Beiträge

Helmut Kuhr / Dr. Verena Weiss-Bözl*

Auswirkungen der Corona Pandemie – auch der Profi Fußball ist davon betroffen

Die Corona- Krise belastet die Wirtschaft nach wie vor stark und war durch den Lockdown sehr einschneidend. Nicht nur Hotels, Gaststätten und Messebauer sind besonders schwer betroffen, auch Fußball-Clubs der Profiligen haben Einnahmenverluste in Millionenhöhe zu verzeichnen. So waren die Clubs in der plötzlich auftretenden Corona-Krise auf freiwillige Vereinbarungen mit ihren Spielern angewiesen, um so wenigstens die enormen Ausgaben für die Spieler aufgrund fehlender Einnahmen reduzieren zu können. Deshalb stellt sich die Frage, ob künftig durch entsprechende vertragliche Gestaltungen bereits im Vorhinein Vorsorge vor solchen Pandemien und Ausnahmesituationen geschaffen werden kann, um nicht auf die Freiwilligkeit der Spieler angewiesen zu sein. Welche Möglichkeiten bestehen und mit welchen Risiken diese behaftet sind, soll der folgende Beitrag aufzeigen.

I. Unterschiedliche Konstellationen und Auswirkungen der Corona Pandemie auf Fußballclubs

Im Rahmen der Corona- Pandemie ist bei vielen Betrieben die Frage aufgetreten, ob aufgrund von Betriebsschließungen und behördlichen Anordnungen Möglichkeiten bestehen, sich der Vergütungszahlung gegenüber ihren Mitarbeitern zumindest teilweise zu entziehen. Das Dilemma war bei allen betroffenen Betrieben gleich: fehlenden Betriebseinnahmen standen und stehen Betriebsausgaben, insbesondere Lohnkosten für die Mitarbeiter, gegenüber. Diese Diskussionen ergaben sich in unterschiedlichen Konstellationen auch im Verhältnis der Fußball-Clubs gegenüber den Spielern; dort sind in erster Linie ebenfalls die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsrechts maßgeblich, wenn auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Sport.

Aufgrund behördlicher Anordnungen waren Sportanlagen und Sportstätten teilweise insgesamt geschlossen, so dass der Spiel- und weitestgehend auch der Trainingsbetrieb in diesen Fällen ruhten. Davon betroffen war zeitweise der Profifußball, vermehrt aber der Amateursport. Die Schließungen waren nicht durch die Corona Pandemie, also den Virus selbst bedingt, sondern beruhten auf behördlichen Verfügungen zur Eindämmung der Pandemie. Die Spieler (Arbeitnehmer) konnten im Falle der Betriebsverbote ihre geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen, der Arbeitgeber diese nicht annehmen. Dabei stellt sich die Frage der Vergütungspflicht nach der Betriebsrisikolehre gegenüber den Profifußballern, die im Vergleich zu den übrigen Fällen „normaler“ Arbeitsverhältnisse durchaus kontrovers zu diskutieren ist.

Im Bereich der Bundesliga fielen im Ergebnis zwar keine Spiele gänzlich aus, jedoch bestand von März bis Mai 2020 eine Spielpause und die nachgeholt Spiele durften regelmäßig nur noch ohne Publikum erfolgen. Neben fehlenden

Ticketeinnahmen fehlten auch TV-Gelder in erheblicher Höhe, so dass viele der Vereine in eine extreme Schieflage geraten sind, da die Spieler gleichwohl ihren hohen Lohnanspruch geltend machten. Die Arbeitsleitung war den Spielern nämlich nicht unmöglich, aber sie erfolgte dennoch abweichend vom „Normalverlauf“ nicht in der üblichen Art und Weise und insbesondere ohne entsprechende Einnahmen für die Fußballclubs. Insofern stellt sich auch in diesen Fällen die Frage nach der rechtlichen Grundlage für die Vergütungszahlung gegenüber den Spielern bzw. Möglichkeiten einer Kürzung der hohen Vergütung.

II. Das Betriebsrisiko im Fußball

In den Fällen, in denen aufgrund behördlicher Anordnungen der Spiel- und weitestgehend auch der Trainingsbetrieb ruht und somit die Arbeitsleistung der Spieler unmöglich war, stellt sich die Frage, ob dieses Risiko nach wie vor vom Arbeitgeber im Rahmen des ihm zugewiesenen Betriebsrisikos zu tragen ist, so dass der volle Lohnanspruch des Arbeitnehmers besteht.

1. Allgemeines zum Betriebsrisiko

Entscheidend geht es bei diesem Sachverhalt um die Frage, ob die von keiner Partei zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zum Untergang des Lohnanspruchs nach § 326 Abs.1 Satz 1 BGB führt (nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“) oder ob der Arbeitgeber nach § 615 S.1 und S.3 BGB weiterhin Lohn zahlen muss, obwohl der Arbeitnehmer auch seinerseits nicht in der Lage ist, seine nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Selbstverständlich ist bei diesen Konstellationen aber vorausgesetzt, dass der Spieler grundsätzlich leistungsfähig und leistungswillig wäre und der Arbeitgeber nicht aus anderen Gründen von der Pflicht zur Lohnzahlung befreit ist. Nur dann ergibt sich die Frage, ob gleichwohl eine Lohnzahlungsverpflichtung seitens des Arbeitgebers besteht.

§ 615 S.3 BGB enthält eine Ausnahmeregelung zu dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“, so dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung grundsätzlich zahlen muss, ohne von diesem eine Nachleistung der ausgefallenen Arbeit verlangen zu können. Dies deshalb, weil dem Arbeitgeber vom Gesetzgeber das Risiko zugewiesen wird, seinen Betrieb betreiben zu können (sog. Betriebsrisiko). Das Betriebsrisiko verpflichtet den Arbeitgeber dazu, die vertraglich geschuldete Vergütung auch dann zu zahlen, wenn er aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grund den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann, das Risiko aber durch § 615 S.3 BGB ihm zugewiesen ist.

* Helmut Kuhr ist Gesellschafter-Geschäftsführer und Rechtsanwalt der WIPFLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Walldorf, Dr. Verena Weiss-Bözl ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, ebenfalls WIPFLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Walldorf.

Die aktuelle Pandemie und insbesondere auch der einschneidende Lockdown haben erneute Fragen zum Betriebsrisiko und insbesondere zu dessen Reichweite und arbeitsrechtliche Möglichkeiten der Begrenzung der Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers aufgeworfen. Die Diskussion ist in der Corona-Krise vor allem deshalb wiederaufgekommen, weil nicht nur individuelle Betriebsverbote erfolgten, sondern regelmäßig, wie etwa auch im Fußball, **landes- oder europaweite Betriebsverbote** bestanden. Hat dieses Risiko immer noch der Arbeitgeber zu tragen oder sind dabei die Grenzen des Betriebsrisikos überschritten und es ist ggf. ein allgemeines Lebensrisiko betroffen, welches auch Auswirkungen auf die Lohnzahlung des Arbeitnehmers hat?

a) Fallgestaltungen des Betriebsrisikos und dessen Grenzen

Eine nähere Betrachtung der in § 615 S.1 und S.3 BGB bezweckten gerechten Risikoverteilung ist zur Beantwortung dieser Frage unausweichlich. Das Betriebsrisiko des Arbeitgebers ist nicht grenzenlos, wobei die Grenzen im Gesetz selbst nicht genannt werden. Die Rechtsprechung hat dazu bereits zahlreiche Fallgruppen entwickelt, bei denen der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt: Der Arbeitgeber muss nach den vorgenannten gesetzlichen Regelungen das Lohnrisiko dann tragen, wenn und soweit er den Arbeitnehmer vertraglich gebunden hat und ihm dadurch eine alternative Verwertung seiner Arbeitskraft unmöglich gemacht hat. An dem vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko ändert sich nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch dann nichts, wenn die Umstände, die die Betriebsstörung verursachen, von außen kommen und sich aus seiner Sicht als Fälle höherer Gewalt darstellen, wie dies bspw. bei Erdbeben, extremen Wetterbedingungen und Überschwemmungen eines Fabrikgebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe der Fall ist.¹ Das BAG war bereits im Jahr 1963 der Auffassung, dass der Arbeitgeber auch dann das Betriebsrisiko trage, wenn die Arbeitsleistung infolge behördlicher Maßnahmen, wie etwa Verbote oder ähnliches, unmöglich wird und dessen Verwirklichung durch die besondere Art des Betriebs bedingt ist.² Bei dieser Fallgestaltung müsste aber ein behördliches Verbot zum Risiko zählen, den eigenen Betrieb betreiben zu können, so dass ein Verbot für einen individuellen Betrieb sicherlich zum Betriebsrisiko zählt. Vorliegend wurden aber teilweise landes- und gar europaweite Betriebsverbote für eine Vielzahl von Betrieben unterschiedlicher Branchen erlassen, so dass sich hier berechtigterweise die Frage stellt, ob die Betriebsrisikolehre so weit reicht und auch solche Fallgestaltungen umfasst.

Die Grundsätze der Betriebsrisikolehre nach § 615 S.3 BGB sind nach der Rechtsprechung nicht anwendbar, wenn das die Betriebsstörung herbeiführende Ereignis den Betrieb wirtschaftlich so schwer trifft, dass bei Zahlung der vollen Löhne die Existenz des Betriebs gefährdet wäre.³ Die Rechtsprechung hat einen solchen Fall allerdings noch nicht bejaht. Unter Umständen könnte dies aufgrund der noch nie dagewesenen Situation der Corona-Pandemie deshalb anders ausfallen und als weitere Fallkonstellation in der Praxis gelten. Insbesondere im Sport und speziell im Profi-Fußballbereich wird dies befürwortet, weil bei Sportclubs die Lohnverpflichtungen oft einen Großteil der Betriebsausgaben ausmachen und bei länger andauernder Saisonunterbrechung oder vollständigem Abbruch vor allem TV-Gelder und Ticketerlöse als ein erheblicher Teil der Einnahmen wegbrechen und anders als in vielen anderen Branchen eine wirt-

schaftliche Surrogation der betrieblichen Arbeit im Homeoffice kaum bis gar nicht möglich ist.⁴

aa) Meinungsstand in der Literatur zum Betriebsrisiko aufgrund Corona

Besonders zu Beginn der Corona Pandemie wurde heftig diskutiert, ob der Arbeitgeber auch im Falle von behördlichen Maßnahmen das Betriebsrisiko zu tragen hat. Eine Ansicht in der Literatur bejaht auch in diesen Fällen generell das Betriebsrisiko des Arbeitgebers und damit die Vergütungspflicht hinsichtlich der Grundvergütung.⁵ Dies vor allem auch unter Heranziehung der Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber bei höherer Gewalt ebenfalls das Betriebsrisiko zu tragen hat.⁶

Die andere – unseres Erachtens vor allem im Profisport vorzugswürdigere Ansicht – zählt solche Fälle nur dann zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers, wenn die Arbeitnehmer die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung noch woanders bringen können.⁷ Ist die Arbeitskraft des Arbeitnehmers hingegen auch anderweitig nicht mehr verwertbar, müsse der Arbeitgeber dieses Risiko nicht mehr tragen. Solche Situationen sind in Deutschland zwar äußerst selten und müssen von der weiteren Situation unterschieden werden, dass die Arbeitsleistung unter Umständen wirtschaftlich unsinnig, aber dennoch noch rechtlich möglich ist. Denn dieses Wirtschaftsrisiko trägt der Arbeitgeber ohnehin nach § 615 S.1 BGB.⁸ Während der Arbeitgeber beim Betriebsrisiko die Arbeitsleistung seiner Arbeitnehmer entgegennehmen will, dies aber nicht kann, kann er sie bei den Fallgestaltungen, die zum Wirtschaftsrisiko gehören, entgegennehmen, will sie aber nicht, insbesondere weil dies aus seiner Sicht wirtschaftlich unsinnig ist.⁹ Ein solcher Fall des Wirtschaftsrisikos lag aber in den Fällen der Spielverbote gerade nicht vor, so dass die Verwirklichung des Betriebsrisikos durchaus vertretbar abgelehnt werden kann, wenn der Fußball aufgrund landes- oder gar europaweiter Betriebsverbote eingestellt wird. Den Fußballern war eine alternative Verwertung ihrer Arbeitsleistung nicht möglich.

Es wird auch vertreten, dem Arbeitgeber nur dann das Betriebsrisiko aufzuerlegen, wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und die Entgegennahme der Arbeitsleistung durch ihn aus Gründen unmöglich werden, die im betrieblichen Bereich liegen. Somit müsse es die Eigenart des Betriebs mit sich bringen, dass gerade dieser Arbeitgeber von der behördlichen Maßnahme aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften in ganz besonderer Weise betroffen ist.¹⁰ Hintergrund der flächendeckenden Betriebsschließungen, von denen auch der Profifußball betroffen war, war das Ziel, dadurch die Verbreitung des Corona-Virus zu verhindern und das Virus einzudämmen, unabhängig davon, ob in dem jeweiligen Betrieb ein enger körperlicher Kontakt bestand oder nicht. Mit der Ausübung der Fußballtätigkeit geht zwar ein Körperkontakt über das Maß im Vergleich zu einer Büro-

1 Vgl. etwa BAG Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14, NZA 2016, 293.

2 BAG Urt. v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 15.

3 BAG NZA 1995, 468 (469).

4 So *Fischinger* SpuRT 2020, 158 (161).

5 So etwa *Fischinger* in Bezug auf die Auswirkungen der Coronakrise im Profisport, SpuRT 2020, 158.

6 *Fischinger/Hengstberger* NZA 2020, 559.

7 Vgl. *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413; *Hohenstatt/Krois*, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona II. c) S.9.

8 *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413.

9 Vgl. *Kleinebrink* DB 2020, 1457 (1459).

10 *Kleinebrink* DB 2020, 1457 (1459).

tätigkeit einher, aber es mussten auch Bekleidungsgeschäfte, Kinos etc schließen, so dass keine behördliche Schließung im Sinne der zuvor genannten Rechtsprechung des BAG aus dem Jahr 1963 vorlag.¹¹ In diesen Fällen entfällt somit nach dieser Ansicht die Vergütungspflicht des Arbeitgebers und es bleibt beim Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“.¹²

bb) Erste Entscheidungen der Arbeitsgerichte

Erste arbeitsgerichtliche Entscheidungen zu bestimmten Branchen liegen bereits vor, die urteilen, dass behördliche Betriebsschließungen in der Pandemie zumindest in Einzelfällen zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören. Das LAG Düsseldorf beispielsweise urteilte – soweit ersichtlich – als erstes Landesarbeitsgericht zu der Frage und führte aus, dass es sich bei pandemiebedingten behördlichen Betriebsschließungen um ein Ereignis handelt, bei dem sich das Betriebsrisiko des Arbeitgebers verwirklichte.¹³ Entschieden wurde dies im Zusammenhang mit einem Arbeitgeber, der eine Spielhalle betrieb und in dem der klagende Arbeitnehmer auf Stundenlohnbasis beschäftigt war. Der Arbeitgeber war aufgrund behördlicher Anordnungen gezwungen, seinen Spielhallenbetrieb zu schließen. Das LAG Düsseldorf bejahte ein Fall der höheren Gewalt auch im Rahmen der aktuellen Pandemie. Mangels klarer Abgrenzung sei nicht darauf abzustellen, ob die Schließung eine gesamte Branche, die zunächst als solche abzugrenzen wäre, oder nur einzelne Betriebe dieser Branche, ggf. bundesweit, nur in einzelnen Ländern oder örtlich begrenzt erfasse. Es könne daher nicht auf die Reichweite des behördlichen Verbots abgestellt werden. Nach Auffassung des Gerichts wäre das allgemeine Lebensrisiko allenfalls betroffen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft überhaupt nicht mehr hätte verwerten können, was es im vorliegenden Fall abgelehnt hatte.

Auch das Arbeitsgericht Mannheim hatte einem Minijobber, der als Barkeeper in einem Tanzlokal beschäftigt war, für die Monate Annahmeverzugslohnansprüche zugesprochen, in denen das Lokal aufgrund des Lockdowns durch Verordnung schließen musste.¹⁴

Die bislang bestehenden Entscheidungen, welche Annahmeverzugslohnklagen geringfügig Beschäftigter oder Beschäftigter im mindestlohnrelevanten Sektor betrafen, betonen in den Urteilsgründen die Einzelfallrechtsprechung, so dass insbesondere in spezielleren Branchen mit höherer Vergütung abzuwarten bleibt, wie andere Gerichte oder das BAG entscheiden.

b) Auseinandersetzung mit der Betriebsrisikolehre im Bereich des Fußballs

Aufgrund der teilweise bundesweit bzw. sogar europaweit bestehenden Spielverbote lässt sich unseres Erachtens für die Fälle, in denen aufgrund dieser behördlichen Verbote keine Arbeitsleistung im Bereich Fußball entgegengenommen werden konnte, deshalb mit guten Argumenten vertreten, dass die Grenzen des Betriebsrisikos überschritten waren und es somit bei dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ verbleibt, weil die Arbeitsleistung des Spielers auch nicht anderweitig einsetzbar gewesen. Hintergrund der Verfügungen war die Reaktion auf das allgemeine Risiko einer Pandemie, nicht auf ein dem zu schließenden Betrieb anhaftendes Risiko, so dass dies kein Betriebsrisiko des Arbeitgebers darstellen kann.¹⁵

In tatsächlicher Hinsicht werden die Clubs diese Diskussionen aber nicht führen (wollen), einerseits weil erste gericht-

liche Entscheidungen in anderen Fällen das Betriebsrisiko auch im Falle der Pandemie bejaht haben, andererseits aber auch weil diese nach der Pandemie auf die Leistungen und Motivation der Spieler angewiesen sind. Teilweise wurden hohe Ablösesummen für die Spieler gezahlt, so dass die Clubs die gute Zusammenarbeit – auch in schwierigen Zeiten – nicht durch solche Diskussionen riskieren wollen. Darüber hinaus ist nicht prognostizierbar, ob die Rechtsprechung die Corona-Pandemie als Ausnahme im Bereich der Nichtanwendung des Betriebsrisikos im Falle der Existenzgefährdung ansieht und weiter, ob die Existenz der Fußballclubs tatsächlich gefährdet ist, was im Einzelnen auch darzulegen wäre. Besonders bei den großen Vereinen dürfte dies – zumindest derzeit – (noch) nicht der Fall sein. Bislang ist – soweit ersichtlich – beispielsweise beim 1. FC Köln und Schalke 04 lediglich bekannt, dass dieser nach großen Verlusten Landesbürgerschaft beantragt hat.¹⁶

2. Abdingbarkeit von § 615 S.3 BGB und Gestaltungsmöglichkeiten

§ 615 S.3 BGB kann durch einzelvertragliche Regelung abgeändert werden. Allerdings kann eine Änderung nur in den Grenzen des AGB-Rechts und unter Beachtung des Umstandes, dass regelmäßig schutzwürdige Arbeitnehmer dem die Regelungen vorgebenden Arbeitgeber gegenüberstehen. Eine Vereinbarung darf die Wertung des § 615 Satz 3 BGB nicht in ihr Gegenteil verkehren.¹⁷ So käme aber in Betracht, den Arbeitnehmer entgegen dem Grundsatz der Fixschuld im Arbeitsverhältnis zur Nacharbeit zu verpflichten oder aber eine zeitliche Begrenzung für die Tragung des Betriebsrisikos vorzusehen. Etwaige Klauseln sollten aber transparent und hinreichend klar bestimmt werden, auch um die Akzeptanz bei den Spielern zu erhalten. Bei Profifußballspielern, die über besondere Qualifikationen verfügen, ist im Rahmen der Vertragsgestaltung von Formulararbeitsverträgen im Übrigen zu beachten, dass diese nicht in gleicher Weise schutzbedürftig sind wie „normale“ Arbeitnehmer.¹⁸ Die Profifußballspieler verhandeln die Verträge meist nicht persönlich, sondern haben dafür entsprechende Berater und besitzen im Übrigen auch aufgrund ihrer Qualifikationen und ihres Bekanntheitsgrades weitreichendere Einflussmöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung als bei übrigen Arbeitnehmern. Insofern ist das klassische Unter-Überordnungsverhältnis, welches im Arbeitsrecht grundsätzlich prägend ist, weniger gegeben, was letztlich auch Auswirkungen bei der Beurteilung von vertraglichen Regelungen im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen hat.

3. Zwischenergebnis

Nach der Betriebsrisikolehre haben die Profifußballer aktuell gute Chancen, ihre Vergütungsansprüche mit Erfolg durchzusetzen. Je nach Ausgestaltung des Vertrags müsste die gesamte Vergütung, mindestens aber die Grundvergütung,

11 Kritisch diesbezüglich auch *Henseler* SpuRt 2021, 59 (61).

12 So auch *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112 (1116).

13 Vgl. LAG Düsseldorf Urt. v. 30.3.2021 – 8 Sa 674/20, becklink 2019345.

14 ArbG Mannheim Urt. v. 25.3.2021 – 8 Ca 409/20, BeckRS 2021, 6492.

15 Vgl. auch *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112 (1116).

16 Vgl. etwa zum 1.FC Köln, <https://www.kicker.de/der-1-fc-koeln-beantragt-landesbuergerschaft-801107/artikel> (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

17 Vgl. etwa *Kleinebrink* DB 2020, 1457 (1462).

18 Vgl. dazu auch *Maschmann* in *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, A. II. Rn.135.

auch im Falle der Saisonunterbrechung oder gar des gesamten Abbruchs weitergezahlt werden. Aus diesem Grunde sollte in künftigen Vertragsgestaltungen besonders auf diese Risiken geachtet und mit entsprechenden Regelungen reagiert werden.

III. Abweichungen im Betrieb der Bundesliga vom Normalverlauf

Insbesondere in der Bundesliga sind Spiele nicht gänzlich ausgefallen, sondern wurden letztlich verschoben und es durften zahlreiche Spiele nur ohne oder mit deutlich eingeschränkten Zuschauern erfolgen (sog. Geisterspiele). Durch fehlende Ticketeinnahmen und fehlende TV-Gelder ergaben sich erhebliche finanzielle Einbußen der Fußballclubs. Die Arbeitsleistung war den Fußballern in diesen Fällen nicht unmöglich, weil sie nach wie vor ihre geschuldete Arbeitsleistung, nämlich das Fußballspielen, erbringen konnten, wenn auch ggf. zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der Verschiebung mancher Spiele. Eine Diskussion über das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko scheidet deshalb mangels Unmöglichkeit der Arbeitsleistung aus.

Die Ausführung der Arbeitsleistung war allerdings nicht in der für die Fußballclubs üblichen Art und Weise, nämlich unter Teilnahme von Zuschauern mit entsprechenden Ticketeinnahmen und entsprechenden TV-Gelder der Verwertung, möglich. Diese Einnahmen der Fußballclubs liegen aber regelmäßig – zumindest konkludent – den Zahlungen der hohen Gehälter an die Fußballer zugrunde. Es bestand also auch in diesen Fällen eine Art Leistungsstörung, die die Frage nach einer Vertragsanpassung in Bezug auf die Fußballspieler und deren Vergütungsanspruch nach sich zieht.

1. Grundlage der vertraglichen Vereinbarung

So könnte man vertreten, beide Parteien sind bei Vertragsschluss davon ausgegangen, dass die hohe Vergütung der Fußballspieler sich daraus ergibt und damit rechtfertigt, dass die Arbeitsleistung im Normalverlauf des Betriebs erbracht wird, also mit Zuschauern und einem gefüllten Stadion sowie durch entsprechende Einnahmen hoher Werbe- und TV-Gelder. Dieser Umstand, den beide Teile demnach ihrer vertraglichen Vereinbarung immanant zugrunde gelegt haben, hat sich durch die behördlichen Einschränkungen im Nachhinein wesentlich verändert. Gleichwohl finden sich in den Arbeitsverträgen keine Definitionen oder Hinweise darüber, dass die vereinbarte Vergütung nur geschuldet wird, wenn der Fußballer seine Arbeitsleistung unter normalen Spielbedingungen, dh mit Zuschauern und Werbeeinnahmen, erbringt. So war die Situation in der Bundesliga besonders misslich, weil die Arbeitsleistung den Spielern nach wie vor möglich war, ggf. auch mit Verzögerung, etwa wenn Spiele verschoben wurden.

2. Möglichkeiten der Vertragsanpassung

Mangels Unmöglichkeit der Arbeitsleistung scheidet somit – ungeachtet der bereits besprochenen rechtlichen Hintergründe – eine Verweigerung der Lohnzahlung mit dem Hinweis auf ein nicht mehr vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko aus. Es stellt sich die Frage, ob unter dem Gesichtspunkt „Störung der Geschäftsgrundlage“ oder aus anderen Gründen eine Vertragsanpassung möglich ist und somit auch zumindest ein Teil der Vergütung nicht zu zahlen wäre.

Denkbar wäre grundsätzlich auch eine Änderungskündigung gegenüber den Fußballspielern, wobei diese regelmäßig aufgrund des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in den Arbeitsverträgen, nur als außerordentliche Änderungskündigung möglich wäre. Die Anforderungen an eine solche außerordentliche Änderungskündigung sind äußerst hoch und hätten auch das Risiko zur Folge, dass Verträge mit den Fußballern gänzlich beendet wären, würden diese die Änderung der Arbeitsbedingungen ablehnen. Zur schnellen Kostensenkung war und ist dieses Instrument vorliegend somit nicht geeignet, so dass die Regelung des § 313 BGB näher in den Blick zu nehmen ist.

Die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB setzt ein Leistungshindernis voraus, wobei die Leistung als solche noch möglich sein muss. Über diese Norm soll ein gerechter Interessenausgleich erfolgen, wobei die Regelungen vorrangig darauf gerichtet sind, die Vertragsbeziehung möglichst aufrechtzuerhalten. Zu beachten ist dabei, dass derjenige, der die Störung zu vertreten hat, sich regelmäßig nicht auf § 313 BGB berufen kann, da die Störung dann in seinen Risikobereich fällt. In diesem Zusammenhang können die Erkenntnisse aus der Diskussion über die Anwendbarkeit der Betriebsrisikolehre in Fällen der Pandemie und der Betriebsschließung herangezogen werden. Auch wenn gute Argumente dafür vorliegen, insbesondere im Bereich Fußball, die Grenzen des vom Arbeitgeber allein zu tragenden Betriebsrisikos im Falle der Betriebsverbote als überschritten anzusehen, so sprechen die ersten Entscheidungen und auch die überwiegende Ansicht in der Literatur dafür, dass auch im Falle der Pandemie der Arbeitgeber das Risiko zu tragen hat. Erst Recht wird dies gelten müssen, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb zwar nicht in der üblichen Art und Weise betreiben kann, der Arbeitnehmer aber seine Arbeitsleistung dennoch erbringt. Dieses Risiko, dass aufgrund behördlicher Anordnungen erhebliche Einnahmen wegfallen, ist den Fußballclubs unter Umständen auch bereits über das vom Arbeitgeber immer zu tragende Wirtschaftsrisiko zuzurechnen. Darüber hinaus ist fraglich, ob die Einschränkung im Betrieb der Fußballclubs durch fehlende oder eingeschränkte Teilnahme von Zuschauern und damit einhergehender fehlender weiterer Einnahmen so erheblich ist, dass von einer Störung der Geschäftsgrundlage und einer Pflicht zur Vertragsanpassung für den Spieler auszugehen wäre. Dies wird immer eine Frage des Einzelfalls sein.¹⁹

3. Zwischenergebnis

Für den Fall, dass Spielverbote nicht gänzlich bestanden und Fußballspiele demnach nur verschoben wurden bzw. Auflagen erfolgten, dass keine oder weniger Zuschauer teilnehmen dürfen und somit Einnahmen für die Fußballclubs wegfallen, besteht keine Frage hinsichtlich des Betriebsrisikos, so dass sich noch größere Schwierigkeiten ergeben, sich einer Vergütungszahlung für die Fußballspieler zu entziehen. Eine Änderungskündigung zur Herabsetzung der Vergütung wird praktisch aufgrund des erheblichen Risikos der vollständigen Beendigung des Vertragsverhältnisses – ungeachtet der hohen Anforderungen an eine solche Änderungskündigung – nicht in Betracht kommen. Schließlich ergeben sich auch keine rechtlich überzeugenden Argumente, dass eine Vertragsanpassung über § 313 BGB nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage erfolgen kann.

19 Vgl. dazu auch näher *Henseler SpuRt* 2021, 59 (63).

Aus diesen Gründen ist es für die Fußballclubs künftig besonders wichtig, bei der Vertragsgestaltung Krisen, vergleichbar der Corona- Pandemie, zu berücksichtigen und Vorsorge zu treffen.

IV. Vertragliche Kürzungsklauseln der Vergütung

Es ist aufgrund der vorangegangenen Diskussion künftig besonders zu empfehlen, die vertraglichen Regelungen in den Blick zu nehmen. Im Rahmen des Vertragsrechts gilt der Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten), so dass eine einseitige Gehaltskürzung ohne vertragliche Regelung nicht möglich ist. Aus der Treuepflicht allein würde für den Arbeitnehmer keine Pflicht zum Gehaltsverzicht bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Arbeitgebers folgen.

Erste Bundesliga-Clubs vereinbaren deshalb in ihren neuen Spielerverträgen bereits sog. „Pandemie-Klauseln“. Bekannt wurde dies etwa bei Werder Bremen, Schalke 04, RB Leipzig und Arminia Bielefeld.²⁰ Darin werden Fallgestaltungen geregelt, in denen der Verein einen bestimmten Anteil des Gehalts bei coronabedingten Einnahmeausfällen einbehalten kann, so etwa wenn ohne Zuschauer gespielt werden muss oder falls die Saison unterbrochen wird. Nach dem Vertrag besteht für die Spieler somit grundsätzlich ein Anspruch, der unter dem Vorbehalt des Widerrufs steht.

Kritiker lehnen auch solche vertraglichen Klauseln mit dem Hinweis darauf ab, dass der Arbeitgeber immer das (volle) Betriebs- und Wirtschaftsrisiko tragen muss, so dass Alternativmöglichkeiten gesucht werden.

Unabhängig davon muss eine etwaige „Pandemie-Klausel“ klar und verständlich formuliert sein, so dass der Arbeitnehmer konkret erkennen kann, mit welchen Gehaltseinbußen er in welchen Fällen zu rechnen hat. Die Beurteilung, ob eine solche Klausel zulässig ist, richtet sich nach der Art und Höhe der widerrufenen Leistung, des verbleibenden Verdienstes – insbesondere unter Beachtung der Mindestlohngrenzen, die vorliegend aber in jedem Fall eingehalten würden – sowie der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen. Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Kernbereich des Arbeitsverhältnisses jedenfalls dann nicht tangiert, wenn der widerrufliche Teil einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistung weniger als 25 % der Gesamtvergütung ausmacht.²¹ Bei Spitzenverdienern wird auch ein höherer Anteil der widerruflichen Leistung, etwa bei 35-40 % als zulässig diskutiert.²² Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wäre demnach ein Widerrufsvorbehalt hinsichtlich der Grundvergütung anzudenken, wobei zu beachten ist, dass die Profifußballer mit einer solchen Regelung einverstanden sein müssten und diese deshalb und auch aus rechtlichen Gründen konkrete Situationen vergleichbar der Corona-Pandemie und deren Fallgestaltungen beschreiben müsste.

V. Alternative Lösungsmöglichkeiten

1. Allgemeines zur Vergütungsstruktur

Alternativ kommt das Überdenken der generellen Vergütungsstruktur bei den Fußballspielern in Betracht. So könnte sich eine anderweitige Aufteilung und Zusammensetzung der Vergütung anbieten, so dass von vornherein ein Anspruch nur in den im Vertrag genannten Fällen besteht und nicht – wie bei vertraglichen Möglichkeiten der Kürzung

– die Vergütung nur unter einem bestimmten Widerrufsvorbehalt steht.

2. Aufteilung der Vergütung in drei Komponenten

In Betracht kommt etwa eine künftige Aufteilung der Vergütung in drei Teile, so dass der aktuelle Teil der Fixvergütung nochmals unterteilt wird. Danach wäre eine Fixvergütung in einer (deutlich niedrigeren Höhe) ohne weitere Bedingung zugesagt, die selbstverständlich die allgemeinen Mindestlohngrenzen berücksichtigt und so bemessen ist, dass der Lebensunterhalt ohne Weiteres bestritten werden kann. Gleichwohl wäre ein beträchtlicher Teil der aktuell vereinbarten Fixvergütung als zweiter Vergütungsbestandteil mit der Bedingung verknüpft, dass die Arbeitsleistung unter normalen Spielbedingungen erfolgt und auch nur dann geschuldet wird. Voraussetzung für diesen Teil der Vergütung wäre somit konkret, dass die Fußballspiele unter Teilnahme einer zu bestimmenden Mindestanzahl von Zuschauern erfolgen kann und entsprechende TV-Gelder vereinnahmt werden. Die Modalitäten dazu wären im Vertrag konkret und transparent aufzuführen, so dass die Fußballspieler genau erkennen können, wann welche Vergütungskomponente beansprucht werden kann. Im Unterschied zu einem Widerrufsvorbehalt wäre hier von vornherein kein Anspruch der Spieler gegeben, wenn die Voraussetzungen der Vergütungskomponente nicht gegeben sind. Da durch die zuerst genannte Fixvergütung bereits eine ausreichende Lebensgrundlage geschaffen ist und sich die hohen Gehälter erheblich auch durch die vom Club vereinnahmten Ticketerlöse und TV-Gelder rechtfertigen, ist die Risikoverteilung bei der zweiten Vergütungskomponente nach unserem Dafürhalten auch rechters. Schließlich empfiehlt sich – wie bisher auch – eine weitere Vergütungskomponente durch Prämien- und Bonuszahlungen zu gewähren, die im Rahmen der Definition der Ziele und Voraussetzungen aber auch die außergewöhnlichen Umstände, wie etwa die Corona- Krise, berücksichtigen sollten.

Auch wenn die derzeitigen Verträge – insbesondere vom DFB – regelmäßig neben einem Grundentgelt bereits Prämien- und Bonuszahlungen vorsehen, könnte durch die Aufteilung der Vergütung in eine Dreiteilung stärker auf solche Ausnahmesituationen, wie die der Pandemie und deren Auswirkungen für die Clubs reagiert werden. Dann werden im Unterschied zu Vertragsgestaltungen mit Widerrufsvorbehalt von vornherein die Voraussetzungen der Anspruchsbegründung anders ausgestaltet, so dass kein Widerrufsvorbehalt erforderlich ist, da der Anspruch auf eine bestimmte Vergütung nur besteht, wenn die im Vertrag definierten Voraussetzungen vorliegen. Im Vertrag sollte somit konkret geregelt werden, was unter einem normalen Saisonbetrieb zu verstehen ist, so dass dies die Grundlage der hohen Vergütung darstellt und ohne entsprechende Einnahmen der Fußballer auch in gewisser Weise an dem Risiko partizipiert.

3. Anpassungsbedarf bei Bonus- und Prämienregelungen

Die bereits bestehenden Bonus- und Prämienregelungen sollten künftig ebenfalls einer Anpassung unterzogen werden,

20 Vgl. Absicherung oder Risiko? Corona-Klauseln in der Bundesliga, <https://www.sol.de/sport/fussball-1-bundesliga/Absicherung-oder-Risiko-Corona-Klauseln-in-der-Bundesliga,496298> (zuletzt abgerufen am 17.5.2021).

21 BAG NZA 2017, 931.

22 Henseler SpuRt 2021, 59, (66) mwN.

um Auslegungstreitigkeiten zu vermeiden. Sie stellen nach wie vor einen wichtigen Bestandteil der Gesamtvergütung dar.

a) Berücksichtigung außergewöhnlicher Umstände

Bei einem leistungsabhängigen Ermessensbonus besteht nach der bereits existierenden höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Extremfällen die Möglichkeit, den Bonus bei Vorliegen besonders gewichtiger, außergewöhnlicher Umstände trotz Erreichens persönlicher Ziele auf „Null“ festzusetzen.²³ Derartige außergewöhnliche Umstände hatte das BAG beispielsweise im Rahmen der Finanzkrise bei Banken aber erst dann anerkannt, als diese nur durch staatliche Liquiditätshilfen eine Insolvenz vermeiden konnten.²⁴ Solche Ausmaße dürfte die Corona-Krise für Profifußball-Clubs derzeit (noch) nicht haben, so dass sich deshalb eher die Vereinbarung entsprechender Ziele anbietet. Entscheidend dürfte – wie auch in sonstigen Fällen – die konkrete Ausgestaltung der Vereinbarung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens sein.²⁵

Insofern sollten auch die Entlastungsmöglichkeiten der Fußballclubs im Hinblick auf die variablen Vergütungsbestandteile bei der künftigen Vertragsgestaltung nicht außer Acht gelassen werden. Wichtig sind allerdings eine entsprechende Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarungen sowie eine Akzeptanz für die entsprechenden Vertragsverhandlungen. Anders ausgedrückt: Es können für Arbeitnehmer auch positive Anreize dadurch geschaffen werden, dass Prämien- und Bonuszahlungen für bessere Zeiten deutlich höher ausfallen.

b) Prämien im Detail

aa) Individuelle Prämien mit punktuellen Umständen

In den aktuellen Verträgen existieren häufig bereits individuelle Prämien mit punktuellen Umständen, wie etwa die Zahlung einer Prämie pro Spieleinsatz oder zusätzlich noch für Tor- und Gewinnpunkte. Es gilt zwar das Lohnausfallprinzip, so dass grundsätzlich darauf abzustellen ist, was der Spieler an Vergütung erzielt hätte, wenn der Annahmeverzug nicht eingetreten wäre. Gleichwohl kommt es doch aber auch auf den tatsächlich weiteren Saisonverlauf an. Die Prämie wäre somit bei Saisonunterbrechung oder -abbruch nicht zu zahlen, was in der Literatur auch durch die Einbettung in verbandsrechtliche Strukturen begründet wird.²⁶ Grundlage dieser Prämien ist ein organisierter Wettbewerb, der in diesen Fällen gerade nicht stattfand. Wenn Spiele nicht angesetzt werden, besteht somit auch kein Prämienanspruch. Diese Auslegung könnte man derzeit aller Voraussicht nach auch durch Vertragsauslegung erzielen, sollte aber im Vertrag künftig zur Vermeidung von Streitigkeiten explizit geregelt werden.

bb) Prämie für Saisongesamtleistung und Mannschaftserfolg

Darüber hinaus werden regelmäßig auch Prämien bezahlt, die auf den Erfolg der Mannschaft abstellen. So erfolgen etwa Prämien für bestimmte erzielte Punkte der Mannschaft oder für den Klassenerhalt bzw. -aufstieg sowie Pokalprämien. Dabei könnte ohne weitere vertragliche Regelung im Falle der Saisonunterbrechung ggf. nur eine zeitlich verschobene Feststellung erfolgen, wobei im Übrigen aber die Voraussetzungen der Prämie – nur zu einer anderen als ursprünglich angedachten Zeit – vorliegen. Im Falle der Saison-

unterbrechung ist somit der Anspruch auf die Prämie möglich, auch wenn die Spiele ggf. ohne Zuschauer und demnach ohne entsprechende Einnahmen erfolgen. Dieses Ergebnis entspricht sicher nicht dem Interesse des Fußballclubs, so dass in jedem Fall Anpassungsbedarf besteht und die konkreten Voraussetzungen eines Normalbetriebs, die anspruchsbegründend sind, zu definieren wären.

Eine Meisterprämie wird hingegen regelmäßig dann fällig, wenn es tatsächlich einen Meister gibt. Die Umstände, wie die Mannschaft zu diesem Erfolg gelangt ist, wird regelmäßig nicht Voraussetzung für den Prämienanspruch sein, so dass sich auch bei dieser Fallgestaltung Anpassungsbedarf in der Zukunft ergibt. Gleiches gilt bei einer Aufstiegsprämie, wenn die Mannschaft aufsteigt – und sei es auch nur durch Vereinbarung, dass in dieser Saison keine Mannschaft absteigt.²⁷

4. Zwischenergebnis

Die aktuellen Bonus- und Prämienregelungen zeigen, dass allein der Wortlaut der entsprechenden Vereinbarung bzw. die fehlende Definition eines Normalbetriebs häufig zu einem Anspruch des Profifußballers auch auf Zahlung entsprechender Prämien führen dürfte. Teilweise wird man mit entsprechender ergänzender Vertragsauslegung Ansprüche auf die variable Vergütung der Höhe nach begrenzen können, gleichwohl zeigt dies die Dringlichkeit einer künftigen anderweitigen Vertragsgestaltung auch in diesen Punkten. Neben den Anpassungen hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen, die somit auch klar zum Ausdruck bringen, dass die Prämien nur bei „Normalbetrieb“ und entsprechendem sportlichen Wettkampf und Einsatz der Profifußballer geschuldet sind, sollte auch generell die Verteilung zwischen Grundvergütung und variabler Vergütung angepasst werden, um in künftigen Ausnahmesituationen nicht mit solch hohen Zahlungsverpflichtungen belastet zu sein. Aufgrund der sehr hohen Gesamtvergütung der Profifußballer und des grundlegenden, die hohe Vergütung rechtfertigenden sportlichen und persönlichen Einsatzes der Profifußballer dürfte solch eine Verteilung der Vergütung rechtlich zulässig sein und bei flächendeckender Umsetzung auch Anreizfunktion für die Wettbewerbe und den Einsatz der Profifußballer haben.

VI. Zusammenfassung und Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass auch die Profifußballclubs nach wie vor den zahlreichen Fragen im Hinblick auf die Vergütungszahlung ihrer Profifußballer trotz der in der Vergangenheit ausgefallenen bzw. verschobenen Spiele und Betriebsverbote ausgesetzt sind. Auch wenn aufgrund der Besonderheiten im Fußball und der weitaus höheren Vergütung der Fußballer im Vergleich zu normalen Arbeitnehmern gewichtige Argumente bestehen, dass die Frage nach dem Betriebsrisiko in den Fällen der Betriebsverbote zugunsten des Arbeitgebers zu beantworten ist, tendiert die überwiegende Literatur sowie die Rechtsprechung dazu, das Betriebsrisiko auch im Falle der Corona Pandemie dem Arbeitgeber aufzubürden. Erst Recht gibt es keine Hoffnung der effektiven Vertragsanpassung in den Fällen, in denen der Betrieb nur eingeschränkt und nicht im Normalbetrieb mög-

23 Vgl. BAG Urt. v. 24.10.2018 – 10 AZR 285/16, NZA 2019, 387.

24 BAG Urt. v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595.

25 Vgl. auch *Eckert/Reinbach/Burmeister* GWR 2020, 216.

26 *Fischinger* SpuRt 2020, 158 (159).

27 Ausführlich dazu auch *Fischinger* SpuRt 2020, 158 (160).

lich war, so dass aufgrund fehlender Zuschauer keine Ticketeinnahmen erfolgten oder TV-Gelder in der sonst üblichen Weise ausblieben. Aus diesen Gründen ist vor allem im Profifußball eine künftig andere Vertragsgestaltung dringend zu empfehlen. Zum einen sollten in den vertraglichen Regularien – bestenfalls einheitlich – Regelungen zur Möglichkeit der Kurzarbeit, Einschränkungen des Betriebsrisikos im Rahmen der Abdingbarkeit getroffen werden, und zum anderen sollte eine differenzierte Ausgestaltung der Vergütungsstruktur erfolgen. Die bislang hohe Fixvergütung sollte in zwei Teile aufgeteilt werden, so dass nur der erste Teil unbedingt erfolgt, der zweite Teil jedoch voraussetzt, dass der Betrieb

unter normalen Bedingungen erfolgt. Der dritte Teil der Vergütung sollte nach wie vor Prämien- und Bonuszahlungen vorsehen, wobei die Anspruchsvoraussetzungen auch unter Berücksichtigung solcher außergewöhnlichen Umstände, wie der Corona Pandemie und der damit einhergehenden einschneidenden finanziellen Maßnahmen für die Fußballclubs, festzulegen sind. Dabei sollte im Vertrag klar und konkret formuliert sein, wie sich die Vergütung zusammensetzt und was die jeweiligen konkreten Voraussetzungen sind, so dass weniger über Kürzungsmöglichkeiten einzelner Vergütungskomponenten, als über positive Anreize und klare Regelungen Transparenz geschaffen wird. ■