

Ausgewählte Arbeitsvertragsprobleme im Berufsfußballsport

Wolfgang Brodil

Inhaltsübersicht:

- I. Überblick
- II. Recht auf Beschäftigung
 - A. Judikatur
 - B. Ergebnis
- III. Wirtschaftliche Abhängigkeit
- IV. Rechtsfragen der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht
 - A. Problemstellung
 - B. Kollektivvertragliche Verpflichtung zur Entbindung von der Schweigepflicht
 - C. Zulässigkeit einer „Pauschalentbindung“
 - D. Datenschutzrechtliche Aspekte
- V. Spielerleihe
 - A. Arbeitskräfteüberlassung
 - B. Erfassung der Spielerleihe
- VI. Abschließende Bemerkungen

I. Überblick

Vertragsprobleme im Berufsfußball sind regelmäßig Quell von Streitigkeiten zwischen Spielern und Vereinen. Die auftretenden Probleme wirken aber nur auf den ersten Blick rein sportspezifisch. Vielmehr ergeben sich an den Schnittstellen von sportrechtlicher Verkehrssitte und allgemeinen dogmatischen Ansätzen des Arbeitsvertragsrechts höchst spannende Rechtsfragen. Diese sind oftmals wegen der ganz

spezifischen Position eines Berufsfußballspielers oftmals von hohem dogmatischem Reiz.

Im Folgenden werden einige ausgewählte vertragliche Problemfelder des Berufsfußballs erörtert und weitergedacht.

II. Recht auf Beschäftigung

Die seit fast 60 Jahren umstrittene Frage inwieweit Arbeitnehmern ein Recht auf faktische Betrauung mit Arbeit bzw auf tatsächliche Ausübung ihrer Tätigkeiten zukommt, wird von der hA im Allgemeinen verneint.¹⁾ Abseits der sonstigen Bereiche, in welchen das Problem eine Rolle spielt,²⁾ war auch der Fußball-Profi Gegenstand einschlägiger Erörterungen. So hat *Schrammel* bereits 1999 – bei der ersten Linzer Tagung zu „Aktuellen Fragen des Fußballsports“ – die Eckpfeiler der einschlägigen arbeitsrechtlichen Erfassung in den kargen Boden des Sportrechts gerammt.³⁾

Die klare Rückführung auf das schuldrechtliche Synalagma des Arbeitsvertrags führt zunächst zum Befund, dass ganz allgemein der Schuldner einer Leistung kein Recht darauf hat, dass der Gläubiger die Leistung auch tatsächlich in Anspruch nimmt. Der Annahmeverzug des Gläubigers bleibt so im Allgemeinen eine reine Obliegenheitsverletzung. Das allgemeine Zivilrecht anerkennt allerdings auch Ausnahmen.⁴⁾

¹⁾ *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁷ (2011) Rz 243 mwN.

²⁾ Etwa bei Lehrlingen, Schauspielern, Piloten, Ärzten etc.

³⁾ *Schrammel*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Fußballsports (2000) 87 (101); ähnlich *ders*, Berufssportgesetz – Probleme und Lösungsansätze, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Fußballsports II (2001) 27 (39).

⁴⁾ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 60.

Besteht für den Gläubiger eine Pflicht zur tatsächlichen Abnahme der Leistung – etwa, weil schon bei Vertragsschluss erkennbar war, dass der Schuldner ein über den Erhalt der Gegenleistung hinausgehendes Interesse hat – besteht ausnahmsweise eine Pflicht zur tatsächlichen Abnahme.⁵⁾

Schrammel hat dieses über die Entgeltzahlung hinausgehende Interesse eines Fußballers „konkludent aus der Natur des Vertrags“ abgeleitet.⁶⁾ Ähnlich argumentierten in Folge auch andere Lehrmeinungen.⁷⁾ Gesichert ist, dass ein Recht auf Beschäftigung jedenfalls vertraglich vereinbart werden kann. Überdies scheint anerkannt, dass abseits der vertraglichen Vereinbarung ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung auch aus den **näheren Umständen des Geschäfts** oder eben seiner Natur abgeleitet werden kann. Abseits der einzelgesetzlichen Sonderbestimmungen⁸⁾ ist dies vor allem dort anzunehmen, wo durch die tatsächliche Nichtbeschäftigung bzw Nichtausübung des Berufs schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers verletzt werden. Verliert ein Arbeitnehmer durch das tatsächliche Unterbleiben der Arbeitsleistung berufsrechtliche Bewilligungen (etwa von der tatsächlichen Ausübung abhängige Führer- oder Pilotenscheine) oder ganz allgemein „an Marktwert“ bzw wird ihm die Weiterentwicklung seiner Karriere wesentlich erschwert, ist ausnahmsweise dennoch von einem Recht auf Beschäftigung auszugehen.⁹⁾

⁵⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 61.

⁶⁾ *Schrammel*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers 102.

⁷⁾ Etwa *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424 (426); *Brodil*, Recht auf Beschäftigung, in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Fußballsports IV (2006) 47 (49 f) mzwN.

⁸⁾ §§ 9, 18 BAG, § 18 TAG.

⁹⁾ *Brodil*, Recht auf Beschäftigung 50.

A. Judikatur

Die Judikatur hat in der Entscheidung *Ferdinand Feldhofer*¹⁰⁾ die Frage, ob Berufsfußballern ein Recht auf Beschäftigung zukommt, nicht endgültig beantwortet und nur implicit angesprochen. Die dort gegenständliche Versetzung zu den Amateuren durch den arbeitgebenden Verein wurde als Austrittsgrund angesehen, weil der Spieler vertraglich nur zum Einsatz in der ersten (Kampf-)Mannschaft verpflichtet bzw. berechtigt war. Bloß das Untergericht befasste sich in der Entscheidungsbegründung mit den verschiedenen Ansätzen für ein Recht auf Beschäftigung.

Zum einen gehörten Berufsfußballspieler zu jenem Kreis von Arbeitnehmern, welchen ein Recht auf Beschäftigung aufgrund der spezifischen Bedürfnislage zukommt. Ebenso wie bei Redakteuren, Regisseuren, Artisten, Wissenschaftlern ua komme es bei Fußballern bei Nichtbeschäftigung zu einem Qualifikationsverlust. Aus der Nichtteilnahme an Meisterschaftsspielen und besonders das Trainingsverbot mit der Kampfmannschaft wären für den Spieler „mit einem massiven sportlichen Leistungsverlust verbunden“. Daher sah das LG Graz einmal in der Anwendung der Regelungen des Schauspiel-§ bzw. Berufsausbildungsgesetzes per analogiam, weiters aber auch in der aus § 1157 ABGB erfließenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie dem schützenswerten Persönlichkeitsrecht des Spieles taugliche Grundlagen für die Annahme eines Rechts auf Beschäftigung. Das solcherart „gesteigerte“ Beschäftigungsinteresse des Spielers

¹⁰⁾ LG Graz 13. 8. 2003, 38 Cga 39/02a bzw 38 Cga 51/02s; OGH 24. 6. 2004, 8 ObA 38/04b. Der Autor verzichtet wegen der allgemeinen Kenntnis der betroffenen Personen im gegebenen Zusammenhang auf die Anonymisierung der Parteien.

liege primär darin, ständig auf vorhandenem Niveau zu trainieren bzw zu spielen.¹¹⁾

Eine endgültige Klärung brachte erst ein Provisorialverfahren, das der langjährige Kapitän der Nationalmannschaft, *Markus Schopp*, gegen RB Salzburg angestrengt hatte.¹²⁾ Der Spieler hatte einen Vertrag vom 1. 7. 2005 bis zum 30. 6. 2008 mit einer Verlängerungsoption bis 30. 6. 2009. Nach dem Wechsel des Trainerteams im Frühjahr 2006 – somit nach einem Jahr Vertragslaufzeit und zwei Jahre vor Auslaufen des Vertrags – wurde der Spieler davon informiert, dass der Verein – ausschließlich aus sportlichen Überlegungen – die kommende Saison ohne ihn plane, und das neue Trainerduo ihn in der Mannschaftsplanung nicht mehr vorgesehen habe. Am 16. 6. 2006 konnte der Spieler zum letzten Mal am normalen Training der Kampfmannschaft teilnehmen. An diesem Tag erhielt er ein Schreiben des Vereins, wonach er bis auf weiteres vom Dienst freigestellt sei. Das Recht auf Training werde ihm jedoch zugesichert, ebenso die eventuell notwendige medizinische Versorgung und die benötigten Ausrüstungsgegenstände. Zu einem Trainingslager der Kampfmannschaft am 26. 6. 2006 wurde er nicht mehr mitgenommen. Ab 17. 6. absolvierte er mit drei bis sechs weiteren Spielern abgesonderte Trainings. *Schopp* beantragte in Folge eine einstweilige Verfügung, ihn wieder zum Training mit der Kampfmannschaft zuzulassen. Sowohl Erst- als auch Berufungsgericht wiesen den Antrag interessanterweise ab.¹³⁾

¹¹⁾ LG Graz 13. 8. 2003, 38 Cga 39/02a bzw 38 Cga 51/02s; vgl die Darstellung bei *Brodil*, Recht auf Beschäftigung 53.

¹²⁾ OGH 9 ObA 121/06v DRdA 2007, 477 (*Brodil*) = ZAS 2008, 86 (*Thomas*).

¹³⁾ Das Berufungsgericht interessanterweise trotz Darstellung der mannigfachen anderslautenden Lehrmeinungen, vgl DRdA 2007, 477.

Der OGH gab dem Antrag demgegenüber statt. Unter Bezugnahme auf die bestehenden Lehrmeinungen ging der OGH davon aus, dass diese Überlegungen grundsätzlich auch für hoch qualifizierte Berufsfußballspieler zum Tragen kommen müssen, bei denen die Nichtbeschäftigung nicht nur zum Verlust ihres „Marktwerts“, sondern vor allem – wie in der zitierten Vorjudikatur als entscheidend angesprochen – zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des fußballerischen Niveaus führen muss. Grundsätzlich ist daher auch hoch qualifizierten Berufsfußballern ein Recht auf Beschäftigung zuzubilligen.¹⁴⁾

B. Ergebnis

Mit der hA¹⁵⁾ und Judikatur ist also unstrittig davon auszugehen, dass einem Berufsfußballspieler aus dem Vertrag selbst grundsätzlich ein Recht auf Beschäftigung zuzugestehen ist. Dies ergibt sich einmal aus der Natur der Tätigkeit, die *dauernde Ausübung des Sports an sich* erfordert, um zumindest das Gleichbleiben der Qualifikation zu gewähren bzw einen Verlust an Fertigkeiten oder auch Marktwert zu verhindern. Gerade im Bereich des medial so präsenten Spitzenfußballs ist auch der persönliche Marktwert eines Spielers – auch angesichts der relativ kurzen Lebenszeit, in der dieser Beruf auf hohem Niveau ausgeübt werden kann – von Bedeutung.¹⁶⁾

Der Anspruch erfließt sodann aus dem Vertrag selbst und ergibt sich durch Auslegung.¹⁷⁾ Dogmatisch ist die fakti-

¹⁴⁾ OGH 9 ObA 121/06v DRdA 2007, 477.

¹⁵⁾ Vgl zudem *Firlei*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183.

¹⁶⁾ Dazu OGH 9 ObA 121/06v DRdA 2007, 477 (*Brodil*).

¹⁷⁾ Dazu *Brodil*, Recht auf Beschäftigung 56.

sche Nichtbeschäftigung durch den Arbeitgeber die schlichte Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts oder schärfer: dessen Nichtausübung durch Unterbleiben der Betrauung mit bzw. Zulassung zur tatsächlichen Arbeitsleistung. Daher wird dieses Gestaltungsrecht wie alle derartigen Weisungsrechte des Arbeitgebers einer Sittenwidrigkeitsprüfung unterlegt. Werden Interessen des Arbeitnehmers so gröblich benachteiligt ist von einer sittenwidrigen und damit unzulässigen Rechtsausübung auszugehen.

Die wirklichen Schwierigkeiten liegen aber wie immer im Detail. So bleiben inhaltliche Aspekte weiterhin umstritten. Worin erschöpft sich nun das einschlägige Recht des Berufsfußballers? Unstrittig ist, dass der Fußballer am Trainingsbetrieb und an den Lehrgängen der Kampfmannschaft teilnehmen darf. Dasselbe gilt für die Inanspruchnahme sportmedizinischer Versorgung und Betreuung. Nicht umfasst ist allerdings die Aufstellung in Bewerbungsspielen, weil kein Berufsfußballspieler damit rechnen kann, immer eingesetzt zu werden.¹⁸⁾ Im anderen Fall wäre letztlich – wie *Schrammel* gewohnt pointiert ausgeführt hat¹⁹⁾ – letztlich der Richter für die Mannschaftsaufstellung zuständig.

Der OGH hat etwa den Anspruch des Spielers *Schopp* auf Teilnahme „an allen sonstigen Darstellungen des Vereins oder der Spieler zum Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit für den Gegner der gefährdeten Partei“ sowie an den taktischen Besprechungen vor Spielen verneint.²⁰⁾ Letzteres ist wohl un-

¹⁸⁾ *Schrammel* (Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers 102) verweist etwa auf den Ersatztorhüter.

¹⁹⁾ Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers 102.

²⁰⁾ Der Spieler war vom Verein nach dem Ausschluss aus der Kampfmannschaft auch von der Website gelöscht worden sowie nicht mehr in die PR-Aktivitäten der Kampfmannschaft eingebunden.

problematisch, dienen doch derartige Besprechungen bloß der konkreten taktischen Anweisung der tatsächlich zum Einsatz kommenden Spieler.²¹⁾

Hinsichtlich der Teilnahme an Public-Relations-Maßnahmen führt der OGH allerdings aus: Mit der Notwendigkeit, die für die Ausübung des Spitzensfußballs notwendigen Qualitäten des Antragstellers zu erhalten, lässt sich ein solcher Anspruch nicht begründen. Dass mit der Nichtteilnahme des Antragstellers an solchen „Darstellungen“ eine Beeinträchtigung des Marktwerts eines Fußballers verbunden sein kann, mag zwar unter Umständen zutreffen, reicht aber nicht aus, um im Sinne der eingangs dargelegten Rechtslage den darauf gerichteten Anspruch des Klägers zu bejahen.²²⁾ Für den OGH war die Zulassung zur Teilnahme am Training somit ausreichend, um die Rechtswidrigkeit des arbeitgeberischen Verhaltens zu vermeiden.

Diese Ansicht ist unrichtig. Versteht man das Recht auf Beschäftigung eines Berufsfußballers in Wahrnehmung seiner Interessen als umfassenden Benachteiligungsschutz ist es mit den Interessen des Arbeitgebers in Relation zu bringen. Daher hat – neben dem eben Gesagten zur Aufrechterhaltung seiner fachlichen Qualifikation als Sportler – dem Arbeitnehmer alles ermöglicht zu werden, was seinen Goodwill bzw Marktwert erhält. Nachdem dies wohl nicht mehr zum Kern des Rechts auf Beschäftigung zählt sind hier Interessen des Arbeitgebers ebenso zu berücksichtigen.²³⁾ Dabei spielt die Zumutbarkeit bzw die damit einhergehende Beeinträchtigung eine bedeutende Rolle.

Wie dargelegt ergibt sich der Anspruch auf Beschäftigung aus dem Vertrag. Dabei sind im Rahmen der ergänzen-

²¹⁾ OGH 9 ObA 121/06v DRdA 2007, 477 (*Brodil*).

²²⁾ OGH 9 ObA 121/06v DRdA 2007, 477 (*Brodil*).

²³⁾ Ähnlich bereits *Brodil*, DRdA 2007, 477.

den Auslegung auch die Umstände des konkreten Beschäftigungsverhältnisses von Bedeutung. Das Recht ist also auch stark durch die Verkehrssitte geprägt. Nun ist der Berufsfußballbereich ein medial außergewöhnlich gut erfasster, wodurch auch diesen Aspekten Bedeutung zukommt. So kommt dem Spieler mE auch ein Recht auf Teilnahme an „sonstigen Darstellungen des Vereins“ – somit etwa die Darstellung auf Mannschaftspostern, sowie auch Autogrammkarten, Spielerpräsentationen und vor allem in elektronischen Medien wie dem Internet²⁴⁾ etc – zu.²⁵⁾

Diese Vorgangsweise belastet den arbeitgebenden Verein praktisch nicht, ist mit geringem Aufwand und Kosten verbunden und ermöglicht gleichzeitig die Aufrechterhaltung der Medienpräsenz des Spielers. Damit wird seinem Interesse an der Beibehaltung seines Marktwerts Genüge getan. Insofern ist die Ansicht des OGH kritisch zu sehen.

III. Wirtschaftliche Abhängigkeit

Im Folgenden stehen einige spezifische Rechtsfragen in Randbereichen im Interesse. Exemplarisch seien drei Problembereiche herausgegriffen, die – soweit überblickt – in der sportrechtlichen Literatur nicht näher diskutiert wurden. Dies betrifft einmal die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinn der Abhängigkeit von fremden Produktionsmitteln.

²⁴⁾ Bedenkt man, dass heute jede kleine Nachricht auf diversen Websites sofort internationale Verbreitung findet und damit als Information für andere Vereine, Spielervermittler ua anzusehen ist, verdeutlicht sich die einschlägige Interessenlage. Vgl etwa www.laola1.at, www.90minuten.at, www.torward.de, www.transfermarkt.de usw (29. 2. 2012).

²⁵⁾ *Brodil*, DRdA 2007, 477; im Ergebnis ähnlich *Thomas*, ZAS 2008, 86.

Der angestellte Berufsspieler ist grundsätzlich in die Dogmatik des Arbeitsvertrags vollkommen eingebettet, weil es keine Sonderbestimmungen für Fußballspieler gibt.²⁶⁾ Diese Dogmatik bedingt, dass der Spieler wirtschaftlich abhängig ist – also mit fremden Produktionsmitteln tätig wird. Sämtliche zur Leistungserbringung notwendigen Betriebsmittel werden nach dem allgemeinen Vertragsmodell vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt.²⁷⁾ Grundsätzlich ist dieses Modell anspruchsauffin ausgestaltet. Somit hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zurverfügungstellung der Betriebsmittel und ist nicht verpflichtet seinerseits Betriebsmittel in das Arbeitsverhältnis einzubringen. Das Bereitstellen von Betriebsmitteln durch den Leistungsempfänger ist jedenfalls ein Indiz für den Arbeitsvertrag.²⁸⁾ Allerdings schaden geringfügige Durchbrechungen dieser wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht, sofern im Rahmen des beweglichen Systems starke andere Indizien für einen Arbeitsvertrag sprechen.²⁹⁾ Dass der Arbeitnehmer sporadisch eigene Betriebsmittel benutzt stört somit die arbeitsvertragliche Grundstruktur nicht.

Noch nicht untersucht ist allerdings die umgekehrte Situation – nämlich die Frage, ob der Arbeitnehmer auf die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Betriebsmittel verzichten kann und darf und statt dessen mit anderen, eigenen Betriebsmitteln tätig wird.

²⁶⁾ Die Bemühungen zur Erlassung eines Berufssportgesetzes unter Betrauung von *Schrammel* sind letztlich ergebnislos geblieben. Vgl. *Schrammel*, Berufssportgesetz – Probleme und Lösungssätze 27.

²⁷⁾ Dazu bloß *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁷ Rz 43 f mwN; *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 59 mwN.

²⁸⁾ *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1151 Rz 87.

²⁹⁾ OGH 8 ObA 129/02g Arb 12.282.