



50 | 2021

# Betriebs Berater

MoPeG ... Xetra-Gold® ... Optionsmodell ... Enforcement ... Vertragsgestaltung ... Recht ...

13.12.2021 | 76. Jg.  
Seiten 2945–3008

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Kerstin Reiserer**, RAin/FAinArbR

Keine Entschädigung für Ungeimpfte bei Quarantäne wegen Corona – Ein kleines Puzzleteilchen für Arbeitgeber im Kampf gegen die Pandemie

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Heribert Heckschen**, Notar, und **Dr. Ekkehard Nolting**, RA

Das MoPeG ist verkündet – Verbesserungen am Gesetz noch auf der Zielgeraden | 2946

**Dr. Daniel Valdini**, RA/Syndikus-RA

Anwendung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes auf ausländische Unternehmen | 2955

## STEUERRECHT

Dipl.-Kfm. (univ.) **Marcus von Goldacker**, MBA (International Taxation), StB, **Markus Mathy**, M.Sc., StB, und **Christine Schuster**, M.Sc.

Reichweite der Fiktion im Optionsmodell nach § 1a KStG: Begründung sperrfristbehafteter Anteile nach § 22 UmwStG fraglich? | 2967

**Prof. Dr. iur. Michael Stahlschmidt**, M.R.F. LL.M., MBA LL.M., RA/FAStR/FAInsR/FAMedR/StB

Die Besteuerung von sog. „Xetra-Gold®“ und Gold ETF-Fondsanteilen | 2974

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Olaf Haegler**, CPA, und **Stefan Deike**, M.Sc.

Enforcement-Prüfungsschwerpunkte 2022 | 2987

## ARBEITSRECHT

**Maximilian von Colberg**, RA, und **Dr. Benedikt Groh**, RA

Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltung von Sportdirektoren | 2996

**Dr. Hans-Peter Löw**, RA

Der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses | 3000

Maximilian von Colberg, RA, und Dr. Benedikt Groh, RA

# Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltung von Sportdirektoren

**Vermeehrt müssen sich Arbeitsgerichte mit der Befristung von Arbeitsverträgen im Sport auseinandersetzen. Neben den sportlichen Hauptakteuren rücken seit einiger Zeit mit Sportdirektoren auch operativ handelnde Personen von Proficlubs in den Blickpunkt. Zu betrachten sind deshalb, welche Fallstricke bei der befristeten Anstellung von Sportdirektoren zu beachten sind und warum diese möglicherweise anders zu behandeln sind als Spieler oder Trainer. Der Aufsatz zeigt konkrete Lösungsansätze für Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf.**

## I. Einleitung

Seit vielen Jahren beschäftigen sich die Gerichte mit Kettenbefristungen im Profifußball. Dabei waren zu Beginn vor allem die Hauptakteure der Clubs im Blickpunkt, nämlich Spieler und Trainer. Entsprechend gab es für Spieler aufgrund einer Klage des Torwarts Heinz Müller die höchstrichterliche Entscheidung des BAG,<sup>1</sup> wonach Kettenbefristungen von Spielerverträgen wegen der Eigenart der Arbeitsleistung, insbesondere wegen des körperlichen Verschleißes und der nicht gegebenen Möglichkeit den Beruf bis ins hohe Alter auszuüben, gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt sind. Auch die Befristung der Verträge von Cheftrainern ist nach der herrschenden Meinung in der Literatur<sup>2</sup> aufgrund desselben Sachgrunds gerechtfertigt. Dabei steht bei Trainern insbesondere der sog. „Verschleißtatbestand“ im Vordergrund. Dieser besteht darin, dass sich jeder Trainer – völlig unabhängig von seinen grundsätzlichen Fähigkeiten – im Laufe der Zeit gewissermaßen „abnutzt“ und dann nicht mehr in der Lage ist, die Spieler zu den erforderlichen und erfolgsbringenden Höchstleistungen zu motivieren.<sup>3</sup> Auch können für eine Befristung des Trainers das Abwechslungsbedürfnis der Zuschauer, wie auch ein Abwechslungsbedürfnis in der Entwicklung und Umsetzung neuer, für den sportlichen Erfolg notwendiger Konzepte herangezogen werden. Aufgrund der unaufhörlich fortschreitenden Professionalisierung im Fußball rückten in jüngerer Vergangenheit auch vermehrt die Befristungen von Sportdirektoren in den Blickpunkt gerichtlicher Auseinandersetzungen.<sup>4</sup> Für die Clubs besteht ein Interesse daran, die Vertragslaufzeiten mit Sportdirektoren ähnlich wie mit Trainern und Spielern flexibel gestalten zu können. Auch bei diesen muss sich der Club bei Umorientierung oder Erfolglosigkeit finanziell planbar lösen können. Ob jedoch dieselben Grundsätze auch auf diese Personengruppe Anwendung finden können oder es gar anderer vertraglicher Gestaltungen bzw. gesetzlicher Änderungen bedarf, soll in diesem Artikel erörtert werden.

## II. Grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten

Trotz der in den letzten Jahren/Jahrzenten gewachsenen Bedeutung von Sportdirektoren<sup>5</sup> in den Proficlubs gibt es anders als z. B. für Trainer, die eine Trainerlizenz nachweisen müssen (§ 5 Abs. 1 a) Lizenz-

ordnung des DFL e.V.), bislang noch keine verbandsrechtlichen Vorgaben an die Qualifikation eines Sportdirektors. Zwar haben DFL und DFB gemeinsam ein Zertifikatsprogramm „Management im Profifußball“ aufgelegt,<sup>6</sup> doch ist die Teilnahme an diesem Programm nicht verpflichtend, um eine entsprechende Position bei einem Proficlub ausüben zu können.

Vielmehr ist die Besetzung der Position des Sportdirektors gar nicht nötig, um die personellen Lizenzkriterien für die Bundesliga oder 2. Bundesliga zu erfüllen. Entsprechend gibt es auch keinerlei verbandsrechtliche Vorgaben, wie die Arbeitsverträge mit den Sportdirektoren ausgestaltet sein müssen.

Die Clubs wie auch die Sportdirektoren selbst haben oftmals ein grundsätzliches Interesse daran, die Arbeitsverträge zu befristen. Für die Clubs ist es schwer, einen Sportdirektor mit Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ordentlich zu kündigen. Es ist so gut wie unmöglich, das Ausbleiben des sportlichen Erfolgs auf Fehler eines Sportdirektors, etwa in der Kaderzusammenstellung, zurückzuführen. Selbst wenn dem der Fall wäre, so begründet das noch keine ordentliche personen-/verhaltensbedingte Kündigung. Auch der Kündigungsgrund der Minderleistung – sog. Low-Performer – ist abzulehnen, da neben Nachweisschwierigkeiten die quantitative Minderleistung in Form der langfristigen Unterschreitung einer durchschnittlichen Leistung von mehr als 33 % kaum erreicht werden wird.<sup>7</sup> Außerdem ist diesen Kündigungsmöglichkeiten immer die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten immanent, die eine besondere öffentliche (negative) Aufmerksamkeit mit sich bringen.<sup>8</sup> Das wollen sowohl Clubs als auch oftmals die Sportdirektoren selbst vermeiden. Für Sportdirektoren kommt eine befristete Vertragslaufzeit deshalb in Betracht, weil der Arbeitsvertrag an die Zugehörigkeit zu einer Liga gebunden werden soll oder auch, weil mit der Vertragslaufzeit eine vorab besprochene Entwicklung der Mannschaft und des Clubs einhergehen soll. Hierfür

1 BAG, 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992.

2 U. a. *Stopper/Dressel*, NZA 2018, 1046 (1048); *Lakies*, in: *Lakies*, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2011, 4. Kap., Rn. 287; *Fischinger*, in: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 10, Rn. 12.

3 *Fischinger*, in: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 10, Rn. 12.

4 LAG Niedersachsen, PM v. 22.4.2020, abrufbar unter <https://landesarbeitsgericht.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/vergleich-vor-dem-landesarbeitsgericht-sportlicher-leiter-von-hannover-96-wird-bis-zum-sommer-2023-als-sportdirektor-weiterbeschäftigt-187635.html> (Abruf: 13.9.2021).

5 Unter Sportdirektor wird im Folgenden derjenige verstanden, der ohne Organstellung für die Planung des Lizenzspielerkaders hauptverantwortlich ist. Zu unterscheiden ist diese Position von einem Clubmanager, der sowohl Trainer als auch Sportdirektor in Personalunion ist und Geschäftsführer Sport bzw. Sportvorstand, welche beide eine organ-schaftliche Stellung innehaben.

6 DFL v. 29.4.2021, abrufbar unter <https://www.dfl.de/de/aktuelles/zertifikatsprogramm-management-im-profifussball-von-dfl-und-dfb-bewerbungsphase-2021/> (Abruf: 13.9.2021).

7 *Zimmermann*, in: *Gallner/Mestwerdt/Nägele*, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 1, Rn. 389.

8 SZ v. 24.11.2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/sport/fussball-schlaudraff-gewinnt-prozess-gegen-hannover-96-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-201124-99-449186> (Abruf: 13.9.2021); *Augsburger Allgemeine v. 28.10.2014*, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/sport/fussball/bundesliga/Fussball-HSV-Kuendigung-Kreuzer-geht-erneut-vor-Arbeitsgericht-id31826772.html> (Abruf: 13.9.2021).

wird meist ein vorab besprochener zeitlicher Rahmen festgelegt, bis die ersten greifbaren Ergebnisse sichtbar werden sollen/müssen.<sup>9</sup>

### III. Möglichkeiten der Befristung

Wie aufgezeigt besteht im Profifußball allgemein ein erhöhtes Bedürfnis und gesteigertes Interesse nach einer flexibleren arbeitsvertraglichen Gestaltung zwischen Clubs und Schlüsselpositionen, zu denen auch Sportdirektoren zählen. Als eine Möglichkeit kommt deshalb (erneut) das Rechtsinstrument der Befristung gem. § 14 TzBfG in Betracht. Dabei gilt es zu beachten, dass nach momentaner Rechtslage die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags jedenfalls für einen Zeitraum von 24 Monaten möglich ist, gem. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Jedoch soll unter anderem diese Möglichkeit nach einem aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zur Änderung des Befristungsrechts (Stand: 14.4.2021) auf nur mehr 18 Monate reduziert werden.<sup>10</sup> Sollte es zu dieser Änderung kommen, scheint es aufgrund der Verkürzung noch unwahrscheinlicher, dass ein Club von einer sachgrundlosen Befristung Gebrauch machen wird. Denn in der Regel sind Verträge mit Sportdirektoren, ähnlich wie mit Trainern, auf eine längerfristige Anstellung über mehrere Jahre ausgerichtet.<sup>11</sup> Doch selbst wenn ein Club mit einem Sportdirektor einmalig einen sachgrundlos befristeten Vertrag von 24 (bzw. 18) Monaten abschließen könnte und würde, so müsste für eine weitere Befristung ein Sachgrund gem. § 14 Abs. 1 TzBfG bestehen. Solch kurze sachgrundlose Befristungen sind somit nur übergangsweise und in seltenen Fällen geeignet.

#### 1. Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG)

Nach dem Wortlaut und der dem TzBfG zugrundeliegenden Wertung ist klar, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis den Normalfall bildet und der befristete Vertrag die Ausnahme. Dies gilt jedoch nur, wenn der Arbeitnehmer seinen Beruf bzw. seine Tätigkeit bis zum Rentenalter dauerhaft ausüben kann und der Arbeitsvertrag eine dauerhafte Existenzgrundlage bilden soll. Eine Befristung aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung könnte man, ähnlich wie bei Trainern, mit einem der Position innewohnenden erhöhten Verschleiß begründen. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Hannover<sup>12</sup> kommt dieser Grund jedoch nicht in Betracht, da die Aufgaben eines Sportdirektors im Wesentlichen die Betreuung, Beobachtung und Bewertung der Mannschaft, die Kaderplanung, das Scouting und der Austausch mit Trainern und Managern sind. Es ist nicht erkennbar, inwieweit bei diesen Tätigkeiten ein Verschleiß eintreten soll, der über das übliche Maß eines Arbeitsverhältnisses hinausgeht.<sup>13</sup> Bei Trainern liegt der Sachverhalt anders, da diese aufgrund des direkten Kontakts zur Mannschaft eine gewisse Motivationsfähigkeit besitzen müssen, die sich über die Zeit abnutzen kann und worunter unmittelbar der sportliche Erfolg eines Clubs leiden würde.<sup>14</sup>

Diese Begründung könnte im Einzelfall auch für Sportdirektoren herangezogen werden, dann nämlich, wenn diese qua ihres Arbeitsvertrags auch Aufgaben mit direktem Bezug zur Mannschaft übernehmen oder gar eine Doppelrolle als sportlicher Verantwortlicher und Trainer einnehmen. In jüngster Vergangenheit war die Vereinheitlichung der Position des Trainers und der des Verantwortlichen für Sport lediglich in Ausnahmefällen (u. a. bei Felix Magath<sup>15</sup> und Ralf Rangnick<sup>16</sup>) zu beobachten. Sofern dieser „Clubmanager“ sowohl als Trainer, als auch als sportlicher Verantwortlicher fungiert, wird nichts

gegen die schlichte Anwendung der Rechtsprechung bzgl. den Trainern sprechen können. Wahre Clubmanager werden gerade eine derartige Eigenart der Leistung erbringen, die eine Befristung aufgrund der Eigenart der Leistung rechtfertigen werden kann. Hieraus könnte man ableiten, dass auch ein Sportdirektor, der zwar nicht zugleich die Position des Trainers bekleidet, gleichwohl aber im täglichen Geschäft mit der Mannschaft stark eingebunden ist und damit auch größeren Einfluss auf den sportlichen Erfolg hat, mit Sachgrund befristet werden kann. Selbstverständlich kommt es in diesem Fall entscheidend auf die konkrete Ausgestaltung des Arbeitsvertrags, die darin festgeschriebenen Befugnisse des Sportdirektors und die tatsächliche Durchführung des Arbeitsverhältnisses an.

#### 2. In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG)

Als weiterer Sachgrund kommt in Betracht, dass es dem wirklichen, vom Arbeitgeber nicht beeinflussten Wunsch des Sportdirektors entspricht, nur befristet beschäftigt zu werden.<sup>17</sup> Der Wille des Sportdirektors muss ausschließlich auf die Befristung des Arbeitsverhältnisses gerichtet sein. Maßstab ist, ob der Arbeitnehmer auch bei einem Angebot des Arbeitgebers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags nur einen befristeten vereinbart hätte.<sup>18</sup> Der Wunsch des Sportdirektors kann dabei auf verschiedenen Gründen beruhen. Zum einen kann gewollt sein, dass das Anstellungsverhältnis mit der Zugehörigkeit der Liga verknüpft wird. Damit endet der Arbeitsvertrag mit dem möglichen Abstieg des Clubs am Ende der Saison.<sup>19</sup> Denkbar ist auch, dass das Anstellungsverhältnis aufgrund eines persönlichen Vertrauensverhältnisses an die Laufzeit des Trainers oder eines Vorstands geknüpft wird.<sup>20</sup> Diesen Befristungswünschen kann jedoch entgegengehalten werden (vorausgesetzt die Parteien haben die ordentliche Kündigung gem. § 15 Abs. 3 TzBfG vereinbart), dass dem Sportdirektor selbst in diesen Fällen auch immer der Weg über eine ordentliche Kündigung offensteht und damit gar kein Bedürfnis für eine Befristung gegeben ist.<sup>21</sup> Verkannt wird dabei jedoch, dass der Sportdirektor bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch an seinen alten Ar-

9 Entgegen ArbG Hannover, 24.11.2020 – 13 Ca 67/20, setzt jedoch der Begriff „Entwicklung“ nicht zwangsläufig ein „zeitlich langfristiges Konzept voraus“, da die Schnellebigkeit eine zügige Entwicklung der Lizenzabteilung erwarten wird. Vielmehr wird der Club innerhalb weniger Jahre re-evaluieren müssen.

10 Otto-Schmidt.de, News v. 16.4.2021, abrufbar unter <https://www.otto-schmidt.de/news/arbeits-und-sozialrecht/bmas-plant-verscharfung-des-befristungsrechts-referentenentwurf-vorgelegt-2021-04-16.html> (Abruf: 13.9.2021).

11 Beispielsweise: Michael Zorc (seit 1998 bei Borussia Dortmund), Max Eberl (seit 2008 bei Borussia Mönchengladbach) und Stefan Reuter (seit 2013 beim FC Augsburg).

12 ArbG Hannover, 15.1.2020 – 9 Ca 182/19; NZA 2020, 242.

13 Ebd. Das LAG Hannover konnte diesen Streit letztlich offen lassen, vgl. LAG Niedersachsen, PM v. 22.4.2020, abrufbar unter <https://landesarbeitsgericht.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/vergleich-vor-dem-landesarbeitsgericht-sportlicher-leiter-von-hannover-96-wird-bis-zum-sommer-2023-als-sportdirektor-weiterbeschäftigt-187635.html> (Abruf: 13.9.2021).

14 BAG, 19.6.1986 – 2 AZR 570/85, SpuRt 1996, 21, BeckRS 1986, 30717242; BAG, 29.10.1998 – 7 AZR 436/97, BAGE 90, 98, BB 1999, 1118, NZA 1999, 646 (647); BAG, 15.4.1999 – 7 AZR 437/97, BAGE 91, 200, NZA 2000, 102 (103); so auch die h.M. in der Literatur, vgl. z. B. Stopper/Dressel, NZA 2018, 1046 (1048); Wüterich/Breucker, in: Adolphsen u. a., Sportrecht in der Praxis, Rn. 626; Fischinger, NZA 2020, 218.

15 FAZ v. 30.5.2007, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/bundesliga-magath-wird-trainer-und-sportdirektor-in-wolfsburg-1433990.html> (Abruf: 13.9.2021).

16 Bundesliga v. 2018, abrufbar unter <https://www.bundesliga.com/de/bundesliga/news/rb-leipzig-ralf-rangnick-jesse-marsch-trainer.jsp> (Abruf: 13.9.2021).

17 BAG, 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, BAGE 150, 366, BB 2015, 2240 m. BB-Komm. Ley, NZA 2015, 1066.

18 BAG, 18.1.2017 – 7 AZR 236/15, NZA 2017, 849.

19 Vgl. Wüterich/Breucker, in: Sportrecht in der Praxis, 1. Aufl. 2011, Rn. 62.

20 Siehe hierzu Breucker/Wüterich, in: Stopper/Lenze (Hrsg.), Handbuch Fußballrecht, 2. Aufl. 2018, Kap. 9, Rn. 115.

21 Fischinger, NZA 2020, 218.

beitgeber gebunden bleibt, er jedoch in der Regel keine richtungsweisenden Impulse mehr geben können bzw. dürfen wird. Er befindet sich in gewisser Weise in einer Übergangs- oder Abkühlphase, wodurch er durch die Schnellebigkeit des Geschäfts evtl. an Marktwert verlieren kann und eine direkte Anschlussbeschäftigung an das Auslaufen der Kündigungsfrist ungewiss ist. Da die Verträge im Profisport üblicherweise zum Ablauf einer Spielzeit beendet werden, ist es von Vorteil, bereits in der Phase vor Ablauf vertragsfrei zu sein. Hinzu kommt, dass sich im Falle eines Abstiegs am letzten Spieltag oder in der Relegation die für die Arbeit eines Sportdirektors essenzielle Transferperiode fast unmittelbar anschließt. Diese Zeit wird für die Sportdirektoren mit eine der arbeitsintensivsten sein. Auch vor diesem Hintergrund ist die planbare Verfügbarkeit des Kaderplaners ein Vorteil auf dem Arbeitsmarkt. Entsprechend würde die Befristung dem Sportdirektor in diesem Fall eine höhere Flexibilität wie auch bessere Aussichten für künftige Jobmöglichkeiten bieten und ist im schnelllebigen Profifußball sachgerecht.

### 3. Sonstige Befristungsgründe (§ 14 Abs.1 S. 2 TzBfG)

Ebenfalls in Betracht ziehen kann man eine Sachgrundbefristung aus sonstigen Gründen. Nach dem klaren Wortlaut sowie der Begründung zum Regierungsentwurf des TzBfG<sup>22</sup> handelt es sich bei den Gründen in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG lediglich um eine beispielhafte Aufzählung, die weder andere von der Rechtsprechung bisher akzeptierte noch weitere Gründe ausschließen soll.<sup>23</sup> Als sonstiger Grund genügt dabei nicht, dass die Befristung von Arbeitsverträgen im Profisport branchenüblich ist.<sup>24</sup> Insofern hat sich die Praxis nach dem Gesetz zu richten und nicht umgekehrt.

Das Argument der Branchenüblichkeit kann jedoch insofern herangezogen werden, als dass es einen der Üblichkeit zugrundeliegenden Aspekt offenbart. Die Befristung im Profifußball wird von den Clubs vertraglich vereinbart, um einen rollierenden Arbeitsmarkt zu fördern. Denn in der Profifußballbranche gibt es nur eine sehr begrenzte Anzahl an Positionen für Sportdirektoren bei den 56 Proficlubs der Bundesliga, 2. Bundesliga und 3. Liga. Selbiges gilt für andere Jobs in der Branche, wie Jugendtrainer, Co-Trainer, Scouts oder Torwarttrainer. Sie alle eint, dass durch die Befristung Positionen planbar frei werden und mit anderen, jüngeren, fachlich anders ausgebildeten Arbeitnehmern besetzt werden können. Im Gegenteil sollte es an einer Befristung mangeln, könnte etwa ein Sportdirektor bis zum Rentenalter beim Club bleiben, ohne ernsthafte Kündigungsmöglichkeit für den Club (s.o.). Hierunter leidet die Innovationskraft der Clubs, was direkte Auswirkung auf die Wettbewerbsfähigkeit und den sportlichen Erfolg haben kann. Gerade der Profifußball entwickelt sich als Branche rasant weiter und erfordert deshalb von den Clubs, sich immer wieder neu zu erfinden. Um die eigenen Konzepte stetig weiter- oder neu zu entwickeln oder sich als Mannschaft im Ganzen neu aufzustellen, braucht es die Möglichkeit, die Person des Sportdirektors zu wechseln. Das stimmt insbesondere auch gerade vor dem Hintergrund, dass Sportdirektoren mit ständig wechselnden Trainern zusammenarbeiten, die jeweils neue Ideen für die Mannschaft mitbringen (Stichwort: Verschleiß der Trainer/Motivation). In anderen Branchen wird die Rotation im Arbeitsmarkt durch Stellenausbau in den Unternehmen, der Gründung neuer Unternehmen oder Branchenwechsel durch die Arbeitnehmer erreicht. Das alles ist im Profifußball und im Profisport allgemein aufgrund des starren Ligen Systems und den klaren Rollenverteilungen innerhalb der Clubs nur schwer erreichbar, weshalb es in den allermeisten Fällen nur einen Sportdirektor gibt, der für die Ka-

dergestaltung verantwortlich ist. Ebenso finden kaum Branchenwechsel statt, da die Mehrzahl der Sportdirektoren aufgrund ihrer Stellung als ehemalige Profispieler oder aufgrund einer vorherigen Tätigkeit in der Fußballbranche engagiert werden. Eines der entscheidenden Kriterien für die Anstellung als Sportdirektor ist die ausgezeichnete Vernetzung innerhalb der Fußballbranche.

Diese Punkte zeigen, dass außerhalb des Arguments der Üblichkeit gute Gründe für eine Sachgrundbefristung, aufgrund der Eigenart der Branche Profifußball wie auch der Branche Profisport allgemein eine Befristung, ermöglichen können.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass nach aktueller Rechtslage und Rechtsprechung ein Restrisiko bei der Befristung von Sportdirektoren bleibt und der Club stets einer möglichen Entfristungsklage des Sportdirektors begegnen könnte.

## IV. Andere Vertragsgestaltungen mit Sportdirektoren

Die Darstellung hat gezeigt, dass für Sportdirektoren bislang noch keine zufriedenstellende und vor allem rechtssichere Vertragsgestaltung vorhanden ist, um der zunehmenden Relevanz (sowohl sportlich als auch finanziell) gerecht zu werden.

### 1. Organstellung

Der eingangs beschriebene Versuch, die von Arbeitsgerichten mittlerweile rechtssichere Gestaltung von befristeten Arbeitsverträgen von Spielern und Trainern auf Sportdirektoren zu übertragen, würde sich vorneweg erübrigen, wenn die Sportdirektoren eine organschaftliche Stellung im Club einnehmen. Dann ergäben sich keine Fragestellungen mit der Arbeitnehmereigenschaft und eine etwaige Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes. Die Kündigung des der organschaftlichen Bestellung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses wäre bei Wahrung der entsprechenden Kündigungsfrist kurzfristig möglich. Die allermeisten der Fußballclubs im deutschen Profifußball haben mittlerweile die Profiabteilung in Kapitalgesellschaften ausgegliedert. Zumeist firmieren diese als GmbH & Co KGaA, AG oder GmbH. Die wenigen Ausnahmen bilden Clubs wie Holstein Kiel (Kieler Sportvereinigung Holstein von 1900 e.V.) und der FC Schalke 04 (Fußballclub Gelsenkirchen-Schalke 04 e.V.).

Sobald sich der Club entscheiden kann, dass die Verantwortlichen des Sports eine leitende Funktion in dem Club einnehmen sollen und diesen entsprechende Organstellung einräumen, erübrigen sich die Überlegungen bzgl. einer wirksamen Befristung. Einer organschaftlichen Stellung (sei es als Geschäftsführer Sport, Vereinsvorstand oder Vorstand einer Aktiengesellschaft) folgt in den allermeisten Fällen der Verlust der Arbeitnehmereigenschaft.<sup>25</sup> Nicht zu verwechseln ist diese organschaftliche Stellung jedoch mit der Stellenbezeichnung (sowohl intern als auch extern) des „Managers“. Obgleich sich die Annäherung der Begrifflichkeiten des Sportmanagers an den im englischen Fußball gebräuchlichen Begriff des Managers beobachten lässt, hat

22 BT-Drs. 14/4374, S. 18.

23 Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 14, Rn. 115.

24 Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 14, Rn. 416.

25 Fischinger weist in Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, 1. Aufl. 2021, § 3, Rn. 32 auf die etwaigen Sonderfälle in unionsrechtlich geprägten Bereichen und die Rechtsprechung des BAG hin, wonach GmbH-Fremdgeschäftsführer (höchst) ausnahmsweise auch die Arbeitnehmereigenschaft zugesprochen werden kann.

die schlichte Bezeichnung als Manager in der Regel weder dieselben Befugnisse wie in der Premier League, noch geht damit eine organische Stellung einher (vgl. oben, Abschnitt III. Ziffer 1).

## 2. Ähnlich leitender Angestellter

Interessant wäre für die Clubs und Entscheider, wenn Sportdirektoren als ähnlich leitende Angestellte im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes zu klassifizieren wären. Zwar wäre dann weiterhin das Kündigungsschutzgesetz mit den oben beschriebenen Folgen anwendbar, jedoch könnte der Club von der Möglichkeit des Auflösungsantrags gem. § 9 Abs.1 KSchG mit der Besonderheit des § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG Gebrauch machen. Der Club kann also dadurch bei einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirken, ohne dass dieser Auflösungsantrag einer Begründung bedarf.<sup>26</sup> Hintergrund dieser besonderen Behandlung der leitenden Angestellten ist, dass die Beziehung zwischen dem Club (Arbeitgeber) und dem leitenden Angestellten von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt ist, so dass eine unterschiedliche Behandlung zu den üblichen Angestellten gerechtfertigt ist.<sup>27</sup> Das Kündigungsschutzgesetz würde sich dann regelmäßig zu einem Abfindungsgesetz<sup>28</sup> wandeln, der Club jedoch das Arbeitsverhältnis beenden können.<sup>29</sup> Mit anderen Worten: zeitliche Planbarkeit durch finanzielle Abfindungsplanbarkeit.

Sportdirektoren können nur dann als leitende Angestellte im Sinne des § 14 KSchG gesehen werden, wenn diese berechtigt wären, Arbeitnehmer selbstständig einzustellen oder zu entlassen. Es reicht dabei, dass der leitende Angestellte – anders als bei § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG – entweder Einstellungen oder Entlassungen vornehmen kann und nicht beides vorlegen muss, wenn dies eine erhebliche Bedeutung hat.<sup>30</sup> Diese ist zu bejahen, wenn entweder eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern oder eine gewisse Anzahl bedeutender Arbeitnehmer erfasst wird.<sup>31</sup> Da sich die Kompetenz des Sportdirektors vornehmlich auf die Personalien in der Lizenzspielerabteilung fokussieren wird, wird dies gegeben sein. Die zusätzliche Anforderung, dass die Berechtigung einen wesentlichen Teil der Tätigkeit<sup>32</sup> ausmacht, wird bei klassischen Sportdirektoren, die die Zusammenstellung des konkurrenzfähigen Kaders verantworten, zu bejahen sein.

Entscheidende Frage wird sein, ob der Sportdirektor diese Einstellungen oder Ausstellungen auch wirklich selbstständig vornehmen können wird. Diese Berechtigung muss für die leitenden Angestellten sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis grundsätzlich uneingeschränkt gegeben sein. Da diese Selbstständigkeit eine Eigenverantwortlichkeit voraussetzt, kann sie nur gegeben sein, wenn dem potentiell leitenden Angestellten die alleinige Entscheidungsbefugnis vorbehalten bleibt.<sup>33</sup> Dabei hilft die Erteilung einer Prokura alleine nicht weiter, wenn der Arbeitnehmer dadurch zwar im Außenverhältnis die Ein- bzw. Ausstellungen vornehmen kann, jedoch im Innenverhältnis eine Absprache weiterhin notwendig ist, sog. Titularprokurist.<sup>34</sup> An einer solchen Eigenverantwortlichkeit fehlt es ebenso, wenn lediglich die Befugnis eingeräumt wird, interne Vorschläge zu unterbreiten<sup>35</sup> oder zur Ausübung der Einstellungs- oder Entlassungstätigkeit die Unterschriften weiterer Personen benötigt werden, die auch ein inhaltliches Mitspracherecht („Veto“) innehaben.<sup>36</sup> Unschädlich wird jedoch sein, wenn der leitende Angestellte eine vorherige Konsultation mit dem zuständigen Fachvorgesetzten abhalten muss, es interne Richtlinien zu Kontrollzwecken<sup>37</sup> zu beachten gilt oder gar Zweitunterschriften einzuholen sind, solange dies lediglich Kontroll-

zwecken dient und kein inhaltliches Mitspracherecht, vgl. oben, hieran gekoppelt ist.<sup>38</sup>

Letztlich wird es auf die genaue Ausübung der Tätigkeit des fraglichen Sportdirektors ankommen, ob er schlussendlich als ähnlich leitender Angestellter im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes einzustufen ist. Unweigerlich wird die Kaderplanung (also die Ein- und Ausstellung der Lizenzspieler) einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausmachen. Ebenso stellen die Lizenzspieler für die Clubs wesentliche Arbeitnehmer dar.<sup>39</sup> Es dürfte jedoch naheliegen, dass der Sportdirektor intern inhaltliche Mitspracherechte oder gar Freigaben ab einer bestimmten Vertragssumme (sei es in Bezug auf die Abfindung oder fixe und variable Vergütungsbestandteile) zu beachten hat und nicht selbstständig agieren können wird. Denkbar ist, dass Sportdirektoren zumindest die Ausstellung der Lizenzspieler selbstständig (notfalls im Rahmen von internen Kontrollrichtlinien) durchführen können. Wie beschrieben, reicht für die Anwendbarkeit des § 14 KSchG, dass entweder die Einstellung oder die Ausstellung selbstständig erfolgt. Die Clubs würden für diesen Fall eine umfangreiche Einräumung der Befugnisse einfacher erlauben können, da die Entlassung (wohl in der Regel unterlassene Verlängerung der Befristung) schon allein aus diversen Begleitumständen (fehlende Einsatzzeiten, unzureichende Leistungsdaten, Zusammenstellung und Umbruch des Kaders) indiziert ist. Die finanziellen Parameter bei der Einstellung könnten dabei nach wie vor von dem Club bzw. von mehreren Personen bestimmt werden.

Es sprechen mithin die besseren Argumente für die Möglichkeit, Sportdirektoren als ähnlich leitende Angestellte im Sinne des § 14 KSchG zu klassifizieren, sofern der Club gewillt ist, Sportdirektoren entsprechende Kompetenz einzuräumen. So kam das Arbeitsgericht Hannover in seinem Urteil<sup>40</sup> zu dem Schluss, dass es die „Profiklubs [...] mithin selber in der Hand [haben], die [...] befürchteten ‚Heerscharen von freigestellten Funktionsträgern‘ zu verhindern“.

## 3. Sportdirektoren als „Risikoträger“ des Clubs?

Die Problematik, dass es bestimmte Personen in einem Unternehmen gibt, die eine derart wichtige Schlüsselposition innehaben, aber trotz-

26 Kiel, in: ErFK, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 12.

27 Gieseler, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 14, Rn. 82.

28 Finanzielle Planbarkeit ergibt sich für die Clubs auch dahingehend, als dass bei fehlender Begründung in der Regelung der in § 10 Abs. 1, 2 KSchG genannte Höchstabfindungsbeitrag in Höhe von einem Bruttomonatsverdienst pro Beschäftigungsjahr festgesetzt wird.

29 Biebl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 6. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 29.

30 Kiel, in: ErFK, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 7; Biebl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 6. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 20; Hopfe, in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, Leitende Angestellte, Ed. 16, 2021, Rn. 5.

31 BAG 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27.

32 Kiel, in: ErFK, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 11; Biebl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 6. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 22.

33 Pfeiffer, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 14, Rn. 21.

34 Temming, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, § 20, Rn. 68; Pfeiffer, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 14, Rn. 20.

35 Kiel, in: ErFK, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 11; Pfeiffer, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 14, Rn. 21.

36 Biebl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 6. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 21; Hopfe, in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, Leitende Angestellte, Ed. 16, 2021, Rn. 5.

37 BAG, 27.9.2001 – 2 AZR 176/00, NZA 2002, 1277; KR/Rost KSchG § 14, Rn. 40 f.; Hopfe, in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, Leitende Angestellte, Ed. 16, 2021, Rn. 5.

38 Kiel, in: ErFK, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 11; Pfeiffer, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 14, Rn. 21.

39 BAG, 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, DSB-Rechtsprechungsreport Vahle, DSB 2013, 43, NZA 2013, 27, Rn. 31; so wohl ArbG Hannover, 24.11.2020 – 13 Ca 67/20.

40 ArbG Hannover, 24.11.2020 – 13 Ca 67/20.

dem einen umfangreichen Kündigungsschutz genießen, ist nicht nur auf den Profisport beschränkt. So findet sich in der Finanzwelt durch den § 25a Va KWG eine Gleichstellung von sog. Risikoträgern der Kreditwirtschaft mit leitenden Angestellten im Sinne des § 14 KSchG. Letztlich fordert die Regelung lediglich, dass das entsprechend bedeutende Institut<sup>41</sup> die Eigenschaft als Risikoträger aufgrund einer Risikoanalyse feststellt (vgl. § 25a Vb KWG), und derjenige eine bestimmte Vergütungsschwelle (jährliche fixe Vergütung überschreitet das Dreifache der BBG in der allgemeinen Rentenversicherung i. S. v. § 159 SGB VI<sup>42</sup>) erreicht. Die Regelung hat das Ziel, dass der Bestandsschutz maßgeblich von der Höhe der Vergütung abhängig gemacht und als verfassungskonform angesehen wird.<sup>43</sup> Zwar soll sich aus dieser Regelung keine Präcedenzwirkung auf andere Bereiche ableiten lassen,<sup>44</sup> jedoch zeigt die Regelung einen Ausdruck diverser Tendenzen, den Begriff des ähnlich leitenden Angestellten aufzuweichen und zu vergrößern.<sup>45</sup> Die Rechtfertigung der Regelung, dass diese kleine Gruppe<sup>46</sup> aufgrund der besonderen Einflussmöglichkeit nicht nur den jeweiligen Arbeitgeber gefährden, sondern auch die Stabilität des gesamten Finanzsystems in Schieflage bringen könnten,<sup>47</sup> kann zumindest auf die Gefährdung des Clubs übertragen werden. Stellt der Sportdirektor einmal einen Kader zusammen, kann dieser nur in der Winterpause korrigiert werden. Andernfalls muss dieser Kader Wettbewerbsfähigkeit demonstrieren und die – bisweilen wirtschaftlich notwendigen Ziele – erreichen. Eine Gefährdung des Clubs könnte hierbei durchaus bestehen. Korrekturen sind somit für spezielle, stark abgrenzbare Bereiche keine Seltenheit und gesellschaftlich akzeptiert. Sportdirektoren erlangen in der Nische Profisport mehr und mehr Präsenz; sowohl medial, sportlich als auch finanziell. Es wird eine Frage der Zeit sein, dass auch diese Personengruppe für die Clubs rechtssicher angestellt werden können (muss) – sei es über eine klare Rechtsprechung oder Schaffung von gesetzlichen Ausnahmen.

## V. Fazit und Ausblick

Sportdirektoren gewannen in der jüngsten Vergangenheit immer mehr an Relevanz und Gewicht (sowohl sportlich als auch finanziell

Dr. Hans-Peter Löw, RA

# Der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses

Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BAG vom 22.7.2021 – 2 AZR 6/21

Mit einem Betriebsübergang gehen auch die Arbeitsverhältnisse über, es sei denn Arbeitnehmer widersprechen. Dieser einfach klingende Sachverhalt ist rechtlich kompliziert. Insbesondere formelle und materielle Voraussetzungen eines Widerspruchs und die maßgeblichen Fristen können vielfältige Rechtsfragen berühren. Der Artikel will dazu, inspiriert durch eine aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, einen Überblick geben.

in Bezug auf die Vergütung und mögliche Ablösesummen) bei den Clubs. Dessen Entwicklung hinkt die vertragliche Gestaltungsmöglichkeit (noch) hinterher. Die Clubs sind gut darin beraten, sich deren Regelungsbedürftigkeit zu vergewissern und sich entsprechend aufzustellen. Zu vermeiden ist, dass sich die Vertragsparteien am (vorzeitigem) Ende der Zusammenarbeit vor den Arbeitsgerichten der Bundesrepublik wiedersehen. Allein schon aus Reputationsgesichtspunkten wird dieser Schritt in der Regel zu vermeiden sein und die Lösung vorher einvernehmlich getroffen. Welche Partei hierbei größere Zugeständnisse machen muss, wird bereits bei den grundsätzlichen Überlegungen der Anstellung und evtl. Bestellung des Sportvorstands oder Geschäftsführer Sport zu treffen sein.

**Maximilian von Colberg**, RA, ist Legal Counsel bei der adidas AG und war vormals Legal Counsel bei der DFL Deutsche Fußball Liga GmbH. Er hat darüber hinaus eine Rechtsanwaltskanzlei mit Schwerpunkt auf Sportrecht und e-Sportrecht.



**Dr. Benedikt Groh** ist Rechtsanwalt und seit 2019 Mitglied der Arbeitsrechtspraxis von Taylor Wessing. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten zählen insbesondere die Betreuung von nordamerikanischen Unternehmen beim Markteintritt und die Beratung bei Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Sein Rechtsreferendariat absolvierte er in München und New York City (Deutsches Generalkonsulat).



- 41 Wann ein Institut bedeutend ist, vgl. hier *Kiel*, in: *ErFK*, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 15.  
 42 Für das Jahr 2021 besteht die Grenze bei EUR 85 200 bzw. EUR 80 400. Das Dreifache ist folglich EUR 255 600 sowie EUR 241 200.  
 43 *Biebl*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, 6. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 25 mit Verweis auf *Bayreuther*, in: *Linck/Krause/Bayreuther*, 16. Aufl. 2019, KSchG § 14 Rn. 27a, 27b; *Kiel*, in: *ErFK*, 21. Aufl. 2021, Rn. 13, jeweils m. w. N.  
 44 *Kiel*, in: *ErFK*, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 13 mit Verweis auf BT-Drs. 10/7959, 28.  
 45 *Temming*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl. 2021, § 20, Rn. 72 mit Bewertung in Rn. 80 f.  
 46 Die Bundesregierung geht von ca. 5 000 Betroffenen und damit weniger als einem Prozent der Bankbeschäftigten in Deutschland aus (vgl. *Bonanni*, *ArbRB* 2019, 79, 81).  
 47 *Kiel*, in: *ErFK*, 21. Aufl. 2021, KSchG § 14, Rn. 13.

## I. Einleitung

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. So heißt es seit 1972 in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB. Damit war der deutsche Gesetzgeber der EU-Betriebsübergangsrichtlinie um etliche Jahre