

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

MRK-Entscheidungen Wolf Okresek *Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Juni 2013

11

481 – 528

Aktuelles

Amtshaftung für Studienverzögerung ➔ 481

Beiträge

**Paradigmenwechsel im „Transferrecht“
des Amateurfußballs nach
2 Ob 157/12w?** *Martin Trenker* ➔ 485

**Privilegien und Immunitäten internationaler Organisationen in
der Rechtsprechung österreichischer Gerichte**

Gregor Novak und August Reinisch ➔ 492

Evidenzblatt

Zession einer Kreditforderung und Bankgeheimnis

Ausrine Jurgutyte ➔ 508

Anforderungen an einen Umlaufbeschluss *Reinhard Pesek* ➔ 512

Begründungsanforderungen für Haftbeschwerdeentscheidung ➔ 516

VfGH

März-Session 2013

Helmut Hörtenhuber und Daniela Urban ➔ 521

Forum

Vorrang des Haager KSÜ vor der Brüssel II a-VO

Florian Heindler ➔ 527

Paradigmenwechsel im „Transferrecht“ des Amateurfußballs nach 2 Ob 157/12w?

Transferbestimmungen im Berufsfußballsport sind seit dem „Bosman-Urteil“ des EuGH¹⁾ vielfach zum Gegenstand rechtlicher Überlegungen geworden.²⁾ In der E 2 Ob 157/12 w³⁾ beschäftigt sich der OGH erstmals mit der im ÖFB-Regulativ⁴⁾ vorgesehenen Ausbildungs- und Förderungsentschädigung im Amateurfußballbereich. Deren Wirksamkeit unterwirft er gewissen Anforderungen, deren dogmatische Herleitung und Konkretisierung in diesem Beitrag herausgearbeitet und in ihren Auswirkungen auf die derzeit geltende Regelung untersucht werden sollen.

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
 - 1. Rechtliche Ausgangsposition
 - 2. Ausgangsrechtsstreit in 2 Ob 157/12 w
- B. Dogmatische Analyse der Kernaussagen zu Ausbildungsentschädigungen in 2 Ob 157/12 w
 - 1. Inhaltskontrolle gem § 879 ABGB
 - 2. Relevante „Rechte“ des Spielers
 - 3. Verstoß des ÖFB-Regulativs gegen § 879 ABGB
 - 4. Anpassungsmöglichkeit des ÖFB-Statuts
- C. Rechtsfolgen
 - 1. Absolute Teilnichtigkeit geleisteter Ausbildungsentschädigungen
 - 2. Rechtsschutz der Spieler
- D. Zusammenfassung

A. Problemaufriss

1. Rechtliche Ausgangsposition

Wettkampfmäßig betriebener Fußball spielt sich in Österreich fast ausschließlich im Rahmen des vom Österreichischen Fußball-Bund (ÖFB) organisierten Ligabetriebs ab. Jeder teilnehmende Verein ist dabei Mitglied eines Landesverbands, der wiederum dem ÖFB angehört.⁵⁾ Mittelbar unterliegen daher alle Vereine und somit auch deren Spieler den im Rahmen der Satzungsautonomie erlassenen Bestimmungen des ÖFB.

Ein Spieler ist je nur für einen Verein spielberechtigt (§ 4 Abs 4 ÖFB-Regulativ). Für einen Vereinswechsel unter Amateurspielern⁶⁾ bestehen gem §§ 8 ff ÖFB-Regulativ mehrere Möglichkeiten mit verschiedenen Voraussetzungen: Entweder stimmt der „abgebende“ Verein dem Wechsel des für ihn spielberechtigten Spielers zu (§ 8 ÖFB-Regulativ) oder der „erwerbende“⁷⁾ Verein hat eine **Ausbildungs- und Förderungsentschädigung** zu leisten (§§ 9 f ÖFB-Regulativ), die insb abhängig von der Spielklasse des abgebenden und erwerbenden Vereins vom Verband festgelegt ist (Anhang I ÖFB-Regulativ). Bei einem solchen „Zwangserwerb“ ist die Zustimmung des abgebenden Vereins nicht erfor-

derlich. Ein Wechsel kann nur in der Sommer- (5. – 15. 7.) oder Winterübertrittszeit (1. – 31. 1.) erfolgen. Als dritte Alternative kann sich ein Spieler – allerdings nur innerhalb eines sechstägigen Zeitraums pro Jahr – von seinem Verein abmelden und nach Einhaltung einer einjährigen Wartezeit zu einem beliebigen Verein wechseln (§ 11 ÖFB-Regulativ). Darüber hinaus gibt es gem § 8 Abs 5 ÖFB-Regulativ auch die Möglichkeit einer befristeten Freigabe, bei der ein Spieler nur für eine gewisse Zeit beim erwerbenden Verein spielberechtigt ist, anschließend aber wieder an seinen Stammverein „zurückfällt“. Diese als „Spielerleihe“ bekannte Gestaltung setzt ebenfalls die Zustimmung des abgebenden Vereins voraus, die in der Praxis vielfach auch nur gegen entsprechende finanzielle Abgeltung erteilt wird.

Zusammengefasst muss ein wechselwilliger Spieler wegen des Erfordernisses der Ausbildungsentschädigung quasi „freigekauft“⁸⁾ werden, sofern er nicht bereit ist, mindestens ein Jahr Wartezeit auf sich zu nehmen, oder sein Stammverein die Freigabe nicht aus „gutem Willen“ erteilt.

2. Ausgangsrechtsstreit in 2 Ob 157/12 w

In der erwähnten E 2 Ob 157/12 w drohte der Transfer eines Spielers von der 8. in die 3. Spielklasse daran zu scheitern, dass der erwerbende Verein, der Beklagte,

ÖJZ 2013/50

§ 879 ABGB;
§ 381 Z 2 EO;
§ 3 VereinsG;
§ 228 ZPO;
Art 6, 8, 11 EMRK;
Art 12 StGG

OGH 29. 11. 2012,
2 Ob 157/12 w

Sittenwidrigkeit
von Vereinsstatuten;
Ausbildungsentschädigung;
Amateurfußball;
Transferrecht;
Drittwirkung der Grundrechte;
einstweiliger Rechtsschutz

1) EuGH 15. 12. 1994, C-415/93, *Bosman*.

2) ZB EuGH 16. 3. 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais*; OGH 8 ObA 268/97 p wbl 1998, 543; OLG Wien 31 Ra 141, 145/94 ARD 4656/11/95; *Holzer*, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA 1996, 197; *Stockenhuber*, Die neue Freiheit im Profisport, wbl 1996, 145; s ferner die Nachw bei *Streinz*, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf den Sport, SpuRt 1998, 1, 7 FN 75.

3) In diesem Heft EvBl 2013/73, 506.

4) § 10 Regulativ für die dem ÖFB angehörigern Vereine und Spieler; veröffentlicht: www.oefb.at/_uploads/_elements/1835_file1.pdf (18. 3. 2013).

5) § 4 Z 2 Satzungen des Vereins „Österreichischer Fußball-Bund (ÖFB)“; veröffentlicht: www.oefb.at/_uploads/_elements/61254_100601_oefb_satzungen.pdf (18. 3. 2013).

6) Zum Begriff unten B.2.

7) Die Terminologie entspringt Anhang I ÖFB-Regulativ.

8) Vgl *Reissner* in *Reissner*, Sport als Arbeit (2008), Hobbysportler, Arbeitnehmer oder freier Dienstnehmer – Rechtsbeziehungen von Sportlern aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1 (23).

die Ausbildungsentschädigung nicht aufbringen konnte. Daher entrichtete der Kläger – eine natürliche Person – quasi als Zwischenfinanzier diese Ausbildungsentschädigung an den abgebenden Verein. Der Kläger handelte jedoch nicht uneigennützig, sondern ließ sich vom beklagten erwerbenden Verein eine jährliche „Leihgebühr“ iHv € 1.500,- versprechen, solange der Spieler dort eingesetzt würde. Denn wie vertraglich zwischen Kläger und Beklagtem (sic!) festgehalten wurde, stünden dem Kläger die 100%igen Transferrechte am betroffenen Spieler zu. In diesem Sinn wurde auch vereinbart, dass der Spieler nur mit Zustimmung des Klägers „verkauft“ oder „verliehen“ werden könne.

Aus Anlass der Klage auf Zahlung der Leihgebühr hat der OGH die Wirksamkeit dieser Vereinbarung zu Recht verneint, weil die vom Kläger versprochene Leistung rechtlich unmöglich iSd § 878 ABGB ist. Bei strenger Interpretation nach dem Wortlaut des Vertrags liegt die Unwirksamkeit mE auf der Hand, zumal niemand über die Transferrechte eines anderen Menschen, dh über dessen Arbeits- und/oder Freizeitgestaltung, verfügen kann. Im Übrigen ist zu bedenken, dass der Spieler selbst im vorliegenden Fall nicht einmal Partei der Vereinbarung war. Aber auch wenn man den Vertrag nach seinem erkennbaren Zweck dahin auslegt, den Kläger in die rechtliche Position eines Vereins zu versetzen, für den der Spieler spielberechtigt iSd ÖFB-Regulativ ist und dem daher für die „befristete Freigabe“ bzw „Leihe“ des Spielers eine Gebühr zu zahlen ist, ergibt sich kein anderes Bild. Denn eine Privatperson kann sich nicht die Stellung eines dem Regulativ unterworfenen Vereins anmaßen, nicht zuletzt weil der Spieler diesfalls bei Nichterteilung der Freigabe durch die Privatperson für gar keinen Verein mehr spielberechtigt wäre.

Da der Kläger jedoch mit Übernahme der Ausbildungsentschädigung eine Leistung erbrachte, die wirtschaftlich dem Beklagten zugutekam, kommt ein Bereicherungsanspruch in Betracht. Neben der schwierigen Frage nach der zutreffenden Anspruchsgrundlage⁹⁾ ist hierfür erforderlich, dass der Beklagte tatsächlich berei-

chert wurde. Dies setzt voraus, dass die im ÖFB-Regulativ vorgesehene Pflicht zur Leistung einer Ausbildungsentschädigung überhaupt rechtswirksam ist. Der 2. Senat trifft dazu folgende Aussagen, die Kerngegenstand der nachstehenden Ausführungen sind: Grundsätzlich hält er solche Leistungen zwar nicht für unzulässig, weil die Aussicht auf deren Erlangung geeignet sei, die Fußballvereine zu ermutigen, nach Talenten zu suchen und für die Ausbildung junger Spieler zu sorgen. Voraussetzung der Gültigkeit sei aber, „dass der abgebende Verein tatsächlich Ausbildungsleistungen von erheblicher Relevanz erbracht hat und die im Regulativ normierte oder vertraglich festgesetzte Entschädigung dazu in einem angemessenen Verhältnis steht und überdies zu keiner maßgeblichen Beschränkung der Rechte des Spielers führt“.

B. Dogmatische Analyse der Kernaussagen zu Ausbildungsentschädigungen in 2 Ob 157/12 w

1. Inhaltskontrolle gem § 879 ABGB

Die postulierten Erfordernisse resultieren mE dogmatisch aus der Sittenwidrigkeitskontrolle gem § 879 ABGB. Auch Satzungsvereinbarungen unterliegen nämlich als privatrechtliche Vereinbarung¹⁰⁾ der allgemeinen Sittenwidrigkeitsschranke gem § 879 ABGB,¹¹⁾ was nicht zuletzt § 3 Abs 1 VereinsG (arg: „im Rahmen der Gesetze“) belegt. Bei dieser Inhaltskontrolle sind die unterschiedlichen involvierten Interessen miteinander abzuwägen, wobei Sittenwidrigkeit nach hRsp ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und geförderten Interessen erfordert.¹²⁾

Besonders problematisch sind dabei Eingriffe in Grundrechte; nicht von ungefähr ist § 879 ABGB die paradigmatische Einfallspforte für die von der hA vertretene mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.¹³⁾ Dementsprechend sind die vom OGH angesprochenen „Rechte“ mE va als Bezugnahme auf die beeinträchtigten Grundrechte des Spielers zu verstehen, die es so gleich (B.2) herauszuarbeiten gilt. Zuvor ist noch festzuhalten, dass Vereinsstatuten nach hRsp generell einer verstärkten Grundrechtsbindung unterliegen.¹⁴⁾ Dies muss umso mehr bei einem monopolartig organisierten Dachverband¹⁵⁾ wie dem ÖFB gelten, weil sich *de facto* jeder wettkampforientierte Fußballer dessen Satzung unterwerfen muss, ohne auf ihren Inhalt Einfluss nehmen zu können. In dieser Hinsicht weist die Satzung des ÖFB in ihrer Wirkungsweise erhebliche Ähnlichkeiten mit generellen Normen des Gesetzgebers

9) Entsprechend dem Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe sich die geforderte Ablösesumme erspart, zieht der OGH primär einen Verwendungsanspruch gem § 1042 ABGB in Betracht. Die Anwendung von § 1042 ABGB ist aber mE insofern problematisch, als hierfür zumindest eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung Voraussetzung ist. Im Zeitpunkt der Leistung wurde indessen, wie nach den bisherigen Feststellungen mE anzunehmen ist, (noch) keine Verpflichtung begründet, weil die Beklagte sich die Entschädigung nicht leisten konnte/wollte. Eine analoge Anwendung auf Fälle der Tilgung „wahrscheinlicher“ Verpflichtungen ist mit privatautonomen Grundsätzen mE nicht vereinbar, liefe sie doch uU auf einen Ausgleich aufgedrängter Bereicherung hinaus. Denkbar wäre eine *condictio causa data causa non secuta* (§ 1435 ABGB analog), weil diese nach hM (Koziol in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ [2010] § 1435 Rz 3; Lurger in Kletečka-Schauer, ABGB-ON^{1.01} [2012] § 1435 Rz 7) bei Leistungen zur Anwendung kommt, die im Hinblick auf einen erst künftig abzuschließenden Vertrag erfolgen, dieser Vertrag aber nicht zustande kommt oder sich – hier muss Gleiches gelten – als unmöglich herausstellt. Problematisch ist zwar, dass die Leistung nicht unmittelbar an den beklagten, sondern den abgebenden Verein des Spielers gezahlt wurde. Im dreipersonalen Verhältnis ist nach hA (Mader in Schwimann, ABGB³ [2006] Vor §§ 1431 – 1437 Rz 26; Lurger, in Schwimann, ABGB³ Vor §§ 1431 – 1437 Rz 5) jedoch entscheidend, welcher Zweckbeziehung die Leistung im rechtlichen Sinn zugeordnet werden kann, nicht aber, wer sie tatsächlich erbrachte und empfing. Zweck der Zahlung war es, den Spielerverleih an den Beklagten zu ermöglichen, also diesem indirekt eine Leistung zu verschaffen, weshalb er mE als passiv legitimiert anzusehen wäre. Allenfalls käme noch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage, wogegen allerdings spricht, dass der Kläger mE ausschließ-

lich im eigenen Interesse handelte, um sich – vermeintlich – die Transferrechte am Spieler zu sichern.

10) Statt aller ErläufRV 21. GP 990 BlgNR 23; OGH 1 Ob 176/98 h immolex 1998, 214; 6 Ob 711/89 ecoclex 1991, 338.

11) Siehe vorige FN.

12) RIS-Justiz RS0045886; zB OGH 8 ObA 268/97 p wbl 1998, 543.

13) ZB Kerschner, Art 6 MRK und Zivilrecht, JBl 1999, 689 (695 ff); Koziol/Welser, Grundriss Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 34; Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 5; ausführlich Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? AcP 194 (1994) 105 (136 ff) mwN.

14) RIS-Justiz RS0094154; zB OGH 9 Ob 501/96 SZ 69/23.

15) Hollerer, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht (2003) 50; Christ, Vereinswechsel im Amateurfußball, ÖJZ 2005, 370 (375); vgl bereits Tomandl/Schrammel, Die Rechtsstellung von Vertrags- und Lizenzfußballern, JBl 1972, 234 (241).

auf.¹⁶⁾ Aufgrund dieser Besonderheiten liegt es mE nahe, sich bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines allfälligen Grundrechtseingriffs durch das ÖFB-Statut an der Verhältnismäßigkeitsprüfung für Legislativakte zu orientieren.¹⁷⁾ Dies hat mE den Vorteil, dass die dargestellte Prüfungsformel des OGH¹⁸⁾ an Kontur gewinnt.

2. Relevante „Rechte“ des Spielers

Auch wenn unterhalb der höchsten beiden Spielklassen gemeinhin von „Amateurfußball“ gesprochen wird, zeigt die Realität, dass auch in niedrigeren Spielklassen erhebliche monetäre Interessen der Spieler involviert sind. Meines Wissens sind selbst in untersten Spielklassen viele neben- und zT sogar hauptberuflich tätige Akteure engagiert.¹⁹⁾ Sobald aber Personen durch ihre fußballerischen Leistungen zumindest ein nebenberufliches Einkommen erzielen können, also eine (auch) auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit vorliegt,²⁰⁾ wird durch die Vorschreibung von Ausbildungsentschädigungen in die **Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG)** eingegriffen, indem den Spielern die freie „Arbeitgeberwahl“ genommen wird.²¹⁾ Allerdings ist zu beachten, dass die ins Auge gefasste Entschädigung nur für „Amateure“ iSd § 3 Abs 3 iVm Abs 2 ÖFB-Regulativ anfällt. Währenddessen ist für Nichtamateure ausdrücklich festgelegt, dass nach dem Ablauf eines zwingend abzuschließenden (§ 3 Abs 2 ÖFB-Regulativ) Spielervertrags keine Entschädigung anfällt und die Freigabe allein auf Antrag des Spielers zu erteilen ist (§ 22 ÖFB-Regulativ). Voraussetzung für den Status eines Amateurs ist, dass Spielern nicht mehr als der durch Trainings- und Spielbetrieb verursachte Aufwand ersetzt wird sowie erfolgsabhängige Prämien maximal bis zur Geringfügigkeitsgrenze nach § 5 Abs 2 ASVG gezahlt werden dürfen. Auch wenn in der Rechtswirklichkeit viele Spieler, auf die dies nicht zutrifft,²²⁾ wohl dennoch als Amateure gemeldet sind, könnten sie dem System der Ausbildungsentschädigung einfach dadurch entgehen, dass sie sich statutenkonform als Nichtamateure anmelden. Eine Beeinträchtigung der Erwerbsfreiheit solcher „unechter Amateure“ durch das geltende Transfersystem kommt daher nicht in Betracht, weil für sie bei rechtskonformem Verhalten gar keine Entschädigung zu entrichten wäre.

Ob Amateurspieler, welche die nach dem ÖFB-Regulativ maximal erlaubte Vergütung beziehen, in den Schutzbereich der Erwerbsfreiheit fallen, ist mE fraglich, aber wohl zu bejahen, weil auch bei einem geringfügigen Verdienst eine auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit gegeben ist. Jedenfalls vom Schutzbereich erfasst sind Spieler, die erst durch einen beabsichtigten Vereinswechsel ihren Amateurstatus verlieren würden, zumal die zu leistende Ausbildungsentschädigung uU einen Transfer verhindert oder sich zumindest bei den Gehaltsverhandlungen zulasten des Spielers auswirkt. In diesen Konstellationen ist im ÖFB-Regulativ nämlich keine Ausnahme von der Ausbildungsentschädigung ersichtlich.

Da somit – abgesehen vom zuletzt genannten Fall – nicht gesichert ist, inwieweit „echte“ Amateurspieler in ihrer Erwerbsausübung beeinträchtigt werden können, stellt sich die Frage nach der Beschränkung sonstiger Rechte. Die häufig relevierte Anwendbarkeit der europarechtlichen Grundfreiheiten setzt nach der Rsp des EuGH ebenfalls voraus, dass die sportliche Betätigung

als Teil des Wirtschaftslebens anzusehen ist, worunter zwar auch semiprofessionelle Tätigkeit zu subsumieren ist.²³⁾ Unterhalb dieser Schwelle bestehen dagegen mE keine europarechtlichen Bedenken,²⁴⁾ weil die Personalfreiheiten nicht anwendbar sind und das allgemeine Diskriminierungsverbot gem Art 18 AEUV kein Beschränkungsverbot enthält.²⁵⁾

In der Lit wurde ferner insb die **Vereinsfreiheit (Art 11 EMRK; Art 12 StGG)** als beschränktes Grundrecht erwähnt.²⁶⁾ Auch der OGH hat die betreffenden Stellungnahmen wiedergegeben, was nahelegt, dass auch er die Vereinsfreiheit als betroffen erachtet. Indes beeinträchtigt das Transfersystem des ÖFB die Möglichkeit nicht, mehr als einem Verein beizutreten. Entgegen der irreführenden Bezeichnung des „Vereinswechsels“ geht es dabei nämlich nicht um den Wechsel der Mitgliedschaft zu bestimmten Vereinen, sondern um die Spielberechtigung im Wettkampfbetrieb des ÖFB, sodass zwar nur eine Spielberechtigung erlaubt ist; gegen beliebig viele Vereinsmitgliedschaften ist dagegen nichts einzuwenden, sodass ein Spieler auch weiterhin Mitglied seines bisherigen Vereins bleiben kann. Die Vereinsfreiheit bleibt daher mE in ihrem Kerngehalt unangetastet. Vielmehr wird der Spieler bloß in seiner Freizeitgestaltung beeinträchtigt, indem er nicht für seinen Verein nach Wahl wettkampfmäßig Fußball spielen kann. Es bedürfte somit einer sehr extensiven Interpretation der Vereinsfreiheit, um einen Eingriff in deren Schutzbereich anzunehmen. Näher liegt es, die Privatsphäre (Art 8 EMRK) bzw das allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) des Spielers als beeinträchtigt anzusehen. Aus der bisherigen Rsp geht freilich nicht mit Gewissheit hervor, ob aus diesen Normen ein derart weitreichendes **Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung**²⁷⁾ abgeleitet werden kann. Nicht zuletzt spricht jedoch die gesteigerte Bedeutung von Sport und Freizeit im gesellschaftlichen Kollektiv- wie Individualbereich dafür, aus Art 8 EMRK und Art 16 ABGB auch eine Schutzgarantie der Freizeitgestaltung einer Person abzuleiten.²⁸⁾ Ungeachtet der exakten

16) Dementsprechend sind Statuten nach hM (RIS-Justiz RS0008813, RS0008834; VfGH 21. 6. 1988, B 400/87) auch nicht gem §§ 914 f, sondern §§ 6 f ABGB auszulegen.

17) Ebenso *Reuter*, Rechtliche, wirtschaftliche und sportliche Aspekte der Ablösesummen, in *Württembergischer Fußballverband eV*, Rechtsprobleme beim Vereinswechsel eines Fußballspielers (1983) 50 (59 ff).

18) Bei und in FN 12.

19) Vgl auch *Margit Karollus*, Gemeinschaftsrechtliche Schranken für Ausländerklauseln im Sport, in *Grundel/Martin Karollus*, Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 67 (87).

20) Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) 420; *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 748 je mwN.

21) BGH II ZR 305/98 NJW 1999, 3552; II ZR 377/98 NJW 2000, 1028; *Christ*, ÖJZ 2005, 370 (380) mwN.

22) Siehe nur den Sachverhalt in OGH 10 Ob 50/06 k EvBl 2007/13; 9 ObA 18/07 y Arb 12.695.

23) EuGH 15. 12. 1994, C-415/93, *Bosman*, Rz 73; EuGH 11. 4. 2000, C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Rz 49 ff.

24) Ebenso *Thöny*, Sind Nationalmannschaften noch zu retten? JBl 1998, 627 (629); *Forsthoff* in *Grabitz/Hill/Nettesheim*, EU-Recht 48. EL (2012) Art 45 AEUV Rz 87; ausführlich zum strittigen Meinungsstand *Streinz*, SpuRt 1998, 1 (6).

25) ZB *Epiney* in *Callies/Ruffert*⁴ Art 18 Rz 12 mwN.

26) *Resch*, DRdA 2004, 87 (97); *Christ*, ÖJZ 2005, 370 (373 ff); *Reissner* in *Reissner* 1 (25).

27) Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ 383.

28) Auch *Sandberger*, Berufsfreiheit, Freiheit der Sportausübung und Macht internationaler Verbände, in *Württembergischer Fußballver-*

Grundlage geht der 2. Senat jedenfalls davon aus, dass die betroffene Freiheit des Spielers auch ohne eine Beeinträchtigung seiner Erwerbsfreiheit ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse darstellt. Andernfalls wäre nicht zu erklären, woraus die in der Entscheidung postulierten Anforderungen resultieren. Denn im Ausgangsrechtsstreit fehlen – soweit aus der Begründung ersichtlich – Feststellungen darüber, ob der betroffene Spieler überhaupt einen (geringfügigen) Verdienst bezogen hat. Selbstredend wird eine solche Beschränkung der „freien Lebensführung“ bei der Inhaltsprüfung weniger schwer zu gewichten sein als ein erhebliches monetäres Interesse.

Wie erwähnt erscheint es hilfreich, sich bei der Kontrolle der Zulässigkeit dieses Eingriffs in die Rechte/Interessen des Spielers an der erwähnten Grundrechtsbindung des Gesetzgebers zu orientieren. Danach sind etwa Eingriffe in die Erwerbsfreiheit oder das Recht auf Privatsphäre nicht per se unwirksam, sondern können nach der Rsp des VfGH durch ein im Allgemeininteresse gelegenes Ziel gerechtfertigt sein, sofern die Beschränkung **geeignet, adäquat und sachlich berechtigt ist**, um dieses Ziel zu erreichen.²⁹⁾ Ein solches Allgemeininteresse sehen der OGH wie der EuGH³⁰⁾ und im Grundsatz auch der BGH³¹⁾ in Anbetracht der beträchtlichen sozialen Bedeutung des (Fußball-)Sports konkret in der Verbesserung der Talentförderung.³²⁾ Denn durch die Aussicht auf solche Verdienstmöglichkeiten werde ein entsprechender Anreiz geschaffen. Außerdem kann mE jedenfalls eine privatrechtliche Satzung auch aufgrund der legitimen Interessen anderer Personen gerechtfertigt werden. Damit ist das Interesse der Vereine auf Abgeltung ihrer getätigten Aufwendungen angesprochen. Soweit vom OGH weiter gefordert wird, dass die tatsächlich erbrachte Ausbildungsleistung von erheblicher Relevanz und zur Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis stehen muss, resultiert dies aus den Erfordernissen der Eignung, Adäquanz und Sachlichkeit der Regelung. Zusätzlich darf die Entschädigung iS dieser Vorgaben auch in absoluter Höhe nicht unangemessen hoch sein, also in der Diktion des OGH nicht zu einer „maßgeblichen Beschränkung der Rechte des Spielers“ führen. Die Anforderungen in 2 Ob 157/12w erweisen sich somit als systemkonforme Bestandteile der Sittenwidrigkeitsprüfung einer Satzungsbestimmung, die einer besonders starken Grundrechtsbindung unterliegt.

3. Verstoß des ÖFB-Regulativs gegen § 879 ABGB

Prüft man die im ÖFB-Regulativ vorgesehenen Ausbildungsentschädigungen auf ihre Vereinbarkeit mit den aus der Inhaltskontrolle gem § 879 ABGB abgeleiteten Kriterien, insb der Anforderung, dass deren Höhe in angemessenem Verhältnis zur tatsächlich erbrachten Leistung stehen müsse, zeigt sich mE, dass sie diesen im Regelfall nicht gerecht werden. Auch wenn für eine derartige Satzung als „quasi-generelle“ Norm vergrößernde, pauschalierende Regelungen, die von schwer feststellbaren Einzelheiten absehen,³³⁾ schlicht unerlässlich sind und daher ein großzügiger Prüfungsmaßstab anzulegen ist, bleiben maßgebliche Parameter für die tatsächlich erbrachten Ausbildungsleistung zu wenig

oder gar nicht berücksichtigt. Das Regulativ differenziert bislang nur, zwischen welchen Leistungsstufen sich der Wechsel abspielt (Anhang I ÖFB-Regulativ) und ob ein Spieler über oder unter 23 Jahre alt ist. Interessanterweise erhöht sich die Ausbildungsentschädigung bei Spielern über dieser Altersgrenze (zumindest in bestimmten Spielklassen), obwohl doch anzunehmen ist, dass mit zunehmendem Alter des Spielers vom Verein kaum noch eine tatsächliche Weiterentwicklung iS einer Ausbildung gefördert werden kann. Besonders schwer wiegt mE, dass der für die tatsächlich erbrachte Ausbildungsleistung bedeutendste Parameter, die **Dauer der Zugehörigkeit** zum abgebenden Verein, völlig **unberücksichtigt bleibt**. All dies bewirkt, dass zB für einen knapp 40-jährigen Spieler, der nur eine halbe Saison für den abgebenden Verein spielte, eine höhere Entschädigung anfällt als für einen 22-Jährigen, der während seiner gesamten Jugend beim Verein ausgebildet wurde. Dies zeigt deutlich, dass die momentane Regelung zu unsachlichen Ergebnissen führt und unter dem Etikett der Ausbildungsentschädigung vielmehr wie eine Ablösesumme wirkt. Derartige Beschränkungen sind aber – wie spätestens seit *Bosman*³⁴⁾ geklärt sein dürfte³⁵⁾ – unzulässig. Auf den Punkt gebracht dürfen Vereine nämlich – jedenfalls nach Ablauf eines allfälligen (Arbeits-)Vertrags – auf Kosten der Freiheit des Spielers keine Gewinne aus dessen Wechsel erzielen, wie wenn es sich um den Verkauf einer Sache handelte. In sehr vielen Fällen wird daher die festgesetzte Ausbildungsentschädigung zu hoch oder zur Gänze unberechtigt sein, womit das Statut erheblichen Anpassungsbedarf aufweist.

Für die Zulässigkeit der Satzungsbestimmungen lässt sich auch nicht ins Treffen führen, dass der Spieler über alternative Wege zum Vereinswechsel verfügt. Ebenso wenig wie die allein im Ermessen des Vereins stehende Erteilung einer Freigabeerklärung (§ 8 ÖFB-Regulativ) stellt die Einhaltung einer mindestens einjährigen Wartefrist (§§ 11 f ÖFB-Regulativ) eine taugliche Alternative dar, kommt diese doch einem temporären Wettkampfverbot gleich.

Zu bejahen ist mE auch, dass das herkömmliche Mannschaftstraining von Amateurvereinen der Spieler überhaupt – wie vom OGH gefordert – eine Ausbil-

band 70 (72), leitet aus Art 2 GG ein Recht auf freie Sportausübung ab. Zum „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ s dens, aaO 79.

29) VfGH G 267/01 ua wbl 2003/234 (*Thiele*); G 1/87 ua VfSlg 11.483; jeweils zur Erwerbsfreiheit.

30) EuGH 16. 3. 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais*, Rz 39; 15. 12. 1994, C-415/93, *Bosman*, Rz 106.

31) BGH II ZR 305/98 NJW 1999, 3552, allerdings mit Skepsis hinsichtlich der Eignung.

32) Auch aufgrund dieses sportbezogenen Spezifikums erweisen sich jene Ansätze mE als zu restriktiv, wonach die generellen arbeitsrechtlichen Anforderungen an Ausbilderückersatzklauseln (vgl § 2 d AVRAG) zu stellen seien (zB *König/Fischer*, Ausbildungskosten-Rückersatz eines Leistungssportlers, in FS Dittrich [2000] 465 [466 ff]; *Resch*, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigungen, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA 2004, 87 [93 ff]). Ohnehin beziehen sich die genannten Autoren nicht auf den reinen Amateurbereich. Zu beachten ist auch, dass die hier betroffenen Ausbildungsleistungen nicht unmittelbar vom Spieler zu ersetzen sind, sondern von seinem neuen Verein.

33) Vgl zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers VfGH B 552/87 VfSlg 11.615; G 78/99 ua VfSlg 15.850; G 308/01 ua VfSlg 16.485.

34) EuGH 15. 12. 1994, C-415/93, *Bosman*, Rz 99 ff.

35) Vgl OGH 8 ObA 268/97 p wbl 1998, 543; OLG Wien 31 Ra 141, 145/94 ARD 4656/11/95.

dungsleistung von erheblicher Relevanz darstellt. Dagegen vertritt *Holzer*³⁶⁾, dass dem Auszubildenden ein höherer Wert als Berufssportler vermittelt werden müsse. Dies ist mE jedoch überzogen, weil damit Ersatzleistungen im Amateurbereich praktisch gänzlich unzulässig wären. Dies lässt jedoch die legitimen finanziellen Interessen der Vereine sowie der Allgemeinheit an einer weiterhin positiven Entwicklung des Breitensports Fußball³⁷⁾ außer Acht und würde die (primär lediglich idealen) Anliegen des Amateurs überbewerten.

4. Anpassungsmöglichkeit des ÖFB-Statuts

Als legitimes Ziel im Allgemeininteresse muss die finanzielle Förderung der Ausbildung durch Fußballvereine aber keinesfalls gänzlich beseitigt werden. Dies wäre auch hinsichtlich Art 1 Nr 2 FIFA-Reglement³⁸⁾ problematisch³⁹⁾, wonach die nationalen Verbände in ihren Transferbestimmungen Ausbildungs- und Fördererschädigungen vorzusehen haben. Allein aus diesem Grund erweist sich auch der Vorschlag *Reschs*⁴⁰⁾ als wenig aussichtsreich, dass die Vereine die entsprechenden Beträge unmittelbar von ihren Mitgliedern verlangen müssten.

Es ist daher zu überprüfen, inwieweit das jetzige System „sanitert“ werden kann. Wie erwähnt (B.3) steht dem ÖFB mE ein gewisser Spielraum für eine **pauschalierende Regelung** offen, sodass nicht uneingeschränkt auf die exakt erbrachte Ausbildung jedes einzelnen Vereins abgestellt werden kann und muss. Ohne an dieser Stelle ein detailliertes Konzept ausarbeiten zu können, sind mE aber folgende Eckpfeiler zu beachten: Die Ausbildungsentschädigung muss sich jedenfalls für jedes Jahr erhöhen, in dem ein Spieler für einen Verein spielberechtigt war. Länger zurückliegende Zeiträume sind freilich niedriger zu gewichten, weil ein Teil der erbrachten Ausbildung dem Verein ja bereits zugutegekommen ist (vgl § 2 d Abs 3 Z 3 AVRAG). Auch hinsichtlich des Alters des Spielers müsste differenziert werden, wobei für Spielzeiten im Nachwuchsbereich jedenfalls ab einem gewissen Alter (zB 16 Jahre) eine höhere Pauschale anfallen und diese mit zunehmendem Alter abnehmen sollte.⁴¹⁾ In diesem Zusammenhang ist mE eine gewisse Altershöchstgrenze (zB 23 bis höchstens 27 Jahre) einzuführen, ab deren Erreichen keine zusätzliche Ausbildungsentschädigung mehr anfällt. Zwar bleibt der Aufwand für den Verein ähnlich, das Mannschaftstraining dürfte aber in diesem Stadium kaum mehr zu einer effektiven Weiterentwicklung des Spielers beitragen, sodass eine finanzielle Abgeltung unsachlich erscheint. Ferner dient eine Entschädigung für ältere Spieler nicht mehr dem Allgemeininteresse an der Talentförderung. Beibehalten werden sollten die Abstufungen hinsichtlich der jeweiligen Spielklasse, von der und in welche der Spieler wechselt. Denn ein Aufstieg in eine höhere Liga belegt zugleich – bei pauschalierender Durchschnittsbetrachtung – eine besondere Qualität der Ausbildungsleistung. Auch eine erhöhte Abgeltung beim „Erwerb“ eines höherklassigen Spielers ist mE insofern gerechtfertigt, als die aufgewendeten Mittel bei Vereinen höherer Ligen idR auch höher ausfallen.

Zweifellos schwierig gestaltet sich die angemessene Festlegung jenes absoluten Betrags, den die Ausbildung eines Spielers pro Jahr in etwa „kostet“. Dem

könnte eine Durchschnittsrechnung mehrerer Vereine in unterschiedlichen Spielklassen zu Grunde gelegt werden, welche die jährlichen spielerbezogenen Ausgaben (Trainer, Ausrüstung, allfällige Platzgebühren usw) abzüglich der Mitgliedsbeiträge der Spieler auf die Anzahl der betreuten Spieler aliquotiert (vgl Anhang 4 Art 4 ff FIFA-Reglement).

Schließlich ergibt sich aus dem Verbot einer „maßgeblichen Beschränkung der Rechte des Spielers“ auch bei langjähriger Ausbildung bei einem Verein der Bedarf nach gewissen Höchstgrenzen, selbst wenn der tatsächliche Aufwand des Vereins höher sein sollte. Dies lässt sich einfach bewerkstelligen, indem man zu lang zurückliegende Spiel- bzw Ausbildungszeiten nicht mehr berücksichtigt. Die genaue Höhe dieser betragsmäßigen Grenze ist ohne konkrete Berechnungen schwer vorherzusagen; insgesamt wäre eine Orientierung an den momentan vorgesehenen Beträgen anzudenken, zumal sie bereits praxiserprobt sind.

Keinen erheblichen Anpassungsbedarf sehe ich bezüglich einer Ausweitung oder Streichung der **Übertrittszeiten** (§ 7 Abs 1 ÖFB-Regulativ). Einer jederzeitigen Wechselmöglichkeit ist nämlich die auch vom EuGH anerkannte Notwendigkeit „des geordneten Verlaufs von sportlichen Wettkämpfen“ entgegenzuhalten.⁴²⁾ Die Einschränkung auf zwei Transferzeiten pro Saison ist mE auch geeignet, um Wettbewerbsverzerrungen hintanzuhalten, und insgesamt verhältnismäßig.⁴³⁾ Allerdings wäre zu erwägen, die Länge der kürzeren Übertrittszeit im Sommer an jene des Winters anzupassen, weil kein sachlicher Differenzierungsgrund besteht. Jedenfalls erforderlich wäre es mE, die Frist zur Abmeldung gem § 11 Abs 1 ÖFB-Regulativ mit der allgemeinen Übertrittszeit gleichzusetzen. Momentan ist eine Abmeldung nur binnen der ersten sechs Tage der elftägigen Sommerübertrittszeit möglich, was nicht zuletzt die Gefahr für den Spieler birgt, eine rechtzeitige Abmeldung in der Hoffnung auf einen Vereinswechsel in der verbleibenden Übertrittszeit zu unterlassen.⁴⁴⁾ Ebenfalls unsachlich ist schließlich, dass eine Abmeldung nur in der Sommer-, nicht aber in der Winterübertrittszeit möglich ist. Das Erfordernis einer einjährigen Wartefrist für den entschädigungslosen Wechsel ist mE indessen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Immerhin bietet die Abmeldung mit Sperrfrist dem Spieler eine alternative Möglichkeit des Vereinswechsels zur Leistung der Ausbildungsentschädigung, sodass dessen Rechte sogar erweitert werden.⁴⁵⁾ →

36) *Holzer*, DRdA 1996, 197 (198).

37) Vgl auch *Reuter* in *Württembergischer Fußballverband* 50 (61).

38) Veröffentlicht: http://de.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/06/30/78/statusinhalt_de_122007.pdf (18. 3. 2013).

39) Die FIFA fungiert wiederum quasi als „Dachverband“ des ÖFB. Zu diesen Strukturen s ausführlich EuGH 15. 12. 1994, C-415/93, *Bosman*, Rz 3 ff.

40) *Resch*, DRdA 2004, 87 (97).

41) Vgl *Christ*, ÖJZ 2005, 370 (381).

42) EuGH 13. 4. 2000, C-176/96, *Lehtonen*, Rz 53 f.

43) Ebenso *Christ*, ÖJZ 2005, 370 (377); kritisch *Ennöckl*, *Bosman* im *Abseits?* – Neue Rsp des EuGH zum Berufs- und Amateursport, *ecolex* 2000, 691 (694).

44) Zutr *Christ*, ÖJZ 2005, 370 (377).

45) Vgl dagegen zur Unzulässigkeit der ausschließlichen Austrittsmöglichkeit unter Einhaltung einer Wartefrist OLG Linz 11 Ra 292/97 h SpuRt 1998, 72; LG Ried 14 Cga 134/97 p SpuRt 1998, 69.

Alter des Spielers/ LSt erwerbender Verein	1. LSt.	2. LSt.	3. LSt.	4. LSt.	5. LSt.	6. LSt.	7. LSt.
12 – 15 Jahre	€ 3.000,-	2.200,-	1.500,-	1.200,-	900,-	650,-	500,-
16 – 23 Jahre	€ 4.000,-	2.900,-	2.000,-	1.600,-	1.250,-	850,-	700,-
24 – 25 Jahre	€ 3.500,-	2.500,-	1.750,-	1.400,-	1.100,-	750,-	600,-

Tabelle

Zur besseren Illustration dieser Anpassungsvorschläge soll die folgende Tabelle als **Beispiel** einer möglichen Bemessung dienen, wobei selbstverständlich im Detail noch großer Ermessensspielraum verbleibt. Im Beispiel wird die Entschädigung für einen Spieler aus der 7. oder einer niedrigeren Leistungsstufe pro absolviertes Spielzeit für den abgebenden Verein festgelegt. Zu beachten ist, dass der angeführte Betrag nur in den beiden letzten Spielzeiten mit 100%, mit 65% für länger als zwei, aber kürzer als vier Jahre zurückliegende Spielzeiten und mit 30% für länger als vier, aber kürzer als sechs Jahre zurückliegende Spielzeiten, die der Spieler beim abgebenden Verein tätig war, zu bemessen ist. Länger zurückliegende Spielzeiten bleiben generell außer Betracht ebenso wie Spielzeiten von über 25-Jährigen.⁴⁶⁾ Die absolute Höhe der Beträge wurde dabei so gewählt, dass die Ausbildungsentschädigung für einen 20-jährigen Spieler, der sechs oder mehr Jahre beim Verein tätig war, in etwa der momentan in Anhang I ÖFB-Regulativ vorgesehenen Ausbildungsentschädigung entspricht. (s Tabelle)

C. Rechtsfolgen

1. Absolute Teilnichtigkeit geleisteter Ausbildungsentschädigungen

Ein Verstoß gegen die genannten Vorgaben ist sittenwidrig und führt zur Nichtigkeit der betroffenen Satzungsbestimmung des ÖFB-Statuts. Problematisch ist, dass die Bestimmung für eine unüberschaubare Zahl von Fällen gilt, aber nicht in jeder Konstellation ungeeignet oder unverhältnismäßig als Anreiz zur Förderung junger Spieler ist. Trotz der Vergleichbarkeit zu einer generellen Norm kann der OGH die Bestimmung aber nicht einfach außer Kraft setzen, wie der VfGH ein Gesetz aufheben würde, sondern hat die Vorschreibung der Ausbildungsentschädigung nur im Einzelfall für sittenwidrig zu erklären. Naheliegend ist es, nur **Teilnichtigkeit** in dem Umfang anzunehmen, in dem der vorgeschriebene Betrag die im konkreten Fall tatsächlich erbrachte Ausbildungsleistung übersteigt oder die Höhe der Ausbildungsentschädigung eine unverhältnismäßige Einschränkung der Rechte des Spielers mit sich brächte (zur Konkretisierung dieser Vorgaben vgl B.4). Dafür spricht, dass Ausbildungsentschädigungen nicht **per se** unzulässig sind, sondern nur soweit sie der gebotenen Interessenabwägung nicht standhalten.⁴⁷⁾ Ähnlich wie bei übermäßigen Vereinsstrafen stellt sich aber die umstrittene Frage, ob eine solche Herabsetzung der Entschädigung durch das Gericht nicht einen unzulässigen Eingriff in die Satzungsautonomie darstellt und sich die Entscheidung daher auf die bloße Feststellung der Unwirksamkeit beschränken muss.⁴⁸⁾ Solange sich

die Entscheidung jedoch wie beim Ausspruch von Teilnichtigkeit in den Grenzen des vorgelegten Streitgegenstands hält,⁴⁹⁾ bestehen keine Einwände gegen eine „Änderungsbefugnis“ des Gerichts. Es wäre auch nicht einsichtig, warum die Vereinsautonomie in dieser Hinsicht stärkeren Schutz als die allgemeine Privatautonomie haben soll.⁵⁰⁾

Den tatsächlichen Aufwand als wichtigstes Kriterium bei der Inhaltskontrolle exakt zu bemessen, dürfte praktisch jedoch nur schwer möglich sein.⁵¹⁾ Dies wirft die Frage auf, wen die diesbezügliche Beweislast trifft. Obwohl absolute (dazu sogleich) Nichtigkeit von Amts wegen wahrzunehmen ist und folglich entsprechende Erhebungen vom Gericht durchzuführen sind, bleibt die Frage nach der **objektiven Beweis- oder Feststellungslast**, also zu wessen Nachteil ein allfälliges Non-liquet ausschlägt.⁵²⁾ Nach allgemeinen Regeln obliegt dem Entschädigungspflichtigen als jenem, der sich auf die Sittenwidrigkeit beruft, die Beweislast für jene Umstände, welche diese begründen,⁵³⁾ also auch dafür, dass die Höhe der Leistung nicht dem tatsächlich erbrachten Aufwand entspricht. Die Schwierigkeit für den übernehmenden Verein (im Ausgangsstreit: für den Kläger), den tatsächlich geleisteten Aufwand des abgebenden Klubs zu beweisen, ist evident. Gewisse Abhilfe schafft allerdings jene Rsp, wonach die Gegenpartei „zur Offenlegung prozessrelevanter, dem Gegner sonst nicht zugänglicher, Umstände [...]“ verpflichtet ist, wobei eine Verletzung dieser Pflicht im Rahmen der Beweiswürdigung nachteilige Folgen haben kann.⁵⁴⁾ Ist erwiesen, dass die Regelung in concreto unangemessen, aber nicht gänzlich nichtig ist, kann für die Ermittlung des Ausmaßes der Teilnichtigkeit mE § 273 ZPO herangezogen werden.

Bei der Frage, wer die Unwirksamkeit der Satzung geltend machen kann, ist zu bedenken, dass es nicht ausreichend sein kann, nur den von der Nichtigkeits-

46) Vgl die in EuGH 15. 12. 1994, C-415/93, *Bosman*, Rz 23, referierten Regelungen aus Spanien und Frankreich.

47) Vgl allgemein, zB G. *Graf in Kletečka-Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 232; *Krejci in Rummel*⁶ § 879 Rz 250.

48) Dafür *Aicher in Rummel*⁶ § 26 Rz 48; wohl auch OGH 6 Ob 544/86 JBl 1987, 650; dagegen *Rechberger/Frauenberger*, Der Verein als „Richter“, *ecolex* 1994, 5 (8); für „Mäßigungsrecht“ *Rummel*, Privates Vereinsrecht im Konflikt zwischen Autonomie und Kontrolle, in FS Strasser (1983) 813 (841); vgl ferner 3 Ob 567/92 JBl 1993, 597; 6 Ob 544/86 JBl 1987, 650: gerichtlich voll überprüfbar.

49) *Rechberger/Frauenberger*, *ecolex* 1994, 5 (8).

50) Vgl OGH 6 Ob 727/78 SZ 51/154.

51) Am ehesten zielführend wäre mE die oben unter B.4 vorgeschlagene Aliquotierung der Kosten des Spielbetriebs.

52) Siehe zB *Rechberger in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III² (2004) Vor § 266 ZPO Rz 26.

53) BGH III ZR 66/72 NJW 1974, 1821; VIII ZR 82/94 NJW 1995, 1019; allgemein *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 760 mwN.

54) OGH 6 Ob 44/09 b Zak 2009, 219 mwN.

sanktion zu schützenden Spieler als legitimiert anzusehen. Denn die Ausbildungsentschädigung ist als Verpflichtung zwischen den Vereinen vorgesehen, sodass er an den betreffenden Rechtsstreitigkeiten idR nicht beteiligt sein wird und die Verbotswidrigkeit daher nicht einwenden könnte. Dadurch liefe sein Schutz ins Leere. Vorzugswürdig und im Interesse effektiven Rechtsschutzes notwendig ist daher mE die Rechtsfolge **absoluter Nichtigkeit**; alternativ wäre auch eine auf den geschützten Personenkreis, nämlich den Spieler sowie den übernehmenden Verein, eingeschränkte relative Nichtigkeit denkbar.

Weitreichende Konsequenzen hat die Entscheidung des OGH nach der hier vertretenen Auffassung für in der Vergangenheit geleistete Entschädigungen iZm einem „Zwangserwerb“. Soweit diese nichtig sind, besteht nämlich ein Bereicherungsanspruch gem § 877 ABGB,⁵⁵⁾ für den die lange,⁵⁶⁾ bei Vereinen also eine 40-jährige Verjährungsfrist gilt (§ 1472 ABGB).⁵⁷⁾ Im Hinblick darauf ist va auf die Vernunft der Vereine zu hoffen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und im Vertrauen auf eine einigermaßen ausgeglichene Bilanz hinsichtlich der „Spielerkäufe“ und „-verkäufe“, lange Zeit zurückliegende Entschädigungen nicht mehr zurückzuverlangen. Eine gewisse „klagehemmende“ Wirkung sollte auch die Zuweisung der Beweislast zum erwerbenden Verein haben.

2. Rechtsschutz der Spieler

Schließlich drängt sich die Frage auf, welche Rechtsschutzmöglichkeiten einem Spieler offenstehen. Da er von der Leistungspflicht nicht unmittelbar betroffen ist, kann er allenfalls einer Rechtsstreitigkeit zwischen zwei Vereinen als Nebenintervenient beitreten. Dagegen kann er den Wechsel nicht einfach vollziehen und sich in die Rolle des Beklagten zurückziehen, weil er faktisch von keinem Verein eingesetzt würde, ohne das vom ÖFB-Regulativ vorgegebene Prozedere eines Vereinswechsels beschritten zu haben. Zu groß wäre die Gefahr der möglichen Sanktionen durch den ÖFB (zB Strafverifizierung der betroffenen Spiele) zulasten seines Vereins.

Eine aktive Klageführung durch den Spieler stößt aber auf erhebliche Probleme: Eine Leistungsklage gegen seinen bisherigen Verein auf Freigabe scheidet mE aus, weil den Verein keine Pflicht hierzu trifft. Das Problem liegt vielmehr darin, dass das vom Verband vorgesehene Freigabeverfahren ohne Zustimmung durch den Verein (§§ 9 f ÖFB-Regulativ) unzulässig ausgestaltet ist, also dem Spieler auch eine erleichterte Möglichkeit des Wechsels ohne Freigabe des Vereins zustehen muss.

Erforderlich wäre vielmehr eine Klage auf Zulässigkeit eines Übertritts ohne bzw gegen geringere Entschädigung gegenüber dem oder den jeweiligen Landesverbänden.⁵⁸⁾ Begründen ließe sich ein derartiger Anspruch mE am ehesten in Entsprechung der Rsp⁵⁹⁾ zum **Kontrahierungszwang** von Monopolunternehmen.⁶⁰⁾ Auch im konkreten Fall ist der Spieler auf die „Leistung“ des Monopolinhabers, nämlich die Zulassung zum Spielbetrieb, angewiesen, weshalb eine durchsetzbare Pflicht des Vereins bestehen muss, die Gewährung dieser „Leistung“ nicht von einer sittenwidrigen Ausbildungsentschädigung abhängig zu machen. Der Anspruch könnte mittels

Leistungsbegehren auf Einwilligung (vgl § 367 EO) zum Vereinswechsel allenfalls Zug um Zug gegen Leistung der angemessenen Entschädigung⁶¹⁾ oder auf Unterlassung der Vorschreibung einer (zu hohen) Ausbildungsentschädigung durchgesetzt werden.⁶²⁾ Allenfalls ist auch ein Feststellungsbegehren denkbar.

Kann indes bereits der Anspruch selbst keineswegs als gesichert gelten, stößt dessen Durchsetzung auf zusätzliche Probleme. Aufgrund der zeitlichen Komponente, dass ein Verfahren kaum schnell genug abgeschlossen wird, um einen unverzüglichen Wechsel des Spielers vor Saisonbeginn zu ermöglichen, könnte nur eine **einstweilige Verfügung gem § 381 Z 2 EO** Abhilfe schaffen.⁶³⁾ Fraglich ist zunächst, ob ein „drohender unwiederbringlicher Schaden“ des Spielers iSd § 381 Z 2 EO gegeben ist. Ein „Schaden“ iSd § 381 Z 2 EO ist wohl konsequenterweise zu bejahen, wenn man aus Art 8 EMRK einen so weitreichenden Schutzbereich ableitet (oben B.2), dass auch die Freizeitgestaltung hiervon erfasst ist. Dann ist aber auch Unwiederbringlichkeit gegeben, weil es sich um keinen Verlust finanzieller Interessen handelt und immaterielle Interessen nicht kompensiert werden können.⁶⁴⁾ Ebenfalls erfüllt ist die von der hRsp geforderte Voraussetzung, dass sich die einstweilige Verfügung – auch bei Regelungsverfügungen – im Rahmen des Hauptanspruchs halten muss.⁶⁵⁾

Zu guter Letzt bleibt die Frage, welche Konsequenzen es hätte, wenn sich die einstweilige Verfügung im Nachhinein als unberechtigt herausstellte: Überschießend wäre es wohl, sämtliche Spiele des neuen Vereins zu annullieren, weil der betroffene Spieler nicht spielberechtigt gewesen wäre. Denn anders als bei einstweiligen Verfügungen gegen ein Verbot oder eine Sperre⁶⁶⁾ ist nicht strittig, dass der Spieler überhaupt für den neuen Verein spielen darf. Es geht nur darum, ob und in welcher Höhe hierfür eine Entschädigung zu bezahlen ist. Sachgerecht ist es daher, dass die Zahlungspflicht des erwerbenden Vereins nachträglich mit der Entscheidung des Rechtfertigungsverfahrens eintritt. Aus diesem Grund erweist sich die Anforderung als wenig problematisch, dass durch die Verfügung keine nicht rückführbare Sachlage geschaffen werden

55) RIS-Justiz RS0016323 (T 6, T 7), zB OGH 2 Ob 322/00 t SZ 74/11; *Bollenberger* in KBB³ § 877 Rz 2; § 879 Rz 31 mwN auch der Gegenansicht.

56) Statt aller OGH 2 Ob 322/00 t SZ 74/11; *Krejci in Rummeß* § 879 Rz 261.

57) HM, zB *Perner in Kletečka-Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1472 Rz 2.

58) Vgl zB OGH 9 ObA 18/07 y Arb 12.695.

59) RIS-Justiz RS0016745, zB OGH 6 Ob 686/90 EvBl 1991/66.

60) Zur Übertragbarkeit auf Sportverbände: OGH 2 Ob 232/98 a ARD 5032/11/99; 7 Ob 273/03 b ecolex 2004/122 (*Hauser*): BGH KZR 3/67 NJW 1969, 316; s auch *Christ*, ÖJZ 2005, 370 (375).

61) Die Probleme der Bezifferung dieses Begehrens sind evident, vgl C.1.

62) Vgl zum Unterlassungsanspruch speziell OGH 10 Ob 50/06 k EvBl 2007/13.

63) Bei einer Feststellungsklage ist zu beachten, dass die Rsp einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Feststellungsansprüchen nur zulässt, wenn diesen bedingte oder künftige Leistungsansprüche zugrunde liegen (RIS-Justiz RS0011598; dagegen *König*, Einstweilige Verfügungen⁴ [2012] Rz 2/34 ff). Allerdings hat der OGH darin in vergleichbaren Verfahren kein Hindernis erblickt, zB 8 Ob 276/00 x ZIRV 2001/51; 9 ObA 18/07 y Arb 12.695.

64) Allgemein zB *Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner* 7. EL (2002) § 381 Rz 14 mwN.

65) RIS-Justiz RS0004815, zB OGH 6 Ob 504/94 ÖBA 1995, 311.

66) ZB OGH 2 Ob 232/98 a ARD 5032/11/99; 7 Ob 273/03 b ecolex 2004/122 (*Hauser*).

darf.⁶⁷⁾ Das Ergebnis des Hauptverfahrens, dass der Spieler entschädigungslos (bzw gegen geringere Entschädigung) wechseln darf, wird durch die einstweilige Verfügung nicht endgültig vorweggenommen.

Wenngleich ein unmittelbarer Anspruch des Spielers mE anzuerkennen ist, bleibt dessen Durchsetzbarkeit mit ausgesprochenen Schwierigkeiten und erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet. Ein alternativer, aus diesem Grund praxisrelevanter Weg bestünde für den Spieler darin, den „Zwangserwerb“ durch den erwerbenden Verein vorzufinanzieren und die daraus resultierenden Bereicherungsansprüche entweder nach vorhergehender Zession oder gem § 1042 ABGB⁶⁸⁾ gegen den abgebenden Verein geltend zu machen.

D. Zusammenfassung

Das bei der Interessenabwägung gem § 879 ABGB maßgebliche Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) und zumindest in Einzelfällen die Erwerbsfrei-

heit (Art 6 StGG) erfordern mE eine Anpassung des jetzigen ÖFB-Regulativs in Bezug auf die vorgesehenen Ausbildungs- und Forderungsentschädigungen. Durch umfassende Differenzierungen muss sich dieses stärker an der tatsächlich erbrachten Ausbildung orientieren, um ein erhöhtes Maß an Einzelfallgerechtigkeit im Interesse der Mobilität der Spieler zu erreichen.

Die bisherige Regelung hält in vielen Fällen der Inhaltskontrolle gem § 879 ABGB nicht stand. Dies hat Teilnichtigkeit bereits geleisteter Entschädigungen und Bereicherungsansprüche gem § 877 ABGB zur Folge. Die Möglichkeiten des Spielers, die Unwirksamkeit prozessual geltend zu machen, gestalten sich als überaus schwierig. Eine möglichst zeitnahe Reform durch den ÖFB ist nicht zuletzt aus diesem Grund wünschenswert.

67) ZB RIS-Justiz RS0005696, OGH 1 Ob 136/08 v JBI 2009, 182 uam; s konkret *Zackl*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht (2006) Rz 80; LG Stuttgart 27 O 382/81.

68) Anders als im Ausgangsrechtsstreit (FN 10) kommt es in diesen Fällen tatsächlich zu einem Zwangserwerb und der damit verbundenen Verpflichtung.

→ In Kürze

Der Autor leitet aus den Anforderungen, die der OGH in 2 Ob 157/12 w jüngst an verbandsrechtliche Ausbildungsentschädigungen im Amateurfußball stellte, die Unzulänglichkeit der derzeitigen Transferbestimmungen des ÖFB ab und zeigt konkreten Änderungsbedarf und -alternativen auf. Ferner werden die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten des Spielers behandelt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Ass. MMag. Dr. Martin Trenker ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Universität Innsbruck, Innrain 52 d, 6020 Innsbruck.
Tel: +43 (0)512 50 78 365,
E-Mail: martin.trenker@uibk.ac.at
Internet: www.uibk.ac.at/unternehmensrecht

Vom selben Autor erschienen:

Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012); Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013,

4; Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 42/12 p und BGH II ZR 255/08, wbl 2013, 1 (mit *Demetz*); GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBI 2012, 281.

Literatur:

Reissner in *Reissner*, Sport als Arbeit (2008), Hobbysportler, Arbeitnehmer oder freier Dienstnehmer – Rechtsbeziehungen von Sportlern aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1; *Hollerer*, Der Berufsfußballer im Arbeitsrecht (2003) 50; *Christ*, Vereinswechsel im Amateurfußball, ÖJZ 2005, 370; *Resch*, Europarechtliche Fragen zu Ausbildungsentschädigungen, Transfersystem und dem Recht des Spielers auf Freigabe, DRdA 2004, 87; *Holzer*, Der Fall Bosman und der österreichische Sport, DRdA 1996, 197.

Links:

www.oefb.at/_uploads/_elements/1835_file1.pdf
www.oefb.at/_uploads/_elements/61254_100601_oefb_satzungen.pdf
http://de.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/06/30/78/statusinhalt_de_122007.pdf

