegebenen Verfahrensgang zu verstehen, der von den Parteien zu beachten ist. Ein Angebot zur Verpflichtung, die Anfechtung der Entscheidung der Disziplinarkommission in Abweichung der vorgegebenen Anfechtungsmöglichkeit einem Schiedsgericht zu unterbreiten, lässt sich daraus nicht ablesen. Überhaupt enthält der zitierte Auszug keine Anhaltspunkte, die den Empfänger zur Annahme berechtigen würden, der Verfasser wolle sich ihm gegenüber in verfahrensrechtlicher Hinsicht in irgendeiner Weise verpflichten.

3.3.1.2 Auch die Umstände lassen nach Treu und Glauben nicht darauf schliessen, Dr. C._____ habe die IAAF (und damit schliesslich auch den Beschwerdeführer) mit dem Schreiben vom 10. April 2008 verpflichten wollen, den bestehenden Rechtsstreit in Abweichung der reglementarischen Anfechtungsmöglichkeiten einem internationalen Schiedsgericht zu unterbreiten.

Nach den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) richtete sich das Schreiben des Anti-Doping Administrators der IAAF, Dr. C._____, an den damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners und bezweckte, das Verfahren vergleichsweise zu einem umgehenden Abschluss zu bringen. Hierzu bot Dr. C._____ schriftlich an, die Angelegenheit mit einer zweijährigen Sperre zu erledigen, sofern der Beschwerdegegner das Dopingvergehen eingestehe. Gemäss dem angefochtenen Entscheid lehnte der Beschwerdegegner dieses Angebot ab. Es lassen sich den vorinstanzlichen Feststellungen keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Parteien über weitere Punkte als die angebotene Vergleichslösung verhandelten. Das Schreiben vom 10. April 2008 war vielmehr auf das Angebot der beschleunigten Verfahrenserledigung gegen Anerkennung eines Dopingvergehens beschränkt. Ein doppeltes Angebot zur Beendigung des Verfahrens einerseits sowie - falls ein solcher Vergleich nicht zustande kommen sollte - zur schiedsgerichtlichen Beurteilung der Rechtsstreitigkeit durch das TAS andererseits ist nicht erkennbar.

Nach den Umständen des schriftlichen Vergleichsangebots vom 10. April 2008 ist der Hinweis auf die Zuständigkeit des TAS als Warnung hinsichtlich der damit verbundenen Verfahrensdauer und -kosten zu verstehen. Er diene als Argument dazu, den Beschwerdegegner gegen Zusicherung der Minimalstrafe zu einem Eingeständnis des Regelverstosses zu bewegen. Ein bedingter Antrag zur Änderung der reglementarischen Anfechtungsmöglichkeiten, falls das Vergleichsangebot ausgeschlagen wird, lässt sich darin nicht erkennen. Für dieses Verständnis spricht auch der Schlusssatz des Schreibens, wonach es nicht die Absicht der IAAF sei, in das laufende Disziplinarverfahren einzugreifen, sondern eine faire und zeitgerechte Vergleichslösung zu finden.

Das Schreiben erfolgte während des laufenden Disziplinarverfahrens, mithin rund acht Monate bevor ein Entscheid in der Sache erging. Der Umstand, dass der Disziplinarentscheid vom 11. Dezember 2008 keine Rechtsmittelbelehrung enthielt, war daher bereits aufgrund der zeitlichen Abläufe nicht geeignet, beim Empfänger des Schreibens vom 10. April 2008 eine nach Treu und Glauben zu schützende Erwartung hinsichtlich des darin erwähnten Anfechtungsverfahrens zu erwecken. Ohnehin ist nicht ersichtlich, inwiefern das Fehlen eines Hinweises hinsichtlich des Anfechtungsverfahrens eine Zuständigkeit des TAS begründen soll.

Der Beschwerdegegner bzw. sein Rechtsvertreter musste das Schreiben vom 10. April 2008 demnach nach Treu und Glauben wie folgt verstehen: Entweder er nimmt das Vergleichsangebot der IAAF an, womit die rückwirkend verhängte Sperre bereits am 24. April 2008 ablaufen würde und das Verfahren beendet wäre, oder er lehnt es ab und das Disziplinarverfahren nimmt seinen gewohnten Lauf. Eine Änderung des massgebenden Verfahrens im Falle der Ablehnung des Vergleichsvorschlags stand nicht zur Diskussion. Ein Angebot seitens der IAAF, dem Beschwerdegegner bei Zurückweisung des Vergleichsvorschlags eine nach den reglementarischen Vorgaben nicht vorhandene Anfechtungsmöglichkeit zu eröffnen, lässt sich aus dem zitierten Hinweis auf die Berufung an das TAS nicht ableiten.

Unzutreffend ist die Erwägung des angefochtenen Entscheids, das Schreiben enthalte einen impliziten Verweis auf Artikel 60.11 bzw. 60.12 der IAAF Competition Rules, die eine Anfechtung beim TAS nur für internationale Athleten vorsehen, und habe vom Beschwerdegegner so verstanden werden dürfen, dass für ihn - obwohl nationaler Athlet im Sinne dieser Bestimmungen - eine Ausnahme von den anwendbaren Verbandsregeln gemacht werde. Inwiefern sich dem Schreiben ein solcher Verweis auf die erwähnten Bestimmungen (deren Anwendbarkeit ohnehin unbestritten ist) ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar. Noch viel weniger lässt sich - auch nicht mit dem Hinweis auf die ungewöhnlich lange Verfahrensdauer bzw. den anhaltenden Informationsaustausch zwischen dem Beschwerdeführer und der IAAF - eine konkrete Ausnahme von diesen Bestimmungen erkennen.

3.3.1.3 Aus dem Schreiben von Dr. C._____ vom 10. April 2008 lässt sich weder nach

seinem Wortlaut noch dem gesamten Zusammenhang der darin enthaltenen Äusserungen ein Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung zugunsten des TAS ableiten. Die Auslegung des Schreibens nach dem Vertrauensgrundsatz führt vielmehr zum Ergebnis, dass sich die IAAF nur hinsichtlich des Vergleichsangebots rechtlich binden wollte; ein darüber hinausgehender Bindungswille für den Fall der Ablehnung der Vergleichslösung ist unter objektiven Gesichtspunkten nicht erkennbar.

3.3.2 Durfte der Beschwerdegegner das Schreiben vom 10. April 2008 nach Treu und Glauben nicht als Angebot der IAAF verstehen, den bestehenden Rechtsstreit dem TAS zu unterbreiten, so konnte er mit der Einreichung seiner Berufung beim TAS auch keinen Antrag annehmen und damit den Abschluss einer Schiedsvereinbarung bewirken. Damit fällt der auf dasselbe Schreiben gestützte Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit dem Beschwerdeführer ebenfalls ausser Betracht. Die Frage nach der Formgültigkeit stellt sich folglich nicht.

Es braucht auch nicht auf die vom TAS geprüfte Frage eingegangen zu werden, ob die IAAF den Beschwerdeführer durch ihr Handeln wirksam hätte verpflichten können. Ohnehin sind die Ausführungen der Vorinstanz widersprüchlich, wenn sie einerseits praktisch durchwegs davon ausgeht, Dr. C. _____ habe im Namen der IAAF gehandelt, und sie andererseits eine Genehmigung eines Stellvertreterhandelns nach Art. 38 Abs. 1 OR prüft. Zwischen den Parteien ist entgegen dem angefochtenen Entscheid keine nach Art. 178 Abs. 2 IPRG wirksame Schiedsvereinbarung zustande gekommen. Die Vorinstanz hat sich zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zu Unrecht gestützt auf das Schreiben vom 10. April 2008 für zuständig erklärt.

3.4 Der Beschwerdegegner bringt vor, das TAS hätte sich auf anderer Grundlage für zuständig erklären müssen.

Er stellt sich auf den Standpunkt, er sei entgegen dem angefochtenen Entscheid als internationaler Athlet ("International-Level Athlete") im Sinne der Anti-Doping-Regeln der IAAF zu qualifizieren, weshalb ihm der Weg an das TAS offen stehe.

3.4.1 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner nach Artikel 60.11 der IAAF Competition Rules zur Berufung an das TAS berechtigt wäre, falls er nach dieser Bestimmung als internationaler Athlet ("International-Level Athlete") zu gelten hätte. Das IAAF Handbuch enthält hierzu die folgende Definition:

"International-Level Athlete

For the purposes of the Anti-Doping Rules (chapter 3) and Disputes (Chapter 4) an athlete, who is in the Registered Testing Pool for out-of-competition testing or who is competing in an International Competition under Rule 35.7".

Nach den Feststellungen des angefochtenen Entscheids, die von keiner Partei in Frage gestellt werden, war der Beschwerdegegner nicht im "Registered Testing Pool" verzeichnet. Streitig ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nurmehr, ob sich der vom Beschwerdegegner behauptete Status als internationaler Athlet ("International-Level Athlete") auf die Teilnahme an einem internationalen Wettkampf ("International Competition") stützen lässt.

3.4.2 Der angefochtene Schiedsentscheid hält fest, dass der Seoul Marathon nicht auf der IAAF-Liste der internationalen Veranstaltungen des Jahres 2006 verzeichnet war, jedoch in den folgenden Jahren heraufgestuft wurde und nunmehr auf der Liste der internationalen Wettkämpfe ("International Competition") figuriert.

Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass der Qualifikation einer Veranstaltung als internationaler Wettkampf ("International Competition") und damit zusammenhängend dem Status eines Sportlers als internationaler Athlet ("International-Level Athlete") nicht bloss verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt. Vielmehr ist die Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Athleten massgebend für deren jeweilige Rechte und Pflichten im Rahmen der Anti-Doping-Regeln der IAAF. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners ist die entsprechende Einordnung nicht einer verfahrensrechtlichen Vorschrift gleichzusetzen, die auch auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich vor ihrem Inkrafttreten ereignet haben.

Das Argument des Beschwerdegegners, im Zeitpunkt der Einleitung des Schiedsverfahrens Anfang 2009 sei der Seoul Marathon von der IAAF als internationaler Wettkampf klassifiziert gewesen, womit eine Anfechtung beim TAS offen stehe, verfährt nicht. Die vom TAS beurteilte Dopingprobe wurde anlässlich des Seoul Marathons 2006 entnommen, der von der IAAF nicht als internationaler Wettkampf anerkannt war. Der vorgesehene Rechtsweg, der gemäss Artikel 60.11 der IAAF Competition Rules an die Qualifikation als internationaler Wettkampf anknüpft, führt daher auch dann nicht an das TAS, wenn ein am selben Ort ausgetragener Wettkampf in späteren Jahren anders klassifiziert wird. Der Umstand, dass der Seoul Marathon 2008 (und gemäss dem angefochtenen Entscheid eventuell bereits derjenige des Jahres 2007) von der IAAF als internationaler Wettkampf anerkannt wurde, ändert nichts daran, dass der im Jahr 2006 durchgeführten Veranstaltung dieser Status nicht zukam. Die verfahrensrechtliche Vorschrift, nach der nur ein internationaler Athlet zur Anfechtung beim TAS berechtigt ist, blieb zudem unverändert. Es trifft daher entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners nicht zu, dass seit der beurteilten Dopingprobe der anwendbare Rechtsmittelweg geändert worden wäre, der rückwirkend angewendet werden könnte.

Von komplexen Zuständigkeitsfragen aufgrund der Anwendbarkeit verschiedener staatlicher sowie vereinsrechtlicher Bestimmungen, wie sie dem in der Beschwerdeantwort erwähnten

Entscheid (4P.149/2003 vom 31. Oktober 2003 E. 2.2.2) zugrunde lagen, kann vorliegend zudem nicht gesprochen werden. Ausserdem stand im besagten Entscheid die Ausschöpfung des Instanzenzugs vor Anrufung des TAS und nicht dessen Zuständigkeit an und für sich zur Diskussion. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners lässt sich daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Eine Zuständigkeit des TAS lässt sich auch nicht mit dem Vorbringen begründen, die IAAF selbst habe den Beschwerdeführer über den positiv ausgefallenen Dopingtest informiert, womit es sich um einen "IAAF Test" im Sinne von Artikel 36.5 der IAAF Competition Rules handle, der nur bei internationalen Wettkämpfen nach Artikel 35.7 durchgeführt werde. Im entsprechenden Schreiben an den Beschwerdeführer vom 13. April 2006 stellte die IAAF gemäss dem angefochtenen Entscheid vielmehr klar, dass die Beurteilung der Testresultate - wie bei nationalen Wettkämpfen vorgeschrieben - dem Beschwerdeführer obliege. Der Beschwerdegegner stellt etwa auch nicht in Frage, dass die provisorische Sperre vom Beschwerdeführer als Nationalverband ausgesprochen wurde, wie dies in Artikel 38.2 für nationale Athleten vorgesehen ist. Unbehefflich ist zudem der Hinweis auf den Umstand, dass im Jahr 2006 Marathonveranstaltungen von der IAAF aus Versehen generell nicht als internationale Wettkämpfe aufgeführt worden waren und dies später korrigiert wurde. Aus welchen Gründen der Seoul Marathon 2006 von der IAAF nicht als internationaler Wettkampf anerkannt war, ist nicht entscheidend. Aus den Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Entscheids ergibt sich jedenfalls nicht, dass der Seoul Marathon 2006 - auch wenn nicht als solcher aufgelistet - von der IAAF hinsichtlich der durchgeführten Dopingtests tatsächlich als internationaler Wettkampf nach Artikel 35.7 behandelt worden wäre.

3.4.3 Der Beschwerdegegner beruft sich im Hinblick auf die Zuständigkeit des TAS schliesslich vergeblich auf den Grundsatz der "lex mitior" nach Artikel 25.2 des World Anti-Doping Code der WADA.

Der Grundsatz besagt, dass - als Ausnahme vom Prinzip des Rückwirkungsverbots - das neue Recht auf ein vor dessen Inkrafttreten verübtes Dopingvergehen anzuwenden ist, wenn es eine mildere Strafe vorsieht als das alte Recht. Mit dem Hinweis darauf, es handle sich beim Schiedsverfahren vor dem TAS - im Gegensatz zum nationalen Verfahren - um ein unabhängiges, rasches und kostenfreies Schiedsverfahren, zeigt der Beschwerdegegner keine entsprechende Konstellation auf. Wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt, findet der Grundsatz der "lex mitior" auf Strafen für Dopingfälle Anwendung, nicht jedoch auf eine Änderung anderer materiellrechtlicher Bestimmungen, die sich indirekt auf das anwendbare Beschwerdeverfahren auswirkt.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus dem genannten Grundsatz ein Anspruch auf Anfechtung des Entscheids beim TAS anstelle einer nationalen Instanz ergeben soll.

3.4.4 Der Vorinstanz ist keine Rechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie dem Beschwerdegegner den Status eines internationalen Athleten ("International-Level Athlete") abgesprochen und daher eine Zuständigkeit nach Artikel 60.11 der IAAF Competition Rules verneint hat.

4.

Das TAS hat sich zu Unrecht gestützt auf das Schreiben vom 10. April 2008 für zuständig erklärt. Seine Zuständigkeit lässt sich auch nicht auf die anwendbaren verbandsrechtlichen Regelungen stützen. Der Entscheid der Vorinstanz vom 24. Juli 2009 ist demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Vorinstanz für unzuständig zu erklären. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Vorinstanz vom 24. Juli 2009 wird aufgehoben.

2.

Es wird festgestellt, dass die Vorinstanz zur Beurteilung der Berufung des Beschwerdegegners nicht zuständig ist.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4.

Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Mai 2010

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Klett Leemann

4A_456/2009¹

Judgment of May 3, 2010

First Civil Law Court

Federal Judge KLETT (Mrs), Presiding,
Federal Judge CORBOZ,
Federal Judge ROTTENBERG LIATOWITSCH (Mrs),
Federal Judge KOLLY,
Federal Judge KISS (Mrs),
Clerk of the Court: LEEMANN.

X. _____

Appellant,

Represented by Dr. Martin BERNET and Mrs Sonja STARK-TRABER

vs.

Y. _____

Respondent,

Represented by Mr Antonio RIGOZZI

Facts:

A.

A.a Y. _____ (the Respondent) is a successful long-distance runner. X. _____ (the Appellant) is the National Athletic Federation of Z. _____ and as such a member of the International Association of Athletics Federations (IAAF).

A.b On March 12, 2006 the Respondent was subjected to a doping test during the Marathon in Seoul South Korea. The Respondent's sample was divided into an A and a B-sample and sent to the doping center of the Korea Institute of Science and Technology, the laboratory of which is recognized by the World Anti-Doping Agency (WADA). On March 16, 2006, the A-

¹ Translator's note: Quote as X. _____ v. Y. _____, 4A_456/2009. The original of the decision is in German. The text is available on the website of the Federal Tribunal www.bger.ch.

sample was examined by A._____ and the forbidden substance 19-Norandrosterone was found.

On April 13, 2006 the IAAF informed the Appellant of the result of the test and asked it to proceed according to Rule 37 of the IAAF Competition Rules.

On April 17, 2006 the Appellant advised the Respondent of the positive test result and informed him of his right to examine the B-sample.

The Respondent offered no explanation for the detection of 19-Norandrosterone in his A-sample. On April 25, 2006 he was temporarily banned from all competition by the Appellant.

On May 16, 2006, the B-sample was analyzed by A._____ under supervision by Dr. B._____. The substance 19-Norandrosterone was detected again.

B.

B.a On September 10, 2006 the Appellant held the first hearing in the framework of the disciplinary proceedings. After several postponements a new hearing took place in front of a newly constituted Disciplinary Committee on December 11, 2008.

In a letter of December 11, 2008 the Appellant advised the Respondent that the Disciplinary Committee had unanimously determined a doping violation and issued a ban between April 25, 2006 and December 11, 2008. The Respondent was also deprived of all medals and prizes in connection with the participation to the 2006 Seoul Marathon.

B.b The Respondent appealed the decision of the Disciplinary Committee of the Respondent of December 11, 2008 to the Court of Arbitration for Sport (CAS) in a brief of January 7, 2008. He argued essentially that Art. 5.2.4.3.2.2 of the WADA Code International Standard for Laboratories² had been violated because both the A and B-sample had been examined by the same person (A._____). The Appellant expressly challenged the jurisdiction of the CAS as neither the Statutes nor any of the other applicable Federation Regulations provided for an appeal to the CAS.

² Translator's note : In English in the original text.

The CAS considered that its jurisdiction could not be based on the Appellant's Federation Regulations. Yet it found that it had jurisdiction on the basis of a letter sent by Dr. C._____, the IAAF Anti-Doping Administrator, to the Respondent's representative on April 10, 2008. In a July 24, 2009 arbitral award the CAS upheld the Respondent's appeal, annulled the Appellant's decision of December 11, 2008 and authorized the Respondent to participate in competitions again without any further investigation.

C.

In a Civil law appeal the Appellant submits that the Federal Tribunal should annul the CAS award of July 24, 2009 and find that the CAS has no jurisdiction to decide the Respondent's appeal. Alternatively, the issue should be sent back to the CAS.

The Respondent submits that the matter is not capable of appeal, alternatively that the appeal should be rejected. The CAS submits that the appeal should be rejected.

The Appellant submitted a reply to the Federal Tribunal and the Respondent a rejoinder.

D.

In a decision of the presiding Judge of November 16, 2009 the Respondent's motion for security for costs was upheld. The Appellant consequently deposited CHF 6'000.- with the Registrar of the Federal Tribunal.

Reasons:

1.

According to Art. 54 (1) BGG³ the Federal Tribunal issues its decision in an official language⁴, as a rule in the language of the decision under appeal. When the decision is in another language, the Federal Tribunal resorts to the official language used by the parties. The award under appeal is in English. As that is not an official language and the parties used different languages in front of the Federal Tribunal, the decision will be in the language of the appeal in conformity with practice.

2.

³ Translator's note : BGG is the German abbreviation for the Federal Statute of June 17, 2005 organizing the Federal Tribunal, RS 173.110.

⁴ Translator's note: The official languages of Switzerland are German, French and Italian.

In the field of international arbitration, a Civil law appeal is possible under the requirements of Art. 190 to 192 PILA⁵ (Art. 77 (1) BGG).

2.1 The seat of the arbitral tribunal is in Lausanne in this case. None of the parties had a seat or a domicile in Switzerland at the relevant time. As the parties did not exclude the provisions of chapter 12 PILA in writing they are accordingly applicable (Art. 176 (1) and (2) PILA).

2.2 A matter is only capable of appeal when the Appellant has a legally protected interest to the annulment or to the modification of the decision under appeal (Art. 76 (1) (b) BGG; in this respect see BGE⁶ 133 III 421 at 1.1 p. 425 ff). The Federal Tribunal basically reviews *ex officio* whether a matter is capable of appeal or not (Art. 29 (1) BGG). Even so, the appeal must be sufficiently reasoned (Art. 42 (1) and (2) BGG), and the Appellant must also explain that the legal requirements of an appeal according to Art. 76 (1) BGG are given. The Respondent wrongly disputes the Appellant's present practical interest to legal protection. Whilst the Respondent's ban already ended as of December 11, 2008, the Respondent was deprived of all prizes obtained at the 2006 Marathon and denied further advantages. Contrary to the opinion expressed in the answer to the appeal the Appellant's interest to the enforcement of the sanctions it pronounced cannot be denied because the prize money of USD 80'000.- was not due by the Appellant but by the organizer of the Marathon. The Appellant, which is in charge of disciplinary actions with regard to doping tests as a National Federation, retains an interest in the annulment of the award under review with regard to the prizes the Respondent obtained at the 2006 Seoul Marathon.

The Respondent's argument that the Appellant would lack personal interest to the appeal because it was not acting for itself but pursuant to instructions by the IAAF, whilst relying in part on speculative claims, proves untenable. The fact that the Appellant as a member of the IAAF has certain duties in connection with disciplinary proceedings, the violation of which may bring about sanctions of the International Federation, does not lead to the conclusion that the Appellant would lack personal interest, contrary to the Respondent's view. The Appellant is entitled to appeal pursuant to Art. 76 (1) BGG.

2.3 The Respondent may not be followed when he claims that the matter would not be capable of appeal for failure to challenge all alternative reasons of the award under review,

⁵ Translator's note: PILA is the most commonly used English abbreviation for the Federal Statute on International Private Law of December 18, 1987, RS 291.

⁶ Translator's note: BGE is the German abbreviation for the decisions of the Swiss Federal Tribunal.

particularly the main reasons, according to which the Appellant would have accepted the appeal proceedings to the CAS as proposed in the IAAF letter of April 10, 2008.

Contrary to the view expressed in the answer to the appeal this was not an independent reasoning in connection with other reasons, namely that the Respondent could have understood the April 10, 2008 letter as an offer to enter into an arbitration agreement or that under the circumstances the Appellant would be bound by the IAAF offer. Instead, the coming into being of an arbitration agreement requires first an offer to conclude a contract, which the Arbitral Tribunal saw in the IAAF letter. Thereupon the offer required an acceptance by the contractual counterpart. As the April 10, 2008 letter was a statement of intent from the IAAF according to the CAS, the Arbitral Tribunal ultimately had to explain why the Appellant would have to be bound by the agreement which came into being between the IAAF and the Respondent. An independent alternative reasoning to the ratification of a representation by the IAAF could at most be seen in the reasons of the award under review according to which the Appellant's attitude could also be understood as an offer to conclude an arbitration agreement in favour of the CAS. The award under appeal is not at all unequivocal in this respect and that argument contradicts peculiarly the repeated reasoning of the CAS, according to which the offer was issued by the IAAF, as well as the extensive developments as to the issue of the approval of the acts of the IAAF or their binding character for the Appellant, which could not be understood as alternative reasons. In any event the appeal aims at both reasons and therefore there can be no claim that the matter is not capable of appeal because of a failure to appeal the alternate reasons.

2.4 A Civil law appeal within the meaning of Art. 77 (1) BGG may fundamentally seek only the annulment of the decision under appeal (see Art. 77 (2) BGG ruling out the applicability of Art. 107 (2) BGG to the extent that the latter allows the Federal Tribunal to decide the case itself). However to the extent that the dispute involves the jurisdiction of the arbitral tribunal there is an exception in this respect, as was the case in the framework of the old public law appeal and the Federal Tribunal may itself determine the jurisdiction or the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal (BGE 127 III 279 at 1b p. 282; 117 II 94 at 4 p. 95 ff; Judgment 4A_240/2009 of December 16, 2009 at 1.2). The Appellant's main submission is therefore admissible.

2.5

2.5.1 The grievances limitatively set forth in Art. 190 (2) PILA are the only admissible ones (BGE 134 III 186 at 5 p. 187; 128 III 50 at 1a p. 53; 127 III 279 at 1a p. 282). According to Art. 77 (3) BGG the Federal Tribunal reviews only the grievances which are brought forward in the appeal and reasoned; this corresponds to the duty to reason contained in Art. 106 (2) BGG as to the violation of fundamental rights and of cantonal and inter-cantonal law (BGE 134 III 186 at 5 p. 187 with references).

2.5.2 The Federal Tribunal bases its judgment on the factual findings of the arbitral tribunal (Art. 105 (1) BGG). It may neither correct nor supplement the factual findings of the arbitral tribunal, even when they are blatantly wrong or based on a violation of the law within the meaning of Art. 95 BGG (see Art. 77 (2) BGG ruling out the applicability of Art. 105 (2) and Art. 97 BGG). Yet the Federal Tribunal may review the factual findings of the award under appeal when some admissible grievances within the meaning of Art. 190 (2) PILA are brought against such factual findings or when new evidence is exceptionally taken into account (BGE 133 III 139 at 5 p. 141; 129 III 727 at 5.2.2 p. 733; with references). Whoever argues an exception to the rule that the Federal Tribunal is bound to the factual findings of the lower court and wishes to rectify or supplement the factual findings on that basis must show with reference to the record that corresponding factual allegations were already made in the proceedings in conformity with procedural rules (see BGE 115 II 484 at 2a; 111 II 471 at 1c p. 473; both with references). The Respondent wrongly argues that when the CAS considered that the Appellant accepted the legal recourse proposed by the IAAF this would be a factual finding which binds the Federal Tribunal. Throughout the award the CAS rather relied on the principle of trust to assume the Appellant's acceptance.

3.

Based on Art. 190 (2) (b) PILA, the Appellant argues that the CAS wrongly assumed jurisdiction.

3.1 The CAS reviewed jurisdiction on the basis of Art. R47 of the CAS-Code according to which a decision by a sport federation may be appealed to the CAS to the extent that the statutes or the regulations of the federation provide for that or if the parties entered into a "specific arbitration agreement"⁷.

⁷ Translator's note : In English in the original text.

The CAS decided first that its jurisdiction could not be based on the statutes or on the applicable federation regulations. Whilst the Respondent was subject to the Appellant's rules and by reference to the Anti-Doping Rules and to the procedural rules of the IAAF, these drew however an important difference between National-Level⁸ and International-Level⁹ athletes as to doping tests and the possibility to appeal to the CAS. The Respondent was a National-Level Athlete¹⁰ within the meaning of the applicable IAAF Anti-Doping Rules. As such, according to Art. 60.12 of the IAAF Competition Rules he was not entitled to appeal to the CAS as this was only open to international athletes according to Art. 60.11. The CAS also rejected the Respondent's argument that the possibility given to appeal to the South African Institute for Drug Free Sport would not satisfy the requirements of the rule of law due to existing conflicts of interest, especially since the South African courts had to decide in this respect according to the TAS and the submissions made in this respect were not such as to justify jurisdiction of the CAS.

The CAS then reviewed whether or not a specific arbitration agreement¹¹ could be found in the fax letter from Dr. C. _____, the IAAF Anti-Doping Administrator of April 10, 2008, within the meaning of Art. R47 of the CAS Code. In this respect the CAS found that arbitration clauses had to meet the requirements of Art. 178 PILA and moreover stated that Swiss law applies to the issue of the occurrence of such a clause, something which is not put in question by any party (see Art. 178 (2) PILA).

The aforesaid letter was sent to the then legal representative of the Respondent and purported to persuade him to settle the matter by conceding a doping violation and acknowledging a two years ban. It contained particularly the following wording:

"I would remind you that the decision that will ultimately be taken by the relevant disciplinary commission of [the national athletics federation] after 16th May will still be subject to an appeal to the Court of Arbitration for Sport in Lausanne, on your initiative if you disagree with it or on the initiative of IAAF, if the decision is not in accordance with the IAAF Rules. This will inevitably lead to a costly and lengthy arbitration procedure until the final award is rendered by CAS."¹²

⁸ Translator's note : In English in the original text.

⁹ Translator's note : In English in the original text.

¹⁰ Translator's note : In English in the original text.

¹¹ Translator's note : In English in the original text.

¹² Translator's note : In English in the original text.

The Respondent rejected Dr. C._____’s offer, yet he relied on the excerpt quoted later as to the jurisdiction of the CAS. The CAS found with regard to the letter of April 10, 2008 that the Respondent, on the basis of the principle of trust, could have relied on an offer to enter into an arbitration agreement by the IAAF and that by appealing to the CAS he had acted accordingly. The Appellant would have been aware of the aforesaid letter and agreed to the appeal possibility offered by Dr. C._____ in the name of the IAAF. Moreover the Respondent could have understood the letter of April 10, 2008 as a reference to the procedure according to Art. 60.12 of the IAAF Competition Rules, which rules out an appeal to the CAS for national athletes and he could have assumed that the IAAF was making an exception to that provision for him, to the extent that it would authorize an appeal to the CAS based on Art. 60.11. In view of the long duration of the proceedings, more than two years in front of the Disciplinary Committee of the Appellant and based on the ongoing communication¹³ between the Appellant and the IAAF, the Respondent could legitimately understand the behavior of both federations as meaning that they did not wish an appeal at the national level but a direct appeal to the CAS.

Moreover the decision of the Appellant’s Disciplinary Committee of December 11, 2008 contained no indication as to an appeal and it did not dispute the contents of the IAAF letter. The existence of Dr. C._____’s letter of April 10, 2008 was known to the Appellant and to its Disciplinary Committee and the Disciplinary Committee should have advised the Respondent that a national appeal was the only one available, should it have thought that no direct appeal to the CAS was available. The Respondent could legitimately understand this silence as an approval by the Appellant of Dr. C._____’s letter.

The CAS considered the IAAF letter of April 10, 2008 to the then legal representative of the Respondent as a specific arbitration agreement¹⁴ on that basis and found that it had jurisdiction on the Respondent’s appeal.

3.2 The Federal Tribunal exercises free judicial review on the legal issue of jurisdiction according to Art. 190 (2) (b) PILA, including such material preliminary questions from which the determination of jurisdiction depends. Yet, even as to jurisdiction, this Court reviews the factual findings of the award under appeal only to the extent that some admissible grievances

¹³ Translator’s note : In English in the original text.

¹⁴ Translator’s note : In English in the original text.

within the meaning of Art. 190 (2) PILA are brought against such factual findings or exceptionally when new evidence is taken into account (BGE 134 III 565 at 3.1 p. 567; 133 III 139 at 5 p. 141; 129 III 727 at 5.2.2 p. 733).

3.3 The first disputed issue in this case is whether or not the Respondent could legitimately (Art. 2 (1) ZGB¹⁵) understand the April 10, 2008 IAAF letter as an offer to enter into an arbitration agreement.

As the CAS correctly points out, an arbitration agreement must meet the requirements of Art. 178 PILA. Whilst the formal requirements of § (1) must be met on the one hand, the substantive requirements are determined in § (2) of that provision. The arbitral Tribunal examined the occurrence of an arbitration agreement on the basis of Swiss law pursuant to Art. 178 (2) PILA, which is not challenged by the parties.

The necessary contents of an arbitration clause are not defined by PILA. It is clear from the purpose of an arbitration clause that the intent of the parties must be expressed to submit existing or future disputes to an arbitral tribunal, *i.e.* not to a state court (BGE 130 III 66 at 3.1 p. 70; 129 III 675 at 2.3 p. 679 with references).

Akin to other legal transactions requiring compliance with some formal requirements, an arbitration clause (Art. 178 PILA) must be interpreted at first according to the general rules of interpretation (BGE 130 III 66 at 3.2 p. 71 ff with references). Furthermore it must be determined whether or not the contents of the contract as determined by the general methods of interpretation was expressed in the legally required format (BGE 122 III 361 at 4 p. 366). The thorough explanations of the CAS as to the issue of the form required and its reference to the generous case law of the Federal Tribunal as to the formal validity of arbitration clauses in the field of international arbitration (BGE 133 III 235 at 4.3.2.3 p. 244 ff) are accordingly relevant only to the extent that the interpretation of the statements at hand leads at all to the conclusion that a contract was concluded. By contrast, the developments in the award under review as to case law regarding the validity of global references to arbitration clauses contained in the statutes of a federation are not relevant (BGE 133 III 235 at 4.3.2.3 p. 244 ff; Judgment 4A_358/2009 of November 6, 2009 at 3.2.4; with references). On the one hand the applicability of the Federation Rules to the appeal (Art. 60.9 ff of the IAAF Competition Rules) is not at all in dispute (as according to the decision under appeal they do

¹⁵ Translator's note : ZGB is the German abbreviation for the Swiss Civil Code.

not provide for CAS jurisdiction in this case) and no reference can be deducted from the aforesaid letter of April 10, 2008 on the other hand.

3.3.1 As indicated above (at 2.5.2) the CAS could not determine a factual consensus of the parties as to the arbitration clause in dispute. Accordingly it rightly interpreted it on the basis of the principle of trust the April 10, 2008 IAAF letter to the then representative of the Respondent and the Appellant's attitude (see BGE 132 III 268 at 2.3.2 p. 274 ff; 130 III 66 at 3.2 p. 71 ff; with references). The statements of the parties are accordingly to be interpreted as they could and should be understood on the basis of their wording and the context as well as under the overall circumstances (BGE 133 III 61 at 2.2.1 p. 67; 132 III 268 at 2.3.2 p 275; 130 III 417 at 3.2 p. 424 ff, 686 at 4.3.1 p. 689; with references).

The objective interpretation according to the principle of trust also determines whether or not a statement of intent exists at all (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Ed. 2008, Rz. 208; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Ed. 2009, § 3 Rz. 184; Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Ed. 2009, Rz. 27.43; Judgment 4A_437/2007 of February 5, 2008 at 2.4; see BGE 120 II 197 at 2b/bb p. 200; 116 II 695 at 2b p. 696).

Accordingly it must be determined whether or not a specific statement could be understood in good faith by the recipient as the expression of an intent to activate a legal transaction and to enter into a legally binding commitment towards him. An offer (Art. 39 ff OR¹⁶) is to be recognized only when the statement evidences a sufficient intent to be bound by the party making it, including the intent to be bound should the offer be accepted (Schwenzer, a.a.O, Rz. 28.09).

3.3.1.1 Dr. C._____ of the IAAF reminded the legal representative of the Respondent in the April 10, 2008 letter that the decision of the Disciplinary Committee, which would normally be taken after May 16, 2008 could still be appealed to the CAS and that such an appeal would inevitably lead to a costly and time consuming arbitration procedure before a final award could be reached. The introduction to the excerpt of the letter quoted by the CAS ("I would remind you that"¹⁷) cannot on the basis of its wording be understood as a

¹⁶ Translator's note : OR is the German abbreviation for the Swiss Code of Obligations.

¹⁷ Translator's note : In English in the original text.

statement of readiness to enter into a commitment towards the recipient but merely as a reference to the legal means available according to the writer. The choice of words (“will be subject to an appeal” “[t]his will lead to a costly and lengthy arbitration procedure”, “final award is rendered by CAS”)¹⁸ suggests that the writer proceeded on the basis of a specific representation of the legal means available and wanted to draw the recipient’s attention to their adverse consequences with regard to costs and duration of the proceedings. The wording chosen assumes that the legal recourse described indeed results from the procedural rules applicable and that they are known to the recipient of the letter.

Thus according to its wording the excerpt in dispute was to be understood as a reference to the procedural situation in the case at hand which had to be considered by the parties. One cannot deduct from that an offer to commit to appealing the decision of the Disciplinary Committee to an arbitral tribunal in deviation from the available legal recourse. The aforesaid excerpt contains no clue at all which could legitimate the recipient to assume that the writer wanted to commit himself procedurally in any way.

3.3.1.2 Nor do the circumstances justify to conclude in good faith that in the April 10, 2008 letter Dr. C. _____ would have wanted to commit the IAAF and ultimately also the Appellant, to submit the existing dispute to an international arbitral tribunal as opposed to the legal recourses according to the Regulations.

Based on the factual findings of the CAS, which bind this Court (see Art. 105 (1) BGG) the letter from Dr. C. _____, the Anti-Doping Administrator of the IAAF was addressed to the then legal representative of the Respondent and purported to bring the proceedings to an end by settling them. In this respect Dr. C. _____ proposed in writing to dispose of the matter with a two years ban as long as the Respondent would admit to a doping violation. According to the award under review the Respondent rejected that offer. There is no basis in the factual findings of the CAS to hold that the parties discussed any additional items beyond the proposed settlement. The April 10, 2008 letter was rather limited to an offer to conclude the proceedings speedily against the acknowledgment of a doping offense. It is not perceptible that a dual offer would have been made to terminate the proceedings on the one hand and, in case a settlement could not be reached, to submit the dispute to the CAS on the other hand.

¹⁸ Translator’s note : In English in the original text.

Under the circumstances of the written settlement offer of April 10, 2008 the reference to the jurisdiction of the CAS must be understood as a warning of the time consuming proceedings and the costs related thereto. It served as an argument to move the Respondent towards an acknowledgment of the violation of the rules against the assurance of a minimal sanction. A contingent offer to change the legal recourses available under the Regulations should the offer of a settlement be rejected cannot be seen there. The conclusion of the letter also supports this understanding when stating that it was not the intent of the IAAF to step into the disciplinary proceedings but to find a fair and timely settlement.

The letter took place during the disciplinary proceedings, roughly eight months before a decision in the case. The fact that the December 11, 2008 decision contained no indications as to an appeal was therefore not to be understood at the time by the recipient of the April 10, 2008 letter in good faith as an expectation worthy of protection of the legal recourse mentioned there. Besides it is not apparent to what extent the lack of a reference to the appeal procedure could justify jurisdiction of the CAS.

The Respondent and counsel had accordingly to understand the April 10, 2008 letter in good faith as follows: either he accepted the settlement proposal of the IAAF, whereby the ban retroactively ordered would run out as of April 24, 2008 already and the proceedings would come to an end, or he refused it and the disciplinary proceedings would run their course. There was no discussion of a change in the proper procedure in case the offer was rejected. From the reference quoted to an appeal to the CAS it is not possible to deduct an offer by the IAAF to open a legal recourse for the Respondent in case the settlement proposal was rejected, which would not have been otherwise available.

The award under review irrelevantly considered that the letter contained an implicit reference to Art. 60.11 or 60.12 of the IAAF Competition Rules, which provide for an appeal to the CAS only for international athletes, which could have been understood by the Respondent as meaning that for him – although a national athlete within the meaning of these provisions - there would be an exception to the applicable rules. It is inexplicable to what extent such a reference to the aforesaid provisions (the applicability of which is undisputed) could result from the letter. Even less recognizable is a specific exception from such provisions, and neither from the reference to unusually lengthy proceedings or the ongoing exchange of information between the Appellant and the IAAF.

3.3.1.3 Neither from the wording of Dr. C._____’s letter of April 10, 2008 nor from the overall context of the expressions contained there could an offer to conclude an arbitration agreement in favor of the CAS be deducted. The interpretation of the letter according to the principle of trust rather leads to the conclusion that the IAAF meant to bind itself legally only as to the offer of a settlement; from an objective point of view there is no recognizable intent there to be bound any further in case of rejection of the settlement proposal.

3.3.2 If the Respondent could not understand the letter of April 10, 2008 in good faith as an offer by the IAAF to submit the legal dispute to the CAS, neither could it accept any proposal and effectively enter into an arbitration agreement by filing an appeal to the CAS. Thus the conclusion of an arbitration agreement with the Appellant based on the aforesaid letter falls out of consideration as well. The issue as to the formal validity is therefore not to be addressed.

Neither is it necessary to deal with the issue that the CAS examined as to whether the IAAF could validly bind the Appellant by its actions. The explanations of the CAS are anyway contradictory when on the one hand the CAS assumes practically throughout the award that Dr. C._____ acted in the name of the IAAF whilst on the other hand reviewing the ratification of a representative’s acts based on Art. 38 (1) OR.

Contrary to the award under review no valid arbitration agreement according to Art. 178 (2) PILA came into being between the parties. The CAS wrongly found that it had jurisdiction to decide the dispute at hand on the basis of the April 10, 2008 letter.

3.4 The Respondent argues that the CAS should have found that it had jurisdiction on a different basis.

He takes the view that contrary to the award under review he would have to be qualified as an “International-Level Athlete”¹⁹ within the meaning of the IAAF Anti-Doping Rules, which is why he could appeal to the CAS.

3.4.1 It is undisputed between the Parties that the Respondent would have been entitled to appeal to the CAS according to Art. 60.11 of the IAAF Competition Rules should he be

¹⁹ Translator’s note : In English in the original text.

deemed an International-Level Athlete²⁰ according to that provision. The IAAF hand-book contains the following definition in this respect:

"International-Level Athlete

For the purposes of the Anti-Doping Rules (chapter 3) and Disputes (Chapter 4) an athlete, who is in the Registered Testing Pool for out-of-competition testing or who is competing in an International Competition under Rule 35.7"²¹

According to the factual findings of the award under review, which are disputed by neither party, the Respondent was not listed in the Registered Testing Pool²². The only disputed issue in this appeal is whether or not the status which the Respondent claims as an International-Level Athlete²³ could be based on his participating in an International Competition²⁴.

3.4.2 The arbitral award under review found that the Seoul Marathon was not listed on the IAAF list of the international events of the year 2006 but that in the following years it was upgraded and appears as of now on the International Competition²⁵ list. The CAS accurately stated that the qualification of an event as International Competition²⁶ and the status of a sportsman as International-Level Athlete²⁷ in connection with that could not have mere procedural meaning. The difference between national and international athletes is better relevant for their respective rights and obligations in the framework of the Anti-Doping Rules of the IAAF. Contrary to the Respondent's view the corresponding classification is not tantamount to a procedural rule which would be applicable to facts that took place before it came into force.

The Respondent's argument that at the time the arbitral proceedings were initiated at the beginning of 2009 the Seoul Marathon had been classified as an international competition by the IAAF, thus opening the way to an appeal to the CAS, is not convincing. The sample assessed by the CAS was taken during the 2006 Seoul Marathon which was not recognized as an international competition by the IAAF. The legal recourse available, relying on the qualification as an international competition according to Art. 60.11 of the IAAF

²⁰ Translator's note : In English in the original text.

²¹ Translator's note : In English in the original text.

²² Translator's note : In English in the original text.

²³ Translator's note : In English in the original text.

²⁴ Translator's note : In English in the original text.

²⁵ Translator's note : In English in the original text.

²⁶ Translator's note : In English in the original text.

²⁷ Translator's note : In English in the original text.

Competition Rules, does not lead to the CAS simply because another competition conducted later in the same place is classified differently. The fact that the 2008 Seoul Marathon (and according to the award under review perhaps even the 2007 one) was recognized as an international competition by the IAAF does not change the fact that the 2006 event did not have that status. Moreover the procedural rule according to which only an international athlete was entitled to appeal to the CAS remained unchanged. Contrary to the Respondent's view, it is not because the legal recourse changed since the doping test under review that it should be applied retroactively.

It cannot be claimed that in this case there would be some complex jurisdictional issue due to the applicability of various national and federation rules as in the case mentioned in the answer to the appeal (4P.149/2003 of October 31st, 2003 at 2.2.2). Moreover the issue in the aforesaid case was the exhaustion of legal remedies before an appeal to the CAS and not its jurisdiction. Contrary to the Respondent's view nothing can be derived to his benefit from that case.

Neither is the jurisdiction of the CAS justified by the argument that the IAAF itself informed the Appellant of the positive result of the doping test, thus making it an "IAAF test" within the meaning of Art. 36.5 of the IAAF Competition Rules, which could only be carried out in international competitions according to Art. 35.7. In the corresponding letter to the Appellant of April 13, 2006, the IAAF instead clearly stated according to the award under review that it behooved the Appellant to assess the test results, as prescribed for national competitions. The Respondent does not challenge that the provisional ban was issued by the Appellant as a national federation as prescribed in Art. 38.2 for national athletes. Also irrelevant is the reference to the fact that in the year 2006, marathon events were generally not conducted as international competitions by the IAAF due to an oversight and that this was corrected later. For what reasons the 2006 Seoul Marathon was not recognized as an international competition by the IAAF is not decisive. In any event it does not appear from the factual findings of the award under review that the 2006 Seoul Marathon would in fact have been treated by the IAAF as an international competition according to Art. 35.7 as to the doping tests conducted, even though it was not listed as such.

3.4.3 With regard to the jurisdiction of the CAS, the Respondent vainly relies on the principle of *lex mitior* according to Art. 25.2 of the WADA Anti-Doping Code. The principle means that as an exception to the principle of non-retroactivity, the new law is to be applied to a

doping offence committed before its entry into force when it provides for a milder sanction than the previous rules. The Respondent makes no convincing demonstration with his reference to the fact that arbitral proceedings in front of the CAS, as opposed to national proceedings, would provide an independent, quick and inexpensive arbitral proceeding. As the Appellant rightly points out, the principle of *lex mitior* applies to sanctions in doping cases but not to changes in material regulations impacting the applicable appeal procedures indirectly.

It is not apparent to what extent on the basis of the aforesaid principle there would be a right to appeal to the CAS instead of to a national body.

3.4.4 When the CAS found that the Respondent was to be denied the status of an International-Level Athlete²⁸ and therefore it had no jurisdiction according to Art. 60.11 of the IAAF Competition Rules, it did not violate the law.

4.

The CAS wrongly found that it had jurisdiction on the basis of the April 10, 2008 letter. Its jurisdiction cannot rely on the applicable Federation Regulations either. The award of the CAS of July 24, 2009 is accordingly to be annulled as a consequence of the appeal being allowed and the CAS must be found to lack jurisdiction.

In view of the outcome of the proceedings, the Respondent must compensate the Appellant and pay for the costs of the proceedings (Art. 66 (1) and Art. 68 (2) BGG).

Therefore, the Federal Tribunal pronounces:

1. The Appeal is admitted and the CAS award of July 24, 2009 is annulled.
2. The CAS shall have no jurisdiction to decide the Respondent's appeal.
3. The court costs set at CHF 5'000.- shall be paid by the Respondent.
4. The Respondent shall pay to the Appellant an amount of CHF 6'000.- for the federal judicial proceedings.

²⁸ Translator's note : In English in the original text.

5. This judgment shall be notified in writing to the parties and to the Court of Arbitration for Sport (CAS).

Lausanne, May 31, 2010

In the name of the First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal

The Presiding Judge:

The Clerk:

KLETT (Mrs)

LEEMANN