

18. Jahrgang
Heft 4/2011 Juli/August
Verlag C. H. Beck
Wilhelmstr. 9, 80801 München
Telefon 0 89/3 81 89-0
Stämpfli Verlag AG
Wölflistr. 1, CH-3001 Bern
Telefon 0 31/3 00 66 66

SpURt

Zeitschrift für Sport und Recht

Redaktion und Schriftleitung:
Rechtsanwalt Dr. Jochen Fritzweiler
Marktler Str. 19, 84489 Burghausen
Tel.: 0 86 77/87 58 78-0,
Fax: 0 86 77/ 8 75 87 89
Korrespondenten: Siehe Impressum

Mitbegründet von
Erika Scheffen, Richterin am BGH a. D.

Herausgegeben von
Goetz Eilers (DFB), Rechtsanwalt
Dr. Jörg Englisch (DFB), Justiziar
Dr. Jochen Fritzweiler, Rechtsanwalt
Prof. Dr. Wolfgang Grunsky
Dr. Christian Krähe, Rechtsanwalt
Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl
Dr. Stephan Netzle, Rechtsanwalt
Prof. Dr. Bernhard Pfister

Dr. Clemens Prokop (DLV), DirAG
Prof. Dr. Arndt Raupach, Rechtsanwalt
Dr. h. c. Volker Röhrich, Vors. Richter am BGH a. D.
Prof. Dr. Udo Steiner, RiBVerfG a. D.
Prof. Dr. Rudolf Streinz
Dr. Thomas Summerer, Rechtsanwalt
Dr. Walther Thöny
Prof. Dr. Klaus Vieweg
Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker

in Verbindung mit der Deutschen Vereinigung für Sportrecht e.V. –
Konstanzer Arbeitskreis für Deutsches und Internationales Sportrecht –
und der ISLA (International Sport Lawyers Association)

Editorial

Der Hin und Her gerissene Sportfernseher

Als die Anfrage wegen eines Editorials einging und registriert wurde, stand spontan eine Absage im Raum, denn diese Literaturgattung war mir nur aus meiner fünfzig Jahre zurückliegenden Zeit als „Chefredakteur“ der Schülerzeitung des Brettener Melanchthon-Gymnasiums in Erinnerung. Bei der Formulierung der Absage kam mir aber die gerade gesehene 4. Etappe der Tour de France in den Kopf. Beim Rückblick auf diese Etappe musste ich feststellen, dass ich mir über meine Gefühle beim Betrachten der letzten halben Stunde der Tour-etappe nicht ganz im Klaren war. Wenn ich mich richtig beobachtet habe, hat es mich gefreut, dass die Etappe trotz der kleinen Steigung vor dem Ziel nicht von Alberto Contador gewonnen worden war, und noch mehr – was freilich an die Grenze der Gehässigkeit geht –, das er – wie sein Jubel durch hochgerissene Arme zeigte – meinte, gewonnen zu haben. Womit hat Contador das verdient? Es ist der langjährige und nicht unbegründete Dopingverdacht, der nicht nur diesen Radhelden belastet. Diesen Verdacht sollte zwar die Unschuldsvermutung, über die der Verfasser dieses Editorials seine Habilitationsschrift geschrieben hat, im Zaum halten, doch schafft sie es nicht, den Verdacht beim Sportfernseher auszublenden.

Der Sportfernseher, dem es wie den meisten Mitsehern vor allem um Fußball geht, hat im Moment noch eine weitere Schwierigkeit zu bewältigen. Er „muss“ sich die Frauen-Fußballweltmeisterschaft ansehen und sich „vormachen“, dass sei Fußball der Extraklasse, obwohl kein Weltmeisterschaftsspiel es mit einem durchschnittlichen (Männer-)Bundesligaspiel aufnehmen kann. Etwas langsamer laufende, springende, schwimmende oder rudernde Frauen kann man ohne Vorurteile bewundernd ansehen, aber beim Fußball werden die Unterschiede zu der von Männern betriebenen Sportart doch offensichtlicher (von den Schiedsrichterinnen ganz zu schweigen). Dass man diese Unterschiede leider nicht „wegdenken“ kann, wenn man ein Frauen-Fußballspiel betrachtet, ändert allerdings nichts daran, dass man sich – allerdings nicht nur aus sportlichen Gründen – für die deutsche Mannschaft den Weltmeistertitel wünscht. Und dennoch: ebenso wichtig, wenn nicht wichtiger ist es, dass die 1. Bundesliga bald wieder den Sportbetrieb aufnimmt.

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Kristian Kühl, Tübingen

Jugendarbeitsschutz im professionellen Mannschaftssport

Von Rechtsanwalt Dr. Peter Heink, Stuttgart

Einleitung

Am 25. 1. 2011 erzielte der Spieler des FC Schalke 04 Julian Draxler ein spektakuläres „Nachttor“¹ gegen den 1. FC Nürnberg. Auf Grund der medialen Aufmerksamkeit für das Viertelfinale des DFB-Pokals, aus dessen Anlass die Einwechslung Draxlers erfolgte, war erstmals ein mehr als akademisches Interesse an einer arbeitsschutzrechtlichen Frage im deutschen Profimannschaftssport geweckt worden². Im Anschluss an das nämliche Spiel hatte auf Anzeige eines Bochumer Berufsschullehrers die Bezirksregierung Münster über die arbeitsschutzrechtliche Zulässigkeit der Einwechslung Draxlers um kurz vor 23 Uhr zu entscheiden. Eine Sanktionierung des Arbeitgebers wegen des Einsatzes erfolgte nicht. Neben das arbeitszeitrechtlich stets zu beklagende Kontrolldefizit³ tritt damit nun auch ein Vollzugsdefizit, da erstens der Auffassung der Bezirksregierung nicht gefolgt werden kann und zweitens zur Herstellung der Vereinbarkeit der Beschäftigung jugendlicher Sportprofis mit geltendem Jugendarbeitsschutz weit mehr gehörte als die (Über-) Dehnung des Wortlauts des § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG. Der nachfolgende Beitrag nimmt den „Fall Draxler“ zum Anlass, um die Arbeitszeitrechtskonformität des professionell betriebenen Jugendsports einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Der Beitrag beschränkt sich auf die arbeitszeitrechtliche Beurteilung der Beschäftigung jugendlicher und klammert den kulturellen Arbeitszeitschutz⁴ an Sonn- und Feiertagen, §§ 17 und 18 JArbSchG, sowie die Samstagsruhe, § 16 JArbSchG, aus.

I. Anwendbarkeit des Jugendarbeitsschutzgesetzes

Das Jugendarbeitsschutzgesetz⁵ findet nach § 1 Anwendung auf die Beschäftigung von Personen, die noch nicht 18 Jahre alt sind. Der Begriff des Beschäftigten in diesem Sinne ist weiter als der des Arbeitnehmers⁶. § 1 Abs. 1 Nr. 2 JArbSchG erstreckt den sachlichen Anwendungsbereich ausdrücklich auf Beschäftigten „als Arbeitnehmer“. Jugendliche Fußballprofis sind üblicherweise auf Grund eines vom Deutschen Fußball-Bund e. V. lizenzierten Vertrags angestellt⁷. Auf Grund der Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb sind Jugendliche ebenso wie ihre

erwachsenen Kollegen⁸ Arbeitnehmer⁹. Dies gilt auch für eine Beschäftigung als Vertragsamateure¹⁰. Auf Grund der Weite des Begriffes der Beschäftigung fallen jugendliche Vertragsamateure ebenso wie die als Profis Beschäftigten unter den Anwendungsbereich des Jugendarbeitsschutzgesetzes.

II. Der Arbeitsalltag eines „Jungprofis“

1. Rechtstatsächliche Grundlage

Quantitative empirische Studien zum Ablauf eines Arbeitstages eines Jungprofis sind nicht bekannt. Sachverhalte für die arbeitszeitrechtliche Bewertung nach dem Jugendarbeitsschutzgesetz lassen sich im Wesentlichen¹¹ der Sportfachpresse entnehmen¹². Für die nachfolgende Betrachtung wird unterstellt, dass jugendliche Sportprofis den Tagesablauf parallel zu den erwachsenen Sportlern absolvieren. Soweit einzelne Sportarbeitgeber den Jugendlichen eine geringere Trainingszeit und insgesamt weniger Tätigkeit abverlangen und dabei längere Pausen und Ruhezeiten gewähren, kann sich dies auf die rechtliche Bewertung auswirken.

2. Typischer Arbeitsalltag

Der typische Arbeitsalltag eines Fußballprofis ist im Wesentlichen von Trainingszeiten bestimmt¹³. Hinzu kommen während des Kalenderjahres eine große Anzahl an Wettkämpfen und der Zeitaufwand für sportärztliche Untersuchungen und Betreuung, Teilnahme an Dopingkontrollen, Mannschafts- und Einzelbesprechungen, Sponsoren- und Presse Termine, Autogrammstunden, Reisen, Massagen und Umkleiden. Der Zeitaufwand eines Fußballprofis der ersten Fußball-Bundesliga ist geprägt von wöchentlich mehreren Stunden Reisezeit und einer Rückkunft von zu absolvierenden Auswärtsspielen teilweise erst in der Nacht um 3 oder 4 Uhr. Vor einem sportlichen Wettkampf und während eines Trainingslagers endet die Tagesplanung der sportlich Verantwortlichen für die Sportler erst zwischen 22:00 und 23:00 Uhr. Die erste Tätigkeit des sich anschließenden Tages beginnt teilweise zwischen 07:00 und 08:00 Uhr. Abhängig beschäftigte Sportler wenden im Interesse ihres Arbeitgebers bezogen auf einen Tag und auch unter Bezug auf einen Wochenzeitraum in der Regel deutlich mehr Zeit auf als Beschäftigte anderer Branchen¹⁴. Eine „besondere Zeitstruktur“¹⁵ des Sportbetriebes äußert sich hierbei darin, dass die Kriterien für die zeitliche Organisation des Sportbetriebes keine arbeitszeitrechtlichen sind¹⁶. Wo das Jugendarbeitsschutzgesetz den Gesundheitsschutz und die Sicherstellung eines ausreichenden Freiraums zur Persönlichkeitsentfaltung als Zwecke verfolgt¹⁷, füllt der Sport mit dem geltenden Leistungsprinzip den bestehenden Freiraum des

1 Himmelmuth/Menke, Draxlers Nachttor wird zum Präzedenzfall, 11. 2. 2011, <http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,744758,00.html>, zuletzt gefunden am 22. 6. 2011; Menke/Himmelmuth, Jungstar Jubel, Jugendschutz, 1. 3. 2011, <http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,748243,00.html>, zuletzt gefunden am 22. 6. 2011.

2 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. 2. 2011, Nr. 42, S. C3; Himmelmuth/Menke (Fn. 1); Menke/Himmelmuth (Fn. 1).

3 Schlottfeld, Christian in: Ignor, Alexander/Rixen, Stephan (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2008, § 9 Teil B, Rn. 70.

4 Zum Begriff vgl. Schlottfeld in: Ignor/Rixen, (Fn. 3), Teil C Rn. 83.

5 Jugendarbeitsschutzgesetz vom 12. 4. 1976, BGBl. I S. 965, zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. 10. 2008, BGBl. I S. 2149, nachfolgend: „JArbSchG“.

6 Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage, München 2011, § 1 JArbSchG, Rn. 4 m. w. N.

7 Wüterich, Christoph/Breucker, Marius, Das Arbeitsrecht im Sport, Stuttgart 2006, 2. Teil § 4 Rn. 114.

8 BAG, Urt. v. 17. 1. 1979 – Az. 5 AZR 498/77 = NJW 1980, 233 – 234; BAG, Urt. v. 10. 5. 1990 – Az. 2 AZR 607/89 = AP Nr. 51 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

9 Wüterich/Breucker, (Fn. 7), Rn. 312.

10 BAG, Urt. v. 10. 5. 1990 (Fn. 8); Preis in: ErfKomm, (Fn. 6), § 611 BGB Rn. 95.

11 Qualitative Studie bei Heink, Peter, Sportspezifischer Arbeitsschutz – Anpassung des Rechts oder Anpassung an das Recht, erscheint demnächst im NOMOS-Verlag.

12 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. 2. 2011, Nr. 42, S. C 3; „So baut Klinsi die Bayern um“, Sportbild vom 23. 1. 2008, S. 20 ff., 22.

13 Heink, Peter, (Fn. 11).

14 Heink, Peter, (Fn. 11).

15 Praxishandbuch Sportrecht, hrsg. von Fritzweiler, Jochen, Pfister, Bernhard, Summerer, Thomas, 2. Auflage München 2007, Teil 3 Rn. 30.

16 Heink, Peter, (Fn. 11).

17 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), Rn. 1.

Jugendlichen bis zum Äußersten aus und führt den Sportler an die gesundheitlichen Grenzen oder darüber hinaus¹⁸. Der Zeitaufwand im professionellen Mannschaftssport liegt täglich zwischen null Stunden an freien Tagen und drei bis vier Stunden im Bereich der Regeneration bis zu 14 oder 15 Stunden¹⁹. Über die arbeitszeitrechtliche Bewertung ist damit noch nichts ausgesagt.

III. Verbotsnormen des Jugendarbeitsschutzgesetzes

Das Jugendarbeitsschutzgesetz verbietet nicht nur die Nachtarbeit in § 14 JArbSchG wie im „Fall Draxler“. Entsprechend des umfassenden Schutzzwecks des Gesetzes²⁰ ist die Beschäftigung Jugendlicher arbeitszeitrechtlich hinsichtlich ihrer Dauer, § 8 JArbSchG, der Pausengestaltung, § 11 JArbSchG und der Freizeit, § 13 JArbSchG Beschränkungen unterworfen.

1. Dauer der Arbeitszeit

§ 8 JArbSchG sieht eine tägliche und wöchentliche Obergrenze für die Beschäftigungsdauer Jugendlicher von acht und 40 Stunden vor. Eine Woche im Sinne der Vorschrift umfasst die Zeit von Montag bis Sonntag, § 4 Abs. 4 JArbSchG²¹.

2. Ruhepausen

§ 11 JArbSchG legt die Mindestdauer der vom Arbeitgeber zu gewährenden Pausen abhängig von der Arbeitszeitdauer fest. § 11 Abs. 2 Satz 2 JArbSchG legt eine Höchstdauer von viereinhalb Stunden der ununterbrochenen Beschäftigung Jugendlicher fest.

3. Freizeit

§ 13 ArbSchG verlangt eine mindestens zwölfstündige Freizeit für den Jugendlichen nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit. Die Freizeit muss ununterbrochen gewährt werden. Merkmal der Freizeit ist die Freistellung von jeder Beschäftigung²². Eine angeordnete Rufbereitschaft während der Freizeit bedeutete einen Verstoß gegen das Beschäftigungsverbot²³. Eine Ausnahme von der Zwölfstundenregel enthält § 14 Abs. 7 JArbSchG. Danach bedarf es einer vierzehnstündigen Freizeit, wenn Jugendliche bei Musikaufführungen und anderen Veranstaltungen im Sinne der Vorschrift nach 23 Uhr mitwirken.

4. Nachtruhe

§ 14 JArbSchG regelt detailliert die Nachtruhe von Jugendlichen. Grundsätzlich gilt ein Beschäftigungsverbot für Jugendliche außerhalb des Zeitraums von 6 bis 20 Uhr, § 14 Abs. 1 JArbSchG. Damit ist die Lage der achtstündigen Tätigkeit auf diesen Zeitraum festgelegt.

IV. Arbeitszeit eines Jungprofis

1. Begriff

Arbeitszeit im Sinne des Jugendarbeitsschutzgesetzes ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der täglichen Beschäftigung ohne die Ruhepausen, § 4 Abs. 1 JArbSchG. Damit ist der Arbeitszeitbegriff des Jugendarbeitsschutzgesetzes entscheidend weiter als der des Arbeitszeitgesetzes²⁴. § 2 Abs. 1

ArbZG definiert die Arbeitszeit als „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“. Der Unterschied zwischen den Begriffen „Arbeit“ in § 2 Abs. 1 ArbZG und „Beschäftigung“ in § 4 Abs. 1 JArbSchG ist entscheidend, da ersterer zunächst von der vertraglich geschuldeten Tätigkeit ausgeht²⁵ und nach dem Grad der Beanspruchung fragt²⁶. Der Zweck des Gesundheitsschutzes im Sinne des Arbeitszeitgesetzes verlangt eine Differenzierung danach, ob eine Beanspruchung geeignet ist, die Gesundheit zu beeinträchtigen oder nicht²⁷. Fußend auf arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen²⁸ verläuft die wertende Unterscheidung zwischen Arbeitszeit im Sinne von § 2 ArbZG und Ruhezeit im Sinne des § 5 ArbZG zwischen dem Bereitschaftsdienst und der Rufbereitschaft²⁹. Bereitschaftsdienst liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich für die Zwecke des Betriebs an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten hat, damit er erforderlichenfalls seine volle Arbeitstätigkeit unverzüglich aufnehmen kann³⁰. Rufbereitschaft liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich an einem von ihm bestimmten, dem Arbeitgeber lediglich anzuzeigenden Ort aufhält, um auf Abruf alsbald die Arbeit aufzunehmen³¹. Der Unterschied liegt damit insbesondere in der Freiheit des Arbeitnehmers, den Aufenthaltsort frei zu wählen. Für Jugendliche soll es hierauf jedoch nicht ankommen. Der Zweck des Jugendarbeitsschutzes ist nicht nur der Gesundheitsschutz, sondern auch die „jugendgemäße Entwicklung“³². Um diesem Zweck zu entsprechen, sollen alle Zeiten einer irgendwie gearteten zeitlichen Inanspruchnahme für betriebliche Zwecke „Beschäftigung“ und damit Arbeitszeit im Sinne des § 4 Abs. 1 JArbSchG sein³³. Auch Rufbereitschaften und Wartezeiten gehören damit von vornherein zur Arbeitszeit des Jugendlichen³⁴.

2. Zeitaufwand als Arbeitszeit

a) Ausgangspunkt

Die arbeitsschutzrechtliche Einordnung des Zeitaufwands eines jugendlichen Sportprofis kann zur Vereinfachung in Anlehnung an den Tagesablauf eines erwachsenen Sportlers erfolgen. Auf Grund des weiteren Begriffs der Beschäftigung fällt unter die Arbeitszeit eines Jugendlichen grundsätzlich mehr als unter den Begriff der Arbeitszeit gemäß § 2 ArbZG für erwachsene Sportler. Soweit eine Einordnung der Tätigkeit eines erwachsenen Sportlers als Arbeitszeit in Betracht kommt, ist mithin erst recht davon auszugehen, dass Arbeitszeit des den Tagesablauf entsprechend absolvierenden Jugendlichen nach § 8 JArbSchG vorliegt. Gleiches gilt für das Verhältnis der Ruhezeit im Sinne von § 5 ArbZG zur Freizeit des § 13 JArbSchG. Letztere ist in ihrem Umfang mit 12 Stunden weiter als die Ruhezeit für Erwachsene mit 11 Stunden.

b) Arbeitszeiten

Im Ergebnis liegen Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz im Rahmen des Alltags eines Sportprofis insbesondere im Zusammenhang mit besonderen Trainingsveranstaltungen vor³⁵. In einem Trainingslager dauert die Ruhezeit bisweilen 8,75 Stunden. Außerhalb von Trainingslagern sind die Ruhezeiten nach einem abendlichen Wettkampf teilweise

18 Digel, Helmut, Citius, altius, fortius? – wohin treibt der olympische Spitzensport? in: Digel, Helmut (Hrsg.), Nachdenken über Olympia, Tübingen 2004, S. 117, 122.

19 Heink, Peter, (Fn. 11).

20 Schlachter in ErfKomm, (Fn. 6), Rn. 1.

21 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 8 Rn. 2.

22 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 13 Rn. 1.

23 So hier auch Schlachter, (Fn. 6), § 13 Rn. 1.

24 Schlachter in: ErfKomm (Fn. 6), § 4 Rn. 2 m.w.N.

25 Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus, Arbeitszeitgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2004, § 2 Rn. 31.

26 Baeck/Deutsch, (Fn. 25), Rn. 35.

27 Reichold, Hermann in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Auflage München 2009, § 36 Rn. 72.

28 Baeck/Deutsch, (Fn. 25), § 6 Rn. 18 ff.

29 Reichold, (Fn. 27), Rn. 72 ff. m.w.N.

30 BAG, Urt. v. 18. 2. 2003 – Az. 1 ABR 2/02 = NZA 2003, 742-751; Urt. v. 10. 1. 1991- Az. 6 AZR 352/89 = NZA 1991, 516.

31 BAG, Urt. v. 31. 1. 2002 – Az. 6 AZR 214/00 = ZTR 2002, 432.

32 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6); Zmarzlik/Anzinger, Jugendarbeitsschutzgesetz, 5. Auflage, München 1998, § 4 Rn. 10.

33 Zmarzlik/Anzinger,ebda; a. A. für Rufbereitschaft Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 1), § 4 Rn. 3.

34 Zmarzlik/Anzinger, (Fn. 30), Rn. 9 m.w.N.; Schlottfeld in: Ignor/Rixen, (Fn. 3), Rn. 21.

35 Heink, Peter, (Fn. 11).

zehn Stunden lang. Ein Verstoß gegen die tägliche Höchst- arbeitszeit liegt immer dann vor, wenn die Sportler längere Reisen unternehmen. Während die arbeitszeitrechtliche Ein- ordnung von Reisezeiten nach dem Arbeitszeitgesetz davon abhängt, ob ein Sportler etwa während einer gemeinsamen Bus- oder Flugreise zu Einzelgesprächen oder sonstigen im Rahmen seines Vertrages als geschuldeten Tätigkeiten he- rangezogen wird, sind für Jugendliche die Wegezeiten von der Betriebsstätte zu außerhalb der Betriebsstätte gelegenen Arbeitsstellen als Arbeitszeit einzustufen³⁶. Im Ergebnis sind Verstöße der Arbeitgeber im Sport gegen die §§ 3 bis 5 ArbZG festzustellen³⁷. Umso mehr ist auf Grund des Ver- hältnisses der arbeitszeitrechtlichen Begriffe in Arbeitszeit- und Jugendarbeitsschutzgesetz davon auszugehen, dass Ver- stöße gegen die §§ 8, 11, und 13 JArbSchG festzustellen sind. In tatsächlicher Hinsicht ist durch den Fall „Draxler“ deutlich geworden, dass insbesondere auf Grund der Fern- sehpräsenz des Fußballsports regelmäßige Verstöße gegen das Nachtarbeitsverbot des § 14 Abs. 1 JArbSchG in Be- tracht kommen³⁸.

V. Ausnahmeregelungen vom Jugendarbeitsschutz im Sport

Zu unterscheiden sind die in § 8 JArbSchG geregelten Aus- nahmen von den Beschränkungen der Beschäftigung Jugend- licher von Ausnahmen für besondere Fälle, § 21 JArbSchG, den Ausnahmen auf der Basis der tarifdispositiven Regelun- gen des § 21 a JArbSchG und der Sonderregelung in § 21 b JArbSchG für Rechtsverordnungen.

1. Ausnahmen der §§ 8, 11, 13 und 14 JArbSchG

a) Arbeitszeit

Abweichungsmöglichkeiten vom Grundsatz des Achtstun- dentages des § 8 Abs. 1 JArbSchG sind zunächst in § 8 Abs. 2, 2 a und 3 JArbSchG geregelt. § 8 Abs. 2 JArbSchG ermöglicht ein „Nacharbeiten“ ausgefallener Arbeitstage, wenn „in Verbindung mit Feiertagen an Werktagen nicht gearbeitet wird“. Die Ausnahme nach § 8 Abs. 2 JArbSchG ist daher grundsätzlich nicht geeignet, höhere Arbeitszeiten zu rechtfertigen, ohne dass eine Kompensation über einen zuvor ausgefallenen Werktag erfolgt. Die arbeitszeitrecht- liche Bewertung ändert sich auf der Grundlage dieser Vor- schrift daher nicht. Gleiches gilt im Ergebnis für § 8 Abs. 2 a JArbSchG, der zwar eine Flexibilisierung bis zu einer abwei- chenden Höchstgrenze von achteinhalb Stunden vorsieht. Auch hier erfolgt lediglich eine Kompensation während des einwöchigen Ausgleichszeitraums für zuvor geringere Ar- beitszeiten. § 8 Abs. 3 JArbSchG ist für den Sport nicht einschlägig.

Im Ergebnis können Verstöße gegen das Gebot der Höchst- arbeitszeit nach § 8 Abs. 1 JArbSchG einfachrecht- lich nicht durch Ausnahmen in § 8 JArbSchG gerechtfertigt werden.

b) Pausen

§ 11 JArbSchG regelt keine Ausnahmen vom in Absatz 1 aufgestellten Grundsatz.

c) Freizeit

§ 13 JArbSchG enthält keine Ausnahme von der regelhaften zwölfstündigen Freizeit.

d) Nachtarbeitsverbot

§ 14 JArbSchG enthält zahlreiche Ausnahmen von der Fest- legung der Arbeitszeit Jugendlicher zwischen 6 und 20 Uhr. Ob entsprechend der Auffassung der Bezirksregierung Müns- ter eine längere Arbeitszeit nach dieser Vorschrift angeordnet werden kann, hängt davon ab, welchen Regelungsgehalt die

Vorschrift hat. Überwiegend wird ein Gleichlauf der Begriff- lichkeiten von § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG und § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 JArbSchG angenommen³⁹. Mit dem Argument der Offenheit des Tatbestandsmerkmals wird auf dieser Grundlage die Zulässigkeit der Beschäftigung jugendlicher Sportprofis nach 20 Uhr vertreten⁴⁰. Dem Wortlaut nach ist diese Auffassung vertretbar. Umstritten hingegen ist die syste- matische Auslegung insbesondere im Verhältnis zum Schutz der Samstags- und Sonntagsruhe der §§ 16 Abs. 2 Nr. 9 und 17 Abs. 2 Nr. 6 JArbSchG⁴¹.

Der Umstand, dass die §§ 16 Abs. 2 Nr. 9 und 17 Abs. 2 Nr. 6 JArbSchG Regelungen zum Sport enthalten, wird teil- weise als Argument für die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG auf den Sport angesehen⁴². Der Gesetzgeber habe in § 16 Abs. 2 Nr. 7 sowie § 17 Abs. 2 Nr. 5 JArbSchG wie auch in § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG die „anderen Aufführungen“ geregelt. Fiele der professionell ausgeübte Sport grundsätzlich unter die „anderen Auffüh- rungen“, so bedürfte es der Regelung für den Sport nicht⁴³. Wenn auch sehr fraglich ist, ob der Gesetzgeber bei den verschiedenen Gelegenheiten zur Änderung des Jugend- arbeitschutzgesetzes an den professionell ausgeübten Sport gedacht hat, ist auf Grund der Geschichte und des Zwecks des § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG eine analoge Anwendung auf den Sport mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage nicht angezeigt. Mit § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG beabsich- tigte der Gesetzgeber ein Gleichlauf mit § 6 JArbSchG, wo- bei gerade die in § 6 Abs. 1 JArbSchG durch das Tat- bestandsmerkmal „gestaltende Mitwirkung“ geregelte Aus- nahme auf eine „dramaturgische Notwendigkeit“ be- schränkt sein sollte⁴⁴. Der Fußball und der professionell ausgeübte Sport waren damit ersichtlich nicht gemeint. Im Ergebnis ist der Einsatz jugendlicher Sportprofis nach 20 Uhr von der Ausnahmeregelung in § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG nicht gedeckt⁴⁵.

2. Tarifverträge für einen passgenauen Jugendarbeits- schutz?

a) Derzeitige Sach- und Rechtslage

§ 21 a JArbSchG erlaubt Abweichungen von zahlreichen Be- schränkungen der Beschäftigung Jugendlicher durch oder auf Grund eines Tarifvertrages. Auf Grund der Richtigkeits- gewähr⁴⁶, die der Gesetzgeber dem im Spiel der Kräfte der Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tarifvertrag zuerkennt und auf Grund der größeren Sachnähe obliegt es den Tarif- partnern, die Öffnungen in § 21 a JArbSchG auszufüllen. Die sachnahe Nutzung ist für den professionellen Mannschafts- sport durch § 21 a Abs. 1 Nr. 1 JArbSchG auf der Grundlage der derzeitigen Fassung der tarifdispositiven Regelungen nur teilweise hilfreich. Die Ausweitung der täglichen Höchst- arbeitszeitgrenze auf neun Stunden ist zumindest ein geeig- netes Mittel, um die arbeitszeitrechtlichen Verstöße bei der Beschäftigung Jugendlicher zu vermeiden⁴⁷. Da Abwei- chungsmöglichkeiten vom Gesetzgeber hinsichtlich der Ru- hezeiten und des Nachtarbeitsverbotes nicht durch Tarifver- trag möglich sind, bliebe nach derzeitigem Recht eine tarif- vertragliche Regelung hinter den praktischen Anforderungen zurück. Der Besonderheit des Sports – Leistungsprinzip, Leis- tungssteigerung, besondere Zeitstruktur – kann durch tarif-

36 Schlachter in: ErfKomm (Fn. 6), § 4 Rn. 4 m. w. N.; Zmarzlik/Anzinger, (Fn. 33), Rn. 24; Schlottfeld in: Ignor/Rixen, (Fn. 3), Rn. 21.

37 Heink, Peter, (Fn. 11).

38 Gutzeit, Martin/Vrban, Benjamin, „Jungprofi“ oder „Jugendlicher“ – 3:2 für Schalke oder Nachtruhe für Draxler?, SpuRt 2011, 60, 61.

39 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 14 Rn. 7; Zmarzlik/Anzinger, (Fn. 33), § 14 Rn. 43.

40 Schlachter, Monika in: Menke/Himmelrath, Jungstar, Jubel, Jugen- dschutz, 1. 3. 2011, <http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,748243,00.html>, zuletzt gefunden am 22. 06. 2011.

41 Gutzeit/Vrban, (Fn. 38).

42 Gutzeit/Vrban, (Fn. 38), S. 61.

43 Gutzeit/Vrban, (Fn. 38), ebda.

44 BT-Drs. 7/2305, S. 28.

45 Fischinger, Philipp, Schlusspffiff 20 Uhr, Frankfurter Allgemeine Zei- tung vom 2. 3. 2011, Nr. 51, S. 27; Gutzeit/Vrban, (Fn. 38).

46 BAG vom 31. 3. 1966, Az. 5 AZR 516/65 = BB 1966, 739; BAG vom 24. 3. 2004, Az. 5 AZR 303/03 = NZA 2004, 971 ff.

47 Zu europarechtlichen Bedenken gegen § 21 a Abs. 1 Nr. 1 JArbSchG vgl. Schmidt, Marlene, Defizite im Jugendarbeitsschutz, Betriebsbera- ter 1998, 1362–1366.

vertragliche Regelungen derzeit nicht ausreichend Rechnung getragen werden.

b) Tarifverträge nach Gesetzesänderung ?

Um enge gesetzliche Ausnahmetatbestände zu vermeiden, stünde es dem Gesetzgeber frei, durch eine Änderung des Jugendarbeitsschutzgesetzes an die Grenze des nach der RL 94/33/EG zulässig Regelbaren zu gehen. Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. b RL 94/33/EG wäre etwa eine Beschränkung der Nachtarbeit von 23 bis 7 Uhr ausreichend. Den Tarifvertragsparteien bliebe es dann auch überlassen, die im Sinne der Sachnähe „richtige“ Lösung durch Tarifverhandlungen herzustellen. Über § 9 Abs. 2 lit. b RL 94/33/EG wäre gar eine vollständige Aufhebung des Nachtarbeitsverbot möglich. Angesichts des Arbeitsalltages jugendlicher Fußballprofis wäre dies das richtige Mittel im Sinne einer Arbeitszeitrechtskonformität. Inwiefern Ausnahmen von den Ruhezeitenregelungen in Art. 10 RL 94/33/EG möglich sind, ist fraglich, weil Art. 10 Abs. 4 RL 94/33/EG den Sport als Lebensbereich nicht ausdrücklich nennt, sondern lediglich eine „Beschäftigung, bei der die Arbeitszeiten über den Tag verteilt sind“. Da die Arbeitszeit von professionellen Mannschaftssportlern Zeiten geringerer Arbeitsintensität ebenso enthält wie Arbeitstage mit mehreren durch freie Zeiten unterbrochenen Trainingszeiten⁴⁸, könnte diese Regelung eine taugliche Abweichungsmöglichkeit von der Ruhezeitvorschrift in § 13 JArbSchG einräumen.

3. Rechtsverordnung

§ 21 b JArbSchG ermöglicht eine branchenspezifische Ausnahmeregelung durch Rechtsverordnung, wenn für einen besonderen Gesundheitsschutz der Jugendlichen gesorgt ist. Insbesondere § 21 b Nr. 2 JArbSchG enthält den für den „Fall Draxler“ tauglichen Hinweis auf einen Korridor für zulässige Beschäftigung zwischen 5 und 23 Uhr. Art. 9 Abs. 2 RL 94/33/EG⁴⁹ erlaubt Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot jedoch nur für besondere Branchen. Auch wenn Art. 9 Abs. 2 lit. b RL 94/33/EG „sportliche Tätigkeiten“ ausdrücklich nennt, ist die nationale Rechtsgrundlage gegenüber der Richtlinie unzulässig weit, weil eine Beschränkung auf einzelne Branchen in § 21 b JArbSchG nicht erfolgt. Eine Rechtsverordnung zur Gestattung einer Ausnahmeregelung vom Nachtarbeitsverbot für den professionellen Sport wäre damit ihrerseits nicht anzuwenden, auch wenn sie inhaltlich richtlinienkonform ist. Auf Grund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts⁵⁰ ist § 21 b Nr. 2 JArbSchG nicht anzuwenden, wenn nicht eine richtlinienkonforme Auslegung in Betracht kommt. Zur Herstellung einer Richtlinienkonformität wäre es allerdings notwendig, dass der nationale Gesetzgeber die besonderen Branchen benennt, für die eine Rechtsverordnung Ausnahmen von Nachtarbeitsverbot ermöglichen soll. Im Wege der Auslegung ist dies nicht möglich. § 21 b Nr. 2 JArbSchG ist damit einer richtlinienkonformen Auslegung nicht zugänglich⁵¹. Es bedarf daher eines gesetzgeberischen Tätigwerdens, um § 21 b Nr. 2 JArbSchG richtlinienkonform auf die in der Richtlinie genannten Bereiche einzugrenzen. Durch Rechtsverordnung ist die Herstellung eines arbeitszeitrechtskonformen professionellen Jugendsports derzeit nicht möglich.

4. Besondere Fälle

Dem geeigneten Fan eines unterstützten Fußballvereins mag ein Zweifel daran fernliegen, dass es sich bei einer Einwechslung des jugendlichen Hoffnungsträgers um eine „vorübergehende und unaufschiebbare Arbeit in Notfällen“ handeln könnte. Schließlich verursacht ein Fußballspiel regelmäßig Ausnahmezustände für die Clubanhänger, so dass aus Fan-

Perspektive auch die Voraussetzung einer „Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen oder erhebliche Sachwerte“⁵² vorliegen dürfte. Selbstverständlich wäre danach die Einwechslung auch „unaufschiebbare“ und gemäß § 21 Abs. 1 HS. 1 JArbSchG stünden jedenfalls ebenso qualifizierte Spieler „nicht zur Verfügung“. Gleichwohl kann bei ernstlicher Betrachtung nicht davon ausgegangen werden, dass selbst ein Finale des DFB-Pokals oder gar der UEFA-Champions-League nicht durch entsprechende Planung und Organisation anders zu bestallen sind als durch den Einsatz Jugendlicher⁵³. § 21 JArbSchG wird daher im Ergebnis nicht weiterhelfen.

VI. Folgen von Verstößen

Vertragliche Regelungen, die eine längere Beschäftigungsdauer vorsehen, sind gemäß § 134 BGB nichtig⁵⁴, da § 8 JArbSchG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist. Eine Weisung des Arbeitgebers zur Leistung einer länger als acht Stunden täglich andauernden Beschäftigung ist wegen des Verstoßes gegen das öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverbot⁵⁵ unwirksam⁵⁶. Die Entstehung eines Schadens beim Jugendlichen durch die entgegen dem Verbot geleistete Arbeit unterstellt, könnte sich der Arbeitgeber Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen, da § 8 JArbSchG zudem ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist⁵⁷. Öffentlich-rechtlich kann die verbotswidrige Beschäftigung als Ordnungswidrigkeit gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 5 JArbSchG durch die Aufsichtsbehörde mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 15 000,00 EUR geahndet werden, § 58 Abs. 4 JArbSchG. Bei vorsätzlicher Begehung droht gar eine strafrechtliche Sanktionierung, wenn der Verstoß zu einer Gefährdung der Gesundheit oder der Arbeitskraft des Jugendlichen führt, § 58 Abs. 5 Satz 1 JArbSchG. Gleiches gilt für „beharrliche Wiederholung“ von Verstößen, § 58 Abs. 5 Satz 2 JArbSchG.

VII. Ergebnis und Ausblick

Die derzeitige Praxis der Beschäftigung Jugendlicher im professionellen Mannschaftssport verstößt gegen das Jugendarbeitsschutzgesetz. Die bisherigen, ausschließlich auf das Nachtarbeitsverbot bezogenen Lösungsansätze sind unzureichend. Selbst wenn unter Übernahme der Argumente für eine Anwendbarkeit des § 14 Abs. 7 Satz 1 JArbSchG auf den Einsatz jugendlicher Profis insoweit eine Arbeitszeitrechtskonformität herstellbar wäre, so blieben Ruhezeitverstöße und Überschreitungen der täglichen Höchstarbeitszeit gleichwohl als ungelöste Probleme übrig. Im Ergebnis verstellt das punktuelle Wohlwollen von Teilen der Literatur und nun auch zumindest einer – der ersten ? – Behörde den Blick auf die Unvereinbarkeit der spezifischen Zeitstruktur des Sports mit den Arbeitsschutzgesetzen in ihrer derzeitigen Form. Damit bleibt die durch die fortschreitende Kommerzialisierung und Professionalisierung aufgeworfene Frage nach einem arbeitsrechtskonformen Sport unbeantwortet. Anzustreben ist eine vollständige rechtskonforme Beschäftigung Jugendlicher im professionellen Mannschaftssport. Ohne Tätigwerden des Gesetzgebers und gegebenenfalls noch zu gründender Tarifvertragsparteien lässt sich die Arbeitszeitrechtskonformität der Beschäftigung Jugendlicher im professionellen Mannschaftssport nicht herstellen.

52 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 21 Rn. 2.

53 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 21 Rn. 3.

54 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 8 Rn. 1.

55 Schlachter ebda.

56 Anzinger in: MünchHdBArbR, Bd. I, 3. Auflage München 2009, § 297 Rn. 17 zum Arbeitszeitgesetz.

57 Schlachter in: ErfKomm, (Fn. 6), § 8 Rn. 1.

48 Heink, Peter, (Fn. 11).

49 Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22. 6. 1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. (EG) L 216 vom 20. 8. 1994, S. 12–20.

50 Schmidt, (Fn. 47), S. 1362, 1364.

51 Schmidt, (Fn. 47), S. 1362, 1365.

Tatsachenentscheidung und Regelverstoß – (Fehl-)Entscheidungen von Schiedsrichtern und Überprüfbarkeit im Feld- und Hallenhockey

Von Dr. Christian Deckenbrock, Köln*

I. Einleitung

Werden am Ende eines Spiels Gründe für eine Niederlage gesucht, werden oft die Schiedsrichter als Sündenbock ausgemacht. Tatsächliche oder vermeintliche Fehlentscheidungen werden als spielentscheidend ausgemacht. Vergessen sind die eigenen kläglich vergebenden Chancen und die haarsträubenden Abwehrfehler. Allerdings führen Schiedsrichterfehler nur selten zu Wiederholungsspielen; grundsätzlich sind sie als Tatsachenentscheidungen nachträglich nicht angreifbar. Der nachfolgende Beitrag nimmt eine Reihe von aktuellen Vorfällen und Entscheidungen aus dem Bereich des Hockeysports zum Anlass, um die bislang fast ausschließlich am Beispiel des Fußballs¹ diskutierte Frage der Überprüfbarkeit von Schiedsrichterentscheidungen aus einem anderen Blickwinkel neu zu diskutieren. Im Mittelpunkt der Überlegungen steht die Frage, ob und inwieweit sich die in vielen Sportarten – neben Fußball² etwa auch Basketball³, Eishockey⁴ und Handball⁵ – gängige Differenzierung zwischen Tatsachenentscheidung und Regelverstoß (II. 1.) bewährt hat und welche Abgrenzungsschwierigkeiten insoweit bestehen (II. 2.). Dabei werden Tendenzen, bei offensichtlich fehlerhaften Tatsachenentscheidungen den Grundsatz ihrer Unanfechtbarkeit zu durchbrechen, kritisch beleuchtet (II. 3.). Analysiert wird ferner, welcher Grad an Kausalität eines Regelverstoßes für den Spielausgang zu verlangen ist, um eine Neuansetzung zu rechtfertigen (III.). Nach einem Blick auf die Probleme, die eine Neuansetzung eines Meisterschaftsspiels mit sich bringt (IV.), stellt der Verfasser sein Modell vor, wie zukünftig mit der nachträglichen Überprüfbarkeit Fehlentscheidungen von Schiedsrichtern umgegangen werden sollte (V.).

II. Differenzierung zwischen Tatsachenentscheidung und Regelverstoß

1. Rechtliche Rahmenbedingungen im deutschen Hockey

Rechtliche Grundlage ist § 51 Abs. 1 b) der Spielordnung des Deutschen Hockey-Bundes (SPO DHB)⁶, nach dem ein

Einspruch gegen die Spielwertung eines Meisterschaftsspiels wegen eines Regelverstoßes der Schiedsrichter oder der Teilnehmer statthaft ist, nicht aber wegen einer Entscheidung eines Schiedsrichters, mit der er auf einen von ihm erkannten Sachverhalt die dafür richtige Regel anwendet (Tatsachenentscheidung). Der Regelverstoß wird in der SPO DHB dagegen nicht definiert, liegt aber nach allgemeiner Ansicht vor, wenn die Schiedsrichter auf den von ihnen festgestellten Sachverhalt nicht die richtige Regel anwenden, also eine falsche Rechtsfolge auf der Basis ihrer tatsächlichen Wahrnehmungen aussprechen⁷.

Die Entscheidung über den Einspruch, der gem. § 51 Abs. 2 S. 2 SPO DHB innerhalb von vier Tagen nach dem Meisterschaftsspiel beim zuständigen Staffelleiter eingelegt werden muss, ist dem Zuständigen Ausschuss (ZA) zugewiesen. Gem. § 51 Abs. 5 S. 2 SPO DHB weist der ZA den Einspruch als unbegründet ab, wenn der Einspruchsführer durch den Regelverstoß nicht oder nur unwesentlich benachteiligt worden ist; ansonsten setzt er nach § 51 Abs. 7 S. 2 SPO DHB das angegriffene Meisterschaftsspiel neu an. Die Entscheidung des ZA kann beim Bundesschiedsgericht (BSG) überprüft werden, gegen dessen Urteil wiederum das Rechtsmittel der Revision zum Bundesoberschiedsgericht (BOSG) zur Verfügung steht.

2. Abgrenzungsschwierigkeiten

Die Privilegierung der Tatsachenentscheidung wird damit begründet, dass Wahrnehmungsfehler trotz bester Ausbildung und größten Talents nicht auszuschließen sind. Der betroffene Verein soll mit seinen eigenen Fehlern genauso leben wie mit denen der Unparteiischen. Wären Schiedsrichterentscheidungen jederzeit durch die Rechtsinstanzen überprüfbar, wäre dies mit einem Autoritätsverlust der Schiedsrichter verbunden, was wiederum eine Gefahr für einen geordneten Spielablauf bedeuten würde. Dagegen kann von den Schiedsrichtern erwartet werden, dass sie das Regelwerk als ihr Grundhandwerkszeug beherrschen; sie sollen insoweit keinen Schutz vor einer Spielwiederholung verdienen⁸. Diese auf den ersten Blick einleuchtende Differenzierung kann in der Praxis nicht immer trennscharf vorgenommen werden. Ein Beispiel:

Für großes Aufsehen in der Hockeywelt sorgte ein Einspruch des HTC Uhlenhorst Mülheim gegen die Wertung des ersten Halbfinalspiels („best of three“-Serie) um die Deutsche Feldhockeymeisterschaft 2010 gegen die Mannschaft von RW Köln. Da das Spiel nach Ablauf der regulären Spielzeit unentschieden stand, musste nach damaligem Regelwerk der Sieger durch ein sog. Penaltyschießen ermittelt werden⁹. Für die Durchführung eines Penaltys standen dem jeweiligen Angreifer acht Sekunden zur Verfügung, ein Nachschuss war zulässig. Der Kölner Torwart wehrte den Torschuss des dritten Mülheimer Schützen ab, verlor aber bei dieser Abwehraktion seinen Schutzhelm. Kurz vor Ablauf der acht Sekunden kickte der Torwart dann den Ball – ohne Helm – mit seinen Schienen weg und bejubelte den Sieg seiner Mannschaft.

Nachdem die Entscheidung der Schiedsrichter, den Penalty als verschossen zu werten, zunächst von niemanden beanstandet worden war, legte Mülheim drei Tage später Einspruch gegen die Wertung des Halbfinals ein, weil der Torwart den Ball nach den

* Der Autor ist Akademischer Rat am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln. Zugleich ist er Hockey-Bundesligaschiedsrichter und Mitglied der Spielordnungsausschusses. Erweiterter Beitrag eines Vortrages am 1. 7. 2010 im Rahmen der von Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann (Max-Planck Institut für internationales und ausländisches Privatrecht in Hamburg) veranstalteten Aktuellen Stunde.

1 Vgl. zuletzt Hilpert, Die Fehlentscheidungen der Fußballschiedsrichter, Berlin/New York 2010, sowie ders., SpuRt 1999, 49 ff.; siehe zum Ganzen die Beiträge von Heermann, Vieweg, Zieder und Strigel in Der Schiedsrichter im Spannungsfeld zwischen Anforderung und Überforderung, Württ. Fußballverband (Hrsg.), Schriften zum Sportrecht (14), 2009, Baden-Baden.

2 Siehe § 17 Abs. 2 c) der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB.

3 Siehe §§ 7 ff. der Verfahrens- und Schiedsgerichtsordnung der Beko Basketball Bundesliga (Saison 2010/2011) sowie BBL-Schiedsgericht, Schiedsspruch v. 15. 1. 2005, Az. 5/04, SpuRt 2005, 122 ff.

4 Vgl. etwa Verbandssportgericht der Swiss Ice Hockey Association, Entscheid v. 13. 12. 2007, Az. 07-08/8177, SpuRt 2008, 109 f.

5 Vgl. § 34 Abs. 2 b) der Rechtsordnung des Deutschen Handball-Bundes.

6 Abrufbar unter <http://www.hockey.de/VVI-web/Ordnungen/DHB/SPO-DHB.PDF>.

7 Vgl. (zum Fußball) Hilpert (Fn. 1), III Rn. 2 ff.

8 Hilpert (Fn. 1), III Rn. 9 ff.

9 Inzwischen erfolgt die Entscheidung von Entscheidungsspielen wieder wie früher durch ein 7-m-Schießen.

Regeln nicht ohne Helm hätte spielen dürfen und diese Regelübertretung mit einem Straftor zu ahnden gewesen wäre. Dieser Sichtweise schloss sich der ZA an¹⁰ und setzte das Spiel neu an.

Zwar mag das Regelwerk insoweit eindeutig sein, oftmals hängt aber die Frage, ob ein Regelverstoß oder „nur“ eine fehlerhafte Tatsachenentscheidung vorliegt, von der Einlassung der Schiedsrichter ab. Hätten diese etwa in ihrer Stellungnahme ausgesagt, dass sie das Wegkickern des Balls durch den Torwart gar nicht mehr wahrgenommen hätten oder dass die acht Sekunden zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen gewesen seien, wäre der Regelverstoß nur noch zu bejahen gewesen, wenn man der Aussage der Unparteiischen keinen Glauben geschenkt hätte¹¹. Im Grundsatz gilt aber, dass nur die Schiedsrichter selbst wissen (können), was sie wahrgenommen haben:

Nachdem der Club zur Vahr Bremen das Meisterschaftsspiel der 2. Bundesliga Herren (Hallensaison 2004/2005) beim DHC Hannover mit 8:9 Toren verloren hatte, griff er die Spielwertung u. a. mit der Begründung an, dass ein Hannoveraner Spieler den Ball unmittelbar vor der Schluss sirene im Schusskreis mit dem Fuß gespielt habe, weshalb die Schiedsrichter auf Strafbefehl – die noch auszuführen gewesen wäre – hätten entscheiden müssen. Die Unparteiischen waren dagegen der Ansicht, dass sich das Fußballspiel erst nach der Schluss sirene ereignet habe, und beendeten das Spiel. Das BSG¹² setzte das Spiel neu an, nachdem es in einer aufwändigen Beweiswürdigung und nach der Befragung mehrerer Zeugen zu dem Ergebnis gelangt war, dass das Fußballspiel noch während des Spiels erfolgt war.

Erstaunlicherweise unternahm das BSG nicht einmal den Versuch einer Unterscheidung zwischen Regelverstoß und Tatsachenentscheidung, sondern begnügte sich mit der Feststellung, dass die Entscheidung der Unparteiischen fehlerhaft war. Diese Entscheidung war daher bereits im Ansatz unzutreffend. Richtigerweise handelt es sich bei der Frage, ob ein Vorfall noch innerhalb der Spielzeit oder nach der Schluss sirene erfolgt ist, um eine nicht angreifbare Tatsachenentscheidung der Schiedsrichter. Insoweit kommt es allein auf ihre Wahrnehmung an, nicht aber auch das tatsächliche, mithilfe von Zeugen oder einer Videoaufzeichnung ermittelte Geschehen.

3. Korrigierbarkeit offensichtlich fehlerhafter Tatsachenentscheidungen?

In der Sportpraxis wurde der Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Tatsachenentscheidung immer wieder in Frage gestellt, wenn es sich um eine offensichtlich, für jedermann erkennbare falsche Entscheidung handelte. Der insoweit wohl berühmteste Fall ist das sog. *Helmer-Tor* vom 23. 4. 1994, wengleich das DFB-Sportgericht in der unterlassenen Kontaktaufnahme zwischen Schiedsrichter und Assistenten einen Regelverstoß gesehen haben will¹³. Das BOSG hat – wie das Schiedsgericht der Basketball-Bundesliga¹⁴ – deutlich offener den Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Tatsachenentscheidung durchbrochen:

In dem bereits angesprochenen (II. 2.) Meisterschaftsspiel zwischen dem DHC Hannover und dem Club zur Vahr Bremen gab es nicht nur Streit um die Frage, ob die Schiedsrichter zum Spielende noch eine Strafbefehl hätten verhängen müssen. Vielmehr stützten die Bremer ihren Einspruch auch auf einen weiteren Vorfall zwei Minuten vor Spielende, als der zunächst anerkannte Ausgleichstreffer von den Schiedsrichtern nach Beratung annulliert wurde, weil der Ball angeblich durchs Außennetz ins Tor gelangt sei.

Das BOSG hielt an der vom BSG angeordneten Neuansetzung des Spiels fest, stützte seine Entscheidung aber anders als die Vor-

instanz auf diesen zweiten Vorfall. In seiner Begründung nahm das BOSG einen Einspruchsgrund an, weil es sich um eine „besonders schwerwiegende Fehlentscheidung“ mit „schwerwiegender Auswirkung“ handele, die zudem „offenkundig und zweifelsfrei gegeben“ sei. Dabei wurde darauf verwiesen, dass die Schiedsrichter nach Spielende die Tornetze noch einmal kontrolliert hätten und dabei selbst zum Ergebnis gelangt seien, dass man wohl falsch entschieden habe¹⁵.

Auch *Hilpert* hat jüngst den Gerechtigkeitsgedanken betont und sich für eine nachträgliche Überprüfbarkeit von offenkundigen Schiedsrichterfehlern ausgesprochen, sofern die Beibehaltung des Fehlers unerträglich sei, die Auswirkungen des Fehlers folgeschwer sei und jedes andere Ergebnis unfair und unverhältnismäßig wäre. Dabei sei ein Fehler offensichtlich, wenn er für jeden Zuschauer unmittelbar und irrtumsfrei wahrnehmbar und beweisbar gewesen sei. Als Beispiel für eine hiernach nachträglich korrigierbare Fehlentscheidung hat er das Handspiel von *Thierry Henry* in der Verlängerung des WM-Qualifikationsspiels zwischen Frankreich und Irland (18. 11. 2009) genannt, das für die Franzosen das Ticket nach Südafrika bedeutete¹⁶.

Richtigerweise sind diese Kriterien aber keine praxistaugliche Grundlage für eine Abgrenzung zwischen justiziablen und nicht überprüfbaren Fehlentscheidungen. Eine Situation, die sich im laufenden Spiel als unübersichtlich dargestellt hat, kann im Video als krasse Fehlentscheidung entlarvt werden. Wann eine Fehlentscheidung so offensichtlich falsch ist, dass sie eine Spielwiederholung rechtfertigt, ist letztlich eine Frage der subjektiven Einschätzung; erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten wären programmiert. Die Wahrnehmungen der Schiedsrichter verdienen umfassenden Schutz, selbst wenn sie offenkundig fehlerhaft sind. Sie sind nach dem Spiel genauso hinzunehmen wie die Fehlleistung des Stürmers, der den Ball aus 1 m Entfernung über das leere Tor schießt.

III. Die erforderliche Benachteiligung durch den Regelverstoß

Weitere Probleme ergeben sich bei der Frage, welche Relevanz ein Regelverstoß haben muss, damit er eine Neuansetzung eines Meisterschaftsspiels rechtfertigt. Die Hürden sind in den verschiedenen Sportarten unterschiedlich hoch angesetzt. So hat nach § 34 Abs. 2 b) der Rechtsordnung des Deutschen Handball-Bundes ein Einspruch nur bei einem spielentscheidenden Regelverstoß Erfolg. Nach § 9 Abs. 3 der Verfahrens- und Schiedsgerichtsordnung der Beko Basketball Bundesliga (Saison 2010/2011) ist ein Protest nur dann als begründet anzusehen, wenn der Protestgrund den Ausgang des Spiels wesentlich beeinflusst hat. § 17 Abs. 2 c) der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB (RuVO DFB) spricht von einer hohen Wahrscheinlichkeit, mit der der Regelverstoß die Spielwertung als verloren oder unentschieden beeinflusst haben muss.¹⁷ Dagegen hat ein Einspruch gegen ein Hockeyspiel nach § 51 Abs. 5 S. 2 SPO DHB nur dann keinen Erfolg, wenn der Einspruchsführer durch den Regelverstoß nicht oder nur unwesentlich benachteiligt worden ist.

Aus der Sicht des Einspruchsführers mag eine derartig niedrige Grenze gerecht erscheinen. Es muss jedoch stets bedacht werden, dass eine Neuansetzung die gegnerische Mannschaft benachteiligt, die zunächst als Sieger vom Platz gegangen ist:

Im ersten Viertelfinale um die Deutsche Feldhockeymeisterschaft 2011 der Herren zwischen RW Köln und dem Berliner HC musste ein 7-m-Schießen über den Sieger des Spiels entscheiden.

10 ZA, Entscheidung v. 5. 6. 2010, n. v.

11 Vgl. auch *Ludwig*, *causa sport* 2010, 212, 213 f., der darauf hinweist, dass „die wenigsten Schiedsrichter eine fehlerhafte Regelauslegung wohl eingestehen und im Zweifel dahin tendieren werden, es was nicht oder lediglich falsch wahrgenommen zu haben.“

12 BSG, Urt. v. 3. 5. 2005, Az. 1/05, n. v.

13 DFB-Sportgericht, Urt. v. 26. 4. 1994, Az. 125/93/94, SpuRt 1994, 110 ff.; siehe dazu *Hilpert* (Fn. 1), IV Rn. 1; *Eilers*, SpuRt 1994, 79 f.; *Lenz/Imping*, SpuRt 1994, 225 ff.

14 BBL-Schiedsgericht, Schiedsspruch v. 15. 1. 2005, Az. 5/04, SpuRt 2005, 122 ff.

15 BOSG, Urt. v. 7. 11. 2005, Az. 1/05, n. v.

16 *Hilpert* (Fn. 1), V Rn. 27 ff.; für eine begrenzte Überprüfbarkeit von Tatsachenentscheidungen auch *Waske*, SpuRt 1994, 189 f.; *Ruzik*, *causa sport* 2009, 315, 321.

17 Nach *Hilpert* (Fn. 1), V Rn. 10 ff., muss das „erkennende Verbandsgericht ... eine Überzeugung von der Kausalität für die Spielwertung bis zur an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit haben – vernünftige Zweifel dürfen nicht bleiben“.

Nach jeweils vier Schützen führte Köln mit 3:2 Toren. Den fünften Kölner Strafstoß konnte der Berliner Torwart parieren, allerdings nur deshalb, weil er sich regelwidrig deutlich zu früh von der Torlinie nach vorne bewegte. Die Schiedsrichter verhängten daraufhin ein Strafstoß für Köln, obwohl die aktuellen Hockeyregeln lediglich die Wiederholung des 7-m-Balls verbunden mit einer persönlichen Strafe für den Torwart vorsehen. RW Köln lag damit uneinholbar vorne, das 7-m-Schießen wurde vor dem letzten Berliner Schützen vorzeitig beendet. Auf den Einspruch des Berliner HC hin wurde das Viertelfinalspiel vom ZA neu angesetzt¹⁸.

Zwar haben die Schiedsrichter durch ihren Regelverstoß der Berliner Mannschaft die Möglichkeit genommen, als Sieger vom Platz zu gehen. Es muss jedoch bedacht werden, dass die Kölner sich nach den ersten vier 7-m-Bällen einen nicht unbedeutenden Vorsprung herausgearbeitet haben. Hätten die Unparteiischen korrekterweise den fünften 7-m-Ball wiederholen lassen, hätte der Kölner Schütze erneut die Chance gehabt, den Ball im Tor unterzubringen. Selbst wenn ihm das nicht gelungen wäre, hätten die Berliner wiederum mit ihrem fünften Schützen treffen müssen, um eine Fortsetzung des 7-m-Schießens zu erreichen. Dieser hart erarbeitete Vorteil, der es wahrscheinlich machte, dass die Kölner auch ohne Regelverstoß der Schiedsrichter die Partie siegreich gestaltet hätten, wurde durch die Neuansetzung des Spiels obsolet.

Ein weiterer kurioser Fall ereignete sich Anfang 2009 im letzten Spiel der Gruppe Süd der Bundesliga Damen zwischen dem Rüsselsheimer RK und dem TSV Mannheim:

Beim Stand von 4:4 Toren war den Rüsselsheimerinnen eine sog. Schlussstrafecke zugesprochen worden, die sie verwandeln mussten, um sich anstelle von Mannheim für das Viertelfinale um die Deutsche Hallenmeisterschaft 2009 zu qualifizieren. Diese Strafecke wehrte eine Mannheimer Spielerin auf der Linie regelwidrig mit der Schulter ab, so dass die für den Schusskreis zuständige Schiedsrichterin folgerichtig auf 7-m-Ball entschied. Nach Protesten der Mannheimerinnen hielt sie Rücksprache mit ihrer Schiedsrichterkollegin, die keinen Regelverstoß erkannt hatte. Daraufhin wurde der 7-m-Ball zurückgenommen.

Da eine Entscheidung von den Unparteiischen jederzeit revidiert werden kann, solange das Spiel noch nicht fortgesetzt worden ist, ist eine solche Rücknahme grundsätzlich zulässig. Die Frage, ob der Ball den Körper einer Mannheimer Spielerin berührt hat, ist als Tatsachenentscheidung nicht überprüfbar. Auf den nicht gegebenen 7-m-Ball hätte der Einspruch des Rüsselsheimer RK daher nicht erfolgreich gestützt werden können. Der ZA¹⁹ begründete die Neuansetzung des Meisterschaftsspiels aber damit, dass die Schiedsrichterinnen die Schlussstrafecke (und damit das Spiel) nach der Rücknahme des 7-m-Balls beendet haben, obwohl der Ball zum Zeitpunkt der Spielunterbrechung durch die Schiedsrichterinnen den Schusskreis noch nicht verlassen hatte (er war allerdings gerade dabei, aus dem Schusskreis zu rollen und wäre ohne Pfiff wohl von keiner Spielerin mehr gestoppt worden). Die Schlussstrafecke gilt nur als beendet, wenn einer der in den Regeln enumerativ aufgezählten Gründe vorliegt. Die Bullysituation, die entsteht, wenn die Schiedsrichter sich einig sind, dass sie das Spiel zu Unrecht unterbrochen haben, ist dort allerdings nicht aufgeführt. Vielmehr ordnen die Regeln an, dass die Strafecke wiederholt werden muss, wenn das Spiel während der Durchführung einer Schlussstrafecke wegen einer Verletzung oder – wie hier – aus irgendeinem anderen Grund angehalten und dabei keine Strafe verhängt worden ist.

Diese Fälle verdeutlichen, dass eine Spielwiederholung nicht zwingend nur den beim Einspruchsführer durch den Regelverstoß verursachten Nachteil kompensiert, sondern oft auch die andere Mannschaft deutlich schlechter stellt, als diese ohne den Regelverstoß gestanden hätte. Dies spricht dafür, die Anforderungen an die Benachteiligung der einspruchsführenden Mannschaft möglichst hoch anzusetzen.

IV. Spielwiederholung oder Fortsetzung des Spiels zum Zeitpunkt des Regelverstoßes

Bislang weitgehend unerörtert ist die Frage, ob die vollständige Wiederholung des fehlerhaft durchgeführten Meister-

schaftsspiels tatsächlich die sachgerechte Lösung ist. Oft wird die andere Mannschaft zum Zeitpunkt des Regelverstoßes bereits einen Vorteil erspielt haben (vgl. III.). Überlegenswert erscheint es daher, das Spiel an dem Punkt und zu den Bedingungen wieder aufzunehmen, an dem es zu dem Regelverstoß der Schiedsrichter gekommen ist. Eine entsprechende Regelung sieht der Welthockeyverband FIH für den Fall der Spielunterbrechung, etwa aus Witterungsgründen, vor, und zwar selbst dann, wenn das Spiel erst am nächsten Tag fortgesetzt werden kann²⁰. Im Fall eines Einspruchs liegt zwischen dem mit Rechtsmitteln angegriffenen Spiel und der Neuansetzung regelmäßig ein längerer Zeitraum. Inzwischen können sich Spieler verletzt haben oder gesperrt worden sein. Auch ansonsten können sich die Rahmenbedingungen des Spiels, etwa die Witterungsbedingungen, gravierend verändert haben. Schließlich wird im Nachhinein nicht immer festzustellen sein, wann genau es zum Regelverstoß gekommen ist. Eine Teil-Wiederholung des Spiels mag daher zwar im Einzelfall gerechter sein als eine vollständige Wiederholung, führt aber in der Praxis oft zu nicht lösbaren Problemen.

Mit dem Wiederholungsspiel soll der Nachteil der vom Regelverstoß betroffenen Mannschaft aufgehoben werden. Es ist aber sogar denkbar, dass der Einspruchsführer über ein Wiederholungsspiel mehr erreichen kann, als bei einer richtigen Schiedsrichterentscheidung überhaupt denkbar gewesen wäre:

Ein Beispiel hierfür bildet die bereits mehrfach erwähnte (II. 2.) Partie zwischen dem DHC Hannover und dem Club zur Vahr Bremen, wenn man mit dem BSG annimmt, dass den Bremern regelwidrig eine Strafecke in der Schlusssekunde vorenthalten worden ist. Da der Club zur Vahr zu diesem Zeitpunkt mit einem Tor zurücklag, hätte er das Spiel selbst bei einer erfolgreich ausgeführten Strafecke nicht gewinnen können. Eine solche Möglichkeit ergab sich allerdings im anberaumten Wiederholungsspiel.

Richtigerweise hätte sich das BSG insoweit der Frage annehmen sollen, inwieweit eine solche *reformatio in peius* im Einspruchsverfahren durch die Anordnung im Urteil, dass das einspruchsführende Mannschaft Wiederholungsspiel maximal ein Unentschieden erreichen kann, verhindert werden muss²¹.

V. Reformbedarf

Auf den ersten Blick scheint die Differenzierung zwischen Regelverstoß und Tatsachenentscheidung überzeugend. Während – bisweilen auch krasse – Wahrnehmungsfehler selbst dem besten Unparteiischen unterlaufen, sind Regelverstöße durch ein sorgfältiges Studium des Regelhefts vermeidbar; die regelwidrig agierenden Schiedsrichter erscheinen daher kaum schutzwürdig. Aber ist das aus der Sicht der betroffenen Vereine ein relevanter Faktor? Ob ein 7-m-Ball für ein Foul außerhalb des Schusskreises verhängt wird, weil der Schiedsrichter das Vergehen innerhalb des Schusskreises gesehen hat oder weil er irrtümlich glaubte, auch ein Foul außerhalb des Schusskreises könnte eine 7-m-Entscheidung nach sich ziehen, ist aus Sicht der betroffenen Mannschaft sekundär. In beiden Fällen hat der Unparteiische eine Entscheidung getroffen, die bei richtiger Beurteilung der Tatsachen- und Rechtslage nicht korrekt war.

Außerdem haben falsche Tatsachenentscheidungen aus Sicht der Vereine oft sogar verheerendere Auswirkungen als ein Regelverstoß:

Hätten die Schiedsrichter im oben angesprochenen Spiel des Rüsselsheimer RK gegen den TSV Mannheim (III.) das Spiel nach dem Körper der Mannheimer Spielerin überhaupt nicht unterbrochen, sondern abgewartet, bis der Ball den Schusskreis verlassen hat, wäre der Fehler der Unparteiischen nicht zu heilen gewesen. Ein nicht gegebener 7-m-Ball entfaltet keine Relevanz, eine verwehrt Strafecke aber schon? Ein weiteres Unbehagen bleibt: Was wäre, wenn alle vier Rüsselsheimer Tore regelwidrig mit dem Fuß

18 ZA, Entscheidung v. 24. 5. 2011, n. v.

19 ZA, Entscheidung v. 14. 1. 2009, n. v.; bestätigt durch BSG, Urt. v. 16. 2. 2009, Az. 1/09, n. v.

20 Gleiches gilt etwa im Tennis.

21 Vgl. dazu auch Hilpert (Fn. 1), V Rn. 15.

oder der runden Seite des Schlägers erzielt worden wären, den Schiedsrichtern dies aber verborgen geblieben wäre? In diesem Fall hätten die Mannheimerinnen wegen des Grundsatzes der Tatsachenentscheidung keinerlei Einspruchsmöglichkeit gehabt, der Rüsselsheimer Einspruch hätte aber dennoch zum Erfolg führen müssen.

Dieses Beispiel zeigt, dass die abweichenden Rechtsfolgen bei Tatsachenentscheidungen (nicht überprüfbar) und bei Regelverstößen (Neuansetzung möglich) nicht sachgerecht sind.²² Vielleicht würde man mit einer Spielordnungsregelung, nach der – auch offensichtliche falsche – Entscheidungen nicht überprüfbar sind, ein Stück Gerechtigkeit aufgeben, könnte aber gleichzeitig an Rechtssicherheit gewinnen, zumal der eng getaktete Spielplan ohnehin keinen Platz für erfolgreiche Einsprüche bereithält. Eine einheitliche Behandlung von Tatsachenentscheidung und Regelverstoß würde zudem sicherstellen, dass eine Spielwiederholung nicht davon abhängt, wie die Schiedsrichter sich einlassen; andernfalls könnte durch eine geschickte Argumentation der Schiedsrichter aus einem Regelverstoß eine Tatsachenentscheidung werden (II. 2.).

Dieser Ansatz, mit dem die Differenzierung zwischen Regelverstoß und Tatsachenentscheidung aufgegeben würde, stünde auch im Einklang mit den Turnierbestimmungen des Welthockeyverbandes FIH. Diese sehen vor, dass ein Protest nicht auf die *decision of an umpire* gestützt werden kann. Eine Unterscheidung zwischen Wahrnehmungsfehler und Regelverstoß ist den Regularien nicht zu entnehmen. Ähnliches ist von der FIFA bekannt. Dort ist eine Abgrenzung zum Regelverstoß gänzlich unbekannt, jede Entscheidung des Schiedsrichters wird als unanfechtbar angesehen. Zwar sieht die RuVO DFB nach wie vor eine Differenzierung von Tatsachenentscheidung und Regelverstoß vor; ergänzt wurde allerdings in § 18 Abs. 6 eine Bestimmung, nach der rechtskräftige Entscheidungen auf Spielwiederholungen der FIFA vorzulegen sind. Im Ergebnis wird es zukünftig wohl nicht mehr zu Wiederholungen von Bundesligaspielen wegen eines Regelverstoßes der Schiedsrichter kommen²³. Auf diese Weise hat der DFB dem Umstand Rechnung getragen, dass das Recht der FIFA die Mitgliedsverbände bindet²⁴.

Eine Rückausnahme sollten die Verbandsregeln allerdings für den Fall eines vorsätzlichen Regelverstoßes oder einer bewussten

22 Ludwig, *causa sport* 2010, 212, 213, hat insoweit die saloppe Frage formuliert, warum „hinsichtlich der Rechtsfolge ... zwischen den Fehlentscheidungen eines ‚dummen‘ und denen eines ‚blinden‘ Schiedsrichters“ unterschieden wird.

23 Siehe dazu Hilpert (Fn. 1), V Rn. 20 ff.; zu den Regularien der UEFA Hilpert (Fn. 1), III Rn. 3 ff.

24 Die FIH lässt ihren Mitgliedsverbänden dagegen einen größeren Freiraum. So können die Nationalverbände nicht nur frei regeln, unter welchen Voraussetzungen es zu Spielwiederholungen kommen kann, sondern sie können auch in bestimmten Grenzen das internationale Regelwerk für den nationalen Spielverkehr abändern.

Manipulation von Schiedsrichtern (Fall *Hoyzer*²⁵) vorsehen. Interessanterweise sieht die RuVO DFB in § 17 Abs. 2 e) zur Sicherung des Spielbetriebs selbst bei einer Spielmanipulation vor, dass auf Spielwiederholung abzielende Einsprüche an den letzten vier Spieltagen der Saison nicht mehr zulässig sind. Der DFB-Bundestag hat insoweit die Wettbewerbssicherung als vorrangig angesehen²⁶.

Der Spielordnungsausschuss des DHB hat sich allerdings ganz aktuell zu der hier vorgeschlagenen Lösung nicht durchringen können, sondern will jedenfalls vorerst eine nachträgliche Überprüfbarkeit von Regelverstößen weiterhin zulassen. Es ist aber vorgesehen, ab der Saison 2011/2012 nur noch auf offenkundige, schwerwiegende und spielentscheidende Regelverstöße gestützte Einsprüche für begründet zu erachten; es bleibt jedoch abzuwarten, inwieweit sich diese neuen unbestimmten Rechtsbegriffe in der Praxis präzisieren lassen. Außerdem sollen Einsprüche künftig 30 Minuten nach Spielende angekündigt werden müssen und die Entscheidung des ZA nur noch eingeschränkt überprüfbar sein. So soll jedenfalls der Gefahr vorgebeugt werden, dass die Schiedsgerichte Monate später eine bereits abgeschlossene Meisterschaftssaison neu aufrollen.

VI. Fazit

Die aus fast allen Sportarten bekannte Differenzierung zwischen Tatsachenentscheidung und Regelverstoß sollte aufgegeben werden. Sie bringt nicht nur erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich, sondern führt auch praktisch zu großen Problemen. Dem Prinzip der Rechtssicherheit sollte Vorrang gegenüber der mit der Neuansetzung eines Meisterschaftsspiels nur vermeintlich verbundenen Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt werden. Erst recht ist den Versuchen, eine nachträgliche Überprüfbarkeit auch für offenkundig fehlerhafte Tatsachenentscheidungen zu eröffnen, eine Absage zu erteilen. Der Reiz und die Attraktivität sportlicher Wettkämpfe leben davon, dass die Spiele auf dem Feld und nicht am grünen Tisch entschieden werden. Wer die Qualität der Schiedsrichterentscheidungen steigern will, muss bei der Ausbildung der Unparteiischen ansetzen und sich mit dem Einsatz technischer Hilfsmittel anfreunden. So ist etwa die Einführung des Videobeweises im internationalen Hockey²⁷ überwiegend – auch von den Schiedsrichtern²⁸ – positiv aufgenommen worden²⁹.

25 Dazu Koch, in: Krähe/Vieweg, Schiedsrichter und Wettkampfrichter im Sport, Stuttgart u. a. 2008, S. 39 ff.

26 Koch, in: Krähe/Vieweg (Fn. 25), S. 39, 50.

27 Siehe dazu den Überblick von Krause, SpuRt 2011, 20.

28 Vgl. das Interview mit dem deutschen Spitzenschiedsrichter Christian Blasch in der FAZ v. 23. 6. 2010, S. 32.

29 Zur vergleichbaren Diskussion im Fußball siehe Götzel/Lauterbach, SpuRt 2003, 53 ff., 145 ff., sowie jüngst Krähe, Editorial zu SpuRt 4/2010; Orth, SpuRt 2010, 148; Fritzsche, SpuRt 2010, 194.

Steuerfreie Zuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit – Fluch oder Segen für den Sport?

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Dr. Jörg Alvermann/
Rechtsanwalt Dr. Thorsten Zumwinkel, Köln*

I. Vorbemerkung

§ 3 b EStG ermöglicht die steuerfreie Auszahlung von Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit. Sinn

* STRECK MACK SCHWEDHELM, Rechtsanwälte und Fachanwälte für Steuerrecht, Köln – Berlin – München.

und Zweck der Vorschrift ist es, dem Arbeitnehmer einen zusätzlichen finanziellen Ausgleich für besondere Erschwernisse und Belastungen bei Sonntags-, Feiertags- und/oder Nachtarbeit – steuerfrei – gewähren zu können. Von ihrer Intention und ihrem Ursprungsgedanken her zielt diese Vorschrift auf solche Arbeitnehmer ab, die aufgrund ihres Berufsbilds klassischerweise an Wochenenden, an Feiertagen

und insbesondere nachts (Schicht-)Dienst leisten (z. B. Polizisten, Feuerwehrleute, Krankenhauspersonal, Beschäftigte im Bereich des Nah- und Fernverkehrs etc.). Auf diese Arbeitnehmergruppe ist der Anwendungsbereich der Vorschrift jedoch nicht begrenzt. § 3 b EStG erfasst auch solche Arbeitnehmer, die nur ausnahmsweise oder gelegentlich an Sonn- oder Feiertagen bzw. nachts arbeiten. Vor diesem Hintergrund ist das Instrument der steuerfreien Auszahlung von Zuschlägen i. S. d. § 3 b EStG ein gerne verwendetes Gestaltungsinstrument. Der nachfolgende Beitrag verdeutlicht die Risiken und Fallstricke.

II. Voraussetzungen der Steuerbefreiung dem Grunde nach

1. Voraussetzung für die Steuerbefreiung der Zuschläge dem Grunde nach ist, dass die neben dem Grundlohn gewährten Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt werden. Hierfür ist nicht nur erforderlich, dass in dem Arbeitsvertrag zwischen der Grundvergütung und den Erschwerniszuschlägen unterschieden und somit ein Bezug zwischen der zu leistenden Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit einerseits und der Höhe des hierauf entfallenden Lohns andererseits hergestellt wird.¹ Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Zuschläge nicht Teil einer einheitlichen Entlohnung für die gesamte Tätigkeit des Arbeitnehmers sind, sondern zusätzlich zu dem Grundlohn im Bedarfsfall bei tatsächlicher Arbeit gezahlt werden.² Die Steuerbefreiung wird also schon dann dem Grunde nach versagt, wenn Zuschläge in festen Monatsbeträgen pauschal und ohne Rücksicht auf die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ausbezahlt werden.³
2. Allerdings fallen derartige Pauschalzahlungen nach Auffassung der Rechtsprechung dann unter die Befreiung, wenn sie nach dem übereinstimmenden Willen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Abschlagszahlungen oder Vorschüsse auf später einzeln abzurechnende Zuschläge für tatsächlich geleistete Arbeit gezahlt werden. Dies ist dann anzunehmen, wenn eine Verrechnung der pauschal geleisteten Zahlungen mit den Zuschlägen für die tatsächlich an Sonn- oder Feiertagen oder zur Nachtzeit erbrachten Arbeitsstunden jeweils vor Erstellung der Lohnsteuerbescheinigung i. S. d. § 41 b Abs. 1 EStG erfolgt.⁴ Hierfür ist wiederum erforderlich, dass auf der Grundlage von Einzelaufstellungen die tatsächlichen Arbeitsstunden feststehen; sie können nicht etwa im Wege einer Modellrechnung gemäß § 162 AO geschätzt werden.⁵ Auch ersetzt die Aufzeichnung der tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden nicht die erforderliche Verrechnung der Pauschalen mit den dem Arbeitnehmer zustehenden Zuschlägen.⁶
3. Hieraus folgt, dass die Steuerbefreiung für pauschale Zuschläge nur dann gewährt wird, wenn die Pauschalen durch Einzelabrechnung der tatsächlich geleisteten Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit zugeordnet werden können. Dies setzt in letzter Konsequenz voraus, dass der Arbeitgeber die sich aus der Abrechnung zum Jahresende bzw. zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses als zu viel gezahlte Pauschalzuschläge herausstellenden Vergütungen nachträglich der Lohnbesteuerung unterwirft.⁷
4. Bewegt sich Arbeitgeber in diesem Korsett, das die Rechtsprechung herausgearbeitet hat, wird eine derartige Vorgehensweise auch von der Finanzverwaltung anerkannt (vgl. R 3 b Abs. 7 LStR). Zu beachten ist jedoch, dass die

Lohnsteuerrichtlinien insoweit einige zusätzliche Details regeln, die es zu befolgen gilt.

III. Voraussetzungen der Steuerbefreiung der Höhe nach

Sind die Voraussetzungen für die Gewährung der Steuerbefreiung dem Grunde nach erfüllt, sieht § 3 b EStG genau definierte Regelungen vor, welche Zuschlagszahlungen der Höhe nach steuerfrei geleistet werden können. Diese reichen von einer Zahlung i. H. v. 25% des Grundlohns für „herkömmliche“ Nachtarbeit bis zu einer Zahlung i. H. v. 150% des Grundlohns für Arbeit am Heiligabend sowie an den Weihnachtsfeiertagen und am 1. Mai.

Maßgebliche Ausgangsbasis für die Bemessung des maximal steuerfrei auszahlbaren Zuschlags ist der Grundlohn. Dies ist gemäß § 3 b Abs. 2 Satz 1 EStG der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht. Dieser ist in einen Stundenlohn umzurechnen und darf einen Betrag von € 50,- pro Stunde nicht übersteigen. Wegen der Berechnung des Grundlohns sei auf die Ausführungen in R 3 b Abs. 2 LStR verwiesen.

IV. Fallstricke in der Praxis

1. Pauschalen

Werden lediglich im Einzelfall Zuschlagszahlungen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit geleistet, sollte es in Anbetracht der klaren Vorgaben des § 3 b EStG, die sich schon seinem Wortlaut entnehmen lassen, zu keinen praktischen Schwierigkeiten kommen. Da § 3 b EStG dem Arbeitgeber jedoch eine ganzjährige, durchaus ergebnisbezogene Möglichkeit der Auszahlung lohnsteuerfreier Gehaltsbestandteile bietet, wird in der Praxis insbesondere mit Pauschalen gearbeitet, die erst nachträglich abgerechnet werden. Ist dies der Fall, kann in Anbetracht der og. Voraussetzungen der Steuerbefreiung bei Pauschalzahlungen nur empfohlen werden, in den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen die primär von der Rechtsprechung und sekundär von der Finanzverwaltung entwickelten Kriterien möglichst exakt aufzugreifen. Neben dem Grundgehalt sollte eine als steuerfrei bezeichnete Pauschalvergütung aufgeführt werden, die als eigenständiger Gehaltsbestandteil und als Zuschlag „für geleistete Tätigkeit bei Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit“ ausbezahlt wird.

Darüber hinaus sollte festgehalten werden, dass der steuerfreie Zuschlag monatlich, spätestens zum Jahresende bzw. zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses entsprechend der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden abgerechnet wird. Weiterhin empfiehlt es sich, auf die gesetzlichen Regelungen über steuerfreie Zuschläge in § 3 b EStG zu verweisen, um Missverständnisse insoweit zu vermeiden. Wichtig ist darüber hinaus, dass die Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit gesondert neben möglichen Prämienzahlungen etc. geregelt sind. Auf diese Abgrenzung legt die Rechtsprechung bei der Vergütung von Profisportlern Wert.⁸

2. Abrechnung

Problematisch ist, dass in der Praxis oft die in R 3 b Abs. 7 Nr. 4 LStR enthaltenen Vorgaben nicht beachtet werden. Hiernach muss bei der Pauschalzahlung erkennbar sein, welche Zuschläge im Einzelnen – jeweils getrennt nach Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit – abgegolten sein sollen und nach welchen Prozentsätzen des Grundlohns die Zuschläge bemessen worden sind. Diese

1 BFH vom 16. 12. 2010 VI R 27/10, BFH/NV 2011, 683 unter Hinweis auf BAG vom 27. 5. 2003 9 AZR 180/02, DB 2003, 2181.

2 Ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BFH vom 27. 5. 2009 VI B 69/08, BStBl. II 2009, 730; so jüngst auch FG Hamburg vom 2. 2. 2011 6 K 151/10, nv. (juris).

3 BFH VI R 27/10, a. a. O.

4 Vgl. z. B. BFH vom 13. 5. 2005 IX B 6/05, BFH/NV 2005, 1552; vom 18. 5. 2005 IX B 178/04, BFH/NV 2005, 1553; vom 22. 10. 2009 VI R 16/08, BFH/NV 2010, 201; VI R 27/10, a. a. O.

5 BFH vom 25. 5. 2005 IX R 72/02, BStBl. II 2005, 725.

6 BFH vom 18. 11. 2003 VI B 123/03, BFH/NV 2004, 335.

7 BFH vom 29. 3. 2000 VI B 399/98, BFH/NV 2000, 1093.

8 Vgl. z. B. FG Düsseldorf vom 4. 8. 2006 18 K 2736/04 E, nv. (juris).

Vorgaben werden regelmäßig missachtet, indem eine einheitliche Pauschalzahlung pro Monat für sämtliche in Betracht kommenden Zuschläge gezahlt wird. In einem solchen Fall ist bei strenger Betrachtung weder erkennbar, welche Zuschläge im Einzelnen abgegolten sind, noch nach welchen Prozentsätzen des Grundlohns diese Pauschalzahlung ermittelt worden ist.

Aus unserer Sicht kommt einem solchen Verstoß jedoch keine entscheidende Bedeutung zu, solange die restlichen Voraussetzungen, die Rechtsprechung und Finanzverwaltung an die Anerkennung der Steuerbefreiung des § 3 b EStG stellen, erfüllt sind. Dies folgt aus der Erwägung, dass die Pauschale ohnehin nur eine Abschlagszahlung bzw. ein Vorschuss auf die spätestens zum Ende des Jahres bzw. des Beschäftigungsverhältnisses vorzunehmende Gesamtabrechnung der an Sonn- und Feiertagen bzw. nachts geleisteten Arbeitsstunden ist. Wird diese Verrechnung der im Einzelnen – nachträglich – ermittelten Zuschläge mit den bereits ausgezahlten Pauschalen ernsthaft durchgeführt, hindert u. E. ein unterjähriger Verstoß gegen die formale Vorgabe der R 3 b Abs. 7 Nr. 4 LStR die Gewährung der Steuerbefreiung nicht.

Es kommt hinzu, dass nach unseren Beobachtungen eine solche Vorgehensweise von der Finanzverwaltung im Rahmen von Anrufungsauskünften i. S. d. § 42 e EStG oder auch von Lohnsteuerausprüfungen bei Profi- und Amateurvereinen nicht beanstandet wird, sofern es zu der genannten „Endabrechnung“ am Jahresende bzw. bei Ende des Beschäftigungsverhältnisses kommt. Dies lässt aus unserer Sicht darauf schließen, dass der genannten Regelung in den Lohnsteuerrichtlinien eher formaler Charakter zukommt, so dass die Gewährung der in § 3 b EStG enthaltenen Steuerbefreiung in diesen Fällen gleichwohl möglich ist.

Dennoch: Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht existent, so dass ein Risiko verbleibt. Rechtlich einwandfrei und unangreifbar wäre diese Handhabung jedenfalls nur, wenn der Arbeitsvertrag neben der Nennung des maßgeblichen Grundlohns auch eine Aufteilung enthielte, welche konkreten Zuschläge (getrennt nach Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit) im Wege der monatlichen Pauschalzahlung – vorerst – abgegolten werden sollen.

3. Kappung und Aufstockung

Problematisch ist ferner, dass in einzelnen Arbeitsverträgen die Auszahlung eines die monatliche Pauschale übersteigenden Betrags ausgeschlossen wird, selbst wenn der nachträglich ermittelte und maximal nach § 3 b EStG steuerfrei auszahlbare Zuschlag höher als die bereits gezahlte Pauschale ist. Diese Klausel ist in der Regel in Zusammenhang mit einer weiteren arbeitsvertraglichen Regelung zu sehen, die für den Fall greift, dass der maximal nach § 3 b EStG steuerfrei auszahlbare Betrag unter der monatlichen Pauschale liegt: In diesem Fall ist der Arbeitgeber des Sportlers regelmäßig verpflichtet, den nachzuversteuernden Betrag bis zu der Höhe aufzustocken, die erforderlich ist, um dem Spieler als Auszahlungsergebnis den ungeschmälernten Pauschalbetrag zu erhalten.

Diese Klausel offenbart, dass es weniger um eine Vorauszahlung auf nachträglich abzurechnende Zuschläge für tatsächlich an Sonn- und Feiertagen bzw. nachts geleistete Arbeit, sondern um einen zusätzlichen Gehaltsbestandteil geht, der dem Spieler in jedem Fall – netto – ausbezahlt werden soll. Obwohl eine solche Klausel zum Ausdruck bringt, dass dem Spieler – unabhängig von dem tatsächlichen Anfall von Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit – ein zusätzlicher Gehaltsbestandteil in einer konkreten Höhe garantiert werden soll, ist die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung nach unserer Auffassung von Sinn und Zweck des § 3 b EStG gedeckt. Dies ergibt sich aus der aktuellen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs: Hiernach haben es Arbeitgeber und Arbeitnehmer ohne Weiteres und bis an die Grenze des Gestaltungsmissbrauchs in der Hand, durch vertragliche Vereinbarungen von der gesetzlich zulässigen Steuerbefreiung des

§ 3 b EStG in möglichst hohem Maße Gebrauch zu machen. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist u. E. eine solche wie die og. Klausel als gesetzeskonform anzusehen. Hierbei kommt insbesondere dem Umstand Bedeutung zu, dass trotz der Garantie des Auszahlungsergebnisses aufgrund der Aufstockung des nachzuversteuernden Betrags in der Regel der Arbeitgeber des Sportlers die auf den Aufstockungsbetrag entfallende Lohnsteuer zu übernehmen hat. Damit fällt die Lohnsteuer nicht endgültig aus, sondern wird – wenn auch nachträglich – tatsächlich abgeführt. Hierdurch kommt es im Ergebnis lediglich zu einer zeitverzögerten Abführung der Lohnsteuer, die man nach den Grundsätzen von R 3 b Abs. 7 LStR und der dazu ergangenen Rechtsprechung aus Gründen der Praktikabilität wohl hinnehmen kann.

4. Vertragliche Vereinbarung – Tatsächliche Praxis

Der wahre Kern der Problematik liegt jedoch weniger in der arbeitsvertraglichen Ausgestaltung als in der tatsächlichen Handhabung der Zahlung und der nachträglichen Verrechnung der Pauschale mit den steuerfreien Zuschlägen. Trotz aller Großzügigkeit, die Rechtsprechung und Finanzverwaltung in der Anwendung des § 3 b EStG erkennen lassen, steht Folgendes fest: Es ist eindeutig, dass derartige Pauschalbeträge am Ende des Lohnzahlungszeitraums – endgültig und rechtmäßigerweise – nur insoweit lohnsteuerfrei bleiben, als dass sie mit Zuschlägen verrechnet werden können, die für einzeln nachgewiesene Zeiten tatsächlich geleisteter Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit zu zahlen wären. Das heißt, es müssen Einzelaufstellungen geführt werden, in denen die tatsächlich angefallene Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit lückenlos und korrekt festgehalten wird.

Es bedarf keiner Erläuterung, dass die Erstellung derartiger Abrechnungen anfällig ist und Arbeitgeber wie Arbeitnehmer die Möglichkeit gibt, den Umfang der steuerfreien Beträge mangels effektiver Kontrollierbarkeit der Zeiterfassung in einem gewissen Rahmen zu steuern. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein rechtliches, sondern um ein faktisches Problem.

V. Zusammenfassung

Die laufende Auszahlung und nachträgliche Verrechnung von Monatspauschalen im Bereich des Profi- und Amateursports ist ein gängiges Instrument, Arbeitnehmern einen Teil ihres Gehalts lohnsteuer- und damit auch sozialversicherungsbeitragsfrei auszahlen zu können. Von der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung sind klare Kriterien entwickelt worden, wie die Vorgaben des § 3 b EStG – namentlich bei Auszahlung pauschaler Zuschläge – umzusetzen sind. Es empfiehlt sich, diese zu beachten. Gleichwohl ist in der Praxis eine gewisse Großzügigkeit hinsichtlich Auslegung und Anwendung des § 3 b EStG und der entsprechenden Regelungen der Lohnsteuerrichtlinien festzustellen, so dass einer laxen Handhabung des § 3 b EStG seitens der Arbeitgeber – u. U. bewusst – Raum gelassen wird. Arbeitgebern im Bereich des Profi- und Amateursports kann dennoch nur empfohlen werden, die eindeutigen Vorgaben nicht nur aus Gründen sportlicher Fairness im Hinblick auf andere Wettbewerber zu befolgen. Es sollte auch die Haftungsgefahr bedacht werden, denen sich Sportvereine als Arbeitgeber insbesondere bei steuerfreien Auszahlungen an ausländische Spieler aussetzen. Bei Dosierung und Handhabung mit Augenmaß bietet § 3 b EStG dem Arbeitgeber zwar eine zulässige Möglichkeit zur steuerfreien Auszahlung – nicht selten mündet das (vermeintliche) Gestaltungsinstrument aber in der Praxis in einen Streit mit der Finanzverwaltung. Um im Bild zu bleiben: Auch Steuerfahndungsstellen schrecken im Sport mitunter nicht vor Sonn- und Feiertagsarbeit zurück.

Die „sportliche Veranstaltung“ im Umsatzsteuerrecht

Von Dr. Axel Steiner, Rostock

I. Einleitung

Die „sportliche Veranstaltung“ war Gegenstand mindestens dreier¹ im Jahr 2010 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zu umsatzsteuerlichen Fragen mit jeweils unterschiedlichen Ansätzen. Die Finanzverwaltung geht aus allen drei Duellen als Sieger hervor. Diese Siege sind aber nicht gleichzeitig Niederlagen für den Sport, sondern sorgen für gleichmäßig faire steuerliche Rahmenbedingungen. Sie bestätigen aber eine Tendenz der deutschen Fachgerichte, den Sport in Fragen des Umsatzsteuerrechts an der kurzen Leine zu halten². Dabei zeigt sich, zum einen, dass die deutschen Gerichte bei der Frage der Steuerbarkeit und Steuerpflicht bei erheblichen Einnahmen des Vereins aus öffentlichen Kassen oder öffentlichen Auftritten eine Tendenz zur Steuer haben, dem Begehren der Vereine nach Vorsteuer aber sehr restriktiv gegenüber stehen³. Die dritte Entscheidung zeigt schließlich, dass das europäische Umsatzsteuerrecht bei der Auslegung durch deutsche Gerichte nicht denselben Erfolg für den sportlichen Unternehmer zeitigt wie die Anwendung durch den EuGH tatsächlich oder auch oft nur mutmaßlich zu Folge hat. Diese „Misserfolge“ stehen auch in einem Gegensatz zu den ertragsteuerlichen Entscheidungen zur „Sportlichen Veranstaltung“.

Es lohnt sich also die „Sportliche Veranstaltung“ unter umsatzsteuerlichen Gesichtspunkten näher zu beleuchten.

II. Definition der sportlichen Veranstaltung

Der Begriff der „Sportlichen Veranstaltung“ ist im Umsatzsteuergesetz ebenso wenig definiert wie in der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL). Sie ist ein dem gemeinnützigkeitsrechtlichen Bereich entlehnter Begriff, der auf die umsatzsteuerlichen Tatbestände angewendet wird.

Die „sportliche Veranstaltung“ ist ein Spezialfall des Zweckbetriebs nach § 65 AO (§ 67 a AO). Der Begriff der sportlichen Veranstaltungen ist aus Sicht der Finanzverwaltung im AEO zu § 67 a AO mit Wirkung für das Umsatzsteuerrecht erläutert. Sportliche Veranstaltung i. S. des § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG ist nach ständiger Auffassung des BFH aber nicht nur der Zweckbetrieb i. S. des § 67 a AO, sondern jede organisatorische Maßnahme eines Sportvereins, die es aktiven Sportlern ermöglicht, Sport zu treiben⁴. Er kann sich weder der Definition der Verwaltung noch dem Wortlaut des Gesetzes anschließen. Aus seiner Sicht ist die Steuerfreiheit nach Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL (Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. m der 6. EG-Richtlinie) jedenfalls nicht zutreffend in § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG umge-

setzt⁵. Begünstigt ist die sportliche Veranstaltung eines Sportvereins nach Nr. 2 des AEO zu § 67 a AO⁶ also alle gemeinnützigen Körperschaften, die der Förderung des Sports verpflichtet sind, also auch Sportverbände und andere neben- (Fördervereine) oder übergeordnete Strukturen (Verwaltungs- und Organisationsvereine)⁷, die den Sport in anderen Sportvereinen fördern⁸. Jeder Verein hat unter dem Aspekt der Einnahmengrenze von 35 000 € jährlich nur einen Zweckbetrieb „Sportliche Veranstaltungen“⁹.

Organisatorisches Minimum ist ein gemeinsamer zeitlicher und örtlicher Rahmen. Veranstaltung ist weniger als eine Einrichtung, weshalb sie nicht auf Dauer angelegt sein muss, wohl aber kann. Eine Mehrheit von aktiven Sportlern verlangt mindestens zwei aktive Personen. Dabei ist der Trainer nur Hilfsmittel zur Individualförderung, so dass dieser, auch wenn er (teilweise) aktiv mittrainiert, diese Personenmehrheit nicht herstellt¹⁰. Die nicht erforderliche Mitgliedschaft im Verein führt denklogisch dazu, dass auch Kurse und Lehrgänge sportliche Veranstaltungen sind. Nicht nur die ganzjährige Teilnahme an dauerhaft angebotenen Vereinsaktivitäten, die ohnehin meist dem Idealbereich zugeordnet werden, sondern auch die allgemein zugänglichen Veranstaltungen sind Zweckbetriebe, da diesen der Gedanke der Aus- und Weiterbildung sportlicher Fähigkeiten zugrunde liegt (Nr. 5 zu § 67 a AEO). Dass dies jedoch nicht so selbstverständlich gesehen wird, zeigen die Ausführungen des FG Köln (Fn. 1), die diese Ansicht als „Auffassung des erkennenden Senats“ kennzeichnen und damit der eigenen Verunsicherung durch förmlichen Nachdruck entgegenwirken zu wollen scheinen.

In Bereich der Kurse und Lehrgänge tritt der Verein in Konkurrenz zu gewerblichen Anbietern. Dies wäre nach den allgemeinen Grundsätzen des § 65 AO schädlich für die Zweckbetriebseigenschaft. Der AEO behauptet in den Erläuterungen unter Nr. 5 zu § 67 a AO aber, dass diese als lex specialis dem § 65 AO vorgehe. Folglich kommt es auch auf die Art der Vergütung nicht an.

Der Sportverein muss aber nicht den organisatorischen Rahmen für sportliche Veranstaltung vorgeben. Eine durch einen Sportverein angebotene sportliche Darbietung als Teil eines anderen Ereignisses (Firmenjubiläum, Kulturveranstaltung, privates Fest) ist ebenfalls eine sportliche Veranstaltung, auch wenn der Rahmen nicht gemeinnützig ist (Nr. 3 S. 2 zu § 67 a AEO).

Für das Umsatzsteuerrecht gelten diese Ausführungen analog, allerdings mit europarechtlichen Einschränkungen und Erweiterungen, die die unmittelbare Anwendung der MwStSystRL mit sich bringen kann.

Die Entscheidung des BFH vom 1. 12. 2011 (Fn. 1), vorgestellt mit Anmerkung in diesem Heft auf Seite beschäftigt sich mit dem Ort der sonstigen Leistung. Sie dreht sich um die Frage, wo einheitliche Leistungen, deren Teilleistungen im innergemeinschaftlich erbracht werden, örtlich anzusiedeln sind. Sie zeigt, dass auch eine europarechtliche Argumentation für den Kläger nicht zum

1 BFH, Urteil vom 5. 8. 2010 – V R 54/09 BStBl. II 2011 S. 191; BFH, Urteil vom 1. 12. 2010 XI R 27/09, BStBl. II 2011 S. 453; FG Köln, Urteil vom 8. 10. 2009 10 K 3794/06, EFG 2010 S. 367.

2 BFH, Urteil vom 9. 8. 2007 V R 27/04, SpuRt 2008 S. 171; BFH, Urteil vom 11. 10. 2007 V R 69/06 BFH/NV 2008 S. 322 BFH, Urteil vom 2. 7. 2008 XI R 60/06 BStBl 2009 II S. 167; FG Nürnberg, Urteile vom 11. 9. 2007 II 355/2004 und II 238/2004 DStR 2008 Heft 3 S. IX.

3 Vgl. dazu die komplexen Regelungen bei der Nutzung von sog. Werbemobile durch Sportvereine: Steiner, Steuerrecht im Sport, Anm. 655 bis 667f.

4 BFH, Urteil vom 11. 10. 2007 V R 69/06 DStR 2008 S. 505; Urteil vom 25. 7. 1996 V R 7/95 BStBl. II 1997 S. 154.

5 BFH, Urteil vom 9. 8. 2007 V R 27/04 BFH/NV 2007 S. 2213, SpuRt 2008 S. 171.

6 Unter Berufung auf BFH, Urteil vom 25. 7. 1996 V R 7/95 BStBl. II 1997 S. 154.

7 Vereine wie bei im Urteil vom 5. 8. 2010 (Fn. 1), die Hallenzeiten organisieren, Marketing übernehmen etc. und damit den Sport fördern, nach deutschem Umsatzsteuerrecht grundsätzlich auch Sportverbände, siehe aber EuGH, Vereinigtes Königreich vom 1. 2. 2007 – Rs. C 253/07 Canterbury Hockey Club und Canterbury Ladies Hockey Club, ABI EU 2007 Nr. C 183 S. 20 SpuRt 2009 S. 18.

8 Steiner, Steuerrecht im Sport, Rz. 103; Uterbark in Schwarz AO § 67 a Rz. 4.

9 Steiner, Steuerrecht im Sport, Rz. 104.

10 Noch enger Fischer in H/H/S AO § 67 a AO Rz. 42.

Ziel führen muss, selbst wenn die erste Instanz erfolgreich abgeschlossen wurde.

Die Entscheidung des FG Köln vom 8. 10. 2009 (Fn. 1) und die Entscheidung des BFH vom 5. 8. 2010 (Fn. 1) befassen sich beide mit der Qualifikation der Überlassung von Sportstätten, allerdings in unterschiedlichen Leistungsbeziehungen. Die beiden Sachverhalte zeigen, dass die umsatzsteuerliche Interessenlage aber divergierend sein kann. In der einen Entscheidung wollte der Verein wegen der Vorsteuer für die Errichtungskosten einer Sporthalle steuerbare Leistungen erbracht haben, der andere Verein wollte zu Senkung der Bruttokosten für seine Mitglieder umsatzsteuerfreie Leistungen gegenüber der Stadt als Eigentümer der Sportstätten erbracht haben. Beiden gemeinsam ist, dass sie ihr Ziel nicht erreicht haben.

III. Leistungsaustausch

Der BFH hatte vorab zu klären, ob der Kläger die Eintrittskarte zum Umsatzsteuerrecht gelöst hatte, nämlich in einen Leistungsaustausch zur Stadt getreten zu sein. Diese Frage steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur sportlichen Veranstaltung, beschäftigt aber den Sport vielfältig, vor allem auch durch die europarechtlichen Interventionen¹¹.

In beiden Fällen handelte es sich bei den Klägern um Sportvereine, auch wenn im Fall des BFH der Verein selbst nur Aufgaben für andere Vereine, in denen unmittelbar Sport betrieben wurde wahrnahm und der andere Verein auch Kurse für Nichtmitglieder abhielt¹².

Der „Dachverein“ im Fall des BFH hatte Zahlungen aufgrund eines vom BFH als Geschäftsbesorgung qualifizierten Vertrages von der Stadt erhalten, um den Sportvereinen die „zur sportlichen Nutzung bestimmten Gymnastik-, Turn- und Sporthallen in städtischer Trägerschaft stehender Schulen sowie die Sporthalle V... zur regelmäßigen oder einmaligen Ausübung von Vereins- und Betriebssport und zur gewerblichen und nicht gewerblichen privaten Nutzung zu sportlichen Zwecken in fremdem Namen und für fremde Rechnung“ zu vermieten. Der BFH kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei den streitigen Zahlungen nicht um einen nicht steuerbaren Zuschuss, sondern um steuerbares und steuerpflichtiges Entgelt für Geschäftsbesorgungsleistungen an die Stadt handelt. Weder läge ein Grund für eine Befreiung der Umsätze noch der Tatbestand einer Besteuerung mit dem ermäßigten Steuersatz im Rahmen eines Zweckbetriebs vor.

Entgeltliche Leistungen sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbar und unterliegen dem Anwendungsbereich der Steuer, wenn zwischen der Leistung und einem erhaltenen Gegenwert ein unmittelbarer Zusammenhang besteht, der sich aus einem zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis ergibt, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, wobei die Vergütung den Gegenwert für die Leistung bildet¹³.

Nicht steuerbare Zuschüsse aus öffentlichen Kassen sind anzunehmen, wenn aus struktur- oder allgemeinpolitischen oder volkswirtschaftlichen Gründen Zahlungen geleistet werden und diese weit überwiegend dazu dienen, die Tätigkeit des Zahlungsempfängers allgemein zu fördern. Anders ist es, wenn ein in Geld zu bemessender Gegenwert für eine Leistung des Zahlungsempfängers an den Träger der öffentlichen Kasse im Vordergrund steht¹⁴.

11 Z. B. EuGH, Urteil vom 21. 3. 2002 Rs. C-174/00, „Kennemer Golf & Country Club“ UR 2002 S. 320.

12 Vgl. dazu Steiner, Steuerrecht im Sport, Rz. 102 ff.

13 BFH, Urteile vom 19. 11. 2009 V R 29/08, BFH/NV 2010 S. 701; vom 18. 6. 2009 V R 4/08, BStBl. II 2010 S. 310; vom 27. 11. 2008 V R 8/07, BStBl. II 2009 S. 397, unter II.1., m. w. N. zur Rechtsprechung des EuGH und des BFH.

14 BFH, Urteil vom 27. 11. 2008 V R 8/07 BStBl. II 2009 S. 397, unter II.1.c.

15 BFH; Urteile vom 8. 11. 2007 V R 20/05, BStBl. II 2009 S. 483, Leitsatz 1, und vom 5. 12. 2007 V R 63/05, BFH/NV 2008 S. 996, Leitsatz 2.

In solchen Fällen ist grundsätzlich von einem Leistungsaustausch auszugehen¹⁵.

Die Vermietung von Sporthallen im Namen und für Rechnung eines anderen sowie ggf. der Einzug der Entgelte einschließlich der damit in Zusammenhang stehenden Vollstreckungs- und Beitreibungsmaßnahmen sind konkrete Leistungen im Interesse der Stadt, unabhängig davon, ob es sich um eine freiwillige oder eine Pflichtaufgabe des hoheitlichen Trägers handelt¹⁶. Dies ist jedenfalls dann zutreffend, wenn die Vergütung Fremdüblichkeit erreicht oder jedenfalls die ersparten eigenen Aufwendungen der Stadt an die Vereine weiterleitet. Hätte die Stadt den Aufwand aber nicht auf die Nutzer umlegen dürfen oder können, wäre ein (nicht steuerbarer) Zuschuss gegeben. Dazu enthält der veröffentlichte Tatbestand keine Wertungen.

Damit hatte der BFH eine Eintrittskarte ins Umsatzsteuerrecht ausgestellt und stand damit vor derselben Rechtsfrage wie das FG Köln, welche Steuerbefreiungstatbestände in Zusammenhang mit der Überlassung einer oder mehrerer Sportstätten unter den Umständen des Einzelfalles in Betracht kommen.

IV. Die Überlassung von Räumen als sportliche Veranstaltung

Die Überlassung von Sportanlagen ist keine Überlassung von Grundstücken im Sinne des § 4 Nr. 12 Buchst. a UStG, sofern kein Miet-/Pachtvertrag i. S. der §§ 535 ff. BGB vorliegt. Der Vorsteuerabzug kommt deshalb grundsätzlich in Betracht. Nach den beiden genannten Entscheidungen ist die Überlassung einer Sporthalle aber als Nebenleistung für eine sportliche Veranstaltung steuerfrei, Dienstbesorgungen an Sportvereine als Rahmen für deren sportliche Veranstaltungen aber als steuerpflichtig zu qualifizieren, weil diese Leistung weder nach nationalem Recht (§ 4 Nr. 22 Buchst. b UStG) noch nach Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL von der Umsatzsteuer befreit ist.

Beide Entscheidungen wollten sichtbar das steuerliche Ergebnis der Finanzverwaltung halten. Die Tätigkeit der beiden Kläger in Bezug auf die Sportstätten unterscheidet sich nämlich kaum. Bis auf die Instandsetzung muss der „Dachverein“ nämlich für eine Vielzahl von Sportstätten die Leistungen erbringen, die der Eigentümerverein für seine eigene Halle erbringen muss. Der Unterschied liegt in den Leistungswegen. Die Sportler entrichten Beiträge und Gebühren für Mitgliedschaft, tatsächlich aber für die sportlichen Veranstaltungen, bzw. für die Möglichkeit an ihnen teilzunehmen, soweit es sich nicht um passive und damit preisgünstigere Mitgliedschaften handelt. In beiden Fällen sollten diese Beträge kalkulatorisch die gleichen Leistungen abdecken. Diese Leistungen fließen an den Eigentümer oder werden an ihn weitergeleitet, der im einen Fall der Verein selbst ist, im anderen Fall die öffentliche Hand, die weite Teile ihrer Aufgaben an einen Dienstleister ausgelagert hat. Dieser Dienstleister ist aber kein auf dem Markt auftretender Dritter sondern selbst ein gemeinnütziger Sportverein, der übergreifende Leistungen an die Vereine erbringt, da sonst der Aufwand bei der Stadt oder bei Übertragung auf alle Sportvereine ein großer Koordinierungsaufwand entsteht. Die vom „Dachverein“ erbrachten Leistungen sind aber für einen Sportverein charakteristisch, da sie unmittelbar der Förderung des Sports dienen. Die Leistungen könnten deshalb so zu betrachten sein, als hätte sie der jeweilige unmittelbare Sport treibende Verein selbst erbracht, was erheblich mehr unmittelbare Abstimmung erforderlich gemacht hätte, jedenfalls aber denkbar ist, ohne dass sich die wirtschaftlichen Ergebnisse dem Grunde nach unterscheiden.

Die zeigt auch ein Vergleich mit den komplexeren Vorgängen beim Flugsport¹⁷. Erfolgt die Flugsportorganisation durch den Verein, sind dessen Mitglieder regelmäßig berechtigt, die Start- und Landebahn des Flugplatzes, die dort

16 BFH, Urteil vom 18. 6. 2009 V R 4/08, BStBl. II 2010 S. 310, unter II.2.a.

17 Zu parallelen Strukturen im Pferdesport vgl. Steiner, Steuerrecht im Sport, Rz. 150 ff.

befindlichen Gebäude, wie Hangars, den Tower und die übrigen Einrichtungen zu benutzen. Dies gewährleistet in solchen Fällen der Verein – wie der Dachverein in der BFH-Entscheidung – durch seine Organe. Der Verein hat sich mit den Terminvorstellungen aller Mitglieder auseinanderzusetzen und diese zu koordinieren. Damit ermöglicht er es dem jeweiligen Vereinsmitglied, die gewarteten, flugbereiten und versicherten Flugzeuge zu benutzen. Daneben ist noch die Beschaffung von Start- und Landerechten, die Bezahlung der Landegebühr oder die Sicherstellung anderweitiger Voraussetzungen möglich. Dies schafft alle unmittelbar erforderlichen organisatorischen Voraussetzungen für die Ausübung des Sports. Durch die umfassende organisatorische Abwicklung aller flugtechnischen und sonstigen Erfordernisse wird gerade die untere Grenze der sportlichen Veranstaltungen überschritten. Daher liegt mithin eine Nebenleistung zu sportlichen Veranstaltungen i. S. des § 4 Nr. 22 b UStG vor. Man könnte zu dem Ergebnis kommen, dass dem „Dachverein“ im BFH-Fall dies ebenfalls gelungen ist und die Entgelte für diese Nebenleistung geflossen sind und darüber hinaus gehende Leistungen, die tatsächlich unmittelbar an die Stadt erbracht wurden, nur Nebenleistung zur steuerfreien Nebenleistung sind.

Dann käme es nicht darauf an, ob eine nach Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL in engem Zusammenhang mit Sport und Körperertüchtigung stehende Dienstleistung vorlag, die eine Einrichtung ohne Gewinnstreben an Personen erbringt, die Sport oder Körperertüchtigung ausüben und ob die Überlassung einer Sportstätte unerlässlich für deren Ausübung ist und ob sich der Verein darauf beruft. Dabei ist zu berücksichtigen dass die Steuerbefreiungen der MwStSystRL eng auszulegen sind. Untere Grenze ist dabei nur eine verbleibende Wirksamkeit der Ausnahmeregelung. Diese Grenzen hat der EuGH selbst in der Entscheidung *Canterbury Hockey Club* gezogen.

Werden Anlagen (Sportstätten oder Betriebsvorrichtungen) nicht langfristig überlassen (fraglich, ob dies in der Entscheidung des FG Köln der Fall ist – der Tatbestand ist bei den Kursen etwas dünn), hängt die gemeinnützigkeitsrechtliche Einordnung von der Beziehung zum Verein ab¹⁸. Eine sportliche Veranstaltung ist die Überlassung selbst nicht¹⁹, sie bietet nur den Rahmen für die entsprechenden Zweckbetriebe anderer. Die Vermietung kann aber ebenfalls ein begünstigter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb in Form eines Zweckbetriebes nach § 65 AO sein, wenn es bei einer vereinsinternen Nutzung bleibt oder die Fremdnutzung von völlig untergeordneter Bedeutung ist (weniger als 10%)²⁰. Dies wird damit begründet, dass in diesen Fällen die Frage der Drittkonkurrenz noch nicht entscheidungserheblich wird. Diesen Aspekt hat das FG Köln in seiner Entscheidung nicht für wesentlich erachtet, obwohl nachhaltige Kursangebote gegenüber privaten Veranstaltern als Konkurrenz auftreten. Wird z. B. an dasselbe Mitglied oder dieselbe Gruppe Mitglieder regelmäßig kurzfristig vermietet oder auch unentgeltlich überlassen, ist die Mitgliedschaft nicht konkurrenzschützend. Ebenso kann eine Mitgliedschaft kurzfristig eingegangen und wieder aufgegeben werden, so dass die Anknüpfung an diese Eigenschaft des kurzfristigen Nutzers risikobehaftet ist. Führt der Verein selbst in erheblichem Umfang Kurse aus, wäre ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb die wahrscheinlich zutreffende Lösung, mit der umsatzsteuerlichen Folge, dass die Leistungen teilweise umsatzsteuerbar wären und wirtschaftlich betrachtet ein Teil der Vorsteuer hätte gezogen werden dürfen. Nach der MwStSystRL sind solche Kurse nicht steuerfrei, wenn sie im Wesentlichen dazu bestimmt sind, der Einrichtung zusätzliche Einnahmen zu verschaffen, die Kurse in unmittelbarem Wettbewerb mit Tätigkeiten von der Mehrwertsteuer unterliegenden Unternehmen durchgeführt werden. Der Vorsteuerabzug ist bisher (Abschn. 1.4. Umsatzsteueranwendungserlass [UStAE] (BMF-Schreiben vom 1. 10. 2010 IV D 3 – S

7015/10/10002 BStBl. I 2010 S. 846 früher Abschn. 4 Abs. 1 UStR 2008) ausgeschlossen, wenn der Verein Anschaffungen für den ideellen, nach bisheriger Auffassung nicht unternehmerischen Bereich tätigt. Ob dies noch europarechtskonform ist und welche Gestaltungen bis zu einer gesetzlichen Regelung möglich sind, ist wieder ein anderes Thema²¹. Anschaffungskosten für Sportgeräte, Sportkleidung und Trainingshilfsmittel berechtigen nur im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zum Vorsteuerabzug. Werden die angeschafften Gegenstände zu weniger als 10% unternehmerisch genutzt, scheidet der Vorsteuerabzug ebenfalls. Dies bedeutet aber nicht, dass man ein Sportgerät im Rahmen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs anschaffen und dann später zu 89% anderweitig nutzen kann, ohne dass dies umsatzsteuerliche Folgen hätte. In diesem Fall ist die nicht unternehmerische Nutzung im Wege der Schätzung zu ermitteln und die Vorsteuer durch Aufteilung zu korrigieren oder eine Wertabgabe nach § 3 Abs. 9a UStG zu versteuern. Dies entscheidet der Unternehmer durch die teilweise oder vollständige Zuordnung des Gegenstandes zum Unternehmen. Im günstigsten Fall bleibt also ein Vorfinanzierungseffekt. Nach Abschn. 2.10. Abs. 6 bis 9 UStAE (früher Abschn. 22 Abs. 7 bis 9 UStR) kann der Unternehmer eine vereinfachte Zuordnung vornehmen, an die er 5 Jahre gebunden ist. Die Zuordnung eines Gegenstandes zum unternehmerischen Bereich muss eindeutig sein. Unklarheiten gehen zu Lasten des Steuerpflichtigen.

Anders wäre dies möglicherweise, wenn der Verein für Kurse und Mitgliedsbeiträge zur Umsatzsteuer durch „Verzicht auf die Anwendung der Befreiung aus Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL optiert“ hätte. Vielleicht hätte das Gericht die Errichtung der Halle dann vom Zusammenhang mit den sportlichen Veranstaltungen gelöst und § 4 Nr. 22 Buchst. b UStG nicht angewendet. Die Entscheidung des EuGH zum Gegenleistungscharakter von Mitgliedsbeiträgen in Sachen „*Kennemer-Golf*“²² hat hier nicht für Rechtssicherheit gesorgt. Wann ein Mitgliedsbeitrag eine Gegenleistung ist und wann nicht, sagt der EuGH nicht deutlich, weist aber darauf hin, dass es nicht darauf ankomme, ob die Leistungen angenommen werden. Danach wäre eine Gegenleistung auch für das Bereithalten von Leistungen möglich, obwohl es verwundert, dass dafür dieselben Preise gelten sollen wie für die tatsächliche Inanspruchnahme. Dieser Satz spricht vielmehr dafür, dass es dem EuGH nicht auf ein echtes Gegenleistungsverhältnis ankam, sondern auf eine erhebliche Erweiterung der Begriffsdefinitionen. Die Finanzverwaltung ignoriert diese Option bis zur (für 2012 geplanten) gesetzlichen Klarstellung, dass Mitgliedsbeiträge im Sport umsatzsteuerfrei sind.

V. Fazit

Beide Klagen hätten also auch den Anträgen der Sportvereine folgend entschieden werden können, auch wenn die Literatur weitgehend einmütig die Entscheidungen bestätigt²³. Das BMF hat sich mit seiner Zustimmung zur amtlichen Veröffentlichung der BFH-Entscheidung jedenfalls auch sehr viel Zeit gelassen. Es lohnt sich also auch beim nächsten Spiel gegen den Fiskus wieder alles zu geben, da es sich weder um eine bereits verlorene „best of five“ noch eine psychologisch aussichtsarme „best of seven“ –Serie handelt, sondern nach dem Prinzip gehandelt werden sollte, neues Spiel – ggf. mit neuer Senatsbesetzung – neues Glück. Die Saison 2011 beginnt in Sachen Umsatzsteuer jedenfalls schon mit einem Erfolg. Die Erteilung von Golf-Einzelunterricht ist nach der Entscheidung des BFH vom 2. 3. 11 XI R 21/09 umsatzsteuerfrei.

21 *Alvermann*, Umsatzsteuer auf Vereinsbeiträge, SpuRt 2011 S. 108.

22 EuGH, Urteil vom 21. 3. 2002 Rs. C-174/00, „*Kennemer Golf & Country Club*“ UR 2002 S. 320.

23 *Fischer*, jurisPR-SteuerR 2/2011 Anm. 6, *Martin*, BFH/PR 2011, 101, *Meurer*, StBW 2011, 62, *Walkenhorst*, UStB 2011, 74.

18 *Uterhark* in *Schwarz* AO § 67 a Rz. 30.

19 BFH, Urteil vom 2. 3. 90 III R 89/87 BStBl. II 1990 S. 1012.

20 BFH, Urteil vom 10. 1. 1992 III R 201/90 BStBl. 1992 II S. 684.

Zur Zulässigkeit nicht autorisierter Internet-Übertragungen von Schach-Wettbewerben mittels „digitaler Schachbretter“

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Berlin, in diesem Heft S. 166 –

Von Notarassessor Christoph Röhl, Nürnberg

I. Einleitung

Der Markt für sog. Sportübertragungsrechte wächst stetig und unaufhaltsam. Waren es bis vor wenigen Jahren noch Fernsehen und Radio, die das sportbegeisterte Publikum mit Live-Informationen über Sportereignisse versorgten, sind es heute in zunehmendem Maße auch Internet und Mobilfunk, die mit einer aktuellen, unkomplizierten und jederzeit verfügbaren Berichterstattung Endnutzer und Werbekunden gleichermaßen ansprechen.

Mit den neuen technischen Möglichkeiten der Sportübertragung gehen jedoch auch neuartige Gefahren insbesondere für die Sportveranstalter einher. Neben das rein tatsächliche Problem der Unkontrollierbarkeit des Internets treten bedeutende rechtliche Fragestellungen. Nicht nur erscheint fraglich, welches nationale Sachrecht bei grenzüberschreitenden Internet-Sachverhalten zur Anwendung kommt und wie die neuen Übertragungsmöglichkeiten rechtlich einzuordnen sind. Auch die Frage des Rechteinbegriffs und der Rechtsverletzung bei der kommerziellen Nutzung fremder Leistungen durch nicht autorisierte Dritte rückt mit den neuen technischen Errungenschaften noch stärker als bisher in den Fokus des juristischen Interesses.

Die zuletzt genannte Problematik des Rechteinbegriffs und der Rechtsverletzung bei Internet-Sachverhalten ist auch Gegenstand eines Urteils des LG Berlin vom 29. 3. 2011¹. Diese hochinteressante Entscheidung soll im Folgenden in die bisher geführte Diskussion um die Existenz und Reichweite von Sportübertragungsrechten eingeordnet und anschließend kritisch analysiert werden.

II. Sportübertragungsrechte in der bisherigen Diskussion

Das Thema „Sportübertragungsrechte“ hat mittlerweile sowohl seitens der Rechtsprechung² als auch seitens der rechtswissenschaftlichen Literatur³ ein enormes Echo erfahren. Trotz der breit und tiefgründig geführten Diskussion konnte sich bislang noch keine allgemeine Auffassung hinsichtlich Art und Umfang des Schutzes der Sportveranstalter vor einer nicht genehmigten Fernseh- und Hörfunkberichterstattung durch Dritte herausbilden.

Weitgehend Einigkeit besteht noch darin, dass es de lege lata keinen (ungeschriebenen) sondergesetzlichen Schutz des Sportveranstalters gibt⁴. Weiterhin kommt ein unmittelbarer urheberrechtlicher Veranstalterschutz auf Grundlage des § 2 UrhG oder des § 81 UrhG – auch in analoger Anwendung – nicht in Betracht⁵. Namentlich der BGH geht davon aus, dass die Erlaubnis des Veranstalters zur Fernsehübertragung eines Sportevents im Rechtssinne keine Übertragung von Rechten bedeute, sondern vielmehr eine Einwilligung in Eingriffe darstelle, die der Veranstalter auf Grund des ihm am Veranstaltungsort zustehenden Hausrechts (§§ 858, 903, 1004 BGB) verbieten könnte⁶. Gleiches gelte für die Erlaubnis zur Hörfunkberichterstattung vom Veranstaltungsort aus⁷. Der Veranstalter könne den Zutritt zu einem Event im Rahmen der Privatautonomie frei regeln und diesen insbesondere von einem besonderen Entgelt oder Auflagen abhängig machen. Diese Befugnis folge notwendigerweise aus der dinglichen Berechtigung des Veranstalters an der Wettkampfstätte. Die Schwächen der Konstruktion eines „Sportübertragungsrechts“ allein auf Grundlage des Hausrechts sind allerdings eklatant. So bietet das Hausrecht lediglich ein präventives Instrumentarium im Vorfeld der Berichterstattung, das bereits dann versagt, wenn die Informationen nicht unmittelbar aus der geschützten Sphäre des Veranstalters heraus übermittelt werden (etwa Hörfunkberichterstattung durch einen Fernsehzuschauer) oder es eine solche Sphäre gar nicht gibt (z. B. Tour de France, Segelregatta). Weiterhin gewährt das Hausrecht richtigerweise auch keinen Schutz vor einer anschließenden Verwertung widerrechtlich gewonnener Informationen i. S. einer Verbreitungskontrolle⁸.

Bisweilen wird daher in der Literatur versucht, Abwehransprüche des Sportveranstalters auf Grundlage des Wettbewerbsrechts herzuleiten. Diskutiert wird vor allem eine unlautere Nachahmungshandlung des Drittanbieters gemäß § 4 Nr. 9 UWG. Als besonders problemträchtig erweist sich dabei allerdings die Begründung einer im Abfilmen oder Kommentieren liegenden Nachahmung des jeweiligen Sportereignisses⁹. Daneben

1 Az. 16 O 270/10 = SpuRt 2011, 166 (in diesem Heft).

2 BGH NJW 1970, 2060 f. – *Bubi Scholz*; NJW 1990, 2815 (2817) – *Sportübertragungen*; BGH SpuRt 2006, 73 ff. – *Hörfunkrechte*; SpuRt 2011, 158 – *Hartplatzhelden.de*.

3 Vgl. hierzu v. a. die Werke von *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, 1999; *Helbig*, Die Verwertung von Sportereignissen im Fernsehen, 2004; *Osterwalder*, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, 2004; *Lochmann*, Die Einräumung von Fernsehübertragungsrechten an Sportveranstaltungen, 2005; *Laier*, Die Berichterstattung über Sportereignisse, 2007.

4 Vgl. nur *Lochmann* (Fn. 3), S. 116 m. w. Nachw. Neuerdings ein eigenständiges Leistungsschutzrecht im Wege der Rechtsfortbildung bejahend *Krebs/Becker/Dück*, GRUR 2011, 391 (394 ff.).

5 Zutreffend BGH NJW 1990, 2815 (2817) – *Sportübertragungen*; *Haas/Reimann*, SpuRt 1999, 182 (182); *Helbig* (Fn. 3), S. 35.

6 Vgl. insbesondere BGH NJW 1990, 2815 (2817) – *Sportübertragungen*.

7 BGH SpuRt 2006, 73 ff. – *Hörfunkrechte*.

8 *Ladeur*, GRUR 1989, 885 (886); *Kübler*, ZUM 1989, 326 (328); *Waldhauser* (Fn. 3), S. 82.

9 Eine Nachahmung bejahend etwa *Maume*, MMR 2008, 797 (799); *Waldhauser* (Fn. 3), S. 137; a. A. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Hrsg.), UWG, 29. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 9.38.

bereitet die Feststellung der Unlauterkeit erhebliche Schwierigkeiten. Am vielversprechendsten erscheint aus Sicht der Veranstalter die Berufung auf den ungeschriebenen Tatbestand der einfachen Behinderung in Form eines „Schmarotzens an fremder Leistung“¹⁰. Dies würde nach gängiger Definition vorliegend voraussetzen, dass das Ergebnis des organisatorischen und finanziellen Einsatzes für die Durchführung eines Sportereignisses von einem Dritten ohne entsprechende Erlaubnis unmittelbar für eigene Zwecke ausgenutzt wird, ohne dass der Dritte selbst eine nennenswerte eigene Leistung erbringt. Lässt sich bei der audiovisuellen Übertragung einer Sportveranstaltung noch eher das Fehlen einer nennenswerten Eigenleistung des Dritten vertreten¹¹, so dürfte jedenfalls bei einer Hörfunkübertragung von einer beachtlichen, die Unlauterkeit ausschließenden Reporterleistung auszugehen sein¹². Erst die Kommentierungsleistung des Reporters ermöglicht es den Zuhörern, den sportlichen Wettbewerb mitzuerleben und den Fortgang des Geschehens vor ihrem „inneren Auge“ nachzuvollziehen. Insgesamt gilt es bei der Prüfung der Unlauterkeit zu beachten, dass die Anforderungen an die Bejahung eines wettbewerbswidrigen „Schmarotzens“ unter Geltung des reformierten UWG 2008 noch nicht vollständig ausgelotet sind. Ob ein unmittelbarer Leistungsschutz angesichts der nunmehr stärkeren Betonung der Nachahmungsfreiheit weiterhin anerkannt werden kann, ist noch offen¹³. Auf Grund der zahlreichen Unwägbarkeiten lässt sich daher konstatieren, dass es eine gesicherte Rechtsposition des Sportveranstalters auf der Basis des UWG nicht gibt. Gleiches gilt auch für einen zivilrechtlichen Leistungsschutz über die Figur des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (§ 823 BGB)¹⁴.

III. Sportübertragungsrechte im Internet – Hartplatzhelden.de

Mit der Diskussion um die Zulässigkeit des Online-Portals Hartplatzhelden.de, auf dem private Nutzer selbst aufgenommene Clips von Amateur-Fußballspielen hochladen können, ist die Problematik der „Sportübertragungsrechte“ erstmals eingehend für den Bereich der Neuen Medien in das Blickfeld der (juristischen) Öffentlichkeit geraten. Nach zu Recht heftig kritisierten Urteilen des LG und des OLG Stuttgart¹⁵, die ein „Sportveranstalterrecht“ des klagenden Württembergischen Fußballverbands aus §§ 3, 4 Nr. 9 und 10 UWG bejahten¹⁶, hat nunmehr der BGH¹⁷ ein derartiges Schutzrecht mit begrüßenswerter Klarheit abgelehnt. Mit beachtlicher Argumentation – auf die an dieser Stelle aus Raumgründen nur hingewiesen werden soll¹⁸ – hat der

BGH sowohl das Vorliegen einer Nachahmungshandlung als auch die Annahme besonderer Unlauterkeitsmomente verneint.

IV. Tatsächliche und rechtliche Einordnung des Urteils des LG Berlin

Das vorliegend zu besprechende Urteil des LG Berlin vom 29. 3. 2011 gibt abermals Anlass, sich mit der Übertragung von Sportveranstaltungen im Internet zu befassen. Die besondere Bedeutung des landgerichtlichen Urteils ergibt sich u. a. aus dem tatsächlichen Umstand, dass es vorliegend nicht – wie der unbefangene Leser bei der ersten Lektüre der Entscheidung vermuten mag – um die Übertragung von Bewegtbildern der Schach-WM ging. Vielmehr hat das beklagte Schach-Portal die real gespielten Schachzüge auf seiner Webseite (near-live) auf einem „digitalen Schachbrett“ Zug um Zug virtuell dargestellt und so den tatsächlichen Spielverlauf für die Besucher des Portals nachvollziehbar gemacht. Nach unwiderlegter Einlassung des Beklagten kamen die Informationen über die gespielten Schachzüge von einem Journalisten vor Ort und wurden von dem Portal-Betreiber manuell in dessen Datenverarbeitungsprogramm eingegeben.

Auf vergleichbare Weise hat das beklagte Schach-Portal mittlerweile eine Fülle weiterer professionell ausgerichteter Schach-Turniere digital aufbereitet und für jedermann zugänglich unter der Internet-Adresse Chessbase.de bereitgestellt. Die umfangreiche Datenbank des Portals umfasst aktuell über vier Millionen bereits gespielte Schachpartien zum kostenlosen Download. Für den Nutzer bietet sich nun etwa die Möglichkeit, sich alle Partien eines bestimmten Spielers anzeigen zu lassen, um dessen gespielte Varianten analysieren zu können. Mittels leistungsstarker Computer können durch das Zusammenfügen einzelner Komponenten Rückschlüsse auf den Charakter einzelner Spieler gezogen und deren „Schach-DNA“ ausgelesen werden¹⁹. Auf professioneller Ebene ist die Nutzung von Chessbase.de auf Grund dieser Möglichkeiten mittlerweile unverzichtbar geworden.

In dem der landgerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt übertrug der Veranstalter der Schach-WM, der Bulgarische Schachverband, die Partien ebenfalls durch digitalisierte Darstellung der einzelnen Züge auf seiner Webseite. Er machte geltend, durch eine nicht genehmigte zeitgleiche bzw. zeitversetzte Übertragung der Partien durch den Beklagten würden Urheberrechte verletzt und in wettbewerbsrechtlich geschützte Positionen eingegriffen. Dies sah das LG Berlin letztlich anders. Der Entscheidung ist wohl im Ergebnis, nicht aber durchweg auch in der Begründung beizupflichten.

V. Kritische Analyse des Urteils

1. Vorbemerkung

Zunächst ist noch einmal herauszustellen, dass Streitgegenstand weder eine Bild- noch eine Hörfunkübertragung der Schach-WM war, sondern es vielmehr (nur) um die zeitgleiche bzw. zeitversetzte Berichterstattung über den Verlauf der Partien mittels „digitaler Schachbretter“ ging.

Zwar ist zuzugeben, dass bei bewegungsarmen Sportarten wie Schach das visuelle Miterleben des tatsächlichen Spielgeschehens weit weniger im Vordergrund

10 Grundlegend BGH GRUR 1960, 614 (617) – *Figaros Hochzeit*; GRUR 1963, 575 (576) – *Vortragsabend*; GRUR 1971, 46 (46 f.) – *Bubi Scholz*.

11 So insbesondere *Maume*, MMR 2008, 797 (800); *Helbig* (Fn. 3), S. 109 ff.; *Laier* (Fn. 3), S. 215.

12 *Strauß*, Hörfunkrechte des Sportveranstalters, 2006, S. 104; *Winter*, ZUM 2003, 531 (536); *Mailänder*, ZUM 2003, 820 (824); *Wertebbruch*, SpuRt 2001, 185 (187). A.A. jedoch *Günther*, WRP 2005, 703 (709); *Schmid-Petersen*, SpuRt 2003, 234 (237).

13 Zur aktuellen Diskussion vgl. etwa *Ohly*, GRUR 2010, 487 ff.; *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 181 ff.; *Nemeczek*, GRUR 2011, 292 ff.

14 Vgl. *Waldhauser* (Fn. 3), S. 157; *Haas/Reimann*, SpuRt 1999, 182 (187).

15 LG Stuttgart SpuRt 2008, 166 ff.; OLG Stuttgart SpuRt 2009, 252 ff.

16 Diese Entscheidungen rigoros ablehnend etwa *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553 f.; *Maume*, MMR 2008, 797 ff.; *Frey*, CR 2008, 530 ff.; *Ernst*, CaS 2008, 289 f.; *Ehmann*, GRUR-Int. 2009, 659 ff.; *Ohly*, CaS 2009, 148 ff.; *Peukert*, WRP 2010, 316 ff.

17 BGH SpuRt 2011, 158 – *Hartplatzhelden.de*.

18 Vgl. insoweit die Besprechungen bei *Ohly*, GRUR 2011, 439 f.; *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 181 ff.; *Körber/Ess*, WRP 2011, 697 ff.

19 FAZ v. 3. 3. 2010, S. 26.

steht als bei den typischen Sportarten Fußball, Tennis und Boxen. Die Information über die reine Faktenlage – namentlich die genaue Abfolge der einzelnen Schachzüge – steht für das interessierte Publikum beim Schachsport in aller Regel weit vor den optischen Eindrücken eines Wettkampfes. Die (digitalisierte) Darstellung der genauen Abfolge der Schachzüge befriedigt daher in aller Regel das Informationsbedürfnis des interessierten Publikums in ähnlich umfassender Weise wie die audiovisuelle Übertragung eines Fußballspiels das Interesse des fußballbegeisterten Publikums befriedigt. Gleichwohl hat die hier in Frage stehende Berichterstattung weit mehr mit einem sog. Ticker-Dienst gemeinsam, der v. a. durch kurze Textmitteilungen – bisweilen aber auch durch kurze computeranimierte Elemente – über ein sportliches Geschehen berichtet, als mit einer Bild- und/oder Tonübertragung einer Sportveranstaltung. Auch die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit der Berichterstattung mittels „virtueller Schachbretter“ hat sich daher m. E. an der Zulässigkeit von Ticker-Diensten zu orientieren. Diese ist jedoch bei weitem noch nicht abschließend geklärt. Naturgemäß stehen v. a. große Sportveranstalter wie die DFL auf dem Standpunkt, dass die Berichterstattung über ein Sportevent via Live-Ticker jedenfalls aus einem Stadion heraus einer entsprechenden Lizenz bedürfe²⁰. Rechtsprechung zu dieser Thematik findet sich in Deutschland – soweit ersichtlich – noch nicht. Die Literatur hat sich bislang nur vereinzelt zur Zulässigkeit sog. Sport-Ticker im Internet geäußert²¹.

2. Keine Ansprüche aus dem Urheber- und dem Hausrecht

Das LG Berlin hat in seinen Entscheidungsgründen unter Rückgriff auf die bereits dargelegte herrschende Auffassung zutreffend festgestellt, dass urheberrechtliche Ansprüche des Bulgarischen Schachverbands gemäß §§ 97, 2, 81 UrhG von vornherein ausscheiden. Ebenso deutlich hat das Gericht ausgeführt, dass das Hausrecht als Grundlage für Unterlassungsansprüche vorliegend nicht in Betracht kommt, da es weder eine die Berichterstattung untersagende Hausordnung gab noch nachgewiesen werden konnte, dass die Daten unmittelbar aus dem Veranstaltungsraum und nicht aus dem allgemein zugänglichen und mit einer Bildübertragung der Schachpartien ausgestatteten Presseraum übermittelt wurden.

3. Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche?

Sodann widmet sich das Gericht eingehend möglichen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen. Grundvoraussetzung einer wettbewerbswidrigen Nachahmung gemäß § 4 Nr. 9 UWG ist das Vorliegen eines Erzeugnisses mit „wettbewerblcher Eigenart“, sprich eines Erzeugnisses, dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen²². Bereits an dieser Stelle setzt das LG Berlin an und verneint eine wettbewerblche Eigenart mit der Begründung, die Internet-Nutzer würden die Übertragung des Schachwettbewerbs zwar durchaus mit dem Bulgarischen Schachverband verbinden, sie würden dies „aber allenfalls wegen dessen Tätigkeit als Veranstalter, nicht aber aufgrund der – allein potentiell schutzbegründenden – konkreten Aus-

gestaltung oder bestimmter Merkmale der Übertragung“ tun. Diese weise keine Besonderheiten, Neuheiten oder individuelle Gestaltungsmerkmale auf und besitze daher keine wettbewerblche Eigenart. Diese Argumentation greift m. E. zu kurz. Zwar mag es durchaus zutreffen, dass der konkreten vom Veranstalter angebotenen Übertragung der Partien keine Individualität innewohnt; auf eine wettbewerblche Eigenart der Übertragung (!) kommt es allerdings gar nicht an, da diese richtigerweise nicht Gegenstand der lauterkeitsrechtlich zu beurteilenden Nachahmung i. S. d. § 4 Nr. 9 UWG ist. Vielmehr muss auf die Sportveranstaltung (!) als nachgeahmtes Erzeugnis abgestellt werden. Diese besitzt jedoch in aller Regel wettbewerblche Eigenart, da sie meist offenkundig – entweder durch ihre Bezeichnung selbst oder aber jedenfalls durch die Gesamtumstände der Ausrichtung – auf den jeweiligen Veranstalter und damit ihre „betriebliche Herkunft“ hinweist²³.

Der (hilfsweisen) Ablehnung der Unterlauterkeit der Internet-Übertragung durch Chessbase durch das LG Berlin kann dagegen – jedenfalls im Ergebnis – zugestimmt werden. Zutreffend geht das Gericht unausgesprochen von einer lediglich nachschaffenden Übernahme einer fremden Leistung aus, da der Schachwettbewerb dem Portal-Betreiber letztlich nur als Vorbild und Anknüpfungspunkt für seine unter dem Einsatz eigener Leistung erbrachte Tätigkeit diene. Auch eine unmittelbare Übernahme der vom Bulgarischen Schachverband generierten Daten konnte nicht nachgewiesen werden. Die Annahme einer bloß nachschaffenden Leistungsübernahme bewirkt nach der allgemein anerkannten Wechselwirkungslehre²⁴, dass angesichts des nur geringen Nachahmungsgrades erhöhte Anforderungen an die besonderen unlauterkeitsbegründenden Umstände des § 4 Nr. 9 UWG zu stellen sind. Derartige besondere Umstände hat das Gericht hier zu Recht nicht erkannt. Unter Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 UWG untersucht das LG Berlin den Tatbestand der einfachen Behinderung. Das Landgericht verneint ein „Schmarotzen“ des Chessbase-Betreibers an einer Leistung des Bulgarischen Schachverbands mit der Begründung, dieser hätte sich als Veranstalter der Schach-WM durch eine konsequente Durchsetzung seines Hausrechts am Veranstaltungsort rechtlich hinreichend vor einer unerlaubten (Live-)Berichterstattung absichern können. Da er dies unterlassen habe, sei er nicht schutzwürdig und die Berichterstattung durch Chessbase nicht unlauter. Dieser Begründungsansatz verkennt die bereits oben unter II. skizzierten eklatanten Schwächen des Hausrechts. Dieses bietet insbesondere keinerlei Schutz davor, dass die von Chessbase genutzten Informationen außerhalb der geschützten Sphäre des Veranstalters – etwa von dessen Internet-Seite – gewonnen oder aber unter Verstoß gegen das Hausrecht erlangte Informationen später verwertet werden. Ein den Bedürfnissen des Schachverbands gerecht werdender Rechtsschutz hätte sich folglich auch bei konsequenter Durchsetzung des Hausrechts nicht erreichen lassen. Gleichwohl dürfte das vom LG Berlin gefundene Ergebnis richtig sein. Zwar macht sich der Anbieter einer Berichterstattung mittels „digitaler Schachbretter“ eine fremde Leistung – namentlich die vom Verband organisierte und durchgeführte Schachpartie – zu eigenen kommerziellen Zwecken zunutze, wirtschaftliche Interessen des Veranstalters werden jedoch nur in stark eingeschränktem Umfang berührt. Demgegenüber ist die Eigenleistung des Portal-Betreibers

20 Vgl. SZ v. 15. 3. 2006, S. 15.

21 Vgl. dazu insbesondere den Beitrag von *Strauß*, *SpuRt* 2007, 6 ff.

22 St. Rspr., vgl. etwa BGH GRUR 1981, 517 (519) – *Rollhocker*; GRUR 2006, 79 (81) – *Jeans*; GRUR 2010, 1125 (1127) – *Femur-Teil*.

23 Im Ergebnis ebenso *Helbig* (Fn. 3), S. 104; *Lochmann* (Fn. 3), S. 158 f.

24 Vgl. nur *Köhler* (Fn. 9), § 4 Rdnr. 9.69 m. w. Nachw.

ungleich größer als bei einer reinen Bildübertragung der WM, da alle relevanten Daten zunächst gesammelt und dann manuell in das entsprechende Datenverarbeitungsprogramm eingegeben werden müssen. Zudem droht im vorliegenden Fall keinerlei Marktversagen, da auch bei Verneinung eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes nicht die Gefahr besteht, dass Investitionsleistungen des Sportveranstalters in die Austragung einer Schach-WM künftig unterbleiben. Darüber hinaus – und dieser Aspekt dürfte letztlich entscheidend sein – müssen bloße Tatsachen, selbst wenn sie digital animiert dargestellt werden, als Grundlage für eine Berichterstattung wegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG grundsätzlich gemeinfrei bleiben²⁵.

Nicht eingegangen ist das LG Berlin auf den Unlauterkeitstatbestand der (mittelbaren) Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 9 a) UWG²⁶. Dieser würde indes voraussetzen, dass die Nutzer des Schachportals zumindest der irrigen (und vermeidbaren) Vorstellung unterlägen, der Betreiber des Portals stünde mit dem jeweiligen Veranstalter der Schachwettkämpfe in geschäftlichen Verbindungen. Angesichts der Ubiquität derartiger (Informations-)Dienste im Internet – auch die streitgegenständliche Schach-WM wurde von mehreren Anbietern parallel übertragen und journalistisch aufbereitet – wird sich eine solche Vorstellung bei den Nutzern jedoch kaum bilden.

Schließlich ist auch eine gezielte Behinderung von Wettbewerbern i. S. d. § 4 Nr. 10 UWG durch die Berichterstattung von Chessbase offenkundig nicht gegeben, da diese praktisch ausschließlich nur auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs ausgerichtet ist.

4. Kein Anspruch aus dem zivilrechtlichen Leistungsschutz

Damit ist auch das Ergebnis der Prüfung etwaiger zivilrechtlicher Leistungsschutzrechte vorgegeben. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheidet jedenfalls an der fehlenden Rechtswidrigkeit der Berichterstattung. Denn was wettbewerbsrechtlich zulässig ist (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG!), kann zivilrechtlich nicht verboten sein²⁷. Einem Anspruch aus § 826 BGB steht zudem die wesentliche Eigenleistung des Portal-Betreibers entgegen. Diese erlaubt es nicht, von einer sittenwidrigen Schädigung des Bulgarischen Schachverbands zu sprechen.

5. Zwischenfazit

Alles in allem hat das LG Berlin daher zutreffend Unterlassungsansprüche des Bulgarischen Schachverbands auf Grundlage des Urheber- und Wettbewerbsrechts abgelehnt und den Kläger allein auf das – als Ausschließlichkeitsrecht des Sportveranstalters jedoch letztlich ungeeignete – Hausrecht aus §§ 858, 903, 1004 BGB verwiesen, welches im konkreten Fall allerdings ebenso versagte.

6. Der Schachverband als Datenbankhersteller i. S. d. §§ 87 a ff. UrhG?

Abgesehen von der Problematik der Sportübertragungsrechte bietet die Entscheidung des LG Berlin einen weiteren interessanten Aspekt. Der Bulgarische Schachverband hatte den Standpunkt vertreten, durch die Eingabe der einzelnen Schachzüge in das zur digitalen Wieder-

gabe der gespielten Partien notwendige Datenverarbeitungsprogramm sei eine urheberrechtlich schutzfähige Datenbank i. S. d. §§ 87 a ff. UrhG entstanden. Chessbase habe durch den Zugriff auf die digitalisierten Daten das Datenbankherstellerrecht des Veranstalters verletzt.

Abgesehen davon, dass bereits ein Zugriff auf die auf der klägerischen Webseite abgelegten Daten nicht nachgewiesen werden konnte, verneint das LG Berlin zudem das Vorliegen einer schutzfähigen Datenbank. Nach § 87 a Abs. 1 UrhG wird eine Datenbank definiert als Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art und Umfang wesentliche Investition erfordert. An letzterem mangle es hier, da der Verband nicht habe belegen können, dass tatsächlich – wie von ihm behauptet – „circa 8000 €“ allein in die Verarbeitung und Darstellung der Daten investiert wurden. Das LG Berlin setzt in seiner Entscheidung konsequent die Vorgaben des EuGH²⁸ um. Dieser hat in Bezug auf Fußballspielpläne ausgesprochen, dass ein Schutz als Datenbank mangels wesentlicher Investition gerade in die Beschaffung, Überprüfung und Darstellung der Spielpaarungen ausscheiden müsse. Ausdrücklich klargestellt hat der EuGH, dass Investitionen in die Erzeugung der einzelnen in die Datenbank aufzunehmenden Daten bei der Ermittlung der wesentlichen Investition außer Betracht bleiben müssen²⁹.

Danach hätte vorliegend der Bulgarische Schachverband nachweisen müssen, dass die investierten „circa 8000 €“ nicht in die Organisation und Durchführung der WM (= Stadium der Datenerzeugung), sondern ausschließlich in den anschließenden Aufbau der Datenbank geflossen sind. Da ihm dies nicht gelungen ist, hat das LG folgerichtig das Vorliegen einer Datenbank i. S. d. § 87 a Abs. 1 UrhG und darauf gestützte (Unterlassungs-)Ansprüche des Verbands verneint.

VI. Zusammenfassung

Das Urteil des LG Berlin vom 29. 3. 2011 zeigt erneut eindrucksvoll, dass sich einerseits die Diskussion um Sportübertragungsrechte zunehmend von den klassischen Medien auf das Internet verlagert, und dass andererseits de lege lata ein umfassender (gesetzlicher) Veranstalterenschutz nicht existiert³⁰. Auf Grundlage des geltenden Rechts hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend Unterlassungsansprüche des Bulgarischen Schachverbands gegen die (Live-)Berichterstattung über eine Schach-WM mittels „digitaler Schachbretter“ umfassend verneint. Diese für den Veranstalter missliche Situation kann allein der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Kodifikation des Sportveranstalterschutzes beheben. Ob er dies in absehbarer tun wird, ist indes völlig offen.

25 Ebenso *Laier* (Fn. 3), S. 225 f.; *Beater*, AfP 2008, 345 (350); zweifelnd jedoch *v. Coelln*, AfP Sonderheft 2007, 55 (62).

26 Zu dieser Fallgruppe BGH GRUR 1963, 152 (156) – *Rotaprint*; GRUR 1998, 477 (480) – *Trachtenjanker*; GRUR 2001, 443 (445) – *Viermetta*.

27 Vgl. nur *Köhler* (Fn. 9), Einl. Rdnr. 7.27.

28 EuGH GRUR 2005, 252 ff. – *FIXTURES MARKETING I*; GRUR 2005, 254 ff. – *FIXTURES MARKETING II*.

29 Zustimmend etwa *Leistner*, JZ 2005, 408 (409); *Grützmacher*, CR 2006, 14 (15); *Kraus*, SpuRt 2005, 66 (67). Kritisch dagegen *Summner/Blask*, SpuRt 2005, 50 (50); *Cherkeb/Urdze*, CaS 2009, 127 (129 ff.).

30 Vgl. dazu insbesondere auch das Rechtsgutachten von *Hilty/Henning-Bodewig*, Leistungsschutzrechte zu Gunsten von Sportveranstaltern?, 2007.

Millionen für den guten Namen

Rechtsanwalt Dr. Mirko Wittneben, LL. M., Hamburg

Die Namen der Neuzugänge, die unter anderem den nach Leverkusen abgewanderten Stürmerstar André Schürrle im Sturm ersetzen sollen, gehen den Fans des FSV Mainz 05 schon leicht über die Lippen. An den Namen des neuen Stadions ihres Vereins werden sie sich hingegen noch gewöhnen müssen. Wenn ab dem 5. 8. 2011 die Fußball-Bundesliga in ihre neue Spielzeit startet, wird Mainz 05 nicht mehr im Stadion am Bruchweg, sondern erstmals in der Coface Arena auflaufen. Mainz ist der Sitz der Deutschland-Zentrale von Coface einem französischen, weltweit tätigen Dienstleister im Bereich Forderungsmanagement. Mit dem Verkauf der Namensrechte an ihrem Stadion folgen die Rheinessen einem aktuellen Trend. Denn die Stadion-Namensrechtsvermarktung hat in Deutschland in den vergangenen zehn Jahren stark zugenommen. Während Sportanlagen früher nach Regionen, Stadtteilen, Flüssen oder verdienten Persönlichkeiten benannt wurden, ist die Namensgebung durch einen Sponsor für viele Stadionbetreiber oder Vereine inzwischen eine betriebswirtschaftlich reizvolle Alternative.

2001 vergab mit dem Hamburger SV erstmals ein Fußballerligist die Namensrechte an seinem Stadion an ein Unternehmen (AOL). Seitdem hat sich die Namensvermarktung deutscher Sportstätten rasant entwickelt. Inzwischen spielen jeweils 13 von 18 Vereinen der Ersten und Zweiten Fußballbundesliga in Stadien, die nach einem Sponsor benannt sind. Die Namensrechte haben die Eigner der Sportstätten regelmäßig für hohe Summen auf mehrere Jahre veräußert. So zahlen die Allianz AG für das Namensrecht am Stadion des FC Bayern München jährlich 6 Mio. Euro bei einer Vertragslaufzeit von 15 Jahren (2006-2021), die Velints-Brauerei für das Namensrecht an der Heimstätte des FC Schalke 04 jährlich 5 Mio. Euro bei einer Laufzeit von zehn Jahren (2005-2015) und die Signal-Iduna-Gruppe für das Namensrecht am ehemaligen Dortmunder Westfalenstadion jährlich immerhin noch 4,5 Mio. Euro bei einer Laufzeit von zehneinhalb Jahren (2005-2016). Die Einnahmen, die Vereine bzw. Stadioneigner in den höchsten europäischen Fußballligen durch die Vermarktung der Stadionnamensrechte generierten, stiegen dementsprechend von 13 Mio. Euro jährlich im Jahre 2005 auf inzwischen 62 Mio. Euro jährlich im Jahre 2010 (Walsh, SPORT+MARKT, Overview Namingrights, 6. 12. 2010). Den Großteil der Einnahmen generieren dabei deutsche Stadioneigner und Vereine.

Mit dem Erwerb von Namensrechten an Sportstätten wollen Unternehmen in der Regel ihr Engagement für die jeweilige Region im Allgemeinen und den Sport im Besonderen wahrnehmbar machen (Klingmüller, SpuRt 2002, 59, 59). Die Namensrechte an Fußballstadien sind dabei besonders attraktiv, denn keine Sportart verfügt in Deutschland über ein ähnlich großes Zuschauer- und Medieninteresse wie Fußball. Obwohl sich Stadion-Umbenennungen als Kommunikationsplattform für Unternehmen wirtschaftlich bewährt haben, bergen sie für die Beteiligten auch Risiken. Denn der Markt für Namensrechte an größeren Sportstätten ist überschaubar. Von den derzeit 35 Erst- und Zweitligastadien gelten maximal 25 bis 30 als vermarktbar. Die übrigen sind wegen zu geringer Zuschauerzahlen, schlechter Bausubstanz oder fehlender Infrastruktur für ein Sportstättensponsoring wenig attraktiv. Zudem stößt die Vergabe kommerzieller Rechte an Stadiennamen bei Anhängern eines Sportvereins nicht selten auf Widerstand. Gerade bei

Traditionsvereinen fürchten Fans häufig, mit der Namensvergabe ein Stück Tradition zu verlieren (Rehm, Naming Rights – Germany is European Champion, in Sponsor's Sports Venue Report 2010, 6. Aufl., S. 44). Damit das Engagement eines Sponsors für beide Seiten ein Gewinn wird, müssen die Vertragspartner daher optimal zueinander passen und das Engagement in ein gutes Marketingkonzept eingebettet sein.

Beim Abschluss von Stadion-Namensrechtsverträgen sind zudem bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten. Die Bezeichnung einer Sportstätte dient zur Identifikation und Abgrenzung von anderen Sportstätten oder Bauwerken und genießt daher Namensschutz nach § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Humberg, JR 2005, 89 (90); Wittneben in F. A. Z. vom 16. 9. 2009, S. 22). Inhaber des Namensrechts ist derjenige, der sich den Namen beigelegt hat; also in der Regel der Eigentümer der Sportstätte. Falls ein Sportverein nicht Eigentümer seines Stadions ist, darf er das Namensrecht daher nur mit Zustimmung des Eigentümers vermarkten (Klingmüller, Sponsors 07/2006, S. 48). Da der Namensinhaber der Sportstätte und der Sponsor regelmäßig vereinbaren, dass der Sponsor der Sportstätte einen Namen verleihen und die durch den Werbeeffect ihm zufließenden kommerziellen Vorteile verwerten darf, sind „Naming Rights“-Verträge als Rechtspacht zu qualifizieren (Humberg, JR 2005, 89 (90)).

Häufig regeln die Beteiligten, dass der Sponsor vorbehaltlich der baurechtlichen Zulässigkeit das Dach des Stadions mit seinem Schriftzug versehen darf; ebenso, dass der Namensinhaber den Stadionnamen in für Presseinterviews vorgesehenen Bereichen anzubringen, durch den Stadionsprecher bei seinen Ankündigungen zu nennen sowie in Veröffentlichungen des Vereins zu integrieren hat. Meist wird ferner ausführlich der Umfang des mit der Übertragung des Namensrechts verbundenen Werberechts des Sponsors geregelt. Damit der neue Stadionname schnell in den allgemeinen Sprachgebrauch eingeführt wird, ist schließlich regelmäßig vorgesehen, dass der Namensinhaber durch PR-Maßnahmen den Sponsor bei der Verbreitung des neuen Namens unterstützen muss. Gleichwohl können Medien nicht verpflichtet werden, einen neuen Stadionnamen auch tatsächlich zu benutzen (Wittneben in F. A. Z. vom 16. 9. 2009, S. 22).

Als Gegenleistung hat der Sponsor dem Namensinhaber für die Vertragslaufzeit häufig einen Pauschalbetrag zu zahlen. Alternativ können die Parteien sich auch auf eine leistungsabhängige Vergütung verständigen. In einem solchen Fall werden sie meist vorsehen, dass der Sponsor einen festen Sockelbetrag sowie einen variablen Anteil zahlen muss. Die Höhe des variablen Anteils kann beispielsweise von der Zahl der Medien-Kontakte (d. h. jede Nennung des Namens oder Namenslogos in bestimmten definierten Medien) pro Vertragsjahr abhängig gemacht werden. Je nachdem, wie hoch die Anzahl der Medien-Kontakte gemessen an der bei Vertragsbeginn ins Auge gefassten Zahl ist, kann sich dann der variable Anteil erhöhen oder vermindern. Der variable Anteil der vom Sponsor zu zahlenden Vergütung kann jedoch auch vom sportlichen Erfolg des Vereins abhängig gemacht werden, der im Stadion seine Heimspiele austrägt. Der Gestaltungsfreiheit der Parteien sind im Rahmen des nach Treu und Glauben Zulässigen keine Grenzen gesetzt.

Rechtsprechung

Kurzübersicht

Internationales

1. öOGH 28. 2. 2011 9 ObA 128/10d Entlassung wegen Fußballspielen im Krankenstand (m. Anm. Stadler)

Int. Sportschiedsgerichte

2. CAS 28. 2. 2011 CAS 2010/A/2145 Berechnung der Transferentschädigung bei Vereinswechsel

Ordentliche Gerichte

3. BGH 28. 10. 2010 I ZR 60/09 Wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch bei Amateurfußballspielen auf Internetportal – Hartplatzhelden.de (m. Anm. Stopper)
4. OLG Frankfurt 24. 2. 2011 3 U 140/10 Feuerwerkskörper bei Bundesliga-Fußballspiel
5. OLG Frankfurt 3. 2. 2011 6 U 242/09 Unternehmenskennzeichenschutz für Namen einer Motorsportveranstaltung („Jim-Clark-Revival“) (m. Anm. Bohne)
6. LG Berlin 29. 3. 2011 16 O 270/10 Kein Unterlassungsanspruch wegen nicht genehmigter Übertragung einer Schach-WM im Internet

Arbeitsgerichte

7. ArbG Paderborn 25. 2. 2011 3 Ca 1633/10 AGB-Kontrolle im Fußballtrainer-Vertrag (m. Anm. Menke)

Finanzgerichte

8. BFH 1. 12. 2010 XI R 27/09 Leistungsort bei Rennservice für Motorradrennen im Ausland (m. Anm. Steiner)

1. Entlassung wegen Fußballspielen im Krankenstand

§ 82 lit. f zweiter Fall GewO 1859

1. Der Arbeitgeber darf grundsätzlich auf die Richtigkeit einer ärztlichen Diagnose vertrauen.
2. Eine die Entlassung rechtfertigende beharrliche Pflichtverletzung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber ein Verhalten des Arbeitnehmers nachweist, das nach dieser Diagnose geeignet war, den Heilungsverlauf zu gefährden, mag auch aufgrund einer später hervorgekommenen anderen Diagnose eine mögliche Unschädlichkeit des Verhaltens nicht ausgeschlossen sein.

öOGH, Urt. v. 28. 2. 2011 – 9 ObA 128/10 d

Der Kläger (Kl.), ein Metallarbeiter, war seit 1. 10. 2001 bei der Beklagten (Bekl.) tätig. Vom 19. 3. 2008 bis 9. 5. 2008 befand er sich aufgrund subjektiv wahrgenommener Schmerzen im Schulter- und Rückenbereich im Krankenstand, wobei ein Arzt die Diagnose Lumbago (= Lendenwirbelsäulenschmerzen) stellte, der ein weiterer Arzt folgte und die Arbeitsunfähigkeit des Kl. bis Freitag, 2. 5. 2008, verlängerte. Am 1. 5. 2008 bestritt der Kl. für einen Fußballclub ein Fußballspiel, wurde während des gesamten Spiels eingesetzt und erzielte auch ein Tor. Am 5. 5. 2008 konsultierte er einen dritten Arzt, der eine Dorsallumbalgie feststellte und den Kl. bis 9. 5. 2008 krank schrieb. Spezielle Anordnungen, die der Kl. während seiner Arbeitsunfähigkeit zu beachten hatte, wurden von den behandelnden Ärzten nicht ausgesprochen.

Der Personalleiter der Bekl. erlangte am 8. 5. 2008 Kenntnis von der Teilnahme des Kl. am Fußballspiel. Bei dem Gespräch am Folgetag gab der Kl. als Gründe seines Krankenstands an, dass er – nach seiner damaligen Überzeugung – Schmerzen im Bereich der Schulter und des Schlüsselbeins aus einem mehrere Jahre zurückliegenden Verkehrsunfall habe, die akut seien und auftreten würden, wenn er Gewichte hebe und die Schulter beanspruche. Seine Teilnahme am Fußballspiel am 1. 5. 2008 bestritt er und antwortete, dass ein anderer Spieler mit seinem Spielerpass am Spiel teilgenommen habe, da er befürchtete, bei einer wahrheitsgemäßen Beantwortung der Fragen seines Vorgesetzten seine Arbeit zu verlieren. In der Folge recherchierte der Personalleiter die Teilnahme des Kl. am Fußballspiel, erhielt vom zweiten Arzt schriftlich bestätigt, dass die Teilnahme an einem Fußballspiel bei der gestellten Diagnose auf jeden Fall kontraindiziert wäre und sprach am 9. 5. 2008 telefonisch die Entlassung des Kl. aus. Er begründete sie damit, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kl. aufgrund seiner Vertrauensunwürdigkeit unzumutbar sei, da sich das Fußballspiel negativ auf den weiteren Heilungsverlauf ausgewirkt habe und so die Verlängerung des Krankenstands herbeigeführt worden sei, wobei er die Entlassung auch dann ausgesprochen hätte, wenn der Kl. die Teilnahme am Fußballspiel zugegeben hätte.

(Anmerkung der Redaktion: Anders als in Deutschland kann nach österreichischer Rechtslage eine Entlassung eines Arbeitnehmers i. d. R. neben in schriftlicher Form auch mündlich, ja sogar konkludent erfolgen; Arbeitsverhältnisse sind auch im Fall einer ungerechtfertigten Entlassung von wenigen Ausnahmen abgesehen grundsätzlich mit sofortiger Wirkung beendet. Dem Arbeitnehmer stehen bei ungerechtfertigter Entlassung jedoch Schadenersatzansprüche (Kündigungsschadensersatz) gegen den Arbeitgeber zu.)

Wegen einer Nierenkolik war der Kl. im Juli 2008 für drei Tage im Krankenhaus, am zweiten Tag des Krankenhausaufenthalts kam es zu einem Spontanabgang des die Aufnahme bedingenden Harnleitersteins. Durch die Kolik hatte der Kl. unter heftigen Schmerzen im Rückenbereich zu leiden, die jedoch unmittelbar nach Abgang des Steins verschwunden waren.

Durch ein eingeholtes urologisches Sachverständigenurteil tauchte die Möglichkeit eines Nierensteins als Ursache für die beim Kl. in seinem Krankenstand aufgetretenen Schmerzen auf, was zu folgenden Feststellungen führte:

Für einen medizinischen Laien sind die Unterschiede zwischen Lumbago-Beschwerden und den Schmerzen, die ein Nierenstein verursacht, nur schwer erkennbar. Aus medizinisch-urologischer Sicht ist es möglich, dass beim Kl. bereits am 1. 5. 2008 der später abgegangene Nierenstein vorhanden war. Ebenso wenig ist auszuschließen, dass auch die Krankenstände des Kl. seit dem 19. 3. 2008 auf den Nierenstein zurückzuführen waren. Durch die Teilnahme am Fußballspiel am 1. 5. 2008 wurde in Bezug auf den Nierenstein der Heilungsverlauf nicht beeinflusst. Wenn sich der Nierenstein noch im Nierenbecken befand, wäre es aus urologischer Sicht möglich, dass ein Allgemeinmediziner aufgrund der Schilderung der Beschwerden des Kl. auch über einen längeren Zeitraum nicht erkennt, dass ein Nierenstein besteht. Die Teilnahme an einem Fußballspiel wäre bei Vorliegen einer Lumbago kontraindiziert gewesen. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Kl. vor seiner Teilnahme am Fußballspiel und auch danach aufgrund einer Lumbago arbeitsunfähig war. Er war aber subjektiv dieser Ansicht.

Der Kl. beehrte den Zuspruch von 11 728,33 EUR brutto s. A. an Abfertigung, Kündigungsentschädigung, Überstunden und Urlaubersatzleistung, da seine Krankheit, wegen der er arbeitsunfähig war, nicht dergestalt gewesen sei, dass die Teilnahme am Fußballspiel seinen Heilungsverlauf verzögert oder gefährdet habe. Auch begründe sein Verhalten keine Vertrauensunwürdigkeit.

Das Erstgericht gab der Klage statt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Bekl. im Hinblick auf 10 313,33 EUR brutto s. A. Folge und verpflichtete die Bekl. zur Zahlung von 1415 EUR brutto s. A. (Überstundenentgelt, Urlaubersatzleistung).

Der Kl. erhob hiergegen zulässigerweise Revision, der jedoch der OGH nicht Folge gab.

Aus den Gründen:

Die Revision ist zulässig, aber **nicht berechtigt**.

Vorzustellen ist, dass der Entlassungsgrund eines unbefugten Fernbleibens des Kl. von der Arbeit i. S. d. § 82 lit. f erster Fall GewO hier ausscheidet, weil der Kl. auf die Richtigkeit der ihm im Krankenstand ausgestellten ärztlichen Bescheinigungen vertrauen durfte (vgl. RIS-Justiz RS0028875), wodurch sein Fernbleiben von der Arbeit gerechtfertigt war.

Zu prüfen ist dagegen die Verwirklichung des Tatbestands der „beharrlichen Pflichtverletzung“ i. S. d. § 82 lit. f zweiter Fall GewO. Dieser Entlassungsstatbestand wird durch den Verstoß gegen die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Verpflichtung erfüllt, sich im Falle einer Krankheit und einer dadurch ausgelösten Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wiederhergestellt wird. Der Arbeitnehmer darf insbesondere die Anordnungen des Arztes oder, wenn solche infolge der allgemeinen Lebenserfahrung entbehrlich sind, die Gebote der allgemein üblichen Verhaltensweisen nicht betont und offenkundig verletzen. Ob ein Zuwiderhandeln tatsächlich zu einer Verlängerung des Krankenstands führt, ist in diesem Zusammenhang belanglos; es genügt die Eignung, den Genesungsprozess zu

verzögern (RIS-Justiz RS0060869; RS0029337). Dies fußt, wie das Berufungsgericht zutreffend aufzeigte, auf der Erwägung, dass der Arbeitgeber die Gefährdung seiner dienstlichen Interessen fürchten muss, wenn der Arbeitnehmer nicht die für die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit notwendigen ärztlichen Anordnungen befolgt, sondern ihnen offen zuwider handelt und damit auch die auf die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gerichteten dienstlichen Interessen des Arbeitgebers verletzt (RIS-Justiz RS0029456).

Die Beweislast für das Vorliegen eines Entlassungsgrundes und die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale liegt beim Arbeitgeber, er trägt daher das Risiko der Entlassung (RIS-Justiz RS0029127, RS0028971). Beweismängel über die einen wichtigen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bildende Pflichtwidrigkeit gehen zu seinen Lasten (vgl. RIS-Justiz RS0029127 [T3]). Ob ein Tatbestand einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Lösung darstellt, ist dabei nicht nach der subjektiven Einschätzung des Erklärenden, sondern stets nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen (RIS-Justiz RS0028585; vgl. auch RIS-Justiz RS0029107). Erläuternd wurde dazu festgehalten, dass es dem Dienstgeber obliegt, sich über den zu erwartenden Heilungsverlauf ausreichend zu informieren, widrigenfalls er das Risiko einer unberechtigten Entlassung eingeht (RIS-Justiz RS0029107 [T5] = 9 ObA 68/02v).

Die vom Berufungsgericht zur Beweislastverteilung ins Treffen geführte Rechtsprechung, dass die Beweislast für einen Rechtfertigungsgrund, der das Entlassungsrecht des Arbeitgebers wegen des ansonsten pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers aufhebt (RIS-Justiz RS0029534), beim Arbeitnehmer liegt, wurde zum Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit entwickelt, denn in einem solchen Fall liegt das Recht des Arbeitgebers zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits in der Verletzung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die von diesem sodann mit einem „rechtmäßigen Hinderungsgrund“ (vgl. § 27 Z.4 AngG) gerechtfertigt werden kann, von ihm daher auch unter Beweis zu stellen ist. Die Rechtfertigung einer Pflichtwidrigkeit setzt freilich erst den Beweis derselben voraus, der aber dem Arbeitgeber obliegt (RIS-Justiz RS0029534 [T2]).

Wenn der Arbeitgeber nun, wie dargelegt, das Vorliegen eines Entlassungsgrundes nicht nach seiner subjektiven Einschätzung beurteilen darf, sondern es auf „objektive Gesichtspunkte“ anzukommen hat, muss zur Objektivierung eines nach dem Anschein pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers im Krankenstand im Regelfall die fachkundige Diagnose und Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt ausreichen. Auch mit einer sorgfältig erstellten ärztlichen Diagnose ist nämlich kaum je auszuschließen, dass jemand noch ein anderes – vielleicht besonders seltenes und nach dem Beschwerdebild nicht indiziertes – Leiden aufweist, das eine alternative Behandlung und ein anderes Verhalten des Arbeitnehmers im Krankenstand erfordert hätte, das im Diagnosezeitpunkt aber nicht erkennbar war. Mangels Erkennbarkeit kann eine solche Eventualität bei der vom Arbeitgeber angestellten Überprüfung einer – hier aufgrund des Fußballspiels – indizierten Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers im Krankenstand auch nicht berücksichtigt werden. Nicht anders als ein Arbeitnehmer darf sich in dieser Situation vielmehr auch ein Arbeitgeber, sofern er keine Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis anderer Umstände hat, auf die Richtigkeit einer ärztlichen Diagnose und Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers verlassen, wenn er dessen mögliche Gefährdung des Heilungsverlaufs beurteilt.

Gleichermaßen ist zu bedenken, dass auch der Arbeitnehmer im Krankenstand Wissen darüber benötigt, wie er

sich zu verhalten hat, um seine Genesung zu fördern und sich nicht dem Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens auszusetzen. Orientierungspunkt dafür kann ihm dabei i. d. R. ebenfalls nur die Diagnose seines Arztes sein, aus der aber die für die Heilung nötigen Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers im Krankenstand resultieren, mögen sie vom Arzt nun explizit ausgesprochen worden sein oder – wenn solche infolge der allgemeinen Lebenserfahrung entbehrlich sind – als allgemein übliche Verhaltensweisen geboten sein. Hält sich der Arbeitnehmer wider besseres Wissen nicht daran, liegt auch aus seiner Perspektive ein „objektiv“ pflichtwidriges Verhalten im Krankenstand vor. Eben das hat die Bekl. hier unter Beweis gestellt.

Unter welchen Voraussetzungen dem Arbeitnehmer in einer solchen Konstellation der Nachweis frei steht, dass sein Verhalten im Krankenstand aufgrund einer erst nach der Entlassung hervorgekommenen anderen Diagnose der Genesung doch nicht abträglich war, braucht hier nicht weiter geprüft zu werden, weil der Kl. einen solchen Nachweis nicht erbracht hat.

Das Berufungsgericht hat das Vorliegen des Entlassungsgrundes nach § 82 lit. f zweiter Fall GewO daher zu Recht bejaht.

Die Rechtsprechung zu all jenen Fällen, in denen einem Arbeitnehmer i. S. d. § 1162 c ABGB ein Mitverschulden an einer Entlassung gegeben wurde, wenn er dem Arbeitgeber nicht einen ihm bekannten Rechtfertigungsgrund bekannt gab, „wenn sein Verhalten bei dem Arbeitgeber – objektiv betrachtet – den Anschein pflichtwidrigen Verhaltens erwecken kann“ (z. B. 9 ObA 108/05 f, 8 ObA 23/08 b u. a.), begründet dazu keine Differenz: Zwar liegt jenen Entscheidungen zugrunde, dass der „Anschein pflichtwidrigen Verhaltens“ die jeweilige Entlassung nicht rechtfertigte. Hier kommt aber hinzu, dass der Anschein eines dem Heilungsverlauf abträglichen Verhaltens durch die ärztlichen Bestätigungen ausreichend objektiviert wurde.

Dass die Bekl. dem Kl. vor dem Ausspruch der Entlassung noch eine Eigenkündigung nahelegte, nimmt ihr entgegen der Revision nicht das Entlassungsrecht. Mit seinen weiteren Ausführungen zur Verfristung der Entlassung ist der Kl. auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts zu verweisen. (...)

(Mitgeteilt von Dr. Manuela Stadler, Universität Linz)

Anmerkung

Der OGH hatte sich in diesem Fall mit der Verwirklichung des Tatbestands der „beharrlichen Pflichtverletzung“ i. S. d. § 82 lit. f zweiter Fall GewO 1859 (gilt für Arbeiter, für Angestellte ist § 27 Z. 1 3. Tatbestand AngG maßgeblich) wegen Verstößes „gegen die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Verpflichtung . . ., im Falle einer Krankheit und einer dadurch ausgelösten Arbeitsunfähigkeit sich so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit möglichst bald wiederhergestellt wird“ (RIS-Justiz RS0060869), zu befassen. Orientierungspunkt dafür ist die Diagnose des Arztes, aus der sich die für die Heilung nötigen Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers im Krankenstand ergeben, wobei die Mitwirkungspflichten – wohl auch je nach Diagnose – vom Arzt explizit ausgesprochen werden können oder bei Entbehrlichkeit infolge allgemeiner Lebenserfahrung allgemein übliche Verhaltensweisen einzuhalten sind. Ein Arbeitnehmer erfüllt dann das Kriterium des „objektiv“ pflichtwidrigen Verhaltens im Krankenstand, wenn er wider besseres Wissen gegen diese Mitwirkungspflichten verstößt.

Die besondere Konstellation war hier, dass sich im Nachhinein herausgestellt hatte, dass der wahre Grund für die Schmerzen des Metallarbeiters wohl ein Nierenstein

war und nicht ein Lumbago (= Lendenwirbelsäulenschmerzen). Deshalb war die Teilnahme an dem Fußballspiel für die in diesem Fall wohl in Wahrheit vorliegende Erkrankung (Nierenstein) der Genesung nicht abträglich.

Auch wenn nachträglich hervorkommt, dass das Verhalten bei der in Wirklichkeit bestehenden Krankheit nicht den Heilungsverlauf gefährdet hat, so ist für die Beurteilung der Rechtfertigung einer Entlassung vorliegenden beharrlichen Pflichtverletzung darauf abzustellen, welche Diagnose im Zeitpunkt der sportlichen Tätigkeit vom Arzt gestellt war, welche Anweisungen hinsichtlich des Verhaltens im Krankenstand der Arzt gegeben hat und ob diesen zuwider gehandelt wurde und ohne diese ärztliche Anweisungen, ob der Arbeitnehmer einer allgemein üblichen Verhaltensweise zuwidergehandelt hat. Ob nun von der Lendenwirbelsäule oder aufgrund eines Nierensteins, die Symptome, d. h. die Schmerzen des Arbeitnehmers in seiner Lendenwirbelsäule in diesem Fall waren vorhanden und bei der Diagnose Lumbago ist es kontraindiziert an einem Fußballspiel teilzunehmen, weshalb der Arbeitnehmer sich wegen dieser vorliegenden Diagnose wider besseres Wissen „objektiv“ pflichtwidrig verhielt.

Zu Recht hat der OGH hier ausgesprochen, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich auf eine ärztliche Diagnose vertrauen darf und dementsprechend rechtlich handeln (z. B. eine Entlassung aussprechen) darf. Auch der Arbeitnehmer ging ja von dieser Diagnose aus und handelte dementsprechend entgegen dem geforderten Verhalten eines Arbeitnehmers mit der Diagnose Lumbago, indem er an dem Fußballspiel teilnahm. Dass sich erst im Nachhinein herausstellte, dass in Wahrheit wohl ein Nierenstein diese Schmerzen verursacht hatte und dem die Teilnahme an einem Fußballspiel nicht abträglich war, hat keine Wirkung auf die ausgesprochene Entlassung. Die beharrliche Pflichtverletzung ergibt sich bereits aus dem Verhalten, dass nach der auch wenn möglicherweise „falschen“ Diagnose des Arztes den Heilungsverlauf gefährden hätte können.

Auch in Deutschland ist in einem Fall wie diesem die außerordentliche Kündigung wegen genesungswidrigem Verhalten möglich (siehe z. B. *Wank* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht³ [2009] § 98 Die außerordentliche Kündigung Rn. 88 m. w. N.; *Dörner/Kiell/Kiell/Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht³ [2007], BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, Rn. 244 f; siehe dazu z. B. auch ArbG Stuttgart, Ur. v. 22. 3. 2007 – 9 Ca 475/06 BeckRS 2008, 13257; BAG, Ur. v. 2. 3. 2006 – 2 AZR 53/05 NZA-RR 2006, 636).

Anders wäre ein Fall zu sehen, wie im Fall des ArbG Stuttgart (Ur. v. 22. 3. 2007 – 9 Ca 475/06 BeckRS 2008, 13257) angesprochen wurde, in dem sich ein Arbeitnehmer vom Arzt bestätigen lässt, dass die Teilnahme an einer Sportveranstaltung (z. B. Marathon) nicht den Heilerfolg gefährden bzw. den Heilungsverlauf verzögern würde. Dann kann selbst eine die Genesung gefährdende Teilnahme an einer Sportveranstaltung mangels Verschuldens keine außerordentliche Kündigung nach deutschem Recht rechtfertigen bzw. nicht als Entlassungsgrund nach österreichischem Recht (da kein „objektiv“ pflichtwidriges Verhalten im Krankenstand wider besseres Wissen des Arbeitnehmers) herangezogen werden.

Im Einzelfall kann für einen Arbeitnehmer die Einschätzung schwierig sein, ob eine bestimmte Sportart bei einer bestimmten Diagnose die Heilung gefährdet oder sogar den Heilungsprozess fördert. In einem solchen Fall kann einem Arbeitnehmer nur empfohlen werden, seinen Arzt zu fragen und sich am besten auch (aus Beweisgründen) vom Arzt schriftlich bestätigen zu lassen, dass diese bestimmte Sportart nicht die Heilung gefährdet.

Dr. Manuela Stadler, Universität Linz

2. Berechnung der Transferentschädigung bei Vereinswechsel

Art. 17 FIFA-Reglement bezügl. Status/Transfer

Bei der Berechnung des auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruchs wegen Vertragsbruchs ist im Rahmen des Korrektivs „Besonderheiten des Sportes“ zu berücksichtigen, ob der vertragsbrüchige Spieler eine herausragende Stellung innerhalb der Mannschaft, in den Augen der Fans sowie der Sponsoren bekleidete und welche sportlichen Erfolge der Verein mit ihm erzielte.

CAS, Schiedsspruch vom 28. 2. 2011 – CAS 2010/A/2145 Sevilla FC SAD v. Udinese Calcio S. p. A., CAS 2010/A/2146 Morgan de Sanctis v. Udinese Calcio s. p. A., CAS 2010/A/2147 Udinese Calcio S. p. A. v. Morgan de Sanctis & Sevilla FC SAD

Der Fußballtorhüter italienischer Nationalität, Morgan de Sanctis (Bekl. 2) teilte seinem damaligen Fußballverein Udinese Calcio (Kl.) am 8. 6. 2007 schriftlich mit, dass er seinen Vertrag aufgrund von Artikel 17 des FIFA-Reglements bezüglich Status und Transfer von Spielern (im Folgenden: FIFA-Reglement) kündigt. Der zu diesem Zeitpunkt 30-jährige Spieler stand bei dem Kläger seit 1999 unter Vertrag. Im Zeitraum 1999 bis 2005 unterschrieb der Beklagte Ziffer 2 insgesamt vier Verträge mit dem Kläger, wobei der letzte Vertrag bis einschließlich Juni 2009 laufen sollte. Vereinbart war eine Bruttojahresvergütung von € 630 000, ein jährlicher Bonus in Höhe von € 350 878 sowie ein Beitrag für die Unterkunft in Höhe von € 9700 jährlich. Am 10. 7. 2007 unterzeichnete der Bekl. 2 einen neuen Vierjahresvertrag mit dem Verein Sevilla Football Club SAD (Bekl. 1), der ihm einen Jahresbruttoverdienst in Höhe von € 331 578 sowie eine jährliche Prämie von € 1 050 000 einbrachte. Für den Fall, dass der Bekl. 2 den Bekl. 1 vor Vertragsende verlassen würde, müsste er eine Kompensation in Höhe von € 15 000 000 leisten.

Noch im Juni 2007 entließ der Kläger drei andere Torhüter und verpflichtete am 29. 6. 2007 den neuen Torhüter C. Einen mit Kaufoption in Höhe von € 1 200 000 verliehenen weiteren Torhüter H. beorderte der Kläger gegen eine Vergütung von € 250 000 ebenfalls zurück.

Am 18. 4. 2008 machte der Kläger vor der FIFA Dispute Resolution Chamber (im Folgenden: FIFA-Kommission) einen Betrag in Höhe von € 23 267 594 als Transferentschädigung geltend. Nachdem beide Beklagten diesem Antrag entgegengetreten waren, wurde am 3. 6. 2010 durch die FIFA-Kommission entschieden, dass beide Beklagten gesamtschuldnerisch einen Betrag in Höhe von € 3 933 134 an den Kläger zu zahlen hätten.

Gegen diese Entscheidung der FIFA-Kommission legten sowohl der Beklagte 1 (zu Aktenzeichen CAS 2010/A/2145) als auch der Beklagte 2 (zu Aktenzeichen CAS 2010/A/2146) Berufung zum CAS ein. Der Kläger schloss sich der Berufung an (zu CAS 2010/A/2147). Die Berufung der Beklagten war teilweise erfolgreich.

Aus den Gründen:

Das Schiedsgericht hat zunächst festzustellen, dass zwischen allen Parteien unstreitig ist, dass der Spieler den Vertrag mit Udinese ohne triftigen Grund gebrochen hatte und dass deshalb an Udinese eine Entschädigung zu bezahlen ist. Während Sevilla zunächst die Auffassung vertrat, dass der Verein nicht für den Vertragsbruch seitens eines

Spielers verantwortlich gemacht werden könne, bestand in der Schiedsverhandlung Einigkeit darüber, dass sowohl der Spieler als auch Sevilla hinsichtlich der Entschädigung gesamtschuldnerisch haften müssten. Darüber hinaus bestand zwischen allen Parteien Einigkeit darüber, dass die von der FIFA-Kommission angewandte Berechnungsmethode fehlerhaft war, so dass das Schiedsgericht über die folgenden Punkte zu entscheiden hatte:

- Ist die Berechnungsmethode der FIFA-Kommission korrekt?
- Wenn nicht, wie ist dann die Entschädigung zu berechnen?
- Insbesondere: Gibt es eine Vertragsstrafenvereinbarung?
- Wenn nicht, wie sollten dann die „objektiven Kriterien“ des Artikels 17 FIFA-Reglement angewandt werden?
- Ist das „Recht des betroffenen Staates“ relevant, und wenn ja, wie wäre es anzuwenden?
- Welche Bedeutung entfalten die „Besonderheiten des Sportes“ und wie sind sie anzuwenden?
- Besteht für jede Art der Entschädigung ein Zinsanspruch, und, wenn ja, in welcher Höhe und von welchem Zeitpunkt an?
- Gibt es sonstige Änderungsanträge?

a) Ist die Berechnungsmethode der FIFA-Kommissionsentscheidung korrekt?

Das Schiedsgericht stellt fest, dass es keine schriftliche Begründung für die Entscheidung der FIFA-Kommission dafür gibt, weshalb die Differenz zwischen der durchschnittlichen Vergütung aus dem neuen Vertrag und dem alten Vertrag in diesem Fall zugrunde gelegt wird, obwohl der Wortlaut von Artikel 13.4 des FIFA-Reglements vorschreibt, dass die Entscheidungen der FIFA-Kommission „eine Begründung für die Entscheidung“ enthalten müssen. Soweit sie überhaupt teilweise die Kriterien des Artikels 17.1 verwendet hat, nämlich „die Vergütung und andere dem Spieler gemäß dem bestehenden und / oder dem neuen Vertrag geschuldeten Vermögensvorteile, die verbleibende Restlaufzeit ...“, hat die FIFA-Kommission keine detaillierte Begründung für die Wahl des Durchschnitts geliefert, im Gegensatz zu der Gesamtvergütung, die aus dem alten Vertrag verblieb (wie im Fall Webster) oder zu der gesamten Summe, die aufgrund des neuen Vertrages nach Abzug der Gesamtsumme aus dem alten Vertrag für die verbleibenden drei Jahre geschuldet war (so wie dies teilweise in die Begründung des Wertes der Dienste des Spielers in den Entscheidungen Matuzalem und El-Hadary angewandt wurde). Das Schiedsgericht hat gleichermaßen die Erwägungen von Udinese bezüglich der Summe zur Kenntnis genommen, die in Höhe von € 350 000 im Hinblick auf die Besonderheiten des Sportes zuzuerkennen seien. Aber auch insoweit gab es keine Erklärung dafür, wie diese Zahl zustande gekommen ist, trotz der Erfordernisse, die in Artikel 13.4 des FIFA-Reglements aufgestellt sind. ...

b) Wie ist die Entschädigung zu berechnen?

Das Schiedsgericht kommt in Übereinstimmung mit den von den Parteien aufgestellten Erwägungen zu dem Ergebnis, dass die Entschädigung für den durch den Spieler verursachten Bruch des Vertrages mit Udinese nach den in Artikel 17 des FIFA-Reglements aufgestellten Kriterien zu berechnen ist.

Das Schiedsgericht verweist zunächst auf etliche frühere Entscheidungen, welche CAS-Schiedsgerichte zum selben Problemkreis veröffentlicht haben (Webster, Matuzalem, El-Hadary und Pyunik, um nur einige wenige Fälle zu nennen, in welchen der Spieler einen Vertragsbruch beging). Das Schiedsgericht nimmt zudem sowohl die unterschiedlichen Tatumstände als auch Ergebnisse in diesen Schiedssprüchen ebenso zur Kenntnis, wie die unterschiedlichen Auffassungen jener Schiedsgerichte bezüglich der Berechnungsmethode, nämlich dass „zwar jeder der in Artikel 17 aufgezählten Faktoren relevant ist, dass aber jeder von ihnen auch

hinsichtlich der Tatumstände eines speziellen Falles ausschlaggebend sein könnte ... Artikel 17.1 erfordert keine Entscheidungskompetenz, um notwendigerweise nur einige oder alle der dort aufgezählten Faktoren bewerten zu müssen (Ziffer 201 und 202 in der Entscheidung El-Hadary); „Artikel 17.1 umfasst eine breite Palette von Kriterien, deren Anwendung in einem Fall angemessen und in einem anderen Fall unangemessen sein könnte.“ (Ziffer 135 im Fall Webster); und „die Aufgabe für das Entscheidungsorgan besteht daher darin, sämtliche Faktoren so gut wie möglich zu verifizieren und zu analysieren und in Erwägung zu ziehen.“ (Ziffer 77 im Fall Matuzalem).

Das Schiedsgericht beruft sich ferner auf den Grundsatz des „positiven Interesses“, auf welches bereits in den Entscheidungen Matuzalem und El-Hadary Bezug genommen worden war, so dass das Schiedsgericht „erreichen will, einen Betrag zu bestimmen, welcher im Grundsatz die verletzte Partei so stellen würde, als wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre“ (Ziffer 86 im Fall Matuzalem).

Bei dieser Rechtslage ist es die Aufgabe des Schiedsgerichts, jedes der Kriterien in Artikel 17.1 des FIFA-Reglements und aller anderen objektiven Kriterien im Lichte der spezifischen Umstände dieses Falles zu prüfen und zu entscheiden, welches Gewicht, wenn überhaupt, jedem Kriterium bei der geschuldeten Entschädigung in diesem Falle zukommt. Hinzu kommt, dass es die Last der Parteien ist, dem Schiedsgericht den Beweis zu erbringen. Das Schiedsgericht nimmt die Tatsachen, die in den vorhergelaufenen Schiedsverfahren relevant waren, zur Kenntnis und nimmt an, dass die Umstände sich stets voneinander unterscheiden, dass aber die Aufgabe des Schiedsgerichts immer gleich bleibt, nämlich alle Kriterien des Artikels 17.1 und alle anderen objektiven Kriterien anzuwenden und darüber zu entscheiden, welche relevant und welche nicht relevant sind, und zu gewährleisten, dass „die Berechnung der Entschädigung nicht nur gerecht, sondern auch transparent und nachvollziehbar ist“ (Ziffer 89 des Falles Matuzalem), um auf diese Weise die verletzte Partei so zu stellen, als ob ein Vertragsbruch nicht geschehen wäre.

c) Existiert eine Vertragsstrafenvereinbarung?

Das Schiedsgericht hat zunächst den alten Vertrag daraufhin zu überprüfen, ob die Parteien eine vertragliche Regelung für den Fall eines Vertragsbruches vereinbart haben. Solch eine Klausel ist oft als Vertragsstrafe oder als Schadensersatzvereinbarung bezeichnet. Diesbezüglich findet sich jedoch keine Klausel im alten Vertrag, wohl aber im neuen Vertrag. Jedoch ist hinsichtlich dieser Frage nur der alte Vertrag relevant; eine derartige Klausel im neuen Vertrag vermag allenfalls dem Entscheidungsgremium, wenn es den im Fall Matuzalem aufgestellten Grundsätzen folgen möchte, bei der Bewertung der Dienste des Spielers zu helfen.

d) Wie sollten die „objektiven Kriterien“ des Artikels 17 des FIFA-Reglements angewandt werden?

Artikel 17.1 des FIFA-Reglements lautet: „Diese Kriterien sollen insbesondere umfassen die Vergütung und anderen dem Schuldner nach dem bestehenden Vertrag und / oder dem neuen Vertrag geschuldeten Vermögensvorteile, die verbleibende Laufzeit des bestehenden Vertrages bis zu einem Maximum von fünf Jahren, die Gebühren und Ausgaben, die vom bisherigen Verein bezahlt wurden (amortisiert über die Laufzeit des Vertrages), und ob der Vertragsbruch in den geschützten Zeitraum fällt“. Es ist dem Schiedsgericht klar, dass diese Liste nicht abschließend ist. Bei Anwendung des Grundsatzes des positiven Interesses können und sollten auch andere objektive Kriterien erwogen werden, wie etwa der Verlust einer möglichen Transferzahlung und die Kosten für einen Ersatz, so wie dies in den Fällen Matuzalem und El-Hadary erwogen wurde. Jedoch legt das Schiedsgericht auch Wert darauf, dass bei der geschuldeten Entschädigung eine logische Verbindung

zwischen dem Vertragsbruch einerseits und dem beanspruchten Verlust andererseits bestehen muss. Der Verlust der Transferzahlung wurde im Fall El-Hadary zuerkannt, wo der neue Club und der alte Club über eine Gebühr zum Zeitpunkt des Vertragsbruches miteinander verhandelt hatten. ... Das Schiedsgericht hat weiter beachtet, dass in der Kommentarliteratur zum FIFA-Reglement auch geltende Tarifverträge in die Erwägungen mit einbezogen werden.

In der zur Verfügung stehenden und durch die Parteien in ihrer Argumentation in Bezug genommenen Rechtsprechung hat das Schiedsgericht festgestellt, dass sich die bisher mit dieser Frage beschäftigten Schiedsgerichte nicht daran gebunden fühlten, die Kriterien des Artikels 17.1 in einer strikten Reihenfolge zu prüfen, sondern vielmehr die zum Sachverhalt am besten geeigneten Kriterien zunächst zu erörtern. Udinese hat in seiner Argumentation das Schiedsgericht mit Einzelheiten derjenigen Kosten konfrontiert, die, wie der Kläger behauptet, direkt durch den Vertragsbruch des Spielers verursacht worden seien. Während die Kosten für den Ersatz in Artikel 17.1 des FIFA-Reglements nicht erwähnt sind, wurden diese gleichwohl in der bisherigen CAS-Rechtsprechung in Erwägung gezogen (wie in den Fällen Matuzalem, El-Hadary und CAS 2009/A/1856 Club X vs. A und CAS 2009/A/1857 A vs. Club X) im Rahmen der Begründung des „positiven Interesses“, so dass es als ein logischer Einstieg erscheint, wenn man sieht, welchen Verlust die verletzte Partei tatsächlich als Resultat des Vertragsbruchs hat erleiden müssen, bevor man dies mit den theoretischen Berechnungen vergleicht, welche ein Entscheidungsgremium nach Artikel 17.1 des FIFA-Reglements anstellen muss. Das Schiedsgericht bemerkt gleichermaßen, dass in diesen Fällen, die sich von anderen Sachverhalten unterscheiden und bereits die FIFA-Kommission durchlaufen haben, das Schiedsgericht davon profitieren kann, dass es den Fall im Nachhinein und darauf hin überprüfen kann, wie sich der Vertragsbruch tatsächlich auf die verletzte Partei ausgewirkt hat, zumal das CAS-Schiedsgericht auch erst viele Jahre später über einen Vertragsbruch zu entscheiden haben mag. So hatte auch im Fall Matuzalem das Schiedsgericht die Möglichkeit, eine Fülle von Informationen aus den neuen Verträgen des Spielers abzuleiten.

Das Schiedsgericht stellt weiter fest, dass ein Spieler, der bis zum letzten Saisonspiel am Ende des geschützten Zeitraumes wartet und dann innerhalb von 15 Tagen seine Kündigung erklärt, die sportlichen Sanktionen vermeidet, wie sie in Artikel 17.3 des FIFA-Reglements vorgesehen sind. Für diesen Fall wird der alte Club in eine Lage versetzt, in der er zur Verbesserung seiner eigenen Position verpflichtet ist, und zwar innerhalb einer kurzen Zeit. Wie in Ziffer 111 der Entscheidung Matuzalem beschrieben, „hat jede verletzte Partei die Verpflichtung, vernünftige Maßnahmen zur Schadensminderung zu ergreifen. Dieses weithin anerkannte Prinzip ist in Artikel 44 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechtes bestätigt, welcher einem Richter auferlegt, den Schadensersatz zu reduzieren oder vollständig abzulehnen, wenn Umstände, für welche die verletzte Partei die Verantwortung trägt, den Schaden vergrößert haben.“

Wie die Verpflichtung des alten Clubs zur Schadensminderung in der Praxis zu erfüllen ist, wird von Fall zu Fall unterschiedlich sein. In einigen Fällen wird der Vertragsbruch nicht innerhalb des Kündigungszeitraumes erfolgen, wie er in Artikel 17.3 des FIFA-Reglements niedergelegt ist, so dass es für den alten Club unmöglich ist, schadensmindernde Maßnahmen sofort zu ergreifen, weil die Transferperiode gerade nicht läuft; in anderen Fällen könnten die Vereine überhaupt nichts unternehmen, wenn sie einen höherwertigeren Ersatzspieler schon zur Verfügung hätten oder sich einen solchen beschaffen könnten – in allen Fällen ist es die Aufgabe des Spruchkörpers, die besonderen Tatumstände des betreffenden Falles zu überprüfen, wobei er davon profitieren kann, in der Rückschau festzustellen, was tatsächlich veranlasst wurde und welches Ergebnis im Endeffekt der spezielle Fall zeitigte. Für den heutigen Fußball ist es normal, dass der verletzten Partei nur kurze Zeit zur Verfügung steht, in welcher sie Ersatz beschaffen kann. ...

Im Ergebnis kommt das Schiedsgericht zum Schluss, dass dem Kläger die folgenden Kosten für Ersatzbeschaffung als Entschädigung zustehen:

verlorene Transfererschädigung	€ 1 200 000
zusätzliche Zahlung für vorzeitige Rückkehr des Ersatzspielers	€ 250 000
Gehälter für zwei Ersatzspieler auf jeweils drei Jahre	€ 3 060 000
Summe	€ 4 510 000

e) Verlust von Transferzahlungen

Das Schiedsgericht nimmt die unterschiedlichen Wege früherer Schiedsgerichte zur Kenntnis, nämlich zum einen den Fall Webster, wo das Schiedsgericht die Transfergebühren nicht als möglichen Faktor bei der Bestimmung der Entschädigung erachtete, während sowohl im Fall Matuzalem als auch El-Hadary die Schiedsgerichte es für einen gangbaren Weg hielten, wenn die verletzte Partei insoweit einen ausreichenden Beweis würde erbringen können. Im vorliegenden Fall bot keine der Parteien einen Beweis für irgendwelche Transferangebote an, die für den Spieler unterbreitet worden wären. Udinese legte zwar die Einzelheiten dreier internationaler Torhüter dar, die während der letzten paar Jahre transferiert worden waren; dies akzeptierte jedoch das Schiedsgericht nicht als Beweis für den Verlust, den Udinese im Bezug auf gerade diesen Spieler erlitten hatte, sondern diente mehr als Hintergrundinformation im Rahmen der Bestimmung der unten zu erörternden Besonderheiten des Sportes.

f) Vergütung und andere Vermögensvorteile

Das Schiedsgericht hat festzustellen, dass dieses Kriterium sich derzeit als am stärksten umstritten herausgestellt hat. Die Schiedsgerichte in den Fällen Matuzalem und El-Hadary meinten, den Wert der Dienste des Spielers in der Weise zu berechnen, dass sie auf den Betrag schauten, den die verletzte Partei, also der alte Club, zur Beschaffung eines Ersatzspielers würde investieren müssen. Nach Auffassung dieser Schiedsgerichte sind zwei Komponenten ausschlaggebend, nämlich der Lohn, der an den Ersatzspieler zu bezahlen ist, sowie die Kosten, um ihn verpflichten zu können. Hierbei meinten sie, dass derjenige Betrag, den der neue Club dem vertragsbrüchigen Spieler zu zahlen bereit sei, als bestes Indiz für den Betrag anzusehen sei, der theoretisch einem Ersatzspieler bezahlt werden müsste. Diese Schiedsgerichte müssten demzufolge nach einem Beweis für denjenigen Betrag schauen, den der alte Club für die Verpflichtung eines Ersatzspielers würde bezahlen müssen. Im Fall El-Hadary begannen beide Clubs Verhandlungen über einen Transferbetrag, den der neue Club dem alten Club zu zahlen hätte. Im Fall Matuzalem entnahm das Schiedsgericht den Beweis denjenigen Verträgen, welchen der neue Club mit einem dritten Club abschloss. In beiden Fällen wurde die Vergütung, die nach dem alten Vertrag zu zahlen war, als eingespart und Abzugsposten behandelt. Demgegenüber wurde in der Webster-Entscheidung die Entschädigung nach derjenigen Vergütung bemessen, die für den noch nicht erfüllten Teil des alten Vertrages zu bezahlen war, nicht also des neuen Vertrages, was möglicherweise „Strafcharakter“ auslösen würde, so dass das Schiedsgericht die Kosten des alten Clubs bei der Beschaffung eines Ersatzspielers außer acht lassen und nicht danach fragen sollte, ob sich die Kosten für die Beschaffung eines Ersatzspielers jenseits der Schutzperiode amortisieren würden. Der Schutzzeitraum ist im FIFA-Reglement definiert als „ein Zeitraum von drei vollständigen Spielsaisons oder drei Jahren, je nach dem was zuerst beendet ist, gerechnet vom Zeitpunkt an, in welchem der Vertrag in Kraft trat, sofern dieser Vertrag vor dem 28. Geburtstag des Profispielers abgeschlossen wurde, oder der Zeitraum von zwei vollständigen Saisons oder zwei Jahren, je nach dem was eher beendet ist, gerechnet ab Inkrafttreten des

Vertrages, wenn dieser Vertrag nach dem 28. Geburtstag des Spielers abgeschlossen wurde.“ ...

Das Schiedsgericht verwendet die Vergütung aus dem alten Vertrag, wie durch Artikel 17.1 des FIFA-Reglements vorgeschrieben, soweit es darum geht, ob Udinese die Vergütung eingespарт hat, die der Verein dem Spieler hätte zahlen müssen. Das Schiedsgericht hält es für richtig, dies als Teil der Entschädigungsberechnung abzuziehen, ebenso aber die tatsächlichen Kosten für die Ersatzbeschaffung einzurechnen. Hierbei legt das Schiedsgericht – folgend den Entscheidungen CAS 2009/A/1856 und 1857 – die Bruttovergütung zugrunde (weil sich die Steuerbelastung von Land zu Land ändert und vom Grundsatz her es die Verpflichtung des Vereins ist, die vollständige Vertragssumme zu bezahlen, während die Steuerpflicht beim Spieler verbleibt; üblicherweise wird als Folge der Steuergesetzgebung der Verein dazu verpflichtet, die Steuer an der Quelle abzuziehen und im Namen des Spielers an die Regierung abzuführen). Udinese hat die folgenden Beträge erspart:

Jahresgehalt des Spielers	€ 623 000
jährlicher Treuebonus	€ 350 878
jährlicher Mietwohnungszuschuss	€ 9700
Jahressumme also somit für drei Jahre	€ 983 578 € 2 950 734

Hierbei schätzt das Schiedsgericht den Treuebonus und den Mietzuschuss als Teil der Vergütung ein, ohne Rücksicht darauf, ob diese Posten im Udinese-Vertrag oder in einem Zusatzvertrag zwischen den Parteien vereinbart sind. Somit hat das Schiedsgericht beschlossen, dem Kläger Udinese als Entschädigung für den Vertragsbruch des Spielers zuzusprechen:

Kosten für den Spielerersatz	€ 4 510 000
abzgl. ersparte Aufwendungen	€ 2 950 734
Saldo	€ 1 559 266
...	

g) Besonderheiten des Sports

Das Schiedsgericht stellt fest, dass in den verschiedenen vorausgelaufenen Fällen lediglich die Schiedsgerichte in den Fällen Burgas und Matuzalem einen Betrag für das Kriterium der Besonderheit des Sportes zusprachen, sofern der Vertrag vom Spieler gebrochen wurde. Das FIFA-Reglement bietet keine ausdrücklichen Hinweise dafür an, in welcher Weise ein Entscheidungsgremium die Entschädigung auf dieser Basis kalkulieren sollte. Jedoch enthält der Kommentar des FIFA-Reglements als Fußnote folgende Erläuterung zu dem Kriterium der Besonderheit des Sportes:

„Darüber hinaus gibt es noch die Möglichkeit, eine zusätzliche Entschädigung zuzusprechen. Diese zusätzliche Entschädigung darf jedoch den Betrag von sechs Monatsgehältern nicht übersteigen.“ ...

Das Schiedsgericht im vorliegenden Fall folgt den Grundsätzen der Besonderheit des Sportes, so wie die Rechtsprechung im Fall Matuzalem entschieden hat. Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände vorliegender Angelegenheit, beschließt das Schiedsgericht eine zusätzliche Entschädigung für den Kläger in Höhe von € 690 789, was einer Vergütung von sechs Monaten unter dem neuen Vertrag entspricht.

Somit beläuft sich die vollständige Entschädigung zu Gunsten Udinese auf die folgende Summe:

Kosten für den Spielerersatz	€ 4 510 000
abzgl. ersparter Aufwendungen	€ 2 950 734
Summe	€ 1 559 266
zuzüglich der Besonderheit des Sportes	€ 690 789
Schlussbetrag	€ 2 250 055

Diese Summe ist gesamtschuldnerisch von beiden Beklagten zu bezahlen, wobei das Schiedsgericht der guten Ordnung halber auf Artikel 17.2 des FIFA-Reglements verweist.

h) Zinsen

In den Ausführungen der Parteien war das Recht des Klägers, Zinsen zu beanspruchen, ebenso wie die Zinshöhe von 5% jährlich nicht umstritten. Strittig war aber das Datum des Beginns des Zinslaufes.

Das Schiedsgericht bezog sich auf die Kündigung des Spielers vom 08. 06. 2007, in welcher zu lesen stand, dass „... der Vertrag zum Ende der Saison 2006/2007 als beendet zu betrachten sei...“ Während der Schiedsverhandlung gab es eine Diskussion darüber, ob die Saison 2006/2007 am 30. 6. 2007 endete oder, da das letzte Spiel dieser Saison bereits gespielt war, sie bereits beendet war, und so die Kündigung an ihrem Zugangsdatum Wirkung entfalte. Das Schiedsgericht folgte der Definition der „Spielsaison“ im FIFA-Reglement, wonach sie „endet mit dem letzten offiziellen Spiel der maßgeblichen nationalen Ligameisterschaft“, welches bereits ausgespielt war, bevor die Kündigung übergeben wurde.

Daher bestätigt das Schiedsgericht die Entscheidung der FIFA-Kommission, wonach die Entschädigung ab 9. 6. 2007 mit 5% jährlich zu verzinsen ist, also von dem Tag an, der auf den Tag des Vertragsbruchs folgte, wie es auch schon in den Entscheidungen der Fälle Webster und Matuzalem entschieden worden war.

i) Kosten

Im vorliegenden Fall stellt das Schiedsgericht fest, dass das Verfahren aus drei gleichrangigen Schiedsverfahren besteht, weil alle Parteien berechtigt waren, die Entscheidung der FIFA-Kommission anzufechten, weil die Kommission die Entschädigung aus dem Durchschnitt der Vergütung berechnete, der sich ergab aus dem nicht verbrauchten Teil des alten einerseits und des neuen Vertrages andererseits, und weil die Kommission die Grundlage nicht erläutert hatte, auf welcher sie eine zusätzliche Summe für die Besonderheit des Sportes zusprach. Daher hatten nach Auffassung des Schiedsgerichts alle Parteien Anlass, die Entscheidung der Kommission anzufechten, woraus das Schiedsgericht den Schluss zieht, dass die Kosten des Schiedsverfahrens zu gleichen Teilen zwischen allen Parteien aufzuteilen seien, so dass jede Partei ein Drittel trägt.

Auf derselben Grundlage entscheidet das Schiedsgericht, dass jede Partei die außergerichtlichen Kosten jeweils auf sich behält.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Christian Krähe,
Konstanz)

Im nachfolgenden Urteil entschied der BGH darüber, ob ein Fußball-Landesverband die Produktion und Verbreitung durch ein kommerzielles Internetportal, namentlich „Hartplatzhelden.de“, nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften untersagen kann. Im Unterschied zu den Vorinstanzen (LG Stuttgart, SpuRt 2008, 166; OLG Stuttgart, SpuRt 2009, 252) hat der BGH in Anwendung von § 4 Nr. 9 UWG und § 3 UWG unter anderem klargestellt, dass es sich bei den Aktivitäten des Internetportals nicht um Handlungen handelt, die Leistungen des Verbandes nachahmen (siehe auch NJW 2011, 1811).

3. Wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch bei Amateurfußballspielen auf Internetportal

§§ 3, 4 Nr. 9 UWG

1. Die unmittelbare Übernahme des Leistungsergebnisses eines Dritten ist keine Nachahmung im Sinne von § 4 Nr. 9 UWG.

2. Ein Fußballverband, der in seinem Verbandsgebiet zusammen mit den ihm angehörenden Vereinen Amateurfußballspiele (hier: Verbandsligaspiele) durchführt, wird nicht dadurch in unlauterer Weise in einem etwa unmittelbar aus § 3 UWG abzuleitenden ausschließlichen Verwertungsrecht verletzt, dass Filmausschnitte, die einzelne Szenen des Spielgeschehens wiedergeben, auf einem Internetportal veröffentlicht werden

BGH, 28. 10. 2010 – I ZR 60/09

Der Kläger, der Württembergische Fußballverband e. V., ist die Vereinigung der den Fußballsport betreibenden Vereine des früheren Landes Württemberg (einschließlich Hohenzollern). Er führt den Spielbetrieb im Amateurfußballbereich durch, stellt Spielpläne auf, organisiert die Sportgerichtsbarkeit und bildet Schiedsrichter aus. Nach § 13 seiner Satzung „besitzt er das Recht, über Fernseh- und Hörfunkübertragungen von Verbands- und Freundschaftsspielen ... Verträge zu schließen und die Vergütungen aus solchen Verträgen für die Vereine treuhänderisch zu vereinbaren und an diese zu verteilen“.

Die Beklagte zu 1, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 ist, betreibt unter der Internet-Adresse „www.hartplatzhelden.de“ ein Internetportal, in das jedermann nach vorheriger Anmeldung Ausschnitte von Filmaufnahmen von Fußballspielen einstellen kann, die von jedem Internetnutzer kostenlos abgerufen und angesehen werden können. Die Filmausschnitte zeigen einzelne Szenen des Spielgeschehens von ein- bis eineinhalbminütiger Dauer. Die Beklagte zu 1 finanziert das Internetportal durch Werbeeinnahmen.

Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm als Veranstalter der Fußballspiele in seinem Verbandsgebiet die ausschließlichen Rechte an der gewerblichen Verwertung dieser Spiele zustehen. Er habe gegen die Beklagten daher unter den Gesichtspunkten der unzulässigen Leistungsübernahme, der wettbewerbswidrigen Behinderung sowie des Eingriffs in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einen Anspruch auf Unterlassung.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Filmaufzeichnungen von Fußball-Verbandsspielen, Fußball-Verbandspokalspielen, Fußball-Auswahlspielen, Fußball-Freundschafts- und Turnierspielen sowie Fußball-Hallenspielen, die im Verbandsgebiet des Klägers ausgetragen werden und für die der Kläger oder seine Organe spielleitende Stelle sind,

a) öffentlich zugänglich zu machen, wie geschehen im Internet-Portal unter „www.hartplatzhelden.de“;

oder

b) Dritten derart zur Verfügung zu stellen, dass diese sie auf individuellen oder gesammelten Abruf bzw. mittels Fernseher, Mobiltelefon oder sonstigen Geräten empfangen bzw. wiedergeben und speichern können, insbesondere Television on Demand, Video on Demand, Streaming, WAP-Handy, UMTS-Dienste, insbesondere sofern dies entgeltlich erfolgt;

oder

c) auf Bild-/Ton-/Datenträger jeder Art zum Zwecke der nichtöffentlichen oder öffentlichen Wiedergabe sowie zur interaktiven Wiedergabe zu vervielfältigen und zu verbreiten, insbesondere durch Verkauf, Vermietung und Leihe, insbesondere auf audiovisuellen Systemen, wie z. B. Videokassetten, Videobänder sowie analoge und digitale Speichermedien aller Art, insbesondere DVD, CD-ROM, DCC, Disketten, Chips und Festplatten, insbesondere zum Zwecke der gewerblichen Auswertung

oder

d) im Fernsehen oder im Kino zu nutzen, insbesondere zu Werbezwecken.

Hinsichtlich der Klageanträge zu b) bis d) hat der Kläger sein Unterlassungsbegehren darauf gestützt, dass sich die Beklagte zu 1 in ihren Allgemeinen Nutzungsbedingungen in diesem Umfang Nutzungsrechte einräumen lasse und dies die Gefahr der Begehung derartiger Verwertungshandlungen begründe. Ferner hat er die Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 1890,91 € verlangt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass dem Kläger die gegen die Beklagten geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Zahlung der Abmahnkosten aus Wettbewerbsrecht sowie nach §§ 1004, 823, 249 BGB zustehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Unterlassungsansprüche folgten aus §§ 3, 4 Nr. 9 Buchst. b, § 2 UWG. Zwischen den Parteien, die im geschäftlichen Verkehr handelten, bestehe ein Wettbewerbsverhältnis; der Kläger habe in der Berufungsinstanz unwidersprochen vorgetragen, er habe inzwischen einen Verwertungsvertrag über Amateurspiele in seinem Verbandsbetrieb geschlossen. ...

... II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche ergeben sich nicht aus §§ 8, 3, 4 Nr. 9 Buchst. b UWG. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bieten die Beklagten keine Dienstleistungen an, die als Nachahmung von Dienstleistungen des Klägers im Sinne von § 4 Nr. 9 UWG anzusehen sind und durch die die Wertschätzung von dessen Dienstleistungen unangemessen ausgenutzt wird.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stellt der Kläger in seinem Verbandsgebiet den organisatorischen Rahmen für den Fußball-Wettkampfsport im Amateurbereich zur Verfügung. Er erstellt insbesondere das Regelwerk und die Spielpläne, organisiert das Schiedsrichterwesen und hält eine Sportgerichtsbarkeit vor. Die Beklagten bieten keine Leistungen an, die als Nachahmung dieser Dienstleistungen des Klägers angesehen werden könnten.

b) Das Berufungsgericht hat die wettbewerbswidrige Handlung der Beklagten allerdings auch nicht darin gesehen, dass sie die genannten organisatorischen Leistungen des Klägers nachahmten. Die unlautere Nachahmungshandlung der Beklagten im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG bestehe vielmehr darin, dass diese mit dem beanstandeten Angebot ihres Internetportals einen Teil der Leistung „Fußballspiel“ in der Ausgestaltung übernehme, wie sich diese Leistung aus dem Zusammenwirken des Klägers mit den ihm angehörigen Vereinen ergebe.

c) Dieser Ansicht des Berufungsgerichts kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Dabei kann offenbleiben, ob und in welchem Umfang die Veranstaltung eines Fußballspiels eine nach § 4 Nr. 9 UWG schutzfähige Leistung darstellt. Die Beklagten bieten mit ihrem Internetportal selbst keine einem Fußballspiel oder dessen Durchführung vergleichbare Leistung an. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts können auch die auf dem Portal der Beklagten abrufbaren Filmaufzeichnungen Dritter von Teilen von Fußballspielen nicht als von den Beklagten zu verantwortende Nachahmungen von Leistungsergebnissen angesehen werden, die in der Veranstaltung dieser Fußballspiele selbst bestehen. Die Filmaufzeichnung eines (Teils eines) Fußballspiels ist keine Nachahmung einer in dem Fußballspiel selbst oder in dessen Veranstaltung und Durchführung bestehenden Leistung im Sinne von § 4

Nr. 9 UWG; sie stellt vielmehr eine lediglich daran anknüpfende eigenständige Leistung dar (Ernst, jurisPR-WettBR 5/2009 Anm. 3; Feldmann/Höppner, K&R 2008, 421, 424; Hoeren/Schröder, MMR 2008, 553, 554; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rn. 9.38; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, 5. Aufl., § 4 Rn. 9/45; ders., GRUR 2010, 487, 492). Das in der Veranstaltung eines Fußballspiels bestehende Leistungsergebnis wird von den an dieser Sportveranstaltung Beteiligten, also insbesondere von den Spielern, den Schieds- und Linienrichtern, den für die Organisation des betreffenden Spiels verantwortlichen Mitgliedern und Organen der beteiligten Vereine sowie gegebenenfalls von dem den betreffenden Wettbewerb organisierenden Verband geschaffen. Sowohl die von diesen Beteiligten erbrachten Teilleistungen als auch die dadurch bewirkte Gesamtleistung unterscheiden sich ihrem Inhalt und ihrer Art nach grundlegend von der Leistung, die ein Dritter dadurch erbringt, dass er einen Teil des betreffenden Fußballspiels in einer Filmaufzeichnung festhält.

Soweit darin eine Ausnutzung der Leistungen der an der Durchführung des Fußballspiels Beteiligten liegt, erfolgt sie nicht durch eine (identische oder annähernde) Nachahmung dieser Leistungen oder eines Teils von ihnen, sondern allenfalls durch eine von der Nachahmung zu unterscheidende unmittelbare Übernahme des Leistungsergebnisses des Dritten (zu dieser Unterscheidung vgl. BGH, Urteil vom 31. 5. 1960 – I ZR 64/58, BGHZ 33, 20, 29 – Figaros Hochzeit; Beschluss vom 27. 2. 1962 – I ZR 118/60, BGHZ 37, 1, 20 – AKI; BGH, Urteil vom 24. 5. 1963 – I ZR 62/62, BGHZ 39, 352, 356 – Vortragsabend). Der unmittelbare Schutz des Leistungsergebnisses als solches ist – anders als die häufig gleichfalls als unmittelbare Leistungsübernahme bezeichnete identische Nachahmung fremder Leistungen – nicht Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach § 4 Nr. 9 UWG (vgl. BGH, Urteil vom 2. 12. 2004 – I ZR 30/02, BGHZ 161, 204, 213 – Klemmbausteine III; Köhler in Köhler/Bornkamm a. a. O. § 4 Rn. 9.4; Harte/Henning/Sambuc, UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 9 Rn. 11 ff.; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitzka a. a. O. § 4 Rn. 9/3).

d) Außerdem fehlt es im vorliegenden Fall an einer unangemessenen Ausnutzung der Wertschätzung einer Dienstleistung des Klägers. Eine nach § 4 Nr. 9 Buchst. b Fall 1 UWG unlautere Rufausnutzung setzt voraus, dass die Vorstellung der Güte oder Qualität eines bestimmten Produkts auf ein anderes übertragen wird (vgl. BGH, Urteil vom 15. 4. 2010 – I ZR 145/08, GRUR 2010, 1125 Rn. 42 = WRP 2010, 1465 – Femur-Teil, m. w. N.). Für eine solche Rufübertragung bestehen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Vorbringen des Klägers keine Anhaltspunkte. Der Umstand, dass Fußballspiele als solche sowie die mit ihrer Veranstaltung zusammenhängenden Leistungen beim Publikum eine gewisse Wertschätzung erfahren, reicht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für die Annahme einer unlauteren Rufausnutzung nicht aus, weil sich daraus nicht ergibt, dass diese Wertschätzung auf die Dienstleistung der Beklagten übertragen wird.

2. Es kann dahinstehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen unmittelbarer Leistungsschutz auf der Grundlage von § 3 Abs. 1 UWG gewährt werden kann, wenn die Voraussetzungen der in § 4 Nr. 9 UWG geregelten Unlauterkeitstatbestände nicht vorliegen. Dem Kläger steht jedenfalls zum Schutz seiner zur Durchführung der Verbandsspiele erbrachten organisatorischen Leistungen kein unmittelbar auf §§ 8, 3 Abs. 1 UWG zu stützender Abwehranspruch zu.

a) Das Berufungsgericht ist bei seiner im Ergebnis gegenteiligen Beurteilung (im Rahmen der Prüfung eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) davon ausgegangen, dass dem Kläger als Mitveranstalter der Fußballspiele in seinem Verbandsgebiet das ausschließliche Recht zusteht, diese Fußball-

spiele oder Teile davon in der Weise zu vermarkten, dass er Filmaufzeichnungen dieser Spiele auf einem Internetportal wie demjenigen der Beklagten der Öffentlichkeit zugänglich macht oder Dritten (gegen Entgelt) das Recht zu einer entsprechenden Nutzung einräumt. Nach Ansicht des Berufungsgerichts unterscheiden sich die Rechte, die dem Kläger als Mitveranstalter der Amateurfußballspiele in seinem Verbandsgebiet im Hinblick auf deren Vermarktung zustehen, nicht von den ausschließlichen Verwertungsrechten des Veranstalters eines Fußballspiels im Profibereich oder einer vergleichbaren gewerblichen Veranstaltung. Dem kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

aa) Nach der vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vermarktung von Sportveranstaltungen durch die Einräumung der Befugnis zur Fernsehübertragung steht dem Veranstalter einer Sportveranstaltung anders als dem Veranstalter der Darbietung eines ausübenden Künstlers (§ 81 UrhG) kein verwandtes Schutzrecht zu (vgl. BGH, Beschluss vom 14. 3. 1990 – KVR 4/88, BGHZ 110, 371, 383 – Sportübertragungen). Die Erlaubnis des Veranstalters zur Fernsehübertragung einer Sportveranstaltung ist daher im Rechtssinn keine Übertragung von Rechten, sondern eine Einwilligung in Eingriffe, die der Veranstalter aufgrund ihm zustehender Rechtspositionen verbieten könnte. Eine solche Rechtsposition ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Hausrecht, mit dessen Hilfe der Berechtigte Dritte von der unentgeltlichen Wahrnehmung des von ihm veranstalteten Spiels ausschließen und sich bei bedeutsamen Sportereignissen somit die Verwertung der von ihm erbrachten Leistung sichern kann (BGH, Urteil vom 8. 11. 2005 – KZR 37/03, BGHZ 165, 62, 69 f. – „Hörfunkrechte“).

bb) Dabei stellt das Sportereignis als solches noch keinen wirtschaftlichen Wert dar (BGHZ 165, 62, 73 – „Hörfunkrechte“). Der wirtschaftliche Wert besteht allein in der Möglichkeit, die Wahrnehmung des Ereignisses in Bild und Ton durch das sportinteressierte Publikum – sei es durch den Stadionbesucher oder sei es durch den Zuschauer oder Hörer, der sich mit Hilfe entsprechender Medien informiert – zu verwerten. Das Hausrecht dient in diesem Zusammenhang der Sicherung dieser Verwertung der vom Veranstalter des Sportereignisses erbrachten Leistung. Das Berufungsgericht hat im Streitfall nicht festgestellt, dass die Fußballspiele, die im Verbandsgebiet des Klägers gefilmt worden sind und im Internetportal der Beklagten in Auszügen angeschaut werden können, unter Verletzung des Hausrechts des für den jeweiligen Veranstaltungsort Berechtigten gefilmt worden sind. Der Kläger hat dies auch nicht geltend gemacht.

b) In der angeführten Entscheidung „Sportübertragungen“ des Bundesgerichtshofs (BGHZ 110, 371, 383 f.; vgl. ferner BGH, Beschluss vom 11. 12. 1997 – KVR 7/96, BGHZ 137, 297, 307 – Europapokalheimspiele) ist nicht näher ausgeführt, ob und in welchem Umfang dem Veranstalter eines Sportereignisses zum Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen neben Ansprüchen aus seinem Hausrecht „je nach Fallgestaltung“ wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche zustehen. Jedenfalls im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Handlungen der Beklagten ist eine entsprechende ausschließliche Verwertungsbefugnis des Klägers unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht gegeben.

aa) Ein anderes Ergebnis kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schon daraus hergeleitet werden, dass der Kläger entsprechende Filmaufnahmen Dritter selbst über ein Internetportal verwerten und dadurch Einnahmen erzielen könnte. Von der Möglichkeit, sich über das Hausrecht der ihm angehörig Vereine im Zusammenwirken mit diesen eine entsprechende Verwertung zu sichern, hat der Kläger, wie ausgeführt, keinen Gebrauch gemacht. Zwar hat der Betrieb der Internetplattform der Beklagten zur Folge, dass dem Kläger jedenfalls ein Teil des angesprochenen Nutzerkreises als Abnehmer entzogen wird, soweit der Kläger sich selbst auf diesem Gebiet betätigen oder Dritten eine solche Tätigkeit gegen Entgelt erlauben will. Die damit verbundene Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten muss der Kläger als eine wettbewerbskonforme Auswirkung des Wettbewerbs um Kunden jedoch grundsätzlich hinnehmen.

bb) Würde die in Rede stehende Verwertungsbefugnis ausschließlich dem Kläger zugewiesen, so wäre damit eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit verbunden, die im Hinblick auf die grundrechtlich geschützten Interessen der Beklagten (Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) nur bei einem überwiegenden Interesse des Klägers gerechtfertigt werden könnte. Ein solches überwiegendes Interesse des Klägers kann jedoch nicht angenommen werden. Insbesondere ist der vom Kläger begehrte Rechtsschutz nicht erforderlich, um für ihn ein Leistungsergebnis zu schützen, für das er erhebliche Investitionen getätigt hätte und dessen Erbringung und Bestand ohne diesen Rechtsschutz ernstlich in Gefahr geriete (vgl. dazu Ehmann, GRUR Int. 2009, 659, 661, 664; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitzka a. a. O. § 4 Rn. 9/80; Peukert, WRP, 2010, 316, 320 m. w. N.).

Es ist nicht ersichtlich, dass durch das nachträgliche Einstellen von Filmaufzeichnungen auf dem Online-Portal der Beklagten die Durchführung der Fußballspiele im Verbandsgebiet des Klägers als solche in irgendeiner Weise beeinträchtigt würde und dass die Verwertungshandlungen der Beklagten insbesondere der Nachfrage nach den unter Mitwirkung des Klägers angebotenen Fußballveranstaltungen abträglich sein könnten (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGHZ 39, 352, 357 – Vortragsabend). Es spricht auch nichts dafür, dass der Kläger und die ihm angehörig Vereine ohne die ausschließliche Zuweisung der in Rede stehenden Vermarktungsrechte nicht mehr in der Lage wären, die für die Durchführung des Spielbetriebs notwendigen Investitionen zu tätigen. Anders als bei Fußballveranstaltungen im Profibereich spielt die Vermarktung des Spiels durch Vergabe von „Übertragungs- und Aufzeichnungsrechten“ im Amateurbereich auf der Ebene der von den jeweiligen Landesverbänden durchgeführten Verbandsspiele auch nach Ansicht der Revisionserwiderung keine maßgebliche wirtschaftliche Rolle. Die Erteilung von Erlaubnissen, die in Rede stehenden Verbandsspiele zu filmen, gehört nicht zu dem typischen Tätigkeitsbereich der Veranstalter solcher Spiele und damit nicht zum wesentlichen gewerblichen Tätigkeitsbereich des Klägers als deren Mitveranstalter (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29. 4. 1970 – I ZR 30/68, GRUR 1971, 46, 47 – Bubi Scholz, dort bezogen auf die Fernsehausstrahlung).

cc) Das Verhalten der Beklagten kann demnach auch nicht deshalb als unzulässig angesehen werden, weil sie sich damit Leistungen Dritter, die erfahrungsgemäß nur gegen eine angemessene Vergütung zur Verfügung gestellt werden, ohne Erlaubnis aneigneten und kostenlos zur Förderung des eigenen gewerblichen Gewinnstrebens ausnutzten (vgl. dazu BGHZ 33, 20, 28 – Figaros Hochzeit). Zwar mag im Einzelfall wegen eines besonderen Zuschauerinteresses auch eine Fernseh- oder sonstige Übertragung von Teilen eines Verbandsspiels des Klägers in Betracht kommen. In diesem Fall kann sich der Kläger die ausschließliche wirtschaftliche Verwertung jedoch dadurch sichern, dass er über das Hausrecht des Berechtigten Filmaufnahmen Dritter unterbindet oder nur gegen Entgelt zulässt. Die dem Kläger danach im Einzelfall offenstehende Möglichkeit der ausschließlichen Verwertung wird durch das Angebot der Beklagten als solches nicht beeinträchtigt. Neben dieser Möglichkeit des Klägers, sich die in Rede stehende Verwertung im Zusammenwirken mit den ihm angehörig Vereinen über deren Hausrecht zu sichern, ist bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen maßgeblich zu berücksichtigen, dass auf der anderen Seite – wie die Inanspruchnahme des Angebots der Beklagten zeigt – gerade auch im Amateurbereich ein Informationsinteresse der Allgemeinheit (Art. 5 Abs. 1 GG) besteht, das angesichts der Vielzahl der Spiele durch die Medien nicht befriedigt werden kann (vgl. dazu Ohly, GRUR 2010, 487, 493).

dd) Der Umstand, dass die gewerbliche Leistung der Beklagten überhaupt erst durch die Planung und Durchführung der betreffenden Fußballspiele – also zumindest auch durch den in diesem Rahmen erbrachten organisatorischen Beitrag des Klägers – ermöglicht wird, führt gleichfalls als solcher nicht zur Unzulässigkeit des Verhaltens der Beklagten. Das Angebot gewerblicher Leistungen, die auf Arbeitsergebnissen von Mitbewerbern aufbauen, ist, wie

beispielsweise die Zulässigkeit des Vertriebs von Ersatzteilen und Zubehör zu den Waren eines anderen zeigt, grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. bereits BGH, Urteil vom 22. 4. 1958 – I ZR 67/57, BGHZ 27, 264, 267 f. – Box-Programmheft). Es ist weder wettbewerbsrechtlich noch zum Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geboten, denjenigen, der eine Leistung erbringt, grundsätzlich auch an allen späteren Auswertungsarten seiner Leistung zu beteiligen (vgl. BGHZ 37, 1, 21 – AKI). Dazu kann zwar Anlass bestehen, wenn die betreffende Leistung Dritten ohne weiteres zugänglich ist und sich durch die diesen dadurch gegebene Möglichkeit der ungehinderten Ausbeutung die wirtschaftliche Position des Leistenden verschlechtert (vgl. BGHZ 37, 1, 21 – AKI). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben, weil die in Rede stehende Verwertung Dritten gegenüber durch die Ausübung des Hausrechts abgegrenzt werden kann.

c) Soweit das Berufungsgericht seine gegenteilige Beurteilung unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (auch) damit begründet hat, bereits die Aufnahme von Teilen von Fußballspielen im Verbandsgebiet des Klägers sei unlauter und damit rechtswidrig, wenn sie ohne Erlaubnis vorgenommen werde, kann dem gleichfalls nicht zugestimmt werden. Bei der vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführten Senatsentscheidung „Vortragsabend“ (BGHZ 39, 352) ging es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Tonbandaufnahme des Vortragsabends eines Kabarettisten, die von einer Rundfunkanstalt für eine Rundfunksendung angefertigt worden war. Der Senat hat darin eine nach § 1 UWG 1909 unlautere Wettbewerbsmaßnahme der zum Veranstalter des Vortragsabends in einem Wettbewerbsverhältnis stehenden Rundfunkanstalt gesehen, weil bereits die Festlegung der Veranstaltung auf einem Tonband die Gefahr begründet, dass die Leistung des Veranstalters zu Zwecken ausgewertet wird, die der Nachfrage nach den von ihm angebotenen Unterhaltungsdarbietungen in Form von Vortragsabenden abträglich sein könnten (BGHZ 39, 352, 356 f. – Vortragsabend). Damit ist der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht vergleichbar. Die Nachfrage nach den vom Kläger (mit)veranstalteten Amateur-Fußballspielen in seinem Verbandsgebiet wird – wie dargelegt (oben Rn. 26) – nicht dadurch berührt, dass einzelne Privatpersonen Teile davon aufnehmen und diese Filmausschnitte über das Internetportal der Beklagten der Öffentlichkeit zugänglich machen.

Ob – wie das Berufungsgericht weiter gemeint hat – durch derartige Filmaufnahmen bereits als solche und stärker noch durch deren Veröffentlichung das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Grundrecht auf Ehrenschutz von Spielern und Zuschauern verletzt werden, indem sie ungefragt und oft in unvorteilhaften Posen oder Szenen aufgenommen und zur Schau gestellt werden, ist in diesem Zusammenhang ebenfalls ohne Bedeutung, weil etwaige Rechtsverletzungen dieser Art nicht vom Kläger geltend gemacht werden könnten. Außerdem rügt die Revision mit Recht, dass es sich bei der Annahme des Berufungsgerichts, die Aufnahmen und deren Weiterverbreitung stellten häufig Persönlichkeitsrechtsverletzungen der abgebildeten Personen dar, um eine bloße Vermutung handelt. Die rechtliche Beurteilung, ob Persönlichkeitsrechte Dritter im Einzelfall verletzt werden, setzte Feststellungen zu konkreten Einzelheiten der auf der Internetplattform der Beklagten eingestellten Filmaufnahmen, insbesondere zu deren genaue Inhalt und zu einem möglichen (ausdrücklich oder konkludent erklärten) Einverständnis der betroffenen Personen voraus. Solche Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

3. Die auf Unterlassung gerichteten Klageansprüche sind auch nicht nach § 823 Abs. 1, § 1004 BGB wegen eines

rechtswidrigen Eingriffs der Beklagten in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers begründet. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts greifen die Beklagten mit dem Angebot ihres Internetportals, in das Filmaufzeichnungen von Fußballspielen im Verbandsgebiet des Klägers ohne dessen Erlaubnis eingestellt und Dritten zum Abruf zugänglich gemacht werden können, aus den vorstehend genannten Gründen nicht in den rechtlichen Zuweisungsbereich eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs des Klägers ein.

4. Da dem Kläger die geltend gemachten Unterlassungsansprüche entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts demnach weder nach §§ 8, 3, 4 Nr. 9 UWG noch nach §§ 823, 1004 BGB wegen Eingriffs in das Recht aus einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zustehen, kann das Berufungsurteil auch insoweit keinen Bestand haben, als die Beklagten zur Erstattung von Abmahnkosten verurteilt worden sind.

III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Klageansprüche ferner nicht nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG begründet sind. Die in dem Angebot der Beklagten liegende Ausnutzung (auch) der (Vor-)Leistungen des Klägers ist keine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG; vielmehr stellt sie sich aus den oben (Rn. 19 ff.) angeführten Gründen lediglich als eine dem Wettbewerb eigene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten des Klägers dar, die dieser als solche wie jeder Wettbewerber hinzunehmen hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. 5. 2001 – I ZR 216/99, BGHZ 148, 1, 5 – Mitwohnzentrale.de; Urteil vom 11. 1. 2007 – I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 Rn. 21 – Außendienstmitarbeiter). Sonstige besondere Umstände, die die Unlauterkeit eines Verhaltens wie des in Rede stehenden Angebots der Beklagten begründen können, wie etwa eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise über die Herkunft dieses Leistungsangebots (vgl. BGHZ 27, 264, 268 f. – Box-Programmheft; BGH, Urteil vom 19. 12. 1961 – I ZR 117/60, GRUR 1962, 254, 255 – Fußball-Programmheft), sind im vorliegenden Fall nicht festgestellt.

IV. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, hat der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden. Die Klage ist unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

(Mitgeteilt von Dr. habil. Martin Stopper, Rechtsanwalt, München)

Anmerkung

Der Württembergische Fußballverband e. V. muss also zulassen, dass das Internetportal „Hartplatzhelden.de“ ein bis eineinhalb-minütige Ausschnitte von Filmaufnahmen von Fußballspielen zu kommerziellen Zwecken im Internet zum Abruf einstellt – so der BGH in diesem Verfahren.

Dieses Ergebnis wirkt auf den ersten Blick für Sportverbände unbefriedigend. Sie machen doch laufend geltend, dass sie einen hohen Aufwand betreiben, die den Ligabetrieb erst ermöglichen – in den oberen Spielklassen, aber auch in den Unteren. Ist das nun rechtlich alles nichts wert? Dazu kann man beruhigend feststellen, dass der BGH darüber nicht geurteilt hat, anders als die Vorinstanzen, die sich mit den Leistungen und Beiträgen von Verbänden für den Ablauf eines Spielbetriebs im Fußball anerkennend auseinandergesetzt haben.

Der BGH hat sich viel mehr damit auseinandergesetzt, ob die Wettbewerbsregeln vom Verband wirksam auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden können. Und dabei führte der BGH den Ball eng: Eine Nachahmungshandlung liegt nicht vor, denn nicht die organisatorischen Leistungen, die der Verband zusammen mit den

Vereinen erbringt, werden nachgeahmt, sondern es werden Filmaufnahmen gefertigt, die neue eigenständige Leistungen darstellen. Insofern wird messerscharf unterschieden: dies ist eine unmittelbare Leistungsübernahme, keine identische Nachahmung fremder Leistungen, und nur diese genießt wettbewerbsrechtlichen Schutz! Unmittelbare Leistungsübernahmen können wettbewerbsrechtlichen Schutz im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Behinderung genießen – dafür müssen die Eingriffe in die Verwertungsmöglichkeiten des Verbandes nach Auffassung des BGH jedoch schwerwiegender sein, so dass dieser Schutz vom BGH verneint wurde. Auch eine unlautere Rufausnutzung ließ der BGH nicht gelten, da bei der Veranstaltung von Amateurspielen keine Verbandsleistungen herausragen, deren Wertschätzung auf die Leistungen des Filmportals übertragen wird.

Sicher liegt hier die Tücke im Detail, aber die Erwägungen des BGH sind für sich genommen nachvollziehbar. Dann hatte der BGH noch ohne Not darauf hingewiesen, wie man die Zuordnung von Abwehrrechten auf den Verband besser organisieren kann, nämlich als über das Hausrecht zu gewährende Erlaubnis bzw. in seiner Umkehrung als Verbot. Im Amateurbereich ist wohl davon auszugehen, dass eine Erlaubnis in Form des Realaktes über die Duldung der Erstellung von Filmaufnahmen erteilt wird. Umgekehrt ließe sich dann ein Verbot im Rahmen einer Hausordnung oder wiederum über verbietende Realakte des Hausherrn realisieren. Auf diesem Wege ließe sich das in der Satzung verankerte Medienauswertungsrecht des Verbandes sachenrechtlich absichern, dieses könne sich der Verband auch insoweit übertragen lassen, wenn man den BGH mit seiner Anmerkung „über das Hausrecht des Berechtigten“ so versteht.

Soweit die praktische Handhabe – dogmatisch bleibt jedoch für die Württemberger ein G'schmäcke. Der BGH hat dem Verband kein originäres wettbewerbsrechtliches Leistungsschutzrecht zuerkannt und dies, obwohl er bejahete, dass der Verband tatsächlich Leistungen erbringt, die den Spielbetrieb ermöglichen und dann über eine Kausalkette das kommerzielle Angebot der „Hartplatzhelden“ erst möglich machen. Es gäbe insoweit nämlich kein Veranstalterschutzrecht wie es § 81 UrhG für den ausübenden Künstler vorsehe.

Die abstrakte wettbewerbsrechtliche Betrachtung ist also für Amateursportverbände nicht befriedigend, kann aber konkret über das Hausrecht gerettet werden. Bleibt noch kurz zu würdigen, was das Urteil denn für die Profi-Sportverbände bedeutet, die für viel Geld Fernsehrechte lizenzieren wollen. Hier weist das Urteil an einigen Stellen darauf hin, dass man dann durchaus auf das Wettbewerbsrecht zurückgreifen kann, wenn der Verband echte Werte schöpft. Der BGH spricht insoweit für den Fall von einer rechtlich bedeutenden Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit, wenn schützenswerte Interessen im Sinne der Artikel 5 und 12 GG beeinträchtigt sein können. Außerdem ist das Urteil so zu interpretieren, dass – im Umkehrschluss zum Amateursport – die Vermarktung von Fernsehrechten im Profisport zu „wesenseigenen gewerblichen Tätigkeiten“ gehöre. Zudem sei es wettbewerbsrechtlich von Bedeutung, wenn Maßnahmen wie die hier Beanstandeten der Nachfrage an den erbrachten Leistungen abträglich sein könnten. Das lässt sich für Aufnahmen aus dem Bereich des Profi-Fußballs trefflich behaupten. Auf Grundlage dieser wettbewerbsrechtlichen Schutzrechte ist es dann aber auch systematisch vertretbar, dass es sich bei der Vermarktung von Fernsehrechten nicht nur um Einwilligungen in Eingriffe, sondern auch um die Einräumung von wertvollen Nutzungsrechten – die sich aus dem Wettbewerbsrecht ergeben – handelt.

Dr. habil. Martin Stopper, Rechtsanwalt, München

4. Feuerwerkskörper bei Bundesliga-Fußballspiel

§§ 280, 823 II BGB

Zu den Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht des Veranstalters eines Bundesliga-Fußballspiels.

OLG Frankfurt, Urt. v. 24. 2. 2011 – 3 U 140/10

Die Beklagte veranstaltete am ... 2008 das Bundesligafußballspiel A gegen B in der ... in Stadt ... Der Kläger war bei diesem Spiel als Rasenpfleger für den Stadionbetreiber, die C GmbH eingesetzt. Während des Spiels kam es – vermutlich aus einem mit Anhängern des B besetzten Block heraus – zur Zündung mehrerer Feuerwerkskörper.

Der Kläger hat behauptet, er habe sich zu diesem Zeitpunkt weisungsgemäß in der Nähe eines der vier Marathontore aufgehalten. Zumindest ein Feuerwerkskörper sei in der Nähe seines Kopfes explodiert. Er habe dadurch einen Tinnitus verbunden mit einer Minderung der Hörfähigkeit auf einem Ohr um 35% als Dauerschaden erlitten. Zudem leide er unter Kopfschmerzen, Schwindel und Schlafstörungen.

Mit der Klage begehrt der Kläger ein unbeziffertes Schmerzensgeld, Ersatz seines Verdienstausfalls und Feststellung der Ersatzpflicht aller sonstige Schäden, die Beklagte macht geltend, alles ihr Mögliche und Zumutbare zur Vermeidung des Mitführens von Sprengkörpern getan zu haben.

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung von zwei Zeugen, die für die Einlasskontrollen verantwortlich waren, mit Urteil vom 22. 04. 10 abgewiesen, weil eine Verletzung der Sicherungspflichten durch die Beklagte nicht feststellbar sei.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehrt weiter verfolgt und seinen erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft. Er ist insbesondere der Auffassung, es sei möglich, zumutbar und erforderlich gewesen, Kontrollen insbesondere der Gästefans in größerer Zahl und höherer Intensität durchzuführen. Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

...

In der Sache hat sie keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen dem Berufungsverfahren zugrunde zu liegende Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil der Beklagten eine Verletzung der sie als Veranstalterin eines Bundesligafußballspiels treffenden Verkehrssicherungspflicht nicht vorzuwerfen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, ist derjenige, der eine Gefahrenlage – gleich welcher Art – schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (vgl. BGH VersR 1990, 498, 499; BGH VersR 2002, 247, 248; BGH VersR 2003, 1319; BGH VersR 2005, 279, 280 BGH VersR 2006, 233, 234; BGH VersR 2007, 659, 660 – jeweils m. w. N.). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Sie kann sich auch auf Gefahren erstrecken, die erst durch den unerlaubten und schuldhaften

Eingriff eines Dritten entstehen (vgl. Senat, Urteile vom 16. September 1975 – VI ZR 156/74 – VersR 1976, 149, 150; vom 19. 12. 1989 – VI ZR 182/89 – a. a. O.).

Eine solche Verkehrssicherungspflicht trifft auch den Veranstalter einer Sportveranstaltung gegenüber den Zuschauern. Für deren Verletzung muss er einstehen; denn der Veranstalter eines solchen planmäßig durchgeführten sportlichen Wettkampfes mit öffentlichem Interesse, zu dem Zuschauer gegen Entgelt eingeladen werden, „schafft“ die Gefahr, indem er den Zustand, von dem für die Zuschauer eine Gefährdung ausgehen kann, herbeiführt oder andauern lässt. Auch das entspricht ständiger Rechtsprechung (s. RGZ 138, 21; BGH VersR 1960, 22 betreffend ein öffentliches Skispringen; BGH VersR 1962, 618 hinsichtlich eines Autorennens; BGH VersR 1975, 133 für ein besuchsoffenes Reitertraining; BGH VersR 1975, 329 für ein internationales Motorrad- und Wagen-Grasbahn-Rennen; BGH VersR 1984, 164 bei einem Bundesliga-Eishockeyspiel).

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Haftungsbegründend wird eine Gefahr daher erst dann, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden (vgl. BGH VersR 2006, 233 und BGH VersR 2007, 659, beide m. w. N.). Deshalb muss nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Es sind vielmehr nur die Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die Schädigung anderer tunlichst abzuwenden (vgl. BGH VersR 1978, 1163, 1165; BGH VersR 2003, 1319 und BGH VersR 2006, 233). Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) ist genügt, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält (vgl. BGH VersR 1972, 559, 560; BGH VersR 2003, 1319 und BGH VersR 2006, 233). Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise – hier: der Sportveranstalter – für ausreichend halten darf, um andere Personen – hier: Zuschauer und andere im Stadion anwesende Personen – vor Schäden zu bewahren, und die ihm den Umständen nach zuzumuten sind (vgl. BGH VersR 1963, 532; BGH VersR 1967, 801; BGH VersR 2002, 247, 248; BGH VersR 2003, 1319; BGH VersR 2006, 233; BGH VersR 2006, 1083 und BGH VersR 2007, 1683).

Auch wenn man davon ausgeht, dass bei Sportveranstaltungen, insbesondere Fußballspielen, an den Schadensverhütungsaufwand nicht nur zum Schutz der Sportler (OLG München VersR 1988, 739; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1416), sondern auch zum Schutz der übrigen Beteiligten besonders große Anforderungen zu stellen sind, weil durch das Aufeinandertreffen rivalisierender, emotionsaufgeladener und zum Teil sogar gewaltbereiter Fans in großer Zahl die nicht unerhebliche Gefahr bewusster tätlicher Auseinandersetzungen besteht (OLG Düsseldorf SpuRt 1994, 146, 147), hat die Beklagte vorliegend die an ihre Sicherungspflicht zu stellenden Anforderungen (gerade noch) erfüllt.

Die Beklagte musste bedenken, dass zu den verbreiteten Risiken von Bundesligafußballspielen das Abbrennen pyrotechnischer Gegenstände gehört. Bengalische Fackeln, Rauchpulver, Feuerwerks- und Knallkörper gehören zu den Mitteln, mit denen Fans seit Jahren das Geschehen auf dem Spielfeld begleiten, sei es, um damit die eigene Begeisterung zum Ausdruck zu bringen, sei es zur bewussten Störung des Spielbetriebs oder einfach nur, um Aufmerksamkeit zu erregen. Pyrotechnische Zwischenfälle sind nahezu an jedem Spieltag zu beobachten.

Die Beklagte musste auch bedenken, dass mit dem Abbrennen von Pyrotechnik erhebliche Gefahren für alle Beteiligte verbunden sind. Zuschauer, Organisationspersonal und Spieler sind durch die mit dem Feuer und der Explosion verbundenen Gefahren gleichermaßen bedroht. Dies gilt schon bei dem bestimmungsgemäßen Einsatz dieser Gegenstände, erst recht aber, wenn diese bewusst

zur Schädigung anderer Personen eingesetzt werden. Sowohl die einzelnen Stadionordnungen als auch die Hinweise der Sportverbände tragen diesen Gefahren durch ein Verbot des Mitführens solcher Gegenstände als auch durch besondere Kontrollen der Zuschauer Rechnung.

Schließlich musste die Beklagte vorliegend bedenken, dass es sich bei dem Spiel gegen den B um ein sog. Risikospiele handelte, weil die Fans beider Vereine seit Jahren rivalisieren und es bei entsprechenden Paarungen bereits in der Vergangenheit zu überdurchschnittlichen Ausschreitungen gekommen war.

Diesen Gefährdungen hat die Beklagte ein Sicherheitskonzept entgegen gesetzt, nach dem alle Zuschauer vor dem Betreten des Stadions einer Kontrolle – insbesondere auch auf das verbotene Mitführen von Feuerwerkskörpern – unterzogen wurden, alle Fans des Gästevereins zusätzlich ein zweites Mal vor Betreten des Stadionblocks kontrolliert wurden und zudem stichprobenweise einzelne Fans ein drittes Mal untersucht wurden.

Dass dieses Konzept auch tatsächlich so umgesetzt wurde, steht nach dem Ergebnis der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme auch zur Überzeugung des Senats fest. Insoweit folgt das Gericht den Bekundungen der Zeugen Z1 und Z2, die beide an verantwortlicher Stelle an den Sicherheitskontrollen beteiligt waren. Bedenken an diesen Aussagen ergeben sich entgegen der Auffassung der Berufung nicht bereits daraus, dass die Zeugen unterschiedliche Angaben dazu gemacht haben, wo die Kontrollen durchgeführt wurden. Dies mag auf einem Erinnerungsfehler oder einer Verwechslung mit anderen Spielen beruhen, was angesichts des Umstands, dass die Vernehmung erst zwei Jahre nach dem Ereignis erfolgte, nicht verwunderlich ist. Auch wenn aufgrund des Widerspruchs nicht sicher festgestellt werden kann, wo die Kontrolle stattfand, so besteht doch kein Zweifel, dass sie stattfand.

Der Umfang der Kontrollen entsprach dem, was bei vergleichbaren anderen Sportveranstaltungen üblich ist. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die moderne Sicherheitstechnologie eine erheblich intensivere Untersuchung der Zuschauer ermöglicht hätte. Die auf Flughäfen heute gültigen Sicherheitsstandards gehen weit über die Maßnahmen der Beklagten hinaus. Dass der Einsatz von Metalldetektoren oder Scannern, die Durchleuchtung aller mitgebrachten Taschen und Gegenstände oder das gründliche Abtasten jeder Person von Kopf bis Fuß das Mitbringen gefährlicher oder verbotener Gegenstände in sehr viel größerem Umfang verhindern könnte, als die derzeit bei Fußballspielen gebräuchlichen Kontrollen, steht außer Frage. Dass dies mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden wäre oder es erforderlich machen würde, früher als bislang mit der Eingangskontrolle zu beginnen, steht nicht entgegen. In Anbetracht der im Profifußball erzielten Umsätze fielen solche Kosten kaum ins Gewicht, wäre den Vereinen weder unmöglich noch unzumutbar. Zudem kommt der finanziellen Belastbarkeit des Veranstalters bei Sportveranstaltungen für den Umfang der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen wenn überhaupt nur eine untergeordnete Bedeutung zu (BGH VersR 1984, 164).

Bei der vorliegend anzustellenden Prüfung, wie weit die Sicherungspflichten für ein Fußballspiel im Jahr 2008 gingen, kann mit der Nichtanwendung fortschrittlicher Sicherheitstechnik ein schuldhafter Verstoß der Beklagten nicht begründet werden. Die Beklagte hat sich mit den von ihr durchgeführten Kontrollen im Rahmen dessen gehalten, was bei anderen nationalen und internationalen Fußballspielen üblich war. Anhaltspunkte dafür, dass hier darüber deutlich hinausgehende Sicherungsvorkehrungen zu treffen waren, gab es nicht. Unstreitig zwischen den Parteien ist, dass andere Bundesliga-Fußballspiele mit deutlich geringeren Kontrollen stattfinden, so dass die Beklagte dem von ihr erkannten besonderen, von den Fans des B ausgehenden Risikos mit den dem Üblichen gegenüber gesteigerten Kontrollen hinreichend Rechnung getragen hat. . . .

(Mitgeteilt von Rechtsanwältin Dr. Jochen Fritzsche, Burghausen/München)

5. Unternehmenskennzeichenschutz für Namen einer Motorsportveranstaltung („Jim-Clark-Revival“)

§§ 5 I, II, 15 MarkenG

Der Name „Jim-Clark-Revival“ für eine Motorsportveranstaltung genießt Unternehmenskennzeichenschutz. Zwischen diesem Zeichen und dem für eine gleichartige Veranstaltung verwendeten Wort-/Bildzeichen mit identischem Wortbestandteil besteht Verwechslungsgefahr.

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 3. 2. 2011 – 6 U 242/09

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Rechte an der Bezeichnung „Jim Clark-Revival“. Der Kläger ist ein Motorsportclub. Die Beklagten zu 2) und 3) organisieren und koordinieren nach ihrem Vortrag seit 1988 Motorsportveranstaltungen mit historischen Fahrzeugen. Von 2005 bis 2008 fand auf dem Hockenheimring jährlich der „Jim Clark Revival Historic Grand Prix Hockenheim“ statt. Vertragliche Grundlage war ein 2004 zwischen der Hockenheim-Ring GmbH und der Beklagten zu 2) geschlossener Vertrag, dem der nahezu gleichlautende Vertrag vom 18. 5. 2006 folgte, nunmehr abgeschlossen zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2). Ein zu den Verträgen existierender Vertragsentwurf vom 15. 12. 2004 kam nicht zum Abschluss. Die Beklagte zu 2) ließ für sich zwei Domains mit „Jim Clark-Revival“ registrieren. Am 4. 4. 2008 meldete die Beklagte zu 1) die Wort-/Bildmarke „Jim Clark-Revival“ beim Deutschen Patent- und Markenamt an. Die Marke wurde am 24. 7. 2008 eingetragen. Mit Newsletter vom 19. 12. 2008 sagte die Beklagte zu 2) den „International Historic Grand Prix Jim Clark Revival“ für das Jahr 2009 ab. Ob der Präsident des Klägers dem Inhalt vorher zugestimmt hat, ist zwischen den Parteien streitig. Der Kläger führte 2009 auf dem Hockenheimring die Veranstaltung „Hockenheim Historic – in memory of Jim Clark“ durch und kündigte diese Veranstaltung mit diesem Namen auch für 2010 an. Die Beklagten führten vom 14.–17. 5. 2009 auf dem Eurospeedway Lausitz den „5. International Historic Grand Prix Jim Clark Revival“ durch.

Der Kläger behauptet u. a., die Beklagten zu 2) und 3) hätten ihre Organisationsleistungen in seinem Auftrag erfüllt. Die Veranstaltereienschaft habe immer bei ihm gelegen. Daher stünden ihm auch die Rechte an der Bezeichnung der Veranstaltung zu. Er beantragt, die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, ohne seine Zustimmung das Wort-/Bildzeichen „Jim Clark-Revival“ im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Motorsportveranstaltungen zu benutzen. Weiter begehrt er Auskunft sowie Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten. Ferner begehrt er von der Beklagten zu 1) die Einwilligung in die Löschung der Wort-/Bildmarke „Jim Clark-Revival“.

Die Beklagten beantragen, die Klage abzuweisen. Die Beklagten zu 2) und 3) behaupten, fast ausschließlich sie hätten die Veranstaltungen 2005 bis 2008 organisiert; sie sind der Ansicht, sie seien Veranstalter, jedenfalls aber Mitveranstalter gewesen. Der Beklagte zu 3) habe die Idee zu dem Event gehabt und diese an die Hockenheim-Ring GmbH und den Kläger herangetragen. Er habe mit seinem Sohn Namen und Logo vorgeschlagen und realisiert. Nur sie hätten die Internetseiten unterhalten und aktualisiert. Der Vertrag weise nur deshalb den Kläger als Veranstalter aus, weil nur dieser als Motorsportclub die Veranstaltung offiziell habe anmelden können. Dies sei lediglich pro

forma erfolgt. Rechte aus der Benutzung der Bezeichnung „Jim Clark-Revival“ stünden daher ausschließlich den Beklagten zu 2) und 3) zu. Etwaige Rechte habe der Kläger durch Benutzungsaufgabe verloren.

Das LG Frankfurt a. M. hat der Klage stattgegeben. Es gestand der Bezeichnung „Jim Clark-Revival“ Unternehmenskennzeichenschutz zu. Die Namensrechte stünden – vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Regelungen – in aller Regel dem Veranstalter zu. Dies sei nach Auslegung der vertraglichen Regelungen der Kläger.

Gegen das Urteil legten die Beklagten Berufung ein. Sie beriefen sich ergänzend darauf, das Zeichen „Jim Clark-Revival“ sei mangels Unterscheidungskraft nicht schutzfähig. Weiter könne der Kläger auch deshalb keine Ansprüche gegen das angegriffene Wort-/Bildzeichen geltend machen, weil das zu Grunde liegende Logo von X geschaffen worden sei und der Kläger keine Nutzungsrechte an dem daran begründeten Urheberrecht habe. Im Übrigen stünde den geltend gemachten Klageansprüchen die Unterlassungsverpflichtung entgegen, die der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem LG Köln am 12. 3. 2009 im Verfahren 31 O 36/09 abgeben habe. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Dem Kläger stehen die gegen die Beklagten zu 1) bis 3) geltend gemachten Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche aus §§ 5, 15 II, IV MarkenG zu; darüber hinaus kann der Kläger gemäß §§ 55 I i. V. m. 51 I und 12 MarkenG von der Beklagten zu 1) Löschung der im Urteilstenor des Landgerichts bezeichneten Marke verlangen. Zur Begründung wird in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Beklagten in der Berufung rechtfertigen keine abweichende Beurteilung.

An dem Wortzeichen J.-C. Revival ist zu Gunsten des Klägers ein Unternehmenskennzeichenrecht i. S. v. § 5 II MarkenG entstanden.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, sind auch Veranstaltungsnamen als besondere Geschäftsbezeichnung einem Schutz nach § 5 II MarkenG zugänglich (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., Rdz. 28 zu § 5 m. w. N.). Das Zeichen J.-C. Revival verfügt weiter (von Haus aus) über die erforderliche Unterscheidungskraft für eine Veranstaltung auf dem Gebiet des Automobilsports. Der Name des verstorbenen Rennfahrers Jim Clark lässt zwar ebenso wie der Zusatz Revival einen gewissen inhaltlichen Bezug zu der Veranstaltung erkennen. Gleichwohl ist für den angesprochenen Verkehr allein aufgrund des Namens nicht eindeutig zu erkennen, welchen Charakter die Veranstaltung konkret haben wird. Unter diesen Umständen kann das Zeichen jedenfalls nicht als rein beschreibend eingestuft werden; vielmehr ist ihm ein gewisser fantasievoller Überschuss und damit eine Unterscheidungskraft von Haus aus zuzubilligen.

Das Zeichen J.-C. Revival ist für die seit dem Jahre 2005 durchgeführten Veranstaltungen auf dem Hockenheimring benutzt worden. Dem steht nicht entgegen, dass auf den Ankündigungen für die einzelnen Veranstaltungen (Anlage BB 1, Bl. 600 ff. d. A.) auch der Begriff International H. Grand Prix verwendet worden ist. In den Jahren bis 2007 ist dieser Begriff ohnehin räumlich abgesetzt von dem Veranstaltungsnamen J.-C. Revival benutzt worden, was der Entstehung eines Unternehmenskennzeichenrechts an dem isolierten Zeichen J.-C. Revival ohnehin nicht entgegensteht.

Ob diese Beurteilung auch für die Verwendung innerhalb des im Jahre 2008 benutzten Wort-/Bildzeichens (Bl. 603 d. A.) gerechtfertigt ist, kann dahinstehen. Denn innerhalb dieses Zeichens stellt sich der Wortbestandteil J.-C. Revival sowohl auf Grund der hervorgehobenen grafischen Gestaltung als auch wegen des rein beschreibenden Charakters des Begriffs International H. Grand Prix zumindest als allein prägend dar mit der Folge, dass der Verkehr das Gesamtzeichen schlagwortartig auf den Bestandteil J.-C. Revival verkürzen wird. Dies wird im Übrigen beispielhaft dadurch bestätigt, dass auch der Beklagte zu 3) in seinem Rundschreiben vom 19. 12. 2008 (Anlage BB 3, Bl. 634 d. A.) mit der Anrede Liebe Freunde des J.-C. REVIVAL genau diese Verkürzung vorgenommen hat. Die demnach bestehende Neigung des Verkehrs zur schlagwortartigen Verkürzung auf einen Bestandteil des Gesamtzeichens führt dazu, dass dieser Bestandteil isoliert Schutz nach § 5 II MarkenG unabhängig davon genießt, ob der Zeicheninhaber selbst diese Verkürzung vornimmt (vgl. Ingerl/Rohnke a. a. O., Rdz. 24 zu § 5 m. w. N.).

Inhaber des Unternehmenskennzeichenrechts ist jedenfalls seit dem Jahre 2007 der Kläger als Veranstalter des J.-C. Revival. Aus dem zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) geschlossenen Vertrag vom 18. 5. 2006 ergibt sich klar, dass verantwortlicher Veranstalter allein der Kläger sein sollte. Insoweit kann auf die ausführlichen und überzeugenden Erwägungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen werden. Insbesondere zeigt die in § 6 (4) des Vertrages enthaltene Regelung darüber, unter welchen Voraussetzungen die Rechte am J.-C. Revival auf die Beklagte zu 2) übergehen sollten, mit aller Deutlichkeit, dass diese Rechte nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zunächst beim Kläger liegen sollten. Unter diesen Umständen hat das Landgericht der Frage, inwieweit die Beklagten in die tatsächliche Abwicklung der Veranstaltungstätigkeit eingebunden waren, für die rechtliche Beurteilung keine Bedeutung beigemessen.

Das Unternehmenskennzeichenrecht des Klägers ist auch nicht infolge endgültiger Benutzungsaufgabe erloschen. Auch insoweit kann in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden, die die Beklagten mit der Berufungsbegründung im Übrigen auch nicht angegriffen haben.

Das beanstandete, von den Beklagten verwendete Wort-/Bildzeichen, für das die Beklagte zu 1) zudem ein eigenes eingetragenes Markenrecht erworben hat, verletzt das Recht des Klägers an seinem Unternehmenskennzeichen J.-C. Revival. Wie bereits ausgeführt, wird das beanstandete Zeichen maßgeblich durch den mit dem Zeichen des Klägers identischen Wortbestandteil geprägt, weil sowohl der rein beschreibende Zusatz International H. Grand Prix als auch die grafische Gestaltung für die Unterscheidungskraft des Gesamtzeichens von untergeordneter Bedeutung sind. Damit besteht zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen jedenfalls ein Grad an Ähnlichkeit, der im Hinblick auf die gegebene Identität der jeweiligen Unternehmensgegenstände zur Begründung einer Verwechslungsgefahr i. S. v. § 15 II MarkenG ausreicht. Auf die weitere Frage, ob die innerhalb des angegriffenen Zeichens verwendeten grafischen Elemente einem Urheberrechtsschutz zugänglich sind und ob dem Kläger gegebenenfalls hieran Nutzungsrechte zustehen, kommt es für die markenrechtliche Beurteilung nicht an. Entscheidend ist allein, dass die Beklagten das Wortzeichen J.-C. Revival aus den dargelegten Gründen nicht – und zwar auch nicht in Verbindung mit der im Klageantrag wiedergegebenen grafischen Gestaltung – benutzen dürfen.

Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten gegenüber den Klageansprüchen auf die vom Kläger abgegebene Unterlassungserklärung vor dem Landgericht Köln im Verfah-

ren 31 O 36/09. Die Erklärung bezieht sich allein auf die Gestaltung einer bestimmten Internetseite, die – wie sich aus dem Tatbestand des als Anlage BB 6 (Bl. 639 ff. d. A.) vorgelegten Urteils des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 12. 11. 2010 (Az. 5 U 98/09) ergibt – zudem das Zeichen J.-C. Revival nicht aufweist. Unter diesen Umständen kann diese Unterlassungserklärung der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Klagezeichen nicht entgegenstehen.

Die Beklagten sind daher zur Unterlassung (Tenor zu I. 1.) sowie – wie vom Landgericht ebenfalls zutreffend dargelegt – zur Auskunft (Tenor zu I. 2.) sowie dem Grunde nach zum Schadensersatz (Tenor zu III.) gegenüber dem Kläger verpflichtet. Die Haftung des Beklagten zu 3) ergibt sich daraus, dass er als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) und 2) die begangene Kennzeichenverletzung selbst zu verantworten hat. Weiter ist die Beklagte zu 1) zur Einwilligung in die Löschung ihrer Marke verpflichtet, da sie in die Rechte des Klägers an seinem prioritätsälteren Kennzeichenrecht aus § 5 II MarkenG eingreift; auch insoweit sind die Ausführungen des Landgerichts zutreffend und mit der Berufungsbegründung auch nicht gesondert angegriffen worden.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Daniel Bohne, Berlin)

Anmerkung

Das OLG Frankfurt hatte Gelegenheit, sich mit der praktisch wichtigen Frage eines Kennzeichenschutzes für Sportveranstaltungen außerhalb (eingetragener) Marken zu befassen. Konkret stritten die Parteien um die Rechte an der Bezeichnung „Jim Clark-Revival“ für eine jährliche Motorsportveranstaltung mit historischen Rennwagen, benannt nach dem 1968 auf dem Hockenheimring tödlich verunglückten britischen Formel 1-Rennfahrer Jim Clark.

1. Das OLG gesteht ebenso wie die Vorinstanz dem klagenden Motorsportclub Ansprüche auf der Grundlage des MarkenG zu. Dies verdient im Ergebnis Zustimmung. Fraglich ist jedoch die vom OLG vorgenommene rechtliche Einordnung des Wortzeichens „Jim Clark-Revival“ als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 II MarkenG, konkret als besondere Geschäftsbezeichnung. Unternehmenskennzeichen bezeichnen den Unternehmensinhaber bzw. das Unternehmen selbst (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., 2010, § 5 Rdn. 11). Rechtsfähigkeit setzt dies zwar nicht voraus, so dass auch nichtrechtsfähige Einheiten wie bspw. Unternehmensteile Schutz nach § 5 II MarkenG erlangen können, sofern sie im geschäftlichen Verkehr handeln. Damit jedoch der Name einer solchen Einheit diesen Schutz erwerben kann, ist nach h.M. eine gewisse organisatorische Selbständigkeit notwendig (vgl. BGH GRUR 1988, 560 – „Christophorus-Stiftung“). Für eine organisatorische Selbständigkeit der Veranstaltung „Jim Clark-Revival“ lässt sich dem Urteil des OLG nichts entnehmen. Auch das LG führte lediglich aus, es handle sich um eine besondere Geschäftsbezeichnung für einen organisatorisch selbständigen Geschäftsteil; das „Jim Clark-Revival“ werde vom Verkehr objektbezogen als organisatorische Einheit mit besonderer Geschäftsbezeichnung wahrgenommen. Woran sich die organisatorische Selbständigkeit festmacht, bleibt aber unklar. Demgegenüber hatte das OLG Hamburg in seiner „WM 2006“-Entscheidung (GRUR-RR 2005, 223) einen – für Unternehmenskennzeichenschutz erforderlichen – organisatorisch abgegrenzten Teil der FIFA immerhin noch darin ausmachen können, dass die Fußballweltmeisterschaft 2006 „mit einer eigens dafür geschaffenen Organisationskommission unter Assistenz des nationalen Verbandes und dessen eigens gebildeter Organisationskommission“ durch-

geführt wird (krit. hierzu *Heermann*, ZEuP 2007, 535, 562). Abgesehen davon, dass das OLG Hamburg diese Ansicht später selbst relativierte (vgl. GRUR 2008, 50, 51 – „WM-Marken“), fehlt es an Vergleichbarem im Fall des OLG Frankfurt. Es bestätigen sich eher die Bedenken *Heermanns* (ZEuP 2007, 535, 562), nach dem bei Sportveranstaltungen der Schutz als besondere Geschäftsbezeichnung „vielfach nicht der passende ‚rechtliche Aufhänger‘ ist“. Schließlich ging es auch beim „Jim Clark-Revival“ nicht um den Namen des Veranstalters oder eines Teils desselben, sondern um den Namen der Veranstaltung selbst als immateriellem Produkt. Es hätte daher näher gelegen zu prüfen, ob Werktitelschutz vorliegt. Ob sich die Frankfurter Gerichte hieran eventuell deshalb gehindert sahen, weil sich der Kläger auf dieses Schutzrecht möglicherweise nicht berufen hat, lässt sich den Urteilen nicht entnehmen. Dasselbe würde dann aber auch für das von beiden Instanzen angenommene Unternehmenskennzeichenrecht gelten. Der Fall zeigt jedenfalls, dass bei Namen von Sportveranstaltungen stets auch an Werktitelschutz zu denken ist. Denn grundsätzlich können auch Veranstaltungen „sonstige vergleichbare Werke“ i. S. v. § 5 III MarkenG sein. Das LG Berlin hatte jüngst in einer Musikmesse ein titelschutzfähiges Werk erkannt (GRUR-RR 2011, 137 – „Country Music Messe“). Für das „Jim Clark-Revival“ hätte dasselbe angenommen werden können. Denn steht hinter einer Veranstaltung ein bestimmtes Konzept als geistiges Produkt, das seinerseits verkehrs- und bezeichnungsfähig ist und der Bezeichnung bedarf (vgl. *Fezer*, MarkenR, 4. Auflage, 2009, § 15 Rdn. 257), kommt Werktitelschutz in Betracht. Ein titelschutzfähiges immaterielles Arbeitsergebnis stellt danach auch eine jährlich stattfindende und unter einem bestimmten Motto stehende Motorsportveranstaltung dar. Die Annahme von Werktitelschutz hätte zudem mit dem BGH in Einklang gestanden, der einem Titelschutz für Sportveranstaltungen grundsätzlich offen gegenüber steht (vgl. SpuRt 2010, 201, 202 f. – „WM-Marken“). Das „Jim Clark-Revival“ hätte daher Anlass gegeben, sich mit dem Titelschutz für eine Sportveranstaltung auseinanderzusetzen und im Ergebnis – soweit ersichtlich erstmals – zu bejahen.

2. Aus seiner Sicht konsequent prüft das OLG, ob der Name „Jim Clark-Revival“ die für ein Unternehmenskennzeichen erforderliche Unterscheidungskraft aufweist. Dies bejaht es, weil trotz eines wegen des Namens Jim Clark erkennbaren inhaltlichen Bezugs für den Verkehr nicht eindeutig zu erkennen sei, welchen Charakter die Veranstaltung konkret haben wird, weshalb das Zeichen nicht glatt beschreibend sei. Dem ist zuzustimmen. Etwas anderes könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn das „Jim Clark-Revival“ Leben und sportliche Karriere Jim Clarks zum Thema hätte. Im Grundsatz aber gilt, dass die Aufnahme eines Personennamens in eine Bezeichnung für deren Unterscheidungskraft spricht. Im Bereich der Marken besagt § 3 I MarkenG ausdrücklich, dass Personennamen abstrakt markenfähig sind; die Rechtsprechung bejaht vor diesem Hintergrund – mit der vorliegenden Konstellation durchaus vergleichbar – die Markenschutzfähigkeit von Namen für Preisverleihungen, die in Gedenken an historische Persönlichkeiten gebildet sind (vgl. BPatG GRUR 2010, 421 – „Kisch-Preis“). Unterscheidungskraft würde dem „Jim Clark-Revival“ i.Ü. auch im Falle von Werktitelschutz zukommen, weil bei Werktiteln der Grad der Unterscheidungskraft im Vergleich zu Marken und Unternehmenskennzeichen geringer anzusetzen ist.

3. Zustimmung verdienen letztlich auch die Ausführungen des OLG zur Rechtsinhaberschaft des klagenden Motorsportclubs sowie zur Verwechslungsgefahr.

Rechtsanwalt Daniel Bohne, Berlin

Vgl. zu nachfolgendem Urteil den Beitrag von Röhl, Zur Zulässigkeit einer nicht autorisierter Internet-Übertragung von Schach-Wettbewerben mittels „digitaler Schachbretter“, SpuRt 2011, 148 in diesem Heft

6. Kein Unterlassungsanspruch wegen nicht genehmigter Übertragung einer Schach-WM im Internet

§§ 87 a, 87 b UrhG, 3, 4 Nrn. 9 u. 10 UWG, 858, 903, 1004 BGB

1. Dem Veranstalter einer Schach-WM stehen weder urheberrechtliche noch wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche im Hinblick auf eine nicht genehmigte (Live-) Übertragung von Schachwettkämpfen im Internet zu. Die aktuelle Berichterstattung vor Ort kann allenfalls durch die Ausübung des Hausrechts am Veranstaltungsort unterbunden werden.

2. Die Zusammenfassung der digital gespeicherten Züge einer Schachpartie genießt nur dann den Schutz als Datenbank i. S. d. § 87 a UrhG, wenn gerade die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der einzelnen Schachzüge eine nach Art und Umfang wesentliche Investition erfordert.

LG Berlin, Urteil v. 29. 3. 2011 – 16 O 270/10

Der Kläger verlangt wegen der unerlaubten Übertragung eines von ihm veranstalteten Schachwettkampfs von der Beklagten aus Urheber- und Wettbewerbsrecht Unterlassung sowie Auskunft und Schadensersatz.

Der Kläger, der Bulgarische Schachverband, war damit beauftragt, den Weltmeisterschaftskampf des Weltschachbundes FIDE zwischen Viswanathan Anand und Wesselin Topalow zu organisieren, der im April und Mai 2010 in einem Club in Sofia über zwölf Partien stattfand. Die Kontrahenten spielten auf einem Brett, das mittels Sensoren die gespielten Züge erfasste; sodann wurden die einzelnen Züge digitalisiert, zu Partien zusammengefasst und in dem Dateiformat „*.pgn“ gespeichert (sog. „maschinelle Roboterübertragung“). Ob aus dem Raum, in dem der Kampf stattfand, Informationen via Mobiltelefon oder Internet nach außen weitergegeben werden konnten, ist zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls aber war dies möglich im Pressebereich sowie im frei zugänglichen Bereich des Clubs, in denen jeweils ein Videobild vom Kampf sowie eine Computergrafik des Schachbretts mit den jeweiligen Zügen zu sehen waren. Der Kläger übertrug die Partien des Wettkampfs ohne zeitliche Verzögerung frei zugänglich im Internet, wofür er „circa 8000,00 €“ aufwendete und 15 Werbepartner gewinnen konnte. Die aktuellen Spielzüge waren ferner auf Internetseiten Dritter zu sehen, von denen mindestens einer direkt auf die Daten des Klägers zugreifen konnte.

Die Beklagte betreibt einen sog. „Schach-Server“, auf dem u. a. Partien von Schachveranstaltungen bereitgehalten werden. Dort waren – zumindest kurz nach der klägerischen Übertragung – werbefrei alle zwölf Partien des vorstehend erwähnten Weltmeisterschaftskampfs zu sehen, ohne dass dafür eine Gestattung des Klägers vorgelegen hätte. Gegen Entrichtung einer gesonderten Gebühr bot die Beklagte dabei zusätzliche Informationen und Nutzungsmöglichkeiten an.

Der Kläger behauptet, ihm seien alle kommerziellen Rechte an dem Wettkampf übertragen worden. Die Daten

der Spielzüge seien nicht vor Ort durch die Beklagte aufgezeichnet worden. Er gehe davon aus, dass die Beklagte seine Daten genutzt habe. Deshalb sei er der Ansicht, ihm stünde ein Unterlassungsanspruch wegen Verletzung seines Rechts als Datenbankhersteller (§ 97 Abs. 1, § 87 b Abs. 1 UrhG) zu. Zur Begründung des Klageantrags stützt er sich auf § 4 Nr. 9 lit. a) und c) UWG sowie § 4 Nr. 10 UWG und die Generalklausel des § 3 UWG.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

...

Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche jedoch nicht zu.

1. Der Kläger kann der Beklagten weder die Nutzung seiner Datenbank noch die Übertragung von ihm veranstalteter Schachspiele verbieten lassen.

a) Sofern sich der Kläger – gestützt auf § 87 b Abs. 1 UrhG – gegen die angeblich auf den Internetseiten der Beklagten erreichbare ... Datenbank wendet, ist er bereits beweisfällig geblieben. ...

Ohnehin könnte sich der Kläger nicht gem. § 87 b Abs. 1 UrhG auf ein Datenbankherstellerrecht berufen. Datenbank i. S. d. § 87 a Abs. 1 UrhG ist eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert. An letzterem mangelt es hier: Die Investition zur Darstellung des Inhalts der Datenbank umfasst Mittel, die der systematischen oder methodischen Anordnung der in der Datenbank enthaltenen Elemente und der Organisation der individuellen Zugänglichkeit dieser Elemente gewidmet sind (EuGH GRUR 2005, 252 Rdn. 27 – Fixtures-Fußballspielpäne I; EuGH GRUR 2005, 254 Rdn. 43 – Fixtures-Fußballspielpäne II; BGH GRUR 2005, 940, 941 – Marktstudien). Für die Behauptung des an eine Auftragnehmerin gezahlten Honorars von „circa 8000,00 €“ hat der Kläger keinen Beweis angetreten ...

b) Auch im Hinblick auf die Übertragung von Schachwettkämpfen kann der Kläger von der Beklagten keine Unterlassung verlangen.

aa) Die Rechte des Sportveranstalters sind derzeit sondergesetzlich nicht geregelt. Insbesondere schützt § 81 UrhG nur den Veranstalter von Darbietungen ausübender Künstler; die Vorschrift ist auf Sportveranstaltungen weder direkt noch analog anwendbar (BGH GRUR 1990, 702, 705 – Sportübertragungen; OLG Hamburg ZUM-RD 2007, 238, 242; Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 81 Rdn. 3). Auch die in diesem Zusammenhang bemühten Vorschriften zum Schutz des Hausrechts (§§ 823 Abs. 1, 1004, 862 BGB; BGH GRUR 1990, 702, 705 – Sportübertragungen; OLG Hamburg, NJW-RR 2003, 1485, 1486) helfen dem Kläger im vorliegenden Fall nicht weiter, da er weder zu einem Betreten des Raums des Wettkampfs durch die Beklagte oder Dritte und anschließender Weitergabe von Informationen noch zu einem diesbezüglichen Verbot vorgetragen hat. Ein Verstoß gegen das Hausrecht ergibt sich aber auch nicht aus den Umständen, da sich die Beklagte nach dem unstreitigen Sachverhalt auf den Internetseiten des Klägers und Dritter über den Verlauf der Partien unterrichtet und diesen Verlauf sodann – notfalls durch manuelle Arbeit – in ihr eigenes Angebot übernehmen konnte.

bb) Der Kläger kann sich nicht auf § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a) und c) UWG berufen.

Nach § 4 Nr. 9 UWG kann der Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses wettbewerbswidrig sein, wenn es wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Um-

stände hinzutreten, die seine Nachahmung als unlauter erscheinen lassen. Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2010, 1125 Rdn. 19 f. – Femur-Teil, m. w. Nw.). Bereits an letzterem fehlt es hier: Die angesprochenen Verkehrskreise, also die schachinteressierten oder sogar die lediglich allgemeinen Nutzer des Internet, mögen die Übertragung der Schachpartien zwar mit dem Kläger verbinden. Sie würden dies aber allenfalls wegen dessen Tätigkeit als Veranstalter, nicht aber aufgrund der – allein potentiell schutzbegründenden – konkreten Ausgestaltung oder bestimmter Merkmale der Übertragung tun. Nach dem unstreitigen Sachverhalt wurden die Partien vielfach auch auf anderen Internetseiten ähnlich wie beim Kläger dargestellt. Der Kläger hat nicht einmal behauptet, seiner Darstellung Besonderheiten, Neuheiten oder individuelle Gestaltungsmerkmale hinzugefügt zu haben, die diese in irgendeiner Form individuell machen könnten. Dies gilt auch im Hinblick auf den Umstand, dass die Züge der Partien auf seinen Internetseiten nachgespielt werden konnten, da jeder Vortrag dazu fehlt, dass dies auf den Internetseiten Dritter ... nicht ebenfalls möglich war.

Selbst wenn man dies anders sähe, also eine – nur dies wäre möglich – schwach ausgeprägte wettbewerbliche Eigenart bejahen wollte, läge keine unlautere Übernahme von Leistungen vor. Denn es besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblchen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblchen Umständen; je größer die wettbewerblche Eigenart und je größer der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (BGH a. a. O.). Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass sich die im Internet dargestellten Schachbretter der Parteien ... in ihrer Ausgestaltung durchaus unterscheiden, etwa im Hinblick auf die Figuren der Dame, des Pferdes und des Läufers. Dies könnte allein durch stark ausgeprägte besondere wettbewerblche Umstände ausgeglichen werden. In Betracht käme dies im Streitfall allenfalls dann, wenn die Beklagte tatsächlich auf die elektronischen Daten des Klägers zugegriffen und diese schlicht zur Darstellung ihres Inhalts verwandt hätte. Ein derartiges Vorgehen behauptet der Kläger aber nicht einmal.

cc) Auch mit dem Vorwurf der gezielten Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG) lässt sich der Unterlassungsanspruch nicht begründen.

Zwar kann neben dem Vorwurf der unlauteren Leistungsübernahme eine Behinderung in die wettbewerbsrechtliche Bewertung einbezogen werden, weil die Aufzählung der Fallgruppen in § 4 Nr. 9 UWG nicht abschließend ist (BGH GRUR 2007, 795 Rdn. 50 f. – Handtaschen, m. w. Nw.; Köhler, GRUR 2007, 548, 553; a. A. Ullmann in Ullmann, UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 9 Rdn. 30 m. w. Nw.). Liegt keiner der Fälle des § 4 Nr. 9 lit. a) bis c) UWG vor, kann mit Blick auf die grundsätzlich bestehende Nachahmungsfreiheit allerdings nur in Ausnahmefällen das Nachahmen eines fremden Produkts als wettbewerbswidrig angesehen werden; für die Annahme einer wettbewerbswidrigen Behinderung bedarf es deshalb besonderer Umstände (BGH GRUR 2007, 795 Rdn. 51 – Handtaschen, m. w. Nw.). Derartige Umstände sind hier aber weder vorgetragen noch ersichtlich.

Vielmehr stellt sich das Vorgehen der Beklagten ... lediglich als eine dem Wettbewerb eigene Beeinträchtigung der wettbewerblchen Entfaltungsmöglichkeiten des Klägers dar, die dieser als solche wie jeder Wettbewerber hinzuneh-

men hat (vgl. BGHZ 148, 1, 5 – Mitwohnzentrale.de; BGHZ 171, 73 Rn. 21 – Außendienstmitarbeiter).

dd) Der Kläger kann seinen Anspruch ferner nicht auf die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG stützen.

(1) Nach der jüngeren kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (GRUR 1990, 702, 705 – Sportübertragungen; NJW 1998, 756, 758 – Europapokalheimspiele) stehen dem Veranstalter eines Sportereignisses zum Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen grundsätzlich lauterkeitsrechtliche Ansprüche zu. Zu den Voraussetzungen solcher Ansprüche findet sich in diesen Entscheidungen nichts. Die von den genannten Entscheidungen in Bezug genommene ältere Rechtsprechung hält es für einen Verstoß gegen die Grundsätze eines lautereren Wettbewerbs, wenn das Ergebnis des organisatorischen und finanziellen Einsatzes für die Durchführung einer Veranstaltung unmittelbar für eigene Zwecke ausgenutzt wird, ohne dass der Nutzer hierzu vom Veranstalter ermächtigt ist: Wird eine Wettbewerbsposition errungen, die in gleicher Weise ohne Auswertung einer Leistung nicht – oder doch jedenfalls nicht ohne Aufwand zusätzlicher Kosten und Mühen – erreichbar gewesen wäre, erfüllt dies den Tatbestand eines sog. „Schmarotzens“ an fremder Leistung und verstößt auch ohne das Hinzutreten besonderer Umstände gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs, weil es sich um die unmittelbare Ausnutzung und nicht etwa nur um die Nachahmung der Leistung eines Mitbewerbers zur Förderung eigener Wettbewerbsinteressen handelt (BGH GRUR 1960, 614, 617 – Figaros Hochzeit; GRUR 1962, 470, 475 – AKI; GRUR 1963, 575, 576 – Vortragsabend; vgl. auch BGH GRUR 1958, 549, 551 – Box-Programmheft; GRUR 1971, 46 f. – Bubi Scholz). Es muss sich allerdings um eine Auswertung von Leistungen handeln, die auf Grund der technischen Errungenschaften der rein tatsächlichen Herrschaft des Leistenden entzogen und damit der Ausbeutung durch Dritte auch ohne den Abschluss entsprechender Berechtigungsverträge zugänglich sind (vgl. BGH GRUR 1962, 470, 475 – AKI).

(2) Auch im aktuellen Schrifttum wird ein Rückgriff auf § 3 Abs. 1 UWG für möglich gehalten, weil der Gesetzgeber das Recht des Sportveranstalters bisher nicht geregelt habe und daher der UWG-Nachahmungsschutz nicht gegenüber dem Immaterialgüterrecht subsidiär sei: Sofern der Sportveranstalter erhebliche Investitionen tätige, bei fehlendem Rechtsschutz die Gefahr bestünde, dass Veranstaltungen dieser Art nicht mehr stattfänden (Marktversagen) und der Übertragende keine nennenswerten eigenen Leistungen erbringe (was bei einer Bildübertragung näher liege als bei einer eigenständigen Rundfunkkommentierung), soll demnach Schutz gegen eine unberechtigte Übertragung gewährt werden, wobei allerdings die Rechte des Sportveranstalters gegen die Meinungs- und Berufsfreiheit des Übertragenden (Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit (Art. 5 Abs. 1 GG) abzuwägen seien (Ehmann, GRURInt 2009, 659, 661, 664; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4.9 Rdn. 9/80; Peukert, WRP, 2010, 316, 320, m. w. Nw.).

(3) Die damit beschriebenen Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Denn jedenfalls ist die Leistung des Klägers nicht seiner rein tatsächlichen Herrschaft entzogen; vielmehr bestünde für ihn durchaus Rechtsschutz: Der Kläger könnte ohne weiteres jedwede aktuelle Berichterstattung über die einzelnen Spielzüge aus dem Club – sei es im Raum, wo der Kampf stattfindet, sei es aus den sonstigen Räumen – durch Ausübung seines Hausrechts unterbinden. Jedwede von ihm ungenehmigte Darstellung der Spielzüge während des Laufs der Partie im Internet wäre dann nach den vorstehenden Ausführungen unlauter, öffnet er aber die Möglichkeit der Berichterstattung wie im Streitfall geschehen, könnte er nur einen unmittelbaren Zugriff auf die von ihm mittels der Sensoren des Schach-

bretts erfassten Daten unterbinden lassen. Einen solchen Zugriff hat er aber, wie bereits ausgeführt, nicht einmal behauptet.

ee) Aus § 823 Abs. 1 BGB (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) steht dem Kläger schließlich ebenfalls kein Anspruch zu.

Dieser kann insbesondere nicht daraus hergeleitet werden, dass der Kläger durch die Übertragung der Partien Werbeeinnahmen erzielt. Denn von der Möglichkeit, sich über die auf das Hausrecht im Klub gestützte Untersagung der Berichterstattung über die aktuellen Spielzüge eine entsprechende Verwertung zu sichern, hat er, wie ausgeführt, keinen Gebrauch gemacht. Zwar hat der Betrieb der Internetseiten der Beklagten zur Folge, dass jedenfalls ein Teil des angesprochenen Nutzerkreises dem Kläger als Abnehmer entzogen wird. Die damit verbundene Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten muss der Kläger als eine wettbewerbskonforme Auswirkung des Wettbewerbs um Kunden jedoch grundsätzlich hinnehmen, wenn er von den ihm zur Verfügung stehenden Rechten, insbesondere dem Hausrecht, keinen Gebrauch macht.

Ohnehin wäre mit der ausschließlichen Zuweisung der in Rede stehenden Verwertungsbefugnis zum Recht des Klägers aus seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit verbunden, die im Hinblick auf die grundrechtlich geschützten Interessen der Beklagten (Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) nur bei einem überwiegenden Interesse des Klägers gerechtfertigt werden kann. Ein solches überwiegendes Interesse des Klägers ist jedoch zu verneinen, da er – wie ausgeführt – den begehrten Rechtsschutz nicht benötigt, um für ihn ein Leistungsergebnis zu schützen, für das er erhebliche Investitionen getätigt hat und dessen Erbringung und Bestand ohne diesen Rechtsschutz ernstlich in Gefahr geriete (vgl. dazu Ehmann, GRURInt. 2009, 659, 661, 664; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4.9 Rdn. 9/80; Peukert, WRP, 2010, 316, 320, m. w. Nw.).

2. Nach den vorstehenden Ausführungen stehen dem Kläger auch die geltend gemachten Folgeansprüche nicht zu.

...

(Mitgeteilt von Notarassessor Christoph Röhl, Nürnberg)

7. AGB-Kontrolle im Fußballtrainer-Vertrag

§§ 305 ff. BGB, 611 BGB, 615 BGB

1. Regelungen, die einem Verein das Recht geben, das Arbeitsentgelt des Trainers während der Freistellung auf das Grundgehalt zu beschränken, müssen den Anforderungen an Widerrufsvorbehalte genügen.

2. Ausschlussklauseln sind im Profifußball weder überraschend noch ungewöhnlich. Sofern sie transparent sind und den Trainer nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligen, können sie zum Verfall von Ansprüchen führen.

3. Wird ein Trainer nicht ausdrücklich unter Anrechnung von Urlaub freigestellt, steht ihm regelmäßig ein Urlaubsabgeltungsanspruch zu.

Das Arbeitsgericht Paderborn hatte über Entgeltansprüche eines Cheftrainers für den Zeitraum seiner Freistellung bis zum Vertragende sowie über Schadensersatz- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche zu befinden.

Der Kläger (nachfolgend: Trainer) war vom 9. 2. 2008 bis zum 30. 6. 2010 bei dem Beklagten (nachfolgend: Verein) auf Basis eines Arbeitsvertrages (nachfolgend kurz: AV) als Cheftrainer beschäftigt. Der Verein spielte in der Saison 2008/2009 in der 3. Fußball-Liga. Nach § 3 AV stand dem Trainer eine Grundvergütung in Höhe von monatlich 13 500,00 € brutto zu. § 3 Ziff. 2. a) AV lautet: „Während der Zugehörigkeit des Vereins zum Spielbetrieb der 2. Fußball-Bundesliga zahlt der Verein an den Trainer eine Prämie in Höhe von 2000,00 € für jeden Meisterschaftspunkt, der unter seiner tatsächlichen Mitwirkung als Cheftrainer erzielt und der Meisterschaftswertung gutgeschrieben wird.“ § 3 Ziff. 3. Abs. 1 AV lautet: „Sollte der Verein während der Laufzeit dieses Vertrages in die 2. Fußball-Bundesliga aufsteigen, so zahlt der Verein an den Trainer eine einmalige Sonderprämie in Höhe von 50 000,00 € brutto.“ In § 3 Ziff. 4 AV regelten die Parteien, dass der Verein dem Trainer ein Dienst-Kraftfahrzeug zur Verfügung stellt, welches dem Kläger auch zur privaten Nutzung überlassen wird. Der geldwerte Vorteil für die Privatnutzung des vom Verein zur Verfügung gestellten Wagens betrug 678,70 € monatlich. Nach § 5 AV stand dem Kläger ein Anspruch auf einen Jahresurlaub von 24 Werktagen zu. Nach § 6 AV endet der befristet abgeschlossene Vertrag zum 30. 6. 2010. Zur Freistellung regelt § 6 AV Folgendes: „Der Trainer kann vom Verein jederzeit von der Erbringung seiner Arbeitspflicht freigestellt werden. Kommt es hierzu, ist der PKW ohne Anspruch auf finanziellen Ausgleich des in der Privatnutzung liegenden geldwerten Vorteils vier Wochen nach Freistellung herauszugeben. ...

... Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Trainer gegenüber dem Verein aus keinem Gesichtspunkt zu. Auch das Diensthandy ist herauszugeben. Kommt es zur Freistellung, erhält der Trainer sein Grundgehalt weiter. Punktprämien oder sonstige zusätzliche Vergütungen werden ab dem Zeitpunkt der Freistellung allerdings nicht mehr bezahlt. Die in § 3 Ziff. 3 dieses Vertrages genannten Prämien werden im Falle der Freistellung zeitanteilig gezahlt, wobei der Monat in dem die Freistellung ausgesprochen wird, als voller Monat zählt.“ In § 8 AV hatten die Parteien zudem eine Ausschlussklausel vereinbart, die wie folgt lautet: „Die beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag sind von den Vertragsparteien innerhalb von 4 Monaten nach Fälligkeit, im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung schriftlich geltend zu machen. Erfolgt die Geltendmachung nicht rechtzeitig, sind die Ansprüche erloschen.“

Der Verein stellte den Trainer am 13. 5. 2009 – von der Arbeitsleistung frei und entzog dem Trainer unter anderem auch den PKW. Bis zur Vertragsbeendigung am 30. 6. 2010 nahm der Trainer keine anderweitige berufliche Tätigkeit auf. Zur Saison 2009/2010 erfolgte der Aufstieg in die 2. Fußball-Bundesliga. Die Freistellung des Trainers erfolgte zwei Spieltage vor Abschluss der Drittligasaison 2008/2009, beide Spiele gewann der Verein schließlich. Zudem wurden die Relegationsspiele gewonnen. In der Zweitligasaison 2009/2010 erzielte der Verein 51 Meisterschaftspunkte. Mit der Vergütungsabrechnung August 2009 rechnete der Verein eine Aufstiegsprämie in Höhe von 45 833,33 € ab. Sodann machte der Trainer mit Schreiben vom 26. 08. 2010 noch offene Entgeltansprüche geltend, nämlich weitere Punktprämien, den Differenzbetrag bezüglich der Aufstiegsprämie sowie einen Schadensersatzanspruch hinsichtlich des Entzugs der Privatnutzung des Dienstwagens und Urlaubsabgeltung. Mit Schrei-

ben vom 6. 9. 2010 lehnte der Verein sämtliche geltend gemachten Ansprüche ab.

Mit der beim Arbeitsgericht Paderborn eingereichten Klage machte der Trainer die aus seiner Sicht noch offenen Ansprüche gegen den Verein geltend: Die Regelung in § 6 AV, sie nicht wirksam, es stünden ihm daher insgesamt für die Drittligasaison 2008/2009 noch eine Punktprämie in Höhe von 12 000,00 € zu, für die Zweitligasaison 2009/2010 eine Punktprämie in Höhe von 102 000,00 € sowie eine noch offene Aufstiegsprämie in Höhe von 4166,67 € und ein Schadensersatzanspruch für die entgangene Privatnutzung des Dienstwagens für 13,5 Monate in Höhe von 9162,45 €. Zudem stünden ihm eine Urlaubsabgeltung für 12 Urlaubstage in Höhe von 12 184,62 € zu, da im Zusammenhang mit der Freistellung keine Anrechnung von Urlaubsansprüchen erfolgt sei. Diese Ansprüche waren nach Meinung des Trainers auch nicht verfallen, da die Ausschlussklausel in § 8 AV ebenfalls unwirksam sei.

Der Verein begründete seinen Antrag auf Klageabweisung damit, dass der Trainer nicht mit einem normalen Arbeitnehmer zu vergleichen sei: Er sei bei der Vertragsanbahnung z. B. von anderen Personen beraten worden, die typischerweise im Profifußball zugezogen würden. Der Arbeitsvertrag sei mehrfach geändert und angepasst worden, insbesondere habe es mehrere Entwürfe gegeben. Dabei sei es gerade auch um die Vereinbarung der Freistellungsregelungen gegangen, da für beide Parteien wichtig gewesen sei, was in diesem Falle gelten solle. Zudem sei die Vereinbarung hinsichtlich der Regelungen die bei einer Freistellung gelten sollen erstmals in diesem Vertrag beim Beklagten genutzt worden. ABG lägen nicht vor; es handle sich vielmehr um einen individualrechtlich ausgehandelten Vertrag, der in dieser Form kein zweites Mal zustande kommen werde. Im Übrigen seien derartige Regelungen aber auch üblich, da im Profifußball ein Bedürfnis nach konkreten Regelungen bestehe, welche Rechte und Pflichten nach der Freistellung gelten sollen. Bei § 6 AV handle es sich um eine ausgewogene Regelung, die beim DFB als vorbildlich bezeichnet worden sei. Es sei ein gerechter Ausgleich, wenn ein freigestellter Trainer nicht das gleiche Entgelt bekomme, wie ein aktiver Trainer. Die Freistellung des Trainers habe unter Anrechnung von Urlaub erfolgen sollen. Nach Auffassung des Vereins war ein Großteil der Ansprüche des Trainers überdies gemäß § 8 AV verfallen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist nur zum Teil begründet.

A. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 26 000,00 € brutto Punktprämie, in Höhe von 12 184,62 € brutto Urlaubsabgeltung sowie in Höhe von 2036,10 € brutto Schadensersatz (...). Die übrigen seitens des Klägers geltend gemachten Ansprüche sind gem. § 8 des Arbeitsvertrages erloschen bzw. stehen ihm auch sonst nicht zu.

I. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung noch offener Punktprämien in Höhe von 26 000,00 € brutto gemäß §§ 615, 611 BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag.

1. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand bis zum 30. 6. 2010. Der Kläger hat für diesen Zeitraum grundsätzlich einen Anspruch auf die vertragsgemäße Vergütung gem. §§ 615, 611 BGB in Verbindung mit dem (...) Arbeitsvertrag. Neben dem monatlichen Grundgehalt, welches der Beklagte unstreitig bis zum Beendigungszeitpunkt gezahlt hat, standen dem Kläger gem. § 3 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages zudem noch Punktprämien zu (...). Unstreitig würde dies für die Zweitligasaison 2009/2010 (...) eine Punktprämie in Höhe von 102 000,00 € brutto ergeben. Für die Drittligasaison 2008/2009 würde dies bei noch zwei siegreichen Spielen und somit sechs Punkten, die der Meisterschaft zugeschrieben wurden und für die der Kläger keine Prämie erhalten hat, eine

Punktprämie in Höhe von 6000,00 € brutto ergeben. Entgegen der Auffassung des Klägers steht diesem die Punktprämie für die zwei siegreich gestalteten Relegationsspiele g(...) nicht zu, da für diese Spiele weder Punkte vergeben wurden, noch eine Gutschrift zur Meisterschaftswertung stattfand. Grundsätzlich stand dem Kläger gegen den Beklagten somit noch eine Punkteprämie in Höhe von 108 000,00 € brutto zu.

2. Dieser Anspruch ist nicht auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien ausgeschlossen. Zwar haben die Parteien in § 6 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vereinbart, (...) dass der Kläger ab dem Zeitpunkt der Freistellung am 13. 5. 2009 keinen Anspruch mehr auf diese Leistungen hätte, diese Vereinbarung ist jedoch unwirksam.

a) Die Klausel in § 6 Abs. 4 des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrages ist gem. §§ 307 ff. BGB unwirksam.

aa) Die Regelung in § 6 Abs. 4 des Arbeitsvertrages ist gem. §§ 305 ff. BGB auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen, da es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger bei Abschluss des Arbeitsvertrages Berater herangezogen hat. Dies kann nicht dazu führen, dass einseitig vom Arbeitgeber vorgegebene Klauseln zu individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen werden. Die pauschale Behauptung des Beklagten, dass der ursprüngliche Entwurf erheblich abgeändert wurde – auch im Kammertermin konnte nicht klarstellend mitgeteilt werden, welche einzelnen Passagen und Klauseln letzten Endes erheblich abgeändert wurden – ist unsubstantiiert. (...)

bb) Selbst wenn es sich bei § 6 des Arbeitsvertrages nicht um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handeln würde, stellt der Vertrag einen Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB dar. Nach dem Vorbringen der Parteien konnte der Kläger auf den Inhalt der in § 6 des Arbeitsvertrages enthaltenen Klausel auch keinen Einfluss nehmen. Gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB finden (...) § 305 c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

(1) Bei dem (...) Arbeitsvertrag (...) handelt es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB. Das Bundesarbeitsgericht betrachtet Arbeitsverträge als Verträge zwischen einem Unternehmer (Arbeitgeber) und einem Verbraucher (Arbeitnehmer) im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB (vgl. Urteil vom 18. 3. 2008, 9 ARZ 186/07, AP BGB 310 Nr. 12; Urteil vom 14. 8. 2007, 8 AZR 973/06, AP BGB § 307 Nr. 28; Urteil vom 25. 5. 2005, 5 AZR 572/04, AP BGB § 310 Nr. 1).

(2) Unstreitig ist § 6 des Arbeitsvertrages vom Beklagten vorformuliert worden. Vorformuliert sind Bedingungen schon dann, wenn sie von der einen Seite vor Vertragsschluss abgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 3. 4. 1998, V ZR 6/97, NJW 1998, Seite 2600; Palandt, 68. Auflage, § 310 BGB, Rand-Nr. 12 mit Verweis auf § 305 BGB Rand-Nr. 8 u. 12). Der Beklagte hat den Arbeitsvertragsentwurf inklusive § 6 dem Kläger vorgelegt und insoweit vorformuliert.

(3) Der Kläger hat auf Grund der Vorformulierung der Regelung in § 6 des Arbeitsvertrages durch den Beklagten keinen Einfluss auf deren Inhalt nehmen können. (...)

(a) Nach zutreffender Ansicht entspricht „Einflussnehmen“ im Sinne des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB dem „Aushandeln“ im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB (vgl. Erfurter Kommentar, 9. Auflage, §§ 305–310 BGB, Rand-Nr. 23; Palandt, 68. Auflage, § 310 BGB, Rand-Nr. 17). Auch das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass die Möglichkeit der Einflussnahme gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB inhaltlich einem Aushandeln entspricht und damit voraussetzt, dass der Verwender die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit zur

Wahrung seiner Interessen eingeräumt hat (vgl. BAG, Urteil vom 25. 5. 2005, 5 AZR 572/04, a. a. O.). (...)

(b) Unter Berücksichtigung dieser abgestuften Darlegungslast hat der Beklagte hier nicht in ausreichender Weise vorgetragen, dass der Kläger auf den Inhalt der Klausel in § 6 des Arbeitsvertrages Einfluss im oben dargestellten Sinn nehmen konnte. (...)

cc) Im Übrigen ergibt sich die Anwendung der §§ 307 ff. BGB auch aus § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB. (...)

Der Kläger hat die streitgegenständliche Klausel unstreitig nicht in die Vertragsverhandlungen eingeführt. Auch wenn vorliegend nicht von der „klassischen“ Verhandlungsdisparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (...) ausgegangen werden kann, (...) ist dennoch entscheidend, dass die streitgegenständliche Klausel letztlich aus der Sphäre des Beklagten stammt. Es handelt sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag, wie es selbst der Beklagte vorträgt, um einen üblichen (insbesondere) bei Cheftrainern verwendeten Vertrag. Jedenfalls hat der Beklagte es nicht vermocht, ausreichend darzulegen, dass der Kläger entgegen der Vermutung von § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB die streitgegenständliche Vertragsklausel in die Verhandlungen eingebracht hat.

b) § 6 des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrages ist gemäß §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

(...)

bb) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 BGB).

Nach § 307 Abs. 2 Satz 1 BGB ist eine formulärmäßige Vertragsbestimmung unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. (...) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist (§ 308 Nr. 4 BGB).

(1) § 6 Abs. 4 des Arbeitsvertrages gibt dem Beklagten das Recht, das Arbeitsentgelt des Klägers während der Zeit der Freistellung auf das Grundgehalt zu beschränken. Die Entscheidung über die Freistellung trifft gem. § 6 Abs. 3 Satz 1 des Arbeitsvertrages allein der Beklagte. (...) In materieller Hinsicht bedeutet dies, dass der Beklagte den Kläger jederzeit ohne Vorliegen irgendwelcher Gründe von seiner Arbeitspflicht mit der Folge der Reduzierung des Entgeltes freistellen kann. (...) Insgesamt ist die Regelung in § 6 des Arbeitsvertrages daher wie ein einseitiges Widerrufsrecht ausgestaltet. Der Widerrufsvorbehalt soll das Recht des Beklagten begründen, versprochene Leistungen einseitig zu ändern.

(2) Die Vereinbarung von Regelungen, die während einer Freistellungszeit gelten sollen, benachteiligt den Arbeitnehmer nicht generell unangemessen. Grundsätzlich können die Vertragsparteien für die Zeit der Freistellung eine von § 615 Satz 2 BGB abweichende Regelung treffen. Die gesetzliche Regelung ist insoweit dispositiv (vgl. BAG, Urteil v. 6. 2. 1964, 5 AZR 93/63, BAGE 15, 258). (...)

(3) Die Wirksamkeit des Widerrufsrechts richtet sich nach § 308 Nr. 4 BGB als der gegenüber § 307 BGB spezielleren Norm. Da § 308 Nr. 4 BGB den § 307 BGB konkretisiert, sind freilich auch die Wertungen des § 307 BGB heranzuziehen. Außerdem sind nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten ange-

messen zu berücksichtigen (vgl. BAG, Urteil v. 12. 1. 2005, 5 AZR 364/04, a. a. O.).

(a) Die Freistellungsregelungen in § 6 des Arbeitsvertrages sind gemäß § 308 Nr. 4 BGB unzumutbar und damit unwirksam. Die Vereinbarung eines Widerrufsrechts ist gem. § 308 Nr. 4 BGB zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. 10. 1999, XI ZR 8/99, NJW 2000, Seite 651).

(aa) Auch im Arbeitsverhältnis muss in diesem Sinne ein Grund für den Widerruf bestehen. (...) Unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte muss der Widerrufsgrund den Widerruf typischerweise rechtfertigen (vgl. BAG, Urteil v. 12. 1. 2005, 5 AZR 364/04, a. a. O.).

Im Grundsatz hat der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkanntes Interesse daran, bestimmte Leistungen, insbesondere „Zusatzleistungen“ flexibel auszugestalten. Dadurch darf aber das Wirtschaftsrisiko des Unternehmers nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Eingriffe in den Kernbereich des Arbeitsvertrages sind nach der Wertung des § 307 Abs. 2 BGB nicht zulässig. Insofern ist die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Widerrufs weiterhin heranzuziehen. (...) Danach ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zulässig, soweit der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst unter 25 bis 30% liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Dem Arbeitnehmer wird hier zu seinem Vorteil eine Leistung zusätzlich zu dem üblichen Entgelt gewährt. Der Arbeitgeber ist dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären (vgl. BAG, Urteil v. 12. 1. 2005, 5 AZR 364/04, a. a. O.).

(bb) Gemessen an diesen Rechtsprechungsgrundsätzen sind bereits die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines Widerrufsrechts aus wirtschaftlichen Gründen nicht erfüllt. (...) So stand dem Kläger für die Saison 2009/2010 eine Grundvergütung in Höhe von 162 000,00 € zu sowie eine Punktprämie in Höhe von 102 000,00 € brutto. Zusätzlich steht dem Kläger nach dem Arbeitsvertrag auch der geldwerte Vorteil für die Privatnutzung des Dienst-PKW's zu, was ebenfalls einen erheblichen Teil seines Entgeltes ausmacht. Insgesamt beträgt der über die Ausübung des einseitigen Freistellungsrechts widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst weit mehr als 30%. Die Prämien und Sonderzahlungen machen einen wesentlichen Bestandteil der Gesamtvergütung des Klägers aus. Auf die Gesamthöhe der bezogenen Vergütung kommt es dabei nicht an. Die umfassende Freistellungsregelung mit ihren Folgen für den Kläger in § 6 des Arbeitsvertrages ist somit unzumutbar.

(b) Hinzu kommt zudem, dass die Vertragsregelung in § 6 des Arbeitsvertrages den formellen Anforderungen von § 308 Nr. 4, § 307 BGB nicht gerecht wird.

(aa) Was die Vertragsregelung enthalten muss, richtet sich nicht allein nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Bestimmung. (...) Sie darf auch als solche nicht unangemessen benachteiligen; die Vereinbarung des konkreten Widerrufsrechts muss zumutbar sein. Das bedeutet: Die Bestimmung muss die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen. Der Maßstab von § 307 Abs. 1, Abs. 3, § 308 Nr. 4 BGB muss in dem Text der Klausel zum Ausdruck kommen. Es muss sich aus der Regelung selbst ergeben, dass der Widerruf nicht ohne Grund erfolgen darf (vgl. BGH, Urteil v. 3. 6. 1998, VIII ZR 317/97, NJW 1998, Seite 3114; BAG, Urteil v. 12. 1. 2005, 5 AZR 364/04, a. a. O.).

(bb) Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderung müssen möglichst konkretisiert werden. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Arbeitneh-

mer erkennen kann, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“. Diese Anforderung lässt sich auch im Hinblick auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) im Regelfall erfüllen. Bei den Voraussetzungen der Änderung, also den Widerrufsgründen bzw. den Gründen für die Ausübung des Freistellungsrechts, lässt sich zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf bzw. die Freistellung möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Welches die Gründe sind, ist keineswegs selbstverständlich und für den Arbeitnehmer durchaus von Bedeutung. Der Grad der Störung (...) muss konkretisiert werden, wenn der Verwender hierauf abstellen will und nicht schon allgemein auf die wirtschaftliche Entwicklung, die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers gestützte Gründe nach dem Umfang des Änderungsvorbehalts ausreichen und nach der Vertragsregelung auch ausreichen sollen (vgl. BAG, Urteil v. 12. 1. 2005, 5 AZR 364/04, a. a. O.).

(cc) Vorliegend kann die Freistellung des Klägers ohne Angabe und vor allem auch ohne Vorliegen von Gründen jederzeit erfolgen. Der Wegfall von Prämien, Sonderzahlungen und des geldwerten Vorteils der Privatnutzung des PKW's geht damit einher. Eine solch weitgehende Freistellungs-/Widerrufsmöglichkeit wird den formellen Anforderungen von §§ 308 Nr. 4, 307 BGB nicht gerecht. Auch wenn die Möglichkeit der Freistellung eines Cheftrainers im Profifußball grundsätzlich der Billigkeit entspricht, da es nachvollziehbar ist, dass im Rahmen einer „sportlichen Talfahrt“ oder einer groben Meinungsverschiedenheit/Zerwürfnis zwischen Trainer und Mannschaft der Verein die Möglichkeit haben muss, sich von einem Trainer zu trennen, rechtfertigt allein die einseitige grundlose Freistellungsmöglichkeit durch den Beklagten nicht die Reduzierung der Bezüge für den gesamten Freistellungszeitraum um mehr als 1/3. Hierbei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass die Freistellung theoretisch bereits kurz nach dem Beginn des Vertragsverhältnisses erfolgen kann und im völligen Belieben des Arbeitgebers steht. Dass dem Kläger aufgebürdete Risiko ist insoweit unangemessen hoch. Der beklagte Verein hätte auch im Hinblick auf die Besonderheiten im Profifußballbereich die Klausel so ausgestalten können und müssen, dass sich im Hinblick auf das einseitige Freistellungsrecht ergibt, aus welchen Gründen und bei welchem Grad der Störung dieses ausgeübt werden kann. Die Klausel in § 6 des Arbeitsvertrages ist unwirksam. Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die Klausel allgemein üblich ist. Dies macht sie ebenso wenig wirksam wie der Umstand, dass beide Vertragsparteien bei Vertragsabschluss von ihrer Wirksamkeit ausgegangen sind.

c) Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht. (...)

d) Insgesamt steht dem Kläger somit grundsätzlich für die Saison 2009/2010 eine Punktprämie in Höhe von 102 000,00 € brutto und für die letzten beiden Spiele in der Saison 2008/2009 eine Punktprämie in Höhe von 6000,00 € brutto zu.

3. Ein Großteil des dem Kläger zustehenden Punktprämienanspruchs ist jedoch verfallen.

Dem Kläger steht lediglich für den Zeitraum ab April 2010 eine Punktprämie gegen den Beklagten zu, (...) insgesamt eine Punktprämie in Höhe von 26 000,00 €. Der darüber hinaus vom Kläger geltend gemachte Anspruch ist gem. § 8 des Arbeitsvertrages verfallen, da der Kläger diesen Prämienanspruch nicht innerhalb von vier Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht hat. In § 8 des Arbeitsvertrages haben die Arbeitsvertragsparteien vereinbart, dass die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertrag von den Vertragsparteien innerhalb von vier Monaten nach Fälligkeit, im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung, schriftlich geltend zu machen sind, anderenfalls sind sie erloschen. (...)

b) Zwar ist die Regelung in § 8 des Arbeitsvertrages, dass im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die

Ansprüche aus diesem Vertrag von den Vertragsparteien innerhalb von drei Monaten nach Beendigung schriftlich geltend zu machen sind, gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Ausschlussklausel insgesamt unwirksam ist. (...)

bb) Die Ausschlussklausel in § 8 des Arbeitsvertrages ist insoweit wirksam, als die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertrag von den Vertragsparteien innerhalb von vier Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind.

(1) Die Verfallklausel ist insoweit weder überraschend, noch ungewöhnlich i. S. d. § 305 c Abs. 1 BGB. (...) Ausschlussfristen sind im Arbeitsleben auch durchaus üblich (vgl. BAG, Urteil v. 28. 9. 2005, 5 AZR 52/05, BAGE 116, 66).

(2) Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht verletzt. Es ist deutlich, dass es sich in § 8 des Arbeitsvertrages um eine Ausschlussklausel handelt. Auch im Text heißt es ausdrücklich, dass Ansprüche erloschen sind, wenn sie nicht rechtzeitig schriftlich erhoben werden. Damit lässt die Klausel die mit ihr verbundenen Nachteile deutlich erkennen.

(3) Die Klausel, dass Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag von den Vertragsparteien innerhalb von vier Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind, hält auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stand. Sie benachteiligt den Kläger nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Nach der Rechtsprechung des BAG ist eine Frist für die schriftliche Geltendmachung in weniger als drei Monaten im Rahmen einer einzelvertraglichen Ausschlussfrist unangemessen kurz (vgl. BAG, Urteil v. 28. 9. 2005, 5 AZR 52/05, a. a. O.). Diese Grenze wird in § 8 des Arbeitsvertrages gewahrt.

cc) Obwohl die Regelung in der Ausschlussklausel betreffend den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unwirksam ist, bleibt die Regelung im Übrigen wirksam. Die Klausel ist teilbar. (...) Die Teilbarkeit einer Klausel ist mittels Streichung des unwirksamen Teils mit einem „blauen Stift“ zu ermitteln (Blue-Pencil-Test). Ist die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen. Maßgeblich ist, ob sie mehrere sachliche Regelungen enthält (vgl. BAG, Urteil v. 11. 4. 2006, 9 AZR 610/05, a. a. O.; Urteil v. 12. 3. 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008, Seite 699). Für die zweistufige Ausschlussklausel hat das BAG bereits entschieden, dass diese geteilt werden können (vgl. BAG, Urteil v. 25. 5. 2005, 5 AZR 527/2004, BAGE 115, 19; BAG, Urteil v. 12. 3. 2008, 10 AZR 152/07, a. a. O.).

(2) Auch hier ist es so, dass von der Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung nur derjenige Teil des § 8 des Arbeitsvertrages erfasst ist, der die Verfallfrist im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrifft. Streicht man die Worte „im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung“, so ist der restliche Regelungsgegenstand für sich sinnvoll und verständlich. Auch bei Streichen der Worte „im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung“ behält die übrige Regelung in § 8 des Arbeitsvertrages ihre Selbständigkeit und ihren spezifischen Zweck. Nach Ansicht der erkennenden Kammer beinhaltet der betreffende Satz des Arbeitsvertrages auch zwei verschiedene Regelungsgegenstände und enthält damit eine teilbare Klausel.

c) Die Ausschlussklausel ist auch nicht aus dem Grunde unwirksam, dass § 8 des Arbeitsvertrages sämtliche beiderseitigen Ansprüche erfasst. Entgegen der Auffassung des Klägers führt das Fehlen einer Einschränkung betreffend Ansprüche wegen Vorsatzes aus § 202 Abs. 1 BGB (unabhängig von der Einordnung als AGB) und bei AGB für Ansprüche aus § 309 Nr. 7 BGB nicht dazu, dass die Ausschlussklausel insgesamt unwirksam ist. (...)

Die Parteien haben die in § 309 Nr. 7 BGB genannten besonderen Ansprüche in § 8 des Arbeitsvertrages nicht eigens erwähnt und offenbar auch nicht bedacht. Zwar hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Begrenzung der Haftung im Sinne des § 309 Nr. 7 a und b BGB auch in der zeitlichen Begrenzung der Durchsetzbarkeit entsprechender Schadensersatzansprüche durch die Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen liegt (vgl. Urteil vom 15. 11. 2006, VIII ZR 3/06, NJW 2007, Seite 674). Im Gegensatz dazu hat allerdings das Bundesarbeitsgericht die Auffassung vertreten, kurze Ausschluss- oder Verfallfristen in Formulararbeitsverträgen, die auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Körperschäden oder groben Verschulden gelten sollen, stellen keine Haftungsbegrenzung im Sinne des § 309 Nr. 7 BGB dar, weil der Anspruch uneingeschränkt entstehe und lediglich für den Fall fehlender Geltendmachung befristet werde (vgl. BAG, Urteil vom 25. 5. 2005, 5 AZR 572/04, a. a. O.; Urteil vom 28. 9. 2005, 5 AZR 52/05, BAGE 116, 66). Die Kammer schließt sich der Rechtsauffassung des BAG an. (...)

IV.

Schließlich steht dem Kläger ein Urlaubsabgeltungsanspruch gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG in Höhe von 12 184,62 € brutto zu. (...) Unstreitig ist der Kläger am 13. 5. 2009 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 30. 6. 2010 freigestellt worden. Ebenso unstreitig ist zwischen den Parteien keine schriftliche Vereinbarung dahingehend getroffen worden, dass der Kläger unter Anrechnung von Urlaub freigestellt werden sollte. Zwar behauptet der Beklagte, zwischen den Parteien sei mündlich vereinbart worden, dass die Freistellung unter Anrechnung von Urlaub erfolgen sollte. Dieser Vortrag, der vom Kläger bestritten wurde, ist jedoch unsubstantiiert. (...) Bei der Urlaubsabgeltungsberechnung, die vom Beklagten nicht beanstandet wurde, ist der Kläger von einem Grundgehalt in Höhe von 13 500,00 € (...) und zudem von einer Punktprämie in Höhe von 102 000,00 €, (...) ausgegangen, so dass sich insgesamt bei der Urlaubsabgeltungsberechnung ein zu Grunde legendes Quartalseinkommen in Höhe von 66 000,00 € ergibt. Unter Berücksichtigung der üblichen Berechnungsformel ergibt sich für 12 Urlaubstage ein Urlaubsabgeltungsanspruch in Höhe von 12 184,62 € brutto. Dieser Urlaubsabgeltungsanspruch ist nicht gemäß § 8 des Arbeitsvertrages verfallen, da der Urlaubsabgeltungsanspruch erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. 6. 2010 fällig geworden ist. Mit dem Geltendmachungsschreiben vom 26. 8. 2010 hat der Kläger somit seine Urlaubsabgeltung rechtzeitig innerhalb der Ausschlussfrist geltend gemacht.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Johan-Michel Menke,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg)

Anmerkung

Bemerkenswert an der vorliegenden Entscheidung ist zunächst die dogmatische Gründlichkeit des Arbeitsgerichts Paderborn. Besondere Beachtung verdient, mit welcher Begründung das Arbeitsgericht zur Anwendung der §§ 305 ff. BGB kommt. Zwar geht das Arbeitsgericht – und dies verdient Zustimmung – ausdrücklich nicht von der „klassischen“ Verhandlungsdisparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus; der Trainer sei bei den Vertragsverhandlungen mit dem Verein von Beratern vertreten gewesen. Dennoch war aus Sicht des Gerichts entscheidend, dass die streitgegenständliche Klausel letztlich aus der Sphäre des Vereins kam. Sofern das Arbeitsgericht dazu ins Feld führt, dass es sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag um einen üblichen (insbesondere) bei Cheftrainern verwendeten Vertrag handelte, überzeugt dies nur bedingt. Denn selbst wenn man den Vertrag tatsächlich als „üblich“ ansehen wollte (m. E. zweifelhaft, einen offiziellen DFL-Mustervertrag für Trainer gibt es bislang noch nicht), führt dies nicht zwingend dazu, diesen Vertrag der Vereinssphäre zuzuschreiben. Von einem „voraussetzenden Gehorsam“ kann jedenfalls nicht flächendeckend die Rede sein. Das

Arbeitsgericht lässt dementsprechend auch ein Türchen offen: Hätte der Trainer es vermocht, ausreichend darzulegen, dass er die streitgegenständliche Vertragsklausel in die Verhandlungen eingebracht habe, wären womöglich andere Maßstäbe angelegt worden. Dies gilt es aus Vereins- bzw. Beratersicht in Vertragsverhandlungen zu beachten bzw. zu dokumentieren. Geht man wie das Arbeitsgericht Paderborn mit beachtlichen Argumenten von Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus, ist die in Rede stehende Freistellungsklausel unwirksam. Dabei ist nicht zu übersehen, dass die Vereine ein beachtliches Interesse daran haben (können), einen Trainer freizustellen ohne ihm weiter erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile zu gewähren. Einen Trainer aber jederzeit ohne Vorliegen sachlicher Gründe unter Reduzierung der Vergütung freizustellen, kommt einem einseitigen Widerrufsrecht gleich. Insoweit sind in den Arbeitsverträgen mit Trainern die höchstrichterlichen Anforderungen an Widerrufsvorbehalte zu beachten oder – zulässige – vertragsgestalterische bzw. vergütungstechnische Varianten zu finden. Bei der Freistellung ist immer der aus Art. 1 und 2 GG abgeleitete (Weiter-) Beschäftigungsanspruch zu berücksichtigen, dessen Umfang wiederum von der Gestaltung des Vertrages bzw. der Reichweite des Direktionsrechts abhängt. Im Übrigen sollten die Vereine die Möglichkeit der Freistellung unter Urlaubsanrechnung im Auge haben. Durch klare Formulierungen in Arbeitsvertrag bzw. Freistellungsschreiben lassen sich hier böse Überraschungen vermeiden. Wollen die Parteien das Risiko der Inanspruchnahme aus einem (beendeten) Arbeitsverhältnis reduzieren, empfehlen sich überdies Ausschlussklauseln, die nach dem Arbeitsgericht Paderborn auch im Profisport Beachtung finden.

*Rechtsanwalt Dr. Johan-Michel Menke,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg*

8. Leistungsort bei Rennservice für Motorradrennen im Ausland

§ 3a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG 1999, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c erster Gedankenstrich Richtlinie 77/388/EWG

Stellt ein Unternehmer mit Sitz im Inland einem Motorradrennfahrer einen vollständigen Rennservice mit Fahrzeug für im Ausland veranstaltete Motorradrennen zur Verfügung, führt er damit eine einheitliche sonstige Leistung aus, die im Inland der Umsatzbesteuerung unterliegt.

BFH, Urt. 1. 12. 2010 – XI R 27/09

Die Parteien streiten wegen der Frage der Steuerbarkeit im Inland um den Ort einer sonstigen Leistung.

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) betreibt im Inland ein Motorsportunternehmen. U. a. stellte er in den Jahren 1999 bis 2001 (Streitjahre) ambitionierten Fahrern einen Rennservice für Motorradsportveranstaltungen im In- und Ausland zur Verfügung. Hierbei erbrachte er technische Leistungen wie die Überlassung der Rennmaschine, Transport von Mensch und Material mit Komplettservice für das Material vor Ort und organisatorische im Vorfeld der Rennen. Streitig war, ob die von ihm im Rahmen seines Rennservice erbrachten Dienstleistungen gemäß § 3a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG nicht steuerbar sind, soweit die Rennorte im Ausland gelegen hätten, da der Ort dieser (einheitlichen) sonstigen Leistungen nicht im Inland liege. Der Kläger habe mit seinem Rennservice – also der Gestel-

lung der Rennmaschinen und der Betreuung der einzelnen Fahrer vor Ort – Tätigkeiten erbracht, die für die Ausübung sportlicher Leistungen bzw. die Durchführung einer entsprechenden Sportveranstaltung unerlässlich seien. Seine Leistungen hätten unmittelbar mit der an dem jeweiligen Ort ausgeführten sportlichen Tätigkeit des Fahrers als dessen persönlicher Leistung zusammengehungen. Der Kläger habe nicht nur das Sportgerät selbst zur Verfügung gestellt, sondern insbesondere auch die technische Einstellung des Sportgerätes auf die jeweiligen örtlichen Gegebenheiten (Strecke, Wetterverhältnisse u. ä.) abgestimmt.

Das FG gab dem Kläger für alle Streitjahre Recht (für 1999 unmittelbar aus Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. 5. 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern (Richtlinie 77/388/EWG) und für 2000 und 2001 aus § 3a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG in der ab dem 1. 1. 2000 geänderten Fassung) gestützt auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 26. 9. 1996 Rs. C-327/94 – Dudda – (Slg. 1996, I-4595, BStBl. II 1998, 313)

Die Finanzverwaltung hielt das Urteil nicht für einschlägig und sah den Gesetzeszweck des § 3a UStG (grundsätzlich Besteuerung nach dem Ursprungslandprinzip), sowie die durch das Urteil des EuGH vom 5. 6. 2003 Rs. C-438/01 – Design Concept SA – (Slg. 2003, I-5617, BFH/NV Beilage 2003, 213, Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung – HFR – 2003, 923) aufgestellten Rechtsgrundsätze missachtet. Danach sei § 3a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG nur dann anwendbar, wenn – anders als hier – die Kosten einer Leistung in den Preis einer der in dieser Vorschrift genannten Leistungen für den Endverbraucher eingingen.

Das FA beantragt, das Urteil des FG insoweit aufzuheben und die Klage als unbegründet abzuweisen, als es die Besteuerungszeiträume 1999 bis 2001 betrifft.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Das Urteil des FG war hinsichtlich der Jahre 1999 bis 2001 aufzuheben; insoweit war die Klage abzuweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Ort der streitigen Umsätze im Ausland liegt, soweit der Kläger seine Leistungen dort erbracht hat. Diese Leistungen fallen weder unter § 3a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG noch unter Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 77/388/EWG und wurden daher nach § 3a Abs. 1 UStG an dem Ort (im Inland) ausgeführt, von dem aus der Kläger sein Unternehmen betreibt.

1. Leistungen, die ein Unternehmer gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, unterliegen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG nur dann der Umsatzsteuer, wenn sie im Inland (§ 1 Abs. 2 Satz 1 UStG) erbracht werden.

2. Das FG ist zutreffend – und übereinstimmend mit der Auffassung der Beteiligten – davon ausgegangen, dass der Kläger gegenüber den einzelnen Rennfahrern eine einheitliche sonstige Leistung (§ 3 Abs. 9 Satz 1 UStG) erbracht hat.

(...)

3. Der Ort der hier vorliegenden sonstigen Leistungen richtet sich nach § 3a UStG.

a) Gemäß § 3a Abs. 1 Satz 1 UStG wird eine sonstige Leistung – vorbehaltlich der hier nicht einschlägigen Regelungen des § 3b UStG (und ab 1. 1. 2000 des § 3f UStG) – an dem Ort ausgeführt, von dem aus der Unternehmer sein Unternehmen betreibt.

b) Abweichend hiervon bestimmt § 3a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG, dass künstlerische, wissenschaftliche, un-

terrichtende, sportliche, unterhaltende oder ähnliche Leistungen einschließlich der Leistungen der jeweiligen Veranstalter dort ausgeführt werden, wo der Unternehmer jeweils ausschließlich oder zum wesentlichen Teil tätig wird.

Ab 1. 1. 2000 wurde dieser Tatbestand um kulturelle Leistungen sowie dahingehend erweitert, dass auch „die damit zusammenhängenden Tätigkeiten, die für die Ausübung der Leistungen unerlässlich sind“, hierunter fallen (vgl. Art. 9 Nr. 1 Buchst. b, Art. 28 des Steuerbereinigungsgesetzes – StBereinG – vom 22. 12. 1999, BGBl. I 1999, 2601).

aa) Die durch das UStG 1980 eingeführte Vorschrift des § 3 a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG sollte – so die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 8/1779, 30 zu § 3 a UStG) – die Bestimmung über den Dienstleistungsort in Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 77/388/EWG umsetzen.

Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 77/388/EWG bestimmt abweichend von der Grundregel in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 77/388/EWG (Sitz der wirtschaftlichen Tätigkeit des Leistenden als Leistungsort für Dienstleistungen)

„als Ort der folgenden Dienstleistungen den Ort, an dem diese Dienstleistungen tatsächlich bewirkt werden:

...
– Tätigkeiten auf dem Gebiet der Kultur, der Künste, des Sports, der Wissenschaften, des Unterrichts, der Unterhaltung oder ähnliche Tätigkeiten, einschließlich derjenigen der Veranstalter solcher Tätigkeiten sowie gegebenenfalls der damit zusammenhängenden Tätigkeiten“.

bb) (...).

4. Nach der Rechtsprechung des BFH führt ein Unternehmer, der sein Unternehmen im Inland betreibt, gemäß § 3 a Abs. 1 UStG eine einheitliche sonstige Leistung im Inland aus, wenn er einem selbständigen Autorennfahrer einen vollständigen Rennservice mit Fahrzeug für eine erfolversprechende Teilnahme an im Ausland veranstalteten Autorennen zur Verfügung stellt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 168, 458, BStBl. II 1992, 929). Entsprechendes gilt im Streitfall.

a) Für das Streitjahr 1999 kommt eine Bestimmung des Leistungsortes nach § 3 a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG nicht in Betracht, da nach der für dieses Jahr geltenden Fassung des UStG hierunter nur künstlerische, wissenschaftliche, unterrichtende, sportliche, unterhaltende oder ähnliche Leistungen einschließlich der Leistungen der jeweiligen Veranstalter fallen.

Im Streitfall hat der Kläger selbst keine der betreffenden Leistungen erbracht und ist auch nicht als Veranstalter einer solchen Leistung aufgetreten. Eine hierüber hinausgehende Anwendung des § 3 a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG gegen seinen Wortlaut ist unabhängig vom Regelungsgehalt der zugrunde liegenden Richtlinienbestimmung nicht möglich (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2003, 827).

b) Entgegen der Ansicht des FG kann sich der Kläger für die Bestimmung des Leistungsortes im Jahr 1999 nicht unmittelbar auf Art. 9 Abs. 2 Buchst. c erster Gedankenstrich der Richtlinie 77/388/EWG berufen. Denn diese Bestimmung ist nicht anwendbar.

aa) Der EuGH hat zum Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG unter maßgeblicher Berücksichtigung der siebten Begründungserwägung der Richtlinie 77/388/EWG ausgeführt, Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG als ganzer wolle eine „Sonderregelung für Dienstleistungen einführen, die zwischen Mehrwertsteuerpflichtigen erbracht werden und deren Kosten in den Preis der Waren eingehen“ (...).

bb) Im Streitfall liegen aber keine derartigen „Dienstleistungen... zwischen Mehrwertsteuerpflichtigen“ vor, deren

Kosten in den vom Endverbraucher gezahlten Preis für die Gesamtdienstleistung eingehen.

Es ist bereits fraglich, ob die „ambitionierten Fahrer“, denen der Kläger nach den Feststellungen des FG seinen Rennservice zur Verfügung gestellt hat, überhaupt Unternehmer waren (...)

Jedenfalls sind die – von den Rennfahrern aufgewendeten – Kosten der vom Kläger an sie erbrachten Leistungen nicht in einen von Endverbrauchern gezahlten Preis für eine Gesamtdienstleistung eingegangen. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Rennfahrer die ihnen vom Kläger für seine Leistungen in Rechnung gestellten Kosten ihrerseits an die Veranstalter der Motorradrennen weiterberechnen und die Kosten sodann Eingang in die von den Besuchern der Veranstaltungen aufgewendeten Eintrittspreise gefunden hätten. Dafür, dass die Rennfahrer ihre (sportlichen) Leistungen den Veranstaltern in Rechnung gestellt hätten, gibt es aber nach den vom FG getroffenen Feststellungen keinen Anhaltspunkt. Danach mussten vielmehr – umgekehrt – die Rennfahrer an die Veranstalter Nennge- und Gebühren zahlen.

Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Kosten des Rennservice des Klägers in den Preis von etwaigen anderen im Ausland erbrachten Leistungen der Rennfahrer eingegangen wären, die dort der Umsatzbesteuerung unterlagen. cc) (...).

dd) Entgegen der Auffassung des FG ergibt sich aus den EuGH-Urteilen vom 17. 11. 1993 Rs. C-68/92 – Kommission gegen Französische Republik – (Slg. 1993, I-5881, HFR 1995, 353) und – Design Concept SA – (Slg. 2003, I-5617, BFH/NV Beilage 2003, 213, HFR 2003, 923) nicht, dass für die Anwendung von Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 77/388/EWG „letztlich nicht von Belang“ sei, ob die Zuschauer der Veranstaltung als Endverbraucher die Kosten für den Rennservice über den Eintrittspreis tatsächlich trügen.

(1) In seinem Urteil in Slg. 1993, I-5881, HFR 1995, 353, (...) hat der EuGH in Rz. 15 – wie in seinem Urteil – Dudda – in Slg. 1996, I-4595, BStBl. II 1998, 313, Rz. 22 – Bezug auf die siebte Begründungserwägung der Richtlinie 77/388/EWG genommen und ausgeführt, es sei gerechtfertigt, die Leistungen auf dem Gebiet der Werbung dort zu besteuern, wo der Empfänger den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit habe, weil die Kosten dieser zwischen Mehrwertsteuerpflichtigen erbrachten Leistungen in den Preis der Waren eingehen. (...)

Auch in diesem Urteil geht der EuGH mithin davon aus, dass die Mehrwertsteuer für Werbeleistungen dem Endverbraucher in Rechnung gestellt wird.

(2) In seinem Urteil in Slg. 2003, I-5617, BFH/NV Beilage 2003, 213, HFR 2003, 923 (...) hat der EuGH zwar entschieden, Art. 9 Abs. 2 Buchst. e zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 77/388/EWG sei so auszulegen, dass er Leistungen auf dem Gebiet der Werbung erfasse, die dem Werbetreibenden indirekt erbracht und einem Zwischenempfänger in Rechnung gestellt würden, der sie seinerseits dem Werbetreibenden in Rechnung stelle; dass dieser keine Ware oder Dienstleistung herstelle, in deren Preis die Kosten der genannten Leistungen eingehen könnten, sei für die Bestimmung des Ortes der dem Zwischenempfänger erbrachten Dienstleistungen nicht von Belang.

Diese Aussage bezieht sich aber lediglich auf Leistungen (der Flanders Expo SA), die einem Werbetreibenden (dem luxemburgischen Ministerium für Wirtschaft) mittelbar erbracht und einem Dritten (der Design Concept SA) in Rechnung gestellt wurden, der sie dem Werbetreibenden berechnet hat (vgl. Rz. 6, 7, 17 und 28 des Urteils).

Im Streitfall hat dagegen – wie ausgeführt – der Kläger seine Leistungen ausschließlich gegenüber den Rennfahrern und nicht mittelbar gegenüber den Veranstaltern von Mo-

torradrennen erbracht; die Rennfahrer haben die Kosten dieser Leistungen auch nicht den Veranstaltern weiterberechnet.

c) Der Leistungsort für die in den Streitjahren 2000 und 2001 vom Kläger ausgeführten Leistungen liegt ebenfalls gemäß § 3 a Abs. 1 UStG im Inland. § 3 a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG in der ab dem 1. 1. 2000 geltenden Fassung greift nicht ein.

Der Kläger hat keine mit sportlichen Leistungen einschließlich der Leistungen der jeweiligen Veranstalter zusammenhängende Tätigkeiten, die für die Ausübung der Leistungen unerlässlich sind, im Sinne dieser Vorschrift erbracht.

aa) § 3 a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a UStG in der ab dem 1. 1. 2000 geltenden Fassung ist richtlinienkonform auszulegen, wie sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (s. oben, unter II.3.b) ergibt.

bb) Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 9 Abs. 2 Buchst. c erster Gedankenstrich der Richtlinie 77/388/EWG sind zwar (ebenfalls) „alle jene Leistungen als mit einer Tätigkeit insbesondere auf dem Gebiet der Künste oder der Unterhaltung zusammenhängende Dienstleistungen anzusehen, die zwar selbst keine solche Tätigkeit darstellen, aber für ihre Ausübung unerlässlich sind“ (vgl. EuGH-Urteil – Dudda – in Slg. 1996, I-4595, BStBl. II 1998, 313, Rz. 27; s. auch BFH-Urteil vom 3. 6. 2009 XI R 34/08, BFHE 226, 369, BStBl. II 2010, 369, unter II.2.a cc).

Art. 9 Abs. 2 Buchst. c erster Gedankenstrich der Richtlinie 77/388/EWG ist aber – wie unter II.4.b) dargelegt – deshalb im Streitfall nicht anwendbar, weil keine „Dienstleistungen... zwischen Mehrwertsteuerpflichtigen“ vorliegen, „deren Kosten in den vom Endverbraucher gezahlten Preis für die Gesamtdienstleistung eingehen“.

(...)

(Mitgeteilt von Dr. Axel Steiner, Rostock)

Anmerkung

Das Urteil ist von wesentlicher Bedeutung für die grenzüberschreitende Leistungserbringung im Sport. Es zeigt zum Einen, dass die statutenrechtlich verschwimmende Unterscheidung zwischen Amateuren und Profis im Sport bei der Abgrenzung zwischen umsatzsteuerlichen Unternehmern und umsatzsteuerlichen Amateuren wesentlich ist (vgl. Steiner, Steuerrecht im Sport, Rz. 625 ff.). Dabei ist jede natürliche und juristische Person in der „Leistungs-

erbringungskette“, zu beachten. Die unmittelbare Leistungserbringung an den Sportler kann schnell zu einem fehlenden Unternehmerring in der Kette führen. Ist der Sportler kein Unternehmer führt dies zu den steuerlichen Folgen des entschiedenen Falles, mit einer Definitivbelastung des Sportlers mit dem inländischen Steuersatz.

Es zeigt zum Zweiten, dass jede steuerbare Leistung, zunächst in Ihrem Umfang festzustellen ist (Stichwort Einheitlichkeit), und dann sorgfältig auf ihren umsatzsteuerlichen Leistungsort zu prüfen ist. Geografische Kenntnisse und Parallelwertungen in der Laiensphäre sind dabei mit dem Umsatzsteuerrecht nicht zwingend kompatibel. Ausnahmen von der nationalen Besteuerung dürfen, wie der BFH es getan hat, eng ausgelegt werden. Dies gilt sowohl für die ergänzende Auslegung des inländischen Rechts wie auch die unmittelbare Anwendung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie.

Zum Dritten zieht das Urteil eine Grenze zwischen der abstrakten und der konkreten bzw. der unmittelbaren und mittelbaren kalkulatorischen Berücksichtigung von Kosten. Der Veranstalter eines sportlichen Ereignisses legt seine Teilkosten und hoffentlich einen Gewinnaufschlag (deutsche Ausnahmen aus dem Motorsport finden sich nicht nur in Rheinland-Pfalz) auf den Eintrittspreis um, ohne dass er sich über die Kalkulation, die hinter dem ihm in Rechnung gestellten Preis steckt, Gedanken macht oder jedenfalls rechtlich machen muss. Ein entsprechender Irrtum des Rechnungsausstellers muss ihn nicht tangieren. Nur die Teilleistungen, die dem Veranstalter sichtbar in Rechnung gestellt werden können, so ist der BFH wohl zu verstehen, ein steuerrechtlich berücksichtigungsfähiger Teil der Preisbildung werden. Diese Grenzziehung ist notwendig und auch zutreffend. Die Komplexität der Leistungserbringung für sportliche Veranstaltungen wie auch andere in der Richtlinie und der aktuellen Gesetzesfassung genannten Veranstaltungen würde sonst zur Einbeziehung einer unübersehbaren Zahl von „Subkalkulationen“ führen, was weder für das Unternehmen noch für die Finanzverwaltung rechtssicher handhabbar wäre. Diese rechtliche Würdigung ist im vorliegenden Fall für den Kläger bzw. seinen (künftigen) definitiv belasteten Kunden von Nachteil, muss sich aber nicht in allen künftigen Fällen so auswirken. Dafür sorgt sehr langfristig und sehr global betrachtet das Neutralitätsprinzip der Umsatzsteuer.

Dr. Axel Steiner, Rostock

Schaufenster

12. Interuniversitäre Tagung Sportrecht in Erlangen

Die 12. Interuniversitäre Tagung Sportrecht fand am 24. und 25. 6. 2011 – zugleich als 2. Konferenz der Hague International Sports Law Academy (HISLAC) – in Erlangen statt. Wegen dieser internationalen Ausrichtung bestand der Referentenkreis in diesem Jahr nicht aus Doktoranden, sondern aus international renommierten Sportrechtlern. Nach der Begrüßung der Tagungsteilnehmer durch Prof. Dr. Klaus Vieweg (Universität Erlangen) informierte Dr. Janez Kocijancic (Prä-

sident des Nationalen Olympischen Komitees von Slovenien) über die HISLAC und berichtete von deren erster Konferenz im Jahr 2010 in Djakarta.

Als erster Referent sprach Prof. Dr. Robert Siekmann (T.M.C. Asser Instituut, Den Haag/Universität Rotterdam) zum Thema „What is Sports Law? – A Reassessment of Content and Terminology“. Er untersuchte, ob es ein eigenständiges Rechtsgebiet „Sportrecht“ überhaupt gibt und was

davon erfasst wird. Dabei ging er auf die verschiedenen in diesem Zusammenhang verwendeten Begrifflichkeiten – *lex sportiva*, globales Sportrecht, transnationales Sportrecht, *lex ludica*, Sportvölkerrecht, europäisches Sportrecht – ein und erläuterte sein eigenes Verständnis des Begriffs „Sportrecht“, den er anschließend inhaltlich konkretisierte. Für Englisch als „lingua franca“ des Sports schlug er folgende Terminologie vor: „sports law“ als Oberbegriff mit den Teilen: „public part – sporting law (*lex sportiva*)“ und „private part – sportive law (*lex ludica*)“. Zum Schluss ging er der Frage nach, was den harten Kern des Sportrechts bildet. Im Anschluss referierte Prof. Dr. Burkhard Hess (Universität Heidelberg) über „Die *lex sportiva* – zu den Rahmenbedingungen ihrer Entstehung und zu den Grenzen ihrer Entfaltung“. Schwerpunktartig ging er auf zivilverfahrensrechtliche Fragen ein, indem er erörterte, inwiefern die staatliche Gerichtsbarkeit auf das Sportrecht Einfluss nimmt bzw. von ihm ausgeschlossen werden kann und welche Rolle nationales Recht für die Schiedsgerichte spielt. Hierbei beleuchtete er die bedeutsame Rolle des Court of Arbitration for Sport (CAS) für das Sportrecht. Exemplarisch schilderte er den Rechtsstreit zwischen dem Fußballverein FC Chelsea London und seinem Spieler Adrian Mutu, der wegen Kokainmissbrauchs von der Verbandsgerichtsbarkeit – bestätigt sowohl vom CAS als auch vom Schweizer Bundesgericht – zur Leistung von Schadensersatz an den Verein in Höhe von 17,2 Mio. € verurteilt wurde. Den Schlusspunkt des ersten Teils setzte Prof. Dr. Franck Latty (Université D’Auvergne, Clermont-Ferrant) mit seinem Vortrag „Transnational Sports Law“. Er legte dar, dass der Zusatz des Adjektivs „transnational“ begriffliche Vorteile biete, die dem Sportrecht einen geeigneten analytischen Rahmen verschafften. Der Begriff „transnational“ könne in dreierlei Hinsicht verstanden werden. Möglich sei ein „weites“ Verständnis, basierend auf der Theorie von Jessup, nach der jede Regel mit ausländischem Anwendungsbereich vom transnationalen Recht erfasst werde. Im Sinne eines „hybriden“ Verständnisses charakterisiere transnationales Recht die rechtlichen Beziehungen zwischen Staaten und ausländischen privaten Unternehmen. Für das Sportrecht am bedeutsamsten sei jedoch das „private“ Verständnis, das unter transnationalem Recht allein die branchenspezifischen Regeln der selbstregulierenden, globalen Privatgesellschaften verstehe. Den Abschluss des ersten Tagungstages bildete ein Besuch des Erlanger Fraunhofer Instituts für Integrierte Schaltungen mit einer Demonstration der neuesten Techniken im Bereich Superzeilupe und 3D-Fernsehen.

Den zweiten Tag eröffnete Dr. Andreas Wax (Rechtsanwalt, Stuttgart) mit seinem Vortrag „Sportvölkerrecht – eine „vergessene“ Disziplin?“. Nach einer kurzen Definition des Begriffs Sportvölkerrecht setzte er sich schwerpunktmäßig mit zwei Bereichen auseinander, denen sich das Völkerrecht im Sport widmet. Er zeigte zum einen auf, inwieweit die Friedenssicherung bei Olympischen Spielen Gegenstand des Völkerrechts ist. Zum anderen legte er die Anstrengungen auf völkerrechtlicher Ebene dar, Doping im Sport zu verhindern und zu bekämpfen. Zusammenfassend betonte er, dass das Sportvölkerrecht einen zentralen Bestandteil des internationalen Sportrechts bilde. Prof. Dr. James A. R. Nafziger (Willamette University, Salem, Oregon, USA) – der Doyen des internationalen Sportrechts und Ehrenpräsident der International Association of Sports Law – referierte zum Thema „Defining the Scope and Structure of International Sports Law: Four Conceptual Issues“. Zunächst machte er deutlich, dass das Verständnis von Sportrecht maßgeblich davon abhängt, ob die berufliche

Orientierung des jeweiligen Anwenders auf internationales oder auf nationales Recht ausgerichtet sei. Sodann ging er auf die Unterscheidung zwischen staatlichem und privat gesetztem Recht ein. Dies sei für den kontinentaleuropäischen Rechtskreis wesentlich, spiele für den Bereich des Common Law hingegen nur eine untergeordnete Rolle. Einen dritten konzeptionellen Aspekt des Sportrechts bildeten Überlegungen zur Definition der *lex sportiva*. Abschließend verdeutlichte er die Bedeutung des Kernprinzips der Fairness und beleuchtete dessen Umsetzung in der Rechtsprechung des CAS. Alexandre Miguel Maestre (Rechtsanwalt, Lissabon) konnte leider nicht zur Tagung kommen, reichte jedoch eine schriftliche Fassung seines Vortrags „States and the Olympic Movement: The Twin Face of a Legal Subordination“ ein. Prof. Dr. Rudolf Streinz (LMU München) zeigte die europarechtlichen Grenzen der Verbandsgerichtsbarkeit auf und stellte zunächst klar, dass Sport kein europarechtsfreier Raum sei. Er skizzierte die unionsrechtlichen Vorgaben für den Sport sowie das Verhältnis von Grundfreiheiten bzw. Kartellrecht zu den Unionsgrundrechten. Schwerpunktartig gab er einen Überblick über die sportrechtsrelevante Rechtsprechung des EuGH – diese beschäftigte sich mit Ausländerklauseln, Transferentschädigungen, Vertragslaufzeiten, Trainerlizenzen, Spielervermittlern, Auswahlkriterien für Sportwettkämpfe, Wechselperioden sowie Dopingsperren – und legte die inhaltlichen Vorgaben dar, die das Unionsrecht an die Ausübung der Verbandsautonomie stellt. Zu Beginn seines Referats „Lex sportiva – From Theory to Practice: an Analysis of the Basketball Arbitral Tribunal (BAT) and CAS jurisprudence“ stellte Andreas Zagklis (Rechtsanwalt, München) die Bedeutung der Sportschiedsgerichtsbarkeit für die *lex sportiva* heraus und zeichnete die Erfolgsgeschichte des CAS nach. Hauptsächlich ging er auf das 2006 speziell für den Bereich des Basketball gegründete Schiedsgericht BAT ein und beschrieb dessen Besonderheiten und Vorteile. Insbesondere sei *ex aequo et bono* grundsätzlich das – von den Parteien durchaus geschätzte – anwendbare Recht vor dem BAT. Schließlich ging er auf die Frage ein, ob die Rechtsprechung des BAT eine neue Quelle der *lex sportiva* bilde. Zum Abschluss der Tagung befasste sich Dr. Robert Siegböртner (Notar, Erlangen) unter dem Thema „Internationale Sportunfälle und Rom-II-Verordnung“ mit der kollisionsrechtlichen Frage nach dem anwendbaren Haftungsrecht bei internationalen Sportunfällen. Er erläuterte, dass die Rom-II-Verordnung keine Sonderregeln für Sportunfälle enthalte, so dass die allgemeinen für unerlaubte Handlungen geltenden Kollisionsregeln (Art. 4 Rom-II-Verordnung) Anwendung fänden. Primär sei damit auf das Recht des Staates zurückzugreifen, in dem der Schaden eintrete. Allerdings setze sich das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts durch und es bestehe eine Ausnahme, wenn sich aus den Einzelfallumständen eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat ergebe.

Die in Erlangen gehaltenen Referate sollen jeweils in deutscher und englischer Sprache in einem Tagungsband in der Schriftenreihe „Beiträge zum Sportrecht“ veröffentlicht werden.¹

Paul Staschik, Wiss. Mitarbeiter, Erlangen

¹ Bisher sind in dieser Schriftenreihe folgende von Prof. Dr. Klaus Viehweg herausgegebene Tagungsbände erschienen: „Spektrum des Sportrechts“, Berlin 2003 (Band 12); „Perspektiven des Sportrechts“, Berlin 2005 (Band 19); „Prisma des Sportrechts“, Berlin 2006 (Band 26); „Facetten des Sportrechts“, Berlin 2009 (Band 32). Der Druck des Tagungsbandes „Akzente des Sportrechts“ wird vorbereitet.