



DISSERTATION

PROVISIONEN IM FUSSBALL

Mag Daniel Andrysik

zur Erlangung des akademischen Grades

Doktor Juris

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

1. Univ-Prof Dr Walter Schrammel
2. Univ-Prof Dr Wolfgang Brodil

Inhaltsverzeichnis

Provisionen im Fußball

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	X
Einleitung	1
I. Die unterschiedlichen Begriffe Spielervermittler, Spielerberater und Spielerbeobachter	5
1. Begriff des Spielervermittlers	5
1.1. Spielervermittler nach Verbandsrecht	5
1.2. Spielervermittler nach dem 2. Entwurf zum Berufssportgesetz	7
1.3. Spielervermittler in der Literatur	7
2. Begriff des Spielerberaters	8
3. Begriff des Spielerbeobachters	9
II. Begriff der Arbeitsvermittlung	11
1. Allgemeine Grundlagen	11
2. Erfolgsbezogenheit	13
3. Vermittlungsabsicht	14
4. Vorvermittlungstätigkeit	14
5. Gelegentliche und unentgeltliche oder auf den Einzelfall beschränkte Vermittlung	15
6. Örtlicher Anwendungsbereich des AMFG	17
6.1. Allgemeine Grundlagen	17
6.2. Ansicht LG für Zivilrechtssachen Wien	18
6.3. Ansicht Oberlandesgericht Wien	18
6.4. Ansicht OGH	19
6.5. Stellungnahme	20
III. Typologische Einordnung des Spielervermittlers als Makler, Handelsmakler oder Handelsvertreter	21
1. Makler	21
1.1. Allgemeine Grundlagen	21
1.2. Spielervermittler als Makler	25
1.3. Ansicht Limberger	25
1.4. Ansicht Modl	26
1.5. Stellungnahme	26
2. Handelsmakler	27
2.1. Allgemeine Grundlagen	27
2.2. Spielervermittler als Handelsmakler	28
2.3. Ansicht Helmholz	29
2.4. Stellungnahme	29
3. Handelsvertreter	29
3.1. Allgemeine Grundlagen	29
3.2. Spielervermittler als Handelsvertreter	32

3.3. Ansicht Limberger	33
3.4. Ansicht Rsp	33
3.5. Stellungnahme	34
IV. Spielervermittlungsprovision und entgeltliche Arbeitsvermittlung	35
1. ÖFB-Spielervermittlerregulativ und entgeltliche Spielervermittlung	35
2. Unentgeltliche Arbeitsvermittlung	35
2.1. Unentgeltliche Arbeitsvermittlung nach alter Rechtslage	35
2.2. Deutsche Rechtslage	37
2.3. Schweizerische Rechtslage	38
2.4. Spielervermittler und entgeltliche Arbeitsvermittlung	39
2.5. Ansicht Limberger	39
2.6. Stellungnahme	40
3. Sanktionen	40
4. Entgeltliche Künstlervermittlung	41
4.1. Allgemeine Grundlagen	41
4.2. Künstlerbegriff nach AMFG	42
4.3. Profifußballspieler als Künstler im Sinne des AMFG	43
4.4. Ansicht Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien	43
4.5. Ansicht Limberger	44
4.6. Stellungnahme	44
5. Unentgeltliche Arbeitsvermittlung nach neuer Rechtslage	45
6. Entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber Arbeitgebern	46
7. Unentgeltlichkeit	47
7.1. Allgemeine Grundlagen	47
7.2. Aufwendungen als Entgelt im Sinne des § 2 Abs 2 AMFG	48
7.3. Ansicht Literatur	48
7.4. Stellungnahme	48
V. Spielervermittlung und Exklusivvertrag	50
1. Einleitung	50
2. Exklusivvertrag nach dem Verbandsrecht	50
3. Exklusivvertrag im AMFG	51
4. Exklusivvertrag im SchauSpG	52
5. Ansicht Clark zur Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung	52
6. Deutsche und schweizerische Rechtslage	53
7. Stellungnahme zu Exklusivverträge im Rahmen der Spielervermittlung	54
VI. Spielervermittlung und Ausländerbeschäftigungsgesetz	56
1. Allgemeine Grundlagen	56
2. Personeller Anwendungsbereich	56
3. Behördliche Bewilligung	58
3.1. Allgemeine Grundlagen	58
3.2. Zulassung als Schlüsselkraft	60
3.3. Berufsfußballspieler als Schlüsselkräfte	63
3.4. Ansicht Weigl	63
3.5. Stellungnahme	64
3.6. Zulassungsverfahren für Schlüsselkräfte	66
4. Sachlicher Anwendungsbereich	68
5. Rechtsfolgen	69
6. Provisionsanspruch und fehlende behördliche Bewilligung nach AuslBG	69

VII. Spielervermittlung und Grundrechte	71
1. Allgemeine Grundlagen	71
2. Drittwirkung der Grundrechte	73
2.1. Allgemeine Grundlagen	73
2.2. Literatur und Rsp zur Drittwirkung der Grundrechte	74
2.2.1. Ansicht Koziol	74
2.2.2. Ansicht OGH	75
2.2.3. Ansicht Friedrich/Marhold	76
2.2.4. Ansicht Runggaldier	76
2.3. Nationale Sportverbände als Adressat der Grundrechte	76
2.3.1. Ansicht EuGH	77
2.3.2. Ansicht Jungheim	77
2.3.3. Ansicht Helmholz	77
2.3.4. Stellungnahme	78
3. Erwerbsausübungsfreiheit	78
3.1. Personeller Anwendungsbereich	78
3.2. Sachlicher Anwendungsbereich	79
3.2.1. Allgemeine Grundlagen zur Erwerbstätigkeit	79
3.2.2. Spielervermittlung als Erwerbstätigkeit	80
3.2.3. Allgemeine Grundlagen zu Erwerbsausübung und Erwerbsantritt	80
3.2.4. ÖFB-Spielervermittlungsregulativ als Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit	81
3.2.5. Ansicht Helmholz	82
3.2.6. Eigene Meinung	82
3.2.7. Stellungnahme zu § 5 Abs 2 AMFG als Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit	82
3.3. Rechtfertigung	83
3.3.1. Allgemeine Grundlagen	83
3.3.2. Rechtfertigung des Eingriffes durch das Spielervermittlungsregulativ	85
3.3.3. Ansicht Helmholz	85
3.3.4. Ansicht Limberger	86
3.3.5. Eigene Meinung zur Rechtfertigung des Eingriffes durch das ÖFB-Spielervermittlungsregulativ	87
3.3.6. Stellungnahme zur Rechtfertigung des Eingriffes durch § 5 Abs 2 AMFG	88
VIII. Spielervermittlung und Dienstleistungsfreiheit	89
1. Einleitung	89
2. Allgemeine Grundlagen	89
3. Begriff der Dienstleistung	90
3.1. Spielervermittlung als Dienstleistung	92
3.2. Ansicht Jungheim	92
3.3. Stellungnahme	92
4. Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit	93
5. Verpflichteter Adressat	93
6. Wirtschaftliche Tätigkeit	94
7. Gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt	95
7.1. Allgemeine Grundlagen	95
7.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ und gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt	97
7.3. Ansicht Jungheim	97
7.4. Stellungnahme	98

7.5. Stellungnahme zu § 5 Abs 2 AMFG und gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt	98
8. Entgeltlichkeit	98
9. Inhaltliche Verbote	99
9.1. Allgemeine Grundlagen	99
9.2. Erfordernisse des FIFA-Spielervermittlerreglements als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit	101
9.3. Ansicht Jungheim	101
9.4. Stellungnahme	102
9.5. Stellungnahme zu § 5 Abs 2 AMFG als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit	102
10. Rechtfertigung	103
10.1. Allgemeine Grundlagen	103
10.2. Stellungnahme zur Rechtfertigung des Eingriffes durch das FIFA-Spielervermittlerreglement	105
10.3. Stellungnahme zur Rechtfertigung des Eingriffes durch § 5 Abs 2 AMFG	106
11. Personeller Anwendungsbereich	107
IX. Spielervermittlung und Europäisches Kartellverbot	109
1. Allgemeine Grundlagen	109
2. Koordinierte Verhaltensformen	110
2.1. Allgemeine Grundlagen	110
2.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ als koordinierte Verhaltensform	112
2.3. Ansicht EuG	112
2.4. Ansicht FIFA	113
2.5. Ansicht Jungheim	113
2.6. Stellungnahme	114
3. Wettbewerbsbeschränkung	114
3.1. Allgemeine Grundlagen	114
3.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ als Wettbewerbsbeschränkung	116
3.3. Ansicht EuG	117
3.4. Ansicht Jungheim	117
3.5. Stellungnahme	118
4. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten	118
5. Normadressat	120
6. Relevante Markt	126
7. Freistellung	127
7.1. Allgemeine Grundlagen	127
7.2. Freistellung des FIFA-Spielervermittlungsregulatives	129
7.3. Ansicht EuG	129
7.4. Ansicht Kläger	130
7.5. Stellungnahme	131
8. Sanktionen	132
X. Spielervermittlung und Europäisches Missbrauchverbot	133
1. Allgemeine Grundlagen	133
2. Normadressat	135
2.1. Allgemeine Grundlagen	135
2.2. FIFA als Normadressat	137
2.3. Ansicht EuG	137
2.4. Ansicht Kläger	138
2.5. Ansicht Jungheim	138
2.6. Stellungnahme	139

3. Gemeinsamer Markt	139
4. Missbrauch	140
4.1. Allgemeine Grundlagen	140
4.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ als Missbrauch	141
4.3. Ansicht EuG	141
4.4. Ansicht Jungheim	142
4.5. Stellungnahme	144
5. Sanktionen	145
XI. Provision und Entgelt	146
1. Entgelt	146
1.1. Allgemeine Grundlagen	146
1.2. Entgeltformen	147
2. Provision	148
2.1. Allgemeine Grundlagen	148
2.2. Begriff der Provision	149
2.3. Provisionsberechnung	151
2.4. Abgrenzung der Provision von der Umsatzprovision und der Gewinnbeteiligung	152
2.5. Entgeltform der Provision	153
2.5.1. Ansicht Schrammel	153
2.5.2. Ansicht Trost	154
2.5.3. Ansicht Jabornegg	154
2.5.4. Ansicht Schrank	155
2.5.5. Ansicht Strasser	155
2.5.6. Ansicht OGH	156
2.5.7. Stellungnahme	156
XII. Verträge mit mündig Minderjährigen im Fußballsport	158
1. Verbandsrechtliche Bestimmungen für mündig Minderjährige	158
2. Arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit	158
3. Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung	159
3.1. Allgemeine Grundlagen	159
3.2. Vermögensangelegenheit des außerordentlichen bzw ordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB	160
3.3. Spielervertrag als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB	162
3.4. Ansicht Hollerer	162
3.5. Ansicht BG für Zivilrechtssachen Graz	163
3.6. Stellungnahme	163
3.7. Stellungnahme zu Spielervermittlungsvertrag als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB	165
4. Voraussetzungen zur Erteilung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung	165
4.1. Allgemeine Grundlagen	165
4.2. Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Spielervertrages	168
4.3. Ansicht Hollerer	168
4.4. Ansicht BG für Zivilrechtssachen Graz	168
4.5. Stellungnahme zu pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Spielervermittlungsvertrages	169

XIII. Fußballspieler als Arbeitnehmer	170
1. Allgemeine Grundlagen	170
2. Persönliche Abhängigkeit	171
3. Wirtschaftliche Abhängigkeit	172
4. Entgeltlichkeit	175
5. Gegenstand der Dienste	176
6. Rechtsstellung des Fußballspielers	177
6.1. Ansicht Schrammel/Tomandl	178
6.2. Ansicht Fischer	179
6.3. Ansicht Dieckmann	182
6.4. Ansicht Bühler	183
7. Arbeitnehmer im Sinne des AMFG	185
7.1. Allgemeine Grundlagen	185
7.2. Fußballspieler als Arbeitnehmer im Sinne des AMFG	186
7.3. Ansicht Jungheim	186
7.4. Ansicht Limberger	187
7.5. Eigene Meinung	187
XIV. Spielervermittlung und internationale Zuständigkeit	189
1. Einleitung	189
2. Allgemeine Grundlagen	189
3. Sachverhalt mit Auslandsberührung	190
4. Temporärer Anwendungsbereich	191
5. Sachlicher Anwendungsbereich	191
6. Geographisch-räumlicher Anwendungsbereich	193
7. Räumlich-personeller Anwendungsbereich	193
8. Zuständigkeitssystem der EuGVVO	194
8.1. Allgemeine Grundlagen	194
8.2. Allgemeiner Gerichtsstand	194
8.3. Wahlgerichtsstand	196
8.3.1. Allgemeine Grundlagen	196
8.3.2. Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes	197
8.3.3. Bestimmung des Erfüllungsortes nach Art 5 Z 1 lit b EuGVVO	200
8.3.4. Erfüllungsort als Leistungsort oder Erfolgsort	201
8.3.5. Ansicht OGH	202
8.3.6. Ansicht Handelsgericht Wien	202
8.3.7. Stellungnahme	202
XV. Spielertransfers und Arbeitnehmerfreizügigkeit	204
1. Einleitung	204
2. Allgemeine Grundlagen	204
3. Personeller Anwendungsbereich	205
3.1. Allgemeine Grundlagen	205
3.2. Berufsfußballspieler als gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmer in der Literatur	207
3.3. Stellungnahme	208
4. Wirtschaftliche Tätigkeit	209
5. Gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalt	210
6. Verpflichtete Adressat	210
7. Inhaltliche Verbote	212
7.1. Allgemeine Grundlagen	212

7.2. Transfersummen bei laufenden Arbeitsverträgen als Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit	214
7.3. Ansicht Hollerer	215
7.4. Ansicht Klingmüller/Wichert	216
7.5. Ansicht Küpperfahrenheit	216
7.6. Stellungnahme	216
8. Rechtfertigung	218
8.1. Allgemeine Grundlagen	218
8.2. Rechtfertigung vertraglich vereinbarter Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen	219
8.3. Ansicht Kelber	219
8.4. Ansicht Küpperfahrenheit	220
8.5. Stellungnahme	221
XVI. Transfersummen und Ausbildungskosten	223
1. Allgemeine Grundlagen	223
2. Vertragliche Vereinbarung	224
3. Sonderfall Minderjährige	224
3.1. Allgemeine Grundlagen	224
3.2. Ansicht Neubauer/Rath	225
3.3. Ansicht Oberhofer	226
3.4. Ansicht Preiss/Reissner	226
3.5. Eigene Meinung	227
4. Beschränkungen	228
4.1. Allgemeine Grundlagen	228
4.2. Zulässige Beschränkung der Fußballspieler durch Ausbildungskostenersatzvereinbarungen	229
4.3. Ansicht Schrammel	229
4.4. Stellungnahme	230
5. Ausbildungskostenbegriff	231
5.1. Allgemeine Grundlagen	231
5.2. Aufwendungen der Fußballvereine als Ausbildungskosten	234
5.3. Ansicht Reissner	235
5.4. Ansicht Fischer/König	235
5.5. Ansicht Resch	235
5.6. Ansicht Holzer	235
5.7. Ansicht Hollerer	236
5.8. Ansicht Prammer	236
5.9. Stellungnahme	237
6. Höhe der Ausbildungskosten	237
7. Zeitliche Beschränkungsdauer	239
XVII. Befristung und Spielerverträge	241
1. Allgemeine Grundlagen	241
2. Kettenarbeitsverträge	243
2.1. Allgemeine Grundlagen	243
2.2. Kettendienstverträge im Berufsfußball	247
2.3. Ansicht OGH	247
2.4. Ansicht Reissner	248
2.5. Ansicht Schrammel	249
2.6. Ansicht Gruber	250
2.7. Stellungnahme	251
3. Dauer befristeter Arbeitsverträge	252

3.1. Allgemeine Grundlagen	252
3.2. Dauer befristeter Arbeitsverträge im Berufsfußball	253
3.3. Ansicht Pfister	253
3.4. Ansicht Quirling	253
3.5. Stellungnahme	254
Resüme	256
Bibliographie	262
Abstract	280
Curriculum vitae	281

Abkürzungsverzeichnis

AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	=	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	=	Absatz
AMFG	=	Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl 1969/31
AMS	=	Arbeitsmarktservice
AMSG	=	Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl 1994/313
AngG	=	Angestelltengesetz, BGBl 1921/292
AnwBl	=	Österreichisches Anwaltsblatt
Arb	=	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
ArbVG	=	Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl 1974/22
ARD	=	ARD-Betriebsdienst
ARG	=	Arbeitsruhegesetz, BGBl 1983/144
arg	=	argumentum
Art	=	Artikel
ASOK	=	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	=	Arbeits- und Sozialversicherungsgesetz, BGBl 1985/104
AuslBG	=	Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl 1975/218
AVermV	=	(deutsche) Arbeitsvermittlungsverordnung
AVG	=	(schweizerisches) Arbeitsvermittlungsgesetz
AVRAG	=	Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, BGBl 1993/459
AZG	=	Arbeitszeitgesetz, BGBl 1969/461
BAG	=	Berufsausbildungsgesetz, BGBl 1969/142
BG	=	Bundesgesetz, Bezirksgericht
BGB	=	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BlgNR	=	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BörseG	=	Börsegesetz 1989 BGBl 1989/555
bspw	=	beispielsweise
BVerfG	=	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz, StGBI 1929/45 idF von 1929 BGBl 1930/1
bzw	=	beziehungsweise
ca	=	cirka (ungefähr)

CHF	=	Schweizer Franken (Währung)
DB	=	Der Betrieb
DFB	=	Deutscher Fußball Bund
dGewO	=	(deutsche) Gewerbeordnung
dh	=	das heißt
Diss	=	Dissertation
DRdA	=	Das Recht der Arbeit
DSG	=	Datenschutzgesetz 2000, BGBl I 1999/165
E	=	Entscheidung
EB	=	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	=	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSIlg	=	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EFZG	=	Entgeltfortzahlungsgesetz, BGBl 1974/399
EG	=	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 1958/210
Erk	=	Erkenntnis
Erl	=	Erlass
EU	=	Europäische Union
EuG	=	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	=	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	=	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	=	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BGBl III 1998/209
EuGVVO	=	Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2001 L 12 S 1 idF ABl 2002 L 225 S 13 und ABl 2007 L 339 S 3
EuZW	=	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	=	Europäischer Wirtschaftsraum
f, ff	=	folgend(e)
FIFA	=	Fédération Internationale de Football Association
FIFA-Reglement	=	FIFA-Spielervermittler-Reglement
Fn	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
GAngG	=	Gutsangestelltengesetz, BGBl 1923/538

GewO	=	Gewerbeordnung, BGBl 1994/194
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GG	=	(deutsches) Bonner Grundgesetz
GP	=	Gesetzgebungsperiode
H	=	Heft
HG	=	Handelsgericht
Hrsg	=	Herausgeber
HVertrG	=	Handelsvertretergesetz, BGBl 1993/88
IA	=	Initiativantrag
idR	=	in der Regel
ieS	=	im engeren Sinn(e)
IPRax	=	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iS	=	im Sinn(e)
iVm	=	in Verbindung mit
iwS	=	im weiteren Sinn(e)
JA	=	Justizausschuß
JAB	=	Bericht des Justizausschusses
JBl	=	Juristische Blätter
JN	=	Jurisdiktionsnorm, RGGBl 1895/111
JZ	=	Juristenzeitung
KSchG	=	Konsumentenschutzgesetz, BGBl 1979/140
LG	=	Landesgericht
LGZ	=	Landesgericht für Zivilrechtssachen
LH	=	Landeshauptmann
lit	=	litera
MB	=	Minderheitsbericht
MaklerG	=	Maklergesetz, BGBl 1996/262
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	=	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZ	=	Österreichische Notariatszeitung
NZA	=	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ÖA	=	Der Österreichische Amtsvormund
ÖFB	=	Österreichischer Fußball Bund
OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	=	Österreichische Juristenzeitung
OLG	=	Oberlandesgericht

ÖSV	=	Österreichischer Schiverband
ÖTV	=	Österreichischer Tennisverband
RdA	=	(deutsches) Recht der Arbeit
RdW	=	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rs	=	Rechtssache
Rsp	=	Rechtsprechung
RV	=	Regierungsvorlage
Rz	=	Randziffer
RZ	=	Österreichische Richterzeitung
S	=	Seite
SchauSpG	=	Schauspielergesetz, BGBl 1922/441
SGB III	=	Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung
Slg	=	Sammlung
sog	=	sogenannt
SozSi	=	Soziale Sicherheit
SpuRt	=	Zeitschrift für Sport und Recht
StGG	=	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGG 1867/142
SZ	=	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
ua	=	und andere
UCI	=	Union Cycliste Internationale
UEFA	=	United European Football Association, Europäischer Fußballverband
URBSFA	=	Union royale belge des sociétés de football association
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch, dRGG 1897/219 idF BGBl I 2005/120
UrlG	=	Urlaubsgesetz, BGBl 1976/390
usw	=	und so weiter
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	=	vergleiche
VO	=	Verordnung
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	=	Sammlung der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	=	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	=	Zahl, Ziffer
ZAS	=	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

zB	=	zum Beispiel
ZfA	=	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	=	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZPEMRK	=	Zusatzprotokoll zur EMRK

Einleitung

Auf Grund der steigenden „*Kommerzialisierung*“ in der Fußballbranche ist für dritte Personen ein interessanter ökonomischer Tätigkeitsbereich geschaffen worden. Es handelt sich bei diesen dritten Personen vor allem um Spielervermittler, Spielerberater und Spielerbeobachter.¹ Es werden zunächst die unterschiedlichen Begriffe „*Spielervermittler*“, „*Spielerberater*“ und „*Spielerbeobachter*“ definiert und abgegrenzt.

In der Spielervermittlungspraxis werden die Spielervermittler in unterschiedlichen Funktionen tätig. Die Spielervermittler suchen für Fußballspieler neue Beschäftigungsmöglichkeiten, stellen die Kontakte zu Fußballvereinen her, führen Arbeitsvertragsverhandlungen und schließen Spielerverträge ab.² Die Spielervermittler werden national und international tätig. Es wird geprüft was unter dem Arbeitsvermittlungsbegriff zu verstehen ist und welche Tätigkeiten des Spielervermittlers unter den Arbeitsvermittlungsbegriff des AMFG subsumiert werden.

Die Spielervermittler vermitteln Spielerverträge zwischen Fußballvereinen und Fußballspielern. Inhalt der Spielervermittlungstätigkeit ist somit die Vermittlung von Spielerverträgen. Gegenstand der Untersuchung ist die typologische Einordnung des Spielervermittlers als „*Makler*“, „*Handelsmakler*“ respektive „*Handelsvertreter*“.

Spielervermittler unterliegen dem nationalen Recht und haben für den Zugang und die Ausübung der Spielervermittlungstätigkeit das Berufsrecht und das Arbeitsmarktrecht der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu berücksichtigen. Österreichische Spielervermittler haben die GewO bzw das AMFG und deutsche Spielervermittler die dGewO, das SGB III und die AVermV zu berücksichtigen. Die Möglichkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Künstlern wurde bereits bei Einführung des AMFG gesetzlich institutionalisiert. In der Spielervermittlungspraxis ist es branchenüblich, dass Spielervermittler im Rahmen von Spielertransfers Vermittlungsprovisionen in Höhe von fünf bis zehn Prozent der Transfersumme respektive des Spielereinkommens verdienen. Es wird untersucht ob die entgeltliche Spielervermittlung gegenüber den Fußballspielern und den Fußballvereinen mit den Bestimmungen des nationalen Rechtes (AMFG) vereinbar ist. Da in der Vergangenheit Fußballvereinen und Fußballspielern in beruflichen und sportlichen Belangen Schäden durch Spielervermittler zugefügt worden sind, hat der internationale Fußballsportverband der FIFA (und darauf aufbauend die nationalen Fußballsportverbände) restriktive

¹ Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 1.

² Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 1.

Spielervermittlerreglemente (samt Erfordernissen wie Lizenz, Bankgarantie bzw Haftpflichtversicherung iVm Sanktionen) zum Zwecke der Professionalisierung und Ethikverbesserung der Spielervermittler für den Zugang der Spielervermittlung erlassen. Untersucht wird die Vereinbarkeit der Spielervermittler-Reglemente mit dem Gemeinschaftsrecht (Dienstleistungsfreiheit, Europäisches Kartellrecht und Europäisches Missbrauchverbot) und dem nationalen Verfassungsrecht (Erwerbsausübungsfreiheit). Das historische österreichische Arbeitsmarktrecht war im Bereich der entgeltlichen Arbeitsvermittlung im Vergleich zu dem deutschen Arbeitsmarktrecht restriktiver konzipiert. Deutsche Spielervermittler können im Rahmen von Spielertransfers Vermittlungsprovisionen von Fußballspielern lukrieren, wohingegen es nach altem österreichischem Arbeitsmarktrecht verboten und zivilrechtlich bzw verwaltungsrechtlich sanktioniert war. Gegenstand der Untersuchung ist in weiterer Folge die Vereinbarkeit des weit gefassten österreichischen Verbotes der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes (Dienstleistungsfreiheit) und dem nationalen Verfassungsrecht (Erwerbsausübungsfreiheit).

Die Spielervermittlerbranche ist hart umkämpft. Oftmals bemühen sich mehrere Spielervermittler ein und denselben Spieler zu einem Verein zu transferieren. Vermehrt versuchen die Spielervermittler sich durch Exklusivvereinbarungen ausschließlich die Vermittlungsrechte an Spielern zu sichern. Dieses Verständnis wird durch die verbandsrechtlich vorgesehene Möglichkeit Exklusivvereinbarungen (nach Anhang C des FIFA-Spielervermittlungsregulatives) im Rahmen von Spielertransfers abzuschließen noch gestärkt. Es wird geprüft ob Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Spielervermittlung nach nationalem Recht (AMFG) zulässig sind.

Damit sich die österreichischen Vereine international behaupten können, greifen sie vermehrt auf ausländische Spieler zurück. In Österreich spielen Kroaten, Schweizer, Deutsche, Polen ua Nationalitäten. Es wird untersucht welche ausländischen Fußballspieler als „Ausländer“ im Sinne des AuslBG zu verstehen sind. Die Politik des Ausländerbeschäftigungsrechtes wird nun von der Zuwanderung von hochqualifizierten Führungskräften („Schlüsselkräfte“) geprägt. In weiterer Folge wird sohin geprüft ob es sich bei den Berufsfußballspielern um „Schlüsselkräfte“ handelt und welches Verfahren für die Zulassung von Schlüsselkräften zu berücksichtigen ist. Darüber hinaus wird dargestellt welche Konsequenz die fehlende behördliche Bewilligung für die Vermittlungsprovision des Spielervermittlers hat.

Die Provision ist verstärkt aus dem Bereich des Maklerrechtes und Handelsvertreterrechtes in das Arbeitsrecht gerückt. Typischerweise erhalten die Arbeitnehmer ein beständiges

Entgelt, das nach verrichteten Zeiteinheiten berechnet wird. Um den Arbeitnehmer jedoch zur höheren Arbeitsbereitschaft zu motivieren und ihm einen höheren Leistungsanreiz zu geben, werden nun auch in der Arbeitsrechtspraxis die Arbeitnehmer vermehrt erfolgsbezogen beziehungsweise leistungsbezogen bezahlt. Es wird untersucht wie die Provision einzuordnen ist und welche Entgeltform („Erfolgslohn“, „Leistungslohn“ respektive „Mischform“) sie darstellt.

Im Fußballsport ist das Interesse der Fußballvereine an jungen talentierten Spielern stark gestiegen. Nicht selten versuchen die Fußballvereine die sogenannten „Rohdiamanten“ immer früher langfristig durch Spielerverträge an den Verein zu binden, da die Spieler in jungen Jahren noch zu erschwinglichen Transfersummen verpflichtet werden können. Spielervermittler werden in der Praxis folglich sowohl für volljährige Spieler als auch für minderjährige Spieler tätig. Es wird sohin geprüft welche Voraussetzungen (Zustimmungs- und Genehmigungserfordernisse) nach nationalem Recht für Spielerverträge und Spielervermittlungsverträge einzuhalten sind.

Bereits in der Vergangenheit wurden die Fußballspieler auf Grund der vorliegenden „*persönlichen Abhängigkeit*“ als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechtes qualifiziert. Durch das *Bosman* Urteil explodierten die Einkommen der Berufsfußballspieler und damit veränderte sich deren wirtschaftliche Position.³ Die arbeitsmarktrechtlichen Schutzbestimmungen wurden geschaffen, um wirtschaftlich und sozial schwache arbeitssuchende Arbeitnehmer vor Ausbeutungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung zu schützen. Es wird untersucht ob es zeitadäquat ist den wirtschaftlich und ökonomisch potenten Berufsfußballspieler im Allgemeinen als Arbeitnehmer beziehungsweise im Besonderen als Arbeitnehmer im Sinne des österreichischen Arbeitsmarktrechtes zu qualifizieren.

Obwohl der *EuGH* in der Rs *Bosman* entschieden hatte, dass Transfersummen im Falle von auslaufenden Verträgen mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind, werden heutzutage trotzdem in der Transferpraxis enorme Transfersummen für Spieler mit laufenden Verträgen bezahlt. Gegenstand der Untersuchung ist die Vereinbarkeit von Transfersummen für Spieler mit laufenden Verträgen mit dem Gemeinschaftsrecht (Arbeitnehmerfreizügigkeit).

Neben den Transfersummen werden in der Transferpraxis auch Ausbildungskosten für Spieler bezahlt. Die Ausbildungskosten wurden nun erstmalig im AVRAG gesetzlich institutionalisiert. Es wird untersucht ob die Qualifikationen der Spieler als Ausbildung und welche

³ Bühler, Ist der Urlaubsentgeltanspruch von Profifußballern noch zeitgemäß?, SpuRt, 1998, 143.

Aufwendungen der Fußballvereine als Ausbildungskosten zu verstehen sind. Vor allem wird erörtert welche Zustimmungserfordernisse für Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarungen mit mündig Minderjährigen nach dem AVRAG nun notwendig sind.

Als Folge des *Bosman* Urteils stiegen nicht nur die Gehälter der Spieler, sondern auch die Dauer der befristeten Arbeitsverträge. Spieler erhalten für den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen höhere Gehälter, Abschlussprämien bzw Handgelder. Es wird untersucht ob Kettendienstverträge im Berufsfußball zulässig sind und wie lange die Dauer befristeter Arbeitsverträge im Fußballsport betragen darf.

I. Die unterschiedlichen Begriffe Spielervermittler, Spielerberater und Spielerbeobachter

Der Gegenstand der Untersuchung umfasst zunächst die Frage was unter den unterschiedlichen Begriffen „*Spielervermittler*“, „*Spielermanager*“ und „*Spielerberater*“ zu verstehen ist und welche Tätigkeiten den unterschiedlichen Begriffen zu Grunde liegen.

1. Begriff des Spielervermittlers

Was ist unter einem „*Spielervermittler*“ zu verstehen? Ausgehend von den verbandsrechtlichen Bestimmungen, dem 2. Entwurf zum Berufssportgesetz und der sportrechtlichen Literatur wird nun untersucht was unter dem Begriff des „*Spielervermittlers*“ zu verstehen ist und welche Tätigkeiten von ihm erfasst sind.

1.1. Spielervermittler nach Verbandsrecht

Was verstehen die verbandsrechtlichen Bestimmungen unter einem „*Spielervermittler*“? In den alten verbandsrechtlichen Regelungen des FIFA-Spielervermittlungsregulatives wurde der Begriff des „*Spielervermittlers*“ bloß erwähnt, jedoch noch nicht determiniert.⁴ Dies hatte zur Folge, dass der Spielerberater und der Spielervermittler unter ein und den selben Begriff subsumiert wurden.⁵ Die verbandsrechtlichen Regelungen enthalten nun neben dem Begriff auch eine Definition des Spielervermittlers. Die zentralen verbandsrechtlichen Regelungen für den Begriff und die Definition des Spielervermittlers enthalten § 1 Abs 1 3. Satz ÖFB-Spielervermittlerregulativ⁶ und § 10 lit a-d ÖFB-Spielervermittlerregulativ. § 1 Abs 1 3. Satz ÖFB-Spielervermittlerregulativ definiert den Spielervermittler zunächst wie folgt:

⁴ Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 114; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 87 und 146.

⁵ Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 114; Hasslacher, Aktuelle Rechtsfragen der Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, SpuRt 1999, 174.

⁶ § 1 „Regulativ für die vom Österreichischen Fußball-Bund genehmigten Spielervermittler“; ebenso die verbandsrechtliche Regelung der FIFA gemäß Art 1 Abs 1 3. Satz FIFA-Spielervermittler-Reglement.

„Der Spielervermittler ist die natürliche Person, die in Übereinstimmung mit den nachfolgenden Bestimmungen regelmäßig und gegen Entgelt einen Spieler mit einem Verein zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses bzw. zwei Vereine zur Begründung eines Transfervertrages zusammenführt.“

Nach § 1 Abs 1 3. Satz ÖFB-Spielervermittlerregulativ ist der Spielervermittler sohin eine physische Person, die kontinuierlich gegen Vermittlungsentgelt einen Fußballspieler mit einem Fußballverein zum Arbeitsvertragsabschluss respektive zwei Fußballvereine zum Abschluss eines Transferkontraktes zusammenbringt. Der verbandsrechtliche Begriff des Spielervermittlers wird durch die Bestimmung in § 10 lit a-d⁷ ÖFB-Spielervermittlerregulativ (Abschnitt *„Rechte und Pflichten der lizenzierten Spielervermittler“*) noch präzisiert.⁸ § 10 lit a-d ÖFB-Spielervermittlerregulativ sieht folgendes explizit vor:

„Lizenzierte Spielervermittler haben das Recht:

- a) jeden Spieler zu kontaktieren, der nicht oder nicht mehr bei einem Verein unter Vertrag steht ...;*
- b) jeden Spieler oder Verein zu vertreten, der sie beauftragt, in seinem Namen Verträge auszuhandeln und / oder abzuschließen;*
- c) die Vertretung der Interessen jedes Spielers wahrzunehmen, der sie damit beauftragt;*
- d) die Vertretung der Interessen jedes Vereines wahrzunehmen, der sie damit beauftragt.“*

Die verbandrechtlichen Regelungen gehen daher von einem weiten (extensiven) Begriffsverständnis des Spielervermittlers aus. Die Kompetenzen des verbandsrechtlichen Spielervermittlers umfassen das Herstellen von Kontakten, das Vertretungsrecht, die Möglichkeit Kontrakte zu verhandeln respektive abzuschließen und die Interessenswahrnehmung.

⁷ Ebenso die verbandsrechtliche Regelung in Art 11 lit a-d FIFA-Spielervermittler-Reglement.

⁸ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 115.

1.2. Spielervermittler nach dem 2. Entwurf zum Berufssportgesetz

Was wurde unter einem „*Spielervermittler*“ nach dem 2. Entwurf zum Berufssportgesetz verstanden? In § 10 Abs 1 2. Entwurf zum Berufssportgesetz war eine gesetzliche Definition des Berufssportlervermittlers vorgesehen (Legaldefinition).

„Als Berufssportlervermittler gilt jede natürliche oder juristische Person, die gegen Entgelt Berufssportler ... und Berufssportpartner zur Begründung eines Berufssportverhältnisses in Verbindung bringt“.

Nach § 10 Abs 1 2. Entwurf zum Berufssportgesetz waren die Spielervermittler sowohl physische als auch juristische Personen, die für ein Vermittlungsentgelt einen Profisportler und einen Profiverein zum Abschluss eines Profispielervertrages zusammenführen.

1.3. Spielervermittler in der Literatur

Was wird in der Literatur unter einem „*Spielervermittler*“ verstanden? Nach herrschender Meinung in der sportrechtlichen Literatur beschränkt sich die Betätigung des Spielervermittlers auf die Suche und Auswahl potentieller geeigneter zukünftiger Vertragsparteien zum Zwecke der Beschäftigung eines Fußballspielers.⁹ Der Spielervermittler sucht daher für den Fußballspieler eine neue Arbeitsstelle bei einem Fußballverein.¹⁰ Die Spielervermittler leben von ihren hervorragenden Kontakten zu den Vereinen, den Vereinsmanagern, den Vorständen, den Trainern und den Spielern sowie ihrem fachlichen Wissen (sachlichen Know-how) über die Eigenschaften bzw Charakteristiken von bestimmten Spielern und den Eigenheiten

⁹ Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 6; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 115; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 139; Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 25; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 46ff; Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 116f; anders und extensiver hingegen das Verständnis des amerikanischen Spielervermittlers. Der amerikanische Spielervermittler wird im Rahmen von Verhandlungen bzw Abschlüssen von Arbeitsverträgen, Finanzanlageangelegenheiten, PR-Angelegenheiten und Vermarktungsmaßnahmen tätig. Klingmüller, Sportlervermittler in den USA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 81.

¹⁰ Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 6.

von bestimmten Mannschaftsplätzen.¹¹ Der Spielervermittler muss für den Erwerb einer Vermittlungsprovision den kausalen Kontakt zwischen Fußballverein und Berufssportler herstellen.¹² Sowohl der Spieler als auch der Verein haben die Möglichkeit den Spielervermittler für die Vermittlung zu beauftragen.¹³ Der Spielervermittler wird auf Grund eines „*Spielervermittlungsvertrages*“ (Kontrakt) tätig.¹⁴ Nach *Scherrer* besteht der Unterschied zwischen den Begriffen Spielervermittler und Spielermanager ganz abstrakt gesprochen darin, dass der Spielervermittler „*vermittelt*“ und der Spielermanager „*managt*“.¹⁵

Vom Spielervermittler sind andere Personen abzugrenzen, die ebenso den Spieler „*betreuen*“. Zu den sonstigen Personen, die den Spieler in sportlicher Hinsicht betreuen, gehören zum Beispiel der Spielertrainer, die Spielerbetreuer und das medizinische Fachpersonal.¹⁶

2. Begriff des Spielerberaters

Was ist unter einem „*Spielerberater*“ zu verstehen? Der Spielerberater ist eine Person, die Spieler „*managt*“.¹⁷ In der sportrechtlichen Literatur wird der Spielerberater daher auch als „*Sportlermanager*“ bezeichnet.¹⁸ Der Sportlermanager kümmert sich unter anderem um die Spielervermarktung (wie zum Beispiel Werben von Sponsoren beziehungsweise Ausstatten), die Abstimmung und Vornahme der Pressearbeit (wie zum Beispiel das Organisieren von Autogrammauftritten und diversen Auftritten im TV), die juristische Beratung (wie zum Beispiel Mietvertragsabschlüsse für Wohnungen bzw Häuser), die Vermögensverwaltung, die Versicherungssachen, die finanzrechtliche Beratung und die Planung der Karrierelaufbahn.¹⁹ Der Begriff des Spielermanagers geht daher über den Begriff des Spielervermittlers

¹¹ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 148.

¹² Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 116; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 139; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundeis/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 115.

¹³ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 147.

¹⁴ Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 25ff.

¹⁵ Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 6.

¹⁶ Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 46.

¹⁷ Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 6.

¹⁸ Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 6; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 150.

¹⁹ Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 28; siehe dazu auch folgende Literatur: Fritzweiler, Der Athleten-Manager-Vertrag aus dem Blickwinkel des Athleten und des Sportes, in Scherrer [Hrsg],

hinaus.²⁰ Der Spielermanager erbringt sohin gegenüber dem Fußballspieler Dienstleistungen aus der privaten Sphäre, die je nach individueller Vereinbarung zwischen dem Manager und dem Fußballspieler unterschiedliche Tätigkeitsfelder umfassen und im konkreten individuellen Einzelfall extensiver respektive restriktiver gefasst sein können.²¹ Der Spielermanager wird auf Grund eines „*Spielermanagervertrages*“ (Kontrakt) tätig.²²

3. Begriff des Spielerbeobachters

Von den Begriffen „*Spielervermittler*“ und „*Spielermanager*“ ist der Begriff des „*Spielerbeobachters*“ zu unterscheiden. Was wird unter einem „*Spielerbeobachter*“ verstanden? In der sportrechtlichen Fachliteratur werden die „*Spielerbeobachter*“ auch als „*Scout*“ respektive „*Spielersichter*“ bezeichnet.²³ Die Spielerbeobachter sind typischerweise beschäftigte Arbeitnehmer eines Fußballvereines, die Talente entdecken sollen.²⁴ Die ökonomisch und wirtschaftlich starken Fußballvereine haben eigenständige Netzwerke von Spielerbeobachtern, um geeignete Fußballspieler aufzuspüren.²⁵ Der Einsatz von mehreren Spielerbeobachtern ist jedoch besonders kostenintensiv.²⁶ Grundsätzlich können sich daher bloß die finanzstarken und wohlhabenden Vereine einen Stab von Spielerbeobachtern leisten.²⁷ Wird bloß ein Spielerbeobachter tätig, so ist die Wahrscheinlichkeit gering gute Spieler zu entdecken. Es ist für die kleinen und wirtschaftlich nicht so starken Vereine sohin zweckmäßiger und

Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 170; Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 117; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 46; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 117; Nasse, Der Sportler und (s)ein Manager, SpuRt, 1996, 114; Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 23.

²⁰ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 118; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 139; Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 23.

²¹ Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 6; Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 25 und 28.

²² Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 25 und 28ff.

²³ Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 118.

²⁴ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 118; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 157; Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 118; Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 24.

²⁵ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 157f.

²⁶ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 158.

²⁷ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 158.

kostengünstiger einen Spielervermittler einzusetzen, da der Spielervermittler nur für den Fall einer „*erfolgreich*“ durchgeführten Spielervermittlung eine Vermittlungsprovision bekommt.²⁸ Regelmäßig handelt es sich bei den Spielerbeobachtern um Fachleute aus dem Fußballbereich, die in der Vergangenheit als Fußballtrainer respektive Fußballspieler tätig waren und auf Grund der fehlenden Angebote aus anderen Bereichen nun als Spielerbeobachter fungieren.²⁹

In der modernen Sportberatungspraxis haben sich sogenannte „*Spielerberatungsagenturen*“ entwickelt.³⁰ In einer Spielerberatungsagentur vereinigen sich Spielervermittler respektive Spielerberater zu großen Spieleragenturen beziehungsweise werden „*Vermarktungsagenturen*“, die zunächst in anderen Sportbereichen tätig waren, nun im Fußballbereich tätig und erwerben deren Agenten und Mandanten.³¹ Diese Spielerberatungsagenturen haben eine besonders hohe Organisationsdichte, erbringen qualitativ hochwertige Dienstleistungen und fungieren international bzw global. Bei den Spielerberatungsagenturen wird sohin das Prinzip ‚*One-Stop-Shop*‘ realisiert. Das Ziel dieser Spielerberatungsagenturen besteht vor allem in der Verbindung der „*Kommunikation*“ und „*Kooperation*“ der unterschiedlichsten Informationsquellen (wie beispielsweise Berater, Vermittler und Spielersichter) im Unternehmensinteresse.³²

²⁸ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 158.

²⁹ Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 118.

³⁰ Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 118.

³¹ Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 118.

³² Kathmann, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 118.

II. Begriff der Arbeitsvermittlung

1. Allgemeine Grundlagen

Was ist unter dem Begriff der „Arbeitsvermittlung“ zu verstehen? Die zentrale Rechtsgrundlage für den Begriff der „Arbeitsvermittlung“ enthält § 2 Abs 1 AMFG³³ (Legaldefinition). § 2 Abs 1 AMFG normiert folgendes: *„Arbeitsvermittlung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern (Dienstgebern) zur Begründung von Arbeitsverhältnissen (Dienstverhältnissen) ... zusammenzuführen, es sei denn, dass diese Tätigkeit nur gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird“*. Grundsätzlich erfasst die „Arbeitsvermittlung“ nach § 2 Abs 1 AMFG jedwede Betätigung, die darauf abzielt arbeitssuchende Dienstnehmer mit arbeitnehmersuchenden Dienstgebern zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zusammenzubringen. Der Begriff der „Arbeitsvermittlung“ wird in § 2 Abs 3 AMFG prinzipiell um die Betätigungen „Veröffentlichung“ bzw. „Verbreitung“ von Arbeitsplatzanzeigen und Arbeitsplatzanfragen erweitert (gesetzliche Fiktion). *„Als Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 gilt auch die Veröffentlichung und Verbreitung von Stellenangeboten und Stellengesuchen, es sei denn, dass diese nicht der Hauptzweck ist.“* Nach § 2 Abs 3 AMFG werden daher auch Betätigungen vom Arbeitsvermittlungsbegriff erfasst, die nach dem „*allgemeinen Sprachgebrauch*“ gar nicht als Vermittlung zu verstehen sind.³⁴

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Begrenzung des Begriffes „Arbeitsvermittlung“ spezielle Achtsamkeit geschenkt wurde. Die aus der langjährigen Tätigkeit der öffentlichen Arbeitsmarktverwaltung erlangte Praxis sollte berücksichtigt werden. Ziel war es die „Unklarheiten“ und die „Umgehung“ der Rechtsvorschriften zu vermeiden (Umgehungsschutz).³⁵ Der Begriff der Arbeitsvermittlung ist nach herrschender Meinung extensiv (ausdehnend) zu interpretieren.³⁶

Danimann/Steinbach gehen von einem extensiven Verständnis des Arbeitsvermittlungsbegriffes aus. Sie subsumieren die Konzeption von Arbeitsplatzanalysen respektive das Erstellen von Arbeitsplatzprognosen unter den Arbeitsvermittlungsbegriff.³⁷ Sie subsumieren daher auch Vorbereitungshandlungen unter den Arbeitsvermittlungsbegriff. Auch *Clark* geht

³³ Alt § 9 AMFG.

³⁴ Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit I, ZAS, 1992, 112.

³⁵ RV 983, BlgNR 11. GP, 19.

³⁶ Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, SpuRt, 2003, 134; Löhr, Mitwirkung der Vermittler von Berufssportlern/Lizenzspielern bei Vertragsverhandlungen, NJW, 1995, 2148; Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 20, 23 und 25; Danimann/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1985, zu § 9, Rz 3.

³⁷ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 1.

von einem extensiven Verständnis des Arbeitsvermittlungsbegriffes aus. Nach *Clark* spricht der Wortlaut des österreichischen Gesetzgebers in alt § 9 Abs 1 AMFG für einen extensiven Arbeitsvermittlungsbegriff.³⁸ Alt § 9 Abs 1 AMFG spricht einerseits von jedweder Betätigung und andererseits nicht bloß von Zusammenführen, sondern von „*Tätigkeit, die auf eine Zusammenführung gerichtet ist*“. „*Vorbereitungshandlungen*“ des Zusammenbringens werden nach *Clark* unter den Arbeitsvermittlungsbegriff subsumiert.³⁹ Nach *Mazal* wird die „*Berufsberatung*“ vom extensiven Arbeitsvermittlungsbegriff ausgenommen, da diese speziell gesetzlich im AMFG normiert war.⁴⁰

Der *VwGH* geht in seiner Rsp von einem extensiven Verständnis des Arbeitsvermittlungsbegriffes aus. Er führte dazu folgendes explizit aus: „... *jedes Tätigwerden, sei es eine Vergabe von Arbeitsplätzen ..., sei es die Vermittlung, also die persönliche Verwendung, solche Arbeitsstellen ausfindig zu machen, mit dem Ziele, einen Arbeitssuchenden und einen Dienstgeber durch Zusammenführen in die Lage zu versetzen, einen Dienstvertrag abzuschließen, eine Arbeitsvermittlung im Sinne des § 9 Abs. 1 AMFG darstellt.*“⁴¹

Meiner Meinung spricht für das extensive Verständnis des Arbeitsvermittlungsbegriffes der Wortlaut des Gesetzgebers in § 2 Abs 1 AMFG. Es wird jedwede Betätigung erfasst, die bereits auf das Zusammenbringen ausgerichtet ist.

Welche Tätigkeiten werden beispielsweise als Arbeitsvermittlung verstanden? Das Zusammenbringen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, das Weiterleiten von Kontaktadressen beziehungsweise Handytelefonnummern und Festnetznummern von Arbeitnehmern an Arbeitgeber und von Arbeitgebern an Arbeitnehmer beziehungsweise die Anwerbung von Arbeitnehmern für konkrete Dienststellen stellen Arbeitsvermittlung dar.⁴²

Welche Tätigkeiten des Spielervermittlers werden vom Begriff der „*Arbeitsvermittlung*“ erfasst? Führt ein Spielervermittler den Fußballverein und den Spieler zusammen, gibt der Spielervermittler Kontaktadressen beziehungsweise Telefonnummern (Handy bzw Festnetz) von Fußballspielern an Fußballvereine oder umgekehrt weiter und wirbt der Spielervermittler einen Fußballspieler für einen konkreten Dienstplatz an, so liegt Arbeitsvermittlung vor.⁴³

³⁸ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 20.

³⁹ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 20.

⁴⁰ Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit I, ZAS, 1992, 109; anderer Auffassung *Danimann/Steinbach* und *Clark*. Daniman/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 11;

Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 20.

⁴¹ VwSlg 9890; VwGH, ZfVB, 1992/236.

⁴² Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 24f.

⁴³ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 24f.

2. Erfolgsbezogenheit

Ist die „Erfolgsbezogenheit“ Tatbestandsvoraussetzung des Arbeitsvermittlungsbegriffes, sprich ist es notwendig, dass die Tätigkeit des Vermittlers zu einem erfolgreichen Vertragsabschluss führt? Nach herrschender Meinung in der Fachliteratur ist die „Erfolgsbezogenheit“ für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff irrelevant.⁴⁴ Clark ist der Auffassung, dass die Erfolgsbezogenheit der Arbeitsvermittlung irrelevant ist.⁴⁵ Nach Clark spricht der Wortlaut des Gesetzgebers gegen eine „Erfolgsbezogenheit“ der Arbeitsvermittlung. Faktisches Zusammenbringen der potentiellen Arbeitsvertragsparteien ist nicht erforderlich, da die Betätigung bloß darauf abzielen hat.⁴⁶ Auch aus den Gesetzesmaterialien zum AMFG ergibt sich, dass die Erfolgsbezogenheit für die Bestimmung des Arbeitsvermittlungsbegriffes irrelevant ist. „Aus der Umschreibung des Begriffes ‚Arbeitsvermittlung‘, wie sie im ersten Satz des § 9 Abs. 1 enthalten ist, ..., ergibt sich eindeutig, daß es für die Entscheidung der Frage, ob eine Arbeitsvermittlungstätigkeit vorliegt, nicht darauf ankommt, ob die Vermittlungstätigkeit auch tatsächlich zum Abschluß eines Dienstverhältnisses geführt hat“.⁴⁷ Der VwGH ist ebenfalls der Ansicht, dass die Erfolgsbezogenheit für den Arbeitsvermittlungsbegriff irrelevant ist. „... wobei es ohne Belang sei, ob dieses Verhalten den Arbeitssuchenden oder den Dienstgeber tatsächlich in eine Lage versetze, in der er über den Abschluß oder Nichtabschluß eines Dienst- oder Heimarbeitsvertrages entscheiden könne und ob dieser Vertrag auch zustande komme“.⁴⁸ Auch Alber/Mayr sind der Auffassung, dass es für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff nicht auf die Erfolgsbezogenheit ankommt. Alber/Mayr sprechen davon, dass „... es nicht darauf ankommt, ob dieser Zweck in jedem Fall erreicht wird“.⁴⁹

Meiner Meinung nach ist die Erfolgsbezogenheit für die Bestimmung des Arbeitsvermittlungsbegriffes irrelevant. Hierfür spricht der Wortlaut des Gesetzgebers in § 2 Abs 1 AMFG. Die Betätigung muss bloß auf das Zusammenbringen ausgerichtet sein. Auch historische subjektiv-teleologische Überlegungen sprechen dafür. Nach den Gesetzesmaterialien ist es für den Begriff der Arbeitsvermittlung unerheblich, ob ein Dienstverhältnis faktisch Zustan-

⁴⁴ Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, SpuRt, 2003, 135; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 109; Schröder, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt, 1995, 32; Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 21; Ritter, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, 1994, 72; Danimann/Postmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1985, zu § 9, Rz 3; RV 983, BlgNR 11. GP, 19.

⁴⁵ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 21.

⁴⁶ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 21.

⁴⁷ RV 983, BlgNR 11. GP, 18.

⁴⁸ VwSlg 9890; VwGH, ZfVB, 1992/236.

⁴⁹ Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 9, Rz 1.

de gekommen ist.⁵⁰ Wird ein Spielervermittler für einen Fußballverein oder Fußballspieler tätig, kommt es sohin für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff gemäß § 2 Abs 1 AMFG nicht darauf an, dass zwischen Spieler und Verein ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird.

3. Vermittlungsabsicht

Welche Relevanz hat die „*Vermittlungsabsicht*“ für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff? Nach herrschender Meinung in der Literatur ist die Vermittlungsabsicht Tatbestandsvoraussetzung für den Arbeitsvermittlungsbegriff.⁵¹ Nach *Clark* ergibt sich aus dem Wortlaut des AMFG, dass die Betätigung auf das Zusammenbringen zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausgerichtet sein muss. Der Definition entsprechend muss der Vermittler mit der Betätigung „*einen bestimmten Zweck erreichen wollen*“. Der Vermittler muss nach *Clark* daher die Absicht („*Intention*“) haben Betätigungen zu setzen, die auf das Zusammenbringen zur Begründung von Arbeitsverhältnissen ausgerichtet sind.⁵² Der *VwGH* ist ebenfalls der Meinung, dass die Vermittlungsabsicht für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff des AMFG relevant ist. Der *VwGH* führte in seiner Entscheidung folgendes explizit aus: „... *mit dem Ziele, einen Arbeitssuchenden und einen Dienstgeber durch Zusammenführen in die Lage zu versetzen, einen Dienstvertrag abzuschließen, ...*“.⁵³

Meiner Meinung nach ist die Vermittlungsabsicht für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff relevant. Dafür spricht bereits der Wortlaut des Gesetzgeber in § 2 Abs 1 AMFG „...*jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist...*“.

4. Vorvermittlungstätigkeit

Sind „*Vorbereitungshandlungen*“ (Vorvermittlungstätigkeiten) vom Arbeitsvermittlungsbegriff erfasst? Nach herrschender Meinung in der österreichischen Literatur sind Vorvermittlungstätigkeiten des Zusammenbringens auch vom Arbeitsvermittlungsbegriff erfasst.⁵⁴ *Clark* ist der Auffassung, dass „*Vorbereitungshandlungen*“ unter den Begriff der Arbeits-

⁵⁰ RV 983, B1gNR 11. GP, 18.

⁵¹ Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, SpuRt, 2003, 135; Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 22; Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 12.

⁵² Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 22.

⁵³ VwSlg 9890; VwGH, ZfVB 1992/236.

⁵⁴ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 1; Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 20.

vermittlung zu subsumieren sind. Nach *Clark* spricht der Wortlaut des alt § 9 Abs 1 AMFG dafür. Der Gesetzgeber spricht in alt § 9 Abs 1 AMFG nicht von Betätigungen in Form von Zusammenbringen, sondern von Betätigungen, welche auf das Zusammenbringen ausgerichtet sind.⁵⁵ Auch *Danimann/Steinbach* subsumieren Vorbereitungshandlungen unter den Begriff der Arbeitsvermittlung, indem sie erstens die Konzeption von Arbeitsplatzanalysen und zweitens das Erstellen von Arbeitsplatzprognosen unter den Arbeitsvermittlungsbegriff subsumieren.⁵⁶ In der deutschen Literatur werden Vorvermittlungstätigkeiten nicht vom Arbeitsvermittlungsbegriff erfasst.⁵⁷ *Bovelett* ist der Auffassung, dass „*Vorvermittlungstätigkeiten*“ nicht unter den Arbeitsvermittlungsbegriff zu subsumieren sind.⁵⁸ Dabei handelt es sich um Betätigungen die „*einseitig und ohne Berührung*“ der potentiellen Arbeitsvertragspartner den Arbeitsplatzwechsel unterstützen. Als konkretes Beispiel nennt er die Besprechung eines Spielervermittlers mit dem aktuellen Fußballverein des Fußballspielers um die Transferbedingungen zu eruieren. Dabei geht es bloß darum die individuelle „*Verfügbarkeit*“ eines Fußballspielers für einen Arbeitsplatzwechsel zu organisieren. Weitere Beispiele für „*Vorvermittlungstätigkeiten*“ sind für ihn die Konzeption von Bewerbungsmaterialien beziehungsweise Vorstellungsmappen (zum Zwecke der Eruierung von Spielereigenschaften bzw Spielercharakteren). Da auch diese Betätigungen bloß „*einseitig und ohne Berührung*“ der potentiellen Arbeitsvertragspartner erfolgen, liegen nach *Bovelett* in diesen konkreten Fällen auch keine Arbeitsvermittlungen vor.⁵⁹

Meiner Meinung nach sind „*Vorvermittlungstätigkeiten*“ auch vom Arbeitsvermittlungsbegriff gemäß § 2 Abs 1 AMFG erfasst. Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzgebers in § 2 Abs 1 AMFG. Es wird jedwede Betätigung erfasst, die bereits auf das Zusammenbringen ausgerichtet ist. Die Vermittlungsabsicht wird bei Vorbereitungshandlungen in der Regel gegeben sein.

5. Gelegentliche und unentgeltliche oder auf den Einzelfall beschränkte Vermittlung

Werden alle Vermittlungen von Arbeitsverhältnissen als Arbeitsvermittlung verstanden? Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 2 Abs 1 AMFG liegt keine Arbeitsvermittlung vor, wenn die Vermittlung bloß „*gelegentlich und unentgeltlich*“ beziehungsweise „*auf Ein-*

⁵⁵ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 20.

⁵⁶ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 1.

⁵⁷ Säcker, Die Personalberatung als fremdnützige Geschäftsbesorgung für den Auftraggeber im Sinne von § 675 BGB, ZfA, 1989, 330; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 109; Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 48f.

⁵⁸ Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 48f.

⁵⁹ Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 48f.

zelfälle beschränkt“ vorgenommen wird.⁶⁰ Es handelt sich hierbei um zwei unterschiedliche Fälle nämlich erstens „*gelegentlich und unentgeltlich*“ und zweitens im „*Einzelfall beschränkt*“ und „*entgeltlich*“.⁶¹ Der Begriff „*gelegentlich*“ ist im AMFG nicht geregelt. *Daniman/Steinbach* definieren den Begriff „*gelegentlich*“ wie folgt: „*Unter der angeführten Voraussetzung ist die Tätigkeit gelegentlich, wenn die Situation, die sie veranlaßt, nach den Lebensumständen dessen, der sie ausübt, typisch ist*“.⁶² Der Begriff „*Einzelfälle*“ ist im AMFG ebenfalls nicht definiert. Die Tätigkeit wird im Einzelfall ausgeübt, wenn die Situation der Art gestaltet ist, dass „... *ihre Wiederholung wegen der außerordentlichen Umstände, die für sie charakteristisch sind, nicht angenommen werden kann*“.⁶³ Nach *Daniman/Potmesil/Steinbach* muss für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff eine permanente Zusammenführungsabsicht gegeben sein. Sie sprechen von „*kontinuierliches, auf das Zusammenführen gerichtetes Streben*“.⁶⁴ Dafür müssen bestimmte objektive Kriterien vorliegen. Zu diesen objektiven Kriterien zählen erstens die Tätigkeit wird in eigenen Büroräumlichkeiten beziehungsweise Geschäftsräumlichkeiten (Institutionen) vorgenommen, zweitens das Offerieren respektive die Bekanntmachung von Vermittlungstätigkeiten und drittens die Vornahme von Werbung für die Vermittlungsdienste. Die Intensität (Quantität) der Vermittlungen stellt bloß ein Indiz für die Subsumtion unter den Arbeitsvermittlungsbegriff dar und ist per se kein ausschließliches maßgebliches Kriterium.⁶⁵ Der historische Gesetzgeber ging von einem extensiveren Verständnis aus. Die Gesetzesmaterialien verwenden die Ausdrücke „*gelegentlich und unentgeltlich*“ respektive „*fallweise*“.⁶⁶ Der *VwGH* entschied in seiner Rsp, dass durch das Annoncieren von Arbeitsplätzen über einen Zeitraum von vier Tagen bereits keine gelegentliche und unentgeltliche bzw auf den Individualfall begrenzte Arbeitsvermittlung vorgenommen wurde, da durch Annoncierungen in Zeitungen a priori ein zahlenmäßig großer Personenkreis erlangt werden soll.⁶⁷ Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* war der Ansicht, dass es sich bei dem Transfer eines russischen Fußballspielers von einem russischen Verein zu einem deutschen Verein um eine Arbeitsvermittlung im Sinne des AMFG handelt und kein Einzelfall gegeben ist. Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* führte in seiner Entscheidung folgendes explizit aus: „*Nach dem Urteilsachverhalt war die vereinbarte Vermittlung des Beklagten ins Ausland für die Klägerin kein ,Ein-*

⁶⁰ Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit I, ZAS, 1992, 112f; Daniman/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 9, Rz 1ff; Daniman/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 5.

⁶¹ Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit I, ZAS, 1992, 113; Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 9, Rz 1.

⁶² Daniman/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 16.

⁶³ Daniman/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 16.

⁶⁴ Daniman/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 9, Rz 3.

⁶⁵ Daniman/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 9, Rz 3.

⁶⁶ SP 122, BlgNR 11. GP, 10278.

⁶⁷ VwSlg 9890; VwGH, ZfVB, 1992/236.

zelffall. Sie war damals für viele Berufsfußballspieler in gleicher Weise tätig“. Aus der Tatsachenfeststellung des Urteils ergibt sich, dass der Spielervermittler mit zwei weiteren Berufsfußballspielern Vermittlungsverträge abgeschlossen hatte, die er auch zu Fußballvereinen nach Österreich vermittelt hatte, bevor der russische Fußballspieler von Russland nach Deutschland vermittelt worden ist.⁶⁸ Aus der Entscheidung ergibt sich, dass das *LG für Zivilrechtssachen Wien* bei dreimaliger Vermittlung von Fußballspielern nicht mehr von einem Einzelfall spricht. Nach der Definition des ÖFB-Spielervermittlungsregulativs sind Spielervermittler Personen die regelmäßig tätig werden. Eine Ausnahme nach § 2 Abs 1 AMFG kommt ergo durch die Definition des Spielervermittlers nach dem ÖFB-Spielervermittlungsregulativ nicht mehr in Betracht.

6. Örtlicher Anwendungsbereich des AMFG

6.1. Allgemeine Grundlagen

Spielervermittler können sich in Österreich oder im Ausland befinden und Fußballspieler innerhalb Österreichs, von Österreich in das Ausland, vom Ausland nach Österreich und vom Ausland in das Ausland vermitteln. Es stellt sich daher die Frage wie der örtliche Anwendungsbereich des AMFG geregelt ist. Die zentrale Rechtsgrundlage für die Bestimmung des örtlichen Anwendungsbereiches des AMFG enthält § 2 Abs 1 letzter Satz AMFG⁶⁹. „*Unter den Begriff der Arbeitsvermittlung fällt auch die Vermittlung von Arbeitssuchenden und von Au-pair-Kräften von Österreich in das Ausland und vom Ausland nach Österreich*“. Der Wortlaut des örtlichen Anwendungsbereiches nach § 2 Abs 1 letzter Satz AMFG ist bereits sehr weit gefasst, denn es werden Vermittlungen vom Inland ins Ausland und vom Ausland ins Inland erfasst. Die sehr weit gefasste Begriffsbestimmung des örtlichen Anwendungsbereiches des AMFG ist durch die Rechtsprechung des *OGH* sodann konkretisiert worden.⁷⁰ Im Sachverhalt dieser Entscheidung ging es darum, dass ein österreichischer lizenziertes Spielervermittler mit einem russischen Profifußballspieler in einem Spielervermittlungsvertrag vereinbart hat, dass der österreichische Spielervermittler eine Provision erhält, wenn er den russischen Profifußballspieler zu einem westeuropäischen Verein vermittelt. Der russische Profifußballspieler wechselte sodann von einem russischen Fußballverein zu einem deutschen Fußballverein. In der Gerichtspraxis haben sich der *OGH*, das *OLG Wien* und das *LG für Zivilrechtssachen Wien* nun mit der Frage auseinandergesetzt ob der Wechsel eines

⁶⁸ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i; SZ 68/71.

⁶⁹ BGBl I 2004/64; alt § 9 Abs 1 AMFG.

⁷⁰ OGH 6.4.1995, 6 Ob 669/94; OLG Wien 5.10.1994, 17 R 187/94; LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i; OGH, JBl, 1996, 396ff.

ausländischen Fußballspielers von einem russischen Fußballverein zu einem deutschen Fußballverein vom örtlichen Anwendungsbereich des AMFG erfasst ist.

6.2. Ansicht LG für Zivilrechtssachen Wien

Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* war der Auffassung, dass der örtliche Anwendungsbereich des (alt § 9 Abs 1 letzter Satz) AMFG dahin zu verstehen ist, dass eine Arbeitsvermittlung gegeben ist, wenn sich bloß der zusammenbringende Arbeitsvermittler im Inland aufhält.⁷¹ „Auch aus dem Aspekt der Vermittlung 'eines Ausländers ins Ausland' war für die Klägerin nichts zu gewinnen. Der letzte Satz des § 9 Abs. 1 AMFG ist so zu lesen, daß eine Arbeitsvermittlung im Sinne des AMFG auch dann vorliegt, wenn sich nur der Zusammenführende im Inland befindet“.⁷² Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* verweist in seiner Begründung auf die von *Danimann/Potmesil/Steinbach* vertretene Auffassung.⁷³ Die Arbeitsvermittlung des russischen Fußballspielers von einem russischen Verein zu einem deutschen Verein durch den österreichischen Spielervermittler, der in Österreich tätig wird, fällt sohin nach Ansicht des *LG für Zivilrechtssachen Wien* unter den örtlichen Anwendungsbereich des AMFG. Gegen die Auffassung des *LG für Zivilrechtssachen Wien* spricht, dass die Meinung erstens sachlich nicht begründet ist und zweitens der Wortlaut des österreichischen Gesetzgebers in § 2 Abs 1 letzter Satz AMFG.⁷⁴

6.3. Ansicht Oberlandesgericht Wien

Das *Oberlandesgericht Wien* ist der Ansicht, dass der örtliche Anwendungsbereich des (alt § 9 Abs 1 letzter Satz) AMFG Vermittlungen erfasst, wenn diese den nationalen österreichischen Arbeitsmarkt beeinflussen.⁷⁵ Dieser Aspekt ist bei der Vermittlung von ausländischen Arbeitnehmern vom Ausland in das Ausland nicht gegeben. In diesem konkreten Fall wurde nur der ausländische (deutsche und russische) Arbeitsmarkt berührt. Zweckmäßig ist die Anwendung des AMFG bloß, sofern der nationale österreichische Arbeitsmarkt tangiert ist. Das *Oberlandesgericht Wien* weist in weiterer Folge darauf hin, dass gegen die von *Da-*

⁷¹ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

⁷² LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

⁷³ In der Literatur sind *Danimann/Potmesil/Steinbach* der Meinung, dass ein Sachverhalt unter den örtlichen Anwendungsbereich des § 9 Abs 1 letzter Satz AMFG zu subsumieren ist, sofern der Dienstnehmer, die Arbeitsstelle respektive der zusammenführende Arbeitsvermittler sich im Inland aufhalten. *Danimann/Potmesil/Steinbach*, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 9, Rz 4.

⁷⁴ OLG Wien 5.10.1994, 17 R 187/94; SZ 68/71.

⁷⁵ OLG Wien 5.10.1994, 17 R 187/94.

nimann/Potmesil/Steinbach und dem *LG für Zivilrechtssachen Wien* vertretene Auffassung erstens die sachliche Unbegründetheit ihrer Meinung und zweitens der Wortlaut des Gesetzgebers sprechen.⁷⁶

6.4. Ansicht OGH

Der *OGH* ist der Auffassung, dass der örtliche Anwendungsbereich des (alt § 9 Abs 1 letzter Satz) AMFG nicht Vermittlungen vom Ausland in das Ausland erfasst.⁷⁷ Er weist zunächst darauf hin, dass das Arbeitsmarktförderungsgesetz ein Instrumentarium der „*Arbeitsmarktpolitik*“ darstellt. Die Kompetenzen der gesetzesvollziehenden Stellen werden gemäß § 1 AMFG definiert. Aus diesem Grunde, aber vor allem aus der Konzeption beziehungsweise aus dem System des AMFG resultiert, dass die Kompetenzen respektive die Setzungen der Ziele bloß den nationalen österreichischen Arbeitsmarkt tangieren sollen. Bloß wenn aus beschäftigungspolitischen respektive sozialpolitischen Anlässen mit Konsequenzen für den nationalen österreichischen Arbeitsmarkt zu rechnen ist, ist so vor allem in alt § 9 AMFG eine (öffentlich-rechtliche) Eingriffsnorm mit eigenständigem territorialen Anwendungswillen konzipiert worden.⁷⁸ Der *OGH* weist weiters darauf hin, dass nach dem Wortlaut des österreichischen Gesetzgebers in alt § 9 Abs 1 letzter Satz AMFG Vermittlung von Arbeitnehmern vom Inland ins Ausland und versa vice vom Begriff der Arbeitsvermittlung erfasst werden. In weiterer Folge betont er nochmals ausdrücklich, dass von Arbeitsvermittlung (im Sinne des § 9 Abs 1 letzter Satz AMFG) auszugehen ist, wenn durch die Vermittlung der nationale österreichische Arbeitsmarkt tangiert wird. Im Falle von Eingriffsnormen, welche in die zivilrechtliche Privatautonomie von Tätigkeiten eines Arbeitsvermittlers eingreifen, die bloß den ausländischen Arbeitsmarkt tangieren, existiert keine Erforderlichkeit respektive Gesetzgebungskompetenz. Die Subsumtion solcher Auslandsvermittlungen unter den örtlichen Anwendungsbereich des AMFG ist nach Meinung des Obersten Gerichtshofes sohin sowohl durch den Wortlaut des AMFG als auch den Sinn und Zweck des AMFG nicht gedeckt.⁷⁹

⁷⁶ OLG Wien 5.10.1994, 17 R 187/94.

⁷⁷ OGH 6.4.1995, 6 Ob 669/94; OGH, JBl, 1996, 396; SZ 68/71.

⁷⁸ OGH 27.1.1987, 14 Ob 180/86; SZ 60/11.

⁷⁹ OGH 6.4.1995, 6 Ob 669/94; OGH, JBl, 1996, 396.

6.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind Vermittlungen von Arbeitnehmern vom Ausland ins Ausland nicht vom Arbeitsvermittlungsbegriff umfasst. Dafür spricht der Wortlaut des § 2 Abs 1 letzter Satz AMFG. Nach § 2 Abs 1 letzter Satz werden Vermittlungen vom Inland ins Ausland und vom Ausland ins Inland erfasst. Die Anwendung des AMFG ist nur zweckmäßig, wenn dadurch der nationale österreichische Arbeitsmarkt tangiert wird.⁸⁰ Wird ein Fußballspieler innerhalb Österreichs, von Österreich nach Deutschland oder von Deutschland nach Österreich vermittelt, ist das AMFG anzuwenden. Wird ein Fußballspieler von Russland nach Deutschland durch einen österreichischen Spielervermittler vermittelt, so ist das AMFG nicht anzuwenden.

⁸⁰ OGH 6.4.1995, 6 Ob 669/94; OLG Wien 5.10.1994, 17 R 187/94.

III. Typologische Einordnung des Spielervermittlers als Makler, Handelsmakler oder Handelsvertreter

Die Spielervermittler vermitteln Spielerverträge zwischen Fußballvereinen und Fußballspielern. Inhalt der Tätigkeit des Spielervermittlers ist die Vermittlung eines Spielervertrages. Der Gegenstand der Untersuchung umfasst die Frage ob der Spielervermittler typologisch betrachtet als „Makler“, „Handelsmakler“ oder „Handelsvertreter“ einzuordnen ist.

1. Makler

1.1. Allgemeine Grundlagen

Die zentrale nationale Rechtsquelle für den Makler enthält das „Maklergesetz“ (MaklerG)⁸¹. Die allgemeine Rechtsgrundlage für den Maklerbegriff enthält § 1 Abs 1 MaklerG (Legaldefinition). „Makler ist, wer auf Grund einer *privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag)* für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein“.

Der Makler wird gemäß § 1 Abs 1 MaklerG auf Grund einer „*privatrechtlichen Vereinbarung*“ tätig. Was wird unter dem Begriff einer „*privatrechtlichen Vereinbarung*“ verstanden? Bei der „*privatrechtlichen Vereinbarung*“ handelt es sich um einen Vertrag (Kontrakt).⁸² Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Maklergesetzes werden jene Rechtsbeziehungen, die nicht auf einer zivilrechtlichen vertraglichen Vereinbarung basieren.⁸³ Nach den Gesetzesmaterialien zum Maklergesetz sind die Tätigkeiten von Börsensalen, welche „*amtlich*“ beauftragt werden, um Rechtsgeschäfte zu vermitteln, vom Anwendungsbereich des MaklerG ausgenommen.⁸⁴ Die Börsensale üben ihre Tätigkeit nicht auf Grundlage einer zivilrechtlichen „*Vereinbarung*“ aus. Für die Rechtsverhältnisse der Börsensale wurde das „*Börsegesetz*“ respektive das „*Börsensale-Gesetz*“ normiert.⁸⁵ Im Unterschied dazu werden die „*Freien Makler*“ nach „*§ 57 Börsegesetz*“ als „*Handelsmakler*“ qualifiziert und werden

⁸¹ BGBl I 1996/262.

⁸² Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 8.

⁸³ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143; Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 8.

⁸⁴ RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁸⁵ RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

ergo vom MaklerG erfasst.⁸⁶ Der Maklervertrag kann prinzipiell explizit beziehungsweise konkludent zustande kommen.⁸⁷

Der Makler ist nach § 1 Abs 1 MaklerG nicht „ständig“ vom Auftraggeber „betraut“. Üblicherweise wird der Makler sukzessive tätig. In der Regel wird der Makler für mehrere Auftraggeber und nicht bloß für einen einzigen konkreten Auftraggeber tätig.⁸⁸ Eine bloß langandauernde geschäftliche Beziehung mit einem konkreten Auftraggeber ist nicht unter den Begriff „ständig betraut“ zu subsumieren.⁸⁹ „Ständig betraut“ ist der Makler gegenüber dem Auftraggeber unter der Voraussetzung, dass die laufende Betreuung einen „Verpflichtungscharakter“ besitzt.⁹⁰

Welche Tätigkeit erbringt der Makler? Das gesetzliche Leitbild von der Tätigkeit eines Maklers geht nach § 6 Abs 1 MaklerG von der Vermittlung aus. Das Maklergesetz enthält jedoch keine Legaldefinition des Begriffes „Vermittlung“. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass unter dem Begriff der „Vermittlung“ das Zusammenführen zweier möglicher Vertragsparteien und das Motivieren zum Abschluss von Rechtsgeschäften verstanden werden.⁹¹ Im Generellen wird unter dem Begriff der „Vermittlung“ das Herantreten an einen Dritten, die Einwirkung auf den Dritten, die Eruierung der Meinung, die Beseitigung von Zweifeln, das Darstellen von Vorteilen, die Interessensrührung und die Schmachhaftmachung zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes verstanden.⁹² Der Begriff „Vermitteln“ kann prinzipiell als Verhandeln mit den Vertragsparteien, mit der Intention für den Auftraggeber einen Rechtsgeschäftsabschluss zu bewirken, verstanden werden.⁹³ Grundsätzlich reicht es nach den Bestimmungen des § 6 Abs 2 MaklerG nicht aus, dass durch die „bloße Nahhaftmachung“ eines unbekanntem potentiellen Vertragspartners ein Anspruch auf Provision resultiert, es sei denn es gibt einen entsprechenden abweichenden geschäftsmäßigen Gebrauch

⁸⁶ RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁸⁷ Ostermayer/Schuster, Maklerrecht, 1996, 31.

⁸⁸ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 389; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142.

⁸⁹ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 389; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142; RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁹⁰ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 389; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142; Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 23f; RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁹¹ RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁹² Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 25; OGH 16.3.2004, 4 Ob 35/05g; RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁹³ RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

respektive eine entsprechende vertragliche Vereinbarung.⁹⁴ Ein entsprechender abweichender geschäftsmäßiger Gebrauch existiert beispielsweise im Bereich der Immobilienmakler.⁹⁵

Grundsätzlich ist der Makler nach § 4 Abs 1 MaklerG nicht verpflichtet für den Auftraggeber tätig zu werden (keine Tätigkeitspflicht).⁹⁶ Ausnahmsweise trifft den Makler bei einem Alleinvermittlungsvertrag (Exklusivvermittlungsvertrag) eine Tätigkeitspflicht.⁹⁷ Der Grund dafür, dass der Makler jedoch in der Regel in der Praxis tätig werden wird, ist die Perspektive eine Vermittlungsprovision für einen erfolgreichen Vertragsabschluss zu lukrieren.⁹⁸ Die Bestimmungen des AMFG sehen keine Tätigkeitspflicht des privaten gewerblichen Arbeitsvermittlers vor. Auch die verbandsrechtlichen Bestimmungen (FIFA-Spielervermittlerreglement und ÖFB-Spielervermittlerregulativ) sehen keine Tätigkeitspflicht vor. Der Makler erhält von seinem Auftraggeber bloß die Ermächtigung für den Auftraggeber tätig zu werden.⁹⁹ Nach dem gesetzlichen Leitbild besitzt der Makler gemäß § 2 Abs 1 MaklerG grundsätzlich keine Befugnis Rechtsgeschäfte für den Auftraggeber abzuschließen (keine Abschlussvollmacht), es sei denn es wurde vertraglich explizit vereinbart.¹⁰⁰ Die Bestimmungen des AMFG sehen diesbezüglich nichts vor. Nach den verbandsrechtlichen Bestimmungen (Art 22 FIFA-Spielervermittlerreglement und § 10 ÖFB-Spielervermittlerregulativ) kann der lizenzierte Spielervermittler mit der Kontaktierung, der Vertretung beziehungsweise Interessenswahrnehmung eines Fußballvereines/Fußballspielers betraut sein.

Nach § 1 Abs 1 MaklerG betreibt der Makler „Geschäftsvermittlung“.¹⁰¹ Der Makler betreibt Geschäftsvermittlung für seinen Auftraggeber mit einem Dritten.¹⁰² Welche Art von Rechtsgeschäften wird durch den Makler vermittelt? Es handelt sich bei der Geschäftsvermittlung um Geschäfte jedweder Art. Der Bereich der Geschäfte wird jedoch dem Umfang nach um jene Geschäfte reduziert, die als Gegenstand den Handelsverkehr erfassen.¹⁰³ Nach der Bestimmung des § 2 Abs 1 AMFG handelt es sich bei der Geschäftsvermittlung um Arbeitsverträge. Nach den verbandsrechtlichen Bestimmungen (FIFA-

⁹⁴ Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 12; RV 2, BlgNR 20. GP, 15f; OGH 16.3.2004, 4 Ob 35/05g.

⁹⁵ OGH 16.3.2004, 4 Ob 35/05g; RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

⁹⁶ RV 2, BlgNR 20. GP, 15 und 18; OGH 11.6.1952, 2 Ob 470/52; SZ 25/168.

⁹⁷ Ostermayer/Schuster, Maklerrecht, 1996, 43.

⁹⁸ OGH 11.6.1952, 2 Ob 470/52; SZ 25/168; Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 16.

⁹⁹ Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 16 und 67.

¹⁰⁰ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 393.

¹⁰¹ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143; RV 2, BlgNR 20. GP, 15; OGH 16.3.2004, 4 Ob 35/05g.

¹⁰² Ostermayer/Schuster, Maklerrecht, 1996, 33.

¹⁰³ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143; Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 17f.

Spielervermittlerreglement und ÖFB-Spielervermittlerregulativ) handelt es sich bei der Geschäftsvermittlung ebenfalls um Arbeitsverträge (Spielerverträge).

Einen Anspruch auf Vermittlungsprovision hat der Makler nach § 6 Abs 1 MaklerG grundsätzlich nur unter der Voraussetzung, dass seine Tätigkeit zu einem Erfolg im Sinne eines Vertragsabschlusses geführt hat (Erfolgshonorar).¹⁰⁴ Nach der Bestimmung des § 5 Abs 3 AMFG hat der private gewerbliche Arbeitsvermittler im Rahmen der Künstlervermittlung respektive der Sportlervermittlung bloß einen Anspruch auf Vermittlungsprovision, wenn seine Tätigkeit zu einem Erfolg im Sinne eines Vertragsabschlusses geführt hat (Erfolgshonorar).

Der Makler ist vom Handelsvertreter zu differenzieren. Der Handelsvertreter ist zum Unterschied vom Makler vom Auftraggeber permanent beauftragt („ständig betraut“).¹⁰⁵ Der Handelsvertreter hat im Unterschied zum Makler die Verpflichtung für den Unternehmer tätig zu werden gemäß § 5 Abs 1 HVertrG („Tätigkeitspflicht“). Der Maklervertrag ist vom Arbeitsvertrag zu differenzieren. Der Makler grenzt sich vom Arbeitnehmer grundsätzlich durch die Form der Entlohnung ab. Der Makler erhält als Entlohnungsform ein Erfolgsgentgelt.¹⁰⁶ Der Arbeitnehmer hingegen wird als Entlohnungsform grundsätzlich eine erfolgsunabhängige Entlohnung erhalten. Der Arbeitnehmer erhält auch eine Entlohnung, wenn auf Grund seiner Arbeitsleistung kein Erfolg eintritt. Ein zentraler Unterschied zwischen Arbeitnehmer und Makler besteht hinsichtlich der Tätigkeitspflicht. Den Arbeitnehmer trifft die Verpflichtung für den Arbeitgeber tätig zu werden („Tätigkeitspflicht“).¹⁰⁷ Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist der Makler grundsätzlich nicht wirtschaftlich und persönlich abhängig.¹⁰⁸

Ist der Arbeitsvermittler als Makler zu qualifizieren? Nach herrschender Meinung in der deutschen und schweizerischen Fachliteratur ist der Arbeitsvermittler als Makler anzusehen.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Noss, Maklerrecht, 2002, 3 und 15; Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 16; Schwerdtner, Maklerrecht, 1999, 12.

¹⁰⁵ Noss, Maklerrecht, 2002, 3; RV 2, BlgNR 20. GP, 15.

¹⁰⁶ Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 16f.

¹⁰⁷ Griss, in Straube [Hrsg], Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2003, zu Nach § 58, Rz 13; Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 17.

¹⁰⁸ Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 18; Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 48.

¹⁰⁹ Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 50ff; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 133f, mwN; Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 72 und 96, Fn 243; Ritter, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, 1994, 2f; Rieble, Maklerprovision für Personalvermittler, DB, 1994, 1776.

1.2. Spielervermittler als Makler

Ist der Spielervermittler als „Makler“ zu verstehen? Nach herrschender Meinung in der deutschen und schweizerischen sportrechtlichen Literatur ist der Spielervermittler als Makler zu verstehen.¹¹⁰ In der österreichischen sportrechtlichen Literatur hat sich *Limberger* und in der schweizerischen sportrechtlichen Literatur hat sich vor allem *Modl* mit der Frage auseinandergesetzt ob der Spielervermittler als Makler zu verstehen ist.

1.3. Ansicht Limberger

Limberger ist der Auffassung, dass die Bestimmungen des Maklerrechtes nicht auf den Spielervermittler anzuwenden sind.¹¹¹ Die Tätigkeit des privaten gewerblichen Arbeitsvermittlers wird auf Grund eines Sondergesetzes nämlich dem AMFG normiert und ist daher nicht unter die Bestimmungen des MaklerG zu subsumieren. Sie verweist darauf, dass die Rechtsvorschriften des österreichischen Maklerrechtes auf jene Rechtbeziehungen nicht anzuwenden sind, die nicht auf einer zivilrechtlichen Vereinbarung basieren, sowie hier in diesem konkreten Fall eben die Arbeitsvermittlung.¹¹² Gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften des AMFG kann der gewerblich legitimierte Arbeitsvermittler die Tätigkeit eines Arbeitsvermittlers bloß nach den determinierten Konditionen des Arbeitsmarktförderungsgesetzes durchführen.¹¹³

¹¹⁰ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 110f; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 133f; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 50ff; Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 29; Scherrer, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 7; Schloßer, Führen Vertragsverhandlungen durch Spielervermittler zur Unwirksamkeit der Vermittlungsverträge, NZA, 2001, 16 und 19; *Westermann* ist der Auffassung, dass es sich beim Spielervermittlungsvertrag um einen „*typengemischten Vertrag*“ handelt. Westermann, Die rechtliche Bewertung des Spielervermittlers/Spielerberaters nach deutschem Zivilrecht, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 67; *Fritzweiler* ist der Auffassung, dass es sich bei dem Spielervermittlungsvertrag um einen „*Maklervertrag*“ mit Merkmalen des Dienstvertrages handelt. Fritzweiler, Vertragstypen im Sport - Gestaltung von Vermarktungs-, Sponsoring- und Agenturverträgen, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 173f.

¹¹¹ *Limberger*, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144; *Limberger*, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143.

¹¹² *Limberger*, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143; *Limberger*, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144f.

¹¹³ *Limberger*, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143; *Limberger*, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 144f.

1.4. Ansicht Modl

Modl ist der Auffassung, dass der Arbeitsvermittler (Spielervermittler) als Makler zu verstehen ist. Die Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsmarktrechtes (AVG) gelten im Verhältnis zum Maklerrecht für das Rechtsverhältnis zwischen Spielervermittler und Spieler/Fußballverein als spezielleres Gesetz („*lex specialis derogat legi generali*“), um den Schutz der schwächeren Partei zu gewährleisten.¹¹⁴

1.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach kann der private gewerbliche Arbeitsvermittler als Makler im Sinne des § 1 Abs 1 MaklerG verstanden werden. Nach § 1 Abs 1 MaklerG bedarf es einer zivilrechtlichen Vereinbarung mit dem Auftraggeber. Eine zivilrechtliche Vereinbarung liegt im Falle eines Vertrages (Kontraktes) vor.¹¹⁵ Der private gewerbliche Arbeitsvermittler wird für den Arbeitnehmer/Arbeitgeber auf Grundlage eines Vermittlungsvertrages (Kontraktes) tätig. Ein Spielervermittler wird auf Grundlage eines Spielervermittlungsvertrages (Kontraktes) für den Spieler/Verein tätig. Etwas anderes gilt jedoch für das Arbeitsmarktservice (AMS). Das Arbeitsmarktservice hat auf Grund gesetzlicher Verpflichtung nach Maßgabe des AMMSG (ex lege) seine Aufgaben zu erfüllen. Historische Überlegungen sprechen dafür, dass der Arbeitsvermittler nicht als Makler anzusehen ist. Der private gewerbliche Arbeitsvermittler ist wie der Börsensale amtlich bestellt worden (Konzessionserteilung) und sondergesetzlich im AMFG geregelt. Gegen die Relevanz der amtlichen Bestellung und sondergesetzlichen Regelung sprechen systematische Überlegungen. Der Immobilienmakler ist amtlich bestellt (Konzessionserteilung) und dessen Tätigkeit sondergesetzlich in der IMMV geregelt. Das AMFG geht dem MaklerG als spezielleres Gesetz dem allgemeinen Gesetz vor („*lex specialis derogat legi generali*“). Werden Probleme vom spezielleren Gesetz (AMFG) nicht behandelt, kann auf das allgemeine Gesetz (MaklerG) zurückgegriffen werden.

¹¹⁴ Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 52.

¹¹⁵ Fromherz, in Jabornegg [Hrsg], Kommentar zum HGB, 1997, zu MaklerG § 19, Rz 8.

2. Handelsmakler

2.1. Allgemeine Grundlagen

Im Bereich des Maklerrechts wird zwischen den „Zivilmaklern“ und den „Handelsmaklern“ differenziert.¹¹⁶ Die zentrale nationale österreichische Rechtsquelle für den Handelsmakler enthält das MaklerG¹¹⁷. Insbesondere sind die Bestimmungen von § 19 bis § 32 MaklerG für den Handelsmakler relevant. Die allgemeine österreichische Rechtsgrundlage¹¹⁸ für den Begriff des „Handelsmaklers“ enthält § 19 Abs 1 MaklerG (Legaldefinition). „Handelsmakler ist wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt“.

Was ist unter dem Begriff „Gegenstände des Handelsverkehrs“ zu verstehen? Bei der Vermittlung von Gegenständen des Handelsverkehrs handelt es sich vor allem um „die Vermittlung von Waren, Wertpapieren, Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete, auch die Vermittlung gewerblicher Schutzrechte, von Reisen ..., sowie die Kreditvermittlung mit oder ohne hypothekarischer Sicherung ...“.¹¹⁹ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass alt § 93 HGB eine demonstrative („beispielhafte“) Aufzählung der Gegenstände des Handelsverkehrs enthielt.¹²⁰ Die aktuelle österreichische Bestimmung zum Handelsmakler § 19 Abs 1 MaklerG enthält nun eine „Generalklausel“ für Geschäfte des Handelsverkehrs. Die Gesetzesmaterialien betonen, dass der Inhalt der Norm gleich bleibt.¹²¹ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich auch, dass „Gegenstände des Handelsverkehrs“ Geschäfte über den Erwerb von „Wertpapieren“ beziehungsweise „Waren“, „Versicherungen“ und die Beförderungen von Gütern, darstellen.¹²²

Der Handelsmakler muss nach § 19 Abs 1 MaklerG „gewerbsmäßig“ tätig werden.¹²³ Was ist unter dem Begriff „gewerbsmäßig“ zu verstehen? Relevante Aspekte für die Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit sind erstens die Absicht Gewinn zu erzielen („Gewinnerzielungsabsicht“) und zweitens die permanente geschäftsmäßige selbständige Betätigung. Der Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ ist sohin in diesem Konnex nicht im gewerberechtlichen Sinne zu interpretieren.¹²⁴ Wie auch beim Makler ist beim Handelsmakler ein zentraler As-

¹¹⁶ Noss, Maklerrecht, 2002, 3; Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 1; RV 2, BlgNR 20. GP, 12.

¹¹⁷ BGBl I 1996/262.

¹¹⁸ Alt § 93 HGB.

¹¹⁹ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 404.

¹²⁰ RV 2, BlgNR 20. GP, 26.

¹²¹ RV 2, BlgNR 20. GP, 26.

¹²² RV 2, BlgNR 20. GP, 26.

¹²³ Nocker, Der Handelsvertretervertrag, 2000, 61; OGH 26.9.2003, 3 Ob 109/03f.

¹²⁴ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 404; RV 2, BlgNR 20. GP, 26; OGH 26.9.2003, 3 Ob 109/03f.

pekt, dass er nicht ständig mit der Geschäftsvermittlung betraut ist.¹²⁵ Für die Handelsmaklereigenschaft müssen die Gesichtspunkte der Gewerbsmäßigkeit und der Gegenstand des Handelsverkehrs kumulativ vorliegen.¹²⁶

Der Handelsmakler ist vom Handelsvertreter dahingehend zu differenzieren, dass der Handelsmakler nicht ständig von demselben Auftraggeber betraut wird.¹²⁷ Wie den Makler trifft auch den Handelsmakler im Unterschied zu dem Handelsvertreter grundsätzlich keine Tätigkeitspflicht.¹²⁸

Ist der Arbeitsvermittler als Handelsmakler zu verstehen? Nach *Griss* handelt es sich bei der Vermittlung von Arbeitsverträgen von Künstlern nicht um Geschäfte des Handelsverkehrs und sohin ist der Arbeitsvermittler nicht als Handelsmakler zu verstehen.¹²⁹ *Rieble* ist der Auffassung, dass der Arbeitsvermittler nicht unter den Begriff des „Handelsmaklers“ im Sinne des § 93 HGB zu subsumieren ist.¹³⁰ Auch wenn der Arbeitsvermittler für einen Unternehmer Leistungen in Form von Dienstleistungen erbringt, wird der Arbeitsvermittler nicht als Handelsmakler tätig gemäß § 93 HGB. Es handelt sich bei den Leistungen, die der private gewerbliche Arbeitsvermittler in Form von Vermittlung von Arbeitsverträgen erbringt, nicht um die in § 93 HGB erwähnten Gegenstände des Handelsverkehrs.¹³¹

2.2. Spielervermittler als Handelsmakler

Ist der Spielervermittler als Handelsmakler zu qualifizieren? In der deutschen sportrechtlichen Fachliteratur hat sich vor allem *Helmholz* mit der Frage auseinandergesetzt ob der Spielervermittler als Handelsmakler zu verstehen ist.

¹²⁵ Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987, 60f; Jabornegg, Die Rechtsstellung der selbständigen Versicherungsvertreter im österreichischen Recht, DRdA, 1985, 87; OGH 26.9.2003, 3 Ob 109/03f.

¹²⁶ Griss, in Straube [Hrsg], Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2003, zu Nach § 58, Rz 2; Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987, 61.

¹²⁷ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 2003, 158.

¹²⁸ Nocker, Der Handelsvertretervertrag, 2000, 24f.

¹²⁹ Griss, in Straube [Hrsg], Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2003, zu Nach § 58, Rz 10.

¹³⁰ Rieble, Maklerprovisionen für Personalvermittler, DB, 1994, 1776.

¹³¹ Rieble, Maklerprovisionen für Personalvermittler, DB, 1994, 1776.

2.3. Ansicht Helmholz

Helmholz ist der Auffassung, dass der Spielervermittler nicht als Handelsmakler gemäß § 93 HGB zu verstehen ist.¹³² Er weist darauf hin, dass der Spielervermittler, der die Vermittlung einer Arbeitskraft eines Berufsfußballspielers zu einem Fußballverein vornimmt, nicht als „Gegenstand des Handelsverkehrs“ gemäß § 93 HGB zu verstehen ist. Bei einem Dienstvertrag handelt es sich um ein „Geschäft bürgerlich-rechtlicher Art“.¹³³

2.4. Stellungnahme

Meiner Meinung nach ist der Arbeitsvermittler (Spielervermittler) nicht als Handelsmakler zu verstehen. Dafür spricht, dass die Vermittlung von Arbeitsverträgen nicht als Gegenstand des Handelsverkehrs zu qualifizieren ist. Die Vermittlung von Arbeitsverträgen stellt Geschäfte arbeitsrechtlicher (zivilrechtlicher) Natur dar.¹³⁴ Historische Überlegungen sprechen gegen die Handelsmaklereigenschaft des Arbeitsvermittlers (Spielervermittlers). Der Fußballspieler (Arbeitnehmer) ist nicht als Ware, Wertpapier beziehungsweise Gut zu verstehen.¹³⁵ Des Weiteren ist festzuhalten, dass nach herrschender Meinung in der Literatur der Arbeitsvermittler nicht als Handelsmakler anzusehen ist.¹³⁶

3. Handelsvertreter

3.1. Allgemeine Grundlagen

Die zentrale österreichische Rechtsquelle für den Handelsvertreter enthält das „*Handelsvertretergesetz*“ (HVertrG)¹³⁷. Die allgemeine Rechtsgrundlage für den Begriff des „*Handelsvertreeters*“ enthält § 1 Abs 1 HVertrG (Legaldefinition). „*Handelsvertreter ist, wer von einem anderen (im folgenden „Unternehmer“ genannt) mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften, ausgenommen über unbewegliche Sachen, in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbstätig aus-*

¹³² Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 111; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 133.

¹³³ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 111.

¹³⁴ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 111.

¹³⁵ RV 2, BlgNR 20. GP, 26.

¹³⁶ Griss, in Straube [Hrsg], Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2003, zu Nach § 58, Rz 10; Rieble, Maklerprovisionen für Personalvermittler, DB, 1994, 1776.

¹³⁷ BGBl I 1993/88.

übt“. Das HVertrG hat den Sinn und Zweck den Handelsvertreter vor dem wirtschaftlich und sozial stärkeren Unternehmer zu schützen (sog Schutzfunktion).¹³⁸

Der Handelsvertreter muss nach § 1 Abs 1 HVertrG für einen Unternehmer tätig werden. Was ist unter einem „*Unternehmer*“ im Sinne des § 1 Abs 1 HVertrG zu verstehen? Das Handelsvertretergesetz enthält keine eigenständige Legaldefinition für die Bestimmung des Unternehmerbegriffes. In der Literatur waren *Krejci* und *Limberger*¹³⁹ in der Zeit vor dem UGB der Auffassung, dass für die Bestimmung des Unternehmerbegriffes im Sinne des § 1 Abs 1 HVertrG die entsprechende Bestimmung des § 1 Abs 2 „*Konsumentenschutzgesetz*“ (KSchG) heranzuziehen ist. Nach § 1 Abs 2 KSchG ist ein Unternehmen „*jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein*“.

Die Gesetzesmaterialien sehen etwas anderes vor.¹⁴⁰ Aus der Regierungsvorlage ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes nach § 1 Abs 1 HVertrG nicht an den Unternehmerbegriff in anderen Gesetzen, wie zum Beispiel in § 1 Abs 2 KSchG, anknüpfte. Die Substituierung des Begriffes ‚*Geschäftsherr*‘ durch den Begriff ‚*Unternehmer*‘ stellte bloß eine terminologische Adaption an die Richtlinie¹⁴¹ dar. Dem Inhalt nach hat sich durch die Begriffssubstituierung nichts verändert. Die Ersetzung des Begriffes „*Geschäftsherr*“ durch den Begriff „*Unternehmer*“ soll nicht als Verweis auf den Begriff „*Unternehmer*“ in anderen Gesetzen (wie zum Beispiel § 1 Abs 2 KSchG) verstanden werden.¹⁴²

Anderer Auffassung als *Krejci* und *Limberger* ist *Feil*.¹⁴³ Nach *Feil* ist für die Bestimmung des Begriffes „*Unternehmer*“ im Sinne des § 1 Abs 1 HVertrG nicht der konsumentenschutzrechtliche Unternehmerbegriff nach § 1 Abs 2 KSchG heranzuziehen.¹⁴⁴ Für die Subsumtion unter den handelsvertreterrechtlichen Unternehmerbegriff des § 1 HVertrG reicht es bereits aus, dass eine privatrechtliche geschäftliche Tätigkeit nach außen hin gerichtet ist unter der Voraussetzung, dass sie nicht exklusiv den Privatbereich tangiert.¹⁴⁵

In der Literatur ist *Krejci* nun nach in Kraft treten des UGB der Auffassung, dass für die Bestimmung des Unternehmerbegriffes im Sinne des § 1 Abs 1 HVertrG die Bestimmungen der §§ 1-3 UGB heranzuziehen sind.¹⁴⁶ „*Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Or-*

¹³⁸ Krejci, Handelsrecht, 2001, 274.

¹³⁹ Krejci, Handelsrecht, 2001, 274; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 145; Limberger, Sportlerver-mittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 143.

¹⁴⁰ RV 578, BlgNR 18. GP, 9.

¹⁴¹ RL 86/653/EWG, ABI L 382, S 17ff.

¹⁴² RV 578, BlgNR 18. GP, 9.

¹⁴³ Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 141.

¹⁴⁴ Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 141.

¹⁴⁵ Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 141.

¹⁴⁶ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 374.

*ganisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“.*¹⁴⁷

Anderer Auffassung als *Limberger* und *Krejci* ist auch *Nocker*. Nach *Nocker* kann jedwede andere Person Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 HVertrG sein. Dafür spricht der Wortlaut des § 1 Abs 1 HVertrG und Art 1 Abs 1 RL. Faktisch betrachtet handelt es sich bei dem Unternehmensbegriff um einen „Referenzbegriff“. Die rechtliche Form (physische Person respektive juristische Person) und die vorgenommene Gewerbetätigkeit sind irrelevante Gesichtspunkte für den Unternehmensbegriff des § 1 Abs 1 HVertrG. Es kann sich auch um Angehörige der freien Berufe (sog „Freiberufler“) beziehungsweise individuelle „Private“, wie zum Beispiel einen Kunstsammler, handeln.¹⁴⁸

Meiner Meinung nach ist für die Bestimmung der Unternehmenseigenschaft des Handelsvertreters nach § 1 Abs 1 HVertrG auf den Unternehmensbegriff der §§ 1 bis 3 UGB zurückzugreifen. Hierfür spricht der Wortlaut des Gesetzgebers in § 1 Abs 1 HVertrG, der den Begriff „Unternehmer“ verwendet. Damit dem Begriff „Unternehmer“ eine eigenständige Bedeutung zukommt, muss der andere (Auftraggeber) die Unternehmenseigenschaft besitzen. Teleologische Überlegungen sprechen dafür, dass der andere (Auftraggeber) als „Unternehmer“ zu verstehen ist. Das HVertrG hat den Sinn und Zweck den Handelsvertreter vor dem wirtschaftlich und sozial stärkeren Unternehmer zu schützen.¹⁴⁹

Der Handelsvertreter muss nach § 1 Abs 1 HVertrG „ständig“ vom Unternehmer „betraut“ sein. Ständig vom Unternehmer betraut ist der Handelsvertreter, wenn zwischen Unternehmer und Handelsvertreter ein „Dauerschuldverhältnis“ vorliegt.¹⁵⁰ Den Handelsvertreter muss sohin auf Dauer eine Tätigkeitspflicht gegenüber dem Unternehmer treffen.¹⁵¹ Diese ist gegeben, wenn der Handelsvertreter nach dem Vertragsinhalt eine unbestimmte Anzahl von Rechtsgeschäften durchführen muss.¹⁵²

Der Handelsvertreter muss nach § 1 Abs 1 HVertrG „selbständig und gewerbsmäßig“ tätig werden. Was ist unter dem Begriff der „Selbständigkeit“ zu verstehen? Selbständigkeit des Handelsvertreters bedeutet, dass die Person vom Unternehmer nicht persönlich abhängig ist (Mangel der persönlichen Abhängigkeit). Auf die wirtschaftliche Abhängigkeit kommt es dabei nicht an.¹⁵³ Was ist unter dem Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ zu verstehen? Gewerbsmäßigkeit ist gegeben, wenn die Tätigkeit erstens selbständig, zweitens auf Dauer an-

¹⁴⁷ § 1 Abs 2 UGB.

¹⁴⁸ Nocker, Der Handelsvertretervertrag, 2000, 27.

¹⁴⁹ Krejci, Handelsrecht, 2001, 274.

¹⁵⁰ Krejci, Unternehmensrecht, 2008, 375; Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 142; Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987, 15; SZ 51/14; OGH 9.2.1978, 6 Ob 801/77.

¹⁵¹ Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 142.

¹⁵² Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 142.

¹⁵³ Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987, 18; Nocker, Der Handelsvertretervertrag, 2000, 5.

gesetzt und drittens mit Gewinnerzielungsabsicht sowie viertens als ökonomische Betätigung vorgenommen wird.¹⁵⁴

Ausgenommen vom Handelsvertreterverhältnis sind Rechtsgeschäfte über „*unbewegliche Sachen*“ gemäß § 1 Abs 1 HVertrG. Die Art des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes ist für die Qualifizierung als Handelsvertreter prinzipiell irrelevant, es sei denn es handelt sich um Rechtsgeschäfte über unbewegliche Sachen (Liegenschaften).¹⁵⁵

Der Handelsvertreter vermittelt Rechtsgeschäfte respektive schließt Rechtsgeschäfte im fremden Namen und auf fremde Rechnung für den Unternehmer ab gemäß § 1 Abs 1 HVertrG. Grundsätzlich besteht die Tätigkeit des Handelsvertreters nach dem gesetzlichen Leitbild des Handelsvertretergesetzes nicht in der bloßen Nahmhaftmachung gemäß § 8 Abs 2 HVertrG.¹⁵⁶ Die Handelsvertreter können Rechtsgeschäfte im fremden Namen und auf fremde Rechnung des Unternehmers abschließen, sofern die Handelsvertreter eine Ermächtigung dazu bekommen haben gemäß § 2 Abs 1 HVertrG. In Zweifelsfällen besteht die Tätigkeit des Handelsvertreters im Vermitteln.¹⁵⁷

Der Handelsvertreter gemäß § 1 Abs 1 HVertrG ist vom sonstigen „*Geschäftsvermittler*“ gemäß § 29 HVG 1921 zu differenzieren. Der § 29 HVG 1921 verlängerte dessen Anwendungsbereich auf sonstige Geschäftsvermittler. Die Abgrenzung zwischen dem sonstigen Geschäftsvermittler nach § 29 HVG 1921 und dem Handelsvertreter gemäß § 1 Abs 1 HVertrG erfolgt nach dem Kriterium der „*fehlenden ständigen Betrauung*“.¹⁵⁸

3.2. Spielervermittler als Handelsvertreter

Ist der Spielervermittler als Handelsvertreter¹⁵⁹ gegenüber dem Fußballverein beziehungsweise dem Fußballspieler zu verstehen? Mit dieser Frage haben sich in der österreichischen sportrechtlichen Literatur *Limberger* und in der österreichischen Gerichtspraxis (implizit) der *OGH*, das *OLG Graz* und das *LGZ Graz* auseinandergesetzt.

¹⁵⁴ Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987, 19; Nocker, Der Handelsvertretervertrag, 2000, 2.

¹⁵⁵ Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 142; RV 578, BlgNR 18. GP, 9.

¹⁵⁶ Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, 142.

¹⁵⁷ Nocker, Der Handelsvertretervertrag, 2000, 10.

¹⁵⁸ Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987, 63.

¹⁵⁹ Mit der vertragstypologischen Einordnung des Sportlermanagementvertrages als Handelsvertretervertrag hat sich *Pfister* auseinandergesetzt. Pfister, Der Managervertrag des Sportlers, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 152.

3.3. Ansicht Limberger

Limberger ist der Ansicht, dass der Spielervermittler gegenüber dem Fußballspieler nicht als Handelsvertreter im Sinne des § 1 Abs 1 HVertrG tätig wird.¹⁶⁰ Sie weist darauf hin, dass sich der Unternehmensbegriff des Handelsvertretergesetzes nach dem konsumentenschutzrechtlichen Unternehmensbegriff im Sinne des § 1 Abs 2 KSchG richtet. Auf Grund der Definition des Unternehmensbegriffes und dem Umstand, dass die Spieler Arbeitnehmer des Profifußballvereines sind, ist die Unternehmenseigenschaft des HVertrG auf keinen Fall gegeben. Daher ist die Vermittlung von Sportlern, die Arbeitnehmer sind, nicht von den Bestimmungen des HVertrG erfasst.¹⁶¹ *Limberger* ist hingegen der Auffassung, dass der Spielervermittler gegenüber dem Fußballverein als Handelsvertreter auftreten kann.¹⁶² Die Profifußballvereine können als solches unter den Unternehmensbegriff des § 1 Abs 1 HVertrG subsumiert werden. Sofern die anderen Tatbestandsmerkmale des § 1 HVertrG erfüllt werden, sind die Rechtsvorschriften des HVertrG sohin anwendbar.¹⁶³

3.4. Ansicht Rsp

Anders die Entscheidungen der österreichischen Gerichte.¹⁶⁴ Die Gerichte qualifizierten den Spielervermittler im Verhältnis zu einem Fußballverein als einen sonstigen „*Geschäftsvermittler*“ gemäß „§ 29 HVG 1921“.¹⁶⁵ Die Gerichte gingen davon aus, dass der Spielervermittler ohne entsprechende Provisionsvereinbarung gegen den Fußballverein einen Anspruch auf Vermittlungsprovision gemäß § 11 Abs 1 HVG 1921 in Verbindung mit § 29 HVG 1921 hat.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, *SpuRt*, 2004, 143; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 145.

¹⁶¹ Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, *SpuRt*, 2004, 143; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 145.

¹⁶² Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, *SpuRt*, 2004, 143; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 145.

¹⁶³ Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, *SpuRt*, 2004, 143; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 145.

¹⁶⁴ OGH 17.5.2000, 6 Ob 209/99z; OLG Graz 20.5.1999, 4 R 79/99s; LGZ Graz 14.1.1999, 17 Cg 29/98x.

¹⁶⁵ OGH 17.5.2000, 6 Ob 209/99z; OLG Graz 20.5.1999, 4 R 79/99s; LGZ Graz 14.1.1999, 17 Cg 29/98x.

¹⁶⁶ OGH 17.5.2000, 6 Ob 209/99z; OLG Graz 20.5.1999, 4 R 79/99s; LGZ Graz 14.1.1999, 17 Cg 29/98x.

3.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach ist der Spielervermittler im Verhältnis zum Fußballspieler nicht als Handelsvertreter anzusehen. Der Unternehmensbegriff des § 1 Abs 1 HVertrG richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 1-3 UGB. Der Fußballspieler als unselbständiger Erwerbstätiger (Arbeitnehmer) ist im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nicht als selbständiger Unternehmer im Sinne der § 1 Abs 2 UGB zu verstehen. Teleologische Überlegungen sprechen gegen die Anwendung des HVertrG auf das Verhältnis Fußballspieler und Spielervermittler. Zwischen Fußballspieler und Spielervermittler ist das für das Verhältnis Unternehmer und Handelsvertreter typische Schutzbedürfnis nicht gegeben. Meiner Meinung kann der Spielervermittler im Verhältnis zum Verein als Handelsvertreter gemäß § 1 Abs 1 HVertrG tätig werden. Die Fußballvereine kommen als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 2 UGB in Betracht.¹⁶⁷ Es ist im konkreten Einzelfall zu prüfen ob der Spielervermittler vom Fußballverein ständig betraut wird. Ist die ständige Betrauung nicht gegeben, kann der Spielervermittler als sonstiger Geschäftsvermittler gemäß § 29 HVG 1921 bewertet werden.

¹⁶⁷ Nach *Karollus* stellen die Fußballvereine Unternehmer im Sinne des UGB und im Sinne des KSchG dar. Karollus, Auswirkungen des neuen Unternehmensgesetzbuchs auf (Berufs-)Sportvereine, in Grundei/Karollus [Hrsg], Berufssportrecht I, 2008, 9 und 16.

IV. Spielervermittlungsprovision und entgeltliche Arbeitsvermittlung

1. ÖFB-Spielervermittlerregulativ und entgeltliche Spielervermittlung

Dürfen Spielervermittler nach den verbandsrechtlichen Regelungen des ÖFB-Spielervermittlerregulatives Vermittlungsprovisionen vom Verein respektive Spieler für einen Spielertransfer verlangen? Der Spielervermittler hat gemäß § 11 Abs 4 ÖFB-Spielervermittlerregulativ einen Anspruch auf Entschädigung von einem Fußballspieler, wenn er von diesem beauftragt worden ist. Nach § 11 Abs 8 ÖFB-Spielervermittlerregulativ kann der Spielervermittler, wenn er von einem Fußballverein beauftragt worden ist eine Entschädigung verlangen. § 11 Abs 9 ÖFB-Spielervermittlerregulativ weist jedoch auch darauf hin, dass im Rahmen der Spielervermittlung die maßgeblichen arbeitsmarktrechtlichen Regelungen zu berücksichtigen sind.

2. Unentgeltliche Arbeitsvermittlung

2.1. Unentgeltliche Arbeitsvermittlung nach alter Rechtslage

Darf ein Arbeitsvermittler ein Vermittlungsentgelt (Vermittlungsprovision) für die Durchführung einer Arbeitsvermittlung von einem arbeitssuchenden Arbeitnehmer verlangen? Die zentrale arbeitsmarktrechtliche österreichische Rechtsquelle für die unentgeltliche Durchführung der Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern enthält das „Arbeitsmarktförderungsgesetz“ (AMFG)¹⁶⁸. Die zentrale arbeitsmarktrechtliche Rechtsgrundlage für die unentgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern enthält § 5 Abs 1 und 2 AMFG¹⁶⁹. Durch die ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers in § 5 Abs 1 und 2 AMFG ist prinzipiell die Arbeitsvermittlung durch Arbeitsvermittler gegenüber den arbeitssuchenden Arbeitnehmern unentgeltlich durchzuführen.

Wer wird vom Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber den arbeitssuchenden Arbeitnehmern nach § 5 AMFG erfasst? Das Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber den arbeitssuchenden Arbeitnehmern gilt nach § 5 Abs 1 AMFG iVm § 4 Abs 1 Z 1 bis 3 AMFG explizit für erstens das „Arbeitsmarktservice“ (AMS), zweitens die „ge-

¹⁶⁸ BGBl 1969/31; zuletzt geändert durch BGBl I 2007/104; zur Durchführung der Arbeitsvermittlung durch private gewerbliche Arbeitsvermittler nach neuer Rechtslage siehe in diesem Kapitel Punkt 5.

¹⁶⁹ BGBl I 2002/68.

setzlichen Interessensvertretungen“ und drittens die „kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen“ sowie viertens die „gemeinnützigen Einrichtungen“. Die unentgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber den arbeitsuchenden Arbeitnehmern erstreckte sich nach dem Wortlaut des Gesetzgebers in alt § 5 Abs 2 AMFG auch auf die privaten gewerblichen Arbeitsvermittler und die gewerblichen Unternehmensberater. *„Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitsvermittler oder einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren, die zur Ausübung der auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten Arbeitsvermittlung berechtigt sind, haben die Arbeitsvermittlung für die Arbeitsuchenden, soweit es sich nicht um Künstler handelt, unentgeltlich durchzuführen“.*

Nach herrschender Meinung in der Literatur haben private gewerbliche Arbeitsvermittler die Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern gemäß § 5 Abs 2 AMFG unentgeltlich durchzuführen.¹⁷⁰

In der Gerichtspraxis war das *LG für Zivilrechtssachen Wien* bereits im Jahre 1994 der Auffassung, dass die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern nicht zulässig ist.¹⁷¹ Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* entschied, dass die vertragliche Provisionsvereinbarung zwischen einem österreichischen Spielervermittler und einem russischen Fußballspieler nach alt § 9 Abs 1 letzter Satz AMFG in Verbindung mit § 17 Abs 2 AMFG nicht zulässig ist und in Verbindung mit § 879 Abs 1 ABGB gesetzeswidrig ist.¹⁷² In seinem Urteil führte das *LG für Zivilrechtssachen Wien* folgendes explizit aus: *„Bei (auch privatrechtlicher) Arbeitsvermittlung sind - wie vom Beklagten aufgezeigt - die Regeln des Arbeitsmarktförderungsgesetzes zu beachten. ... Nach dem § 10 lit. e, 17b) Abs. 2 AMFG sind bei derartigen Vermittlungen Entgeltsvereinbarungen jedenfalls mit dem Arbeitsuchenden unzulässig. ... Die Provisionsvereinbarung der Streitteile für die Vermittlung des Beklagten zu einem Fußballverein in Westeuropa war daher nach § 879 Abs. 1 ABGB in Verbindung mit den erwähnten Bestimmungen des AMFG ... gesetzeswidrig“.*¹⁷³

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Sinn und Zweck der unentgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern darin bestand, dass die wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmer bei der Suche nach Arbeit nicht ausgenommen werden sollten (Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz).¹⁷⁴ Die stenographi-

¹⁷⁰ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 133; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 2003, 184f; Danimann/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 10, Rz 4.

¹⁷¹ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

¹⁷² LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

¹⁷³ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

¹⁷⁴ SP 122, BlgNR 11. GP, 10269; Danimann/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 9, Rz 2 und zu § 10, Rz 4; Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 147; so auch die deutsche Literatur. Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für

schen Protokolle sehen folgendes ausdrücklich vor: „Weil diese Personen gegen wenig Entgelt arbeiten müssen, und wenn sie bei diesen Vermittlungen noch eine Menge bezahlen müssen, wird das wenige, das sie bekommen, nicht ausreichen“.¹⁷⁵ Ähnlich formuliert in der Literatur Mazal den „Arbeitnehmerschutz“ (bzw. „Ausbeutungsschutz“) des AMFG. Nach Mazal sollte durch das AMFG verhindert werden, dass „Gewerbetreibende eine Not- bzw. Zwangssituation von Arbeitssuchenden ausnützen und aus ihr Gewinn schlagen“.¹⁷⁶

2.2. Deutsche Rechtslage

Wie sieht die deutsche Rechtslage zur Frage der Zulässigkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern aus? Die zentralen deutschen arbeitsmarktrechtlichen Rechtsgrundlagen für die Zulässigkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern enthalten § 296 Abs 3 SGB III, § 421g Abs 2 SGB III und § 10 Abs 1 Z 1-3 AVermV in Verbindung mit § 10 Abs 2 Z 1-2 AVermV¹⁷⁷. Nach der deutschen Rechtslage besteht gemäß § 296 Abs 3 SGB III in Verbindung mit § 421g Abs 2 SGB III grundsätzlich die Möglichkeit für die Arbeitsvermittlung von arbeitssuchenden Arbeitnehmern ein Entgelt zu fordern bzw verlangen. Nach § 421g Abs 2 SGB III darf die Höhe des Vermittlungsentgeltes jedoch grundsätzlich das Ausmaß von 2000 Euro nicht überschreiten. Für die Arbeitsvermittlung kann der Arbeitsvermittler ein darüber hinaus gehendes Vermittlungsentgelt (Vermittlungsprovision) vom arbeitssuchenden Arbeitnehmer bloß dann fordern bzw verlangen, wenn dies durch eine Verordnung *expressis verbis* für konkrete Arbeitsbereiche („Berufe“) respektive Gruppen von Personen („Personengruppen“) normiert wird gemäß § 301 SGB III.¹⁷⁸ Nach der ausdrücklichen Anordnung in § 10 Abs 1 Z 1-3 AVermV kann der Arbeitsvermittler Vermittlungsprovisionen von den Künstlern, den Artisten, den Fotomodellen, den Werbetypen, den Manequins, den Dressman, den Doppelgängern und den Stuntman sowie den Discjockeys fordern bzw verlangen. Nach der expliziten Anordnung in § 10 Abs 2 Z 1-2 AVermV in Verbindung mit § 10 Abs 1 AVermV kann der Arbeitsvermittler des weiteren auch von „Berufssportlern“ und Au-pairs

Spielervermittler, 2002, 124f; Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 71.

¹⁷⁵ SP 122, BlgNR 11. GP, 10269.

¹⁷⁶ Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 147.

¹⁷⁷ Zur Darstellung der deutschen arbeitsmarktrechtlichen Rechtslage zur Vermittlungsprovision siehe vor allem Jungheim, Helmholz, Lampe/Müller und Bovelett. Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 124ff; Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 71ff; Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 142ff; Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, SpuRt, 2003, 133ff.

¹⁷⁸ Riebel, in Bartz/Mutschler/Schmidt-De Caluwe [Hrsg], Sozialgesetzbuch III Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2004, zu § 296, Rz 12.

Vermittlungsprovisionen fordern bzw verlangen. Nach den aktuellen deutschen arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen im SGB III und der AVermV kann ein Spielervermittler (Arbeitsvermittler) von einem Berufsfußballspieler (arbeitsuchenden Arbeitnehmer) sohin für eine Spielervermittlung eine Vermittlungsprovision fordern bzw verlangen.

In der deutschen sportrechtlichen Literatur sind *Lampe/Müller* der Auffassung, dass die deutschen gesetzlichen Beschränkungen der Höhe der Vermittlungsprovision im Rahmen der Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Fußballspielern gar nicht notwendig sind. Nach *Lampe/Müller* könnte auf Grund der Berücksichtigung des Schutzzweckes der AVermV, nämlich arbeitsuchende Arbeitnehmer vor der Ausnutzung individueller respektive ökonomischer Notlagen (Ausbeutungsschutz) und ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit zu schützen, von einer gesetzlichen Provisionshöchstgrenze im Bereich der Arbeitsvermittlung von Berufsfußballspielern überhaupt Abstand genommen werden. Die mangelnde Schutzwürdigkeit spricht sohin nach *Lampe/Müller* gegen gesetzlich geregelte Höchstentgelte im Rahmen der Arbeitsvermittlung von Profifußballspielern.¹⁷⁹

2.3. Schweizerische Rechtslage

Wie sieht die schweizerische Rechtslage zur Frage der Zulässigkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern aus? Die zentrale arbeitsmarktrechtliche schweizerische Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern enthält Art 9 AVG.¹⁸⁰ Nach der ausdrücklichen Anordnung in Art 9 Z 1 AVG kann der Arbeitsvermittler von arbeitsuchenden Arbeitnehmern grundsätzlich ein Vermittlungsentgelt (Vermittlungsprovision) verlangen. Spielervermittler haben daher nach dem schweizerischen Arbeitsmarktrecht gemäß Art 9 Z 1 AVG die Möglichkeit eine Vermittlungsprovision von einem Profifußballspieler für eine erfolgreiche Arbeitsvermittlung zu einem Fußballverein zu verlangen.¹⁸¹

¹⁷⁹ Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, SpuRt, 2003, 136f.

¹⁸⁰ Zur Darstellung der schweizerischen arbeitsmarktrechtlichen Rechtslage zur Vermittlungsprovision siehe vor allem *Jenny* und *Modl*. Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 28ff; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 50ff.

¹⁸¹ Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 37; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 61.

2.4. Spielervermittler und entgeltliche Arbeitsvermittlung

Können Spielervermittler von Berufsfußballspielern nach österreichischem Arbeitsmarktrecht Vermittlungsprovisionen verlangen? In der österreichischen sportrechtlichen Literatur hat sich bereits *Limberger* in zwei Aufsätzen mit der Frage auseinandergesetzt ob der Spielervermittler vom Profifußballspieler eine Vermittlungsprovision verlangen darf.

2.5. Ansicht Limberger

Limberger ist der Auffassung, dass ein Spielervermittler für die Arbeitsvermittlung eines Berufsfußballspielers keine Vermittlungsprovision gemäß alt § 5 Abs 2 AMFG entgegennehmen darf.¹⁸² Sie weist zunächst darauf hin, dass die private gewerbliche Arbeitsvermittlung gegenüber dem arbeitssuchenden Arbeitnehmer unentgeltlich vorzunehmen ist gemäß alt § 5 Abs 2 AMFG. Ausgenommen ist bloß die entgeltliche Vermittlung von arbeitssuchenden Künstlern (entgeltliche Künstlervermittlung) gemäß alt § 5 Abs 2 AMFG. Nach alt § 5 Abs 2 AMFG darf der Spielervermittler vom Fußballspieler daher keine Vermittlungsprovision entgegennehmen. Sie ist jedoch der Meinung, dass es vernünftig wäre eine der entgeltlichen Künstlervermittlung sinnkonforme (analoge) Vorschrift für die Sportlervermittlung zu normieren (Zweckmäßigkeit). Dafür sprechen nach *Limberger* folgende zwei zentrale Argumente: Erstens ein Rechtsvergleich zu der deutschen arbeitsmarktrechtlichen Rechtslage. Zweitens spricht die mangelnde Schutzwürdigkeit der Berufsfußballspieler dafür. Der Umstand ein Fußballspieler zu sein, zieht große Selbstverantwortung nach sich. Der Berufsfußballspieler ist auf Grund seiner individuellen respektive ökonomischen Situation nicht der Art schutzwürdig wie ein typischer durchschnittlicher Arbeitnehmer. Im übrigen weist *Limberger* darauf hin, dass die Betreuungsleistungen und Beratungsleistungen, die über die Arbeitsvermittlung hinausgehen, vom Verbot der unentgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber dem arbeitssuchenden Arbeitnehmer gemäß alt § 5 Abs 2 AMFG nicht erfasst sind und der Sportlermanager für diese Tätigkeiten vom Fußballspieler problemlos eine Vermittlungsprovision verlangen kann.¹⁸³

¹⁸² Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 136f und 141f; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 147ff.

¹⁸³ Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 136 und 148f.

2.6. Stellungnahme

Meiner Meinung nach könnten die Spielervermittler im Rahmen der Spielervermittlung keine Vermittlungsprovision von den Profifußballspielern verlangen. Dafür spricht der Wortlaut des alt § 5 Abs 2 AMFG. Private gewerbliche Arbeitsvermittler dürfen gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern für die Arbeitsvermittlung kein Vermittlungsentgelt verlangen. Historisch subjektiv-teleologische Überlegungen sprechen zwar dafür, dass Spielervermittler Vermittlungsprovisionen von Profifußballspielern verlangen können. Bei Profifußballspielern handelt es sich nicht um Personen, die für derart wenig Entgelt arbeiten, dass wenn sie für die erfolgreiche Arbeitsvermittlung ein Vermittlungsentgelt bezahlen müssten, das wenige Entgelt, das sie bekommen, nicht mehr ausreicht.¹⁸⁴ Bei Profifußballspielern, die ein Vielfaches von gewöhnlichen Arbeitnehmern verdienen, besteht keine Notwendigkeit vor Ausbeutungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung zu schützen. Der Ausbeutungsschutz beziehungsweise Arbeitnehmerschutz ist bei gut verdienenden Profifußballspielern geradezu nicht notwendig. Gegen die Ausnahme von gut verdienenden Arbeitnehmern vom Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern sprechen jedoch zwei zentrale Argumente. Das AMFG sieht keine Ausnahme vom Verbot des alt § 5 Abs 2 AMFG auf Grund der Höhe des Entgeltes eines Arbeitnehmers vor. Nach alt § 5 Abs 2 AMFG darf selbst der gewerbliche Unternehmensberater für die Vermittlung von Führungskräften (dh Personen mit hohem Entgelt im Vergleich zu typischen Arbeitnehmern) keine Vermittlungsprovision verlangen.

3. Sanktionen

Welche Sanktionen zieht ein Verstoß gegen das Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern nach sich? Es kommen sowohl öffentlich-rechtliche Sanktionen als auch zivilrechtliche Sanktionen in Betracht. Es drohen Geldstrafen wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 48 Abs 1 AMFG in Verbindung mit § 5 Abs 2 AMFG und der Entzug der Gewerbeberechtigung zur Arbeitsvermittlung gemäß § 87 Abs 1 Z 3 GewO in Verbindung mit § 5 Abs 2 AMFG. Das *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* entschied, dass die Provisionsvereinbarung eines Spielervermittlers mit einem Fußballspieler im Spielervermittlungsvertrag gemäß § 879 Abs 1 ABGB in Verbindung mit alt § 9 Abs 1 letzter Satz AMFG in Verbindung mit alt § 17 Abs 2 AMFG gesetzeswidrig und daher

¹⁸⁴ SP 122, BlgNR 11. GP, 10269.

nichtig ist.¹⁸⁵ Die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber einem arbeitssuchenden Arbeitnehmer ist sohin gemäß § 879 Abs 1 ABGB in Verbindung mit alt § 5 Abs 2 AMFG gesetzeswidrig und daher nichtig.

Vereinbaren Spielervermittler mit Fußballspielern Vermittlungsprovisionen drohen ihnen Geldstrafen gemäß § 48 Abs 1 AMFG iVm alt § 5 Abs 2 AMFG, der Entzug der Gewerbeberechtigung gemäß § 87 Abs 1 Z 3 GewO iVm alt § 5 Abs 2 AMFG und die Nichtigkeit der Provisionsvereinbarung nach § 879 Abs 1 ABGB iVm alt § 5 Abs 2 AMFG.

4. Entgeltliche Künstlervermittlung

4.1. Allgemeine Grundlagen

Können Arbeitsvermittler ein Vermittlungsentgelt (Vermittlungsprovisionen) von arbeitssuchenden Künstlern für die Arbeitsvermittlung verlangen? Die zentrale arbeitsmarktrechtliche Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit der entgeltlichen Künstlervermittlung enthält § 5 Abs 2 AMFG¹⁸⁶. Auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers in § 5 Abs 2 AMFG ist die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Bereich der Künstler zulässig.¹⁸⁷ „... haben die Arbeitsvermittlung für die Arbeitssuchenden, soweit es sich nicht um Künstler handelt, unentgeltlich durchzuführen“. Nach herrschender Meinung in der Literatur ist die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Bereich der Künstlervermittlung zulässig.¹⁸⁸

Aus welchen Gründen ist die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Künstlern zulässig? Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber das Effizienzkriterium für die Rechtfertigung der Zulässigkeit der entgeltlichen Künstlervermittlung herangezogen hat.¹⁸⁹ Die stenographischen Protokolle sahen folgendes ausdrücklich vor: „Wenn einer zum Beispiel im Gewerbe der Filmagentur, der Schauspielvermittlung tätig ist, dann darf ich Ihnen sagen, daß das ein harter Job ist. Das ist ein Job, in

¹⁸⁵ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i; SZ 68/71.

¹⁸⁶ BGBl I 2002/68.

¹⁸⁷ Von der entgeltlichen privaten gewerblichen Arbeitsvermittlung von arbeitssuchenden Künstlern ist die Vermittlung von „selbständigen Künstlern“ auf Grundlage eines Werkvertrages zu differenzieren. Die Vermittlung von „selbständigen Künstlern“ ist nicht vom AMFG, sondern der „GewO“ erfasst. Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 134; Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 228.

¹⁸⁸ Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 141; Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 133 und 148; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 184; Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 10, Rz 2 und zu § 18, Rz 4.

¹⁸⁹ SP 122, BlgNR 11. GP, 10296; RV 1508, BlgNR 20. GP, 4.

dem es auch um Geist und um viel Können geht. ... Da gilt es Drehbücher zu lesen, da gilt es ausgezeichnete Beziehungen zu den Intendanten und Regisseuren zu haben. Diese Leute vermitteln vielleicht 20, 30 Schauspieler, aber die sind an ihrer Mutterbrust, ... Da wird geschaut: Was für eine Rolle kommt für wen in Betracht? ... Daß für diese künstlerischen Bereiche die staatliche Vermittlung nicht das Gegebene ist, liegt doch auf der Hand! Da muß man wirklich Rollen studieren. Ich frage mich, ob die Arbeitsmarktverwaltung tatsächlich Drehbücher lesen würde, die von Regisseuren, von Filmindustriellen angeboten werden“.¹⁹⁰

In der Regierungsvorlage spricht der historische Gesetzgeber auch davon, dass die entgeltliche Künstlervermittlung zugelassen wurde, da die öffentliche Arbeitsmarktverwaltung „nicht ausreichend in der Lage war“ die Personengruppe der Künstler in Arbeitsstellen zu vermitteln.¹⁹¹

In der österreichischen Literatur haben sich *Alber/Mayr* und *Löschnigg/Schwarz* mit der Frage auseinandergesetzt weshalb die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Künstlern zulässig ist. Nach *Alber/Mayr* sprechen zwei wesentliche Aspekte für die Zulässigkeit der entgeltlichen Künstlervermittlung.¹⁹² Erstens haben die öffentlichen Verwaltungsbehörden nicht die notwendigen internationalen bzw globalen Kontakte (Effizienzkriterium). Zweitens ist im Rahmen der Künstlervermittlung regelmäßig nicht die „soziale Schutzbedürftigkeit“ gegeben und die Bezahlung eines Vermittlungsentgeltes erscheint für die Künstler nicht unzumutbar (mangelndes Schutzbedürfnis).¹⁹³ Nach *Löschnigg/Schwarz* hatte die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Bereich der Künstlervermittlung schon immer „Tradition“ (Branchenüblichkeit).¹⁹⁴

4.2. Künstlerbegriff nach AMFG

Was ist unter dem Begriff „Künstler“ im Sinne des § 5 Abs 2 AMFG zu verstehen? § 5 Abs 2 AMFG erwähnt den Begriff „Künstler“, enthält jedoch keine Legaldefinition für den Begriff „Künstler“. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber auf den Künstlerbegriff des alt § 18 AMFG abstellen wollte. Die Regierungsvorlage sieht diesbezüglich folgendes *expressis verbis* vor: „Gewerbliche Arbeitsvermittler dürfen ein Entgelt nur von Arbeitgebern und im bereits bisher geltenden Ausmaß (§ 18 Abs. 5 AMFG) auch von Künstlern verlangen bzw. erhalten“.¹⁹⁵ Aus dem ausdrücklichen Wortlaut des alt §

¹⁹⁰ SP 122, BlgNR 11. GP, 10296.

¹⁹¹ RV 1508, BlgNR 20. GP, 4.

¹⁹² Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 18, Rz 4.

¹⁹³ Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 18, Rz 4.

¹⁹⁴ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 184.

¹⁹⁵ RV 977, BlgNR 21. GP, 16.

18 Abs 1 Z 1-5 AMFG¹⁹⁶ ergab sich, dass der historische Gesetzgeber unter der Künstlervermittlung die „Konzertvermittlung“, die „Artistenvermittlung“, die „Bühnenvermittlung“, die „Filmvermittlung“ und die „Musikervermittlung“ verstanden hatte.¹⁹⁷ Die in alt § 18 AMFG aufgezählten Gruppierungen von Personen waren „taxativ“ (abschließend) und nicht demonstrativ (beispielhaft).¹⁹⁸

4.3. Profifußballspieler als Künstler im Sinne des AMFG

Sind Profifußballspieler als Künstler im Sinne des AMFG¹⁹⁹ zu verstehen? In der österreichischen sportrechtlichen Literatur hat sich *Limberger* und in der österreichischen Gerichtspraxis hat sich das *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* (implizit) mit der Frage auseinandergesetzt ob der Profifußballspieler als Künstler im Sinne des AMFG zu verstehen ist.

4.4. Ansicht Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien

Das *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* entschied, dass die vertragliche Vereinbarung einer Vermittlungsprovision zwischen einem Berufsfußballspieler und einem Spielervermittler nach alt § 9 Abs 1 letzter Satz AMFG in Verbindung mit alt § 17 Abs 2 AMFG und in Verbindung mit § 879 Abs 1 ABGB gesetzeswidrig und daher nichtig ist.²⁰⁰ Somit ist das *LG für Zivilrechtssachen Wien* im Ergebnis der Auffassung, dass die Fußballspielervermittlung nicht unter die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Künstlern zu subsumieren ist und der Berufsfußballspieler daher kein Künstler im Sinne des AMFG ist.

¹⁹⁶ BGBl 1969/31.

¹⁹⁷ In der Literatur hat sich *Clark* mit der Frage auseinandergesetzt wie die Begriffe zu verstehen sind. Siehe dazu *Clark*, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 194ff.

¹⁹⁸ RV 983, BlgNR 11. GP, 18.

¹⁹⁹ In der deutschen sportrechtlichen Literatur ist *Kania* der Auffassung, dass Berufssportler als Künstler zu verstehen sind. *Kania*, Betriebsräte in Lizenzfußballvereinen, *SpuRt*, 1994, 126.

²⁰⁰ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i; SZ 68/71.

4.5. Ansicht Limberger

Limberger ist der Auffassung, dass die Spielervermittlung für den arbeitssuchenden Berufsfußballspieler gemäß § 5 Abs 2 AMFG unentgeltlich vorzunehmen ist.²⁰¹ Sie weist darauf hin, dass für den Bereich der arbeitssuchenden Berufsfußballspieler eine der Künstlervermittlung sondergesetzliche sinnkonforme (analoge) Ausnahmebestimmung zu überdenken ist.²⁰² Dieser Ansicht liegt ebenfalls die Überlegung zu Grunde, dass der Berufsfußballspieler nicht direkt unter den Künstlerbegriff im Sinne des AMFG und die entgeltliche Künstlervermittlung zu subsumieren ist.

4.6. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind Berufsfußballspieler nicht als Künstler im Sinne des AMFG zu verstehen. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des historischen Gesetzgebers in alt § 18 AMFG, der unter dem Begriff der Künstlervermittlung lediglich taxativ die „*Artistenvermittlung*“, die „*Bühnenvermittlung*“, die „*Filmvermittlung*“ und die „*Musikervermittlung*“ verstanden hat. Dies ist bei Profifußballspielern nicht der Fall. Objektiv-teleologische Überlegungen sprechen dafür, dass Profifußballspieler keine arbeitsmarktrechtlichen Künstler sind. Nach deutschem Arbeitsmarktrecht gemäß § 10 Abs 1 AVermV und § 10 Abs 2 AVermV handelt es sich bei Künstlern und Berufssportlern (Profifußballspieler) um unterschiedliche Gruppierungen. Spielervermittler, die Vermittlungsprovisionen von Berufsfußballspielern fordern, können sich daher nicht auf die entgeltliche Künstlervermittlung nach alt § 5 Abs 2 AMFG stützen. Meiner Meinung nach wäre es wie *Limberger* dies fordert vernünftig bzw zweckmäßig für den Bereich der Berufsfußballspieler eine der entgeltlichen Künstlervermittlung nachgebildete Ausnahmegesetzvorschrift zu konzipieren. Dafür sprechen historisch subjektiv-teleologische Überlegungen. Wie im Bereich der Künstlervermittlung ist auch im Bereich der Vermittlung von Berufsfußballspielern die öffentliche Arbeitsvermittlung nicht ausreichend in der Lage die Berufsfußballspieler in Arbeitsstellen zu vermitteln („*Effizienzkriterium*“). Die Spielervermittlung ist ein harter Beruf. Es müssen Fußballspiele, Fußballvereine und Fußballspieler beobachtet und analysiert werden. Die Spielervermittler müssen exzellente Kontakte zu Trainern und Klubverantwortlichen besitzen. Es ist zu eruieren welche Positi-

²⁰¹ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 149; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142.

²⁰² Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 149; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 142.

on kommt für einen Fußballspieler bei welchem Fußballverein in Betracht. Die Spielervermittlung ist für die öffentliche Arbeitsvermittlung nicht das Gegebene. Es müssen Spieler und Spielerpositionen analysiert werden. Die öffentliche Arbeitsmarktverwaltung wäre nicht im Stande alle Fußballspiele (im Ausland und Inland respektive in der ersten und zweiten Liga) zu besuchen.²⁰³ Die Profifußballspieler sind in der Regel auch nicht derart sozial schutzbedürftig wie typische Arbeitnehmer und die Bezahlung einer Vermittlungsprovision ist bei Profifußballspielern auch zumutbar („*mangelnde Schutzwürdigkeit*“).²⁰⁴

5. Unentgeltliche Arbeitsvermittlung nach neuer Rechtslage

Wie sieht die neue Rechtslage zur Zulässigkeit der entgeltlichen privaten gewerblichen Arbeitsvermittlung aus? Durch die Novelle zum „*Arbeitsmarktförderungsgesetz*“²⁰⁵ wurde die Durchführung der Arbeitsvermittlung modifiziert und weiterentwickelt. Nach § 5 Abs 2 AMFG ist die Arbeitsvermittlung durch private gewerbliche Arbeitsvermittler prinzipiell weiterhin gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern unentgeltlich durchzuführen. Durch Art 3 Änderung zum „*Arbeitsmarktförderungsgesetz*“ werden in § 5 Abs 2 AMFG zu dem Begriff „*Künstler*“ die zwei Begriffe „*oder Sportler*“ hinzugefügt. Private gewerbliche Arbeitsvermittler können daher nach aktueller geltender Gesetzeslage (*-de lege lata-*) gemäß § 5 Abs 2 AMFG entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Künstlern beziehungsweise Sportlern betreiben. § 5 Abs 2 AMFG regelt nicht die Vermittlung von selbständigen Künstlern beziehungsweise selbständigen Sportlern.

Aus welchen Gründen wurde die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Sportlern in § 5 Abs 2 AMFG normiert? Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich folgende Gründe für die Zulässigkeit der entgeltlichen Sportlervermittlung: Durch die Normierung der entgeltlichen Sportlervermittlung sollen Umgehungen und illegitime Verfahrensweisen verhindert werden (Umgehungsschutz). Rechtmäßig agierende Sportlervermittler haben das Interesse ihre Strukturen zu bereinigen (Strukturbereinigung). Des weiteren wird der Sportlerschutz vor allzu hohen Vermittlungsprovisionen vereinfacht, wenn Vermittlungsentgelte nicht mehr ohne jedwede Ausnahme unzulässig sind (Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz).²⁰⁶

²⁰³ SP 122, BlgNR 11. GP, 10296.

²⁰⁴ Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 18, Rz 4.

²⁰⁵ BGBl I 2007/104.

²⁰⁶ RV 298, BlgNR 23. GP, 15.

Ein Spielervermittler kann nach neuer Gesetzeslage gemäß § 5 Abs 2 AMFG (entgeltliche Sportlervermittlung) nun von einem arbeitssuchenden Profifußballspieler für einen Spielertransfer eine Vermittlungsprovision verlangen.

6. Entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber Arbeitgebern

Darf der Arbeitsvermittler ein Vermittlungsentgelt für die Arbeitsvermittlung gegenüber dem Arbeitgeber nach dem AMFG verlangen? Das AMFG enthält nach der aktuellen Rechtslage keine explizite Bestimmung, welche die Zulässigkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber dem Arbeitgeber normiert. Aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzgebers in § 5 Abs 2 AMFG ergibt sich bloß, dass die Arbeitsvermittlung von privaten gewerblichen Arbeitsvermittlern gegenüber dem arbeitssuchenden Arbeitnehmer unentgeltlich durchzuführen ist. Nach dem Wortlaut des alt § 17 lit b Abs 1 AMFG konnte der Arbeitsvermittler bereits ein Entgelt für die Arbeitsvermittlung gegenüber dem Arbeitgeber verlangen.²⁰⁷ „Abweichend von der Bestimmung des § 10 lit. e sind Entgeltleistungen der Dienstgeber für die Tätigkeit von Inhabern einer Gewerbeberechtigung für Arbeitsvermittler zulässig.“²⁰⁸ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber die private gewerbliche entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber dem Arbeitgeber weiterhin als zulässig erachtet. Die Beilagen zur Regierungsvorlage sehen folgendes ausdrücklich vor: „Gewerbliche Arbeitsvermittler dürfen ein Entgelt nur von Arbeitgebern ... verlangen bzw. erhalten.“²⁰⁹ Die herrschende Meinung in der Literatur ist der Auffassung, dass der Arbeitsvermittler im Rahmen der privaten gewerblichen Arbeitsvermittlung ein Vermittlungsentgelt vom Arbeitgeber fordern und verlangen darf.²¹⁰ Die Möglichkeit des privaten gewerblichen Arbeitsvermittlers vom Arbeitgeber ein Entgelt zu nehmen, hat den Sinn und Zweck den Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz zu gewährleisten und den Arbeitnehmer vor „materiellen Schäden“ zu schützen.²¹¹ Ein Blick auf die deutsche arbeitsmarktrechtliche Rechtslage zeigt, dass der private gewerbliche Arbeitsvermittler nach § 296 SGB III vom arbeitnehmersuchenden Arbeitgeber für die Arbeitsvermittlung ein Vermittlungsentgelt (Vermittlungsprovision) entgegennehmen darf.²¹²

²⁰⁷ Danimann/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 10, Rz 4.

²⁰⁸ Alt 17 Abs 1 lit b AMFG.

²⁰⁹ RV 977, BlgNR 21. GP, 16.

²¹⁰ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 148; Löschigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 185; Danimann/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 10, Rz 4.

²¹¹ Danimann/Potmesil/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1993, zu § 10, Rz 4.

²¹² Riebel, in Bartz/Mutschler/Schmidt-De Caluwe [Hrsg], Sozialgesetzbuch III Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2004, zu § 296, Rz 3; Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung,

Meiner Meinung nach ergibt sich bereits aus dem Umkehrschluss („*argumentum e contrario*“) von § 5 Abs 2 AMFG, dass ein Arbeitsvermittler von einem Arbeitgeber für die Arbeitsvermittlung ein Entgelt verlangen darf. Der Spielervermittler darf daher vom Fußballverein für die Spielervermittlung eine Vermittlungsprovision gemäß Umkehrschluss aus § 5 Abs 2 AMFG entgegennehmen.

7. Unentgeltlichkeit

7.1. Allgemeine Grundlagen

Was ist unter dem Begriff der „*Unentgeltlichkeit*“ im Sinne des Arbeitsmarktrechtes zu verstehen? Die zentrale arbeitsmarktrechtliche Rechtsgrundlage für die Bestimmung des Begriffes der „*Unentgeltlichkeit*“ enthält § 2 Abs 2 AMFG. „*Unentgeltlich im Sinne des Abs. 1 ist die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung, wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist und ohne sonstigen wirtschaftlichen Nutzen ausgeübt wird.*“ Der Gewinn wird als Ertragsüberschuss über die „*Aufwendungen*“ bestimmt.²¹³ Ein sonstiger wirtschaftlicher Nutzen liegt beispielsweise vor, wenn durch die Vermittlung eine vollständige respektive zumindest verbesserte Auslastung der vorherrschenden Kapazitäten einer Institution erreicht wird.²¹⁴ Es wird dadurch eine Reduktion der fixen Kosten der Institutionen erreicht, die per se sogar einen Verlust darstellen können.²¹⁵ Die Reduktion der fixen Kosten inkludiert bereits einen sonstigen wirtschaftlichen Nutzen.²¹⁶ Faktischer Gewinn ist nicht erforderlich. Die Gewinnerzielungsabsicht ist bereits ausreichend. Die Ausdrucksweise auf Gewinn ausgerichtet inkludiert bereits den „*sonstigen wirtschaftlichen Nutzen*“.²¹⁷

Die Bezahlung von Vermittlungsprovisionen stellt eine entgeltliche Arbeitsvermittlung dar.²¹⁸ Verlangt ein Spielervermittler von einem Fußballverein eine Vermittlungsprovision ist die Entgeltlichkeit im Sinne des § 2 Abs 2 AMFG gegeben.

SpuRt, 2003, 136; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 124; Bovelett, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2000, 71.

²¹³ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 19.

²¹⁴ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 19.

²¹⁵ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 19.

²¹⁶ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 19.

²¹⁷ Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 20.

²¹⁸ Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 54; Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 37.

7.2. Aufwendungen als Entgelt im Sinne des § 2 Abs 2 AMFG

Werden Aufwendungen als Entgelt im Sinne des § 2 Abs 2 AMFG verstanden? Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber den Spesenersatz respektive den (echten) Aufwendungsersatz nicht als Entgelt im Sinne des AMFG verstanden hatte.²¹⁹ „Sie selbst sprachen von der Notwendigkeit, doch dafür einen Spesenersatz zu verlangen. Wir stellten die konkrete Frage: Wie stellen Sie sich das denn vor? Wer wird es prüfen? Da hieß es: Das Sozialministerium wird prüfen, ob in diesem Spesenersatz nur wirklich alle echten Aufwendungen für diese unentgeltliche Arbeitsvermittlung enthalten sind. Aber was darf ich den überhaupt in den Spesenersatz hineinnehmen? war die weitere Frage. ... Aber Sie lassen sich ganz einfach hier ein Hintertürchen offen, weil man dann natürlich sehr lange wird prüfen müssen, wie weit der verlangte Spesenersatz wirklich keinen wirtschaftlichen Nutzen abwirft und wirklich kein Gewinn ist“.²²⁰

7.3. Ansicht Literatur

In der arbeitsmarktrechtlichen Fachliteratur setzten sich vor allem *Alber/Mayer* und *Clark* mit der Frage auseinander ob Aufwendungen mit dem Grundsatz der unentgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern vereinbar sind. *Alber/Mayr* und *Clark* sind der Auffassung, dass der Aufwendungsersatz eines Arbeitsvermittlers mit dem Prinzip der unentgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Einklang steht.²²¹ *Clark* weist darauf hin, dass die Aufwandsentschädigung auf Grund der Legaldefinition des Begriffes „Unentgeltlich“ gemäß alt § 9 Abs 2 AMFG keine entgeltliche Arbeitsvermittlung darstellt und ergo nicht im Widerspruch mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit der Arbeitsvermittlung steht.²²²

7.4. Stellungnahme

Meiner Meinung nach werden Aufwendungen nicht vom Entgeltbegriff des § 2 Abs 2 AMFG erfasst. Der Wortlaut des § 2 Abs 2 AMFG spricht bereits dafür, dass Aufwendungen nicht vom Entgeltbegriff erfasst werden. So auch historisch subjektiv-teleologische Überle-

²¹⁹ SP 122, BlgNR 11. GP, 10277.

²²⁰ SP 122, BlgNR 11. GP, 10277.

²²¹ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 101f; Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 9, Rz 3.

²²² Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 101f.

gungen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die (echten) Aufwendungen und der Spesenersatz nicht vom Entgeltbegriff erfasst werden sollten.²²³ Nach herrschender Meinung werden Aufwendungen nicht vom Entgeltbegriff des AMFG erfasst.²²⁴ Des weiteren werden nach herrschender Meinung in der Literatur im Allgemeinen Aufwendungen nicht unter den arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff subsumiert.²²⁵

²²³ SP 122, BlgNR 11. GP, 10277.

²²⁴ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 101f; Alber/Mayr, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969, zu § 9, Rz 3.

²²⁵ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 69; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 2003, 278f.

V. Spielervermittlung und Exklusivvertrag

1. Einleitung

Um ein besonderes Verständnis für die Problemstellung von Exklusivklauseln in Spielervermittlungskontrakten zu entwickeln sind zwei Ausgangssachverhalte vorzubringen. Im ersten Sachverhalt geht es darum, dass der Spielervermittler eines Fußballspielers längere Zeit vor Ende des Arbeitsvertrages zwischen Spieler und Verein, keine Kosten, Mühen und Reisestrupazen scheut, um für seinen Fußballspieler, sei es im Inland oder im Ausland, einen neuen besseren Fußballverein zu suchen, mit dem edlen Motiv vor Augen dem Fußballspieler größere Verdienstmöglichkeiten und Entwicklungsmöglichkeiten bei einem anderen Fußballverein zu ermöglichen. In der Abwesenheit des Spielervermittlers tritt nun ein neuer Fußballverein selbständig an den Fußballspieler heran und der Fußballverein und der Fußballspieler schließen selbständig einen Vertrag ab.²²⁶ Der zweite Ausgangssachverhalt behandelt die Problematik aus der diametralen Perspektive des Fußballspielers. Im zweiten Sachverhalt geht es darum, dass der Spieler mit seinem Spielervermittler einen langjährigen Spielervermittlungskontrakt mit einer Exklusivklausel vereinbart hat. Es stellt sich nun im Laufe der Zeit heraus, dass der Spielervermittler mehrere Spieler aus derselben Branche unter Kontrakt hat. Im Wissen, dass die Spieler lange und ausschließlich (exklusiv) vertraglich gebunden sind, wird der Spielervermittler in erster Linie in den Fällen aktiv, in denen er die größten Erfolgsaussichten auf einen gelungenen Transfer sieht. Der Spielervermittler wird sohin in der Regel für die Spieler, die bereits populär und bekannt sind, tätig.²²⁷

2. Exklusivvertrag nach dem Verbandsrecht

Sind Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Spielervermittlung nach dem Verbandsrecht zulässig? Im Anhang C des FIFA-Spielervermittlerreglements ist der sogenannte „Standardvermittlungsvertrag“ enthalten. Im Standardvermittlungsvertrag ist die Möglichkeit vorgesehen, dass die Parteien frei wählen können, ob sie die Vermittlungsrechte dem Spielervermittler exklusiv übertragen möchten. Die verbandsrechtlichen Regelungen des FIFA-Spielervermittlungsregulatives gehen daher von der Möglichkeit aus Exklusivverträge

²²⁶ Pfister, Der Managervertrag des Sportlers, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 139f.

²²⁷ Pfister, Der Managervertrag des Sportlers, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 139f.

im Rahmen der Sportlervermittlung zwischen dem Verein/Spieler und dem Spielervermittler abzuschließen.

3. Exklusivvertrag im AMFG²²⁸

Sind Alleinvermittlungsverträge nach dem AMFG zulässig? Die zentrale arbeitsmarkt-rechtliche²²⁹ Rechtsgrundlage²³⁰ für die Exklusivverträge enthält § 5 Abs 4 AMFG²³¹. „*Alleinvermittlungsaufträge sind nur zulässig, soweit eine sachliche Rechtfertigung hierfür besteht*“. Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 5 Abs 4 AMFG sind Alleinvermittlungsverträge (Exklusivverträge) im Rahmen der Arbeitsvermittlung prinzipiell unzulässig, sofern keine sachliche Rechtfertigung gegeben ist.

Was ist unter einem „*Alleinvermittlungsauftrag*“ zu verstehen? § 5 Abs 4 AMFG enthält keine eigenständige Legaldefinition des Begriffes „*Alleinvermittlungsauftrag*“. Die alte Rechtslage normierte in alt § 18 Abs 5 AMFG²³² eine Legaldefinition für den Begriff des „*Alleinvermittlungsauftrages*“. „*Vereinbarungen, die ohne sachliche Rechtfertigung darauf gerichtet sind, daß ein Arbeitgeber (eine Arbeitgeberin) oder eine Arbeitnehmer (eine Arbeitnehmerin) sich ausschließlich bestimmter Arbeitsvermittler (Arbeitsvermittlerinnen) bedienen, sind verboten*“. Nach alt § 18 Abs 5 letzter Satz AMFG ist eine Alleinvermittlungsvereinbarung eine vertragliche Vereinbarung in der sich der Dienstgeber respektive der Dienstnehmer verpflichtet exklusiv einen konkreten Arbeitsvermittler für die Arbeitsvermittlung in Anspruch zu nehmen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber durch das Verbot von Exklusivverträgen im Rahmen der Arbeitsvermittlung vermeiden wollte, dass Dienstnehmer bloß einen Arbeitsvermittler zu ihrem Nachteil für eine längere Zeitspanne in Anspruch nehmen.²³³ Die Regierungsvorlage sieht dazu folgendes *expressis verbis* vor: „*Das Verbot von sachlich nicht begründeten Exklusivitäts- bzw. mittelbar auch Reengagementklauseln soll verhindern, daß sich Arbeitnehmer zu deren Nachteil über einen längeren Zeitraum hinweg lediglich von einem bestimmten Künstlervermittler vermitteln lassen dürfen*“. ²³⁴ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich des weiteren, dass Ex-

²²⁸ In der Literatur werden die Exklusivverträge auch als „*Alleinaufträge*“ respektive „*Ausschließlichkeitsvereinbarungen*“ bezeichnet. Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 119; Riebel, in Bartz/Mutschler/Schmidt-De Caluwe [Hrsg], Sozialgesetzbuch III - Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2004, zu § 297, Rz 12.

²²⁹ Die zentrale maklerrechtliche Rechtsgrundlage für die Exklusivverträge enthält § 14 MaklerG.

²³⁰ Zu den Exklusivverträgen im Maklerrecht siehe folgende Literatur: Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 1990, 246ff; Feil, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996, zu § 14 MaklerG.

²³¹ BGBl I 2002/68.

²³² BGBl 1969/31.

²³³ RV 1508, BlgNR 20. GP, 6.

²³⁴ RV 1508, BlgNR 20. GP, 6.

klusivvereinbarungen sachlich gerechtfertigt sind, wenn der Arbeitsvermittler Aufbau- bzw. Betreuungsinvestitionen für den arbeitssuchenden Arbeitnehmer vorgenommen hat.²³⁵ „Sachlich gerechtfertigt wird eine längere vertragliche Bindung sein, wenn im Rahmen eines befügt ausgeübten Karrieremanagements Aufwendungen für den 'Aufbau' und die Betreuung eines Künstlers angefallen sind. Vereinbarungen über die Inanspruchnahme und Provisionszahlung durch bzw. an den selben Künstlervermittler bei Folgeengagements innerhalb eines bestimmten Zeitraumes, obwohl bei neuerlicher Begründung eines Dienstverhältnisses zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem bisherigen Arbeitnehmer der Künstlervermittler keinerlei Tätigkeiten entfaltete, werden daher künftig gemäß § 879 ABGB Abs. 1 nichtig sein“.²³⁶ Exklusivvereinbarungen sind prinzipiell im Rahmen der Arbeitsvermittlung gemäß § 879 Abs 1 ABGB in Verbindung mit § 5 Abs 4 AMFG gesetzeswidrig und nichtig.

4. Exklusivvertrag im SchauSpG

Sind Exklusivverträge im Rahmen der Arbeitsvermittlung nach dem Schauspielrecht zulässig? Die zentrale schauspielrechtliche Rechtsgrundlage für die Exklusivverträge im Rahmen der Arbeitsvermittlung von Schauspielern enthält § 46 SchauSpG. „Eine Vereinbarung, durch die sich ein Mitglied verpflichtet, Bühnendienstverträge nur unter Vermittlung bestimmter Personen zu schließen, ist ungültig.“ Das Schauspielrecht geht gemäß § 46 SchauSpG von einem (absoluten) Verbot von Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlungen von Schauspielern aus. Die Exklusivvereinbarungen sind nach dem Schauspielrecht gemäß § 46 SchauSpG in Verbindung mit § 879 Abs 1 ABGB unwirksam.

5. Ansicht Clark zur Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung

In der Literatur hat sich *Clark* mit dem Thema der Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung auseinandergesetzt. *Clark* ist der Auffassung, dass Exklusivvereinbarungen im Zusammenhang mit Arbeitsvermittlungen generell verboten sind. Für ein generelles Verbot der Exklusivarbeitsvermittlungsverträge spricht seiner Meinung nach der Grundsatz der freiwilligen Inanspruchnahme der Arbeitsvermittlung gemäß § 3 Z 1 AMFG (alt § 10 lit a AMFG). Der „Grundsatz der Freiwilligkeit“ bedeutet nach *Clark*, dass die Beteiligten die Entscheidungsfreiheit haben, für die Vermittlungstätigkeit mehrere Vermittler zu

²³⁵ RV 1508, BlgNR 20. GP, 6.

²³⁶ RV 1508, BlgNR 20. GP, 6.

wählen. Des weiteren verweist er auf das Verbot von Exklusivvereinbarungen nach dem Schauspielrecht gemäß „§ 46 SchauSpG“.²³⁷

6. Deutsche und schweizerische Rechtslage

Sind Exklusivverträge im Rahmen der Arbeitsvermittlung in der Bundesrepublik Deutschland zulässig? Die zentrale deutsche arbeitsmarktrechtliche Rechtsgrundlage für die Exklusivverträge enthält § 297 Z 4 SGB III. „Unwirksam sind ... 4. Vereinbarungen, die sicherstellen sollen, dass ein Arbeitgeber oder ein Ausbildungssuchender oder Arbeitssuchender sich ausschließlich eines bestimmten Vermittlers bedient“. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzgebers in § 297 Z 4 SGB III besteht ein (absolutes) Verbot von Exklusivverträgen im Rahmen der Arbeitsvermittlung.²³⁸ Durch das Verbot der Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung sollen die Arbeitgeber respektive die arbeitssuchenden Arbeitnehmer geschützt werden und die „missbräuchliche Ausnutzung“ der Position des Arbeitsvermittlers vermieden werden.²³⁹ Nach *Helmholz* widersprechen Exklusivvereinbarungen der vom deutschen Gesetzgeber intendierten Förderung der Arbeitsvermittlungseffizienz (sog Effektivitätsprinzip).²⁴⁰

In der deutschen sportrechtlichen Literatur hat sich *Jungheim* mit dem Verbot von Exklusivverträgen im Rahmen der Arbeitsvermittlung im Bereich der Fußballspielervermittlung auseinandergesetzt. Sie weist darauf hin, dass Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung gemäß § 297 Z 4 SGB III verboten und juristisch unwirksam sind.²⁴¹ Exklusivklauseln in Spielervermittlungsverträgen zwischen Fußballspielern und Spielervermittlern sind nach *Jungheim* ergo rechtlich unwirksam.²⁴² Haben der Fußballspieler und der Spielervermittler sowohl einen Spielervermittlungsvertrag als auch einen Spielerberatungsvertrag vereinbart, so kann für den Bereich der Werbekontrakte eine Exklusivvereinbarung getroffen werden, jedoch kann eine Exklusivvereinbarung nicht für den Bereich der Spielervermittlung abgeschlossen werden.²⁴³

²³⁷ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 216, Fn 96.

²³⁸ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 119; Riebel, in Bartz/Mutschler/Schmidt-De Caluwe [Hrsg], Sozialgesetzbuch III Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2004, zu § 297, Rz 12; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 138f.

²³⁹ Riebel, in Bartz/Mutschler/Schmidt-De Caluwe [Hrsg], Sozialgesetzbuch III - Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2004, zu § 297, Rz 12.

²⁴⁰ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 119.

²⁴¹ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 138f.

²⁴² Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 138f.

²⁴³ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 139.

Nach *Helmholz* ist die Bestimmung des Anhanges C FIFA-Spielervermittlungsregulativ, welche vorsieht, dass Exklusivverträge im Konnex mit der Spielervermittlung möglich sind, im Rahmen der deutschen Spielervermittlung unzulässig.²⁴⁴

Sind Exklusivverträge im Rahmen der Arbeitsvermittlung nach schweizerischer Rechtslage zulässig? Die schweizerische arbeitsmarktrechtliche Rechtsgrundlage für den Exklusivvertrag enthält Art 8 Abs 2 lit a AVG. „*Nichtig sind Vereinbarungen, die den Stellensuchenden a. hindern sich an einen anderen Vermittler zu wenden*“. Es besteht ein absolutes Verbot von Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung gegenüber dem arbeitssuchenden Arbeitnehmer gemäß Art 8 Abs 2 lit a AVG.²⁴⁵ Durch das Verbot der Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung gemäß Art 8 Abs 2 lit a AVG soll die Arbeitnehmerflexibilität und die Arbeitnehmermobilität bei der Suche nach Arbeitsplätzen gewährleistet werden.²⁴⁶ Daher sind Exklusivvereinbarungen in Spielervermittlungsverträgen zwischen Spielervermittlern und Sportlern nach schweizerischem Arbeitsmarktrecht nicht zulässig. Die Exklusivvereinbarungen in Sportlermanagementkontrakten sind grundsätzlich zulässig, es sei denn sie betreffen den Bereich der Arbeitsvermittlung (Spielervermittlung).²⁴⁷

7. Stellungnahme zu Exklusivverträge im Rahmen der Spielervermittlung

Sind Exklusivverträge (Alleinvertretungsverträge) im Rahmen der Fußballspielervermittlung nach österreichischem Arbeitsmarktrecht zulässig? Die im Anhang C zum FIFA-Spielervermittlungsregulativ vorgesehene Möglichkeit Exklusivverträge abzuschließen, verstößt meiner Meinung nach gegen § 5 Abs 4 AMFG und ist unzulässig. Nach § 5 Abs 4 AMFG in Verbindung mit § 879 Abs 1 ABGB sind Exklusivverträge zwischen Spielervermittlern und Spielern/Vereinen sohin prinzipiell unzulässig und nichtig. Sind die Exklusivverträge im Rahmen der Spielervermittlung sachlich gerechtfertigt, da sie zum Beispiel branchenüblich sind? Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die sachliche Rechtfertigung vorliegt, wenn Aufbau- bzw Betreuungsaufwendungen vorgenommen werden. Dies ist bei bloßer Berufung auf die Branchenüblichkeit wegen der Möglichkeit nach Anhang C des FIFA-Spielervermittlungsregulatives Exklusivverträge abzuschließen nicht der Fall. Gegen

²⁴⁴ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 119.

²⁴⁵ Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 58.

²⁴⁶ Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 37; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 58.

²⁴⁷ Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 37f.

die Relevanz der Branchenüblichkeit sprechen systematische Überlegungen. Nach § 46 SchauSpG sind Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Arbeitsvermittlung von Schauspielern verboten. Systematische Überlegungen sprechen auch dagegen, da die Grundsätze in § 3 Z 1 AMFG vorsehen, dass auf die Arbeitsvermittlung freiwillig zurückgegriffen werden kann. Vor allem sprechen auch subjektiv historische Überlegungen dagegen. Der historische Sinn und Zweck vom „*Konjunkturbelebungs*gesetz 2002“ bestand darin bürokratisch Barrieren für den Bereich der privaten Arbeitsvermittlung zu beseitigen und die Vermittlungseffektivität zu steigern. Durch Exklusivvereinbarungen wird die Vermittlungseffektivität besonders beeinträchtigt.

VI. Spielervermittlung und Ausländerbeschäftigungsgesetz

1. Allgemeine Grundlagen

Die zentrale Rechtsquelle für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften in Österreich enthält das „*Ausländerbeschäftigungsgesetz*“ (AuslBG²⁴⁸). Für die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer bei inländischen Arbeitgebern bedarf es einer behördlichen Bewilligung.²⁴⁹ Der Sinn und Zweck des Ausländerbeschäftigungsgesetzes besteht darin, den Schutz inländischer österreichischer Dienstnehmer auf dem nationalen österreichischen Arbeitsmarkt zu wahren und darüber hinaus in der Schaffung eines vorsorglichen Schutzes für ausländische Dienstnehmer im Konnex mit der Arbeit am inländischen österreichischen Arbeitsmarkt. Des weiteren besteht der Sinn und Zweck des Ausländerbeschäftigungsgesetzes darin, dass Bedürfnis der Industrie (sog Wirtschaftsbedarf) nach Arbeitskräften zu gewährleisten und in der Wahrung der allgemeinen öffentlichen Interessen beziehungsweise der gesamtwirtschaftlichen Interessen.²⁵⁰ Nachdem die Politik des österreichischen Ausländerbeschäftigungsrechtes vom Prinzip der ‚*Integration vor Neuzuzug*‘ geprägt war, wird die Politik des österreichischen Ausländerbeschäftigungsrechtes nun auch von dem Prinzip der (Neu-) Zuwanderung von hochqualifizierten Führungskräften (respektive Spezialkräften) geprägt.²⁵¹

2. Personeller Anwendungsbereich

Auf welche Personen ist das AuslBG anzuwenden? Der persönliche Anwendungsbereich des österreichischen AuslBG bezieht sich auf „*Ausländer*“ gemäß § 2 Abs 1 AuslBG. Was ist unter dem Begriff „*Ausländer*“ zu verstehen? Die Legaldefinition für den Begriff „*Ausländer*“ enthält § 2 Abs 1 AuslBG. Als „*Ausländer*“ im Sinne des Ausländerbeschäftigungsrechtes werden Personen verstanden, die keine österreichische Staatsbürgerschaft haben.²⁵²

²⁴⁸ BGBl 1975/218.

²⁴⁹ Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 244; Egermann, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2004, zu 2. Beschäftigungsverbote, Rz 13.

²⁵⁰ Egermann, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2004, zu 2. Beschäftigungsverbote, Rz 13; Dirschmied, Der Entschädigungsanspruch des ausländischen Arbeitnehmers bei unerlaubter Beschäftigung, in FS Schnorr, 1988, 46; OGH 25.4.2001, 9 Ob 83/01y; SZ 74/77.

²⁵¹ RV 1172, BlgNR 21. GP, 41.

²⁵² Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 244; Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, 1995, 67; Dirschmied, Der Entschädigungsanspruch des ausländischen Arbeit-

Wer die österreichische Staatsbürgerschaft hat, ist als Inländer nicht unter den personellen Anwendungsbereich des AuslBG zu subsumieren und hat sohin unbeschränkte Zugangsmöglichkeit zum nationalen österreichischen Arbeitsmarkt.²⁵³ Der OGH qualifizierte in seiner Rsp unter anderem einen kanadischen Eishockeyspieler als Ausländer im Sinne des § 2 Abs 1 AuslBG²⁵⁴ und einen nigerianischen Berufsboxer als Ausländer im Sinne der AuslANV²⁵⁵. Der Begriff des „Ausländers“ wird auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers in § 1 Abs 2 AuslBG um bestimmte Personengruppen reduziert. Ausgenommen vom persönlichen Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind nach § 1 Abs 1 AuslBG insbesondere „EWR-Bürger“²⁵⁶ und bestimmte Familienangehörige der EWR-Bürger, bestimmte ausländische Familienangehörige österreichischer Staatsbürger und „besondere Führungskräfte“ mit bestimmten Familienangehörigen.

Die Ausnahme von den Bürgern der alten EU-Mitgliedsstaaten vom personellen Anwendungsbereich des AuslBG ergibt sich bereits aus dem Prinzip der „Arbeitnehmerfreizügigkeit“ gemäß Art 39 EGV.²⁵⁷ Zu den alten EU-Mitgliedsstaaten zählen „Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien“.²⁵⁸ § 1 Abs 3 AuslBG normiert ausdrücklich, dass „zwischenstaatliche Vereinbarungen“ dem AuslBG vorgehen. Auf Grund der Anordnung des Gesetzgebers in § 1 Abs 4 AuslBG besteht für den entsprechenden Minister unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit bestimmte Personengruppierungen durch Verordnung vom Ausländerbegriff des AuslBG auszunehmen. Des weiteren kann auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers in § 1 Abs 5 AuslBG die Regierung Übereinkommen mit Nachbarstaaten in puncto Schlüsselkräfte unter entsprechenden Voraussetzungen festlegen.

Durch die EU-Erweiterung vom 1. Mai 2004 wurde die EU um zehn weitere neue Mitgliedsstaaten vergrößert. Zu den neuen EU-Mitgliedsstaaten zählen „Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern“.²⁵⁹ Die Bürger der

nehmers bei unerlaubter Beschäftigung, in FS Schnorr, 1988, 46; Arb 9678; OGH, DRdA, 1978, 347 (Holzer/Posch); OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; SZ 50/132.

²⁵³ Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, 1995, 67.

²⁵⁴ Arb 9678; OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; SZ 50/132.

²⁵⁵ SZ 52/87; OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78.

²⁵⁶ Mit 1.6.2004 sind nun auch die schweizerischen Arbeitskräfte nicht vom Anwendungsbereich des AuslBG gemäß dessen § 32 Abs 9 erfasst. Müller, Übergangsregelungen für die Beschäftigung von neuen EU-Bürgern für die Zeit vom 1. 5. 2004 bis längstens 2011, ASoK, 2004, 211; RV 414, BlgNR 22. GP, 4.

²⁵⁷ Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 1ff; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 199; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 104; Schrammel, Ausländerbeschäftigung, ecolx, 1997, 724.

²⁵⁸ Egermann, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2004, zu V. Der Abschluss des Dienstvertrages, Rz 14, Fn 59.

²⁵⁹ Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 2; Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen

neuen EU-Mitgliedsstaaten werden grundsätzlich als die „neuen EU-Bürger“ bezeichnet.²⁶⁰ Durch das „EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz“²⁶¹ sollte das österreichische Ausländerbeschäftigungsrecht an das Übergangsabkommen adaptiert werden.²⁶² Durch die Novellierung des Ausländerbeschäftigungsrechtes wurde klargestellt, dass die Bürger der neuen EU-Mitgliedsstaaten für den Zeitraum der Übergangsregelungen prinzipiell nicht vom Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen werden und die Bestimmungen des AuslBG sohin für die Zulassung zur Beschäftigung am nationalen österreichischen Arbeitsmarkt weiter gelten.²⁶³ Zwar geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, dass die Bürger der neuen EU-Mitgliedsstaaten unter den Anwendungsbereich des AuslBG zu subsumieren sind, jedoch bestehen zwei Ausnahmetatbestände nach § 32a Abs 1 und 2 AuslBG. In erster Linie werden nach § 32a Abs 1 AuslBG die Bürger der neuen EU-Mitgliedsstaaten „Zypern“ und „Malta“ ausgenommen. In zweiter Linie werden nach § 32a Abs 2 Z 1-3 AuslBG auch jene neuen EU-Bürger ausgenommen, die erstens am EU-Beitrittstag (beziehungsweise nach dem EU-Beitrittstag) legitim in Österreich berufstätig waren und kontinuierlich wenigstens ein Jahr am österreichischen Arbeitsmarkt behördlich genehmigt waren, oder zweitens die Tatbestandsvoraussetzungen für den „Befreiungsschein“ erfüllen beziehungsweise drittens seit einem Zeitraum von 5 Jahren in Österreich beständig ansässig sind und ein geregeltes Arbeitsentgelt aus legitimen Erwerb haben. Dies ist den Bürgern der neuen Mitgliedsstaaten sodann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen durch das AMS per Schrift zu bescheinigen. Dabei handelt es sich um die sogenannte „Freizügigkeitsbestätigung“.

3. Behördliche Bewilligung

3.1. Allgemeine Grundlagen

Auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers in § 3 Abs 1 AuslBG kann der österreichische Dienstgeber ausländische Arbeitnehmer nur unter der Voraussetzung beschäftigen, dass dem Dienstgeber für den ausländischen Arbeitnehmer eine „Beschäfti-

des Profisports, 2005, 245; Kaun, EU-Erweiterung und Ausländerbeschäftigung, ZAS, 2004, 120; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 12.

²⁶⁰ Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 2.

²⁶¹ BGBl I 2004/28.

²⁶² Kaun, EU-Erweiterung und Ausländerbeschäftigung, ZAS, 2004, 120; RV 414, BlgNR 22. GP, 1ff.

²⁶³ Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 91; Kaun, EU-Erweiterung und Ausländerbeschäftigung, ZAS, 2004, 121; RV 414, BlgNR 22. GP, 1ff; Müller, Übergangsregelungen für die Beschäftigung von neuen EU-Bürgern für die Zeit vom 1. 5. 2004 bis längstens 2011, ASoK, 2004, 210.

gungsbewilligung“, eine „Zulassung als Schlüsselkraft“, eine „Entsendebewilligung“ erteilt beziehungsweise eine „Anzeigebestätigung“ ausgefertigt wurde respektive die ausländische Arbeitskraft für die Beschäftigung über eine „Arbeitserlaubnis“, einen „Befreiungsschein“, eine ‚Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt‘, einen „Aufenthaltstitel“ ‚Daueraufenthalt-EG‘ beziehungsweise einen „Niederlassungsnachweis“ verfügt. Auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers in § 3 Abs 2 AuslBG kann der ausländische Arbeitnehmer die Beschäftigung nur dann antreten, sofern eine der entsprechenden behördlichen Bewilligungen gegeben ist. Das AuslBG geht bei der Beschäftigung von Ausländern von einem verwaltungsrechtlichen „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ aus.²⁶⁴ Das bedeutet, die Einstellung von ausländischen Arbeitnehmern ist nicht uneingeschränkt verboten, sondern von der Erteilung einer behördlichen Bewilligung abhängig und bis dahin illegitim.²⁶⁵

Die Voraussetzungen für die Erteilung der „Beschäftigungsbewilligung“ sind in § 4ff AuslBG normiert. Für die Erteilung der „Beschäftigungsbewilligung“ muss nach § 4 Abs 1 AuslBG die Situation und die Struktur des nationalen Arbeitsmarktes die Beschäftigung der ausländischen Arbeitskraft gestatten und es dürfen darüber hinaus keine essentiellen öffentlichen Interessen respektive gesamtwirtschaftlichen Interessen dagegen sprechen. Nach § 4 Abs 3 AuslBG muss insbesondere der inländische Arbeitgeber die ausländische Arbeitskraft betriebsintern anstellen, der inländische Dienstgeber die Lohnkonditionen respektive die Arbeitskonditionen berücksichtigen inklusive der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen, die ausländische Arbeitskraft einen entsprechenden Aufenthaltstitel haben²⁶⁶, darf keine illegitime Arbeitsvermittlung vorliegen und der inländische Dienstgeber darf nicht wiederholt gegen die ausländerbeschäftigungsrechtlichen Bestimmungen verstoßen haben. Das Ersatzkraftverfahren nach § 4b AuslBG ist zu berücksichtigen. Die Beschäftigungsbewilligung wird vom Dienstgeber für den ausländischen Dienstnehmer beantragt (Antragslegitimation AG). Die Beschäftigungsbewilligung ist nach § 7 Abs 1 AuslBG zu befristen. Die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung beträgt maximal 1 Jahr. Liegen die Voraussetzungen für die Beschäftigungsbewilligung alle samt vor, so besteht ein „Rechtsanspruch“ auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung.²⁶⁷

²⁶⁴ Schrammel, Ausländerbeschäftigung, ecolex, 1997, 724; Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, 1995, 97.

²⁶⁵ Schrammel, Ausländerbeschäftigung, ecolex, 1997, 724; Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, 1995, 97.

²⁶⁶ Die Bürger der neuen EU-Mitgliedsstaaten brauchen keinen fremdenrechtlichen „Aufenthaltstitel“, da sie Niederlassungsfreiheit respektive Sichtvermerksfreiheit haben. RV 414, BlgNR 22. GP, 4.

²⁶⁷ Holzer/Reissner, Die Rechtsstellung von Berufssportlern aus Staaten mit einem EU-Assoziationsabkommen in Österreich, ASoK, 2001, 46; Schrammel, Ausländerbeschäftigung, ecolex, 1997, 726.

3.2. Zulassung als Schlüsselkraft

Die Zulassung von Schlüsselkräften wurde durch die Novelle zum Ausländerbeschäftigungsgesetz vom 13. August 2002 eingefügt.²⁶⁸ Die Politik des österreichischen Ausländerbeschäftigungsrechtes wird aktuell vom Prinzip der (Neu-) Zuwanderung von hochqualifizierten Führungskräften (respektive Spezialkräften) geprägt.²⁶⁹ Was ist unter einer „*Schlüsselkraft*“ zu verstehen? In der Literatur werden die Schlüsselkräfte auch als „*hochqualifizierte Arbeitskräfte*“ bezeichnet.²⁷⁰ Der österreichische Gesetzgeber definiert den Begriff der „*Schlüsselkraft*“ in § 2 Abs 5 AuslBG (Legaldefinition).

„Als Schlüsselkräfte gelten Ausländer, die über eine besondere, am inländischen Arbeitsmarkt nachgefragte Ausbildung oder über spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung verfügen und für die beabsichtigte Beschäftigung eine monatliche Bruttoentlohnung erhalten, die durchwegs mindestens 60 vH der Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) zuzüglich Sonderzahlungen zu betragen hat. Überdies muss mindestens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- 1. die beabsichtigte Beschäftigung hat eine besondere, über das betriebsbezogene Interesse hinausgehende Bedeutung für die betroffene Region oder den betroffenen Teilarbeitsmarkt oder*
- 2. die beabsichtigte Beschäftigung trägt zur Schaffung neuer Arbeitsplätze oder zur Sicherung bestehender Arbeitsplätze bei oder*
- 3. der Ausländer übt einen maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes (Führungskraft) aus oder*
- 4. die beabsichtigte Beschäftigung hat einen Transfer von Investitionskapital nach Österreich zur Folge oder*
- 5. der Ausländer verfügt über einen Abschluss einer Hochschul- oder Fachhochschulausbildung oder einer sonstigen fachlich besonders anerkannten Ausbildung.“*

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass zu den Zielen der Novelle des Ausländerbeschäftigungsrechtes die „*Neuzulassung ausländischer Schlüsselkräfte zum österreichi-*

²⁶⁸ BGBl I 2002/126.

²⁶⁹ Egermann, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2004, zu 2. Beschäftigungsverbote, Rz 19b; RV 1172, BlgNR 21. GP, 41.

²⁷⁰ Müller, Übergangsregelungen für die Beschäftigung von neuen EU-Bürgern für die Zeit vom 1. 5. 2004 bis längstens 2011, ASoK, 2004, 211; Gerhartl, Beschäftigung als Schlüsselkraft, PVInfo, 2007, H 10, 33.

schen Arbeitsmarkt anhand einheitlicher Kriterien und Optimierung des Zulassungsverfahrens“ zählte.²⁷¹ Die Neuregelung des Begriffes „Schlüsselkraft“ inkludiert sämtliche essentiellen Gesichtspunkte, welche bei der Besetzung einer Schlüsselkraftstellung zu berücksichtigen sind. Es sollte eine eindeutige Einordnung zum Kreise der betroffenen Personen als Schlüsselkräfte gewährleistet werden.²⁷²

Wie ist die Tatbestandsvariante „spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung“ zu verstehen? Voraussetzung dafür ist, dass die besonderen Kenntnisse bzw Fähigkeiten typischerweise nicht durch eine schulische beziehungsweise universitäre respektive berufliche Ausbildung erlangt werden. Vielmehr müssen sie in der Praxis erlangt worden sein und darüber hinaus auf außergewöhnlichen Begabungen beziehungsweise Leistungsfähigkeiten basieren.²⁷³ Dies ist zum Beispiel bei Spitzenspielern und Spitzentrainern der Fall.²⁷⁴ Im Allgemeinen wird an die ausländische Schlüsselkraft die Erwartung gestellt, dass sie wegen der außergewöhnlichen Qualifikation beziehungsweise der vorgeschriebenen Position im Unternehmen eine besondere Stellung im Geschehensablauf einnimmt. Das ist vor allem bei Spitzenspielern, Spitzentrainern, Spitzenmanagern und leitenden Angestellten sowie Führungskräften der Fall.²⁷⁵ Arbeiter, die keine spezielle Zusatzqualifikation besitzen, werden nicht unter den Begriff der „Schlüsselkraft“ subsumiert.²⁷⁶

Nach § 2 Abs 5 AuslBG hat die Schlüsselkraft ein entsprechendes Mindesteinkommen zu verdienen. Das Mindesteinkommen hat nach Meinung in der Literatur grundlegende Relevanz für die Beurteilung der Schlüsselaufgabe.²⁷⁷

Wie hoch muss der Betrag der Mindestentlohnung sein? Die Mindestentlohnung muss sechzig Prozent der sozialversicherungsrechtlichen Höchstbeitragsgrundlage betragen. Die Mindestentlohnung musste beispielsweise für das Jahr 2008 den Betrag von 2.358 Euro ausmachen.²⁷⁸ Die vorgesehene Mindestentlohnung ist kontinuierlich zu bezahlen und vom Ausmaß der Wochenstunden unabhängig.²⁷⁹ Eine temporäre kurzfristige Unterschreitung der

²⁷¹ RV 1172, BlgNR 21. GP, 41.

²⁷² RV 1172, BlgNR 21. GP, 44.

²⁷³ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 130; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 21.

²⁷⁴ Gerhartl, Beschäftigung als Schlüsselkraft, PVInfo, 2007, H 10, 32; Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 130; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 21.

²⁷⁵ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 130.

²⁷⁶ Gerhartl, Beschäftigung als Schlüsselkraft, PVInfo, 2007, H 10, 33; Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 130; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 21.

²⁷⁷ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 131; Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249.

²⁷⁸ Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber, 2008, 148.

²⁷⁹ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 131; Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249.

entsprechenden Mindestentlohnung ist sohin nicht gestattet.²⁸⁰ Dauern zustehende Zulagen, für welche ein Anspruch (per Gesetz respektive Kollektivvertrag) existiert, dürfen in den Betrag der Mindestentlohnung einkalkuliert werden.²⁸¹ Ist die Einordnung einer Person als Schlüsselkraft zweifelhaft kann nach *Weigl* die Mindestentlohnung als entscheidender Aspekt gewertet werden.²⁸²

Kritisch zu dem Aspekt der Mindestentlohnung steht der *Minderheitsbericht*.²⁸³ Im *Minderheitsbericht* wird darauf hingewiesen, dass die Zuwanderung durch den Aspekt der Mindestentlohnung bloß auf „*sehr gut verdienende Ausländer*“ limitiert wird. Dies steht im krasen Widerspruch zum Bedürfnis der Industrie (Wirtschaftsbedarf). Ausländischer Arbeitskräfte bedarf es vielmehr in Branchen in denen auf Grund niedriger Gehälter österreichische Arbeitskräfte nicht gewillt sind Arbeiten zu verrichten, wie zum Beispiel im Krankenpflegebereich, in der Fremdenverkehrsbranche und in der Bauwirtschaftsbranche.²⁸⁴

Meiner Meinung nach stellt die Mindestentlohnung den entscheidenden Aspekt der Schlüsselkräfteeigenschaft dar. Dafür spricht, dass der historische Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien die Schlüsselkräfte als hochqualifizierte Arbeitskräfte bezeichnet hatte.²⁸⁵ Aspekte für die Bestimmung einer Qualifikation sind entweder die Ausbildung selbst (arg „*nachgefragte Ausbildung*“ gemäß § 2 Abs 5 1. Fall AuslBG) oder die Qualität einer Arbeitsleistung (arg „*spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten*“ gemäß § 2 Abs 5 2. Fall AuslBG). Die Qualität einer Arbeitsleistung lässt sich objektiv-abstrakt betrachtet durch die Höhe der Bezahlung (dh Entlohnungshöhe) bestimmen. Sohin kann meiner Ansicht nach, wie im *Minderheitsbericht* kritisch bewertet, die Schlüsselkraft auch als „*hochbezahlte Arbeitskraft*“ beschrieben werden.

Als dritte Tatbestandsvoraussetzung muss neben der Qualifikation und dem Mindesteinkommen eine der in § 2 Abs 5 Z 1 bis Z 5 AuslBG alternativ normierten Voraussetzung vorliegen.²⁸⁶ Die intendierte Arbeit besitzt eine „*besondere, über das betriebsbezogene Interesse hinausgehende Bedeutung für die betroffene Region oder den betroffenen Arbeitsmarkt*“, wenn zum Beispiel mit der intendierten Arbeit „*sonstige positive Effekte*“ wie die gesteiger-

²⁸⁰ Deutsch/Neurath/Nowotny, *Ausländerbeschäftigungsrecht*, 2006, 131; Weigl, *Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten*, in Resch/Trost [Hrsg], *Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports*, 2005, 249.

²⁸¹ Deutsch/Neurath/Nowotny, *Ausländerbeschäftigungsrecht*, 2006, 131; Weigl, *Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten*, in Resch/Trost [Hrsg], *Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports*, 2005, 250.

²⁸² Weigl, *Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten*, in Resch/Trost [Hrsg], *Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports*, 2005, 250; noch relevanter betrachtet *Nowotny* den Aspekt der Mindestentlohnung. Sie spricht davon, dass die Mindestentlohnung das „*Hauptkriterium*“ bei der Bestimmung der Schlüsselkräfteeigenschaft darstellt. *Nowotny*, *Reform des Fremdenrechts und des Ausländerbeschäftigungsrechts 2002*, ASoK, 2003, 17.

²⁸³ MB 1244, BlgNR 21. GP, 27.

²⁸⁴ MB 1244, BlgNR 21. GP, 27.

²⁸⁵ RV 1172, BlgNR 21. GP, 41.

²⁸⁶ Gerhartl, *Beschäftigung als Schlüsselkraft*, PVInfo, 2007, H 10, 33.

te Qualifizierung vorhandener Dienststellen beziehungsweise Strukturreformen für den nationalen Arbeitsmarkt einhergehen.²⁸⁷ Die individualbetrieblichen Interessen eines Dienstgebers sind jedoch nicht ausreichend. Daher ist der Einspruch des Dienstgebers, eine Person ist notwendig um den geschäftlichen Betrieb fortsetzen zu können respektive zur Erfüllung der bestehenden Auftragslage erforderlich, irrelevant.²⁸⁸

Was wird unter der Tatbestandsvariante „*Schaffung neuer Arbeitsplätze*“ verstanden? Das heißt in concreto, wie viele neue Arbeitsplätze müssen durch die Beschäftigung der potentiellen Schlüsselkraft geschaffen werden? Nach herrschender Meinung in der Literatur und nach den Gesetzesmaterialien muss durch die Beschäftigung der Schlüsselkraft zumindest ein neuer Arbeitsplatz geschaffen werden.²⁸⁹

3.3. Berufsfußballspieler als Schlüsselkräfte

Ist der Profifußballspieler als „*Schlüsselkraft*“ im Sinne des § 2 Abs 5 AuslBG zu verstehen? Nach herrschender Meinung in der österreichischen Literatur sind Spitzenspieler unter den Begriff der „*Schlüsselkraft*“ im Sinne des § 2 Abs 5 AuslBG zu subsumieren.²⁹⁰ In der österreichischen sportrechtlichen Literatur setzte sich vor allem *Weigl* mit der Frage auseinander ob Spitzenspieler als Schlüsselkräfte zu verstehen sind.²⁹¹

3.4. Ansicht Weigl

Weigl ist der Auffassung, dass es sich bei Spitzenspielern um Schlüsselkräfte gemäß § 2 Abs 5 AuslBG handelt.²⁹² Er weist zunächst darauf hin, dass Spitzensportler außergewöhnliche Kenntnisse respektive Fähigkeiten mit einer einschlägigen beruflichen Praxis gemäß § 2 Abs 5 AuslBG haben. Im Allgemeinen ist jedoch nicht davon auszugehen, dass diese Tatbestandsvoraussetzung gegeben ist, wenn eine bestimmte Liga (wie zum Beispiel Bundesliga

²⁸⁷ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 131.

²⁸⁸ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 131.

²⁸⁹ Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber, 2008, 148; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 22; RV 1172, BgNR 21. GP, 44; anderer Ansicht *Nowotny*. Nach *Nowotny* müssen zumindest 2 Arbeitsstellen geschaffen werden. *Nowotny*, Reform des Fremdenrechts und des Ausländerbeschäftigungsrechts 2002, ASoK, 2003, 17.

²⁹⁰ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 130; *Weigl*, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 21.

²⁹¹ *Weigl*, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249.

²⁹² *Weigl*, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249f.

respektive Erste Liga) erreicht worden ist. Es ist im konkreten individuellen Einzelfall zu überprüfen ob eine Schlüsselkrafteigenschaft vorliegt. Umso höher eine Liga ist, desto eher wird die Tatbestandsvariante seines Erachtens erfüllt sein. Die Vereine der höchsten Spielklassen werden in der Regel nicht unbegabte Sportler aus ausländischen Ligen transferieren. Auf den ersten Blick ist davon auszugehen, dass eine außergewöhnliche Fertigkeit beziehungsweise eine außergewöhnliche Begabung vorliegt. Grundlegende Relevanz für die Bestimmung des Begriffes der Schlüsselkraft hat nach *Weigl* die Mindestentlohnung. Die entsprechende Mindestentlohnung wird bei Spitzensportlern ohne Probleme gegeben sein. Ist die Subsumierung unter den Begriff der Schlüsselkraft zweifelhaft, so ist das Kriterium der Mindestentgelthöhe seines Erachtens entscheidender Gesichtspunkt. Nach *Weigel* besteht an der Beschäftigung von Spitzensportlern nicht bloß ein betriebliches individuelles Interesse des Dienstgebers, sondern hat diese sonstige „positive Effekte“ am entsprechenden Teilarbeitsmarkt zur Folge im Sinne des § 2 Abs 5 Z 1 AuslBG. Durch den Spitzenspieler wird der Mannschaftswert gesteigert. Werden ausländische Spitzenspieler in den Mannschaften eingesetzt (weil zweifellos auf dem österreichischen Sportlermarkt nicht genug österreichische talentierte Spieler vorhanden sind), wird die Spielqualität im Großen und Ganzen erhöht. Werden im Sport (insbesondere Eishockey, Fußball und Basketball) keine ausländischen Berufssportler eingesetzt, so würde das Zuschauerinteresse (sog „Publikumsinteresse“) bei den Saisonspielen drastisch zurückgehen. Beim Sportbereich handelt es sich um einen erheblichen Wirtschaftsbestandteil.²⁹³

3.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind im generellen Profifußballspieler (der 1. und 2. Liga) unter den Begriff der „Schlüsselkraft“ zu subsumieren. Besondere Kenntnisse beziehungsweise Fähigkeiten mit entsprechender Berufspraxis sind gegeben, wenn diese auf außergewöhnlichen Talenten beziehungsweise Fähigkeiten basieren.²⁹⁴ Wird ein Fußballspieler für die höchste Spielklasse verpflichtet beziehungsweise aus einer höchsten Spielklasse verpflichtet, kann prima-facie davon ausgegangen werden, dass der Spieler besondere Kenntnisse beziehungsweise Fertigkeiten besitzt. Wie *Weigl* dies ausgeführt hat, kann im Zweifel für das Vorliegen besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten eines Spitzensportlers das Mindestentgelt entscheidend sein.²⁹⁵ Die Entgelthöhe kann als Aspekt für die Qualitätsbemessung einer Ar-

²⁹³ Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249f.

²⁹⁴ Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 21.

²⁹⁵ Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249.

beitsleistung herangezogen werden.²⁹⁶ Umso höher das Entgelt, desto höher die Qualität und spezieller sind die Kenntnisse respektive Fähigkeiten. Die Mindestentlohnung wird in der Regel bei den Profifußballspielern gegeben sein. Positive Wirkungen für den entsprechenden Teil des Arbeitsmarktes liegen im Falle von Höherqualifizierung bereits vorhandener Arbeitsstellen und Strukturreformierungen vor.²⁹⁷ Durch den Einsatz von ausländischen Profifußballspielern wird die Spielqualität des Fußballs verbessert und das Zuschauerinteresse für den Fußballsport gesteigert. Der Fußballbereich stellt einen beachtlichen und erheblichen Wirtschaftsbestandteil dar.²⁹⁸ Der Einsatz von ausländischen Profifußballern geht über das betriebliche Individualinteresse des Dienstgebers hinaus. Dafür spricht, dass im Fußballbereich das Publikumsinteresse auf Abwechslung besteht.²⁹⁹ Das Publikumsinteresse auf Abwechslung stellt ein Allgemeininteresse dar und ist ergo nicht bloß als betriebliches Interesse des Arbeitgebers zu bewerten. Durch ausländische Profifußballspieler werden auch neue Investoren, neue Sponsoren und Werbepartner angesprochen und aktiv. Darüber hinaus ist im Rahmen der überbetrieblichen Interessen zu berücksichtigen, dass durch den Wechsel eines ausländischen Fußballspielers im betreffenden Herkunftsstaat durch Journalisten und TV-Anstalten über Österreich Bericht erstattet wird. Dadurch wird Werbung für Österreich im Ausland gemacht und Touristen angezogen (Tourismuswerbung). Aus den genannten Gründen werden bei der Beschäftigung von Profifußballspielern sohin nicht bloß betriebliche Individualinteressen des Dienstgebers im Sinne des § 2 Abs 5 Z 1 AuslBG vorliegen. Des weiteren wird durch die Beschäftigung eines ausländischen Profifußballspielers zumindest ein weiterer Arbeitsplatz geschaffen gemäß § 2 Abs 5 Z 2 AuslBG. Wird ein neuer ausländischer Fußballspieler engagiert bedarf es Zwecks fachspezifischer (taktischer) Kommunikation zwischen dem Spieler und dem Trainerstab eines Dolmetschers. Durch die Verpflichtung eines Dolmetschers wird sohin zumindest ein weiterer Arbeitsplatz geschaffen. Neben einem Dolmetscher werden die ausländischen Profifußballspieler auch weiteres sonstiges Betreuungspersonal brauchen, wie zum Beispiel bei der Suche nach Wohnungen und für den Erwerb von Deutschkenntnissen. Durch den Bedarf des Profifußballspielers an sonstigem Betreuungspersonal wird sohin sogar noch ein weiterer Arbeitsplatz geschaffen.

²⁹⁶ OGH, DRdA, 1978, 352 (Holzer/Posch).

²⁹⁷ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 131.

²⁹⁸ Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 249.

²⁹⁹ OGH, DRdA, 2000, 42 (Holzer); OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 54.

3.6. Zulassungsverfahren für Schlüsselkräfte

Die zentrale Rechtsgrundlage für das Neuzulassungsverfahren von Schlüsselkräften enthält § 12 AuslBG³⁰⁰.

„Ausländer, die über keine Niederlassungsbewilligung verfügen, werden zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn

- 1. die Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 5, 4 Abs. 1 und 3 (mit Ausnahme der Z 7) und 4b vorliegen,*
- 2. keine fremdenrechtlichen Bedenken gegen die Niederlassung bestehen und*
- 3. das in der Niederlassungsverordnung vorgesehene Länderkontingent für Schlüsselkräfte noch nicht ausgeschöpft ist“.*

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass eines der Ziele der Gesetzesinitiative in der optimalen Gestaltung des Zulassungsverfahrens besteht.³⁰¹ Die Zulassung als Schlüsselkraft umfasst erstens die Aufenthaltsberechtigung und zweitens die Beschäftigungsbewilligung. Beide Berechtigungen werden von einer Behörde geprüft. Es wird bei der Neuzulassung der Schlüsselkräfte sohin das Prinzip ‚One-Stop-Shop‘ verfolgt.³⁰² Es soll durch die neue Verfahrensgestaltung der (Neu-) Zulassung der Schlüsselkräfte erstens eine Beschleunigung, zweitens eine Vereinfachung und drittens eine Konzentration des Verfahrens erreicht werden.³⁰³

Kritisch zum Prinzip ‚One-Stop-Shop‘ im Neuzulassungsverfahren von Schlüsselkräften steht der *Minderheitsbericht*. Laut *Minderheitsbericht* liegt bloß bei oberflächlicher prima-facie Betrachtungsweise eine Vereinfachung des Verfahrens vor. Es handelt sich um eine Art ‚Kosmetik‘. Der Landeshauptmann (LH) hat beim Arbeitsmarktservice (AMS) ein Fachgutachten einzuholen, wobei das AMS per Bescheid die Entscheidung vornimmt und gegen diese Entscheidung das Rechtsmittel der Berufung besteht. In Wirklichkeit handelt es sich eher um eine Art der Verfahrenskomplikation in Verbindung mit einem Rechtsschutznachteil. Des weiteren wird im *Minderheitsbericht* ausdrücklich kritisiert, dass das Prinzip ‚One-Stop-Shop‘ bloß auf erstmalige Zulassungen anzuwenden ist und darüber hinaus zwei behördliche Genehmigungen notwendig sind.³⁰⁴

³⁰⁰ BGBl I 2002/126; zuletzt geändert durch BGBl I 2005/101.

³⁰¹ RV 1172, BlgNR 21. GP, 41.

³⁰² Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 18ff und 161; Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 281; Scherff, Ausländerbeschäftigungsgesetz, 2002, 49; RV 1172, BlgNR 21. GP, 21ff und 47; AB 1244, BlgNR 21. GP, 1.

³⁰³ Deutsch/Neurath/Nowotny, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006, 281; RV 1172, BlgNR 21. GP, 21.

³⁰⁴ MB 1244, BlgNR 21. GP, 27.

Durch die ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers in § 12 Abs 1 AuslBG erfasst die (Neu-) Zulassung von Schlüsselkräften ausländische Schlüsselkräfte, die keine „Niederlassungsbewilligung“ besitzen. Da die Bürger aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten mit dem EU-Beitritt in den Genuss der „Niederlassungsfreiheit“ gekommen sind, wird das Rechtsinstitut der (Neu-) Zulassung für Schlüsselkräfte gemäß § 12 Abs 1 AuslBG nicht auf Schlüsselkräfte angewandt, die Bürger der neuen EU-Mitgliedsstaaten sind.³⁰⁵

Die Zulassung als Schlüsselkraft wird gemäß § 12 AuslBG erteilt, wenn erstens die beschäftigungsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, zweitens keine fremdenrechtlichen Erwägungen gegen die ausländische Person vorliegen und drittens die Quotenplätze (nach der Niederlassungsverordnung) noch nicht aufgebraucht worden sind.³⁰⁶ Der ausländische Arbeitnehmer hat den Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft zu stellen (Antragslegitimation AN). Der Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft hat eine Begründung des inländischen Dienstgebers zu inkludieren (AG-Argumente). Der Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft ist sodann vom inländischen Dienstgeber für die ausländische Schlüsselkraft beim entsprechenden Landeshauptmann einzubringen. Die Geltungsdauer der Zulassung als Schlüsselkraft beträgt maximal 18 Monate.³⁰⁷ Der Geltungsbereich der Zulassung als Schlüsselkraft erfasst ganz Österreich für einen konkreten Dienstgeber nach § 12 Abs 6 AuslBG. Nimmt die ausländische Schlüsselkraft innerhalb der ersten achtzehn Monate einen Wechsel zu einem neuen Dienstgeber vor, so werden die Bestimmungen des § 12 Abs 1 bis 5 sinnkonform angewandt nach § 12 Abs 6 AuslBG.

Hinsichtlich der Schlüsselkräfte, die Bürger der neuen EU Mitgliedsstaaten sind, gilt § 32a Abs 8 AuslBG. Möchte ein Dienstgeber eine Schlüsselkraft aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten beschäftigen, so ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung unter der Voraussetzung, dass § 2 Abs 5 AuslBG in Verbindung mit § 4 Abs 1 und 3 (ausgenommen ist deren Z 7) und § 4b AuslBG erfüllt sind, zu erteilen.

³⁰⁵ Gerhartl, Beschäftigung als Schlüsselkraft, PVInfo, 2007, H 10, 32; Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 37; Weigl, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 248; Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, 2004, 31; RV 414, BlgNR 22. GP, 6.

³⁰⁶ Egermann, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2004, zu 2. Beschäftigungsverbote, Rz 19b; Scherff, Ausländerbeschäftigungsgesetz, 2002, 49; RV 1172, BlgNR 21. GP, 47.

³⁰⁷ Ursprünglich war die Geltungsdauer der Zulassung als Schlüsselkraft für maximal ein Jahr vorgesehen. RV 1172, BlgNR 21. GP, 47.

4. Sachlicher Anwendungsbereich

Welche Rechtsverhältnisse werden unter die Bestimmungen des AuslBG subsumiert? Nach § 1 AuslBG erfasst der sachliche Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsrechtes die „*Beschäftigung*“ von Ausländern. Der Begriff der „*Beschäftigung*“ nach dem Ausländerbeschäftigungsrecht ist nach der Literatur extensiv zu verstehen.³⁰⁸ Durch das extensive Verständnis des Begriffes „*Beschäftigung*“ soll die Umgehung des Ausländerbeschäftigungsrechtes verhindert werden (arg Umgehungsschutz).³⁰⁹ Aus § 2 Abs 2 AuslBG ergibt sich, welche Rechtsverhältnisse als „*Beschäftigung*“ zu verstehen sind. Gemäß § 2 Abs 1 AuslBG werden erstens die Arbeitsverträge, zweitens die arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisse, drittens die Ausbildungsverträge und viertens die betriebsentsandten Arbeitskräfte sowie fünftens die Leiharbeitsverhältnisse als „*Beschäftigung*“ verstanden. Der OGH entschied, dass es sich bei einem Spielervertrag zwischen einem kanadischen Eishockeyspieler und einem österreichischen Eishockeyverein um einen Arbeitsvertrag gemäß § 2 Abs 2 lit a AuslBG³¹⁰ und bei dem Managervertrag mit einem Boxer um einen Arbeitsvertrag gemäß der AuslANV handelte³¹¹. Die selbständigen Tätigkeiten werden nicht als „*Beschäftigung*“ gemäß § 2 Abs 2 AuslBG verstanden und sind daher nicht vom AuslBG erfasst.³¹² Für die selbständig Erwerbstätigen sind demnach nicht die gesetzlichen Bestimmungen des AuslBG maßgeblich, sondern die gesetzlichen Bestimmungen der GewO.³¹³ Für die Beurteilung der Frage ob eine Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsrechtes vorliegt, ist nach § 2 Abs 4 AuslBG auf das wahre wirtschaftliche faktische Geschehen abzustellen und nicht bloß auf die äußere Form der Erscheinung eines Geschehens.³¹⁴ Für die Subsumtion unter das AuslBG ist die Beschäftigung relevant und nicht die Wirksamkeit eines Arbeitsvertrages.³¹⁵ Der Spielervertrag zwischen einem österreichischen Fußballverein und einem ausländischen Profifußballspieler ist als Arbeitsvertrag im Sinne des § 2 Abs 2 lit a AuslBG zu verstehen.³¹⁶

³⁰⁸ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 9; Husen, Die Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, 1999, 59; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I, 1998, 123.

³⁰⁹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 9; Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 24; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 105.

³¹⁰ OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; Arb 9678; OGH, DRdA, 1978, 346 und 348 (Holzer/Posch).

³¹¹ OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78, SZ 52/87; OGH, DRdA, 1981, 232 und 236 (Schrammel).

³¹² Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 8; VwGH, DRdA, 1995, 31 (Nowotny).

³¹³ Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 2006, 8; VwGH, DRdA, 1995, 31 (Nowotny).

³¹⁴ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 24; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 198; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 105; VwGH, DRdA, 1995, 28f und 31 (Nowotny).

³¹⁵ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 198; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 105; Husen, Die Beschäftigungsbewilligung, 1999, 61.

³¹⁶ OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; Arb 9678; OGH, DRdA, 1978, 346ff (Holzer/Posch).

5. Rechtsfolgen

Welche Sanktionen zieht ein Verstoß gegen das AuslBG nach sich? Ein Verstoß gegen das AuslBG zieht sowohl zivilrechtliche als auch verwaltungsrechtliche Sanktionen nach sich. Nach der Rsp des OGH und der herrschenden Meinung in der Literatur sind Arbeitsverträge zwischen ausländischen Arbeitnehmern und inländischen Arbeitgebern ohne die entsprechende behördliche Bewilligung nach § 879 Abs 1 ABGB „*nichtig*“.³¹⁷ Beschäftigt ein inländischer Arbeitgeber einen ausländischen Arbeitnehmer ohne entsprechende behördliche Bewilligung, begeht er eine Verwaltungsübertretung gemäß § 28 AuslBG und es droht eine „*Geldstrafe*“. Wird eine ausländische Schlüsselkraft ohne Zulassung als Schlüsselkraft beschäftigt, stellt dies eine Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG dar und es droht eine „*Geldstrafe*“. Gemäß § 30 AuslBG kann die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern untersagt werden. Im Falle von wiederholter unzulässiger Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern kann gemäß § 30a AuslBG dem Arbeitgeber die Gewerbeberechtigung entzogen werden.

6. Provisionsanspruch und fehlende behördliche Bewilligung nach AuslBG

Ist ein Provisionsanspruch des Arbeitsvermittlers bei fehlender behördlicher Bewilligung gegenüber dem Arbeitnehmer oder Arbeitgeber gegeben? Die zentrale arbeitsmarktrechtliche Rechtsgrundlage für die Entstehung des Provisionsanspruches im Rahmen der Künstlervermittlung und Sportlervermittlung enthält 5 Abs 3 AMFG³¹⁸. „*Bei der Vermittlung von Künstlern und Sportlern darf ein Vermittlungsentgelt verlangt oder entgegengenommen werden, wenn der Arbeitsvertrag durch die Vermittlungstätigkeit zulässig zustande gekommen ist*“. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzgebers in § 5 Abs 3 AMFG muss für die Entstehung des Provisionsanspruches der Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber „*zulässig zustande gekommen*“ sein. Der Arbeitsvertrag zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ist „*nichtig*“, wenn die entsprechende behördliche Bewilligung nicht vorliegt.³¹⁹ Ergo besteht bei fehlender behördlicher Bewilligung für den ausländischen Arbeitnehmer kein Provisionsanspruch des Arbeitsvermittlers (Spieler-

³¹⁷ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 223; OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; Arb 9678; OGH, DRdA, 1978, 346, 348 und 353 (Holzer/Posch); OGH 4.6.1963, 4 Ob 12/63; Arb 7798; SZ 36/78; SZ 52/87; OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78; OGH, DRdA, 1981, 232 und 236ff (Schrammel); OGH 16.3.1994, 9 ObA 51/94; anderer Auffassung *Wachter*. Wachter, Arbeitsverhältnis eines Ausländers und Ablauf der Beschäftigungsbewilligung, DRdA, 1979, 187 und 190.

³¹⁸ BGBl I 2007/104.

³¹⁹ OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; Arb 9678; SZ 52/87; OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78; OGH, DRdA, 1981, 232 und 236ff (Schrammel).

vermittlers) gegenüber dem Arbeitnehmer (Spieler). Für das Verhältnis Spielervermittler und Fußballverein kann für die Entstehung der Vermittlungsprovision auf § 8 Abs 2 HVertrG zurückgegriffen werden. Nach § 8 Abs 2 HVertrG muss für die Entstehung des Provisionsanspruches das zu vermittelnde Rechtsgeschäft zustande gekommen sein. Bei fehlender behördlicher Bewilligung des Arbeitsvertrages liegt Nichtigkeit vor.³²⁰ Ergo besteht bei fehlender behördlicher Bewilligung für den ausländischen Arbeitnehmer auch kein Provisionsanspruch des Arbeitsvermittlers (Spielervermittlers) gegenüber dem Arbeitgeber (Verein).

Die behördliche Bewilligung für den ausländischen Fußballspieler stellt sohin eine Art „*Wirksamkeitsvoraussetzung*“ für die Vermittlungsprovision des Spielervermittlers dar.

³²⁰ OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; Arb 9678; SZ 52/87; OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78; OGH, DRdA, 1981, 232 und 236ff (Schrammel).

VII. Spielervermittlung und Grundrechte

1. Allgemeine Grundlagen

Was ist unter dem Begriff der „Grundrechte“ zu verstehen? Der ausdrückliche Wortlaut des Verfassungsgesetzgebers in Art 144 B-VG spricht von einem „*verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht*“. Dabei handelt es sich um subjektive Rechte, die dem Einzelnen auf Verfassungsebene gesetzlich eingeräumt sind.³²¹ Die relevantesten Rechtsquellen für die Grundrechte sind in der österreichischen Rechtsordnung nicht in einem einzigen Verfassungsgesetz einheitlich geregelt. Es besteht ergo kein einheitlicher Grundrechtskatalog.³²² Zu den Rechtsquellen der Grundrechte zählen unter anderem das „*Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger*“ (StGG)³²³, das „*Bundes-Verfassungsgesetz*“ (B-VG)³²⁴, die „*Europäische Menschenrechtskonvention*“ (EMRK)³²⁵ samt „*Zusatzprotokolle zur Europäischen Menschenrechtskonvention*“ (ZPEMRK) und das „*Bundesverfassungsgesetz vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit*“ (PersFrG)³²⁶. Klassische Beispiele für die Grundrechte sind der Gleichheitssatz (gemäß Art 7 B-VG bzw Art 2 StGG), die Eigentumsfreiheit (gemäß Art 5 StGG bzw Art 1 1. ZPEMRK) und die Erwerbsfreiheit (gemäß Art 6 StGG). Die Grundrechte werden nach dem Grundrechtsträger in zwei unterschiedliche Kategorien gegliedert. Es werden auf der einen Seite die Staatsbürgerschaftsrechte und auf der anderen Seite die Menschenrechte differenziert.³²⁷ Die Staatsbürgerschaftsrechte kommen nur dem Staatsbürger zu Gute. Staatsbürgerschaftsrechte sind zum Beispiel die Erwerbsausübungsfreiheit (gemäß Art 6 StGG) und der Gleichheitssatz (gemäß Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG). Die Menschenrechte richten sich im Unterschied zu den Staatsbürgerschaftsrechten an sämtliche Menschen.³²⁸ Menschenrechte sind zum Beispiel die Eigentumsfreiheit (gemäß Art 5 StGG) und die Meinungsäußerungsfreiheit (gemäß Art 13 StGG). Die Grundrechte können sich einerseits an natürliche (physische) Personen und andererseits an juristische Personen richten unter der Voraussetzung, dass dies

³²¹ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 343; Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 2005, 4; Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004, 607.

³²² Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 43; Oberndorfer, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 274.

³²³ RGBI 1867/142.

³²⁴ StGBI 1929/45.

³²⁵ BGBl 1958/210.

³²⁶ BGBl 1988/684.

³²⁷ Mayer/Walter, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, 543.

³²⁸ Berka, Die Grundrechte, 1999, 90f; Oberndorfer, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 288.

mit dem Wesenszug des entsprechenden Grundrechtes kompatibel ist.³²⁹ Die juristischen Personen sind unter anderem Grundrechtsträger der Erwerbsausübungsfreiheit (gemäß Art 6 StGG) und der Eigentumsfreiheit (gemäß Art 5 StGG).³³⁰ Die juristischen Personen sind hingegen nicht Grundrechtsträger der Berufsausbildungsfreiheit und Berufswahlfreiheit (gemäß Art 18 StGG).³³¹

Die traditionelle herrschende Meinung in der Literatur war der Auffassung, dass die Grundrechte staatsgerichtet sind und als solches Abwehrrechte des Individuums im Verhältnis zum Staat darstellen.³³² Nach moderner Meinung in der Literatur und teilweise neuer Rsp des VfGH besteht eine „Garantiefunktion“ des Staates.³³³ Durch die „Garantiefunktion“ hat der Staat es nicht nur zu unterlassen in die Grundrechte des Einzelnen einzugreifen (Unterlassungspflichten), sondern es treffen den Staat darüber hinaus auch Leistungspflichten (Handlungspflichten). Der Staat ist verpflichtet mit adäquaten Mitteln zu gewährleisten, dass die Grundrechte ohne Behinderung von dritten Personen praktiziert werden können, sofern das Staatswesen dazu im Stande ist.³³⁴ Ein konkretes praktisches Beispiel für die Garantiefunktion des Staates ist der Schutz von legitimen Versammlungen vor illegitimen störenden Interventionen dritter Personen.³³⁵

Im Bereich der Grundrechte wird zwischen Grundrechten unter einem „formellen“ respektive einem „materiellen“ Gesetzesvorbehalt differenziert.³³⁶ Die Grundrechte unter einem formellen Gesetzesvorbehalt konnten durch Gesetz beschränkt werden.³³⁷ Der Gesetzgeber durfte jedoch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes verletzen.³³⁸ Grundrechte unter formellen Gesetzesvorbehalt sind zu Beispiel das Grundrecht auf Eigentum (gemäß Art 5 StGG) und das Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit (gemäß Art 6 StGG).³³⁹ Bei Grundrechten unter materiellen Gesetzesvorbehalt besteht die Möglichkeit auf Grundlage

³²⁹ Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 306; Oberndorfer, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 288.

³³⁰ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 348.

³³¹ VfSlg 8968; VfGH 29.11.1980 B 207/76; Oberndorfer, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 288f.

³³² Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 345; Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 299f; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsspieler in Österreich, 1998, 20; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 45; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 503; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 182f.

³³³ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 348; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 183f; Berka, Die Grundrechte, 1999, 59ff; VfGH 12.10.1990, B 20/89; VfSlg 12.501.

³³⁴ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 348.

³³⁵ VfGH 12.10.1990, B 20/89; VfSlg 12.501; Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 348.

³³⁶ Mayer/Walter, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, 551.

³³⁷ Grabenwarter, Erwerbsfreiheit und Wirtschaftssystem, 1994, 7.

³³⁸ VfGH 8.12.1956, G 16/56; VfSlg 3118.

³³⁹ Hollerer, Der Berufsspieler im Arbeitsrecht, 2003, 45.

eines Gesetzes unter bestimmten Voraussetzungen in den Schutzbereich eines Grundrechtes einzugreifen. Es ist in diesem Fall eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen. Der österreichische Gesetzgeber darf in ein Grundrecht eingreifen, wenn das Ziel einer Bestimmung im „*öffentlichen Interesse*“ besteht, die Bestimmung „*geeignet*“ ist das Ziel zu erreichen, die Bestimmung erforderlich ist und die „*Adäquanz*“ gegeben ist.³⁴⁰ Nach der neuen Rsp des VfGH hat sich das formelle Verständnis der Grundrechte unter formellem Gesetzesvorbehalt zu einem materiellen Verständnis weiterentwickelt bzw modifiziert.³⁴¹

Die Bindung des Staates an die Grundrechte besteht nicht nur für den Bereich der Gesetzgebung, sondern auch für den Bereich der Verwaltung („*Vollziehung*“).³⁴² Der Bescheid einer Verwaltungsbehörde verstößt gegen die Grundrechte, wenn der Bescheid entweder erstens ohne jedwede gesetzliche Grundlage erlassen wird, zweitens der Bescheid auf einer verfassungswidrigen gesetzlichen Regelung basiert respektive drittens die gesetzliche Regelung denkunmöglich vollzogen wird.³⁴³

2. Drittwirkung der Grundrechte³⁴⁴

2.1. Allgemeine Grundlagen

Was ist unter dem Begriff der „*Drittwirkung der Grundrechte*“ zu verstehen? Die Drittwirkung der Grundrechte beschäftigt sich mit der Frage wie die Grundrechte im Verhältnis der einzelnen Privaten untereinander wirken.³⁴⁵ Davon abzugrenzen ist die Frage wie die Grundrechte zwischen dem Staat und dem Einzelnen wirken.³⁴⁶ In der Literatur und der Rsp der Gerichte werden die „*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*“ und die „*unmittelbare*

³⁴⁰ Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 311f; Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 2007, 351; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 45f.

³⁴¹ VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538; VfGH 16.6.1992, G 317, 318/91, G 16/92; VfSlg 13.094.

³⁴² Berka, Die Grundrechte, 1999, 425; Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkomentar, 1997, zu Art 6 StGG, Rz VI; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; VfGH 27.9.1994, B 2020/93; VfSlg 13.859.

³⁴³ VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; VfGH 27.9.1994, B 2020/93; VfSlg 13.859; siehe dazu auch Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 46ff.

³⁴⁴ In der Literatur wird die Drittwirkung der Grundrechte auch als „*Horizontalwirkung der Grundrechte*“ bezeichnet. Berka, Die Grundrechte, 1999, 129.

³⁴⁵ Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 48; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band I, 2001, 32; Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, 549; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 45; Arens, Transferbestimmungen im Fußballsport im Lichte des Arbeits- und Verfassungsrechts, SpuRt, 1994, 181; Bydlinski, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in Rack [Hrsg], Grundrechtsreform, 1985, 174.

³⁴⁶ Mayer/Walter, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, 549.

Drittwirkung der Grundrechte“ differenziert. Nach herrschender Meinung³⁴⁷ in der Literatur und nach der Rsp des OGH³⁴⁸ besteht eine „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte.³⁴⁹ Bei der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte strahlen die Grundrechte über die Generalklauseln, wie zum Beispiel § 879 Abs 1 ABGB respektive die interpretationsbedürftigen Wertbegriffe, in die Zivilrechtsordnung ein.³⁵⁰ Die minder Meinung in der Literatur³⁵¹ geht von der „unmittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte aus. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte geht davon aus, dass die Grundrechte im Rechtsverhältnis der Einzelnen untereinander wie im Verhältnis Staat und Einzelner wirken.³⁵²

2.2. Literatur und Rsp zur Drittwirkung der Grundrechte

Es stellt sich die Frage ob eine mittelbare beziehungsweise unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte besteht. In der Gerichtspraxis hat sich der OGH und in der Literatur haben sich vor allem *Koziol*, *Friedrich/Marhold* und *Runggaldier* mit der Frage der Art der Drittwirkung der Grundrechte auseinandergesetzt.

2.2.1. Ansicht Koziol

Koziol ist der Auffassung, dass erstens die Funktion der Grundrechte, zweitens die „Privatautonomie“ und drittens die „Rechtsunsicherheit“ für die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Verhältnis der Privaten untereinander sprechen. Er weist darauf hin, dass die Funktion der Grundrechte in einem Abwehrrecht der individuellen Person im Verhältnis zum

³⁴⁷ Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 2005, 4f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band I, 2001, 31f; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 50; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des “Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 45, mwN.

³⁴⁸ OGH 16.12.1992, 9 ObA 602/92; OGH, ZAS, 1995, 12 und 16 (Schrammel).

³⁴⁹ Ausnahmsweise wird eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte anerkannt, wenn dies ein Verfassungsgesetz ausdrücklich normiert. Ein konkretes Beispiel für eine verfassungsrechtliche Normierung der unmittelbaren Drittwirkung enthält § 1 Abs 6 DSG.

³⁵⁰ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 78; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band I, 2001, 32; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 48; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des “Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 45; OGH 16.12.1992, 9 ObA 602/92; OGH, ZAS, 1995, 12 und 16 (Schrammel); Arens, Transferbestimmungen im Fußballsport im Lichte des Arbeits- und Verfassungsrechts, SpuRt, 1994, 181.

³⁵¹ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 434; Runggaldier, OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag zulässig, RdW, 1993, 79.

³⁵² Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 434; Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 79; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 23.

Staat und nicht gegenüber der individuellen Person besteht. Des weiteren wurde die „*Privatautonomie*“ bei der Reformierung der zivilrechtlichen Bestimmungen kaum berücksichtigt. Die Anwendung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zieht „*Rechtsunsicherheit*“ nach sich. Es würden bei allen zivilrechtlichen Bestimmungen Zweifel bestehen, ob sie durch die Normierung eines neuen Grundrechtes beseitigt werden.³⁵³

2.2.2. Ansicht OGH

Auch der *OGH* war bereits in seiner Entscheidung im Jahre 1992 der Ansicht, dass im Verhältnis zwischen den einzelnen Privaten eine „*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*“ besteht.³⁵⁴ „*Hiebei ist mit der herrschenden Lehre schon mangels Zugehörigkeit der normativen kollektivvertraglichen Rechtssetzung zur Hoheitsverwaltung ... lediglich von einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte vor allem im Wege der Konkretisierung der wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Zivilrechtes (insbesondere § 879 ABGB) auszugehen ... Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten im Wege der Konkretisierung der Generalklauseln des Zivilrechtes ermöglicht und gebietet eine Differenzierung der Schutzintensität je nach der konkreten Unterlegenheitssituation des Trägers der gefährdeten Persönlichkeitsinteressen. Nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen kann die Schutzintensität die gleiche sein wie gegenüber dem Staat, nicht aber in Fällen, in denen eine ähnliche krasse Unterlegenheit zwischen Privaten nicht besteht oder durch den Markt oder durch konkrete rechtliche Vorkehrungen zureichend ausbalanciert ist*“.³⁵⁵ Der *OGH* schloss sich daher in dieser Entscheidung grundsätzlich der herrschenden Meinung in der Literatur zu der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte an. Er begründete jedoch nicht aus welchen Gründen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte die Priorität einzuräumen ist.³⁵⁶ Festzuhalten ist, dass der *OGH* die unmittelbare Drittwirkung jedoch nicht absolut ausgeschlossen hat, sondern ließ er einen schmalen Anwendungsbereich für die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte für besonders außergewöhnliche Ausnahmesituationen offen, wenn nämlich das Schutzausmaß das selbe ist wie das des Einzelnen gegenüber dem Staat. Das Schutzausmaß ist unter anderem dasselbe wie das des Einzelnen gegenüber dem Staat, wenn ein ähnliches grobes Ungleichgewicht zwischen den individuellen Privaten wie zwi-

³⁵³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 2001, 31f.

³⁵⁴ OGH Beschluss vom 16.12.1992, 9 ObA 602/92; OGH, ZAS, 1995, 12 und 16 (Schrammel).

³⁵⁵ OGH Beschluss vom 16.12.1992, 9 ObA 602/92; SZ 65/163; OGH, ZAS, 1995, 12 und 16 (Schrammel); Runggaldier, OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag zulässig, RdW, 1993, 79.

³⁵⁶ Runggaldier, OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag zulässig, RdW, 1993, 79.

schen dem Staat und dem individuellen Privaten gegeben ist.³⁵⁷ Die Auffassung des *OGH* knüpft an die Meinung von *Bydlinski* an.³⁵⁸

2.2.3. Ansicht Friedrich/Marhold

Friedrich/Marhold sind der Ansicht, dass das Delegationsargument für die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte spricht. Überträgt der österreichische Gesetzgeber an einen Verband Normsetzungsbefugnis, so kann der österreichische Normgesetzgeber nicht mehr Normsetzungsbefugnis übertragen als er selber hat. Der Staat ist im Rahmen der Gesetzgebung direkt an die Grundrechte gebunden. Die vom staatlichen Gesetzgeber derivativ übertragene Normsetzungsbefugnis der Verbände untersteht daher den gleichen Konditionen.³⁵⁹

2.2.4. Ansicht Runggaldier

Runggaldier ist der Meinung, dass der „Schutzzweck der Grundrechte“ das zentrale Argument für die „unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte“ darstellt. Der Schutzaspekt der Grundrechte führt zu dem Ergebnis, dass die Grundrechte nicht bloß den Gesetzgeber, sondern jedweden sonstigen Normgeber binden.³⁶⁰

2.3. Nationale Sportverbände als Adressat der Grundrechte

Sind die nationalen Sportverbände, wie bspw. ÖFB und DFB, als Grundrechtsadressaten zu verstehen? In der europäischen Gerichtspraxis hat sich der *EuGH* und in der sportrechtlichen Literatur haben sich *Jungheim* und *Helmholz* mit der Frage auseinandergesetzt ob die nationalen respektive internationalen Sportverbände als Adressat der Grundrechte zu verstehen sind.

³⁵⁷ Runggaldier, *OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag* zulässig, *RdW*, 1993, 79.

³⁵⁸ *Bydlinski*, *Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht*, in *Rack* [Hrsg.], *Grundrechtsreform*, 1985, 182f.

³⁵⁹ *Friedrich/Marhold*, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 2006, 434.

³⁶⁰ *Runggaldier*, *OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag* zulässig, *RdW*, 1993, 79.

2.3.1. Ansicht EuGH

Europarechtlich betrachtet ist eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten im Verhältnis privater Sportverbände und privater Personen in der Rsp des *EuGH* zu den Rechtssachen *Walrave/Union Cycliste Internationale*, *Donà/Mantero*, *Bosman* und *Lehtonen und Castors Braine* bereits anerkannt worden.³⁶¹

2.3.2. Ansicht Jungheim

Jungheim ist der Ansicht, dass die privaten Sportverbände (wie bspw ÖFB und DFB) nicht Grundrechtsadressaten sind. Sie geht von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aus. *Jungheim* weist darauf hin, dass die Grundrechte der Funktion nach „Abwehrrechte“ des einzelnen Individuums gegenüber dem Staat sind. Verpflichteter Adressat der Grundrechte ist daher bloß der Staat und nicht der individuelle Private.³⁶²

2.3.3. Ansicht Helmholz

Helmholz ist der Meinung, dass die privaten Sportverbände (wie bspw DFB und ÖFB) Grundrechtsadressaten sind.³⁶³ Er geht von einer differenzierten unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte bloß gegenüber den Monopolverbänden und nicht sämtlichen individuellen Privaten aus. Die Monopolverbände sind wegen ihrer tatsächlichen Macht als eine Art ‚Regulierungsbehörde‘ anzusehen und besitzen eine ‚staatsvertretende‘ Position. Es liegt ergo kein Gleichordnungsverhältnis, sondern ein Subordinationsverhältnis zwischen den Beteiligten vor. Die freiheitseinschränkende Wirkung des Verbandsrechtes ist dieselbe wie die des staatlichen Rechtes. Da zwischen Spielervermittlern und DFB ein Über- und Unterordnungsgefälle existiert entspricht es dem Telos der Grundrechte die unterlegene Person zu schützen. Die privaten Sportverbände (DFB und ÖFB) nehmen in ihrem Auftreten eine Art ‚Staat im Staate‘ ein.³⁶⁴

³⁶¹ EuGH Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, *Lehtonen und Castors Braine*, Slg 2000, S I-2681, Rz 35; EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 82f; EuGH Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 17f; EuGH Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 16ff.

³⁶² *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 182ff.

³⁶³ *Helmholz*, *Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport*, 2005, 81ff.

³⁶⁴ *Helmholz*, *Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport*, 2005, 81ff.

2.3.4. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind die nationalen Sportverbände (wie bspw. ÖFB und DFB) Grundrechtsadressat. *Bydlinski* und der *OGH*, die beide von einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausgehen, sprechen davon, dass in besonders außergewöhnlichen Ausnahmesituationen das Schutzausmaß das gleiche sein kann wie das des Einzelnen gegenüber dem Staat. Dieses Schutzausmaß ist gegeben, wenn ein ähnliches grobes Ungleichgewicht zwischen den individuellen Privaten wie zwischen dem Staat und dem Einzelnen besteht.³⁶⁵ Es weisen erstens die staatsähnlichen Machtbefugnisse des ÖFB, zweitens die wirtschaftliche und soziale Machtstellung des ÖFB, drittens die Art des Auftretens als Staat im Staat und viertens das Über- und Unterordnungsgefüge zwischen ÖFB und Spielervermittler darauf hin, dass zwischen dem ÖFB und dem Spielervermittler ein vergleichbares grobes Ungleichgewicht besteht wie zwischen dem Staat und dem Einzelnen.³⁶⁶

3. Erwerbsausübungsfreiheit

3.1. Personeller Anwendungsbereich

Die zentrale Rechtsgrundlage für die Erwerbsausübungsfreiheit³⁶⁷ enthält Art 6 3. Fall StGG³⁶⁸. „Jeder Staatsbürger kann ... unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben“. Wer wird vom personellen Schutzbereich der Erwerbsausübungsfreiheit erfasst? Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Verfassungsgesetzgebers in Art 6 StGG wird „jeder Staatsbürger“ vom personellen Anwendungsbereich erfasst. Es werden daher grundsätzlich sämtliche Personen erfasst, die „österreichische Staatsbürger“ sind.³⁶⁹ Der personelle Anwendungsbereich der Erwerbsausübungsfreiheit umfasst neben den inländischen österreichischen natürlichen Personen auch die inländischen österreichischen juristischen Personen.³⁷⁰ Der persönliche Anwendungsbereich der Erwerbsausübungsfreiheit ist auf Grund des

³⁶⁵ Runggaldier, *OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag* zulässig, *RdW*, 1993, 79.

³⁶⁶ Helmholz, *Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport*, 2005, 81ff.

³⁶⁷ In der Literatur und in der *Rsp des VfGH* wird die Erwerbsausübungsfreiheit auch als „*Freiheit der Erwerbsbetätigung*“, „*schlichte Erwerbsfreiheit*“ und „*Erwerbsfreiheit*“ bezeichnet. Grabenwarter, *Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit*, 1994, 3; Mazal, *Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II*, *ZAS*, 1992, 146; *VfGH 12.10.1956*, B 125/56; *VfSlg 3092*.

³⁶⁸ *RGBI 1867/142*.

³⁶⁹ Berka, *Die Grundrechte*, 1999, 420; Thaurer, *Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich*, 1998, 41; Grabenwarter, *Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit*, 1994, 3; Ermacora, *Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte*, 1963, 197.

³⁷⁰ Thaurer, *Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich*, 1998, 41; Mayer, *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar*, 1997, zu Art 6 StGG, Rz I.1.; Grabenwar-

EGV des Gemeinschaftsrechtes grundsätzlich auch auf die (alten) EU-Bürger (EWR-Bürger) erweitert worden.³⁷¹

3.2. Sachlicher Anwendungsbereich

3.2.1. Allgemeine Grundlagen zur Erwerbstätigkeit

Welche Tätigkeiten sind unter den sachlichen Schutzbereich der Erwerbsausübungsfreiheit zu subsumieren? Der sachliche Anwendungsbereich der Erwerbsausübungsfreiheit erfasst jedwede Betätigung, die auf ökonomischen Erfolg abzielt, das bedeutet auf Vermögenserwerb orientiert ist. Es werden sowohl die selbständigen Erwerbstätigkeiten, sprich die Unternehmer, als auch die unselbständigen Erwerbstätigkeiten, sprich die Dienstnehmer, vom sachlichen Anwendungsbereich der Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 3. Fall StGG erfasst.³⁷² Bei der Ausübung der sportlichen Tätigkeit eines Berufsfußballspielers handelt es sich um eine Erwerbstätigkeit im Sinne des Art 6 3. Fall StGG.³⁷³ Nach herrschender Meinung in der Literatur und nach der Rsp des VfGH stellt die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung eine Erwerbstätigkeit im Sinne des Art 6 StGG dar.³⁷⁴ Europarechtlich gesehen hat der EuGH in seiner Rsp in der Rechtssache *van Wesemael* die Arbeitsvermittlung als Erwerbstä-

ter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 4; Oberndorfer, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 288; Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 1963, 197; VfGH 22.6.1989, B 688/88; VfSlg 12.098.

³⁷¹ Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 304f; Mayer/Walter, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, 581.

³⁷² Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 392; Husen, Die Beschäftigungsbewilligung, 1999, 46; Berka, Die Grundrechte, 1999, 419; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 41; Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 5; Oberndorfer, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 281.

³⁷³ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 84ff; Segerer, Wirkung der Grundrechte zwischen Sportlern, Sportvereinigungen und Staat, 1999, 133f; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des "Bosman-Urteils" im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 44; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 39; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 26; Arens, Transferbestimmungen im Fußballsport im Lichte des Arbeits- und Verfassungsrechts, SpuRt, 1994, 180.

³⁷⁴ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 85ff; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 182ff; Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 146; Pallasch/Steckermeier, Freiheit der Arbeitsvermittlung und staatliches Monopol, NZA, 1991, 918; Lipps, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 789; Säcker, Die Personalberatung als fremdnützige Geschäftsbesorgung für den Auftraggeber im Sinne von § 675 BGB, ZfA, 1989, 310; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; BVerfGE 21, 245 und 249.

tigkeit angesehen.³⁷⁵ In der Rs *Piau/Kommission* hat auch das *EuG* die Spielervermittlung als Erwerbstätigkeit betrachtet.³⁷⁶

3.2.2. Spielervermittlung als Erwerbstätigkeit

Ist die Spielervermittlung als „*Erwerbstätigkeit*“ gemäß Art 6 3. Fall StGG anzusehen? Die Spielervermittlung als Arbeitsvermittlung wird unter den Begriff der „*Erwerbstätigkeit*“ gemäß Art 6 3. Fall StGG subsumiert.³⁷⁷ Dies ergibt sich bereits daraus, dass der *VfGH* und der *EuGH* die Arbeitsvermittlung in ihrer Rsp als Erwerbstätigkeit qualifiziert haben.³⁷⁸

3.2.3. Allgemeine Grundlagen zu Erwerbsausübung und Erwerbsantritt

Der sachliche Schutzbereich der Erwerbsausübungsfreiheit umfasst zwei unterschiedliche Aspekte. Chronologisch betrachtet umfasst der erste Aspekt den Antritt zum Erwerb (Berufsantritt) und der zweite Aspekt die Ausübung des Erwerbs (Berufsausübung).³⁷⁹ Es wird sohin zwischen Berufsausübungsvorschriften und Berufsantrittsvorschriften differenziert.³⁸⁰ Der österreichische Gesetzgeber hat im Bereich der Normierung von Vorschriften zur Ausübung eines Berufes einen größeren Spielraum zur Regelung als im Bereich der Normierung von Vorschriften zum Antritt eines Berufes, weil die Vorschriften zur Ausübung eines Berufes einen minder gravierenden Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit darstellen.³⁸¹ Die Antrittsvorschriften verhindern den Berufszugang als solches.³⁸² Zu den Zutrittsvorschriften zählt insbesondere die Bedarfsprüfung. Der *VfGH* hat sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit der Legitimität von Bedarfsprüfungen auseinandergesetzt. Er hat sich unter anderem mit der Bedarfsprüfung im Rahmen des Arbeitsmarktrechtes (Versagung der Bewilligung zur entgeltlichen Künstlervermittlung)³⁸³ und der Bedarfsprüfung im Rahmen des

³⁷⁵ EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35.

³⁷⁶ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209.

³⁷⁷ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 85ff; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 182ff.

³⁷⁸ VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209.

³⁷⁹ VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558.

³⁸⁰ Berka, Die Grundrechte, 1999, 420; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 42; VfSlg 11.558; VfSlg 16.538.

³⁸¹ VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558; VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481; VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538.

³⁸² VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558; VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481; VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538.

³⁸³ VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

Schrottlenkungsrechtes³⁸⁴ auseinandergesetzt. Der VfGH hat sich darüber hinaus auch in einer Vielzahl von Entscheidungen mit der Legitimität von Ausübungsvorschriften auseinandergesetzt. Zu den Ausübungsvorschriften zählen zum Beispiel die allgemeine Festsetzung von obligatorischen (Mindest-) Entgelten für sämtliche Dienstleistungen von Ziviltechnikern³⁸⁵ und die Festsetzung von obligatorischen Fixpreisen für die Dienstleistungserbringung von Taxiunternehmungen.³⁸⁶ Im Bereich der Zutrittsvorschriften werden zwei unterschiedliche Typen von Zutrittsvorschriften differenziert. Es wird zwischen den objektiven Zutrittsbeschränkungen und den subjektiven Zutrittsbeschränkungen differenziert.³⁸⁷ Eine objektive Zutrittsbeschränkung bedeutet, dass der Einzelne alle persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung einer Tätigkeit besitzt, jedoch kann er aus eigenem Antrieb heraus nicht die Zugangsschranken überwinden.³⁸⁸ Ein klassisches Beispiel für eine objektive Zutrittsbeschränkung stellt die Bedarfsprüfung dar.³⁸⁹ Subjektive Zutrittsbeschränkungen sind Beschränkungen, die von jedem aus eigener Initiative heraus überwunden werden können.³⁹⁰ Zu den subjektiven Zutrittsbeschränkungen zählen vor allem der Befähigungsnachweis respektive das Ausbildungserfordernis.³⁹¹ Die objektiven Zutrittsbeschränkungen stellen einen schwerwiegenderen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 StGG als die subjektiven Zutrittsbeschränkungen dar. Der österreichische Gesetzgeber hat ergo bei der Normierung von objektiven Zutrittsvorschriften einen geringeren Spielraum zur Regelung als bei subjektiven Zutrittsbeschränkungen.³⁹²

3.2.4. ÖFB-Spielervermittlungsregulativ als Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit

Die verbandsrechtlichen Regelungen des ÖFB-Spielervermittlungsregulativs sehen vor, dass die Vereine bloß mit lizenzierten Spielervermittlern im Rahmen der Spielervermittlung kooperieren dürfen. Voraussetzungen für die Erteilung einer Spielervermittlerlizenz sind unter anderem die Vornahme einer schriftlichen Prüfung gemäß § 5 ÖFB-

³⁸⁴ VfGH 4.10.1984, G 70/84; VfSlg 10.179.

³⁸⁵ VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481.

³⁸⁶ VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538.

³⁸⁷ Berka, Die Grundrechte, 1999, 420; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 42f; VfSlg 11.483; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

³⁸⁸ VfGH 6.10.1987, G 1/87, G 171/87; VfSlg 11.483; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; Berka, Die Grundrechte, 1999, 420.

³⁸⁹ VfGH 6.10.1987, G 1/87, G 171/87; VfSlg 11.483; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; Berka, Die Grundrechte, 1999, 420.

³⁹⁰ Berka, Die Grundrechte, 1999, 420; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 43.

³⁹¹ Berka, Die Grundrechte, 1999, 420; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 43.

³⁹² VfGH 6.10.1987, G 1/87, G 171/87; VfSlg 11.483; Berka, Die Grundrechte, 1999, 420; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 43.

Spielervermittlungsregulativ und der Abschluss einer Haftpflichtversicherung in Höhe von 150.000 Euro gemäß § 6 ÖFB-Spielervermittlungsregulativ respektive die Hinterlegung einer abstrakten Bankgarantie in Höhe von 100.000,- Schweizer Franken gemäß § 7 ÖFB-Spielervermittlungsregulativ. Kooperieren die Vereine respektive Spieler mit nichtlizenzierten Spielervermittlern drohen ihnen Sanktionen gemäß § 15-18 ÖFB-Spielervermittlungsregulativ. Stellen die Erfordernisse des ÖFB-Spielervermittlerregulativs einen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 3. Fall StGG dar? In der Literatur hat sich vor allem *Helmholz* mit der Frage auseinandergesetzt ob die Erfordernisse des DFB-Spielervermittlerregulativs einen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit darstellen.

3.2.5. Ansicht Helmholz

Nach *Helmholz* stellen die Lizenzpflicht und die Haftpflichtversicherung einen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 12 GG dar, da das DFB-Spielervermittlungsregulativ den Spielervermittler ohne Lizenz daran hindert seine „Existenzgrundlage“ abzusichern. Es handelt sich bei der Lizenzpflicht und der Haftpflichtversicherung um subjektive Zulassungsvorschriften, da die Lizenz von Jedermann erlangt werden kann.³⁹³

3.2.6. Eigene Meinung

Meiner Meinung nach stellen die Erfordernisse Lizenzpflicht und Haftpflichtversicherung respektive Bankgarantie ebenfalls einen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit dar, da sie den Zugang zur Spielervermittlung behindern. Es handelt sich dabei um subjektive Zulassungsvorschriften, da die Erfordernisse aus eigener Initiative erlangt werden können.

3.2.7. Stellungnahme zu § 5 Abs 2 AMFG als Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit

Nach alt § 5 Abs 2 AMFG ist es generell verboten von arbeitssuchenden Arbeitnehmern für die Arbeitsvermittlung ein Entgelt zu verlangen. Nach alt § 5 Abs 2 und 3 AMFG ist es jedoch erlaubt von arbeitssuchenden Künstlern für die Arbeitsvermittlung ein Entgelt zu ver-

³⁹³ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 85ff; ähnlich *Jungheim*. *Jungheim* spricht im Konnex mit der Lizenzpflicht von einer Verweigerung des Berufszugangs. *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 182.

langen. Stellt das generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Rahmen der Arbeitsvermittlung ein Entgelt zu verlangen einen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 3. Fall StGG dar? Da der VfGH in seiner Rsp die allgemeine Festsetzung von obligatorischen (Mindest-) Entgelten für Dienstleistungen³⁹⁴ und die Festsetzung von obligatorischen Fixpreisen für die Dienstleistungserbringung³⁹⁵ bereits als Eingriff in Erwerbsausübungsfreiheit gewertet hat, ist das generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern ein Entgelt zu verlangen auf Grund von Größenschluss erst Recht als ein Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 3. Fall StGG zu bewerten.

3.3. Rechtfertigung

3.3.1. Allgemeine Grundlagen

Das Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit steht unter einem formellen Gesetzesvorbehalt.³⁹⁶ Die Rechtsprechung des VfGH und die Literatur haben das formelle Verständnis der Erwerbsausübungsfreiheit zu einem materiellen Verständnis weiterentwickelt und modifiziert.³⁹⁷ Der Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 StGG ist gerechtfertigt, wenn die Beschränkung erstens im „*öffentlichen Interesse*“ besteht, zweitens die „*Geeignetheit*“, drittens die „*Erforderlichkeit*“ und viertens die „*Adäquanz*“ gegeben sind.³⁹⁸ Der VfGH entschied, dass die Funktionsfähigkeit zur Beförderung von Produkten³⁹⁹, das Verbraucherschutzinteresse⁴⁰⁰, die Gesundheitsinteressen⁴⁰¹, die Funktion zur Ordnung des Wettbewerbes respektive der Sozialpolitik (Ordnungsprinzip)⁴⁰², die qualifizierte Ausbildung (von Lenkern eines Kraftfahrzeuges)⁴⁰³, die Funktionsfähigkeit der Taxiunternehmungen⁴⁰⁴

³⁹⁴ VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481.

³⁹⁵ VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538.

³⁹⁶ Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 393; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 45; Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 11.

³⁹⁷ Berka, Die Grundrechte, 1999, 419; Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 11 und 17; Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 146; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383; VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558; VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481; VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538.

³⁹⁸ Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 393ff; Mayer/Walter, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, 582; Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 146; VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.588; VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

³⁹⁹ VfGH 6.10.1987, G 1/87, G 171/87; VfSlg 11.483.

⁴⁰⁰ VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481; VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558; VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538.

⁴⁰¹ VfGH 3.2.1985, G 168/85; VfSlg 10.718.

⁴⁰² VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558.

⁴⁰³ VfGH 11.3.1993, G 219-221/92; VfSlg 13.330.

und die ordnungskonforme Funktionsfähigkeit des Arbeitsvermittlungsbereiches respektive der Arbeitnehmerschutz⁴⁰⁵ ein öffentliches Interesse darstellen. Nach *Mazal* lag das öffentliche Interesse des Verbotes der gewerblichen Arbeitsvermittlung (öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopol) unter anderem im „Arbeitnehmerschutz“ („Ausbeutungsschutz“), in der „Vermittlungsgewähr“ und im „Organisationsschutz“.⁴⁰⁶

Die Eignung liegt vor, wenn das angewandte Mittel die Tauglichkeit besitzt das intendierte Ziel zu erreichen.⁴⁰⁷ Der *VfGH* entschied, dass der Schutz vor Konkurrenz durch die Bedarfsprüfung für die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Beförderung von Produkten im Güterverkehr keine Tauglichkeit besitzt.⁴⁰⁸ Der *VfGH* entschied des weiteren, dass der Schutz vor Konkurrenz durch die Bedarfsprüfung im Rahmen der Bewilligung der entgeltlichen Künstlervermittlung nicht tauglich ist um die ordnungskonforme Funktionsfähigkeit des Arbeitsvermittlungsbereiches bzw den Arbeitnehmerschutz zu erreichen.⁴⁰⁹ Nach *Mazal* war das öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopol unter anderem geeignet den „Arbeitnehmerschutz“ respektive „Ausbeutungsschutz“ zu gewährleisten.⁴¹⁰

Die Notwendigkeit (Erforderlichkeit) bedeutet, dass das gewählte Mittel von den vorhandenen tauglichen Möglichkeiten das gelindeste Mittel („ultima ratio“) ist und ergo am wenigsten intensiv in die Grundrechtssphäre eingreift.⁴¹¹ Der *VfGH* entschied, dass die Bedarfsprüfung im Zusammenhang mit der Erteilung von Konzessionen im Taxibereich kein notwendiges Mittel ist, um die ordnungskonforme Funktionsfähigkeit des Taxigeschäftes zu gewährleisten.⁴¹² Der *VfGH* entschied des weiteren, dass die allgemeine Festsetzung von obligatorischen (Mindest-) Gebühren in Verbindung mit einer disziplinarrechtlichen Verantwortung kein notwendiges Mittel ist, um Sicherheitsstandards und Verbraucherinteressen zu gewährleisten.⁴¹³ Nach *Mazal* war das öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopol nicht das gelindeste Mittel um den „Arbeitnehmerschutz“ respektive „Ausbeutungsschutz“ zu gewährleisten und ergo nicht notwendig. In ähnlichen Sachmaterien, die auch vom Arbeitnehmerschutz geprägt sind, werden gelindere Mittel, wie obligatorische zwingende Bestimmungen respektive gewerbliche Reglementierungen inklusive verwaltungsbehördlicher Kontrolle, normiert.⁴¹⁴

⁴⁰⁴ VfGH 23.6.1986, G 14, 25-69, 78, 95, 96, 99, 100/86; VfSlg 10.932.

⁴⁰⁵ VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

⁴⁰⁶ *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 147f.

⁴⁰⁷ Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 88.

⁴⁰⁸ VfGH 6.10.1987, G 1/87, G 171/87; VfSlg 11.483.

⁴⁰⁹ VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

⁴¹⁰ *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, 1992, ZAS, 146.

⁴¹¹ Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 14; Griller, Verfassungswidrige Schrottlenkung?, ÖZW, 1985, 65 und 72; *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 147; VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

⁴¹² VfGH 23.6.1986, G 14, 25-69, 78, 95, 96, 99, 100/86; VfSlg 10.932.

⁴¹³ VfGH 3.1.1990, G 40/90, G 41/90, 42/90, G 43/90, G 45/90; VfSlg 12.481.

⁴¹⁴ *Mazal*, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, 1992, ZAS, 148f.

Bei der Adäquanz ist eine Abwägung der (Rechts-) Güter des öffentlichen Interesses und der Beschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit vorzunehmen. Es ist im konkreten Individualfall zu prüfen wie einerseits intensiv und gewichtig der Grundrechtseingriff ist und andererseits wie gewichtig die rechtfertigenden Aspekte sind.⁴¹⁵ Der VfGH hat entschieden, dass der Konkurrenzschutz in Verbindung mit einer Bedarfsprüfung im Rahmen der Konzessionserteilung der entgeltlichen Künstlervermittlung inadäquat ist, um das öffentliche Interesse der ordnungskonformen Funktionsfähigkeit des Arbeitsvermittlungsbereiches und des Arbeitnehmerschutzes zu gewährleisten.⁴¹⁶

3.3.2. Rechtfertigung des Eingriffes durch das Spielervermittlungsregulativ

Ist der Eingriff durch das ÖFB-Spielervermittlerregulativ gerechtfertigt? In der sportrechtlichen Literatur haben sich *Helmholz* und *Limberger* mit der Frage auseinandergesetzt ob der Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit durch die Lizenz gerechtfertigt ist.

3.3.3. Ansicht Helmholz

Helmholz ist der Ansicht, dass der Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit durch die Lizenz und die Haftpflichtversicherung respektive die Bankgarantie gerechtfertigt ist.⁴¹⁷ Er weist zunächst in seinen Ausführungen darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG der Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit durch subjektive Zulassungsvorschriften gerechtfertigt ist unter der Voraussetzung, dass sie zum Schutz eines essentiellen gemeinschaftlichen Wertes erforderlich sind. Die Lizenzpflicht ist zum Schutz eines essentiellen gemeinschaftlichen Wertes erforderlich. Für die Lizenzpflicht besteht nach *Helmholz* das Interesse der Fußballspieler und Fußballvereine mit seriösen Spielervermittlern respektive mit Spielervermittlern, die Kenntnisse über die verbandsrechtlichen respektive staatlichen Bestimmungen haben (fachliche Kompetenz), zu kooperieren. Fehler von Spielervermittlern können bedeutende essentielle ökonomische respektive sportliche Folgen für die Fußballspieler beziehungsweise Fußballvereine haben. Die von der FIFA intendierte „*Transparenz*“ respektive „*Ordnung*“ des Spielervermittlungsbereiches wäre in Gefahr, wenn die Spieler-

⁴¹⁵ Öhlinger, Verfassungsrecht, 2007, 395; Berka, Die Grundrechte, 1999, 423; Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994, 14; Griller, Verfassungswidrige Schrottlenkung?, ÖZW, 1985, 65 und 72; VfGH 1.12.1987, G 132, 133/87, G 181/87, G 183/87; VfSlg 11.558; VfGH 13.6.2002, G 211/01, V 61/01; VfSlg 16.538; VfGH 3.10.1990, G 40-45/90; VfSlg 12.481.

⁴¹⁶ VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

⁴¹⁷ Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 84ff.

vermittler nicht ausgebildet sind und die FIFA-Bestimmungen nicht berücksichtigen müssten. Des Weiteren haben die Verbände eine Regulierungsbefugnis (Vereinigungsfreiheit⁴¹⁸) für den Spielervermittlungsbereich und somit für einen legitimen respektive durchsichtigen Ablauf der Geschäfte zu sorgen. Es besteht das Interesse sämtlicher Beteiligten aus der Fußballbranche das „Ansehen der Sportart Fußball“ vor undurchsichtigen Fußballspielervermittlern zu schützen. Der Eingriff durch die verbandsrechtliche Lizenzpflicht in das Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit ist daher gerechtfertigt. *Helmholz* prüft nun in weiterer Folge ob die Haftpflichtversicherung zum Schutze essentieller gemeinschaftlicher Güter notwendig ist. Das Interesse einer Haftpflichtversicherung besteht für alle im Rahmen der Spielervermittlungstätigkeit betroffenen Parteien. In der Profifußballbranche werden hohe Transfersummen und Gehälter bezahlt. Mängel im Rahmen der Spielervermittlung haben bedeutende wirtschaftliche respektive ökonomische Folgen. Zum Schutz vor ökonomischen Schäden haben die Fußballvereine respektive Fußballspieler ein Interesse daran, dass Spielervermittler Haftpflichtversicherungen abschließen. Zum Schutze der Spielervermittler haben diese selbst das Interesse an einer Haftpflichtversicherung. Diese gibt ihnen Schutz vor Insolvenzfällen. Auch die Sportverbände haben ein Interesse an der Haftpflichtversicherung für Spielervermittler. Verlieren Spielervermittler ihre ökonomische Basis respektive existieren materiellrechtliche Forderungsansprüche gegen Spielervermittler wegen schlecht erbrachter Spielervermittlungsleistungen, wird dadurch der ordnungsgemäße Ablauf des Transferbereiches beeinträchtigt und ergo das Ansehen des Fußballsportbereiches beeinträchtigt. Da die Haftpflichtversicherung bedeutende „Rechtssicherheit“ und ökonomische bzw wirtschaftliche Sicherung gewährleistet, ist die Versicherungspflicht nach *Helmholz* gerechtfertigt und stellt als solches keinen Verstoß gegen die Erwerbsausübungsfreiheit dar.⁴¹⁹

3.3.4. Ansicht Limberger

Limberger geht implizit von einem gerechtfertigten Eingriff des ÖFB-Spielervermittlungsregulatives in die Erwerbsausübungsfreiheit aus. Sie weist darauf hin, dass das Spielervermittlungsregulativ denselben Zweck wie das AMFG intendiert. Das ÖFB-

⁴¹⁸ Anderer Auffassung sind *Jungheim* und das *EuG*. Nach *Jungheim* betrifft das FIFA-Spielervermittlungsregulativ die Verfolgung externer und nicht interner Vereinszwecke, weshalb die Vereinigungsfreiheit hier in diesem konkreten Fall nicht einschlägig ist. *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 183; das *EuG* führte in seiner Rsp in der Rs *Piau/Kommission* explizit aus, dass das FIFA-Spielervermittlungsreglement nicht unter die Vereinigungsfreiheit zu subsumieren ist. *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 73.

⁴¹⁹ *Helmholz*, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, 2005, 84ff.

Spielervermittlerregulativ stellt sohin eine „*sinnvolle Ergänzung und Ausgestaltung*“ der staatlichen Bestimmungen dar.⁴²⁰

3.3.5. Eigene Meinung zur Rechtfertigung des Eingriffes durch das ÖFB-Spielervermittlungsregulativ

Meiner Meinung nach stellen die Erfordernisse des ÖFB-Spielervermittlerregulativs einen ungerechtfertigten Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 StGG dar. Die Intention der Erfordernisse besteht darin, die Fußballvereine und die Sportler vor finanziellen Schäden zu schützen und vor unfähigen respektive inkompetenten Spielervermittlern zu bewahren. Als „*öffentliche Interessen*“ kommen unter anderem die qualifizierte Ausbildung⁴²¹ und der Arbeitnehmerschutz beziehungsweise die ordnungskonforme Funktionsfähigkeit der Arbeitsvermittlung⁴²² in Betracht. Die Erfordernisse sind auch geeignet diese Ziele zu erreichen. Die Erfordernisse sind jedoch nicht notwendig. Der österreichische Gesetzgeber regelt bereits in den Bestimmungen des AMFG und der GewO die Arbeitsvermittlung um gerade die vom ÖFB intendierten Ziele zu erreichen. Im Allgemeinen ist darauf hinzuweisen, dass Spielervermittlungsregulative nicht notwendig sind, da andere Sportarten keine Erfordernisse für die Sportlervermittlung verbandsrechtlich vorsehen. Den öffentlichen Interessen wird durch die gesetzlichen Bestimmungen zur Arbeitsvermittlung im AMFG und der GewO „*bereits Rechnung getragen*“. Daher sind die Erfordernisse objektiv nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus ist noch darauf hinzuweisen, dass das ÖFB-Spielervermittlungsregulativ mit dem Grundgedanken vom „*Konjunkturbelebungs-gesetz 2002*“ im Widerspruch steht. Der Telos vom „*Konjunkturbelebungs-gesetz 2002*“ bestand darin bürokratische Barrieren für den Bereich der privaten Arbeitsvermittlung zu beseitigen und die Vermittlungseffektivität zu steigern.⁴²³ Das ÖFB-Spielervermittlerregulativ stellt daher einen ungerechtfertigten Verstoß gegen die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 3. Fall StGG dar.

⁴²⁰ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 130f.

⁴²¹ VfGH 11.3.1993, G 219-221/92; VfSlg 13.330.

⁴²² VfGH 16.6.1990, B 610/89; VfSlg 12.383.

⁴²³ RV 977, BlgNR 21. GP, 10f.

3.3.6. Stellungnahme zur Rechtfertigung des Eingriffes durch § 5 Abs 2 AMFG

Stellt das generelle Verbot im Rahmen der Arbeitsvermittlung von arbeitssuchenden Arbeitnehmern ein Entgelt zu verlangen einen gerechtfertigten Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit dar? Zunächst ist zu prüfen ob das Verbot des § 5 Abs 2 AMFG im öffentlichen Interesse liegt. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Sinn und Zweck des Verbotes in § 5 Abs 2 AMFG darin bestand Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitsvermittlung vor Ausbeutungen zu schützen (Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz).⁴²⁴ Der Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz liegt im öffentlichen Interesse. § 5 Abs 2 AMFG ist auch geeignet den Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz zu gewährleisten. Das Verbot des § 5 Abs 2 AMFG ist jedoch nicht notwendig. Es bestehen gelindere Mittel, wie bspw gesetzliche Höchstentgelte, Kontrollen und Sanktionen bei Verstößen durch die Verwaltungsbehörden sowie gesetzliche Schriftformerfordernisse, um den Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz zu gewährleisten. Ein Blick auf das AMFG selbst zeigt, dass im Rahmen der entgeltlichen Künstlervermittlung gesetzliche Höchstentgelte, verwaltungsbehördliche Kontrollen und Sanktionen tauglich sind, um den Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz zu gewährleisten. Ein Blick auf die deutsche Rechtslage zeigt, dass im speziellen im Rahmen der Arbeitsvermittlung von Berufssportlern gelindere gesetzliche Bestimmungen, wie bspw gesetzliche Höchstentgelte, gesetzliche Schriftformerfordernisse, behördliche Kontrollen und Sanktionen ausreichend sind, um den Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz zu gewährleisten. Ein Blick auf die schweizerische Rechtslage zeigt, dass im Generellen ein Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern nicht notwendig ist und der Arbeitnehmerschutz/Ausbeutungsschutz durch die gelinderen Mittel gesetzliche Höchstentgelte, Formvorschriften, behördliche Kontrollen und Sanktionen erreicht werden kann.⁴²⁵ Das generelle Verbot des § 5 Abs 2 AMFG stellt daher einen ungerechtfertigten Verstoß gegen die Erwerbsausübungsfreiheit gemäß Art 6 3. Fall StGG dar.

⁴²⁴ SP 122, BlgNR 11. GP, 10269.

⁴²⁵ Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, 1992, ZAS, 148f.

VIII. Spielervermittlung und Dienstleistungsfreiheit

1. Einleitung

Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ sieht vor, dass Fußballvereine respektive Fußballspieler ausschließlich mit (FIFA/Nationalverband-) lizenzierten Spielervermittlern zusammenarbeiten dürfen gemäß Art 1 Z 2 FIFA-Spielervermittlungsregulativ⁴²⁶ (exklusive verbandsrechtliche Kooperationsgebot). Kooperieren die Fußballvereine respektive die Fußballspieler mit nichtlizenzierten Spielervermittlern drohen den Fußballspielern nach Art 16 und Art 17 FIFA-Spielervermittlungsregulativ und den Vereinen nach Art 18 und 19 FIFA-Spielervermittlungsregulativ Sanktionen. Die Spielervermittler müssen für die Ausübung der Spielervermittlungstätigkeit nach dem FIFA-Spielervermittlungsregulativ eine Lizenz besitzen. Voraussetzung für die Lizenzerteilung sind insbesondere entweder der Abschluss einer „Haftpflichtversicherungspolice“ gemäß Art 6 FIFA-Spielervermittlungsregulativ oder die Hinterlegung einer „Bankgarantie“ im Ausmaß von 100.000,- Schweizer Franken gemäß Art 7 FIFA-Spielervermittlungsregulativ. Es stellt sich die Frage ob die FIFA-Erfordernisse Lizenzpflicht, Haftpflichtversicherung und Bankgarantie mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind?

Nach § 5 Abs 2 AMFG ist die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern generell verboten. Nach § 48 AMFG drohen bei Verstoß gegen das Verbot Verwaltungsstrafen. Nach § 879 Abs 1 ABGB in Verbindung mit (alt) § 5 Abs 2 AMFG sind solche Vereinbarungen nichtig. Ausnahmsweise kann die Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Künstlern entgeltlich vorgenommen werden gemäß (alt) § 5 Abs 2 und 3 AMFG. Es stellt sich die Frage ob das gesetzliche generelle Verbot gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern ein Entgelt (Vermittlungsprovision) zu verlangen gemäß (alt) § 5 Abs 2 AMFG mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist?

2. Allgemeine Grundlagen

Die zentralen primärgemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlagen für die Dienstleistungsfreiheit enthalten die Art 49 ff EGV⁴²⁷. Es handelt sich bei der Dienstleistungsfreiheit um „eine der vier“ Grundfreiheiten im Gemeinschaftsvertrag.⁴²⁸ Der *EuGH* hat in seiner Rechts-

⁴²⁶ So auch § 1 ÖFB-Spielervermittlerregulativ.

⁴²⁷ Ex Art 59 ff EGV.

⁴²⁸ Budischowsky, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2003, zu Art 49, 50 EGV, Rz 1; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 145; Mül-

sprechung die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit als fundamentaler Grundsatz betont.⁴²⁹ Der Zweck und der Grundgedanke der Dienstleistungsfreiheit besteht darin die grenzüberschreitende Freizügigkeit des Produktes Dienstleistungen zu gewährleisten.⁴³⁰ Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes zur Dienstleistungsfreiheit sind auf den Sportbereich anwendbar, wenn es sich bei der Sportausübung um eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art 2 EGV handelt.⁴³¹ Der *EuGH* hat bereits in seiner Rsp in der Rs *van Wesemael* die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit auf den Bereich der Arbeitsvermittlung angewandt.⁴³² In der Literatur hat *Jungheim* die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit auf den Bereich der Spielervermittlung angewandt.⁴³³ Die Dienstleistungsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* „unmittelbar anwendbar“.⁴³⁴

3. Begriff der Dienstleistung

Was ist unter dem Begriff der „*Dienstleistung*“ zu verstehen? Die zentrale primär gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für den Begriff der „*Dienstleistung*“ enthält Art 50 EGV (Legaldefinition).

„Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

ler-Graff, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in FS für Lukes, 1989, 471.

⁴²⁹ EuGH Urteil vom 28.3.1996, Rs C-272/94, Guiot, Slg 1996, S I-1905, Rz 11; EuGH Urteil vom 9.8.1994, Rs C-43/93, Vander Elst, Slg 1994, S I-3803, Rz 16; EuGH Urteil vom 25.7.1991, Rs C-76/90, Säger, Slg 1991, S I-4221, Rz 15; EuGH Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/84, Kommission/Deutschland, Slg 1986, S 3755, Rz 27; EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 17.

⁴³⁰ Müller-Graff, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 49 EGV, Rz 1 und 7.

⁴³¹ EuGH Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg 2000, S I-2549, Rz 41; EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 73; EuGH Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 12f; EuGH Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff; EuGH Urteil vom 30.9.2004, Rs T-313/02, Meca-Medina und Majcen/Kommission, Slg 2004, S II-3291, Rz 37.

⁴³² EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35.

⁴³³ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 24ff.

⁴³⁴ Müller-Graff, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 49 EGV, Rz 2; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 145, Fn 94; Schröder, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt, 1995, 69; Streil, Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag und Recht der Internationalen Arbeitsorganisation, EuGRZ, 1979, 618; EuGH Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/84, Kommission/Deutschland, Slg 1986, S 3755, Rz 25; EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 13; EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 26; EuGH Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 20; EuGH Urteil vom 3.12.1974, Rs 33/74, Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid, Slg 1974, S 1299, Rz 24ff.

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten“.

Der Begriff der „*Dienstleistung*“ gemäß Art 49 EGV ist gemeinschaftsautonom, das heißt nicht nach der Bedeutung der Bestimmungen eines betroffenen EU-Mitgliedsstaates, zu interpretieren.⁴³⁵ Die in Art 50 lit a-d EGV aufgezählten Tätigkeiten sind demonstrativ („*beispielhaft*“) aufgezählte und nicht taxativ (abschließend) aufgezählte Tätigkeiten.⁴³⁶ Nach herrschender Meinung in der Literatur stellt die Dienstleistungsfreiheit einen „*Auffangtatbestand*“ dar.⁴³⁷ Der *EuGH* setzte sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit der Frage auseinander ob bestimmte Tätigkeiten unter den Dienstleistungsbegriff des Art 50 EGV zu subsumieren sind. Er entschied in seiner Rechtsprechung in der Rs *Webb*, dass unter den Begriff der „*Dienstleistung*“ im Sinne des Art 50 EGV die entgeltliche Überlassung von Arbeitnehmern zu subsumieren ist.⁴³⁸ Er entschied ferner in seiner Rechtsprechung in der Rs *Van Wesemael*, dass es sich bei der gewerblichen Künstlervermittlung um eine Dienstleistung im Sinne des Art 50 EGV handelt.⁴³⁹ In der Rs *Luisi und Carbone* sprach er an, dass die medizinischen Leistungen und die Inanspruchnahme der medizinischen Leistungen durch Touristen unter den Begriff der „*Dienstleistung*“ gemäß Art 50 EGV zu subsumieren sind.⁴⁴⁰ Nach herrschender Meinung in der Literatur handelt es sich bei der Ausübung der Tätigkeit eines Berufsfußballspielers nicht um eine gemeinschaftsrechtliche Dienstleistung gemäß Art 50 EGV, sondern um eine gemeinschaftsrechtliche Arbeitsleistung gemäß Art 39 EGV.⁴⁴¹ In

⁴³⁵ Hakenberg, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 49/50, Rz 7; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 146; Kluth, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 50, Rz 5; Hummer/Schweitzer, Europarecht, 1996, 363.

⁴³⁶ Hakenberg, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 49/50, Rz 7; Frenz, Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten, 2004, zu § 2, Rz 2444; Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 792; *EuGH* Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, *Webb*, Slg 1981, S 3305, Rz 8; Lecheler, Einführung in das Europarecht, 2000, 272; Geiger/Khan, Europarecht, 1997, 311; Breitenmoser, Praxis des Europarechts, 1996, 410.

⁴³⁷ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 136; Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 792; anderer Auffassung *Budischowsky*. Budischowsky, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2003, zu Art 49, 50 EGV, Rz 9.

⁴³⁸ *EuGH* Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, *Webb*, Slg 1981, S 3305, Rz 9 und 11; zustimmend *Sacherer*. Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 147.

⁴³⁹ *EuGH* Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, *van Wesemael*, Slg 1979, S 35, Rz 7 und 23; Pallasch/Steckermeier, Freiheit der Arbeitsvermittlung und staatliches Monopol, NZA, 1991, 920; nach *Lipps* handelte es sich bei der Arbeitsvermittlung um eine Dienstleistung im Sinne des alt Art 59 EGV. *Lipps*, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 790.

⁴⁴⁰ *EuGH* Urteil vom 31.1.1984, verb Rs 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro*, Slg 1984, S 377.

⁴⁴¹ Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „*Bosman-Urteils*“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 58; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Pra-

der sportrechtlichen Literatur wird die Ansicht vertreten, dass Berufstennisspieler, die für die Teilnahme an Turnieren Startgelder erhalten, gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungen gemäß Art 50 EGV vornehmen.⁴⁴²

3.1. Spielervermittlung als Dienstleistung

Ist die Spielervermittlung als Dienstleistung im Sinne des Art 50 EGV zu verstehen? In der deutschen sportrechtlichen Fachliteratur hat sich *Jungheim* mit der Frage auseinandergesetzt ob die Spielervermittlung als Dienstleistung gemäß Art 50 EGV zu verstehen ist.

3.2. Ansicht Jungheim

Jungheim ist der Auffassung, dass die Tätigkeit des Spielervermittlers als „Dienstleistung“ gemäß Art 50 EGV zu verstehen ist.⁴⁴³ Sie begründet dies erstens mit Verweis auf die Judikatur des *EuGH* in der Rechtssache *van Wesemael* und zweitens mit Verweis auf die Auffassung von *Lipps*.⁴⁴⁴

3.3. Stellungnahme

Meiner Meinung nach ist die Spielervermittlung (Arbeitsvermittlung) ebenfalls unter den Begriff der „Dienstleistung“ gemäß Art 50 EGV zu subsumieren.⁴⁴⁵ Hierfür spricht, dass bereits der *EuGH* in seiner Rsp in de Rs *van Wesemael* die Arbeitsvermittlung als Dienstleis-

xishandbuch Sportrecht, 1998, 501; Fischer, EG-Freizügigkeit und bezahlter Sport Inhalt und Auswirkungen des Bosman-Urteils des *EuGH*, *SpuRt*, 1996, 34; diametraler Auffassung sind *Aulehner/Scholz*. Sie sind der Meinung, dass Berufssportler Unternehmer sind, die mit dem Fußballverein einen Kooperationskontrakt abschließen. Die Berufssportler sind mit „freiberuflich tätigen Entertainern aus der Unterhaltungsbranche“ vergleichbar. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 46f.

⁴⁴² *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 1998, 501; *Krogmann*, *Sport und Europarecht*, 2001, 12.

⁴⁴³ *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 24f.

⁴⁴⁴ *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 24f.

⁴⁴⁵ *EuGH* Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, *van Wesemael*, *Slg* 1979, S 35; *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 24f, Fn 15; *De Kepper*, *EU-Sportrecht aktuell*, *SpuRt*, 2001, 99; *Schröder*, *Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt*, 1995, 39; *Pallasch/Steckermeier*, *Freiheit der Arbeitsvermittlung und staatliches Monopol*, *NZA*, 1991, 920; *Lipps*, *Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen*, *NZA*, 1989, 790.

tung qualifiziert hatte und dass die herrschende Meinung in der Literatur die Arbeitsvermittlung als Dienstleistung im Sinne des Art 50 EGV qualifiziert.

4. Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit

Wie ist die Dienstleistungsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit abzugrenzen? Ein zentraler Unterschied zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit besteht darin, dass bei der Niederlassungsfreiheit die Grenze von einem Mitgliedstaat in den anderen Mitgliedstaat nicht nur „vorübergehend“ überschritten wird.⁴⁴⁶ Der *EuGH* hat in seiner Rsp in der Rechtssache *Gebhard* konkretisiert welche Aspekte für das Vorliegen eines bloß vorübergehenden Aufenthaltes relevant sind. Relevant für den „vorübergehenden Charakter“ sind die Kriterien erstens der „Dauer“, zweitens der „regelmäßigen Wiederkehr“, drittens der „Häufigkeit“ und viertens der „Kontinuität“.⁴⁴⁷ Die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit haben gemeinsam, dass sie sich beide an selbständige Erwerbstätige richten.⁴⁴⁸ Im Unterschied zu der Dienstleistungsfreiheit richtet sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 EGV an die unselbständig Erwerbstätigen.⁴⁴⁹

5. Verpflichteter Adressat

An wen richtet sich das Verbot der Dienstleistungsfreiheit? Prinzipiell sind die EU-Mitgliedstaaten die Adressaten der Dienstleistungsfreiheit.⁴⁵⁰ Die Verpflichteten der Verbote der Dienstleistungsfreiheit sind nach der Rechtsprechung des *EuGH* nicht nur die EU-Mitgliedstaaten, sondern auch die privaten Sportverbände, die kollektive Regelungen für

⁴⁴⁶ Art 50 EGV; Fritzweiler/Pfister/Summerer, *Praxishandbuch Sportrecht*, 1998, 506, mwN; Lecheler, *Einführung in das Europarecht*, 2000, 272; Bleckmann, *Europarecht*, 1997, 608; Müller-Graff, *Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen*, in FS für Lukes, 1989, 477; *EuGH Urteil vom 30.11.1995, Rs C-55/94, Gebhard*, Slg 1995, S I-4165, Rz 26f; *EuGH Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/84, Kommission/Deutschland*, Slg 1986, S 3755, Rz 26f.

⁴⁴⁷ *EuGH Urteil vom 30.11.1995, Rs C-55/94, Gebhard*, Slg 1995, S I-4165, Rz 27; Bleckmann, *Europarecht*, 1997, 608.

⁴⁴⁸ Frenz, *Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten*, 2004, zu § 2, Rz 2514.

⁴⁴⁹ Frenz, *Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten*, 2004, zu § 2, Rz 2443; Krogmann, *Sport und Europarecht*, 2001, 10.

⁴⁵⁰ Reichelt/Weiss, *Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz*, in Reichelt [Hrsg], *Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz*, 2005, 7 und 10; Budischowsky, in Mayer [Hrsg], *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, 2003, zu Art 49, 50 EGV, Rz 17; Streinz, *Die Freizügigkeit des Athleten*, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], *Freizügigkeit im europäischen Sport*, 2002, 108.

Arbeitsleistungen respektive Dienstleistungen erlassen.⁴⁵¹ Daher sind nach der Rsp des *EuGH* die privaten Sportverbände, wie die internationalen Sportverbände FIFA und UEFA bzw die nationalen Sportverbände ÖFB und DFB, auch Normadressat der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV.

Ist die FIFA, die das Spielervermittlungsregulativ regelt, Adressat der Dienstleistungsfreiheit? Meiner Meinung nach ist die FIFA (auch der ÖFB) Adressat der Dienstleistungsfreiheit. Die FIFA regelt im FIFA-Spielervermittlungsregulativ kollektive Regelungen für die Vornahme einer entgeltlichen Dienstleistung, nämlich der Vermittlung von Fußballspielern durch Spielervermittler (Spielervermittlung).⁴⁵²

6. Wirtschaftliche Tätigkeit

Die Bestimmung der Dienstleistungsfreiheit ist anzuwenden, wenn es sich bei einer Leistung um eine wirtschaftliche (ökonomische) Tätigkeit handelt.⁴⁵³ Wann liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor? Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist gegeben, wenn eine entgeltliche Dienstleistung respektive Arbeitsleistung vorgenommen wird.⁴⁵⁴ Die Ausübung des Berufssportes stellte bereits nach der Rsp des *EuGH* in den Rechtssachen *Deliège*, *Bosman*, *Donà/Mantero* beziehungsweise *Walrave/Union Cycliste Internationale* eine wirtschaftliche Tätigkeit gemäß Art 2 EGV dar.⁴⁵⁵ Nach herrschender Meinung in der Literatur und der Rsp des *EuGH* handelt es sich bei der Arbeitsvermittlung um die Vornahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit gemäß Art 2 EGV.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 47; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 82ff; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 17f; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 20ff.

⁴⁵² *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 47; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 82ff; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 17f; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 20ff.

⁴⁵³ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 41; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 12f; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff.

⁴⁵⁴ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 41; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 73; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 12f; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff.

⁴⁵⁵ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 41; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 73; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 12f; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff.

⁴⁵⁶ Schröder, *Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt*, 1995, 47; Bouras, *Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV*, 1994, 34; *EuGH* Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 21; Lipps, *Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstler-*

Ist die Spielervermittlung als wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen? Meiner Meinung nach handelt es sich bei der Spielervermittlung um eine wirtschaftliche Tätigkeit.⁴⁵⁷ Dies ergibt sich bereits aus der Definition des Spielervermittlerbegriffes in Art 1 Z 1 des FIFA-Spielervermittlerreglements „regelmäßig und gegen Entgelt“.⁴⁵⁸

7. Gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt

7.1. Allgemeine Grundlagen

Für die Anwendung der Bestimmung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV muss ein gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben sein.⁴⁵⁹ Was wird unter einem gemeinschaftsrechtlichen grenzüberschreitenden Sachverhalt verstanden? Ein gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor, wenn es sich negativ ausgedrückt nicht bloß um einen reinen internen Binnensachverhalt handelt.⁴⁶⁰ Der *EuGH* wandte bspw in der Rechtsprechung zur Rechtssache *Höfner und Elser* die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit nicht an, da es sich bloß um einen reinen internen Binnensachverhalt und nicht um einen gemeinschaftsrechtlichen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelte.⁴⁶¹ Im Sachverhalt der Entscheidung ging es darum, dass zwei deutsche Personalberater die Macraton GmbH mit Sitz in Deutschland auf Bezahlung eines Vermitt-

agenturen, NZA, 1989, 790; EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35; kritisch zu der Einordnung der BA als wirtschaftliche Tätigkeit *Herbert/Mauer*. Herbert/Mauer, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im Lichte des nationalen und internationalen Rechts, NZA, 1991, 421.

⁴⁵⁷ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 24f; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 42; EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 21; Lipps, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 790f; EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35ff.

⁴⁵⁸ Das *EuG* hat in seiner Rsp in der Rechtssache *Piau/Kommission* ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der Spielervermittlung gemäß dem FIFA-Spielervermittlungsregulativ um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 73.

⁴⁵⁹ EuGH Urteil vom 16.1.1997, Rs C-134/95, USSL N° 47 Di Biella, Slg 1997, S I-195, Rz 19; EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 37; Schröder, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt, 1995, 48ff und 71; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 77ff; Müller-Graff, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in FS für Lukes, 1989, 474f; Lipps, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 790.

⁴⁶⁰ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 354; Frenz, Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten, 2004, zu § 2, Rz 2479; Kluth, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 50, Rz 8; EuGH Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg 2000, S I-2549, Rz 58; EuGH Urteil vom 16.1.1997, Rs C-134/95, USSL N° 47 Di Biella, Slg 1997, S I-195, Rz 19.

⁴⁶¹ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 37.

lungsentgeltes (Vermittlungsprovision) im Zuge der Vermittlung einer deutschen Führungskraft klagten, wobei die deutschen gesetzlichen Bestimmungen (gemäß alt §§ 4 und 13 AFG) ein Vermittlungsverbot normierten.⁴⁶²

Der Begriff „*gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Dienstleistung*“ umfasst unterschiedliche Formen. Erstens kennt das Gemeinschaftsrecht nach Art 49 EGV die sogenannte positive Dienstleistungsfreiheit.⁴⁶³ Bei der positiven Dienstleistungsfreiheit begibt sich der Dienstleistungserbringer grenzüberschreitend von seinem EU-Mitgliedsstaat in den anderen EU-Mitgliedsstaat zum Dienstleistungsempfänger und erbringt dort seine Dienstleistung.⁴⁶⁴ Konkrete Beispiele für die positive Dienstleistungsfreiheit sind der deutsche Installateur, der nach Österreich kommt um Reparaturleistungen vorzunehmen⁴⁶⁵ und der österreichische Anwalt, der einen deutschen Mandanten vor einem deutschen Gericht vertritt⁴⁶⁶. Zweitens kennt das Gemeinschaftsrecht die passive Dienstleistungsfreiheit⁴⁶⁷. Unter der passiven Dienstleistungsfreiheit wird der Sachverhalt verstanden, indem der Dienstleistungsempfänger die Grenze zum EU-Mitgliedsstaat des Dienstleistungserbringers überschreitet um die Dienstleistung von einem Dienstleistungserbringer zu empfangen, der in einem anderen EU-Mitgliedsstaat ansässig ist.⁴⁶⁸ Konkrete Beispiele für die passive Dienstleistungsfreiheit sind der österreichische Patient, der nach Deutschland zum Arzt fährt um sich dort vom Arzt behandeln zu lassen⁴⁶⁹ und der deutsche Mandant, der sich vom österreichischen Anwalt vor einem österreichischen Gericht vertreten lässt⁴⁷⁰. Drittens kennt das Gemeinschaftsrecht die neutrale Dienstleistungsfreiheit.⁴⁷¹ Unter der neutralen Dienstleistungsfreiheit wird der Sachverhalt verstanden, indem weder der Dienstleistungsempfänger noch der Dienstleistungserbringer die Grenze ihres EU-Mitgliedsstaates überschreiten, jedoch die Dienstleistung per se die Grenzen von einem EU-Mitgliedsstaat in den anderen EU-Mitgliedsstaat über-

⁴⁶² EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 38f.

⁴⁶³ In der Literatur wird für die positive Dienstleistungsfreiheit auch die Bezeichnung „*aktive Dienstleistungsfreiheit*“ verwendet. Lecheler, Einführung in das Europarecht, 2000, 273; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 77.

⁴⁶⁴ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 141; Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 792.

⁴⁶⁵ Hummer/Schweitzer, Europarecht, 1996, 363.

⁴⁶⁶ Streinz, Europarecht, 1999, 279.

⁴⁶⁷ In der Literatur wird die passive Dienstleistungsfreiheit auch als „*negative Dienstleistungsfreiheit*“ bezeichnet. Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 77; Streinz, Europarecht, 1999, 279.

⁴⁶⁸ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 793; Müller-Graff, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in FS für Lukes, 1989, 474f; EuGH Urteil vom 31.1.1984, verb Rs 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro, Slg 1984, S 377, Rz 10ff.

⁴⁶⁹ EuGH Urteil vom 31.1.1984, verb Rs 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro, Slg 1984, S 377, Rz 10ff.

⁴⁷⁰ Geiger/Khan, Europarecht, 1997, 311.

⁴⁷¹ In der Literatur wird die neutrale Dienstleistungsfreiheit auch als „*Korrespondenzdienstleistungsfreiheit*“ respektive „*personenunabhängige Dienstleistungsfreiheit*“ beziehungsweise „*Produktverkehrs-freiheit*“ bezeichnet. Lecheler, Einführung in das Europarecht, 2000, 273; Breitenmoser, Praxis des Europarechts, 1996, 411.

schreitet.⁴⁷² Konkrete Beispiele für die neutrale Dienstleistungsfreiheit sind Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation, der Bankgeschäfte⁴⁷³, der Versicherungsgeschäfte und der mündlichen Beratungsleistung im Fernweg⁴⁷⁴. Eine vierte Form der grenzüberschreitenden gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistung führt der *EuGH* in seiner Rechtsprechung in der Rechtsache *Kommission/Frankreich* aus.⁴⁷⁵ Eine Dienstleistung mit gemeinschaftsrechtlichem Sachverhalt liegt auch vor, „... wenn ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet, in dem er niedergelassen ist, und zwar unabhängig vom Niederlassungsort der Empfänger dieser Dienstleistungen“.⁴⁷⁶ Der Fall liegt zum Beispiel vor, wenn der Arbeitsvermittler, der in Deutschland wohnhaft ist, für einen Arbeitgeber, der in Deutschland wohnhaft ist, in Österreich arbeitssuchende Arbeitnehmer für den deutschen Arbeitgeber vermittelt.⁴⁷⁷

7.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ und gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt

Es stellt sich die Frage ob das FIFA-Spielervermittlungsregulativ gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte umfasst. In der Literatur hat sich vor allem *Jungheim* mit dieser Frage auseinandergesetzt.

7.3. Ansicht Jungheim

Nach *Jungheim* können durch die Lizenzierungspflicht des FIFA-Spielervermittlungsregulatives gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst werden. Dafür spricht ihres Erachtens, dass Transferwechsel im Bereich des Berufsfußballs zwischen den europäischen Ligen typisch sind.⁴⁷⁸

⁴⁷² Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 141; Müller-Graff, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in FS für Lukes, 1989, 475.

⁴⁷³ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 141.

⁴⁷⁴ Müller-Graff, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in FS für Lukes, 1989, 475.

⁴⁷⁵ Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 77; EuGH Urteil vom 26.2.1991, Rs C-154/89, Kommission/Frankreich, Slg 1991, S I-659, Rz 10.

⁴⁷⁶ EuGH Urteil vom 26.2.1991, Rs C-154/89, Kommission/Frankreich, Slg 1991, S I-659, Rz 10.

⁴⁷⁷ Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 79.

⁴⁷⁸ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 28f.

7.4. Stellungnahme

Meiner Meinung nach werden durch die Lizenzierungspflicht des FIFA-Spielervermittlungsregulatives ebenfalls gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst. Wie *Jungheim* dies ausgeführt hat, sind Transfers in der Fußballbranche zwischen den internationalen europäischen Ligen üblich.⁴⁷⁹

7.5. Stellungnahme zu § 5 Abs 2 AMFG und gemeinschaftsrechtlicher grenzüberschreitender Sachverhalt

Werden durch (alt) § 5 Abs 2 AMFG gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst? Arbeitsplatzwechsel von Deutschland nach Österreich und versa vice sind in der allgemeinen Wirtschaft und insbesondere im Fußballsport typisch und vom örtlichen Anwendungsbereich des AMFG erfasst, weshalb gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte in Betracht kommen. Deutsche Spielervermittler, die als Arbeitsvermittler nach den deutschen Bestimmungen der AVermV und dem SGB III für die erfolgreiche Arbeitsvermittlung von arbeitssuchenden Fußballspielern eine Vermittlungsprovision verlangen dürfen, werden durch das österreichische generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern eine Vermittlungsprovision zu verlangen gemäß (alt) § 5 Abs 2 AMFG in der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV beeinträchtigt.⁴⁸⁰ Spielerwechsel von der österreichischen Bundesliga in die deutsche Bundesliga sind in der Transferpraxis üblich.

8. Entgeltlichkeit

Die Dienstleistung muss nach der ausdrücklichen Anordnung in Art 49 EGV „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werden. Das heißt, dass die Leistung ausnahmsweise im Einzelfall auch unentgeltlich vorgenommen werden kann.⁴⁸¹ Was ist unter dem Begriff „Entgelt“ im Sinne des Art 50 EGV zu verstehen? Der EGV enthält keine Legaldefinition des Begriffes „Entgelt“. Die Literatur hat sich mit der Frage auseinandergesetzt was unter dem Begriff „Entgelt“ zu verstehen ist. Das „Entgelt“ ist die „wirtschaftliche Gegenleistung“ für die Erbringung der entsprechenden Leistung.⁴⁸² Voraussetzung für den Begriff der „Entgeltlich-

⁴⁷⁹ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 28f.

⁴⁸⁰ Siehe dazu das Kapitel II.6. Örtlicher Anwendungsbereich des AMFG.

⁴⁸¹ Budischowsky, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2003, zu Art 49, 50, Rz 8.

⁴⁸² Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 399; Budischowsky, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2003, zu Art 49, 50 EGV, Rz 8.

keit“ ist der „Erwerbszweck“.⁴⁸³ Von wem ist das Entgelt zu bezahlen? Der Wortlaut des Art 49 EGV sagt nichts darüber aus, ob der Dienstleistungsempfänger für die Dienstleistung das Entgelt direkt zu bezahlen hat beziehungsweise eine dritte Person das Entgelt für die Dienstleistung bezahlen kann. Nach der Rsp des *EuGH* ist es für den Begriff der „Entgeltlichkeit“ irrelevant, ob der Dienstleistungsempfänger die Dienstleistung des Dienstleistungserbringers (direkt) bezahlt respektive eine dritte Person (indirekt) die Dienstleistung des Dienstleistungserbringers bezahlt.⁴⁸⁴ Der *EuGH* entschied in seiner Rsp in der Rs *Deliège*, dass die Entgeltlichkeit der Dienstleistung gegeben ist, wenn ein Judokakämpfer von einer dritten Person, nämlich Werbepartner beziehungsweise Sponsorenpartner, das Entgelt erhält.⁴⁸⁵ Nach herrschender Meinung in der Literatur wird die (private gewerbliche) Arbeitsvermittlung entgeltlich durchgeführt.⁴⁸⁶

Wird die Spielervermittlung in der Regel entgeltlich erbracht? Aus der Definition des Spielervermittlers nach Art 1 FIFA-Spielervermittlungsreglement „regelmäßig und gegen Entgelt“ ergibt sich bereits die Entgeltlichkeit und Regelmäßigkeit der Spielervermittlung.

9. Inhaltliche Verbote

9.1. Allgemeine Grundlagen

Welche inhaltlichen Verbote erfasst die Dienstleistungsfreiheit? Der Inhalt der Dienstleistungsfreiheit umfasste zunächst ein „Diskriminierungsverbot“.⁴⁸⁷ Das Diskriminierungsver-

⁴⁸³ Müller-Graff, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 49 EGV, Rz 21; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 34; Herbert/Mauer, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im Lichte des nationalen und internationalen Rechts, NZA, 1991, 421; Lipps, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 790.

⁴⁸⁴ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 55f; *EuGH* Urteil vom 26.4.1988, Rs 352/85, *Bond van Adverteerders/Niederländischer Staat*, Slg 1988, S 2085, Rz 16.

⁴⁸⁵ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 55f; Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 399; Streinz, EG-Grundfreiheiten und Verbandsautonomie, SpuRt, 2000, 223.

⁴⁸⁶ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 24f; Schröder, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt, 1995, 47; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 34; Lipps, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 790; kritisch zu der Entgeltlichkeit der öffentlichen Arbeitsvermittlung durch die Bundesanstalt für Arbeit sind *Herbert/Mauer*. Herbert/Mauer, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im Lichte des nationalen und internationalen Rechts, NZA, 1991, 421.

⁴⁸⁷ Hakenberg, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 49/50, Rz 19f; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 25; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 146; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 281; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 20.

bot inkludiert das Gebot der „Inländergleichbehandlung“.⁴⁸⁸ Vom Diskriminierungsverbot wird sowohl die unmittelbare/direkte Diskriminierung als auch die mittelbare/indirekte Diskriminierung umfasst.⁴⁸⁹ Das spezielle Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV konkretisiert das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV.⁴⁹⁰ Die Rsp des *EuGH* entwickelte und modifizierte den Inhalt der Dienstleistungsfreiheit von einem Diskriminierungsverbot zu einem „*allgemeinen Beschränkungsverbot*“.⁴⁹¹ In der Rsp zu der Rs *Guiot* führte der *EuGH* zum allgemeinen Beschränkungsverbot folgendes aus: Unterschiedslos anwendbare Maßnahmen beschränken die Dienstleistungsfreiheit, wenn sie geeignet sind, „*die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen*“.⁴⁹² Der *EuGH* führte in seiner Rsp aus, dass das Erfordernis einer behördlichen Bewilligung einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot darstellt.⁴⁹³ Nach *Bouras* stellte das griechische staatliche „*Arbeitsvermittlungsmonopol*“ (Verbot der gewerblichen privaten Arbeitsvermittlung) einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot dar.⁴⁹⁴ Der *EuGH* hat in seiner Rsp Beschränkungen hingenommen unter der Voraussetzung, dass die diese „*notwendig*“ sind (Erforderlichkeit).⁴⁹⁵ In der Rsp zu der Rs *Deliège* führte der *EuGH* aus, dass Auswahlssysteme für die Teilnahme an internationalen Sportwettkämpfen für die Vornahme bzw Inszenierung internationaler Sportwettkämpfe erforderlich sind.⁴⁹⁶

⁴⁸⁸ Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 146; Hummer/Schweitzer, Europarecht, 1996, 364.

⁴⁸⁹ Reichelt/Weiss, Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 13; Budischowsky, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2003, zu Art 49, 50 EGV, Rz 23; *EuGH* Urteil vom 3.2.1982, verb Rs 62 und 63/81, *Seco/Evi*, Slg 1982, S 223, Rz 8.

⁴⁹⁰ *EuGH* Urteil vom 12.12. 1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405, Rz 31ff; *EuGH* Urteil vom 2.2.1989, Rs 186/87, *Cowan/Trésor Public*, Slg 1989, S 195, Rz 14.

⁴⁹¹ *EuGH* Urteil vom 28.3.1996, Rs C-272/94, *Guiot*, Slg 1996, S I-1905, Rz 10; *EuGH* Urteil vom 9.8.1994, Rs C- 43/93, *Vander Elst*, Slg 1994, S I-3803, Rz 14; *EuGH* Urteil vom 25.7.1991, Rs C-76/90, *Säger*, Slg 1991, S I-4221, Rz 12; *EuGH* Urteil vom 26.2.1991, Rs C-154/89, *Kommission/Frankreich*, Slg 1991, S I-659, Rz 12; *EuGH* Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, *Webb*, Slg 1981, S 3305, Rz 14f; *EuGH* Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, *van Wesemael*, Slg 1979, S 35, Rz 27f; *EuGH* Urteil vom 3.12.1974, Rs 33/74, *Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*, Slg 1974, S 1299, Rz 10ff.

⁴⁹² *EuGH* Urteil vom 28.3.1996, Rs C-272/94, *Guiot*, Slg 1996, S I-1905, Rz 10.

⁴⁹³ *EuGH* Urteil vom 25.7.1991, Rs C-76/90, *Säger*, Slg 1991, S I-4221; *EuGH* Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, *Webb*, Slg 1981, S 3305; *EuGH* Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, *van Wesemael*, Slg 1979, S 35.

⁴⁹⁴ *Bouras*, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 95; so auch *Sacherer*. Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 148.

⁴⁹⁵ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 64ff.

⁴⁹⁶ *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549, Rz 69.

9.2. Erfordernisse des FIFA-Spielervermittlerreglements als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

Stellen die Erfordernisse des FIFA-Spielervermittlerreglements eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit dar? In der deutschen sportrechtlichen Literatur hat sich *Jungheim* mit der Frage auseinandergesetzt ob das FIFA-Spielervermittlungsreglement samt Erfordernissen eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV darstellt.

9.3. Ansicht Jungheim

Jungheim ist der Auffassung, dass die Lizenzpflicht des FIFA-Spielervermittlungsregulatives einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot darstellt.⁴⁹⁷ Nach *Jungheim* sind die Regelungen des FIFA-Spielervermittlungsregulatives nicht unter das „Diskriminierungsverbot“ des Art 49 EGV zu subsumieren, da die Regelungen des FIFA-Spielervermittlerregulatives ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit auf alle Spielervermittler angewandt werden. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ stellt jedoch einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot dar, da bloß von der FIFA lizenzierte Spielervermittler Fußballspieler vermitteln dürfen. Die Spielervermittler ohne entsprechende FIFA-Spielervermittlungslizenz werden in der „Dienstleistungsfreiheit“ gemäß Art 49 EGV beschränkt, da die Spielervermittler in andere EU-Mitgliedstaaten einreisen und Leistungen offerieren können, jedoch können die Fußballvereine respektive Fußballspieler ihre Leistungen nicht in Anspruch nehmen, da die Spielervermittler keine FIFA-Lizenz haben. Auf Grund der Bestimmungen der nationalen Gesetzgebungen haben die Spielervermittler die Möglichkeit als „Arbeitsvermittler“ in anderen EU-Mitgliedsstaaten ihre Tätigkeit auszuüben. Die Bestimmungen der nationalen Gesetzgeber zur Arbeitsvermittlung laufen leer, da die Fußballsportverbände eine Spielervermittlungslizenz verlangen und der internationale Sportverband FIFA beziehungsweise die nationalen Fußballsportverbände (DFB und ÖFB) den Fußballspielern bzw den Fußballvereinen Strafen androhen, falls sie mit Spielervermittlern kooperieren, die keine Spielervermittlungslizenz besitzen. Ergo stellt das Spielervermittlerreglement nach *Jungheim* einen ungerechtfertigten Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV dar.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 27ff.

⁴⁹⁸ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 24ff.

9.4. Stellungnahme

Meiner Meinung nach wird die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV durch die im FIFA-Spielervermittlerreglement vorgesehenen Erfordernisse Lizenzpflicht und Bankgarantie respektive Haftpflichtversicherung beeinträchtigt. Die Erfordernisse stellen zwar keine Diskriminierung dar, da die Regelungen für die Spielervermittler aus allen EU-Mitgliedsstaaten gleichermaßen gelten und daher keine unterschiedliche Behandlung auf Grund der Staatsbürgerschaft vorsehen. Nach der Rsp des *EuGH* stellen bereits Bewilligungserfordernisse einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot dar.⁴⁹⁹ Ein Bewilligungserfordernis in Verbindung mit erheblichen wirtschaftlichen und ökonomischen Aufwendungen (Bankgarantie beziehungsweise Versicherungspflicht) wird dann erst Recht einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot darstellen. Die Erfordernisse der Lizenz und der Haftpflichtversicherung respektive der Bankgarantie „behindern“ die Ausübung der Vermittlung von Fußballspielern für Arbeitsvermittler respektive machen sie „weniger attraktiv“. Durch das verbandsrechtliche Verbot für die Vereine und Spieler mit nicht-lizenzierten Spielervermittlern zu kooperieren bei sonstiger Sanktion wird die Spielervermittlung für Arbeitsvermittler ohne verbandsrechtliche Lizenz sogar „unmöglich“ gemacht. Daher handelt es sich bei den Erfordernissen samt Sanktionen um einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit.

9.5. Stellungnahme zu § 5 Abs 2 AMFG als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

Stellt das generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern (Fußballspielern) ein Entgelt zu verlangen gemäß (alt) § 5 Abs 2 AMFG eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit dar? Das generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Rahmen der Arbeitsvermittlung ein Entgelt zu verlangen, fällt nicht unter das Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit, da (alt) § 5 Abs 2 AMFG für inländische und ausländische Arbeitsvermittler unterschiedslos gilt. Dem deutschen Spielervermittler wird eine rechtmäßige Dienstleistung, nämlich die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern (Fußballern), wegen dem generellen Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern nach (alt) § 5 Abs 2 AMFG in Verbindung

⁴⁹⁹ EuGH Urteil vom 25.7.1991, Rs C-76/90, Säger, Slg 1991, S I-4221; EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35; EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305.

mit § 879 Abs 1 ABGB unmöglich gemacht.⁵⁰⁰ Das generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern eine Vermittlungsprovision zu verlangen, stellt sohin einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot dar und beeinträchtigt daher die Dienstleistungsfreiheit.

10. Rechtfertigung

10.1. Allgemeine Grundlagen

Nach der Rsp des *EuGH* kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sein, wenn es sich erstens um eine nichtdiskriminierende unterschiedslos anwendbare Maßnahme handelt, zweitens „*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ gegeben sind und drittens die „*Verhältnismäßigkeit*“ gewahrt bleibt.⁵⁰¹ Der *EuGH* hat in seiner Rsp in einer Vielzahl von Fällen Beispiele für zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses herausgearbeitet. Zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses zählen beispielsweise die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz⁵⁰², der Arbeitnehmerschutz⁵⁰³, der Verbraucherschutz⁵⁰⁴ und die Gewährleistung der ordnungskonformen Funktionstüchtigkeit der Justiz⁵⁰⁵. In der deutschen Literatur setzte sich *Bouras* mit der Frage auseinander ob für das griechische staatliche Arbeitsvermittlungsmonopol zwingende Gründe des Allgemeininteresses sprechen. Als „*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ für das griechische öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopol des Staates erwähnte *Bouras* den Schutz der Arbeitnehmer und die effektive Koordination der Nachfrage respektive des Angebotes von Beschäftigung.⁵⁰⁶

⁵⁰⁰ EuGH Urteil vom 28.3.1996, Rs C-272/94, Guiot, Slg 1996, S I-1905, Rz 10.

⁵⁰¹ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 174f; Matyk, Mehr Markt für den Dienstleistungssektor?, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 114; Müller-Graff, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 49 EGV, Rz 99; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 146 und 148; EuGH Urteil vom 28.3.1996, Rs C-272/94, Guiot, Slg 1996, S I-1905, Rz 13; EuGH Urteil vom 31.3.1993, Rs C-19/92, Kraus, Slg 1993, S I-1663, Rz 32.

⁵⁰² EuGH Urteil vom 25.7.1991, Rs C-76/90, Säger, Slg 1991, S I-4221, Rz 15; EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28.

⁵⁰³ EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 19.

⁵⁰⁴ EuGH Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/84, Kommission/Deutschland, Slg 1986, S 3755, Rz 30.

⁵⁰⁵ EuGH Urteil vom 12.12.1996, Rs C-3/95, Reisebüro Broede, Slg 1996, S I-6511.

⁵⁰⁶ Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 95f.

Welche Gesichtspunkte sind für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit relevant? Die Aspekte der Verhältnismäßigkeit sind erstens die Eignung, zweitens die Notwendigkeit und drittens die Adäquanz.⁵⁰⁷

Die beschränkende Maßnahme muss geeignet sein den intendierten Zweck zu erreichen.⁵⁰⁸ Nach *Bouras* war das griechische öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopol nicht geeignet um den Arbeitnehmerschutz zu gewähren. Dafür spricht seines Erachtens, dass die öffentliche Arbeitsvermittlungsinstitution nicht ausreichend in der Lage war sämtliche Arbeitsvermittlungsleistungen vorzunehmen (mangelnde Effizienz). Dies hatte Schwarzarbeitsvermittlung zur Folge. Die Schwarzarbeitsvermittlung inkludiert geradezu das Risiko der „Ausbeutung“ der arbeitssuchenden Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitsvermittlung.⁵⁰⁹

Die beschränkende Maßnahme, die ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses verfolgt, darf nicht durch weniger beeinträchtigende Maßnahmen, die dasselbe Resultat erzielen, erlangt werden (Erforderlichkeit).⁵¹⁰ Nach *Bouras* war das öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopol in Griechenland nicht notwendig um den Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten, da andere gelindere Bestimmungen, wie zum Beispiel Zulassungsvorschriften respektive Aufsichtsvorschriften, für die gewerbliche Arbeitsvermittlung in Betracht kommen.⁵¹¹

Des weiteren ist zu prüfen ob der EU-Mitgliedsstaat in dem der Dienstleister ansässig ist durch eigene ähnliche Rechtsvorschriften den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses „bereits Rechnung getragen“ hat.⁵¹² Der *EuGH* hat zwar in seiner Rechtssprechung zu der Rechtssache *van Wesemael* festgestellt, dass die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellen. Er betonte jedoch auch, dass dies bloß gilt, wenn im Niederlassungsstaat keine vergleichbaren Rechtsvorschriften bestehen.⁵¹³ Ist die Vornahme der Arbeitsvermittlung im Herkunftsland von einer Genehmigung abhängig und der Kontrolle der Verwaltungsbehörden unterworfen, so müssen die Anforderungen zur Gewährleistung der Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz „objektiv notwendig“ sein. Die objektive Notwendigkeit ist nicht gegeben, wenn der Arbeitsvermittler im Niederlassungsstaat eine Bewilligung besitzt, für die Bewilligung im Dienstleistungserbringungsstaat ähnliche Konditionen existieren und die Arbeits-

⁵⁰⁷ Budischowsky, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2003, zu Art 49, 50 EGV, Rz 31.

⁵⁰⁸ EuGH Urteil vom 31.3.1993, Rs C-19/92, Kraus, Slg 1993, S I-1663, Rz 32.

⁵⁰⁹ Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 100.

⁵¹⁰ EuGH Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/84, Kommission/Deutschland, Slg 1986, S 3755, Rz 27.

⁵¹¹ Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 103.

⁵¹² Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 403; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, 2001, 146 und 149; Bouras, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994, 91; EuGH Urteil vom 9.8.1994, Rs C- 43/93, Vander Elst, Slg 1994, S I-3803, Rz 16; EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 17ff; Streil, Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag und Recht der Internationalen Arbeitsorganisation, EuGRZ, 1979, 619; EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28ff.

⁵¹³ EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28.

vermittlungstätigkeit einer adäquaten Kontrolle unterliegt.⁵¹⁴ Der *EuGH* hat in seiner Rsp in der Rs *Webb* festgestellt, dass für eine Berechtigung im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung der Arbeitnehmerschutz ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellt. Er betonte jedoch auch hier, dass die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung nicht nur eine „*Wiederholung der Nachweise und Sicherheiten*“ des Herkunftslandes darstellen dürfen.⁵¹⁵

10.2. Stellungnahme zur Rechtfertigung des Eingriffes durch das FIFA-Spielervermittlerreglement

Ist die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Erfordernisse des FIFA-Spielervermittlerreglements gerechtfertigt? Zunächst ist zu prüfen ob für das FIFA-Spielervermittlerreglement zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses vorliegen. Durch die Erfordernisse (Lizenzpflicht und Haftpflichtversicherung oder Bankgarantie) sollen erstens die Spielervermittler professionalisiert werden, zweitens inkompetente und ungeeignete Spielervermittler von der Spielervermittlung abgehalten werden und drittens die Spieler und Vereine vor finanziellen Schäden geschützt werden. Als „*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ können die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz und der Arbeitnehmerschutz vorgebracht werden.⁵¹⁶ Die FIFA-Erfordernisse sind auch geeignet die Spielervermittler zu professionalisieren, inkompetente und ungeeignete Spielervermittler von der Spielervermittlung abzuhalten und die Spieler und Vereine vor finanziellen Schäden zu schützen und dadurch den Arbeitnehmerschutz respektive die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz zu gewährleisten. Die FIFA-Erfordernisse sind jedoch nicht notwendig. Die Spielervermittler, die eine behördliche gewerbliche Arbeitsvermittlungsbewilligung haben, unterliegen dem AMFG und der GewO (Bewilligungspflicht und Befähigungsnachweis, aber keine Versicherungspflicht oder Bankgarantie), deren Sinn und Zweck es ist den Zugang zum Beruf der Arbeitsvermittlung zu regeln bzw ungeeignete, unzuverlässige und inkompetente Personen von der Arbeitsvermittlung auszuschließen um den Arbeitnehmerschutz respektive Berufsregelungen zum Dienstleistungsempfängerschutz zu gewährleisten. Es bestehen bereits gesetzliche Bestimmungen um gerade eben diese Zwecke mit gelinderen Mitteln, nämlich ohne eine Versicherungspflicht oder Bankgarantie, zu erreichen. In Deutschland bestehen die gesetzlichen Bestimmungen dGewO, SGB III und AVermV um diese Ziele zu erreichen. Dass die verbandsrechtlichen Erfordernisse im Allgemeinen für

⁵¹⁴ EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 29f.

⁵¹⁵ EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 20.

⁵¹⁶ EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28; EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 19.

Sportlervermittler nicht erforderlich sind, zeigt sich auch aus dem Umstand, dass in anderen Sportarten wie Handball, Eishockey und Tennis keine verbandsrechtlichen Erfordernisse für Sportlervermittler geregelt sind. Ist den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses bereits Rechnung getragen worden? Der *EuGH* hat in seiner Rechtsprechung zu der Rechtsache *van Wesemael* entschieden, dass die Berufsregeln (Erfordernis einer Genehmigung für die gewerbliche private entgeltliche Stellenvermittlung) zum Dienstleistungsempfängerschutz ein zwingendes Allgemeininteresse darstellen, sofern nicht im Herkunftsland des Arbeitsvermittlers vergleichbare Rechtsvorschriften bestehen.⁵¹⁷ Der *EuGH* hat in seiner Rsp in der Rs *Webb* entschieden, dass für eine Berechtigung im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung der Arbeitnehmerschutz ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses darstellt, sofern die Anforderungen an die Bewilligungserteilung nicht nur eine „Wiederholung der Nachweise und Sicherheiten“ des Herkunftsstaates darstellen.⁵¹⁸ Da die österreichischen Spielervermittler als Arbeitsvermittler bereits den gesetzlichen Regelungen (GewO und AMFG) respektive die deutschen Spielervermittler den gesetzlichen Regelungen (dGewO, SGB III und AVermV) unterliegen, bestehen vergleichbare Regelungen, die den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses „bereits Rechnung tragen“. Ergo stellen die verbandsrechtlichen Erfordernisse des Spielervermittlungsregulatives in diesen Fällen einen ungerechtfertigten Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV dar.

10.3. Stellungnahme zur Rechtfertigung des Eingriffes durch § 5 Abs 2 AMFG

Ist die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch das generelle Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern gemäß (alt) § 5 Abs 2 AMFG gerechtfertigt? Das generelle Verbot von arbeitssuchenden Arbeitnehmern im Rahmen der Arbeitsvermittlung ein Entgelt zu verlangen, hat den Sinn und Zweck den Arbeitnehmerschutz und Ausbeutungsschutz zu gewährleisten. Als „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ können daher der Arbeitnehmerschutz respektive die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz herangezogen werden.⁵¹⁹ Das Verbot des (alt) § 5 Abs 2 AMFG ist problemlos geeignet den Arbeitnehmerschutz und die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz zu gewährleisten. Das generelle Verbot gemäß (alt) § 5 Abs 2 AMFG ist jedoch nicht erforderlich. Ein Blick auf die deutsche Rechtsordnung zeigt, dass im Bereich der Arbeitsvermittlung (von Berufsfußballspielern) der Arbeitnehmerschutz und die Berufsregelungen zum Dienstleistungsempfängerschutz durch „gelindere Mittel“, wie bspw

⁵¹⁷ EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28.

⁵¹⁸ EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 20.

⁵¹⁹ EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28; EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 19.

gesetzliche Höchstentgeltbeschränkungen gemäß § 10 AVermV, Formvorschriften gemäß § 296a SGB III, behördlicher Aufsicht und entsprechende Sanktionen, gewährleistet werden können⁵²⁰. Selbst ein Blick auf das österreichische Arbeitsmarktrecht zeigt, dass ein generelles Verbot entgeltlicher Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern nicht erforderlich ist. Im Bereich der Künstlervermittlung (alt) § 5 Abs 2 und 3 AMFG bestehen „gelindere Mittel“, wie bspw gesetzliche Höchstbegrenzungen des Entgeltes, behördliche Aufsicht und entsprechende Sanktionen, um den Arbeitnehmerschutz und die Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz zu gewährleisten. Ist dem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses im Herkunftsstaat „bereits Rechnung getragen“ worden?⁵²¹ Ein Blick auf die deutsche Rechtslage zeigt, dass den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses Arbeitnehmerschutz und Berufsregeln zum Dienstleistungsempfängerschutz im Herkunftsland „bereits Rechnung getragen“ wird.

11. Personeller Anwendungsbereich

Welche Personen können sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen und sind begünstigt? Der persönliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erstreckt sich nach dem Wortlaut des Art 49 EGV grundsätzlich auf die Mitglieder eines EU-Mitgliedsstaates, die in einem anderen EU-Mitgliedsstaat wohnhaft sind als demjenigen EU-Mitgliedsstaat in dem die Dienstleistung vorgenommen wird. Daher ist ein österreichischer Staatsbürger, der in Deutschland seinen Wohnsitz hat und in Italien eine Dienstleistung vornimmt unter den personellen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV zu subsumieren. Ist der österreichische Staatsbürger in Kanada ansässig, ist er nicht Begünstigter der Dienstleistungsfreiheit. Der persönliche Anwendungsbereich des Art 49 EGV erfasst nach der Rechtsprechung des *EuGH* nicht nur den Dienstleistungserbringer, sondern auch den Dienstleistungsempfänger.⁵²² In der Rsp des *EuGH* zu der Rs *Luisi und Carbone* führte der *EuGH* aus, dass Patienten, die sich in einem anderen EU-Mitgliedsstaat medizinisch von einem Arzt untersuchen lassen wollen als Dienstleistungsempfänger unter den persönlichen

⁵²⁰ Ein Blick auf die schweizerische Rechtslage zeigt, dass im Allgemeinen bei der Arbeitsvermittlung gelindere Mittel, wie bspw gesetzliche Höchstbeschränkungen für Vermittlungsprovisionen, behördliche Aufsicht, Zulassungsvorschriften und entsprechende Sanktionen, geeignet sind den Arbeitnehmerschutz und die Berufsregelungen zum Dienstleistungsempfängerschutz zu gewährleisten.

⁵²¹ *EuGH* Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, Webb, Slg 1981, S 3305, Rz 17; *EuGH* Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, van Wesemael, Slg 1979, S 35, Rz 28.

⁵²² Müller-Graff, in Streinz [Hrsg], *EUV/EGV*, 2003, zu Art. 49 EGV, Rz 3 und 44; Fritzweiler/Pfister/Summerer, *Praxishandbuch Sportrecht*, 1998, 506; *EuGH* Urteil vom 2.2.1989, Rs 186/87, Cowan/Trésor Public, Slg 1989, S 195, Rz 15; *EuGH* Urteil vom 31.1.1984, verb Rs 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro*, Slg 1984, S 377, Rz 10 und 16.

Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit zu subsumieren sind.⁵²³ Neben den natürlichen Personen werden auch die juristischen Personen unter den persönlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit subsumiert gemäß Art 55 EGV iVm Art 48 EGV.

⁵²³ EuGH Urteil vom 31.1.1984, verb Rs 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro, Slg 1984, S 377, Rz 10 und 16.

IX. Spielervermittlung und Europäisches Kartellverbot

1. Allgemeine Grundlagen

Die zentrale primärgemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für das Europäische Kartellverbot enthält Art 81 Abs 1 EGV⁵²⁴.

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;*
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;*
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
- e) Die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“.*

Zu den Gemeinschaftskompetenzen gehört gemäß Art 3 Abs 1 lit g EGV der Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen auf dem Binnenmarkt.⁵²⁵ Die Gewährleistung des unverfälschten Wettbewerbes ist ein fundamentales Ziel des (Gemeinschafts-) Vertrages mit obligatorischer Geltung.⁵²⁶ Der Sinn und Zweck des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 Abs 1 EGV besteht im Wettbewerbsschutz.⁵²⁷ Das Europäische Kartellverbot gemäß Art 81 EGV ist unmittelbar anwendbar.⁵²⁸ Das *EuG* hat in seiner Rsp in der Rechtssache *Meca-Medina*

⁵²⁴ Alt Art 85 EGV.

⁵²⁵ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 426.

⁵²⁶ EuGH Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg 1973, S 215, Rz 23ff.

⁵²⁷ Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Vorbem. Art. 81-86, Rz 4.

⁵²⁸ Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Vorbem. Art. 81-86, Rz 9; Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 426; Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 34; Eilmansberger, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu vor Art. 81 EGV, Rz 7; Breitenmoser, Praxis des Europarechts, 1996,

und *Majcen/Kommission* betont, dass die Bestimmung des Europäischen Kartellrechtes gemäß Art 81 EGV auf die Regelungen des Sportbereichs anzuwenden sind, wenn die entsprechenden Bestimmungen wirtschaftliche Aspekte und nicht bloß rein sportliche Aspekte erfassen.⁵²⁹ Nach *Summerer* gibt es in der Sportbranche einige Bereiche, wie zum Beispiel die Veräußerung exklusiver TV-Übertragungsrechte, die Transferbestimmungen, die Ausländerregelungen, die Disziplinarmaßnahmen und die Vermarktungsrechte, die vom Europäischen Kartellrecht erfasst sind.⁵³⁰ Das *EuG* hat in seiner Rsp in der Rechtssache *Piau/Kommission* die Bestimmung des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 EGV auf den Bereich der Spielervermittlung angewandt und explizit ausgesprochen, dass es sich bei der Spielervermittlungstätigkeit nicht um eine Tätigkeit mit sportspezifischen Charakter handelt.⁵³¹ In der Literatur spricht auch *Summerer* davon, dass die Spielervermittlungsregelungen vom Europäischen Wettbewerbsrecht erfasst sind.⁵³² In der sportrechtlichen Literatur hat bereits *Jungheim* das Europäische Kartellverbot auf den Bereich der Spielervermittlung angewandt und die Vereinbarkeit des FIFA-Spielerreglements mit dem Europäischen Kartellverbot kritisch geprüft.⁵³³ Der *EuGH* hat bereits in seiner Rsp in der Rechtssache *Höfner und Elser* die Bestimmungen des Europäischen Kartellverbotes auf den Bereich der Arbeitsvermittlung angewandt.⁵³⁴

2. Koordinierte Verhaltensformen

2.1. Allgemeine Grundlagen

Welche koordinierten Verhaltensformen sind vom Europäischen Kartellverbot erfasst? Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art 81 Abs 1 EGV kommen als koordinierte Verhaltensformen erstens „*Vereinbarungen*“ zwischen Unternehmungen, zweitens „*Beschlüsse*“ von Unternehmensvereinigungen und drittens „*abgestimmte Verhaltensweisen*“ in Be-

447; EuGH Urteil vom 20.9.2001, Rs C-453/99, *Courage und Crehan*, Slg 2001, S I-6297, Rz 23; EuGH Urteil vom 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis*, Slg 1991, S I-935, Rz 45.

⁵²⁹ EuG Urteil vom 30.9.2004, Rs T-313/02, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*, Slg 2004, S II-3291, Rz 42; so bereits der *Generalanwalt Lenz* in seinem Schlussantrag in der Rs *Bosman*. Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 253-286.

⁵³⁰ Fritzweiler/Pfister/Summerer, *Praxishandbuch Sportrecht*, 1998, 507f.

⁵³¹ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209.

⁵³² Fritzweiler/Pfister/Summerer, *Praxishandbuch Sportrecht*, 1998, 507f.

⁵³³ Jungheim, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 235ff.

⁵³⁴ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, S I-1979; bestätigt durch EuGH Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, *Job Centre*, Slg 1997, S I-7119.

tracht.⁵³⁵ Den drei koordinierten Verhaltensformen ist das „*bewusste und gewollte Zusammenwirken*“ gemeinsam.⁵³⁶

Was ist unter dem Begriff „*Vereinbarungen*“ zwischen Unternehmungen zu verstehen? Unter den „*Vereinbarungen*“ zwischen Unternehmungen wird ein Konsens zwischen zwei respektive mehreren Parteien verstanden, durch den zumindest eine der betroffenen Parteien zu einem konkreten Verhalten in Form eines passiven Unterlassens beziehungsweise eines aktiven Tuns juristisch beziehungsweise tatsächlich verpflichtet wird.⁵³⁷ Klassischer Prototyp einer „*Vereinbarung*“ zwischen Unternehmen im Sinne des Art 81 EGV stellt der zivilrechtliche Vertrag (Kontrakt) dar.⁵³⁸

Was ist unter dem Begriff „*Beschlüsse*“ einer Unternehmensvereinigung zu verstehen? Der *EuGH* versteht unter dem Beschluss einer Unternehmensvereinigung den Willensausdruck einer Vereinigung respektive der Vereinigungsvertreter das Marktverhalten der Vereinigungsmitglieder aufeinander abzustimmen (koordinieren).⁵³⁹ Der Beschluss einer Unternehmensvereinigung muss Verbindlichkeit besitzen.⁵⁴⁰ Die verbandsrechtlich vorgesehenen Transfersummen respektive Ausländerklauseln stellen einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung gemäß Art 81 Abs 1 EGV dar, weil sie das Verhalten der Vereinsmitglieder am Gemeinsamen Markt normieren.⁵⁴¹

Bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen handelt es sich um einen „*Auffangtatbestand*“.⁵⁴² Die „*aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen*“ sind vom bloß tatsächlichen „*Parallelverhalten*“ zu differenzieren.⁵⁴³ Das bloß tatsächliche Parallelverhalten ist nicht unter den Tatbestand des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 EGV zu subsumieren.⁵⁴⁴ Unter Art 81 EGV werden nicht die einseitigen Maßnahmen subsumiert. Die ein-

⁵³⁵ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 31; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 51; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 254; Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 1993, zu Art. 85 (1), Rz 72.

⁵³⁶ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 31.

⁵³⁷ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 1993, zu Art. 85 (1), Rz 74.

⁵³⁸ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 32; Hummer/Schweitzer, Europarecht, 1996, 386.

⁵³⁹ *EuGH* Urteil vom 19.2.2002, Rs C-309/99, Wouters u.a., Slg 2002, S I-1577, Rz 64; *EuGH* Urteil vom 27.1.1987, Rs 45/85, Verband der Sachversicherer/Kommission, Slg 1987, S 405, Rz 29ff; *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 75.

⁵⁴⁰ In die Richtung gehend der *EuGH* und das *EuG*. *EuGH* Urteil vom 27.1.1987, Rs 45/85, Verband der Sachversicherer/Kommission, Slg 1987, S 405, Rz 30; *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 75.

⁵⁴¹ Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 33; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98.

⁵⁴² Streinz, Europarecht, 1996, 273.

⁵⁴³ Streinz, Europarecht, 1996, 273; Hummer/Schweitzer, Europarecht, 1996, 388.

⁵⁴⁴ Geiger, EG-Vertrag, Kommentar, 1995, zu Art. 85, Rz 21.

seitigen Maßnahmen sind unter das Europäische Missbrauchsverbot gemäß Art 82 EGV zu subsumieren.⁵⁴⁵

2.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ als koordinierte Verhaltensform

Ist das FIFA-Spielervermittlerreglement als koordinierte Verhaltensform zu verstehen? In der europäischen Gerichtspraxis hat sich das *EuG* und in der sportrechtlichen Fachliteratur haben sich *Jungheim*, *Oberrauch* und *Vetter* mit der Frage auseinandergesetzt ob das FIFA-Spielervermittlungsregulativ als koordinierte Verhaltensform zu verstehen ist.

2.3. Ansicht EuG

Das *EuG* ist in der Rechtssache *Piau/Kommission* der Auffassung, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung gemäß Art 81 EGV darstellt.⁵⁴⁶ Das *EuG* weist zunächst darauf hin, dass die Spielervermittlungstätigkeit nach dem Wortlaut des FIFA-Spielervermittlerreglements darin besteht in der Regel entgeltlich Fußballspieler mit Fußballvereinen zum Abschluss von Dienstverträgen respektive zwei Fußballvereine zum Abschluss eines Transfervertrages zusammenzubringen. Ergo stellt die Spielervermittlung eine ökonomische Tätigkeit dar, deren Gegenstand die Vornahme von Dienstleistungen ist. Die Vornahme der Spielervermittlung hat keinen sportspezifischen Charakter, wie dies der *EuGH* in seiner Rsp in den Rechtssachen *Donà/Mantero*, *Bosman*, *Deliège* und *Lehtonen und Castors Braine* bestimmt hat, sondern wirtschaftlichen Charakter.⁵⁴⁷ Das FIFA-Spielervermittlerreglement ist auf Grund „eigener Machtbefugnis“ beschlossen worden. Es ist jedoch nicht auf Grund eigenständiger Rechtsetzungskompetenz beschlossen worden, welche durch ein im öffentlichen Interesse wurzelndes Mandat zur Normierung von sportlichen Angelegenheiten vom Gesetzgeber delegiert worden ist.⁵⁴⁸ Es ist auch nicht unter die Vereinigungsfreiheit der Sportverbände im Sinne der Rsp des *EuGH*

⁵⁴⁵ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 36; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 55.

⁵⁴⁶ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 73; derselben Auffassung sind *Jungheim*, *Oberrauch* und *Vetter*. *Oberrauch*, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, *ecolx*, 2005, 414; *Vetter*, Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht, *SpuRt*, 2005, 234; *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 240f.

⁵⁴⁷ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 73.

⁵⁴⁸ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 74.

zu den Rechtssachen *Bosman* und *Deliège* zu subsumieren.⁵⁴⁹ Das *EuG* betont in weiterer Folge, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement für die nationalen Sportverbände, die Fußballvereine, die Fußballspieler und die Spielervermittler verbindlichen Charakter hat. Die FIFA bringt im FIFA-Spielervermittlerreglement den Willen zur Geltung das Mitgliederverhalten in puncto der Spielervermittlungstätigkeit aufeinander abzustimmen (koordinative Funktion).⁵⁵⁰

2.4. Ansicht FIFA

Die *FIFA* war in der Rechtssache *Piau/Kommission* der Ansicht, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement keinen Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art 81 Abs 1 EGV darstellt.⁵⁵¹ Dafür spricht nach Meinung der *FIFA*, dass die am Betrieb berufsmäßig beteiligten Fußballvereine (hier in diesem konkreten Fall die Profifußballvereine), bloß eine Minorität der Mitglieder der nationalen Fußballverbände, welche Mitglieder des internationalen Fußballverbandes sind, darstellen. Das FIFA-Spielervermittlerreglement stellt darüber hinaus auch keinen Willensausdruck der Profifußballvereine dar.⁵⁵²

2.5. Ansicht Jungheim

Nach *Jungheim* stellt das FIFA-Spielervermittlerreglement einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung gemäß Art 81 Abs 1 EGV dar.⁵⁵³ *Jungheim* weist zunächst darauf hin, dass der *EuGH* in seiner Rsp unter dem Begriff Beschluss einer Unternehmensvereinigung Vereinigungsbeschlüsse versteht, welche gemeinschaftlich durch Vereinigungsorgane beschlossen werden und das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt koordinieren. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ basiert auf den Ausführungsregelungen zum FIFA-Statut und wurde vom FIFA-Exekutivkomitee beschlossen. Ergo stellt das FIFA-Spielervermittlungsregulativ einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung gemäß Art 81 EGV dar, welcher vom Vereinigungsorgan beschlossen wurde und das Verhalten der Mitglieder auf dem Markt koordiniert (koordinative Funktion). Bei den Fußballvereinen handelt es sich bloß um indirekte FIFA-Mitglieder und die Berufsfußballspieler sind bloß Dritte, die durch Vertrag gebunden sind. Jedoch handelt es sich bei den nationalen Fußballsportverbän-

⁵⁴⁹ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 73.

⁵⁵⁰ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 75.

⁵⁵¹ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 65.

⁵⁵² EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 65.

⁵⁵³ *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 240f.

den, die das FIFA-Spielervermittlungsregulativ transformieren, um FIFA-Mitglieder. Sie betont in diesem Konnex, dass das Europäische Kartellverbot auch auf vertikale Beschränkungen des Wettbewerbes, wie zum Beispiel Exklusivbindungen respektive Lizenzkontrakte, anzuwenden ist, wodurch die nationalen Fußballsportverbände nicht derselben wirtschaftlichen Stufe wie die Sportlervermittler zugehörig sein müssen.⁵⁵⁴

2.6. Stellungnahme

Meiner Meinung handelt es sich beim FIFA-Spielervermittlerreglement um einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art 81 Abs 1 EGV. Die Vereinigung (hier FIFA) bringt im Beschluss (hier FIFA-Spielervermittlerreglement) den Willen zum Ausdruck das Verhalten der Vereinigungsmitglieder (hier nationale Sportverbände, Fußballvereine, Fußballspieler und Spielervermittler) auf dem Spielervermittlungsmarkt zu regeln (koordinative Funktion).⁵⁵⁵ Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ ist auch verbindlich, da bei Verstoß gegen das FIFA-Spielervermittlungsreglement Sanktion drohen (Verbindlichkeit).⁵⁵⁶

3. Wettbewerbsbeschränkung

3.1. Allgemeine Grundlagen

Voraussetzung für den Verstoß gegen das Europäische Kartellverbot ist, dass die koordinierte Verhaltensform gemäß Art 81 Abs 1 EGV eine „*Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs*“ darstellt. Es handelt sich bei der „*Verhinderung*“, der „*Einschränkung*“ und der „*Verfälschung*“ des Wettbewerbes um äquivalente Tatbestandsvarianten, die vom Überbegriff der Wettbewerbsbeschränkung erfasst werden.⁵⁵⁷ In der Regel wird eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben sein, wenn die ökonomische Betätigungsfreiheit eines Beteiligten respektive einer dritten Person eingeschränkt wird.⁵⁵⁸ Es müssen darüber

⁵⁵⁴ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 240f.

⁵⁵⁵ EuGH Urteil vom 19.2.2002, Rs C-309/99, Wouters u.a., Slg 2002, S I-1577, Rz 64; EuGH Urteil vom 27.1.1987, Rs 45/85, Verband der Sachversicherer/Kommission, Slg 1987, S 405, Rz 29ff; EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 75.

⁵⁵⁶ EuGH Urteil vom 27.1.1987, Rs 45/85, Verband der Sachversicherer/Kommission, Slg 1987, S 405, Rz 30; EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 75.

⁵⁵⁷ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 40.

⁵⁵⁸ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 439; Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 41 und 43; Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 81, Rz 11; Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 34; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-

hinaus die Konditionen des Marktes nachteilig modifiziert werden.⁵⁵⁹ Der *EuGH* hat in der Rsp in der Rechtssache *Maschinenbau Ulm* ausgeführt, dass die Situation des Wettbewerbs dahingehend zu eruieren ist, wie sie ohne die entsprechende koordinierte Verhaltensweise existieren würde.⁵⁶⁰ Konkrete Beispiele für eine Wettbewerbsbeschränkung stellen die zentrale Vermarktung von Europacupspielen und Bundesligaspielen im Bereich des Fußballs⁵⁶¹ und die verbandsrechtlich geregelten Transfersummen (im Falle von auslaufenden Verträgen) dar⁵⁶². Es werden jedoch nicht alle Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als Beeinträchtigung des Wettbewerbes gemäß Art 81 Abs 1 EGV verstanden. Der *EuGH* führte bereits im Jahre 1966 in der Rsp zur Rechtssache *Maschinenbau Ulm* aus, dass Störungen des Wettbewerbes (hier in concreto durch Exklusivvertriebsklauseln) für die Eindringung einer Unternehmung auf einem neuen Markt, auf welchem die Unternehmung bis dato nicht aktiv war, notwendig sein können und daher nicht als Wettbewerbsbeschränkung des Art 81 EGV zu qualifizieren sind.⁵⁶³ Der *EuGH* führte in weiterer Folge in seiner Rsp in der Rechtssache *Meca-Medina* aus, dass die verbandsrechtlichen Antidopingbestimmungen mit deren Sanktionen nicht als Beeinträchtigung des Wettbewerbes gemäß Art 81 Abs 1 EGV zu verstehen sind, wenn sie für den sportlichen Wettkampf funktionsnotwendig sind.⁵⁶⁴

Nach *Weiß* sind verbandsrechtliche Ausländerklauseln respektive Transferklauseln für den Berufssport nicht funktionsnotwendig und zudem unverhältnismäßig.⁵⁶⁵

Nach *Jungheim* intendiert die FIFA-Spielervermittlungslizenz nicht, einen neuen Markt für den Bereich der Spielervermittlung zugänglich zu machen, auf dem ursprünglich keine Spielervermittlung betrieben worden ist. Durch die FIFA-Spielervermittlungslizenz wurde ein bereits existierender Markt vernichtet, auf dem bloß Spielervermittler mit FIFA-Spielervermittlerlizenz Dienstleistungen erbringen können. Des weiteren ist nach *Jungheim* die FIFA-Spielervermittlungslizenz nicht erforderlich, um auf einem neuen Territorium Leis-

Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 88; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98; Schröter, in Ehlermann/Groeben/Thiesing [Hrsg], Kommentar zum EWG-Vertrag, 1999, zu Artikel 85 Absatz 1, Rz 75; *EuGH* Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, Consten und Grundig, *Slg* 1966, S 322 und 390.

⁵⁵⁹ Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 81, Rz 11; Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 51; Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 34; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98f; Schröter, in Ehlermann/Groeben/Thiesing [Hrsg], Kommentar zum EWG-Vertrag, 1999, zu Artikel 85 Absatz 1, Rz 77.

⁵⁶⁰ *EuGH* Urteil vom 30.6.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, *Slg* 1966, S 282 und 303.

⁵⁶¹ Stopper, *Ligasport und Kartellrecht*, 1997, 167f und 172.

⁵⁶² Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 34; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98f; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, *Slg* 1995, S I-4921, Rz 262.

⁵⁶³ *EuGH* Urteil vom 30.6.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, *Slg* 1966, S 282 und 304.

⁵⁶⁴ *EuGH* Urteil vom 18.7.2006, Rs C-519/04P, *Meca-Medina* und *Majcen/Kommission*, *Slg* 2006, S I-6991, Rz 47.

⁵⁶⁵ Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 99f.

tungen zu erbringen. Würde das FIFA-Spielervermittlungsregulativ nicht existieren, könnten sämtliche Spielervermittler auf dem Spielervermittlungsmarkt fungieren.⁵⁶⁶

Sowohl die vertikalen als auch die horizontalen Vereinbarungen sind unter den Tatbestand des Europäischen Kartellverbots gemäß Art 81 Abs 1 EGV zu subsumieren.⁵⁶⁷ Das Kriterium zur Unterscheidung der horizontalen Vereinbarungen von den vertikalen Vereinbarungen besteht darin, ob sich die Beteiligten der Vereinbarung auf der gleichen wirtschaftlichen Ebene befinden. Befinden sich die Beteiligten auf derselben wirtschaftlichen Stufe, so handelt es sich um eine horizontale Vereinbarung. Befinden sich hingegen die Beteiligten auf unterschiedlichen wirtschaftlichen Stufen, so handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung.⁵⁶⁸ Eine vertikale Vereinbarung liegt zum Beispiel zwischen einem Zulieferunternehmen und einem Hersteller vor.⁵⁶⁹ Eine horizontale Vereinbarung liegt zum Beispiel zwischen zwei Produzenten vor.⁵⁷⁰ Der Tatbestand des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 Abs 1 EGV erfasst sowohl den aktuellen als auch den potentiellen Wettbewerb.⁵⁷¹ Er enthält eine „Generalklausel“ (arg „*Verhinderung, Verfälschung oder Einschränkung des Wettbewerbs*“).⁵⁷² Neben der Generalklausel normiert der Art 81 Abs 1 lit a bis e EGV bestimmte verbotene wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen. Die Aufzählung der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen im EGV ist nach herrschender Meinung in der Literatur demonstrativer (beispielhafter) und nicht taxativer (abschließender) Natur.⁵⁷³

3.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ als Wettbewerbsbeschränkung

Stellt das FIFA-Spielervermittlungsregulativ eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 81 EGV dar? In der europäischen Gerichtspraxis hat sich das *EuG* und in der sportrechtlichen Literatur hat sich vor allem *Jungheim* mit der Frage auseinandergesetzt ob das

⁵⁶⁶ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 242f.

⁵⁶⁷ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 215; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 13f; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 22; Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 163; EuGH Urteil vom 30.6.1966, Rs 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg 1966, S 282 und 302; EuGH Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, Consten und Grundig, Slg 1966, S 322 und 387.

⁵⁶⁸ Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 27f; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 13f; EuGH Urteil vom 30.6.1966, Rs 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg 1966, S 282 und 302; EuGH Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, Consten und Grundig, Slg 1966, S 322 und 387.

⁵⁶⁹ Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 27f.

⁵⁷⁰ Hummer/Schweitzer, Europarecht, 1996, 389.

⁵⁷¹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 439; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 23.

⁵⁷² Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 28.

⁵⁷³ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 824; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 133; Bunte, in Bunte/Langen [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 78.

FIFA-Spielervermittlungsregulativ als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 81 EGV zu verstehen ist.

3.3. Ansicht EuG

Das *EuG* ist in seiner Rsp in der Rechtssache *Piau/Kommission* der Auffassung, dass das Lizenzerfordernis des FIFA-Spielevertreterreglements eine relevante Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art 81 Abs 1 EGV darstellt. Es führte folgendes dazu explizit aus: „Der von der FIFA vorgeschriebene Grundsatz des Lizenzerfordernisses, der für die Ausübung des Berufes des Spielervermittlers von grundlegender Bedeutung ist, stellt ein Hindernis für den Zugang zu dieser wirtschaftlichen Tätigkeit dar und beeinträchtigt daher notwendig das freie Spiel des Wettbewerbs“.⁵⁷⁴

3.4. Ansicht Jungheim

Auch nach *Jungheim* handelt es sich bei dem FIFA-Spielervertreterreglement um eine Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art 81 Abs 1 EGV.⁵⁷⁵ Sie betont zunächst, dass das Verbot mit nichtlizenzierten Spielervertretern zu kooperieren samt Sanktionen für die Vereine eine beschränkende Geschäftskondition für die Teilnahme am Fußballsport darstellt und ist daher das Verbot unter den Begriff der „sonstigen Geschäftsbedingung“ gemäß Art 81 Abs 1 lit a EGV zu subsumieren. Aus der Perspektive der Vereine stellt die Verpflichtung bloß mit FIFA-lizenzierten Spielervertretern zu kooperieren eine „ausschließliche Bezugsquelle“ im Sinne des Art 81 Abs 1 lit b EGV dar. Aus der Perspektive der nichtlizenzierten Spielervertreter stellt das Lizenzerfordernis ein „Alleinvertreibssystem“ im Sinne des Art 81 Abs 1 lit b EGV dar. Das Verbot ausschließlich mit lizenzierten Spielervertretern zu kooperieren bei sonstiger Sanktion stellt für die Fußballvereine eine „Aufforderung zum Bezugsboykott“ dar im Sinne des Art 81 Abs 1 lit d EGV. Gegenüber den nichtlizenzierten Spielervertretern liegt ein „Lieferboykott“ im Sinne des Art 81 Abs 1 lit d EGV vor. Des weitern weist *Jungheim* darauf hin, dass das FIFA-Spielervertreterregulativ für die Fußballvereine einen „Koppelungsvertrag“ zu den Verträgen Teilnahme am Fußballsport darstellt. Die Kooperation mit Spielervertretern ist keine für den Handelsbrauch typische Vertragskondition für die

⁵⁷⁴ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 101; zustimmend *Oberrauch* und *Vetter*. *Oberrauch*, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervertretervertreteraktivität, *ecolex*, 2005, 415; *Vetter*, Das FIFA-Spielervertreter-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht, *SpuRt*, 2005, 234.

⁵⁷⁵ *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervertreter, 2002, 244ff.

Fußballsportteilnahme. Daher liegt ihres Erachtens des weiteren auch ein Verstoß gegen Art 81 Abs 1 lit d vor.⁵⁷⁶

3.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach stellt das FIFA-Lizenzersfordernis und die Bankgarantie respektive Haftpflichtversicherung samt Sanktionen im Falle der Kooperation mit nichtlizenzierten Spielervermittlern eine relevante Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 81 Abs 1 EGV dar. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die wirtschaftliche (ökonomische) Betätigungsfreiheit eines Beteiligten respektive eines Dritten eingeschränkt wird.⁵⁷⁷ Durch die verbandsrechtlichen Bestimmungen, nämlich FIFA-Lizenzersfordernis samt Bankgarantie respektive Haftpflichtversicherung und Verbot der Kooperation mit nichtlizenzierten Spielervermittlern in Verbindung mit Sanktionen für Spieler und Vereine, werden vor allem die nichtlizenzierte Spielervermittler in ihrer wirtschaftlichen (ökonomischen) Betätigungsfreiheit eingeschränkt, da diese am Zugang zur Spielervermittlung gehindert werden. Diese verbandsrechtlichen FIFA-Spielervermittlungsbestimmungen sind auch nicht im Sinne der Rsp in der Rechtssache *Meca-Medina* für den sportlichen Wettkampf „*funktionsnotwendig*“, da sie nicht den Sportbereich als solches, sondern bloß die wirtschaftliche Tätigkeit der Spielervermittlung (Arbeitsvermittlung) betreffen.⁵⁷⁸ Des weiteren ist in diesem Kontext festzuhalten, dass sowohl das *EuG* in der Rs *Pilau/Kommission* als auch die Literatur einstimmig davon ausgehen, dass das FIFA-Lizenzersfordernis eine relevante Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 81 Abs 1 EGV darstellt.

4. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten

Voraussetzung für die Anwendung des Europäischen Kartellverbotes ist nach Art 81 Abs 1 EGV, dass die wettbewerbsbeschränkende koordinierte Verhaltensweise die Eignung besitzt „den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen“ („Zwischenstaatlich-

⁵⁷⁶ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 244ff.

⁵⁷⁷ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 439; Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 41 und 43; Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 34; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 98.

⁵⁷⁸ EuGH Urteil vom 18.7.2006, Rs C-519/04P, *Meca-Medina* und *Majcen/Kommission*, Slg 2006, S I-6991, Rz 47.

keitsklausel“).⁵⁷⁹ Die Zwischenstaatlichkeitsklausel besitzt doppelte Funktion. Es soll erstens die Abgrenzung zwischen dem nationalen Wettbewerbsrecht und dem europäischen Wettbewerbsrecht gewährleisten und zweitens der sachliche Anwendungsbereich des Art 81 EGV determiniert werden.⁵⁸⁰ Ein konkretes Beispiel für eine koordinierte Verhaltensweise die den Handel zwischen den EU-Mitgliedsstaaten beschränkt, stellt die zentrale Vermarktung von Europacupspielen dar. Spielt beispielsweise ein englischer Fußballverein gegen einen italienischen Fußballverein, so haben ausländische TV-Anstalten das Interesse an der Verteilung der Übertragungsrechte teilzunehmen.⁵⁸¹

Der Begriff „Handel“ ist extensiv zu interpretieren und erfasst sowohl den „Warenverkehr“ als auch den ganzen „Wirtschaftsverkehr“.⁵⁸² *Generalanwalt Lenz* ist der Auffassung das Spielertransfers unter den Begriff „Handel“ zu subsumieren sind.⁵⁸³ Nach *Jungheim* ist die Spielervermittlung als Dienstleistung vom Begriff „Handel“ erfasst.⁵⁸⁴

Die koordinierte Verhaltensweise muss bloß die Eignung besitzen, den gemeinschaftsrechtlichen Handelsverkehr zu beschränken.⁵⁸⁵ Nach der Rsp des *EuGH* besitzt eine koordinierte Verhaltensform die Eignung den gemeinschaftsrechtlichen Handelsverkehr zu beschränken, wenn bei einer Gesamtbetrachtung der objektiven juristischen respektive faktischen Umstände mit hinlänglicher Gewissheit voraussehbar ist, dass eine koordinierte Verhaltensform direkt respektive indirekt beziehungsweise faktisch oder potentiell den Handelsverkehr zwischen den EU-Mitgliedsstaaten beeinflussen kann.⁵⁸⁶ Der Begriff „Handelsbeeinträchtigung“ setzt nicht voraus, dass das Handelsvolumen reduziert wird, sondern kann auch eine Steigerung des Handelsvolumens umfassen.⁵⁸⁷ Die Zwischenstaatlichkeit ist des

⁵⁷⁹ Karenfort/Weitbrecht, *Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen*, 2004, 81; Nimmerfall, *Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht*, 2002, 8; Stockenhuber, *Europäisches Kartellrecht*, 1999, 34.

⁵⁸⁰ Stockenhuber, *Europäisches Kartellrecht*, 1999, 34.

⁵⁸¹ Stopper, *Ligasport und Kartellrecht*, 1997, 167f; nach *Weiß* stellen die alten verbandsrechtlichen Transferbestimmungen und Ausländerklauseln eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedsstaaten dar. *Weiß*, *Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts*, *SpuRt*, 1998, 100.

⁵⁸² *Wollmann*, in *Mayer* [Hrsg], *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 71; *Krogmann*, *Sport und Europarecht*, 2001, 33f; *Stockenhuber*, *Europäisches Kartellrecht*, 1999, 34; *Weiß*, *Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts*, *SpuRt*, 1998, 100; *Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995*, Rs C-415/93, *Bosman*, *Slg* 1995, S I-4921, Rz 261.

⁵⁸³ *Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995*, Rs C-415/93, *Bosman*, *Slg* 1995, S I-4921, Rz 261.

⁵⁸⁴ *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 242.

⁵⁸⁵ *Hummer/Schweitzer*, *Europarecht*, 1996, 388.

⁵⁸⁶ *EuGH Urteil vom 30.6.1966*, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, *Slg* 1966, S 282 und 303.

⁵⁸⁷ *Nimmerfall*, *Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht*, 2002, 8; *Streinz*, *Europarecht*, 1996, 273; *EuGH Urteil vom 13.7.1966*, verb Rs 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, *Slg* 1966, S 322 und 389f.

weiteren auch gegeben, wenn die wettbewerbsbeschränkende koordinierte Verhaltensform bloß das gesamte Gebiet eines individuellen EU-Mitgliedsstaates erfasst.⁵⁸⁸

Ist das FIFA-Spielervermittlerregulativ geeignet den Handel zwischen EU-Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen? Nach *Jungheim* wird durch das FIFA-Spielervermittlerreglement der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt, da der Handel der Dienstleistungen von Spielervermittlern ohne die entsprechende Lizenz unmöglich gemacht wird. Die Spielervermittler, die keine Lizenz besitzen, werden davon abgehalten Vermittlungsleistungen auf dem Gemeinschaftsmarkt zu offerieren.⁵⁸⁹

5. Normadressat

Wer ist Verpflichteter des Europäischen Kartellverbotes? Die Normadressaten des Europäischen Kartellrechtes sind gemäß dem Wortlaut des Art 81 Abs 1 EGV der Unternehmer und die Unternehmensvereinigung.⁵⁹⁰ Was ist unter dem Unternehmensbegriff des Art 81 Abs 1 EGV zu verstehen? Der Unternehmerbegriff des Art 81 Abs 1 EGV enthält keine eigenständige Legaldefinition. Der Begriff des „*Unternehmers*“ im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechtes wird extensiv interpretiert.⁵⁹¹ Nach der Judikatur des *EuGH* umfasst der Begriff des „*Unternehmers*“ jedwede Vornahme einer ökonomischen Tätigkeit durch eine Einheit, wobei die Rechtsform des Unternehmens und die Finanzierungsart des Unternehmens irrelevante Aspekte sind.⁵⁹² Es werden in der Rechtsprechung des *EuGH* nicht nur private Unternehmungen als Normadressaten des Europäischen Wettbewerbsrechtes verstanden, sondern auch öffentlich-rechtliche Unternehmungen.⁵⁹³ Der *EuGH* führte bereits in seiner Rechtsprechung in der Rechtssache *Höfner und Elser* aus, dass die öffentlich-rechtliche Institution der Bundesanstalt für Arbeit (BfA), die Arbeitsvermittlung betrieb, als

⁵⁸⁸ Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 32; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 100; *EuGH* Urteil vom 11.7.1985, Rs 42/84, *Remia/Kommission*, *Slg* 1985, S 2545, Rz 22.

⁵⁸⁹ *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 242.

⁵⁹⁰ *Eilmansberger/Herzig/Jaeger*, Materielles Europarecht, 2005, 198; *Nimmerfall*, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 7; *Bunte*, in *Bunte/Langen* [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 5.

⁵⁹¹ *Eilmansberger*, in *Streinz* [Hrsg], *EUV/EGV*, 2003, zu vor Art. 81 EGV, Rz 21; *Bunte*, in *Bunte/Langen* [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 5.

⁵⁹² *Wollmann*, in *Mayer* [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 26; *Nimmerfall*, Der Entwurf einer Verfahrensordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 7; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98; *EuGH* Urteil vom 19.2.2002, Rs C-309/99, *Wouters u.a.*, *Slg* 2002, S I-1577, Rz 46; *EuGH* Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, *Job Centre*, *Slg* 1997, S I-7119, Rz 21; *EuGH* Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, *Slg* 1991, S I-1979, Rz 21.

⁵⁹³ *EuGH* Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, *Slg* 1991, S I-1979, Rz 21ff; *EuGH* Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, *Job Centre*, *Slg* 1997, S I-7119, Rz 21.

Unternehmer des Europäischen Kartellverbotes zu verstehen ist.⁵⁹⁴ Er begründete seine Ansicht mit den zentralen Argumenten, dass erstens die Rechtsform des Unternehmens und zweitens die Finanzierungsart des Unternehmens irrelevant für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes sind.⁵⁹⁵ Der *EuGH* sprach darüber hinaus explizit aus, dass es sich bei der Arbeitsvermittlung um eine ökonomische Tätigkeit handelt.⁵⁹⁶ Er hat des Weiteren darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass Arbeitsvermittlung in der Regel durch öffentlich-rechtliche Institutionen ausgeübt wurde, irrelevant ist, weil dies erstens nichts über die wirtschaftliche bzw. ökonomische Natur respektive zweitens das Wesen der Arbeitsvermittlung aussagt.⁵⁹⁷ Bereits in der Vergangenheit ist die Arbeitsvermittlung durch individuelle Private durchgeführt worden. Es ist nicht erforderlich, dass die Arbeitsvermittlung durch öffentlich-rechtliche Institutionen durchgeführt wird.⁵⁹⁸ Die Bestimmung des Unternehmerbegriffes ist nach herrschender Meinung unabhängig von der „Gewinnerzielungsabsicht“.⁵⁹⁹ Es handelt sich bei dem Unternehmerbegriff im Sinne des Art 81 EGV um einen „funktionalen“ Unternehmerbegriff.⁶⁰⁰ Dieser Unternehmerbegriff ist gemeinschaftsautonom, spricht nicht nach der Bedeutung der entsprechenden nationalen Bestimmung, auszulegen.⁶⁰¹ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* werden unter dem Begriff „wirtschaftliche Tätigkeiten“ sämtliche Tätigkeiten verstanden, die das Offerieren von Dienstleistungen auf dem Markt umfassen.⁶⁰² Nach der Rsp des *EuGH* in der Rechtssache *Becu* wird der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht als Unternehmer im Sinne des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 EGV verstan-

⁵⁹⁴ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 20ff; bestätigt durch EuGH Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, Job Centre, Slg 1997, S I-7119, Rz 19ff; anderer Auffassung war unter anderem die *deutsche Bundesregierung* in der Rs *Höfner und Elser*. Die *deutsche Bundesregierung* war der Meinung, dass die Bundesanstalt für Arbeit (BfA) kein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechtes ist. Die Arbeitsvermittlungsleistungen der Bundesanstalt für Arbeit werden unentgeltlich vorgenommen. Die Finanzierung der Arbeitsvermittlung durch Beiträge der Dienstnehmer und Dienstgeber spricht auch nicht gegen die Unentgeltlichkeit.

⁵⁹⁵ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 20f.

⁵⁹⁶ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 22.

⁵⁹⁷ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 22.

⁵⁹⁸ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 21.

⁵⁹⁹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 433; Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 198; Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 33; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 6; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 98; Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 508; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 255; diametraler Auffassung ist *Streinz*. *Streinz* ist der Ansicht, dass die Gewinnerzielungsabsicht notwendig ist. *Streinz*, Europarecht, 1996, 273.

⁶⁰⁰ Schuhmacher, Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht, wbl, 2005, 246; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 7; Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 163; EuGH Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, Job Centre, Slg 1997, S I-7119.

⁶⁰¹ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 198; Weiß in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 31.

⁶⁰² EuGH Urteil vom 19.2.2002, Rs C-309/99, Wouters u.a., Slg 2002, S I-1577, Rz 47.

den.⁶⁰³ Der Normadressatenkreis des Art 81 EGV wird daher prinzipiell um die gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmer im Sinne des Art 39 EGV reduziert.⁶⁰⁴ Der *EuGH* begründet in der Entscheidung seine Ansicht durch zwei zentrale Argumente. Erstens ist der Arbeitnehmer während dem andauernden Arbeitsvertrag in das Unternehmen des Arbeitgebers eingegliedert (Integration). Zweitens stellen der arbeitgebende Unternehmer und der beschäftigte Arbeitnehmer eine Art ökonomische Einheit („*wirtschaftliche Einheit*“) dar.⁶⁰⁵ Die konzerninternen Vereinbarungen zwischen einer Muttergesellschaft und einer Tochtergesellschaft sind nicht unter den Adressatenkreis des Europäischen Kartellverbotes zu subsumieren, wenn sie erstens eine „*wirtschaftliche Einheit*“ darstellen, zweitens die Tochtergesellschaft nicht „*autonom*“ und selbständig Entscheidungen treffen kann und drittens die konzerninterne Vereinbarung den Zweck verfolgt, interne Kompetenzen aufzuteilen.⁶⁰⁶

Die sportsverbandsrechtlichen Transfersummen (bei auslaufenden Arbeitsverträgen) stellen beispielsweise keine konzerninterne Vereinbarung zwischen dem Fußballsportverband und den Fußballprofivereinen dar. Die Profifußballvereine sind erstens „*selbständig*“, da sie autonom von anderen Profifußballvereinen Fußballspieler verpflichten und zweitens die entsprechenden geschäftlichen Vermögen keiner einheitlichen Führung untergeben sind.⁶⁰⁷

Sind die Profifußballvereine, die nationalen Sportverbände, die internationalen Sportverbände, die Spielervermittler und die Berufsfußballspieler als Unternehmer im Sinne des Art 81 EGV zu verstehen? Nach herrschender Meinung in der Literatur werden die Profifußballvereine unter den Unternehmerbegriff des Art 81 EGV subsumiert.⁶⁰⁸ Die Fußballvereine werden wirtschaftlich tätig, indem sie erstens den Zuschauern Karten verkaufen, zweitens

⁶⁰³ EuGH Urteil vom 16.9.1999, Rs C-22/98, Becu, Slg 1999, S I-5665; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 238; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 97.

⁶⁰⁴ EuGH Urteil vom 16.9.1999, Rs C-22/98, Becu, Slg 1999, S I-5665, Rz 24ff.

⁶⁰⁵ EuGH Urteil vom 16.9.1999, Rs C-22/98, Becu, Slg 1999, S I-5665, Rz 26.

⁶⁰⁶ EuGH Urteil vom 31.10.1974, Rs 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, Slg 1974, S 1147, Rz 41; nach *Weiß* stellen die Unternehmungen eines Konzerns eine „*wirtschaftliche Einheit*“ dar und verkörpern bloß ein einzelnes Unternehmen, da es auf Grund der gemeinsamen Führung an der „*Selbständigkeit*“ mangelt. Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 99.

⁶⁰⁷ Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 99; anderer Auffassung *Aulehner/Scholz* im Konnex mit den alten verbandsrechtlichen Transferbestimmungen und der Ausländerklausel. Nach *Aulehner/Scholz* handelte es sich bei den Transferbestimmungen und Ausländerklauseln um konzerninterne Vereinbarungen der Kompetenzverteilung. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 47.

⁶⁰⁸ Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg.], Sport und Recht, 2005, 22f; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 238; Schrammel, Berufssportgesetz - Probleme und Lösungsansätze, in Achatz/Karollus/Jabornegg [Hrsg.], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II, 2001, 36; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 508; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98; Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 164; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 255 und 280; EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 70.

Fußballspieler transferieren, drittens Fanartikel veräußern, viertens Werbekontrakte respektive Sponsorenkontrakte abschließen und fünftens Fernsehrechte veräußern.⁶⁰⁹

Differenzierter Auffassung ist die *URSBFA* in der Rechtssache *Bosman*. Die *URSBFA* ist der Ansicht, dass bloß die größeren Fußballvereine als Unternehmer zu betrachten sind und die kleineren Fußballvereine nicht, da sie bloß unwesentliche wirtschaftliche beziehungsweise ökonomische Tätigkeiten vornehmen.⁶¹⁰

Gegen die Ansicht des *URSBFA* brachte *Generalanwalt Lenz* in den Schlussanträgen in der Rs *Bosman* die Argumente vor, dass erstens die Unternehmensgröße und zweitens das Unternehmensausmaß für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes irrelevant sind. Des Weiteren betonte er, dass das Wesen der Tätigkeit eines kleinen Fußballvereines vom Wesen der Tätigkeit eines großen Fußballvereines nicht zu differenzieren ist. Unterschiedlich ist bloß der ökonomische Erfolg der entsprechenden Betätigung der Fußballvereine. Dieser ist jedoch für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechtes irrelevant. *Generalanwalt Lenz* weist sodann auf das Argument darauf hin, dass die „Gewinnerzielungsabsicht“ irrelevant ist für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes.⁶¹¹

Die internationalen Fußballverbände (FIFA und UEFA) respektive die nationalen Fußballverbände (ÖFB und DFB) können Unternehmer im Sinne des Art 81 EGV sein, sofern sie ökonomisch bzw wirtschaftlich tätig werden.⁶¹² Die internationalen Fußballverbände und nationalen Fußballverbände werden erstens im Rahmen von Einnahmenbeteiligungen an ausgerichteten Wettkampfveranstaltungen, zweitens durch den Abschluss von Werbekontrakten bzw Sponsorenkontrakten und drittens durch den Verkauf von TV-Rechten wirtschaftlich tätig.⁶¹³

Bei den Spielervermittlern handelt es sich um Unternehmer gemäß Art 81 EGV. Die Spielervermittler offerieren entgeltliche Dienstleistungen und werden sohin ökonomisch tätig.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 23; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 238.

⁶¹⁰ EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 70.

⁶¹¹ Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 255.

⁶¹² Oberrauch, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, *ecolex*, 2005, 414; Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 23; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 237; Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 33; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 508; Weiß, Transfer-systeme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, *SpuRt*, 1998, 98; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 257 und 280.

⁶¹³ Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 33.

⁶¹⁴ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 238.

Die Berufsfußballspieler, die nach der Rsp des *EuGH* als Arbeitnehmer der Fußballvereine gesehen werden, sind grundsätzlich nicht unter den Unternehmensbegriff des Art 81 EGV zu subsumieren.⁶¹⁵ Außerhalb des Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverhältnisses können die Berufsfußballspieler aber als Unternehmer im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechtes auftreten, wenn sie beispielsweise Werbeaufträge vornehmen und Verträge mit Sponsoren abschließen.⁶¹⁶

Neben den Unternehmen sind auch die „*Unternehmensvereinigungen*“ Normadressat des Europäischen Kartellrechtes gemäß Art 81 Abs 1 EGV. Durch die Normierung der Unternehmensvereinigung als Normadressat des Art 81 EGV soll der Umgehungsschutz gewährleistet werden. Es soll daher verhindert werden, dass Unternehmer an Stelle von beeinträchtigenden vertraglichen Vereinbarungen auf Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen zurückgreifen.⁶¹⁷

Was ist unter dem Begriff „*Unternehmensvereinigungen*“ zu verstehen? Der Begriff der „*Unternehmensvereinigungen*“ enthält in Art 81 EGV keine eigenständige Legaldefinition. Nach *Bunte* handelt es sich bei „*Unternehmensvereinigungen*“ um „*Vereinigungen von Unternehmen*“. Unter den Begriff „*Unternehmensvereinigungen*“ sind beispielsweise erstens die „*Wirtschaftsverbände*“, zweitens die „*Berufsorganisationen*“ und drittens die „*Arbeitgeberverbände*“ zu subsumieren.⁶¹⁸ Unternehmensvereinigungen die selbst tätig werden, müssen keine wirtschaftliche beziehungsweise ökonomische Tätigkeit ausüben, um unter den Anwendungsbereich des Art 81 EGV subsumiert zu werden.⁶¹⁹ Auch Unternehmensvereinigungen können unter den Unternehmerbegriff des Art 81 EGV subsumiert werden unter der Voraussetzung, dass sie wirtschaftliche beziehungsweise ökonomische Tätigkeiten vornehmen.⁶²⁰

Nach herrschender Meinung handelt es sich bei den internationalen Fußballverbänden, wie zum Beispiel der FIFA bzw UEFA, zumindest um Unternehmensvereinigungen im Sin-

⁶¹⁵ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 238; Aulehner/Scholz, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 47; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 263.

⁶¹⁶ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 238; *Bunte*, in *Bunte/Langen* [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 7.

⁶¹⁷ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 8.

⁶¹⁸ *Bunte*, in *Bunte/Langen* [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 13.

⁶¹⁹ Oberrauch, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, *ecolex*, 2005, 414; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 236, Fn 24; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 7.

⁶²⁰ Weiß in *Calliess/Ruffert* [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 34; *Bunte*, in *Bunte/Langen* [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 13; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 256.

ne des Art 81 EGV.⁶²¹ Die nationalen Fußballverbände, wie bspw ÖFB und DFB, sind ebenfalls zumindest als Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art 81 EGV zu verstehen.⁶²² Das *EuG* ist in der Entscheidung in der Rechtssache *Piau/Kommission* der Auffassung, dass die FIFA als Unternehmensvereinigung im Sinne des Art 81 EGV zu verstehen ist.⁶²³ FIFA-Mitglieder sind die nationalen Fußballverbände (wie bspw ÖFB und DFB). Die nationalen Fußballverbände stellen als solches einen Zusammenschluss der Fußballvereine dar. Aus der Perspektive der Fußballvereine betrachtet, ist der Fußballsport für diese eine wirtschaftliche und ökonomische Tätigkeit. Die Vereine sind als „*Unternehmer*“ gemäß Art 81 EGV zu verstehen. Die nationalen Fußballverbände in denen die Fußballvereine vereinigt sind, stellen nach Ansicht des *EuG* sohin „*Unternehmensvereinigungen*“ gemäß Art 81 Abs 1 EGV dar.⁶²⁴ Der Umstand, dass die nationalen Fußballverbände nicht nur Profifußballvereine, sondern darüber hinaus auch noch Amateurfußballvereine umfassen, ist für die Bewertung irrelevant. Der Faktor, dass Sportverbände Fußballspieler als Amateure deklarieren beziehungsweise die Fußballvereine als Amateurvereine deklariert werden, verhindert nicht, dass die Betätigung von Fußballspielern beziehungsweise Fußballvereinen wirtschaftliche Tätigkeiten gemäß Art 2 EGV darstellen. Das *EuG* beruft sich hier in diesem Kontext auf die Rsp des *EuGH* in der Rechtssache *Deliège*.⁶²⁵ Die nationalen Sportverbände werden auch als „*Unternehmer*“ im Sinne des Art 81 EGV verstanden. Bei den nationalen Sportverbänden handelt es sich um „*Unternehmer*“, die eine wirtschaftliche Tätigkeit entfalten, da erstens die nationalen Verbände gemäß den FIFA-Statuten an den von der FIFA organisierten Wettkämpfen anzutreten haben, zweitens einen prozentuellen Satz der Einnahmen aus den internationalen Wettkampfspielen an die FIFA abgeben müssen und drittens gemäß den sportverbandsrechtlichen Statuten gemeinsam mit der FIFA die Exklusivrechte zur Vermarktung der Sportwettkämpfe besitzen.⁶²⁶ Weil die nationalen Fußballverbände „*Unternehmensvereinigungen*“ und auf Grund der Vornahme von ökonomischen Tätigkeiten „*Unternehmer*“ darstellen können, ist auch der internationale Fußballsportverband der FIFA, der die nationalen

⁶²¹ Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 23; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 237; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 98; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 508.

⁶²² Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 256; Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 23; Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 164.

⁶²³ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 72; zustimmend *Oberrauch* und *Vetter*. Oberrauch, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, eolex, 2005, 414; Vetter, Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht, SpuRt, 2005, 233f.

⁶²⁴ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 69.

⁶²⁵ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 70.

⁶²⁶ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 71; EuG Urteil vom 9.11.1994, Rs T-46/92, Scottish Football/Kommission, Slg 1994, S II-1039.

Fußballsportverbände in sich vereinigt, als eine „*Unternehmensvereinigung*“ gemäß Art 81 Abs 1 EGV anzusehen.⁶²⁷

6. Relevante Markt

Der relevante Markt ist unter drei Aspekten zu eruieren. Es sind der sachlich, zeitlich und örtlich relevante Markt zu bestimmen.⁶²⁸ Wie ist der sachlich relevante Markt zu bestimmen? Der „*sachlich relevante Markt*“ wird nach der „*Substituierbarkeit*“ determiniert.⁶²⁹ Produkte (das bedeutet Dienstleistungen) stehen im Wettbewerbsverhältnis, wenn sie aus der Perspektive der anderen gegnerischen Marktseite (das heißt des Abnehmenden beziehungsweise des Verbrauchers) substituierbar sind.⁶³⁰ Der sachlich relevante Markt des FIFA-Spielervermittlungsregulatives erfasst bloß die Vermittlung von Berufsfußballspielern und nicht sämtlicher Berufssportler.⁶³¹ Wie ist der räumlich relevante Markt zu determinieren? Der *EuGH* führt in seiner Rsp aus, dass der räumlich relevante Markt jenes Gebiet erfasst, auf dem einheitliche (gleiche) objektive Wettbewerbskonditionen existieren.⁶³² Der geographisch relevante Markt des FIFA-Spielervermittlungsregulatives erfasst den Gemeinschaftsmarkt, da internationale Transfers im Bereich des Fußballsportes typisch sind.⁶³³

⁶²⁷ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 72.

⁶²⁸ Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 38; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 239.

⁶²⁹ Weiß in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 95.

⁶³⁰ EuGH Urteil vom 14.2.1978, Rs 27/76, United Brands/Kommission, Slg 1978, S 207, Rz 22ff; EuGH Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg 1973, S 215, Rz 32.

⁶³¹ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 239.

⁶³² EuGH Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, Michelin/Kommission, Slg 1983, S 3461, Rz 26; EuGH Urteil vom 14.2.1978, Rs 27/76, United Brands/Kommission, Slg 1978, S 207, Rz 44.

⁶³³ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 239.

7. Freistellung⁶³⁴

7.1. Allgemeine Grundlagen

Es besteht die Möglichkeit, dass bestimmte wettbewerbsbeschränkende koordinierte Verhaltensweisen vom Europäischen Kartellverbot des Art 81 Abs 1 EGV ausgenommen werden können. Diese Ausnahme erfolgt durch die sogenannte „Freistellung“.⁶³⁵ Die zentrale primärgemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für die Freistellung enthält Art 81 Abs 3 EGV. Die Freistellung muss erstens „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“ beziehungsweise „zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“, zweitens die Verbraucher müssen an dem entstandenen Gewinn adäquat partizipieren, drittens darf die beschränkende Maßnahme „für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich“ sein und viertens darf der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden gemäß Art 81 Abs 3 EGV. Für die Freistellung müssen die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen „kumulativ“ gegeben sein.⁶³⁶ Dies bedeutet, liegt eine Voraussetzung nicht vor, scheidet die Freistellung bereits aus.

Was ist unter den Begriffen Beitrag zu der „Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung“ beziehungsweise „zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ zu verstehen? Darunter versteht der *EuGH* in seiner Rechtsprechung in der Rechtsache *Grundig und Consten*, dass die Vereinbarung nicht nur irgendeinen subjektiven Vorteil für die Vertragsparteien, sondern „spürbare objektive Vorteile“ mit sich bringt, die die Eignung aufweisen, die Nachteile wettzumachen.⁶³⁷ Für die Beurteilung der Frage ob ein „objektiv spürbarer Vorteil“ vorliegt, ist zu prüfen ob auf Grund objektiver Betrachtungsweise ein faktischer spürbarer Vorteil vorliegt.⁶³⁸ Es ist sohin ein hypothetischer Vergleich des Zustandes ohne die entsprechende wettbewerbswidrige Vereinbarung und dem Zustand mit

⁶³⁴ Zu den Freistellungsvoraussetzungen und den Kriterien geprüft an Hand der Entscheidung zur Champions League siehe Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 30ff; zu den Freistellungsvoraussetzungen geprüft an Hand der zentralen Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte für Europacupspiele und Bundesligaspiele siehe Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 173ff; zu den Freistellungsvoraussetzungen geprüft an Hand der verbandsrechtlichen Ausländerklauseln und Transferbestimmungen siehe Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 100.

⁶³⁵ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 41.

⁶³⁶ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 445; Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 32; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 41; Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 173; Bunte, in Bunte/Langen [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1998, zu Generelle Prinzipien Art. 81, Rz 147 und 149; *EuGH* Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg 1966, S 322 und 399.

⁶³⁷ *EuGH* Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg 1966, S 322 und 397.

⁶³⁸ Kommission Entscheidung vom 15.12.1975, Bayer/Gist-Brocades, ABl 1976, L 30, S 13.

der wettbewerbswidrigen Vereinbarung vorzunehmen und zu kontrollieren ob daraus tatsächlich spürbare objektive Vorteile resultieren.⁶³⁹ Zu den objektiven Vorteilen zählen zum Beispiel die Einsparung der Kosten (Kostenreduktion), die gesteigerte Transparenz des Marktes („*Markttransparenz*“) und die Steigerung der Qualität der Dienstleistung („*Qualitätsverbesserung*“).⁶⁴⁰

Was ist unter der Tatbestandsvoraussetzung der Verbraucher muss an dem entstandenen Gewinn adäquat partizipieren gemäß Art 81 Abs 3 EGV zu verstehen? Der Begriff „*Verbraucher*“ wird extensiv interpretiert. Darunter werden nicht bloß „*Verbraucher*“ im engsten Sinne des Wortes, sondern vielmehr die direkten und indirekten „*Abnehmer*“, die „*Weiterverarbeiter*“ und die „*Endverbraucher*“ sowie Konsumenten verstanden.⁶⁴¹ Der Begriff „*Gewinn*“ umfasst sämtliche Vorteile, die dem Verbraucher aus der Vereinbarung resultieren.⁶⁴² Die Verbraucher partizipieren am Gewinn, wenn die Preise sinken (Preisreduktion)⁶⁴³ oder die Qualität gesteigert⁶⁴⁴ wird (Qualitätssteigerung)⁶⁴⁵.

Was ist unter der Tatbestandsvoraussetzung die Beschränkung des Wettbewerbes muss unerlässlich sein zu verstehen? Eine Wettbewerbsbeschränkung ist unerlässlich unter der Voraussetzung, dass sie verhältnismäßig ist (sog „*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*“).⁶⁴⁶ Verstößt eine Bestimmung gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit beziehungsweise Dienstleistungsfreiheit, so kommt eine Freistellung nach Art 81 Abs 3 EGV nicht in Betracht.⁶⁴⁷

Nach dem neuen Freistellungssystem nach Art 1 VO 1/2003⁶⁴⁸ ist die Bestimmung der Freistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV nun unmittelbar anwendbar (Prinzip der unmittelba-

⁶³⁹ Kommission Entscheidung vom 15.12.1975, Bayer/Gist-Brocades, ABl 1976, L 30, S 13.

⁶⁴⁰ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 43; nach *Weiß* stellen die alten verbandsrechtlichen Transferbestimmungen mit dem Ziel des Finanzausgleiches eine Produktverbesserung dar. *Weiß*, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 100.

⁶⁴¹ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 93; Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 81, Rz 46.

⁶⁴² Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 94; Stopper, Ligasport und Kartellrecht, 1997, 177.

⁶⁴³ Kommission Entscheidung vom 23.9.1964, Consten und Grundig, ABl 1964, L 161, S 2545.

⁶⁴⁴ Kommission Entscheidung vom 15.12.1975, Bayer/Gist-Brocades, ABl 1976, L 30, S 13.

⁶⁴⁵ *Weiß* bspw sieht eine angemessene Gewinnbeteiligung der Verbraucher bei den verbandsrechtlich vorgesehenen Transfersummen darin, dass dadurch die Ticketpreise für Stadionbesuche gering gehalten werden. *Weiß*, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 100.

⁶⁴⁶ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 446; Oberrauch, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, ecoloex, 2005, 416; Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 851; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 44.

⁶⁴⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 278; so auch im Ergebnis *Weiß* und *Summerer*. *Weiß* spricht im Konnex mit den alten verbandsrechtlichen Transferbestimmungen davon, dass der Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 EGV gegen die Unerlässlichkeit für den Wettbewerb spricht. *Weiß*, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 100; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 511.

⁶⁴⁸ VO 1/2003/EG, ABl 2003, L 1, S 1.

ren Anwendbarkeit).⁶⁴⁹ Für die Freistellung ist aktuell kein Antrag bei der EU-Kommission notwendig. Sie tritt ex lege automatisch ein, sofern die materiellen Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 EGV vorliegen gemäß Art 1 Abs 2 VO 1/2003.⁶⁵⁰ In der Literatur wird das neue System als System der „*Legalausnahme*“ bezeichnet.⁶⁵¹ Liegt ein Verstoß gegen das Europäische Missbrauchsverbot gemäß Art 82 EGV vor, so kommt eine Freistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV nach Art 1 Abs 3 VO1/2003 nicht in Betracht.⁶⁵² Nach herrschender Meinung ist das Verhältnis zwischen Europäischem Kartellverbot nach Art 81 Abs 1 EGV und der Freistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV als ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu bewerten.⁶⁵³ Nach *Weiß* waren beispielsweise die alten verbandsrechtlichen Transferregelungen und Ausländerklauseln nicht freistellungsfähig gemäß Art 81 Abs 3 EGV.⁶⁵⁴

7.2. Freistellung des FIFA-Spielervermittlungsregulatives

Ist das FIFA-Spielervermittlerreglement nach Art 81 Abs 3 EGV freistellungsfähig? In der europäischen Gerichtspraxis hat sich das *EuG* und in der österreichischen sportrechtlichen Literatur haben sich vor allem *Oberrauch* und *Vetter* mit der Frage auseinandergesetzt ob das FIFA-Spielervermittlerreglement nach Art 81 Abs 3 EGV freistellungsfähig ist. Nach herrschender Meinung ist das FIFA-Spielervermittlerreglement nach Art 81 Abs 3 EGV freistellungsfähig.

7.3. Ansicht EuG

Das *EuG* ist in seiner Rsp in der Rechtssache *Piau/Kommission* der Auffassung, dass die Lizenzpflicht des FIFA-Spielervermittlerreglements gemäß Art 81 Abs 3 EGV freistellungs-

⁶⁴⁹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 426f und 444f; Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 34 und 120.

⁶⁵⁰ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 445.

⁶⁵¹ Wollmann, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 81 EGV, Rz 8; Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 34.

⁶⁵² Reidlinger, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 30; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 85.

⁶⁵³ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 42; Schröter, in Ehlermann/Groeben/Thiesing [Hrsg], Kommentar zum EWG-Vertrag, 1999, zu Artikel 85 Einführung, Rz 33; Kommission Entscheidung vom 15.12.1975, Bayer/Gist-Brocades, ABl 1976, L 30, S 13; kritisch *Gleiss/Hirsch*. Nach *Gleiss/Hirsch* ist die Auffassung theoretisch betrachtet korrekt, es besteht hierfür jedoch keine sachliche Rechtfertigung. *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 1993, zu Art. 85 (3), Rz 1857.

⁶⁵⁴ *Weiß*, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 100.

fähig ist.⁶⁵⁵ Für die Rechtfertigung des FIFA-Spielervermittlerreglements sind vom *EuG* unterschiedliche faktische respektive juristische Aspekte vorgebracht worden. In den Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft bestehen bloß in Frankreich nationale Rechtsvorschriften für den Berufsstand der Spielervermittlung. Es existiert jedoch kein organisierter Berufsstand der Spielervermittler. Durch Spielervermittlungspraktiken wurden in der Vergangenheit den Fußballspielern und den Fußballvereinen in beruflichen respektive finanziellen Belangen Schäden zugefügt. Das Ziel der Genehmigungspflicht des FIFA-Spielervermittlerreglements ist die Professionalisierung respektive die Ethikverbesserung der Spielervermittlung in Verbindung mit der Absicht die Fußballspieler zu schützen (Spielerschutz), da sie eine besonders kurze Berufslebensdauer haben. Die Lizenzpflicht des Spielervermittlerreglements stellt keine Wettbewerbsausschaltung dar. Das Lizenzsystem macht nach Ansicht des *EuG* eher den Anschein eine Auslese in „qualitativer Hinsicht“ zu regeln, das die Eignung besitzt die oben genannten Ziele und Absichten zu erreichen, als quantitative Beschränkungen des Zugangs zu regeln. Es weist in weiterer Folge darauf hin, dass die von der FIFA vorgebrachte Anzahl der Spielervermittler die Berufsöffnung in qualitativer Hinsicht unterstreicht. Im Jahre 1996 gab es nur in etwa 220 und im Jahre 2003 bereits ca 1490 Spielervermittler. Aus diesen Gründen hat die *Kommission* nach Meinung des *EuG* keinen evidenten Prüfungsfehler gemacht, als sie der Auffassung war, dass die obligatorische FIFA-Lizenzpflicht einer Freistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV zugänglich ist und darüber hinaus sich das Recht vorbehalten hatte, die verbandsrechtlichen Bestimmungen zur Spielervermittlung neuerlich zu überprüfen.⁶⁵⁶

7.4. Ansicht Kläger

Der *Kläger* in der Rechtssache *Piau/Kommission* war der Auffassung, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement nicht freistellungsfähig ist.⁶⁵⁷ Der *Kläger* brachte vor, dass sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen der Freistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV nicht gegeben sind. Die Wettbewerbsbeschränkungen durch das FIFA-Spielervermittlungsregulativ sind erlässlich, inadäquat und unverhältnismäßig. Das FIFA-Spielervermittlungsreglement hat eine Wettbewerbsausschaltung zur Folge, weil bloß die FIFA zur Lizenzerteilung berechtigt ist. Hinter dem deklarierten Sinn und Zweck des FIFA-Spielervermittlungsregulatives Spie-

⁶⁵⁵ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 102ff; zustimmend *Oberrauch* und *Vetter*. *Oberrauch*, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, *ecolex*, 2005, 415f; *Vetter*, Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht, *SpuRt*, 2005, 234f.

⁶⁵⁶ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 102ff.

⁶⁵⁷ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 54ff.

lerschutz und Stärkung der Berufsethik der Spielervermittler verbirgt sich die faktische Intention der FIFA den Spielervermittlerberuf unter Beeinträchtigung der Unternehmensfreiheit und des Gleichbehandlungsgebotes in vollem Umfang zu kontrollieren.⁶⁵⁸

7.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach ist das FIFA-Spielervermittlerreglement nicht freistellungsfähig im Sinne des Art 81 Abs 3 EGV. Das FIFA-Spielervermittlerreglement stellt faktisch und objektiv betrachtet keinen entsprechenden Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung respektive Warenverteilung bzw Förderung des technischen respektive wirtschaftlichen Fortschrittes dar gemäß Art 81 Abs 3 EGV. Zunächst ist zwar festzuhalten, dass die von dem FIFA-Spielervermittlungsregulativ (durch Lizenzpflicht, Bankgarantie bzw Berufshaftpflichtversicherung) intendierten Ziele der Professionalisierung und Steigerung der Berufsethik „*spürbare objektive Vorteile*“ darstellen können, da sie die Qualität der Dienstleistung Spielervermittlung steigern sollen (Qualitätsverbesserung). Nach der Entscheidung der *Kommission* ist jedoch auf Grund objektiver Betrachtungsweise zu prüfen ob ein faktischer spürbarer Vorteil gegeben ist.⁶⁵⁹ Nimmt man jedoch einen „*hypothetischen Vergleich*“ des Zustandes ohne das FIFA-Spielervermittlungsregulativ (für Deutschland bestehen für den Bereich der Arbeitsvermittlung die nationalen Bestimmungen dGewO, SGB III und AVermV und für Österreich bestehen die nationalen Bestimmungen GewO und AMFG) und dem Zustand mit FIFA-Spielervermittlungsregulativ vor, so zeigt sich, dass durch das FIFA-Spielervermittlungsregulativ neben den genannten nationalen Bestimmungen keine „*faktischen objektiven spürbaren Vorteile*“ resultieren. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ ist nicht kausal für die Qualitätsverbesserung („*condicio sine qua non*“). Die Wettbewerbsbeschränkung, die durch das FIFA-Spielervermittlungsregulativ für die Verwirklichung der Qualitätssteigerung der Dienstleistung Spielervermittlung auferlegt wird, ist des weiteren nicht unerlässlich. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ verstößt bereits gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV. Bei einem Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV kommt eine Freistellung nicht mehr in Betracht.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 56.

⁶⁵⁹ Kommission Entscheidung vom 15.12.1975, Bayer/Gist-Brocades, ABl 1976, L 30, S 13.

⁶⁶⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 278; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 100; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 511.

8. Sanktionen

Welche Sanktionen zieht ein Verstoß gegen das Europäische Kartellverbot nach sich? Liegt ein Verstoß gegen das Europäische Kartellverbot vor und ist die koordinierte Verhaltensform nicht freistellungsfähig, so zieht dies sowohl verwaltungsrechtliche Sanktionen als auch zivilrechtliche Sanktionen nach sich. Nach der aktuellen Rechtslage werden die verwaltungsrechtlichen Sanktionen in der VO 1/2003 normiert. Als verwaltungsrechtliche Sanktionen kommen bei einem Verstoß gegen das Europäische Kartellverbot „*Abstellungsverfügungen*“ gemäß Art 7 VO 1/2003, „*einstweilige Maßnahmen*“ gemäß Art 8 VO 1/2003, „*Geldbußen*“ gemäß Art 23 VO 1/2003 und „*Zwangsgelder*“ gemäß Art 24 VO 1/2003 in Betracht. Eine zivilrechtliche Sanktion ist in Art 81 Abs 2 EGV geregelt. Bei einem Verstoß gegen das Europäische Kartellrecht ist die Vereinbarung oder der Beschluss auf Grund der ausdrücklichen Anordnung im Art 81 Abs 2 EGV „*nichtig*“ (ex lege Nichtigkeit).⁶⁶¹ Handelt es sich um eine Gesamtnichtigkeit beziehungsweise um eine Teilnichtigkeit? Die Rechtsfolge der Nichtigkeit erstreckt sich jedoch nicht automatisch auf den gesamten Vertrag, sondern bloß auf die betroffenen Vertragsklauseln (Teilnichtigkeit).⁶⁶² Als zivilrechtliche Sanktionen kommen des weiteren auch Schadensersatzansprüche⁶⁶³ und Unterlassungsansprüche in Betracht.⁶⁶⁴

Das internationale FIFA-Spielervermittlungsreglement und die nationalen Spielervermittlerreglemente sind gemäß Art 81 Abs 2 EGV „*nichtig*“. Die Fußballvereine und Spielervermittler haben die Möglichkeit gegen die FIFA Schadensersatzansprüche respektive Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Gegen die FIFA können, wie soeben oben dargestellt, „*Abstellungsverfügungen*“ gemäß Art 7 VO 1/2003, „*einstweilige Maßnahmen*“ gemäß Art 8 VO 1/2003, „*Geldbußen*“ gemäß Art 23 VO 1/2003 und „*Zwangsgelder*“ gemäß Art 24 VO 1/2003 erlassen werden.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ EuGH Urteil vom 20.9.2001, Rs C-453/99, Courage/Crehan, Slg 2001, S I-6297, Rz 22; EuGH Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, Consten und Grundig, Slg 1966, S 322, 393 und 429; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 15.

⁶⁶² Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 15; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 146f; EuGH Urteil vom 30.6.1966, Rs 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg 1966, S 282 und 304.

⁶⁶³ EuGH Urteil vom 20.9.2001, Rs C-453/99, Courage und Crehan, Slg 2001, S I-6297, Rz 26ff.

⁶⁶⁴ Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 81, Rz 149; Streinz, Europarecht, 1996, 275.

⁶⁶⁵ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 250f.

X. Spielervermittlung und Europäisches Missbrauchverbot

1. Allgemeine Grundlagen

Die zentrale primärgemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für das Europäische Missbrauchverbot enthält Art 82 EGV⁶⁶⁶.

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;*
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;*
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
- d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“*

Art 82 EGV untersagt den Missbrauch der marktbeherrschenden Position durch eine respektive mehrere Unternehmung(en), sofern dadurch eine Handelsbeeinträchtigung zwischen den EU-Mitgliedstaaten stattfinden kann.⁶⁶⁷ Das Europäische Missbrauchsverbot ist unmittelbar anwendbar.⁶⁶⁸ Die Bestimmungen des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 EGV und die Bestimmungen des Europäischen Missbrauchsverbotes gemäß Art 82 EGV stehen kumulativ nebeneinander.⁶⁶⁹ Der Unterschied zwischen dem Europäischen Kartell-

⁶⁶⁶ Alt Art 86 EGV.

⁶⁶⁷ Schuhmacher, Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht, wbl, 2005, 246; Emmerich, Kartellrecht, 1999, 447.

⁶⁶⁸ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 426 und 448; Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 82, Rz 1; Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 34; Emmerich, Kartellrecht, 1999, 468; EuGH Urteil vom 28.2.1991, Rs C-234/89, Delimitis, Slg 1991, S I-935.

⁶⁶⁹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 448; Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 242; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 105; EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission, Slg 2000, S I-1365, Rz 33 und 130; EuG Urteil vom 10.7.1990,

verbot und dem Europäischen Missbrauchsverbot besteht darin, dass Art 81 EGV der Entstehung von Marktmacht vorbeugen möchte und Art 82 EGV nach Entstehung der Marktmacht das missbräuchliche Ausnutzen wegen der marktbeherrschenden Position verhindern möchte.⁶⁷⁰ Das Europäische Kartellverbot erfasst wettbewerbsbeschränkende koordinierte Verhaltensweisen von zumindest zwei Unternehmungen und das Europäische Missbrauchsverbot erfasst bereits eine „*einseitige*“ individuelle Verhaltensweise einer Unternehmung, welche eine marktbeherrschende Position besitzt.⁶⁷¹ Die Freistellung vom Europäischen Missbrauchsverbot ist im Unterschied zum Europäischen Kartellverbot nicht möglich.⁶⁷² Die Freistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV schließt die Anwendung des Europäischen Missbrauchsverbotes gemäß Art 82 EGV nicht aus.⁶⁷³ Gemeinsam ist dem Europäischen Kartellverbot und dem Europäischen Missbrauchsverbot das Ziel einen effektiven Wettbewerb auf dem Gemeinschaftsmarkt zu erhalten.⁶⁷⁴ Das *EuG* wendet in seiner Rsp in der Rechtsache *Piau/Kommission* die Bestimmungen des Europäischen Missbrauchsverbots gemäß Art 82 EGV auf den Bereich der Spielervermittlung an.⁶⁷⁵ Der *EuGH* hat bereits in seiner Rsp in der Rechtssache *Höfner und Elser* die Bestimmung des Europäischen Missbrauchsverbots gemäß Art 82 EGV auf den Bereich der Arbeitsvermittlung angewandt.⁶⁷⁶

Rs T-51/89, Tetra Pak/Kommission, Slg 1990, S II-309, Rz 21; EuGH Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, Hofmann-La Roche/Kommission, Slg 1979, S 461, Rz 116.

⁶⁷⁰ Streinz, Europarecht, 2005, 393; EuGH Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg 1973, S 215, Rz 25.

⁶⁷¹ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 242.

⁶⁷² Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 862; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 85 und 133; Emmerich, Kartellrecht, 1999, 468; EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission, Slg 2000, S I-1365, Rz 135; Art 1 Abs 3 VO 1/2003.

⁶⁷³ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 448; Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 242; EuGH Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, Hofmann-La Roche/Kommission, Slg 1979, S 461, Rz 116; EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission, Slg 2000, S I-1365, Rz 130; EuG Urteil vom 10.7.1990, Rs T-51/89, Tetra Pak/Kommission, Slg 1990, S II-309, Rz 21.

⁶⁷⁴ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 104; EuGH Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg 1973, S 215, Rz 25.

⁶⁷⁵ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209; so auch die Literatur. Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 251ff; Oberrauch, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, *ecolex*, 2005, 416; Vetter, Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht, *SpuRt*, 2005, 235f.

⁶⁷⁶ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979; bestätigt durch EuGH Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, Job Centre, Slg 1997, S I-7119.

2. Normadressat

2.1. Allgemeine Grundlagen

Wer ist Normadressat des Europäischen Missbrauchsverbotes? Der Adressatenkreis des Europäischen Missbrauchsverbotes gemäß Art 82 EGV richtet sich grundsätzlich wie der Adressatenkreis des Europäischen Kartellverbotes gemäß Art 81 EGV an die Unternehmer.⁶⁷⁷ Der Tatbestand des Missbrauchsverbotes setzt jedoch voraus, dass es sich nach Art 82 EGV um eine marktbeherrschende Position des Unternehmens handelt.⁶⁷⁸ Der Gemeinschaftsvertrag enthält jedoch in Art 82 EGV keine Legaldefinition des Begriffes „*marktbeherrschende Position*“ des Unternehmens. Der *EuGH* versteht in seiner Rsp unter dem Begriff der „*marktbeherrschenden Position*“ eines Unternehmens ein Unternehmen, das auf Grund seiner ökonomischen respektive wirtschaftlichen Machtposition sich in der Situation befindet den effektiven Wettbewerb zu unterbinden, indem es die Gelegenheit besitzt im beachtlichen Ausmaß „*unabhängig*“ und autonom ohne jedwede Berücksichtigung der anderen Marktteilnehmer, wie zum Beispiel den Mitkonkurrenten und den Konsumenten, eine Verhaltensweise zu setzen.⁶⁷⁹ Der Begriff der „*marktbeherrschenden Position*“ des Unternehmens umfasst daher die zwei Gesichtspunkte Potential zur Verhinderung von Wettbewerb und Gelegenheit zur Setzung von autonomen Verhaltensweisen.⁶⁸⁰ Aspekte für die Bestimmung der marktbeherrschenden Position sind unter anderem der Marktanteil und die Struktur des Marktes.⁶⁸¹ Unter den Begriff der „*marktbeherrschenden Position*“ sind an und für sich Monopolstellungen zu subsumieren.⁶⁸² In der Rsp in der Rechtssache *Höfner und Elser* beziehungsweise in der Rechtssache *Job Centre* subsumierte der *EuGH* öffentliche Arbeitsvermittlungsmonopole unter den Begriff der „*marktbeherrschenden Position*“ eines

⁶⁷⁷ Schuhmacher, Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht, wbl, 2005, 246; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 255.

⁶⁷⁸ Emmerich, Kartellrecht, 1999, 450; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 281.

⁶⁷⁹ *EuGH* Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, Michelin/Kommission, Slg 1983, S 3461, Rz 30 und 37; *EuGH* Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, Hofmann-La Roche/Kommission, Slg 1979, S 461, Rz 38; *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 109.

⁶⁸⁰ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 92.

⁶⁸¹ Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 101.

⁶⁸² Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 450; Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 82, Rz 10; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 252; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 82, Rz 12; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 101; *EuGH* Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 28; *EuGH* Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, Job Centre, Slg 1997, S I-7119, Rz 30.

Unternehmens im Sinne des Art 82 EGV.⁶⁸³ Das Europäische Missbrauchsverbot erfasst in seinem Anwendungsbereich nicht nur einzelne individuelle Unternehmen, die eine marktbeherrschende Position innehaben, sondern auch kollektive Marktbeherrschungen von mehreren Unternehmungen.⁶⁸⁴ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art 82 EGV „*durch ein oder mehrere Unternehmen*“.⁶⁸⁵ Eine kollektive marktbeherrschende Position mehrerer Unternehmer ist gegeben, wenn Unternehmen derart eng miteinander verflochten sind, dass sie als kollektive Einheit auf dem Gemeinschaftsmarkt auftreten und vorgehen.⁶⁸⁶ Das EuG hat in seiner Rsp reaktionsverbundene Oligopole unter den Begriff der „*kollektiven marktbeherrschenden Position*“ subsumiert.⁶⁸⁷ Nach der Rsp des EuG in der Rs *Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission* liegt eine kollektive marktbeherrschende Position durch ein reaktionsverbundenes Oligopol vor, wenn folgende drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sind: „*Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht; zweitens muss der Zustand der stillschweigenden Koordinierung auf Dauer aufrechterhalten werden können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen; drittens darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellen*“.⁶⁸⁸

⁶⁸³ EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 28; EuGH Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, Job Centre, Slg 1997, S I-7119, Rz 30.

⁶⁸⁴ Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 56 und 179; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 101; EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission, Slg 2000, S I-1365, Rz 36; EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 110; EuG Urteil vom 8.7.2003, Rs T-374/00, Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission, Slg 2003, S II-2275, Rz 121.

⁶⁸⁵ Schuhmacher, Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht, wbl, 2005, 247; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 101; EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission, Slg 2000, S I-1365, Rz 35f; Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 281.

⁶⁸⁶ Weiß, in Callies/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 82, Rz 17f; Weiß, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 101.

⁶⁸⁷ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 111; EuG Urteil vom 8.7.2003, Rs T-374/00, Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission, Slg 2003, S II-2275, Rz 121; EuG Urteil vom 6.6.2002, Rs T-342/99, Airtours/Kommission, Slg 2002, S II-2585, Rz 60ff.

⁶⁸⁸ EuG Urteil vom 8.7.2003, Rs T-374/00, Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission, Slg 2003, S II-2275, Rz 121; bestätigt durch EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 111.

2.2. FIFA als Normadressat

Hat die FIFA eine marktbeherrschende Position gemäß Art 82 EGV? In der europäischen Gerichtspraxis hat sich das *EuG* und in der Literatur haben sich vor allem *Jungheim* und *Oberrauch* mit der Frage auseinandergesetzt ob die FIFA eine marktbeherrschende Position gemäß Art 82 EGV besitzt.

2.3. Ansicht EuG

Das *EuG* ist in der Entscheidung zu der Rechtssache *Piau/Kommission* der Auffassung, dass die FIFA eine marktbeherrschende Position im Sinne des Art 82 EGV besitzt.⁶⁸⁹ Es weist zunächst darauf hin, dass die *Kommission* der Meinung ist, dass die FIFA keine marktbeherrschende Position hat, da die FIFA nicht auf dem Spielervermittlungsmarkt tätig wird. Das *EuG* folgt sodann seiner Rsp in der Rechtssache *Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission* bzw der Rechtssache *Airtours/Kommission* und subsumiert verhaltensgebundene Oligopole unter den Begriff der „kollektiven marktbeherrschenden Position“ gemäß Art 82 EGV. Es betont in diesem Konnex, dass für das Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Position die in der Rechtssache *Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission* und der Rechtssache *Airtours/Kommission* oben angeführten 3 Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. Das *EuG* prüft in weiterer Folge ob die genannten Voraussetzungen gegeben sind. In diesem konkreten Fall umfasst der relevante Markt der in Frage stehenden Bestimmung einen Markt für Dienstleistungen. Die Empfänger der Dienstleistungen sind die Fußballspieler beziehungsweise Fußballvereine. Bei den Erbringern der Dienstleistungen handelt es sich um die Spielervermittler. Auf dem konkreten Dienstleistungsmarkt ist es möglich den internationalen Fußballsportverband der FIFA als für die Vereine handelnd zu beurteilen, weil sie als eine Art „Vereinigung zweiten Grades“ verstanden werden kann, die durch Unternehmungen, hier in diesem konkreten Fall Fußballvereine, gegründet worden ist. Die Ausführung des Beschlusses, hier in diesem gegenständlichen Fall das FIFA-Spielervermittlerreglement, kann zur Folge haben, dass die auf dem betroffenen Dienstleistungsmarkt auftretenden Unternehmer, hier in diesem konkreten Fall die Vereine, in ihrem Marktverhalten derart gebunden sind, dass sie im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern, geschäftlichen Partnern und Konsumenten als „kollektive Einheit“ vorgehen. Das FIFA-Spielervermittlerreglement besitzt für die nationalen Fußballverbände (diese sind

⁶⁸⁹ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 115; *Jungheim*, *Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler*, 2002, 252f; zustimmend: *Oberrauch*, *Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit*, *ecolex*, 2005, 416.

FIFA-Mitglieder) und Fußballvereine (diese sind Mitglieder der nationalen Fußballverbände) verbindlichen Charakter. Ergo sind die Fußballvereine beziehungsweise die nationalen Fußballverbände in ihrem Verhalten dauernd durch die Annahme der FIFA-Bestimmung verpflichtend gebunden. Die anderen Marktbeteiligten, hier in concreto die Fußballspieler bzw Spielervermittler, müssen das FIFA-Spielervermittlerreglement einhalten, weil ihnen sonst Strafen drohen. Das *EuG* betont in diesem Kontext, dass es fernab jeglicher Realität ist davon auszugehen, dass der internationale Fußballverband der FIFA, der Führungsmacht im Fußballbereich beziehungsweise im Kontext stehenden ökonomischen Aktivitäten besitzt, in diesem konkreten Fall die Spielervermittlungstätigkeit, keine marktbeherrschende Position besitzt, da der internationale Fußballverband der FIFA nicht selbst auf dem Spielervermittlungsmarkt tätig wird. Der internationale Fußballverband der FIFA ist ein von den nationalen Fußballverbänden bzw den Fußballvereinen, die die faktischen Abnehmer der Spielervermittlungsleistungen sind, gegründetes Gefüge und tritt daher durch die Mitglieder auf dem Gemeinschaftsmarkt auf.⁶⁹⁰

2.4. Ansicht Kläger

Der *Kläger* in der Rs *Piau/Kommission* war der Meinung, dass die FIFA eine marktbeherrschende Position hat.⁶⁹¹ Dafür spricht nach Ansicht des *Klägers*, dass die FIFA die Interessensvertretung der Dienstleistungsempfänger vornimmt.⁶⁹²

2.5. Ansicht Jungheim

Nach *Jungheim* hat die FIFA eine marktbeherrschende Position gemäß Art 82 EGV.⁶⁹³ Sie weist darauf hin, dass nach der Rsp des *EuGH* Monopole in der Regel unter den Begriff der marktbeherrschenden Position im Sinne des Art 82 EGV subsumiert werden. Die FIFA ist der Weltfußballverband und beschließt als solcher Regelungen für die Mitgliederverbände. Diese Regelungen sind für die Mitgliederverbände sodann verpflichtend einzuhalten. Die Mitgliederverbände haben dafür Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen durch deren Mitglieder, die Fußballvereine beziehungsweise die Fußballspieler, eingehalten werden. Die FIFA hat die Monopolposition im Bereich des Profifußballs beziehungsweise Amateurfuß-

⁶⁹⁰ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 107ff.

⁶⁹¹ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 57.

⁶⁹² EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 57.

⁶⁹³ *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 252f.

balls. Auf Grund der Monopolposition ist nach *Jungheim* die FIFA unter den Begriff Unternehmen mit marktbeherrschender Position gemäß Art 82 EGV zu subsumieren.⁶⁹⁴

2.6. Stellungnahme

Meiner Meinung nach hat die FIFA marktbeherrschende Position im Sinne des Art 82 EGV. Nach der Rsp des *EuG* sind die reaktionsverbundenen Oligopole unter den Begriff der „kollektiven marktbeherrschenden Position“ zu subsumieren.⁶⁹⁵ Auf dem Spielervermittlungsmarkt ist die FIFA als für die Fußballvereine handelnd zu beurteilen. Sie stellt als solches eine Unternehmensvereinigung zweiten Grades dar, welche durch die Fußballvereine geschaffen wurde. Die Umsetzung des FIFA-Spielervermittlungsreglements hat zur Folge, dass die Fußballvereine sich hinsichtlich des Marktverhaltens derart gebunden haben, dass sie gegenüber den Geschäftspartnern respektive Verbrauchern als kollektive Einheit auftreten respektive vorgehen. Das FIFA-Spielervermittlerreglement ist für die Fußballvereine und nationalen Fußballverbände verbindlich und bindet diese dauerhaft. Bei einem Verstoß drohen den Fußballvereinen Sanktionen. Die sonstigen Marktteilnehmer wie die Fußballspieler und die Spielerermittler haben das FIFA-Spielervermittlerreglement zu befolgen, da ansonsten Sanktionen drohen.⁶⁹⁶

3. Gemeinsamer Markt

Das Unternehmen mit marktbeherrschender Position muss nach dem Wortlaut des Art 82 EGV „auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben“ tätig werden. Darunter wird nicht nur das Gebiet des gesamten Gemeinsamen Marktes der EU erfasst, sondern auch einzelne EU-Mitgliedsstaaten sind bereits ausreichend.⁶⁹⁷ In der Rsp zu der Rechtssache *Michelin/Kommission* subsumierte der *EuGH* den EU-Mitgliedsstaat Niederlande unter den Begriff „wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes“ im Sinne des Art 82 EGV.⁶⁹⁸ Österreich als EU-Mitgliedsstaat stellt einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen

⁶⁹⁴ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 252f.

⁶⁹⁵ EuG Urteil vom 8.7.2003, Rs T-374/00, Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission, Slg 2003, S II-2275, Rz 121; EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 111.

⁶⁹⁶ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 115ff.

⁶⁹⁷ EuGH Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, Michelin/Kommission, Slg 1983, S 3461, Rz 28; EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser, Slg 1991, S I-1979, Rz 28.

⁶⁹⁸ EuGH Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, Michelin/Kommission, Slg 1983, S 3461, Rz 28.

Marktes dar gemäß Art 82 EGV.⁶⁹⁹ In der Rsp des *EuGH* wurde sogar ein bestimmter Teil eines Gebietes von einem EU-Mitgliedsstaat unter den Begriff „wesentlicher Teil eines Gemeinsamen Marktes“ gemäß Art 82 EGV subsumiert.⁷⁰⁰ Nach *Jungheim* ist das FIFA-Spielervermittlungsregulativ vom Begriff „Gemeinsamer Markt“ gemäß Art 82 EGV erfasst, da der örtliche Geltungsbereich des FIFA-Spielervermittlungsregulativs bereits die ganze Welt umfasst.⁷⁰¹ Auch nationale Spielervermittlerreglemente, wie zum Beispiel das ÖFB-Spielervermittlerregulativ, werden vom Begriff des „wesentlichen Teiles des Gemeinsamen Marktes“ erfasst, da sie sich zumindest auf einen EU-Mitgliedsstaat erstrecken.⁷⁰²

4. Missbrauch

4.1. Allgemeine Grundlagen

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* und der Literatur reicht das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Position eines Unternehmens per se noch nicht aus um einen Verstoß gegen das Europäische Missbrauchsverbot gemäß Art 82 EGV zu begründen.⁷⁰³ Die Unternehmen mit marktbeherrschender Position haben eine besondere Verantwortung für die Verhaltensweisen, die sie im Wettbewerb setzen.⁷⁰⁴ In der Literatur formuliert *Stockenhuber* die besondere Verantwortung von marktbeherrschenden Unternehmen wie folgt: „*quod licet David, non licet Goliath*“.⁷⁰⁵ Der Gemeinschaftsvertrag enthält in Art 82 EGV keine eigenständige Legaldefinition für den Begriff des „missbräuchlichen Verhaltens“. Der *EuGH* hat in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Hofmann-La Roche/Kommission* ausgeführt was er unter einem missbräuchlichen Verhalten versteht: „*Er erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden*

⁶⁹⁹ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 91.

⁷⁰⁰ *EuGH* Urteil vom 25.10.2001, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, S I-8089, Rz 38.

⁷⁰¹ *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 252f.

⁷⁰² Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 91; *EuGH* Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg 1983, S 3461, Rz 28.

⁷⁰³ Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 857; *EuGH* Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg 1983, S 3461, Rz 57.

⁷⁰⁴ Schuhmacher, Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht, wbl, 2005, 246; Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 179; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 18; *EuGH* Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission*, Slg 2000, S I-1365, Rz 37 und 85; *EuGH* Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg 1983, S 3461, Rz 57.

⁷⁰⁵ Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, 1999, 96.

Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Marktbürger abweichen“.⁷⁰⁶ Nach herrschender Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung des *EuGH* handelt es sich bei den in Art 82 lit a-d EGV aufgezählten missbräuchlichen Verhaltensweisen nicht um eine taxative (erschöpfende), sondern bloß um eine demonstrative (beispielhafte) Aufzählung.⁷⁰⁷ Im Generellen ist davon auszugehen, dass ein „*Missbrauch*“ gegeben ist, wenn ein Unternehmen mit marktbeherrschender Position eine sachlich ungerechtfertigte Wettbewerbsbehinderung vornimmt, um die marktbeherrschende Stellung oder sonstige Vorteile auf dem Gemeinsamen Markt zu erlangen.⁷⁰⁸ Ob ein marktbeherrschendes Unternehmen bei der missbräuchlichen Verhaltensweise ein „*Verschulden*“ trifft, ist für die Subsumtion unter den Tatbestand des Art 82 EGV irrelevant (Verschuldensunabhängigkeit).⁷⁰⁹

4.2. FIFA-Spielervermittlungsregulativ als Missbrauch

Ist das FIFA-Spielervermittlungsregulativ als eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Position zu verstehen? In der europäischen Gerichtspraxis hat sich das *EuG* und in der sportrechtlichen Literatur haben sich vor allem *Jungheim* und *Oberrauch* mit der Frage auseinandergesetzt ob das FIFA-Spielervermittlungsregulativ als eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Position zu verstehen ist.

4.3. Ansicht EuG

Das *EuG* ist in der Rechtssache *Piau/Kommission* der Auffassung, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement keine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Position der FIFA darstellt.⁷¹⁰ Dafür sprechen nach Ansicht des *EuG* erstens die Darstellung

⁷⁰⁶ *EuGH* Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, Hofmann-La Roche/Kommission, Slg 1979, S 461, Rz 91.

⁷⁰⁷ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 451; Karenfort/Weitbrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, 2004, 179; Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 2002, 858; *EuGH* Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission, Slg 2000, S I-1365, Rz 112; *EuGH* Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg 1973, S 215, Rz 26.

⁷⁰⁸ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 451.

⁷⁰⁹ *EuGH* Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg 1973, S 215, Rz 29.

⁷¹⁰ *EuG* Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, Piau/Kommission, Slg 2005, S II-209, Rz 117; zustimmend: Oberrauch, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, *ecolex*, 2005, 416; anderer Auffassung *Jungheim*. Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 254ff.

zum reformierten FIFA-Spielervermittlerreglement und zweitens die Darstellung zu der Freistellungsfähigkeit. Das FIFA-Spielervermittlerreglement umfasst des weiteren keine „*quantitativen Beschränkungen*“ für den Marktzugang der Spielervermittlungstätigkeit, sondern bloß qualitative Beschränkungen, die unter Berücksichtigung der aktuellen faktischen Sachlage rechtfertigbar sind.⁷¹¹ Das *EuG* verweist hier in der Rechtssache *Piau/Kommission* im Rahmen der Missbrauchsprüfung auf die Darstellung zur Freistellungsfähigkeit. Dagegen spricht meiner Meinung nach, dass nach der Rsp des *EuGH* die Freistellung vom europäischen Kartellverbot nach Art 81 Abs 3 EGV nicht die Anwendung des europäischen Missbrauchsverbotes gemäß Art 82 EGV ausschließt.⁷¹² Das *EuG* spricht des weiteren in der Rs *Piau/Kommission* davon, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement qualitative Beschränkungen für den Zutritt zum Spielervermittlungsmarkt erfasst, die gerechtfertigt werden können. Dagegen spricht meines Erachtens, dass die Erfordernisse des FIFA-Spielervermittlerreglements einen ungerechtfertigten Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art 49 EGV darstellen⁷¹³ und sohin keine qualitativen Beschränkungen vorliegen.

4.4. Ansicht Jungheim

Jungheim ist der Auffassung, dass das FIFA-Spielervermittlerreglement einen „*Missbrauch*“ der marktbeherrschenden Position darstellt gemäß Art 82 lit a, b, d EGV.⁷¹⁴ Nach *Jungheim* stellt das FIFA-Spielervermittlerreglement eine unangemessene Geschäftsbedingung dar gemäß Art 82 lit a EGV. Inadäquate Geschäftskonditionen sind beispielsweise „*überhöhte Vertragsstrafen*“ und „*Klauseln mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung*“. Im konkreten individuellen Fall ist zu eruieren, ob eine „*unverhältnismäßige Belastung*“ bei einer Klausel gegeben ist. Das Gebot des FIFA-Spielervermittlerreglements bloß exklusiv mit lizenzierten Spielervermittlern zu kooperieren, stellt eine „*Klausel mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung*“ dar. Die Strafen nach § 19 Abs 2 FIFA-Spielervermittlungsregulativ sind ihres Erachtens unverhältnismäßige Vertragsstrafen, da die Kooperation mit Spielervermittlern nicht vom sportüblichen Wirkungsbereich der Fußballsportverbände erfasst ist und die Fußballverbände für den Wirkungsbereich der Spielervermittlung keine Regelungskompetenz besitzen. Ergo handelt es sich bei den Vertragsstrafen gegen die Fußballvereine um einen Verstoß gegen Art 82 lit a EGV. Nach *Jungheim* stellt das FIFA-

⁷¹¹ EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209, Rz 117.

⁷¹² EuGH Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, *Hofmann-La Roche/Kommission*, Slg 1979, S 461, Rz 116; EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission*, Slg 2000, S I-1365, Rz 130.

⁷¹³ Siehe dazu das Kapitel Dienstleistungsfreiheit.

⁷¹⁴ *Jungheim*, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 254ff.

Spielervermittlungsregulativ auch eine Beschränkung des Absatzes zum Verbraucherschaden gemäß Art 82 lit b EGV dar. Unter dem Begriff der „Absatzbeschränkung“ werden beispielsweise „Wettbewerbsverbote“ verstanden. Auf Grund der ausdrücklichen Benennung des Verbrauchers in Art 82 lit b EGV haben auch die Verbraucher die Möglichkeit sich auf Art 82 lit b zu stützen. Im Falle des FIFA-Spielervermittlerreglements haben die Fußballspieler die Möglichkeit sich auf Art 82 lit b EGV zu stützen, welche durch die Strafen gemäß Art 17 FIFA-Spielervermittlerreglement bloß auf die Auswahl von lizenzierten Spielervermittlern beschränkt werden. Die Fußballvereine können genauso den Nachteil auf Art 82 lit b EGV stützen. Der Absatz der Spielervermittlungsleistungen ohne entsprechende Lizenz der FIFA wird unnatürlich durch das FIFA-Spielervermittlerreglement, welches in Hinblick auf die Spielervermittler ohne entsprechende FIFA-Lizenz als „Wettbewerbsverbot“ fungiert, beschränkt. Die Beschränkungen stellen einen Verbraucherschaden dar, da der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Nach *Jungheim* ist das FIFA-Spielervermittlerreglement für den Sportenschutz nicht erforderlich, da die intendierten Ziele bereits durch das restriktivere ursprüngliche FIFA-Spielervermittlerreglement nicht erlangt werden konnten. Nach *Jungheim* stellt das FIFA-Spielervermittlungsregulativ in Verbindung mit einem Lizenzvertrag zu dem Fußballsportverband einen Verstoß gegen Art 82 lit d EGV dar. Sie weist darauf hin, dass unter den Tatbestand zum Beispiel „Koppelungsverträge“ subsumiert werden. Koppelungsverträge besitzen eine besondere Eignung um die Monopolmacht von einem Markt auf einen anderen Markt zu transferieren. Die Bestimmung des FIFA-Spielervermittlerreglements bloß mit lizenzierten Spielervermittlern zu kooperieren steht nicht im Konnex zum Gegenstand des Vertrages an den Verbandsinstitutionen Bundesliga respektive am internationalen Wettbewerb mitzuspielen. Das FIFA-Spielervermittlerreglement ist kein erforderlicher Teilbereich der Vorschriften zur Benutzung der Institutionen. Es handelt sich nach *Jungheim* daher um einen „Koppelungsvertrag“, der einen Verstoß gegen Art 82 lit d EGV begründet. Nach *Jungheim* stellt das FIFA-Spielervermittlungsregulativ des weiteren einen Verstoß gegen die „Generalklausel“ des Art 82 EGV dar. Ein Beispielsfall für die Anwendung der Generalklausel ist, wenn Unternehmen mit marktbeherrschender Position Netze respektive Infrastrukturinstitutionen besitzen und andere Unternehmungen aus juristischem respektive faktischem Anlass die Zugangsmöglichkeit brauchen, um auf dem Gemeinschaftsmarkt als Wettbewerber aufzutreten. Die Unternehmungen mit marktbeherrschender Position haben die Verpflichtung gegen adäquate Entlohnung den Zugang zu ermöglichen, außer dies ist aus betrieblichen Anlässen unmöglich respektive unzumutbar. Die Bundesligen stellen eine Infrastrukturinstitution dar. Die FIFA möchte mit Hilfe der nationalen Fußballsportverbände

den unlizenziierten Spielervermittlern die Zugangsmöglichkeit zu dieser Infrastrukturinstitution verbieten.⁷¹⁵

4.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach stellt das FIFA-Spielervermittlerreglement einen Missbrauch im Sinne des Art 82 EGV dar. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ samt Sanktionen stellt eine unfaire Geschäftsbedingung im Sinne des Art 81 lit a EGV dar. Geschäftsbedingungen kommen vor allem in Satzungsbestimmungen vor. Einen Missbrauch stellen Verpflichtungen dar, die zur Erlangung eines Gesellschaftszweckes entbehrlich sind und die Marktteilnehmer „unbillig“ beschränken.⁷¹⁶ Inadäquat ist eine Geschäftsbedingung, wenn sie nicht verhältnismäßig ist.⁷¹⁷ Die Verpflichtung der Fußballvereine nach dem FIFA-Spielervermittlungsreglement mit lizenzierten Spielervermittlern zu kooperieren bei sonstiger Sanktion, stellt eine Geschäftsbedingung für den Vertrag Teilnahme am Fußballsport dar. Die Verpflichtung ist unter zwei Aspekten entbehrlich. Erstens ist die Verpflichtung unter Berücksichtigung des Zweckes der FIFA, nämlich Sportfördern und Sportgestalten, entbehrlich, da die Spielervermittlung (Arbeitsvermittlung) nicht den Sport als solchen betrifft. Zweitens ist die Verpflichtung entbehrlich, da in Österreich und Deutschland gesetzliche Bestimmungen zur Durchführung der Arbeitsvermittlung bestehen. Die Fußballvereine können nach deutschem Recht (dGewO, SGB III und AVermV) oder österreichischem Recht (GewO und AMFG) mit privaten gewerblichen Arbeitsvermittlern zusammenarbeiten. Drohen nach dem FIFA-Spielervermittlungsregulativ trotzdem Sanktionen, so sind diese Geschäftsbedingungen unverhältnismäßig. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ stellt einen Verstoß gegen Art 82 lit d EGV dar (Koppelungsvertrag). Bei Koppelungsverträgen wird der Abnehmer verpflichtet neben der nachgefragten Dienstleistung (Produkt) zusätzlich eine weitere Dienstleistung (Produkt) in Anspruch zu nehmen, wobei zwischen den Dienstleistungen (Produkten) kein hinreichender sachlicher Konnex vorliegt.⁷¹⁸ Ist bei einem Koppelungsgeschäft ein sachlich hinreichender Konnex gegeben, kann trotzdem ein Verstoß gegen Art 82 lit d EGV vorliegen, außer es besteht eine objektive Rechtfertigung.⁷¹⁹ Für Fußballvereine stellt die vertragliche Zustimmung zum FIFA-Spielervermittlungsreglement neben dem Vertrag zur Teilnahme am Fußballsport einen Koppelungsvertrag dar, der keinen hin-

⁷¹⁵ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 254ff.

⁷¹⁶ Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 82, Rz 45.

⁷¹⁷ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 452; Weiß, in Calliess/Ruffert [Hrsg], Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, zu Art. 82, Rz 45.

⁷¹⁸ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 254.

⁷¹⁹ EuGH Urteil 14.11.1996, Rs C-333/94P, Tetra Pak, Slg 1996, S I-5951, Rz 37.

reichenden sachlichen Bezug zwischen den Materien besitzt. Gegen den sachlichen Bezug der Materien spricht, dass die Regulierung der Teilnahme am Fußballsport als FIFA-Kompetenz gesehen werden kann und die Regulierung der Arbeitsvermittlung (Spielervermittlung) als staatliche Kompetenz anzusehen ist (in Österreich AMFG bzw GewO und in Deutschland SGB III, AVermV und dGewO). Ein Blick auf die Regulative anderer Sportarten zeigt, dass die Verbände neben der Teilnahme am Sport nicht auch noch die Arbeitsvermittlung regeln.

5. Sanktionen

Welche Sanktionen zieht ein Verstoß gegen das Europäische Missbrauchsverbot nach sich? Bei einem Verstoß gegen das Europäische Missbrauchsverbot kommen sowohl verwaltungsrechtliche Sanktionen als auch zivilrechtliche Sanktionen in Betracht. Die Kommission kann bei einem Verstoß gegen Art 82 EGV verwaltungsrechtliche Sanktionen in Form von „*Abstellverfügungen*“ Art 7 VO 1/2003, „*einstweiligen Maßnahmen*“ gemäß Art 8 VO 1/2003, „*Zwangsgeldern*“ gemäß Art 24 VO 1/2003 und „*Geldbußen*“ gemäß Art 23 VO 1/2003 verhängen. Der Tatbestand des Art 82 EGV sieht zwar nicht explizit die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich wie dies Art 81 Abs 2 EGV vorsieht. Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen sind nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu bestimmen.⁷²⁰ Ein Verstoß gegen das Europäische Missbrauchsverbot zieht die Nichtigkeit nach sich.⁷²¹ Es besteht auch die Möglichkeit Schadensersatzansprüche und Unterlassungsansprüche geltend zu machen.⁷²²

Die Lizenzpflicht des FIFA-Spielervermittlerreglements ist nichtig. Die nichtlizenzierten Spielervermittler und Fußballvereine können Untersagungsansprüche und Schadensersatzklagen geltend machen. Es können „*Abstellverfügungen*“, „*einstweilige Maßnahmen*“, „*Zwangsgelder*“ und „*Geldbußen*“ nach der VO 1/2003 gegen die FIFA erlassen werden.⁷²³

⁷²⁰ Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 258; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 42.

⁷²¹ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 258; Streinz, Europarecht, 2005, 394; Nimmerfall, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, 42.

⁷²² Grill, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 82, Rz 44.

⁷²³ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 259.

XI. Provision und Entgelt

1. Entgelt⁷²⁴

1.1. Allgemeine Grundlagen

Im Rahmen des Arbeitsvertrages stellt die Entgeltspflicht die Hauptpflicht des Dienstgebers dar.⁷²⁵ Als Pendant dazu stellt die Arbeitspflicht die Hauptpflicht des Dienstnehmers dar.⁷²⁶ Was ist unter dem Begriff des „Entgelts“ zu verstehen? Das Arbeitsrecht weist keine eigenständige Legaldefinition des Entgeltbegriffes auf. Im Unterschied dazu enthalten die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen in § 49 ASVG eine Legaldefinition des sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriffes. Die Rsp und Literatur haben sich mit der Frage auseinandergesetzt was unter dem Entgeltbegriff im arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen ist. Im Generellen ist der arbeitsrechtliche Entgeltbegriff extensiv zu verstehen. Das „Entgelt“ umfasst sämtliche Dienstgeberleistungen, die ein Dienstnehmer als Gegenleistung dafür bekommt, dass er dem Dienstgeber sein Arbeitsleistungspotential zur Disposition überlässt.⁷²⁷ Der OGH konkretisierte in seiner Rsp den Entgeltbegriff wie folgt: *„Das Entgelt umfasst neben dem laufenden Lohn oder Gehalt auch die übrigen regelmäßigen oder sonstigen ordentlichen und außerordentlichen Leistungen, selbst wenn diese auf die tatsächliche Mehrleistung des Arbeitnehmers abgestellt und daher wie im Falle des Akkords oder der Provision variabel sind“.*⁷²⁸ Die Provisionen, die Akkordlöhne⁷²⁹, die Umsatzprovisionen⁷³⁰, die Prämien, die Gewinnbeteiligungen und die Überstundenentgelte⁷³¹ werden unter den arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff subsumiert. Vom Entgelt sind die Aufwendungen zu differenzie-

⁷²⁴ Das Entgelt eines Angestellten wird üblicherweise als „Gehalt“ und das Entgelt eines Arbeiters als „Lohn“ bezeichnet. Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 169; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 279.

⁷²⁵ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 67; Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 169; Lindmayr, Handbuch zum Angestelltenrecht, 2003, zu AngG § 6, Rz 35.

⁷²⁶ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen, 2009, 82.

⁷²⁷ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 115; Schrammel, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2006, zu § 6, Rz 1; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 277; Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 6 Erl 5, 6, Rz 6; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 113; OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404; OGH, RdW, 1997, 355; OGH 15.7.1986, 14 Ob 114/86; Arb 10.543; Arb 9942; OGH 17.2.1981, 4 Ob 13/81.

⁷²⁸ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 278; OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404; OGH, RdW, 1997, 355.

⁷²⁹ OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404.

⁷³⁰ OGH 24.10.2001, 9 ObA 202/01y; Arb 12.161; OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404.

⁷³¹ Lindmayr, Handbuch zum Angestelltenrecht, 2003, zu AngG § 6, Rz 35.

ren. Die Aufwendungen werden nicht vom Entgeltbegriff erfasst.⁷³² Unter Aufwendungen werden jene Leistungen verstanden, die vorgenommen werden, um die ökonomischen Belastungen zu verringern, welche den Dienstnehmern wegen der Vornahme von Dienstleistungen entstehen.⁷³³ Die Abgrenzung der Begriffe „Entgelt“ und „Aufwendung“ ist nach der „Funktion“ der entsprechenden Leistung zu beurteilen.⁷³⁴ Die Deklaration einer Leistung als Entgelt beziehungsweise Aufwendung ist für deren Einordnung irrelevant.⁷³⁵ Zu den Aufwendungen zählen beispielsweise die „Kilometergelder“ und die „Reisekostenentschädigung“.⁷³⁶ Werden „überhöhte Aufwendungen“ an den Arbeitnehmer bezahlt, liegt hinsichtlich des überschießenden Betrages ein Entgelt vor.⁷³⁷ Überhöhte Aufwendungen liegen beispielsweise vor, wenn der Dienstgeber Reisekosten für die Fahrt mit dem Zug bzw den Flug in der ersten Klasse bezahlt, obgleich dem Dienstgeber bekannt ist, dass der Dienstnehmer in der Regel die Zugfahrt bzw den Flug in der zweiten Klasse in Anspruch nimmt.⁷³⁸

1.2. Entgeltformen

Im Arbeitsrecht werden unterschiedliche Entgeltformen differenziert. Es wird in der Literatur zwischen den „Zeitlöhnen“, den „Leistungslöhnen“, den „Erfolgslöhnen“ und den „Mischlöhnen“ differenziert.⁷³⁹

Was ist unter dem „Zeitlohn“ zu verstehen? Beim „Zeitlohn“ erhält der Dienstnehmer nach Stunden, Tagen, Wochen beziehungsweise Monaten sein Einkommen bezahlt. Der Dienstnehmer erhält daher vom Dienstgeber für seine Arbeit „pro Zeiteinheit“ ein Entgelt.⁷⁴⁰ Der Zeitlohn stellt sohin auf die Dauer der Beschäftigung ab. Der Erfolg der Beschäftigung ist hingegen irrelevant.⁷⁴¹ Durch den Zeitlohn wird dem Dienstnehmer ein beständiges Ent-

⁷³² Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 69; Schrammel, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2006, zu § 6, Rz 97; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 279; OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404.

⁷³³ Schrammel, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2006, zu § 6, Rz 97; Tomandl, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1979, 6.

⁷³⁴ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 169; OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404; OGH, DRdA, 1994, 505f (Andexlinger).

⁷³⁵ OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404; OGH, DRdA, 1994, 505f (Andexlinger).

⁷³⁶ Lindmayr, Handbuch zum Angestelltenrecht, 2003, zu AngG § 6, Rz 35.

⁷³⁷ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 169; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 279.

⁷³⁸ Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 2005, 61; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 279.

⁷³⁹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 73ff und 78ff; Mair/Rainer, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ, 2007, 803.

⁷⁴⁰ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 74; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 285; OGH 9.6.1970, 4 Ob 45/70; Arb 8787.

⁷⁴¹ OGH 9.6.1970, 4 Ob 45/70; Arb 8787; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 115.

gelt garantiert.⁷⁴² Die Entgelthöhe orientiert sich beim Zeitlohn an der Arbeitsdauer.⁷⁴³ Das „Überstundenentgelt“ ist beispielsweise als Zeitlohn zu verstehen.⁷⁴⁴

Was ist unter dem „Leistungslohn“ zu verstehen? Ein „Leistungslohn“ ist gegeben, wenn vereinbarungskonform die Dienstleistung und die Verdiensthöhe derart systematisch miteinander verbunden sind, dass unterschiedliche Leistungen kurzzeitige Veränderungen der Verdiensthöhe zur Folge haben.⁷⁴⁵ Im Konnex mit dem Leistungslohn besteht die Gefahr, dass erstens der Dienstnehmer einen erhöhten Arbeitsleistungsdruck hat und zweitens durch vertragliche Übereinkunft das unternehmerische Risiko des Dienstgebers auf den Dienstnehmer abgewälzt wird.⁷⁴⁶ Klassischer Prototyp für den Leistungslohn ist der „Akkordlohn“.⁷⁴⁷

Was ist unter einem „Erfolgslohn“ zu verstehen? Beim „Erfolgslohn“ stellt der Anspruch des Dienstnehmers auf Entgelt auf den ökonomischen bzw. „wirtschaftlichen Erfolg“ ab, jedoch nicht auf die getätigte Dienstzeit und die vollbrachte Arbeitsleistung.⁷⁴⁸ Wie beim Leistungslohn besteht im Konnex mit dem Erfolgslohn die Gefahr, dass der Dienstnehmer einen erhöhten Arbeitsleistungsdruck hat und durch vertragliche Übereinkunft das unternehmerische Risiko des Dienstgebers auf den Dienstnehmer abgewälzt wird.⁷⁴⁹ Klassische Beispiele für den Erfolgslohn sind die „Gewinnbeteiligung“ und die „Prämie“.⁷⁵⁰

2. Provision

2.1. Allgemeine Grundlagen

Die Provision ist grundsätzlich keine Eigenheit der arbeitsrechtlichen Bestimmungen.⁷⁵¹ Die zentralen Rechtsgrundlagen für die Provision enthalten die Bestimmungen des Handels-

⁷⁴² Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 74.

⁷⁴³ Mair/Rainer, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ, 2007, 803.

⁷⁴⁴ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH, DRdA, 1983, 22 und 24 (Schnorr).

⁷⁴⁵ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 76; Schrank, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in Tomandl [Hrsg], Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, 1983, 86ff.

⁷⁴⁶ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 120.

⁷⁴⁷ Mair/Rainer, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ, 2007, 803; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 285.

⁷⁴⁸ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 78; Mair/Rainer, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ, 2007, 803.

⁷⁴⁹ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 120.

⁷⁵⁰ Mair/Rainer, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ, 2007, 803; Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 115; Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 174f; Schrammel ist der Auffassung, dass die Prämie als Mischlohn zu qualifizieren ist. Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 77.

⁷⁵¹ Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 138; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 116; Haemmerle, Grundriss des Arbeitsrechtes, 1949, 212f; nach Schrank handelt es sich bei der Provision um eine typische Form der Entlohnung im Bereich des Angestellten-

vertreterrechtliches §§ 8ff HVertrG und des Maklerrechtes §§ 6ff MaklerG.⁷⁵² Die zentrale arbeitsrechtlichen Rechtsgrundlagen für die Provision enthalten die §§ 10ff AngG.

Welcher Rechtsnatur sind die Bestimmungen des Provisionsanspruches? Grundsätzlich sind die Bestimmungen zur Provision dispositiv (abänderbar).⁷⁵³ Daher können Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf Grund der „Privatautonomie“ aus freien Stücken Provisionen respektive nicht Provisionen vereinbaren.⁷⁵⁴ Davon ausgenommen sind § 10 Abs 5 AngG und § 12 AngG.⁷⁵⁵ Der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber können nach § 10 Abs 1 AngG vereinbaren, dass dem Arbeitnehmer das zustehende Gehalt im Ganzen beziehungsweise in Teilen als Provision auszubezahlen ist.⁷⁵⁶ Die Provisionen werden in der Praxis insbesondere mit Angestellten vereinbart, deren Kompetenzen sich auf den Verkauf von Waren und Leistungen erstrecken.⁷⁵⁷

Welche Rechtsfolgen zieht das Vorliegen einer Provision nach sich? Die Provisionen werden als Entgelt im Sinne der §§ 6ff AngG verstanden.⁷⁵⁸ Das Vorliegen einer Provision hat unter anderem Konsequenzen für die Fortzahlung des Entgeltes (Entgeltfortzahlung), die Abfertigungsberechnung und den Buchauszug.⁷⁵⁹

2.2. Begriff der Provision

Was ist unter dem Begriff der „Provision“ zu verstehen? Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen enthalten in den §§ 10ff AngG keine Legaldefinition des Begriffes „Provision“. Der OGH betonte bereits in seiner Rsp im Jahre 1994, dass es keine Legaldefinition respektive gesetzliche Beschreibung des Begriffes „Provision“ gibt. Der Begriff der „Provision“ wird vielmehr „vorausgesetzt“.⁷⁶⁰ § 10 Abs 1 AngG enthält bloß den Begriff der „Provision“. *„Ist bedungen, dass der Angestellte für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten soll, so gebührt ihm mangels Vereinbarung die für den betreffenden*

rechtes. Schrank, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in Tomandl [Hrsg], Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, 1983, 83.

⁷⁵² Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 138.

⁷⁵³ OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, RdW, 1997, 354.

⁷⁵⁴ OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, RdW, 1997, 354; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 116.

⁷⁵⁵ OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, RdW, 1997, 354.

⁷⁵⁶ OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86; Arb 10.501.

⁷⁵⁷ Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 1, 2, Rz 2.

⁷⁵⁸ Gerlach, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 12; Lindmayr, Handbuch zum Angestelltenrecht, 2003, zu AngG § 6, Rz 35 und zu AngG § 10, Rz 119; Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 4, 5, 6, Rz 6; OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH, DRdA, 1997, 404.

⁷⁵⁹ Gerlach, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 12.

⁷⁶⁰ Arb 11.172; OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93; Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 138.

Geschäftszweig am Orte der Niederlassung, für die er tätig ist, übliche Provision“. Der OGH und die Literatur haben sich mit der Frage auseinandergesetzt was unter dem Begriff der „Provision“ zu verstehen ist.

In der Literatur haben Jabornegg und Mayer-Maly die „Provision“ als einen erfolgsabhängigen Lohn für die Vermittlung beziehungsweise den Abschluss von Rechtsgeschäften definiert.⁷⁶¹ Nach Schrank ist die „Provision“ eine üblicherweise prozentuell formulierte Wertbeteiligung für das Zustandekommen von Rechtsgeschäften.⁷⁶²

Der OGH beschreibt in seinen Entscheidungen den Begriff der „Provision“ zunächst wie folgt: *„Eine Provision ist eine meist in Prozenten ausgedrückte Beteiligung am Wert jener Geschäfte des Arbeitgebers, die durch die Tätigkeit seines Angestellten (durch Vermittlung oder Abschluß von Geschäften) zustande gekommen sind“*.⁷⁶³ Provisionen liegen daher in der Regel vor, wenn der Arbeitnehmer für die Vertragsvermittlung beziehungsweise den Vertragsabschluss eine in Prozentsätzen formulierte Wertbeteiligung an den Verträgen des Dienstgebers erhält.⁷⁶⁴ Eine Provision liegt somit beispielsweise vor, wenn ein angestellter Sportdirektor/Sportmanager für die Vermittlung beziehungsweise den Abschluss eines Sponsorenvertrages für seinen Fußballverein fünf Prozent des Wertes des Sponsorenvertrages erhält.

In weiterer Folge erweiterte der OGH in seiner Rsp den Begriff der Provision. *„Schließlich muß aber eine ‚Provision‘ auch nicht in allen Fällen in einen Prozentsatz des Wertes eines Gegenstandes oder einer Leistung bestehen. ... Wenn er auch in der Regel im Geschäftsverkehr in Prozentsätzen einer Leistung ausgedrückt wird, so ist es doch keineswegs ausgeschlossen, daß als Provision ein bestimmter Betrag, ohne prozentuelle Bezugnahme auf die Leistung, vereinbart wird“*.⁷⁶⁵ Die Provision muss daher nicht unbedingt in Prozentsätzen des Geschäftswertes bestehen. Regelmäßig wird die Provision in Prozentsätzen des Geschäftswertes formuliert, jedoch ist es möglich, dass vertraglich eine konkrete Summe ohne prozentuellen Bezug (Fixbetrag) vereinbart wird.⁷⁶⁶ Eine Provision liegt somit beispielsweise auch vor, wenn ein angestellter Sportdirektor/Sportmanager für die Vermittlung

⁷⁶¹ Jabornegg, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 138; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 115.

⁷⁶² Schrank, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in Tomandl [Hrsg], Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, 1983, 83.

⁷⁶³ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH, DRdA, 1983, 22 und 24 (Schnorr); OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86; Arb 10.501; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86; Arb 10.613; OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93; Arb 11.172; OGH, DRdA, 1995, 148 und 154 (Geist).

⁷⁶⁴ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH, DRdA, 1983, 22 und 24 (Schnorr); OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86; Arb 10.501; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86; Arb 10.613; OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93; Arb 11.172; OGH, DRdA, 1995, 148 und 154 (Geist).

⁷⁶⁵ OGH 29.5.1979, 4 Ob 15/79; Arb 9797.

⁷⁶⁶ OGH 29.5.1979, 4 Ob 15/79; Arb 9797; Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 4, 5, 6, Rz 6; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 116; anderer Auffassung der Kläger in der gegenständlichen Entscheidung. Der Kläger war der Ansicht, dass eine Provision nur dann vorliegt, wenn die Leistung in Prozenten des Geschäftswertes ausgedrückt wird.

beziehungsweise den Abschluss eines Sponsorenvertrages für seinen Fußballverein 5.000 Euro erhält. Nach der Rsp des *OGH* ist es für das Vorliegen einer Provision sohin irrelevant, ob entweder ein Fixbetrag oder Prozentsatz vereinbart worden ist. Unter Berücksichtigung der Rsp des *OGH* werden Provisionen auch vorliegen, wenn sowohl konkrete Fixbeträge als auch Prozentsätze miteinander kombiniert werden. Der angestellte Sportdirektor/Sportmanager erhält für den Abschluss beziehungsweise die Vermittlung von Werbeverträgen für seinen Fußballverein (bis zu einem Wert von 100.000 Euro) eine Summe von 5.000 Euro und hinsichtlich der Sponsorenverträge deren Wert über die 100.000 Euro hinaus gehen drei Prozent.

In weiterer Folge betont der *OGH*, dass die Provision eine in der Regel in Prozentsätzen formulierte Partizipation am Wert individueller und nicht sämtlicher Rechtsgeschäfte des Dienstgebers ist, welche durch einen Arbeitnehmer abgeschlossen respektive vermittelt wurden.⁷⁶⁷ „Die Provision ist eine meist in Prozenten ausgedrückte Beteiligung am Wert solcher (einzelnen!) Geschäfte des Arbeitgebers, die durch die Tätigkeit (Vermittlung oder Abschluß) des Angestellten zustandegekommen sind“.⁷⁶⁸

2.3. Provisionsberechnung

Wie wird die Provision berechnet? Die gesetzlichen Bestimmungen enthalten keine Regelungen über die Provisionsberechnung. Die Provisionshöhe ist im individuellen konkreten Einzelfall nach der vertraglichen Vereinbarung zu bestimmen.⁷⁶⁹ Prinzipiell sind der „Provisionsatz“ und die „Berechnungsgrundlage“ (Bemessungsgrundlage) für die Bestimmung der Provisionshöhe maßgeblich. Typischerweise wird sich die Provisionshöhe an einem konkreten Prozentsatz des Umsatzwertes orientieren.⁷⁷⁰ Es kann jedoch auch ein konkreter Betrag (Fixbetrag) vereinbart werden.⁷⁷¹ Die Bemessungsgrundlage der Provision ist jene Summe auf die der prozentuelle Satz anzuwenden ist.⁷⁷² Die Bemessungsgrundlage stellt bei Verkaufsgeschäften in der Regel die Faktursumme (dh Verkaufspreis beziehungsweise Einkaufspreis) dar.⁷⁷³ Im Generellen wird die Provisionshöhe vertraglich vereinbart werden. Liegt jedoch keine vertraglich Vereinbarung der Provisionshöhe vor, so hat der Arbeitgeber

⁷⁶⁷ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist).

⁷⁶⁸ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist).

⁷⁶⁹ Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 10.

⁷⁷⁰ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86; Arb 10.501; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86; Arb 10.613; Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 10.

⁷⁷¹ OGH 29.5.1979, 4 Ob 15/79; Arb 9797; Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 10.

⁷⁷² Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 10.

⁷⁷³ Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 10.

dem Arbeitnehmer nach § 10 Abs 1 AngG, die für den entsprechenden Geschäftszweig am Niederlassungsort typische („übliche“) Provision zu bezahlen.⁷⁷⁴ Primär ist für die Bestimmung der Provisionshöhe daher auf die vertragliche Vereinbarung zurückzugreifen und bloß subsidiär, wenn nichts anderes vertraglich vereinbart wurde, auf die typische Provision. Kann am Niederlassungsort keine typische Provision eruiert werden, so hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine adäquate („angemessene“) Provision zu bezahlen.⁷⁷⁵

2.4. Abgrenzung der Provision von der Umsatzprovision und der Gewinnbeteiligung

Die Provision ist von der Umsatzprovision abzugrenzen. Was ist zunächst unter dem Begriff der „Umsatzprovision“ zu verstehen? Der OGH definiert in seiner Rsp den Begriff der „Umsatzprovision“ wie folgt: „Die Umsatzprovision ist eine Beteiligung am dem Wert sämtlicher Geschäfte eines Unternehmens ... oder einer Abteilung; ihre Höhe ist nicht allein von der Leistung des Provisionsberechtigten, sondern auch der übrigen Mitarbeiter abhängig.“⁷⁷⁶ Der OGH qualifiziert in seiner Rsp die Umsatzprovision als Zwischenstufe von „Provision“ und „Gewinnbeteiligung“.⁷⁷⁷ Die Provision unterscheidet sich von der Umsatzprovision darin, dass die Provision eine Wertbeteiligung an individuellen Rechtsgeschäften des Dienstgebers darstellt. Die Umsatzprovision hingegen ist eine Wertbeteiligung an allen Rechtsgeschäften des Arbeitgebers respektive einer Abteilung des Unternehmens.⁷⁷⁸ Die Umsatzprovision knüpft an den Unternehmensumsatz beziehungsweise ökonomischen Erfolg des Unternehmens an.⁷⁷⁹ Die Höhe der Umsatzprovision ist nicht bloß abhängig von der individuellen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, sondern auch von den sonstigen Arbeitsleistungen der anderen Arbeitnehmer.⁷⁸⁰

Die Provision ist auch von der Gewinnbeteiligung zu differenzieren. Was ist unter einer „Gewinnbeteiligung“ zu verstehen? Der OGH hat in seiner Entscheidung im Jahre 1992 aus-

⁷⁷⁴ Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 11; nach Lindmayr kann sowohl auf den Niederlassungsort als auch auf den Tätigkeitsort des Arbeitnehmers abgestellt werden. Lindmayr, Handbuch zum Angestelltenrecht, 2003, zu AngG § 10, Rz 118.

⁷⁷⁵ Martinek/Schwarz/Schwarz, Angestelltengesetz Kommentar, 1991, zu § 10 Erl 9, 10, Rz 11.

⁷⁷⁶ OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist); OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86; Arb 10.613; OGH, RdW, 1997, 354.

⁷⁷⁷ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist); OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g; nach Schrammel ist die Umsatzprovision als Mischform zu qualifizieren, die zwischen Leistungsentgelt und Erfolgsentgelt steht. Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 79; nach Gerlach ist die Umsatzprovision als Gewinnbeteiligung zu qualifizieren und folglich als Erfolgslohn zu verstehen. Sowohl die Umsatzprovision als auch die Gewinnbeteiligung knüpfen nämlich in erster Linie nicht an die individuelle Leistung des Arbeitnehmers an. Beide knüpfen an sonstige Unternehmenskennziffern an. Gerlach, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 29.

⁷⁷⁸ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist).

⁷⁷⁹ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist).

⁷⁸⁰ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 41f (Geist).

geführt was er unter einer „Gewinnbeteiligung“ versteht. „Ist bedungen, daß das Entgelt ganz oder zum Teil in einem Anteil an dem Gewinn aus allen oder aus bestimmten Geschäften (zB einer Filiale oder einer einzelnen Abteilung) besteht, oder daß der Gewinn in anderer Art für die Höhe des Entgelts maßgebend sein soll, so findet mangels Vereinbarung die Abrechnung für das abgelaufene Geschäftsjahr auf Grund der Bilanz statt“.⁷⁸¹ Der OGH unterscheidet die Provision von der Gewinnbeteiligung dahingehend, dass der einmal erworbene Provisionsanspruch auch bei wechselnden Ertragsverhältnissen erhalten bleibt. Die Gewinnbeteiligung steht hingegen bloß unter der Voraussetzung zu, dass aus dem individuellen „Geschäftsjahr ein Gewinn“ resultiert.⁷⁸² Die Provision knüpft an den individuellen Geschäftsabschluss an.⁷⁸³ Die Gewinnbeteiligung knüpft hingegen an der ganzen ökonomischen Unternehmensentwicklung an.⁷⁸⁴ Die Provision knüpft an der persönlichen Tätigkeit des Arbeitnehmers an.⁷⁸⁵ Bei der Gewinnbeteiligung hat die individuelle Tätigkeit des Arbeitnehmers untergeordnete Relevanz.⁷⁸⁶

2.5. Entgeltform der Provision

Welche Entgeltform stellt die Provision dar? Handelt es sich bei der Provision um einen „Zeitlohn“, einen „Erfolgslohn“, einen „Leistungslohn“ oder um eine „Mischform“? In der österreichischen Literatur haben sich vor allem *Schrammel*, *Trost*, *Jabornegg*, *Schrank* beziehungsweise *Strasser* und in der österreichischen Gerichtspraxis hat sich der *OGH* mit der Entgeltform der Provision auseinandergesetzt.

2.5.1. Ansicht Schrammel

Schrammel ist der Auffassung, dass die Provision eine „Mischform“ zwischen Erfolgsentgelt und Leistungsentgelt darstellt. Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des konk-

⁷⁸¹ OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 42 (Geist).

⁷⁸² OGH 8.4.1992, 9 ObA 69/92; OGH, DRdA, 1993, 42 (Geist); kritisch dazu *Gerlach*. Nach *Gerlach* kann die Abgrenzung der Provision von der Gewinnbeteiligung nicht allein vom Kriterium des Beobachtungszeitraumes abhängig sein. *Gerlach*, in *Burgstaller/Marhold/Preyer* [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 26.

⁷⁸³ *Gerlach*, in *Burgstaller/Marhold/Preyer* [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 25f.

⁷⁸⁴ *Gerlach*, in *Burgstaller/Marhold/Preyer* [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 25f.

⁷⁸⁵ *Gerlach*, in *Burgstaller/Marhold/Preyer* [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 25f.

⁷⁸⁶ *Gerlach*, in *Burgstaller/Marhold/Preyer* [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 25f.

reten faktischen Geschehens zu prüfen ob die Provision Leistungslohn beziehungsweise Erfolgslohn darstellt.⁷⁸⁷

2.5.2. Ansicht Trost

Trost ist der Auffassung dass es sich bei der Provision um einen Leistungslohn handelt.⁷⁸⁸ Der Umstand, dass die Erfolgsabhängigkeit der Provision sich an die Marktverhältnisse anlehnt, nimmt der Provision nicht den Leistungscharakter.⁷⁸⁹

2.5.3. Ansicht Jabornegg

Jabornegg ist der Meinung, dass die Provision als Leistungslohn zu verstehen ist.⁷⁹⁰ Er ist gegen die Einordnung der Provision als ‚*Mischform*‘ von Erfolgslohn und Leistungslohn. Wird die Provision als ‚*Mischform*‘ verstanden, verschleiert dies den Umstand, dass bei Provisionen die Orientierung der Verdiensthöhe am Umsatz vermittelter Geschäfte das Ziel verfolgt, zu außergewöhnlichen Arbeitsleistungen, zum außergewöhnlichen Arbeitseinsatz zu motivieren. Er betont, dass das spezifische Problem der Provision darin besteht, dass auf der einen Seite durch die Abhängigkeit des Verdienstes vom Umsatz das ökonomische Unternehmerrisiko des Dienstgebers teilweise auf den Dienstnehmer abgewälzt wird und auf der anderen Seite wegen der konkreten Orientierung auf individuelle Rechtsgeschäftsabschlüsse dem Dienstnehmer klar gemacht wird, wie der Dienstnehmer durch Vermittlungstätigkeit den ökonomischen Erfolg des Dienstgebers und in Verbindung damit auf den eigenen Verdienst einwirken kann. Wird die Provision als Mischform von Leistungslohn und Erfolgslohn verstanden und deren juristische Einordnung vom Überwiegen der jeweiligen Komponente abhängig gemacht, kommt seines Erachtens die ‚*Mittel-Zweck-Relation*‘ abhanden. Wie *Trost* geht er davon aus, dass der Umstand, dass die Erfolgsabhängigkeit der Provision sich an die Marktverhältnisse anlehnt, der Provision nicht den Leistungscharakter nimmt.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 78f; Schrammel, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2006, zu § 6, Rz 103; derselben Auffassung sind *Mair/Rainer*, *Friedrich/Marhold* und *Gerlach*. *Mair/Rainer*, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, ÖJZ, 2007, 803; *Friedrich/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 121f; *Gerlach*, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 10, Rz 5.

⁷⁸⁸ *Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA, 1985, 271f.

⁷⁸⁹ *Trost*, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA, 1985, 271f.

⁷⁹⁰ *Jabornegg*, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 141f.

⁷⁹¹ *Jabornegg*, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 142.

2.5.4. Ansicht Schrank

Schrank ist der Meinung, dass Provisionen prinzipiell als Erfolgslohn zu verstehen sind.⁷⁹² Erhält ein Dienstnehmer Provisionen für die Zuführung beziehungsweise den Abschluss von Rechtsgeschäften, so basiert die Provision zweifelsfrei auf dem Grundgedanken einen Anreiz zur Erbringung von Arbeitsleistungen darzustellen (Leistungsanreizfunktion). Durch stärkere Bemühungen des Dienstnehmers wächst die Möglichkeit auf Erfolg und dadurch die Möglichkeit auf Erwerb. Eine Erfolgsgarantie und dadurch eine Entlohnungsgarantie bestehen aber nicht. Verstärkte Leistungen sind seines Erachtens bei der Entlohnung durch eine Provision nicht direkt auf höheren Erwerb umzulegen („*nicht unmittelbar in höheren Verdienst umzusetzen*“). Im Konnex mit der Entlohnung durch Provisionen können die Ursachen für den Misserfolg beziehungsweise geringeren Erwerb des Angestellten auf Verhältnissen basieren, welche ansonsten der Risikosphäre des Dienstgebers zuzuordnen sind. Aus § 12 AngG ergibt sich, dass dem Arbeitnehmer bloß im Falle einer vertragswidrigen Verhinderung des Erwerbs eine adäquate Vergütung für nicht erworbene Provisionen zusteht. In anderen Fällen des Misserfolges hat sich der Arbeitnehmer mit der arbeitsvertraglich vereinbarten „*Mindestgarantie*“ beziehungsweise mit dem im Kollektivvertrag vorgesehenen Zeitlohn zufrieden zu geben.⁷⁹³

2.5.5. Ansicht Strasser

Strasser ist der Meinung, dass die Provision als Erfolgslohn zu qualifizieren ist.⁷⁹⁴ Er unterscheidet zwischen der Leistungsabhängigkeit einer Vergütung ieS (wie zum Beispiel die Akkordvergütungen) und der Leistungsabhängigkeit einer Vergütung iwS (wie zum Beispiel die Provision). Er betont in seinen Ausführungen in diesem Kontext, dass bei Leistungsabhängigkeit iwS (Provisionen) der Verdienst nicht exklusiv von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beeinflusst wird. Für die Einordnung der Provision als Erfolgslohn spricht nach *Strasser* unter anderem eine genaue Untersuchung des Erfolgsabhängigkeitsaspektes. Das Entstehen des Provisionsanspruches ist von den Geschäftsverhältnissen und den Marktverhältnissen sowie den Verhaltensweisen Dritter abhängig. Der Erfolg des Abschlusses beziehungsweise der Vermittlung eines Rechtsgeschäftes besitzt aus der Perspektive des Dienst-

⁷⁹² Schrank, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in Tomandl [Hrsg], Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, 1983, 83.

⁷⁹³ Schrank, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, in Tomandl [Hrsg], Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, 1983, 83.

⁷⁹⁴ Strasser, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluß- bzw Vermittlungsprovisionen?, DRdA, 1993, 94f.

nehmers und des Dienstgebers einen „aleatorischen Charakter“, welcher die Provision vom Leistungsentgelt wegschiebt.⁷⁹⁵

2.5.6. Ansicht OGH

Der OGH ist in seiner Rsp der Auffassung, dass die Provision als Mischform zwischen Leistungsentgelt und Erfolgsgentgelt zu qualifizieren ist.⁷⁹⁶ Er spricht in seiner Entscheidung davon, dass die Provision „Leistungsentgelt (Erfolgsvergütung)“ ist.⁷⁹⁷ „Sie richtet sich nach dem Ergebnis der Arbeit und ist somit ein von der Leistung des Angestellten, aber auch von der Markt- und Geschäftslage abhängiges Entgelt in der Form einer Erfolgsvergütung“.⁷⁹⁸ Die Provision orientiert sich am Arbeitsergebnis, somit ist sie insofern von der Leistung des Arbeitnehmers abhängig, jedoch ist sie auch ein von den Marktverhältnissen beziehungsweise den Geschäftsverhältnissen abhängiges Entgelt im Sinne eines Erfolgsgentgelts. In weiterer Folge geht der OGH in seiner Rsp weiterhin davon aus, dass die Provision als Mischform von Erfolgsgentgelt und Leistungsentgelt zu verstehen ist und konkretisiert seine Aussagen zu diesem Verständnis. „Sie richtet sich nach dem Ergebnis der Arbeit, ist also Leistungsentgelt, das vom persönlichen Geschick und der Ausdauer des Angestellten, aber auch - erfolgsorientiert - unter anderem von der Geschäftslage und den Bedürfnissen des Markts abhängt“.⁷⁹⁹ Der OGH hat in weiterer Folge den Aspekt von Strasser aufgegriffen.⁸⁰⁰ Der OGH geht nun in einer Entscheidung zunächst davon aus, dass die Provision eine Kombination aus Erfolgslohn und Leistungslohn ist. Er weist jedoch wie Strasser darauf hin, dass der Aspekt der Erfolgsabhängigkeit für das Entstehen des Provisionsanspruches aus der Perspektive des Arbeitnehmers beziehungsweise des Arbeitgebers einen „aleatorischen Charakter“ besitzt, welcher die Provision vom Leistungsentgelt wegrückt.⁸⁰¹

2.5.7. Stellungnahme

Meiner Meinung nach ist die Provision prinzipiell eine „Mischform“ aus Erfolgsgentgelt und Leistungsentgelt. Die Provision ist einerseits erfolgsabhängig. Die Erfolgskomponente

⁷⁹⁵ Strasser, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluß- bzw Vermittlungsprovisionen?, DRdA, 1993, 94f.

⁷⁹⁶ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86; Arb 10.501; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86; Arb 10.613.

⁷⁹⁷ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH, DRdA, 1983, 22 und 24 (Schnorr).

⁷⁹⁸ OGH 13.1.1981, 4 Ob 167/80; Arb 9931; OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93; Arb 11.172.

⁷⁹⁹ OGH 4.3.1986, 14 Ob 13/86; Arb 10.501; OGH 6.3.1987, 14 Ob 184/86; Arb 10.613.

⁸⁰⁰ OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93; OGH, DRdA, 1995, 154 (Geist).

⁸⁰¹ OGH, DRdA, 1995, 154 (Geist).

zeigt sich im Abschluss beziehungsweise in der Vermittlung eines Rechtsgeschäftes für den Arbeitgeber (wirtschaftlicher Erfolg) respektive in der Abhängigkeit von Marktverhältnissen und Auftragssituationen.⁸⁰² Die Provision ist andererseits leistungsabhängig. Die Leistungskomponente drückt sich in der individuellen Geschicklichkeit und der Beharrlichkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitserfolg aus.⁸⁰³ Es ist wie *Schrammel* dies bereits ausgeführt hat im Einzelfall unter Berücksichtigung des konkreten faktischen Geschehens zu prüfen ob die Provision eher Leistungsentgelt beziehungsweise eher Erfolgsgeld darstellt.

⁸⁰² OGH, DRdA, 1995, 154 (Geist).

⁸⁰³ Löschnigg, Entgelte mit Zielvorgaben und Mitbestimmungspflicht, in FS Cerny, 2001, 420.

XII. Verträge mit mündig Minderjährigen im Fußballsport

1. Verbandsrechtliche Bestimmungen für mündig Minderjährige

Welche Voraussetzungen sehen die verbandsrechtlichen Regelungen beim Abschluss von Verträgen mit mündig Minderjährigen vor? Die verbandsrechtlichen Regelungen des ÖFB-Spielerregulativs regeln in § 19 Abs 3 ÖFB-Spielerregulativ bestimmte Voraussetzungen für den Abschluss eines Mustervertrages zwischen Vereinen und minderjährigen Spielern. Nach § 19 Abs 3 ÖFB-Spielerregulativ muss bei Abschluss von Musterverträgen zwischen minderjährigen Fußballspielern und Fußballvereinen die „Zustimmung des gesetzlichen Vertreters“ vorliegen. Die verbandsrechtlichen Bestimmungen des ÖFB-Spielervermittlerregulativs regeln auch bestimmte Voraussetzungen beim Abschluss eines Spielervermittlungsvertrages zwischen Spielervermittler und minderjährigem Spieler. Nach § 11 Abs 11 Spielervermittlungsregulativ kann ein Spielervermittlungsvertrag mit einem minderjährigen Fußballspieler nur dann abgeschlossen werden, wenn die „Zustimmung des / der gesetzlichen Vertreter(s)“ vorliegt und darüber hinaus Einklang mit dem österreichischen Recht besteht.

2. Arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit

Die zentrale Rechtsgrundlage für die arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit eines mündig Minderjährigen enthält § 152 ABGB⁸⁰⁴. „Soweit nicht anderes bestimmt ist, kann sich ein mündiges minderjähriges Kind selbständig durch Vertrag zu Dienstleistungen verpflichten, ausgenommen zu Dienstleistungen auf Grund eines Lehr- oder sonstigen Ausbildungsvertrags“. Die Bestimmung der arbeitsrechtlichen Geschäftsfähigkeit nach § 152 ABGB ist auf Grund des Minderjährigenschutzes gemäß § 21 Abs 1 ABGB restriktiv (einschränkend) zu interpretieren.⁸⁰⁵

Welche Personen werden vom Begriff „mündig Minderjährige“ erfasst? Unter dem Begriff „mündig Minderjährige“ werden Personen zwischen 14 und 18 Jahren verstanden.⁸⁰⁶

Welche Rechtsgeschäfte sind unter den Begriff „Vertrag zu Dienstleistungen“ zu verstehen? Unter dem Begriff „Vertrag zu Dienstleistungen“ werden Arbeitsverträge gemäß § 1151 Abs 1 erster Halbsatz ABGB verstanden, jedoch nicht Werkverträge gemäß § 1151 Abs 1 zweiter Halbsatz ABGB beziehungsweise Geschäftsbesorgungsverträge gemäß § 1002

⁸⁰⁴ JGS 1811/946 idF BGBl 1973/108 idF BGBl 1989/162.

⁸⁰⁵ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 152, Rz 1; EFSIlg 86.958; Arb 10.934.

⁸⁰⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 2006, 56f.

ABGB.⁸⁰⁷ Die mündig Minderjährigen können daher prinzipiell einen Arbeitsvertrag selbständig abschließen.⁸⁰⁸ Vom sachlichen Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Geschäftsfähigkeit werden gemäß § 152 1. Satz ABGB wiederum Dienstleistungen auf Grund eines Lehrvertrages respektive eines sonstigen Ausbildungsvertrages ausgenommen.⁸⁰⁹ Aus der Formulierung des Gesetzgebers in § 152 ABGB „Soweit nicht anderes bestimmt ist“ ergibt sich, dass die Schutzregelungen des Arbeitsrechtes, wie zum Beispiel das Verbot von Konkurrenzklauseln bei Minderjährigen gemäß § 36 Abs 1 Z 1 AngG und die gesetzliche Beschränkung des § 3 SchauSpG (Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Kontext mit Bühnendienstkontrakten mit Minderjährigen), der arbeitsrechtlichen Geschäftsfähigkeit vorgehen.⁸¹⁰ Die Gerichtsbarkeit und die Literatur schränken die arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit nach § 152 ABGB wieder ein und verlangen für Arbeitsverträge, die weit über den Rahmen eines typischen Arbeitsvertrages hinausgehen, die Genehmigungspflicht.⁸¹¹

3. Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung

3.1. Allgemeine Grundlagen

Unter welcher Voraussetzung bedarf ein Rechtsgeschäft einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung? Die zentrale Rechtsgrundlage für die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung enthält § 154 Abs 3 ABGB⁸¹². Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 154 Abs 3 erster Satz ABGB bedarf es einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung, sofern die Vermögensangelegenheit nicht den „*ordentlichen Wirtschaftsbetrieb*“ betrifft.⁸¹³ Bei § 154 Abs 3 erster

⁸⁰⁷ Schwimann, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 1997, zu §§ 151, 152, Rz 1.

⁸⁰⁸ Dullinger/Kerschner, Rechts- und Handlungsfähigkeit, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 2004, 14; Barta, Zivilrecht, 2000, 124; Pichler, Bemerkenswertes im neuen Recht der Geschäftsfähigkeit und der Ehemündigkeit, ÖA, 1973, 53.

⁸⁰⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 2006, 57; Dullinger/Kerschner, Rechts- und Handlungsfähigkeit, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 2004, 14; Trost, Kinder und Jugendliche im Arbeitsrecht, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 2004, 102; Barta, Zivilrecht, 2000, 124; Arb 10.934; Pichler, Bemerkenswertes im neuen Recht der Geschäftsfähigkeit und der Ehemündigkeit, ÖA, 1973, 53; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I, 1998, 121; Arb 10.934.

⁸¹⁰ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 152, Rz 3; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I, 1998, 121f; Pichler, Bemerkenswertes im neuen Recht der Geschäftsfähigkeit und der Ehemündigkeit, ÖA, 1973, 53f.

⁸¹¹ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I, 1998, 121; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 11; OGH 29.4.1952, 4 Ob 24/52; SZ 25/109; BG für Zivilrechtssachen Graz 8.4.1999, 15 P 1401/95h.

⁸¹² BGBl 1977/403.

⁸¹³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 2006, 545; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 12; Hollerer, Der Berufsspieler im Arbeitsrecht, 2003, 97; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I, 1998, 121; Arturo, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, RdW, 1997, 442; Medwed, Eintritts- und Übernahmsrechte von Minderjährigen im Mietrecht, ÖJZ, 1992, 614; Dullinger, Die Geschäftsfähigkeit

Satz ABGB handelt es sich nach herrschender Meinung in der Literatur und den Gesetzesmaterialien um eine „*Generalklausel*“.⁸¹⁴ Die Aufzählung der Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 zweiter Satz ABGB ist nach herrschender Auffassung in der Literatur und den Gesetzesmaterialien demonstrativer (beispielhafter) und nicht taxativer (abschließender) Natur.⁸¹⁵ Dass die Aufzählung demonstrativer Natur ist, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 154 Abs 3 zweiter Satz ABGB „*besonders*“. Die aufgezählten Tatbestandsvarianten in § 154 Abs 3 zweiter Satz ABGB stellen Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes dar, wenn sie gemäß § 154 Abs 3 erster Satz ABGB Vermögensangelegenheiten sind, die nicht den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb tangieren. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 154 Abs 3 zweiter Satz ABGB „*Unter dieser Voraussetzung*“.⁸¹⁶

3.2. Vermögensangelegenheit des außerordentlichen bzw ordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB

Was ist unter den Begriffen Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen beziehungsweise des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes zu verstehen? Das ABGB enthält keine explizite Legaldefinition des Begriffes Vermögensangelegenheit des außerordentlichen oder ordentlichen Wirtschaftsbetriebes. Das Schrifttum hat sich mit der Frage auseinandergesetzt was unter diesen Begriffen zu verstehen ist. Der Begriff „*Vermögensangelegenheiten aus dem ordentlichen Wirtschaftsbetrieb*“ umfasst alle jene Angelegenheiten, die gemäß den

Minderjähriger, ÖJZ, 1987, 34; Ent, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ, 1978, 184 und 186.

⁸¹⁴ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 154, Rz 15; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 12; Medwed, Eintritts- und Übernahmsrechte von Minderjährigen im Mietenrecht, ÖJZ, 1992, 614; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 204; Gschnitzer, Österreichisches Familienrecht, 1979, 111; JA 587, BlgNR 14. GP, 11.

⁸¹⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 2006, 113; Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 154, Rz 15; Barta, Zivilrecht, 2000, 126; Arturo, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, RdW, 1997, 442f; Medwed, Eintritts- und Übernahmsrechte von Minderjährigen im Mietenrecht, ÖJZ, 1992, 614; Dullinger, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, ÖJZ, 1987, 34; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 204; Gschnitzer, Österreichisches Familienrecht, 1979, 111; Ent, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ, 1978, 186; EFSlg 38.303; JA 587, BlgNR 14. GP, 11; RV 60, BlgNR 14. GP, 31; RV 144, BlgNR 13. GP, 32.

⁸¹⁶ Schwimann, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 1997, zu § 154, Rz 17; Arturo, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, RdW, 1997, 442; Ent, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ, 1978, 186.

Vermögensrelationen des Pflegebefohlenen als typisch zu betrachten sind.⁸¹⁷ Der Begriff der „Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes“ umfasst alle jene Angelegenheiten des Pflegebefohlenen, die gemäß den Vermögensrelationen des Minderjährigen als untypisch zu betrachten sind.⁸¹⁸ Wesentliche Aspekte für die Beurteilung der Frage welche Art der Vermögensangelegenheit vorliegt, sind erstens die Beschaffenheit beziehungsweise das Ausmaß der Vermögensverwaltung, zweitens ob die Höhe der Verpflichtung in einer adäquaten Relation zum Einkommen steht, drittens die ökonomische Gefahr, die mit dem intendierten Rechtsgeschäft im Konnex steht und viertens der vorübergehende beziehungsweise definitive Charakter sowie fünftens die Dauer der Angelegenheit.⁸¹⁹

Die Judikatur und die Literatur haben sich in einer Vielzahl von Fällen mit der Frage auseinandergesetzt ob ein Rechtsgeschäft als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB zu verstehen ist. Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes sind zum Beispiel die Anteilsschenkungen an einer GmbH in Verbindung mit Belastungen⁸²⁰, die Liegenschaftsübertragungen in Verbindung mit Belastungen⁸²¹, die Schenkungen von Reitpferden vom Vater an den Sohn im Zusammenhang mit den Belastungen (wie bspw Behandlungsaufwendungen bzw Versorgungsaufwendungen)⁸²², die Ausbildungskostenrückersatzvereinbarungen (im Falle der Selbstkündigung während eines bestimmten Zeitraumes)⁸²³, der ÖSV-Kontrakt mit einer minderjähri-

⁸¹⁷ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg] Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 154, Rz 18; Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 117, Fn 38; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 13; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 97; Arturo, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, RdW, 1997, 442f; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 203; EFSIlg 86.972; nach *Dullinger/Kerschner* handelt es sich um Sachverhalte, die nicht immer wiederkehrend vorliegen (Regelmäßigkeit). Dullinger/Kerschner, Rechts- und Handlungsfähigkeit, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 2004, 8.

⁸¹⁸ Schwimann, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 1997, zu § 154, Rz 20; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 203; EFSIlg 86.972; ähnlich *Medwed*. Nach *Medwed* sind Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes „*außergewöhnliche, einschneidende im Leben nicht oft wiederkehrende Maßnahmen und Handlungen*“. Medwed, Eintritts- und Übernahmsrechte von Minderjährigen im Mietenrecht, ÖJZ, 1992, 614.

⁸¹⁹ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 154, Rz 18; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 13; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 97; Arturo, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, RdW, 1997, 443; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 204; EFSIlg 86.972; EFSIlg 43.282.

⁸²⁰ OGH, JBl, 1993, 106; OGH, *ecolex*, 1992, 771; OGH 7.7.1992, 3 Ob 522/92.

⁸²¹ EFSIlg 71.782.

⁸²² OGH 18.2.1981, 1 Ob 719/80; SZ 54/20; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 204.

⁸²³ OGH 15.6.1976, 4 Ob 50/76; SZ 49/79; OGH 13.7.1995, 8 Ob A 1207/95; Arb 9.474; OGH, RdW, 1996, 181; Arb 11.426.

gen Skifahrerin für die Nationalmannschaftsteilnahme⁸²⁴ und der ÖTV-Kontrakt (in dem sich der minderjährige Tennisspieler gegenüber dem Tennisverband verpflichtete, die Ausbildungskosten zu ersetzen, falls er innerhalb der ersten drei Jahre den ÖTV-Kontrakt beendet)⁸²⁵. Das *BG für Zivilrechtssachen Graz* entschied im Jahre 1999, dass es sich bei einem Spielervertrag zwischen einem minderjährigen Fußballspieler und einem Fußballverein um eine Vermögensangelegenheit aus dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb handelt.⁸²⁶ *Hasslacher* ist der Auffassung, dass ein Spielermanagervertrag zwischen einem Spielermanager und einem minderjährigen Spieler eine Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB darstellt.⁸²⁷

3.3. Spielervertrag als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB

Ist der Vertrag eines minderjährigen Profifußballspielers mit einem Fußballverein als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB zu qualifizieren? In der österreichischen Gerichtspraxis hat sich das *BG für Zivilrechtssachen Graz* und in der österreichischen sportrechtlichen Literatur hat sich *Hollerer* mit der Frage auseinandergesetzt ob der Spielervertrag als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen bzw des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB zu qualifizieren ist.

3.4. Ansicht Hollerer

Hollerer ist der Auffassung, dass der Abschluss eines Mustervertrages zwischen Fußballverein und minderjährigem Spieler eine Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB darstellt.⁸²⁸ Es bedarf daher für den Abschluss eines Mustervertrages mit einem minderjährigen Fußballspieler der Zustimmung

⁸²⁴ EFSIlg 86.980; OGH, SpuRt, 1999, 24 (Fischer); OGH 13.7.1998, 7 Ob 147/98p; Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 94.

⁸²⁵ LG Salzburg 15.2.1989, 3 Cg 404/88; OLG Linz 25.9.1989, 1 R 129/89; OGH 28.2.1990, 3 Ob 623/89.

⁸²⁶ BG für Zivilrechtssachen Graz 8.4.1999, 15 P 1401/95h; der selben Auffassung ist *Hollerer*. *Hollerer*, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 97.

⁸²⁷ Hasslacher, Aktuelle Rechtsfragen der Sportvermittlung und des Sportlermanagements, SpuRt, 1999, 175.

⁸²⁸ Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 97.

beider gesetzlichen Vertreter und der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.⁸²⁹ Nach *Hollerer* handelt es sich beim Abschluss des Mustervertrages um eine Angelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes, da dem jungen Sportler im Konnex mit einer Fußballprofilauflaufbahn beträchtliche Risiken drohen, wie zum Beispiel schwerwiegende Verletzungen beziehungsweise die Gefahr des Nichtdurchsetzens in der Kampfmannschaft. Der junge Spieler gibt seine Ausbildung auf und durch den Verpflichtungsumfang wird der ganze zukünftige Lebenswerdegang des Spielers außerordentlich intensiv geprägt.⁸³⁰

3.5. Ansicht BG für Zivilrechtssachen Graz

Das *BG für Zivilrechtssachen Graz* war ebenfalls der Ansicht, dass es sich bei dem Spielervertrag zwischen einem minderjährigen Fußballspieler und einem Fußballverein um ein Rechtsgeschäft handelt, das Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes im Sinne von § 154 Abs 3 ABGB betrifft.⁸³¹ Es weist in seiner Begründung zunächst darauf hin, dass nach der Rsp des *OGH* Arbeitsverträge, welche über den Rahmen eines typischen Arbeitsvertrages weit hinausreichen, pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen sind. „Die Rechtsprechung nimmt bei Dienstverträgen, die weit über den Rahmen eines normalen Dienstvertrages hinaus gehen, eine Genehmigungspflicht an“. Das *BG für Zivilrechtssachen Graz* ist der Meinung, dass es sich bei dem Spielervertrag zwischen dem minderjährigen Fußballspieler und dem Fußballverein um einen Dienstvertrag handelt, der über den Rahmen eines typischen Arbeitsvertrages weit hinausreicht. Dafür sprechen erstens die lange Vertragsdauer (von 6 ½ Jahren) und zweitens dass der minderjährige Fußballspieler im Gegensatz zum Verein keine Gelegenheit zur einseitigen Vertragsauflösung hatte. Des weiteren verzichtete der minderjährige Fußballspieler auf Sonderzahlungen in Form des dreizehnten und vierzehnten monatlichen Gehaltes und auf die Abfertigung nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses.⁸³²

3.6. Stellungnahme

Meiner Meinung nach wird der Spielervertrag zwischen dem Fußballverein und dem minderjährigen Profifußballspieler prinzipiell nicht als Vermögensangelegenheit des außer-

⁸²⁹ Hollerer, *Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht*, 2003, 97.

⁸³⁰ Hollerer, *Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht*, 2003, 97.

⁸³¹ BG für Zivilrechtssachen Graz 8.4.1999, 15 P 1401/95h.

⁸³² BG für Zivilrechtssachen Graz 8.4.1999, 15 P 1401/95h.

rordentlichen Wirtschaftsbetriebes im Sinne des § 154 Abs 3 ABGB zu betrachten sein⁸³³. Aus der Rsp des *BG für Zivilrechtssachen Graz* ergibt sich, dass grundsätzlich theoretisch betrachtet für den Spielervertrag die arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit in Betracht kommt. Es hat im Zusammenhang mit dem Spielervertrag darauf hingewiesen, dass bloß bei Arbeitsverträgen, die weit über den Rahmen eines typischen Arbeitsvertrages hinausreichen, eine Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes vorliegt. Als maßgebliche Kriterien für die Beurteilung eines solchen Arbeitsvertrages, der über den Rahmen eines typischen Arbeitsvertrages weit hinausragt, wurden erstens die Dauer des Vertrages, zweitens die einseitige Vertragsauflösungsmöglichkeit durch den Verein und drittens der Verzicht auf Abfertigung sowie viertens der Verzicht auf Sonderzahlungen herangezogen. Befindet sich der Spielervertrag im Rahmen eines gewöhnlichen Arbeitsvertrages, spricht liegt eine angemessene Dauer vor, werden beiderseitige Vertragsauflösungsmöglichkeiten vorgesehen und sind die Sonderzahlungen sowie die Abfertigungsansprüche nicht ausgeschlossen, so ist theoretisch betrachtet die arbeitsrechtliche Geschäftsfähigkeit des mündig minderjährigen Profifußballspielers gemäß § 152 ABGB gegeben. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass *Hollerer* vorbrachte, dass bei minderjährigen Spielern Risiken drohen, wie zum Beispiel schwerwiegende Verletzungen beziehungsweise die Gefahr des Nichtdurchsetzens in der Kampfmannschaft und folglich Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes vorliegen. Gegen die Relevanz dieser Argumente spricht bereits, dass es sich bei den vorgebrachten Umständen per se nicht um Vermögensangelegenheiten handelt. Gegen die Relevanz der vorgebrachten Umstände für das Vorliegen einer Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes sprechen insbesondere systematische Überlegungen. Gemäß § 3 SchauSpG bedarf es beim Abschluss von Bühnendienstverträgen mit Minderjährigen bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Im Konnex mit Schauspielern besteht genauso die Gefahr des Nichtdurchsetzens eines Schauspielers auf der Bühne. Im Zusammenhang mit Artristen besteht auch das Risiko schwerwiegender Verletzungen. Aus § 3 SchauSpG ergibt sich daher, dass der österreichische Gesetzgeber die Gefahr des Nichtdurchsetzens in der Kampfmannschaft und das Risiko schwerwiegender Verletzungen nicht als Aspekte einer Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes bewertet. Es ist in diesem konkreten Fall jedoch auch noch zu berücksichtigen, dass die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen der arbeitsrechtlichen Geschäftsfähigkeit vorgehen.⁸³⁴ Da die verbandsrechtlichen Bestimmungen Ausbildungskosten für die min-

⁸³³ Zur argumentativen Begründung weshalb im Kontext mit vertraglichen Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarungen bei mündig Minderjährigen bloß die Zustimmungsbedürftigkeit des gesetzlichen Vertreters und nicht die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter samt pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung notwendig ist, siehe dazu das Kapitel Ausbildungskostenersatz Punkt 3 Sonderfall Minderjährige.

⁸³⁴ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 152, Rz 3.

derjährigen Fußballspieler vorsehen und diese sich auf das Verhältnis Verein und minderjähriger Spieler (Spielervertrag) erstrecken, liegt eine Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarung im Sinne des § 2d Abs 2 AVRAG vor. Es bedarf sohin bei Abschluss eines Spielervertrages (samt Ausbildungskostenrückerersatzanspruch) bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Vater oder Mutter) gemäß § 2d Abs 2 AVRAG.

3.7. Stellungnahme zu Spielervermittlungsvertrag als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB

Ist der Spielervermittlungsvertrag mit Vermittlungsprovision zwischen einem minderjährigen Fußballspieler und einem Spielervermittler als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB zu qualifizieren? Meiner Meinung nach ist der Spielervermittlungsvertrag mit Vermittlungsprovision gegenüber dem minderjährigen Spieler als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB zu verstehen. Nach *Hasslacher* ist bereits der Spielermanagervertrag zwischen einem Spielermanager und einem minderjährigem Spieler als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB anzusehen.⁸³⁵ Da die Arbeitsvermittlung einen sensibleren Bereich erfasst als der Spielermanagervertrag, muss dies erst Recht auf Grund von Größenschluss für den Spielervermittlungsvertrag gelten. Die Bezahlung der Vermittlungsprovision stellt ein erhebliches wirtschaftliches und ökonomisches Risiko für den minderjährigen Spieler dar. Minderjährige Spieler, die sich am Anfang ihrer Karriere befinden, sind als solche noch nicht transferiert worden und auch nicht ins Verdienen gekommen. Der Spielervermittlungsvertrag stellt daher ein Rechtsgeschäft dar, das nach den Vermögensverhältnissen des minderjährigen Spielers atypisch ist.

4. Voraussetzungen zur Erteilung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung

4.1. Allgemeine Grundlagen

Unter welchen Voraussetzungen kann das Pflegschaftsgericht ein Rechtsgeschäft, das eine Vermögensangelegenheit außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes im Sinne des § 154 Abs 3 ABGB betrifft, genehmigen? Das Pflegschaftsgericht kann nach herrschender

⁸³⁵ Hasslacher, Aktuelle Rechtsfragen der Sportvermittlung und des Sportlermanagements, SpuRt, 1999, 175.

Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung des *OGH* das entsprechende Rechtsgeschäft genehmigen, wenn es erstens im „*Interesse*“ des Minderjährigen liegt, zweitens das Rechtsgeschäft dem „*Wohl*“ des Minderjährigen entspricht und drittens mit großer Wahrscheinlichkeit die Vermögensreduktion des Minderjährigen ausgeschlossen ist.⁸³⁶ Für die Genehmigung durch das PflEGschaftsgericht ist zu überprüfen ob die juristischen respektive ökonomischen „*Vorteile und Nachteile*“ sowie Gefahren des Rechtsgeschäftes überwiegen.⁸³⁷

Der *OGH* hat zum Beispiel den ÖSV-Kontrakt zwischen einer minderjährigen Skirennläuferin und dem ÖSV nicht pflEGschaftsgerichtlich genehmigt.⁸³⁸ Er nahm eine Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile des ÖSV-Kontraktes vor und prüfte ob die Vorteile gegenüber den Nachteilen überwiegen. Als Vorteile wurden in diesem konkreten Fall folgende Aspekte berücksichtigt: Die minderjährige Skirennläuferin hatte die Chance erstens Spitzenskirennfahrerin zu werden, zweitens enorme Bekanntheit zu erlangen und drittens große nationale/internationale Erfolge zu haben. Als Nachteile wurden in diesem konkreten Fall folgende Aspekte berücksichtigt: Erstens musste die minderjährige Skirennläuferin die Schulzeit und ihre private Freizeit nach den Vorstellungen des ÖSV vornehmen. Zweitens partizipierte sie nicht an den Vermarktungseinnahmen ihres sportlichen Erfolges mit, selbst wenn dadurch die Ausbildungskosten und Kosten für die Teilnahme an Wettkämpfen gedeckt wären. Drittens wurde die Eigenvermarktung ausgeschlossen. Viertens hatte der ÖSV das Recht willkürlich ohne sachlichen Grund der minderjährigen Skirennläuferin nach Ablauf des Verbandsjahres die Lizenz nicht zu prolongieren. Der ÖSV hatte daher die Möglichkeit die Karriere der minderjährigen Skirennläuferin willkürlich zu beenden beziehungsweise einen Verbandswechsel bloß unter erheblichen finanziellen Belastungen zuzulassen. Fünftens waren die Ausbildungskosten auch dann zu ersetzen, wenn die Einnahmen durch Werbung die Ausbildungskosten überschreiten. Auf Grund der dargestellten intensiven ökonomischen Abhängigkeit waren im Ergebnis erhebliche Nachteile für die minderjährige Skirennläuferin zu erwarten. Ergo kam die Genehmigung durch das PflEGschaftsgericht nach Ansicht des *OGH* nicht in Frage.⁸³⁹

⁸³⁶ Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 119f; Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 92; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 40; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 16; EFSIlg 89.752; EFSIlg 86.969; EFSIlg 81.085f; EFSIlg 68.731; EFSIlg 62.814; OGH 13.7.1998, 7 Ob 147/98p; OGH, SpuRt, 1999, 25 (Fischer); OGH, JBl, 1993, 106f.

⁸³⁷ Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 119; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 16; EFSIlg 86.969; EFSIlg 81.086; EFSIlg 62.814.

⁸³⁸ OGH 13.7.1998, 7 Ob 147/98p.

⁸³⁹ OGH 13.7.1998, 7 Ob 147/98p.

Wie kann das Pflschaftsgericht materiell entscheiden? Das Pflschaftsgericht hat die Mglichkeit den Vertrag entweder zu genehmigen oder nicht zu genehmigen. Das Pflschaftsgericht hat jedoch keine Kompetenz die zukünftigen vertraglichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien selbständig bzw individuell zu gestalten.⁸⁴⁰

Welche juristische Folge zieht ein nichtgenehmigtes Rechtsgeschäft, das Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes erfasst, nach sich? Verträge, die eine pflschaftsgerichtliche Genehmigung erfordern, für die jedoch keine pflschaftsgerichtliche Genehmigung beantragt wurde, sind schwebend unwirksam.⁸⁴¹ Die schwebende Unwirksamkeit liegt jedoch in diesem Fall bloß vor, sofern das Rechtsgeschäft nicht auf andere Art und Weise bereits gesetzeswidrig respektive sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB ist.⁸⁴² Fehlt zunächst noch die Zustimmung des zweiten gesetzlichen Vertreters, so ist der Vertrag ebenfalls schwebend unwirksam.⁸⁴³ Für den Zeitraum in dem der Vertrag schwebend unwirksam ist, sind die Vertragsparteien gebunden.⁸⁴⁴ Wird einem Rechtsgeschäft die pflschaftsgerichtliche Genehmigung verweigert, so ist das Rechtsgeschäft schlechthin unwirksam.⁸⁴⁵ Ist der mündig Minderjährige in der Zwischenzeit volljährig geworden, so kann der mittlerweile Volljährige nur noch selbst den Vertrag nachträglich genehmigen gemäß § 154 Abs 4 ABGB⁸⁴⁶.⁸⁴⁷ Es bedarf hierfür der Schriftform gemäß § 154 Abs 4 ABGB.⁸⁴⁸

⁸⁴⁰ Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 120; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 16; OGH 13.7.1998, 7 Ob 147/98p; OGH, SpuRt, 1999, 25 (Fischer); EFSIlg 71.770f; EFSIlg 78.120; SZ 65/108; OGH 14.7.1992, 1 Ob 30/92.

⁸⁴¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 2006, 545; Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 122; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 40f; Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 93; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 17; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 98; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 202; EFSIlg 71.772; EFSIlg 81.073; RV 144, BlgNR 13. GP, 32.

⁸⁴² Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 40f; Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 93.

⁸⁴³ Nademleinsky, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 2005, zu § 154, Rz 29; Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 117 und 122; Dullinger/Kerschner, Rechts- und Handlungsfähigkeit, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 2004, 9; Dullinger, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 202.

⁸⁴⁴ Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 40; Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 93; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 98; EFSIlg 81.073; EFSIlg 71.772.

⁸⁴⁵ Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 122; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 41; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154 und 154a, Rz 17; RV 60, BlgNR 14. GP, 31.

⁸⁴⁶ BGBl I 2000/135.

4.2. Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Spielervertrages

Ist der Spielervertrag eines minderjährigen Fußballspielers mit seinem Verein pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen? Die Gerichtsbarkeit und die Literatur haben sich mit der Frage auseinandergesetzt ob ein Spielervertrag zwischen minderjährigem Spieler und Fußballverein pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen ist.

4.3. Ansicht Hollerer

Hollerer ist der Auffassung, dass der Mustervertrag zwischen minderjährigen Fußballspielern und Vereinen pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen ist. Dafür spricht seiner Meinung nach, dass das ÖFB-Spielerregulativ nicht so benachteiligende Regelungen vorsieht wie im ÖSV-Fall.⁸⁴⁹

4.4. Ansicht BG für Zivilrechtssachen Graz

Das *BG für Zivilrechtssachen Graz* ist der Auffassung, dass der Spielervertrag zwischen dem minderjährigen Fußballspieler und dem Fußballverein nicht zu genehmigen ist. Es führte zunächst aus, dass für die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes durch das Pflegschaftsgericht zu berücksichtigen ist ob das Rechtsgeschäft zum „Vorteil“ des Minderjährigen ist. Der Spielervertrag ist nicht zum Vorteil des minderjährigen Spielers. Als Nachteile wurden in diesem konkreten Fall folgende Aspekte berücksichtigt: Erstens ist die lange Vertragsdauer im Ausmaß von 6 ½ Jahren nicht als branchengängig zu beurteilen. Dies resultiert unter der Berücksichtigung der verbandsrechtlichen Regelung § 22 Abs 3 ÖFB-Spielerregulativ (maximale Laufzeit des Vertrages für minderjährige Spieler von 3 Jahren). Zweitens die einseitige Möglichkeit des Vereins den langen Vertrag aufzulösen. Drittens regelte das Rechtsgeschäft keine Wertsicherung beziehungsweise sonstige Adaption an das Einkommen. Dies wäre auf Grund der langandauernden vertraglichen Bindung adäquat gewesen. Ergo besteht nach Ansicht des *BG für Zivilrechtssachen Graz* der Spielervertrag nicht zum vorwiegenden Vorteil des minderjährigen Fußballspielers.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 122; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 41; Stabentheiner, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 2003, zu §§ 154, 154a, Rz 17c; EFSI 81.091.

⁸⁴⁸ Weiß, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 122; RV 296, BlgNR 21. GP, 60.

⁸⁴⁹ Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 97f.

⁸⁵⁰ BG für Zivilrechtssachen Graz 8.4.1999, 15 P 1401/95h.

4.5. Stellungnahme zu pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Spielervermittlungsvertrages

Ist der Spielervermittlungsvertrag zwischen dem minderjährigen Fußballspieler und dem Spielervermittler pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen? Meiner Meinung nach ist der Spielervermittlungsvertrag zwischen dem minderjährigen Spieler und dem Spielervermittler, der eine Vermittlungsprovision gegenüber dem minderjährigen Spieler vorsieht, nach alter Rechtslage nicht pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen. Der Vertrag ist gesetzeswidrig gemäß alt § 5 Abs 2 AMFG (Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Arbeitnehmern) in Verbindung mit § 879 Abs 1 ABGB. Nach neuer Rechtslage ist die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitssuchenden Sportlern gemäß § 5 Abs 2 AMFG erlaubt. Es ist daher eine inhaltliche Prüfung des Spielervermittlungsvertrages im konkreten individuellen Einzelfall vorzunehmen. Verdient ein Spieler beim alten Verein 10.000 Euro jährlich und beim neuen Verein 11.000 EURO monatlich, so wird der Spielervermittlungsvertrag nicht zu genehmigen sein, da durch die Bezahlung der Vermittlungsprovision in Höhe von 10 Prozent des Spielergehaltes (dh 1.100 Euro) ein Einkommen von tatsächlich 9.900 Euro übrig bleibt und somit faktisch betrachtet eine Vermögensreduktion in Höhe von 100 Euro vorliegt. Verdient ein Spieler 10.000 Euro jährlich beim alten Verein und beim neuen Verein 25.000 Euro jährlich, so wird der Spielervermittlungsvertrag zu genehmigen sein, da trotz der Bezahlung der Vermittlungsprovision in Höhe von 10 Prozent des Spielergehaltes (dh 2.500 Euro) ein Einkommen von tatsächlich 22.500 Euro übrig bleibt und somit faktisch betrachtet eine Vermögensvermehrung in Höhe von 12.500 Euro vorliegt. Als Leitlinie kann festgehalten werden, dass der Spielervermittlungsvertrag umso eher genehmigt werden kann desto höher das Einkommen beim neuen Fußballverein ist.

XIII. Fußballspieler als Arbeitnehmer

1. Allgemeine Grundlagen

Den zentralen Anknüpfungspunkt des österreichischen Arbeitsrechtes bildet der Arbeitnehmerbegriff.⁸⁵¹ Das österreichische Arbeitsrecht ist nicht auf Personen anwendbar, die in sonstiger Weise Arbeitsleistungen vornehmen, wie zum Beispiel die selbständigen Erwerbstätigen.⁸⁵² Bei Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft kommen die arbeitsrechtlichen Rechtsvorschriften respektive Gesetze, wie zum Beispiel die Entgeltfortzahlung im Falle der Arbeitsunfähigkeit (EFZG und § 8 AngG), das Urlaubsentgelt (UrlG), die Abfertigung (BMVG), der Arbeitszeitschutz (AZG und ARG), die gesetzliche Vermutung der Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung (§ 1152 ABGB), zur Anwendung. Der Arbeitnehmer bildet das diametrale Gegenstück zum Arbeitgeber.⁸⁵³

Was ist unter dem Arbeitnehmerbegriff zu verstehen? Die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes ist bereits problematisch, da die unterschiedlichen Gesetze nach den entsprechenden Sachproblemen unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe verwenden.⁸⁵⁴ § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB enthält den individualrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Ein individualrechtlicher Arbeitnehmer gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB liegt vor *„Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; ...“*. § 4 Abs 2 erster Halbsatz ASVG normiert den sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriff. Ein sozialversicherungsrechtlicher Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 2 erster Halbsatz ASVG ist *„... wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; ...“*. Den arbeitsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff normiert § 36 Abs 1 ArbVG. Arbeitsverfassungsrechtliche Arbeitnehmer gemäß § 36 Abs 1 ArbVG sind *„... alle im Rahmen eines Betriebes beschäftigten Personen ...“*. In Sondergesetzen normierte Legaldefinitionen des Arbeitnehmerbegriffes sind wegen dem sachlichen Schutzaspekt respektive dem personellen Schutzaspekt des entsprechenden materiellen Gesetzes extensiver respektive restriktiver als die Legaldefinition des individualrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes.⁸⁵⁵

⁸⁵¹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 42; Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 41; Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 1.

⁸⁵² Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 42.

⁸⁵³ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 131.

⁸⁵⁴ Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschildt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 49; Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 1; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 21.

⁸⁵⁵ Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 1.

In welcher Intensität beziehungsweise Ausprägung müssen die Kriterien des Arbeitnehmerbegriffes vorliegen? Der Begriff des „Arbeitnehmers“ stellt einen „Typusbegriff“ dar.⁸⁵⁶ Für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft müssen die Aspekte nicht kumulativ gegeben sein.⁸⁵⁷ Die Aspekte des Arbeitnehmerbegriffes müssen ihrer Anzahl und Ausprägung nach im individuellen konkreten Fall derart gegeben sein, sodass im Zusammenspiel und der Gewichtung nach auf die Arbeitnehmereigenschaft geschlossen werden kann.⁸⁵⁸

2. Persönliche Abhängigkeit

Welche Relevanz hat die persönliche Abhängigkeit für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes? Nach herrschender Meinung in der Literatur und nach der Rechtsprechung des OGH bildet die „*persönliche Abhängigkeit*“ den maßgeblichen Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes.⁸⁵⁹

Was ist unter dem Begriff der „*persönlichen Abhängigkeit*“ zu verstehen? Für die Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit eines Arbeitnehmers sind bestimmte Aspekte besonders relevant. Bei den Aspekten der persönlichen Abhängigkeit handelt es sich grundsätzlich um erstens die „*Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften*“, zweitens die „*Weisungsgebundenheit*“, drittens die „*Kontrollunterworfenheit*“ und viertens die „*dis-*

⁸⁵⁶ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 46; Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen, 2009, 15; Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 19.

⁸⁵⁷ Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 61; OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697.

⁸⁵⁸ Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 61; OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697.

⁸⁵⁹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 44; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 167; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 45; Holzer/Reissner, Einführung in das österreichische Sportrecht, 2005, 43; Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 18; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 69; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 121; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 21; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 17; OGH, DRdA, 1981, 232 und 235 (Schrammel); OGH, DRdA, 1978, 351 (Holzer/Posch); Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236f; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 66ff; OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697; OGH 17.11.1981, 4 Ob 51/81; OGH, ZAS, 1983, 135 (Gitter); OGH 19.5.1981, 4 Ob 104/80; OGH, ZAS, 1982, 10 und 12 (Tomandl); anderer Ansicht in der deutschen Literatur sind *Hromadka*, *Beuthien* und *Lieb*. Nach *Hromadka* ist auf die Schutzbedürftigkeit abzustellen. *Hromadka*, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, DB, 1998, 201; nach *Beuthien* ist auf die persönliche Abhängigkeit und das soziale Schutzbedürfnis abzustellen. *Beuthien*, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA, 1978, 1, 4f, 10; nach *Lieb* ist auf das üblicherweise materielle Schutzbedürfnis abzustellen. *Lieb*, Beschäftigung auf Produktionsdauer - selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA, 1977, 210 und 214ff.

zipliniäre Verantwortlichkeit“.⁸⁶⁰ Bei der „Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften“ handelt es sich unter anderem um die Festlegung der Arbeitszeit, des Arbeitsverfahrens und des Arbeitsortes.⁸⁶¹ Die „Weisungsgebundenheit“ bedeutet, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorgibt, wie der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu erbringen hat (persönliche Weisungen).⁸⁶² Für die Bestimmung der Weisungsgebundenheit sind fachliche (sachliche) Weisungen kein maßgebliches Abgrenzungskriterium, da selbständige Erwerbstätige auch sachliche Weisungen von ihren Auftraggebern erhalten.⁸⁶³ Fachliche Weisungen sind Weisungen, die sich auf das Ergebnis der Arbeit erstrecken.⁸⁶⁴ Hat der Arbeitgeber ein Weisungsrecht, ist der Arbeitgeber aber auf Grund fehlender Sachkenntnis respektive fehlendem Wissen nicht fähig zu der Weisungserteilung, so existiert die Arbeitnehmereigenschaft auf Grund ‚stiller Autorität‘. Der Arbeitgeber kann die Weisungen in so einem Fall theoretisch durch einen entsprechenden Spezialisten trotzdem vornehmen.⁸⁶⁵

3. Wirtschaftliche Abhängigkeit

Welche Relevanz hat die wirtschaftliche Abhängigkeit für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft? Die Gerichtsbarkeit und die Literatur haben sich mit der Frage auseinandergesetzt welche Relevanz die wirtschaftliche Abhängigkeit für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes besitzt. Der OGH hat im Jahre 1959 in seiner Rechtsprechung ausgeführt, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit eine essentielle Hinweisfunktion für die persönliche Abhängigkeit besitzt.⁸⁶⁶ „Wenn die wirtschaftliche Abhängigkeit zwar auch nicht immer mit der persönlichen Abhängigkeit zusammenfällt, so bildet sie doch einen wesentlichen Hinweis auf die persönliche Abhängigkeit“.⁸⁶⁷ Das LG für Zivilrechtssachen Wien hatte zu-

⁸⁶⁰ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 44f; Hollerer, Der Berufsspieler im Arbeitsrecht, 2003, 21f; Firle, Sport als Arbeit, 1998, 17f; Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 66ff.

⁸⁶¹ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen, 2009, 14; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 67.

⁸⁶² Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 20; OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697; OGH 26.11.1951, 4 Ob 121/51; SZ 24/322; Arb 5329.

⁸⁶³ Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 20; OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697; OGH 26.11.1951, 4 Ob 121/51; SZ 24/322; Arb 5329.

⁸⁶⁴ Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 20; OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697; OGH 26.11.1951, 4 Ob 121/51; SZ 24/322; Arb 5329.

⁸⁶⁵ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 122; Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 52.

⁸⁶⁶ OGH 15.12.1959, 4 Ob 126/59; Arb 7159; SZ 32/164.

⁸⁶⁷ OGH 15.12.1959, 4 Ob 126/59; Arb 7159; SZ 32/164.

vor bereits im Jahre 1948 ausgeführt, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit ein essentieller Aspekt der Arbeitnehmereigenschaft ist.⁸⁶⁸ „Die Begründung dieser höchstrichterlichen Entscheidung hebt als das wesentlichste Merkmal des Dienstvertrages die wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers hervor ...“.⁸⁶⁹

In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit keine Relevanz für die Subsumtion unter den Arbeitnehmerbegriff hat.⁸⁷⁰ *Tomandl* war bereits im Jahre 1971 der Auffassung, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit keinen ergiebigen Gesichtspunkt für den Arbeitnehmerbegriff darstellt, weil die wirtschaftliche Abhängigkeit keinen prägnanten präzisen Inhalt besitzt, der den Erfordernissen der Abgrenzung entspricht.⁸⁷¹ Aktuell betont *Tomandl* weiterhin seine Bedenken gegen die Relevanz der wirtschaftlichen Abhängigkeit als brauchbares Abgrenzungskriterium des Arbeitnehmerbegriffes.⁸⁷² Es ist nämlich nicht klar und eindeutig wie der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit gemeint ist. Meistens wird darunter die Einkommensangewiesenheit des Dienstnehmers verstanden. Dieses Verständnis ist jedoch kein brauchbarer Aspekt zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffes, da dadurch bloß erklärt wird, weshalb „Sonderrechte“ für die Gruppierung der Dienstnehmer existieren. Auf Grund durchschnittlicher Betrachtungsweise sind die Dienstnehmer in der wirtschaftlichen beziehungsweise ökonomischen Position eingeschränkt und sohin vom Einkommen des Dienstgebers abhängig. Daraus resultiert jedoch kein Zuordnungsmaßstab ob eine Person unter den Begriff des Arbeitnehmers zu subsumieren ist. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen stellen vielmehr darauf ab, welche Position eine Person, die Arbeit leistet, in der Arbeitswelt einnimmt. Es wäre seiner Meinung nach inadäquat Aspekte wie erstens das Geldkapital, zweitens die Verpflichtungen für den Unterhalt und drittens das Gesamtgehalt zu berücksichtigen, da diese Aspekte nichts mit der Arbeitswelt gemein haben. Sind zwei Menschen bei einem Arbeitgeber in gleicher Art und Weise tätig, kann dem einem Menschen nicht die Arbeitnehmereigenschaft verweigert werden, da er nicht vom Arbeitsentgelt abhängig ist.⁸⁷³

Was ist unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ zu verstehen? Die Gerichtsbarkeit und die Literatur haben sich mit der Frage auseinandergesetzt was unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ zu verstehen ist. Für die Bestimmung des Begriffes der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers gibt es drei Anknüpfungspunkte. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers wird als erstens Einkommensange-

⁸⁶⁸ LG Wien 19.10.1948, 44 Cg 54/48; Arb 5039.

⁸⁶⁹ LG Wien 19.10.1948, 44 Cg 54/48; Arb 5039.

⁸⁷⁰ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 42f; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 18f; Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 62f; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 103; Haemmerle, Grundriss des Arbeitsrechtes, 1949, 42f.

⁸⁷¹ Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 66.

⁸⁷² Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 43.

⁸⁷³ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 43.

wiesenhheit, zweitens organisatorische „*Unterordnung*“ und drittens Tragung des wirtschaftlichen „*Unternehmerrisikos*“ verstanden.⁸⁷⁴

Was ist unter dem Begriff der „*wirtschaftlichen Abhängigkeit*“ im Sinne einer „*Einkommensangewiesenheit*“ zu verstehen? Die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer Einkommensangewiesenheit bedeutet, dass der Dienstnehmer gegenüber dem Dienstgeber auf die Ausbezahlung des Arbeitseinkommens angewiesen ist um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.⁸⁷⁵ Der OGH verstand im Jahre 1959 die wirtschaftliche Abhängigkeit als Einkommensabhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.⁸⁷⁶ Der OGH führte in seiner Entscheidung dazu folgendes ausdrücklich aus: „*Daraus, daß die Klägerin sechzehn bis zwanzig Tage monatlich, also fast die ganze Arbeitszeit, für die Beklagte gearbeitet hat und daß sie eine andere Erwerbstätigkeit nicht ausübte, ergibt sich, daß die Klägerin von der Beklagten wirtschaftlich abhängig war*“.⁸⁷⁷

Der historische rechtspolitische Beweggrund für die Gesetzgebung in Arbeitsrechtssachen basierte auf der üblicherweise wirtschaftlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers. Der Arbeitgeber ist im Verhältnis zu den wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmern in einer überlegenen Stellung, die zur „*Ausbeutung*“ verleitet.⁸⁷⁸

Wie ist der Begriff der „*wirtschaftlichen Abhängigkeit*“ im Sinne einer „*organisatorischen Unterordnung*“ zu verstehen? Der OGH verstand im Jahre 1949 die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer organisatorischen Unterordnung.⁸⁷⁹ Die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer organisatorischen Unterordnung bedeutet, dass der Arbeitnehmer

⁸⁷⁴ Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 28; Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 63f; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 59-66.

⁸⁷⁵ Naderhirn, Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um den Entwurf eines Berufssportgesetzes, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 18; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 18, Fn 2; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 102f; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 59; OGH 15.12.1959, 4 Ob 126/59; Arb 7159; SZ 32/164.

⁸⁷⁶ OGH 15.12.1959, 4 Ob 126/59; Arb 7159; SZ 32/164; so auch die herrschende Meinung in der Literatur. Naderhirn, Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um den Entwurf eines Berufssportgesetzes, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 18; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 18, Fn 2; Pfeil, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 1997, zu § 1151, Rz 20; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 102f.

⁸⁷⁷ OGH 15.12.1959, 4 Ob 126/59; Arb 7159; SZ 32/164.

⁸⁷⁸ Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 63; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 103.

⁸⁷⁹ OGH 7.5.1949, 4 Ob 24/49; Arb 5072; so auch die minder Meinung in der Literatur. Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen, 2009, 14; Scholz, Die Versicherungspflicht von Fußballsportlern, SozSi, 1988, 239.

nicht mit eigenen, sondern mit fremden Betriebsmitteln des Arbeitgebers seine Arbeitsleistung erbringt.⁸⁸⁰

Was ist unter dem Begriff der „*wirtschaftlichen Abhängigkeit*“ im Sinne der „*Tragung des wirtschaftlichen unternehmerischen Risikos*“ zu verstehen? Der OGH verstand im Jahre 1949 die wirtschaftliche Abhängigkeit auch im Sinne der Tragung des wirtschaftlichen unternehmerischen Risikos.⁸⁸¹ Der OGH führte dazu explizit folgendes in seinem Urteil aus: „*Entscheidend ist vielmehr, ob nach dem Willen der Parteien eine Eingliederung des Arbeitsleistenden in den Betrieb eines anderen erfolgen soll, daß das wirtschaftliche Unternehmerrisiko nur oder vorwiegend den anderen treffen soll*“.⁸⁸² Die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne der Tragung des wirtschaftlichen unternehmerischen Risikos stellt sohin darauf ab, wer im Rechtsverhältnis das finanzielle Risiko zu tragen hat respektive auf wessen Rechnung gearbeitet wird.⁸⁸³

4. Entgeltlichkeit

Welche Relevanz hat die Entgeltlichkeit für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes? Die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages per se stellt grundsätzlich kein relevantes Kriterium zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffes dar.⁸⁸⁴ Üblicherweise werden jedoch Arbeitsverträge entgeltlich sein.⁸⁸⁵ Gemäß § 1152 ABGB wird im Zweifel die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages vermutet. Bestimmte Gesetze normieren jedoch die Entgeltlichkeit als essentielles Tatbestandsmerkmal des Arbeitsverhältnisses. Dazu gehört beispielsweise § 4 Abs 2 ASVG.

Welche Relevanz hat die Entgelthöhe für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes? Die Höhe des Entgelts ist grundsätzlich kein essentielles Kriterium des Arbeitnehmerbegriff-

⁸⁸⁰ Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 18, Fn 4; Scholz, Die Versicherungspflicht von Fußballsportlern, SozSi, 1988, 239; Arb 6138; OGH 21.12.1954, 4 Ob 180/54.

⁸⁸¹ Arb 5039; OGH 15.2.1949, 4 Ob 1/49.

⁸⁸² Arb 5039; OGH 15.2.1949, 4 Ob 1/49.

⁸⁸³ Arb 5039; OGH 15.2.1949, 4 Ob 1/49.

⁸⁸⁴ § 1152 ABGB; Naderhirn, Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um den Entwurf eines Berufssportgesetzes, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 18; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 123; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 22; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 18; Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 65; Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht 1, 1987, 29; Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 98; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 54.

⁸⁸⁵ Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen, 2009, 13; Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 54.

fes.⁸⁸⁶ Da die Entgeltlichkeit als solches kein Abgrenzungskriterium des Arbeitnehmerbegriffes ist, ergibt sich bereits aus dem Größenschluss, dass die Höhe des Entgelts auch kein relevantes Abgrenzungskriterium des Arbeitnehmerbegriffes ist.

Welche Relevanz hat die Art der Entlohnung für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes? Die Entlohnungsart, wie zum Beispiel der „*Akkord*“, die „*Provision*“ respektive der „*Stücklohn*“, hat für die Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffes prinzipiell keine Relevanz, da die Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrages bloß üblich, jedoch nicht erforderlich ist.⁸⁸⁷

5. Gegenstand der Dienste

Was ist unter dem Dienstbegriff zu verstehen? Der Dienstbegriff gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB ist allgemein gehalten⁸⁸⁸ und extensiv⁸⁸⁹ zu verstehen. Der Dienstbegriff des § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB inkludiert Dienste jedweder Art.⁸⁹⁰ Die Tätigkeit des Arbeitsvertrages muss jedoch erlaubt respektive möglich sein (gemäß § 879 ABGB bzw § 878 ABGB).⁸⁹¹

Kann der Sport Gegenstand der Dienste sein? Die Literatur und die Gerichtsbarkeit haben sich mit der Frage auseinandergesetzt ob der Sport Gegenstand der Dienste sein kann. Nach herrschender Meinung in der Literatur und nach der Rsp des OGH kann die berufliche Sportausübung Gegenstand der Dienste gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB sein.⁸⁹² *Hol-*

⁸⁸⁶ Ittmann, Pflichten des Sportlers im Arbeitsverhältnis, 2004, 29; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 51; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 22.

⁸⁸⁷ Pfeil, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 1997, zu § 1151, Rz 21.

⁸⁸⁸ Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 167; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 45; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 22; OGH, DRdA, 1981, 236 (Schrammel).

⁸⁸⁹ Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 167.

⁸⁹⁰ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 29; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 167; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 45; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 69; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 22; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; OGH, DRdA, 1981, 236 (Schrammel); Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 58; OGH 22.3.1960, 4 Ob 23/60; SZ 33/36.

⁸⁹¹ Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 31; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 22; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 20; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 58.

⁸⁹² Naderhim, Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um den Entwurf eines Berufssportgesetzes, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 22f; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2004, 69; Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 31; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003,

zer ist der Auffassung, dass für die Beurteilung des Sportes als Gegenstand der Dienste darauf abzustellen ist ob die Ausübung der sportlichen Tätigkeit einen objektiven Erwerbszweck verfolgt.⁸⁹³ Schrammel ist der Ansicht, dass der Berufssport Gegenstand der Dienste gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB ist, sofern die Dienste in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden.⁸⁹⁴ Auch der OGH geht in seiner Rsp davon aus, dass der Berufssportler Dienste gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB erbringen kann, sofern der Berufssportler gegenüber dem Verein persönlich abhängig ist.⁸⁹⁵ Der EuGH hat in seiner Rsp die Ausübung des Berufssportes als Erwerbsausübung verstanden.⁸⁹⁶

6. Rechtsstellung des Fußballspielers

Ist der Berufsfußballspieler als Arbeitnehmer zu verstehen? Die Literatur und der OGH haben sich mit der Frage der Rechtsstellung des Berufsfußballspielers auseinandergesetzt. Die herrschende Meinung in der Literatur und der OGH sind der Auffassung, dass der Berufsfußballspieler als „Arbeitnehmer“ zu qualifizieren ist.⁸⁹⁷ Anders hingegen der 2. Entwurf

22f; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 20; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 213; OGH, DRdA, 1981, 232 und 236 (Schrammel); Holzer, Das Dienstrecht der Lizenzfußballer im Österreichischen Fußballbund, DRdA, 1972, 64f; OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78; SZ 52/87; OGH, DRdA, 1978, 346, 348 und 351 (Holzer/Posch); OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77; SZ 50/132; Arb 9678; anderer Ansicht sind Danimann/Steinbach. Nach Danimann/Steinbach ist der Sport nicht vom Dienstbegriff erfasst. Der Dienst ist von Sport und Spiel auf Grund der Zielsetzung zu differenzieren. Danimann/Steinbach, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1972, zu § 9, Rz 2.

⁸⁹³ Holzer, Das Dienstrecht der Lizenzfußballer im Österreichischen Fußballbund, DRdA, 1972, 64.

⁸⁹⁴ Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; OGH, DRdA, 1981, 236 (Schrammel).

⁸⁹⁵ OGH 29.5.1979, 4 Ob 117/78; SZ 52/87.

⁸⁹⁶ EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 73; EuGH Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 12f.

⁸⁹⁷ Bepler, Der Sportler und sein Vertrag - Arbeitnehmer oder Dienstleistender?, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 23f; Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 38f; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 48ff; Naderhirn, Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um den Entwurf eines Berufssportgesetzes, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 23ff; Holzer/Reissner, Einführung in das österreichische Sportrecht, 2005, 42ff; Küpperfahenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 34f; Ittmann, Pflichten des Sportlers im Arbeitsverhältnis, 2004, 30; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 69; Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, 52; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 224f; Imping, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, 60; Scholz, Die Versicherungspflicht von Fußballsportlern, SozSi, 1988, 237 und 239; Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 235ff; Holzer, Das Dienstrecht der Lizenzfußballer im Österreichischen Fußballbund, DRdA, 1972, 65f; Arb 9568; SZ 65/124; OGH 30.9.1992, 9 ObA 186/92; OGH, DRdA, 1978, 351 (Holzer/Posch); anderer

zum Berufssportgesetz. Der 2. Entwurf zum Berufssportgesetz hätte in § 2 Abs 1 Berufssportgesetz vorgesehen, dass der Berufssportler als selbständiger Erwerbstätiger (Unternehmer) zu verstehen ist.

6.1. Ansicht Schrammel/Tomandl⁸⁹⁸

In der österreichischen Literatur waren *Schrammel/Tomandl* bereits im Jahre 1972 der Ansicht, dass der Lizenzspieler als Arbeitnehmer im Sinne des § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB zu verstehen ist. Sie weisen zunächst darauf hin, dass der entscheidende Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB die „*persönliche Abhängigkeit*“ ist.⁸⁹⁹ Die Kriterien der persönlichen Abhängigkeit sind unter anderem die Unterwerfung unter die „*betrieblichen Ordnungsvorschriften*“, die Weisungsgebundenheit, die Kontrollunterworfenheit und die diszipliniäre Verantwortung.⁹⁰⁰ Der Lizenzspieler ist nach *Schrammel/Tomandl* gegenüber dem Verein persönlich abhängig. Für die Lizenzspieler besteht eine intensive Bindung an die Dienstzeiten, wie zum Beispiel Trainingszeiten, Wettkampfspielzeiten, theoretische Besprechungen, Trainingscamps und Auslandsaufenthalte.⁹⁰¹ Die Lizenzspieler erhalten von den Vorgesetzten bzw Leitern, wie zum Beispiel Fußballtrainer und Bereichsleiter, Weisungen in puncto Erfolg der Arbeit und darüber hinaus auch zur Trainingsweise und Spielweise.⁹⁰² Die Weisungen erstrecken sich nicht bloß auf die Dienstzeit, sondern auch auf die Gestaltung der Freizeit, die im Zusammenhang mit dem Fußballspielen steht. Die Lizenzspieler unterliegen nicht bloß im Rahmen der Dienstzeit, sondern auch im Rahmen der Freizeit Kontrollen, wie beispielsweise die Praktizierung einer sportlichen Lebensart.⁹⁰³ Widrigenfalls droht den Lizenzspielern die diszipliniäre Verantwortung.⁹⁰⁴

Auffassung *Aulehner/Scholz*. Nach *Aulehner/Scholz* handelt es sich bei einem Profifußballer um einen Unternehmer mit einem Kooperationskontrakt. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 47; anderer Auffassung *Dieckmann*. Nach *Dieckmann* ist der Profifußballspieler als Mitunternehmer anzusehen. *Dieckmann*, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in *Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 12* [Hrsg], *Das Recht des Fußballspielers*, 1980, 27ff; anderer Auffassung *Fischer*. Er geht von einer differenzierten Beurteilung aus und qualifiziert den Sportler als Arbeitnehmer und den „*Spitzensportler*“ als „*selbständiger Dienstleister*“. *Fischer*, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, *SpuRt*, 1997, 182 und 185; anderer Auffassung *Bühler*. Nach *Bühler* ist der Berufsfußballer als „*Arbeitnehmer besonderer Art*“ zu verstehen. *Bühler*, Ist der Urlaubsentgeltanspruch von Profifußballern noch zeitgemäß?, *SpuRt*, 1998, 145 und 147.

⁸⁹⁸ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

⁸⁹⁹ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

⁹⁰⁰ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

⁹⁰¹ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

⁹⁰² Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

⁹⁰³ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

⁹⁰⁴ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, *JBl*, 1972, 236.

Die „*wirtschaftliche Abhängigkeit*“ ist nach *Schrammel/Tomandl* kein entscheidender Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes. Sie deuten die „*wirtschaftliche Abhängigkeit*“ jedoch als Lohnabhängigkeit.⁹⁰⁵ Die Lizenzspieler wären sogar wirtschaftlich abhängig, da sie für die sportliche Tätigkeit ein Entgelt vom Verein erhalten.⁹⁰⁶

6.2. Ansicht Fischer⁹⁰⁷

In der deutschen sportrechtlichen Literatur nimmt *Fischer* eine differenzierte Beurteilung vor und qualifiziert den Sportler als Arbeitnehmer und den „*Spitzensportler*“ (Superstar) als „*selbständiger Dienstleister*“.⁹⁰⁸ Er definiert zunächst den Begriff des Spitzensportlers. Spitzensportler ist bloß jemand, „*der sich aus einer Mannschaft und seiner Sportart durch herausragende sportliche und persönlichkeitsbezogene Leistungen und Eigenschaften zu einer eigenständigen Person der Zeitgeschichte (vgl. § 23, Abs. 1, Ziff. 1 KunstUrhG), wenn auch nur in relativer Hinsicht, entwickelt hat und seiner Sportart und seiner Mannschaft durch überragende Leistungen und individuelle Persönlichkeitselemente sein Gepräge geben kann und dies auch durch die vertragliche Gestaltung seiner Beziehungen zum Sportverein umsetzt*“.⁹⁰⁹ Es gibt somit bestimmte objektive Aspekte, um den gewöhnlichen Sportler vom Superstar zu differenzieren. Zu den objektiven Abgrenzungsaspekten zählen erstens die Einkommenshöhe, die ein vielfaches von einem durchschnittlichen Mannschaftskollegen entspricht, zweitens das außersportlichen Einkommen, das ist Entgelt, das der Spitzensportler im außersportlichen Bereich durch die individuelle Persönlichkeitsvermarktung, die Medien und die Werbung lukriert, drittens das außergewöhnliche sportliche Leistungskönnen, welches sich in besonderen Erfolgen, wie zum Beispiel Meisterschaftssiegen, internationalen respektive nationalen Pokalsiegen, sukzessiver Teilnahme in nationalen Nationalmannschaften, zeigt und viertens der Prominenzgrad, der über den betroffenen Sportbereich hinausgeht.⁹¹⁰ Nach *Fischer* ist die faktische „*Schutzbedürftigkeit*“ ein relevanter Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes.⁹¹¹ Im Falle von undifferenzierter Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften auf Superstars existiert das Risiko, dass durch die Beanspruchung von Arbeit-

⁹⁰⁵ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236.

⁹⁰⁶ Scholz ist ebenso der Meinung, dass der Berufsfußballspieler wirtschaftlich abhängig ist. Er versteht die wirtschaftliche Abhängigkeit jedoch im Sinne der organisatorischen Unterordnung. Der Fußballspieler ist wirtschaftlich abhängig, da er mit fremden und nicht mit „*eigenen Betriebsmitteln*“ tätig wird, indem er auf die Spielanlagen, Trainingsplätze und sonstige Infrastruktur des Vereines angewiesen ist. Scholz, Die Versicherungspflicht von Fußballsportlern, SozSi, 1988, 239.

⁹⁰⁷ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 181-185.

⁹⁰⁸ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 182 und 185.

⁹⁰⁹ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 182.

⁹¹⁰ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 182.

⁹¹¹ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 182ff.

nehmerschutzvorschriften eine „*Pervertierung des Gesamtsystems*“ resultiert. Er stellt sich die Frage ob Superstars, die ein vielfaches von Führungskräften verdienen, wie Personen behandelt werden sollen, die wegen ihrer individuellen und ökonomischen Situation nach geschichtlicher Tradition und sozialer Sachlage unter den Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Gesetze subsumiert werden. Die Inanspruchnahme von Arbeitnehmerschutzrechten durch tatsächlich nichtschutzbedürftige Personen hebt das „*System der gesellschaftlichen Solidarität*“ aus.⁹¹² Die subjektive Begründung für die Anwendung der Arbeitnehmerschutzvorschriften basiert auf den strukturellen Gedankengängen, dass zwischen den arbeitsrechtlichen Verhandlungsparteien Dienstnehmer und Dienstgeber ein Verhältnis der „*Ungleichheit*“ respektive der „*Schwäche*“ existiert. Auf Grund der ökonomischen und sozialen Verhältnisse des Superstars, hat der Superstar die Möglichkeit Manager zu den Arbeitsvertragsverhandlungen beizuziehen und dadurch in formaler Hinsicht ein Gleichgewichtsverhältnis zu schaffen. Die Verhandlungsposition der Superstars ist tatsächlich so groß, dass sie im Rahmen von Vertragsverhandlungen Vertragsziele erreichen, die nicht bloß unmittelbar den eigenen Vertrag erfassen. Dazu zählen zum Beispiel die Komposition des Teamkaders, Ansprüche in puncto der Durchführung von Trainings, Trainerengagement, die Festlegung von Transfersummen und Handgeldern. Es existiert sohin auch ohne die arbeitsrechtlichen Vorschriften eine ‚*Parität*‘ zwischen Superstars und Sportvereinen (Vertragsparität).⁹¹³ Nach *Fischer* ist der Spitzensportler nicht persönlich abhängig. Er versteht die persönliche Abhängigkeit als „*Weisungsgebundenheit*“. Die persönliche Abhängigkeit verringert sich je höher die Qualität einer Leistung ist. Die Möglichkeit Weisungen zu erteilen, reduziert sich je „*qualifizierter, kompetenter, kreativer, innovativer*“ Arbeitsleistungen sind. *Fischer* bezeichnet die Tätigkeit des Spitzensportlers als eine Art ‚*künstlerisches Etwas*‘, dem keine Weisungen erteilt werden können. Die fachliche Weisungsgebundenheit ist daher als Abgrenzungsaspekt bei Spitzensportlern unzulänglich. Die Weisungsgebundenheit in puncto Arbeitszeit und Arbeitsort entspringt nicht der Weisungsmacht des Fußballvereins, sondern ist bloß eine „*sachlich notwendige Voraussetzung*“ der Erbringung sportlicher Leistungen. Die Integration in den organisatorischen Betrieb der Mannschaft resultiert bloß aus dem Umstand, dass komplexe Leistungen nicht in Eigenregie vorgenommen werden können.⁹¹⁴ Nach *Fischer* ist der Spitzensportler nicht wirtschaftlich abhängig. Er versteht die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne der Einkommensangewiesenheit. Die Spitzensportler erhalten Gehälter, die über Jahre gesichert sind und der Höhe nach ein Vielfaches des Umsatzes eines durchschnittlichen Unternehmens betragen. Die Spitzensportler lukrieren aus der Vermarktung von Zweitverwertungsrechten ein enormes Einkommen. Das Einkommen aus der Ver-

⁹¹² Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 182f.

⁹¹³ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 184.

⁹¹⁴ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 183.

marktung von Zweitverwertungsrechten übersteigt das Gehalt, das der Spitzensportler durch die Ausübung der sportlichen Tätigkeit lukriert.⁹¹⁵

Nach *Fischer* ist die Entgelthöhe des Spitzensportlers ein Aspekt für die Zuordnung des Spitzensportlers als selbständiger Dienstleistender. Dagegen spricht, dass die Entgelthöhe grundsätzlich kein entscheidender Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes ist.⁹¹⁶ Nach *Fischer* lukriert der Spitzensportler neben dem hohen Entgelt sehr hohe außersportliche Einnahmen. Gegen diesen Umstand spricht, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer Einkommensangewiesenheit kein entscheidender Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes darstellt.⁹¹⁷ Nach *Fischer* sind die Spitzensportler faktisch nicht schutzbedürftig, da zwischen Fußballverein und Spitzensportler ein Verhandlungsgleichgewicht besteht. Gegen die Relevanz dieses Aspektes kann vorgebracht werden, dass die Schutzbedürftigkeit bloß ein rechtspolitischer Beweggrund für die Gesetzgebung in Arbeitsrechtssachen war, da der Arbeitnehmer typischerweise wirtschaftlich abhängig und dem Arbeitgeber unterlegen ist.⁹¹⁸ Nach *Fischer* ist der Spitzensportler nicht fachlich weisungsgebunden. Dagegen spricht, dass die fachliche Weisungsgebundenheit kein entscheidender Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes darstellt.⁹¹⁹ Nach *Fischer* erbringt der Spitzensportler ein künstlerisches Etwas, dem keine Weisungen erteilt werden können. Dagegen kann vorgebracht werden, dass der Arbeitgeber, der ein Weisungsrecht hat, selbst bei fehlender Sachkenntnis respektive fehlendem Wissen und Unfähigkeit zur Weisungserteilung „*stille Autorität*“ besitzt und dadurch die persönliche Abhängigkeit gegeben ist.⁹²⁰ Nach *Fischer* resultiert die Eingliederung in die betriebliche Organisation, da der Spitzensport nicht in Eigenregie durchführbar ist. Dagegen ist vorzubringen, dass in der modernen Arbeitswelt komplexe und arbeitsteilige Leistungen in Teamwork erbracht werden und besonders qualifizierte Dienstnehmer in Arbeitskreise eingebaut werden und dadurch dieser Umstand für normale Dienstverhältnisse auch üblich ist.⁹²¹

⁹¹⁵ Fischer, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 183.

⁹¹⁶ Ittmann, Pflichten des Sportlers im Arbeitsverhältnis, 2004, 29; Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, 49.

⁹¹⁷ So spricht *Kirschenhofer* davon, dass die wirtschaftliche und soziale Abhängigkeit nach der Rsp des BAG und der herrschenden Meinung in der Literatur irrelevant sind für den Arbeitnehmerbegriff. *Kirschenhofer*, Sport als Beruf, 2002, 49.

⁹¹⁸ Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 63; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 103; so auch *Ittmann* indem er davon spricht, dass der Telos der arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht dem „*aktuellen Schutzbedürftigen*“ Arbeitnehmerschutz gewährleistet. Der Dienstnehmer ist im Verhältnis zum Dienstgeber bloß üblicherweise in einer schwächeren Verhandlungsstellung. *Ittmann*, Pflichten des Sportlers im Arbeitsverhältnis, 2004, 29.

⁹¹⁹ OGH 13.1.1988, 14 ObA 46/87; Arb 10.697; OGH 26.11.1951, 4 Ob 121/51; SZ 24/322; Arb 5329; Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 32; Radner, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band I, 2004, zu I. Der Begriff des Arbeitnehmers, Rz 20.

⁹²⁰ Krejci, in Rummel [Hrsg] ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 52; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 122.

⁹²¹ *Kirschenhofer*, Sport als Beruf, 2002, 50.

6.3. Ansicht Dieckmann⁹²²

In der deutschen sportrechtlichen Literatur ist *Dieckmann* der Auffassung, dass der Profifußballspieler als Mitunternehmer zu qualifizieren ist. Er weist darauf hin, dass ein erheblicher Anteil der Einnahmen, die durch den Fußballverein erwirtschaftet werden, wie beispielsweise Transfererlöse, Eintrittsgelder, Werbegelder und Sponsorengelder, an die Berufsfußballspieler ausbezahlt werden. Die eigenständigen Einnahmen der Vereine als solches genügen nicht um diese Belastungen abzudecken. Trotz weiterer Einnahmen von staatlicher Seite und von privaten Sponsoren kommt es zu der Verschuldung der Fußballvereine.⁹²³ Die Fußballspieler erhalten erfolgsabhängige respektive leistungsabhängige Entgelte. Umso mehr die Berufsfußballspieler am wirtschaftlichen Unternehmerrisiko des Spielbetriebes partizipieren, desto eindeutiger wird der Berufssportler unter Berücksichtigung einer ökonomischen Betrachtungsart als Mitunternehmer zu qualifizieren sein. Die „*persönliche Abhängigkeit*“ des Profifußballspielers gegenüber dem Fußballverein ist nach *Dieckmann* nicht gegeben. Die gutbezahlten Profifußballer haben die Möglichkeit durch intendierte Niederlagen serien sowohl den Trainer als auch den Vereinsmanager zu stürzen.⁹²⁴ Die Spielbetriebsorganisation nimmt den Fußballvereinen die Gelegenheit über den Arbeitsort und die Arbeitszeit der Arbeitsleistung des Profifußballspielers zu entscheiden.⁹²⁵ Die Fußballspieler und der Fußballverein möchten ein gemeinsames Ziel, nämlich erstens den „*Mannschaftssport*“ und zweitens viel Kapital erwirtschaften, erreichen. Um diese Ziele zu erreichen, begeben sich die Betroffenen in eine Abhängigkeit, die aber nicht notwendigerweise als persönliche Abhängigkeit im Sinne des Arbeitsrechtes zu verstehen ist.⁹²⁶

Nach *Dieckmann* sprechen die Erfolgslöhne respektive die Leistungslöhne der Spieler dafür, dass die Spieler als Mitunternehmer verstanden werden können. Dagegen spricht, dass die Entlohnungsart per se kein essentielles Abgrenzungskriterium des Arbeitnehmerbegriffes darstellt.⁹²⁷ Leistungslöhne sind auch in der modernen Arbeitswelt typisch.⁹²⁸ Nach *Dieck-*

⁹²² Dieckmann, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 12 [Hrsg], Das Recht des Fußballspielers, 1980, 27ff.

⁹²³ Dieckmann, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 12 [Hrsg], Das Recht des Fußballspielers, 1980, 27.

⁹²⁴ Dieckmann, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 12 [Hrsg], Das Recht des Fußballspielers, 1980, 28.

⁹²⁵ Dieckmann, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 12 [Hrsg], Das Recht des Fußballspielers, 1980, 29.

⁹²⁶ Dieckmann, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 12 [Hrsg], Das Recht des Fußballspielers, 1980, 29.

⁹²⁷ Pfeil, in Schwimann [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, 1997, zu § 1151, Rz 21.

mann tragen die Spieler das wirtschaftliche unternehmerische Risiko. Dagegen spricht zunächst, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne der Tragung des wirtschaftlichen unternehmerischen Risikos kein essentielles Abgrenzungskriterium des Arbeitnehmerbegriffes darstellt. Der entscheidende Aspekt des Arbeitnehmerbegriffes ist die persönliche Abhängigkeit.⁹²⁹ Bei oberflächlicher prima facie Betrachtung entsteht der Eindruck, dass die Spieler das wirtschaftliche Unternehmerrisiko tragen, indem sie an den Einnahmen der Vereine partizipieren. Jedoch spricht *Dieckmann* selbst davon, dass die Vereine vom Staat und von privaten Sponsoren Geld erhalten und sich trotzdem verschulden. Dies spricht dafür, dass der Sportbetrieb auf Rechnung des Vereins läuft und der Verein das finanzielle Risiko des Sportbetriebes zu tragen hat und ergo der Verein das wirtschaftliche Unternehmerrisiko trägt.⁹³⁰ Nach *Dieckmann* ist die Abhängigkeit der Spieler nicht im Sinne einer persönlichen Abhängigkeit des Arbeitsrechtes zu verstehen. Gegen diesen Gesichtspunkt spricht, dass die persönliche Abhängigkeit sich durch die Kriterien der Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften, der Weisungsgebundenheit, der Kontrollunterworfenheit und der disziplinären Verantwortung äußert.⁹³¹ Diese Kriterien liegen bei Berufsfußballspielern auch vor.⁹³² Nach *Dieckmann* haben die Spieler die Möglichkeit Manager und Trainer zu stürzen. Festzuhalten ist in diesem Kontext, dass die vorsätzliche Sabotage kein relevanter Gesichtspunkt zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffes darstellt.⁹³³

6.4. Ansicht Bühler

In der deutschen Literatur ist *Bühler* der Auffassung, dass die Berufsfußballspieler als „Arbeitnehmer besonderer Art“ zu verstehen sind.⁹³⁴ Die faktischen Gegebenheiten im Profi-

⁹²⁸ Küpperfahnenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 32.

⁹²⁹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 44; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 167; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuel-le Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 88; OGH, DRdA, 1981, 232 und 235 (Schrammel); Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236f; To-mandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 66ff.

⁹³⁰ *Kirschenhofer* spricht davon, dass die Fußballvereine im Ergebnis das wirtschaftliche Unterneh-merrisiko selbständig tragen. Kirschenhofer, Sport als Beruf, 2002, 52.

⁹³¹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht I, 2008, 44f; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 21f; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 17f; Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsver-gleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971, 66ff.

⁹³² Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236.

⁹³³ Küpperfahnenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 33.

⁹³⁴ Bühler, Ist der Urlaubsentgeltanspruch von Profifußballern noch zeitgemäß?, SpuRt, 1998, 147.

fußball haben sich erheblich zum Vorteil der Fußballspieler umgeändert. Die Fußballspieler erhalten bedingt durch den „Fußballboom“, der durch den Sieg der deutschen Nationalmannschaft bei der WM in Italien ausgelöst wurde, und durch die Rsp des *EuGH* in der Rs *Bosman*, sehr hohe Einkommen und besitzen daher eine besondere Machtstellung im Verhältnis zu ihren Vereinen. Die Rsp des Arbeitsgerichtes von 1979 und des Sozialgerichtes von 1961, die den Fußballspieler als Arbeitnehmer verstanden haben, entspricht nicht den aktuellen Verhältnissen und ist sohin nicht mehr zeitadäquat. Nach *Bühler* wird der Berufssport durch spezifische Besonderheiten geprägt. Die spezifischen Besonderheiten führen dazu, dass der Fußballspieler nicht mit dem typischen Arbeitnehmer vergleichbar ist. Es bestehen für den Berufsfußballspieler sowohl Vorteile als auch Nachteile gegenüber einem gewöhnlichen normalen Arbeitnehmer. Zu den Nachteilen zählen erstens eine zeitlich beschränkte kurze Berufsausübungsdauer, zweitens die intensive Weisungsgebundenheit gegenüber dem Fußballverein und drittens die Beschränkungen bis hin in die Freizeit. Zu den Vorteilen zählen erstens ein hohes Einkommen, zweitens die Dienstzeiten und drittens die ‚*Unersetzbarkeit*‘ für den Fußballverein. Auf Grund der Besonderheiten im Berufsfußball sind die arbeitsrechtlichen Rechtsvorschriften, die für die gewöhnlichen Arbeitnehmer Geltung haben, nicht ohne weiteres für den Bereich des Berufsfußballs anwendbar und bereits beschränkt worden. Erstens ist der Anspruch auf Beschäftigung des Berufsfußballspielers auf die Trainingsteilnahme beschränkt. Zweitens sind die Kündigungsschutzrechtsvorschriften im Bereich des Berufsfußballs beschränkt, da die Verträge im Berufsfußball befristet sind. *Bühler* prüft ob der Profifußballspieler als „*Arbeitnehmer besonderer Art*“ Anspruch auf Urlaubsentgelt nach § 611 I BGB in Verbindung mit dem BUrlG hat. Nach *Bühler* sprechen teleologische Überlegungen grundsätzlich dagegen. Er stellt sich die Frage ob der Anspruch auf Urlaubsentgelt bei Arbeitnehmern, die über dem Durchschnitt verdienen, mit dem Telos des Anspruches auf Urlaubsentgelt vereinbar ist. Der Sinn und Zweck des Anspruches auf Urlaubsentgelt besteht seines Erachtens darin, dass ein Arbeitnehmer während seines Urlaubs keine Geldprobleme bekommt, da er während des Urlaubs keine Arbeit erbringt. Auf Grund der hohen Einkommen der Berufsfußballspieler existiert dieses Risiko bei Berufsfußballspielern gerade nicht. Daher sind bei den Berufsfußballspielern, die „*Arbeitnehmer besonderer Art*“ darstellen, die Bestimmungen zum Anspruch auf Urlaubsentgelt nicht anzuwenden. Dies gilt seines Erachtens jedoch nicht, wenn die Arbeitsgerichte feststellen, dass Fußballspieler mit typischen Dienstnehmern vergleichbar sind. Dies wird zum Beispiel bei jungen Fußballspielern oder bei Fußballspielern der zweiten Bundesliga der Fall sein. Im Fall von Berufsfußballspielern der Bundesliga, die als „*Arbeitnehmer besonderer Art*“ zu qualifizieren sind, ist § 1 BUrlG teleologisch zu reduzieren und ist sohin keine Ausnahme vom Prinzip ‚*ohne Arbeit kein*

Geld vorzunehmen. Daher haben die Berufsfußballspieler als „*Arbeitnehmer besonderer Art*“ nach *Bühler* prinzipiell keinen Urlaubsentgeltanspruch.⁹³⁵

7. Arbeitnehmer im Sinne des AMFG

7.1. Allgemeine Grundlagen

Wie ist der Arbeitnehmerbegriff des AMFG zu verstehen? Der Wortlaut des Gesetzgebers spricht in § 2 Abs 1 AMFG von „*Arbeitsuchende*“ und „*Arbeitsverhältnissen (Dienstverhältnissen)*“. Das AMFG erfasst die Vermittlung von Arbeitsverhältnissen.⁹³⁶ Die Vermittlung zum Abschluss eines Werkvertrages wird nicht vom Anwendungsbereich des AMFG erfasst.⁹³⁷

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der historische Sinn und Zweck des AMFG darin bestand den wirtschaftlich und sozial schwachen arbeitsuchenden Arbeitnehmer vor der Ausbeutung im Rahmen der Arbeitsvermittlung zu schützen (Arbeitnehmerschutz bzw Ausbeutungsschutz).⁹³⁸ Die Gesetzesmaterialien sehen dazu folgendes explizit vor: „*Weil diese Personen gegen wenig Entgelt arbeiten müssen, und wenn sie bei diesen Vermittlungen noch eine Menge bezahlen müssen, wird das wenige, das sie bekommen, nicht ausreichen*“.⁹³⁹

Die Gerichtsbarkeit hat sich im Jahre 1994 mit der Frage auseinandergesetzt was unter den Begriffen „*Arbeitsuchende*“ und „*Arbeitsverhältnissen (Dienstverhältnissen)*“ zu verstehen ist. Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* versteht unter dem Begriff „*Arbeitsuchende*“ den individualrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB.⁹⁴⁰ Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* setzte sich in weiterer Folge mit der Frage auseinander ob ein Berufsfußballspieler unter die Bestimmungen des AMFG zu subsumieren ist. Es prüfte ob es sich bei einem Spielervertrag um ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB handelt. Das *LG für Zivilrechtssachen Wien* ist der Ansicht, dass es sich bei dem Spielervertrag um ein Arbeitsverhältnis gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB handelt. „*Es ist daher zu prüfen, ob ein 'Spielervertrag', wie er Gegenstand der Vermittlungsvereinba-*

⁹³⁵ Bühler, Ist der Urlaubsentgeltanspruch von Profifußballern noch zeitgemäß?, *SpuRt*, 1998, 147.

⁹³⁶ Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 12; Arb 8306; Mazal, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit I, *ZAS*, 1992, 109f; *LG für Zivilrechtssachen Wien* 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

⁹³⁷ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 134; Clark, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, 17 und 199.

⁹³⁸ SP 122, BlgNR 11. GP, 10269.

⁹³⁹ SP 122, BlgNR 11. GP, 10269.

⁹⁴⁰ *LG für Zivilrechtssachen Wien* 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

nung der Parteien war, nach seinen festgestellten typischen Elementen ein Dienstverhältnis im Sinne des § 1151 Abs. 1 erster Satz ABGB bildet. Das ist zu bejahen: Der Spieler verpflichtet sich auf eine gewisse Zeit zu einer regelmäßigen, von ihm inhaltlich nicht bestimm- baren Leistung, nicht aber zur Herstellung eines bestimmten Erfolges. Er steht daher in per- sönlicher Abhängigkeit zum Verein und bezieht dafür periodisch Entgelt“.⁹⁴¹ Es kann daher festgehalten werden, dass das LG für Zivilrechtssachen Wien für die Bestimmung des Ar- beitnehmerbegriffes im Sinne des § 2 Abs 1 AMFG an den individualrechtlichen Arbeit- nehmerbegriff gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB anknüpft und der Berufsfußballspieler unter den individualrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gemäß § 1151 Abs 1 erster Satz ABGB zu subsumieren ist.

7.2. Fußballspieler als Arbeitnehmer im Sinne des AMFG

Ist der Berufsfußballspieler als Arbeitnehmer im Sinne des AMFG zu verstehen? Nach herrschender Meinung in der deutschen, österreichischen beziehungsweise schweizerischen sportrechtlichen Literatur und nach der Rsp der Gerichte ist der Berufsfußballspieler als Ar- beitnehmer im Sinne des Arbeitsmarktrechtes zu qualifizieren.⁹⁴²

7.3. Ansicht Jungheim

In der deutschen sportrechtlichen Literatur ist *Jungheim* der Ansicht, dass der Fußball- spieler unter den Arbeitnehmerbegriff des deutschen Arbeitsmarktrechtes zu subsumieren ist.⁹⁴³ Dafür spricht ihrer Meinung nach die „*Weisungsgebundenheit*“ des Berufsfußballspie-

⁹⁴¹ LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i.

⁹⁴² Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfra- gen des Fußballsports IV, 2006, 135 und 149; Helmholz, Die private Arbeitsvermittlung im Berufs- sport, 2005, 7; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 141 und 143; Englisch, Spielervermittlung und Spielerberatung nach DFB-Recht, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlerver- mittlung und des Sportlermanagements, 2003, 40; Modl, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 50ff; Jenny, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sport- lervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 27 und 32; Lampe/Müller, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, SpuRt, 2003, 133f; Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 52ff; Schloßer, Führen Vertragsverhandlungen durch Spielervermittler zur Unwirksamkeit der Vermittlungsverträge?, NZA, 2001, 17; Wertenbruch, Die Vereinbarkeit der Bera- tungs- und Vermittlungstätigkeit für Berufssportler/Lizenzspieler mit dem Rechtsberatungsgesetz und dem neuen Arbeitsförderungsgesetz, NJW, 1995, 223; so auch die österreichischen Gerichte. LG für Zivilrechtssachen Wien 31.5.1994, 1 Cg 221/93i; OLG 5.10.1994, 17 R 187/94; OGH 6.4.1995, 6 Ob 669/94; SZ 68/71; OGH, JBl, 1996, 396ff.

⁹⁴³ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 52ff.

lers gegenüber dem Profifußballverein. Die Weisungsgebundenheit des Spielers ist zwar durch die Vornahme des Mannschaftssportes bedingt, jedoch spricht dieser Umstand nicht gegen die Subsumtion unter den Arbeitnehmerbegriff. Der Berufsfußballspieler ist auf Grund der Vornahme des Mannschaftssportes in die Organisation des Fußballvereines integriert. *Jungheim* weist in weiterer Folge darauf hin, dass bei einem Berufsfußballspieler nicht die „*Schutzbedürftigkeit*“ eines üblichen bzw normalen Dienstnehmers gegeben ist. Dieser Umstand ist jedoch irrelevant, da der Berufsfußballspieler als Arbeitnehmer zu traktieren ist, solange der Gesetzgeber keine eigenständige Kategorisierung schafft, wie dies zum Beispiel im Bereich von Führungskräften („*leitenden Angestellten*“) der Fall ist. Ergo ist der Fußballspieler nach *Jungheim* unter den Arbeitnehmerbegriff des deutschen Arbeitsmarktrechtes zu subsumieren.⁹⁴⁴

7.4. Ansicht Limberger

In der österreichischen Literatur hat sich *Limberger* mit der Frage auseinandergesetzt ob die Vermittlung von Berufsfußballspielern als Arbeitsvermittlung im Sinne des AMFG zu verstehen ist.⁹⁴⁵ *Limberger* ist der Meinung, dass die Vermittlung von Berufsfußballspielern als Arbeitsvermittlung im Sinne des Arbeitsmarktrechtes anzusehen ist.⁹⁴⁶ Sie führte dazu folgendes ausdrücklich aus: „*Eindeutig zielt die Tätigkeit des Spielervermittlers darauf ab, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. ... Unbestritten kann damit die Feststellung wiederholt werden, dass die ‚reine Vermittlung‘ von Fußballern durch Spielervermittler den Bestimmungen des AMFG unterliegt*“.⁹⁴⁷

7.5. Eigene Meinung

Meiner Meinung nach ist der Berufsfußballspieler als arbeitsmarktrechtlicher Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs 1 AMFG zu verstehen. Entscheidender Aspekt für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit. Die Berufsfußballspieler sind

⁹⁴⁴ Jungheim, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002, 52ff.

⁹⁴⁵ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 135 und 149; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 141 und 143.

⁹⁴⁶ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 135 und 149; Limberger, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 141 und 143.

⁹⁴⁷ Limberger, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 135.

gegenüber den Fußballvereinen persönlich abhängig.⁹⁴⁸ Berufsfußballspieler, die ein Vielfaches von einem durchschnittlichen Unternehmen verdienen, sind ebenfalls unter den arbeitsmarktrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gemäß § 2 Abs 1 AMFG zu subsumieren. Die Einkommenshöhe und die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer Einkommensangewiesenheit sind nämlich keine entscheidenden Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes. Es wird in der Literatur vorgebracht, dass Spitzensportler keine Arbeitnehmer sind, da sie nicht faktisch schutzbedürftig sind. Gegen diesen Aspekt spricht, dass der historische rechtspolitische Beweggrund für die Gesetzgebung in Arbeitsrechtssachen auf die üblicherweise wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstnehmers abstellte und nicht auf die faktische Schutzbedürftigkeit.⁹⁴⁹

⁹⁴⁸ Schrammel/Tomandl, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 236.

⁹⁴⁹ Krejci, in Rummel [Hrsg], ABGB Kommentar, 1990, zu § 1151, Rz 63; Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA, 1992, 103.

XIV. Spielervermittlung und internationale Zuständigkeit

1. Einleitung

In der internationalen Spielervermittlungspraxis kommt es vor, dass Spielervermittler aus einem EU-Mitgliedsstaat für Spieler respektive Fußballvereine aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat tätig werden. Nach erfolgtem Spielertransfer will der Spieler beziehungsweise der Verein die vertraglich vereinbarte Vermittlungsprovision dem Spielervermittler nicht bezahlen. Es stellt sich bei Sachverhalten mit Auslandsberührung nun die Frage in welchem EU-Mitgliedsstaat die Gerichte international zuständig sind?

2. Allgemeine Grundlagen

Die zentrale Rechtsquelle für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Konnex mit vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten enthält die „*Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*“⁹⁵⁰ (EuGVVO). Was ist unter dem Begriff der „*internationalen Zuständigkeit*“ zu verstehen? Die internationale Zuständigkeit normiert die Zuteilung von Rechtsstreitigkeiten bei Sachverhalten mit Auslandsbezug vor ein inländisches respektive ausländisches Gericht.⁹⁵¹ Die EuGVVO stellt einen Akt des sekundären Gemeinschaftsrechtes dar⁹⁵² und ist als solches unmittelbar anwendbar. Die Regelungen der EuGVVO gehen den Regelungen des nationalen Zuständigkeitsrechtes vor („*Anwendungsvorrang*“).⁹⁵³ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind die in der EuGVVO verwendeten Begriffe prinzipiell gemeinschaftsautonom zu interpretieren. Das bedeutet, dass bei der Interpretation der Begriffe nicht an die Bedeutung der Begriffe nach den jeweiligen betroffenen nationalen mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen anzuknüpfen ist. Durch die gemeinschaftsautonome Interpretation soll die einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet werden.⁹⁵⁴ Grundsätzlich wird daher bei der Interpretation

⁹⁵⁰ ABI 2001 L 12 S 1 idF ABI 2002 L 225 S 13 und ABI 2007 L 339 S 3 veröffentlicht.

⁹⁵¹ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2009, 32; Holzhammer, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 1976, 29.

⁹⁵² Mayr, in Rechberger [Hrsg], Kommentar zur ZPO, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 9. Czernich, Der Erfüllungsgerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 337.

⁹⁵³ Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 6; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Vor Art 1 EuGVO, Rz 4; OGH, JBl, 2000, 122.

⁹⁵⁴ Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 6f; Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 1, Rz 2f; EuGH Urteil 14.7.1977, verb Rs 9 und 10/77, Bavaria Flugesellschaft und Germanair/Eurocontrol, Slg 1977, S 1517, Rz 4.

der Begriffe nicht auf das Recht des Gerichtsstaates („*lex fori*“) respektive des anwendbaren materiellen Rechtes („*lex causae*“) zurückgegriffen.⁹⁵⁵ Die EuGVVO ist eine ‚*convention double*‘. Das bedeutet, die EuGVVO normiert in ihren Bestimmungen sowohl die ‚*internationale Zuständigkeit*‘ als auch die ‚*Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*‘.⁹⁵⁶ Des Weiteren ist die EuGVVO eine ‚*competence direct*‘. Das bedeutet, dass der Erstrichter im Rahmen des Erkenntnisverfahrens eine abschließende Beurteilung der Frage der internationalen Zuständigkeit vornimmt und die auf der Grundlage des EuGVVO getroffene Entscheidung des inländischen Gerichtes vom ausländischen Gericht automatisch anerkannt und vollstreckt wird.⁹⁵⁷ Die Interpretation der EuGVVO obliegt dem *EuGH*.⁹⁵⁸

3. Sachverhalt mit Auslandsberührung

Nach herrschender Meinung in der Literatur und Rsp des *EuGH* wird die EuGVVO bloß auf Sachverhalte mit Auslandsberührung angewandt.⁹⁵⁹ Die Regelungen der EuGVVO sind daher nicht auf reine interne Binnensachverhalte anzuwenden.⁹⁶⁰ Für das Erfordernis eines Sachverhaltes mit Auslandsberührung spricht der zweite Erwägungsgrund der Präambel zur EuGVVO. Dieser hat den Sinn und Zweck zur Vereinheitlichung der internationalen Zuständigkeit (Vereinheitlichungsfunktion).⁹⁶¹ Der *EuGH* präziserte in seiner Rsp den Begriff des ‚*Sachverhaltes mit Auslandsbezug*‘. Er entschied in seiner Rsp in der Rs *Josi/Universal*, dass grundsätzlich ein Sachverhalt mit Auslandsbezug gegeben ist, wenn der Beklagtenwohnsitz in einem Mitgliedsstaat liegt und der Kläger in einem Drittstaat ansässig ist.⁹⁶² Ein Sachverhalt mit Auslandsberührung ist sohin beispielsweise gegeben, wenn ein Spielervermittler mit Wohnsitz in Kanada einen Fußballspieler mit Wohnsitz in Österreich beziehungsweise einen Fußballverein mit Sitz in Österreich auf Bezahlung einer Vermittlungsprovision klagt.

⁹⁵⁵ Brenn, *Europäischer Zivilprozess*, 2005, 6f.

⁹⁵⁶ Mayr, in Rechberger [Hrsg], *Kommentar zur ZPO*, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 6.

⁹⁵⁷ Czernich/Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2006, 40f; Mayr, in Rechberger [Hrsg], *Kommentar zur ZPO*, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 6.

⁹⁵⁸ Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], *Internationales Zivilverfahrensrecht*, zu Vor Art 1 EuGVO, Rz 26.

⁹⁵⁹ Rechberger/Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2009, 51; Czernich/Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2006, 59 und 62; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], *Internationales Zivilverfahrensrecht*, zu Art 1 EuGVO, Rz 26; *EuGH Urteil vom 13.7.2000*, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 59 und 61; *EuGH Urteil vom 1.3.2005*, Rs C-281/02, Owusu, Slg 2005, S I-1383, Rz 25ff.

⁹⁶⁰ Rechberger/Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2009, 51; OGH 2.3.2000, 9 Ob 22/00a; SZ 73/43; OGH 21.4.2004, 9 Ob 151/03a; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], *Internationales Zivilverfahrensrecht*, zu Art 1 EuGVO, Rz 26.

⁹⁶¹ Czernich/Mayr, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2006, 59 und 62.

⁹⁶² *EuGH Urteil vom 13.7.2000*, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 59ff.

4. Temporärer Anwendungsbereich

Mit welchem Zeitpunkt sind Sachverhalte mit Auslandsberührungen unter die Bestimmungen der EuGVVO zu subsumieren? Die EuGVVO ist mit 1. März 2002 gemäß ihrem Art 76 gegenüber den Vertragsstaaten in Kraft getreten.⁹⁶³ Mit 1. Mai 2004 ist die EuGVVO gegenüber den neuen zehn EU-Mitgliedsstaaten in Kraft getreten.⁹⁶⁴ Es gilt das „Prinzip der Nichtrückwirkung“ gemäß Art 66 Abs 1 EuGVVO.⁹⁶⁵ Die Bestimmungen der EuGVVO sind auf solche Klagen anzuwenden, die nach ihrem in Kraft treten „erhoben“ beziehungsweise „aufgenommen“ worden sind gemäß Art 66 Abs 1 EuGVVO.⁹⁶⁶ Nach herrschender Meinung ist dies mit „Gerichtsanhängigkeit“ der Fall.⁹⁶⁷

5. Sachlicher Anwendungsbereich

Welche Rechtsangelegenheiten sind Gegenstand der EuGVVO? Die zentrale Rechtsgrundlage für den sachlichen Anwendungsbereich der EuGVVO normiert deren Art 1 Abs 1 und 2.

„Diese Verordnung ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt. Sie erfasst insbesondere nicht Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten.

Sie ist nicht anzuwenden auf:

- a) den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, die ehelichen Güterstände, das Gebiet des Erbrechts einschließlich des Testamentsrechts;*
- b) Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren;*
- c) die soziale Sicherheit;*
- d) die Schiedsgerichtsbarkeit.“*

⁹⁶³ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2009, 50; Klauser, Europäisches Zivilprozessrecht, 2002, zu Vor Art 1 EuGVVO, Rz 2; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH, RdW, 2004, 222.

⁹⁶⁴ OGH 20.1.2005, 8 Ob 92/04v; OGH, RdW, 2005, 360; Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 1, Rz 170.

⁹⁶⁵ Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 57; Mayr, in Rechberger [Hrsg], Kommentar zur ZPO, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 11; OGH 30.6.2003, 7 Ob 89/03v.

⁹⁶⁶ OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH, RdW, 2004, 222; OGH 30.6.2003, 7 Ob 89/03v.

⁹⁶⁷ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2009, 50; Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 57; Mayr, in Rechberger [Hrsg], Kommentar zur ZPO, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 11.

Der sachliche Anwendungsbereich erfasst gemäß Art 1 Abs 1 erster Satz EuGVVO Zivilsachen und Handelssachen, wobei die angewandte Verfahrensart irrelevant ist. Die EuGVVO normiert in Art 1 Abs 1 zweiter Satz und Art 1 Abs 2 lit a-d EuGVVO Rechtsangelegenheiten, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst werden. Was ist unter den Begriffen „Zivilsache“ und „Handelssache“ im Sinne des Art 1 Abs 1 erster Satz EuGVVO zu verstehen? Die EuGVVO enthält keine Legaldefinition für die Begriffe „Zivilsache“ und „Handelssache“. Nach der Rsp des *EuGH* ist die Bedeutung der Begriffe „Zivilsache“ und „Handelssache“ verordnungsautonom zu interpretieren.⁹⁶⁸ Die Bedeutung dieser Begriffe ist sohin nicht an Hand der individuellen Bedeutung der Begriffe in der Rechtsordnung eines Mitgliedsstaates, sondern unter Berücksichtigung der „Zielsetzungen“ und der „Systematik des Übereinkommens“ sowie der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“, die aus sämtlichen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten resultieren, zu eruieren.⁹⁶⁹ Die Handelssachen stellen einen Unterfall der Zivilsache dar, weshalb die individuelle Bestimmung dieses Begriffes irrelevant ist.⁹⁷⁰ Arbeitsrechtssachen⁹⁷¹ und Unterhaltssachen⁹⁷² werden auch als Zivilsache im Sinne des Art 1 Abs 1 EuGVVO verstanden. Für die Bestimmung einer Rechtsangelegenheit als Zivilsache respektive Handelssache kommt es gemäß Art 1 Abs 1 EuGVVO nicht auf die Verfahrensart an.⁹⁷³ Es ist für die Beurteilung einer Rechtsangelegenheit als Zivilsache und Handelssache im Sinne des Art 1 Abs 1 EuGVVO irrelevant, wenn ein materieller zivilrechtlicher Anspruch respektive materieller handelsrechtlicher Anspruch vor dem Zivilgericht, dem Handelsgericht, dem Arbeitsgericht respektive dem Strafgericht durchzusetzen ist.⁹⁷⁴ Sind öffentlich-rechtliche Rechtsangelegenheiten als Zivilsache und Handelssache im Sinne des Art 1 Abs 2 EuGVVO zu verstehen? Nach der Rsp des *EuGH* ist zu prüfen ob eine Entscheidung zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem Privaten im Konnex mit hoheitlicher Befugnisausübung getroffen wird.⁹⁷⁵ Der materielle Anspruch auf Provisionszah-

⁹⁶⁸ EuGH Urteil vom 14.10.1976, Rs 29/76, Eurocontrol, Slg 1976, S 1541, Rz 3 und 5; EuGH Urteil vom 21.4.1993, Rs C-172/91, Sonntag, Slg 1993, S I-1963, Rz 18; EuGH Urteil vom 14.7.1977, verb Rs 9 und 10/77, Bavaria Fluggesellschaft und Germanair/Eurocontrol, Slg 1977, S 1517, Rz 4; Mayr, EuGVÜ und LGVÜ, 2001, 26; Schlosser, Zum Begriff „Zivil- und Handelssachen“ in Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ, IPRax, 1981, 154f.

⁹⁶⁹ EuGH Urteil vom 14.10.1976, Rs 29/76, Eurocontrol, Slg 1976, S 1541, Rz 3 und 5.

⁹⁷⁰ Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 56; Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 1, Rz 24.

⁹⁷¹ EuGH Urteil vom 13.11.1979, Rs 25/79, Sanicentral/René Collin, Slg 1979, S 3423, Rz 3; Klausner, Europäisches Zivilprozessrecht, 2002, zu Art 1 EuGVVO, E 13.

⁹⁷² EuGH Urteil vom 6.3.1980, Rs 120/79, Cavel/Cavel, Slg 1980, S 731, Rz 5.

⁹⁷³ Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 1, Rz 4; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Art 1 EuGVÜ, Rz 5.

⁹⁷⁴ Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 2005, zu Art 1, Rz 12; Mayr, in Rechberger [Hrsg], Kommentar zur ZPO, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 17.

⁹⁷⁵ EuGH Urteil vom 14.10.1976, Rs 29/76, Eurocontrol, Slg 1976, S 1541, Rz 4f; EuGH Urteil vom 21.4.1993, Rs C-172/91, Sonntag, Slg 1993, S I-1963, Rz 20; Czernich/Tiefenthaler, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, Kurzkomentar, 1997, zu Art 1, Rz 6.

lung aus dem Spielervermittlungsvertrag ist als Zivilsache beziehungsweise Handelssache gemäß Art 1 Abs 1 erster Satz EuGVVO zu verstehen. Dafür spricht, dass der der *EuGH* in der Rsp in der Rs *Arcado/Haviland* den Provisionszahlungsanspruch eines selbständigen Handelsvertreters (Handelsvertretersache)⁹⁷⁶ und der *OGH* den Provisionszahlungsanspruch eines Maklers (Maklersache)⁹⁷⁷ unter die EuGVVO subsumierten.

6. Geographisch-räumlicher Anwendungsbereich

Welche Staaten sind geographisch-räumlich betrachtet von der EuGVVO erfasst? Der geographisch-räumliche Anwendungsbereich der EuGVVO erstreckte sich grundsätzlich auf sämtliche Mitgliedsstaaten der EU mit Ausnahme des EU-Mitgliedsstaates „Dänemark“ gemäß Art 1 Abs 3 EuGVVO.⁹⁷⁸ Durch das Abkommen der EG mit Dänemark ist die EuGVVO nun auch auf das Verhältnis der Vertragsstaaten und Dänemark anwendbar.⁹⁷⁹ Das Abkommen ist nach dessen Art 12 mit 1. Juli 2007 in Kraft getreten.⁹⁸⁰

7. Räumlich-personeller Anwendungsbereich

Wie ist der räumlich-personelle Anwendungsbereich der EuGVVO konzipiert? Die Rechtsgrundlagen für die Bestimmung des räumlich-personellen Anwendungsbereiches enthalten die Art 2 Abs 1 EuGVVO, Art 9 Abs 2 EuGVVO, Art 15 Abs 2 EuGVVO, Art 18 Abs 2 EuGVVO, Art 22 EuGVVO, Art 23 EuGVVO und Art 24 EuGVVO. Der räumlich-personelle Anwendungsbereich des Art 2 EuGVVO ist gegeben, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem EU-Mitgliedsstaat hat (Beklagtenwohnsitz).⁹⁸¹ Der Besitz einer Staatsbürgerschaft eines Mitgliedsstaates ist auf Grund der ausdrücklichen Anordnung in Art 2 Abs 1 EuGVVO irrelevant.⁹⁸² Wird ein kanadischer Fußballspieler mit Wohnsitz in Österreich von einem amerikanischen Spielervermittler mit Wohnsitz in Deutschland respektive

⁹⁷⁶ EuGH Urteil vom 8.3.1988, Rs 9/87, *Arcado/Haviland*, Slg 1988, S 1539, Rz 12; Simotta, in Faching [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 55.

⁹⁷⁷ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

⁹⁷⁸ Klauser, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2002, zu Vor Art 1 EuGVVO, Rz 3f.

⁹⁷⁹ „*Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*“, ABI 2005 L 299 S 62.

⁹⁸⁰ „*Unterrichtung über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*“, ABI 2007 L 94 S 70.

⁹⁸¹ Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], *Internationales Zivilverfahrensrecht*, zu Vor Art 1 EuGVO, Rz 28.

⁹⁸² Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], *Internationales Zivilverfahrensrecht*, zu Vor Art 1 EuGVO, Rz 28.

Amerika vor einem österreichischen Gericht geklagt, ist der räumlich-personelle Anwendungsbereich des Art 2 EuGVVO erfüllt. Gemäß Art 23 EuGVVO knüpft der räumlich-personelle Anwendungsbereich an die Gerichtsstandsvereinbarung und den Wohnsitz einer Partei (Kläger oder Beklagte) in einem Mitgliedsstaat an. Bei Streitigkeiten von Verbraucherrechtssachen, Versicherungsrechtssachen und Arbeitsrechtssachen knüpft der räumlich-personelle Anwendungsbereich gemäß Art 9 Abs 2 EuGVVO, Art 15 Abs 2 EuGVVO und Art 18 Abs 2 EuGVVO an die „Niederlassung“ im EU-Mitgliedsstaat des Beklagten an. Nach Art 24 EuGVVO knüpft der räumlich-personelle Anwendungsbereich an die (rüge)lose Streiteinlassung an.

8. Zuständigkeitssystem der EuGVVO

8.1. Allgemeine Grundlagen

Das Zuständigkeitssystem der EuGVVO kennt unterschiedliche Formen von Gerichtsständen. Zu den unterschiedlichen Formen der Gerichtsstände gehören unter anderem der allgemeine Gerichtsstand gemäß Art 2 EuGVVO, der Wahlgerichtsstand gemäß Art 5 bis 7 EuGVVO und der ausschließliche Gerichtsstand gemäß Art 22 EuGVVO.⁹⁸³ Der allgemeine Gerichtsstand und der Wahlgerichtsstand bestehen alternativ nebeneinander. Der Kläger kann bei Vorliegen eines allgemeinen Gerichtsstandes und eines Wahlgerichtsstandes wählen bei welchem dieser Gerichtsstände er die Klage einbringt.⁹⁸⁴ Der ausschließliche Gerichtsstand verdrängt hingegen den allgemeinen Gerichtsstand und den Wahlgerichtsstand.⁹⁸⁵

8.2. Allgemeiner Gerichtsstand

Wie ist der allgemeine Gerichtsstand nach der EuGVVO konzipiert? Die Rechtsgrundlage für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes enthält Art 2 Abs 1 EuGVVO. Nach Art 2 Abs 1 EuGVVO bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand bei natürlichen (physischen) Personen auf Grund des Wohnsitzes des Beklagten in einem EU-Mitgliedsstaat (Beklagtenwohnsitz), ohne Berücksichtigung der Staatsbürgerschaft.⁹⁸⁶ Im allgemeinen Ge-

⁹⁸³ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2009, 51f.

⁹⁸⁴ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2009, 51.

⁹⁸⁵ Mayr, in Rechberger [Hrsg], Kommentar zur ZPO, 2006, zu Nach § 27a JN, Rz 22.

⁹⁸⁶ EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 34 und 54; OGH 9.9.1997, 4 Ob 233/97m; SZ 70/176.

richtsstand spiegelt sich der Grundgedanke des Prinzips ‚*actor sequitur forum rei*‘.⁹⁸⁷ Auf Grund des Prinzips ‚*actor sequitur forum rei*‘ soll dem Beklagten die Verteidigung vereinfacht werden (Verteidigungserleichterung).⁹⁸⁸ Nach Art 2 Abs 1 EuGVVO ist das Kriterium der Staatsangehörigkeit für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes irrelevant.⁹⁸⁹ Grundsätzlich ist es nicht ausreichend, wenn der Beklagte bloß einen „gewöhnlichen Aufenthalt“ in einem Mitgliedsstaat hat, es bedarf vielmehr eines Wohnsitzes.⁹⁹⁰ Der allgemeine Gerichtsstand des Beklagtenwohnsitzes gemäß Art 2 Abs 1 EuGVVO stellt die (generelle) Grundregel dar.⁹⁹¹ Die Bestimmung des Art 2 Abs 1 EuGVVO normiert bloß die internationale Zuständigkeit des Mitgliedsstaates in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat. Die Bestimmung sagt nichts über die sachliche und örtliche Zuständigkeit aus.⁹⁹² Die sachliche und örtliche Zuständigkeit sind grundsätzlich nach den nationalen zuständigkeitsrechtlichen Bestimmungen des Wohnsitzstaates zu eruieren.⁹⁹³ Hat die beklagte Partei ihren Wohnsitz in einem EU-Mitgliedsstaat, so kann sie bloß bei Vorliegen einer Zuständigkeit gemäß Art 5 EuGVVO bis Art 24 EuGVVO an einem anderen Gericht geklagt werden.⁹⁹⁴ Hat ein Beklagter seinen Wohnsitz in einem Drittstaat, so ergibt sich die internationale Zuständigkeit grundsätzlich nicht auf Grund der EuGVVO, sondern auf Grund des nationalen inländischen Zuständigkeitsrechtes gemäß Art 4 Abs 1 EuGVVO („*lex fori*“).⁹⁹⁵ Grundsätzlich ist der Wohnsitz des Klägers für das internationale Zuständigkeitsrecht irrelevant.⁹⁹⁶ Ausnahmsweise ist der Wohnsitz des Klägers jedoch zu berücksichtigen, wenn die EuGVVO dies explizit normiert.⁹⁹⁷

Wie ist der Wohnsitzbegriff zu bestimmen? Auf Grund der ausdrücklichen Anordnung in Art 59 Abs 1 EuGVVO ist der Wohnsitz bei natürlichen Personen nach den nationalen Be-

⁹⁸⁷ Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar, 2005, zu Art. 2, Rz 1; OGH 16.5.2001, 6 Ob 27/01s; EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 35.

⁹⁸⁸ Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar, 2005, zu Art. 2, Rz 1; EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 35; EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, Handte, Slg 1992, S I-3967, Rz 14.

⁹⁸⁹ OGH, JBl, 2000, 122; OGH 9.9.1997, 4 Ob 233/97m; SZ 70/176; OGH 16.5.2001, 6 Ob 27/01s.

⁹⁹⁰ Czernich/Tiefenthaler, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, Kurzkomentar, 1997, zu Art 1, Rz 3.

⁹⁹¹ EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 34; OGH 16.5.2001, 6 Ob 27/01s; OGH, JBl, 1999, 746.

⁹⁹² Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 7; Czernich, Der Erfüllungsgerechtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427.

⁹⁹³ Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 66.

⁹⁹⁴ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2009, 53; Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 7; EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 36; OGH, JBl, 2000, 122.

⁹⁹⁵ EuGH Urteil vom 15.9.1994, Rs C-318/93, Brenner und Noller, Slg 1994, S I-4275, Rz 16.

⁹⁹⁶ Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Art 2 EuGVO, Rz 13; EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 53, 57, 59 und 61.

⁹⁹⁷ Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar, 2005, zu vor Art. 2, Rz 9; EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, Group Josi, Slg 2000, S I-5925, Rz 61.

stimmungen des Gerichtsstaates zu bestimmen. In diesem Fall wird die grundsätzlich gemeinschaftsautonome Interpretation der Begriffe der EuGVVO durchbrochen.

Wie ist der allgemeine Gerichtsstand der juristischen Personen und Gesellschaften zu bestimmen? Die zentrale Rechtsgrundlage für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes der juristischen Personen respektive der Gesellschaften enthält Art 60 EuGVVO. Der allgemeine Gerichtsstand der juristischen Personen respektive Gesellschaften knüpft grundsätzlich am „Sitz“ der juristischen Person bzw Gesellschaft an gemäß Art 60 EuGVVO. Die EuGVVO normiert was unter dem Begriff „Sitz“ zu verstehen ist in ihrem Art 60. Unter dem Begriff „Sitz“ wird der Ort an dem die Gesellschaft oder juristische Person den satzungsgemäßen Sitz, die „Hauptverwaltung“ beziehungsweise die „Hauptniederlassung“ hat verstanden. Der Sitzbegriff der juristischen Person respektive Gesellschaft ist ergo verordnungsgemäß autonom zu interpretieren.

Klagt ein Spielervermittler mit Wohnsitz in Österreich (Wien) einen Fußballspieler mit Wohnsitz in Italien (Rom) auf Bezahlung einer Vermittlungsprovision, so liegt der Beklagtenwohnsitz gemäß Art 2 Abs 1 EuGVVO in Italien. Die internationale Zuständigkeit der italienischen Gerichte ist gegeben. Klagt ein Spielervermittler mit Wohnsitz in Deutschland (München) einen Fußballverein mit Sitz in Italien (Rom) auf Bezahlung einer Vermittlungsprovision, so ist der Beklagtenwohnsitz nach Art 2 Abs 1 EuGVVO iVm Art 60 EuGVVO in Italien. Die internationale Zuständigkeit der italienischen Gerichte ist sohin gegeben.

8.3. Wahlgerichtsstand

8.3.1. Allgemeine Grundlagen

Die Rechtsgrundlagen für die Wahlgerichtsstände enthalten die Art 5 bis 7 EuGVVO. Durch den Wahlgerichtsstand hat der Kläger die Möglichkeit den Beklagten neben dem allgemeinen Gerichtsstand am Wahlgerichtsstand nach Art 5 bis 7 EuGVVO zu klagen. Der Wahlgerichtsstand besteht alternativ neben dem allgemeinen Gerichtsstand.⁹⁹⁸ Grundsätzlich normieren die Wahlgerichtsstände im Unterschied zu dem allgemeinen Gerichtsstand zu der internationalen Zuständigkeit zusätzlich die „örtliche Zuständigkeit“ mit.⁹⁹⁹ Die EuGVVO kennt unterschiedliche Formen der Wahlgerichtsstände. Zu den Wahlgerichtsständen gehö-

⁹⁹⁸ Czernich/Tiefenthaler, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, Kurzkomentar, 1997, zu Art 5, Rz 1; EuGH Urteil vom 22.3.1983, Rs 34/82, Peters/Znav, Slg 1983, S 987, Rz 7f.

⁹⁹⁹ Simotta, in Fasching [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 4; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Art 5 EuGVO, Rz 2; Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 38; Czernich, Der Erfüllungsggerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427.

ren insbesondere erstens der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1 lit a-c EuGVVO, zweitens der Gerichtsstand in Unterhaltssachen gemäß Art 5 Z 2 EuGVVO, drittens der Gerichtsstand bei deliktischen Klagen gemäß Art 5 Z 3 EuGVVO und viertens der Gerichtsstand der Niederlassung gemäß Art 5 Z 5 EuGVVO. Wird vom allgemeinen Grundsatz des allgemeinen Gerichtsstandes gemäß Art 2 EuGVVO abgewichen, so hat die Interpretation aus Gründen der Rechtssicherheit der Art zu erfolgen, dass „*ein normal informierter Beklagter vernünftigerweise vorhersehen kann, vor welchem anderen Gericht*“ als dem Beklagtenwohnsitzgerichtsstand die Klage eingebracht werden kann.¹⁰⁰⁰

8.3.2. Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes¹⁰⁰¹

Die Rechtsgrundlage für den Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes enthält Art 5 Z 1 lit a-c EuGVVO.

„Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden:

1. a) wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre;

b) im Sinne dieser Vorschrift - und sofern nichts anderes vereinbart worden ist - ist der Erfüllungsort der Verpflichtung

- für den Verkauf beweglicher Sachen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen;

- für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen;

c) ist Buchstabe b) nicht anwendbar, so gilt Buchstabe a);“

¹⁰⁰⁰ OGH 28.6.2000, 7 Ob 132/00p; SZ 73/106; EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, Handte, Slg 1992, S I-3967, Rz 18.

¹⁰⁰¹ Der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 EuGVVO ist vom Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß § 88 JN zu differenzieren. Der zentrale Unterschied zu § 88 JN besteht darin, dass der Erfüllungsort gemäß Art 5 EuGVVO vertraglich nicht vereinbart werden muss (ex lege Geltung). Für den Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 EuGVVO bedarf es keines urkundlichen Nachweises. Czernich, Der Erfüllungsort im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427; Tiefenthaler, LGVÜ: Gerichtsstand am „Erfüllungsort des Bereicherungsanspruchs“, ÖJZ, 1998, 544f.

Der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes gibt dem Kläger die Möglichkeit trotz Wohnsitz des Beklagten in einem Mitgliedsstaat vor einem österreichischen Gericht zu klagen.¹⁰⁰² Kläger aus anderen EU-Mitgliedsstaaten haben daher auch die Möglichkeit Beklagte mit Wohnsitz in Österreich vor ihren Gerichten zu klagen.¹⁰⁰³ Der Sinn und Zweck des Wahlgerichtsstandes des Erfüllungsortes für Dienstleistungsverträge gemäß Art 5 Z 1 lit b EuGVVO existiert nicht in der Schaffung eines Klägergerichtsstandes, sondern in der Schaffung eines streitgegenständlichen Gerichtsstandes, der an den Ort der Dienstleistung anknüpft.¹⁰⁰⁴ In der Literatur wird der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes als „*Vertragsgerichtsstand*“ bezeichnet.¹⁰⁰⁵ In der Praxis handelt es sich bei dem Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes um den relevantesten Wahlgerichtsstand.¹⁰⁰⁶ Der sachliche Anwendungsbereich des Wahlgerichtsstandes des Erfüllungsortes knüpft im generellen an den Vertrag respektive vertraglichen Anspruch an gemäß Art 5 Nr 1 EuGVÜ (Art 5 Z 1 lit a EuGVVO).¹⁰⁰⁷

Was ist unter einem „*Vertrag*“ beziehungsweise einem „*vertraglichen Anspruch*“ im Sinne des Art 5 Nr 1 EuGVÜ (Art 5 Z 1 lit a EuGVVO) zu verstehen? Die Begriffe „*Vertrag*“ beziehungsweise „*vertraglicher Anspruch*“ sind nach der Rsp des *EuGH* vertragsautonom zu interpretieren.¹⁰⁰⁸ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* wird unter den Begriffen „*Vertrag*“ respektive „*vertraglicher Anspruch*“ eine „*freiwillig eingegangene Verpflichtung*“ einer Person gegenüber einer anderen Person verstanden.¹⁰⁰⁹ Darunter werden unter anderem erstens der Schadensersatzanspruch ex contractu¹⁰¹⁰, zweitens der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo (CIC)¹⁰¹¹, drittens der bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsanspruch nach Auflösung eines Vertrages¹⁰¹² und viertens die Rechtstreitigkeiten über die Existenz eines Vertrages (Strittigkeit)¹⁰¹³ verstanden. Ansprüche nach dem PHG werden nicht unter die Begriffe „*vertraglicher Anspruch*“ beziehungsweise „*Vertrag*“ gemäß Art 5 Nr 1

¹⁰⁰² Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 337; Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 426 und 430.

¹⁰⁰³ Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 430.

¹⁰⁰⁴ Simotta, in Fasching [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 14; Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 5, Rz 5.

¹⁰⁰⁵ Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 39; Hau, Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption, IPRax, 2000, 354.

¹⁰⁰⁶ OGH 9.9.1997, 4 Ob 233/97m; SZ 70/176.

¹⁰⁰⁷ EuGH Urteil vom 22.3.1983, Rs 34/82, Peters/Znav, Slg 1983, S 987, Rz 8.

¹⁰⁰⁸ EuGH Urteil vom 8.3.1988, Rs 9/87, Arcado/Haviland, Slg 1988, S 1539, Rz 11; OGH 16.5.2001, 6 Ob 27/01s; EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, Handte, Slg 1992, S I-3967, Rz 10; EuGH Urteil vom 22.3.1983, Rs 34/82, Peters/Znav, Slg 1983, S 987, Rz 9f.

¹⁰⁰⁹ EuGH Urteil vom 5.2.2004, Rs C-265/02, Frahuil, Slg 2004, S I-1543, Rz 24; EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, Handte, Slg 1992, S I-3967, Rz 15.

¹⁰¹⁰ OGH 16.11.1999, 5 Nd 517/99; Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427.

¹⁰¹¹ Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427.

¹⁰¹² OGH 27.1.1998, 7 Ob 375/97s; Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427.

¹⁰¹³ Czernich, Der Erfüllungsortsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, AnwBl, 1996, 427; EuGH Urteil vom 4.3.1982, Rs 38/81, Effer/Kantner, Slg 1982, S 825, Rz 7.

EuGVÜ (Art 5 Z 1 lit a EuGVVO) subsumiert.¹⁰¹⁴ Arbeitsrechtssachen, Verbrauchersachen und Versicherungssachen werden auch nicht unter die Begriffe „vertraglicher Anspruch“ und „Vertrag“ im Sinne des Art 5 Z 1 EuGVVO subsumiert. Hierfür bestehen Sonderbestimmungen gemäß Art 15-21 EuGVVO.¹⁰¹⁵

Ist der Provisionszahlungsanspruch eines Spielervermittlers aus einem Spielervermittlungsvertrag gegenüber einem Fußballverein respektive einem Fußballspieler als Vertrag respektive vertraglicher Anspruch gemäß Art 5 EuGVVO zu verstehen? Der *EuGH* führte in der Rsp in der Rs *Arcado/Haviland* aus, dass der Provisionszahlungsanspruch eines (selbständigen) Handelsvertreters als Vertrag respektive vertraglicher Anspruch gemäß Art 5 Nr 1 EuGVÜ zu verstehen ist.¹⁰¹⁶ Der *OGH* war der Auffassung, dass der Provisionszahlungsanspruch eines Maklers als Vertrag respektive vertraglicher Anspruch gemäß Art 5 EuGVVO zu verstehen ist.¹⁰¹⁷ Der Provisionszahlungsanspruch eines Spielervermittlers aus einem Spielervermittlungsvertrag gegenüber einem Fußballverein beziehungsweise Fußballspieler stellt daher einen Vertrag respektive vertraglichen Anspruch im Sinne des Art 5 EuGVVO dar.

Der Wahlgerichtstand des Erfüllungsortes ist durch die EuGVVO novelliert worden. Die Intention der neuen Reform bestand in der „Vereinfachung seiner praktischen Handhabung“ (Vereinfachungsfunktion).¹⁰¹⁸ Nach neuer Rechtslage ist der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes zweigliedrig konzipiert.¹⁰¹⁹ Art 5 Z 1 lit a EuGVVO gilt grundsätzlich im Allgemeinen für Verträge (Kontrakte). In Art 5 Z 1 lit b EuGVVO wird der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes für bestimmte Vertragstypen neu normiert. Der sachliche Anwendungsbereich des Art 5 Z 1 lit b EuGVVO erfasst Kaufverträge (über bewegliche Sachen) und Dienstleistungsverträge.

Was ist unter einem „Dienstleistungsvertrag“ gemäß Art 5 Z 1 lit b EuGVVO zu verstehen? Die EuGVVO per se definiert nicht den Begriff des „Dienstleistungsvertrages“. Den Bestimmungen der österreichischen Rechtsordnung ist der Begriff des „Dienstleistungsvertrages“ als solcher nicht bekannt.¹⁰²⁰ Der Begriff des „Dienstleistungsvertrages“ ist gemeinschaftsautonom zu interpretieren.¹⁰²¹ Der *OGH* greift für die Bestimmung des Begriffes „Dienstleistungsvertrag“ gemäß Art 5 EuGVVO auf Art 50 EGV und Art 13 EuGVÜ zu-

¹⁰¹⁴ EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, Handte, Slg 1992, S I-3967, Rz 15f und 20f.

¹⁰¹⁵ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a.

¹⁰¹⁶ EuGH Urteil vom 8.3.1988, Rs 9/87, *Arcado/Haviland*, Slg 1988, S 1539, Rz 12; Simotta, in Fassung [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 55.

¹⁰¹⁷ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰¹⁸ Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 73.

¹⁰¹⁹ Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 74; Czernich, Der Erfüllunggerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 338.

¹⁰²⁰ OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; Czernich, Der Erfüllunggerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 341.

¹⁰²¹ Czernich/Mayr, Europäisches Zivilprozessrecht, 2006, 83; Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 44; Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 5, Rz 89; Czernich, Der Erfüllunggerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 341; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i; BGH 2.3.2006, AZ IX ZR 15/05.

rück.¹⁰²² Der Vermittlungsvertrag zwischen einem Reiseorganisator und einer Luftverkehrsunternehmung (zur Vermittlung von Charterkontrakten)¹⁰²³, der Hotelunterbringungskontrakt¹⁰²⁴, die Leistungen eines Anwalts für seinen Mandanten¹⁰²⁵, sämtliche Beraterkontrakte, Handelsvertreterverträge und Maklerverträge¹⁰²⁶ sind beispielsweise als Dienstleistungsverträge im Sinne des Art 5 Z 1 lit b EuGVVO zu verstehen.

Ist der Spielervermittlungsvertrag als Dienstleistungsvertrag im Sinne des Art 5 lit b EuGVVO zu verstehen? Meiner Meinung nach ist der Spielervermittlungsvertrag als Dienstleistungsvertrag im Sinne des Art 5 Z 1 lit b EuGVVO zu verstehen. Die Spielervermittlung (Arbeitsvermittlung) ist als Dienstleistung im Sinne des Art 50 EGV zu qualifizieren.¹⁰²⁷ Darüber hinaus spricht dafür, dass Handelsvertreterverträge respektive Maklerverträge nach der Rsp des OGH bzw EuGH als Dienstleistungsverträge gemäß Art 5 Z 1 lit b EuGVVO verstanden werden.

8.3.3. Bestimmung des Erfüllungsortes nach Art 5 Z 1 lit b EuGVVO¹⁰²⁸

Wie ist der Erfüllungsort für Dienstleistungsverträge nach Art 5 Z 1 lit b EuGVVO zu bestimmen? Im ersten Schritt ist zu prüfen ob vertraglich ein Erfüllungsort vereinbart worden ist.¹⁰²⁹ Dies ergibt sich bereits aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Art 5 Z 1 lit b zweiter Strich EuGVVO „... *sofern nichts anderes vereinbart worden ist* ...“. Der Erfüllungsort befindet sich dort wo die Leistung vertragskonform vorgenommen wurde respektive hätte vorgenommen werden sollen.¹⁰³⁰ Liegt ein vertraglich vereinbarter Erfüllungsort vor, so wirkt dieser gerichtsstands begründend.¹⁰³¹ Für den Fall, dass ein Erfüllungsort (Dienstleistungsort) vertraglich vereinbart worden ist und faktisch vertragswidrig die Leistung vorgenommen

¹⁰²² OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; BGH 2.3.2006, AZ IX ZR 15/05; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Art 5 EuGVO, Rz 11; ähnlich Czernich und Simotta. Czernich und Simotta greifen auf Art 13 EuGVÜ, Art 5 EVÜ und Art 50 EGV zurück. Czernich, Der Erfüllungsort im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 341; Simotta, in Fasching [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 170.

¹⁰²³ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰²⁴ OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH, RdW, 2004, 222.

¹⁰²⁵ BGH 2.3.2006, AZ IX ZR 15/05.

¹⁰²⁶ Simotta, in Fasching [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 175.

¹⁰²⁷ Siehe dazu das Kapitel Dienstleistungsfreiheit.

¹⁰²⁸ Zur Bestimmung des Erfüllungsortes nach Art 5 Z 1 lit a EuGVVO ist folgende Rsp des EuGH relevant: EuGH Urteil vom 6.10.1976, Rs 12/76, Tessili/Dunlop, Slg 1976, S 1473; EuGH Urteil vom 6.10.1976, Rs 14/76, Bloos, Slg 1976, S 1497.

¹⁰²⁹ Czernich, Der Erfüllungsort im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 339 und 342; OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰³⁰ Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 5, Rz 84.

¹⁰³¹ Czernich, Der Erfüllungsort im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 339; OGH 16.12.2003, 4 Ob 147/03a.

wurde, gilt grundsätzlich der vertraglich vereinbarte Erfüllungsort.¹⁰³² Der Erfüllungsort liegt mangels vertraglicher Vereinbarung dort, wo die Dienstleistung faktisch vorgenommen wurde.¹⁰³³ Der Begriff des „*Erfüllungsortes*“ gemäß Art 5 Z 1 lit b EuGVVO wird nun autonom an Hand faktischer Aspekte determiniert.¹⁰³⁴ Der Erfüllungsort gilt nun für alle Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis einheitlich.¹⁰³⁵ Es werden die Zahlungsansprüche, die Schadensersatzansprüche und die Gewährleistungsansprüche bei ein und demselben Gericht eingebracht.¹⁰³⁶ Dadurch wird der Grundgedanke der „*Zuständigkeitskonzentration*“ gestärkt.¹⁰³⁷ Der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1 lit b EuGVVO basiert auf dem Grundgedanken an die „*charakteristische Leistung*“ anzuknüpfen.¹⁰³⁸ Die charakteristische Leistung eines Vertrages ist negativ ausgedrückt die Leistung, die nicht in Geld besteht.¹⁰³⁹

8.3.4. Erfüllungsort als Leistungsort oder Erfolgsort

Grundsätzlich kann problemlos für eine erbrachte Dienstleistung (ohne vertraglich vereinbarten Erfüllungsort) der Erfüllungsort eruiert werden. Ein Berater mit Sitz in Österreich (Wien), der einen Mandanten mit Sitz in Deutschland (München) bei seinem Mandanten in Deutschland (München) berät, erbringt seine faktische Dienstleistung in Deutschland. Der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes liegt daher in Deutschland. Problematischer ist auf den ersten Blick die Bestimmung des Erfüllungsortes im Konnex mit Vermittlungsverträgen. Vermittler erbringen eine Leistung in Form einer Dienstleistung (Vermittlung) und zusätzlich ist für das Entstehen des Provisionsanspruches ein Erfolg im Sinne eines Vertragsabschlusses notwendig. Vermittler können beispielsweise im Inland vermittlerisch tätig werden. Die Geschäfte für den Auftraggeber werden jedoch im Ausland abgeschlossen. Es stellt sich daher die Frage ob der Erfüllungsort an den Leistungsort respektive Erfolgsort anknüpft.

¹⁰³² OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰³³ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a.

¹⁰³⁴ Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Art 5 EuGVO, Rz 8; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH, RdW, 2004, 222; OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰³⁵ OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i; Czernich, Der Erfüllunggerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 339 und 341.

¹⁰³⁶ Czernich, Der Erfüllunggerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, wbl, 2002, 341.

¹⁰³⁷ Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller/Neumayr [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, zu Art 5 EuGVO, Rz 13; Hau, Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption, IPRax, 2000, 358f.

¹⁰³⁸ Brenn, Europäischer Zivilprozess, 2005, 44; Geimer, in Geimer/Schütze [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, zu Art. 5, Rz 85; Burgstaller/Neumayr, in Burgstaller [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, 2002, zu Art 5 EuGVO, Rz 13; OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a; OGH, RdW, 2004, 222; OGH 20.2.2006, 2 Ob 211/04z; OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰³⁹ OGH 20.2.2006, 2 Ob 211/04z.

In der österreichischen Gerichtspraxis haben sich vor allem der *OGH* und das *Handelsgericht Wien* mit dieser Frage auseinandergesetzt.

8.3.5. Ansicht OGH

Der *OGH*¹⁰⁴⁰ setzte sich im Jahre 2005 mit der Frage auseinander ob bei der Bestimmung des Erfüllungsortes gemäß Art 5 EuGVVO für einen Vermittlungsvertrag auf die vermittleri- sche Tätigkeit (Leistung) abzustellen ist respektive auf den Abschluss des Rechtsgeschäftes für den Auftraggeber (Erfolg). Der *OGH* war der Auffassung, dass für die Bestimmung des Erfüllungsortes bei einem Vermittlungsvertrag die faktische (Vermittlungs-) Dienstleistung des Vermittlers maßgeblich ist.¹⁰⁴¹ „Ist der Ort der Leistungserbringung weder im Vertrag bestimmt noch auf Grund des Vertrags bestimmbar, so liegt der Erfüllungsort dort, wo die Leistung tatsächlich erbracht wurde ... ,Derjenige Ort, an dem die für den jeweiligen Vertragstypus charakteristische Leistung erbracht worden ist oder zu erbringen gewesen wäre, ist Erfüllungsort im prozessualen Sinn.'... Auf den Ort, wo die Dienstleistung Erfolge zeitigen soll, kommt es ... nicht an“.¹⁰⁴²

8.3.6. Ansicht Handelsgericht Wien

Anderer Auffassung ist das *Handelsgericht Wien*.¹⁰⁴³ Das *Handelsgericht Wien* ist der Meinung, dass bei der Bestimmung des Wahlgerichtsstandes des Erfüllungsortes auf den Erfolg (Abschluss des Rechtsgeschäftes für den Auftraggeber) abzustellen ist. Dafür spricht seines Erachtens das „Erfolgsprinzip“ des § 6 Abs 1 MaklerG.¹⁰⁴⁴

8.3.7. Stellungnahme

Meiner Meinung nach ist für die Bestimmung des Erfüllungsortes der Leistungsort maßgeblich.¹⁰⁴⁵ Wie der *OGH* dies ausgeführt hat besteht der Grundgedanke des Art 5 Z1 lit b EuGVVO darin an die „charakteristische Leistung“ und nicht an den „Erfolg“ anzuknüpfen.

¹⁰⁴⁰ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰⁴¹ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰⁴² OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰⁴³ HG Wien 27.11.2003, 43 Cg 2/03x-19.

¹⁰⁴⁴ HG Wien 27.11.2003, 43 Cg 2/03x-19.

¹⁰⁴⁵ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i; Simotta, in Fasching [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2008, zu Art 5, Rz 200.

fen.¹⁰⁴⁶ Die charakteristische Leistung des Vermittlungsvertrages ist sohin die vermittlerische Tätigkeit und nicht der Rechtsgeschäftsabschluss. Gegen die Ansicht des *HG Wien* spricht vor allem, dass erstens der Begriff der „*Dienstleistung*“ vertragsautonom zu interpretieren ist und zweitens bei Abweichungen des Art 2 EuGVVO die Interpretation aus Gründen der Rechtssicherheit so zu erfolgen hat, dass „*ein normal informierter Beklagter vernünftigerweise vorhersehen kann, vor welchem anderen Gericht*“ als dem Beklagtengerichtsstand die Klage eingebracht werden kann¹⁰⁴⁷. Die Vorhersehbarkeit und damit die Rechtssicherheit wären beim Anknüpfen an den Erfolg (Abschluss des Rechtsgeschäftes) stärker beeinträchtigt als bei der Anknüpfung an die Vermittlungsleistung. Wird ein Spielervermittler mit Sitz in Deutschland für einen Spieler mit Sitz in Österreich vermittlerisch in Deutschland zwecks Vereinssuche tätig und schließen der Verein und der Spieler bloß den Vertrag in Österreich ab, so wird die faktische Leistung des Spielervermittlers in Deutschland erbracht und der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art 5 Z 1 lit b EuGVVO liegt in Deutschland.

¹⁰⁴⁶ OGH 17.2.2005, 6 Ob 148/04i.

¹⁰⁴⁷ EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, Handte, Slg 1992, S I-3967, Rz 18.

XV. Spielertransfers und Arbeitnehmerfreizügigkeit

1. Einleitung

Der *EuGH* hat in seiner Rsp in der Rechtssache *Bosman* entschieden, dass Transfersummen nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses für den Wechsel eines Fußballspielers von seinem alten Verein zu einem neuen Verein mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit unvereinbar sind.¹⁰⁴⁸ In der Transferpraxis werden auch heutzutage noch nach dem *Bosman* Urteil am internationalen Transfermarkt enorme Transfersummen für Spielertransfers bezahlt.¹⁰⁴⁹ Der spanische Fußballverein „*Real Madrid*“ bezahlte für die Verpflichtung des portugiesischen Profifußballspielers „*Luis Figo*“ vom spanischen Fußballklub „*FC Barcelona*“ in etwa „58 Millionen Euro“, um ihn aus seinem laufenden Arbeitsvertrag herauszukaufen.¹⁰⁵⁰ Der spanische Fußballverein „*Real Madrid*“ bezahlte für den Profifußballspieler „*Zinedin Zidane*“ in etwa „77 Millionen Euro“, um ihn vom italienischen Fußballverein „*Juventus Turin*“ aus seinem laufenden Arbeitsvertrag zu verpflichten.¹⁰⁵¹ Des weiteren bezahlte der Fußballverein „*Real Madrid*“ für den Profifußballspieler „*Ronaldo*“ in etwa „35 Millionen Euro“, um ihn vom italienischen Fußballverein „*Inter Mailand*“ aus seinem laufenden Arbeitsvertrag zu verpflichten.¹⁰⁵² Es stellt sich nun die Frage ob die Bezahlungen solcher Transfersummen aus laufenden Arbeitsverträgen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar sind.

2. Allgemeine Grundlagen

Die primärgemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlagen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit enthalten die Art 39 ff EGV¹⁰⁵³. Der Grundgedanke beziehungsweise die Funktion der Bestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit bestehen darin für den Arbeitnehmer eine freie Wahlmöglichkeit in Bezug auf eine Arbeitsstelle im Gemeinschaftsterritorium zu schaffen.¹⁰⁵⁴ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit soll die Mobilität des Produktionsfaktors Arbeitsleis-

¹⁰⁴⁸ EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921.

¹⁰⁴⁹ Streinz, EG-Freizügigkeit für Sportler, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 78.

¹⁰⁵⁰ Streinz, EG-Freizügigkeit für Sportler, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 78, Fn 48.

¹⁰⁵¹ Streinz, EG-Freizügigkeit für Sportler, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 78, Fn 48.

¹⁰⁵² Streinz, EG-Freizügigkeit für Sportler, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 78, Fn 48.

¹⁰⁵³ Ex Art 48 EGV ff.

¹⁰⁵⁴ Franzen, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 39 EGV, Rz 1.

tung gewährleisten.¹⁰⁵⁵ Sie stellt als Personenverkehrsfreiheit 1/4 Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft dar.¹⁰⁵⁶ Wie wichtig die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes ist, zeigt sich darin, dass der *EuGH* in seiner Rsp die Arbeitnehmerfreizügigkeit als einen „*fundamentalen Grundsatz*“ der Gemeinschaft bezeichnete.¹⁰⁵⁷ Die Bestimmung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nach der Rsp des *EuGH* „*unmittelbar anwendbar*“.¹⁰⁵⁸

3. Personeller Anwendungsbereich

3.1. Allgemeine Grundlagen

Welche Personen werden vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst? Der personelle Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst prinzipiell die Arbeitnehmer, welche die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedsstaates besitzen.¹⁰⁵⁹ Die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer werden prinzipiell nicht vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst.¹⁰⁶⁰ Der *EuGH* führte in seiner Rsp zur Rechtssache *Micheletti* aus, dass auf eine Person, die sowohl die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedsstaates als auch die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzt (Doppelstaatsbürgerschaften), die Grundfreiheiten (in concreto die Niederlassungsfreiheit) anzuwenden sind.¹⁰⁶¹ Nach der Rsp des *EuGH* ist daher für den personellen Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit prinzipiell eine Doppelstaatsbürgerschaft genügend.¹⁰⁶² Ein Fußball-

¹⁰⁵⁵ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 356; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, 26; Franzen, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 39 EGV, Rz 1.

¹⁰⁵⁶ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 1; Scheuer, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Vorbem. Art. 39-42, Rz 1.

¹⁰⁵⁷ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 78 und 93; *EuGH* Urteil vom 31.3.1993, Rs C-19/92, *Kraus*, Slg 1993, S I-1663, Rz 16 und 29; *EuGH* Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, *Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, Slg 1986, S 2121, Rz 16.

¹⁰⁵⁸ Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 2; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, 27; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 93; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333, Rz 20.

¹⁰⁵⁹ Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, 32; Reichelt/Weiss, Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechtes im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechtes im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 9; Holzer/Reissner, Einführung in das österreichische Sportrecht, 2005, 28.

¹⁰⁶⁰ Müller, Vertragsverlängerung durch einseitige Erklärung, ZAS, 2007, 214; Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 29; Fritzscheiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 500.

¹⁰⁶¹ *EuGH* Urteil vom 7.7.1992, Rs C-369/90, *Micheletti* u.a., Slg 1992, S I-4239.

¹⁰⁶² *EuGH* Urteil vom 7.7.1992, Rs C-369/90, *Micheletti* u.a., Slg 1992, S I-4239.

spieler mit brasilianischer und spanischer Staatsbürgerschaft hat daher die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedsstaates im Sinne des Art 39 EGV.

Wie ist der Begriff „Arbeitnehmer“ zu verstehen? Das Gemeinschaftsrecht enthält keine explizite Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffes im EGV. Nach der Rsp des *EuGH* ist der Begriff des „Arbeitnehmers“ gemeinschaftsautonom und nicht nach den Bestimmungen einer entsprechenden nationalen Rechtsordnung zu interpretieren.¹⁰⁶³ Durch die gemeinschaftsautonome Interpretation des Arbeitnehmerbegriffes soll eine einheitliche Rechtsauslegung des Gemeinschaftsrechtes gewährleistet werden.¹⁰⁶⁴ Der Arbeitnehmerbegriff des Art 39 EGV ist extensiv (ausdehnend) und nicht restriktiv (einschränkend) zu interpretieren.¹⁰⁶⁵ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* ist unter dem Begriff des gemeinschaftsrechtlichen „Arbeitnehmers“ im Sinne des Art 39 EGV eine Personen zu verstehen, die „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.¹⁰⁶⁶ Unter dem Begriff der „Weisung“ wird die persönliche Abhängigkeit verstanden.¹⁰⁶⁷ Der Begriff „Vergütung“ erfasst erstens niedrige Einkommen, zweitens Einkommen unter einem (Branchen-) Mindesteinkommen¹⁰⁶⁸, drittens die Teilzeitbeschäftigungen (nicht bloß die Vollzeitbeschäftigungen)¹⁰⁶⁹ und viertens Einkom-

¹⁰⁶³ Scheuer, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 39, Rz 6; Mayr, Freizügigkeit von Schachspielern in der (erweiterten) Europäischen Union, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 217; Langer, in Fuchs [Hrsg], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 2002, zu Artikel 39 EGV, Rz 3; *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 45; *EuGH* Urteil vom 23.3.1982, Rs 53/81, Levin/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1982, S 1035, Rz 11f; *EuGH* Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 16; *EuGH* Urteil vom 3.6.1986, Rs 139/85, Kempf/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1986, S 1741, Rz 15; *EuGH* Urteil vom 19.3.1964, Rs 75/63, Unger, Slg 1964, S 381 und 396f.

¹⁰⁶⁴ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2006, 356; Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 9; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 58; *EuGH* Urteil vom 3.6.1986, Rs 139/85, Kempf/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1986, S 1741, Rz 15; *EuGH* Urteil vom 23.3.1982, Rs 53/81, Levin/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1982, S 1035, Rz 11.

¹⁰⁶⁵ Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, 31; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 74; Langer, in Fuchs [Hrsg], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 2002, zu Artikel 39 EGV, Rz 2; Schrammel, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, *ecolex*, 1996, 467; *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 43; *EuGH* Urteil vom 3.6.1986, Rs 139/85, Kempf/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1986, S 1741, Rz 13; *EuGH* Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 16.

¹⁰⁶⁶ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 45; *EuGH* Urteil vom 8.6.1999, Rs C-337/97, Meeusen, Slg 1999, S I-3289, Rz 13; *EuGH* Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 17.

¹⁰⁶⁷ Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 11; Franzen, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 39 EGV, Rz 20.

¹⁰⁶⁸ *EuGH* Urteil vom 23.3.1982, Rs 53/81, Levin/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1982, S 1035, Rz 12.

¹⁰⁶⁹ *EuGH* Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 21.

men, die nicht über das Existenzminimum¹⁰⁷⁰ hinaus gehen. Die Höhe des Einkommens (Entgelthöhe) ist sohin kein entscheidendes Kriterium für den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.¹⁰⁷¹ Die Art des Rechtsverhältnisses zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer ist prinzipiell auch kein entscheidendes Kriterium für den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.¹⁰⁷² Entscheidender Aspekt für die Bestimmung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes ist die persönliche Abhängigkeit („*Weisungen*“).¹⁰⁷³ Der *EuGH* war in seiner Rsp in der Rs *Lehtonen und Castors Braine* der Auffassung, dass ein Basketballspieler als gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmer gemäß Art 39 EGV zu verstehen ist.¹⁰⁷⁴ Ein Eishockeyspieler ist als gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmer im Sinne des Art 39 EGV zu verstehen.¹⁰⁷⁵ Der *EuGH* tendierte in seiner Rsp in der Rs *Deliège* einen Judoka als Dienstleistungserbringer im Sinne des Art 50 EGV anzusehen.¹⁰⁷⁶ Die Fahrer der Formel 1 werden auf Grund der Weisungsabhängigkeit und Stellanweisungen trotz sehr hohen Einkommens („*Michael Schuhmacher*“ verdiente in etwa „80 Millionen DM“ per anno) unter den Arbeitnehmerbegriff des Art 39 subsumiert.¹⁰⁷⁷ Begünstigte der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind neben den Arbeitnehmern auch die Arbeitgeber.¹⁰⁷⁸

3.2. Berufsfußballspieler als gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmer in der Literatur

Ist der Berufsfußballspieler als gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmer gemäß Art 39 EGV zu verstehen? Nach herrschender Meinung in der Literatur sind Berufsfußballspieler gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmer gemäß Art 39 EGV.¹⁰⁷⁹ In der Literatur wurde verein-

¹⁰⁷⁰ EuGH Urteil vom 3.6.1986, Rs 139/85, Kempf/Staatssecretaris van Justitie, Slg 1986, S 1741, Rz 9.

¹⁰⁷¹ Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 12; Frenz, Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten, 2004, zu § 2, Rz 1212; Streinz, Die Freizügigkeit des Athleten, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 107.

¹⁰⁷² Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, 31; Schrammel, Berufssportgesetz - Probleme und Lösungsansätze, in Achatz/Karollus/Jabornegg [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II, 2001, 29; Schrammel, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, *ecolex*, 1996, 468; EuGH Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 20.

¹⁰⁷³ EuGH Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 17.

¹⁰⁷⁴ EuGH Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 47; EuGH, *EuZW*, 2000, 378 (Röthel); Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 11; EuGH, *SpuRt*, 2000, 152 (Streinz).

¹⁰⁷⁵ Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 11.

¹⁰⁷⁶ EuGH Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549.

¹⁰⁷⁷ Streinz, Die Freizügigkeit des Athleten, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 106f.

¹⁰⁷⁸ EuGH Urteil vom 7.5.1998, Rs C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Slg 1998, S I-2521, Rz 18ff.

¹⁰⁷⁹ Müller, Vertragsverlängerung durch einseitige Erklärung, *ZAS*, 2007, 214; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2004, 74; Krogmann, Sport und Europarecht, 2001, 11; Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, *NZA*, 2001, 11;

zelt vorgebracht, dass Berufsfußballspieler mit sehr hohen Gehältern nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind. Nach *Summerer* spricht gegen diese Ansicht, dass der *EuGH* in seiner Rsp bei der Bestimmung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes auf die „*Weisungsgebundenheit*“ (persönliche Abhängigkeit) abstellt. Die persönliche Abhängigkeit ist bei Mannschaftssportlern nach *Summerer* gegeben.¹⁰⁸⁰

3.3. Stellungnahme

Meiner Meinung nach spricht gegen die Ausnahme der gut verdienenden Berufsfußballspieler vom gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, dass die Entgelthöhe kein relevanter Aspekt für die Bestimmung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes darstellt.¹⁰⁸¹ Entscheidender Aspekt für den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ist die persönliche Abhängigkeit.¹⁰⁸² Die persönliche Abhängigkeit liegt bei Berufsfußballspielern mit überdurchschnittlichem Einkommen genauso wie bei Berufsfußballspielern mit durchschnittlichem Einkommen vor. Die Fußballspieler unterliegen den „*Weisungen*“ des Fußballvereines im Sportbereich (wie zum Beispiel Trainingsteilnahme, Taktikvorgaben, Mannschaftsaufstellung, Ersatzbank beziehungsweise Zusehertribüne) und im sportlichen Umfeld (wie zum Beispiel Absatzförderung, Autogrammtermine und Betreuung von Vereinsanhängern).¹⁰⁸³

Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 58; Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 506; Fischer, EG-Freizügigkeit und bezahlter Sport Inhalt und Auswirkungen des Bosman-Urteils des EuGH, SpuRt, 1996, 34; anderer Auffassung sind *Aulehner/Scholz*. *Aulehner/Scholz* sind der Meinung, dass Berufssportler Unternehmer sind und mit den Fußballvereinen Kooperationskontrakte abschließen. Die Berufssportler sind mit „*freiberuflich tätigen Entertainern aus der Unterhaltungsbranche*“ vergleichbar. Die Gesichtspunkte des Arbeitnehmerbegriffes liegen nach *Aulehner/Scholz* zwar vor, sie entspringen jedoch nicht dem Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern basieren auf den Erfordernissen des Mannschaftssports. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, SpuRt, 1996, 46f.

¹⁰⁸⁰ Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 501.

¹⁰⁸¹ Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 12; Frenz, Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten, 2004, zu § 2, Rz 1212; Streinz, Die Freizügigkeit des Athleten, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 107; Schrammel, Berufssportgesetz - Probleme und Lösungsansätze, in Achatz/Karollus/Jabornegg [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II, 2001, 29; Schrammel, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, ecolo, 1996, 468.

¹⁰⁸² EuGH Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 17.

¹⁰⁸³ Streinz, Die Freizügigkeit des Athleten, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 107.

4. Wirtschaftliche Tätigkeit

Der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes umfasst wirtschaftliche Tätigkeiten gemäß Art 2 EGV.¹⁰⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind die berufssportlichen Tätigkeiten auch unter den Anwendungsbereich des EGV zu subsumieren unter der Voraussetzung, dass es sich dabei um eine Tätigkeit des Wirtschaftslebens im Sinne des Art 2 EGV handelt.¹⁰⁸⁵ Der *EuGH* begründete die wirtschaftliche Tätigkeit der Berufsfußballspieler (Fußballhalbprofis) dadurch, dass sie entgeltliche Arbeitsleistungen beziehungsweise Dienstleistungen erbringen.¹⁰⁸⁶ Nicht umfasst vom Gemeinschaftsrecht werden Bestimmungen unter der Voraussetzung, dass sie erstens nichtökonomischer Natur sind, zweitens im Konnex mit der besonderen Eigenart von „*Begegnungen*“ stehen, drittens per se exklusiv den „*Sport*“ als solchen zum Gegenstand haben und viertens sie nicht über den erforderlichen „*Zweck*“ hinausgehen.¹⁰⁸⁷ Dies geht jedoch nicht derart weit, dass der Sport im Generellen vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes ausgenommen wird.¹⁰⁸⁸ Ein konkretes Anwendungsbeispiel sind die sportverbandsrechtlichen Regelungen zu den „*Nationalmannschaften*“.¹⁰⁸⁹ Die Bezahlung von Transfersummen für Fußballspieler durch Fußballvereine

¹⁰⁸⁴ Scheuer, in Lenz/Borchardt [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 2006, zu Art. 39, Rz 4; *EuGH* Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg 1986, S 2121, Rz 20.

¹⁰⁸⁵ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 32; *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg 2000, S I-2549, Rz 41; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 73; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 14ff; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff.

¹⁰⁸⁶ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 73; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 12f; kritisch dazu *Aulehner/Scholz*. Primäres Ziel des Fußballsports ist der sportliche Sieg. Die ökonomischen Transaktionen werden bloß zum Zwecke des sportlichen Erfolges getätigt. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 45.

¹⁰⁸⁷ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 34; *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg 2000, S I-2549, Rz 43; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 76; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 14ff; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff.

¹⁰⁸⁸ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 34; *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg 2000, S I-2549, Rz 43; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 76 und 127; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 14ff; *Aulehner/Scholz* sind der Auffassung, dass aus der Rsp des *EuGH* in den Rechtssachen *Donà/Mantero* beziehungsweise *Walrave/Union Cycliste Internationale* erkennbar ist, dass sportlich geprägte Unterscheidungen in verbandsrechtlichen Bestimmungen im Ergebnis nicht mit dem EGV im Widerspruch stehen. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 45.

¹⁰⁸⁹ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 34; *EuGH* Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, Deliège, Slg 2000, S I-2549, Rz 43; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 14ff; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 4ff; kritisch zu der Bereichsausnahme bei Nationalmannschaften *Frenz* und *Palme*. *Frenz*, Handbuch Europarecht -

betrifft wirtschaftliche Belange und stellt als solches eine Tätigkeit des Wirtschaftslebens im Sinne des Art 2 EGV dar.

5. Gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalt

Die Bestimmungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit werden auf gemeinschaftsrechtliche Sachverhalte angewandt. Sie werden jedoch nicht auf bloß rein interne Binnensachverhalte innerhalb eines EU-Mitgliedsstaates angewandt.¹⁰⁹⁰ Der *EuGH* war der Auffassung, dass es sich in der Rs *Bosman* um einen gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalt handelte und nicht um einen bloß rein internen Binnensachverhalt, da ein belgischer Berufsfußballspieler mit einem französischen Fußballverein einen Dienstvertrag eingegangen war.¹⁰⁹¹ Anderer diametraler Ansicht war hingegen die *UEFA*. Nach Auffassung der *UEFA* lag kein gemeinschaftsrechtlicher Sachverhalt vor, sondern ein reiner bloß interner Binnensachverhalt auf den die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes nicht anzuwenden waren, da der Transfer eines belgischen Fußballspielers auf Grund des belgischen Fußballvereines und des belgischen Fußballverbandes nicht zustande gekommen ist.¹⁰⁹²

Kommen gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte im Konnex mit vertraglich vereinbarten Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen in Betracht? Gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Sachverhalte kommen im Konnex mit vertraglich vereinbarten Transfersummen bei laufenden Arbeitsverträgen in Betracht, da internationale Transfers im Berufsfußball geradezu typisch sind.

6. Verpflichtete Adressat

Wer ist Adressat der Arbeitnehmerfreizügigkeit? Der Kreis der Verpflichteten der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nicht explizit im Tatbestand des Art 39 EGV normiert. Der Adressatenkreis der Arbeitnehmerfreizügigkeit richtet sich prinzipiell an die Mitgliedsstaaten

Europäische Grundfreiheiten, 2004, zu § 2, Rz 1232; Palme, Das *Bosman*-Urteil des *EuGH*: Ein Schlag gegen die Sportautonomie?, *JZ*, 1996, 239f.

¹⁰⁹⁰ Sitz, Aktuelle Tendenzen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 28f; Fischer/Köck/Karollus, *Europarecht*, 2002, 770; Brechmann, in Callies/Ruffert [Hrsg], *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 1999, zu Art. 39, Rz 41; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 89; *EuGH* Urteil vom 28.3.1979, Rs 175/78, Saunders, Slg 1979, S 1129, Rz 11; *EuGH* Urteil vom 5.6.1997, verb Rs C-64/96 und C-65/96, Uecker und Jacquet, Slg 1997, S I-3171, Rz 16.

¹⁰⁹¹ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 90.

¹⁰⁹² *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 88.

der EU.¹⁰⁹³ Die Rechtsprechung des *EuGH* erweiterte den Adressatenkreis der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch auf die privaten Verbände.¹⁰⁹⁴ Der *EuGH* führte bereits in seiner Rsp in der Rechtssache *Walrave/Union Cycliste Internationale* aus, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit beziehungsweise die Dienstleistungsfreiheit nicht nur auf staatliche Maßnahmen, sondern auch „auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten“ anzuwenden sind.¹⁰⁹⁵ Nach der Rsp in der Rs *Walrave/Union Cycliste Internationale* war der internationale Radsportverband „*Union Cycliste Internationale*“ (UCI) Adressat der Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit beziehungsweise Dienstleistungsfreiheit).¹⁰⁹⁶ In der Rsp zu der Rechtssache *Bosman* ging der *EuGH* davon aus, dass der Adressatenkreis der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch die privaten internationalen Sportverbände, wie zB „*FIFA*“ und „*UEFA*“, und nationalen Sportverbände, wie bspw „*URBSFA*“, erfasst, sofern sie kollektive Bestimmungen für entgeltliche Dienstleistungen respektive Arbeitsleistungen normieren.¹⁰⁹⁷ Der *EuGH* erweitert den Adressatenkreis der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die privaten Verbände um eine „einheitliche“ Rechtsanwendung zu sichern, die effektive „Durchsetzung der Grundfreiheiten“ zu gewährleisten und die „Umgehungen“ der inhaltlichen Verbote in Art 39 EGV zu unterbinden.¹⁰⁹⁸

In seiner Rsp zur Rechtssache *Angonese* betont der *EuGH*, dass auch private individuelle Arbeitgeber Adressaten des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind.¹⁰⁹⁹ Ob die privaten individuellen Arbeitgeber Adressaten des allgemeinen Beschränkungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind, ist in der Literatur umstritten. *Leible/Streinz* sind gegen eine unmittelbare Drittwirkung des allgemeinen Beschränkungs-

¹⁰⁹³ Müller, Vertragsverlängerung durch einseitige Erklärung, ZAS, 2007, 214; Eilmansberger/Herzig/Jaeger, Materielles Europarecht, 2005, 80; Reichelt/Weiss, Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 7 und 10; Streinz, Die Freizügigkeit des Athleten, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 108; Schrammel, Berufssportgesetz - Probleme und Lösungsansätze, in Achatz/Karollus/Jabornegg [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II, 2001, 31.

¹⁰⁹⁴ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, Lehtonen und Castors Braine, Slg 2000, S I-2681, Rz 35; *EuGH* Urteil vom 6.6.2000, Rs C-281/98, Angonese, Slg 2000, S I-4139, Rz 30ff; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 82f; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, Donà/Mantero, Slg 1976, S 1333, Rz 17f; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 16ff.

¹⁰⁹⁵ *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 16ff.

¹⁰⁹⁶ *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405.

¹⁰⁹⁷ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995, S I-4921, Rz 87.

¹⁰⁹⁸ Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 61; *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 16ff.

¹⁰⁹⁹ *EuGH* Urteil vom 6.6.2000, Rs C-281/98, Angonese, Slg 2000, S I-4139, Rz 36; so hat bereits der *EuGH* in der Rsp in der Rs *Walrave/Union Cycliste Internationale* als obiter dicta ausgeführt, dass die individuellen privaten Arbeitgeber Adressaten des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind. *EuGH* Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave/Union Cycliste Internationale, Slg 1974, S 1405, Rz 20ff.

verbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹¹⁰⁰ Sie argumentieren dies mit einem inadäquaten Eingriff in die „Privatautonomie“.¹¹⁰¹ Anderer Auffassung ist *Lengauer*. Sie geht von einer unmittelbaren Drittwirkung des allgemeinen Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus. Hierfür spricht nach *Lengauer* vor allem der grundrechtliche Aspekt der Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹¹⁰²

7. Inhaltliche Verbote

7.1. Allgemeine Grundlagen

Welche inhaltlichen Verbote werden von der Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst? Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasste zunächst ein „Diskriminierungsverbot“ gemäß Art 39 Abs 2 EGV.¹¹⁰³ Die verbandsrechtlichen Ausländerklauseln („3+2-Regel“) verstoßen gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art 39 Abs 2 EGV.¹¹⁰⁴ Die verbandsrechtlichen Transferbestimmungen im Falle von auslaufenden Arbeitsverträgen stellten hingegen keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar, da die Transferbestimmungen unterschiedslos für ausländische und inländische Spieler gegolten haben.¹¹⁰⁵ Die abfertigungsrechtliche Bestimmung des § 27 AngG stellte ebenso keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar, da sie unterschiedslos für ausländische und inländische Arbeitnehmer gegolten hat.¹¹⁰⁶ Das Diskriminierungsverbot des Art 39 Abs 2 EGV ist als spezielle Ausprägung („*lex specialis*“) zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot („*lex generalis*“) gemäß Art 12 EGV zu verstehen.¹¹⁰⁷ Das Diskriminierungsverbot erfasst nicht nur die „unmittelbaren“ (direkten) Diskriminierungen, sondern auch die „mittelbaren“ (indirekten) Diskriminierungen.¹¹⁰⁸ In weiterer Folge hat der *EuGH* in seiner Rsp das Diskriminierungsverbot der Arbeitnehmer-

¹¹⁰⁰ Leible/Streinz, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EuZW*, 2000, 459f und 466f.

¹¹⁰¹ Leible/Streinz, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EuZW*, 2000, 459f und 466f.

¹¹⁰² *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten - Eine Besprechung der Rs C-281/98, *Angonese*, *ZfRV*, 2001, 65.

¹¹⁰³ *Hollerer*, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 172; *Streinz*, Die Freizügigkeit des Athleten, in *Del Fabro/Scherrer* [Hrsg], *Freizügigkeit im europäischen Sport*, 2002, 107; *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, *Praxishandbuch Sportrecht*, 1998, 501; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, *Slg* 1976, S 1333, *Rz* 6f.

¹¹⁰⁴ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, *Slg* 1995, S I-4921, *Rz* 116ff.

¹¹⁰⁵ *Fischer*, EG-Freizügigkeit und bezahlter Sport Inhalt und Auswirkungen des *Bosman*-Urteils des *EuGH*, *SpuRt*, 1996, 35.

¹¹⁰⁶ *Gruber*, Keine Abfertigung bei Selbstkündigung, *ASOK*, 2000, 82f.

¹¹⁰⁷ *Fischer/Köck/Karollus*, *Europarecht*, 2002, 775; *EuGH* Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, *Slg* 1976, S 1333, *Rz* 6f.

¹¹⁰⁸ *Sitz*, Aktuelle Tendenzen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, in *Reichelt* [Hrsg], *Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz*, 2005, 31; *Tomanek*, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 73; *Schrammel*, *Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU*, *ecolex*, 1996, 469.

freizügigkeit zu einem „*allgemeinen Beschränkungsverbot*“ modifiziert und weiterentwickelt.¹¹⁰⁹

Der *EuGH* hat bereits in seiner Rsp in der Rs *Bosman* den Inhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot weiterentwickelt und modifiziert. Der *EuGH* führte dazu in seinem Urteil folgendes explizit aus: „*Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden.*“¹¹¹⁰ Die sportverbandsrechtlichen Transfersummen im Falle von abgelaufenen Verträgen stellten nach Ansicht des *EuGH* einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, weil sie regelten, dass ein Fußballspieler eine Beschäftigung bei einem Fußballverein in einem anderen EU-Mitgliedsstaat vornehmen kann, wenn der neue Fußballverein dem alten Fußballverein eine Transfersumme bezahlt.¹¹¹¹

Der *EuGH* bestätigt in weiterer Folge in seiner Rsp zur Rechtsache *Graf*, dass der Inhalt des Verbotes der Arbeitnehmerfreizügigkeit neben dem Diskriminierungsverbot ein allgemeines Beschränkungsverbot umfasst.¹¹¹² Er begrenzte jedoch die inhaltliche Reichweite des allgemeinen Beschränkungsverbot. In der Rechtsache *Graf* setzte sich der *EuGH* mit der Frage auseinander ob die alte österreichische Abfertigungsbestimmung gemäß § 27 AngG (Abfertigungsanspruch nach erstens Beendigung des Dienstverhältnisses, zweitens drei jähriges kontinuierliches Bestehen des Dienstverhältnisses und drittens keine Selbstkündigung) mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 EGV kompatibel ist. Das Beschränkungsverbot erfasst unterschiedslos anwendbare Maßnahmen, die den „*Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen*“.¹¹¹³ Die alte österreichische Abfertigungsbestimmung ist „*nicht geeignet, den Arbeitnehmer daran zu hindern oder davon abzuhalten, sein Arbeitsverhältnis zu beenden, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben, denn der Abfertigungsanspruch hängt nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er bei seinem derzeitigen Arbeitgeber bleibt oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhält-*

¹¹⁰⁹ Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, 51; Windisch-Graetz, in Mayer [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2006, zu Art 39 EGV, Rz 67; Frenz, Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten, 2004, zu § 5, Rz 1445; Schrammel, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, *ecolex*, 1996, 469; *EuGH* Urteil vom 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, S I-493, Rz 18 und 23; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 94ff; anderer Auffassung *Aulehner/Scholz*. Nach *Aulehner/Scholz* erfasst der Inhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit bloß ein Diskriminierungsverbot. *Aulehner/Scholz*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 47.

¹¹¹⁰ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 96.

¹¹¹¹ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 100ff.

¹¹¹² *EuGH* Urteil vom 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, S I-493, Rz 18.

¹¹¹³ *EuGH* Urteil vom 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, S I-493, Rz 23.

nisses, die der Arbeitnehmer selbst weder herbeigeführt noch zu vertreten hat. Ein derartiges Ereignis wäre jedoch zu ungewiß und wirkte zu indirekt, als daß eine Regelung, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer selbst ausdrücklich nicht dieselbe Rechtsfolge knüpft wie an eine Beendigung, die er weder herbeigeführt noch zu vertreten hat, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könnte“.¹¹¹⁴ Ein Verstoß gegen dass Beschränkungsverbot ist nach der Rsp in der Rs *Graf* sohin dann nicht gegeben, wenn die betreffende Bestimmung die Arbeitnehmerfreizügigkeit bloß hypothetisch, das bedeutet zu unsicher und mittelbar, tangiert.

Auch in der Literatur wird der sachliche Anwendungsbereich des Beschränkungsverbot wieder eingeschränkt. Nach *Nettesheim* werden Maßnahmen, die den „wirtschaftlichen“ und ökonomischen „Ordnungsrahmen“ darstellen, vom Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgenommen.¹¹¹⁵ Nach *Schroeder* ist unter Berücksichtigung der Rsp des *EuGH* in der Rs *Keck* zur Warenverkehrsfreiheit zwischen Ausübungsbeschränkungen bzw Zugangsbeschränkungen zu differenzieren, wobei erstere nicht vom Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst sein sollen.¹¹¹⁶

7.2. Transfersummen bei laufenden Arbeitsverträgen als Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Stellen Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar? In der sportrechtlichen Fachliteratur haben sich vor allem *Hollerer*, *Klingmüller/Wichert* und *Küpperfahnenberg* mit dieser Frage auseinandergesetzt.

¹¹¹⁴ EuGH Urteil vom 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, S I-493, Rz 24f.

¹¹¹⁵ *Nettesheim*, Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV), NVwZ, 1996, 344f.

¹¹¹⁶ EuGH, JZ, 1996, 255 (*Schroeder*); *Birk*, Zur Vereinbarkeit des § 23 Abs 7 AngG mit der Regelung der Freizügigkeit im Primär- und Sekundärrecht der EU, ZAS, 1999, 9; *Koenig/Steiner* sind der Auffassung, dass Bestimmungen zur Berufsausübung in der Regel als „produktbezogene“ Bestimmungen und nicht als Bestimmungen zu „Verkaufsmodalitäten“ zu qualifizieren sind. Berufsausübungsvorschriften erfassen direkt den Herstellungsprozess der Arbeitsleistung. Deren Bedingungen sind wie im Falle von „produktbezogenen“ Vorschriften direkt vom Gemeinschaftsbürger zu erbringen. Ergo kommt eine Reduzierung des Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit ihres Erachtens nicht in Frage. *Koenig/Steiner*, Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags, NJW, 2002, 3585.

7.3. Ansicht Hollerer

Hollerer ist der Ansicht, dass Transfersummen bei laufenden Arbeitsverträgen prinzipiell keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen.¹¹¹⁷ Werden jedoch utopische Transfersummen in Höhe von in etwa € 55 Millionen gefordert, liegt ein Verstoß gegen das Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor. Er geht zunächst davon aus, dass der Inhalt der Freizügigkeit ein Beschränkungsverbot erfasst. Muss ein neuer Fußballverein dem alten Fußballverein eine Ablösesumme im Falle eines laufenden Arbeitsvertrages überweisen, wird der Fußballspieler bei der Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 EGV beeinträchtigt. *Hollerer* weist jedoch in weiterer Folge darauf hin, dass der *EuGH* in seiner Rsp in der Rechtssache *Graf* den Umfang des allgemeinen Beschränkungsverbot eingeschränkt hatte. Nicht jede negative Konsequenz hinsichtlich der Arbeitnehmerwanderung stellt a priori einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist auf die Unterscheidung zwischen Ausübungsvorschriften bzw Zugangsvorschriften wie im Bereich der „*Warenverkehrsfreiheit*“ zu achten. Unterschiedslos anwendbare beschränkende Maßnahmen stehen bloß dann im Widerspruch mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, sofern sie essentielle Konsequenzen für den europäischen Arbeitsmarktzugang besitzen. Bloß theoretische Behinderungen des Arbeitsplatzwechsels stellen keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Das heißt, dass die Fußballspieler, die nicht gerechtfertigt ein laufendes Arbeitsverhältnis beenden, nicht von der Bezahlung von vertraglichen Schadenersatzansprüchen ausgenommen werden („*Ausübungsbeschränkung*“). Die Bezahlungen von Transfersummen, die nicht über den faktischen Schaden des Dienstgebers hinausgehen, sind nach *Hollerer* sohin legitim. Geht die Bezahlung der Transfersumme über den faktischen Schaden des Dienstgebers hinaus, ist eine entsprechende Abwägung vorzunehmen. Auf der einen Seite besteht die Gelegenheit des Fußballspielers aus dem wirksamen Arbeitsvertrag auszutreten und auf der anderen Seite werden Transfersummen im Ausmaß von in etwa € 55 Millionen eine Freizügigkeitsbeschränkung darstellen.¹¹¹⁸

¹¹¹⁷ Hollerer, *Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht*, 2003, 172ff.

¹¹¹⁸ Hollerer, *Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht*, 2003, 172ff.

7.4. Ansicht Klingmüller/Wichert

*Klingmüller/Wichert*¹¹¹⁹ sind der Auffassung, dass vertraglich vereinbarte Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen gegen das allgemeine Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoßen. Die vertraglich vereinbarten Transfersummen für den Transferwechsel von arbeitsvertraglich gebundenen Berufsfußballspielern stellen eine Beschränkung der Arbeitsplatzwahl eines Berufsfußballspielers in den EU-Mitgliedsstaaten dar. Die Beeinträchtigung basiert jedoch auf der Entscheidung des Berufsfußballspielers einen zeitlich befristeten Arbeitsvertrag (dh ohne Möglichkeit zur Kündigung) zu unterfertigen. Dies hat daher zur Folge, dass der Berufsfußballspieler für die zeitliche Spanne der Befristung auf die Geltendmachung der Arbeitnehmerfreizügigkeitsrechte gemäß Art 39 EGV verzichtet hat.¹¹²⁰

7.5. Ansicht Küpperfahenberg

Küpperfahenberg ist der Meinung, dass die Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen gegen das allgemeine Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoßen.¹¹²¹ Er versteht unter dem allgemeinen Beschränkungsverbot „*jede Behinderung der Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit*“. Die Gelegenheit befristete Arbeitsverträge auf Dauer von fünf Jahren abzuschließen, enthält für die Inländer und Ausländer keine Diskriminierung, sondern stellt eine ohne Unterschied für sämtliche Arbeitnehmer anwendbare Maßnahme dar. Die gesetzliche Möglichkeit einen befristeten Arbeitsvertrag auf fünf Jahre abzuschließen beschränkt die Arbeitnehmerfreizügigkeit und stellt als solches einen Verstoß gegen das „*allgemeine Beschränkungsverbot*“ dar.¹¹²²

7.6. Stellungnahme

Meiner Meinung nach stellen vertraglich vereinbarte Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen einen Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot der Ar-

¹¹¹⁹ Klingmüller/Wichert, Die Zulässigkeit von Ablösesummen für vertraglich gebundene Profifußballspieler, *SpuRt*, 2001, 3f.

¹¹²⁰ Klingmüller/Wichert, Die Zulässigkeit von Ablösesummen für vertraglich gebundene Profifußballspieler, *SpuRt*, 2001, 3f.

¹¹²¹ Küpperfahenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 176.

¹¹²² Küpperfahenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 176f.

beitnehmerfreizügigkeit dar. Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge auf einen Zeitraum von fünf Jahren (gemäß § 1158 Abs 3 ABGB) stellt eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. § 1158 Abs 3 ABGB stellt eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme dar, da sie sowohl für ausländische als auch für inländische Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gilt. Schließen Fußballspieler mit Fußballvereinen befristete Arbeitsverträge für fünf Jahre ab (§ 1158 Abs 1 und 3 ABGB), werden sie daran gehindert bei anderen Fußballvereinen in anderen EU-Mitgliedsstaat eine Beschäftigung aufzunehmen. Die Arbeitnehmer werden unmittelbar beziehungsweise direkt am Zugang zum Arbeitsmarkt in einem anderen EU-Mitgliedsstaat behindert und es liegt keine Berufsausübungsvorschrift vor. Durch einen befristeten Arbeitsvertrag (ohne Kündigungsmöglichkeit) auf eine Dauer von fünf Jahren wird die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch nicht unsicher, indirekt und mittelbar (hypothetisches Ereignis) im Sinne der Rs *Graf* tangiert. Meiner Meinung stellt der Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers gegen einen Arbeitnehmer im Falle einer ungerechtfertigten Beendigung des Arbeitsvertrages (gemäß § 1164a ABGB) eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Der Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers für den Fall des ungerechtfertigten Austrittes stellt eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme dar, da die Regelung sowohl für ausländische als auch für inländische Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gilt. Durch den Schadensersatzanspruch im Falle der ungerechtfertigten Beendigung des Arbeitsvertrages werden die arbeitssuchenden Fußballspieler daran gehindert eine Beschäftigung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat bei einem anderen Fußballverein aufzunehmen. Durch den Schadensersatzanspruch werden die Fußballspieler unmittelbar beziehungsweise direkt am Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen EU-Mitgliedsstaates gehindert und es liegt auch keine Berufsausübungsvorschrift vor. Durch den Schadensersatzanspruch werden die Fußballspieler auch nicht mittelbar oder indirekt (hypothetisches Ereignis) bei der Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne der Rs *Graf* tangiert. Die finanziellen Konsequenzen werden Fußballspieler davon abhalten Beschäftigungen in anderen EU-Mitgliedsstaaten bei Fußballvereinen aufzunehmen. Darüber hinaus bewirkt § 1164a ABGB auch, dass neue mögliche Fußballvereine Fußballspieler nicht beschäftigen werden, da der Fußballspieler dem Fußballverein für den Fall der Beschäftigung die finanzielle Summe aufdrängt.

Stellen die vertraglich vereinbarten Transfersummen im Falle laufender Arbeitsverträge eine Umgehung des Bosman Urteils dar? Nach herrschender Meinung in der Literatur stellen die vertraglich vereinbarten Transfersummen keine Umgehung des *Bosman* Urteils dar.¹¹²³ Dafür spricht, dass die Transfersummen nun nicht mehr verbandsrechtlichen Charakter be-

¹¹²³ Küpperfahnenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 176; Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 160ff; Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

sitzen und nicht nach Arbeitsvertragsablauf, sondern für laufende Arbeitsverträge bezahlt werden. Es handelt sich sohin dabei um divergierende faktische Sachverhalte.¹¹²⁴

8. Rechtfertigung

8.1. Allgemeine Grundlagen

Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen können gerechtfertigt sein, wenn erstens ein berechtigter Zweck (zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses) gegeben ist und zweitens das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.¹¹²⁵ In der Rsp in der Rechtssache *Lethonen* führte der *EuGH* aus, dass Transferübertrittsbeschränkungen, die den ordnungskonformen Ablauf von sportlichen Wettkämpfen gewährleisten sollen, einen berechtigten Zweck darstellen.¹¹²⁶ In der Rsp in der Rs *Bosman* geht der *EuGH* latent davon aus, dass die sportverbandsrechtlichen Transferregelungen einen berechtigten Zweck intendieren, nämlich erstens die Aufrechterhaltung des sportlichen beziehungsweise ökonomischen Gleichgewichtes zwischen den Fußballvereinen und zweitens die Talentsuche der Fußballvereine nach jugendlichen Fußballspielern beziehungsweise die Förderung zur Ausbildung von jugendlichen Fußballspielern.¹¹²⁷ Der *EuGH* ging jedoch davon aus, dass die verbandsrechtlichen Transferregelungen kein taugliches Mittel sind um die Aufrechterhaltung des sportlichen beziehungsweise ökonomischen Gleichgewichtes zwischen den Fußballvereinen zu gewähren, da sie nicht vermeiden, dass erstens die wohlhabendsten Fußballvereine die stärksten Fußballspieler verpflichten, zweitens die vorhandenen wirtschaftlichen Mittel einen essentiellen Umstand für den Sportwettbewerb darstellen und drittens das Vereinsgleichgewicht dadurch essentiell irritiert ist. Die verbandsrechtlichen Transfersummen sind zwar geeignet Vereine zur Jugendausbildung respektive zur Talentsuche zu motivieren. Da die sportliche Entwicklung der Jugendspieler nicht sicher vorhersehbar ist und bloß eine beschränkte Zahl der Jugendspieler Berufssportler werden, sind die verbandsrechtlichen Transfersummen durch ihren „*Eventualitäts- und Zu-*

¹¹²⁴ Küpperfahenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 176; Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 160ff; Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

¹¹²⁵ Sitz, Aktuelle Tendenzen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 33; Franzen, in Streinz [Hrsg], EUV/EGV, 2003, zu Art. 39 EGV, Rz 89; Trommer, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des „Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999, 67; *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 104; *EuGH* Urteil vom 31.3.1993, Rs C-19/92, Kraus, Slg 1993, S I-1663, Rz 32f.

¹¹²⁶ *EuGH* Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, *Lehtonen und Castors Braine*, Slg 2000, S I-2681, Rz 53; *EuGH*, EWS, 2000, 257.

¹¹²⁷ *EuGH* Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 106; Hilf/Pache, Das *Bosman*-Urteil des *EuGH*, NJW, 1996, 1172.

fallscharakter“ geprägt und jedenfalls unabhängig von den faktischen Aufwendungen der Fußballvereine. Ergo kann die Möglichkeit auf Erhalt einer Transfersumme kein entscheidender Gesichtspunkt für die Verpflichtung von Jugendspielern respektive die Jugendausbildung sein und kein taugliches Mittel zur Finanzierung der kleineren Fußballvereine. Zur Erreichung der intendierten Zwecke existieren gelindere Mittel.¹¹²⁸

8.2. Rechtfertigung vertraglich vereinbarter Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen

Sind vertraglich vereinbarte Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen gerechtfertigt? In der sportrechtlichen Literatur haben sich vor allem *Kelber* und *Küpperfahrenberg* mit diesem Thema auseinandergesetzt.

8.3. Ansicht Kelber

Kelber ist der Auffassung, dass die Bezahlungen von vertraglich vereinbarten Transfersummen bei laufenden Arbeitsverträgen gerechtfertigt sind.¹¹²⁹ Im ersten Schritt prüft er ob die Arbeitsverträge mit langen Befristungen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit kompatibel sind. Er betont in diesem Konnex, dass einerseits die Arbeitnehmerfreizügigkeit und andererseits die Privatautonomie („*Vertragsfreiheit*“) als (Rechts-) Güter zu berücksichtigen sind. Nach *Kelber* ist eine zeitliche Befristung von fünf Jahren im Rahmen der Abwägung von Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Privatautonomie nicht zu tadeln. Die Fußballvereine müssen die Chance haben langfristige „*Planungen*“ vorzunehmen (Planungssicherheit), um eine Fußballmannschaft in personeller Hinsicht für einen längeren Zeitraum zusammenzusetzen. Die Fußballvereine haben auch das Interesse Fußballspieler länger an einen Verein vertraglich zu binden, damit sie als zentrale Integrationspersönlichkeiten für die Fans fungieren. Die zeitliche Befristung des Arbeitsverhältnisses von 5 Jahren kann dies auch erreichen. Aus „*sportlichen Gründen*“ ist eine längerfristige vertragliche Bindung erforderlich. Die Fluktuation der Fußballspieler im Rahmen des sportlichen Wettkampfes wäre zu intensiv und der Wettkampf würde bloß auf Grund der ökonomischen Stärke der Fußballvereine seinen Ausgang finden. Die Berufsfußballspieler sind nicht gezwungen die äußerste zeitliche vertragliche Bindungsfrist anzunehmen. Die normalen Berufsfußballspieler befinden sich

¹¹²⁸ EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 106ff.

¹¹²⁹ *Kelber*, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

nicht in der üblichen Arbeitnehmerschutzstellung. Die Berufsfußballspieler verdienen in der Regel über dem Durchschnitt und erhalten bessere Beratung als der Normalfall eines typischen Dienstnehmers. Bei Berücksichtigung der dargestellten Interessenslage ist die Bestimmung des § 624 BGB in Relation zu den Gütern Privatautonomie respektive Freizügigkeit nicht unausgewogen und sohin mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit kompatibel. *Kelber* prüft im nächsten Schritt ob in dem „*dreiseitigen Vertragswerk*“ (zwischen dem Berufsfußballspieler, dem neuen Fußballverein und der Zustimmung des alten Fußballvereines) eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art 39 EGV gegeben ist. Nach *Kelber* stellt schon die zeitliche vertragliche Befristung des Arbeitsverhältnisses (von fünf Jahren) keinen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, daher kann die vom abwanderungswilligen Dienstnehmer intendierte frühzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den aktuellen Dienstgeber unter bestimmten Konditionen auf Grund von Größenschluss nicht gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoßen. Im schlimmsten Fall kann der Fußballspieler nicht den Fußballverein wechseln. Dieser Umstand beschränkt den Dienstnehmer jedoch nicht mehr in seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit als der Umstand einer vertraglichen Befristung des Arbeitsverhältnisses auf 5 Jahre per se.¹¹³⁰

8.4. Ansicht Küpperfahenberg

Nach *Küpperfahenberg* sind Transfersummen im Falle von laufenden Arbeitsverträgen zulässig. Die Bestimmungen zum Abschluss befristeter Arbeitsverträge mit einer Dauer von fünf Jahren sind gerechtfertigt.¹¹³¹ Der berechtigte Zweck besteht in der „*Aufrechterhaltung des Gleichgewichtes*“ zwischen den Fußballvereinen und somit in einem „*ausgeglichenen Wettbewerb*“. Diese Zwecke sind bloß erreichbar, wenn den Fußballvereinen die Gelegenheit eingeräumt wird die Komposition des Kaders auf längere Zeit zu planen (Planungssicherheit). Finanzschwache Fußballvereine brauchen, um sich im Wettkampf behaupten zu können, die Möglichkeit talentierte und jugendliche Fußballspieler für einen langen Vertragszeitraum zu verpflichten. Der sportliche Wettkampf würde sich andernfalls zu einem wirtschaftlichen (ökonomischen) Wettkampf entwickeln. Befristete Arbeitsverträge mit einer Dauer von fünf Jahren können unterbinden, dass die wohlhabendsten Fußballvereine permanent die stärksten Fußballspieler an sich binden. Aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann nach *Küpperfahenberg* für die laufenden Arbeitsverträge kein ordentliches Kündigungsrecht abgeleitet werden. Durch die Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechtes wür-

¹¹³⁰ Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

¹¹³¹ Küpperfahenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 177f.

den die Fußballvereine die Möglichkeit verlieren Fußballspieler als Identifikationspersönlichkeiten dem Publikum vorzustellen. Die Fußballspieler schließen befristete Arbeitsverträge auf einen Zeitraum von fünf Jahren aus freien Stücken ab und verzichten dadurch auf die Geltendmachung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (arg Verzicht). Die befristeten Arbeitsverträge mit einer Dauer von fünf Jahren gewährleisten einen ausgewogenen Wettkampf und werden im Sport auch von „*zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*“ geprägt. Der Befristungszeitraum ist auch unter der Berücksichtigung der für Sportler verkürzten Berufslebensdauer nicht inadäquat.¹¹³²

8.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind befristete Arbeitsverträge mit einer Dauer von fünf Jahren im Fußballsport gerechtfertigt. Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses können die Aufrechterhaltung des sportlichen und ökonomischen Gleichgewichtes beziehungsweise die Ordnung des sportlichen Wettkampfes herangezogen werden. Durch die befristeten Arbeitsverträge mit einer Dauer von 5 Jahren können die Fußballvereine Spieler an sich binden um die Kaderkomposition zu planen (arg Planungssicherheit).¹¹³³ Es wird das Interesse des Publikums nach Identifikation mit Spielerpersönlichkeiten (sog Publikumsinteresse) befriedigt. Darüber hinaus wird dadurch verhindert, dass die besten Spieler permanent zu den besten Vereinen wechseln. Sogar wird durch Arbeitsverträge mit einer Dauer von 5 Jahren die Aufrechterhaltung des sportlichen und wirtschaftlichen Gleichgewichtes bzw die Ordnung des sportlichen Wettkampfes gewährleistet. Der Spieler (Arbeitnehmer) hat des weiteren für die zeitliche Spanne der Befristung auf die Geltendmachung der Arbeitnehmerfreizügigkeit verzichtet (arg Verzicht).¹¹³⁴ Dies geschieht in der Regel auch dadurch, dass Spielern höhere Gehälter, Handgelder bzw Abschlussprämien für den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen gezahlt werden und die Spieler privatautonom zustimmen (arg qualifizierter Verzicht iVm Privatautonomie), weshalb kein inadäquater Eingriff vorliegt.¹¹³⁵

Schadensersatzansprüche gegen Fußballspieler im Falle von ungerechtfertigter Beendigung des Arbeitsvertrages in Höhe des faktischen Schadens sind gerechtfertigt. Das Prinzip „*Verträge sind einzuhalten*“ (arg „*pacta sunt servanda*“) ist im Gemeinschaftsrecht zu be-

¹¹³² Küpperfahrenberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 177f.

¹¹³³ Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

¹¹³⁴ Klingmüller/Wichert, Die Zulässigkeit von Ablösesummen für vertraglich gebundene Profifußballspieler, SpuRt, 2001, 3f.

¹¹³⁵ Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

rücksichtigen.¹¹³⁶ Der Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers im Falle von ungerechtfertigtem Austritt des Arbeitnehmers soll bloß die „*Vertragstreue*“ respektive die „*Ordnung des Wettbewerbs*“ (dh Wettbewerbsordnung) absichern.¹¹³⁷ Werden jedoch illusorische Fantasietransfersummen für Fußballspieler gefordert, wird die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht notwendig und inadäquat sein.

¹¹³⁶ Schrammel, Berufssportgesetz - Probleme und Lösungsansätze, in Achatz/Karollus/Jabornegg [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II, 2001, 34.

¹¹³⁷ OGH 26.8.1999, 8 ObA 196/99b.

XVI. Transfersummen und Ausbildungskosten

1. Allgemeine Grundlagen

Welche Probleme bestehen im Zusammenhang mit den Ausbildungskosten? Das Problem der Ausbildungskosten besteht darin, dass der Arbeitgeber Geld in die Ausbildung eines Dienstnehmers investiert, um ihn in Zukunft in einer bestimmten Position einzusetzen.¹¹³⁸ Ein weiteres Problem besteht darin, dass die Arbeitnehmer durch die Vereinbarung eines Ausbildungskostenrückerersatzes in ihrer Mobilität gehemmt werden.¹¹³⁹ Es besteht die Gefahr, dass neue Arbeitgeber nach erfolgreicher Beendigung der Ausbildung der ausgebildeten Person leichter ein höheres Einkommen offerieren können als der aktuelle Arbeitgeber, da der abwerbende neue Arbeitgeber sich die Ausbildungskosten erspart hat und die nicht so produktive Phase der auszubildenden Person in der Anlernzeit nicht tragen musste.¹¹⁴⁰ Erschwert wurde die Problematik des Ausbildungskostenersatzanspruches dadurch, dass die Ausbildungskosten früher nicht gesetzlich normiert waren.¹¹⁴¹ Die Rechtsprechung des OGH und die herrschende Meinung in der Literatur haben bereits den Ausbildungskostenrückerersatz anerkannt.¹¹⁴² Die Ausbildungskosten wurden nun durch die Novelle zum „Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz“¹¹⁴³ gesetzlich normiert. Die zentrale nationale arbeitsrechtliche Rechtsgrundlage für die Ausbildungskosten enthält nun § 2d AVRAG¹¹⁴⁴. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass auf Grund der „Rechtssicherheit“ und der „Transparenz“ die Aspekte der Rechtsprechung des OGH und der herrschenden Meinung in der Literatur zum Thema der Zulässigkeit des Ausbildungskostenersatzes (außer den Themen der Minderjährigkeit und der zeitlichen Beschränkungsdauer) gesetzlich normiert wurden.¹¹⁴⁵ Der personelle Anwendungsbereich erfasst sowohl „Angestellte“ als auch „Arbeiter“.¹¹⁴⁶ Der zeitliche Anwendungsbereich des § 2d AVRAG erfasst gemäß § 19 Abs 1 Z 18 AVRAG vertrag-

¹¹³⁸ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 96; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 23; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 8; AB 1215, BlgNR 22. GP, 2.

¹¹³⁹ Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 9; AB 1215, BlgNR 22. GP, 1f; IA 605, BlgNR 22. GP, 4.

¹¹⁴⁰ Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 8.

¹¹⁴¹ AB 1215, BlgNR 22. GP, 2; IA 605, BlgNR 22. GP, 4.

¹¹⁴² Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 315; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückerersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 469; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k; OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72; SZ 45/122.

¹¹⁴³ BGBl I 2006/36.

¹¹⁴⁴ Gemäß § 16 AVRAG handelt es sich bei § 2d AVRAG um eine zwingende Bestimmung, die nicht dispositiv ist.

¹¹⁴⁵ AB 1215, BlgNR 22. GP, 2; IA 605, BlgNR 22. GP, 5.

¹¹⁴⁶ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückerersatz und bei der Konkurrenzklausel - ein Überblick, ASOK, 2006, 126.

lich vereinbarte Ausbildungskostenersatzansprüche, die nach dem 18. März 2006 abgeschlossen worden sind.¹¹⁴⁷

2. Vertragliche Vereinbarung

Welcher Rechtsnatur ist der Ausbildungskostenersatzanspruch? Für das wirksame Zustandekommen eines Ausbildungskostentrückersatzanspruches bedurfte es vor der Zeit des AVRAG nach herrschender Meinung in der Literatur und nach der Rsp des *OGH* einer vertraglichen Vereinbarung für den Ausbildungskostentrückersatz.¹¹⁴⁸ Die vertragliche Vereinbarung zum Ausbildungskostenersatzanspruch konnte formfrei und schlüssig abgeschlossen werden.¹¹⁴⁹ Auf Grund der Sensibilität von Ausbildungskostenersatzansprüchen war es jedoch empfehlenswert die vertraglichen Vereinbarungen schriftlich festzuhalten.¹¹⁵⁰ Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 2d Abs 2 AVRAG bedarf es nun für die Zulässigkeit des Ausbildungskostentrückersatzanspruches einer vertraglichen Vereinbarung und der Schriftform.¹¹⁵¹

3. Sonderfall Minderjährige

3.1. Allgemeine Grundlagen

Wie können Ausbildungskostentrückersatzansprüche zulässig mit Minderjährigen vereinbart werden? Die Ausbildungskostentrückersatzansprüche zwischen einem Arbeitgeber und einem Minderjährigen bedurften in der Zeit vor dem AVRAG nach herrschender Meinung in der Literatur und nach der Rsp des *OGH* für die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung

¹¹⁴⁷ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostentrückersatz und bei der Konkurrenzklausel - ein Überblick, ASOK, 2006, 126; Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 1.

¹¹⁴⁸ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 132; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 24; Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 93; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 469; OGH, SpuRt, 1999, 64 (Reissner); Holzer, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 198; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 8ff und 20; OGH, DRdA, 1990, 223 (Resch); OGH 2.9.1987, 1 Ob 625/87; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k; anderer Ansicht war *Tichy*. *Tichy* war der Auffassung, dass es keiner vertraglichen Vereinbarung eines Ausbildungskostentrückersatzes bedarf. Der Arbeitgeber hat einen bereicherungsrechtlichen Anspruch nach § 1435 ABGB analog („*condictio causa data causa non secuta*“). OGH, ZAS, 1975, 220 (*Tichy*).

¹¹⁴⁹ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 132.

¹¹⁵⁰ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 132.

¹¹⁵¹ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostentrückersatz und bei der Konkurrenzklausel - ein Überblick, ASOK, 2006, 126; Neubauer, Neues aus der Gesetzgebung, ASOK, 2006, 33; IA 605, BlgNR 22. GP, 5.

der Zustimmung beider gesetzlichen Vertreter (dh Vater und Mutter) und der Genehmigung des Pflschaftsgerichtes, da es sich bei den Ausbildungskostenerstansprüchen um eine Maßnahme handelte, die eine Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes betrifft gemäß § 154 Abs 3 ABGB.¹¹⁵² Die zentrale aktuelle ausbildungskostenerersatzrechtliche Rechtsgrundlage für Minderjährige enthält nun § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG. Gemäß § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG existiert die Pflicht zur Ausbildungskostenrückerstattung vor allem dann nicht, wenn „*der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung minderjährig ist und nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen dazu vorliegt*“. Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers in § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG bedarf es für das wirksame zustande kommen einer vertraglichen Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarung mit einem Minderjährigen der Zustimmung des „*gesetzlichen Vertreters*“ (dh Vater oder Mutter). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass auf Grund der „*Transparenz*“ und „*Rechtssicherheit*“ in § 2d AVRAG die in der Rsp des OGH und der herrschenden Literatur angewandten Aspekte (mit Ausnahme des Themas der Minderjährigkeit) gesetzlich normiert werden sollten, bei denen ein vertraglich vereinbarter Ausbildungskostenerersatzanspruch zulässig ist.¹¹⁵³ Der historische Gesetzgeber wollte daher die Aspekte der Rsp des OGH und der herrschenden Literatur zum Thema der Ausbildungskosten bei Minderjährigen nicht übernehmen. In der Literatur haben sich vor allem *Neubauer/Rath*, *Oberhofer* und *Preiss/Reissner* mit der Frage auseinandergesetzt welche Zustimmungserfordernisse bei Ausbildungskostenerersatzvereinbarung mit Minderjährigen nun aktuell notwendig sind.

3.2. Ansicht Neubauer/Rath

Neubauer/Rath sind der Auffassung, dass Vereinbarungen von Ausbildungskostersatzansprüchen mit Minderjährigen bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen und nicht mehr der pflschaftsgerichtlichen Genehmigung.¹¹⁵⁴ Nach *Neubauer/Rath* ergibt sich

¹¹⁵² Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 94f; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 28; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 315f; Fischer/König, Ausbildungskostenrückerersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 469; Holzer, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 198; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 11; OGH 13.7.1998, 7 Ob 147/98p; OGH, SpuRt, 1999, 24 (Fischer); AB 1215, BlgNR 22. GP, 4f; OGH 28.2.1990, 3 Ob 623/89; SZ 49/79; Arb 9.474; IA 605, BlgNR 22. GP, 7.

¹¹⁵³ IA 605, BlgNR 22. GP, 5.

¹¹⁵⁴ Neubauer/Rath, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausele und beim Ausbildungskostenrückerersatz, ASOK, 2007, 55; Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückerersatz und bei der Konkurrenzklausele - ein Überblick, ASOK, 2006, 129.

aus den Gesetzesmaterialien, dass § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG als spezielleres Gesetz („*Lex specialis*“) im Verhältnis zu § 154 Abs 3 ABGB (*lex generalis*) zu verstehen ist.¹¹⁵⁵

3.3. Ansicht Oberhofer

Oberhofer ist hingegen der Auffassung, dass Ausbildungskostenersatzansprüche mit Minderjährigen weiterhin als Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB anzusehen sind und neben der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter die Genehmigung des Pflschaftsgerichtes weiterhin notwendig ist.¹¹⁵⁶ Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers gemäß § 154 Abs 3 ABGB bedarf es für Maßnahmen, die Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes betreffen, neben der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (dh Mutter und Vater) der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.¹¹⁵⁷ Nach der Rsp des *OGH* sind die Ausbildungskostenvereinbarungen mit Minderjährigen als Vermögensangelegenheit des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes gemäß § 154 Abs 3 ABGB verstanden worden.¹¹⁵⁸ Die Gesetzesmaterialien weisen zwar darauf hin, dass von der Rsp des *OGH* in der die Ausbildungskostenersatzansprüche als Vermögensangelegenheit des § 154 Abs 3 ABGB qualifiziert wurden, abgewichen werden sollte.¹¹⁵⁹ Bei einer Widersprüchlichkeit zwischen Gesetzesmaterialien und Gesetzestext geht seines Erachtens jedoch der Gesetzestext vor.¹¹⁶⁰

3.4. Ansicht Preiss/Reissner

Preiss/Reissner sind auch der Auffassung, dass Ausbildungskostenersatzvereinbarungen mit Minderjährigen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (dh Vater und Mutter) und die Genehmigung durch das Pflschaftsgericht erfordern.¹¹⁶¹ *Preiss/Reissner* weisen darauf hin, dass § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG bloß davon spricht, dass die Zustimmung des gesetzlichen

¹¹⁵⁵ Neubauer/Rath, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausele und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASOK, 2007, 55.

¹¹⁵⁶ Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 157f.

¹¹⁵⁷ Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 157f.

¹¹⁵⁸ Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 157f.

¹¹⁵⁹ Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 157f.

¹¹⁶⁰ Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 157f.

¹¹⁶¹ Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausele und der Ausbildungskostenklausele, DRdA, 2006, 188.

Vertreters notwendig ist.¹¹⁶² Über die sonstigen Voraussetzungen sagt § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG jedoch nichts aus.¹¹⁶³

3.5. Eigene Meinung

Meiner Meinung nach bedarf es für den wirksamen Abschluss eines vertraglich vereinbarten Ausbildungskostenersatzanspruches mit einem Minderjährigen nun bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (dh Vater oder Mutter). Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzgebers in § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG nachdem es für das wirksame Zustandekommen einer Ausbildungskostenvereinbarung mit Minderjährigen der Zustimmung „des gesetzlichen Vertreters“ bedarf. Systematische Überlegungen sprechen dafür, dass der Minderjährige bei Ausbildungskostenvereinbarungen bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Nach § 12 BAG bedarf es bei Lehrverträgen mit Minderjährigen bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Nach § 2 Abs 1 SchauSpG bedarf es für Bühnendienstverträge mit Minderjährigen bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Nun regelt auch § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG ausdrücklich, dass es bei Ausbildungskostenvereinbarungen bloß der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Darüber hinaus wäre die Normierung von § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG sinnlos und die Bestimmung geradezu unanwendbar, wenn für Ausbildungskostenersatzansprüche mit Minderjährigen über die gesetzliche Zustimmung hinaus noch die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig wäre. Historische Überlegungen sprechen ebenso dafür, dass für die vertragliche Vereinbarung der Ausbildungskosten mit Minderjährigen keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig ist. Die Gesetzesmaterialien weisen darauf hin, dass der historische Gesetzgeber die Rsp des OGH und die herrschende Literatur zu den Aspekten der Zulässigkeit der Ausbildungskostenersatzvereinbarung zum Thema der Minderjährigkeit nicht übernehmen wollte.¹¹⁶⁴ Wie *Neubauer/Rath* dies ausgeführt haben, ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG als *lex specialis* im Verhältnis zu § 154 Abs 3 ABGB zu verstehen ist („*lex specialis derogat legi generali*“).¹¹⁶⁵ Darüber hinaus ist noch im Allgemeinen zu berücksichtigen, dass das jüngere Gesetz dem älteren Gesetz vorgeht („*lex posterior derogat legi priori*“).¹¹⁶⁶ § 2d Abs

¹¹⁶² Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausele und der Ausbildungskostenklausele, DRdA, 2006, 188.

¹¹⁶³ Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausele und der Ausbildungskostenklausele, DRdA, 2006, 188.

¹¹⁶⁴ IA 605, BlgNR 22. GP, 5.

¹¹⁶⁵ Neubauer/Rath, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausele und beim Ausbildungskostenrückersatz, ASOK, 2007, 55.

¹¹⁶⁶ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005, 18; Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und -methodik für Juristen, 1997, 46.

3 Z 1 AVRAG ist durch die Novelle zum AVRAG 2006¹¹⁶⁷ und § 154 Abs 3 ABGB durch die Novelle zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 1977¹¹⁶⁸ eingefügt worden. Es ist in diesem Fall insbesondere zu berücksichtigen, dass das jüngere speziellere Gesetz dem älteren allgemeineren Gesetz vorgeht.¹¹⁶⁹ Dies ist hier beim Verhältnis von § 2d Abs 3 Z 1 AVRAG und § 154 Abs 3 ABGB auch der Fall.

4. Beschränkungen

4.1. Allgemeine Grundlagen

Nach herrschender Meinung in der Literatur und Rsp des *OGH* waren Vereinbarungen von Ausbildungskostenersatzansprüchen in der Zeit vor dem AVRAG zulässig.¹¹⁷⁰ Die Vereinbarungen von Ausbildungskostenersatzansprüchen unterlagen jedoch bestimmten Beschränkungen. Die Ausbildungskostenerückersatzvereinbarungen durften jedoch keine unzumutbare Beschränkung der Kündigungsfreiheit der Dienstnehmer beziehungsweise keinen „*Verstoß gegen die guten Sitten*“ (dh Sittenwidrigkeit) darstellen.¹¹⁷¹ Die Sittenwidrigkeit ist gegeben, sofern aus der Abwägung der Interessen der Vertragsparteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) eine gröbliche Verletzung der juristisch geschützten Interessen resultiert. Aus der Interessensabwägung resultiert eine gröbliche Verletzung der juristisch geschützten Interessen, sofern der Auszubildende das „*alleinige und beachtliche finanzielle Risiko*“ der Ausbildung zu tragen hat respektive die Vertragserfüllung eine inadäquat hohe „*Belastung*“ darstellt.¹¹⁷² Der Auszubildende hat bspw das alleinige und beachtliche Risiko der Ausbildung zu tragen, wenn sich der Dienstnehmer nach Absolvierung der Ausbildung für einen bestimmten Zeitraum verpflichtet für den Dienstgeber tätig zu werden, jedoch ohne dass der Dienstnehmer einen Anspruch auf einen Arbeitsvertragsabschluss hat, sprich der Arbeitgeber eine Verpflichtung zum Arbeitsvertragsabschluss nicht übernommen hat (arg fehlende „*Be-*

¹¹⁶⁷ BGBl I 2006/36.

¹¹⁶⁸ BGBl 1977/403.

¹¹⁶⁹ Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und -methodik für Juristen, 1997, 46.

¹¹⁷⁰ Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 8ff und 20; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k; OGH 29.6.1988, 9 ObA 138/88; OGH 2.9.1987, 1 Ob 625/87.

¹¹⁷¹ Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 47; Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 148; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 9; OGH, DRdA, 1990, 223 (Resch); OGH 2.9.1987, 1 Ob 625/87; Arb 11.101; OGH 11.8.1993, 9 ObA 151/93; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k; OGH 26.11.1985, 4 Ob 124/85; SZ 58/159.

¹¹⁷² Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 47; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 10; OGH 2.9.1987, 1 Ob 625/87; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k.

schäftigungsgarantie').¹¹⁷³ Nach aktueller Rechtslage ist die Zulässigkeit von Ausbildungskostenrückersatzvereinbarungen durch § 2d Abs 3 AVRAG beschränkt. Die Aufzählung der Gründe in § 2d Abs 3 AVRAG ist bloß beispielhafter (demonstrativer) Natur (arg „*insbesondere*“).¹¹⁷⁴ Es kann daher für die Frage der Zulässigkeit der Ausbildungskostenrückersatzvereinbarung auf die Rechtsprechung des *OGH* zurückgegriffen werden.¹¹⁷⁵

4.2. Zulässige Beschränkung der Fußballspieler durch Ausbildungskostenersatzvereinbarungen

Es stellt sich die Frage ob die Beschränkungen der Fußballspieler durch Ausbildungskostenersatzvereinbarungen zulässig sind. In der österreichischen sportrechtlichen Literatur haben sich vor allem *Schrammel* und *Resch* mit der Frage der zulässigen Beschränkung von Ausbildungskostenersatzvereinbarungen bei Fußballspielern auseinandergesetzt.

4.3. Ansicht Schrammel

Schrammel weist zunächst darauf hin, dass nach der Rsp des *OGH* die vertragliche Verpflichtung eines Spielers zum Ausbildungskostenrückersatz ohne entsprechende vertragliche Beschäftigungsverpflichtung des Sportvereines als einseitige Belastung qualifiziert wird. Zur Auflösung dieses Problems, schlägt *Schrammel* vor, dass die Bezahlung der Ausbildungskosten vom individuellen Spieler auf den Sportverein verlagert werden soll, der schlussendlich von der Ausbildung einen Profit hat. Nach Beendigung der Ausbildung könnten Bindungsklauseln abgeschlossen werden. Problematisch ist jedoch nach *Schrammel*, dass nicht allen Nachwuchsspielern eine garantierte Beschäftigung zugesagt werden kann (arg fehlende „*Beschäftigungsgarantie*“). Er weist darauf hin, dass die Verpflichtung „*einseitig belastend*“ ist, wenn der Arbeitnehmer sich zu einem Ausbildungskostenrückersatz verpflichten müsste und der Verein keine Verpflichtung hat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Spieler einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Daher schlägt *Schrammel* vor, dass nicht die

¹¹⁷³ Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 50; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 470 und 474; Holzer, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 198; OGH 29.6.1988, 9 ObA 138/88; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k.

¹¹⁷⁴ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückersatz und bei der Konkurrenzklausele - ein Überblick, ASOK, 2006, 130; Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 157; AB 1215, BlgNR 22. GP, 5; IA 605, BlgNR 22. GP, 7.

¹¹⁷⁵ AB 1215, BlgNR 22. GP, 5.

Spieler selbst die Ausbildungskosten bei einem „*Vereinswechsel*“ tragen sollen, sondern die Vereine, die von der Ausbildung profitieren.¹¹⁷⁶

4.4. Stellungnahme

Meiner Meinung nach werden die Ausbildungskosten gegenüber den Fußballspielern im Berufsfußball in der Regel daran scheitern, dass die Profivereine den Fußballspielern keine „*Beschäftigungsgarantie*“ geben. Die Vereinbarungen von Ausbildungskosten ohne Beschäftigungsgarantie sind (einseitig) gröblich benachteiligend, weil der auszubildende Arbeitnehmer das „*alleinige und beachtliche finanzielle Risiko*“ der Ausbildung zu tragen hat.¹¹⁷⁷ Gegen die Bezahlung der Ausbildungskosten durch den neuen Arbeitgeber, in diesem Fall nutznießender Fußballverein, sprechen teleologische Überlegungen. Arbeitnehmer werden durch die Vereinbarung eines Ausbildungskostenrückerersatzes in ihrer Mobilität gehemmt.¹¹⁷⁸ Hat der neue Arbeitgeber die Ausbildungskosten zu bezahlen, besteht dieselbe mobilitätshemmende Wirkung. Es kann im konkreten Individualfall auch ein Umgehungsstruktur gesehen werden.¹¹⁷⁹ Die Überlegungen von *Generalanwalt Lenz* in den Schlussanträgen zu der Rechtssache *Bosman* sprechen im Ergebnis auch gegen einen Ausbildungskostenerersatz.¹¹⁸⁰ *Generalanwalt Lenz* weist zwar zunächst darauf hin, dass ein Ausbildungskostenerersatzanspruch in Betracht kommt, wenn er erstens die faktischen für die Ausbildung aufgewendeten Kosten des Fußballvereines umfasst, zweitens für den ersten Transferwechsel gilt, drittens der Fußballverein den Fußballspieler ausgebildet hat und viertens die Höhe der Ausbildungskosten anteilmäßig verringert (Aliquotierung) werden. *Generalanwalt Lenz* weist jedoch auch darauf hin, dass die mit den Ausbildungskosten intendierten Zwecke genauso durch ein Einnahmenumverteilungssystem erlangt werden können, ohne jedoch die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Fußballspieler zu beeinträchtigen.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁶ Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 49f; nach *Resch* liegt im Individualfall eine nichtige Umgehung vor, wenn die Ausbildungskosten vom Verein zu zahlen sind. *Resch*, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 96.

¹¹⁷⁷ Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 49f; Holzer, Der Fall *Bosman* und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 198; OGH 29.6.1988, 9 ObA 138/88; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k.

¹¹⁷⁸ AB 1215, BlgNR 22. GP, 1f; IA 605, BlgNR 22. GP, 4; *Resch*, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 9.

¹¹⁷⁹ *Resch*, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 96.

¹¹⁸⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz* vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 239.

¹¹⁸¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz* vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 239.

5. Ausbildungskostenbegriff

5.1. Allgemeine Grundlagen

Welche Aufwendungen des Dienstgebers können durch den Ausbildungskostenersatzanspruch geltend gemacht werden? Nach herrschender Meinung in der Literatur und der Rsp des OGH war in der Zeit vor dem AVRAG zwischen den „Einschulungskosten“ und den „Ausbildungskosten“ zu differenzieren.¹¹⁸² Im Gegensatz zu den Ausbildungskosten waren die Einschulungskosten nicht rückerstattungsfähig.¹¹⁸³

Was war unter dem Begriff der „Ausbildungskosten“ zu verstehen? Die Rsp des OGH und die herrschende Meinung in der Literatur verstanden unter dem Begriff der „Ausbildungskosten“ solche Aufwendungen, die erstens über die bloße Einschulung hinausgehen, zweitens die Vermittlung von Spezialkenntnissen (theoretischer respektive praktischer Natur) umfassen, drittens die generell bei sonstigen Arbeitgebern verwertbar sind und viertens dem Dienstnehmer verbesserte Einkommensmöglichkeiten gewähren.¹¹⁸⁴ Wurden im Rahmen der Vollziehung des Dienstverhältnisses üblicherweise bestimmte Kenntnisse respektive Fertigkeiten erlangt, so handelte es sich dabei nicht um Ausbildungskosten.¹¹⁸⁵ Zu den Ausbildungskosten gehören unter anderem Reisekosten, Unterbringungsaufwendungen und Sachaufwendungen (wie bspw Bücher und Lernbehelfe).¹¹⁸⁶

Was war unter dem Begriff der „Einschulungskosten“ zu verstehen? Unter dem Begriff der „Einschulungskosten“ werden all jene Aufwendungen des Dienstgebers verstanden, die einen Dienstnehmer mit den „Eigenheiten“ einer Tätigkeit im Betrieb des Dienstgebers vertraut machen sollten.¹¹⁸⁷ Die Einschulung des Arbeitnehmers wird in der Regel innerhalb des

¹¹⁸² Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 93f; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 316; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Ditttrich, 2000, 467; OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72; SZ 45/122; AB 1215, BlgNR 22. GP, 3f; IA 605, BlgNR 22. GP, 6.

¹¹⁸³ Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 25; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Ditttrich, 2000, 468; OGH 5.3.1997, 9 ObA 36/97b; OGH 8.7.1992, 9 ObA 142/92; SZ 65/103.

¹¹⁸⁴ OGH 5.3.1997, 9 ObA 36/97b; OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72; SZ 45/122; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 12; Marhold, Die Rückforderung von Ausbildungskosten von Berufsanwärtern freier Berufe, RdW, 1984, 111; AB 1215, BlgNR 22. GP, 5; IA 605, BlgNR 22. GP, 6.

¹¹⁸⁵ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 134; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 316; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 175f.

¹¹⁸⁶ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 97; Oberhofer, Ausbildungskostenrückersatz und Konkurrenzklausel Neu, ZAS, 2006, 155.

¹¹⁸⁷ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückersatz und bei der Konkurrenzklausel - ein Überblick, ASOK, 2006, 126; Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 133; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2004, 25; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 316; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Ver-

Betriebes respektive im Bereich des Konzerns beziehungsweise im Bereich des Unternehmens vorgenommen.¹¹⁸⁸ In § 2d Abs 1 AVRAG wurde nun der Begriff der „*Ausbildungskosten*“ gesetzlich normiert und definiert (Legaldefinition). „*Ausbildungskosten sind die vom Arbeitgeber tatsächlich aufgewendeten Kosten für jene erfolgreich absolvierte Ausbildung, die dem Arbeitnehmer Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art vermittelt, die dieser auch bei anderen Arbeitgebern verwerten kann. Einschulungskosten sind keine Ausbildungskosten*“. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass auf Grund der „*Rechtssicherheit*“ die Rsp des OGH und die Literatur zum Begriff des „*Ausbildungskostenersatzes*“ gesetzlich normiert wurden.¹¹⁸⁹ Es kann daher für die Beurteilung der Frage ob Ausbildungskosten oder Einschulungskosten vorliegen grundsätzlich auf die in der Literatur und der Rsp des OGH entwickelten Aspekte zurückgegriffen werden.

Welcher Art müssen die Spezialkenntnisse sein? Ausbildungskosten können alternativ entweder Spezialkenntnisse theoretischer Natur respektive praktischer Natur sein.¹¹⁹⁰

Neu ist, dass der Gesetzgeber in § 2d AVRAG von „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ spricht. Was ist unter den Begriffen „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ zu verstehen?

Nach *Oberhofer* bedeutet absolvieren die vorgesehene Zeit der Ausbildung an einer Bildungsinstitution zu erbringen.¹¹⁹¹ Er weist darauf hin, dass nach dem Duden der Terminus Erfolg als „*das positive Ergebnis einer Bemühung*“ verstanden wird.¹¹⁹² Nach *Oberhofer* sind erfolgreich absolvierte Ausbildungen von der bestimmten Ausbildungsgestaltung abhängig. Die Ausbildungsgestaltung kann entweder von der bloßen Präsenz des Dienstnehmers, der Mitarbeit des Dienstnehmers beziehungsweise von einem Prüfungsabschluss abhängig sein.¹¹⁹³

Eypeltauer ist der Auffassung, dass der Begriff „*erfolgreich*“ prinzipiell dahingehend zu verstehen ist, dass ein Prüfungsabschluss vorliegen muss und eine bloße Teilnahme beziehungsweise Präsenz des Dienstnehmers nicht ausreichend ist.¹¹⁹⁴ Er geht wie *Oberhofer* zunächst davon aus, dass der Begriff Erfolg ein ‚*positives Ergebnis einer Bemühung*‘ ist.¹¹⁹⁵

einswechsel, in FS Dittrich, 2000, 468; IA 605, BlgNR 22. GP, 6; AB 1215, BlgNR 22. GP, 4; OGH 5.3.1997, 9 ObA 36/97b; OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72; SZ 45/122.

¹¹⁸⁸ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückerersatz und bei der Konkurrenzklausele - ein Überblick, ASOK, 2006, 126; Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 133; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 316; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückerersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 12; AB 1215, BlgNR 22. GP, 4; IA 605, BlgNR 22. GP, 6f.

¹¹⁸⁹ AB 1215, BlgNR 22. GP, 2.

¹¹⁹⁰ Oberhofer, Ausbildungskostenrückerersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 154f; Neubauer/Rath, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausele und beim Ausbildungskostenrückerersatz, ASOK, 2007, 52.

¹¹⁹¹ Oberhofer, Ausbildungskostenrückerersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 155.

¹¹⁹² Oberhofer, Ausbildungskostenrückerersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 155.

¹¹⁹³ Oberhofer, Ausbildungskostenrückerersatz und Konkurrenzklausele Neu, ZAS, 2006, 155.

¹¹⁹⁴ Eypeltauer, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückerersatzes - eine Trilogie, ecolx, 2007, 197.

¹¹⁹⁵ Eypeltauer, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückerersatzes - eine Trilogie, ecolx, 2007, 197.

Die schlichte Teilnahme respektive die Präsenz stellen jedoch kein Bemühen dar, welches einen Erfolg zur Folge hat.¹¹⁹⁶ Der Gesetzgeber hätte seines Erachtens den Begriff „*erfolgreich*“ einfach auslassen können, wenn er die schlichte Teilnahme als ausreichend angesehen hätte.¹¹⁹⁷ Durch die schlichte Teilnahme wird nur eine Ausbildung „*absolviert*“.¹¹⁹⁸ Damit dem Begriff „*erfolgreich*“ eine eigenständige Relevanz zukommt, muss die Ausbildung mit einem Prüfungsabschluss enden. Ausnahmsweise ist nach *Eypeltauer* jedoch die Teilnahme ausreichend, sofern wegen ihrer besonderen Relevanz es faktisch zu einer verbesserten Erwerbsmöglichkeit kommt.¹¹⁹⁹

Preiss/Reissner sind der Auffassung, dass die Begriffe „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ dahingehend zu verstehen sind, dass ein Prüfungsabschluss möglich ist.¹²⁰⁰ *Preiss/Reissner* sprechen davon, dass bloß Maßnahmen erfasst werden, die für einen erfolgreichen Abschluss „*zugänglich*“ sind.¹²⁰¹ Daher werden ihrer Ansicht nach erstens Coachings, zweitens Seminare für die Entwicklung der Persönlichkeit, drittens Trainings zur Motivation und viertens Kurse zwecks Selbsterfahrung bzw Selbstdarstellung nicht vom Begriff der „*Ausbildungskosten*“ erfasst.¹²⁰²

In der Anfragebeantwortung ist *Prammer* der Ansicht, dass die Begriffe „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ für jede entsprechende Maßnahme zur Ausbildung individuell zu prüfen sind.¹²⁰³ Für die Beantwortung der Frage ob eine erfolgreich absolvierte Ausbildung gegeben ist, sind insbesondere die Eigenart und der Typ einer bestimmten Ausbildung respektive die bestimmte Form der Maßnahme zur Ausbildung zu berücksichtigen. Ausbildungen können erstens nur an die Präsenz und die Teilnahme eines Dienstnehmers, zweitens an eine Prüfungsabsolvierung und drittens an das Erlangen im vorhinein festgelegter Ziele eines Kurses anknüpfen (zum Beispiel sind bei Fußballspielern konkrete körperliche Testwerte beziehungsweise sonstige Leistungsdatenergebnisse als definierte Ziele vorstellbar).¹²⁰⁴

Meiner Meinung nach sind die Begriffe „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ nicht dahingehend zu verstehen, dass ein Prüfungsabschluss unbedingt vorliegen muss. Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzgebers in § 2d AVRAG, der nicht von einer durch Prüfungsabschluss absolvierten Ausbildung spricht. Hätte der Gesetzgeber an eine durch Prüfungsabschluss

¹¹⁹⁶ Eypeltauer, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückersatzes - eine Trilogie, *ecolex*, 2007, 197.

¹¹⁹⁷ Eypeltauer, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückersatzes - eine Trilogie, *ecolex*, 2007, 197.

¹¹⁹⁸ Eypeltauer, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückersatzes - eine Trilogie, *ecolex*, 2007, 197.

¹¹⁹⁹ Eypeltauer, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückersatzes - eine Trilogie, *ecolex*, 2007, 197 und 199.

¹²⁰⁰ Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, DRdA, 2006, 187.

¹²⁰¹ Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, DRdA, 2006, 187.

¹²⁰² Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, DRdA, 2006, 187.

¹²⁰³ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 3.

¹²⁰⁴ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 3.

absolvierte Ausbildung gedacht, hätte er dies auch ausdrücklich regeln können. Aus der Wendung des Gesetzgebers „für jene ..., die ... vermittelt, die ... verwerten kann.“ ergibt sich, dass der Gesetzgeber die erfolgreich absolvierte Ausbildung beschreibt als eine die dem Arbeitnehmer tatsächlich Spezialkenntnisse theoretischer Natur beziehungsweise praktischer Natur vermittelt und Verwertungsmöglichkeiten gewährt. Der Gesetzgeber schreibt jedoch keine Methode (Teilnahme, Mitarbeit, definierte Ziele oder Prüfungsabschluss) für die Erlangung einer Ausbildung vor. Durch den Begriff „erfolgreich“ stellt der Gesetzgeber klar, dass erfolglose Ausbildungen nicht als Ausbildungskosten zu verstehen sind. Erfolgreiche Ausbildungen vermitteln faktisch keine Spezialkenntnisse theoretischer oder praktischer Natur und sind auch nicht verwertbar (und haben auch keine verbesserte Einkommensgelegenheit zur Folge). Gegen den Prüfungsabschluss sprechen auch historische Überlegungen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass aus Gründen der Rechtssicherheit die Rsp des OGH und herrschende Literatur zum Begriff der „Ausbildungskosten“ in der Legaldefinition umgesetzt worden sind. Das Erfordernis des Prüfungsabschlusses war in der Zeit vor dem AVRAG nicht Gegenstand der herrschenden Literatur und Rsp des OGH. Eine erfolglose Ausbildung ist zumindest in der Lehre als nicht rückforderbar qualifiziert worden.¹²⁰⁵ Es ist meiner Meinung nach auf die konkrete Ausbildungsgestaltung abzustellen. Im Bereich des Fußballsportes kann die „erfolgreich absolvierte Ausbildung“ darin liegen, dass ein Fußballspieler an einer Ausbildung teilgenommen hat und bestimmte beschriebene Ziele (wie zum Beispiel körperliche Werte beziehungsweise Leistungsdaten) erreicht hat.¹²⁰⁶

5.2. Aufwendungen der Fußballvereine als Ausbildungskosten

Sind die Aufwendungen der Fußballvereine als Ausbildungskosten zu verstehen? In der Literatur haben sich vor allem *Reissner*, *Fischer/König*, *Resch*, *Holzer*, *Hollerer* und im Rahmen der Gesetzesmaterialien *Prammer* mit dieser Frage auseinandergesetzt. Ein Blick auf die sportrechtliche Literatur zeigt, dass Ausbildungskosten im Berufsfußball bloß einen verhältnismäßig geringen Bereich der Aufwendungen der Vereine erfassen können.

¹²⁰⁵ Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 18.

¹²⁰⁶ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 3.

5.3. Ansicht Reissner

Nach *Reissner* muss es sich um eine „echte Ausbildung“ handeln.¹²⁰⁷ Eine „echte Ausbildung“ muss einen entsprechenden Marktwert haben und den Anreiz zum Erwerben eines bestimmten Arbeitnehmers durch sonstige Unternehmer erhöhen. Konkretes Beispiel für eine „echte Ausbildung“ ist seines Erachtens die Trainerausbildung durch die eine Trainerlizenz erworben wird. Er betont in seinen Ausführungen ausdrücklich, dass die Teilnahme am typischen Trainingsablauf im Bereich des Fußballsports nicht unter den Begriff der „echten Ausbildungskosten“ zu subsumieren ist.¹²⁰⁸

5.4. Ansicht Fischer/König

Nach *Fischer/König* sind vom Begriff der ‚Ausbildungskosten‘ nur Ausbildungen erfasst, die im Ausland vorgenommen worden sind, wie zum Beispiel im Bereich des Skisports das Training im Winter in Kanada beziehungsweise das Training im Sommer in Neuseeland, sofern die im Ausland getätigte Ausbildung auf Grund der Wetterverhältnisse beziehungsweise für die Vorbereitung an einem zukünftigen Ort des Wettbewerbs zweckmäßig ist.¹²⁰⁹

5.5. Ansicht Resch

Nach *Resch* besteht der Ausbildungskostenersatzanspruch nur für „konkrete Zusatzausbildungen“. Eine konkrete Zusatzausbildung liegt beispielsweise vor, wenn der Sportverein für den Sportler ein Trainingscamp in einer besonderen Ausbildungsinstitution in Kanada respektive Tschechien bezahlt.¹²¹⁰

5.6. Ansicht Holzer

Nach *Holzer* muss es sich bei der Sportlerausbildung um eine faktische Berufsausbildung handeln. Die ausgebildeten Spieler müssen einen höheren Wert als Fußballspieler erhalten.

¹²⁰⁷ OGH, SpuRt, 1999, 64 (Reissner).

¹²⁰⁸ OGH, SpuRt, 1999, 64 (Reissner).

¹²⁰⁹ Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 473.

¹²¹⁰ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 95.

Eine faktische Berufsausbildung können die Fußballspieler bloß bei einer geringen Anzahl von renommierten europäischen Großvereinen erlangen. Der Umstand, dass ein Spieler im Amateurbereich unter Anweisung des Trainers Sport vornimmt, ist seines Erachtens nicht ausreichend.¹²¹¹

5.7. Ansicht Hollerer

Hollerer ist der Auffassung, dass Aufwendungen des Vereins für den gewöhnlichen Trainingsablauf keine Ausbildungskosten darstellen, weil es sich dabei um Kenntnisse beziehungsweise Fähigkeiten handelt, die typischerweise mit der Ausführung des Dienstverhältnisses erworben werden. Er betont explizit, dass es sich dabei nicht um eine „*spezielle Ausbildung*“ handelt.¹²¹²

5.8. Ansicht Prammer

In der Anfragebeantwortung ist auch *Prammer* der Auffassung, dass das typische Training eines Berufsfußballspielers keine Ausbildung darstellt.¹²¹³ Sie weist darauf hin, dass die ‚*Regelkunde*‘ für Fußballspieler auch nicht als spezielles Wissen theoretischer Natur zu verstehen ist. Es handelt sich dabei um ein üblicherweise mit dem Vollzug des Dienstverhältnisses im Konnex stehendes Allgemeinwissen.¹²¹⁴ Die ‚*Regelkunde*‘ ist bereits dem sportlich interessierten Nichtfachmann begreiflich.¹²¹⁵ Die Aufwendungen, die Fußballvereine für die kontinuierliche Teilnahme an Wettbewerben bezahlen beziehungsweise die unabwendbar aus der Wettkampfteilnahme des Fußballvereines resultieren (wie zum Beispiel die Aufwendungen für das permanente Training), sind nicht als Ausbildungskosten zu qualifizieren.¹²¹⁶ Im Generellen werden die ‚*Sowieso-Kosten*‘, wie zum Beispiel Aufwendungen für das Personal (Personalkosten), nicht als Ausbildungskosten verstanden.¹²¹⁷

¹²¹¹ Holzer, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 198.

¹²¹² Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 175f.

¹²¹³ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 3.

¹²¹⁴ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 3.

¹²¹⁵ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 3.

¹²¹⁶ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 4.

¹²¹⁷ Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP, 4.

5.9. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind die Aufwendungen der Fußballvereine für das gewöhnliche Training nicht als Ausbildung im Sinne des § 2d AVRAG zu verstehen. Durch das gewöhnliche Training werden die Fußballspieler bloß mit den betrieblichen Eigenheiten des Fußballvereines vertraut gemacht. Das gewöhnliche Training wird auch innerbetrieblich vorgenommen. Die im gewöhnlichen Training erlangten Kenntnisse und Fertigkeiten sind bestimmte Kenntnisse respektive Fähigkeiten, die in Vollziehung des Dienstverhältnisses üblicherweise erlangt werden und stellen als solche Einschulungskosten dar. Die Kenntnisse und Fähigkeiten, die der Fußballspieler im gewöhnlichen Training erlangt, stellen auch keine Zusatzqualifikation dar.¹²¹⁸ Sind die Aufwendungen für ein Trainingslager als Ausbildungskosten zu verstehen? Meiner Meinung nach kann es sich bei Aufwendungen des Vereins für ein Trainingslager an dem ein Spieler erfolgreich teilgenommen hat um Ausbildungskosten im Sinne des § 2d AVRAG handeln. Trainingslager im Ausland werden nicht innerbetrieblich vorgenommen. Es handelt sich hierbei um eine konkrete Zusatzausbildung.¹²¹⁹

6. Höhe der Ausbildungskosten

Wie hoch dürfen die Ausbildungskosten sein, die der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer zurückverlangen kann? Die Höhe der Ausbildungskostenersatzpflicht durfte in der Zeit vor dem AVRAG die faktischen Aufwendungen, die der Dienstgeber in die Ausbildung des Arbeitnehmers investiert hat, nicht übersteigen.¹²²⁰ Die Höhe der Ausbildungskostenersatzpflicht durfte nicht in einem unzumutbaren Verhältnis zum erwarteten Arbeitnehmerentgelt respektive Nutzen stehen.¹²²¹ Des weiteren durfte die Höhe der Ausbildungskosten nicht nach Lust und Laune (dh Willkür) des Arbeitgebers festgesetzt respektive unter Berücksichtigung von branchenüblichen Ausbildungskosten bemessen werden.¹²²² Die Berechnung der

¹²¹⁸ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 95.

¹²¹⁹ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 95.

¹²²⁰ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 94; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 30; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 316; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 176; Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 468; OGH 2.9.1987, 1 Ob 625/87; OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72; SZ 45/122.

¹²²¹ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 317; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 176, Fn 665; OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72; SZ 45/122.

¹²²² Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 468; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 30; OGH 2.9.1987, 1 Ob 625/87.

Höhe der Ausbildungskosten war im Konnex mit einer „*Aliquotierungspflicht*“ zu sehen.¹²²³ Die Aliquotierung wird von dem Grundgedanken geprägt, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben soll die Ausbildungskosten abzarbeiten.¹²²⁴ Beträgt die zeitliche Befristung beispielsweise 30 Monate, so reduziert sich die Höhe der zurückzuzahlenden Ausbildungskosten pro Monat in einem Ausmaß von 1/30.¹²²⁵ Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzgebers in § 2d Abs 1 AVRAG umfasst der Begriff der „*Ausbildungskosten*“ nun die „*tatsächlich aufgewendeten Kosten*“ des Dienstgebers. Pauschalkosten, die unabhängig von faktischen Aufwendungen sind, sind unzulässig.¹²²⁶ In § 2d Abs 3 Z 3 AVRAG wird nun auch ausdrücklich eine Aliquotierungspflicht vorgesehen. Nach § 2d Abs 3 Z 3 AVRAG entsteht der Ausbildungskostenersatzanspruch nicht, wenn die Vereinbarung keine Aliquotierung enthält.¹²²⁷ Auf Grund der Bestimmung der Ausbildungskosten als faktische Aufwendungen des Dienstgebers sind die direkten „*Förderungen*“, die der Dienstgeber für eine Ausbildung bekommt, vom Ausbildungskostenbetrag zu subtrahieren.¹²²⁸

Nach *Resch* sind die Regelungen der Ausbildungsentschädigung in den verbandsrechtlichen Bestimmungen zu „*pauschal*“ gefasst und stellen nicht ausreichend auf die „*konkrete Ausbildung*“ des konkreten Fußballspielers ab.¹²²⁹

Meiner Meinung nach sind die verbandsrechtlich vorgesehenen Bestimmungen zu den Ausbildungskosten zu pauschal und orientieren sich nicht an den faktischen Kosten für einen konkreten Fußballspieler.¹²³⁰ Es entstehen für die unterschiedlichen Typen von Spielern (Tormann, Verteidiger, Mittelfeldspieler und Angreifer) unterschiedlich hohe konkrete Aufwendungen. Fußballvereine werden bereits aus budgetären Gründen unterschiedlich hohe Aufwendungen in Ausbildungen investieren. Die Förderungen, die ein Fußballverein für die Ausbildung erhält, sind von den Ausbildungskosten zu subtrahieren, da bloß die faktischen

¹²²³ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 94; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 30; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 18.

¹²²⁴ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2004, 93; Tomanek, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005, 33f; Resch, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 18.

¹²²⁵ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2004, 93.

¹²²⁶ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückersatz und bei der Konkurrenzklausele - ein Überblick, ASOK, 2006, 127.

¹²²⁷ IA 605, BlgNR 22. GP, 6.

¹²²⁸ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückersatz und bei der Konkurrenzklausele - ein Überblick, ASOK, 2006, 127.

¹²²⁹ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 95; anderer Auffassung ist *Quirling*. Seiner Meinung nach handelt sich bei der verbandsrechtlichen Ausbildungsentschädigung zwar um einen Pauschalbetrag, der sich jedoch aus genau „*detaillierten individuellen Merkmalen*“ des Fußballspielers und der Vereinsausbildung zusammensetzt. *Quirling*, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 150f.

¹²³⁰ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 95.

Kosten rückerstattungsfähig sind.¹²³¹ Gegen die Pauschalisierung der Ausbildungskosten sprechen die Überlegungen vom *Generalanwalt Lenz* in der Rechtssache *Bosman*. Generalanwalt Lenz spricht davon, dass Ausbildungskosten im Fußballbereich im Betracht kommen, wenn es sich dabei um die für den Fußballspieler faktisch aufgewendeten Kosten des Vereins handelt.¹²³²

7. Zeitliche Beschränkungsdauer

Wie lange kann der Arbeitnehmer durch einen Ausbildungskostenrückerstattungsanspruch zeitlich beschränkt werden? Die zeitliche Beschränkungsdauer des Arbeitnehmers durch einen Ausbildungskostenersatzanspruch durfte in der Zeit vor dem AVRAG zwischen 3 Jahren¹²³³ und 5 Jahren¹²³⁴ betragen.¹²³⁵ In besonderen Ausnahmefällen wurde eine zeitliche Beschränkungsdauer von acht Jahren akzeptiert.¹²³⁶ Hierfür sprachen die Kostenintensität der Ausbildung und der besondere Nutzen der Ausbildung bei anderen Unternehmen.¹²³⁷

Reissner war der Auffassung, dass die zeitliche Beschränkung durch den Ausbildungskostenersatzanspruch in der Regel 3 Jahre und in Ausnahmesituationen 5 Jahre betragen konnte.¹²³⁸

Nach *Fischer/König* betrug die zeitliche Bindungsdauer 3 bis maximal 4 Jahre für Profisportler. Auf Grund der kurzen Berufslebensdauer eines Berufssportlers beträgt die zeitliche Bindungsdauer eher 3 Jahre. Ausnahmsweise konnte die zeitliche Bindungsdauer länger sein, wenn der Spieler neben der Ausbildung zum Sportler noch zusätzlich die Möglichkeit erhielt schwer erreichbare Berufe, wie zum Beispiel Sporttrainer respektive Sportlehrkraft, nach Beendigung der aktiven Spielerlaufbahn zu erschließen.¹²³⁹

Nach *Resch* beträgt die zeitliche maximale Beschränkungsdauer in der Regel drei Jahre. Ausnahmsweise kann sie unter bestimmten Voraussetzungen 5 Jahre betragen. Die Ausnah-

¹²³¹ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückerersatz und bei der Konkurrenzklausel - ein Überblick, ASOK, 2006, 127.

¹²³² Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 20.9.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921, Rz 239.

¹²³³ Für die zeitliche Beschränkungsdauer von drei Jahren ist der *OGH*. OGH 27.9.1995, 9 ObA 136/95.

¹²³⁴ OGH 26.11.1985, 4 Ob 124/85; SZ 58/159; Holzer, Der Fall *Bosman* und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 197f.

¹²³⁵ Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 135; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 176.

¹²³⁶ OGH 15.9.1994, 8 ObA 211/94.

¹²³⁷ OGH 15.9.1994, 8 ObA 211/94.

¹²³⁸ OGH, SpuRt, 1999, 64 (Reissner).

¹²³⁹ Fischer/König, Ausbildungskosten-Rückerersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 474.

me kommt im Berufssport unter Berücksichtigung der kurzen Berufslebensdauer der Spieler nicht in Betracht.¹²⁴⁰

Nach der neuen Rechtslage ist die zeitliche Beschränkungsdauer des Arbeitnehmers durch den Ausbildungskostenersatzanspruch gesetzlich geregelt worden. Die zentrale Rechtsgrundlage für die zeitliche Beschränkungsdauer des Arbeitnehmers enthält nun § 2d Abs 3 Z 2 AVRAG. Grundsätzlich beträgt die zeitliche Beschränkungsdauer 5 Jahre und in außergewöhnlichen Ausnahmefällen 8 Jahre.¹²⁴¹ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die zeitliche Beschränkungsdauer ausnahmsweise 8 Jahre betragen kann, wenn die Ausbildung hohe Kosten verursacht (arg Kostenintensivität) und die Chance für ein besonders hohes Einkommen eröffnet (arg hohe Einkommenschance) hat.¹²⁴² Dies kann vor allem bei einer Berufsausbildung zum Piloten der Fall sein.¹²⁴³ Es handelt sich bei den zeitlichen Grenzen um „absolute Höchstgrenzen“ und keinen Regelfall.¹²⁴⁴ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass eine kürzere Beschränkungsdauer als die gesetzlich vorgesehenen Höchstdauern nicht in jedem Fall zulässig ist.¹²⁴⁵

Wie lange kann die zeitliche Beschränkungsdauer bei Profifußballspielern sein? Auf Grund der zeitlich beschränkten Berufsausübungsdauer eines Profifußballspielers wird meiner Meinung nach die zeitliche Beschränkungsdauer bei 3 bis 4 Jahren anzusetzen sein.

¹²⁴⁰ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 94.

¹²⁴¹ § 2d Abs 2 Z 3 AVRAG.

¹²⁴² AB 1215, BlgNR 22. GP, 4f.

¹²⁴³ Neubauer/Rath, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückersatz und bei der Konkurrenzklausel - ein Überblick, ASOK, 2006, 130.

¹²⁴⁴ Preiss/Reissner, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, DRdA, 2006, 188.

¹²⁴⁵ IA 605, BlgNR 22. GP, 7.

XVII. Befristung und Spielerverträge

1. Allgemeine Grundlagen

Bei den Arbeitsverträgen handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse.¹²⁴⁶ Der Arbeitsvertrag erlischt im Gegensatz zum Zielschuldverhältnis nicht a priori auf Grund von Vertragserfüllung, sondern es ist ein eigenständiger Akt der Beendigung, wie zum Beispiel der „Kündigung“ respektive der „Befristung“, notwendig.¹²⁴⁷ Das österreichische Arbeitsrecht kennt hinsichtlich der Dauer des Arbeitsvertrages zwei unterschiedliche Formen von Arbeitsverträgen. Es wird zwischen einerseits unbefristeten und andererseits befristeten Arbeitsverträgen differenziert.¹²⁴⁸ Die zentralen Rechtsgrundlagen für befristete Arbeitsverträge enthalten vor allem § 1158 Abs 1 ABGB, § 19 Abs 1 AngG und § 29 Abs 1 SchauSpG. Nach § 1158 Abs 1 ABGB, § 19 Abs 1 AngG und § 29 Abs 1 SchauSpG können Arbeitsverträge auf Grund des Zeitablaufes enden, für den sie abgeschlossen worden sind. In der Arbeitsrechtspraxis werden in der Regel unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen.¹²⁴⁹

Was ist unter den Begriffen „befristeter“ und „unbefristeter“ Arbeitsvertrag zu verstehen? Der Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge bedeutet, dass die Arbeitsverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden.¹²⁵⁰ Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge bedeutet hingegen, dass die Arbeitsverträge auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden.¹²⁵¹ Im Bereich der „Künstler“, der „Sänger“, der „Schauspieler“ und der „Medien“ sowie der „Musiker“ sind befristete Arbeitsverträge branchenüblich.¹²⁵² Im Berufsfußball werden ausschließlich befristete Arbeitsverträge abgeschlossen.¹²⁵³ Auf Grund des Prinzips der Privatautonomie können die beiden Vertragsparteien des Arbeitsvertrages frei entscheiden, ob sie einen be-

¹²⁴⁶ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 29; Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 2; OGH, ZAS, 1980, 60 (Buchsbaum); Das Pendant zu den Dauerschuldverhältnissen stellen die Zielschuldverhältnisse dar. Klassisches Beispiel für ein Zielschuldverhältnis ist der Werkvertrag.

¹²⁴⁷ Friedrich/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006, 29; Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2005, 2.

¹²⁴⁸ Krejci, in Rummel [Hrsg], Kommentar zum ABGB, 1990, zu § 1151, Rz 34; OGH, DRdA, 1985, 128 (Pfeil); OGH, ZAS, 1980, 60 (Buchsbaum).

¹²⁴⁹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 33; Kramer, Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA, 1973, 163.

¹²⁵⁰ Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 2005, 101.

¹²⁵¹ Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 2005, 101.

¹²⁵² Egger, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtsprechung, WBl, 1993, 33.

¹²⁵³ Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 52; nach Schrammel werden Spielerverträge in der Regel befristete abgeschlossen. Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 46; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 95.

fristeten beziehungsweise unbefristeten Arbeitsvertrag abschließen.¹²⁵⁴ Die Vertragsparteien können prinzipiell nach österreichischer Rechtslage im Gegensatz zu der deutschen Rechtslage ohne sachliche Rechtfertigung¹²⁵⁵ einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen.¹²⁵⁶ Im Zweifel wird ein unbefristeter Arbeitsvertrag angenommen.¹²⁵⁷ Nach herrschender Meinung in der Literatur und Rsp des OGH kann das befristete Arbeitsverhältnis zu der Bestimmung des Endtermins entweder kalendarisch determiniert sein beziehungsweise an ein bestimmbares Ereignis anknüpfen.¹²⁵⁸ Eine kalendermäßige Determinierung des Endtermins liegt zum Beispiel vor, wenn der Vertrag am 4. April nach dem Ablauf von 4 Jahren beendet wird. Für die Wirksamkeit des befristeten Arbeitsvertrages reicht es bereits aus, dass die Dauer „objektiv bestimmbar“ und vorhersehbar ist.¹²⁵⁹ Der befristete Arbeitsvertrag muss nicht nur der Dauer nach objektiv bestimmbar sein, sondern darf auch nicht bloß von der Lust und Laune („Willkür“) des Arbeitgebers abhängig sein.¹²⁶⁰ Konkrete Beispiele für die objektiv bestimmbare Dauer sind der Abschluss eines Vertrages für die Dauer der Saison¹²⁶¹ und der Abschluss eines Vertrages für den Zeitraum der krankheitsbedingten Abstinenz eines Dienstkollegen¹²⁶².

Welche Form der Dauer eines Arbeitsvertrages sieht das ÖFB-Spielerregulativ vor? Die verbandsrechtlichen Regelungen sehen gemäß § 19 Abs 2 ÖFB Spielerregulativ vor, dass die Verträge zwischen Spielern und Vereinen (Spielerverträge) auf bestimmte Zeit abzuschließen sind. Die Mindestlaufzeit des Spielervertrages beträgt 1 Jahr und die Höchstlaufzeit 5 Jahre. Nach den verbandsrechtlichen Bestimmungen des ÖFB-Spielerregulatives sind die Spielerverträge sohin zu befristen (befristete Spielerverträge).

Die Bestimmungen zum 2. Entwurf zum Berufssportgesetz sahen Regelungen für die Form der Dauer eines Berufssportvertrages vor. Nach § 12 Abs 1 2. Entwurf zum Berufs-

¹²⁵⁴ OGH, ZAS, 1980, 60 (Buchsbaum).

¹²⁵⁵ Ausnahmsweise sieht der Gesetzgeber die sachliche Rechtfertigung explizit im Gesetz vor wie beispielsweise im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 11 Abs 2 Z 4 AÜG.

¹²⁵⁶ Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 155; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 96; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 52.

¹²⁵⁷ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 2; Singer, Befristete Arbeitsverhältnisse, 1997, 20 und 32; Arb 11.036; LG St. Pölten 22.4.1992, 6 CgA 91/91.

¹²⁵⁸ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 34; Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 9; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 96; OGH 23.2.1971, 4 Ob 6/71; SZ 44/17; Arb 8843; OGH 8.3.1977, 4 Ob 14/77; Arb 9563.

¹²⁵⁹ Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 210; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 96; Singer, Befristete Arbeitsverhältnisse, 1997, 15ff und 32; OGH 23.2.1971, 4 Ob 6/71; Arb 8843; SZ 44/17; OGH 14.9.1994, 9 ObA 129/94; Arb 11.242.

¹²⁶⁰ OGH 23.2.1971, 4 Ob 6/71; Arb 8843; SZ 44/17; OGH 8.3.1977, 4 Ob 14/77; Arb 9563.

¹²⁶¹ OGH 8.3.1977, 4 Ob 14/77; Arb 9563.

¹²⁶² OGH 23.2.1971, 4 Ob 6/71; Arb 8843; SZ 44/17.

sportgesetz hätten Berufssportverträge auf befristete respektive unbefristete Zeit eingegangen werden können.

2. Kettenarbeitsverträge

2.1. Allgemeine Grundlagen

Was ist unter einem „*Kettenarbeitsvertrag*“ zu verstehen? Bei „*Kettenarbeitsverträgen*“ handelt es sich um die mehrfache Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen.¹²⁶³ In der Literatur werden die Kettenarbeitsverträge auch als „*Kettenverträge*“ oder „*Kettendienstverträge*“ bezeichnet.¹²⁶⁴ Im Allgemeinen besteht im Konnex mit mehrfach aneinandergereihten befristeten Arbeitsverhältnissen die „*Gefahr*“, dass zwingende Arbeitnehmerschutzvorschriften umgangen werden (Umgehungsgefahr).¹²⁶⁵ Insbesondere besteht im Konnex mit Kettendienstverträgen die Gefahr, dass der allgemeine Kündigungsschutz beziehungsweise besondere Kündigungsschutz umgangen wird.¹²⁶⁶ Die Rsp des *OGH* und die Literatur haben sich mit dem Problem der Zulässigkeit von Kettendienstverträgen auseinandergesetzt. Die frühere Rsp des *OGH* hat für die Prüfung der Zulässigkeit von mehreren aneinandergereihten befristeten Arbeitsverhältnissen auf die Umgehungsabsicht des Dienstgebers in puncto zwingender gesetzlicher Ansprüche des Dienstnehmers abgestellt.¹²⁶⁷ Die neue Rsp des *OGH* stellt für die Prüfung der Zulässigkeit von Kettenarbeitsverträgen darauf ab, ob eine „*sachliche Rechtfertigung*“ vorliegt.¹²⁶⁸ Durch Kettendienstverträge besteht die „*Gefahr der Umgehung*“ zwingender Arbeitnehmerschutzvorschriften und der „*rechtsmissbräuchlichen Gestal-*

¹²⁶³ Engelbrecht, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2003, zu 2. Die Befristung des Arbeitsvertrages, Rz 11; Hollerer, Der Berufsspieler im Arbeitsrecht, 2003, 113; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 97; Schrammel, Kettendienstverträge mit Rundfunkmitarbeitern, RdW, 1986, 347; OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁶⁴ Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 174; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschild [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 46; OGH, DRdA, 1985, 128 (Pfeil); Schrammel, Kettendienstverträge mit Rundfunkmitarbeitern, RdW, 1986, 347.

¹²⁶⁵ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 36.

¹²⁶⁶ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 36; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschild [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 43; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 53.

¹²⁶⁷ OGH 22.9.1950, 4 Ob 35/50; SZ 23/262.

¹²⁶⁸ OGH 24.4.2003, 8 ObA 219/02t; OGH 23.10.1991, 9 ObA 167/91; Arb 10.972; OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

tung“ der Arbeitsverhältnisse.¹²⁶⁹ Die Kettenverträge sind nur zulässig, sofern sie durch besondere wirtschaftliche respektive soziale Gründe sachlich gerechtfertigt werden.¹²⁷⁰ Es ist im individuellen konkreten Einzelfall zu überprüfen ob wirtschaftliche beziehungsweise soziale Rechtfertigungsgründe vorliegen und es lassen sich keine Generalisierungen und Typisierungen herausarbeiten.¹²⁷¹ Die wirtschaftliche Rechtfertigung eines Kettendienstvertrages liegt vor, wenn ein dringlicher Bedarf der betrieblichen Organisation vorliegt.¹²⁷² Der ungewisse Ablauf des Wirtschaftswachstums (Konjunkturlage) oder der Auftragslage und die Verringerung des Personales (Personalreduktion) stellen keinen wirtschaftlichen Rechtfertigungsgrund dar, da der Dienstgeber das allgemeine übliche Unternehmerrisiko tragen soll und dieses nicht auf den Dienstnehmer abgewälzt werden soll.¹²⁷³ Engelbrecht ist der Auffassung, dass soziale Rechtfertigungsgründe gegeben sind, wenn die mehrfache aneinandergereihte Befristung von Arbeitsverträgen „im Interesse des Arbeitnehmers“ besteht (Arbeitnehmerinteresse).¹²⁷⁴ Der OGH¹²⁷⁵ und das OLG Wien¹²⁷⁶ waren in ihrer Rsp der Auffassung, dass eine soziale Rechtfertigung vorliegt, wenn die Initiative zum Abschluss mehrfach aneinandergereichter befristeter Arbeitsverträge vom Arbeitnehmer ausgeht und in den individuellen Verhältnissen des Arbeitnehmers wurzelt.¹²⁷⁷ Das übliche Verlangen eines Dienstnehmers zwecks Arbeitsplatzsicherung einem befristeten Arbeitsverhältnis zuzustimmen, stellt keine sachliche Rechtfertigung dar.¹²⁷⁸

Ist die Branchenüblichkeit für die sachliche Rechtfertigung eines Kettendienstvertrages ausreichend? In seiner früheren Rsp war der OGH der Ansicht, dass die Betriebsüblichkeit beziehungsweise die „Branchenüblichkeit“ für die mehrfache Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen keine sachliche Rechtfertigung darstellt.¹²⁷⁹ Anderer Auffassung

¹²⁶⁹ OGH 25.5.1994, 9 ObA 67/94; OGH, DRdA, 1995, 144ff (Burgstaller); OGH, ZAS, 1995, 165f (Ziehensack).

¹²⁷⁰ OGH 24.4.2003, 8 ObA 219/02t; OGH, ZAS, 1995, 165f (Ziehensack); OGH 23.10.1991, 9 ObA 167/91; Arb 10.972; Arb 10.149, OGH 14.9.1982, 4 Ob 75/82; OGH, DRdA, 1985, 126 (Pfeil); OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁷¹ Engelbrecht, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2003, zu 2. Die Befristung des Arbeitsvertrages, Rz 13; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 114; Braunecker, Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, *ecolex*, 1997, 443; OGH, DRdA, 1995, 144 und 147 (Burgstaller); OGH, DRdA, 1985, 126f (Pfeil); OGH 25.5.1994, 9 ObA 67/94; OGH 23.10.1991, 9 ObA 167/91; Arb 10.972; OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88; Arb 10.149; OGH 14.9.1982, 4 Ob 75/82; OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁷² OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁷³ OGH 22.1.1963, 4 Ob 147/62; SZ 36/10; OGH 22.9.1953, 4 Ob 178/53; SZ 26/233; Arb 5823; OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88.

¹²⁷⁴ Engelbrecht, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2003, zu XVI. Die Beendigung des Arbeitsvertrages, Rz 15; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 51.

¹²⁷⁵ OGH 22.12.1953, 4 Ob 234/53; Arb 5888.

¹²⁷⁶ OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁷⁷ OGH 22.12.1953, 4 Ob 234/53; Arb 5888.

¹²⁷⁸ OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88.

¹²⁷⁹ OGH 6.10.1964, 4 Ob 90/64; Arb 8003.

ist der *OGH* in zwei aktuellen Entscheidungen.¹²⁸⁰ Der *OGH* führte in zwei obiter dicta aus, dass die „*vorherrschende Branchenüblichkeit*“ von Kettendienstverhältnissen im Bereich des Profifußballsportes zur sachlichen Rechtfertigung von Kettendienstverhältnissen geeignet ist.¹²⁸¹ Er weist darauf hin, dass nach § 19 Abs 2 ÖFB-Spielerregulativ im Bereich des Fußballsports prinzipiell befristete Spielerverträge eingegangen werden.¹²⁸² Es sprechen sowohl Arbeitnehmerinteressen der Fußballspieler als auch Arbeitgeberinteressen der Vereine dafür sich so flexibel wie nur möglich an die Wettbewerbskonditionen zu adaptieren.¹²⁸³

Auch *Schrammel* ist der Auffassung, dass die ‚*Branchenüblichkeit*‘ für die sachliche Rechtfertigung von Kettendienstverträgen im Fußballsport in Betracht kommt. Die sportverbandsrechtlichen Regelungen des ÖFB-Spielerregulativs sind per se für die Relevanz der ‚*Branchenüblichkeit*‘ irrelevant. Für die Relevanz der ‚*Branchenüblichkeit*‘ spricht § 29 SchauSpG.¹²⁸⁴

Reissner ist hingegen der Ansicht, dass die „*Branchenüblichkeit*“ für die sachliche Rechtfertigung irrelevant ist.¹²⁸⁵ Nach *Reissner* spricht gegen die Relevanz der „*Branchenüblichkeit*“ als wirtschaftlicher Rechtfertigungsgrund, dass die Umgehung der österreichischen Rechtsvorschriften aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass sie im Allgemeinen betrieben wird.¹²⁸⁶

Meiner Meinung nach spricht die systematische Interpretation unter Berücksichtigung des § 29 SchauSpG für die Relevanz der „*Branchenüblichkeit*“.¹²⁸⁷

Mit welchem Zeitpunkt, sprich bei der ersten, zweiten oder dritten Verlängerung, muss die sachliche Rechtfertigung mehrfach aneinandergereihter befristeter Arbeitsverhältnisse gegeben sein? Die sachliche Rechtfertigung muss bei mehreren aneinandergereihten befriste-

¹²⁸⁰ OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829; OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488.

¹²⁸¹ OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829; OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; kritisch zur Relevanz der Branchenüblichkeit bei Kettendienstverträgen von Berufsfußballspielern sind *Hollerer* und *Reissner*. *Hollerer*, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 114; OGH, ZAS, 2000, 152 (Reissner).

¹²⁸² OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829; OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836.

¹²⁸³ OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829.

¹²⁸⁴ *Schrammel/Tomandl*, Arbeitsrecht 2, 2008, 36; *Schrammel*, Der Trainer und das Recht, in *Grundei/Karollus* [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 175; *Schrammel*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Achatz/Jabornegg/Karollus* [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98.

¹²⁸⁵ OGH, ZAS, 2000, 152 (Reissner).

¹²⁸⁶ OGH, ZAS, 2000, 152 (Reissner).

¹²⁸⁷ *Schrammel/Tomandl*, Arbeitsrecht 2, 2008, 36; *Schrammel*, Der Trainer und das Recht, in *Grundei/Karollus* [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 175; *Schrammel*, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in *Achatz/Jabornegg/Karollus* [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98.

ten Arbeitsverhältnissen bereits bei der erstmaligen Verlängerung (sprich mit dem Zeitpunkt der zweiten Befristung) vorliegen.¹²⁸⁸

Welche Rechtsfolge zieht ein sachlich nicht gerechtfertigter Kettendienstvertrag nach sich? Ist die sachliche Rechtfertigung eines Kettendienstvertrages nicht gegeben, gilt der Arbeitsvertrag von Anfang an als unbefristeter Arbeitsvertrag.¹²⁸⁹ Ein sachlich nicht gerechtfertigter Kettendienstvertrag zieht die Teilnichtigkeit nach sich.¹²⁹⁰ Es handelt sich um eine relative Teilnichtigkeit auf die sich bloß der Dienstnehmer und nicht der Dienstgeber berufen kann.¹²⁹¹ Umso öfter die Prolongierung eines befristeten Arbeitsverhältnisses vorgenommen wird, desto strenger sind die sachlichen Rechtfertigungen des befristeten Arbeitsverhältnisses zu prüfen, da der Arbeitnehmer erhöhte Erwartungen hat, dass es zur Prolongierung des Dienstverhältnisses kommt.¹²⁹²

Wer hat zu beweisen, dass die sachliche Rechtfertigung eines Kettenvertrages gegeben ist (Beweislastverteilung)? Der Dienstgeber hat zu beweisen, dass der Kettendienstvertrag auf Grund wirtschaftlicher respektive sozialer Gründe sachlich gerechtfertigt ist (Arbeitgeberbeweislast).¹²⁹³

Der 2. Entwurf zum Berufssportgesetz enthielt eine Bestimmung zu Kettendienstverträgen im Berufssport in seinem § 12 Abs 2a. „*Befristete Verträge können wiederholt und auch unmittelbar hintereinander abgeschlossen werden, ohne dass hierdurch ein Rechtsverhältnis auf unbestimmte Zeit entsteht*“. Nach § 12 Abs 2a 2. Entwurf zum Berufssportgesetz wäre es daher problemlos möglich gewesen Kettendienstverträge mit Berufssportlern abzuschließen.

¹²⁸⁸ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 60; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 212; OGH, ZAS, 2000, 152 (Reissner); OGH 24.4.2003, 8 ObA 219/02t; OGH 23.10.1991, 9 ObA 167/91; Arb 10.972; OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88; OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁸⁹ Engelbrecht, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2003, zu 2. Die Befristung des Arbeitsvertrages, Rz 12; OGH 24.4.2003, 8 ObA 219/02t; Singer, Befristete Arbeitsverhältnisse, 1997, 70; OGH 22.9.1953, 4 Ob 178/53; Arb 5823; SZ 26/233; OGH 27.5.1986, 14 Ob 86/86; Arb 10.527; OGH 22.1.1963, 4 Ob 147/62; Arb 7715; SZ 36/10.

¹²⁹⁰ Engelbrecht, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2003, zu 2. Die Befristung des Arbeitsvertrages, Rz 12; Löschnigg/Schwarz, Arbeitsrecht, 2003, 211; Singer, Befristete Arbeitsverhältnisse, 1997, 70; OGH 27.5.1986, 14 Ob 86/86; Arb 10.527.

¹²⁹¹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 36; Hollerer, Der Berufssportler im Arbeitsrecht, 2003, 114; OGH, ZAS, 2000, 152 (Reissner); OGH 27.5.1986, 14 Ob 86/86; Arb 10.527.

¹²⁹² Jabornegg/Resch/Strasser Arbeitsrecht, 2005, 103; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 54; OGH 15.6.1988, 9 ObA 118/88; OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

¹²⁹³ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 59; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 46; Braunecker, Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, ecoloex, 1997, 443; OGH 6.10.1964, 4 Ob 90/64; Arb 8003; OGH 22.1.1963, 4 Ob 147/62; SZ 36/10; Arb 7715; OLG Wien 7.12.1990, 34 Ra 83/90; ARD 4284/26/91.

2.2. Kettendienstverträge im Berufsfußball

Sind Kettendienstverträge im Bereich des Berufsfußballs zulässig? Die sportrechtliche Literatur und der *OGH* in zwei obiter dicta haben sich mit der Frage der Zulässigkeit von Kettendienstverträgen im Berufssport auseinandergesetzt. Die herrschende Meinung in der sportrechtlichen Literatur und der *OGH* in den zwei obiter dicta sind der Auffassung, dass die Kettendienstverträge im Berufsfußball zulässig sind.¹²⁹⁴

2.3. Ansicht OGH

Der *OGH* war in zwei Entscheidungen der Auffassung¹²⁹⁵, dass Kettenverträge im Bereich des Fußballsports zulässig sind. Der *OGH* weist zunächst darauf hin, dass nach dem ÖFB-Spielerregulativ prinzipiell befristete Verträge mit den Spielern eingegangen werden.¹²⁹⁶ Er führt des weiteren explizit aus, dass die „*vorherrschende Branchenüblichkeit*“ im Berufsfußball für die sachliche Rechtfertigung von Kettendienstverträgen ausreichend ist. Es sprechen seines Erachtens darüber hinaus sowohl Arbeitnehmerinteressen der Fußballspieler als auch Arbeitgeberinteressen der Fußballvereine dafür sich so flexibel wie nur möglich an die Wettbewerbskonditionen zu adaptieren.¹²⁹⁷ Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen ist im Bereich des Fußballsportes abhängig von erstens den Ligaergebnissen, zweitens den Transfers der Fußballspieler, drittens dem Interesse des Publikums, viertens der Adaption in wirtschaftlichen respektive sportlichen Belangen und fünftens der Leistungsfähigkeiten der Fußballspieler sowie sechstens der Integration der Fußballspieler.¹²⁹⁸

¹²⁹⁴ Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 174f; Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 46; Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 46f; Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 115ff; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 52; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 54; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98f; OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829; kritisch zu den Argumenten zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen im Berufssport ist *Reissner*. OGH, ZAS, 2000, 149 und 152f (Reissner).

¹²⁹⁵ OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829.

¹²⁹⁶ OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829.

¹²⁹⁷ OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488; OGH 10.2.1999, 9 ObA 330/98i; Arb 11.829.

¹²⁹⁸ OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488.

2.4. Ansicht Reissner

Reissner hat sich kritisch mit der Frage auseinandergesetzt ob wirtschaftliche oder soziale Gründe für die sachliche Rechtfertigung eines Kettendienstvertrages im Bereich des Fußballsportes vorliegen.¹²⁹⁹ Nach *Reissner* stellt zunächst die „*Branchenüblichkeit*“ per se keinen wirtschaftlichen Grund für die sachliche Rechtfertigung von Kettendienstverträgen dar. Er betont in seinen Ausführungen sodann, dass die Umgehung der österreichischen Rechtsvorschriften aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass sie im Allgemeinen betrieben wird.¹³⁰⁰ *Reissner* weist darauf hin, dass neben den im Arbeitsrecht gängigen und auf den Profisport anwendbaren Rechtfertigungsgründen, wie zum Beispiel die Substitution (von lädierten Fußballspielern), die erforderliche „*Erprobung*“ von Fußballspielern beziehungsweise das beträchtlich vorwiegende Dienstnehmerinteresse der Fußballspieler für die mehrfache Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen, insbesondere mit der Zuordnung der Profisportler zum Bereich des „*Showbusiness*“ und mit dem Bedürfnis der Zuschauer nach Abwechslung („*Abwechslungsbedürfnis des Publikums*“) respektive mit dem Schutz eines Ensembles für die Meisterschaftssaison („*Ensembleschutz*“) begründet wird. Nach *Reissner* kann der Schutz des Ensembles für eine Meisterschaftssaison durch die Verringerung der Kündigungstermine erreicht werden. Es ist sinnvoll die Möglichkeit zur Rechtfertigung hinsichtlich der ‚*Solisten*‘ (wie zum Beispiel Teamtrainer und Starspieler) extensiver auszulegen als bei anderen Betroffenen (wie zum Beispiel Co-Trainer und gewöhnliche Fußballspieler), sofern diese über dem Durchschnitt verdienen. In diesem Konnex ist seines Erachtens auch der für Trainer relevante „*Verschleißtatbestand*“ zu sehen.¹³⁰¹ Der „*Verschleißtatbestand*“ bedeutet, dass die Motivationsfähigkeit eines Trainers einem Prozess der Abnutzung unterliegt. Nach *Reissner* ist die sachliche Rechtfertigung von Kettendienstverträgen im Berufssport zweifelhaft, wenn diese bloß mit den ökonomischen Interessen der Fußballvereine beziehungsweise der allgemeinen Entwicklung der Persönlichkeit eines Fußballspielers begründet wird. Schlechte sportliche Saisonergebnisse beziehungsweise wirtschaftliche und ökonomische Verluste sind keine wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe, da in der Privatwirtschaft das ungewisse Wirtschaftswachstum und die ungewisse Auftragssituation nicht ausreichend sind für die sachliche Rechtfertigung von Kettendienstverträgen. Ebenso sind nach *Reissner* die Fluktuation der Leistungsfähigkeit eines Fußballspielers, die ungewisse Integration des Fußballspielers in die Mannschaft respektive

¹²⁹⁹ OGH, ZAS, 2000, 149 und 152f (Reissner).

¹³⁰⁰ OGH, ZAS, 2000, 149 und 152f (Reissner).

¹³⁰¹ Für die Relevanz des Verschleißtatbestandes im Konnex mit der sachlichen Rechtfertigung von Kettendienstverträgen im Fußball ist *Hollerer*. *Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht*, 2003, 117.

die Untauglichkeit des Fußballspielers nicht ausreichend für die sachliche Rechtfertigung eines Kettendienstvertrages.¹³⁰²

2.5. Ansicht Schrammel

Schrammel ist der Auffassung, dass Kettendienstverträge im Bereich des Profifußballs zulässig sind.¹³⁰³ Die ‚*Branchenüblichkeit*‘ hat seiner Meinung nach für die sachliche Rechtfertigung von Kettenverträgen Relevanz. Für die Relevanz der ‚*Branchenüblichkeit*‘ spricht § 29 SchauSpG. Die sportverbandsrechtliche Regelung des ÖFB-Spielerregulativs per se reicht jedoch nicht aus. Fußballspieler, die sich am Ende der Berufslaufbahn befinden, werden regelmäßig durch ein befristetes Arbeitsverhältnis geschützt (Schutzfunktion). Diese Spieler haben für eine bestimmte Zeit Klarheit und Sicherheit über ihren Arbeitsplatz, obwohl die Leistungsfähigkeit deutlich abnimmt und sie genießen darüber hinaus besonderen Bestandschutz während der vertraglich vereinbarten Laufzeit des Arbeitsvertrages. Sind die Fußballspieler jedoch im besten Alter, so liegt die befristete Verlängerung der Arbeitsverträge eher im Interesse des Fußballvereines. Durch die befristeten Arbeitsverhältnisse wird vermieden, dass die Fußballspieler das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beenden können, um sodann zu einem anderen Fußballverein zu verbesserten Konditionen zu wechseln. Fußballspieler mit laufenden Arbeitsverträgen können sodann nur zu einem anderen Fußballverein wechseln, wenn der neue Fußballverein die Zustimmung des alten Fußballvereines zu einem hohen Preis erkaufte. Die Kettendienstverträge haben daher in diesem Fall eine mobilitätsbeschränkende Auswirkung. Bei diesem Gesichtspunkt sprechen nach *Schrammel* mehr Gründe gegen die Zulässigkeit von Kettendienstverträgen. Das zentrale Argument für die Zulässigkeit von Kettenverträgen im Bereich des Fußballsports ist nach *Schrammel* der sogenannte ‚*Ensembleschutz*‘. Danach soll eine Meisterschaftssaison mit jener Mannschaft zu Ende gebracht werden, mit der die Meisterschaftssaison begonnen worden ist. *Schrammel* verweist in seiner Begründung auf die Ausführungen von *Generalanwalt Alber* in den Schlussanträgen zum Urteil des *EuGH* in der *Rs Lethonen und Castors Braine* nach denen sportverbandsrechtliche Transferfristenregelungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind unter der Voraussetzung, dass sie bezwecken dass der ‚*Wettkampf nicht verfälscht*‘ wird. Die Wettkampfergebnisse sollen vergleichbar sein und die vorhandenen Verhältnisse der Stärken sollen nicht durch den Wechsel einer hohen Anzahl von Fußballspielern im Zeitraum der Meisterschaftssaison fundamental modifiziert werden. Hätten die Spie-

¹³⁰² OGH, ZAS, 2000, 152f (Reissner).

¹³⁰³ Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98f.

ler die Chance ihre Arbeitsverhältnisse mit dem Fußballverein während der Meisterschaftsaison aufzulösen, so würden mehrere Wechsel in den konkurrenzierenden Spielerkademern vorgenommen werden. Nach *Schrammel* sprechen folglich sowohl „*sportliche*“ als auch „*sachliche*“ Argumente für die Zulässigkeit von Kettendienstverträgen im Fußballsport.¹³⁰⁴ Ein weiteres Argument für die sachliche Rechtfertigung von Kettendienstverhältnissen im Fußballsport sieht *Schrammel* in anderen Aufsätzen darin, dass die Spieler die Chance haben ihren gestiegenen Marktwert ohne jegliche rechtsgeschäftliche Anstrengung zu verwer-
ten.¹³⁰⁵

2.6. Ansicht Gruber

Gruber ist der Auffassung, dass Kettendienstverträge im Berufsfußball sachlich gerechtfertigt und zulässig sind.¹³⁰⁶ Die Schwankungen im Bereich des Mannschaftsportes sind verhältnismäßig groß und ergo ständige Transferwechsel in der Komposition der Spielerkader für sportlich positive Ergebnisse und ökonomischen Erfolg notwendig. Die Kompetenz des Trainers besteht darin ein starkes Team zusammenzustellen und taktische Strategien zu entwerfen, die für konkrete Fußballspieler passend sind. Diese Kompetenzen des Trainers inkludieren die Notwendigkeit flexibel auf Mannschaftsentwicklungen zu reagieren und die personelle Komposition des Teamkaders zu modifizieren. Nach *Gruber* sind erstens mangelhafte Arbeitsleistungen, zweitens das Publikumsinteresse an einer Fluktuation der Mannschaftskomposition beziehungsweise drittens die Absicherung der Gelegenheit zum Transfer anderer Fußballspieler durch Spielerverkäufe Gründe, die einer Kündigungsanfechtung des Arbeitnehmers standhalten (Kündigungsrechtfertigungsgründe des Arbeitgebers).¹³⁰⁷ Der befristete Arbeitsvertrag hat neben dem Nachteil der Vorhersehbarkeit der Beendigung des Arbeitsvertrages den Vorteil des erhöhten Bestandschutzes. Durch den erhöhten Bestandschutz werden die Fußballtrainer und Fußballspieler für den Ablauf mehrerer Meisterschafts-saisonen an den Fußballverein gebunden. Nach *Gruber* ist der erhöhte Bestandschutz Motiv für befristete Arbeitsverträge im Fußballsport.¹³⁰⁸

¹³⁰⁴ Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98f.

¹³⁰⁵ Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundeil/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 175; Schrammel, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 46.

¹³⁰⁶ Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 47.

¹³⁰⁷ Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 47, Fn 134.

¹³⁰⁸ Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 47.

2.7. Stellungnahme

Meiner Meinung nach sind Kettendienstverträge im Berufsfußball sachlich gerechtfertigt. Kettendienstverträge sind sozial gerechtfertigt, wenn sie im Arbeitnehmerinteresse sind.¹³⁰⁹ Die Befristung von Arbeitsverträgen im Fußballsport ist im Interesse des Spielers (Arbeitnehmerinteresse). Vorteil des befristeten Arbeitsvertrages ist der besondere Bestandschutz für den Befristungszeitraum. Im Fußballsport besteht ein besonders hohes allgemeines Verletzungsrisiko. Durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge sind die Fußballspieler in finanzieller und ökonomischer Hinsicht abgesichert und haben es nicht notwendig zu Lasten der körperlichen Integrität den Dienst wieder aufzunehmen.¹³¹⁰ Der Vorteil des besonderen Bestandschutzes eines befristeten Arbeitsvertrages kommt bei den Fußballspielern im Verhältnis zu den typischen durchschnittlichen Arbeitnehmern auf Grund des besonders hohen allgemeinen Verletzungsrisikos noch viel stärker zum Ausdruck. Vorteilhaft ist die Befristung des Arbeitsvertrages bei Fußballspielern für die Entgelthöhe. Für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge per se erhalten die Fußballspieler höhere Gehälter, Abschlussprämien und Handgelder. Die Branchenüblichkeit ist für die Rechtfertigung des Kettendienstvertrages zu berücksichtigen.¹³¹¹ Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge ist im Fußballsport vorherrschend branchenüblich.¹³¹² Im Bereich des Fußballsportes existieren vergleichbare Verhältnisse wie im Schauspielbereich.¹³¹³ Sowohl Arbeitnehmerinteressen der Fußballspieler als auch Arbeitgeberinteressen der Vereine sprechen dafür die Wettbewerbskonditionen möglichst flexibel zu adaptieren. Der Abschluss von Arbeitsverträgen mit Fußballspielern hängt erstens von Ergebnissen in der Meisterschaft, zweitens Spielertransfers, drittens Interesse des Publikums, viertens Adaption in ökonomischer beziehungsweise sportlicher Hinsicht und fünftens Leistungsfähigkeit der Fußballspieler sowie sechstens Integration der Fußballspieler ab.¹³¹⁴ Für den zulässigen Abschluss der Kettendienstverträge im Fußballsport spricht auch der Schutz des Ensembles für die Meisterschaftssaison (arg „*Ensembleschutz*“).¹³¹⁵ Die Vergleichbarkeit der Wettkampfergebnisse wird durch befristete Arbeitsverträge mit Fußball-

¹³⁰⁹ Engelbrecht, in Mazal/Risak [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, 2003, zu XVI. Die Beendigung des Arbeitsvertrages, Rz 15; Thaurer, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998, 51.

¹³¹⁰ Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 157f.

¹³¹¹ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 36; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grun-dei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 175; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98; OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488.

¹³¹² OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488.

¹³¹³ Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003, 117; Firlei, Sport als Arbeit, 1998, 54.

¹³¹⁴ OGH 24.2.1999, 9 ObA 329/98t; Arb 11.836; OGH, RdW, 1999, 488.

¹³¹⁵ Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98f.

spielern gewährleistet.¹³¹⁶ Der *EuGH* ist in seiner Rsp in der Rs *Bosman* latent davon ausgegangen, dass die Aufrechterhaltung des sportlichen und wirtschaftlichen Gleichgewichtes als zwingender Grund des Allgemeininteresses angesehen wird. Der Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen im Fußballsport ist geeignet für die Aufrechterhaltung des sportlichen und wirtschaftlichen Gleichgewichtes zu sorgen, da dadurch verhindert wird, dass die besten Spieler permanent zu den reichsten Vereinen wechseln (arg „*ausgewogener Wettbewerb*“).

3. Dauer befristeter Arbeitsverträge

3.1. Allgemeine Grundlagen

Wie lange kann die Dauer eines befristeten Arbeitsvertrages betragen? Grundsätzlich können die Arbeitsvertragsparteien nach freiem Ermessen vereinbaren wie lange sie arbeitsvertraglich verpflichtet sein wollen.¹³¹⁷ Der Arbeitnehmer genießt bei befristeten Arbeitsverträgen besonderen Bestandschutz, da er für den Befristungszeitraum nicht gekündigt werden kann.¹³¹⁸ Im Konnex mit befristeten Arbeitsverträgen, die auf „*Lebenszeit*“ beziehungsweise für einen Zeitraum von „*mehr als fünf Jahre*“ abgeschlossen werden, besteht die Möglichkeit nach einem Zeitraum von fünf Jahren unter Berücksichtigung einer Frist von „*sechs Monaten*“ den Arbeitsvertrag zu kündigen gemäß § 1158 Abs 3 ABGB und § 21 AngG. Es handelt sich dabei um eine „*ex lege*“ Kündigungsmöglichkeit.¹³¹⁹ § 1158 Abs 3 ABGB und § 21 Abs 3 AngG sind auf Grund der Aufzählung in § 1164 ABGB und § 40 AngG zwingende Bestimmungen, die durch eine Parteienvereinbarung nicht abbedungen werden können. Der Sinn und Zweck der zeitlichen Beschränkungsvorschriften liegt darin, dass dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden soll beruflich aufzusteigen.¹³²⁰ Wird ein Arbeitsvertrag mit einer vertraglichen Dauer von mehr als 5 Jahren abgeschlossen, verpflichtet dies bloß den Arbeitgeber.¹³²¹

¹³¹⁶ Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 98f.

¹³¹⁷ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 33f; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 174; Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 14.

¹³¹⁸ Gruber, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschmidt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 47.

¹³¹⁹ Singer, Befristete Arbeitsverhältnisse, 1997, 20.

¹³²⁰ Schrammel/Tomandl, Arbeitsrecht 2, 2008, 34; nach Egger, *Quirling* und *Karl* soll eine übermäßig lange vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers vermieden werden. Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 21, Rz 2; Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 155; Egger, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtsprechung, wbl, 1993, 36.

¹³²¹ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 14; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des

3.2. Dauer befristeter Arbeitsverträge im Berufsfußball

Wie lange kann die Dauer des befristeten Arbeitsvertrages im Profifußball betragen? Die verbandsrechtlichen Regelungen des ÖFB-Spielerregulativs sehen in § 19 Abs 2 ÖFB-Spielerregulativ vor, dass die Spielerverträge eine Mindestbefristung von einem Jahr und eine Maximalbefristung von fünf Jahren enthalten.

In der sportrechtlichen Literatur haben sich vor allem *Pfister* und *Quirling* mit der Frage auseinandergesetzt wie lange die Dauer der befristeten Arbeitsverträge im Bereich des Profifußballs betragen kann.¹³²²

3.3. Ansicht Pfister

Pfister ist der Auffassung, dass die zeitliche Obergrenze des befristeten Arbeitsvertrages von 5 Jahren (gemäß § 1158 Abs 3 ABGB bzw § 21 AngG) für den Bereich des Berufssportes nicht anzuwenden ist. Dafür spricht seiner Meinung nach die kurze Berufslebensdauer eines Berufssportlers. Die zeitliche Obergrenze ist an den Berufssport entsprechend zu adaptieren.¹³²³

3.4. Ansicht Quirling

Quirling ist der Ansicht, dass die Obergrenze der zeitlich befristeten Arbeitsverträge von 5 Jahren für den Bereich des Berufsfußballs gilt.¹³²⁴ Die gesetzliche Obergrenze von fünf Jahren stellt für die Berufsfußballspieler keine inadäquate Freizügigkeitsbeeinträchtigung dar, weil der Verein ein schutzwürdiges Interesse an der Sicherheit zur ökonomischen Planung hat (arg „Planungssicherheit“). Er betont explizit, dass der Gesetzgeber keine Ausnahmebestimmung normiert hat. *Quirling* weist in weiterer Folge darauf hin, dass in den Rechtsordnungen der anderen EU-Mitgliedsstaaten inhaltlich gleiche Rechtsvorschriften bestehen. Ergo handelt es sich um einen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatz. Die

Fußballsports IV, 2006, 174; Schrammel, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 96; Egger, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtsprechung, wbl, 1993, 36.

¹³²² Pfister, Das Bosman-Urteil des EuGH und das Kienass-Urteil des BAG, in Tokarski [Hrsg], EU-Recht und Sport, 1998, 169f; Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 157f.

¹³²³ Pfister, Das Bosman-Urteil des EuGH und das Kienass-Urteil des BAG, in Tokarski [Hrsg], EU-Recht und Sport, 1998, 169f.

¹³²⁴ Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 157f.

Gesetzgebung hat auf Grund der „*Rechtsicherheit*“ bewusst auf die Normierung von Ausnahmebestimmungen für bestimmte Berufsgruppierungen Abstand genommen. Der Berufsfußballspieler hat zwar eine reduzierte Berufslebensdauer. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine „*echte Ausnahme*“, wenn Berufe wie die des Künstlers und solche mit einer langen Ausbildungszeit als Vergleich herangezogen werden. Würde die Anwendung der gesetzlichen Obergrenze von 5 Jahren von persönlichen respektive individuellen Fertigkeiten und Zeiten der Ausbildung abhängig sein, so würde dies zur Folge haben, dass Personen, die für den Berufszugang außerordentlich lange Zeit beansprucht haben im Vergleich zu jenen Personen, die in der Jugend den Schritt in die Berufswelt vorgenommen haben, in Bezug auf die Arbeitsvertragsbeendigung begünstigt würden. Dem Nachteil des Berufsfußballspielers in Form einer verkürzten Berufslebensdauer steht der Vorteil eines für einen typischen Arbeitnehmer überdurchschnittlich hohen Gehaltes gegenüber. Der Berufssportler hat auch die Möglichkeit nach Beendigung seiner aktiven Karriere einen sehr gut bezahlten Beruf im Bereich des Fußballsportes anzunehmen. Nach *Quirling* spricht für die Rechtfertigung der gesetzlichen Obergrenze von fünf Jahren, dass diese zum Vorteil des Berufssportlers ist. Die Berufsfußballspieler können sich im ordentlichen Training oder ordentlichen Wettkampf schwer verletzen. Sie sind sodann in finanzieller und ökonomischer Hinsicht abgesichert und haben es nicht nötig zu Lasten ihrer körperlichen Integrität den Dienst wieder aufzunehmen.¹³²⁵

3.5. Stellungnahme

Meiner Meinung nach kann die Dauer eines befristeten Arbeitsvertrages im Fußballsport gemäß § 1158 Abs 3 ABGB 5 Jahre betragen.¹³²⁶ Werden Spielerverträge auf sieben Jahre abgeschlossen kann der Spieler nach Ablauf von fünf Jahren unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist das Arbeitsverhältnis nach § 1158 Abs 3 ABGB kündigen. Der Fußballspieler kann jedoch die volle Vertragsdauer gegen den Fußballverein wirken lassen. Der Fußballverein (Arbeitgeber) kann sich hingegen nicht auf § 1158 Abs 3 ABGB berufen.¹³²⁷ Nach *Pfister* ist die zeitliche Obergrenze an den Berufssport entsprechend zu adaptieren.

¹³²⁵ Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 157f; die deutsche sportrechtliche Literatur ist der Auffassung, dass die Obergrenze der zeitlich befristeten Arbeitsverträge im Profifußballsport bei 5 Jahren liegt. Schamberger, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit langfristiger Vertragsbindung bei Berufsfußballspielern, SpuRt, 2002, 228ff und 232; Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 13.

¹³²⁶ Resch, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 96.

¹³²⁷ Karl, in Burgstaller/Marhold/Preyer [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005, zu § 19, Rz 14; Schrammel, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 174.

Dagegen spricht der Wortlaut des § 1158 Abs 3 ABGB, der ganz allgemein von einem „*Dienstnehmer*“ spricht. Dies ist bei Fußballspielern auch der Fall. Eine Ausnahme für bestimmte Personengruppen von der zeitlichen Befristungsdauer ist in § 1158 Abs 3 ABGB nicht vorgesehen. Auch in anderen Gesetzen wie dem AngG und SchausSpG sind keine Ausnahmen vorgesehen. Nach herrschender Meinung in der Literatur ist der befristete Abschluss eines Arbeitsvertrages auf einen Zeitraum von fünf Jahren im Bereich des Fußballsportes mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar.¹³²⁸

¹³²⁸ Quirling, Die Nach-Bosman-Ära, 2004, 157f; Küpperfahrendberg, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004, 177f; Kelber, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 15f.

Resümee

Es wurde untersucht was unter den Begriffen „*Spielervermittler*“, „*Spielerberater*“ und „*Spielerbeobachter*“ zu verstehen ist. Spielervermittler vermitteln Arbeitsverhältnisse („*Spielerverträge*“) zwischen Fußballvereinen und Fußballspielern bzw Transferkontrakte zwischen Fußballvereinen. Spielerbeobachter erbringen hingegen Dienstleistungen aus der „*Privatsphäre*“ (Vermarktung bzw Finanzberatung). Spielerbeobachter sind Vereinsbeschäftigte die Talente sichten.

Der Arbeitsvermittlungsbegriff wurde analysiert und es wurde geprüft welche Tätigkeiten des Spielervermittlers unter das AMFG zu subsumieren sind. Der Begriff der „*Arbeitsvermittlung*“ ist extensiv zu verstehen. Zentrales Kriterium für den Arbeitsvermittlungsbegriff ist die „*Vermittlungsabsicht*“, weshalb nicht nur klassische Vermittlungstätigkeiten des Spielervermittlers, wie zum Beispiel Vertragsverhandlungen und Kontaktherstellung, sondern bereits „*Vorbereitungshandlungen*“, wie beispielsweise das Ausloten von Transferbedingungen, unter den Arbeitsvermittlungsbegriff zu subsumieren sind. Der örtliche Anwendungsbereich des AMFG erstreckt sich auf Vermittlungen, die den nationalen österreichischen Arbeitsmarkt tangieren und erfasst daher Vermittlungen von Fußballspielern vom Ausland in das Inland bzw umgekehrt und nicht reine Auslandstransfers.

Die typologische Einordnung des Spielervermittlers als Makler, Handelsmakler respektive Handelsvertreter wurde vorgenommen. Spielervermittler werden gegenüber den Spielern als Makler tätig. Die Spielervermittler werden auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung, nämlich eines Spielervermittlungsvertrages, gegenüber Fußballvereinen und Fußballspielern tätig. Die Bestimmungen des AMFG gelten jedoch im Verhältnis zum MaklerG als spezielleres Gesetz („*lex specialis derogat legi generali*“). Gegenüber den Fußballvereinen werden die Spielervermittler je nach konkretem Einzelfall unter Berücksichtigung des Aspektes der „*ständigen Betrauung*“ als Handelsvertreter beziehungsweise sonstiger Geschäftsvermittler tätig und finden sohin vor allem hinsichtlich der Provisionsberechnung die Bestimmungen des HVertrG Anwendung.

Die FIFA hatte das edle Ziel vor Augen durch die Normierung des FIFA-Spielervermittlungsregulatives (samt Erfordernissen wie Lizenz, Bankgarantie bzw Haftpflichtversicherung iVm Sanktionen) erstens Fußballvereine und Fußballspieler vor diversen Schäden durch Spielervermittler zu schützen, zweitens die Spielervermittler zu Professionalisieren und drittens deren Ethik zu verbessern. Es wurde geprüft ob das FIFA-

Spielervermittlerregulativ mit der Dienstleistungsfreiheit bzw dem Europäischen Kartellrecht vereinbar ist.

Die FIFA ist bereits nach ständiger Rsp des *EuGH* Adressat der Dienstleistungsfreiheit. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ samt Erfordernissen wie Lizenz, Bankgarantie bzw Haftpflichtversicherung stellt auf Grund seiner „*erheblichen wirtschaftlichen Erfordernisse*“ einen Eingriff in das „*allgemeine Beschränkungsverbot*“ dar. Der Eingriff durch das FIFA-Spielervermittlungsregulativ ist nicht gerechtfertigt. Festzuhalten ist jedoch, dass die vom FIFA-Spielervermittlungsregulativ oben genannten intendierten Ziele „*zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses*“ (Arbeitnehmerschutz und Berufsregelungen zum Dienstleistungsempfängerschutz) darstellen. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ stellt jedoch einen unverhältnismäßigen Eingriff dar, da die nationalen Rechtsordnungen (in Österreich und Deutschland) ein arbeitsmarktrechtliches bzw gewerberechtliches staatliches Berufsrecht mit denselben Zielen vorsehen und darüber hinaus keine Haftpflichtversicherung bzw Bankgarantie fordern. Aus der Rsp des *EuGH* ergibt sich, dass den zwingenden Erfordernissen im Herkunftsstaat nicht durch ähnliche Rechtsvorschriften „*bereits Rechnung getragen*“ worden sein darf. Dem Arbeitnehmerschutz und den Berufsregelungen zum Dienstleistungsempfängerschutz wird durch das arbeitsmarktrechtliche bzw gewerberechtliche staatliche Berufsrecht in Österreich und Deutschland bereits ausreichend Rechnung getragen.

Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ stellt einen „*Beschluss einer Unternehmensvereinigung*“ dar, da die FIFA in ihm den Willen zum Ausdruck bringt das Verhalten der nationalen Sportverbände, Fußballvereine, Fußballspieler und Spielervermittler für den Spielervermittlungsbereich verbindlich zu regeln. Die nationalen Fußballsportverbände (DFB bzw ÖFB) und der internationale Fußballsportverband werden nach der Rsp des *EuG* als „*Unternehmer*“ bzw „*Unternehmensvereinigungen*“ tätig und sind als solches Normadressat des Europäischen Kartellverbotes. Nach einstimmiger Ansicht in der Literatur und Rsp des *EuG* stellt das Spielervermittlungsreglement eine „*relevante Wettbewerbsbeschränkung*“ dar. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ ist nicht freistellungsfähig gemäß Art 81 Abs 3 EGV. Zwar ist festzuhalten, dass die mit dem FIFA-Spielervermittlungsregulativ intendierten Ziele als „*objektiver Vorteil*“ (Qualitätsverbesserung) betrachtet werden können. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ ist jedoch nicht kausal für die Qualitätsverbesserung („*condicio sine qua non*“). Dieselben Ziele werden in Österreich und Deutschland durch nationales arbeitsmarktrechtliches bzw gewerberechtliches staatliches Berufsrecht verfolgt, weshalb auch bei einem „*hypothetischen Vergleich*“ kein „*faktischer*“ objektiver Vorteil vorliegt. Bei einem Verstoß gegen eine Grundfreiheit ist die Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen. Das FIFA-Spielervermittlungsregulativ verstößt bereits gegen die Dienstleistungsfreiheit und ist sohin unverhältnismäßig und nicht erforderlich im Sinne des Art 81 Abs 3 EGV.

Es wurde erörtert ob Spielervermittler von Berufsfußballspielern nach nationalem Recht (AMFG) Vermittlungsprovisionen entgegennehmen dürfen. Der österreichische Gesetzgeber hat in alt § 5 Abs 2 AMFG ein generelles Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern statuiert. Ausnahmsweise war bloß die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Künstlern zulässig gemäß alt § 5 Abs 2 AMFG. Nach dem Wortlaut des alt § 5 Abs 2 AMFG war es den Spielervermittlern daher nicht gestattet im Rahmen der Spielervermittlung von arbeitsuchenden Berufsfußballspielern Vermittlungsprovisionen entgegenzunehmen. Das in der Literatur vorgebrachte Argument bei Profifußballspielern ist auf Grund deren ökonomischer und sozialer Stellung nicht die typische Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers gegeben und sohin das Arbeitsmarktrecht nicht anzuwenden, ist irrelevant, da § 5 Abs 2 AMFG auch für arbeitsuchende Führungskräfte (Personen mit einem besonders hohen Einkommen) das Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung vorsieht. Der Berufssportler ist bereits nach der Rsp und Literatur nicht als Künstler im Sinne des AMFG zu betrachten. Die entgeltliche Künstlervermittlung wurde nach Ansicht in der Literatur und den Gesetzesmaterialien auf Grund der Branchenüblichkeit, der mangelnden Vermittlungseffizienz der öffentlichen Behörden und der mangelnden sozialen Schutzbedürftigkeit begründet. Für die Schaffung einer Norm, welche die Zulässigkeit der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Berufsfußballspielern vorsieht, sprechen die Argumente der Branchenüblichkeit, der mangelnden Vermittlungseffizienz der öffentlichen Behörden und der mangelnden Schutzbedürftigkeit. Darüber hinaus wurde im Rahmen der Arbeit auch festgestellt, dass das generelle Verbot der entgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Arbeitnehmern (Berufsfußballspieler) gegen die Erwerbsausübungsfreiheit nach Art 6 3. Fall StGG und die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV verstößt und sohin europarechtliche und verfassungsrechtliche Erwägungen für die entgeltliche Sportlervermittlung sprechen. Folgerichtig hat der österreichische Gesetzgeber in der Novelle zum Arbeitsmarktrecht durch neu § 5 Abs 2 AMFG die entgeltliche Arbeitsvermittlung gegenüber arbeitsuchenden Sportlern gesetzlich institutionalisiert und legalisiert. Nach aktueller Rechtslage ist es nun möglich, dass Spielervermittler im Rahmen der Spielervermittlung von arbeitsuchenden Berufsfußballspielern Vermittlungsentgelte (Vermittlungsprovisionen) entgegennehmen.

Die Vereinbarkeit des ÖFB-Spielervermittlerregulatives (samt Erfordernissen iVm Sanktionen) mit dem österreichischen Verfassungsrecht (Erwerbsausübungsfreiheit) wurde im Zuge der Arbeit dargestellt. Der ÖFB ist Adressat der Grundrechte. Zwar wird in der österreichischen Literatur überwiegend die Meinung vertreten, dass lediglich eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte besteht. Jedoch wurde selbst von Vertretern der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte darauf hingewiesen, dass in außergewöhnlichen Situationen in

denen das Schutzbedürfnis wie das des Einzelnen gegenüber dem Staat ist von einer „*unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte*“ auszugehen ist. Es wurde festgestellt, dass im Verhältnis zwischen dem einzelnen Spielervermittler und dem ÖFB ein vergleichbar grobes Ungleichgewicht wie im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Einzelnen besteht. Da der ÖFB erstens staatsähnliche Machtbefugnisse besitzt, zweitens als eine Art „*Regulierungsbehörde*“ anzusehen ist, drittens wie ein „*Staat im Staate*“ auftritt, viertens eine „*staatsvertretende*“ Position einnimmt und fünftens zwischen den Spielervermittlern und dem Staat ein Über- und Unterordnungsverhältnis existiert, ist der ÖFB sohin im Rahmen der Gestaltung des ÖFB-Spielervermittlungsregulatives direkt an die Grundrechte gebunden. Das ÖFB-Spielervermittlungsregulativ stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit nach Art 6 3. Fall StGG dar. Zwar kann festgehalten werden, dass die mit dem ÖFB-Spielervermittlungsregulativ oben genannten intendierten Ziele als „*öffentliche Interessen*“ (Arbeitnehmerschutz bzw ordnungskonforme Funktionsfähigkeit der Arbeitsvermittlung bzw qualifizierte Ausbildung) darstellen. Jedoch sind die Erfordernisse des ÖFB-Spielervermittlungsregulatives nicht erforderlich, da österreichisches staatliches Berufsrecht (AMFG und GewO) für den Spielervermittler als Arbeitsvermittler besteht und dadurch den öffentlichen Interessen „*bereits Rechnung getragen*“ wird. Darüber hinaus steht das ÖFB-Spielervermittlungsregulativ im Widerspruch mit dem Grundgedanken des arbeitsmarktrechtlichen Gesetzgebers (Förderung der Vermittlungseffizienz und Abbau bürokratischer Barrieren).

Die FIFA bzw der ÖFB sollten auf Grund der Europarechtswidrigkeit und der Verfassungswidrigkeit der Spielervermittler-Reglemente diese aufheben respektive zumindest milder modifizieren.

Die Entgeltform der Provision wurde untersucht. Im Arbeitsrecht bestehen unterschiedliche Entgeltformen wie Zeitlohn, Leistungslohn, Erfolgslohn und Mischformen. Die Provision ist als „*Mischform*“ aus Leistungslohn und Erfolgslohn zu qualifizieren, da sie sowohl leistungsbezogene Komponenten (individuelle Geschicklichkeit und Beharrlichkeit des Arbeitnehmers) als auch erfolgsbezogene Komponenten (Rechtsgeschäftsabschluss für den Arbeitgeber) inkludiert.

Gegenstand der Untersuchung war die Vereinbarkeit von Exklusivvereinbarungen im Rahmen der Spielervermittlung mit dem nationalen Recht (AMFG). Das österreichische Arbeitsmarktrecht hat eine negative Haltung gegenüber Exklusivvereinbarungen im Rahmen von Arbeitsvermittlungen mit dem Zweck erstens die Vermittlungseffizienz zu fördern und zweitens die Arbeitnehmerflexibilität bzw Arbeitnehmermobilität zu gewährleisten. Nach §

5 Abs 4 AMFG sind Exklusivvereinbarungen grundsätzlich und nach § 46 SchauSpG absolut verboten. Die verbandsrechtlich vorgesehene Möglichkeit (Anhang C des FIFA-Spielervermittlungsregulatives) Exklusivvereinbarungen mit Berufsfußballspielern abzuschließen verstößt nach § 5 Abs 4 AMFG gegen das nationale Arbeitsmarktrecht und ist folglich gesetzeswidrig.

Es wurde untersucht welche ausländischen Fußballspieler als „*Ausländer*“ im Sinne des AuslBG zu verstehen sind. Obwohl die neuen EU-Mitgliedsstaaten („*EU-Osterweiterung*“) der EU beigetreten sind, gelten für sie nach dem „*EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz*“ grundsätzlich die Bestimmungen des österreichischen Ausländerbeschäftigungsrechtes weiterhin. Vor allem polnische, tschechische und slowakische „*Ballkünstler*“, die in die österreichische Bundesliga wechseln, sind weiterhin als „*Ausländer*“ zu betrachten und folglich vom Anwendungsbereich des AuslBG erfasst. Es wurde erörtert ob es sich bei Berufsfußballspielern um „*Schlüsselkräfte*“ handelt. Zentraler Anknüpfungspunkt für den Schlüsselkräftebegriff ist das „*Mindesteinkommen*“. Schlüsselkräfte können auch als „*gutverdienende Arbeitskräfte*“ bezeichnet werden und sohin die Berufsfußballspieler der Profiligen auf Grund der hohen Einkommen als „*Schlüsselkräfte*“ qualifiziert werden. Durch die Beschäftigung der ausländischen Berufsfußballspieler werden auch „*neue Arbeitsplätze*“ geschaffen (wie zB Dolmetscher und sonstiges Betreuungspersonal) und nicht bloß betriebliche Interessen des Dienstgebers, sondern sogar „*Allgemeininteressen*“ (zB Österreichwerbung und das Zuschauerinteresse auf Abwechslung) erfüllt. Darüber hinaus wurde dargelegt, dass die behördliche Bewilligung für den ausländischen Fußballspieler eine „*Wirksamkeitsvoraussetzung*“ für die Vermittlungsprovision des Spielervermittlers darstellt.

Gegenstand der Darstellung war die Vereinbarkeit von Transfersummen für das „*Herauskaufen*“ von Berufsfußballspielern aus laufenden Arbeitsverträgen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Transfersummen, die für den Ausstieg aus befristeten Arbeitsverträgen zu bezahlen sind, stellen einen Verstoß gegen das „*allgemeine Beschränkungsverbot*“ dar, da die Spieler unmittelbar daran gehindert werden einen Arbeitsplatzwechsel in der EU vorzunehmen. Transfersummen, die den faktischen Schaden des Arbeitgebers abdecken, werden jedoch gerechtfertigt sein, da sie vor allem die „*Vertragstreue*“ („*pacta sunt servanda*“) absichern und einen „*geordneten Wettbewerb*“ gewährleisten sollen. Darüber hinaus gehende „*Fantasietransfersummen*“ in Höhe von bspw 65 Millionen Euro stellen hingegen einen inadäquaten Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar.

Es ist dargestellt worden welche Auswirkungen der nun im AVRAG gesetzlich institutionalisierte Ausbildungskostenersatzanspruch für den Bereich des Fußballsportes hat. Die Beg-

riffe „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ sind dahingehend zu verstehen, dass definierte Ziele, wie zum Beispiel die Erlangung konkreter körperlicher Testwerte, ausreichend sind und sohin kein Prüfungsabschluss vorliegen muss. Die Aufwendungen der Fußballvereine für Trainingslager können als „*Ausbildungskosten*“ geltend gemacht werden. Pauschalisierte Ausbildungskosten wie sie die verbandsrechtlichen Bestimmungen vorsehen, stellen keine faktischen Kosten im Sinne des AVRAG dar, da die Vereine unterschiedliche Ausbildungsbudgets haben, für die unterschiedlichen Spielertypen unterschiedliche Aufwendungen entstehen und Förderungen zu subtrahieren sind. Der österreichische Gesetzgeber hat nun im AVRAG und in den Gesetzesmaterialien zum AVRAG zu erkennen gegeben, dass die Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarungen mit mündig Minderjährigen der Wertung nach „*keine Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes*“ darstellen und daher die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung nicht mehr erforderlich ist. Es bedarf nunmehr für den wirksamen Abschluss eines Ausbildungskostenrückerersatzanspruches mit einem minderjährigen Fußballspieler lediglich der Zustimmung des „*gesetzlichen Vertreters*“ (Vater bzw Mutter).

Die Zulässigkeit von Kettendienstverträgen und die höchst zulässige Dauer befristeter Arbeitsverträge im Fußballsport wurden geprüft. Die Kettendienstverträge im Berufsfußball sind zulässig und gerechtfertigt. Die „*vorherrschende Branchenüblichkeit*“ stellt einen (wirtschaftlichen) Rechtfertigungsgrund für Kettendienstverträge dar. Im Berufsfußball werden auf Grund der verbandsrechtlichen Regelungen „*ausschließlich*“ befristete Spielerverträge abgeschlossen. Befristete Spielerverträge sind vor allem im „*überwiegenden Arbeitnehmerinteresse*“, da die Spieler höhere Gehälter, Abschlussprämien bzw Handgelder durch sie erhalten und trotz hohem allgemeinen Verletzungsrisikos einen besonderen Bestandschutz genießen. Die befristeten Spielerverträge tragen des weiteren dazu bei, dass das sportliche und ökonomische Gleichgewicht zwischen den Vereinen ausgewogen ist und eine permanente Rotation in den Spielermannschaften vermieden wird („*Ensembleschutz*“). Nach nationalem Arbeitsrecht können die Berufsfußballspieler maximal auf einen Zeitraum von „*fünf Jahren und sechs Monaten*“ an den Verein gebunden werden. Werden die Spieler für einen längeren Zeitraum verpflichtet, liegt es in den Händen des Fußballspielers von der gesetzlichen „*Fluchtklausel*“ Gebrauch zu machen und den Spielervertrag einseitig aufzulösen.

Bibliographie

1. Österreichisches Recht:

ABGB JGS Nr 946 idF BGBl 1977/403 idF BGBl 1989/162 idF BGBl I 2000/135

RV 60, BlgNR 14. GP

JA 587, BlgNR 14. GP

RV 144, BlgNR 13. GP

AMFG BGBl 1969/31 idF BGBl 1999/13 idF BGBl I 2002/68 idF BGBl I 2004/64 idF
BGBl I 2007/104

RV 298, BlgNR 23. GP

RV 977, BlgNR 21. GP

RV 1508, BlgNR 20. GP

SP 122, BlgNR 11. GP

RV 983, BlgNR 11. GP

AuslBG BGBl 1975/218 idF BGBl I 2002/126 idF BGBl I 2004/28

RV 414 BlgNR 22. GP

MB 1244, BlgNR 21. GP

RV 1172, BlgNR 21. GP

AVRAG BGBl 1993/459 idF BGBl I 2006/36

Anfragebeantwortung 36, BlgNR 23. GP

AB 1215, BlgNR 22. GP

IA 605/A, BlgNR 22. GP

HVertrG BGBl I 1993/88

RV 578, BlgNR 18. GP

KSchG BGBl 1979/140

MaklerG BGBl 1996/262

RV 2, BlgNR 20. GP

UGB dRGBI 1897/219 idF BGBl I 2005/120

2. Europarecht

Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2001 L 12 S 1 idF ABl 2002 L 225 S 13 und ABl 2007 L 339 S 3

Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1 S 1

Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2005 L 299 S 62

Unterrichtung über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2007 L 94 S 70

3. Rechtsprechung des EuGH und EuG

EuG Urteil vom 6.6.2002, Rs T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg 2002, S II-2585

EuGH Urteil vom 25.10.2001, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, S I-8089

EuGH Urteil vom 6.6.2000, Rs C-281/98, *Angonese*, Slg 2000, S I-4139

EuGH Urteil vom 8.3.1988, Rs 9/87, *Arcado/Haviland*, Slg 1988, S 1539

EuGH Urteil vom 14.7.1977, verb Rs 9 und 10/77, *Bavaria Fluggesellschaft und Germanair/Eurocontrol*, Slg 1977, S 1517

EuGH Urteil vom 16.9.1999, Rs C-22/98, *Becu*, Slg 1999, S I-5665

EuGH Urteil vom 26.4.1988, Rs 352/85, *Bond van Adverteerders/Niederländischer Staat*, Slg 1988, S 2085

EuGH Urteil vom 15.12.1995, Rs C-415/93, *Bosman*, Slg 1995, S I-4921

EuGH Urteil vom 15.9.1994, Rs C-318/93, *Brenner und Noller*, Slg 1994, S I-4275

EuGH Urteil vom 30.1.1974, Rs 127/73, *BRT/Sabam*, Slg 1974, S 51

EuGH Urteil vom 6.3.1980, Rs 120/79, *Cavel/Cavel*, Slg 1980, S 731

EuGH Urteil vom 31.10.1974, Rs 15/74, *Centrafarm/Sterling Drug*, Slg 1974, S 1147

EuGH Urteil vom 7.5.1998, Rs C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Slg 1998, S I-2521

EuGH Urteil vom 16.3.2000, verb Rs C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission*, Slg 2000, S I-1365

EuGH Urteil vom 13.7.1966, verb Rs 56 und 58/64, *Consten und Grundig*, Slg 1966, S 322

EuGH Urteil vom 20.9.2001, Rs C-453/99, *Courage und Crehan*, Slg 2001, S I-6297

EuGH Urteil vom 2.2.1989, Rs 186/87, *Cowan/Trésor Public*, Slg 1989, S 195

EuGH Urteil vom 11.4.2000, verb Rs C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg 2000, S I-2549

EuGH Urteil vom 28.2.1991, Rs C-234/89, *Delimitis*, Slg 1991, S I-935

EuGH Urteil vom 14.7.1976, Rs 13/76, *Donà/Mantero*, Slg 1976, S 1333

EuGH Urteil vom 4.3.1982, Rs 38/81, *Effer/Kantner*, Slg 1982, S 825

EuGH Urteil vom 14.10.1976, Rs 29/76, *Eurocontrol*, Slg 1976, S 1541

EuGH Urteil vom 21.2.1973, Rs 6/72, *Europemballage und Continental Can/Kommission*, Slg 1973, S 215

EuGH Urteil vom 5.2.2004, Rs C-265/02, *Frahuil*, Slg 2004, S I-1543

EuGH Urteil vom 30.11.1995, Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, S I-4165

EuGH Urteil vom 27.1.2000, Rs C-190/98, *Graf*, Slg 2000, S I-493

EuGH Urteil vom 13.7.2000, Rs C-412/98, *Group Josi*, Slg 2000, S I-5925

EuGH Urteil vom 28.3.1996, Rs C-272/94, *Guiot*, Slg 1996, S I-1905

EuGH Urteil vom 17.6.1992, Rs C-26/91, *Handte*, Slg 1992, S I-3967

EuGH Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, *Hofmann-La Roche/Kommission*, Slg 1979, S 461

EuGH Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg 1991, S I-1979

EuGH Urteil vom 11.12.1997, Rs C-55/96, *Job Centre*, Slg 1997, S I-7119

EuGH Urteil vom 3.6.1986, Rs 139/85, *Kempf/Staatssecretaris van Justitie*, Slg 1986, S 1741

EuGH Urteil vom 31.3.1993, Rs C-19/92, *Kraus*, Slg 1993, S I-1663

EuGH Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/84, *Kommission/Deutschland*, Slg 1986, S 3755

EuGH Urteil vom 26.2.1991, Rs C-154/89, *Kommission/Frankreich*, Slg 1991, S I-659

EuGH Urteil vom 3.7.1986, Rs 66/85, *Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, Slg 1986, S 2121

EuGH Urteil vom 13.4.2000, Rs C-176/96, *Lehtonen und Castors Braine*, Slg 2000, S I-2681

EuGH Urteil vom 23.3.1982, Rs 53/81, *Levin/Staatssecretaris van Justitie*, Slg 1982, S 1035

EuGH Urteil vom 31.1.1984, verb Rs 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro*, Slg 1984, S 377

EuGH Urteil vom 30.6.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, S 282

EuGH Urteil vom 18.7.2006, Rs C-519/04P, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*, Slg 2006, S I-6991

EuG Urteil vom 30.9.2004, Rs T-313/02, *Meca-Medina und Majcen/Kommission*, Slg 2004, S II-3291

EuGH Urteil vom 8.6.1999, Rs C-337/97, *Meeusen*, Slg 1999, S I-3289

EuGH Urteil vom 7.7.1992, Rs C-369/90, *Micheletti u.a.*, Slg 1992, S I-4239

EuGH Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg 1983, S 3461

EuGH Urteil vom 1.3.2005, Rs C-281/02, *Owusu*, Slg 2005, S I-1383

EuGH Urteil vom 22.3.1983, Rs 34/82, *Peters/Znav*, Slg 1983, S 987

EuG Urteil vom 26.1.2005, Rs T-193/02, *Piau/Kommission*, Slg 2005, S II-209

EuGH Urteil vom 12.12.1996, Rs C-3/95, *Reisebüro Broede*, Slg 1996, S I-6511

EuGH Urteil vom 11.7.1985, Rs 42/84, *Remia/Kommission*, Slg 1985, S 2545

EuGH Urteil vom 25.7.1991, Rs C-76/90, *Säger*, Slg 1991, S I-4221

EuGH Urteil vom 13.11.1979, Rs 25/79, *Sanicentral/René Collin*, Slg 1979, S 3423

EuGH Urteil vom 28.3.1979, Rs 175/78, *Saunders*, Slg 1979, S 1129

EuG Urteil vom 9.11.1994, Rs T-46/92, *Scottish Football/Kommission*, Slg 1994, S II-1039

EuGH Urteil vom 3.2.1982, verb Rs 62 und 63/81, *Seco/Evi*, Slg 1982, S 223

EuGH Urteil 21.4.1993, Rs C-172/91, *Sonntag*, Slg 1993, S I-1963

EuGH Urteil 14.11.1996, Rs C-333/94P, *Tetra Pak*, Slg 1996, S I-5951

EuG Urteil vom 10.7.1990, Rs T-51/89, *Tetra Pak/Kommission*, Slg 1990, S II-309

EuGH Urteil vom 5.6.1997, verb Rs C-64/96 und C-65/96, *Uecker und Jacquet*, Slg 1997, S I-3171

EuGH Urteil vom 19.3.1964, Rs 75/63, *Unger*, Slg 1964, S 381

EuGH Urteil vom 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands/Kommission*, Slg 1978, S 207

EuGH Urteil vom 16.1.1997, Rs C-134/95, *USSL N° 47 Di Biella*, Slg 1997, S I-195

EuGH Urteil vom 3.12.1974, Rs 33/74, *Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*, Slg 1974, S 1299

EuGH Urteil vom 9.8.1994, Rs C- 43/93, *Vander Elst*, Slg 1994, S I-3803

EuGH Urteil vom 18.1.1979, verb Rs 110 und 111/78, *van Wesemael*, Slg 1979, S 35

EuG Urteil vom 8.7.2003, Rs T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke u.a./Kommission*, Slg 2003, S II-2275

EuGH Urteil vom 27.1.1987, Rs 45/85, *Verband der Sachversicherer/Kommission*, Slg 1987, S 405

EuGH Urteil vom 12.12.1974, Rs 36/74, *Walrave/Union Cycliste Internationale*, Slg 1974, S 1405

EuGH Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, *Webb*, Slg 1981, S 3305

EuGH Urteil vom 19.2.2002, Rs C-309/99, *Wouters u.a.*, Slg 2002, S I-1577

4. Verbandsrecht:

Regulativ für die vom Österreichischen Fußball-Bund genehmigten Spielervermittler
 Spielervermittler-Reglement

Regulativ für die dem ÖFB Angehörigen Vereine und Spieler

5. Literatur:

- Alber Karl/Mayr Martin*, Das Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1969
- Andexlinger Helmut*, OGH, DRdA, 1994, 505
- Arens Wolfgang*, Transferbestimmungen im Fußballsport im Lichte des Arbeits- und Verfassungsrechts, *SpuRt*, 1994, 179
- Arturo Claudio*, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, *RdW*, 1997, 442
- Aulehner Josef/Scholz Rupert*, Die „3+2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, *SpuRt*, 1996, 44
- Barta Heinz*, Zivilrecht, Einführung und Grundriss, 2000
- Bartz Ralf/Mutschler Bernd/Schmidt-De Caluwe Reimund* [Hrsg], Sozialgesetzbuch III Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2. Auflage, 2004
- Beppler Klaus*, Der Sportler und sein Vertrag - Arbeitnehmer oder Dienstleistender?, in *Grunde/Karollus* [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 17
- Berka Walter*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999
- Beuthien Volker*, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, *RdA*, 1978, 2
- Birk Rolf*, Zur Vereinbarkeit des § 23 Abs 7 AngG mit der Regelung der Freizügigkeit im Primär- und Sekundärrecht der EU, *ZAS*, 1999, 1
- Bleckmann Albert*, Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, 1997
- Borchardt Klaus-Dieter*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 3. Auflage, 2006
- Borchardt Klaus-Dieter/Lenz Otto* [Hrsg], EU- und EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Auflage, 2006
- Bouras Georgios V.*, Das griechische Arbeitsvermittlungsmonopol im Lichte des EGV, 1994
- Bovelett Hans-Gert*, Rechtsprobleme der privaten Arbeitsvermittlung im Berufssport, Dargestellt am Beispiel der Spielervermittlung im Profifußballbereich unter besonderer Berücksichtigung der FIFA-Bestimmungen für Agenten der Spieler vom 20. Mai 1994, 2000
- Braunecker Harald*, Zur Zulässigkeit von Kettendienstverträgen, *ecolex*, 1997, 443
- Breitenmoser Stephan*, Praxis des Europarechts, 1996
- Brenn Christoph*, Europäischer Zivilprozess, Leitfaden für das grenzüberschreitende Verfahren in Österreich, 2005
- Brodil Wolfgang/Risak Martin/Wolf Christoph*, Arbeitsrecht in Grundzügen, 5. Auflage, 2009,
- Buchsbaum Wolfgang*, OGH, *ZAS*, 1980, 58

Bühler Michael, Ist der Urlaubsentgeltanspruch von Profifußballern noch zeitgemäß?, *SpuRt*, 1998, 143

Bunte/Langen [Hrsg], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 8. Auflage, 1998

Burgstaller Alfred, OGH, DRdA, 1995, 144

Burgstaller Alfred/Neumayr Matthias [Hrsg], Internationales Zivilverfahrensrecht, (Loseblattausgabe)

Burgstaller Gerald/Marhold Franz/Preyer Helmut [Hrsg], Kommentar zum Angestelltengesetz, 2005

Bydlinski Franz, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2005

Bydlinski Franz, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in *Rack* [Hrsg], Grundrechtsreform, 1985, 173

Calliess Christian/Ruffert Matthias [Hrsg], Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV, 2. Auflage, 1999

Clark Thomas, Nichtgewerbliche Arbeitsvermittlungseinrichtungen in Österreich, 1994, (Diss)

Czernich Dietmar, Der Erfüllungsgerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, *wbl*, 2002, 337

Czernich Dietmar, Der Erfüllungsgerichtsstand im Lugano-Übereinkommen, *AnwBl*, 1996, 426

Czernich Dietmar/Mayr Peter G., Europäisches Zivilprozessrecht, Eine Einführung, 2006

Czernich Dietmar/Tiefenthaler Stefan, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, Kurzkomentar, 1997

Danimann Franz/Steinbach Günther, Arbeitsmarktförderungsgesetz, 1. Auflage, 1972

Danimann Franz/Potmesil Stefan/Steinbach Günther, Arbeitsmarktförderungsgesetz, Mit einer zusammenfassenden Darstellung, Erläuterungen und einem Anhang, 3. Auflage, 1993

Danimann Franz/Potmesil Stefan/Steinbach Günther, Arbeitsmarktförderungsgesetz, Mit einer zusammenfassenden Darstellung, Erläuterungen und einem Anhang, 2. Auflage, 1985

Deutsch Hermann/Neurath Erich/Nowotny Ingrid, Ausländerbeschäftigungsrecht, 2006

Dieckmann Albrecht, Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur-Fußballspieler und Verein, in *Württembergischer Fußballverband e.V.* Schriftenreihe Heft Nr. 12 [Hrsg], Das Recht des Fußballspielers, 1980, 24

Dirschmied Karl, Der Entschädigungsanspruch des ausländischen Arbeitnehmers bei unerlaubter Beschäftigung, in *FS Schnorr*, 1988, 35

Dullinger Silvia, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, *ÖJZ*, 1987, 33

- Dullinger Silvia*, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Rechtsgeschäften, RZ, 1986, 202
- Dullinger Silvia/Kerschner Ferdinand*, Rechts- und Handlungsfähigkeit, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 3. Auflage, 2004, 1
- Egger Johann*, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtsprechung, WBl, 1993, 33
- Ehlermann Claus-Dieter/Groeben Hans von der/Thiesing Jochen* [Hrsg], Kommentar zum EWG-Vertrag, 5. Auflage, Band 2/1, 1999
- Eilmansberger Thomas/Herzig Günter/Jaeger Thomas*, Materielles Europarecht, Lehrbuch mit Originalquellen, 2005
- Emmerich Volker*, Kartellrecht, 8. Auflage, 1999
- Englisch Jörg*, Spielervermittlung und Spielerberatung nach DFB-Recht, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 35
- Ent Herbert*, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ, 1978, 177
- Ermacora Felix*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, Ein Kommentar zu den österreichischen Grundrechtsbestimmungen, 1963
- Eypeltauer Ernst*, Offene Fragen des Ausbildungskostenrückersatzes - eine Trilogie, eolex, 2007, 196
- Fasching Hans W./Konecny Andreas* [Hrsg], Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Band 5, 1. Teilband, 2. Auflage, 2008
- Feil Erich*, Makler- und Handelsvertreterrecht, 1996
- Firlei, Sport als Arbeit, 1998
- Fischer Hans Georg*, EG-Freizügigkeit und bezahlter Sport Inhalt und Auswirkungen des Bosman-Urteils des EuGH, SpuRt, 1996, 34
- Fischer M.*, OGH, SpuRt, 1999, 24
- Fischer Ulrich*, Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?, SpuRt, 1997, 181
- Fischer Peter/Köck Heribert Franz/Karollus Margit Maria*, Europarecht, Recht der EU/EG, des Europarates und der wichtigsten anderen europäischen Organisationen, 4. Auflage, 2002
- Fischer Ulrich/König Bernhard*, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers bei Vereinswechsel, in FS Dittrich, 2000, 465
- Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht (Arbeitsvertragsrecht), Band 1, 4. Auflage, 1998
- Frenz Walter*, Handbuch Europarecht, Europäische Grundfreiheiten, Band 1, 2004
- Friedrich Michael/Marhold Franz*, Österreichisches Arbeitsrecht, 2006

Fritzweiler Jochen, Vertragstypen im Sport - Gestaltung von Vermarktungs-, Sponsoring- und Agenturverträgen, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 163

Fritzweiler Jochen, Der Athleten-Manager-Vertrag aus dem Blickwinkel des Athleten und des Sportes, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003

Fritzweiler Jochen/Pfister Bernhard/Summerer Thomas [Hrsg], Praxishandbuch Sportrecht, 1998

Fromherz Wolfgang, Der Zivilmaklervertrag, 1990

Fuchs Maximilian [Hrsg], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. Auflage, 2002

Fuchs Maximilian/Marhold Franz, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2006

Funk Bernd-Christian, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 13. Auflage, 2007

Geiger Rudolf, EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, 1995

Geiger Rudolf/Khan Daniel-Erasmus, Europarecht, 1997

Geimer Reinhold/Schütze Ruolf A. [Hrsg], Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht, 2. Auflage, 2004,

Geist Reinhard, OGH, DRdA, 1995, 148

Geist Reinhard, OGH, DRdA, 1993, 41

Gerhartl, Beschäftigung als Schlüsselkraft, PVInfo 2007, H 10, 32

Gitter Wolfgang, OGH, ZAS, 1983, 134

Gleiss/Hirsch [Hrsg], Kommentar zum EG-Kartellrecht, Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnung, Band 1, 4. Auflage, 1993

Grabenwarter Christoph, Erwerbsfreiheit und Wirtschaftssystem, rechtswissenschaftliche und ökonomische Analyse der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Freiheit der Erwerbsbetätigung, 1994, (Diss)

Grabenwarter Christoph, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, 1994

Griller Stefan, Verfassungswidrige Schrottlenkung?, Überlegungen aus Anlaß des Erkenntnisses des VfGH vom 4. 10. 1984, G 70/84 und der SchrottlenkungsGNov BGBl 1985/270, ÖZW, 1985, 65

Gruber Bernhard W., Keine Abfertigung bei Selbstkündigung, EuGH Rs. C-190/98

Graf/Filzmoser, ASOK, 2000, 82

Gruber Doris, Sport und Arbeitsrecht, in Haunschildt [Hrsg], Sport und Recht in Österreich, 2006, 43

Gschnitzer Franz, Österreichisches Familienrecht, 2. Auflage, 1979

Haemmerle Hermann, Grundriss des Arbeitsrechtes, Arbeitsvertrag, 1949

Hasslacher Herwig, Aktuelle Rechtsfragen der Sportvermittlung und des Sportlermanagements, SpuRt, 1999, 174

Hau Wolfgang, Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption, IPRax, 2000, 354

Helmholz Niels, Die private Arbeitsvermittlung im Berufssport, Dargestellt am Beispiel der Spielervermittlung im Bereich des Profifußballs, Eine Untersuchung der Vereinbarkeit von Verbandsrecht und Spielervermittlungstätigkeit mit dem materiellen Recht, 2005, (Diss)

Herbert Alexander/Mauer Jutta, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im Lichte des nationalen und internationalen Rechts, NZA, 1991, 416

Hilf Meinhard/Pache Eckhard, Das Bosman-Urteil des EuGH, NJW, 1996, 1169

Hollerer Thomas, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht, 2003

Holzer Wolfgang, OGH, DRdA, 2000, 41

Holzer Wolfgang, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA, 1996, 197

Holzer Wolfgang, Das Dienstrecht der Lizenzfußballer im Österreichischen Fußballbund, DRdA, 1972, 63

Holzer Wolfgang/Reissner Gert-Peter, Einführung in das österreichische Sportrecht, 2005

Holzer Wolfgang/Reissner Gert-Peter, Die Rechtsstellung von Berufssportlern aus Staaten mit einem EU-Assoziationsabkommen in Österreich, ASoK, 2001, 42

Holzer Wolfgang/Posch Willibald, OGH, DRdA, 1978, 346

Holzhammer Richard, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1976

Hromadka Wolfgang, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers - Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Gesetzentwürfe -, DB, 1998, 195

Hummer Waldemar/Schweitzer Michael, Europarecht, Das Recht der Europäischen Union - Das Recht der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EG, EAG) - mit Schwerpunkt EG, 5. Auflage, 1996

Imping Andreas, Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, 1995, (Diss)

Ittmann Erasmus Benjamin, Pflichten des Sportlers im Arbeitsverhältnis, Zugleich ein Beitrag zur Vertragsgestaltung durch Vereine und Berufssportler, 2004

Jabornegg Peter, Die Provision als Arbeitsentgelt, in FS Strasser, 1993, 137

Jabornegg Peter [Hrsg], Kommentar zum HGB, Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht, 1997

Jabornegg Peter, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht, 1987

Jabornegg Peter, Die Rechtsstellung der selbständigen Versicherungsvertreter im österreichischen Recht, DRdA, 1985, 85

Jabornegg Peter/Resch Reinhard/Strasser Rudolf, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, Kollektives Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2005

Jenny Christian, Der Sportlervermittlungs- und der Sportlermanagementvertrag, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 23

Jungheim Stephanie, Berufsregelungen des Weltfußballverbandes für Spielervermittler, 2002

Kania Thomas, Betriebsräte in Lizenzfußballvereinen, SpuRt, 1994, 121

Karenfort Jörg/Weitbrecht Andreas, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, des Gerichts Erster Instanz und der Europäischen Kommission, 1. Auflage, 2004

Karollus Martin, Auswirkungen des neuen Unternehmensgesetzbuchs auf (Berufs-)Sportvereine, in Grunde/Karollus [Hrsg], Berufssportrecht I, 2008, 1

Kathmann Uwe, Rechtsfragen zur praktischen Anwendung des Spielervermittler-Reglements des Weltfußballverbandes FIFA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 109

Kaun Maria, EU-Erweiterung und Ausländerbeschäftigung, ZAS, 2004, 120

Kaun Maria, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich, mit den seit 01. Mai 2004 geltenden Änderungen der EU-Erweiterung, 2004

Kelber Markus, Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand, NZA, 2001, 11

Kerschner Ferdinand, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und -methodik für Juristen, Leitfaden für juristische Seminar- und Diplomarbeiten, Dissertationen und wissenschaftliche Artikel, 4. Auflage, 1997

Kirschenhofer Matthias, Sport als Beruf, 2002

Klauser Alexander, Europäisches Zivilprozessrecht, JN - ZPO II, EuGVVO, EuEheVO, EuZVO, EuBVO, EuInsVO, Band 6a, 2002

Klingmüller Angela, Sportlervermittler in den USA, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 75

Klingmüller Angela/Wichert Joachim, Die Zulässigkeit von Ablösesummen für vertraglich gebundene Profifußballspieler, SpuRt, 2001, 1

Koenig Christian/Steiner Ulrike, Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG-Vertrags, NJW, 2002, 3583

Koziol Helmut/Welser Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Band 1, 13. Auflage, 2006

Kramer Ernst A., Hauptprobleme des befristeten und resolutiv bedingten Arbeitsverhältnisses, DRdA, 1973, 159

Krejci Heinz, Unternehmensrecht, 4. Auflage, 2008

Krejci Heinz, Handelsrecht, 2. Auflage, 2001

Krejci Heinz, Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile in privatrechtlicher Hinsicht, in Krejci/Ruppe/Schick [Hrsg], Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile im Straf-, Privat- und Steuerrecht, 1982

Krogmann Mario, Sport und Europarecht, 2001

Kropholler Jan, Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel, 8. Auflage, 2005

Küpperfahrendberg Peter, Die arbeitsrechtliche Stellung von Spielern und Trainern im Lizenzfußball, 2004,

Lampe Christian/Müller Michael, Sportmanagement und Arbeitsvermittlung, - nach den Änderungen im SGB III zum 27. 3. 2002 -, SpuRt, 2003, 133

Lecheler Helmut, Einführung in das Europarecht, 2000

Leible Stefan/Streinzi Rudolf, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Überlegungen aus Anlass von EuGH, EuZW 2000, 468 (in diesem Heft) - Angonese, EuZW, 2000, 459

Lengauer Alina, Drittwirkung von Grundfreiheiten - Eine Besprechung der Rs C-281/98, Angonese, ZfRV, 2001, 57

Lieb Manfred, Beschäftigung auf Produktionsdauer - selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA, 1977, 210

Limberger Franziska, Rechtsfragen der Sportlervermittlung, in Grundei/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 113

Limberger Franziska, Sportlervermittlung: Erste Analyse aus der Sicht des österreichischen Rechts, SpuRt, 2004, 139

Lindmayr Manfred, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 9. Auflage, 2006

Lindmayr Manfred, Handbuch zum Angestelltenrecht, 2003

Lipps Wolfgang, Rechtswidrigkeit des Vermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit bei Spezial- und Künstleragenturen, NZA, 1989, 788

Löhr Karl-Ludwig, Mitwirkung der Vermittler von Berufssportlern/Lizenzspielern bei Vertragsverhandlungen, NJW, 1995, 2148

Loibl-van Husen Susanne, Die Beschäftigungsbewilligung, nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, 1999

Löschnigg Günther, Entgelte mit Zielvorgaben und Mitbestimmungspflicht, in FS Cerny, 2001, 419

Löschnigg Günther/Schick Peter J., Vermittlungsprovisionen für Betriebsratskredite und Versicherungsverträge – arbeits- und strafrechtliche Problemlagen, DRdA, 2005, 229

Löschnigg G./Schwarz W., Arbeitsrecht, 10. Auflage, 2003

Mair Andreas/Rainer Linda, Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, Eine rechtliche Einordnung, ÖJZ, 2007, 799

Marhold Franz, Die Rückforderung von Ausbildungskosten von Berufsanwärtern freier Berufe, RdW, 1984, 110

Marhold Franz/Mayer-Maly Theo, Österreichisches Arbeitsrecht 1, Individualarbeitsrecht, 1987

Martinek Oswin/Schwarz Margarete/Schwarz Walter, Angestelltengesetz Kommentar, 1991

Matyk Stephan, Mehr Markt für den Dienstleistungssektor?, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 99

Mayer Heinz [Hrsg], Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, Band 2, 2003

Mayer Heinz, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, B-VG, F-VG, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kurzkomentar, 2. Auflage, 1997

Mayer Heinz/Walter Robert, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 9. Auflage, 2000

Mayr Klaus, Freizügigkeit von Schachspielern in der (erweiterten) Europäischen Union, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 213

Mayr Peter G., EuGVÜ und LGVÜ, Die europäischen Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen mit einer Einführung, den nationalen und internationalen Materialien, der gesamten Judikatur des EuGH und Literaturhinweisen, 1. Auflage, 2001

Mazal Wolfgang, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit I, ZAS, 1992, 109

Mazal Wolfgang, Vermittlungsmonopol und Erwerbsfreiheit II, ZAS, 1992, 146

Mazal Wolfgang/Risak Martin E. [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band 1, 2002, (Loseblattausgabe)

Mazal Wolfgang/Risak Martin E. [Hrsg], Das Arbeitsrecht, System und Praxiskommentar, Band 2, 2002, (Loseblattausgabe)

Medwed Hans Günther, Eintritts- und Übernahmsrechte von Minderjährigen im Mietrecht, ÖJZ, 1992, 614

Modl Christian, Rechtliche Aspekte der Sportlervermittlung im schweizerischen Recht, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 43

Müller Florian, Vertragsverlängerung durch einseitige Erklärung, Dargestellt anhand der Praxis im österreichischen Berufsfußball, ZAS, 2007, 213

Müller Wolfgang, Übergangsregelungen für die Beschäftigung von neuen EU-Bürgern für die Zeit vom 1. 5. 2004 bis längstens 2011, Keine generelle Befreiung der neuen Beitrittsländer vom Ausländerbeschäftigungsgesetz, ASoK, 2004, 210

Müller-Graff Peter-Christian, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in FS für Lukes, 1989, 471

Naderhirn Johanna Helene, Arbeitnehmereigenschaft von Sportlern unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion um den Entwurf eines Berufssportgesetzes, in Resch/Trost [Hrsg], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 17

Nasse Roland F., Der Sportler und (s)ein Manager, SpuRt, 1996, 113

Nettesheim Martin, Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV), NVwZ, 1996, 342

Neubauer Walter, Neues aus der Gesetzgebung, ASOK, 2006, 32

Neubauer Walter/Rath Erwin, Nochmals zu den Neuerungen bei der Konkurrenzklausele und beim Ausbildungskostenrückerersatz, Versuch einer Zwischenbilanz, ASOK, 2007, 46

Neubauer Walter/Rath Erwin, Neuerungen beim Ausbildungskostenrückerersatz und bei der Konkurrenzklausele - ein Überblick, §§ 2c und 2d AVRAG; § 36 AngG - Ausbildungskosten - Konkurrenzklausele, ASOK, 2006, 125

Neumayr Matthias/Reissner Gert-Peter [Hrsg], Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2006

Nimmerfall Irene, Der Entwurf einer Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, 2002, (Diss)

Nocker Michael, Der Handelsvertretervertrag, 2000

Noss Vera, Maklerrecht, 2002

Nowotny Ingrid, Reform des Fremdenrechts und des Ausländerbeschäftigungsrechts 2002, Ein gelungener Wurf?, ASoK, 2003, 14

Nowotny Ingrid, VwGH, DRdA, 1995, 28

Oberhofer Barbara, Ausbildungskostenrückerersatz und Konkurrenzklausele Neu, Überlegungen zu den gesetzlichen Neuregelungen in §§ 2 c, 2 d AVRAG und § 36 AngG, ZAS, 2006, 152

Oberndorfer Peter, Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl, 1992, 273

Oberrauch Stefan, Das FIFA-Reglement zur Regelung der Fußballspielervermittlungstätigkeit, ecolex, 2005, 413

Öhlinger Theo, Verfassungsrecht, 7. Auflage, 2007

Ostermayer Josef/Schuster Gerhard, Maklerrecht, Kommentar des Maklergesetzes samt Materialien und umfassendem Anhang, 1996

Pallasch Ulrich/Steckermeier Maximilian, Freiheit der Arbeitsvermittlung und staatliches Monopol, NZA, 1991, 913

Palme Christoph, Das Bosman-Urteil des EuGH: Ein Schlag gegen die Sportautonomie?, JZ, 1996, 238

Pernthaler Peter, Österreichisches Bundesstaatsrecht, Lehr- und Handbuch, 2004

Pfeil Walter J., OGH, DRdA, 1985, 126

Pfister Bernhard, Der Managervertrag des Sportlers, in Scherrer [Hrsg], Sportlervermittlung und Sportlermanagement, 2003, 139

Pfister Bernhard, Das Bosman-Urteil des EuGH und das Kienass-Urteil des BAG, in Tokarski [Hrsg], EU-Recht und Sport, 1998, 151

Pichler Helmut, Bemerkenswertes im neuen Recht der Geschäftsfähigkeit und der Ehemündigkeit, ÖA, 1973, 50

Preiss Joachim/Reissner Gert-Peter, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausel und der Ausbildungskostenklausel, DRdA, 2006, 183

Quirling Christian, Die Nach-Bosman-Ära, Ordnungsgemäße Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im österreichischen und deutschen Verbandsrecht am Beispiel des Fußballsports, 2004

Rauch Thomas, Arbeitsrecht für Arbeitgeber, Über 900 Tipps zur Vermeidung kostspieliger Irrtümer mit 76 Mustervorlagen für die betriebliche Praxis, 7. Auflage, 2008

Rechberger Walter H. [Hrsg], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, 2006

Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 7. Auflage, 2009

Reichelt Gerte/Weiss Robert, Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 7

Reidlinger Axel, Wettbewerbsrecht - Vermarktung von Fernsehrechten und Kartellrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 21

Reissner Gert-Peter, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2005

Reissner Gert Peter, OGH, ZAS, 2000, 149

Reissner G.-P., OGH, SpuRt, 1999, 62

Resch Reinhard, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigung, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA, 2004, 87

Resch Reinhard, Grenzen für Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA, 1993, 8

Resch Reinhard, OGH, DRdA, 1990, 222

Rieble Volker, Maklerprovisionen für Personalvermittler, - Ihre Begrenzung durch die ArbeitsvermittlerVO und ihre Ermäßigung nach § 655 BGB -, DB, 1994, 1776

Ritter Andreas, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, 1994

Röthel Anne, EuGH, EuZW, 2000, 375

Rummel Peter [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, (zur Berücksichtigung des KindRÄG 2001), 1. Ergänzungsband, 3. Auflage, 2003

Rummel Peter [Hrsg], Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1 bis 1174 ABGB, Band 1, 2. Auflage, 1990

Runggaldier Ulrich, OGH: Verschlechterung einer kollektivvertraglichen Pensionsordnung durch nachfolgenden Kollektivvertrag zulässig, Anmerkungen zum Beschluss des OGH vom 16. 12. 1992, 9 Ob A 602/92-3, RdW, 1993, 7

Sacherer Remo, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der Europäischen Union, rechtliche und soziale Aspekte, 2001

Säcker Franz Jürgen, Die Personalberatung als fremdnützige Geschäftsbesorgung für den Auftraggeber im Sinne von § 675 BGB, -Ein Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Abgrenzung gegenüber der privaten Arbeitsvermittlung als >>neutraler<< Maklertätigkeit im Sinne von § 652 BGB-, ZfA, 1989, 307

Schamberger Michael, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit langfristiger Vertragsbindung bei Berufsfußballspielern, SpuRt, 2002, 228

Scherff Dietrich, Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), Fremdenengesetz (FrG), Kodifizierte und kommentierte Textausgaben des AuslBG und FrG samt AuslBVO, 7. Auflage, 2002

Scherrer Urs, Sportler-Management, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 5

Schlosser Peter, Zum Begriff „Zivil- und Handelssachen“ in Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ, IPRax, 1981, 154

Schloßer Philipp, Führen Vertragsverhandlungen durch Spielervermittler zur Unwirksamkeit der Vermittlungsverträge?, NZA, 2001, 16

Schnorr Gerhard, OGH, DRdA, 1983, 22

Scholz Peter, Die Versicherungspflicht von Fußballsportlern, SozSi, 1988, 237

Schrammel Walter, Der Trainer und das Recht, in Grundei/Karollus [Hrsg] Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV, 2006, 167

Schrammel Walter, Sport und Arbeitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 37

Schrammel Walter, Berufssportgesetz - Probleme und Lösungsansätze, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports II, 2001, 27

Schrammel Walter, Die arbeits- und sozialrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, in Achatz/Jabornegg/Karollus [Hrsg], Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports, 2000, 87

Schrammel Walter, Ausländerbeschäftigung, ecolex, 1997, 724

Schrammel Walter, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU, ecolex, 1996, 467

Schrammel Walter, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, 1995

Schrammel Walter, OGH, ZAS, 1995, 12

Schrammel Walter, Kettendienstverträge mit Rundfunkmitarbeitern, RdW, 1986, 347

Schrammel Walter, OGH, DRdA, 1981, 232

Schrammel Walter/Tomandl Theodor [Hrsg], Arbeitsrecht I, Gestalter und Gestaltungsmittel, Band 1, 6. Auflage, 2008

Schrammel Walter/Tomandl Theodor [Hrsg], Arbeitsrecht 2, Sachprobleme, Band 2, 6. Auflage, 2008

Schrammel Walter/Tomandl Theodor, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl, 1972, 234

Schrank Franz, Betriebsvereinbarungen über die Leistungsentgelte, Zugleich ein Beitrag zu grundlegenden Strukturfragen der notwendigen Mitbestimmung, in Tomandl [Hrsg], Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, 1983

Schröder Mathias, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Binnenmarkt, 1995

Schroeder W., EuG, SpuRt, 2005, 102

Schroeder Werner, EuGH, JZ, 1996, 248 *Schuhmacher Florian*, Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht, wbl, 2005, 245

Schwerdtner Peter, Maklerrecht, 4. Auflage, 1999

Schwimann Michael [Hrsg], ABGB, Praxiskommentar, §§ 1-284 ABGB, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG, Band 1, 3. Auflage, 2005

Schwimann Michael [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, samt Nebengesetzen, Band 1, 2. Auflage, 1997

Schwimann Michael [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB, samt Nebengesetzen, Band 6, 2. Auflage, 1997

Segeerer Jürgen, Wirkung der Grundrechte zwischen Sportlern, Sportvereinigungen und Staat, 1999

Singer Robert, Befristete Arbeitsverhältnisse, in Österreich und im EU-Bereich, 1997

Sitz Angelika, Aktuelle Tendenzen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unter besonderer Berücksichtigung von durch österreichische Gerichte vorgelegten Vorabentscheidungsverfahren, in Reichelt [Hrsg], Die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Lichte von Liberalisierung und Konvergenz, 2005, 21

Stockenhuber Peter, Europäisches Kartellrecht, 1999

Stopper Martin, Ligasport und Kartellrecht, Die Bündelung von Fernsehübertragungsrechten durch den Deutschen Fußball-Bund im Konflikt mit deutschem und europäischem Kartellrecht unter besonderer Heranziehung des amerikanischen Antitrust-Rechts, 1997

Strasser Rudolf, Geltung des § 96 Abs 1 Z 4 ArbVG für die Regelung von Abschluß- bzw Vermittlungsprovisionen?, DRdA, 1993, 93

Strasser Rudolf, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag; Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA, 1992, 93

Straube Manfred [Hrsg], Kommentar zum Handelsgesetzbuch, mit einschlägigen Rechtsvorschriften, §§ 1-188, §§ 343–453, Band 1, 3. Auflage, 2003

Streil Jochen, Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag und Recht der Internationalen Arbeitsorganisation, Bemerkungen zu dem Künstleragenturen-Urteil des EuGH, EuGRZ, 1979, 617

Streinz Rudolf, EG-Freizügigkeit für Sportler, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht [Hrsg], Sport und Recht, 2005, 71

Streinz Rudolf [Hrsg], EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2003

Streinz Rudolf, Die Freizügigkeit des Athleten, in Del Fabro/Scherrer [Hrsg], Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 99

Streinz Rudolf, EG-Grundfreiheiten und Verbandsautonomie, SpuRt, 2000, 221

Streinz Rudolf, EuGH, SpuRt, 2000, 151

Streinz Rudolf, Europarecht, 4. Auflage, 1999

Streinz Rudolf, Europarecht, 3. Auflage, 1996

Thaurer Franz, Arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, 1998

Tichy Heinz, OGH, ZAS, 1975, 217

Tiefenthaler Stefan, LGVÜ: Gerichtsstand am „Erfüllungsort des Bereicherungsanspruchs“?, Kritische Bemerkungen zu den ersten Entscheidungen des OGH, ÖJZ, 1998, 544

Tomandl Theodor, OGH, ZAS, 1982, 10

Tomandl Theodor, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971

Tomandl Theodor, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1979

Tomanek Alexander, Ersatz der Ausbildungskosten für Eishockeyspieler, 2005 (Diss)

Trommer Hans-Ralph, Die Transferregelungen im Profisport im Lichte des “Bosman-Urteils“ im Vergleich zu den Mechanismen im bezahlten amerikanischen Sport, 1999

Trost Barbara, Kinder und Jugendliche im Arbeitsrecht, in Loderbauer [Hrsg], Kinder- und Jugendrecht, 3. Auflage, 2004, 99

Trost Barbara, Leistungsentgeltprobleme aus kollektivrechtlicher Sicht, DRdA, 1985, 269

Vetter Rainer, Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht, - zugleich Besprechung von EuG, T-193/02, SpuRt 2005, 102, SpuRt, 2005, 233

Wachter Gustav, Arbeitsverhältnis eines Ausländers und Ablauf der Beschäftigungsbewilligung, DRdA, 1979, 187

Weigl Silvia, Die Beschäftigung von Eishockey-Profis aus den neuen EU-Staaten, in Resch/Trost [Hrsg.], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 243

Weiß Dieter, Der Rückersatz von Ausbildungskosten bei jugendlichen Sportlern, in Resch/Trost [Hrsg.], Arbeits- und sozialrechtliche Fragen des Profisports, 2005, 109

Weiß Wolfgang, Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt, 1998, 97

Wertenbruch Johannes, Die Vereinbarkeit der Beratungs- und Vermittlungstätigkeit für Berufssportler/Lizenzspieler mit dem Rechtsberatungsgesetz und dem neuen Arbeitsförderungsgesetz, NJW, 1995, 223

Westermann H. P., Die rechtliche Bewertung des Spielervermittlers/Spielerberaters nach deutschem Zivilrecht, in Württembergischer Fußballverband e.V. Schriftenreihe Nr. 44 [Hrsg.], Rechtsfragen zur Sportlervermittlung und des Sportlermanagements, 2003, 53

Ziehensack Helmut, OGH, ZAS, 1995, 165

Abstract

Der Spielervermittlungsbegriff wird vom Sportlermanagerbegriff differenziert. Der Begriff „*Spielervermittlung*“ umfasst die Vermittlung von Spielerkontrakten zwischen Fußballvereinen und Fußballspielern. Der Sportlermanagerbegriff tangiert Dienstleistungen der Privatsphäre. Der Arbeitsvermittlungsbegriff behandelt die Vermittlung von Arbeitskontrakten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern.

Die Arbeit setzt sich mit der Frage der Zulässigkeit von Vermittlungsprovisionen im Rahmen der Arbeitsvermittlung auseinander. Es wird die Zulässigkeit des Prinzips der „*unentgeltlichen Arbeitsvermittlung gegenüber Arbeitnehmern*“ für den Fußballbereich an Hand der Erwerbsausübungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit geprüft.

Die Spielervermittlungsregulative knüpfen an die Ausübung der Spielervermittlungstätigkeit Voraussetzungen, wie Lizenzpflicht, Bankgarantie bzw Haftpflichtversicherung. Die Arbeit umfasst die Thematik, ob diese Voraussetzungen mit der österreichischen Erwerbsausübungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und dem Europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sind.

Die Provision ist eine in Prozentsätzen formulierte Wertbeteiligung bzw konkrete Summe ohne prozentuellen Bezug (Fixbetrag) an den Verträgen des Dienstgebers für Vermittlung. Es wird die Entgeltform der Provision behandelt. Vor allem wird die Einordnung der Provision als „*Erfolgslohn*“, „*Leistungslohn*“ respektive „*Mischform*“ behandelt.

Der Begriff der „*Schlüsselkraft*“ setzt einen Mindestlohn, eine bestimmte Qualifikation und nicht bloße Individualinteressen des Arbeitgebers voraus. Die Einordnung des Fußballspielers als Schlüsselkraft wird in der Arbeit dargestellt.

Der Ausbildungskostenbegriff wird vom Einschulungskostenbegriff differenziert. Der Begriff der Ausbildungskosten setzt vor allem eine „*erfolgreich absolvierte Ausbildung*“ voraus. Es wird dargestellt wie diese Tatbestandsvoraussetzung zu verstehen ist und wie sie bei Fußballspielern gegeben sein kann. Der Sonderfall der Ausbildungskostenvereinbarung bei „*mündig Minderjährigen*“ wird analysiert. Das Gesetz fordert die Zustimmung des „*gesetzlichen Vertreters*“. Es wird die Problematik aufgeworfen wie diese Tatbestandsvoraussetzung zu verstehen ist und ob es auch der Genehmigung des Pflugschaftgerichtes bedarf.

Curriculum vitae

Persönliche Daten:

Name: Daniel Andrysik

Titel: Magister der Rechtswissenschaften

Geboren: 4.4.1980 Wien

Familienstand: Verlobt

Staatsbürgerschaft: Österreich

Adresse: Kölblg 13/16, 1030 Wien

Schulausbildung:

1983-1986 Kindergarten „Sacre Coeur“ 1030 Wien

1986-1990 Volksschule „Sacre Coeur“ 1030 Wien

1990-1996 Gymnasium „Theresianische Akademie“ 1040 Wien

1996-2000 Gymnasium „Ödenburgerstr“ 1210 Wien maturiert.

Universitäre Bildung:

2000 – 2004 „Juridicum“ in 1010 Wien Magister der Rechtswissenschaften

Ab 2004 Doktorat-Studium der Rechtswissenschaften bei Prof Dr Schrammel am Institut für Arbeits- und Sozialrecht

Erstes Seminar (Prozessspiel in Oberdrauburg in Österreich) für Arbeitsrecht und Zivilgerichtliches Verfahren bei Prof Dr Schrammel und Prof Dr Rechberger

Zweites Seminar für Arbeitsrecht und Rechtsphilosophie bei Prof Dr Schrammel und Prof Dr Luff

Berufliche Daten:

2004 bis 2005 Gerichtsjahr

2005 bis 2006 rechtlicher Berater bei DEKO Logistikservice GmbH

2008 bis 2009 RAA bei RA Mag Bernhard Kispert

2009 bis 2010 RAA bei RA Dr Hans Böck