

Johan-Michel Menke
Heidrehmen 37
22589 Hamburg

Universität Hamburg

MAGISTERARBEIT

Wahlschwerpunkt Arbeitsrecht

Prof. Dr. Klaus Moritz

„Zulässigkeit langfristiger Arbeitsverträge im Berufsfußball“

Themenarbeit

WS 2003/2004

(überarbeitete Fassung, Literatur: Stand 2005)

Inhalt

A. Einleitung	1
I. Praktische Relevanz	1
II. Theoretische Relevanz.....	2
III. Problemstellung.....	3
B. Allgemein mögliche Einschränkungen des Kündigungsrechts	3
C. Profivertrag als Arbeitsvertrag	4
I. Arbeitgebereigenschaft der Vereine	4
II. Arbeitnehmereigenschaft der Profifußballer	5
1. Gleichstellung mit Entertainern	5
2. Überproportionales Einkommen	5
3. Ansatz der erfolgsorientierten Vergütung	5
4. Kriterium der persönlichen Abhängigkeit.....	6
5. Stellungnahme	6
III. Umgehung des Arbeitnehmerschutzes	8
D. Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen im Berufsfußball	8
I. Problematik der Befristung von Arbeitsverträgen	8
1. Kein Kündigungsschutz	9
2. Beschränkung des Kündigungsrechts.....	9
3. Außerordentliche Kündigung	10
a) Durch den Arbeitgeber-Verein.....	10
b) Durch den Arbeitnehmer-Sportler	10
aa) Kündigung aufgrund Verletzung der Beschäftigungspflicht.....	11
bb) Kündigung wegen Vertragsangebot zu verbesserten finanziellen Konditionen	12
cc) Resultat.....	13
4. Zwischenergebnis.....	13
II. Rechtfertigung durch sachlichen Grund für Verträge bis zum 31.12.2000.....	14
1. Befristung als Umgehung des Kündigungsschutzes	14
2. Zulässigkeit der Befristung	14
a) Sachgrund als Voraussetzung	15
b) Wunsch des Arbeitnehmers	15
c) Interesse des Arbeitgebers.....	15
d) Zwischenergebnis	16
III. Rechtfertigung durch sachlichen Grund für Verträge ab dem 1.1.2001	16
1. Besonderheiten des Ligawettbewerbs	17
a) Argumentation.....	18
b) Kritik.....	18
c) Ergebnis.....	19
2. Flexibilitätsbedürfnis.....	20
a) Argumentation.....	20
b) Kritik.....	21
c) Ergebnis.....	23
3. Nachlassende Leistungsfähigkeit	24
a) Argumentation.....	24
b) Kritik.....	24
c) Ergebnis.....	25
IV. Zwischenergebnis.....	27
E. Zulässigkeit einer langfristigen unkündbaren Vertragsbindung bei	27
Berufsfußballern.....	27
I. Verhältnis von Befristungsdauer und sachlichem Grund	27

II. Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	29
1. Position des Vereins	29
2. Zulässigkeit der Beschränkung	29
a) Grundrechtskollision	30
b) Fazit.....	31
III. Ergebnis.....	33
F. Zulässigkeit der verbandsrechtlichen Durchsetzung von langfristigen	33
Verträgen	33
I. Reaktionsmöglichkeiten des Vereins	33
a) Kündigung.....	34
b) Bestehen auf Erfüllung	34
II. Reaktionsmöglichkeiten des Verbandes	34
1. Bei Kündigung des Spielers	34
2. Bei Bestehen auf Erfüllung	35
III. Art und Weise der Durchsetzung	36
1. Grundsätzliche Zulässigkeit des neuen Transferrechts der FIFA	37
2. Problematische Grenzfälle	38
a) Zusätzliche Ausbildungsentschädigung	38
b) Umgehungstatbestand	38
G. Fazit	39
ANHANG.....	41

A. Einleitung

I. Praktische Relevanz

Kein Sport ist weltweit so populär wie der Fußballsport. In kaum einer anderen (Sport-)Branche wird in so kurzer Zeit so viel Geld umgesetzt, verdienen die Sportler so viel Geld.

Das ist aber nur eine Seite der Medaille. Andererseits werden die Profifußballer in einer Art an ihre Vereine gebunden, wie sie in der Arbeitswelt ihresgleichen sucht (Wenn im folgenden von Vereinen oder Klubs die Rede ist, sind auch Kapitalgesellschaften gemeint: Die bisher in der Rechtsform des eingetragenen Vereins betriebenen Fußballklubs können nunmehr in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft am Spielbetrieb der Lizenzligen teilnehmen¹, wovon bereits mehrere Fußballklubs, z.B. Borussia Dortmund, Gebrauch machen²). Insbesondere die Spitzenspieler erhalten langfristige Verträge.

Diese Chance der langfristigen Planung wird schon seit geraumer Zeit von allen Klubs der großen Fußballnationen (England, Spanien, Italien, Deutschland) wahrgenommen.

So haben etwa in Spanien die Vereine Betis Sevilla und Real Oviedo mit den Spielern Denilson³ bzw. Fabio Pinto⁴ jeweils Verträge über zehn Jahre abgeschlossen.

Spitzenspieler in der deutschen Fußballbundesliga wie Michael Ballack, Tomas Rosicky, Jan Koller u.a.⁵ sind auf Jahre an ihre Klubs gebunden. Gerade vor einigen Wochen hat sich der Hamburger Sportverein die Dienste des Spielers David Jarolim bis 2008 gesichert⁶.

Dies entspricht in erster Linie dem Interesse der Vereine, die sich so die Chance einer langfristigen Planung sichern wollen. Die Qualität einer Fußballmannschaft (und damit der sportliche und natürlich wirtschaftliche Erfolg des entsprechenden Vereins) hängt nicht zuletzt von den langfristigen Zusammensetzung des Spielerkaders zusammen. Nur eine eingespielte Mannschaft kann auf Dauer erfolgreich sein. Dieser Konstanz in der Zusammensetzung des Kaders sind häufige Spielerwechsel abträglich.

Dem durchaus nachzuvollziehenden Interesse der Vereine steht die praktische Konsequenz für die Spieler gegenüber, lange an ein und denselben Verein gebunden zu sein.

Der Abschluss langfristiger Verträge ist vor allem auf ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 15. 12. 1995 zurückzuführen⁷. In dieser Entscheidung des EuGH zum

¹ Vgl. Bäune, 116ff.

² Vgl. www.borussia-dortmund.de; www.borussia-aktie.de.

³ Vgl. F.A.Z. 1997, Nr. 201, 29.

⁴ Vgl. F.A.Z. 1998, Nr. 156, 34.

⁵ Vgl. Quelle: www.transfermarkt.de.

⁶ Vgl. www.transfermarkt.de.

Fall Bosman wurde klargestellt, dass ein Fußballverein für einen Spieler, dessen Vertrag abgelaufen bzw. ausgelaufen ist, bei einem (grenzüberschreitenden) Wechsel innerhalb der EU keine Ablösesummen mehr verlangen darf.

Zwar betrifft dieses Urteil nur Spielerwechsel zwischen Vereinen verschiedener Mitgliedstaaten der EG, doch hat der Deutsche Fußballbund (DFB) das System der Ablösesummen nach Ablauf eines Vertrages inzwischen auch bei innerstaatlichen Transfers abgeschafft. Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat das Verlangen von Ablösesummen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses als sittenwidrig beurteilt⁸.

Sowohl die Entscheidung des BGH als auch die des BAG betreffen allein das Fordern von Ablösesummen nach Vertragsende, während das sogenannte „Herauskaufen“ aus einem laufenden Vertrag bislang nicht moniert worden ist.

Über die Praxis der langfristigen Vertragsbindung können die Klubs folglich die Konsequenzen dieser Rechtsprechung kompensieren: Nun wird ein Wechsel vor Vertragsende durch die Forderung einer (extrem) hohen Ablösesumme erschwert. So zahlte Real Madrid für die Spieler Ronaldo (zur Saison 2002/2003, Ablösesumme: 35 Mio. Euro⁹) bzw. kürzlich David Beckham (zur Saison 2003/2004, Ablösesumme: 35 Mio. Euro)¹⁰ horrende Beträge, um sportlich (Ziel: Meisterschaft, Pokalsieg) bzw. finanziell (Merchandising, Fanartikel, Sponsoring) für den Klub interessante Spieler aus ihren laufenden Verträgen „herauszukaufen“. Kann ein Verein wie Real Madrid diese (vertraglich festgesetzte) Ablöse zahlen, hat der den Spieler abgebende Verein zumindest die Gewissheit eines wirtschaftlichen Ausgleichs.

II. Theoretische Relevanz

Somit haben die Urteile von EuGH und BAG zwar für das Ende des „Sklavenhandels im Sport“¹¹ gesorgt, ein bitterer Beigeschmack bleibt jedoch angesichts des „Herauskaufens“ bzw. „Verkaufens“ als legale Form der Prostitution und damit der Chance der „Sklavenhändler“ zur langfristigen Planung¹² mittels der Festlegung hoher Ablösesummen.

Gegen diese Praxis des „Herauskaufens“ hatte auch die EU-Kommission Einwände¹³, sah darin einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EU-Vertrag). Anders als zum Beispiel in der belgischen Rechtsordnung ist die Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages durch

⁷ Vgl. EuGH Slg. 1995, I-4921, Rs C-415/93=NZA 1996, 545, NJW 1996, 505, SpuRt 1996, 59.

⁸ Vgl. BAGE 84, 344, 354f.

⁹ Vgl. www.transfermarkt.de.

¹⁰ Vgl. www.transfermarkt.de.

¹¹ Vgl. Heß, F.A.Z. 1996, Nr. 237, 37.

¹² Vgl. Heß, aaO.

¹³ Vgl. Fritzweiler, NJW 2002, 1014, 1016.

ordentliche Kündigung nach deutscher Rechtslage nicht möglich, was nunmehr auch in § 15 III des Gesetzes über Teilzeit und befristete Arbeitsverträge vom 1.1.2001 (TzBfG) normiert ist¹⁴. Aus diesem Grunde kam es am 5.3.2001 zu einer Vereinbarung zwischen der Fédération Internationale de Football Association (FIFA), der Union Européenne de Football Association (UEFA) und der EU-Kommission¹⁵, die mit dem sogenannten „Brüsseler Fußballfrieden“¹⁶ endete.

Folglich sind nunmehr Verträge von fünf Jahren möglich, nur die Durchsetzung der Verbände ist auf drei Jahre begrenzt¹⁷. Sanktionen¹⁸ wie Spielsperren oder Entschädigungszahlungen bei Vertragsbruch haben Spieler und Vereine zu fürchten¹⁹.

Die getroffene Regelung ist durch den DFB mittlerweile auf die nationale Ebene übertragen worden und gilt seit der Fußballsaison 2002/2003 auch in Deutschland.

III. Problemstellung

Zu untersuchen ist die Vereinbarkeit dieser Regularien mit dem deutschen Arbeitsrecht, insbesondere im Hinblick auf die Einschränkungen des Kündigungsrechts der Spieler.

So ist schon in der Literatur der Ausstieg der Profispieler aus langfristigen unkündbaren Verträgen als Rechtsproblem der Zukunft bezeichnet worden²⁰.

Es soll erörtert werden, ob sich ein Spieler, der sich auf diese Weise langfristig gegenüber einem Verein verpflichtet hat, möglicherweise mittels einer Kündigung vorzeitig von seinen vertraglichen Pflichten befreien kann.

Diese Problematik im Kontext mit der Zulässigkeit der Befristung der Verträge im Profifußball - unter Heranziehung des TzBfG - soll im folgenden dargestellt und Lösungswege aufgezeigt werden.

B. Allgemein mögliche Einschränkungen des Kündigungsrechts

Grundsätzlich werden in Deutschland Arbeitsverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen²¹. Beiden Vertragsparteien, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wird dabei die Möglichkeit zur Kündigung eingeräumt²².

¹⁴ Vgl. Klingmüller/Wichert, SpuRt 2001, 1.

¹⁵ Vgl. nur De Kepper, SpuRt 2001, 98.

¹⁶ Vgl. Westdeutsche Zeitung vom 7.3.2001, 2.

¹⁷ Vgl. Schamberger, aaO, 228, 229.

¹⁸ Vgl. Art. 23 FIFA-Reglement n. F.

¹⁹ Vgl. Schamberger, aaO, 228, 229.

²⁰ Vgl. Wertenbruch, EuZW 1996, 91, 92.

²¹ Vgl. Schaub, Arbeitsrechthandbuch, 266.

²² Vgl. Löwisch, Rn. 1210f.

Im allgemeinen ist das Kündigungsrecht des Arbeitgebers durch einige arbeitsrechtliche Vorschriften beschränkt. § 622 II BGB beschränkt ihn in der Weise, dass er erhöhte Fristen aufgibt²³. Daneben ziehen Kündigungsschutznormen, insbesondere das KSchG als wichtigstes arbeitsrechtliches Gesetz²⁴, enge Grenzen für eine zulässige Kündigung.

Den Arbeitnehmern steht grundsätzlich ein freies Kündigungsrecht zu, vgl. § 622 I BGB²⁵; mit einer vierwöchigen Kündigungsfrist können sie einseitig das Arbeitsverhältnis beenden²⁶.

Aufgrund der Vertragsautonomie kann allerdings auch das Recht des Arbeitnehmers zu einer ordentlichen Kündigung insbesondere dann ausgeschlossen bzw. eingeschränkt werden, wenn das Arbeitsverhältnis zeitlich oder durch einen bestimmten Zweck befristet ist²⁷.

Generell lassen sich mehrere Formen der Einschränkung des Kündigungsrechts von Arbeitnehmern unterscheiden, vgl. § 622 I BGB.

Die klassischen Instrumente sind dabei Tarifvertrag²⁸, Arbeitsvertrag²⁹ und eben speziell die Befristung, vgl. § 9 des Musterarbeitsvertrags für Lizenzfußballspieler (MAV) der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL)³⁰.

C. Profivertrag als Arbeitsvertrag

Die aus den Kündigungsschutznormen resultierende Problematik des unterschiedlichen Schutzes bei befristeten und unbefristeten Verträgen besteht indes allein bei Arbeitsverträgen, nicht jedoch bei Verträgen über selbständige Dienstleistungen, da auf letztere die genannten Kündigungsschutznormen ohnehin keine Anwendung finden. Die Problematik der Vertragsbefristung hat demzufolge nur Relevanz, wenn es sich bei den Lizenzfußballspielern um Arbeitnehmer der Vereine handelt, bei denen sie beschäftigt sind.

I. Arbeitgebererschaft der Vereine

Arbeitgeber ist, wer zumindest einen Arbeitnehmer beschäftigt³¹. Unproblematisch zu bejahen ist diese Voraussetzung bei sämtlichen Lizenzvereinen des Fußballsports, die regelmäßig neben dem

²³ Vgl. Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 88.

²⁴ Vgl. Hanau/Adomeit, Rn. 852.

²⁵ Vgl. Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 89.

²⁶ Vgl. Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 87.

²⁷ Vgl. BAG NZA 2002, 970; ZTR 2002, 172; vgl. auch § 15 IV TzBfG.

²⁸ Vgl. Pröpper, NZA 2001, 1346.

²⁹ Vgl. MüKo-Schwerdtner, § 622 Rn. 77.

³⁰ Vgl. Anhang.

³¹ Vgl. nur Schaub, § 17 Rn. 1.

Spielerkader weitere Arbeitnehmer auf der Geschäftsstelle, im sportmedizinischen Bereich, innerhalb eines Betreuerstabs oder als Platzwart beschäftigen³².

II. Arbeitnehmereigenschaft der Profifußballer

Demgegenüber wird die Frage, ob es sich bei Profifußballern um Arbeitnehmer handelt, uneinheitlich beantwortet.

1. Gleichstellung mit Entertainern

Nach Ansicht von *Scholz/Aulehner*³³ sind Profifußballspieler nicht als Arbeitnehmer, sondern als eigenständige Unternehmer zu sehen, mit denen Kooperationsverträge abgeschlossen werden. Ihre berufliche Stellung gleiche denen von freiberuflich tätigen Entertainern aus der Showbranche.

2. Überproportionales Einkommen

Auch *Niebaum*³⁴ hat die rechtliche Einordnung von Profifußballern als Arbeitnehmer kritisiert. Wer den Schutz des Arbeits- und Sozialrechts genieße, könne nicht gleichzeitig ein überproportional hohes Einkommen beziehen.

3. Ansatz der erfolgsorientierten Vergütung

Von *Dieckmann*³⁵ ist angeführt worden, dass im Bereich des Lizenzfußballs die Einnahmen in letzter Konsequenz nicht den Vereinen, sondern vielmehr den beschäftigten Spielern zufließen würden, weshalb deren Einordnung als Arbeitnehmer zweifelhaft sei. Ihm zufolge lässt sich die neben dem Grundgehalt gezahlte erfolgsorientierte Vergütung (z.B. „Siegprämie“) nicht mit dem herkömmlichen „Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Denken“ vereinbaren³⁶. Auch *Westermann*³⁷ hat angemerkt, dass das wirtschaftliche Risiko nicht mehr allein beim Verein liege, sich vielmehr eine Zweckgemeinschaft bilde, in welcher ein Spieler bis zu einem gewissen Grade unternehmerisch handle.

³² Vgl. Rüth, *SpuRt* 2003, 137, 138.

³³ Vgl. Scholz/Aulehner, *SpuRt* 1996, 44, 46.

³⁴ Vgl. Niebaum, *Kicker Sportmagazin*, vom 16.1.1997 (Nr.7), 2.

³⁵ Vgl. Dieckmann, *Das Recht des Fußballspielers*, 24, 27f.

³⁶ Vgl. Dieckmann, aaO.

³⁷ Vgl. Westermann, *Sport als Arbeit*, 35, 49.

4. Kriterium der persönlichen Abhängigkeit

Wesentliches Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist nach der Rechtsprechung des BAG³⁸ die persönliche Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten. Davon ausgehend besteht in Rechtsprechung³⁹ und Literatur⁴⁰ länger ein überwiegender Konsens, dass Lizenzfußballspieler als Arbeitnehmer anzusehen sind, weil sie aufgrund privatrechtlicher Verträge im Dienste der Vereine in persönlicher Abhängigkeit tätig werden und zur Arbeit in einer von einem Dritten bestimmten Arbeitsorganisation (Trainingsplan, Trainingslager, Freundschaftsspiele, Ligaspielbetrieb, Pokalwettbewerb, Internationaler Wettbewerb) verpflichtet sind.

Eine besonders prägnante Definition findet sich bei *Schaub*⁴¹. Er grenzt den Profispieler und damit Arbeitnehmer vom echten Amateurfußballer und damit Nichtarbeitnehmer danach ab, ob die Tätigkeit zur Befriedigung von Fremdbedarf vorliegt oder die sportliche Betätigung zum Selbstzweck erfolgt.

5. Stellungnahme

Scholz/Aulehner ist darin rechtzugeben, dass sich das Fußballgeschäft im Laufe der Zeit immer mehr zu einem Showgeschäft entwickelt hat. Es geht nicht mehr nur um Sport, sondern auch um den einzelnen Spieler, der ein Massenpublikum unterhält. Insoweit sind durchaus Parallelen zu einem freiberuflich agierenden Entertainer zu erkennen. Auch ein Showstar ist an feste Termine und Auftritte gebunden. Zumindest den Rahmen für diese Termine kann der Entertainer aber (mit-)bestimmen. Der deutsche Fußballprofi ist an die Termingstaltung der DFL bzw. der UEFA gebunden. Ein weiterer Unterschied ist, dass der Entertainer in der Regel selbst entscheiden kann, ob, wann, wie und wo er probt, während der Spieler an feste Trainingszeiten gebunden ist. Insofern ist dieser seinem Verein gegenüber weisungsgebunden.

Gegen die Ansicht *Niebaums* spricht, dass nach der Rechtsprechung die Höhe des Einkommens kein Kriterium für die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als Arbeits- oder freies Dienstverhältnis bildet⁴².

Dieckmann ist zwar zuzustimmen, dass große Gewinne der Vereine in der Praxis eher als Ausnahmen bezeichnet werden müssen (z.B. FC Bayern München). Dies resultiert nicht zuletzt daraus, dass die Sportvereine, die (bis dato) fast ausschließlich als gemeinnützige Idealvereine

³⁸ Vgl. BAGE 14, 17ff.; 30, 163, 168; 70, 104, 109.

³⁹ Vgl. BAG AP BUrtG 1972 § 11 Nr. 10; BAG NJW 1971, 855; BAG NJW 1980, 470; BAG NZA 1993, 750 ff.; EuGH NJW 1996, 505 ff.

⁴⁰ Vgl. Börner, 38 ff.; B. Preis, 27 ff.; Rüsing/Schmülling, SpuRt 2001, 53; Falkenberg, DB 1979, 590; Füllgraf, 18f; Klatt, 2; Imping, 60; Hilpert, RdA 1997, 92, 95.

⁴¹ Vgl. Schaub, § 8 Rn. 11.

⁴² Vgl. BAGE 11, 225, 230; RAG in ARS (I) 15, 550, 552.

organisiert sind, mit dem Spielbetrieb primär überhaupt keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen. Vielmehr haben sie sich in ihren Satzungen zur Förderung des Spitzensports verpflichtet, was (noch) als Hauptzweck der Unterhaltung des Spielbetriebs anzusehen ist. Gewisse Tendenzen in eine andere Richtung gibt es aber auch: So können nach einem Beschluss des DFB-Bundestages Profiklubs nunmehr auch als Kapitalgesellschaften am Bundesligaspielbetrieb teilnehmen⁴³, was z. B. Borussia Dortmund dazu veranlasste, die Rechtsform zu ändern⁴⁴.

Aber auch wenn keine großen Gewinne eingespielt werden, kann daraus kaum gefolgert werden, dass die Spieler hierdurch ihren Status als Arbeitnehmer verlieren. Kann sich nämlich die Höhe der Spielergelälter als solche schon nicht auf diese Arbeitnehmerposition auswirken, kann für das Verhältnis von Personalkosten und Gewinn nichts anderes gelten.

Was *Dieckmanns* Argument bezüglich der erfolgsorientierten Vergütung angeht, so hat auch das BAG⁴⁵ dieses Kriterium als Signal für die Selbständigkeit des Beschäftigten erkannt⁴⁶. Das Bundessozialgericht (BSG) hat diese Auffassung dahin konkretisiert, dass die Belastung mit unternehmerischem Risiko (hier den erzielten Siegen bzw. den eingespielten Punkten) nur in dem Fall für eine Selbständigkeit und damit gegen eine Arbeitnehmereigenschaft der beschäftigten Fußballspieler sprechen könnte, wenn diese Risiken zugleich mit einer größeren Eigenverantwortung bei der Ausgestaltung des Arbeitseinsatzes einhergingen⁴⁷.

Dieser Ansicht ist indes auch das BAG gefolgt⁴⁸. Allein die Belastung eines Beschäftigten mit unternehmerischen Risiko vermag nach der demnach zutreffenden Auffassung der Rechtsprechung dessen Selbständigkeit nicht zu begründen.

Auch wenn dem einzelnen Spieler ein gewisses Maß an Eigenverantwortung (gesund leben, im Privatbereich Verletzungen vorbeugen, Trainingsübungen gewissenhaft absolvieren) nicht abzusprechen ist, so ist seine Tätigkeit in der Hauptsache doch fremdbestimmt (Trainingszeiten, Spielansetzungen, Taktikvorgabe durch den Trainer, Sponsorentermine).

Vorzugswürdig ist damit die oben aufgeführte Auffassung, die im wesentlichen auf die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten abstellt⁴⁹, vorzugswürdig.

Folglich spricht die Ausgestaltung der Pflichten des Berufsfußballspielers in ihrer Komplexität dafür, diese als Arbeitnehmer einzuordnen.

⁴³ Vgl. F.A.Z. 1998, Nr. 248, 43.

⁴⁴ Vgl. www.borussia-aktie.de.

⁴⁵ Vgl. BAGE 18, 87, 91.

⁴⁶ Vgl. BAGE 18, 87, 102.

⁴⁷ Vgl. BSG, AP Nr. 29 zu § 611 BGB-Abhängigkeit.

⁴⁸ Vgl. BAG, AP Nr. 90 zu § 611 BGB-Abhängigkeit.

⁴⁹ Vgl. BAG 70, 104, 109.

III. Umgehung des Arbeitnehmerschutzes

Es bleibt jedoch die Frage zu klären, ob der Arbeitnehmerschutz dadurch umgangen werden kann, dass vereinsrechtliche Lösungen (Mitgliedschaft des Spielers im Verein) gewählt werden. So kann unter Umständen die Satzung eines Fußballklubs die Verpflichtung der Mitglieder zu Dienstleistungen vorsehen, was jedoch eine besondere Form der Mitgliedschaftsbeiträge im Sinne des § 58 I Nr. 2 BGB darstellen würde⁵⁰.

Das BAG hat insoweit klargestellt, dass grundsätzlich arbeits- bzw. körperschaftliche⁵¹ Pflichten nebeneinander bestehen können⁵². Bei Vereinen mit wirtschaftlicher Zielsetzung solle die Begründung vereinsrechtlicher Verpflichtung zur Leistung von Arbeit jedoch nicht in Betracht kommen, so dass es sich beim Vorliegen mitgliedschaftlicher und arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in jedem Falle um ein Arbeitsverhältnis handele⁵³.

Ein Lizenzfußballspieler als Vereinsmitglied eines Fußballbundesligisten nimmt nicht nur aufgrund seiner Mitgliedschaft im Verein am Bundesligaspielbetrieb teil, sondern wegen der ausdrücklichen personenrechtlichen Vereinbarung über weitere Fragen wie zum Beispiel die Laufzeit und die Vergütung. Diese beiden beispielhaft genannten Aspekte zeigen, dass die Rechtsbeziehungen zwischen Fußballer und Verein kaum vereinsrechtlicher Natur sind, da eine Vereinsmitgliedschaft typischerweise nicht befristet ist und das Fördern des Vereinszwecks (Teilnahme am Spielbetrieb) selten entlohnt wird.

D. Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen im Berufsfußball

Ausgehend von dieser Regelung im Musterarbeitsvertrag der DFL⁵⁴ stellt sich mit Blick auf die Problematik einer Befristung zunächst die Frage nach den Zulässigkeitsvoraussetzungen befristeter Abreden.

I. Problematik der Befristung von Arbeitsverträgen

Es gibt verschiedene Gesichtspunkte, warum eine Befristung von Arbeitsverträgen problematisch ist.

⁵⁰ Vgl. Kittner/Zwanziger-Kittner, § 5 Rn. 136.

⁵¹ Vgl. Kittner/Zwanziger-Kittner, § 5 Rn. 136.

⁵² Vgl. BAG AP -ArbGG 1979 § 5- Nr. 21.

⁵³ Vgl. BAG AP BGB Nr. 79 zu § 611 Abhängigkeit.

⁵⁴ Vgl. Anhang

1. Kein Kündigungsschutz

Wie gesehen, sind der Rechtsordnung zahlreiche Vorschriften zum Schutz des Arbeitnehmers vor einer Kündigung des Arbeitgebers enthalten.

So muss vor allem im Anwendungsbereich des KSchG gemäß § 1 KSchG ein besonderer Grund für die Kündigung gegeben sein⁵⁵.

In Betracht kommen personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe, § 1 II und III KSchG⁵⁶, der Arbeitgeber kann mithin das Arbeitsverhältnis nicht nach seinem Belieben beenden⁵⁷. Bestimmte Arbeitnehmergruppen unterliegen zudem einem weitergehenden Schutz vor einer Kündigung, so u.a. Schwerbehinderte (§§ 15 ff. SchwbG) oder Wehrdienstleistende (§ 2 ArbPISchG).

Da das KSchG sowie die anderen Kündigungsschutzvorschriften nur bei Kündigungen zur Anwendung kommen, verliert dieser ansonsten zwingende Schutz⁵⁸ seine Wirkung, sobald der Arbeitsvertrag befristet geschlossen wird und somit allein durch Zeitablauf und eben nicht durch Kündigung endet⁵⁹.

2. Beschränkung des Kündigungsrechts

Ein befristeter Arbeitsvertrag kann nur dann ordentlich gekündigt werden, wenn die Vertragsparteien ein Kündigungsrecht explizit vereinbart haben⁶⁰. Von diesem Grundsatz⁶¹, mittlerweile in § 15 III TzBfG kodifiziert, gibt es nur eine Ausnahme. Gemäß § 624 sowie § 15 IV TzBfG kann ein Arbeitnehmer ein Dienstverhältnis, welches für länger als fünf Jahre befristet ist, nach Ablauf der fünf Jahre mit einer Frist von sechs Monaten kündigen⁶². Auch wenn also die Vertragsparteien grundsätzlich frei darin sind, das Kündigungsrecht, sei es durch Verlängerung der Kündigungsfristen oder durch den Abschluß eines befristeten Vertrages, einzuschränken⁶³, ist die ihnen gebotene Vertragsautonomie doch nicht grenzenlos: § 624 setzt der Verlängerung der Kündigungsfrist eine Grenze.

In der Praxis werden Sportarbeitsverträge jedoch befristet unter gleichzeitigem Ausschluß des Rechtes zur ordentlichen Kündigung geschlossen. Eine ordentliche Kündigung ist damit regelmäßig nicht möglich.

⁵⁵ Vgl. Hertzberg, FA 2000, 110; Lieb, Rn. 337

⁵⁶ Vgl. Lieb, Rn. 352ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rn. 4.

⁵⁷ Vgl. Lieb, Rn. 339.

⁵⁸ Vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rn. 7, 10.

⁵⁹ Vgl. Hertzberg, aaO.

⁶⁰ Vgl. Klingmüller/Wichert, SpuRt 2001, 1, 2.

⁶¹ Vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rn. 623.

⁶² Vgl. Staudinger/Preis, § 624 Rn. 7.

⁶³ Vgl. Staudinger/Preis, § 622 Rn. 49.

3. Außerordentliche Kündigung

Im Gegensatz zu § 620 II BGB sowie nach § 15 III TzBfG können befristete Arbeitsverhältnisse nur außerordentlich gekündigt werden⁶⁴. Für eine außerordentliche (zumeist fristlose) Kündigung bedarf es eines wichtigen Grundes⁶⁵ im Sinne des § 626 I BGB, lex specialis zum neuen § 314 BGB⁶⁶.

a) Durch den Arbeitgeber-Verein

Nach ganz herrschender Meinung⁶⁷ ist die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“ durch eine abgestufte Prüfung vorzunehmen, die aus zwei systematisch zu trennenden Prüfungsabschnitten⁶⁸ besteht. Nach dieser doppelten Unzumutbarkeitsprüfung muss es für den Arbeitgeber sowohl unzumutbar sein, das Arbeitsverhältnis überhaupt fortzusetzen, als auch die nächstmögliche reguläre Beendigungsmöglichkeiten abzuwarten. Bei befristeten Arbeitsverträgen der Profifußballer ist die Zumutbarkeit folglich wesentlich von dem vereinbarten Befristungsende abhängig. Oder, anders ausgedrückt, langfristige Verträge machen es dem Verein als Arbeitgeber u.U. einfacher, eine außerordentliche Kündigung auszusprechen. An sich geeignet ist ein Sachverhalt, der eine besonders schwere Vertragsverletzung beinhaltet. Hierfür gibt es diverse Beispiele wie geschäftsschädigende Äußerung⁶⁹, Unpünktlichkeit im Wiederholungsfall⁷⁰ oder Doping⁷¹.

b) Durch den Arbeitnehmer-Sportler

Wie bei jedem anderen Arbeitsverhältnis gibt es auch im Rechtsverhältnis zwischen Verein und Spieler eine Menge von Gründen, die den Arbeitnehmer zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen, so zum Beispiel Nichtzahlung des Gehalts⁷² oder grobe Beleidigung⁷³ durch den Arbeitgeber. Diese Kündigungsgründe sind aber in der Praxis die Seltenheit. Bezüglich der eine

⁶⁴ Vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rn. 622; Stahlhacke/Preis/Vossen, Rn. 204.

⁶⁵ Vgl. Hanau/Adomeit, Rn. 901f.; Löwisch, Rn. 1233ff.

⁶⁶ Vgl. Gotthardt, Rn. 201.

⁶⁷ Vgl. BAG BB 1999, 1166, 1167; Schaub/Linck, § 125 Rn. 43.

⁶⁸ Vgl. BAG BB 1999, 1166, 1167.

⁶⁹ Vgl. BAG DB 1998, 136.

⁷⁰ Vgl. BAG SAE 1992, 116.

⁷¹ Vgl. Teschner, NZA 2001, 1233.

⁷² Vgl. Mü-Ko-Schwerdtner, § 626 Rn. 165.

⁷³ Vgl. Mü-Ko-Schwerdtner, § 626 Rn. 163.

außerordentliche Kündigung rechtfertigende Gründe sollen hier deshalb die besonders in der Praxis relevanten Fallgruppen einer Prüfung unterzogen werden.

aa) Kündigung aufgrund Verletzung der Beschäftigungspflicht

Eine typische Problematik im Bereich des Profifußballs liegt darin, dass ein Spieler darüber unzufrieden ist, dass er vom Verein nicht im Spielbetrieb eingesetzt wird. Dieser Nichteinsatz kann für den einzelnen Spieler weitreichende Konsequenzen haben, so kann er mangels Spielpraxis nicht mehr zur Nationalmannschaft eingeladen werden, was sich auch auf seinen Marktwert⁷⁴ und entsprechende Anschlussverträge auswirken kann. Allerdings muss dazu zunächst eine Beschäftigungspflicht seitens der Vereine bestehen.

Rechtsprechung⁷⁵ und herrschendes Schrifttum⁷⁶ vertreten die Auffassung, dass der Arbeitgeber auch ohne eine ausdrückliche vertragliche Abrede dazu verpflichtet sei, den Arbeitnehmer zu beschäftigen, wobei diesbezüglich überwiegend⁷⁷ auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (basiert auf § 242 BGB) abgestellt worden ist.

Diese Beschäftigungspflicht findet jedoch im Bereich von Profi-Fußballmannschaften Grenzen. So hat sich das BAG⁷⁸ mit der Teilnahme des Spielers am Training auseinandergesetzt und hierzu ausgeführt, dass diese erforderlich sei, um die Leistungsfähigkeit zu erhalten.

In einer anderen Entscheidung⁷⁹ ist vom BAG die Ansicht vertreten worden, dass zwar ein Anspruch auf Trainingsteilnahme bestehe⁸⁰, nicht aber auf tatsächliche Teilnahme am Spielbetrieb. Bei Spielern einer Profimannschaft gäbe es zwangsläufig immer einige, die lediglich nur als Auswechslungsspieler auf der Reservebank Platz nehmen müssten bzw. gar nicht in den Kader berufen würden. Das gebiete der Wunsch nach bestmöglicher Besetzung der Mannschaft und die damit einhergehende Hoffnung auf sportlichen Erfolg. Unabhängig von diesem Interesse des Arbeitgebers am Einsatz der geeignetsten Spieler kann ein Verein aber auch andere Interessen geltend machen, zum Beispiel dem Schutz des Arbeitnehmers vor zu hohem körperlichen Verschleiß oder auch wirtschaftliche Interessen.

⁷⁴ Vgl. zum Marktwert die Angaben zum jeweiligen Spieler unter www.transfermarkt.de.

⁷⁵ Vgl. BAGE 2, 221, 225; 48, 122, 134; BAG AP Nr. 2, 4, 5, 6, 14 zu Beschäftigungspflicht..

⁷⁶ Vgl. Kempff, DB 1976, 2111; Mayer-Maly, BB 1984, 1751, 1755; Otto, RdA 1975, 68, 69; MüKo-Müller Glöge, § 611 Rn. 397.

⁷⁷ Vgl. Mayer-Maly, BB 1984, 1751, 1755; MüKo-Müller Glöge, § 611 Rn. 199 und 397.

⁷⁸ Vgl. BAG in AP Nr. 2 zu § 611 BGB-Berufssport.

⁷⁹ Vgl. BAG in AP Nr. 65 zu § 616 BGB.

⁸⁰ Vgl. ArbG Solingen, AuR 1996, 198 (Fall „Bernd Schuster“: Sein Verein wurde hier per einstweiliger Verfügung verpflichtet, den Spieler am Training teilnehmen zu lassen, nachdem er ihn „bei Fortzahlung seiner Bezüge vom Spiel- und Trainingsbetrieb freigestellt“ hatte).

Somit ist die außerordentliche Kündigung eines Spielers wegen Verstoßes gegen die Beschäftigungspflicht bei Nichteinsatz im Spielbetrieb grundsätzlich unzulässig. Nur in Fällen, in denen ein Spieler entgegen ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen nicht eingesetzt wird oder der Nichteinsatz nicht mit schützenswerten Vereinsinteressen begründet werden kann, die allerdings sehr weit zu fassen sind, kommt ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung in Betracht.

bb) Kündigung wegen Vertragsangebot zu verbesserten finanziellen Konditionen

Die zweite klassische Fallgruppe im Bereich des Lizenzfußballs ist dadurch geprägt, dass ein anderer Verein dem Spieler ein Angebot mit verbesserten finanziellen Konditionen unterbreitet. Fraglich ist, inwiefern derartige anderweitige Vertragsangebote eine außerordentliche Kündigung des Spielers nach § 626 BGB rechtfertigen können.

Grundsätzlich hat die Rechtsprechung⁸¹ in dem Umstand, dass der Arbeitnehmer eine „überaus günstige neue Stellung“ gefunden hat, keinen wichtigen Grund erachtet, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnte. Lediglich in extremen Ausnahmefällen („außergewöhnliche Lebenschance“) käme eine außerordentliche Kündigung in Betracht, da das Festhalten an der vertraglichen Bindung dann „schlechthin unerträglich“ sei⁸².

Im Schrifttum hat sich *Summerer* mit einem speziellen Fall im Bereich des Profifußballs beschäftigt⁸³. Dabei ging es um einen Spieler eines Bundesligaver eins, dem von einem anderen Bundesligaver ein Vertragsangebot mit einem weitaus höheren Jahresgehalt unterbreitet wurde. *Summerer*⁸⁴ sah die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Verein als nicht unzumutbar an. *U. Preis*⁸⁵ ist der Meinung, dass die Grundsätze der Vertragstreue⁸⁶, der Rechtssicherheit und des ultima-ratio-Prinzips auch bei der arbeitnehmerseitigen außerordentlichen Kündigung⁸⁷ wegen der Aussicht auf eine Anstellung mit eindeutig günstigeren finanziellen Bedingungen gelten müssten. Dem Arbeitnehmer sei es daher grundsätzlich zumutbar, sein Arbeitsverhältnis bis zum vorgesehenen Vertragsende fortzusetzen, auch wenn ihm dadurch bessere Arbeitsbedingungen entgehen⁸⁸.

⁸¹ Vgl. BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB-Treuepflicht.

⁸² Vgl. BAG AP Nr. 59 zu § 626 BGB.

⁸³ Vgl. *Summerer*, SpuRt 1995, 264, 265.

⁸⁴ Vgl. *Summerer*, aaO.

⁸⁵ Vgl. *Staudinger/Preis*, § 626 Rn. 239.

⁸⁶ Vgl. dazu auch *U. Preis*, 328, 799.

⁸⁷ Vgl. *U. Preis*, 714.

⁸⁸ Vgl. *Staudinger/Preis*, aaO.

Hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse im Lizenzfußball scheint eine differenzierte Betrachtung vorzugswürdig. Im Ergebnis wird man gerade im Bereich der Lizenzfußballspieler die Gedanken von *U. Preis* aufgreifen und konkretisieren müssen. *Preis* geht davon aus, dass dem Arbeitnehmer „grundsätzlich“ die Fortführung des bestehenden Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann. Von diesem Grundsatz ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen.

Betrachtet man die Situation eines Fußballprofis, so fällt auf, dass er durchschnittlich nur 15 Jahre im Profifußball Geld verdienen kann⁸⁹. Da in den meisten Fällen ein Spieler nach seiner Karriere nur schwer einen Arbeitsplatz, vor allem zu den entsprechenden Konditionen, erhalten wird, hängt die finanzielle Zukunft des Spielers allein an der Tätigkeit während dieses 15-Jahre-Zeitraums. Daraus lässt sich folgern, dass die Bindung über mehrer Jahre besonders dann schwerwiegend sein kann, wenn dem Spieler ein Angebot mit weitaus höheren Bezügen gemacht wird. Allein in der Bundesliga werden Spitzengehälter in Millionenhöhe gezahlt. Dabei werden Spielern Angebote unterbreitet, durch die sie ein Vielfaches des Bisherigen Einkommens erzielen können.

cc) Resultat

Folglich muss ein verbessertes Vertragsangebot, allerdings in eng umgrenzten Ausnahmefällen, eine außerordentliche Kündigung eines Spielers rechtfertigen können. Selbst in derartigen Fällen außergewöhnlicher Lebenschancen mit der Aussicht auf vielfachen Verdienst darf jedoch mit *Preis* nicht übersehen werden, dass es sich beim Mittel der außerordentlichen Kündigung stets nur um die „ultima ratio“⁹⁰, das heißt das letztmögliche Mittel zu einer Konfliktlösung handeln darf. Insofern kann man von dem im Einzelfall betroffenen Spieler erwarten, dass er vor der außerordentlichen Kündigung in Verhandlungen mit seinem bisherigen Verein tritt, um zu klären, ob dieser bereit ist, das Gehalt entsprechend anzupassen. Erst wenn der Verein nicht bereit sein sollte, das Gehalt zu adaptieren, würde dem Spieler dann das Mittel der außerordentlichen Kündigung offen stehen.

4. Zwischenergebnis

Trotz der in engen Grenzen möglichen außerordentlichen Kündigung bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass die befristete vertragliche Bindung eine Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitnehmers bedeutet.

⁸⁹ Vgl. Schamberger, SpuRt 2002, 228, 232.

⁹⁰ Vgl. zum ultima-ratio-Prinzip Lieb, Rn. 340.

II. Rechtfertigung durch sachlichen Grund für Verträge bis zum 31.12.2000

Da die Kündigungsschutzvorschriften nicht auf befristete Arbeitsverträge anwendbar sind, differiert der soziale Schutz der Spieler-Arbeitnehmer bei befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen.

1. Befristung als Umgehung des Kündigungsschutzes

Nach der ständigen BAG-Rechtsprechung seit dem Beschluss vom 12.10.1960⁹¹ verlangen die zwingenden Kündigungsschutzvorschriften, dass befristete Arbeitsverträge darauf geprüft werden, ob sie nicht eine Umgehung dieses Schutzes darstellen bzw. intendieren⁹². Diese Rechtsprechung hat ihren Ursprung in dem verfassungsrechtlich aus Art. 12 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip gebotenen Bestandsschutz, der durch die gesetzlichen Vorschriften sichergestellt wird⁹³ und objektiv (d.h. auf Vorsatz kommt es nicht an⁹⁴) nicht durch Befristungen umgangen werden darf. Deshalb ist eine Befristungsvereinbarung unwirksam, wenn der durch die Kündigungsschutzvorschriften gewährleistete Bestandsschutz vereitelt wird, es sei denn, für die Befristung besteht ein sachlicher Grund⁹⁵.

2. Zulässigkeit der Befristung

Die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge folgt grundsätzlich aus § 620 I. Sie ergibt sich des Weiteren aus § 14 des TzBfG (Gesetz über Teilzeit und befristete Arbeitsverträge vom 1.1.2001).

Anders als das bis dahin gültige Beschäftigungsförderungsgesetz verlangt das TzBfG für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Befristungsabrede das Vorliegen eines sachlichen Grundes, vgl. § 14 TzBfG.

Unabhängig vom Vorliegen eines sachlichen Grundes ist eine einmalige Befristung bis zu einer Höchstdauer von zwei Jahren zulässig, vgl. § 14 II TzBfG.

⁹¹ Vgl. BAG GS, EzA -§ 620 BGB- Nr. 2.

⁹² Vgl. Hertzberg, aaO; MünchArbR/Wank, § 116, Rn. 11 ff.

⁹³ Vgl. BVerfG, EzA Art. 13 EinigungsV Nr.1.

⁹⁴ Vgl. BAG GS, EzA § 620 BGB Nr. 2.

⁹⁵ Vgl. ständige Rspr. seit BAG GS, EzA -§ 620 BGB- Nr.2.

a) Sachgrund als Voraussetzung

Spätestens indem der Gesetzgeber nun die vom BAG entwickelten Grundsätze⁹⁶ der Sachgrundbefristung mit dem TzBfG in gesetzliche Formen gegossen hat, ist der Sachgrund⁹⁷ unablässliche Voraussetzung für eine zulässige Befristung⁹⁸.

b) Wunsch des Arbeitnehmers

Zu einem solchen Sachgrund für befristete Arbeitsverträge gehört der ausdrücklich geäußerte Wunsch des Arbeitnehmers oder das aufgrund objektiver Anhaltspunkte zu schließende Interesse des Arbeitnehmers an der Befristung anstelle eines unbefristeten Vertrages⁹⁹ (Diesselben Maßstäbe gelten nach neuester BAG-Rechtsprechung auch bei einer vertraglich vereinbarten auflösenden Bedingung anstelle der Befristung oder zusätzlich zu einer solchen Befristung¹⁰⁰).

c) Interesse des Arbeitgebers

Dieses Interesse betrifft im Berufsfußball zuallererst die Bereiche der betriebsbedingten oder personenbedingten Befristung.

Eine betriebsbedingte Befristung könnte zum Beispiel vorliegen, wenn ein Verein den einen Mannschaftsteil (etwa den Sturm bzw. Offensive) auf Kosten eines anderen Mannschaftsteiles (etwa die Abwehr bzw. Defensive) verstärken will. Eine personenbedingte Befristung wäre darin zu sehen, dass ein Spieler bei Aufstieg in eine höhere Liga die geforderte Leistung nicht mehr erbringt. Der allgemeine Hinweis auf die Üblichkeit der Befristung von Verträgen im Profifußball versagt, da man von der Üblichkeit der Vertragsgestaltung nicht zwangsläufig auf deren Zulässigkeit schließen kann¹⁰¹.

Teilweise wird mit der „besonderen Natur der zu erbringenden Arbeitsleistung“¹⁰² argumentiert, wenn es um die Rechtfertigung der Befristungsabreden geht.

Diese Meinung übersieht jedoch den Ursprung dieses vom BAG entwickelten Befristungsgrundes. Entwickelt wurde diese Lehre für öffentlich-rechtliche Rundfunk- und Theateranstalten unter

⁹⁶ Vgl. BAG-Rechtspr. seit BAG GS, EzA -§ 620 BGB- Nr.2; BVerfG NZA 2000, 653, 655

⁹⁷ Vgl. dazu auch Aufzählung von Sachgründen bei U.Preis, 763.

⁹⁸ Vgl. Kliemt, NZA 2001, 296, 297.

⁹⁹ Vgl. BAG AP -§ 1 BeschFG 1996- Nr. 13.

¹⁰⁰ Vgl. BAG FA 2003, 62 (Kurzwiedergabe).

¹⁰¹ Vgl. Staudinger/Preis, § 620 Rn. 73; MünchArbR/Wank, § 116 Rn. 11; Schamberger, SpuRt 2002, 228, 230.

¹⁰² Vgl. Imping, 114 f.; Klingmüller/Wichert, SpuRt 2001, 1f.

Hinweis auf die Artikel 5 I und III G¹⁰³. Der Sport ist hingegen im privat-wirtschaftlichen Bereich nicht vom ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Schutz umfasst¹⁰⁴, da die einzig in Betracht kommende Vereinigungsfreiheit (Sport als solcher ist im Gegensatz zu vielen Verfassungen der Nachbarstaaten nicht im GG aufgenommen) hier nicht tangiert ist. Insoweit sind die privatrechtlichen Beziehungen eines Vereins zu anderen Privatrechtssubjekten analog den Beziehungen zwischen natürlichen Personen zu bewerten¹⁰⁵, da dem gemeinsam verfolgten Vereinszweck kein weitergehender Schutz zuteil wird als einem individuell verfolgten Zweck¹⁰⁶. Die *allgemeine* Unsicherheit über den Arbeitskräftebedarf reicht ebenfalls nicht hin¹⁰⁷. Vielmehr ist eine Prognose zu erstellen, der *konkrete* Anhaltspunkte zugrunde liegen¹⁰⁸. Die Prognose ist dabei Teil des Sachgrundes¹⁰⁹.

d) Zwischenergebnis

Rechtfertigen lässt sich eine Befristung somit nur mit personen- bzw. betriebsbedingten Gründen, die jedoch schon bei Abschluss eines Vertrages gegeben sein müssen¹¹⁰, da der Arbeitgeber die Unsicherheit hierüber nicht auf seine Arbeitnehmer abladen darf¹¹¹.

Die oben angesprochenen und in der Praxis angewandten Befristungsgründe hinsichtlich der (Nicht-)Erbringung der erwarteten sportlichen Leistung bzw. der Erforderlichkeit einer taktischen Umstellung innerhalb der Mannschaft sind jedoch einer Prognose gerade nicht zugänglich und somit höchst problematisch.

III. Rechtfertigung durch sachlichen Grund für Verträge ab dem 1.1.2001

Etwas anderes gilt nun für die nach dem Inkrafttreten des TzBfG geschlossenen Verträge. Im Katalog des § 14 I Nr. 4 TzBfG ist die „Eigenart der Arbeitsleistung“ explizit aufgeführt. § 14 I Nr. 4 TzBfG bezieht sich nach der Intention des Gesetzgebers¹¹² auf das von der BAG-Rechtsprechung im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit des Art. 5 I GG abgeleitete Recht der Rundfunkanstalten,

¹⁰³ Vgl. Kliemt, 298.

¹⁰⁴ Vgl. Praxishandbuch Sportrecht, Fritzweiler 1/4.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG NJW 1996, 1203.

¹⁰⁶ Vgl. BGH SpuRt 2000, 19, 21; BVerfGE 54, 237, 251.

¹⁰⁷ Vgl. BAG AP -§ 1 BeschFG 1996- Nr. 13

¹⁰⁸ Vgl. BAG, aaO.

¹⁰⁹ Vgl. BAG EzA -BGB § 620- Nr. 166.

¹¹⁰ Vgl. Schamberger, SpuRt 2002, 228, 230.

¹¹¹ Vgl. MünchArbR/Wank, § 116 Rn. 76; BAG AP -§ 1BeschFG 1996- Nr. 13.

¹¹² Vgl. BT-Dr. 14/4374, 19.

programmgestaltende Mitarbeiter aus Gründen der Programmplanung lediglich für eine bestimmte Zeit zu beschäftigen¹¹³.

Ebenso wurde mit der Freiheit der Kunst gemäß Art. 5 III GG das Recht der Bühnen begründet, entsprechend dem vom Intendanten verfolgten künstlerischen Konzept Arbeitsverträge mit Künstlern wie zum Beispiel Schauspielern, Sängern oder Tänzern jeweils befristet abzuschließen¹¹⁴. Auf den Befristungsgrund der „Eigenart der Arbeitsleistung“ können sich auf Grund der gesetzlichen Fixierung nunmehr auch solche Arbeitgeber berufen, die bislang nicht zum grundrechtlich besonders geschützten Kreis gehörten. Befristete Arbeitsverhältnisse wären demnach auch im Profifußball nun ohne Probleme zulässig, soweit sich die Befristung mit der sogenannten „Eigenart der Arbeitsleistung“ rechtfertigen ließe.

Entscheidend stellt sich also die Frage, welcher sachliche Grund auf die eine Befristung der Spieler- bzw. Trainerverträge rechtfertigende „Eigenart der Arbeitsleistung“ schließen lässt.

Der Begriff sachlicher Grund scheint zunächst dafür zu sprechen, dass insofern zu prüfen ist, ob ein bestimmter Umstand vorliegt, der die Befristung rechtfertigt. Vom BAG¹¹⁵ ist jedoch bereits früh darauf abgestellt worden, ob ein verständiger Arbeitgeber „bei der Prüfung aller Umstände“ den Arbeitsvertrag befristet abgeschlossen hätte¹¹⁶. Daraus lässt sich schließen, dass das Vorliegen eines sachlichen Grundes endlich nicht nach einem einzelnen Umstand, sondern vielmehr nach einem bestimmten Zustand zu bemessen ist¹¹⁷.

In Lehre und Rechtsprechung sind viele Typen sachlich gerechtfertigter Befristungen entwickelt worden. Vorliegend sollen (nur) die drei bedeutendsten Meinungen verprobt werden.

1. Besonderheiten des Ligawettbewerbs

Eine Meinung¹¹⁸ argumentiert mit den Besonderheiten des Ligawettbewerbs, insbesondere mit der Ungewissheit der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit aufgrund Auf- und Abstiegs (sportliche Qualifikation für die Bundesliga) bzw. der Lizenzerteilung (wirtschaftliche und technische Qualifikation für die Bundesliga).

¹¹³ Vgl. BAG NZA 1993, 354, 355f.

¹¹⁴ Vgl. Kliemt, 298.

¹¹⁵ Vgl. BAGE 2, 6, 8f.

¹¹⁶ Vgl. BAG, aaO.

¹¹⁷ Vgl. auch BAGE 37, 305, 315; 36, 229, 232; 36, 171, 175.

¹¹⁸ Vgl. Buchner in AR-Blattei (D) Sport II, Gldpkt. C II 6 a;

Grunsky in: Das Recht des Fußballspielers, 50, 56; Börner, 133; Sutter, 255; Poschenrieder, 222.

a) Argumentation

*Buchner*¹¹⁹ ist der Auffassung, dass sich die sachliche Rechtfertigung für Befristungen im Bereich des Lizenzfußballs auf ein oder mehrere Spieljahre aus den „Besonderheiten des Ligawettbewerbs“ ergebe. Diese bestünden darin, dass zu jeder neuen Saison vom Verein die Grundlage für die Teilnahme am Bundesligawettbewerb neu überprüft und gegenüber dem DFB dargelegt werden muss. *Grunsky*¹²⁰ und *Börner*¹²¹ sehen eine Rechtfertigung der Befristung darin, dass sich wirtschaftliche Bedürfnisse und Möglichkeiten des Vereines kurzfristig durch einen Auf- oder Abstieg verändern können und nicht vorhersehbar sind. Auch von *Sutter*¹²² ist ein schutzwertes Interesse des arbeitgebenden Vereins bejaht worden, sich nach Abschluss einer Meisterschaft der neuen Sachlage in finanzieller und sportlicher Hinsicht zu stellen, während sich *Poschenrieder*¹²³ unter Berufung auf „das Risiko des sportlichen Erfolges“ dem Tenor dieser Meinungsgruppe anschließt.

b) Kritik

Fraglich ist, ob diese Auffassung zu überzeugen vermag.

Dafür könnte zunächst ein aktuelles Urteil des BAG¹²⁴ sprechen, dass sich mit der Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung eines Trainervertrages befasst, wobei festzustellen ist, dass dieselben Maßstäbe wie bei der Befristung auch bei einer vertraglich vereinbarten auflösenden Bedingung anstelle der Befristung oder auch zusätzlich zu der Befristung gelten¹²⁵.

Im gegebenen Fall hatte der Klub nach Lizenzentzug und damit verbundenem Zwangsabstieg eine Vertragsklausel so ausgelegt wissen wollen, dass das Vertragsverhältnis zum Trainer unter diesen Umständen automatisch endete¹²⁶.

Grundsätzlich hat das BAG hier das Interesse des Vereins an der Auflösung als sachlichen Grund anerkannt¹²⁷.

¹¹⁹ Vgl. Buchner in AR-Blattei (D) Sport II, Gldpkt. C II 6 a.

¹²⁰ Vgl. Grunsky in: Das Recht des Fußballspielers, 50, 56.

¹²¹ Vgl. Börner, 133.

¹²² Vgl. Sutter, 255.

¹²³ Vgl. Poschenrieder, 222.

¹²⁴ Vgl. BAG FA 2003, 62 (Kurzwiedergabe).

¹²⁵ Vgl. BAG FA 2003, 62 (Kurzwiedergabe).

¹²⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 4. Dezember 2002, AZ: 7 AZR 492/01.

¹²⁷ Vgl. BAG, aaO.

Anhaltspunkte waren hier das Renomee des Trainers im Vergleich zu einer Tätigkeit in den niederen Regionen des Berufsfußballs wie Regionalliga oder Oberliga sowie eventuell zu reduzierende Bezüge für eine Tätigkeit nach einem Zwangsabstieg¹²⁸.

Im verhandelten Fall fehlte es jedoch an ausreichender Begründung der sachlichen Rechtfertigung, so dass das BAG die Revision des Trainers als begründet erachtete¹²⁹.

Dabei wurde in dem Urteil der Lizenzentzug zwar zum Gegenstand eines sachlichen Grundes gemacht, aber eben nicht als solcher anerkannt. Zusätzlich kam es vielmehr auf die Verhältnisse des Trainers an, so dass die Ungewissheit der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit allein kein zuverlässiges Kriterium darstellt.

Dementsprechend hat das BAG auch in vorangegangenen Entscheidungen stetig betont¹³⁰, dass ein verantwortungsvoller Arbeitgeber im Falle der Ungewissheit über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit schließe und dann später gegebenenfalls kündige.

Ein eventuelles Risiko des Abstiegs kann der Klub zwar nur mittelbar beeinflussen („Geld schießt keine Tore“), aber er kann durch entsprechende Maßnahmen (z. B. Aufbau eines ausgeglichenen und angemessenen Gehaltsgefüges) dafür Sorge tragen, dass der Spieler auch bei Abstieg weiter bezahlt wird.

Nun könnte man zwar erwägen, dass schließlich auch der Spieler ein Interesse am Verbleib in einer höheren Liga hat. Dies mag für ihn vielleicht die außerordentliche Kündigung rechtfertigen, die Befristung seitens des Arbeitgeber-Vereins rechtfertigt es aber nicht.

c) Ergebnis

Der Klub darf das Risiko des sportlichen und damit wirtschaftlichen Misserfolgs nicht ohne weiteres auf den Spieler abwälzen. Die Ungewissheit über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mag ein Indiz für ein berechtigtes Befristungsinteresse des Arbeitgebers sein, als Zulässigkeitskriterium allein überzeugt es (nach wie vor) nicht.

¹²⁸ Vgl. BAG, aaO.

¹²⁹ Vgl. auch BAG EzA-SD 2002, Nr. 26, 3 (Kurzwiedergabe).

¹³⁰ Vgl. BAGE 37, 283, 297; BAGE 37, 305, 319.

2. Flexibilitätsbedürfnis

Das Flexibilitätserfordernis wird häufig als sachlicher Grund für eine Befristung im Berufsfußball angeführt¹³¹.

Dabei wird in erster Linie die Parallele zum Bühnenbereich („arbeitsrechtliche Verzahnung zwischen Schauspieler und Fußballer“¹³²) bzw. zu programmgestaltenden Mitarbeitern in Funk und Fernsehen gezogen¹³³.

Ob dieser Vergleich der Berufssparten „Profifußballer“ und „Bühnenkünstler“ bzw. „programmgestaltender Mitarbeiter“ auf die „Eigenart der Arbeitsleistung“ im Sinne des § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG schließen lässt, wird jedoch uneinheitlich beantwortet.

a) Argumentation

Schamberger sieht in der Tätigkeit eines Fußballspielers eine Reihe von Parallelen zu der Tätigkeit eines Theaterdarstellers bzw. eines programmgestaltenden Mitarbeiters¹³⁴.

So müsse einen Fußballverein respektive der Trainer ebenso wie ein Intendant die Möglichkeit haben, nach einer bestimmten Zeit seine Akteure auszutauschen. *Schamberger* weist darauf hin, dass ein Theaterintendant zum Beispiel ein neues Stück inszenieren, ein Fußballtrainer eine neue Mannschaft formen müsse¹³⁵.

Des Weiteren zeige sich häufig erst nach geraumer Zeit, ob bestimmte Spieler gut oder gar nicht harmonieren¹³⁶.

Im Bereich des Rundfunks könne sich ein Intendant von seinen programmgestaltenden Mitarbeitern lösen, um neue Akzente im Programm zu setzen¹³⁷. Genauso müsse auch ein Fußballtrainer und mithin der arbeitgebende Verein die Möglichkeit haben Spieler auszuwechseln, sobald diese nicht mehr in das taktische Konzept passen.

Im Ergebnis kommt *Schamberger* dazu, dass die „Eigenart der Arbeitsleistung“ gem. § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG den Abschluss befristeter Arbeitsverträge im Berufsfußball zumindest grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.

¹³¹ Vgl. *Schamberger*, SpuRt 2002, 228, 230; KR/Lipke, § 620 BGB, Rn. 194; Mü-Ko-Schwerdtner, § 620 Rn. 93f.; Hilpert, RdA 1997, 92, 98; Brömmekamp, 65; Koch, BB 1978, 1218, 1222; Keyser, 324; Wiedemann in Lange-FS, 395, 408.

¹³² Vgl. Mü-Ko-Schwerdtner, § 620 Rn. 93f.

¹³³ Vgl. *Schamberger*, aaO.

¹³⁴ Vgl. *Schamberger*, aaO.

¹³⁵ Vgl. *Schamberger*, aaO.

¹³⁶ Vgl. *Schamberger*, aaO.

¹³⁷ Vgl. *Schamberger*, aaO.

*Schwerdtner*¹³⁸ beruft sich darauf, dass im (mit dem Fußball zu vergleichenden) künstlerischen Bereich ein erhöhtes Bedürfnis an Flexibilität vorliege.

Den Gedanken vom Abwechslungsbedürfnis hat *Wiedemann*¹³⁹ mit dem Begriff „Verschleiß“ umschrieben. Er geht dabei weniger vom taktischen Konzept, als vielmehr von den Erwartungen des Publikums aus, nähert sich der Problematik also von einem anderen Blickwinkel aus. Es sei wichtig, dass das Angebot durch einen stetigen Personalwechsel aufgefrischt werde, um für das Publikum ansprechend zu bleiben. Diesen Begriff vom „Verschleiß“ hat auch *Koch*¹⁴⁰ gebraucht, der damit auf die nachlassende Attraktivität bei Künstlern anspielt.

*Brömmekamp*¹⁴¹ ist der Meinung, dass eine Gleichsetzung von Künstlern und Sportlern in bezug auf das Abwechslungsbedürfnis des Publikums geboten sei, da die Fußballbundesliga gerade von ihrem Transfermarkt, den ständigen Wechselsgeschäften, Star- und auch Fehleinkäufen lebe. Diesen Abwechslungsbedarf der Vereinsanhänger sehen auch *Hilpert*¹⁴² und *Keyser*¹⁴³.

b) Kritik

Auch dieser Ansatz ist Kritik ausgesetzt.

So führt zum Beispiel *Palenberg*¹⁴⁴ an, dass eine Personalpolitik, die auf Flexibilität abstellt, unter Umständen nicht mehr als im Interesse eines verständigen Arbeitgebers liegend bezeichnet werden könnte. Hierbei beruft er sich auf die Differenzierung des BAG für den Bühnenbereich zwischen Chormitgliedern und Solisten¹⁴⁵. Das BAG hatte befristete Arbeitsverträge bei Chormitgliedern als sachlich nicht gerechtfertigt angesehen, weil der Chor aus einer gut eingespielten Besetzung zu bestehen habe. Ein Einspielen und damit steigende Qualität der Darbietung sei nur bei dauerhaftem Engagement zu erreichen. Dieser Gedanke lässt sich auf den Bereich des Mannschaftssports und damit den Fußballsport übertragen, wo es auch auf mannschaftliche Geschlossenheit ankommt. Ein häufiger Wechsel könnte einem im Sport so imminent wichtigen Teamgeist abträglich sein.

Während *Falkenberg* den sachlichen Grund des Abwechslungsbedürfnisses im Künstlerbereich ganz generell abgelehnt hat¹⁴⁶, geht *Hausch*¹⁴⁷ hinsichtlich der Parallele zum Fußballsport ins Detail.

¹³⁸ Vgl. Mü-Ko-Schwerdtner, § 620 Rn. 93f.

¹³⁹ Vgl. Wiedemann, aaO.

¹⁴⁰ Vgl. Koch, BB 1978, 1218, 1222.

¹⁴¹ Vgl. Brömmekamp, 65.

¹⁴² Vgl. Hilpert, RdA 1997, 92, 98.

¹⁴³ Vgl. Keyser, 324.

¹⁴⁴ Vgl. Palenberg, Anmerkung zu BAG AP Nr. 36 zu § 620 BGB-Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁴⁵ Vgl. BAG AP Nr. 34 zu § 620 BGB-Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁴⁶ Vgl. Falkenberg, DB 1971, 430, 432.

¹⁴⁷ Vgl. Hausch, SpuRt 2003, 103 ff.

Aufgrund von Programmgestaltung und Inszenierung sei zwar eine Veränderungsmöglichkeit im Bühnenbereich vom vorhandenen Personal abhängig, sodass sich ein Interesse der Bühnenarbeitgeber an einer diesbezüglichen Flexibilität ergebe¹⁴⁸. Demgegenüber sei ein Fußballspiel aber nicht inszeniert, sondern leben von der eigenen Dynamik des sportlichen Wettkampfs¹⁴⁹. So werde das Abwechslungsbedürfnis des Publikums zum einen durch den ungewissen Spielausgang befriedigt, andererseits ergebe sich eine nicht unwesentliche Abwechslung aus dem (durch den Spielplan bzw. den Auf- und Abstieg der einzelnen Teams) ständigen Wechsel der gegnerischen Mannschaften¹⁵⁰.

Auch das Interesse des Publikums an neuen Gesichtern entspreche zwar der Theaterwirklichkeit, nicht jedoch der Realität im Profifußball¹⁵¹. Wollten Theaterzuschauer häufig verschiedene Akteure in einer Theatersaison bewundern, hänge der Fußballfan an dem einzelnen Spieler. Es finde eine Identifikationen der Anhänger mit ihrem Verein statt, die sich zwangsläufig über die für den Verein antretenden Spieler vollziehe. Die Zuschauer eines Fußballspiels haben demnach ein begründetes Interesse an der Beibehaltung vertrauter Gesichter. *Hausch* führt weiter an, dass ein Spielerwechsel eines besonders beliebten Profis regelmäßig ausschließlich dem finanziellen Interesse des Spielers und eben nicht dem Wunsch des Publikums entspreche¹⁵².

Zu berücksichtigen sei ferner, dass das Publikum nicht Vertragspartner sei. Es kommen für die Frage der Zulässigkeit von Befristung jedoch allein auf die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Parteien des Arbeitsvertrages (Fußballklub und Spieler) an¹⁵³. Interessen Dritter (Zuschauer) könnten nur dann zu beachten sein, wenn diese sich mittelbar auf die Interessen der Vertragsparteien auswirkten¹⁵⁴. Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten sei dem Fußballklub insbesondere an einer sportlich erfolgreichen Mannschaft gelegen, da die Höhe der Einnahmen des Klubs letztlich in der Hauptsache von der sportlichen Qualität des Mannschaft und damit ihrer Wettbewerbsfähigkeit abhängig sei¹⁵⁵. Ein Austausch von Spielern richte sich demnach in den allermeisten Fällen ausschließlich nach sportlichen Gesichtspunkten.

Das taktische Konzept betreffend weist *Hausch* darauf hin, dass dieses nicht die Befristung sämtlicher Spielerverträge zu rechtfertigen vermöge. Hinsichtlich der Feldspieler könne zwar zum Beispiel die Befristung eines gelernten Liberos damit zu rechtfertigen versucht werden, dass der Verein unter Umständen in der Zukunft das Spiel lieber mit einer Viererabwehrkette bestreiten

¹⁴⁸ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁴⁹ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁵⁰ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁵¹ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁵² Vgl. Hausch, aaO.

¹⁵³ Vgl. Staudinger/Preis, § 620 Rn. 13; BAG NJW 1982, 1475.

¹⁵⁴ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁵⁵ Vgl. Hausch, aaO.

möchte¹⁵⁶. Dabei würde aber übersehen, dass die allermeisten Spieler zumindest in dem von ihnen bekleideten Mannschaftsteil (Abwehr, Mittelfeld, Angriff) vielseitig einsetzbar seien. Dies sei jedoch stets im Einzelfall zu beurteilen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde¹⁵⁷.

c) Ergebnis

Die den Verschleiß- bzw. Flexibilitätstatbestand ablehnende Auffassung verdient den Vorzug.

Bühnen- und Rundfunkprogramm lassen sich zwar vergleichen, hinsichtlich des Abwechslungsbedürfnis bestehen aber doch große Unterschiede.

Ein Fußballspiel dauert zwar stets 90 Minuten, der Ablauf ist aber immer anders. Genau darin liegt die Faszination des Sports bzw. des Fußballsports im speziellen. Ein Theaterbesucher, der sich zum Beispiel das Schauspiel „Götz von Berlichingen“ von Goethe ansehen will, weiß genau, wie der Ablauf ist bzw. kann sich anhand von Literatur informieren. Er weiß, wie das Stück ausgeht. Insofern hängt der Erfolg des Theaters, ebenso wie der von Funk und Fernsehen, stark von dem Wechsel an Darstellern ab. Jeder Schauspieler interpretiert eine Rolle anders. Nun ist zuzugeben, dass das Publikum bestimmte Schauspieler ganz besonders ins Herz schließen kann. Hier geht es aber gerade um den Vergleich mit dem Fall, dass das Publikum Abwechslung will.

Ein Bühnenensemble ist über einen längeren Zeitraum identisch, während beim Fußball jede zweite Woche ein anderes Ensemble, nämlich die entsprechende Auswärtsmannschaft, im Stadion gastiert. Insbesondere identifizieren sich Fußballanhänger im allgemeinen ganz anders mit der Mannschaft, als zum Beispiel die Theaterzuschauer mit dem Bühnenensemble. Das Austauschargument widerspricht damit dem Identifikationsgedanken ganz erheblich.

Natürlich kann ein Spieler auch nicht in das taktische Korsett bzw. Konzept der Mannschaft hineinpassen oder von Mannschaft und Fans abgelehnt werden. Dies stellt sich jedoch regelmäßig nach einer Saisonhälfte („Probezeit“ von sechs Monaten) heraus, so dass eine Befristung hier gar nicht nötig erscheint.

Darüber hinaus bedarf dies stets der Einzelfallbetrachtung und ist daher als generelles Kriterium unbrauchbar.

¹⁵⁶ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁵⁷ Vgl. Hausch, aaO.

3. Nachlassende Leistungsfähigkeit

Ein die Befristung rechtfertigender Sachgrund könnte nach einer Literaturmeinung¹⁵⁸ die nachlassende Leistungsfähigkeit der Spieler sein und damit die „Eigenart der Arbeitsleistung“ begründen.

a) Argumentation

Die besondere „Eigenart der Arbeitsleistung“ liegt *Hausch* zufolge darin, dass ein Spieler seine Tätigkeit aufgrund nachlassender Leistungsfähigkeit nicht dauerhaft auf gleich bleibenden Niveau erbringen kann¹⁵⁹. Besonders mit fortgeschrittenem Alter des Profifußballers sei davon auszugehen, dass sein körperlicher Zustand nicht mehr den Anforderungen des Profisports genüge. Auch bei jüngeren Spielern könne das Leistungsniveau aufgrund der hohen körperlichen Beanspruchung innerhalb eines kurzen Zeitraums deutlich nachlassen¹⁶⁰. Heute noch ein Spitzenspieler, könne der selbe Akteur morgen schon Sportinvalide sein¹⁶¹. Auch ein rasches Absinken der sportlichen Leistungsfähigkeit des einzelnen Spielers sei zu besorgen¹⁶². Die Möglichkeit, die Arbeitsverträge zu befristen, biete somit dem Fußballverein die Option, die Leistungsfähigkeit des Spielers zu kontrollieren und dann zu entscheiden, ob der Spieler einen neuen Vertrag erhält¹⁶³.

b) Kritik

Die Kritik an dieser Auffassung geht vor allem dahin, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch mittels der Kündigung möglich sei. Das KSchG gewähre zwar Kündigungsschutz, es garantiere jedoch nicht den Erhalt der Arbeitsstelle bei nachlassender Leistungsfähigkeit. Diese kann nach der BAG-Rechtsprechung aber einen Kündigungsgrund im Sinne des § 1 II 1 KSchG begründen¹⁶⁴. Dem wird in erster Linie entgegengehalten, dass eine evidente Feststellung der Ungeeignetheit schwierig sei¹⁶⁵: In einem etwaigen Rechtsstreit stehe der Arbeitgeber-Verein in der Pflicht, genau die Taten und Tatsachen vorzubringen, denen sich das Maß des Leistungsabfalls des einzelnen Fußballprofis entnehmen ließe¹⁶⁶ (Vgl. auch § 1 II 4

¹⁵⁸ Vgl. Hausch, SpuRt 2003, 103, 104; Klatt, 128f.; Westermann, in Sport als Arbeit, 35, 38; Börner, 133.

¹⁵⁹ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁶⁰ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁶¹ Vgl. auch Klatt, 128.

¹⁶² Vgl. Börner, 133.

¹⁶³ Vgl. Hausch, aaO.

¹⁶⁴ Vgl. BAG NZA 1995, 1100; BAG NZA 1992, 1073; BAGE 3, 155f.

¹⁶⁵ Vgl. Wiedemann in Lange-FS, 395, 407.

¹⁶⁶ Vgl. Hausch, aaO.

KSchG). Dabei müsste das leistungsfähige Defizit nicht nur pauschal behauptet, sondern vielmehr objektiv nachvollziehbar dargelegt werden. *Hausch* ist der Auffassung, dass die Leistungen der einzelnen Vertragsspieler wegen der Komplexität des Profifußballs einer umfassenden Bewertung anhand objektiver Merkmale entzogen seien¹⁶⁷. Die Leistung eines Fußballspielers lasse sich nicht quantitativ wie etwa die eines Leichtathleten messen¹⁶⁸. Somit könne das Interesse des Klubs, sich von einem Spieler zu trennen, der nach der Ansicht des Vereins den Anforderungen des Lizenzfußballs nicht mehr genüge, mangels objektiv nachweisbarer Umstände mit dem Mittel der Kündigung in aller Regel nicht verwirklicht werden. Bei dieser Prüfung komme es darüber hinaus nicht ausschließlich auf die Arbeitgeberinteressen an. Auch die sozialen Belangen des Spielerarbeitnehmers müssten berücksichtigt werden¹⁶⁹. So könne allein das Interesse eines Arbeitgebers, sich von einem Arbeitnehmer zu trennen, ohne dieses anhand objektiver Gesichtspunkte nachweisen zu müssen, an sich nicht die Wirksamkeit von Befristungsabreden begründen. Bei den Verträgen gehe es aber längst nicht nur darum, den objektiven Nachweis obsolet werden zu lassen. Es gehe vielmehr darum, das objektive Nachweise regelmäßig nichts zu erbringen seien¹⁷⁰. So sei daher nicht zu prüfen, ob ein Spieler irgendwann nicht mehr geeignet sei, da ein entsprechendes Leistungsabfall mit hohem Alter zwangsläufig folge, sondern nur ab welchem Zeitpunkt diese mangelnde Eignung gegeben sei. Da diese mangelnde Eignung regelmäßig nicht anhand objektiver Gesichtspunkte zu beweisen sei, bleibe diese Bemessung stets rein subjektiver Natur.

Hausch weist zudem darauf hin, dass die Spielern im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern einen weitaus höheren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg ihres Arbeitgebers haben¹⁷¹.

Diese besonderen Umstände rechtfertigen es seiner Meinung nach, die Interessenabwägung zugunsten des Fußballvereins vorzunehmen und damit das Vorliegen der „Eigenart der Arbeitsleistung“ eines Fußballprofis wegen der nachlassenden Leistungsfähigkeit zu bejahen¹⁷².

c) Ergebnis

Auch der Ansatz von *Hausch* unter Berufung auf die nachlassende Leistungsfähigkeit des einzelnen Spielers hat Schwächen.

¹⁶⁷ Vgl. *Hausch*, aaO.

¹⁶⁸ Vgl. *Hausch*, aaO.

¹⁶⁹ Vgl. *Hausch*, aaO.

¹⁷⁰ Vgl. *Hausch*, aaO.

¹⁷¹ Vgl. *Hausch*, SpuRt 2003, 103, 105.

¹⁷² Vgl. auch Börner, 133; Klatt, 128f.; Westermann, Sport als Arbeit, 35, 38; ähnliche BAG-Rechtsprechung: BAG NZA 2000, 102; BAG NZA 1999, 646; BAG SpuRt 1996, 21; BAG v. 25.1.1973, AP Nr. 37 zu § 620 BGB.

Hausch führt an, man könne die Leistung eines Fußballers nicht wie bei einem Leichtathleten quantitativ messen¹⁷³. Das trifft nur bedingt zu.

Ein Stürmer eines Fußballvereins wird in erster Linie dafür bezahlt, Tore zu schießen. Nun kann man anführen, dass seine Torausbeute maßgeblich von den Vorlagen der Mittelfeldspieler abhängt. Ohne eine gute Vorlage „verhungert“ der Angreifer, kann demzufolge nicht erfolgreich sein. Mittlerweile gibt es jedoch gut geführte Statistiken, die die Chancenauswertung, das heißt die Torausbeute im Verhältnis zur Anzahl der Vorlagen ermitteln. Schießt ein Spieler also in einem Bundesligaspiel ein Tor bei vier Vorlagen, so hat er für das Tor vier Versuche benötigt, seine Chancenausbeute liegt damit prozentual bei 25 %.

Damit wäre er somit sogar besser zu bewerten, als ein Spieler, der für ein Tor fünf Versuche braucht. Dieser Bewertungsmaßstab ist rein objektiv und subjektiver Wertung entzogen, gerade wenn man diese Bewertung über einen Zeitraum von zehn Spielen sieht.

Ein Abwehrspieler kann objektiv an seinen Zweikampfwerten (Verhältnis der gewonnen zu den verloren Zweikämpfen), ein Torwart an der Quote der gehaltenen Schüsse gemessen werden. Ein Abfall der Leistung ist danach auch für Dritte relativ leicht nachvollziehbar. Ein weiteres Kriterium kann auch die Zahl der Ballkontakte pro Spiel sein.

Auch häufig verletzte Spieler, die immer wieder ausfallen, können objektiv auf ihre Leistungsfähigkeit überprüft werden. An der Zahl der von ihnen bestrittenen Trainingseinheiten bzw. Spiele im Verhältnis der Vereinszugehörigkeit lässt sich ermitteln, ob sie den (körperlichen) Anforderungen des Profifußballs gewachsen sind.

Zuzugeben ist *Hausch* die Schwierigkeit des Beweises allerdings hinsichtlich solcher Spieler, die nur selten zum Einsatz kommen, weil der Trainer sie nicht aufstellt bzw. aufstellen will. Hier fehlen maßgebliche Werte, wie erzielte Tore pro Spiel oder gewonnene Zweikämpfe pro Spiel, da der Spieler keine Einsätze hatte. Die Frage, warum er keine Einsätze bekommen hat, ist einer objektiven Bewertung in der Tat entzogen, da diese Entscheidung rein subjektiv durch den Trainerstab getroffen wird. Ein Leistungsabfall lässt sich regelmäßig nicht objektiv darstellen. Da häufig jedoch die Spieler auf der Reservebank bzw. der Tribüne Platz nehmen müssen, deren Leistungen nicht den Anforderungen entsprechen, fehlen für eine Beendigung per Kündigung die objektiv zu beweisenden Tatsachen.

Auch wenn die Argumentation von der nachlassenden Leistungsfähigkeit somit nicht durchweg konsequent ist, ist sie doch im Ergebnis richtig. Anderenfalls wäre ein Verein unter Umständen gezwungen, einen Spieler noch einige Partien auflaufen zu lassen, um objektiv schlechte Werte vorzeigen zu können. Dies würde bei einem zwanzig Mann starken Profikader bedeuten, dass quasi

¹⁷³ Vgl. Hausch, aaO.

nie eine Stammelf auflaufen würde und auch wegen der schlechten Leistung des einzelnen - die zu beweisen ist - der sportliche und damit wirtschaftliche Erfolg des Vereins leiden würde.

Folglich ist die (nachlassende) Leistungsfähigkeit der Spieler im Berufsfußball eine „Eigenart der Arbeitsleistung“, die eine Befristung des Arbeitsvertrages rechtfertigt.

IV. Zwischenergebnis

Als Zwischenresultat lässt sich konstatieren, dass eine Befristung bei sachlichem Grund zulässig ist.

Bei der Annahme eines solchen sachlichen Grundes ist jedoch Zurückhaltung geboten. Schließlich sind Befristungen geeignet, objektiv gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsschutz zu umgehen, den die Fußballprofis aufgrund ihrer Arbeitnehmerstellung genießen. Die Befristung der Arbeitsverträge mit Lizenzfußballspielern ist aufgrund der Gewissheit der nachlassenden Leistungsfähigkeit der Spieler und der diesbezüglichen Problematik bei eventueller Kündigung (und folgerichtiger Anwendung des KSchG) sachlich gerechtfertigt.

E. Zulässigkeit einer langfristigen unkündbaren Vertragsbindung bei Berufsfußballern

Unabhängig davon, ob man die Flexibilität oder (wie in dieser Arbeit) die nachlassende Leistungsfähigkeit bei Spielern bei der Begründung der „Eigenart der Arbeitsleistung“ in den Vordergrund stellt, ist die daraus resultierende Frage jedoch, ob dieses Argumentationslinien nicht über die langfristige Vertragsbindung konterkariert werden.

Weiter ist fraglich, ob auf diese Weise nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit unzulässig beschränkt wird.

I. Verhältnis von Befristungsdauer und sachlichem Grund

Eine Befristung verfolgt nach ihrem Verständnis das Ziel, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Frist endet, ohne dass es hier zu einer Kündigung eines Vertragspartners bedarf¹⁷⁴. Gerade aufgrund der sich hieraus für den Arbeitgeber ergebenden Möglichkeit zur Ausschaltung des Kündigungsschutzes wird die Zulässigkeit einer Befristungsabrede vom Vorliegen eines

¹⁷⁴ Vgl. U. Preis, 80.

sachlichen Grundes abhängig gemacht¹⁷⁵. Wie bereits dargelegt worden ist, kann ein solcher sachlicher Grund bei Verträgen mit Lizenzfußballspielern in der Gewissheit der nachlassenden Leistungsfähigkeit der Spieler und der Problematik der diesbezüglichen Anwendung des KSchG gesehen werden.

Es geht insoweit darum, in regelmäßigen Abständen darüber entscheiden zu können, ob der Spieler die an ihn gestellten Anforderungen noch erfüllt. Diesen Interesse wird am ehesten mit möglichst kurzfristigen Verträgen Genüge getan.

Man könnte nun der Auffassung sein, dass diese Grundsätze bei Abschluss eines langfristige Vertrages quasi konterkariert würden. Dabei würde jedoch übersehen, dass die Umstände, die den sachlichen Grund die Befristung von kurzfristigen Verträgen begründen, auch bei Abschluss eines langfristige Vertrages einer Laufzeit von mehreren Jahren gegeben sind.

Der vom Gesetzgeber durch die Schaffung der Kündigungsschutznormen beabsichtigte Bestandschutz wird allein dadurch beeinträchtigt, dass anstelle eines unbefristeten Arbeitsvertrages ein befristeter geschlossen wird, auf welchen diese Normen keine Anwendung finden. Durch die Dauer der Befristung kann dem Arbeitnehmer der durch die Kündigungsschutznormen intendierte Schutz hingegen nicht entzogen werden. Somit kann es nun bei der Befristungskontrolle auch nur alleine darauf ankommen, ob sachkundige und verantwortungs-bewusste Parteien unter den im Einzelfall gegebenen Umständen anstelle des befristeten ein unbefristetes und damit dem Kündigungsschutz unterliegendes Arbeitsverhältnis geschlossen, nicht aber, ob sie statt der vereinbarten Befristungsdauer eine andere, unter Umständen längere, gewählt hätten. Demzufolge aber kann auch die Wirksamkeit einer sachlich gerechtfertigten Befristungsabrede nicht vom Vorliegen eines zusätzlichen sachlichen Grundes für die vereinbarte Vertragsdauer abhängig gemacht werden.

Durch den Abschluss eines solchen langfristigen Vertrages gibt der Verein nur zu erkennen, dass er davon ausgeht, dass während dieses Zeitraums keine wesentliche Minderung der Leistungsfähigkeit eintritt. Er gedenkt die Leistungsfähigkeit eben erst nach z.B. fünf Jahren zu überprüfen. Dies aber ist in Bezug auf die Gewissheit, dass irgendwann einmal eine geminderte Leistungsfähigkeit eintritt, und demzufolge auch hinsichtlich des Vorliegens eines sachlichen Grundes für die Befristungsabrede, letztlich ohne Bedeutung. Der sachlichen Grund für die Befristung der Verträge ist demzufolge unabhängig von der im Vertrag vereinbarten Laufzeit gegeben. Ist jedoch die Befristungsabrede als solche sachlich gerechtfertigt, dann bedarf es keines darüber hinausgehenden sachlichen Grundes¹⁷⁶ für die Befristungsdauer.

¹⁷⁵ Vgl. U. Preis, aaO.

¹⁷⁶ Vgl. Wank, MünchHdb ArbR II, 3 113 Rn. 118.

II. Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Für die Frage, ob unter Umständen die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch die langfristige Vertragsbindung in unzulässiger Weise beschränkt wird, kommt es entscheidend auf das Verhältnis zwischen dem Verein als Arbeitgeber und dem Spieler als Arbeitnehmer an.

1. Position des Vereins

Grundsätzlich wird das Arbeitsrecht als Sonderrecht¹⁷⁷ des Arbeitnehmers bezeichnet.

Dies ist im Bereich des Profisports nicht anders. Auch hier gilt, dass die gesetzlich niedergelegten, allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze die Gefahren einer übergeordneten Arbeitgeberposition weitgehend ausschließen¹⁷⁸.

Ebenfalls anerkannt ist aber auch, dass in bestimmten Fällen, in denen die arbeitsrechtlichen Sonderregelungen nicht greifen, ein Ausgleich über § 138 BGB erfolgen muss¹⁷⁹. Fraglich ist, ob die arbeitsrechtliche Situation im Bereich des Profifußballs einen solchen Ausgleich verlangt.

Die Fußballvereine treten ihren Spielern nicht nur in einer Arbeitgeber-, sondern auch in einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung gegenüber¹⁸⁰. Der Druck auf die Spieler, einen Vertrag abzuschließen, ist angesichts der begrenzten Optionen, einen Profivertrag zu unterschreiben, enorm hoch. In den beiden Profiligen spielen in 36 Mannschaften mit durchschnittlich 22 Spielern ca. 800 „echte“ Profis. Gerade jugendliche Fußballer stehen unter einem besonderen Druck. So geht es bei ihrem ersten Profi-Vertrag häufig um den Beginn einer erfolgreichen Fußballkarriere, der Vertrag ist somit richtungsweisend. Zwar gibt es grundsätzlich die Möglichkeit, auf dem Gebiet der Europäischen Union eine Anstellung als Profifußballer zu finden, hierfür sind aber zumeist besondere Fähigkeiten erforderlich, die durch viele Bundesligaspiele nachgewiesen werden müssen. In dieser Situation ist eine übergeordnete Stellung der Fußballklubs zu bejahen.

2. Zulässigkeit der Beschränkung

Dies rechtfertigt eine Inhaltskontrolle der mit den Spielern geschlossenen Verträge, wobei § 138 BGB am Maßstab des Grundgesetzes zu konkretisieren ist¹⁸¹.

¹⁷⁷ Vgl. Schaub § 2 Rn. 5; Dütz, Rn. 1; Hueck/Nipperdey I § 1 I.

¹⁷⁸ Vgl. MüKo-Mayer-Maly, § 138 Rn. 82.

¹⁷⁹ Vgl. MüKo-Mayer-Maly, aaO.

¹⁸⁰ Vgl. Weiß, SpuRt 1998, 97ff.

¹⁸¹ Vgl. BVerfG NJW 1994, 36, 38.

a) Grundrechtskollision

In diesem Areal kollidieren die Rechte aus Art. 2 GG (Vertragsfreiheit) mit denen aus Art. 12 I GG (Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes), wobei aufgrund der beschriebenen Machtpositionen die Vertragsfreiheit der Freizügigkeit weichen muss. Dabei müssen aber gemäß § 624 BGB für den konkreten Fall solche Umstände vorliegen, die den Spieler aufgrund der langfristigen Bindung ganz besonders in seiner beruflichen oder wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit einschränken.

Bei dieser Bewertung ist zu bedenken, dass eine Einschränkung des Kündigungsrechts eines Fußballprofis mit einer durchschnittlichen Karriere von 15 Jahren härter trifft als Arbeitnehmer mit einer Lebensarbeitszeit von bis zu 50 Jahren¹⁸².

Teilweise wird daraufhingewiesen, dass dieses Phänomen auch in anderen Berufen anzutreffen ist, gerade im künstlerischen Bereich. Dies mag zwar richtig sein, an der Problematik bzw. der Regelungsbedürftigkeit ändert es jedoch nichts.

Der Grundsatz, dass längere Kündigungsfristen positiv für die Arbeitnehmer seien (so die Aussage des § 622 II¹⁸³: „Kündigungsfrist als Ausmaß des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses“¹⁸⁴), ist im Rahmen der Prüfung des Art. 12 I GG auch nicht ohne weiteres auf den Berufssport übertragbar. So müssen Fußballprofis ihr spielerisches Potenzial innerhalb von wenigen Jahren umsetzen, in der Zeit nämlich, in der sie aktiv tätig sein können.

Da sie zumeist keine Ausbildung neben der Profikarriere machen können, ist die Arbeit als Profi, das Vorankommen bei anderen, womöglich besser bezahlenden Vereinen, entscheidend, um sich ein finanzielles Polster für die Zeit nach dem Karriere-Ende zu schaffen. Für Nachwuchsspieler kann es darüber hinaus äußerst wichtig sein, nach einem geglückten Karrierestart zu einer in großen bzw. erfolgreichen Verein zu wechseln, um auf diese Weise an internationalen Wettbewerben teilnehmen zu können oder sich für die Nationalmannschaft zu empfehlen¹⁸⁵, was sich wiederum wirtschaftlich günstig auswirkt. Der Vorteil kürzerer Kündigungsfristen gerade für junge Arbeitnehmer ist auch in anderen Berufssparten anerkannt¹⁸⁶.

Allerdings ist eine Beschränkung des Rechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes dann mit Art. 12 I GG vereinbar, wenn diese Beschränkung aus der Sicht eines verständigen Beobachters einen begründeten und zubilligen in Interesse des Arbeitgebers entspricht und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles nach Treu und Glauben dem Arbeitnehmer zuzumuten ist.

¹⁸² Vgl. Schamberger, SpuRt 2002, 228, 232.

¹⁸³ Vgl. U. Preis, 613.

¹⁸⁴ Vgl. MüKo-Schwerdtner, § 622 Rn. 80.

¹⁸⁵ Vgl. Schamberger, aaO.

¹⁸⁶ Vgl. MüKo-Schwerdtner, § 622 Rn. 83.

Fußballvereine haben ein Interesse an einer langfristigen Vertragsbindung, da der Aufbau eines Teams sehr viel Zeit und Investitionen erfordert. Der berühmte Satz „Elf Freunde sollt ihr sein“ kommt nicht von ungefähr. Fußball ist ein Mannschaftssport. So kann ein gut eingespieltes und harmonisierendes Team, das nur aus Spielern durchschnittlicher Qualität zusammengestellt ist, einer Auswahl an Spitzenspielern überlegen sein, Beispiele dafür gibt es immer wieder. Auch muss der jeweilige Trainer seine Philosophie des Spiels der Mannschaft nahe bringen, wofür es regelmäßig Zeit braucht. Gerade im Falle jugendlicher Spielern muss zudem sichergestellt werden, dass ein Verein, der einen Spielern aufbaut und fördert, dessen Talent auch für eine geraume Zeit nutzen kann („do ut des“), bevor er ihn an einen anderen Verein verliert. Nicht zuletzt spielt auch das Interesse der Zuschauer eine gewichtige Rolle, denn würden Fußballspieler zu oft den Verein wechseln, ginge die Identifikation der Zuschauer mit ihrer Mannschaft verloren. Zwar trifft es zu, dass sich die Zuschauer in erster Linie mit dem Verein identifizieren, sie müssen aber noch das Gefühl haben, dass sich auch der Spieler mit seinem Klub identifiziert.

„Legionäre“ bzw. „Saisonarbeiter“ sind für die Fans unattraktiv, transportieren nicht die (Herzens-)Bindung zum Verein, die von den Zuschauern vorgelebt wird. Mannschaft und Vereins bilden nach der Ansicht vieler Zuschauer eine Schicksalsgemeinschaft¹⁸⁷, in der sie gemeinsam den größtmöglichen sportlichen Erfolg ihres jeweiligen Klubs anstreben.

Hat ein Zuschauer nicht mehr das Gefühl, dass sich der Spieler für seinen Klub aufopfert, weil er bei Misserfolg jederzeit wechseln könnte oder weil er noch vor wenigen Wochen für die verfeindete „Nachbarmannschaft“ oder den ärgsten Konkurrenten im Titelkampf spielte, bricht aus der Sicht des Fans die Schicksalsgemeinschaft auseinander.

Entscheidend ist somit, dass die Fans bei regem Spielerwechsel ihren eigenen „Einsatz“, nämlich ihren Besuch des Spiels verbunden mit der lautstarken Unterstützung, als nicht mehr lohnenswert erachten und in der Konsequenz dem Stadion fernbleiben. Die daraus folgenden sinkenden Zuschauerzahlen stellen eine existenzielle Bedrohung für viele Klubs dar.

b) Fazit

Stellt man die eben aufgeführten Interessen der Fußballklubs denen der Spieler gegenüber, so muss man zum Ergebnis kommen, dass den Spielern die Beschränkung der freien Arbeitsplatzwahl zuzumuten sein muss.

¹⁸⁷ Vgl. Schamberger, aaO.

Eine Rolle spielt dabei das im Vergleich zum normalen Arbeitnehmer extrem hohe Gehalt¹⁸⁸, auch wenn quasi als Korrektiv die Dauer der Tätigkeit (bestenfalls 15 Jahre) angeführt werden kann.

Allerdings bietet die langfristige Bindung auch für die Spieler Vorteile. Auch wenn immer mehr Verträge leistungsorientiert abgeschlossen werden, sind sie zum Beispiel bei schwerer Verletzung durch das hohe und einen Großteil des Einkommens ausmachende Grundgehalt abgesichert¹⁸⁹. Vor diesem Hintergrund können sie sich in Ruhe gesund pflegen lassen und rehabilitieren.

Bei einer nur kurzen Vertragslaufzeit könnten die Klubs den Vertrag mit dem verletzten Spieler einfach auslaufen lassen, anstatt in eine (teuere) Rehabilitation zu investieren.

Gerade am Anfang einer Karriere kann ein langfristiger Vertrag die nötige Sicherheit bringen, um eine Karriere behutsam aufzubauen und als Spieler zu reifen. Das Schlagwort heißt also Sicherheit. Der Preis, den der einzelne Profi für diese Sicherheit zahlt, wird aber dann zu hoch, wenn die Vertragslaufzeit übermäßig lang ist, und dadurch der Abschluss eines anderen langfristigen Vertrages verhindert wird.

Durch die vom Verband (DFB/DFL; FIFA) angedrohte Sanktionen, ob sportlich (z. B. Spielsperre, Entzug der Spielberechtigung) oder finanziell (z. B. Geldstrafe), kann für den Spieler eine Zwangslage entstehen: Entweder er spielt weiter für seinen Verein, oder er nimmt die Sanktionen hin. Gerade im Bereich des Profisports, wo es besonders auf Kondition und Spielpraxis ankommt, kann dies zu einem faktischen Berufsverbot¹⁹⁰ führen bzw. den Spieler für (ehemals) interessierte Vereine unattraktiv werden lassen.

Zwar kann man durchaus einwenden, dass schließlich der Spieler für den Vertrag und auch den Vertragsbruch verantwortlich ist und deshalb des Schutzes nicht bedarf („venire contra factum proprium“).

Dabei würde aber die gesetzgeberische Wertung in § 61 II 2 ArbGG übersehen bzw. fehlinterpretiert. § 61 II 2 ArbGG schließt die Zwangsvollstreckung nach den §§ 887 und 888 ZPO aus; gemäß § 888 III ZPO ist die Zwangsvollstreckung durch Zwangsgeld respektive Zwangshaft bei einer Verurteilung zur Leistung von Diensten per se ausgeschlossen. Stattdessen ist eine Entschädigung in Geld vorgesehen.

Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass es selbst im Falle einer langfristigen Vertragsbindung nie dazu kommt, dass der Dienstverpflichtete gezwungen wird, für einen bestimmten Arbeitgeber zu arbeiten. Die noch übrige Vertragslaufzeit wirkt sich für ihn lediglich in der Höhe der ihm unter

¹⁸⁸ Vgl. Rüth, SpuRt 2003, 137f.: Autor fordert „Salary Cap“.

¹⁸⁹ Vgl. Kania/Kramer, RdA 1995, 287, 295.

¹⁹⁰ Vgl. Plath, 159.

Umständen auferlegten Entschädigungszahlung aus. An diese Lage knüpft auch § 624 BGB an, wenn er langfristige Vertragsbindungen bis zu fünf Jahren zulässt.

Wenn aber wie im Fall der Transferbeschränkungen durch das Einschreiten eines privatrechtlich organisierten Verbandes zu einer Verschärfung der gesetzlichen Vorgaben kommt, so muss dies, sofern überhaupt zulässig, zumindest bei der Beurteilung des Einzelfalls im Rahmen der Inhaltskontrolle eines Vertrages Berücksichtigung erfahren.

III. Ergebnis

Das bedeutet, dass die Zulässigkeit einer langfristigen Vertragsbindung von Fußballprofis eng mit der Frage nach der Zulässigkeit einer verbandsrechtlichen Durchsetzung solcher Verträge verknüpft ist.

F. Zulässigkeit der verbandsrechtlichen Durchsetzung von langfristigen Verträgen

Bei der Frage der Zulässigkeit der verbandsrechtlichen Durchsetzung langfristiger Vertragsbindungen werden erneut im Rahmen des EU-Rechts die Freizügigkeit der Arbeitnehmer¹⁹¹ sowie auf nationaler Ebene die Einschränkungen der Berufsfreiheit¹⁹² tangiert. Da es sich bei Art. 12 I GG um ein Deutschengrundrecht handelt, ist bei Ausländern, die mittlerweile ein Übergewicht in deutschen Profimannschaften darstellen (Beim Start der Bundesligasaison 2003/2004 standen in der Anfangsformation insgesamt 198 Spieler, 145 von ihnen besaßen keinen deutschen Pass¹⁹³, bei Hannover 96 spielten ersten und zweiten Spieltag zehn ausländische Feldspieler von Beginn an¹⁹⁴), auf Art. 2 I zurückzugreifen¹⁹⁵.

Zu differenzieren sind Wirkungsbereich des Vereins und Wirkungsbereich des Verbandes bezüglich der Durchsetzung der Verträge.

I. Reaktionsmöglichkeiten des Vereins

Zunächst einmal stellt sich die Frage, wie der Verein auf einen Vertragsbruch des Spielers reagiert.

¹⁹¹ Vgl. EuGH Slg. 1995, I-4921, Rs C-415/93=NZA 1996, 545, NJW 1996, 505, SpuRt 1996, 59.

¹⁹² Vgl. BGH SpuRt 2000, 19, 21.

¹⁹³ Vgl. Kammertöns, Die Zeit 2003, Nr. 37, 1.

¹⁹⁴ Vgl. Franzke, Kicker-Sportmagazin 2003, Nr. 73, 24.

¹⁹⁵ Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 12 Rn. 25.

a) Kündigung

Offen steht natürlich die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung¹⁹⁶. Diese wird im Zweifel jedoch nicht ausgesprochen werden, da der Verein den Spieler behalten wollen wird und anderenfalls ein (für die Vereine negatives) Exempel dafür statuieren würde, dass die Bestandskraft der langfristigen Verträge letztlich vom Verhalten des einzelnen Spielers abhinge. Etwas anderes kann nur bei einem extrem zerrütteten Verhältnis zwischen Spieler und Verein bzw. aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten (z. B. Verein will den hochbezahlten Spieler auf diesem Wege von der Gehaltsliste streichen).

b) Bestehen auf Erfüllung

Ferner hat der Verein die Option, auf die Erfüllung des Vertrages zu bestehen¹⁹⁷. Dies wird der Regelfall sein, da der Verein zumeist an den Diensten des Spielers interessiert sein wird (daher rührt schließlich die langfristige Vertragsbindung). Im übrigen wird auch ein vom Nichtzustandekommen des Vereinswechsels enttäuschter Spieler nach kurzer Zeit für den (ungeliebten) Verein wieder Leistung bringen, um sich auf diese Weise für einen neuen Vertrag nach Ablauf des bisherigen zu empfehlen.

II. Reaktionsmöglichkeiten des Verbandes

Der Verband hat insbesondere die Möglichkeit, dem Spieler eine Transfersperre aufzuerlegen¹⁹⁸.

1. Bei Kündigung des Spielers

Bei Kündigung des vertragsbrüchigen Spielers ist eine Sperre über den Zeitpunkt des eigentlichen Vertragsendes hinaus jedoch nicht möglich¹⁹⁹. Sowohl der BGH²⁰⁰ als auch das BAG²⁰¹ haben eine derartige Sperre mit der Begründung als unzulässig erachtet, dass es rechtswidrig sei, einen vertraglich gar nicht mehr an den Verein gebundenen Spieler so zu behandeln, als bestünde das Vertragsverhältnis noch.

¹⁹⁶ Vgl. U. Preis, 712f.

¹⁹⁷ Vgl. Schamberger, SpuRt 2003, 52.

¹⁹⁸ Vgl. Schamberger, aaO.

¹⁹⁹ Vgl. Schamberger, aaO.

²⁰⁰ Vgl. BGH SpuRt 2000, 19, 23.

²⁰¹ Vgl. BAG SpuRt 1997, 94, 97.

2. Bei Bestehen auf Erfüllung

Besteht ein Verein auf Erfüllung des Vertrages und kündigt der Verein dem Spieler nicht, stellt sich die von der Rechtsprechung bisher noch nicht behandelte²⁰² Frage, wieweit nun der Verband den Spieler sanktionieren kann.

Dabei ist zunächst die Grundrechtsbindung der Vereine, ob nun nach herrschender Auffassung indirekt über Generalklauseln oder nach anderer Ansicht unmittelbar²⁰³, zu konstatieren. Durch Transferbeschränkungen bzw. damit einhergehender Spielsperre wird in das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes eingegriffen, eine längerandauernde Sperre kann sogar einem Berufsverbot gleichkommen²⁰⁴.

Auch in diesem Fall wird eine Anwendung der sogenannten Dreistufentheorie²⁰⁵ befürwortet²⁰⁶. Danach ist für die Verhältnismäßigkeit einer Regelung der bloßen Ausübung eines Berufes jedes vernünftige Gemeinwohlinteresse, für die Verhältnismäßigkeit einer Regelung von (objektiven) Zulassungsvoraussetzungen die Sicherung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter maßgebend.

Eine Transferbeschränkung ist als objektive Zulassungsvoraussetzung zu sehen, da der einzelne Profispieler auf diese in der Regel keinen Einfluss hat. Zwar wird teilweise²⁰⁷ die Möglichkeit diskutiert, der Spieler könne sich aus dem Vertrag aufgrund festgeschriebener Ablösesummen selbst „herauskaufen“²⁰⁸. Dies ist aber auch bei gutverdienenden Spielern Theorie, da mit ihrem Gehalt ihr Marktwert steigt und ihre Ablösen Dimensionen annehmen, die vom Spieler nicht zu bezahlen sind.

Mithin bedarf es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit einer Zulassungsbeschränkung der Sicherung eines wichtigen Gemeinschaftsgutes.

Wirtschaftliche Interessen vermögen eine solche Zulassungsbeschränkung nicht zu rechtfertigen. Auch die Einhaltung der Vertragstreue allein mag eine derartige Einschränkung nicht zu begründen, hat doch auch der Gesetzgeber von der Durchsetzung des Vertrages abgesehen und der vertragstreuen Partei nur einen Schadensersatzanspruch zugebilligt²⁰⁹. Um ein solches Vorgehen zu rechtfertigen bedarf es damit weitreichender Gründe. Diese sind unter Beachtung der spezifischen Gegebenheiten des Fußballsports zu suchen²¹⁰.

²⁰² Vgl. Schamberger, aaO.

²⁰³ Vgl. Plath, 51.

²⁰⁴ Vgl. Plath, 216.

²⁰⁵ Vgl. BVerfGE 84, 133, 146f.

²⁰⁶ Vgl. BAGE 13, 177.

²⁰⁷ Vgl. Schamberger, aaO.

²⁰⁸ Vgl. Schamberger, aaO.

²⁰⁹ Vgl. Gotthardt, Rn. 183.

²¹⁰ Vgl. Schamberger, aaO.

Insbesondere zu berücksichtigen ist dabei das Erfordernis eines ausgeglichenen und fairen Wettbewerbs. Innerhalb einer Saison sollen die Spieler nicht ständig hin und her wechseln können. So wird der sogenannte Transfermarkt für zwei kurze Perioden im Jahr geöffnet. Ist er geschlossen, können die Spieler nicht wechseln. Die Gefahr der unlauteren Wettbewerbsbeeinflussung vermag zwar die Beschränkung auf die jeweils laufende Saison zu erklären, nicht jedoch eine darüber hinausgehende Beschränkung.

Hier greift allerdings erneut das Argument der Kontinuität ein. Die Stärke einer Fußballmannschaft lebt von der mannschaftlichen Geschlossenheit und dem Teamgeist. Diese Merkmale lassen sich nur herausarbeiten, wenn man über einen längeren Zeitraum mit der identischen Formation bzw. dem gleichen Spielerkader antritt. Wird die Besetzung der Mannschaft zu oft gewechselt, verliert sie demnach an Qualität. Gerade im Hinblick auf die internationalen Vergleiche (Championsleague, UEFA-Cup) muss der Verband an einer solchen Kontinuität interessiert sein²¹¹.

Diese sportspezifische Kontinuität kann nicht durch die Rechtsordnung herbeigeführt werden, sondern allein durch die Verbände²¹². Sie können Zwang in Form der Durchsetzung der langfristigen Vertragsbindung auf die Spieler ausüben, die in Anbetracht der widerstreitenden Interessen in einem verhältnismäßigen Rahmen zulässig sein muss.

Um diesen verhältnismäßigen Rahmen abzustechen, kann man auf die von der Rechtsprechung bezüglich der Rückzahlung von Ausbildungskosten entwickelten Grundsätze zurückgreifen²¹³. Auch in diesen Fällen wird der Arbeitnehmer durch eine zeitlich von der Beschäftigungsdauer abhängende Rückzahlungspflicht faktisch an seinen Arbeitgeber gebunden, indem ihm eine große finanzielle Belastung auferlegt wird²¹⁴. Die Rechtsprechung hat die Länge einer derartigen Bindung auf drei Jahre begrenzt²¹⁵.

III. Art und Weise der Durchsetzung

Als Zwangsmaßnahmen kommen nach neuem Transferrecht gemäß Art. 23 I FIFA-Reglement²¹⁶ eine Spielsperre bzw. gemäß Art. 22 FIFA-Reglement²¹⁷ eine Geldzahlung als Entschädigung in Betracht.

²¹¹ Vgl. Schamberger, SpuRt 2003, 52, 53.

²¹² Vgl. Schamberger, aaO.

²¹³ Vgl. BAG SpuRt 1997, 95, 97.

²¹⁴ Vgl. Schamberger, aaO.

²¹⁵ Vgl. BAGE 13, 168,

²¹⁶ Vgl. Anhang.

²¹⁷ Vgl. Anhang.

1. Grundsätzliche Zulässigkeit des neuen Transferrechts der FIFA

Nach dem neuen Transferrecht der FIFA sind damit sowohl eine Sperre als auch die finanzielle Entschädigung verbandsrechtlich geregelt.

Hierbei unterliegt der Spieler hinsichtlich der Sperre einem unmittelbaren Zwang, da er für die Dauer der Spielsperre seinen Beruf keinesfalls ausüben kann.

Demgegenüber scheint es sich bei der Entschädigung in Geld auf den ersten Blick um einen indirekten Zwang zu handeln, da Spieler bzw. Verein die geforderte Geldsumme zahlen und damit die Sperre umgehen können. Ist jedoch die finanzielle Belastung unter Umständen sehr hoch, kann sich diese als unmittelbarer Zwang darstellen, da dann weder Spieler noch Verein bereit bzw. in der Lage sein werden, diesen Betrag zu entrichten²¹⁸.

Dieser Ausuferung des mittelbaren zu einem direkten Zwang bietet das neue Transferrecht der FIFA Einhalt, indem es die Höhe der zu zahlenden Entschädigung anhand objektiver Kriterien festmacht, vgl. Art. 22 FIFA-Reglement²¹⁹.

Parallel dazu ist jedoch eine vier- bis sechsmonatige Sperre vorgesehen, so dass Spielverbot und Entschädigung nicht wie bisher alternativ, sondern kumulativ in Ansatz gebracht werden.

Die zu leistende Zahlung hat sich dabei auch an der Dauer der zu erwartenden Sperre zu orientieren. Besteht nämlich stets die Möglichkeit der einvernehmlichen Vertragsaufhebung und damit die Umgehung eines Vertragsbruchs seitens des Spielers, könnte dieser sofort für seinen neuen Verein spielen. Die Begrenzung der Länge des Spielverbots auf höchstens sechs Monate wirkt hier quasi als Korrektiv für die Höhe der Vertragsaufhebungs- bzw. Ablösesumme²²⁰. Man kann daher Sperre und Entschädigung in folgende Beziehung setzen: Je höher die zu erwartende Sperre, um so höher auch die zu zahlende Entschädigung²²¹.

Die Verhältnismäßigkeit der faktische Beeinträchtigung der freien Berufswahl ist mithin sichergestellt. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung der Transfermodalitäten, wonach ein Spieler im Falle des Vertragsbruchs für den Rest der Vertragslaufzeit zu sperren war, was der BGH bei einer Sperre von einem Jahr als Verstoß gegen Art. 12 I GG ansah²²², ist die neue Regelung als verfassungskonform und rechtmäßig anzusehen.

Soweit sich die zu zahlende Entschädigung in einem angemessenen Rahmen bewegt, ist sie als zulässig zu erachten, insbesondere im Hinblick auf § 61 II ArbGG, der eine gerichtliche Festsetzung nach ähnlichen Kriterien im Streitfall vorsieht²²³. In Anbetracht der begrenzten Zwangsausübung

²¹⁸ Vgl. Plath, 191.

²¹⁹ Vgl. Anhang.

²²⁰ Vgl. Schamberger, aaO.

²²¹ Vgl. Schamberger, aaO.

²²² Vgl. BGH SpuRt 2000, 19, 21.

²²³ Vgl. Grunsky, ArbGG, § 61 Rn. 14.

durch den Verband ist die Vereinbarkeit der Durchsetzung mit Art. 12 GG auch nicht im Hinblick auf den Zeitraum von drei Jahren zu beanstanden²²⁴. Dann können aber auch Verträge von bis zu fünf Jahren nicht beanstandet werden.

2. Problematische Grenzfälle

Uneingeschränkt unproblematisch ist diese Art und Weise der Durchsetzung und damit das angesprochene Transfersystem aber nicht.

a) Zusätzliche Ausbildungsentschädigung

Probleme stellen sich dort, wo neben der gemäß Art. 22 FIFA-Reglement fällig werdenden Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Vertrages noch eine Ausbildungsentschädigung fällig wird. Zwar ist eine derartige Zahlung grundsätzlich als zulässig zu betrachten, soweit sie sich anhand von objektiven Kriterien nach den tatsächlich entstandenen Kosten richtet²²⁵. Bei dieser Kombination von Entschädigungszahlungen aufgrund Vertragsbruchs wird aber übersehen, dass jungen Fußballern, die am Beginn ihrer Karriere stehen und sich einem besonderen Wechseldruck ausgesetzt sehen, an sich eher leichtere als schwerere Transferbedingungen eingeräumt werden müssten²²⁶. Ordnete man darüber hinaus den Profi-Fußballsport als Ausbildungsberuf ein, wären jedenfalls gemäß §§ 19, 5 BBiG Abreden über die Rückzahlung von Ausbildungskosten nichtig.

b) Umgehungstatbestand

Art. 22 FIFA-Reglement enthält zudem eine Umgehungsmöglichkeit der durch die FIFA festgesetzten Kriterien. Da danach nämlich die fällige Entschädigungssumme auch im Arbeitsvertrag fixiert werden kann, sind weiter unglaublich hohe Beträge prinzipiell möglich. Diese Regelung versetzt die Vereine (nach wie vor) in die Position, die Höhe der Entschädigungssumme aufzuoktroieren.

Dieses unerträgliche Ergebnis lässt sich immerhin korrigieren: Zum einen sieht Art. 42 des FIFA-Reglements²²⁷ in derartigen Fällen ein Schlichtungsverfahren vor.

Anderenfalls könnte man die Entschädigungssumme als Vertragsstrafe ansehen. Zwar sprechen Orientierung der Summe an Aufwendungen und Gehalt des Spielers für eine Entschädigung.

²²⁴ Vgl. Schamberger, SpuRt 2003, 52, 54.

²²⁵ Vgl. EuGH Slg. 1995, I-4921, Rs C-415/93, Nr. 109;

BGH SpuRt 1999, 236, 238; AG Frankfurt, SpuRt 1998, 204.

²²⁶ Vgl. zur Anerkennung kürzerer Kündigungsfristen für junge Arbeitnehmer MüKo-Schwerdtner, § 622 Rn. 83.

²²⁷ Vgl. Anhang.

Demgegenüber sprechen insbesondere die Kriterien der Länge der verbleibenden Vertragslaufzeit und des Zeitpunkt des Vertragsbruchs für eine Einordnung als Vertragsstrafe.

In dieser Hinsicht hängt ihre Unzulässigkeit davon ab, ob § 309 Nr. 6 BGB trotz § 310 BGB uneingeschränkt auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist²²⁸. Verneint man dies, besteht in der Einordnung der Entschädigungssumme als zulässige Vertragsstrafe die Möglichkeit, diese gerichtlich gemäß § 343 BGB auf ein angemessenes Niveau herabsetzen zu lassen²²⁹.

G. Fazit

Als Ergebnis lässt sich zunächst konstatieren, dass befristete Arbeitsverträge im Profifußball nach dem neuen TzBfG wegen der besonderen „Eigenart der Arbeitsleistung“ für die Profispieler zulässig sind. Diese in § 14 I Nr. 4 TzBfG geforderte „Eigenart der Arbeitsleistung“ ergibt sich aus dem Wissen um die nachlassende Leistungsfähigkeit der Spieler und der damit einhergehenden Problematik der Anwendung des KSchG, da ein solches Leistungsdefizit nur schwerlich objektiv nachzuweisen ist.

Wird die Vertragslaufzeit jedoch auf eine bestimmte Länge, sprich mehr als zwei Jahre, ausgedehnt, bestehen hinsichtlich der Zulässigkeit dieser langfristigen Vertragsbindung Bedenken.

Bei der Beurteilung einer solchen Zulässigkeit bedarf es einer differenzierten Betrachtung. Sofern die Vertragslaufzeit zu lang festgelegt wird, tritt der die Befristung rechtfertigende Gedanke der nachlassenden Leistungsfähigkeit in den Hintergrund. Ein somit dann unwirksam befristetes Arbeitsverhältnis gilt dann gemäß § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen, mit der Konsequenz, dass der Spieler die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung erhält. Die vor Verabschiedung des TzBfG übliche Praxis, Befristungen mit dem Hinweis auf die „Natur der Arbeitsleistung“ zu rechtfertigen, war demgegenüber aufgrund der Ermangelung verfassungsrechtlichen Schutzes des Sports mit dem geltenden Kündigungsschutz von Beginn an nicht vereinbar.

Die Frage der Möglichkeit der Einschränkung des Kündigungsrechts von Berufsfußballern beantwortet sich nach den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls. Hierbei fallen neben der Verhandlungsposition bzw. Erfahrung der Vertragspartner und der verhandelten Vertragsdauer auch die Art und Weise ihrer Durchsetzung ins Gewicht.

Wenn verhältnismäßige Mittel zur Durchsetzung einer langfristigen Vertragsbindung bis zu einer Höchstdauer von drei Jahren angewandt werden, erscheint nach dem neuen FIFA-Reglement eine Vertragsbindung bis zu einer Länge von fünf Jahren als zulässig.

²²⁸ Vgl. Lingemann, NZA 2002, 181, 191.

²²⁹ Vgl. Schamberger, SpuRt 2003, 52, 54.

ANHANG

1. Auszug aus dem Musterarbeitsvertragvertrag der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH (MAV), Quelle: DFL, Dr. Thomas Summerer, Leiter Recht und Personal

§ 9 Vertragsbeginn und -ende

a) Dieser Vertrag wird am.....wirksam. Bedingungen für die Wirksamkeit sind:

1. Die Aufnahme des Spielers in die Transferliste des Ligaverbandes, sofern dies nach § 4 der Lizenzordnung Spieler(LOS) des Ligaverbandes erforderlich ist
2. die Erteilung der Spielerlaubnis nach § 13 LOS durch den Ligaverband bzw. die DFL

b) Der Vertrag endet am.....

Er verlängert sich jeweils um.....Jahr(e), es sei denn, eine der Vertragsparteien teilt der anderen bis zu dem jeweiligen Ablauf der Vertragszeit vorausgehenden 30. April mit, dass sie an der Beendigung des Vertragsverhältnisses zum Ablauf der jeweiligen Vertragszeit festhalte. Geht eine solche Erklärung nachweislich fristgerecht ein, so endet das Vertragsverhältnis bei Ablauf der jeweils laufenden Vertragsperiode, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

c).....

2. FIFA Reglement, Quelle:

<http://www.futbolmundial.info/publicaciones/transferregulations-deutsch.pdf>.

Art. 22

Sofern nicht im Vertrag vorgesehen und unter Vorbehalt der Bestimmungen betreffend die Ausbildungsentschädigung von Art. 13 ff. wird die Entschädigung für einen Vertragsbruch (seitens des Spielers oder des Vereins herbeigeführt) unter gebührender Beachtung des nationalen Rechts, der Besonderheit des Sports sowie aller weiteren objektiven Kriterien, die für den Fall relevant sind, berechnet. Zu besagten Kriterien gehören insbesondere:

- (1) das Gehalt und weitere dem Spieler gewährte Leistungen gemäss dem bestehenden und/oder dem neuen Vertrag;
- (2) die verbleibende Vertragslaufzeit (bis max. fünf Jahre);
- (3) die Höhe jedweder, vom alten Verein gezahlten oder diesem entstandenen Gebühren und Auslagen, amortisiert über die Vertragslaufzeit;
- (4) die Frage, ob der Vertragsbruch in den im Art. 21 Ziff. 1 definierten Zeiträumen fällt.

Art. 23

Unter Vorbehalt außerordentlicher Umstände bedeuten sportliche Sanktionen, die für einen einseitigen Vertragsbruch ohne triftigen Grund oder ohne sportlich triftigen Grund angewandt werden,

1. im Fall des Spielers,

a) wenn der Vertragsbruch am Ende des ersten oder zweiten Vertragsjahres erfolgt: Eine Einschränkung seiner Spielberechtigung für offizielle Spiele, mit Ausnahme des Vereins, bei dem er unter Vertrag stand, für einen Zeitraum von vier Monaten, gerechnet ab dem Beginn der nationalen Meisterschaft des neuen Vereins.

b) Für einseitige Vertragsbrüche nach Ende des dritten Vertragsjahres (bzw. nach Ende des zweiten Vertragsjahres für Verträge, die von einem Spieler nach seinem 28. Lebensjahr abgeschlossen wurden) wird keine sportliche Sanktion verhängt, es sei denn, es wurde versäumt, nach dem letzten Spiel der Saison die Kündigung termingerecht einzureichen. In einem solchen Fall ist die Verhältnismäßigkeit der Sanktion zu beachten.

c) Bei erschwerenden Umständen, z. B. dem Versäumen der Kündigungserklärung oder wiederholtem Vertragsbruch, können sportliche Sanktionen in Form einer Sperre von höchstens sechs Monaten ausgesprochen werden.

2. Im Falle des Vereins, der einen Vertrag bricht oder einen Vertragsbruch bewirkt:

a) Für Vertragsbrüche am Ende des ersten oder zweiten Vertragsjahres darf kein neuer Spieler, sei es im nationalen oder internationalen Bereich, unter Vertrag genommen werden, bis zum Ablauf der zweiten Transferperiode, die auf das Datum, an dem der Vertragsbruch wirksam wurde, folgt. Ein solches Verbot darf in keinem Fall eine Dauer von 12 Monaten ab Vertragsbruch oder Anstiftung zum Vertragsbruch übersteigen.

b) Für Vertragsbrüche am Ende des dritten Vertragsjahres (bzw. am Ende des zweiten Vertragsjahres für Verträge, die von einem Spieler nach seinem 28. Lebensjahr abgeschlossen wurden) wird keine sportliche Sanktion verhängt, es sei denn, es wurde versäumt, nach dem letzten Spiel der Saison die Kündigung termingerecht einzureichen. In einem solchen Fall ist die Verhältnismäßigkeit der Sanktion zu beachten.

c) Versucht ein Verein, einen Spieler zu registrieren, der sich während der in Art. 21 Abs. 1 festgelegten Perioden eines einseitigen Vertragsbruchs schuldig gemacht hat, so wird angenommen, der Verein habe den Spieler zum Vertragsbruch angestiftet.

d) Ohne Einschränkung der obigen allgemeinen Grundsätze können von der FIFA-Disziplinarkommission auch andere Sanktionen sportlicher Natur gegen Vereine verhängt werden; dazu gehören insbesondere:

- Geldstrafen
- Punktabzüge
- Wettbewerbsausschlüsse

Gegen die entsprechenden Sanktionen kann beim Schiedsgericht des Fußballs (TAF) Berufung eingelegt werden.

3. Im Falle eines Spieleragenten, der an einem Vertragsbruch beteiligt war: Auch gegen Spieleragenten, die an einem Vertragsbruch beteiligt waren, können von der FIFA-Spielerstatut-Kommission gemäss Spielervermittler-Reglement der FIFA Sanktionen verhängt werden. Gegen die entsprechenden Sanktionen kann beim Schiedsgericht des Fußballs (TAF) Berufung eingelegt werden.

Art. 24

Zusätzlich zu einer Kündigungsmöglichkeit bei Vorliegen triftiger Gründe kann ein Spieler seinen Vertrag auch bei Vorliegen von triftigen sportlichen Gründen ("sportlich triftiger Grund") kündigen.

Die sportlich triftigen Gründe sind gemäss dem in Art. 42 festgelegten Verfahren von Fall zu Fall einzeln festzulegen. Jeder Fall wird aufgrund seiner Besonderheiten geprüft, wobei alle relevanten Umstände einzubeziehen sind (Verletzungen, Spielsperren, Position des Spielers, Alter des Spielers usw.). Darüber hinaus wird die Frage des Vorliegens eines sportlich triftigen Grundes nach Abschluss der Saison und vor Ablauf der entsprechenden Registrierungsperiode im Land des abtretenden Vereins untersucht. Liegt ein sportlich triftiger Grund vor, muss festgelegt werden, ob eine Entschädigung geschuldet wird und wie hoch diese allenfalls ausfällt.

Art. 42

1. Unter Vorbehalt der jedem Spieler oder Verein offen stehenden Möglichkeit, bei Streitigkeiten zwischen Vereinen und Spielern ein ziviles Gericht anzurufen, wird ein System zur Schlichtung und Beilegung von Streitigkeiten eingerichtet, das aus folgenden Elementen besteht:

(a) Schlichtungsverfahren, die eine kostengünstige, rasche, vertrauliche und informelle Möglichkeit darstellen, auf Verlangen eine Streitigkeit zwischen den Parteien durch einen unabhängigen Schlichter beizulegen. Dieses Schlichtungsverfahren ist weder Bedingung noch Aufschub für die Lösung des Streitfalls gemäss den in (b) beschriebenen formellen Abläufen.

(b)

(i) Die Gründe für den Streitfall (d.h. ob Vertragsbruch vorliegt, mit oder ohne triftigen oder sportlich triftigen Grund) wird von der Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten der FIFA-Spielerstatut-Kommission entschieden, oder durch ein nationales Schiedsgericht für Sport, wenn beide Parteien mittels einer schriftlichen Vereinbarung diese Lösung als Präferenz angegeben haben oder ein Gesamtarbeitsvertrag dies festlegt. Dieses Schiedsgericht muss zu gleichen Teilen aus Spielern und Vereinsvertretern zusammengesetzt sein und unter einem unabhängigen Vorsitz stehen. Dieser Teil des Streitfalls muss innerhalb von 30 Tagen nach Unterbreitung des Falles an das von den Parteien bestimmte Entscheidungsgremium entschieden werden.

(ii) Wenn gemäss (i) entschieden wird, der Vertrag sei ohne triftigen oder sportlich triftigen Grund gebrochen worden, bestimmt die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten innerhalb von 30 Tagen, ob sportliche Sanktionen oder Disziplinar massnahmen, welche sie gemäss Art. 23 aussprechen kann, auferlegt werden müssen. Das Urteil muss begründet

werden, auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse gemäss (b) (i). Gegen dieses Urteil kann gemäss (c) Berufung eingelegt werden.

(iii) Die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten beurteilt innerhalb des in (ii) festgelegten Zeitraums oder bei komplizierten Fällen innerhalb von 60 Tagen alle anderen Punkte in Zusammenhang mit dem Vertragsbruch (insbesondere die Frage der finanziellen Entschädigung). Dieses Urteil muss begründet werden. Dagegen kann gemäss (c) Berufung eingelegt werden.

(iv) Darüber hinaus ist die Kammer berechtigt, Streitigkeiten betreffend der Zahlung von Ausbildungsentschädigungen zu prüfen; in diesem Zusammenhang ist sie befugt, deutlich unverhältnismäßige Beträge nach oben oder nach unten zu korrigieren. Zudem kann die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten in Fällen, wo dies im vorliegenden Reglement oder in den Ausführungsbestimmungen so vorgesehen ist, oder gemäss einem schriftlichen Auftrag durch die FIFA-Spielerstatut-Kommission Disziplinarmaßnahmen gemäss Art. 34 Abs. 4 der FIFA -Statuten auferlegen. Die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten fällt innerhalb von 60 Tagen nach dem Datum, an welchem der Fall durch eine der Streitparteien eingereicht wurde, ein Urteil (mit Ausnahme derjenigen Disziplinarmaßnahmen, auf die in Art. 23 Bezug genommen wird, die durch (ii) abgedeckt sind). Diese Urteile müssen begründet werden. Dagegen kann gemäß (c) Berufung eingelegt werden.

(v) Wenn sich gemäß (b) (i) herausstellt, dass ein Spieler aus dem Vertrag mit seinem Verein mit triftigem oder sportlich triftigem Grund ausgestiegen ist und der Spieler aufgrund der verfahrenstechnischen Bestimmungen dieses Reglements für Spiele in der nationalen Meisterschaft seines Vereins gesperrt wurde, kann die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten finanzielle Entschädigungen zusprechen und/oder dem betreffenden Verein Disziplinarmaßnahmen auferlegen. Die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten fällt innerhalb von 60 Tagen nach dem Datum, an welchem der Fall durch den betreffenden Spieler eingereicht wurde, ein Urteil. Dieses Urteil muss begründet werden. Dagegen kann gemäss (c) Berufung eingelegt werden.

(vi) Sämtliche anderen in diesem Reglement festgelegten Massnahmen werden von der FIFA -Spielerstatut-Kommission ergriffen, mit Ausnahme derjenigen Massnahmen, die in die Zuständigkeit der Disziplinarkommission fallen.

(vii) Alle gemäss diesem Reglement gefällten Urteile werden veröffentlicht.

(c) Die in (b) erwähnten Berufungsverfahren werden gemäss Art. 63 der FIFA-Statuten einer Kammer des Schiedsgerichts des Fußballs (TAF) vorgelegt, unabhängig von der Schwere der Sanktion oder der Höhe der Geldsumme. Diese Kammer des TAF setzt sich zu gleichen Teilen aus Spielern und Vereinsvertretern zusammen und steht unter unabhängigem Vorsitz, gemäss den Grundsätzen des New Yorker Übereinkommens von 1958. Dieses Gericht fällt innerhalb von 60 Tagen, bei besonders komplizierten Fällen innerhalb von 90 Tagen nach dem Datum, an welchem der von der Kammer zur Beilegung von

Streitigkeiten gemäss (b) entschiedene Fall eingereicht wurde, ein Urteil. Die Berufung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Gericht veröffentlicht seine Entscheidungen.

2. Die in 1. (a) vorgesehenen Schlichtungsverfahren werden von der FIFA angeboten. Die unter 1. (b) vorgesehene Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten ist innerhalb der FIFA-Spielerstatut-Kommission angesiedelt. Die Verfahrensregeln der Kammer zur Beilegung der Streitigkeiten werden in den Ausführungsbestimmungen festgelegt und können von der FIFA -Spielerstatut-Kommission gelegentlich überarbeitet werden.

3. Bevor die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten gemäss 1. (b) ein Urteil fällt, bittet sie den Nationalverband, bei welchem der Spieler vor dem Auftreten der Streitigkeiten registriert war, um eine Stellungnahme zum Streitfall.

Literatur

- Bäune, Stefan: Kapitalgesellschaften im bundesdeutschen Lizenzfußball: die Rechtslage nach den DFB-Reformen vom 23./24.10.1998, Diss., Aachen 2001
- Becker, Friedrich / Bader, Peter / Etzel, Gerhard: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 7. Auflage, Neuwied, Mai 2004 (zitiert: KR/Bearbeiter)
- Börner, Lothar: Berufssportler als Arbeitnehmer, Darmstadt 1969
- Brömmekamp, Utz: Die Spielerleihe, tatsächliche und alternative Formen der vorübergehenden Spielerüberlassung im Fußballsport, Diss., Bielefeld 1988
- Dieckmann, Albrecht: Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Amateur- Fußballspieler und Verein, in: Das Recht des Fußballspielers, Schriftenreihe des WFV, Heft Nr. 12, Stuttgart 1980, 24
- Dieterich, Thomas / Oehmann, Werner (Hrsg.): Arbeitsrecht-Blattei, Loseblattsammlung, Heidelberg, Wiesbaden, Stand: 61. Lieferung Januar 1999 (zitiert: Bearbeiter in AR-Blattei).
- Dütz, Wilhelm: Arbeitsrecht, 8. Auflage, München 2003
- Falkenberg, Rolf-Dieter: Zulässigkeit und Grenzen auflösender Bedingungen in Arbeitsverträgen, DB 1979, 590
- Fritzweiler, Jochen: Rechtsprechung zum Sportrecht in den Jahren 1999-2001, NJW 2002, 1014
- Fritzweiler, Jochen / Pfister, Bernhard / Summerer, Thomas: Praxishandbuch Sportrecht, München 1998
- Füllgraf, Lutz: Der Lizenzfußball: Eine vertragliche Dreierbeziehung im Arbeitsrecht, Berlin 1981
- Gotthardt, Michael: Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Auflage, München 2003

- Grunsky, Wolfgang: Rechtliche Probleme des Arbeitsverhältnisses eines Bundesligaspielers zu seinem Verein, in: Das Recht des Fußballspielers, Schriftenreihe des WFV, Heft Nr. 12, Stuttgart 1980, 50
- Grunsky, Wolfgang: ArbGG, 6. Auflage, München 1990
- Hanau, Peter / Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 13. Auflage, Neuwied 2004
- Hausch, Tobias: Zulässigkeit der Befristung von Lizenzspielerverträgen - ein Tummelfeld von Begründungsversuchen, SpuRt 2003, 103
- Hausch, Tobias: Langfristige Arbeitsverträge bei Lizenzfußballspielern, Bonn 2002
- Hertzberg, Martin: Die Zulässigkeit der Befristung von Sporttrainerverträgen, FA 2000, 110
- Heß, Peter: Nur im Eishockey die Zeichen verkannt, F.A.Z. vom 22.11.1996 (Nr. 237), 37
- Hilpert, Horst: Sport und Arbeitsrecht, RdA 1997, 92
- Hromadka, Wolfgang / Maschmann, Frank: Individualarbeitsrecht, 2. Auflage, Berlin 2002
- von Hoyningen-Huene, Gerrick / Linck, Rüdiger: Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 2002
- Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl: Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Auflage, Berlin 1970
- Imping, Andreas: Die arbeitsrechtliche Stellung des Fußballspielers zwischen Verein und Verbänden, Köln 1995
- Kammertöns, Hanns-Bruno: Ohne Siegertypen. Die Leistungssportler sind so müde wie die Gesellschaft, Die Zeit 2003 (Nr. 37), 1
- Kania, Thomas / Kramer, Michael: Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen RdA 1995, 287
- Kempff, Gilbert: Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers ohne Widerspruch des Betriebsrats?, DB 1976, 2111
- de Kepper, Christoph: EU-Sportrecht aktuell, SpuRt 2001, 98
- Keyser, Hans-Joachim: Befristete Arbeitsverträge, Bielefeld 1984
- Kittner, Michael: Kündigungsschutzrecht, 6. Auflage, Frankfurt am Main 2004
- Klatt, Helmut: Die arbeitsrechtliche Stellung des Berufsfußballspielers, Bielefeld 1976
- Kliemt, Michael: Das neue Befristungsrecht, NZA 2001, 296
- Klingmüller, Angela / Wichert, Joachim: Die Zulässigkeit von Ablösesummen für vertraglich gebundene Profifußballspieler, SpuRt 2001, 1
- Koch, Hartmut: Die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge, BB 1978, 1218
- Lieb, Manfred: Arbeitsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2003
- Lingemann, Stefan: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag, NZA 2002, 181
- Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht - ein Studienbuch, 6. Auflage, Düsseldorf 2002
- Mayer-Maly, Theo: Die Grenzen des Anspruchs auf Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist, BB 1984, 1751
- Richardi, Reinhard: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 3 Bände, 2. Auflage, München 2000
- Niebaum, Gerd: Interview in kicker-Sportmagazin vom 16.01.1997 (Nr. 7), 2
- Otto, Hansjörg: Der vorläufige Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses, RdA 1975, 68
- Plath, Kai-Uwe: Individualrechtsbeschränkungen im Berufsfußball - eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Bosman-Entscheidung des EuGH, Berlin 1999
- Poschenrieder, Franz-Joachim: Sport als Arbeit - Konsequenzen aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Einbeziehung der Grundrechte, München 1977
- Preis, Bernd: Der Lizenzspieler im Bundesligafußball: Rechtsprobleme eines atypischen beruflichen Abhängigkeitsverhältnis, Frankfurt/Main 1973
- Preis, Ulrich: Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 2. Auflage, Köln 2003
- Pröpper, Martin: Die Vereinigung der Vertragsspieler als Gewerkschaft - Ist der Schritt zum Tarifvertragsrecht im deutschen Profifußball vollzogen, NZA 2001, 1346
- Rüsing, Jörg / Schmülling, Markus: Ersatzansprüche eines Profifußballvereins nach fristloser Kündigung eines vertragsbrüchigen Spielers, SpuRt 2001, 52
- Rüh, Holger: Tarifvertragliche Obergrenze (Salary Cap) bei Gehältern von Lizenzsportlern, SpuRt 2003, 137
- Schamberger, Michael: Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit langfristiger Vertragsbindung bei Berufsfußballspielern, SpuRt 2002, 228
- Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage, München 2005
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Kommentar zum GG, 10. Auflage, Neuwied 2004
- Scholz, Rupert / Aulehner, Josef: Die „3 plus 2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, SpuRt 1996, 44

- von Staudinger, Julius / Richardi, Reinhard / Reuter, Dieter / von Bar, Christian / Albrecht, Karl-Dieter: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611 - 615, 13. Bearbeitung, Berlin 1999
- von Staudinger, Julius / Neumann, Dirk / Reuter, Dieter / Albrecht, Karl-Dieter: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 616 - 630, Neubearbeitung, Berlin 2002
- Summerer, Thomas: Der Fall Heiko Herrlich - Zur Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden im Profifußball, SpuRt 1995, 264
- Sutter, Thomas: Rechtsfragen des organisierten Sports, Basel 1984
- Teschner, Carsten: Doping als Kündigungsgrund, NZA 2001, 1233
- Weiß, Wolfgang: Transfersysteme und Ausländerklauseln unter dem Licht des EG-Kartellrechts, SpuRt 1998, 97
- Wertenbruch, Johannes: Zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit von Transferregelungen und Ausländerklauseln bei Berufsfußballspielern, EuZW 1996, 91
- Westermann, Harm Peter / Rebmann, Kurt (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil II, (§§ 611-704), EFZG, TzBfG, KSchG, 4. Auflage, München 2005 (zitiert: MüKo-Bearbeiter)
- Westermann, Harm Peter: Der Sportler als „Arbeitnehmer besonderer Art“ - Zur Durchdringung von arbeitsrechtlichen Regelungen durch vereins- und verbandsautonome Bestimmungen, in: Reschke, Eike: Sport als Arbeit - zur rechtlichen Stellung von Amateuren und Profis, Heidelberg 1985, 35
- Wiedemann, Herbert: Zur Typologie zulässiger Zeitarbeitsverträge, in Kuchinke, Kurt: Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag 25. März 1970, München 1970, 395