

Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

Arbeitsverträge mit Sportlern

von

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

in: Arter/Baddeley (Hrsg.), Sport und Recht, Bern 2006, S. 79 -
111

Inhaltsübersicht:

I.	Einführung	1.1.
II.	Qualifikation der Verträge	
1.	Vertrag oder blosser Gefälligkeit?	2.1.
2.	Arbeitsvertrag?	
a.	Abgrenzungskriterien	2.7.
b.	Anwendung auf den Sportlervertrag	2.18.
III.	Arbeitszeiten	3.1.
1.	Vertragliche Regelung	
a.	Generelle Arbeitszeit	3.2.
b.	Freizeit und Feiertage	3.7.
c.	Ferien	3.8.
2.	Arbeitsgesetz	
a.	Anwendbarkeit	3.10.
b.	Inhaltliche Regelung	3.15.
IV.	Beendigung	
1.	Persönlichkeitsschutz	4.4.
2.	Feste Vertragsdauer	4.11.
a.	Simulation	4.14.
b.	Gesetzesumgehung	4.19.
c.	Parität der Kündigungsfristen	4.23.
3.	Konventionalstrafe	4.25.
4.	Einverständliche Auflösung	4.27.
5.	Ordentliche Kündigung	4.30.
6.	Ausserordentliche Kündigung	4.31.
7.	Vertragsbruch	4.38.
V.	Folgerung	4.1.

Literatur:

- GABRIEL AUBERT**, Thévenoz/Werro (Ed.), Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2003;
- ALEXANDRE BERENSTEIN**, La protection paritaire contre le congé dans le contrat de travail, SJZ 1984, S. 108 ff.;
- FRIEDRICH-WALTER BIGLER**, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1986;
- DANIEL BRAND/LUCIUS DÜRR/BRUNO GUTKNECHT/PETER PLATZER/ADRIAN SCHNYDER/CONRAD STAMPFLI/ULRICH WANNER**, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Bern 1991;
- JÜRGEN BRÜHWILER**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996;
- CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER**, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1996;
- EUGEN BUCHER**, Berner Kommentar, 1993;
- RUDOLF CANNER/RENÉ SCHOOP**, Arbeitsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1976;
- LOUIS DALLÈVES**, L'exécution forcée contre une organisation sportive, in: La forme sociale des organisations sportives – questions de responsabilité, Basel/Genève 1999, S. 127 ff.;
- HANS-PETER EGLI**, in: Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmied/Schwander (Hrsg.), Handkommentar OR, Zürich 2002;
- FELIX EHRAT**, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, N. 1 zu Art. 160 OR;
- CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER**, Le contrat de travail, Lausanne 2001;
- WALTER FELLMANN**, Abgrenzung der Dienstleistungsverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, AJP 1997, S. 172 ff.;
- PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1998;
- GEORG GAUTSCHI**, Berner Kommentar, 1971;
- THOMAS GEISER**, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990;
- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsformen, AJP 1995, S. 557 ff. (zitiert: AJP 1995);
- THOMAS GEISER**, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, 550 ff.
- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bern 1996, S. 43 ff.;
- THOMAS GEISER**, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;

SIMON GERBER, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen, Bern 2003;
PHILIPP GREMPER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Basel 1992;
JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000;
PETER JÄGGI/PETER GAUCH, Zürcher Kommentar;
ERNST KRAMER, Berner Kommentar, 1991;
HANS MERZ, Berner Kommentar, 1962;
ROLAND MÜLLER, Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, AJP 2001, S. 1367 ff.;
ROLAND A. MÜLLER, Kommentar Arbeitsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2001;
PETER MÜNCH, Von der Kündigung und ihren Wirkungen in: Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Basel;
MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1992;
MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002;
OLIVER ROMMÉ, Abhängige Arbeit und gemeinsame Zweckverfolgung, Berlin/Heidelberg 2000;
CORINNE ANDREA SANER, Telearbeit: Organisationsformen – Rechtsformen, Diss. Basel, Zürich 1992;
ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996;
MARIE-LUISE STAMM, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977;
ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6. Aufl. Zürich 2006;
VERENA TRUTTMANN, Arbeitsrecht und Internationales Privatrecht, ArbR 1986, 64 ff.;
FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd VII/4, Basel 2005;
ADRIAN VON KAENEL, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974;
REMY WYLER, Droit du travail, Berne 2002;
HENRI ZWAHLEN, in: Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971;

I. Einführung

1.1. Sport ist für viele noch immer eine Freizeitbeschäftigung und hat mit ihrer Erwerbstätigkeit nichts zu tun. Seit Jahren hat aber auch eine Kommerzialisierung stattgefunden, so dass für Spitzensportler der Sport längst zum Erwerb geworden ist. Da Sport wettbewerbsmässig nicht individuell betrieben werden kann sondern immer eine Organisation voraussetzt, stellt sich die Frage in welcher Art der einzelne Sportler mit den Organisatoren der Anlässe bzw. den an Anlässen beteiligten Organisationen verbunden ist. Es liegt auf der Hand, dass hier das Bestehen eines Arbeitsvertrages nahe liegt.

1.2. Die Sache wäre um einiges einfacher, wenn es im Sport nur um eine Erwerbstätigkeit ginge. Eine der Schwierigkeiten liegt aber gerade darin, dass neben jenen, welche Sport von Berufes wegen betreiben, es immer auch eine Vielzahl von Personen gibt, für die das ausschliesslich ein Hobby ist. Damit entstehen Abgrenzungsprobleme.

1.3. Zudem ist die Realität auch im Sport vielfältig. Neben dem Mannschaftssport gibt es auch Sportarten, welche typischer Weise einzeln auszuführen sind. Dort tritt der einzelne Sportler unter Umständen als Einzelperson auf. Er ist Gegebenenfalls mit einem Manager vertraglich gebunden und geht mit den Veranstalter einzelner Anlässe punktuelle Verträge ein. Beim Mannschaftssport handelt es sich typischer Weise um eine Gruppe, welche organisiert auftritt und über längere Zeit in der gleichen Formation bleibt. Sie ist typischer Weise in einem Verein organisiert und mit einer andern Art juristischer Person¹ vertraglich verbunden. Im Folgenden gehe ich ausschliesslich auf diese vertraglichen Beziehung im Mannschaftssport ein. Die juristische Person, in welcher die entsprechende Mannschaft organisiert ist, bezeichne ich unabhängig von ihrer Rechtsform als den "Club".

¹ Z.B. mit einer Aktiengesellschaft.

II. Qualifikation der Verträge

1. Vertrag oder blosse Gefälligkeit?

2.1. Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation eines vertraglichen Verhältnisses stellt sich nur, wenn überhaupt ein Vertrag vorliegt. Das entscheidende Kriterium dafür ist der Bindungswille. Ob dieser vorliegt oder nicht, ist eine Frage des Sachverhaltes und muss regelmässig im Einzelfall geprüft werden.

2.2. Soweit im Sport ein Club eigentliche mehrstufige Wettkämpfe organisiert, bei denen das Publikum Eintritt bezahlt und Preisgelder in erheblichem Umfang vergeben werden, besteht regelmässig das Bedürfnis, dass die Spieler auch gemäss den vorher bestimmten Einsatzplänen an den Wettkämpfen teilnehmen. Es gibt deshalb eine tatsächliche Vermutung, dass auch eine entsprechende Verpflichtung von beiden Seiten gewünscht ist. Es liegt somit ein Bindungswille vor.

2.3. Fraglich kann allerdings sein, ob eine **Bindung in diesem Bereich überhaupt zulässig** ist. Der Sport dient als körperliche Betätigung mit Selbstzweck in erster Linie der persönlichen Entfaltung. Es handelt sich um eine äusserst persönlichkeitsnahe Tätigkeit. Dennoch fällt sie nicht in den Bereich des absoluten Bindungsausschlusses nach Art. 27 ZGB². Bei gefährlichen Sportarten ist allerdings eine Bindung ausgeschlossen³. Daraus darf allerdings noch nicht geschlossen werden, dass ein Arbeitsvertrag nicht möglich wäre. Ausschliesslich die Verpflichtung zum Einsatz wird von der Bindungsfeindlichkeit erfasst. Das kann aber noch nicht bedeuten, dass der Sportler des gesamten Arbeitnehmerschutzes verlustig ginge.

2.4. Der Sportler ist somit regelmässig durch einen **Vertrag gebunden**. Mit wem dieser Vertrag arbeitgeberseitig abgeschlossen worden ist, hängt von der Organisation der entsprechenden Sportart ab. Es bleibt die Frage, um was für eine Vertragsart es sich handelt.

2.5. Das schweizerische Recht kennt keine abschliessende Aufzählung der Verträge auf Arbeitsleistung. Grundsätzlich kann entweder eine gesetzlich geregelte Vertragsart oder ein Innominatvertrag vorliegen. Als gesetzlich geregelte Vertragsart kommt neben dem Arbeitsvertrag ein Auftrag, ein Werkvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag in Frage.

2.6. Die Vertragsart bestimmt sich nicht auf Grund der Bezeichnung welche die Parteien gewählt haben. Vielmehr ist nach dem **tatsächlichen übereinstimmenden Willen** der Parteien zu fragen⁴. Allerdings ist damit noch nicht viel gewonnen. Die rechtliche Zuordnung zur einen oder anderen Vertragskategorie erfolgt im Zusammenhang mit zwingenden Gesetzesnormen immer im Blick auf die Frage, ob eine bestimmte, von den Parteien tatsächlich gewollte Rechtswirkung zulässig ist oder nicht. Deshalb ist immer zu bestimmen, welche Punkte des übereinstimmenden Willens für die Bestimmung der Vertragsart massgebend sind, um anschliessend festzustellen, welche Teile der Vereinbarung gültig und welche Teile ungültig sind. Dabei ist meist induktiv vorzugehen, indem aufgrund von einzelnen konkreten von den Parteien gewollten Rechtswirkungen auf das Bestehen einer bestimmten Vertragsart geschlossen wird. Welche einzelnen Regeln dafür herangezogen werden können, hängt von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. Es darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber mit zwingenden Bestimmungen den Parteien gerade aufdrängen wollte, bei Vorliegen einer bestimmten Vertragsart eine bestimmte Frage in einer vorgegebenen Art zu regeln. Wenn die

² Vgl. dazu **BUCHER**, N. 114 ff. zu Art. 27 ZGB.

³ **BUCHER**, N. 124^{bis} zu Art. 27 ZGB.

⁴ Art. 18 OR.

Parteien nun diese Frage anders geregelt haben, darf daraus nicht schon geschlossen werden, dass die entsprechende Vertragsart nicht gegeben sei.

2. Arbeitsvertrag?

a. Abgrenzungskriterien

2.7. Ausgangspunkt für die Abgrenzung bildet die Legaldefinition des Arbeitsvertrages. Dieser sind **vier konstitutive Elemente** zu entnehmen: Der Arbeitsvertrag setzt eine *Arbeitsleistung* voraus. Die Arbeitsleistung wird *auf Zeit* und *gegen Entgelt* erbracht und schliesslich hält Art. 319 Abs. 1 OR vor, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Dienste des Arbeitgebers zu erbringen hat. Damit drückt das Gesetz das Erfordernis eines *Subordinationsverhältnisses* aus⁵.

2.8. Wenn auch die **Arbeitsleistung** eine zwingende Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt eine Arbeitsleistung vorliegen kann, so taugt sie dennoch kaum zur Abgrenzung gegenüber anderen Verträgen auf Arbeitsleistung. Es ist nämlich unbestritten, dass der Einzelarbeitsvertrag nicht der einzige Vertrag auf Arbeitsleistung darstellt⁶. Deshalb kann aus dem Vorliegen einer Pflicht zu einer Arbeitsleistung noch nicht auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden, selbst wenn die eine Partei sich verpflichtet die Arbeitsleistung *persönlich* zu erbringen. Dabei ist beispielsweise an den Auftrag zu denken, mit dem ein Patient einen berühmten Arzt verpflichtet, ihn zu operieren. Auch hier wird in aller Regel der beauftragte Arzt persönlich handeln müssen, es liegt aber kein Arbeitsvertrag vor.

2.9. Wenig hilfreich ist auch das **Zeitelement**. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich beim Arbeitsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Das sind aber auch die meisten anderen Verträge auf Arbeitsleistung. Nur beim Werkvertrag fehlt in aller Regel das Zeitelement⁷, nicht aber bei den anderen Vertragsarten auf Arbeitsleistung.

2.10. Auch das Erfordernis eines **Entgelts** hilft im vorliegenden Fall nicht weiter. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung sieht ohne jeden Zweifel eine Entschädigung vor.

2.11. Damit bleibt als entscheidendes Kriterium nach Lehre⁸ und Rechtsprechung⁹ die **Unterordnung**. Allerdings kann sich auch dieses Kriterium im Zusammenhang mit leitenden Angestellten, namentlich wenn diesen gleichzeitig Organstellung bei einer juristischen Person zukommt¹⁰, als heikel erweisen. Die rechtliche Subordination lässt sich grundsätzlich in drei Unterkategorien unterteilen, nämlich in die *betriebliche*, die *persönliche* und die *wirtschaftliche* Subordination¹¹. Zentrale Bedeutung kommt dabei grundsätzlich dem Weisungsrecht des Arbeitgebers zu.

2.12. Die **betriebliche Subordination** besteht in der Integration des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers. Diese erschöpft sich nicht in der Zuweisung einer bestimmten Stelle. Es geht vielmehr um weitere, die *Arbeitsleistung determinierende Elemente*¹². Eine abschliessende Aufzählung dieser Elemente ist nicht möglich. Zu denken ist aber insbesondere an die Zuweisung eines bestimmten Arbeitsortes, einer festen Arbeitszeit, bestimmter Pro-

⁵ BBl. 1967 II 294 f.; GERBER, S. 121; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 23.

⁶ GERBER, S. 62 ff.; GEISER, Neue Arbeitsformen, Rz. 2.20. ff.

⁷ STREIFF/VON KAENEL, N. 4 zu Art. 319 OR; GERBER, S. 120; ROMMÉ, S. 45 f.

⁸ BRÜHWILER, N. 10b f. zu Art. 319 OR; FELLMANN, S. 179; GAUTSCHI, N. 62b zu Art. 394 OR; HOFSTETTER, S. 19; REHBINDER, N. 6 ff., N. 48 f. und 52 ff. zu Art. 319; STAEHELIN, N. 27, 38, 46 und 49 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 4 und 6 zu Art. 319 OR; WYLER, S. 42.

⁹ BGE 112 II 46; 107 II 432; 126 III 78; TATI in: JAR 1999, S. 97 und die bei ROMMÉ, S. 21, FN 5 aufgeführten weiteren Entscheide.

¹⁰ MÜLLER, AJP 2001, S. 1367 ff.

¹¹ GREMPER, S. 7 f.; SANER, S. 63 f.; GERBER, S. 121 ff.

¹² GERBER, S. 122.

duktionsmittel oder an die Koordination von Arbeitsleistungen mehrerer Arbeitnehmer sowie gewisser Kontrollbefugnisse.¹³

2.13. Allerdings ist **keines** dieser Elemente für die Bestimmung eines Arbeitsvertrages **hinreichend oder notwendig**. Es ist unschwer nachweisbar, dass es Arbeitsverträge gibt, bei denen einzelne dieser Elemente fehlen. So kann beispielsweise vorgesehen sein, dass die Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer bestimmt wird¹⁴ oder dieser den Arbeitsort frei wählen kann¹⁵. Andererseits liegt es auf der Hand, dass sogar bei Werkverträgen Ort und Zeit der Verrichtung vorgegeben sein kann, wenn das Werk in einem fremden Betrieb zu erstellen oder dort eine Reparatur auszuführen ist.

2.14. Von daher wird in der Lehre die Meinung vertreten, das **entscheidende Kriterium sei die persönliche Subordination**¹⁶. Damit wird die Unterstellung des Arbeitnehmers unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers indiziert¹⁷. Dabei kann einerseits zwischen *Ziel-, Fach- und Verhaltensanweisungen* und andererseits zwischen *sachlichen und persönlichen Weisungen* unterschieden werden¹⁸. Die persönlichen Verhaltensanweisung wird als Ausdruck der Fremdbestimmtheit der Arbeit und damit als *das* entscheidende Unterscheidungskriterium angesehen¹⁹.

2.15. Auch diese Aussage vermag allerdings nicht alle Unschärfen zu beseitigen. Dabei ist nicht einmal entscheidend, dass - wie **GERBER** selber festhält²⁰ - ein Arbeitsvertrag das Arbeitsverhältnis bereits derart determinieren kann, so dass sich Weisungen erübrigen. Vielmehr übersieht diese Betrachtungsweise, dass es persönliche Verhaltensweisungen ohne weiteres auch in anderen Vertragsarten geben kann. Zu denken ist wiederum beispielsweise an Reparaturarbeiten in einem fremden Betrieb. Das Zusammenwirken mit dem laufenden Betrieb kann es erfordern, dass die Personen, welche die Reparatur beispielsweise aufgrund eines Werkvertrages ausführen, sich genauen Verhaltensregeln zu unterziehen haben. Insofern ist kein einziges Kriterium determinierend²¹.

2.16. In der Literatur finden sich demgegenüber kaum Hinweise auf **weitere Kriterien**, obgleich solche ohne weiteres vorstellbar sind. Wohl mag es dogmatisch fraglich erscheinen, auf die Rechtswirkungen des Vertrages abzustellen, weil sich diese ja gerade aus der Qualifikation ergeben sollten. Aus Art. 18 OR folgt aber sehr wohl, dass darauf abzustellen ist, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Diesbezüglich am wirtschaftlichen Ergebnis vorbeizuziehen, bedeutet aber den eigentlichen Zweck des Vertrages auszuklammern. Dabei versteht sich allerdings, dass die wirtschaftlichen Ziele sicher nie das einzige Kriterium zur Abgrenzung der abhängigen von einer selbständigen Arbeit sein können. Als Indiz mit anderen, bereits genannten Kriterien, können sie aber sehr wohl dienen.

2.17. Die abhängige Arbeit zeichnet sich dadurch aus, dass das Ergebnis dem Arbeitgeber zusteht, weil er die Arbeit organisiert und das **Betriebsrisiko** trägt²². Die Tätigkeit erfolgt in aller Regel mit seinen Produktionsmitteln und auch in seinem Namen²³. Von daher erhält die Frage Bedeutung, wem bei einem Handelsgeschäft sowohl die Ware wie auch das Geld ge-

¹³ GERBER, S. 122.

¹⁴ Zeitsouveränität beim Arbeitnehmer: z.B. Gleitzeitarbeit.

¹⁵ Z. B. bei der Heimarbeit.

¹⁶ GERBER, S. 124.

¹⁷ STAMM, S. 5 ff.

¹⁸ STAEHELIN, N. 9 ff. zu Art. 321d OR; SANER, S. 64; REHBINDER, N. 18 ff. zu Art. 321d OR BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, N. 1 zu Art. 321d OR; DANIEL BRAND/LUCIUS DÜRR/BRUNO GUTKNECHT/PETER PLATZER/ADRIAN SCHNYDER/CONRAD STAMPFLI/ULRICH WANNER, N. 6 zu Art. 321d OR.

¹⁹ Gerber, S. 129.

²⁰ Gerber, S. 124 f.

²¹ Was ROMMÉ, in seiner Arbeit über 380 Seiten stringent nachweist, ohne allerdings einen Ausweg aufzuzeigen.

²² GEISER, Neue Arbeitsformen, S. 73.

²³ Vgl. dazu GERBER, S. 132 ff.

hört, das eingenommen wird. Bei sportlichen Anlässen kann sich hier die Frage stellen, wer über die Auswertungsrechte verfügt. Auch der Geldfluss kann ein Indiz für die Abgrenzung sein: Der Arbeitnehmer erhält grundsätzlich Lohn vom Arbeitgeber. Die Einnahmen des Geschäfts gehen dafür an diesen. Das Geld fließt rechtlich somit vom Arbeitgeber zum Arbeitnehmer. Wenn die Einnahmen demgegenüber dem Arbeitenden gehören und er der anderen Vertragspartei daraus eine bestimmte Provision bezahlt, spricht dies eher gegen einen Arbeitsvertrag. Allerdings liegt es auf der Hand, dass es sich im Einzelfall auch umgekehrt verhalten kann.

b. Anwendung auf den Sportlervvertrag

2.18. Keine grossen Schwierigkeiten bieten die **Entgeltlichkeit** und das **Zeitelement**. Es ist regelmässig eine Entlohnung vereinbart, welche meist aus einem Grundgehalt und Prämien besteht. Der Vertrag wird beim Mannschaftssport zwingend über eine längere Zeit abgeschlossen, weil der Spieler ja in die Mannschaft eingegliedert werden muss. Es erfolgt vor dem eigentlichen Einsatz ein Training, welches über längere Zeit dauert.

2.19. Der **Begriff der Arbeit** ist beim Arbeitsvertrag genügend weit, um auch Tätigkeiten zu erfassen, welche für andere als Freizeitbeschäftigung gelten. Andernfalls könnte auch bei einem Gärtner kein Arbeitsvertrag bestehen.

2.20. Beim Mannschaftssport bietet auch die **Unterordnung** regelmässig kein Problem. Der einzelne Sportler kann seine Leistung nicht alleine erbringen. Er muss sich in die Mannschaft eingliedern und den Weisungen des Trainers unterordnen. Selbst im Spiel sind die Spieler relativ weitgehend an die Anweisungen des Trainers gebunden. Überdies besteht regelmässig auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit, weil der Club über die Einnahmen verfügt und das Training und das Spiel auch in wirtschaftlicher Hinsicht trägt.

2.21. Es wird immer wieder geltend gemacht, der Vertrag zwischen einem Sportler und seinem Club weise zu viele Besonderheiten auf, als das es sich um einen Arbeitsvertrag handeln könne. Dabei wird aber übersehen, dass heute der so genannt typische Arbeitsvertrag mit festen Arbeitszeiten und einem festen Monatslohn und klaren Weisungen der Arbeitgeberin die Ausnahme bildet. Typischer Weise findet sich beim Arbeitsverhältnis eine flexible Arbeitszeit und variabler, erfolgsabhängiger Lohn. Insofern kann der Vertrag zwischen dem Sportler und dem Verein jedenfalls beim Mannschaftssport als geradezu typischen Arbeitsvertrag bezeichnet werden.

III. Arbeitszeiten

3.1. Das Arbeitsvertragsrecht überlässt es den Parteien, die Arbeitszeit festzusetzen. **Maximale Arbeitszeiten** ergeben sich nicht aus dem Vertragsrecht, sondern sind im öffentlichen Recht, namentlich im Arbeitsgesetz²⁴, zu finden²⁵. Es sind deshalb immer beide Regelungen zu beachten.

1. Vertragliche Regelung

a. Generelle Arbeitszeit

3.2. Das Arbeitsvertragsrecht lässt den Parteien einen sehr grossen Freiraum zur Ausgestaltung der Arbeitszeiten. Diese können auch sehr flexibel gestaltet werden. Es sind nur wenige **Schranken** zu beachten. Sie ergeben sich einerseits aus dem Wesen des Arbeitsvertrags, nämlich der Verpflichtung zur Arbeitsleistung und nicht zu einem Arbeitserfolg. Andererseits ist zu beachten, dass die Bestim-

²⁴ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG) [SR 822.11].

²⁵ Maximale Arbeitszeiten können auch in Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen sein.

mung über die Leistung von Überstunden²⁶ absolut zwingend ist²⁷. Damit wird namentlich die Möglichkeit tangiert, die Arbeit im Sinne einer Bedarfsorientierung variabel auszugestalten. Die Bedarfsorientierung kann einerseits nach dem Umfang und andererseits nach der Lage der Arbeitszeit erfolgen.

3.3. Eine Bestimmung des **Umfangs** der Arbeitszeit ist im voraus unerlässlich, damit überhaupt ein Arbeitsvertrag vorliegt. Der Umfang braucht allerdings nicht in Stunden festgesetzt zu werden. Ist im voraus bekannt, wie viel Zeit ungefähr eine bestimmte Arbeit erfordert, kann die Arbeitszeit auch nach der zu leistenden Arbeit bestimmt werden. So ist es beispielsweise möglich, das Mass der Arbeit nach zu betreuenden Weinstöcken zu bemessen²⁸. Nicht genügend bestimmt ist demgegenüber die Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer sich *verpflichtet*, seine Arbeitszeit nach Bedarf zur Verfügung zu stellen, ohne dass eine Minimaldauer festgesetzt wird²⁹. Wenn eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zu den einzelnen Einsätzen besteht, kann nicht von einem zulässigen (umfangmässig *unbestimmten*) Rahmenarbeitsvertrag ausgegangen werden, der die einzelnen selbständigen (umfangmässig bestimmten) Einsätze verbindet. Daran muss schliesslich auch eine völlig freie Ausgestaltung einer kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit (sog. KAPOVAZ) scheitern³⁰. **Art. 321c Abs. 1 OR** zeigt aber deutlich, dass eine gewisse Kapazitätsorientierung zulässig ist. Der Arbeitnehmer ist zu Mehrarbeit verpflichtet, soweit diese sich als notwendig erweist und dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Obgleich die Bestimmung bei den absolut zwingenden Normen eingereiht ist, können die Parteien die Frage der *Zumutbarkeit* durch vertragliche Vereinbarungen beeinflussen. Im Arbeitsvertrag kann festgehalten werden, dass mit Überstunden in einem bestimmten Umfang gerechnet werden muss und wann ungefähr sie anfallen werden. Der Arbeitnehmer kann sich dann entsprechend organisieren, so dass ihm die Leistung der Überstunden eher zumutbar ist. Richtet er sich darauf nicht ein, verletzt er seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag.

3.4. Die Lehre ist sich darüber einig, dass die **Notwendigkeit** von Überstunden auch gegeben sein kann, wenn der entsprechende erhöhte Arbeitsanfall voraussehbar war³¹. Zudem genügt es, dass die Überstunden wegen eines erhöhten Arbeitsanfalls notwendig werden. Warum der Arbeitsanfall sich erhöht hat, ist demgegenüber weitgehend ohne Bedeutung. Hat der Arbeitgeber mehr Aufträge angenommen, als mit der ordentlichen Arbeitszeit zu bewältigen ist, sind die Überstunden im Sinne von Art. 321c Abs. 1 OR notwendig. Eine Kapazitätsorientierung ist insoweit zulässig. Es ist damit möglich in einem Arbeitsvertrag ein Mindestmass an Arbeitszeit mit der Vereinbarung vorzusehen, dass regelmässig mit Überstunden gerechnet werden muss. Umso konkreter der Anfall der Überstunden im Vertrag objektiviert werden kann, umso eher ist es dem Arbeitnehmer zumutbar, die entsprechenden Überstunden dann auch zu leisten.

3.5. Das Arbeitsvertragsrecht lässt es zudem zu, die **Lage der Arbeitszeit variabel** auszugestalten. Allerdings fragt sich, wieweit Arbeitsbereitschaft im Sinne einer Rufbereitschaft als Arbeitszeit anzurechnen und damit auch zu entlönnen ist³². M. E. lässt sich die Frage nicht generell beantworten, sondern es ist im Einzelfall danach zu differenzieren, wie stark die Rufbereitschaft den Arbeitnehmer in seiner Lebensgestaltung einschränkt.

3.6. Eine Flexibilität der Arbeitszeiten ergibt sich beim Sport wohl deshalb, weil das Trainingsbedürfnis nicht immer vorauszusehen ist, so dass mehr oder weniger Einsätze möglich sein können. Zudem ist bei Meisterschaften auch nicht immer im Voraus bekannt, wie viele Spiele eine Mannschaft zu bestreiten hat, weil dies vom Spielausgang abhängt. Zudem sind die Arbeitszeiten nicht regelmässig, sondern Saison abhängig. Wann gearbeitet wird und wann nicht, wird regelmässig durch den Arbeitgeber bestimmt werden. Von daher liegt auch bei ihm die Zeitsouveränität und nicht beim Sportler. Es wird sich somit, soweit mehr Arbeit verlangt wird, als vertraglich vereinbart ist, um Überstunden und nicht um Gleitzeit handeln.

²⁶ Art. 321c Abs. 1 OR.

²⁷ Art. 361 OR.

²⁸ Vgl. BGE 107 II 431 ff.

²⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, N. 5 zur Teilzeitarbeit.

³⁰ A.M. REHBINDER, Arbeitsrecht, S. 50.

³¹ STAEHELIN, N. 7 zu Art. 321c OR.

³² Ablehnend offenbar: BRÜHWILER, N. 4 zu Art. 319 OR; bejahend: BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, N. 5 zur Teilzeitarbeit.

b. Freizeit und Feiertage

3.7. Das Gesetz regelt die Frage nicht, ob der pro Woche zu gewährende freie Tag und die üblichen freien Stunden *zu entlönnen* sind oder nicht³³. Demgegenüber ist *das Gewähren* der entsprechenden freien Zeit zwingend vorgeschrieben. Soweit öffentlichrechtliche Arbeitsverbote an Sonn- und Feiertagen bestehen, gelangen diese häufig unabhängig vom Vertragsverhältnis zur Anwendung, weil sie nicht dem Arbeitnehmerschutz, sondern der Sonntagsruhe dienen.

3. Ferien

3.8. Liegt ein **eigentlicher Arbeitsvertrag** vor, sind die Ferien nach Art. 329a ff. OR tatsächlich zu gewähren, und es ist für die entsprechende Zeit Lohn zu bezahlen. Die Bestimmungen sind relativ zwingend. Die Abgeltung der Ferien in Geld ist grundsätzlich auch bei einer Teilzeitarbeit nicht zulässig³⁴. Sie ist in der Regel nur möglich, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird³⁵. Bei unregelmässigen Beschäftigungen innerhalb eines Arbeitsvertrages lässt die Praxis unter restriktiven Voraussetzungen die Abgeltung des Ferienanspruchs zu³⁶. Die Abgeltung steht in jedem Fall unter der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer die Ferien dennoch tatsächlich beziehen kann³⁷. Sie betrifft somit immer nur den Ferienlohn und die Frage, ob die Ferien während der Dauer des Arbeitseinsatzes oder nur ausserhalb bezogen werden können.

3.9. Die Gewährung von Ferien wird beim Sportlervvertrag regelmässig keine Schwierigkeiten bereiten. Der **Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt**. Es ist von daher ohne weiteres möglich, die Ferien auf jene Zeiten zu legen, in denen Saisonal weder Spiele noch ein Training stattfindet. Diese Zeiten werden regelmässig genügend lange sein, um den gesamten Ferienanspruch ausschöpfen zu können.

2. Arbeitsgesetz

a. Anwendbarkeit

3.10. Zu Unterscheiden ist zwischen dem Betrieblichen und dem Persönlichen Anwendungsbereich. Zudem ist der örtliche Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes zu beachten, da sowohl Meisterschaften wie auch das Training im Ausland stattfinden kann.

3.11. Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar³⁸. Der Begriff des Betriebes ist im ArG bewusst sehr weit gefasst. Als "Betrieb" gilt jede Arbeitsorganisation, in der mindestens ein Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt wird³⁹. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass der Betrieb im Sinne des ArG mit dem Arbeitgeber identisch ist⁴⁰. Es ist sehr wohl Möglich, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Betriebsinhaber sondern mit einem Dritten besteht, wie beispielsweise bei der Leiharbeit⁴¹. Der Betrieb ist dann jenes Unternehmen, welches die Direktionsgewalt ausübt, das die Arbeit organisiert⁴². Das kann somit neben dem den Sportler beschäftigenden Sportclub auch die Organisation sein, welche ein Turnier organisiert.

3.12. Es besteht dann allerdings ein komplexes System von Ausnahmen. Zum teil sind ganze Arten von Betrieben bzw. Wirtschaftszweige ausgenommen⁴³. Diese Ausnahmen betreffen allerdings nicht den Sport. Wichtiger sind die **Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich**⁴⁴. Hier werden namentlich Arbeitnehmer ausgenommen, welche gewisse künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeiten ausüben. Die sportliche Betätigung ist hier aber unter den

³³ VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 180 f.; STREIFF/VON KAENEL, N. 5 zu Art. 329 OR.

³⁴ Vgl. BGE 107 II 433.

³⁵ Art. 329d Abs. 2 OR.

³⁶ 131 III 454 f.; 129 III 493 ff.; Bundesgericht: JAR 1991, S. 189 f.; JAR 1988, S. 301 f.; für Einzelheiten vgl. VISCHER, Arbeitsvertrag, S. 186 ff.

³⁷ GEISER, AJP 1995, S. 559.

³⁸ Art. 1 ArG.

³⁹ Vgl. GEISER, N. 7 zu Art. 1 ArG.

⁴⁰ In diese Richtung aber ZWAHLEN, Kommentar-Hug, Art. 1 N. 11.

⁴¹ MÜLLER, ArG, Art. 1 Abs. 2 N. 1.

⁴² CANNER/SCHOOP, Art. 1 N. 6.

⁴³ Art. 2 ArG.

⁴⁴ Art. 3 ArG.

Ausnahmen nicht aufgeführt. Sportler werden regelmässig auch nicht eine "höhere leitende Tätigkeit"⁴⁵ ausüben. Das kann aber allenfalls auf einen Trainer zutreffen. Es ergibt sich somit, dass das **Arbeitsgesetz auf das Arbeitsverhältnis eines Mannschaftssportlers anwendbar** ist. Das ist insbesondere für die Arbeitszeiten von Bedeutung.

3.13. Es bleibt aber zu prüfen, wie es sich verhält, wenn ein **Tournier oder ein Training im Ausland** stattfindet. Das Arbeitsgesetz selber regelt seinen örtlichen Anwendungsbereich nur sehr rudimentär. Art. 1 Abs. 3 ArG behandelt den Fall, dass ein Arbeitnehmer für einen im Ausland gelegenen Betrieb in der Schweiz arbeitet. Die Bestimmung schreibt für diese Fälle eine Anwendung des schweizerischen ArG vor, „soweit dies nach den Umständen möglich ist“⁴⁶. Demgegenüber ist der umgekehrte Fall, nämlich die Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Ausland durch einen Betrieb in der Schweiz, nicht ausdrücklich geregelt⁴⁷. Ebenfalls nicht geregelt sind die beiden Selbstverständlichkeiten, nämlich dass das ArG uneingeschränkt zur Anwendung gelangt, wenn ein schweizerischer Betrieb Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigt und grundsätzlich keinerlei Anwendung findet, wenn die Arbeitnehmer eines ausländischen Betriebes im Ausland tätig sind.

3.14. Entscheidend bleibt die Frage, wie es sich mit der Anwendung des ArG verhält, wenn ein **schweizerischer Arbeitgeber seine (schweizerischen) Arbeitnehmer im Ausland einsetzt**. Was aus dem diesbezüglichen Schweigen des Gesetzes abzuleiten ist, bleibt in der Lehre umstritten. Teilweise wird nur festgehalten, das ArG finde keine Anwendung auf Arbeitnehmer von schweizerischen Betrieben, die im Ausland beschäftigt werden. Auf diese sei vielmehr je nach den Regeln des ausländischen Rechts dieses anwendbar⁴⁸. Differenzierter vertritt demgegenüber **ZWAHLEN**⁴⁹ die Meinung, dass auch für diesen Fall das ArG anwendbar sei, soweit die Möglichkeit der Durchsetzung bestehe⁵⁰. Überdies sei beim Entscheid über die Anwendbarkeit allfälligen internationalen Übereinkommen, örtlichen Lebensbedingungen und Arbeitsgewohnheiten Rechnung zu tragen⁵¹. In der Tat muss wohl differenziert werden⁵²:

- Die Bestimmungen über die Bewilligungen und die behördlichen Kontrollen können auf Grund des Territorialitätsprinzips⁵³ nur in der Schweiz Anwendung finden. Ein behördliches Handeln im Ausland ist nicht zulässig⁵⁴.
- Was die Regeln über die Arbeitszeiten und den Gesundheitsschutz betrifft, gibt es diverse Gründe, warum eine Anwendbarkeit auch bei einer Tätigkeit im Ausland sehr wohl möglich ist⁵⁵. Namentlich soweit es sich um Normen handelt, welche ebenso gut Gegenstand einer vertraglichen Pflicht sein könnten, besteht kein Grund diese nicht anzuwenden, wenn auf das Arbeitsverhältnis an sich schweizerisches Recht anwendbar ist⁵⁶.
- Allerdings sind immer auch die ausländischen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu beachten. Sie können ihre Anwendung verlangen, selbst wenn das Arbeitsverhältnis schweizerischem Recht untersteht. Aus dieser Doppelspurigkeit des Schutzes können sich im Einzelfall gewisse Schwierigkeiten ergeben.

⁴⁵ Art. 3 Bst. d ArG.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 3 ArG.

⁴⁷ MÜLLER, ArG, Art. 1 Abs. 3.

⁴⁸ BIGLER, Art. 1 N. 6.

⁴⁹ ZWAHLEN, Kommentar-Hug, Art. 1 N. 25.

⁵⁰ So auch TRUTMANN, ArbR 1986, 74 f.

⁵¹ ZWAHLEN, Kommentar-Hug, Art. 1 N. 25.

⁵² Vgl. dazu ausführlich: GEISER, N. 21 ff. zu Art. 1 ArG.

⁵³ Vgl. GEISER, N. 23 f. zu Art. 1 ArG.

⁵⁴ Vgl. GEISER, N. 47 f. zu Art. 1 ArG.

⁵⁵ GEISER, N. 40 ff. zu Art. 1 ArG.

⁵⁶ GEISER, N. 26 ff. zu Art. 1 ArG.

b. Inhaltliche Regelung

3.15. Im vorliegenden Zusammenhang von zentraler Bedeutung sind die Bestimmungen über die Arbeitszeiten. Das Gesetz regelt einerseits die wöchentliche Höchstarbeitszeit⁵⁷ und andererseits bestimmte Tageszeiten und Tage, an denen grundsätzlich nicht gearbeitet werden darf, somit auch die Lage der Arbeitszeiten.

3.16. Mangels besonderer Regelung gilt bei den Sportlern als **Maximalarbeitszeit die 50 Stunden Woche**⁵⁸. Diese einzuhalten, dürfte in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten. Zu beachten ist allerdings, dass auch Wartezeiten und Reisezeiten als Arbeitszeiten gelten, letztere sofern die Arbeit an einem andern als dem gewöhnlichen Arbeitsort zu verrichten ist⁵⁹. Probleme können sich somit ergeben, wenn die Sportler zu einem Austragungsort reisen müssen. Überzeiten sind möglich, sie müssen aber zwingend zusätzlich abgegolten werden, wenn sie nicht innert angemessener Zeit in Freizeit ausgeglichen werden können⁶⁰.

3.17. Für den Wettkampfbetrieb wichtiger als die maximalen Arbeitszeiten dürfte das Nacht⁶¹- und das Sonntagsarbeitsverbot⁶² sein. Entsprechend ist - grundsätzlich - die Beschäftigung von Sportlern zwischen 23 und 6 Uhr⁶³ sowie den ganzen Sonntag verboten. Allerdings kann eine Verschiebung des Verbotes von 24 bis 7 Uhr erfolgen. Damit sollte in der Regel auch den Bedürfnissen des Sports hinreichend Rechnung getragen werden. Das Problem bleibt aber das Sonntagsarbeitsverbot. Soll ausnahmsweise am Sonntag gearbeitet werden, braucht es dafür eine Bewilligung.

3.18. Das Arbeitsgesetz gestattet es dem Bundesrat auf dem **Verordnungsweg Sonderregelungen für gewisse Gruppen von Betrieben** aufzustellen⁶⁴. Er hat in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz davon Gebrauch gemacht. So bestehen beispielsweise Ausnahmen für Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen sowie Nachrichten- und Bildagenturen, wenn diese über Sportanlässe berichten⁶⁵. Die gleiche Ausnahme gilt auch für Fernseh- und Radiobetriebe⁶⁶. Ausnahmeregelungen gelten auch für die in Sport- und Freizeitanlagen mit der Bedienung, Betreuung und Anleitung der Kunden sowie mit dem Unterhalt der Anlagen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen⁶⁷. Ein grosser Vorteil für die Fussballspiele ist, dass es auch erweiterte Einsatzmöglichkeiten für das Bewachungs- und Überwachungspersonal gibt⁶⁸. Demgegenüber gibt es zwar für Berufsmusiker⁶⁹, Berufstheater⁷⁰, Zirkusbetriebe⁷¹ und Schaustellbetriebe⁷² sowie Museen- und Ausstellungsbetriebe⁷³ Ausnahmen, nicht aber für die Sportbetriebe und die dort beschäftigten Wettkampfsportler. Sollen die Wettkämpfe nicht ausschliesslich mit den Betreibern der Freizeitanlage und dem Wachpersonal sowie dem Publikum - das nicht arbeitet -, sondern auch mit den Sportlern stattfinden, müssen sich diese Unternehmen an die Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes halten.

⁵⁷ Insb. Art. 9 ArG.

⁵⁸ Art. 9 Abs. 1 Bst. b ArG.

⁵⁹ Art. 13 ArGV 1; vgl. VON KAENEL, N. 14 zu Art. 9 ArG.

⁶⁰ Art. 13 ArG.

⁶¹ Art. 16 ArG.

⁶² Art. 18 ArG.

⁶³ Art. 10 ArG.

⁶⁴ Art. 27 ArG.

⁶⁵ Art. 30 Abs. 2 ArGV 2.

⁶⁶ Art. 31 Abs. 3 ArGV 2.

⁶⁷ Art. 40 ArGV 2.

⁶⁸ Art. 45 ArGV 2.

⁶⁹ Art. 35 ArGV 2.

⁷⁰ Art. 36 ArGV 2.

⁷¹ Art. 38 ArGV 2.

⁷² Art. 39 ArGV 2.

⁷³ Art. 44 ArGV 2.

IV. Beendigung

4.1. Arbeitsverträge begründen ein Dauerschuldverhältnis. Ein solches muss auch wieder aufgelöst werden können. Ein Arbeitsvertrag ist deshalb immer entweder von vornherein befristet⁷⁴ oder er kann von beiden Parteien gekündigt werden⁷⁵. Für eine Kündigung bedarf es nach schweizerischem Recht keines besonderen Grundes. Es gibt nur gewisse Gründe, die unzulässig sind⁷⁶. Selbst beim Vorliegen eines solchen Grundes ist die Kündigung aber gültig und beendet das Arbeitsverhältnis. Er führt nur dazu, dass die kündigende Partei der anderen eine Strafzahlung schuldet⁷⁷. Diese Regelung bereitet im Sport keinerlei besondere Schwierigkeiten. Etwas anders sieht es mit den Kündigungsfristen aus. Will sich ein Sportclub von einem Spieler trennen, so will er das in der Regel sofort. Der Einsatz eines gekündigten Spielers in einem Wettkampf gilt offenbar als nicht opportun. Auch das ist allerdings nichts Besonderes. Vielmehr besteht dieses Problem auch in anderen Wirtschaftszweigen. Das Arbeitsvertragsrecht kennt dafür auch das Institut der Freistellung. Der Arbeitnehmer hat - wie noch zu zeigen ist - grundsätzlich keinen Anspruch darauf, während der Kündigungsfrist weiter beschäftigt zu werden. Er hat in soweit bloss einen Anspruch auf Lohn.

4.2. Das gilt grundsätzlich auch im Sport. Anders sieht es nur aus, wenn die Kündigungsfrist lange ist. Dann besteht nämlich die Gefahr, dass der Sportler mangels Einsatz aus dem Training kommt und damit sein sportliches und wirtschaftliches Fortkommen beeinträchtigt wird. Hier kann eine Freistellung die Persönlichkeit in unzulässiger Weise verletzen. Dieser Schwierigkeit kann aber dadurch begegnet werden, dass unter Bezahlung des vollen Lohnes das Arbeitsverhältnis einvernehmlich per sofort beendet wird. Dadurch kann der Arbeitnehmer sich an einem anderen Ort, namentlich bei der Konkurrenz, weiterhin seinem Sport widmen. Genau das versuchen Sportverbände aber immer wieder mit den **Regeln über den Spielertransfer** zu verhindern. Diese Regeln drohen mit den arbeitsrechtlichen Bestimmungen in Konflikt zu geraten.

4.3. Es stellt sich einerseits die Frage, ob es zulässig ist, mittels langfristiger Verträge einen Arbeitnehmer zu binden und ihm gleichzeitig von Anfang an in Aussicht zu stellen, beim Zahlen einer bestimmten Summe den Vertrag aufzulösen. Andererseits muss geprüft werden, ob eine solche Summe rechtlich überhaupt abgesichert werden kann.

1. Persönlichkeitsschutz

4.4. Gemäss **Art. 328 Abs. 1 OR** hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Damit trifft ihn auch die Pflicht, Rücksicht auf das weitere berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu nehmen. Das hat im vorliegenden Zusammenhang zwei Konsequenzen: Zum einen darf der Arbeitsplatzwechsel nicht übermässig erschwert und behindert werden. Zum andern trifft den Arbeitgeber auch eine gewisse Pflicht, die beruflichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers zu wahren und zu schützen.

4.5. Aus letzterem kann sich nach Lehre⁷⁸ und Rechtsprechung⁷⁹ ein **Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung** ergeben. Gerade ein Sportler ist darauf angewiesen, dass er in qualifizierten Teams spielen kann⁸⁰. Der Arbeitgeber darf deshalb nicht mit einer Freistellung von der Arbeitspflicht und einem Beharren auf dem Vertrag einen Sportler an der Ausübung seines Sportes hindern. Werden durch ein entsprechendes Verhalten die In-

⁷⁴ Art. 334 OR.

⁷⁵ Art. 335 ff. OR.

⁷⁶ Art. 336 OR.

⁷⁷ Art. 336a OR.

⁷⁸ STREIFF/VON KAENEL, N. 17 zu Art. 319 OR; STAEHELIN, N. 14 zu Art. 319 OR; REHBINDER, N. 11 f. zu Art. 328 OR.

⁷⁹ BGE 87 II 143; 99 Ib 133.

⁸⁰ Vgl. BGE 102 II 220.

teressen des Spielers in vitaler Weise betroffen, ergibt sich die Rechtswidrigkeit bereits aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz⁸¹, so dass selbst gegen eine Person vorgegangen werden kann, die nicht durch den Arbeitsvertrag gebunden ist⁸². Das war auch der Grund, warum das Bundesgericht die frühere Regelung mit den klassischen Transferzahlungen durch das Bundesgericht als unzulässig erklärte und auf hobgehoben worden ist⁸³. Im vertraglichen Rahmen von Art. 328 OR trifft den Arbeitgeber eine erhöhte Verpflichtung für das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu sorgen. Die Parteien stehen sich nicht wie unabhängige Dritte gegenüber. Mit Begründung des Arbeitsverhältnisses übernimmt der Arbeitgeber vielmehr die Nebenpflicht, auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in besonderem Masse Rücksicht zu nehmen. Ein Verhalten des Arbeitgebers kann eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellen, auch wenn diese, ausgehend von einer Drittperson, als es-rechtmässig erschiene, wenn es von einer Drittperson ausginge⁸⁴.

4.6. Aus dem diesem-Anspruch auf Beschäftigung kann nun allerdings m.E. **nicht schon eine Unzulässigkeit** der fraglichen aArbeitsvertraglichen Vereinbarung und Praxis **geschlossen werden**. Solange die Arbeitgeberin bereit ist, den Arbeitnehmer entweder tatsächlich zu beschäftigen, oder ziehen zu lassen, verletzt sie das genannte Recht nicht. Unter dem Gesichtswinkel des Beschäftigungsanspruchs wäre es allerdings unzulässig, die Vertragsauflösung ohne jede Zahlung zu verweigern, wenn die Arbeitgeberin gleichzeitig nicht bereit ist, den Spieler weiterhin tatsächlich spielen zu lassen. Der Spieler muss deshalb die Vertragsauflösung ohne Bezahlen einer Auslösungssumme bewirken können, wenn der Club ihn selber gar nicht mehr einsetzen will.

4.7. Der Anspruch auf **Stellenwechsel** hat im Arbeitsvertragsrecht eine **ausdrückliche Regelung** gefunden⁸⁵. Dafür braucht nicht direkt auf die Fürsorgepflicht zurückgegriffen zu werden. Die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen hat aber im Lichte der Fürsorgepflicht zu erfolgen. Die Fürsorgepflicht erfasst nicht nur den Schutz vor Beeinträchtigungen des wirtschaftlichen Fortkommens. Der Arbeitgeber hat vielmehr die **Persönlichkeit des Arbeitnehmers umfassend zu schützen**⁸⁶. Es fragt sich, ob die Praxis der Transferzahlungen bzw. Auslösesummen den einzelnen Sportler in seiner Menschenwürde herabsetzt und deshalb als unzulässig anzusehen ist. Einer solchen Argumentation haftet der grundsätzliche Makel an, dass aus einem sehr abstrakten Grundsatz eine sehr konkrete Folge gezogen werden soll. Es muss eine Wertung vorgenommen werden. Soll diese nicht bloss nach subjektiven Gesichtspunkten erfolgen, muss sie sich auf gesetzgeberische Entscheide stützen können. Von daher sollte es sich eigentlich um nichts anderes als um eine zusammenfassende Würdigung der einzelnen gesetzlichen Regelungen handeln. Ich erlaube mir dennoch einige allgemeine Ausführungen.

4.8. Mit den Transfersummen entsteht ein eigentlicher Handel mit Spielern. Es fragt sich, ob diese damit zu einer blossen Sache herabgewürdigt werden und ihre **Menschenwürde verletzt** wird. Eine entsprechende Vereinbarung könnte als persönlichkeitsverletzend und damit nichtig angesehen werden⁸⁷. Dabei kann es hier nicht um eine Verletzung von Art. 27 ZGB gehen, weil aus dem Transfersystem keine übermässige Bindung folgt. Aus dem Arbeitsvertrag ergibt sich keine Verpflichtung des Arbeitnehmers einer Übertragung des Arbeitsvertrages auf einen anderen Club zuzustimmen. Die Möglichkeit des Arbeitsplatzwechsels ergeben

⁸¹ Art. 28 ff. ZGB.

⁸² BGE 120 II 371 mit Verweis auf PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, Rz. 550 ff.; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, Basel/Frankfurt 1992, Rz. 514; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Bern 1986, Rz. 579.

⁸³ BGE 102 II 212 ff.

⁸⁴ REHBINDER, N 4 zu Art. 328 OR.

⁸⁵ Art. 334 ff. OR (Regeln über Vertragsbeendigung) und Art. 340 ff. OR (nachvertragliches Konkurrenzverbot).

⁸⁶ Vgl. BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, N. 1 f. zu Art. 328 OR.

⁸⁷ Art. 19 Abs. 2 in Verb. mit Art. 20 OR; KRAMER, N. 208 f. zu Art. 19-20 OR.

sich aus den Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsvertrages. Mit der derzeitigen Ausgestaltung der Transferzahlungen scheint auch bei den Sportverbänden unbestritten, dass der bisherige Club den Spieler nicht daran hindern kann, einen anderen Arbeitsvertrag einzugehen, sofern das bisherige Arbeitsverhältnis beendet worden ist. Insofern könnte die Persönlichkeitsverletzung höchstens in einem Verstoss gegen Art. 28 ZGB gesehen werden. Die Herabminderung zu einer Handelsware wird als Ehrverletzung angesehen.

4.9. Eine solche Argumentation scheint mir allerdings heikel. Der Spieler lässt sich freiwillig auf diese Praxis ein und profitiert häufig auch mit Blick auf die teilweise hohen Löhne von diesem System. Aus einem abstrakten Grundsatz, der Menschenwürde, sollte nur in Extremfällen eine so konkrete Folgerung, wie die Nichtigkeit eines Vertrages abgeleitet werden. Eine Herabminderung der Ehre kann gegen den Willen der betroffenen Person als rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung ausschliesslich angesehen werden, wenn die **Einwilligung** als **unsittlich** zu bezeichnen ist. Die Unsittlichkeit wird aber nicht schon dadurch begründet, dass die Einwilligung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgte⁸⁸.

4.10. Die persönlichkeitschutzrechtliche Problematik liegt bei den entsprechenden Vereinbarungen vielmehr in der Gefahr einer **Fremdbestimmung des Stellenwechsels** und damit des wirtschaftlichen Fortkommens. Ob eine solche Fremdbestimmung tatsächlich vorliegt, ist aber eine Frage der konkreten Vertragsausgestaltung und der Praxis der Verbände. Zu untersuchen bleibt damit, wie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses von den Vertragsparteien ausgestaltet werden kann.

2. Feste Vertragsdauer

4.11. Die Verträge werden mit den Spielern in neuerer Zeit auf eine feste Dauer geschlossen. Befristete Verträge sind in der Schweiz zulässig, **ohne** dass es für die Befristung einer **besonderen Rechtfertigung bedürfte**. Eine Begründung ist in aller Regel nur zu verlangen, wenn befristete Arbeitsverträge aneinandergereiht werden und dadurch der mit den Kündigungsregeln verfolgte Sozialschutz umgangen wird⁸⁹.

4.12. Üblich scheint zur Zeit im Berufssport eine Periode von fünf Jahren zu sein⁹⁰. Eine solche Vertragsdauer ist rechtmässig. Aus Art. 334 Abs. 3 OR ist e contrario zu schliessen, dass eine feste Vertragsdauer von weniger als 10 Jahren grundsätzlich als zulässig angesehen werden muss⁹¹. Selbst mit Blick auf den besonders persönlichkeitsnahen Charakter der Arbeitsleistung beim Berufssportler lässt sich eine **fünfjährige Vertragsdauer nicht als übermässig bezeichnen**.

4.13. Vorliegend fragt sich allerdings, ob eine **Befristung wirklich von den Parteien gewollt** ist. Mit Blick auf die Aktivierung von Beträgen, welche nur realisiert werden können, wenn der Vertrag vor Erreichen des Endtermins aufgelöst wird, gehen die Parteien offenbar davon aus, dass eine vorzeitige Beendigung auch eintreten wird. Eine vorzeitige Auflösung ist ohne weiteres möglich und zulässig, wenn sich die Parteien auf einen Aufhebungsvertrag einigen. Einen solchen Aufhebungsvertrag scheinen die Parteien aber auch schon im Auge zu haben. Offenbar besteht bei den Parteien die Meinung, dass die Arbeitgeberin einem Aufhebungsvertrag zustimmen muss, wenn der Arbeitnehmer den Club wechseln will und die entsprechende Transfersumme bezahlt wird. Vorstellbar ist auch, in der Vereinbarung gar keine eigentliche Befristung zu erblicken, sondern die Vereinbarung eines späteren Leistungsverzichts gegen Entschädigung im Sinne einer Wandelpön nach Art. 160 Abs. 3 OR.

⁸⁸ TERCIER, Rz 626; GEISER, Persönlichkeitsverletzung Rz. 9.20.

⁸⁹ Vgl. dazu REHBINDER, N. 12 ff. zu Art. 334 OR.

⁹⁰ DALLÈVES, S. 131.

⁹¹ STAEHELIN, N. 27 zu Art. 334 OR.

a. Simulation

4.14. Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie nach dem **übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen**⁹². Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten⁹³. Eine Simulation liegt vor, wenn die Parteien bewusst eine bestimmte Vereinbarung dem Wortlaut nach vortäuschen, obgleich sie etwas anderes gewollt haben, und damit an diese Vereinbarung gar nicht gebunden sein wollen⁹⁴.

4.15. Als **simuliert** muss die Vereinbarung über eine feste Vertragsdauer angesehen werden, wenn die Parteien sich von vornherein darüber einig sind, dass der Arbeitnehmer auch vor Ablauf der festen Vertragsdauer das Arbeitsverhältnis beenden und ein neues Eingehen können soll, sofern ein bestimmter Betrag bezahlt wird. Diesfalls wird dem Arbeitnehmer vertraglich ein Auflösungsrecht (Kündigungsrecht) eingeräumt. Die feste Vertragsdauer ist nicht gewollt.

4.16. Liegt eine Simulation im genannten Sinn vor, so ist das dissimulierte Rechtsgeschäft unwirksam⁹⁵. Da hier das vorgetäuschte Geschäft nicht einfach nicht, sondern ein anderes Geschäft gewollt ist, handelt es sich um eine **Teilsimulation**, und das dissimulierte, tatsächlich von beiden Parteien gewollte Geschäft ist grundsätzlich wirksam⁹⁶. Allerdings bleibt zu prüfen, ob dieses zwingenden Bestimmungen widerspricht und deshalb seinerseits ungültig ist.

4.17. Ob eine Simulation in diesem Sinne vorliegt ist im **Einzelfall** aufgrund der gesamten Umstände zu **prüfen** und eine Frage der Beweiswürdigung. Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens und damit auch einer Simulation trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet⁹⁷. Im folgenden muss deshalb sowohl die Zulässigkeit eines tatsächlich befristeten entsprechenden Arbeitsvertrages wie auch eines solchen ohne gewollte Befristung untersucht werden.

4.18. Wird die **Transfersumme** in den Büchern des Clubs **aktiviert**, so lässt dies vermuten, dass die Parteien von einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages ausgehen. Die Summe kann nur realisiert werden, wenn der Vertrag vorzeitig aufgelöst wird. Verbleibt der Spieler bis zum Ende des Vertrages beim Club, müsste in den Büchern die Transfersumme bis null abgeschrieben werden, weil nach Ablauf des Vertrages ein Wechsel ohne jede Transferzahlung möglich ist. Soll der Spieler bis zum Vertragsende wirtschaftlich dem Club soviel eingebracht haben, dass damit die Transfersumme abgeschrieben werden kann, zeigt sich ~~eigentlich~~, dass der Lohn **objektiv** zu tief war. Wohl besteht bezüglich der Lohnhöhe volle Vertragsfreiheit. Es ist aber nicht zu sehen, warum ein Fussballspieler in voller Kenntnis der Umstände einem Lohn zugestimmt haben soll, der weit unter dem Wert seiner Arbeitsleistung liegt.

b. Gesetzesumgehung

4.19. Als Dauerschuldverhältnis muss ein Arbeitsverhältnis beendet werden können. Neben der einverständlichen Auflösung regelt das Gesetz die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

⁹² Art. 18 Abs. 1 OR.

⁹³ BGE 121 III 123.

⁹⁴ KRAMER, N. 105 ff. zu Art. 18 OR.

⁹⁵ KRAMER, N. 156 f. zu Art. 18 OR.

⁹⁶ KRAMER, N. 158 zu Art. 18 OR.

⁹⁷ BGE 121 III 124; JÄGGI/GAUCH, N. 33 und 42 zu Art. 18 OR.

grundsätzlich abschliessend⁹⁸. Die Bestimmungen sind weitgehend zwingender Natur. Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung einen gewissen Sozialschutz bezweckt. Gleichzeitig wird aber auch die Arbeitgeberin durch diese Bestimmungen geschützt, weil ein Teil **absolut zwingend** ausgestaltet ist.

4.20. Werden für Arbeitsverträge atypische Klauseln vereinbart, so sind diese nicht von vornherein ungültig. Vielmehr ist im Einzelnen zu prüfen, ob sie gegen zwingendes Recht verstossen. Dieses ist nicht nur **dann** verletzt, wenn die Vereinbarung dem **Wortlaut des Gesetzes nach dem Gesetz** widerspricht. Wird dieses zwar dem Wortlaut nach respektiert, aber **gegen dessen Sinn verstossen**, liegt eine Gesetzesumgehung vor⁹⁹. Ob dies zutrifft ist eine Frage der Gesetzesauslegung.

4.21. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die Kündigungsmöglichkeit nicht unzumutbar erschwert werden darf. Weil sie keine Vertragsverletzung ist, darf sie nicht von einer Konventionalstrafe abhängig gemacht werden¹⁰⁰. Demgegenüber sind grundsätzlich Erschwerungen in dem Sinne zulässig, dass die Kündigungsgründe eingeschränkt werden¹⁰¹. Eine Regelung, welche die Kündigung nur erlaubt, wenn ein bestimmter Betrag in der Höhe mehrerer Monats- ja sogar Jahresgehälter bezahlt wird, stellt aber eine unzulässige Erschwerung dar, weil sie ausschliesslich pekuniären Charakter hat und von der Höhe her als übermässige Einschränkung angesehen werden muss. Insofern erweist sich auch die Konstruktion einer **Wandelpön** als **unzulässige Umgehung der Kündigungsfreiheit** und ist unzulässig¹⁰².

4.22. Wird eine entsprechende Zahlungspflicht dem Arbeitnehmer auferlegt, stellt sich überdies die Frage, ob damit nicht die Bestimmungen über das **Konkurrenzverbot** umgangen werden¹⁰³. Soweit kein solches **v**ereinbart worden ist, darf der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den bisherigen Arbeitgeber mit seiner Tätigkeit ohne weiteres konkurrenzieren, unabhängig davon, warum das Arbeitsverhältnis beendet worden ist. Ein **em** Berufssportler kann kein Konkurrenzverbot auferlegt werden, weil das Arbeitsverhältnis ihm weder Einblick in den Kundenkreis noch in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse gewährt hat¹⁰⁴.

c. Parität der Kündigungsfristen

4.23. Die Bestimmungen über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sind nicht nur zum **Schutz der Arbeitnehmer** sondern auch zum **Schutz der Arbeitgeber** aufgestellt worden¹⁰⁵. Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen festgelegt werden¹⁰⁶. Die Bestimmung verbietet es ebenfalls, bei einem befristeten Arbeitsvertrag bloss einer Partei ein vorzeitiges Kündigungsrecht einzuräumen¹⁰⁷. Es ist auch nicht zulässig, die vorzeitige Beendigung an eine Bedingung zu knüpfen, welche bloss die eine, nicht aber die andere Partei herbeiführen kann¹⁰⁸. Daraus ergibt sich das Verbot, die Kündigung durch die eine Partei, mit einer Konventionalstrafe zu erschweren¹⁰⁹.

⁹⁸ Art. 334 ff. OR.

⁹⁹ MERZ, N. 89 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰⁰ STREIFF/VON KAENEL, N. 2 zu Art. 335 OR.

¹⁰¹ SchiedGer. GAV Basler Chemie, JAR 1990, S. 390.

¹⁰² Arb.Ger. ZH, JAR 1990, S. 231 f.

¹⁰³ Art. 340 ff. OR.

¹⁰⁴ Art. 340 Abs. 2 OR; vgl. BGE 102 II 218.

¹⁰⁵ STAEHELIN, N. 1 zu Art. 335a OR; VISCHER, S. 164; REHBINDER, N. 2 zu Art. 335a OR; BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 335a OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 4 zu Art. 335a OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, N. 2 zu Art. 335a OR; Kritisch schon zum alten Recht: BERENSTEIN, SJZ 1984, S. 108 ff.

¹⁰⁶ Art. 335a Abs. 1 OR.

¹⁰⁷ Gew.Schiedsger. BS, JAR 1987, S. 201.

¹⁰⁸ BGE 116 II 145; 108 II 115.

¹⁰⁹ REHBINDER, N. 3 zu Art. 335a OR; f.

4.24. Wird gegen diese Regeln verstossen, so gelten für beide Parteien die längeren Fristen¹¹⁰. Die Vereinbarung einer festen Vertragsdauer mit einer vorzeitigen Auflösungsmöglichkeit, ist nur möglich, wenn **beiden Parteien die Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung** zusteht. Somit müsste auch der Club als Arbeitgeber die Möglichkeit haben, den Vertrag mit dem Spieler vor dem Endtermin zu kündigen. Da aber auch die Erschwerungen die gleichen sein müssen, hätte der Club diesfalls gleichfalls eine Transfersumme zu bezahlen, diesmal an den Spieler. Eine solche Vertragsausgestaltung lässt aber die Transfersumme nicht mehr als Aktivum erscheinen, da sie ja vom Club geschuldet wäre. Überdies wollen wohl beide Parteien keine entsprechende Vertragsausgestaltung.

3. Konventionalstrafe

4.25. Eine Konventionalstrafe **setzt** grundsätzlich eine **Vertragsverletzung** voraus¹¹¹. Sie ist für den Fall geschuldet, dass eine Partei den Vertrag bricht oder nicht richtig erfüllt¹¹². Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie zulässig ist, muss somit im Zusammenhang mit dem Vertragsbruch behandelt werden. Soweit die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vor dem Endtermin des Vertrages von den Parteien vereinbart wird, bleibt somit kein Raum für eine Konventionalstrafe¹¹³.

4.26. Nicht eine eigentliche Konventionalstrafe liegt bei der **Wandelpön** vor. Hier wird vereinbart, dass eine Partei grundsätzlich eine bestimmte Leistung erbringen muss. Sie darf und kann sich aber von ihrer Verpflichtung befreien, wenn sie einen bestimmten Betrag bezahlt. Eine eigentliche Vertragsverletzung braucht nicht vorzuliegen¹¹⁴. Mit einer entsprechenden Vereinbarung ermöglichen die Parteien die vorzeitige Auflösung des Arbeitsvertrages durch eine einseitige Willenserklärung¹¹⁵. Wie aufgezeigt muss diese aber dann paritätisch ausgestaltet sein¹¹⁶. Beläuft sich der entsprechende Betrag auf mehrere Monats- oder gar Jahresgehälter, so liegt auch von der Höhe des Betrages eine übermässige Erschwerung des vereinbarten Kündigungsrechts vor, so dass die Vereinbarung schon aus diesem Grund als ungültig angesehen werden muss.

4. Einverständliche Auflösung

4.27. Ein ohne vorzeitige Kündigungsmöglichkeit auf bestimmte Zeit abgeschlossener Arbeitsvertrag kann **jederzeit im gegenseitigen Einverständnis aufgehoben** werden. Eine solche einverständliche Auflösung liegt nur vor, wenn sich beide Parteien im Zeitpunkt, indem die Auflösung in Frage steht, frei entscheiden können, ob sie der Auflösung zustimmen wollen oder nicht. Eine Verpflichtung, eine entsprechende Vertragsofferte anzunehmen, ist nicht denkbar. Sie hätte nämlich zur Folge, dass nicht mehr der freie Wille beider Parteien Auflösungsgrund ist, sondern dass eine Partei einseitig den Zeitpunkt der Vertragsauflösung bestimmen kann. Dann liegt aber materiell eine Kündigung vor, und die diesbezüglichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts sind anwendbar. Eine Verpflichtung zur Bezahlung einer Auslösungssumme kann diesfalls nicht bestehen. Das ergibt sich schon aus den Bestimmungen über das Konkurrenzverbot, welches die Möglichkeit einer Konventionalstrafe oder einer Wandelpön vorsieht, allerdings unter Voraussetzungen, welche vorliegend nicht gegeben sind.

4.28. Die einverständliche Auflösung darf die Schutznormen des Kündigungsrechts nicht unterlaufen. Insbesondere kann durch eine **einverständliche Auflösung nicht einseitig auf**

¹¹⁰ Art. 335a Abs. 1 OR.

¹¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 3909; EHRAT, N. 1 zu Art. 160 OR.

¹¹² VON TUHR/ESCHER, S. 277.

¹¹³ Arb.Ger. ZH, JAR 1990, S. 231.

¹¹⁴ EHRAT, N. 25 zu Art. 160 OR.

¹¹⁵ VON TUHR/ESCHER, S. 283 FN 47, schreiben von „Rücktritt“.

¹¹⁶ REHBINDER, N. 3 zu Art. 335a OR.

den Lohn während der Kündigungsfrist bzw. einer festen Vertragsdauer verzichtet werden¹¹⁷. Die Vertragsauflösung muss auch für den Arbeitnehmer mit einem Vorteil verbunden sein. Dieser Vorteil besteht in der Regel im Verzicht des Arbeitgebers auf die Leistung des Arbeitnehmers. Eine zulässige einverständliche Vertragsauflösung setzt somit voraus, dass der Arbeitgeber ohne diese Vereinbarung tatsächlich die Leistung des Arbeitnehmers verlangen würde. Namentlich wenn der Spieler sich als für den Club nicht einsetzbar erwiesen hat, wird es aber an dieser Voraussetzung regelmässig fehlen, so dass eine einverständliche Vertragsauflösung einem unzulässigen Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen Lohn während der restlichen Vertragszeit gleichkommen wird. Insofern ist die einverständliche Vertragsauflösung mit Transferzahlung **gar** nicht in allen Fällen zulässig.

4.29. Soweit allerdings der Club den Spieler an sich weiterbeschäftigen könnte und möchte, ist eine einverständliche Auflösung grundsätzlich rechtmässig. Da es auf die Motive der Parteien beim Aufhebungsvertrag **an sich grundsätzlich** nicht ankommt, ist es zulässig, der Auflösung nur gegen ein Entgelt zuzustimmen. **Im Zeitpunkt der Vertragsauflösung können die Parteien deshalb eine Transferzahlung vereinbaren.** Allerdings besteht keine Verpflichtung dazu. Wie im Zusammenhang mit der Vertragsverletzung und dem Betriebsübergang zu zeigen sein wird, besteht auch keinerlei Möglichkeit den Spieler am Clubwechsel zu hindern, wenn keine Transfersumme bezahlt wird, oder ihn zum Clubwechsel zu zwingen, wenn der neue Club bereit ist, das entsprechende Geld aufzubringen. Der Anspruch entsteht erst mit der entsprechenden Vereinbarung. Es ist nicht zu sehen, wie vorher in der blossen Möglichkeit, einen solchen Vertrag abzuschliessen, bereits ein wirtschaftlicher Wert gesehen werden könnte, der einer Aktivierung in den Büchern zugänglich wäre. Es handelt sich insofern nicht einmal um eine Anwartschaft, sondern höchstens um eine Hoffnung.

5. Ordentliche Kündigung

4.30. Ist der Vertrag nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so kann jede Partei das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen. Das Gesetz regelt die Kündigungsfristen und sieht gewisse Sperrzeiten sowie für die Kündigung unzulässige Gründe vor¹¹⁸. Eine **Erschwerung der Kündigung durch eine Konventionalstrafe ist unzulässig**. Erweist sich, dass die Parteien einen befristeten Vertrag nur simuliert haben, aber eigentlich die Möglichkeit einer Kündigung wollten, so kann dieses Recht ausgeübt werden, ohne dass die Arbeitgeberin dafür eine Entschädigung beanspruchen könnte. Sie darf den Spieler dann auch nicht daran hindern, bei einem anderen Club eine neue Stelle anzunehmen¹¹⁹.

6. Ausserordentliche Vertragsbeendigung

4.31. Jede Partei kann einen Arbeitsvertrag – selbst wenn dieser auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist- **jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos auflösen**¹²⁰. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist¹²¹. Die Möglichkeit zur fristlosen Entlassung kann nicht weg bedungen werden¹²². Art. 337 OR findet sich unter den absolut zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts aufgeführt¹²³.

4.32. Die fristlose Entlassung **beendet das Arbeitsverhältnis** in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung sofort, unabhängig davon, ob sie gerechtfertigt war oder nicht¹²⁴. Die Unter-

¹¹⁷ Art. 341 Abs. 1 OR; BGE 118 II 60 f.; REHBINDER, N. 2 zu Art. 335 OR.

¹¹⁸ Art. 335 ff. OR.

¹¹⁹ BGE 102 II 215 ff.

¹²⁰ Art. 337 OR.

¹²¹ Art. 337 Abs. 2 OR.

¹²² STAEHELIN, N. 43 zu Art. 337 OR.

¹²³ Art. 361 OR.

¹²⁴ STAEHELIN, N. 5 zu Art. 337c OR.

scheidung ist nur für die wirtschaftlichen Folgen der Beendigung von Bedeutung. Während bei der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung eigentlich ein Vertragsbruch vorliegt, macht bei der gerechtfertigten fristlosen Entlassung die kündigende Partei von einem ~~ihr vertraglich eingeräumten-gesetzlichen~~ Recht regelmässig Gebrauch, weil die andere Partei den Vertrag verletzt hat.

4.33. Für die **Folgen der gerechtfertigten fristlosen Entlassung** unterscheidet das Gesetz danach, ob der Grund in einem vertragswidrigen Verhalten der anderen Partei lag oder nicht¹²⁵. Für den Fall des vertragswidrigen Verhaltens wiederholt Art. 337b OR, was sich bereits aus dem allgemeinen Vertragsrecht ergibt, nämlich dass die sich vertragswidrig verhaltende Partei, für den von ihr verursachten Schaden aufzukommen hat¹²⁶. Auf diese Bestimmung kann sich allerdings nur der Anspruch auf Ersatz des durch die vorzeitige Vertragsbeendigung erwachsenen, nicht auch des durch die Vertragsverletzung unmittelbar entstandenen Schadens stützen. Letzterer muss nach Art. 321e OR geltend gemacht werden¹²⁷. Ob ein wichtiger Grund auch ohne verschuldete Vertragsverletzung vorliegen kann, wie dies Art. 337b Abs. 2 OR vermuten lässt, ist in der Lehre umstritten¹²⁸. Da das Gesetz den Fall ausdrücklich regelt, besteht kein Anlass, an seinem Vorkommen zu zweifeln. Allerdings ist grosse Zurückhaltung geboten.

4.34. **Kündigt der Club dem Spieler fristlos**, weil dieser seine arbeitsvertraglichen Pflichten in schwerwiegender Weise verletzt hat, kann der Club vollen Schadenersatz verlangen. Er hat allerdings sowohl den Schaden wie auch den Kausalzusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachzuweisen. Die Transfersumme kann dabei mit Sicherheit nicht als Schaden berücksichtigt werden. Diese entgeht dem Club ja nicht, weil der Vertrag vorzeitig aufgelöst wird. Hätte das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der festen Dauer angedauert, wäre die Transferzahlung auch nicht geschuldet gewesen. Der Club kann somit als Schaden nur geltend machen, was er am Spieler verdient hätte, wenn dieser bis am Ende der festen Dauer geblieben wäre, sowie die Kosten, welche aus der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden sind¹²⁹. Zu erwähnen sind zum Beispiel die Verminderung der Zuschauereinnahmen oder der Spielgewinne, die entstanden sind, weil der entsprechende Spieler nicht mehr dabei ist. Diese wirtschaftlichen Einbussen nachzuweisen, dürfte im Einzelfall sehr schwierig sein¹³⁰. Zudem werden mit Blick auf die Schadensminderungspflicht der Arbeitgeberin die entsprechenden Einbussen kaum je netto den Betrag der Transfersumme erreichen.

4.35. Mit Blick auf die Schwierigkeiten, welche die Schadensermittlung regelmässig mit sich bringt, stellt sich die Frage, ob eine Pauschale vereinbart werden kann. Art. 337b OR ist absolut zwingend¹³¹. Die **Vereinbarung einer Konventionalstrafe** ist deshalb **nicht möglich**¹³². Es fragt sich höchstens, ob Art. 337d OR analog anwendbar sein könnte¹³³. Das ist m.E. aber abzulehnen. Eine ungerechtfertigte fristlose Vertragsaufhebung durch den Arbeitnehmer stellt für den Arbeitgeber einen schwereren Eingriff in seine Rechte dar, als wenn er selber wegen einer Vertragsverletzung des Arbeitnehmers diesem fristlos kündigt. Andernfalls liesse sich auch nicht rechtfertigen, warum die Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR nur bei einer ungerechtfertigten Entlassung durch den Arbeitgeber geschuldet ist und nicht

¹²⁵ Art. 337b OR.

¹²⁶ Art. 337b Abs. 1 OR.

¹²⁷ BGE 123 III 258 f.

¹²⁸ STREIFF/VON KAENEL, N. 6 zu Art. 337 OR.

¹²⁹ STAEHELIN, N.7 Zu Art. 337b OR.

¹³⁰ Das Gericht hat sie gegebenenfalls nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen.

¹³¹ Art. 361 OR.

¹³² STAEHELIN, N. 12 Zu Art. 337b OR; REHBINDER, N. 6 zu Art. 337b OR, BRUNNER/BÜHLER/WAEGER, N. 1 zu Art. 337b OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 9 zu Art. 337b OR.

¹³³ So STAEHELIN, N.8 Zu Art. 337b OR; REHBINDER, N. 2 zu Art. 337b OR.

auch, wenn der Arbeitnehmer wegen einer Vertragsverletzung des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis rechtmässig fristlos auflöst. Die Frage ist allerdings insofern im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, als Art. 337d OR ohnehin nur eine Pauschalentschädigung in der Höhe von einem Viertel eines Monatslohnes zulässt, was in keinem Fall an die Höhe einer Transferzahlung herankommt. Liegt trotz zulässiger fristloser Kündigung gar keine verschuldete Vertragsverletzung des Spielers vor, oder trifft beide Parteien gleichermassen ein Verschulden, so entscheidet das Gericht über die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Auflösung¹³⁴. Ein voller Schadenersatz ist unter diesen Voraussetzungen kaum je gerechtfertigt.

4.36. Kündigt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grund, so gelten mutatis mutandis die gleichen Regeln. Liegt eine Vertragsverletzung durch den Arbeitgeber vor, hat dieser Schadenersatz zu leisten. Im vorliegenden Zusammenhang kann eine Vertragsverletzung durch den Arbeitgeber bereits vorliegen, wenn dieser den Arbeitnehmer nicht spielen lässt. Wie aufgezeigt ergibt sich aus den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses beim Berufssportler unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Beschäftigung. Erfüllt der Club diese Verpflichtung nicht, kann der Spieler seinen Vertrag vorzeitig auflösen und sich von einem anderen Club ohne jede Transferzahlung anstellen lassen. Dem bisherigen Club steht keinerlei Schadenersatzanspruch zu, weil er ja durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeigeführt hat.

4.37. Zudem sind die **wichtigen Gründe auf beiden Seiten nicht gleich zu beurteilen**. Der Spieler setzt mit seiner Arbeitskraft auch seine Persönlichkeit ein. Es kann ihm aus subjektiven Gründen nicht mehr zumutbar sein, diese Tätigkeit weiter zu verfolgen, ohne dass eine eigentliche und damit auch versicherbare gesundheitliche Beeinträchtigung vorläge. Eine vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer kann in diesen Fällen gerechtfertigt sein, ohne dass eine Vertragsverletzung des Arbeitgebers vorliegt. Dann sind die vermögensrechtlichen Folgen vom Gericht zu bestimmen¹³⁵. Der Arbeitnehmer wird einen gewissen Ausgleich bezahlen müssen. Dieser wird aber niemals die Höhe der Transfersummen erreichen.

7. Vertragsbruch

4.38. Liegt kein wichtiger Grund vor, so stellt ~~eine die~~ vorzeitige Vertragsauflösung ~~rechtstechnisch~~ einen Vertragsbruch dar, der allerdings im Gesetz besonders geregelt ist. Ging die **Kündigung vom Arbeitgeber aus**, ~~richten finden~~ sich die ~~Rechtsf~~olgen ~~nach in~~ Art. 337c OR ~~geregelt~~. Der Arbeitgeber hat den Lohn bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu ersetzen und gegebenenfalls eine Strafzahlung auszurichten¹³⁶. Der Arbeitnehmer hat sich auf seinen Schaden anrechnen zu lassen, was er eingespart hat sowie was er an einem andern Ort verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat¹³⁷. Der Arbeitgeber hat jedenfalls keinerlei Anspruch auf irgend welchen Ersatz. Ein Club kann, wenn er selber ungerechtfertigt fristlos gekündigt hat, den Arbeitnehmer nicht daran hindern, bei einem andern Club eine neue Anstellung zu suchen, ohne eine Transferzahlung zu leisten.

4.39. Kündigt der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund das Arbeitsverhältnis fristlos, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf den sich aus der vorzeitigen Vertragsauflösung ergebenden Schaden¹³⁸. Es stellen sich hier allerdings die gleichen Beweisschwierigkeiten, wie bei der gerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber. Das Gesetz verbessert aller-

¹³⁴ Art. 337 Abs. 2 OR.

¹³⁵ Art. 337b Abs. 2 OR.

¹³⁶ Art. 337c Abs. 33 OR.

¹³⁷ Art. 337c Abs. 2 OR.

¹³⁸ Art. 337d Abs. 1 am Ende.

dings für den Arbeitgeber die Rechtslage insofern, als von Gesetzes wegen ein Schaden von einem Viertel eines Monatslohnes vermutet wird¹³⁹. Es handelt sich dabei nicht um eine Konventionalstrafe sondern um einen pauschalierten Schadenersatz¹⁴⁰. Der Arbeitnehmer kann nämlich den Beweis erbringen, dass der Schaden kleiner ausfiel oder gar keiner entstanden ist¹⁴¹.

4.40. Die Bestimmung ist absolut zwingend¹⁴². Entsprechend ist es auch nicht zulässig, die vorzeitige Vertragsauflösung durch den Arbeitnehmer mit einer **Konventionalstrafe** zu belegen¹⁴³. Das gilt auch für eine Wandelpön, weil sie die gleiche Funktion hat. Überdies könnte die vertragliche Ermächtigung, des Arbeitnehmers sich von der Vertragserfüllung durch die Zahlung einer bestimmten Summe zu befreien, nicht verhindern, dass er den Vertrag fristlos brechen und dann nur eine Entschädigung nach Art. 337d Abs. 1 OR bezahlen müsste. Der Gesetzgeber hat eben mit Blick auf den stark persönlichkeitsbezogenen Charakter des Arbeitsverhältnisses den Arbeitsplatzwechsel ohne ruinöse Folgen für den Arbeitnehmer gewollt.

V. Folgerung

5.1. Die Arbeitswelt ist seit vielen Jahren so vielfältig, dass die Verträge mit Sportlern in keiner Weise als atypische Arbeitsverhältnisse bezeichnet werden können. Soweit es um Mannschaftssport geht, liegt auch zweifellos ein Subordinationsverhältnis vor. Insoweit bestehen keinerlei Besonderheiten.

5.2. Wie auch in anderen Wirtschaftszweigen, können die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über die Arbeitszeiten zu gewissen Schwierigkeiten führen. Offenbar sind sich dies die betroffenen Kreise - wie auch in anderen Wirtschaftszweigen¹⁴⁴ - aber gar nicht wirklich bewusst. Sonst hätten sie von der Möglichkeit gebrauch gemacht, in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz Ausnahmeregelungen vorzusehen.

5.3. Die in der Praxis beim grossen Publikumssport vorkommenden Transfersummen für den Übertritt eines Spielers von einem Club zu einem andern erscheinen mit dem Arbeitsrecht kaum vereinbar. Jedenfalls lassen sich Spieler nicht vom Arbeitsmarkt fernhalten, bloss weil ein Club nicht bereit ist, die entsprechenden Beträge zu bezahlen. Nicht rechtswidrig ist die Transferzahlung an sich. Unzulässig ist es aber, einen Spieler von Wettkämpfen auszuschliessen, bloss weil er seinen Arbeitgeber gewechselt hat und die Transfersumme nicht bezahlt worden ist. Der Sklavenhandel gehört der Vergangenheit an. Hier wird sich wohl mit der Zeit die Praxis dem Recht anpassen müssen.

*

Minusio, 23. Mai 2006

Thomas Geiser

¹³⁹ Art. 337d Abs. 1 OR.

¹⁴⁰ STAEHELIN, N. 9 zu Art. 337d OR.

¹⁴¹ Art. 337d Abs. 2 OR.

¹⁴² Art. 361 OR.

¹⁴³ REHBINDER, N. 6 zu Art. 337d OR.; STREIFF/VON KAENEL, N. 10 zu Art. 337d OR.; STAEHELIN, N. 17 zu Art. 337d OR.

¹⁴⁴ Zu denken ist beispielsweise an die Filmproduktion.