

Die nachstehenden Ausführungen sind Ergebnis einer sehr kurzfristigen arbeits- bzw. sportrechtlichen Prüfung durch Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Sportrecht, Universität Mannheim. Sie beleuchten unter rein rechtswissenschaftlichen Aspekten aktuelle Fragen im Zusammenhang mit den rasch ansteigenden Corona-Infektionen in Deutschland und den damit verbundenen Auswirkungen auf den Fußball. Sie sind nicht als rechtsberatend zu verstehen. Jedwede Haftung ist ausgeschlossen. Im konkreten Fall ist ggf. anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

I. Gehaltsfortzahlung

Frage: Müssen Gehälter für Spieler, Trainer und Betreuer weiterbezahlt werden? Wenn ja, wie lange? Gibt es Möglichkeiten zu „mindern“? (Grundlage für Spieler: Mustervertrag für Vertragsspieler)

- a. Grundgehälter
- b. Prämien (Auflaufprämien, Punkteprämien)

Antwort/Zusammenfassung:

Grundgehälter: Grundsätzlich ist der Grundlohn während der Saisonunterbrechung wegen § 615 S. 3 BGB zwar fortzuzahlen. Verweigern die Spieler allerdings ihre Zustimmung zur Kurzarbeit und dauert die gegenwärtige Krise noch (deutlich) länger an, so erscheint es nicht von vornherein als aussichtslos, wenn sich ein Verein auf die Rechtsprechung des BAG beruft, nach der die Betriebsrisikolehre durchbrochen wird, wenn die volle Gehaltszahlung zu einer **wirtschaftlichen Existenzgefährdung** des Vereins führen würde. Dies würde zu einer Reduktion der Gehaltsansprüche der Spieler führen.

Begründung:

1. Grundvergütung

a) Ausgangspunkt: Betriebsrisikolehre

Ruht der Trainings- und Spielbetrieb, weil aufgrund behördlicher Anordnungen physische Treffen mehrerer Personen untersagt sind, so handelt es sich um eine Betriebsschließung aus rechtlichen Gründen. In einem solchen Fall trägt grundsätzlich der Arbeitgeber das sog. **Betriebsrisiko** (§ 615 S. 3 BGB).¹ Angesichts des Verweises auf § 615 S. 1 BGB führt das dazu, dass der Arbeitgeber für die Dauer der Betriebsschließung zumindest die Grundvergütung fortzahlen muss.

¹ RAG ARS 23, 219; LAG Hannover ARS 22, 169; BAG 30. 5. 1963 – 5 AZR 282/62, AP Nr 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Berlin-Brandenburg 29. 10. 2014 – 17 Sa 285/14; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 615, Rn. 239 f.; Richardi, NJW 1987, 1231, 1232 ff.; BeckOGK-BGB/Bieder, § 615, Rn. 120.

b) Ausnahme bei Existenzvernichtungsgefahr?

aa) Grundlagen

Allerdings hält das BAG eine Ausnahme hiervon für möglich, wenn die Lohnfortzahlung zu einer **wirtschaftlichen Existenzgefährdung** des Unternehmens² führen würde.³ Das Gericht stellt insoweit aber strenge Anforderungen und hat insbesondere betont (Hervorhebungen hier):

*„Allein die Notwendigkeit, die zur Lohnfortzahlung benötigten Mittel der Substanz des Betriebsvermögens entnehmen zu müssen, rechtfertigt es jedoch noch nicht, das Betriebsrisiko ganz oder teilweise auf den Kl. [= Arbeitnehmer, Anm. P. Fischinger] abzuwälzen. Dazu bedürfte es mehr als einer bloßen Beeinträchtigung des Bestandes eines Betriebes der Bekl. zu 1), nämlich zumindest einer **echten Existenzgefährdung des Unternehmens**.“⁴*

bb) Aktuelle Gültigkeit der Rechtsprechung?

Die ganz **herrschende Meinung in der Literatur**⁵ lehnt diese Ausnahme vom Betriebsrisiko ab und nimmt an, dass sie angesichts der hohen, vom BAG aufgestellten Hürden für die „praktische Rechtsanwendung [...] nahezu zur Bedeutungslosigkeit verdammt“ sei.⁶ Daran ist richtig, dass das BAG – soweit ersichtlich – noch bislang in **keinem einzigen Fall** die von ihm für möglich gehaltene Ausnahme bejaht hat. Auch ist zu bedenken, dass – wiederum soweit ersichtlich – das **letzte Judikat** des BAG, in dem diese Ausnahme überhaupt nur erwähnt wurde, **aus dem Jahr 1994** stammt.

Andererseits: Das BAG hat diese Rechtsprechung bislang **nicht aufgegeben** und es gibt wohl auch keinen Grund, warum das Gericht von ihr abweichen sollte.⁷ Überdies hat im **2010 das LAG Köln** diese Ausnahme erwähnt (sie aber im konkreten Fall nicht bejaht).⁸

cc) Reichweite der Rechtsprechung?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die These der Literatur, angesichts der hohen Hürden des BAG habe diese Ausnahme so gut wie keine praktische Bedeutung, zutrifft oder ob nicht vielleicht im vorliegenden Kontext etwas anderes gelten könnte (eine Garantie kann dafür natürlich nicht übernommen werden).

² Früher stellte die Rechtsprechung auf den Betrieb ab, seit 1972 hingegen ist die Gefährdung des gesamten Unternehmens erforderlich (vgl. BAG 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, AP Nr 28 zu § 615 BGB Betriebsrisiko). – Diese Unterscheidung dürfte bei den meisten Fußballvereinen ohne Bedeutung sein, da die Fußballabteilung des Vereins regelmäßig der betriebswirtschaftlich ganz entscheidende Wirtschaftsfaktor ist.

³ BAG 30.5.1963 – 5 AZR 282/62; 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, AP Nr 28 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

⁴ BAG 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, AP Nr 28 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; 9.3.1983 – 4 AZR 301/80; 13.6.1990 – 2 AZR 635/89; 23.6.1994 – 6 AZR 853/93.

⁵ Staudinger/Richardi/Fischinger, § 615, Rn. 231; BeckOGK-BGB/Bieder, § 615, Rn. 123; ErfK/Preis, § 615, Rn. 126; HWK/Krause, § 615, Rn. 120; BeckOK-ArbR/Joussen, § 615, Rn. 94; dagegen folgt MüKo-BGB/Henssler, § 615, Rn. 105 dem BAG weitgehend.

⁶ So z.B. BeckOGK-BGB/Bieder, § 615, Rn. 122; vgl. auch die Formulierung bei /Henssler, § 615, Rn. 105 („kaum praktische Relevanz“).

⁷ Insbesondere dürfte die Schaffung von § 615 S. 3 BGB im Jahr 2002 nichts geändert haben, handelt es sich dabei doch um eine rein deklaratorische Klarstellung (vgl. Staudinger/Richardi/Fischinger, § 615, Rn. 6 m.w.N.).

⁸ LAG Köln 26.7.2010 – 5 Sa 485/10, juris Rn. 28 f.; ebenso LAG Schleswig-Holstein 15.6.1989 – 4 Sa 628/88, juris Rn. 31 ff.

(1) Analyse der BAG-Rechtsprechung

Analysiert man die vorhandenen BAG-Judikate, so zeigt sich, dass in den diesen zugrundeliegenden Sachverhalten in der Tat eine Existenzgefährdung vollkommen fernlag. Dass das Gericht die von ihm für möglich genommene Ausnahme nicht bejahte, vermag **auf Grundlage dieser Sachverhalte nicht zu überraschen**. Daraus folgt aber schon an dieser Stelle, dass auf Basis **andersgelagerter Sachverhalte nicht auszuschließen ist, dass das BAG bei diesen eine Existenzgefährdung annehmen würde – gerade in einer absoluten Ausnahmesituation wie der aktuellen**. Im Einzelnen:

- Im Fall BAG 28.9.1972 – 2 AZR 506/71 ging es um eine Annahmeverzugslohnfortzahlung für einen noch verhältnismäßig kurze Zeitraum (hier: **ein Monatslohn**)
- Im Fall BAG 23.6.1994 – 6 AZR 853/93 ging es zwar um Annahmeverzugslohne für acht Monate, allerdings war nur **ein Arbeitnehmer** betroffen.
- Im Fall BAG 9.3.1983 – 4 aZR 301/80 handelt es sich nur um eine **eintägige Betriebsschließung**
- Im Fall BAG 30.5.1963 – 5 AZR 282/62 lag lediglich eine **viertägige Betriebsschließung** vor

(2) Vorliegende Situation

Vergleicht man die gegenwärtige bzw. mögliche Situation der Sportvereine mit den vom BAG entschiedenen Konstellationen, so zeigen sich deutliche Unterschiede, die eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand „Existenzvernichtungsgefahr“ jedenfalls nicht von vornherein aussichtslos erscheinen lassen, wenn die Saison **vollständig abgebrochen** oder der gegenwärtige Zustand der Saisonunterbrechung über einen **längeren Zeitraum** fort dauert. Denn dann dürfte **bei vielen Sportvereinen in der Tat eine existenzgefährdende Situation drohen**. Im Einzelnen:

- Sportvereine weisen schon im „Normalbetrieb“ ein vergleichsweises **hohes Insolvenzrisiko** auf. Dieses resultiert unter anderem aus **hohen Fixkosten** (Gehältern, Stadionunterhalt) bei gleichzeitig vergleichsweise geringen dauerhaften und „planbaren“ Einnahmequellen (wie Mitgliederbeiträge), wohingegen ein Großteil der zu erzielenden Einnahmen meist direkt mit dem sportlichen (Miss-)Erfolg korrelieren (z.B. vom veranstaltenden Verband ausgeschüttete Prämien, „Absprung“ von Sponsoren nach Abstieg usw.).⁹
- Das gilt in der aktuellen Situation noch umso mehr: Bleibt nicht nur der sportliche Erfolg aus, sondern werden Spiele überhaupt nicht mehr ausgetragen, erleiden die Vereine **gravierendste Einnahmeausfälle**, die nicht durch andere Maßnahmen kompensiert werden können.
- Anders als „normale“ Arbeitgeber, die ggf. durch Anmietung von Ersatzbetriebsstätten recht zeitnah wieder weitgehend zum „**Normalbetrieb**“ zurückkehren können, haben Sportvereine bei einem Saisonabbruch unabhängig vom strukturellen Umfeld schlicht keine Chance, ihren Wirtschaftsbetrieb fortzuführen. TV-Gelder, Eintrittsgelder, Sponsorengelder hängen davon ab, dass Wettkampfeinsätze stattfinden, diese sind durch Ersatzmaßnahmen schlicht nicht „surrogierbar“.
- Während bei „normalen“ Arbeitgebern in der gegenwärtigen Situation viele Aufgaben noch sinnvoll und durchaus gewinnbringend fortgeführt werden können (z.B. im Betrieb durch z.B. Aufräumarbeiten), ist das im Profisport schlicht nicht der Fall. Auch ein in manchen Branchen aktuell praktiziertes „**rollierendes System**“, das es ermöglicht, den behördlich empfohlenen Abstand von 1,50m einzuhalten, indem z.B. in einer Woche nur die eine Hälfte der Arbeitnehmer vor Ort arbeitet und in der nächsten Woche die andere, ist im Profisport schlicht nicht möglich – auch, weil sich hier ein Abstand von 1,50m nicht sinnvoll einhalten lässt.

⁹ Vgl. Naumann, LTO-Interview vom 24.4.2013, abzurufen unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/insolvenz-fussballverein-alemannia-aachen-dfb/>.

- Insbesondere ist anders als in vielen Branchen ein **Home-Office** nur in sehr begrenztem Umfang überhaupt möglich und generiert überdies keine Einnahmen: Zwar kann Einzel-**Fitnesstraining** auch von den Spieler zu Hause gemacht werden, das für den Profisport essentielle Mannschaftstraining aber ist damit nicht zu ersetzen. Überdies: Selbst wenn noch Mannschaftstraining möglich wäre, bleibt es dabei, dass die Spieler solange, wie keine Wettkämpfe möglich sind, dem für den Verein sportlich und wirtschaftlich entscheidenden Teil ihrer Arbeitspflicht – Spieleinsätze – nicht mehr nachkommen können.
- In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wurde eine Ausnahme vom Betriebsrisiko wegen Existenzgefährdung z.T. auch mit dem Argument abgelehnt, der Arbeitgeber habe durch **Bildung von Rücklagen** und/oder den Abschluss einer entsprechenden **Versicherung** eine Risikovorsorge treffen können.¹⁰ Während ersteres auch bei Fußballvereinen angeführt werden kann, erscheint letzteres ausgeschlossen, dürfte es doch keine Versicherung geben, die das Risiko der Saisonunterbrechung bzw. des Saisonabbruchs absichert. Damit entfällt ein wichtiger Gesichtspunkt, der der Berufung auf die Existenzgefährdung entgegengehalten werden könnte.
- In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wurde eine Ausnahme vom Betriebsrisiko wegen Existenzgefährdung ferner mit dem Argument abgelehnt, der Arbeitgeber habe die Möglichkeit, die wirtschaftlichen Belastungen über die **Aufnahme von Bankkrediten** zu überbrücken.¹¹ Dass das in der aktuellen Ausnahmesituation noch möglich ist, erscheint zumindest fraglich.

(3) Praktische Überlegungen

Eine Berufung auf eine drohende Existenzvernichtung kann – **wenn überhaupt** – nur dann erfolgreich sein, wenn sich der Verein nicht auf eine pauschale Behauptung derselben verlegt, sondern **konkrete Angaben** hierzu macht. Insoweit sind – nicht abschließend – folgende Erwägungen zu berücksichtigen:

- Es ist vorzutragen, dass die **Gesamtheit** der Spielerforderungen für den Verein mit exorbitanten Kosten verbunden ist. Es ist also nicht auf die jeweils einzelne Gehaltsforderung isoliert, sondern auf den **Summierungseffekt** aller Forderungen zu rekurrieren und dieser entsprechend darzulegen. Es muss konkret dargelegt werden, dass durch die Auferlegung der vollen Lohnzahlungspflicht der wirtschaftliche Fortbestand des Unternehmens gefährdet wäre.¹² In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Änderungskündigung zur Entgeltsenkung (s. später Antwort auf Frage 3) wird man ferner empfehlen können, dass vorgetragen wird, dass **alle anderen Ressourcen zur Kosteneinsparung ausgeschöpft** sind und die **Kosten nicht durch andere Einnahmen oder Maßnahmen gedeckt werden können**.¹³
- Es ist konkret darzulegen, welche **Einnahmeausfälle** in welchem Umfang drohen.
- Es ist gegebenenfalls darzulegen, dass eine Überbrückung via **Bankkrediten** nicht möglich ist.

dd) Änderung wegen Kurzarbeit(-geld)?

Selbst von arbeitgebernahen Autoren wird die These vertreten, dass angesichts der Möglichkeit der Arbeitnehmer, Kurzarbeitergeld zu erhalten und damit die Belastung des Arbeitgebers durch die Entgeltfortzahlung zu reduzieren, eine Existenzgefährdung im obigen Sinne „kaum je in Betracht

¹⁰ LAG Köln 26.7.2010 – 5 Sa 485/10, juris Rn. 29; LAG Schleswig-Holstein 15.6.1989 – 4 Sa 628/88, juris Rn. 32 f.

¹¹ LAG Köln 26.7.2010 – 5 Sa 485/10, juris Rn. 29.

¹² Vgl. LAG Schleswig-Holstein 15.6.1989 – 4 Sa 628/88, juris Rn. 32 f.

¹³ Vgl. BAG 20.3.1986 – 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824; 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333, 336; 20.6.2013 – 2 AZR 396/12, NZA 2013, 1409, 1411; ErfK/Oetker, § 2 KSchG, Rn. 60.

komme“¹⁴. Das mag für viele „normalen“ Arbeitsverhältnisse zutreffen. Auch hier bestehen aber im Profisport erhebliche Unterschiede:

- Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit grundsätzlich nicht einseitig anordnen. Etwas anderes gilt, wenn dies tarif- oder arbeitsvertraglich vereinbart wurde oder eine entsprechende Betriebsvereinbarung (§ 87 I Nr. 3 BetrVG) getroffen wird. Tarifverträge spielen im Profifußball/-sport soweit ersichtlich keine Rolle und die Musterarbeitsverträge von DFL und DFB enthalten keine Anordnungs Kompetenzen für Kurzarbeit. Anders als im „normalen“ Arbeitsleben sind auch Betriebsräte im Profisport weitestgehend unbekannt (Ausnahmen: FC St. Pauli, dem Hamburger SV, dem VFL Wolfsburg sowie Borussia Dortmund.¹⁵). Daraus folgt: Für die meisten Sportvereine ist davon auszugehen, dass sie **Kurzarbeit nicht einseitig anordnen** können.¹⁶ Sie stehen insoweit schlechter als sehr viele andere, „normale“ Arbeitgeber.
- Der Weg über die Kurzarbeit ist deshalb nur **mit Zustimmung des jeweiligen Spielers** möglich. Ob diese zu erreichen sein wird, erscheint sehr fraglich und in vielen Fällen wohl unwahrscheinlicher als im „normalen“ Arbeitsleben. Denn: Je höher das Gehalt des Arbeitnehmers, umso unattraktiver ist für ihn der Weg über die Kurzarbeit samt staatlichem Kurzarbeitergeld. Das ist auf die **Beitragsbemessungsgrenze** von € 6.900 (West) bzw. € 6.450 (Ost) zurückzuführen, die dazu führt, dass das **Kurzarbeitergeld maximal € 4.623 / € 4.321,50 monatlich** beträgt.¹⁷ Für Topverdiener ist daher der Weg über das Kurzarbeitergeld mit noch größeren relativen und absoluten Einbußen verbunden als für „Normalverdiener“ – was wiederum ihre Bereitschaft, der Kurzarbeit zuzustimmen, hemmen dürfte.

c) Zusammenfassung

Grundsätzlich gilt, dass während der Saisonunterbrechung nach § 615 S. 2 BGB der Grundlohn fortzuzahlen ist. Allerdings erscheint es nicht von vornherein als ausgeschlossen, dass gerade im Bereich des Profisports – insbesondere bei „kleineren Clubs“ – eine Berufung auf die vom BAG für möglich gehaltene Durchbrechung der Betriebsrisikolehre unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtung Erfolg haben kann und damit zumindest eine Reduktion der Gehaltsbelastungen erreichbar ist. Das gilt allerdings dann nicht, wenn die ganz Mannschaft oder zumindest ein genügend großer Teil derselben auf Kurzarbeit einlässt und auf diese Weise die wirtschaftliche Belastung der Vereine reduziert wird.

¹⁴ Bauer/Opolony, NJW 2002, 3503, 3507 f.

¹⁵ Vgl. <https://www.abendblatt.de/sport/fussball/hsv/article215273853/Psst-Der-HSV-hat-jetzt-einen-Betriebsrat.html> und <https://www.express.de/sport/fussball/wirbel-um-betriebsrat-wurden-schalke-mitarbeiter-unter-druck-gesetzt--32294998>.

¹⁶ Eventuell bestehende „Spielerräte“ haben nicht die Rechte, die dem Betriebsrat nach dem BetrVG zukommen (vgl. dazu Romero, Alternative Arbeitnehmervertretungen).

¹⁷ Vgl. <https://www.nettolohn.de/rechner/kurzarbeitergeld.html> (dort auch Kurzarbeitergeldrechner).