

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.

II. Vertragslaufzeit

Frage: Gibt es Möglichkeiten, Vertragsspieler zu einer zeitlich befristeten Vertragsverlängerung zu „zwingen“, wenn beispielsweise die Saison über den 30.06. hinaus gespielt wird, zu dem die Verträge ansonsten enden würden?

Antwort/Zusammenfassung:

Unterstellt, die Saison 2019/2020 wird über den 30.6.2020 hinaus fortgesetzt und die „Transferfenster“ für nationale und internationale Transfers werden „verschoben“, spricht einiges dafür, dass die Arbeitsverträge **nicht** mit Ablauf des 30.6.2020 **enden**, sondern bis zum tatsächlichen Ende der Saison 2019/2020 – d.h. mindestens bis zum Ablauf des Tages, an dem das letzte Pflichtspiel des jeweiligen Vereins stattfindet – **fortbestehen**. Das gilt insbesondere, wenn § 11 Nr. 1 der Musterarbeitsverträge des DFB bzw. des WFV vereinbart wurden.

Begründung:

Den Ausführungen liegen folgende **Unterstellungen** zugrunde: (1) Der Vertragsspieler ist Arbeitnehmer; (2) Die Befristung der Arbeitsverträge der Spieler ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BAG jeweils wegen der Eigenart der Arbeitsleistung wirksam.¹ (3) Die Saison 2019/2020 wird über den 30.6.2020 hinaus fortgesetzt, dann aber zeitnah, d.h. bis spätestens ca. Ende Juli/Mitte August, zu Ende gespielt (und nicht etwa bis ins Jahr 2021 ausgedehnt). (4) Die „Transferfenster“ für nationale und internationale Transfers werden durch Änderungen des einschlägigen Verbandsrechts dergestalt verschoben/modifiziert, dass trotz der Verlängerung der laufenden Saison Wechsel zu anderen Vereinen noch effektiv möglich sind, bevor die Saison 2020/2021 beginnt.

Ausgeblendet bleiben zunächst die Sonderfragen, die sich bei **Leihspielern** sowie bei Spielern finden, die bereits zum **1.7. einen Arbeitsvertrag mit einem neuen Verein geschlossen haben**. Auf sie wird an späterer Stelle einzugehen sein.

¹ BAG 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992; weitgehend zustimmend Walker, SpuRt 2018, 172, 173 f.; Stopper/Dressel, NZA 2018, 1046; Backhaus, jM 2018, 324, 326 f.; Fischinger, NJW 2018, 1996; Fischinger/Reiter, NZA 2016, 661, 662.

Für die rechtliche Behandlung ist grundsätzlich zwischen Klauseln zu differenzieren, die für die Beendigung ausschließlich auf den 30. Juni rekurrieren und solchen, die daneben das „Ende der Spieljahres“ nennen.

1. Klauseln mit Bezugnahme auf das „Ende des Spieljahres“

Die Musterverträge des DFB (Stand 12/2016) wie des Württembergischen Fußballverbandes sehen in ihrem **§ 11 Nr. 1** jeweils vor:

*„Der Vertrag gilt für die Zeit vom bis zum 30. Juni
..... (Ende des Spieljahres /.....).“*

a) „Normale“ Vertragsauslegung

Wird eine solche Klausel verwendet, spricht einiges dafür, dass man bereits über eine „normale“ Vertragsauslegung zu dem Ergebnis kommen kann, dass der Vertrag nicht zum 30.6.2020 endet, sondern erst nach Beendigung der Spielzeit 2019/2020. Mit „Beendigung der Spielzeit 2019/2020“ ist dabei im Folgenden der Ablauf des Tages gemeint, an dem der jeweilige Verein sein letztes Pflichtspiel bestreiten wird.

Dem widerspricht zwar die auf den ersten Blick klare Festsetzung des Beendigungstermins „30. Juni [2020]“. Allerdings ist, wie § 133 BGB zum Ausdruck bringt, für die Auslegung von Willenserklärungen nicht der „buchstäbliche Sinn des Ausdrucks“ maßgebend, sondern es ist der „wirkliche Wille“ des Erklärenden zu erforschen; überdies sind Verträge gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. Diese gesetzlichen Vorgaben werden von der ganz h.M. so verstanden, dass bei der Vertragsauslegung die Interessen beider Parteien dergestalt zu berücksichtigen sind, dass sich die Vertragsbestimmungen **„nicht als einseitige Interessendurchsetzung darstellen, sondern eine angemessene Berücksichtigung der Interessen der jeweiligen Gegenseite ermöglichen. Insoweit ist eine umfassende Abwägung der Parteiinteressen erforderlich.“**². Überdies sind Verträge so auszulegen, dass **Widersprüche vermieden** werden.³

Daran gemessen sprechen folgende Überlegungen dafür, dass schon im Wege der Auslegung der Vertrag erst mit Beendigung der Spielzeit 2019/2020 enden soll:

- Wird die Saison 2019/2020 über den 30.6.2020 hinaus fortgesetzt, so liegt ein **Widerspruch** zwischen den beiden in § 11 Nr. 1 Mustervertrag genannten Zeitpunkten vor: Während der „30. Juni [2020]“ ein Vertragsende mit Ablauf des 30.6.2020 festlegt, endet der Vertrag nach dem Klammerzusatz erst mit Beendigung der Spielzeit 2019/2020. Dieser Widerspruch muss, wie oben dargelegt, vermieden werden. Die reine Wortlautauslegung versagt hier, weil weder dem „30. Juni [2020]“ noch dem Klammerzusatz ein apodiktischer Vorrang eingeräumt werden kann, der eine „Verdrängung“ der jeweils anderen Aussage zur Folge hätte. Deshalb verbietet es sich, einseitig auf den Passus „30. Juni [2020]“ zu schielen und ihn – unter Ignorierung des Klammerzusatzes – zum allein maßgebenden Parameter zu erklären. Der Widerspruch muss vielmehr nur unter Berücksichtigung der sonstigen Auslegungsmethoden aufgelöst werden.

² MüKo-BGB/Busche, § 157, Rn. 7; BeckOK-BGB/Wendtland, § 157, Rn. 11, 15 m.w.N.; vgl. BGH 9.5.2003 – V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054.

³ MüKo-BGB/Busche, § 157, Rn. 6; vgl. BGH 9.5.2003 – V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054.

- Schon rein sprachlich legt der Klammerzusatz „(Ende des Spieljahres 2019/2020)“ nahe, dass es den Parteien darum ging, eine **mit der offiziellen Spielsaison harmonisierte Vertragslaufzeit** zu vereinbaren. Das entspricht auch dem **wahren Willen der Beteiligten**:
 - Für den **Verein** ist es essentiell, dass der Spieler – mögliche Sperren oder verletzungsbedingte Ausfälle weggedacht – für die gesamte jeweilige Spielzeit zur Verfügung steht, drohte doch anderenfalls eine „Abwanderung“ eines oder gar mehrerer (wichtiger) Spieler in der meist entscheidenden „heißen Endphase“ einer Saison.
 - Ein solches Auslegungsergebnis entspricht typischerweise auch dem Willen des **Spielers**, hat er doch nur dann, wenn er bis zum tatsächlichen Saisonende unter Vertrag steht, die Chance, am *sportlichen* Erfolg der Mannschaft (z.B. Erreichung eines Aufstiegsplatzes, Meisterschaft usw.) zu partizipieren – endete der Vertrag hingegen mit dem 30.6.2020 und gelänge z.B. der Titelgewinn erst danach, könnte sich der Spieler *sportlich* kaum als z.B. Deutscher Meister bezeichnen. Auch ist fraglich, ob er in solchem Fall *wirtschaftlich* an eventuellen Jahresprämien (z.B. Meisterschaftsprämie) partizipieren könnte; jedenfalls dann, wenn der Vertrag entsprechende Regelungen enthält, könnte zumindest eine – zeitanteilige oder am Verhältnis der Zahl der Pflichtspiele des Vereins vor/nach Ausscheiden des Spielers bemessene – Kürzung der Prämie möglich sein.⁴
 - Vor diesem Hintergrund erscheint die Bezugnahme auf den „30. Juni [2020]“ als rein informatorisch-konkretisierende Angabe des Beendigungszeitpunkts, die sich daraus begründet, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss – wie sich nun zeigt: irrig – davon ausgingen, dass die Saison 2019/2020 zum 30.6.2020 abgeschlossen sein würde. Der wahre Wille der Vertragsparteien aber ging darauf, dass der Vertrag solange fortgesetzt wird, bis die Saison 2019/2020 tatsächlich beendet sein wird. Anders ausgedrückt: Die **Dauer der Spielzeit ist die maßgebliche Berechnungsgrundlage für die Vertragslaufzeit**, die die Vertragsparteien vereinbaren wollten, wohingegen die Angabe des 30.6.[2020] bloß eine Folge der – nunmehr: irrigen – Berechnungsgrundlage war.
- Eine derartige Auslegung entspricht auch dem Postulat, dass die Vertragsauslegung nicht zu einer einseitigen Interessendurchsetzung führen darf, sondern unter umfassender Abwägung der Parteiinteressen den **Interessen beider Parteien** gerecht wird:
 - Für den **Verein** bedeutete es oftmals einen großen Nachteil, wenn einer oder gar mehrere Spieler mit Ablauf des 30.6.2020 ausscheiden würde(n), obwohl im Juli/August noch (wichtige) Wettkampfs Spiele stattfinden. Der „Pool“ zur Verfügung stehender Spieler würde dadurch ggf. nicht unerheblich verkleinert, was die Chance des Vereins, in Wettkämpfen zu bestehen, signifikant schmälerte. Das ist insbesondere in den letzten Saisonspielen, die typischerweise entscheidenden unmittelbaren Einfluss auf das Gesamtergebnis des Vereins hat, besonders problematisch. Hinzu kommt, dass der Verein in der kurzen Zeit zwischen dem 30.6.2020 und dem

⁴ Es dürfte hier ein Vergleich naheliegen zum Kürzungsrecht von Gratifikationen für Fehlzeiten, für die der Arbeitnehmer keinen Entgeltfortzahlungsanspruch hat (vgl. dazu Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 611a, Rn. 1564).

voraussichtlichen Ende der Saison im Juli/August 2020 kaum noch die Chance hat, „nachzujustieren“. Selbst wenn es ihm – was zweifelhaft erscheint – gelänge, kurzfristig andere Spieler zu verpflichten und die notwendige verbandsrechtliche Lizenzierung zu erreichen, braucht die sportliche „Integration“ neuer Spieler in ein bestehendes Mannschaftsgefüge erfahrungsgemäß einige Zeit – die hier gerade fehlen würde. Ein gleichwertiger „Ersatz“ wird sich demnach in aller Regel kurzfristig nicht finden lassen.

- Dem skizzierten hohen Vereinsinteresse an einer Fortsetzung über den 30.6.2020 hinaus stehen jedenfalls dann, wenn – wie hier unterstellt – auch nach späterem Abschluss der Saison 2019/2020 noch genügend Zeit für einen „Wechsel“ zu einem anderen Verein vor Beginn der Saison 2020/2021 besteht, keine vergleichbar bedeutsamen und schutzwürdigen Interessen der betroffenen **Spieler** gegenüber. Beeinträchtigt ist er letztlich nur insoweit, als sich ein von ihm gewünschter Wechsel zu einem anderen Verein verzögert. Allerdings ist die zeitliche Verzögerung nur eine vergleichsweise geringe (ca. 1-2 Monate). Schon deshalb hat dieses Interesse hinter den wirtschaftlich und sportlich bedeutsamen Vereinsinteressen zurückzustehen. Hinzu kommt, dass dem Spieler keine weiteren Nachteile entstehen. Insbesondere ist er auch bei der hier postulierten Vertragsauslegung (wenn auch etwas später) „vertragslos“ mit der Folge, dass der ihn verpflichtende neue Verein an seinen bisherigen Verein aufgrund der *Bosman*-Rechtsprechung des EuGH⁵ keine Ablösesumme zahlen muss, was wiederum die Chance des Spielers auf ein höheres Gehalt und/oder eine sog. „Handgeldzahlung“ erhöht; mit anderen Worten: der Spieler steht hier letztlich nicht schlechter, wie wenn der Vertrag bereits am 30.6.2020 enden würde. Da der Spieler selbstverständlich auch während der über den 30.6.2020 hinausreichenden verlängerten Vertragslaufzeit einen Vergütungsanspruch gegen den Verein hat, entsteht ihm auch kein finanzieller Schaden.⁶ Schließlich: Auch für den Spieler kann die Fortsetzung über den 30.6.2020 hinaus zumindest in *sportlicher* Hinsicht von Bedeutung sein (s.o.).
- Für eine solche Auslegung sprechen schließlich grundlegende sport(recht)liche Erwägungen: Würden die Verträge tatsächlich zum 30.6.2020 auslaufen, so drohte eine **Verzerrung des sportlichen Wettkampfs**, weil manche Mannschaften quantitativ (und qualitativ) von der Problematik stärker betroffen wären als andere.⁷ Im Interesse eines fairen Wettkampfs ist derartiges zu vermeiden. Überdies widerspräche es der zeitlichen Beschränkung der Wechselmöglichkeiten zwischen Vereinen auf zwei Transferperioden. Diese sollen Wettbewerbsverzerrungen vermeiden, die sich ergeben könnten, wenn z.B. ein Verein wenige Tage vor dem Endspiel der Champions League noch schnell weitere Spieler „kaufen“ oder gar nur für wenige Tage „leihen“ könnte.

⁵ EuGH 15.12.1995 – Rs C-415/93, NZA 1996, 191.

⁶ Anders wäre dies lediglich, wenn er beim neuen Verein mehr Gehalt erhalten würde als beim alten. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass es sich auch genau andersherum verhalten kann, so dass dieser Gedanke in einer theoretischen Argumentation keine Bedeutung zukommt.

⁷ So sollen z.B. bei Fortuna Düsseldorf 17 (!) Spielerverträge am 30.6.2020 auslaufen (vgl. <https://www.express.de/sport/fussball/fortuna-duesseldorf/irre--17-vertraege-laufen-aus-welcher-profi-hat-eine-zukunft-bei-fortuna--36437292>) – eine Teilnahme am weiteren Wettkampfgeschehen dürfte angesichts dessen kaum mehr möglich sein.

- Gegen eine Beendigung des Arbeitsvertrages zum 30.6.2020 spricht des Weiteren, dass dieser Termin von den Vertragsparteien sicher nicht „zufällig“, sondern mit Blick die typischen nationalen und oft auch internationalen **Wechselperioden** gewählt wurde. Im Regelfall beginnt die Wechselperiode I am 1.7. des jeweiligen Jahres (Art. 1 II FIFA-RSTS; § 23 Nr. 1.1 DFB-Spielordnung; § 4 Nr. 2 DFL-Lizenzordnung Spieler).⁸ Mit der Wahl des 30.6. soll damit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Wechsel zu einem anderen Verein – bewirkt durch einen Aufhebungsvertrag mit dem bisherigen Verein, einem Transfervertrag zwischen beiden Vereinen sowie einem Arbeitsvertrag mit dem neuen Verein – verbandsrechtlich ohnehin erst ab dem 1.7. möglich und ökonomisch sinnvoll ist. Es entspricht somit insbesondere dem wahren Willen des **Spielers**, den Vertrag erst unmittelbar vor Eröffnung des Transferfensters zu beenden (wäre er anderenfalls doch ggf. zeitweise arbeitslos). Daraus folgt: Werden aufgrund der aktuellen Sondersituation die verbandsrechtlich vorgegebene Wechselperiode verschoben, so entspricht es dem wahren Willen des Spielers, wenn sein aktueller Arbeitsvertrag nicht bereits am 30.6.2020, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt endet.

Dogmatisch umgesetzt werden kann die postulierte Vertragsauslegung dabei auf verschiedene Arten:

- (1) Denkbar erscheint es zunächst, in der Vereinbarung „zum 30. Juni (Ende des Spieljahres /.....)“ eine **kalendermäßige Befristung** zu sehen, die entgegen dem ersten Anschein – angesichts des oben dargelegten wahren Willens der Parteien – nicht auf den 30.6.2020 rekurriert, sondern auf das Ende des Spieljahres 2019/2020. Eine derartige mittelbare kalendermäßige Bestimmung durch Bezugnahme auf ein bestimmtes Ereignis ist möglich.⁹
- (2) Denkbar erscheint ferner, die Bestimmung – wiederum entgegen des ersten Anscheins – in Wahrheit nicht als kalendermäßige Befristung, sondern als **Zweckbefristung** zu interpretieren. Zweck des Vertrages wäre dann die Bindung des Spielers für die gesamte Spielzeit an den Verein.
- (3) Schließlich könnte man an eine sog. **Doppelbefristung** denken. Soweit ersichtlich sind diese bislang als Kombinationen aus zweck- und kalendermäßiger *Höchstbefristung*¹⁰ in Erscheinung getreten (z.B.: „bis zur Fertigstellung des Auftrags X, längstens aber bis zum 31.5.20xx“) und werden als solche auch gebilligt.¹¹ Es spricht nun aber nichts dagegen, dass auch eine Kombination von zweck- und kalendermäßiger *Mindestbefristung* in dem Sinne möglich ist, dass der Vertrag 1) bis zur Beendigung der Spielzeit 2019/2020, mindestens aber 2) zum 30.6.2020 laufen soll. Berechtigte Interessen des Spielers werden dadurch, wie oben dargelegt, nicht beeinträchtigt.

b) *Ergänzende Vertragsauslegung*

Hält man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine „normale“ Auslegung im obigen Sinne nicht für möglich, so spricht viel dafür, dass man jedenfalls über eine ergänzende Vertragsauslegung zu dem

⁸ Vgl. auch die Übersicht bei <https://www.kicker.de/751878/artikel>.

⁹ Vgl. z.B. *Annuß/Thüsing*, TzBfG, § 3, Rn. 3.

¹⁰ Bzw. auflösender Bedingung und zeitlicher Höchstbefristung, vgl. implizit BAG 29.6.2011 – 7 AZR 6/10.

¹¹ Vgl. z.B. BAG 21.4.1993 – 7 AZR 388/92, juris Rn. 18; 15.8.2001 – 7 AZR 263/00, juris Rn. 19; 22.4.2009 – 7 AZR 768/07, juris Rn. 17.

Ergebnis kommt, dass der Arbeitsvertrag nicht zum 30.6.2020 beendet wird, sondern erst mit tatsächlicher Beendigung der Saison 2019/2020.

Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass die Parteien bewusst – **weil sie die Entwicklung der Dinge falsch einschätzten** – oder unbewusst eine vertragliche Regelung für den nunmehr eingetretenen Fall unterließen.¹² Angesichts der dadurch bestehenden Vertragslücke ist unter Berücksichtigung des **vertraglichen Regelungsplans** unter Beachtung des **Vertragszwecks** nach dem **hypothetischen Parteiwillen** zu fragen und zu klären, **welche Regelung die Parteien redlicherweise vereinbart** hätten, wenn sie die eingetretene Entwicklung in ihre Überlegungen aufgenommen hätten.¹³ Die Tatsache, dass die Befristung eines Arbeitsvertrags nur wirksam ist, wenn sie schriftlich vereinbart wurde, steht einer ergänzenden Vertragsauslegung dabei nicht entgegen.¹⁴

Unterstellt man, dass im vorliegenden Kontext nicht bereits über eine „normale“ Auslegung vorgegangen werden kann, ergäbe sich:

- Für den Fall, dass die Saison 2019/2020 nicht vor dem 30.6.2020 beendet sein würde, enthält der Vertrag keine Bestimmung und somit eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke.
- Zweck des Arbeitsvertrages ist es, dem Verein die Arbeitskraft des Spielers für die Gesamtdauer der Saison 2019/2020 zu sichern. Dem entspricht es, den Vertrag bis **zum Ablauf des Tages des letzten Pflichtspiels dieser Saison** laufen zu lassen. Dies entspricht auch dem vertraglichen Regelungsplan, wie der Klammerzusatz („Ende des Spieljahres 2019/2020“) zeigt.
- Eine solche Regelung entspricht auch dem hypothetischen Parteiwillen. Wie oben aufgezeigt, hat der Verein ein erhebliches Interesse an einer solchen Regelung, die überdies in weiten Teilen auch den Interessen des Spielers entspricht (s.o.). Es ist deshalb davon auszugehen, dass redliche Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsvertrages über den 30.6.2020 hinaus vereinbart hätten, wenn sie die aktuelle Situation vorausgesehen hätten.

2. Klauseln ohne Bezugnahme auf das „Ende des Spieljahres“

Nach dem Mustervertrag der DFL gilt:

„Dieser Spielvertrag endet automatisch am [xxx] soweit nachfolgend nichts Abweichendes vereinbart wurde.“

Im Folgenden wird unterstellt man, dass der Vertrag keine hiervon abweichenden oder ergänzenden Festlegungen enthält.

a) Auslegung

Eine „normale“ oder ergänzende Auslegung dahingehend, dass sich der Vertrag entgegen seiner glasklaren, keine Interpretation zulassenden Wortwahl über den 30.6.2020 hinaus verlängert, erscheint bei solchen Klauseln nur schwer möglich. Begründbar wäre sie wohl nur unter krasser Betonung des „wahren Willens“ der Parteien, der im obigen Sinne als auf die Saison 2019/2020 bezogen verstanden würde. Das erscheint nicht vollständig ausgeschlossen – immerhin wird man auch insoweit mit den erheblichen Vereinsinteressen und den kaum betroffenen Interessen des Spielers argumentieren können –, erscheint insgesamt aber dennoch wenig erfolgsversprechend. Denn es ist

¹² MüKo-BGB/Finkenauer, § 313, Rn. 41; Staudinger/Roth, § 157, Rn. 15 ff. m.w.N.

¹³ MüKo-BGB/Finkenauer, § 313, Rn. 41 m.w.N.

¹⁴ Vgl. z.B. Staudinger/Roth, § 157, Rn. 12 m.w.N.

– in Abgrenzung zu § 313 I BGB – eben Wesen der ergänzenden Vertragsauslegung, dass sich die Parteien irrig eine **gemeinsame positive Vorstellung** gemacht haben.¹⁵ Dafür bestehen in Ermangelung eines Klammerzusatzes wie bei 1. keine hinreichenden Anhaltspunkte.

b) *Vertragsanpassung nach § 313 I BGB*

In Betracht kommt aber eine Vertragsanpassung wegen gestörter Geschäftsgrundlage. Eine solche ist möglich, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

aa) *Reales Element*

Erforderlich ist eine **schwerwiegende Veränderung der dem Vertrag zugrundeliegenden Umstände**.¹⁶ Geschäftsgrundlagen sind die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die der einen Partei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandensein oder dem Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut.¹⁷

Bei den Klauseln ohne Klammerzusatz wurde nach den obigen Ausführungen die Harmonisierung der Vertragslaufzeit des Arbeitsvertrags mit der Dauer der Spielzeit 2019/2020 zwar nicht Vertragsbestandteil, es ist aber davon auszugehen, dass beide Vertragspartner bei Vertragsschluss mit der Festlegung der Vertragslaufzeit bis zum 30.6.2020 die Vorstellung verfolgten, dadurch den Spieler für die **gesamte Spielzeit 2019/2020 an den Verein zu binden**. Dafür spricht, dass nach dem oben Gesagten mindestens der Verein, letztlich aber auch der Spieler ein zumindest sportliches Interesse daran hat, dass der Spieler – sieht man von Sperren oder Verletzungen ab – potentiell in jedem Pflichtspiel der gesamten Saison zum Einsatz kommen kann. Die Bindung bis zum offiziellen Ende der Spielzeit 2019/2020 war somit Geschäftsgrundlage der vereinbarten Befristung.

Diese Geschäftsgrundlage hat sich nach Vertragsschluss auch **schwerwiegend geändert**, weil sich die Spielzeit 2019/2020 entgegen der ursprünglichen Erwartung – nicht nur der Vertragsparteien – über den 30.6.2020 hinaus erstrecken wird. Dieser Umstand hat unmittelbare Auswirkungen auf die Bedeutung der Laufzeit der Arbeitsverträge.

bb) *Hypothetisches Element*

§ 313 I BGB setzt weiter voraus, dass der entsprechende Umstand oder die Fehlvorstellung so bedeutsam gewesen sein muss, dass unzweifelhaft zumindest eine Partei den Vertrag bei Kenntnis der Änderung nicht bzw. nicht mit gleichem Inhalt abgeschlossen hätte.¹⁸

Davon kann hier für beide Parteien ausgegangen werden. Der **Verein** hat ein ganz erhebliches Interesse daran, nicht mit Ablauf des 30.6.2020 – und damit vor dem letzten Spieltag – einen oder gar mehrere Spieler zu „verlieren“ (s. näher oben unter 1. a), b)). Es ist daher davon auszugehen, dass zumindest der Verein den Vertrag bei Kenntnis der späteren Änderung nicht mit gleichem Inhalt geschlossen hätte, sondern auf eine Formulierung à la: „bis zum tatsächlichen Saisonende“ gedrungen hätte. Aber

¹⁵ MüKo-BGB/Finkenauer, § 313, Rn. 145 m.w.N.

¹⁶ BeckOK-BGB/Lorenz, § 313, Rn. 23 m.w.N.

¹⁷ Vgl. RG 168, 121, 126f; BGH 25, 390; 40, 334; 89, 226, 231; NJW 1951, 836ff; 1991, 1478, 1563; 2001, 1204

¹⁸ MüKo-BGB/Finkenauer, § 313, Rn. 58; BeckOK-BGB/Lorenz, § 313, Rn. 23; strenger BeckOGK-BGB/Martens, § 313, Rn. 115, der verlangt, dass *beide* Parteien den Vertrag redlicherweise mit anderem Inhalt oder gar nicht geschlossen hätte.

auch der **Spieler** hat oftmals ein – mindestens *sportliches* – Interesse an der Fortsetzung des Vertrages (näher oben 1 a), b)). Daher wird man selbst in Bezug auf ihn das hypothetische Element im Zeitpunkt des Vertragsschlusses annehmen können.

cc) Normatives Element: Risikozuweisung und Zumutbarkeit

Über § 313 BGB kann nur vorgegangen werden, wenn (1) das realisierte Risiko nicht vertraglich oder aufgrund gesetzlicher Wertung einer Partei zugewiesen ist¹⁹ und (2) das Festhalten am unveränderten Vertrag für eine Partei unzumutbar ist;²⁰ letzteres erfordert eine Einzelfallabwägung nach Treu und Glauben.²¹ Insbesondere dann, wenn die Parteien die Möglichkeit der später tatsächlich eingetretenen Entwicklung bei Vertragsschluss erkannt hatten und den Vertrag gleichwohl abschlossen, liegt insofern ein Risikogeschäft vor, das nicht mittels § 313 korrigiert werden darf.²²

Von einer derartigen **Vorhersehbarkeit** der heutigen Entwicklung konnte im Zeitpunkt des ursprünglichen Arbeitsvertragsschlusses **keine Rede** sein. Selbst als der Virus Ende Dezember 2019 in einer chinesischen Provinz auftrat,²³ konnte nicht mit den derart gravierenden weltweiten Auswirkungen gerechnet werden, wie sie sich aktuell zeigen. Es gilt insoweit sinngemäß das Gleiche, was das Reichsgericht über die durch den 1. Weltkrieg ausgelösten Umwälzungen ausführte:

„Kein Mensch in Deutschland ahnte derartiges und konnte es ahnen; es liegen hier außer jeder menschlichen Berechnung stehende Ereignisse vor.“²⁴

Entsprechend kann eine **vertragliche Risikoübernahme** durch den Verein **nicht** angenommen werden.

Auch eine **gesetzliche Risikoverteilung** zulasten der Vereine wird man vorliegend nicht annehmen können. Insbesondere kann insoweit nicht angeführt werden, das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko sei vom Arbeitgeber zu tragen. Das trifft zwar zu,²⁵ gemeint ist damit aber das Risiko der *Verwendung* der *vorhandenen* Arbeitskraft, d.h. Situationen, in denen der Arbeitgeber die ihm angebotene Arbeitsleistung nicht „gebrauchen“ kann, er aber dennoch zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist.²⁶ Hier verhält es sich genau umgekehrt: Der Verein benötigt über den 30.6.2020 hinaus die Arbeitskraft, die ihm aber – bei unterstellter Beendigung des Arbeitsvertrags mit Ablauf des 30.6.2020 – gerade entginge. Für eine solche Konstellation fehlt es an einer gesetzlichen Risikozuweisung an den Arbeitgeber, die einer Vertragsanpassung über § 313 BGB entgegenstünde.

Ein Festhalten an der ursprünglichen Vertragslaufzeit ist für den Verein schließlich auch **unzumutbar**. Das folgt aus einer Abwägung der Interessen von Verein und Spieler (s. dazu oben bei 1. a)).

dd) Rechtsfolge: Vertragsanpassung

Von den beiden durch § 313 I, III 2 BGB eröffneten möglichen Rechtsfolgen (Kündigung oder Vertragsanpassung) wird vorliegend nur die Vertragsanpassung der Problematik gerecht (eine – gar sofortige – Vertragsbeendigung wäre ja vollkommen kontraproduktiv). Sie ist nur insoweit möglich,

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2010, 1874, 1877; BeckOGK-BGB/Martens, § 313, Rn. 59, 117.

²⁰ Vgl. z.B. BGH NJW 2015, 1014, 1015.

²¹ Vgl. MüKo-BGB/Finkenauer, § 313, Rn. 76.

²² BeckOGK-BGB/Martens, § 313, Rn. 106.

²³ Siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie>.

²⁴ RG 100, 129, 133 f.

²⁵ Vgl. z.B. BeckOGK-BGB/Martens, § 313, Rn. 94.

²⁶ Vgl. z.B. ErFK/Preis, § 615, Rn. 120.

wie dies zu Vermeidung unzumutbarer Ergebnisse unabdingbar ist.²⁷ Maßgeblich ist dabei der hypothetische Parteiwillen, d.h. es ist zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Grundlagenstörung vorausgesehen hätten.²⁸

Aufgrund obiger Überlegungen (v.a. 1 a), b)) wird man insoweit vertreten können, dass die Arbeitsvertragsparteien für den Fall, dass sie eine krisenbedingte zeitliche Ausdehnung der Saison 2019/2020 über den 30.6.2020 hinaus samt einer Verschiebung der Transferperiode I vorausgesehen hätten, den Vertrag so gestaltet hätten, dass er nicht mit Ablauf des 30.6.2020, sondern erst nach vollständigem Abschluss der Saison 2019/2020 beendet werden sollte.

c) *Hilfsweise: Vertrauenstatbestand*

Höchst hilfsweise kann in bestimmten Konstellationen versucht werden, mit einem Vertrauenstatbestand zu argumentieren.

In der Rechtsprechung wird es z.T. für möglich gehalten, dass der Arbeitnehmer aus Vertrauensgesichtspunkten einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund wirksamer Befristung haben kann. Dabei genügt die bloße subjektive Erwartungshaltung des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber werde ihn über das vereinbarte Vertragsende hinaus weiterbeschäftigen, nicht; erforderlich ist vielmehr ein positives Verhalten des Arbeitgebers, aus dem der Arbeitnehmer den berechtigten Schluss ziehen darf, im Anschluss an den befristeten Vertrag weiterbeschäftigt zu werden.²⁹

Weil Vertrauenstatbestände nicht nur von Arbeitgeberseite, sondern auch von Arbeitnehmerseite aus gesetzt werden können – man denke nur an die Möglichkeit einer Verwirkung von Ansprüchen und Rechten (z.B. von Lohnansprüchen oder des Widerspruchsrechts nach § 613a VI BGB) durch den Arbeitnehmer, die ebenfalls im Rahmen des Umstandsmoments ein vertrauensbildendes Verhalten des Arbeitnehmers erfordert³⁰ –, scheint es nicht apodiktisch ausgeschlossen, diese Überlegung auch umgekehrt zugunsten des Arbeitgebers anzuwenden. Allerdings erfordert dies eben entsprechende **positive Verhaltensweisen** des jeweiligen Spielers, die beim Verein das berechtigte Vertrauen auslösen, der Spieler werde auch über den 30.6.2020 hinaus dem Verein seine Arbeitsleistung zur Verfügung stellen. Als solche Verhaltensweisen können z.B. öffentliche Treueschwüre, Solidarisierungsbekundungen usw. in Betracht kommen, wenn diese eindeutig genug gefasst sind (z.B.: „wenn ich mein Gehalt weiter bekäme, würde ich natürlich auch über den 30.6. hinaus für den Verein spielen“) und in Kenntnis der Sach- und Rechtslage getroffen werden.³¹ Dabei dürfte aber ein strenger Maßstab anzulegen sein.

3. *Durchsetzung*

Zu klären bleibt, wie eine Vertragsverlängerung über den 30.6.2020 hinaus praktisch durchgesetzt werden kann. Vorzugswürdig wäre insoweit natürlich eine **einvernehmliche Lösung**, z.B. in Form einer – nach hier vertretenen Auffassung zwar rein deklaratorischen, im Sinne der Rechtssicherheit aber

²⁷ Vgl. z.B. MüKo-BGB/Finkenauer, § 313, Rn. 81; BeckOGK-BGB/Martens, § 313, Rn. 139.

²⁸ Vgl. z.B. BeckOGK-BGB/Martens, § 313, Rn. 140.

²⁹ BAG 16.3.1989 – 2 AZR 325/88, NZA 1989, 719, 721 f.; 19.1.2005 – 7 AZR 250/04, NZA 2005, 873, 876 f.; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 762.

³⁰ Vgl. z.B. BAG 27.11.2008 – 8 AZR 174/07, NZA 2009, 552, 555 f.; 2.4.2009 – 8 AZR 262/07, NZA 2009, 1149, 1151; 23.7.2009 – 8 AZR 357/08, NZA 2010, 393, 397; 12.11.2009 – 8 AZR 530/07, NZA 2010, 761, 763.

³¹ Vgl. BAG 16.3.1989 – 2 AZR 325/88, NZA 1989, 719, 722, wonach es rechtsmissbräuchlich weil widersprüchlich ist, wenn der Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung ablehnt, obwohl die von ihm zuvor selbst für eine Verlängerung aufgestellten und der Arbeitnehmerin kommunizierten Voraussetzungen vorlagen.

natürlich dennoch empfehlenswerten – **expliziten Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages**, z.B. „bis zum Ende der Saison 2019/2020“ oder „bis zum [xxx Datum]“.

Es ist jedoch doch zu erwarten, dass viele abwanderungswillige Spieler (und deren Berater) sich auf den Standpunkt stellen werden, der Vertrag sei mit Ablauf des 30.6.2020 beendet, sie daher nicht zur weiteren Arbeitsverpflichtung für den Verein verpflichtet und sich überdies weigern, einvernehmlich den Vertrag fortzusetzen. Die sich in diesem Fall ergebenden Wege für den Verein sollen im Folgenden kurz – ohne Anspruch auf vertiefte Darstellung und Vollständigkeit – beleuchtet werden.

a) Feststellungsklage

Denkbar ist zunächst, dass der Verein eine allgemeine Feststellungsklage (§§ 46 II ArbGG, 495, 256 I ZPO) erhebt, mittels derer er die Feststellung begehrt, das Arbeitsverhältnis werde nicht zum 30.6.2020 beendet. Dieser Weg ist letztlich aber wohl **nicht zu empfehlen**: Es handelt sich dabei um ein Hauptsacheverfahren, dessen **Entscheidung zumindest dann zu spät** kommt, wenn der beklagte Spieler im Falle eines Unterliegens in die Berufung geht. Vor allem aber besteht bei einem bloßen Feststellungsurteil nicht die Möglichkeit eines Vorgehens über **§ 61 II ArbGG** (dazu unten).

b) Leistungsklage

Noch eher geeignet scheint der Weg über eine Leistungsklage, gerichtet auf Erbringung der Arbeitsleistung über den 30.6.2020 hinaus.

Nachteile:

- Wiederum droht die rechtskräftige Entscheidung jedenfalls dann zu spät zu kommen, wenn das Verfahren in die zweite oder gar dritte Instanz geht.
- Die Entscheidung ist nach § 888 III ZPO nicht vollstreckbar.

Vorteile:

- Wenn die Klage zeitnah erhoben wird, besteht eine gewisse Chance dafür, dass vor dem 30.6.2020 zumindest noch ein erstinstanzliches Urteil erstritten wird, beträgt die Verfahrensdauer vor den Arbeitsgerichten doch oftmals nur 1-3 Monate.³²
- Ergeht das erstinstanzliche Urteil zugunsten des Vereins, so kann das Gericht auf Antrag³³ des Vereins zugleich für den Fall, dass der Spieler entgegen der Entscheidung des Gerichts seiner Arbeitsverpflichtung nicht nachkommt, ihn zu einer **Entschädigungszahlung nach § 61 II ArbGG** verurteilen. Maßgeblich ist dabei der Schaden, der infolge der Nichtvornahme der Handlung eintritt.³⁴ Mit der Entschädigung sind sämtliche aus der Nichterfüllung resultierende Schäden abgegolten.³⁵

³² Vgl. die Übersicht über die Verfahrensdauer bei den Urteilsverfahren der Arbeitsgerichte des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2018, S. 56 (abzurufen unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/arbeitsgerichte-2100280187004.pdf?__blob=publicationFile).

³³ Empfehlenswert ist ein entsprechender **Hilfsantrag**.

³⁴ BeckOK-ArbR/Hamacher, § 61 ArbGG, Rn. 34.

³⁵ GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/SCHLEUSNER, ArbGG, § 61, Rn. 38; BeckOK-ArbR/Hamacher, § 61 ArbGG, Rn. 34.

Mit der Leistungsklage eröffnet sich für den Verein also durchaus die Chance, im Falle des (erstinstanzlichen) Obsiegens nicht nur eine Art „moralischen“ Druck auf den Spieler auszuüben, sondern auch, ihn über § 61 II ArbGG ökonomisch unter Druck zu setzen.

c) Einstweilige Verfügung

Eine einstweilige Verfügung auf Arbeitsleistung ist nach h.M. mangels Verfügungsgrund nicht zulässig.³⁶

d) Vertragsstrafe/Schadensersatz

Sollte im Arbeitsvertrag eine **wirksame** Vertragsstrafenabrede für den Fall der Nichterfüllung der Arbeitspflicht enthalten sein, kann der Verein unter Verweis darauf versuchen, den Spieler durch ökonomischen Druck zur Leistungserbringung über den 30.6.2020 hinaus zu bewegen.

Fehlt es an einer (wirksamen) Vertragsstrafenregelung, bleibt nur der Weg über einen **Schadensersatz** statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB. Problematisch dürfte aber der Nachweis des kausal auf der Nichterfüllung der Arbeitsleistung durch den Spieler beruhenden Schadens sein, so dass dieser Weg in der Praxis meist scheitern dürfte.

³⁶ LAG Baden-Württemberg 27.1.1958 – VII Ta 2/58, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung; LAG Frankfurt aM 19.10.1989 – 3 SaGa 1120/89, NZA 1990, 614; LAG Hamburg 18.7.2002 – 3 Ta 18/02, NZA-RR 2003, 104; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611a, Rn. 1112; MünchKomm/Spinner, § 611a, Rn. 950; Nikisch Arbeitsrecht I [3. Aufl. 1961] 281 f; Reichold, MünchArbR [4. Aufl. 2018] § 42, Rn. 4; aA für Zulässigkeit unter Ausschluss der Androhung einer Zwangsmaßnahme LAG Bremen 9.11.1955 – Ta 15/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung; Hueck/Nipperdey Arbeitsrecht I [7. Aufl. 1963] 212 Fn. 61