

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.

III. (Änderungs-)Kündigung

Frage: Soweit die Saison abgebrochen werden muss: Gib es Möglichkeiten zur Kündigung der Verträge mit Spielern und Trainern? Gibt es Optionen für Änderungskündigungen?

Antwort/Zusammenfassung:

Ordentliche Beendigungs- oder Änderungskündigungen scheitern in aller Regel schon an § 15 III TzBfG. Außerordentliche Beendigungs- und Änderungskündigungen hingegen sind zwar nicht apodiktisch ausgeschlossen, unterliegen aber sehr hohen Hürden. Verkürzt formuliert kommen sie nur in Betracht, wenn sie das letzte Mittel sind, um eine Betriebsschließung zu verhindern.

Begründung:

1. Vorab: Kündigungen sind im Profisport meist kontraproduktiv

Wird das Arbeitsverhältnis mit einem Spieler (oder Trainer) wirksam gekündigt, so ist das Arbeitsverhältnis – ggf. nach Ablauf einer „sozialen Auslaufzeit“ (s. 3. a)] beendet. Aufgrund der *Bosman*-Rechtsprechung des EuGH¹ kann in der Folge für den Spieler **keine Ablösesumme** mehr verlangt werden. Eine Kündigung ist ökonomisch mithin nur sinnvoll, wenn der durch sie erreichte **Spareffekt höher ist als die (potentiell) entgehende Ablösesumme**. Das gilt auch bei einer **Änderungskündigung**. Denn auch sie enthält eine Beendigungskomponente für den Fall, dass der Arbeitnehmer das gleichzeitige Änderungsangebot ausschlägt. Mit anderen Worten: Wird eine wirksame Änderungskündigung ausgesprochen, hat es der **Spieler** in der Hand, ob es zu einer Beendigung oder Änderung des Arbeitsverhältnisses kommt.

Mithin: Die Konsequenzen einer (Änderungs-)Kündigung sind auch in Coronakrisenzeiten im Profisport sorgfältig vor deren Ausspruch abzuwägen!

2. Ordentliche Beendigungskündigung

Ordentliche Beendigungskündigungen scheitern im Profisport in aller Regel apodiktisch an der **Kündigungssperre des § 15 III TzBfG**, denn die Befristung der Arbeitsverträge von Spielern und Trainern ist nach der Rechtsprechung des BAG aufgrund der Eigenart des jeweiligen

¹ EuGH 15.12.1995 – Rs C-415/93, NZA 1996, 191.

Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt.² Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Befristung ausnahmsweise unwirksam ist. Denkbar ist das eigentlich nur bei einer Verletzung des Schriftformgebots (§ 14 IV TzBfG) oder wenn – bei Trainern – ganz ausnahmsweise kein Sachgrund vorliegt, weil entweder wegen regelmäßigen, schnellen Austauschs der ihm anvertrauten Sportler³ oder weil er nach seinen Aufgaben gar keinen Kontakt zu Spielern haben soll⁴ keine die Eigenart seiner Arbeitsleistung vorliegende Abnutzung seiner Motivationsfähigkeit zu befürchten ist. Weil es sich dabei um im Profifußball kaum relevante Konstellationen handelt, bleiben sie im Folgenden außer Betracht (aber: 3. c] – Besonderheiten in der Insolvenz).

3. Außerordentliche Beendigungskündigung

a) Grundlagen

Eine betriebsbedingte Kündigung ist normalerweise nur als ordentliche Kündigung möglich. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber den Betrieb sehr schnell schließen muss und daher ein erhebliches Interesse daran hat, sich schnell von den nunmehr für ihn sinnlos gewordenen Arbeitsverhältnissen zu lösen.

Eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung kommt daher wenn überhaupt nur in Betracht, wenn das **Arbeitsverhältnis ordentlich nicht kündbar** (so im Profisport, s. III. 1.) ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit unter Umständen noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde. Um zu verhindern, dass der Ausschluss der ordentlichen Kündigung – die ja erst nach Ablauf der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis beendet – zum Nachteil für den Arbeitnehmer wird, kommt in solchen Fällen eine außerordentliche Kündigung aber nur mit **sozialer Auslaufzeit** in Betracht, die mindestens so lange sein muss wie es eine fiktive Kündigungsfrist bei ordentlicher Kündigung wäre (sog. **Orlando-Kündigung**).⁵ Überdies gelten für die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung gegenüber der ordentlichen betriebsbedingten **verschärfte Anforderungen**. So hebt das BAG zu Recht hervor, dass „der Arbeitgeber [...] in einem **besonderen Maß verpflichtet [ist] zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden**. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird er den Arbeitnehmer in der Regel entsprechend einzusetzen haben. Erst **wenn alle denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen**“⁶. Selbst enn

² Für **Spieler**: BAG 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992; so auch LAG Thüringen 20.12.2016 – 1 Sa 9/16 (juris Rn. 36 in einem obiter dictum); weitgehend zustimmend *Walker*, SpuRt 2018, 172, 173 f.; *Stopper/Dressel*, NZA 2018, 1046; *Backhaus*, jM 2018, 324, 326 f.; *Fischinger*, NJW 2018, 1996; *Keil*, EWiR 2018, 539; ablehnend *Eckert*, DStR 2018, 360, 364 f.; *Korff*, CaS 2018, 263, 268. – Für **Trainer**: BAG 19.6.1986 – 2 AZR 570/85, juris Rn. 15; 29.10.1998 – 7 AZR 436/97, NZA 1999, 646, 647; 15.4.1999 – 7 AZR 437/97, NZA 2000, 102, 103; LAG Rheinland-Pfalz 8.4.2008 – 3 Sa 758/07, BeckRS 2008, 54356; ArbG Hamburg 22.9.2015 – 21 Ca 200/15, LAGE § 14 TzBfG Nr. 102; ArbG Dortmund 15.3.2001 – 6 Ca 4716/00, SpuRt 2003, 125; *Wüterich/Breucker*, in: Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis, Rn. 626; *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14, Rn. 121; *Stopper/Dressel*, NZA 2018, 1046, 1048; *Lakies*, in: Lakies, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2011, 4. Kapitel, Rn. 287.

³ Zu der Ausnahme vgl. BAG 29.10.1998 – 7 AZR 436/97, NZA 1999, 646, 647; BAG 15.4.1999 – 7 AZR 437/97, NZA 2000, 102, 103

⁴ Zu dieser Variante s. LAG Baden-Württemberg 4.6.1997 – 12 Sa 5/96, SpuRt 1998, 161; LAG Rheinland-Pfalz 8.4.2008 – 3 Sa 758/07, BeckRS 2008, 54356; ArbG Dortmund 15.3.2001 – 6 Ca 4716/00, SpuRt 2003, 125.

⁵ Vgl. BAG EzA BGB § 626 nF Nr. 96; NZA 2013, 730.

⁶ BAG 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, 730.

diese Voraussetzungen vorliegen, ist auch bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eine **Sozialauswahl analog § 1 III KSchG** durchzuführen.⁷

b) Konstellationen im Profisport

Unterstellt man, die obigen Voraussetzungen lägen vor, ist für den Profisport ferner zu differenzieren:

- Beim **Cheftrainer** scheidet eine betriebsbedingte Kündigung praktisch immer aus. Denn jede Mannschaft, die an (professionellen) Sportwettbewerben teilnehmen soll, braucht einen Cheftrainer. Entsprechend entfällt der entsprechende Arbeitskräftebedarf als Grundvoraussetzung für eine betriebsbedingte Kündigung grundsätzlich nicht. Die einzig in Betracht kommende Ausnahme ist diejenige der Auflösung des Vereins oder der Mannschaft.
- Nicht von vornherein undenkbar ist hingegen eine betriebsbedingte Kündigung von „Spezialpersonal“ wie z.B. einen (zweiten) **Co-Trainer**, einen Fitness- oder einen Torwart-Trainer. Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitskräftebedarf tatsächlich entfällt, entweder weil die bisher von diesem übernommenen Aufgaben künftig nicht mehr ausgeübt werden oder von einem anderen Trainer mitübernommen werden.
- Bei **Spielern** ist eine betriebsbedingte Kündigung möglich, wenn sich der Verein (z.B. aufgrund ökonomischen „Zwangss“) zur Verkleinerung des Kaders (z.B. 18 statt 20 Profispieler) entschließt. Nach der in meinen Augen zweifelhaften Auffassung des ArbG Rosenheim sind in die Sozialauswahl vorbehaltlich spezieller Regelungen im Arbeitsvertrag alle Feldspieler einer Fußballmannschaft einzubeziehen, weil miteinander vergleichbar.⁸ Es droht die Gefahr, dass aufgrund der Sozialauswahlkriterien nicht die älteren, sondern die jüngeren Spieler gekündigt werden müssen; davor schützt, in begrenztem Maße, höchstens § 1 III 2 KSchG.⁹ Eine Kaderverkleinerung über § 1 II Alt. 3 KSchG erscheint deshalb in vielen Fällen als wenig erfolgsversprechend.
- Sollte der Verein die Mannschaft ganz „abmelden“, so können natürlich alle Beteiligten (Trainer, Spieler, Sportdirektoren, Geschäftsstellenmitarbeiter) betriebsbedingt gekündigt werden, einer Sozialauswahl bedarf es dann nicht.

c) Besonderheiten in der Insolvenz

Sollte über das Vereinsvermögen das Insolvenzverfahren eröffnet werden, so begründet dies als solches zwar keinen Grund für eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung durch den Insolvenzverwalter oder den Arbeitnehmer.¹⁰ Auch in der Insolvenz ist eine Kündigung also nur möglich, wenn die allgemeinen Kündigungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Allerdings **hebt § 113 S. 1 InsO die Kündigungssperre des § 15 III TzBfG für ordentliche Kündigungen auf**. Liegen die Voraussetzungen des § 1 II KSchG vor, so kann der Insolvenzverwalter also ordentlich kündigen. Weil die Voraussetzungen des § 1 II KSchG für betriebsbedingte Kündigungen niedriger sind als diejenigen für eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung, kann in der Vereinsinsolvenz also ggf. eher eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Ist das materiell-rechtlich möglich, so beträgt die **Kündigungsfrist** längstens **drei Monate** (§ 113 S. 2 InsO); ist die Restlaufzeit des befristeten Arbeitsvertrags länger als diese drei Monate, so kann also mit einer Dreimonatsfrist gekündigt werden. Der Arbeitnehmer kann den ihm infolge der verfrühten Kündigung entgehenden

⁷ BAG xxx AP BGB § 626 Nr. 143; Soergel/Fischinger/Hofer, § 626, Rn. 139.

⁸ ArbG Rosenheim 23.7.2013 – 1 Ca 621/13, BeckRS 2014, 66002; a.A. Fuhlrott, SpuRt 2014, 38

⁹ Vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz 17.2.2016 – 4 Sa 202/15, juris Rn. 75.

¹⁰ Andres/Leithaus, InsO, § 113, Rn. 16; ErfK/Müller-Glöge, § 113 InsO, Rn. 12; Staudinger/Preis, § 626, Rn. 267.

Lohn als **Verfrühungsschaden ersetzt** verlangen (§ 113 S. 3 InsO). Es handelt sich allerdings um eine bloße Insolvenz- und nicht um eine Masseforderung.¹¹

4. (Außerordentliche) Änderungskündigung

a) Grundlagen

Im Arbeitsrecht ist nicht nur eine Beendigung-, sondern auch eine sog. Änderungskündigung möglich. Bei dieser wird das Arbeitsverhältnis zunächst „beendigungsgekündigt“, weil der Kündigende mit ihr primär das Ziel jedoch verfolgt, das Arbeitsverhältnis zu anderen Konditionen fortzusetzen, wird dem Gekündigten zeitnah¹² ein entsprechendes Änderungsangebot unterbreitet (vgl. § 2 KSchG). Allerdings: Akzeptiert der Gekündigte die vorgeschlagenen Änderungen nicht, so endet das Arbeitsverhältnis (s. Rn. xxx). Eine Änderungskündigung muss daher wohlüberlegt sein und dürfte in der Praxis oft das letzte Mittel sein, zu dem nur gegriffen wird, wenn die mit den angestrebten Änderungen verbundenen Vorteile so essentiell sind, dass sie das Risiko eines Verlust möglicher Transfererlöse aufwiegen. Zu bedenken ist ferner, dass angesichts der regelmäßig wirksamen Befristung von Spieler- und Trainerverträgen wegen § 15 III TzBfG eine ordentliche Änderungskündigung nach § 15 III TzBfG grundsätzlich ausgeschlossen ist.¹³ Es wird daher im Folgenden nur auf die **außerordentliche Änderungskündigung** eingegangen.

b) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Nicht nur das Beendigungselement der Änderungskündigung, sondern auch das Änderungsangebot muss schriftlich erfolgen und überdies hinreichend bestimmt sein.¹⁴

In der Coronakrise ist vor allem an eine **betriebsbedingte Änderungskündigung zur Entgeltsenkung** zu denken. Sie ist zwar nicht apodiktisch ausgeschlossen, angesichts des mit ihr einhergehenden eklatanten Eingriffs in das vertragliche Synallagma und des vom Arbeitgeber zu tragenden Wirtschaftsrisikos unterliegt sie aber sehr strengen Anforderungen.¹⁵ In Betracht kommt sie nur, wenn sie **notwendig** ist, um eine **Stilllegung des Betriebs** oder eine deutliche Reduzierung der Belegschaft zu verhindern, **alle anderen Ressourcen zur Kosteneinsparung ausgeschöpft** sind und die Kosten nicht durch andere Einnahmen oder Maßnahmen gedeckt werden können;¹⁶ mit anderen Worten: es müssten bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar Betriebsschließung führen würden.¹⁷ Für außerordentliche Änderungskündigungen zur Entgeltsenkung bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern gilt das noch umso mehr; sie kommt nur in Betracht, wenn die Änderung der Arbeitsbedingung für den Arbeitgeber unabweisbar notwendig

¹¹ BAG 19.11.2015 – 6 AZR 559/14, NZA 2016, 314, 318 f.

¹² Vgl. zum zeitlichen Verhältnis von Kündigung und Änderungsangebot näher APS/Künzli, § 2 KSchG, Rn. 29 m.w.N.

¹³ Vgl. LAG Köln 29.1.2016 – 4 Sa 849/15, juris Rn. 88 ff.; vgl. auch Soergel/Fischinger/Hofer, § 626, Rn. 166.

¹⁴ BAG 15.1.2009 – 2 AZR 641/07, NZA 2009, 957, 958; 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333, 335; 28.10.2010 – 2 AZR 688/09, NZA-RR 2011, 167, 168.

¹⁵ Vgl. die Wortwahl in BAG 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445, 1447: „in Extremfällen“.

¹⁶ 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.

¹⁷ BAG 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445, 1447.

ist.¹⁸ Das ist allerdings anzunehmen, wenn mittels der die Lohnsenkung der konkreten Gefahr einer Betriebsschließung wegen Insolvenz begegnen wird.¹⁹

Abgesehen davon muss auch die Änderungskündigung einer Verhältnismäßigkeitskontrolle standhalten. Daraus folgt insbesondere:

- Der Arbeitgeber muss sich darauf beschränken, solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Die geänderten Arbeitsbedingungen müssen also im Hinblick auf den Kündigungsgrund geeignet und erforderlich sein und dürfen sich **nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des mit der Änderungskündigung angestrebten Ziels erforderlich** ist.²⁰
- Nach dem **ultima-ratio-Grundsatz** dürfen dem Arbeitgeber keine milderen Mittel zur Verfügung gestanden haben, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Lohnkürzungen sind nur denkbar, wenn diese zwingend erforderlich sind, um die Existenzgefährdung des (Gesamt-)Betriebs zu vermeiden und keine milderen Mittel in Betracht kommen; der Arbeitgeber muss **darlegen, dass die Sanierung mit den Eingriffen in die Arbeitsverträge steht und fällt und alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausgeschöpft sind**.²¹
- Bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung hat eine **Sozialauswahl** analog § 1 III KSchG zu erfolgen, mittels derer ermittelt wird, welchem der vergleichbaren Arbeitnehmer die Änderung am ehesten zumutbar ist.²²

¹⁸ BAG 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445, 1447 m.w.N.

¹⁹ BAG 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445, 1447.

²⁰ BAG 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445, 1447; 12.8.2010 – 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460, 463; 10.4.2014 – 2 AZR 812/12, NZA 2014, 653, 655; 2.3.2017 – 2 AZR 546/16, NZA 2017, 905, 907.

²¹ BAG 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445, 1447 m.w.N.

²² BAG 12.8.2010 – 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460, 463; 29.1.2015 – 2 AZR 164/14, NZA 2015, 426, 427.