

fußball. Jedoch hat der EuGH schon jetzt festgestellt, dass Fragen wie der Wert des neuen Vertrags des Spielers und die Kosten, die dem ehemaligen Verein bei der Verpflichtung des Spielers entstanden sind, irrelevant sein sollen. Zudem hat der EuGH klargestellt, dass die Entschädigung nach dem anwendbaren nationalen Recht berechnet werden muss und dass alle anderen anwendbaren Kriterien objektiv sein und tatsächlich die legitimen Ziele der FIFA fördern

müssen und nicht nur die finanziellen Interessen der Vereine schützen dürfen.

Grundsätzlich positiv zu bewerten bleibt aber die Wirkung des EuGH-Urteils, dass ein Spieler, der der Ansicht ist, dass er ein Recht auf eine Kündigung aus wichtigem Grund hat – obwohl dies von seinem ehemaligen Verein bestritten wird – nicht unbedingt daran gehindert werden kann, den Verein zu verlassen und einen neuen Arbeitsvertrag zu schließen.

## Rechtsfolgen der Arbeitnehmerstellung von Nationalspielerinnen und Nationalspielern

Von Rechtsanwalt Dr. Heiko Reiter, Frankfurt am Main, und Referendarin Dr. Lisa Gerlach, Hamburg\*

*Der Aufsatz baut auf den Erkenntnissen des Beitrags in SpuRt 2023, 271 auf, in dem die Autoren die arbeitsrechtliche Stellung der Nationalspielerinnen und Nationalspieler begründeten. In vorliegendem Beitrag gilt es herauszuarbeiten, welche Rechtsfolgen dies insbesondere für den Verband als Arbeitgeber sowie den Club hat, der seine nominierten Spielerinnen und Spieler für den Verband freistellt. Die Autorin und der Autor kommen im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass die einzelnen Abstellungen für die Nationalmannschaft zwar befristete Arbeitsverträge aufgrund des nur vorübergehenden Bedarfs sein können, jedoch nicht die formellen Voraussetzungen einer Befristung erfüllen. Nach gerichtlicher Feststellung der Unwirksamkeit könnten die Spielerinnen und Spieler weitere Ansprüche geltend machen. Außerdem haben die Spielerinnen einen Anspruch auf ein Entgelt, das dem ihrer männlichen Kollegen entspricht.*

*The article examines the legal implications of considering national soccer players as employees, focusing on both the association, such as the German Football Association (DFB), as their employer and the clubs that release their players for national duties. The primary findings indicate that the contracts between players and the association are typically fixed-term due to temporary need. As the written form requirement is not complied with, the contract would be indefinite if the players were to take legal action against it. Additionally, players could claim employment rights, including entitlement to participation in training sessions even if not selected for matches. The article also highlights compensation considerations, noting that players could claim equal pay rights under German law, which may conflict with the existing disparity in financial rewards between male and female national teams. The association compensating clubs financially for releasing players is acknowledged, with compensation frameworks set by FIFA or UEFA during tournaments. Consequently, associations should ensure contracts comply with legal formalities to mitigate unwarranted financial liability, and*

*female national players have a legitimate claim for equal pay consistent with their male counterparts under current legal standards.*

### I. Rechtsfolgen für den Verband

Relevant im Verhältnis zwischen Nationalspielerin bzw. Nationalspieler und Verband<sup>1</sup> sind insbesondere die Laufzeit der Verträge und ihre Wirksamkeit, der Beschäftigungsanspruch und die Vergütung der Nationalspielerinnen und Nationalspieler.

#### 1. Wirksamkeit befristeter Verträge

In der Praxis kommen die Nominierten für ihre Nationalmannschaften nicht ihr Leben lang zum Einsatz. Es gilt das Leistungsprinzip, weshalb der Kader für jede Maßnahme<sup>2</sup> neu nominiert wird. Trifft sich die Nationalmannschaft für ein Turnier, kann die Maßnahme über einen Monat andauern.<sup>3</sup> Findet ein Freundschaftsspiel statt, werden die Spielerinnen und Spieler lediglich für wenige Tage für den Verband tätig, um danach wieder zu ihren Fußballclubs zurückzukehren.

##### a) Einzelne Maßnahme als befristetes Arbeitsverhältnis

Der Verband beruft seine Nominierten immer nur für eine bestimmte Maßnahme. Für jede Maßnahme werden die Spielerinnen und Spieler somit erneut über ihre Nominierung benachrichtigt, unabhängig von ihrer Seniorität. Die Parteien schließen somit einzelne Arbeitsverträge für die Dauer der jeweiligen Maßnahme ab.<sup>4</sup>

1 Der vorliegende Beitrag behandelt nur die Rechtslage im Hinblick auf einen deutschen Verband.

2 Mit Maßnahme ist die einzelne Zusammenkunft der Nationalmannschaft im Rahmen eines oder mehrerer Länderspiele oder eines Turniers gemeint.

3 Die EM 2024 begann am 14.6.2024 und endete genau einen Monat später. Die Mannschaft traf sich bereits drei Wochen vorher zur Vorbereitung auf das Turnier, <https://www.dfb.de/news/detail/nationalmannschaft-bezieht-em-trainingslager-in-thueringen-257852/#:~:text=Die%20deutsche%20Nationalmannschaft%20wird%20sich,Weimarer%20Land%20in%20Blankenhain%20beziehen> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024).

4 Zum Abschluss eines solchen durch die Nominierung vgl. Reiter/Gerlach, SpuRt 2023, 271, 273 f.

\* Verf. Reiter ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei GRUNDWERK Legal, Frankfurt, Verf. in Gerlach ist Rechtsreferendarin am OLG Hamburg.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die gesonderte Vereinbarung zwischen dem Verband und der Spielerin oder dem Spieler hinsichtlich der Auszahlung der Sponsoreneinnahmen ein auf ein Jahr befristeter Arbeitsvertrag wäre. Diese Vereinbarung wird zwischen dem Verband und der jeweiligen Nationalmannschaft, die durch ihren Spielerrat vertreten wird, ausgehandelt und enthält die Summe der für die entsprechende Nationalmannschaft vorgesehenen Sponsoreneinnahmen, die unter Berücksichtigung der Anzahl der Nominierungen an die Spielerinnen und Spieler ausbezahlt werden.<sup>5</sup> Die Vereinbarung erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen eines Arbeitsvertrags, sondern ist Gegenleistung für die Überlassung der jeweiligen Bild- und Namensrechte. Gegen einen Arbeitsvertrag spricht auch, dass sie zwischen dem Verband und dem Mannschaftsrat ausgehandelt wird und dadurch nicht auf die im Zeitpunkt ihrer erstmaligen Erklärung beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschränkt ist.<sup>6</sup> Sie soll auf alle Spielerinnen und Spieler Anwendung finden, die im Laufe des Kalenderjahres irgendwann einmal nominiert werden. Sie hält nur die Höhe des Gesamtbetrags und den Verteilungsschlüssel fest und ist arbeitsrechtlich als Gesamtzusage zu werten. Die Vereinbarung wird somit Bestandteil des Arbeitsvertrags, ohne selbst ein Arbeitsverhältnis zu begründen.<sup>7</sup>

#### b) Formelle Voraussetzungen

Fraglich ist, ob die oben genannten Arbeitsverträge wirksam befristet sind. Zunächst muss der Arbeitgeber die Befristung gemäß § 14 IV TzBfG schriftlich vereinbaren. Dies gilt lediglich für die Befristungsabrede selbst, nicht für den gesamten Arbeitsvertrag.<sup>8</sup> Die Befristungsabrede muss dabei gemäß § 126 II BGB von beiden Parteien vor Arbeitsaufnahme<sup>9</sup> im Original unterzeichnet werden.

Die Nominierungspraxis des Verbands, die durch einen Anruf oder per E-Mail durch die Zusendung der Abfahrtszeiten erfolgt<sup>10</sup>, erfüllt das Schriftformerfordernis erkennbar nicht. Die Wirksamkeit der Befristung scheidet somit bereits an den formellen gesetzlichen Hürden.<sup>11</sup>

#### c) Materielle Voraussetzungen

Selbst wenn der Verband mit seinen Nominierten zukünftig Arbeitsverträge mit entsprechenden schriftlichen Befristungsabreden vereinbarte, müssten zur Bejahung der Wirksamkeit zusätzlich die Voraussetzungen des § 14 TzBfG erfüllt sein. Eine sachgrundlose Befristung gemäß § 14 II TzBfG ist dabei nur beschränkt tauglich. Eine solche ist nur bis zu einer Höchstdauer von zwei Jahren zulässig, in denen der Arbeitsvertrag lediglich dreimal verlängert werden

darf. Außerdem darf mit demselben Arbeitgeber zuvor kein Arbeitsverhältnis bestanden haben. Geht man davon aus, dass jede Maßnahme ein neues befristetes Arbeitsverhältnis begründet, verstößt der Verband bereits bei der zweiten Nominierung gegen das Anschlussverbot aus § 14 II 2 TzBfG. Die Befristung müsste deshalb durch einen Sachgrund gemäß § 14 I TzBfG gerechtfertigt sein.

#### aa) Befristung aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung

Naheliegend ist der Befristungsgrund der Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 I 2 Nr. 4 TzBfG), der für befristete Arbeitsverträge im Profifußball höchstrichterlich anerkannt ist.<sup>12</sup> Als besondere Spezifika der Arbeitsleistung, die eine den Sachgrund begründende Eigenart im Sinne des Gesetzes rechtfertigen, werden die fehlende Möglichkeit der Erbringung sportlicher Höchstleistung bis zum Rentenalter, das Flexibilisierungsinteresse des Trainerteams, die Einbindung der Clubs in das internationale Transfersystem und das Interesse der Spielerinnen und Spieler am Abschluss befristeter Verträge angesehen.<sup>13</sup> Sie überwiegen nach Auffassung des BAG das Bestandsschutzinteresse der Spielerinnen und Spieler.<sup>14</sup> Inwiefern diese Argumentation auf die Tätigkeit der Nationalspielerinnen und -spieler übertragen werden kann, wird im Folgenden analysiert.

#### (1) Verschleiß

Die Regel, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihren Beruf bis zum Rentenalter ausüben können und der Beruf eine dauerhafte Existenzgrundlage bildet, gilt bei Fußballprofis nicht.<sup>15</sup> Auf höchstem Niveau schulden sie Spitzenleistung und nicht nur die angemessene Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit. Solche Leistungen sind jedoch nicht bis zum Rentenalter möglich, sondern nur für eine von vornherein begrenzte Zeit.<sup>16</sup> Dies ist sowohl dem Club als auch dem Fußballprofi bei Abschluss eines Arbeitsvertrags bewusst. Daraus resultiert ein berechtigtes Interesse der Vertragsparteien, statt eines unbefristeten Dauerarbeitsverhältnisses ein befristetes Arbeitsverhältnis zu vereinbaren.<sup>17</sup>

Anders als im Clubfußball geht es bei der Nominierung der Nationalspielerinnen und -spieler allerdings nicht darum, der mit der Zeit abfallenden Leistungsfähigkeit, sondern der zum Zeitpunkt der Maßnahme bestehenden Form Rechnung zu tragen.<sup>18</sup> Die aktuelle Form hat allerdings mit der generellen Leistungsfähigkeit nichts zu tun. Formschwankungen sind nicht mit einem „Verschleiß“ im Sinne der Rechtsprechung des

5 Dies entspricht den der Verfasserin und dem Verfasser vorliegenden Informationen nach Rücksprache mit (ehemaligen) Nominierten.

6 BAG, Urt. v. 20.8.2014 – 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333 (Rn. 15).

7 Vgl. BAG, Urt. v. 20.8.2014 – 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333 (Rn. 14); ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, § 611a BGB Rn. 237.

8 Statt vieler siehe nur MüKo-BGB/Engsuber, 9. Aufl. 2023, § 14 TzBfG Rn. 133; ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, § 14 TzBfG Rn. 115.

9 So z. B. BAG, Urt. v. 14.12.2016 – 7 AZR 797/14, NZA 2017, 638 (Rn. 28); NK-TzBfG/Boecken, 6. Aufl. 2019, § 14 Rn. 197.

10 So berichtete Marvin Ducksch von einem Anruf durch Bundestrainer Julian Nagelsmann, <https://www.kicker.de/strassenfussballer-naeschensrisiko-duckschs-dfb-nominierung-der-verruecktheit-978539/artikel> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024). Dies entspricht auch der Kenntnis der Verfasserin und des Verfassers nach Rücksprache mit (ehemaligen) Nominierten.

11 Zu den Rechtsfolgen siehe unten Teil A, Ziffer I. 4.

12 Vgl. hierzu BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703; weitgehend zustimmend Walker, SpuRt 2018, 172, 173 f.; Stopper/Dressel, NZA 2018, 1046; Fischinger, NJW 2018, 1996; Fischinger, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 10 Rn. 9 f.; mit Verweis auf die Gesamtschau aller Umstände zustimmend Fischinger/Reiter, NZA 2016, 661, 664; ablehnend Eckert, DStR 2018, 360, 364 f.; Korff, CaS 2018, 263, 268.

13 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 18 ff.).

14 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 17).

15 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 18); Fischinger, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 10 Rn. 9; APS/Backhaus, 7. Aufl. 2024, § 14 TzBfG Rn. 420.

16 Katzer/Frodl, NZA 2015, 657, 658.

17 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 18).

18 So beschäftigte Bundestrainer Julian Nagelsmann für die Länderspielpause im März 2024 Spieler, die „vor einem Jahr [nicht] nominiert worden [wären]“ aufgrund ihrer aktuellen Form, <https://www.zeit.de/sport/2024-03/dfb-kader-julian-nagelsmann-nationalmannschaft> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024).

BAG gleichzusetzen.<sup>19</sup> Deshalb kann die Argumentation für in der Regel mindestens auf eine Saison befristete Arbeitsverträge bei einem Club nicht auf die nur wenige Tage oder Wochen befristet angestellten Nationalspielerinnen und -spieler übertragen werden.

#### (2) Flexibilität des Trainerteams hinsichtlich der Mannschaftszusammensetzung

Daneben hebt das BAG bei Prüfung der Befristungen im Clubfußball das Interesse des Trainerteams an der Mannschaftszusammensetzung hervor. Um erfolgreich zu sein, müssen Trainerinnen und Trainer die Mannschaft nach einem spieltaktischen Konzept zusammenstellen und entwickeln sowie leistungsschwächere Spielerinnen und Spieler austauschen können.<sup>20</sup> Diese Flexibilität lasse sich nur durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge verwirklichen.<sup>21</sup> In dem Zusammenhang sind die Besonderheiten des Fußballs mit der zugrunde liegenden Spielordnung für die Lizenzligen zu beachten: An einem Spieltag können maximal zwanzig Spielerinnen bzw. Spieler in den Kader berufen werden.<sup>22</sup> Für die Trainings gibt es zwar keine Beschränkung, ein zu großer Kader gespickt mit „Kartelleichen“ trägt jedoch weder zur Qualität des Trainings, noch zum Zusammenhalt des Teams bei. Deshalb ist dem Club zuzugestehen, neue Profis verpflichten zu dürfen und im Gegenzug befristete Arbeitsverträge auslaufen zu lassen.

Das gilt für die Situation der Nationalmannschaften umso mehr. Das Trainerteam muss seine Mannschaft aus Spielerinnen und Spielern zusammenstellen, die in der Konstellation anders als im Clubspielbetrieb nicht täglich zusammenspielen. Es ist daher wichtig, verschiedene Aufstellungen auszuprobieren, auf verletzungsbedingte Ausfälle zu reagieren und im Ergebnis eine Mannschaft zusammenzustellen, die bei den Länderspielen am besten gemeinsam agieren kann. Dabei muss der Verband auf Verletzungen und Formtiefe reagieren können, da die Kadergröße zahlenmäßig durch Regularien der UEFA und der FIFA begrenzt ist.<sup>23</sup> Die quantitative Begrenzung gilt zwar nicht für Trainingseinheiten, dennoch simuliert eine ähnliche Kadergröße die Wettbewerbssituation und fördert den Zusammenhalt unter den Auserwählten, die sich anders als im Clubfußball nur alle paar Monate treffen.

#### (3) Interesse der Spielerinnen und Spieler

Schließlich betont das BAG, der Abschluss befristeter Arbeitsverträge diene typischerweise auch den Interessen der Fußballprofis.<sup>24</sup> Sie hätten genauso wie der Club ein wirtschaftliches Interesse am sportlichen Erfolg ihrer Mannschaft, da davon regelmäßig die Höhe der Vergütung abhängt.<sup>25</sup> Daneben eröffne sich für die Spielerinnen und Spieler die Chance, im Gleichlauf mit dem internationalen Transfersystem in einen anderen Club zu wechseln, in dem aufgrund auslaufen-

der befristeter Verträge Beschäftigungsmöglichkeiten frei würden.<sup>26</sup>

Letzterer Interessenschwerpunkt ist nicht auf die Spielerinnen und Spieler der Nationalmannschaft übertragbar. Das Argument setzt voraus, dass sie nach Auslaufen ihres befristeten Vertrags in eine andere Mannschaft wechseln könnten. Das ist bei Nationalauswahlen nicht möglich, da die Spielerinnen und Spieler nur für das Land sportlich aktiv werden dürfen, dessen Nationalität sie angehören.<sup>27</sup>

Etwas anderes gilt zunächst für das Interesse der Nominierten am sportlichen Erfolg ihrer Nationalmannschaft. Schließlich spiegelt sich der Erfolg eins zu eins in der Vergütung durch die Siebprämien wider. Somit haben die Spielerinnen und Spieler ein berechtigtes Interesse daran, dass nur die zum Zeitpunkt der Maßnahme Besten nominiert werden. Ihr berechtigtes Interesse bezieht sich in dem Fall allerdings nicht in erster Linie auf die Befristung ihres eigenen Vertrags, sondern die ihrer Mannschaftskolleginnen und -kollegen. Denn der mit dem Austausch von Spielerinnen und Spielern (etwaig) einhergehende sportliche und wirtschaftliche Erfolg tritt erst ein, nachdem eben neue Kolleginnen und Kollegen verpflichtet und die Arbeitsverhältnisse anderer nicht verlängert wurden. Das Interesse am wirtschaftlichen Erfolg durch befristete Verträge der Mitspielerinnen und Mitspieler begründet jedoch nicht die Befristung des eigenen Arbeitsvertrags.<sup>28</sup> Vielmehr kann es auf Konstellationen aller Berufe und Sparten übertragen werden, in denen das Interesse stets groß ist, nicht zusammen mit „Lowperformern“ zu arbeiten. Das Argument ist deshalb per se verfehlt und kann nicht zugunsten einer Befristung angeführt werden.

#### (4) Zwischenergebnis

Letztlich ist nur das Argument des Flexibilisierungsinteresses des Trainerteams auf Nationalmannschaften übertragbar. Dies reicht in der Gesamtbetrachtung jedoch nicht aus, um das Arbeitsverhältnis zwischen Verband und Nationalspielerinnen bzw. -spielern aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung als wirksam befristet anzuerkennen. Die von dem BAG aufgestellten Grundsätze zu den Lizenzspielerverträgen sind somit nicht übertragbar.

#### bb) Befristung aufgrund des nur vorübergehenden Bedarfs

Anders als für den Clubfußball kommt für die Tätigkeit in der Nationalmannschaft der Befristungsgrund aus § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG in Betracht, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Dazu zählt der projektbedingte Mehrbedarf für die Dauer des Projekts, der auf vorübergehende Dauer angelegt ist und von den Daueraufgaben des Arbeitgebers abgrenzbare Zusatzaufgaben beinhaltet.<sup>29</sup> Voraussetzung ist, dass die Dauer des

19 So auch APS/Backhaus, 7. Aufl. 2024, § 14 TzBfG Rn. 421.

20 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 20).

21 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 20); zustimmend Katzer/Frodl, NZA 2015, 657, 660.

22 Vgl. § 3 Nr. 1 der Richtlinie zur Spielordnung der DFL.

23 Für die Spiele der Qualifikation und Endrunde der UEFA-Fußball-Europameisterschaft von 2022 bis 2024 muss der Verband jeweils eine Liste mit 23 Spielern einreichen, vgl. Art. 48.01 des Reglements der UEFA-Fußball-Europameisterschaft 2022-2024, abrufbar unter <https://documents.uefa.com/r/Reglement-der-UEFA-Fussball-Europameisterschaft-2022-24-Online> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024).

24 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 20).

25 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 20).

26 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NZA 2018, 703 (Rn. 20).

27 Siehe z. B. Art. 47.01 des Reglements der UEFA-Fußball-Europameisterschaft 2022-2024; abrufbar unter <https://documents.uefa.com/r/Reglement-der-UEFA-Fussball-Europameisterschaft-2022-24-Online> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024).

28 Vgl. Fischinger, Anm. zu BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992, 1996, der das Argument richtigerweise bereits im Zusammenhang mit den befristeten Verträgen der Clubspieler kritisiert.

29 APS/Backhaus, 7. Aufl. 2024, § 14 TzBfG Rn. 373; NK-ArbR/Studt, 2. Aufl. 2022, § 14 TzBfG Rn. 22.

Mehrbedarfs hinsichtlich des konkreten Projekts prognostiziert werden kann.<sup>30</sup>

#### (1) Bedarf während der Länderspielpausen

Der Verband hat nur Bedarf an der Arbeitsleistung seiner Spielerinnen und Spieler, wenn ein Wettkampf oder ein Turnier bevorsteht. Der Bedarf des Verbands an Nationalspielerinnen und -spielern ist konkret bestimmbar und somit leicht zu prognostizieren. Er richtet sich nach den festgelegten Länderspielen und Turnieren und besteht für die Dauer der Vorbereitung und des eigentlichen Spiels bzw. Turniers. Dem widerspricht es auch nicht, dass der Verband mehrere Maßnahmen anordnet, die immer dieselbe Tätigkeit erfordern.<sup>31</sup> Schließlich fällt der zusätzliche Arbeitsbedarf weg, wenn die Maßnahme im Rahmen der Nationalmannschaft beendet ist.<sup>32</sup> Dass teilweise einige Spielerinnen und Spieler über Jahre hinweg immer wieder nominiert werden, ändert nichts an der Annahme des Befristungsgrunds. Eine für ein Projekt beschäftigte Person, mit der der Arbeitgeber zufrieden ist, darf auch für jedes weitere Projekt wieder befristet eingestellt werden.<sup>33</sup>

#### (2) Relevanz der kurzen Dauer der Befristungen

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG bedarf es zu einer wirksamen Befristung eines Arbeitsvertrags keiner eigenen sachlichen Rechtfertigung der gewählten Befristungsdauer.<sup>34</sup> Die gewählte Dauer der Befristung kann jedoch im Rahmen der Prüfung, ob ein sachlicher Grund i. S. d. § 14 I TzBfG vorliegt, eine Rolle spielen.<sup>35</sup> Sie muss sich am Sachgrund orientieren und so mit ihm im Einklang stehen, dass sie den angeführten Sachgrund nicht in Frage stellt.<sup>36</sup> Die Vertragsdauer darf also nicht den Schluss zulassen, dass der sachliche Grund tatsächlich nicht besteht oder lediglich vorgeschoben ist.<sup>37</sup>

Die Tätigkeit in der Nationalmannschaft findet nicht wie die im Club täglich statt, sondern ist stets länderspielbezogen. Während sich das Trainerteam über das ganze Jahr hinweg Spiele potenzieller Nationalspielerinnen und -spieler anschaut, Taktiken erarbeitet und Trainingspläne schreibt, werden die Nationalmannschaften erst und nur während der Länderspiele für den Verband tätig. Daher steht die kurze Dauer der einzelnen Befristungen im Einklang mit dem Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs.

d) Rechtsfolgen eines unwirksam befristeten Arbeitsvertrags

Grundsätzlich bestünde somit ein Befristungsgrund in Gestalt des § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG, wodurch die Arbeitsverträge wirksam befristet werden könnten, wenn der Verband die Schriftform beachtete. Tut er das – wie in der Praxis – nicht, ist die Befristung unwirksam und der Arbeitsvertrag gilt nach § 16 S. 1 Hs. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Verband nun mit allen aktuellen und ehemaligen Nationalspielerinnen und -spielern in einem Arbeitsverhältnis steht. Schließlich hätten die Spielerinnen und Spieler gemäß § 17 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende der letzten Nominierung Entfristungsklage erheben müssen. Ohne entsprechende Anrufung des Arbeitsgerichts gilt die Befristung entsprechend § 7 KSchG i. V. m. § 17 S. 2 TzBfG als rechtswirksam.<sup>38</sup> Denn die Wirksamkeitsfiktion umfasst auch Schriftformverstöße.<sup>39</sup>

## 2. Kündigungsmöglichkeit eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses

In den Fällen, in denen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht, kann sich der Verband einseitig nur durch eine Kündigung von der Spielerin oder dem Spieler lösen.<sup>40</sup> In Betracht kommt eine ordentliche Kündigung, die das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der in § 622 BGB vorgesehenen Frist beendet.

#### a) Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG

Besteht das Arbeitsverhältnis ununterbrochen bereits länger als sechs Monate, sind die Voraussetzungen des § 1 KSchG zu beachten. Die Kündigung müsste dann sozial gerechtfertigt sein, also auf einem personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Grund beruhen.

Die jeweils befristeten Nominierungen bestanden in der Vergangenheit jedoch immer mit Unterbrechungen. Soweit ersichtlich hat sich bisher kein Fußballprofi dazu durchgerungen, eine Entfristungsklage zu erheben, sodass die Befristungen stets standhielten. Für zukünftige Nominierungen könnte etwas anderes gelten, sollte der Verband weiterhin auf eine Schriftform verzichten und eine Spielerin oder ein Spieler Klage erheben. Eine erfolgreiche Entfristungsklage hat jedoch nicht zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis ab der ersten befristeten Beschäftigung unbefristet besteht, sondern ab Beginn der letzten, erfolgreich angegriffenen Befristung.<sup>41</sup> Selbst bei einem Turniergeinn dauert die Maßnahme nicht länger als zwei Monate. Der Schutz des KSchG wäre in der Regel noch nicht anwendbar auf das potenziell unbefristete Arbeitsverhältnis eines Fußballprofis.

#### b) Allgemeiner und Sonderkündigungsschutz

Es bleibt somit die Überprüfung einer Kündigung anhand der Sonderkündigungsschutznormen – vorlie-

30 BAG, Urt. v. 21.8.2019 – 7 AZR 572/17, BeckRS 2019, 27707 (Rn. 21); BAG, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 243/17, BeckRS 2019, 6370 (Rn. 11); Meinel in: Meinel/Heyn/Herms TzBfG, 6. Aufl. 2022, § 14 TzBfG Rn. 92; BeckOK ArbR/Bayreuther, Stand: 1.9.2024, § 14 TzBfG Rn. 29; APS/Backhaus, 7. Aufl. 2024, § 14 TzBfG Rn. 376.

31 So auch BAG, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 243/17, BeckRS 2019, 6370 (Rn. 17).

32 Zur Abgrenzung von Projektarbeit zu Daueraufgaben: BAG, Urt. v. 23.1.2019 – 7 AZR 212/17, BeckRS 2019, 8912 (Rn. 12 ff.).

33 Vgl. zur wiederholten befristeten Einstellung eines Bademeisters BAG, Urt. v. 19.11.2019 – 5 AZR 84/06, NZA 2020, 374 (Rn. 52).

34 BAG, Urt. v. 26.8.1988 – 7 AZR 101/88, BeckRS 1980, 45549 (zu III.); BAG, Urt. v. 22.11.1995 – 7 AZR 252/95, NZA 1996, 878, 879; BAG, Urt. v. 21.1.2009 – 7 AZR 630/07, NZA 2009, 727 (Rn. 10); Beck-OGK/Daum, Stand: 1.9.2024, § 14 TzBfG Rn. 76; so auch Beckmann/Beck, SpuRt 2015, 160, 161; Walker, NZA 2016, 657, 661.

35 BAG, Urt. v. 26.8.1988 – 7 AZR 101/88, BeckRS 1980, 45549 (zu III.); Boemke/Jäger, RdA 2017, 20, 23.

36 BAG, Urt. v. 21.1.2009 – 7 AZR 630/07, NZA 2009, 727 (Rn. 10).

37 BAG, Urt. v. 26.8.1988 – 7 AZR 101/88, BeckRS 1980, 45549 (zu III.); Boemke/Jäger, RdA 2017, 20, 23.

38 BAG, Urt. v. 15.2.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733 (Rn. 40); BAG, Urt. v. 4.5.2011 – 7 AZR 252/10, NZA 2011, 1178 (Rn. 19).

39 ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, § 17 TzBfG Rn. 11b; HK-TzBfG/Joussen, 7. Aufl. 2024, § 17 TzBfG Rn. 7.

40 Das Arbeitsverhältnis kann auch durch einen Aufhebungsvertrag beendet werden, der der Schriftform bedarf, vgl. Fischinger, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 10 Rn. 151 ff.; NK-ArbR/Greiner, 2. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 133.

41 St. Rspr., vgl. bspw. BAG, Urt. v. 24.2.2016 – 7 AZR 182/14, NZA 2016, 949 (Rn. 14); NK-KSchR/Mestwerdt, 7. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 55.

gend ist insbesondere an § 17 I MuSchG zu denken – und der zivilrechtlichen Generalklauseln der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und der Treuwidrigkeit (§ 242 BGB), durch die der objektive Gehalt der Grundrechte gewahrt wird.<sup>42</sup> Eine positive Rechtfertigung der Kündigung ist nicht erforderlich.<sup>43</sup> Es wird nur ein Schutz vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden, z. B. diskriminierenden, Kündigungen gewährt.<sup>44</sup> Kündigungen wegen eines Formtiefs des Nationalmannschaftsmitglieds oder wegen eines Flexibilisierungswunsches des Trainers oder der Trainerin fallen hierunter nicht. Wird die Kündigung jedoch mit dem Alter und dem Wunsch nach einem jüngeren, zukunftsfähigeren Team begründet, kann sie im Einzelfall altersdiskriminierend und daher gemäß §§ 1, 7 I AGG i. V. m. § 134 BGB unwirksam sein.<sup>45</sup>

Im Rahmen des Sonderkündigungsschutzes hat der Verband insbesondere auch § 17 I MuSchG zu beachten. Danach ist die Kündigung gegenüber einer Frau während ihrer Schwangerschaft und mindestens vier Monate nach ihrer Entbindung oder Fehlgeburt unwirksam.

### 3. Beschäftigungsanspruch

Es stellt sich die weitere Frage, ob Nationalspielerinnen und Nationalspieler einen Anspruch auf Beschäftigung haben, den sie im Falle der (gerichtlich festgestellten) Unwirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsverhältnisses insbesondere bei Nichtnominierung für Länderspiele oder ein Turnier gegenüber dem Verband geltend machen können. Da wie ausgeführt grundsätzlich eine Kündigungsmöglichkeit seitens des Verbands besteht, hat der Beschäftigungsanspruch insbesondere im Falle des Eingreifens von Sonderkündigungsschutz sowie dann Relevanz, wenn eine zunächst nominierte Person kurz vor einem Turnier noch aus dem Kader gestrichen wird.

#### a) Der Beschäftigungsanspruch im professionellen Mannschaftssport

Der Anspruch auf Beschäftigung im Arbeitsverhältnis ist allgemein anerkannt. Er folgt aus den §§ 611a, 613, 242 BGB und beruht auf der arbeitsvertraglichen Förderungspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf das Beschäftigungsinteresse des oder der Beschäftigten unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 2 I, 1 I GG.<sup>46</sup> Diese Förderungspflicht besteht allerdings nicht unbedingt, sondern nur unter Berücksichtigung eigener schutzwürdiger Interessen sowie etwaig entgegenstehender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers.<sup>47</sup> Im Ergebnis bedarf es also einer Abwägung der wechselseitigen Interessen im jeweiligen Einzelfall.<sup>48</sup> Dabei ist im Pro-

fisport grundsätzlich die besondere Interessenlage der Spielerinnen und Spieler zu berücksichtigen, die zur Aufrechterhaltung ihrer Leistungsfähigkeit auf professionelles Training angewiesen sind.<sup>49</sup>

Ein Anspruch auf Teilnahme an Pflichtspielen resultiert aus dem Beschäftigungsanspruch allerdings selbst dann nicht, wenn die Interessenabwägung zu Gunsten der Spielerin oder des Spielers ausfällt.<sup>50</sup> Das BAG begründet dies damit, dass die jeweils zugrunde liegende Spielordnung von vornherein nur eine gewisse Anzahl von Spielerinnen und Spielern für das Spiel und eine gewisse höhere Anzahl für den jeweiligen Spieltagskader vorsehe.<sup>51</sup>

Allerdings besteht regelmäßig ein Anspruch auf Teilnahme an professionellem Mannschaftstraining, da die sportliche Leistungsfähigkeit für Profifußballerinnen und -fußballer essentiell für die Ausübung ihres Berufs ist. Die Spielerin oder der Spieler kann im Normalfall nicht auf Einzel- oder Kleingruppentrainings verwiesen werden,<sup>52</sup> in dessen Rahmen regelmäßig wesentliche Aspekte – zum Beispiel taktische Elemente oder Spielzüge – nicht einstudiert und auch keine Wettkampfbedingungen simuliert werden.<sup>53</sup>

#### b) Der Beschäftigungsanspruch in einer Nationalmannschaft

Wendet man vorstehende Grundsätze auf eine Nationalmannschaft an, bedeutet das, dass der Beschäftigungsanspruch keinen Anspruch auf Aufnahme in den Kreis der spielberechtigten Spielerinnen und Spieler für ein Länderspiel oder Turnier, den so genannten Spieltagskader oder Turnierkader, umfassen kann. Ob ein Anspruch auf Teilnahme am Trainingsbetrieb in Vorbereitung eines Länderspiels oder Turniers sowie während eines Turniers, rechtlich besteht, hängt von dem Abwägungsergebnis der Interessen der Beteiligten im jeweiligen Einzelfall ab. Insoweit sind nachfolgende Überlegungen von Relevanz.

aa) Interesse des Verbands an einer Nichtnominierung  
Der Verband wird anführen können, dass durch die Teilnahme nicht nommierter Spielerinnen und Spieler die Trainingsgruppe, die regelmäßig auch hinsichtlich ihrer Größe und Zusammensetzung durch die Nominierungen vom Verband optimiert ist, eine Aufblähung stattfindet, die zu einer schlechteren Qualität des Trainings führt. Hiergegen ist indes anzuführen, dass dies nicht zwingend der Fall ist, sondern die Qualität durch die Gestaltung des Trainings, insbesondere die Auswahl der Spielformen, die es für jedes Trainingsziel in verschiedenen Varianten gibt, erhalten oder aber jedenfalls die Verschlechterung der Qualität in Grenzen gehalten werden kann.

Ein weiteres Argument zugunsten des Verbands könnte sein, dass durch eine nicht nominierte Person

42 BeckOGK/Krabforst, Stand: 1.9.2024, § 13 KSchG Rn. 180.

43 NK-ArbR/Greiner, 2. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 201.

44 NK-ArbR/Greiner, 2. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 202.

45 Siehe z. B. die Nicht-Nominierung von Mats Hummels für die WM 2022, die damit begründet wurde, dass die Verantwortlichen die Zukunft im Blick gehabt und sich für einen jüngeren Spieler entschieden hätten, <https://www.kicker.de/entscheidung-steht-hummels-faehrt-nicht-mit-zur-wm-925170/artikel> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024).

46 BAG Urt. v. 29.2.2024 – 8 AZR 359/22, NZA 2024, 616 (Rn. 12); BAG, Urt. v. 15.6.2021 – 9 AZR 217/20, NZA 2021, 1625 (Rn. 43); BAG, Urt. v. 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719 (Rn. 14); LAG Hessen, Urt. v. 12.3.2021 – 14 Sa 306/20, BeckRS 2021, 15627.

47 BAG, Urt. v. 15.6.2021 – 9 AZR 217/20, NZA 2021, 1625 (Rn. 44); ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, § 611a BGB Rn. 616.

48 BAG, Urt. v. 15.6.2021 – 9 AZR 217/20, NZA 2021, 1625 (Rn. 44); BeckOGK/Maties, Stand: 1.5.2024, § 611a BGB Rn. 1423.

49 BAG, Urt. v. 29.2.2024 – 8 AZR 359/22, NZA 2024, 616 (Rn. 27); Reiter, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 120; Fröhlich/Strauf, NZA 2011, 843, 844.

50 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992 (Rn. 33); Fröhlich/Strauf, NZA 2011, 843, 845; ebenso: Reiter, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 123; allerdings hat die Auswahl der einzusetzenden Spieler nach billigem Ermessen zu erfolgen, so dass es bei Nichtbeachtung desselben zu einer Verletzung des Beschäftigungsanspruchs kommen kann, vgl. Reiter, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 124 ff.

51 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992 (Rn. 33).

52 Reiter, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 127 ff.

53 Reiter, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 127; Walker, ZfA 2016, 567, 575.

die Trainingsgruppe um eine „schwächere“ Spielerin bzw. einen „schwächeren“ Spieler erweitert wird und auch hierdurch die Qualität des Trainings sinkt. Indes ist Qualität immer eine Ansichtssache und es wird vom Verband prozessual kaum darzulegen sein, dass eine bestimmte Spielerin oder ein bestimmter Spieler die Qualität des Trainings senken wird. Darüber hinaus wird der Verband zugestehen müssen, dass der Kader nicht ausschließlich unter Qualitätsgesichtspunkten, sondern auch mit Blick auf den Zusammenhalt des Teams, den Spirit und die Erfüllung bestimmter Aufgabenprofile zusammengesetzt wird, wie die Nominierung des Kadern der deutschen Herren-Nationalmannschaft für die Europameisterschaft 2024 gezeigt hat.

Der Verband wird darüber hinaus mit den höheren Kosten für Aufenthalt, Verpflegung und Teilnahme argumentieren können. Diese Kosten werden allerdings regelmäßig für eine weitere Person nicht wesentlich ins Gewicht fallen. Sollte eine Vielzahl von Spielerinnen und Spielern einen entsprechenden Anspruch geltend machen, wird dies im Rahmen der Abwägung nicht zu berücksichtigen sein, da nur die Interessen der jeweiligen beiden Parteien abzuwägen sind.

#### bb) Interesse der Spielerinnen und Spieler an einer Nominierung

Auf Seiten der Spielerinnen und Spieler besteht ein Interesse an der Teilnahme am Trainingsbetrieb wegen der direkteren Möglichkeit, sich für einen Platz in der ersten Elf der Nationalmannschaft zu empfehlen. Hiergegen kann allerdings angeführt werden, dass das Scouting des Verbands auch bei den Clubs sehr umfassend ist und dementsprechend der Vorteil der direkten Sichtbarkeit nicht überbewertet – aber natürlich auch nicht vernachlässigt – werden darf.

Ein Interesse an der Teilnahme am Nationalmannschaftstraining besteht für die Spielerinnen und Spieler aber jedenfalls deshalb, weil – in den allermeisten Fällen – die Trainingsqualität dort höher ist als in den Clubs. Dies gilt zwar nicht in jedem Einzelfall pauschal beim Vergleich zwischen Nationalmannschaft und Club, weil viele Clubs viele Nationalspielerinnen und Nationalspieler aus verschiedenen Nationen beschäftigen und jedenfalls bei Spitzenclubs die Qualität des Kadern diejenige der deutschen Nationalmannschaft übersteigen dürfte. Allerdings ist das in den relevanten Zeiten der Nationalmannschaftslehrgänge und Turniere gerade anders, weil dort die meisten Nationalspielerinnen und Nationalspieler der Clubs bei ihren Nationalteams sind und für den Trainingsbetrieb der Clubs gerade nicht zur Verfügung stehen. Die Spielerinnen und Spieler haben unter dem Gesichtspunkt der Trainingsqualität – und damit der Aufrechterhaltung der eigenen Leistungsfähigkeit – somit ein hohes Interesse an der Teilnahme während der Länderspielpausen. Diesem Argument kann hinsichtlich Turnieren, zu deren Zeiten in der Regel der Trainingsbetrieb in den Clubs ruht, zwar entgegengehalten werden, dass die Spielerinnen und Spieler dafür auf eine umfassende Regenerationsphase verzichten, was oftmals zu einer gewissen Leistungsdelle zu Beginn einer neuen Saison führt, und das qualitativ hochwertige Training deshalb nicht zwingend als Vorteil gegenüber einer umfassenden Regeneration anzusehen ist. Allerdings wird die Regeneration sodann auf Club-

ebene durch einen verlängerten Urlaub (teilweise) aufgefangen.

Ein erhebliches Interesse besteht für die Spielerinnen und Spieler aber in jedem Fall in der erhöhten Reichweite der Vermarktung ihrer Person, was nicht nur positive Auswirkungen auf ihren sogenannten Marktwert und damit mittelbar auch auf ihre Verdienstmöglichkeiten im Club hat, sondern darüber hinaus auch ihre Werbeerlöse und die Vergütung aus der Abtretung der Bild- und Namensrechte positiv beeinflusst. Die ist auch deshalb von besonderem Gewicht, weil das BAG anerkennt, dass auf Seiten des bzw. der Beschäftigten besondere Interessen ideeller und/oder materieller Art verstärkend wirken.<sup>54</sup>

#### cc) Ergebnis

Sofern nicht ausnahmsweise bei einem Turnier die Statuten des ausrichtenden Verbands einer Teilnahme entgegenstehen, wird nach alledem in aller Regel das Beschäftigungsinteresse der Spielerin und des Spielers dasjenige des Verbands an einer Nichtbeschäftigung überwiegen. Dies bedeutet, dass eine Spielerin und ein Spieler bei Nichtnominierung trotz bestehenden Arbeitsverhältnisses seine bzw. ihre Beschäftigung in Form der Teilnahme an der Maßnahme – wenn auch in der Regel nicht die Nominierung für den Spieltags- oder Turnierkader – verlangen und auch gerichtlich durchsetzen kann.

#### 4. Vergütung nicht nommierter Spielerinnen und Spieler

Im Falle der (gerichtlich festgestellten) Unwirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsverhältnisses steht den Nationalspielerinnen und Nationalspielern ein Anspruch auf vertragsgemäße Vergütung zu. Dieser richtet sich nach § 611a BGB, soweit sie beschäftigt werden, nach §§ 3 I, 4f. EFZG im Falle der Arbeitsunfähigkeit<sup>55</sup> und nach § 615 BGB, soweit sie nicht beschäftigt werden.<sup>56</sup> Zur Relevanz der Frage des Vergütungsanspruchs gilt das oben unter Ziffer 3 Gesagte entsprechend.

Der Vergütungsanspruch gemäß § 615 S. 1 BGB setzt Verzug des Verbands voraus. Ob dieser Verzug ohne weiteres eintritt, wenn der Verband eine Person nicht nominiert, oder ob diese Spielerin oder dieser Spieler ihre bzw. seine Arbeitsleistung tatsächlich (§ 294 BGB) oder wörtlich (§ 295 BGB) anbieten muss, ist gerichtlich nicht geklärt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes spricht viel dafür, dass ein Angebot der Arbeitsleistung jedenfalls wörtlich erforderlich ist. Einem tatsächlichen Angebots bedarf es nicht, weil der Verband durch seine Nominierung nicht nur zu erkennen gibt, wer an dem jeweiligen Lehrgang oder Turnier teilnehmen soll, sondern eben auch, wer im Umkehrschluss nicht teilnehmen soll, wodurch die Voraussetzung des § 295 S. 1 BGB erfüllt ist. Vollständig

<sup>54</sup> BAG, Urt. v. 15.6.2021 – 9 AZR 217/20, NZA 2021, 1625 (Rn. 44); BAG, Beschl. v. 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702, 704.

<sup>55</sup> Ein Entgeltfortzahlungsanspruch für verletzte Spielerinnen und Spieler gemäß § 3 I EFZG besteht nur, wenn ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 3 III EFZG ununterbrochen vier Wochen bestand. Diese Wartezeit wird in der Regel nur während Turnieren erfüllt. Das würde sich jedoch im Falle der (gerichtlich festgestellten) Unwirksamkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses ändern. Zu den Einzelheiten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall siehe *Reiter*, in: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 41 ff.

<sup>56</sup> *Reiter*, in: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 7 Rn. 73.

entbehrlich dürfte das Angebot allerdings nicht sein, weil die Voraussetzungen des § 296 BGB nicht vorliegen. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein wörtliches Angebot dann entbehrlich ist, wenn eine Arbeitgeberin zu erkennen gebe, dass sie eine Person unter keinen Umständen weiterbeschäftigen werde.<sup>57</sup> Allerdings stellt die Nichtnominierung trotz ihres oben geschilderten Aussagegehalts keinen so gravierenden Umstand dar, dass er mit den gerichtlich entschiedenen Fällen<sup>58</sup> vollständig vergleichbar wäre. Insbesondere kann die Nichtnominierung durch eine schlichte spätere Nominierung ersetzt werden, während beispielsweise bei einer Abberufung als Geschäftsführerin oder Geschäftsführer, über die der BGH in diesem Zusammenhang entschieden hat, eine formale Neubestellung in Form eines Gesellschafterbeschlusses erforderlich wäre.

Liegt Annahmeverzug des Verbands gemäß § 615 S. 2 BGB vor, muss sich die Spielerin oder der Spieler anderweitigen Erwerb oder böswillig unterlassenen Erwerb anrechnen lassen. Denkbar sind insoweit anrechnungsfähige Einkünfte aus einer Tätigkeit als TV-Expertin oder TV-Experte. Die Vergütung, die die Spielerin oder der Spieler beim Club erzielt, gehört hierzu allerdings nicht. Hierbei handelt es sich nicht um Vergütung, die durch eine anderweitige Verwendung der Arbeitskraft erzielt wird, sondern um Vergütung, die ohnehin zusätzlich verdient worden wäre. Eine solche ist nicht anrechnungsfähig im Sinne vorgenannter Norm, weil sie nicht kausal durch den Annahmeverzug bedingt ist.<sup>59</sup>

## 5. Gleichbehandlung

Der Verband hat bei Vergütung seiner Spielerinnen und Spieler das Entgelttransparenzgesetz und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zu beachten und darf Spielerinnen nicht wegen ihres Geschlechts geringer vergüten als Spieler, § 3 I EntgTranspG, § 7 I AGG.<sup>60</sup> Offenkundig lobt der DFB für seine Spielerinnen deutlich geringere Prämien aus als für seine Spieler. Während z. B. die Männer für den Sieg der Heim-EM 2024 400.000 € erhalten hätten, wäre der Sieg der Frauen bei der Europameisterschaft 2022 nur mit 60.000 € honoriert worden. Inwiefern der Verband gegen Gleichbehandlungsrecht verstößt und welche Rechtsfolge ihn dadurch treffen könnten, wird im Folgenden analysiert.

a) Gleichbehandlung gemäß Entgelttransparenzgesetz §§ 3 I, 7 I EntgTranspG begründen – ebenso wie Art. 157 AEUV in inhaltsgleicher Weise – einen Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit.<sup>61</sup>

57 BGH, Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 75/99, NZA 2001, 36.

58 Abberufung als Organ, Neubestellung einer anderen Geschäftsführerin bzw. eines anderen Geschäftsführers.

59 BAG, Urt. v. 6.9.1990 – 2 AZR 165/90, NZA 1991, 221, 223; ErfK/Preis/Greiner, 24. Aufl. 2024, § 615 BGB Rn. 92.

60 Dies gälte im Rahmen des AGG nach Auffassung der Verfasserin und des Verfassers selbst dann, wenn eine Eigenschaft als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer des Verbands zu verneinen wäre. In diesem Falle fänden die relevanten Vorschriften des AGG über § 18 I AGG Anwendung (vgl. bspw. BGH, Urt. v. 10.12.1985 – KZR 2/85, BeckRS 9998, 74996). Die Tatsache, dass der DFB den Spielbetrieb auf eine Tochtergesellschaft ausgegliedert hat, führt insoweit zu keinem anderen Ergebnis, da auch in diesem Fall die Tätigkeit als Nationalspielerin bzw. Nationalspieler gerade wegen der Mitgliedschaft bzw. Mitwirkung im Verband und die Bindung an dessen Statuten erfolgt.

aa) Stellung der Parteien

Da die nominierten Spielerinnen und Spieler gegen Entgelt weisungsgebunden für den Verband tätig werden<sup>62</sup>, sind sie gemäß § 5 II Nr. 1 EntgTranspG Beschäftigte des Verbands als ihr Arbeitgeber.

Eine Beschäftigung bei einer Arbeitgeberin im Sinne des § 5 III EntgTranspG ist unzweifelhaft zu bejahen, wenn Spielerinnen und Spieler bei derselben juristischen Person beschäftigt sind. Sowohl die deutsche Nationalmannschaft der Frauen als auch der Männer werden für die DFB GmbH & Co. KG tätig. Selbst wenn die Mannschaften nicht für dieselbe juristische Person spielen würden, ändert das nichts an der Annahme einer einheitlichen Arbeitgeberin im Sinne des § 5 III EntgTranspG. Der EuGH lässt eine „*einheitliche Quelle*“ der Vergütung genügen,<sup>63</sup> weshalb die zu vergleichenden Beschäftigten nicht zwingend bei derselben Arbeitgeberin tätig sein müssen.<sup>64</sup>

bb) Gleiche oder gleichwertige Arbeit

Darüber hinaus müssen Spielerinnen und Spieler gleiche oder gleichwertige Arbeit ausüben.

Weibliche und männliche Beschäftigte üben gemäß § 4 I EntgTranspG eine gleiche Arbeit aus, wenn sie an verschiedenen Arbeitsplätzen oder nacheinander an demselben Arbeitsplatz eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausführen. Insoweit kommt es nicht auf rechtliche Rahmenbedingungen, sondern auf die tatsächliche Einstufung an.<sup>65</sup>

Da sowohl Spielerinnen als auch Spieler arbeitsvertraglich die Ausübung der Sportart unter Ausschöpfung des individuellen Leistungsvermögens bei Teilnahme an Training und Wettkampf, an Besprechungen und spielvorbereitenden Maßnahmen ausüben,<sup>66</sup> ist eine gleiche Tätigkeit zu bejahen. Soweit teilweise darauf abgestellt wird, dass eine gleiche Tätigkeit daran scheitere, dass gemäß den Statuten der Verbände zwar Frauen an Männerwettkämpfen teilnehmen dürfen, aber nicht umgekehrt,<sup>67</sup> und es deshalb an einer gegenseitigen Ersetzbarkeit fehle,<sup>68</sup> ist dem nicht zuzustimmen. Bei den insoweit relevanten Statuten handelt es sich um verbandsrechtliche Rahmenbedingungen, auf die es gerade nicht ankommen soll. Es wäre ein fataler Zirkelschluss, würde ein Verband durch selbst gesetzte Regeln, die gerade eine Geschlechtertrennung zum Inhalt haben, einen Anspruch auf gleiches Entgelt der unterschiedlichen Geschlechter ausschließen können.<sup>69</sup>

61 BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (Rn. 22 ff.); BAG, Urt. v. 25.6.2020 – 8 AZR 145/19, NZA 2020, 1613 (Rn. 64, 98); Keller/Petersen, NZA 2024, 793, 793.

62 Reiter/Gerlach, SpuRt 2023, 271.

63 EuGH, Urt. v. 3.6.2021 – C-624/19, NZA 2021, 855 (Rn. 37 f.).

64 Vgl. bzgl. Spielerinnen und Spieler im Clubfußball, Keller/Petersen, NZA 2024, 793, 794; i. E. ebenso: ErfK/Schlachter, 24. Aufl. 2024, § 4 EntgTranspG Rn. 5.

65 EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-196/02, NZA 2005, 807 (Rn. 44); ErfK/Schlachter, 24. Aufl. 2024, § 4 EntgTranspG Rn. 2; Keller/Petersen, NZA 2024, 793, 794 f.

66 Zum Arbeitsvertragsinhalt von Profisportlerinnen und -sportlern vgl. Fischinger, in: Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, § 8 Rn. 1 f.

67 Für die Teilnahme an der Frauen-Europameisterschaft 2023 galt das nach Art. 56.01 des Reglements der UEFA-Frauen-Europameisterschaft, abrufbar unter <https://documents.uefa.com/r/Reglement-der-UEFA-Frauen-Europameisterschaft-einschliesslich-UEFA-Nations-League-und-European-Qualifiers-2023-25/Artikel-56-Spielberechtigung-Online> (zuletzt abgerufen am 4.10.2024).

68 Keller/Petersen, NZA 2024, 793, 795.

## cc) Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts

Es muss darüber hinaus auch eine Benachteiligung hinsichtlich des Entgelts wegen des Geschlechts vorliegen, § 3 I EntgTranspG. Eine solche Benachteiligung kann in unmittelbarer oder mittelbarer Form bestehen, § 3 II, II EntgTranspG. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt dabei nicht nur dann vor, wenn eine Person explizit wegen des Geschlechts ein geringeres Entgelt erhält, sondern auch dann, wenn dies verdeckt geschieht. Die insoweit zu § 3 AGG entwickelten Grundsätze<sup>70</sup> finden auch auf § 3 II, II EntgTranspG Anwendung.<sup>71</sup>

Dabei ist zunächst festzustellen, dass Spielerinnen wesentlich weniger Entgelt erzielen als Spieler und somit eine Unterscheidung nach Geschlechtern vordergründig zu bejahen ist. Fraglich ist, ob sich die unterschiedliche Behandlung anders als mit dem Geschlecht der Beschäftigten begründen lässt.

Rechtfertigt ein Verband eine unterschiedliche Vergütung damit, dass im Männersport wesentlich höhere Einnahmen als im Frauensport erzielt werden, liegt allerdings eine verdeckte Benachteiligung vor, weil die unterschiedlichen Einnahmen, die vordergründig als vermeintlich legitimes Unterscheidungskriterium dienen, untrennbar mit dem Geschlecht der Handelnden verbunden sind.<sup>72</sup>

Anders wäre dies nur, wenn die Allokation selbst einen diskriminierungsfreien Zweck verfolgte. Ein solcher ist aber nicht erkennbar. Man könnte zwar daran denken, die ungleiche Bezahlung mit einer (vermeintlichen) Leistungsgerechtigkeit zu begründen. Allerdings liegt der wirtschaftliche Erfolg der Turniere nicht in der Leistung der einzelnen Spielerinnen und Spieler begründet, sondern in der Vermarktung des Turniers, die wiederum dem (Dach-) Verband obliegt. Der wirtschaftliche Erfolg des einzelnen nationalen Verbands wiederum hängt zwar neben den Werbeeinnahmen durchaus von der Leistung der Spielerinnen und Spieler ab, aber aufgrund der sehr unterschiedlichen Höhe des jeweiligen Gesamtpfops bei Männer- und Fraueturnieren nur sehr begrenzt. Sie können durch ihre Leistung den Gesamtpopf der Preisgelder nicht beeinflussen, so dass im Ergebnis die Spielerinnen bei maximalem Erfolg dem Verband immer noch weniger Geld einspielen als die Spieler bei geringem oder mittelmäßigem Erfolg. Leistungsgerechtigkeit kann also durch die ungleiche Bezahlung nicht hergestellt werden, weil die Leistung nach alledem nicht bestimmend dafür ist, ob der Verband mit Männer- oder Fraueturnieren höhere Einnahmen erzielt. Die durch die ungleiche Höhe der Preisgeldtöpfe manifestierte Ungleichheit würde sich bei Anerkennung einer vermeintlichen Leistungsgerechtigkeit als rechtmäßiges Ziel gar weiter verfestigen.

69 Selbst wenn man dies anders sähe, ist jedenfalls die Gleichwertigkeit der Tätigkeit zu bejahen, wie *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793, 795 f. überzeugend herausarbeiten.

70 BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 7 AZR 1002/12, NZA-RR 2016, 83 (Rn. 43); BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (Rn. 46); MHD/ArbR/Oetker, 6. Aufl. 2024, § 16 Rn. 75 m.w.N.

71 *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793, 797; *Schweigert/Burth/Hachmeister*, IRZ 2019, 165, 166 unter Verweis auf BT-Drs. 18/11133, 2 f.

72 *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793, 797; bezüglich einer verdeckten Benachteiligung auf den untrennbaren Zusammenhang mit einem Diskriminierungsmerkmal im Rahmen des § 3 AGG abstellend: BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 7 AZR 1002/12, NZA-RR 2016, 83 (Rn. 43); BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (Rn. 46).

Auch eine (vermeintliche) Leistungsförderung kann nicht als Rechtfertigung herangezogen werden. Die Spielerinnen und Spieler können durch ihre Leistungen den Gesamtpopf der Preisgelder wie ausgeführt gerade nicht beeinflussen, so dass – anders als bei anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – durch Allokation entsprechend der Erwirtschaftung gar kein Leistungsanreiz gesetzt werden kann. Handelt es sich bei der Arbeitgeberin der Nationalspielerinnen und Nationalspieler um einen nicht-wirtschaftlichen Verein (§ 21 BGB), was auf viele Verbände, nicht aber auf die DFB GmbH & Co. KG zutrifft, kann diese im Übrigen schon deshalb ein Interesse an Leistungsanreizen zur Steigerung der Erwirtschaftung höherer Einnahmen nicht für sich ins Feld führen, weil sie mit der Tätigkeit, die ihrer ideellen Zwecksetzung entspricht, qua rechtlicher Einordnung keine wirtschaftlichen und unternehmerischen Zwecke verfolgt.

## dd) Relative oder absolute Vergleichbarkeit

Bislang höchstrichterlich nicht geklärt ist die Frage, ob die Vergütung absolut oder relativ zu vergleichen ist.<sup>73</sup> Der Verband wird sich im vorliegenden Fall regelmäßig darauf berufen, dass er die Spielerinnen in relativer Höhe nicht schlechter stellt als Spieler, da sie prozentual in gleichem oder höherem Umfang an ihrem Gesamtpopf partizipieren als die Spieler an jenem. Allerdings veranschaulicht genau dieses Beispiel, warum die Vergütung absolut zu vergleichen ist. Obwohl keinerlei wirtschaftliche oder sonstige Notwendigkeit besteht, die Vergütung der Spielerinnen und Spieler an den Gesamtpöfen ihrer Turniere zu orientieren, tut es der Verband. Dieses vordergründige Argument der Fairness umgeht allerdings die bereits herausgearbeitete Tatsache der Gleichheit der Arbeitsleistung und unterscheidet mittelbar wiederum nach dem Geschlecht.<sup>74</sup> Erkennte man eine relative Vergleichbarkeit an, würde somit eine Diskriminierung „durch die Hintertür“ ermöglicht, die mit dem Telos der Vorschriften des EntgTranspG nicht vereinbar ist.<sup>75</sup>

## ee) Rechtsfolge

Rechtsfolge der Benachteiligung ist ein Anspruch der benachteiligten Person auf Zahlung des Entgelts, das die Arbeitgeberin der bevorzugten Person gewährt.<sup>76</sup> Diese wird aus Art. 157 AEUV, § 3 I bzw. § 7 EntgTranspG abgeleitet.<sup>77</sup> Es erfolgt insoweit eine Anpassung „nach oben“.<sup>78</sup> Dies bedeutet, dass Nationalspielerinnen dasselbe Entgelt verlangen können wie Nationalspieler.<sup>79</sup>

73 Siehe jedoch EuGH, Urt. v. 27.10.1993 – C-127/92, NZA 1994, 797 (Rn. 22): Getrennte Verhandlungen zur Entgelthöhe rechtfertigen keine Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen.

74 Vgl. NK-AGG/Dette/Gottbehüt, § 7 AGG Rn. 108: Der ökonomische Nutzen für den Arbeitgeber soll keine Rolle für die Einordnung der Gleichwertigkeit spielen.

75 Im Ergebnis, wenn auch bzgl. eines anderen Sachverhalts, ebenso: EuGH, Urt. v. 27.10.1993 – C-127/92, NZA 1994, 797 (Rn. 22).

76 ErfK/Schlachter, 24. Aufl. 2024, § 7 EntgTranspG Rn. 1; *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793, 798.

77 BAG, Urt. v. 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (Rn. 75).

78 BAG, Urt. v. 16.2.2034 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (Rn. 21 ff.); BAG, Urt. v. 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (Rn. 75); BAG, Urt. v. 21.3.2018 – 10 AZR 34/17, NZA 2019, 622 (Rn. 58); so auch schon vor Einführung des EntgTranspG z. B. BAG, Urt. v. 18.2.2016 – 6 AZR 700/14, NZA 2016, 709 (Rn. 30 ff.); ErfK/Schlachter, 24. Aufl. 2024, § 7 EntgTranspG Rn. 1.

79 Da die Nationalspieler dieselben Prämien erhalten, kann die Frage nach der Anspruchshöhe bei uneinheitlicher Bezugsgröße dahinstehen, vgl. zu diesem Thema aber bspw. *Keller/Petersen*, NZA 2024, 793, 798 m.w.N.



Die daraus möglicherweise resultierende finanzielle Belastung steht der Anpassung nach oben nicht entgegen.<sup>80</sup> Für die Zukunft könnten die Prämien diskriminierungsfrei auch auf einem anderen Niveau festgelegt werden.<sup>81</sup> Während die gleiche Bezahlung ohne weiteres für die Zukunft geltend gemacht werden kann, ist bei einer Geltendmachung für die Vergangenheit mangels wirksamer vertraglicher Ausschlussfrist die Verjährungsfrist von drei Jahren zu beachten, §§ 195, 199 I BGB.

#### b) Entschädigung nach AGG

Die Spielerinnen können neben dem Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit auch einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 II AGG geltend machen.<sup>82</sup> In der ungleichen Bezahlung von Nationalspielerinnen und Nationalspielern liegt eine AGG-widrige Ungleichbehandlung, vgl. § 2 I Nr. 2 AGG. Hinsichtlich Benachteiligung und fehlender Rechtfertigung gelten die vorstehenden Ausführungen zum EntgTranspG entsprechend. Der Anspruch muss jedoch innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Monaten ab Kenntniserlangung der Spielerin von der Benachteiligung geltend gemacht werden, § 15 IV AGG.<sup>83</sup> Da die Nationalspielerinnen während jedes Turniers von den unterschiedlichen Prämien wussten, ist die Zweimonatsfrist für die allermeisten vergangenen Maßnahmen bereits abgelaufen.

## II. Vergütungsanspruch beim Club

Die Arbeitnehmerstellung der Nationalspielerinnen und Nationalspieler betrifft nicht nur den Verband. Auch für die jeweiligen Clubs hat es Konsequenzen, wenn ihre Spielerinnen und Spieler gleichzeitig beim Verband angestellt sind.

Im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“, der sich aus den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts (insbes. § 326 I 1 BGB) i. V. m. § 614 BGB ergibt.<sup>84</sup> Er besagt, dass Beschäftigte bei Nichtleistung der Arbeit einer besonderen Anspruchsgrundlage bedürfen, um einen Vergütungsanspruch zu haben.<sup>85</sup> Denn die Dienstleistungsverpflichtung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers ist eine Fixschuld, deren Erfüllung mit Ablauf der Zeit, für die sie

zu erbringen gewesen wäre, unmöglich wird und entsprechend § 275 I BGB erlischt.<sup>86</sup>

Während der Abstellung werden die Spielerinnen und Spieler nicht für ihren Club tätig, sondern setzen ihre gesamte Arbeitskraft für den Verband ein. Der Umstand der Abstellung liegt jedoch sowohl in den Verbandsstatuten begründet, die den Club gemäß § 34 Nr. 1 der DFB-Spielordnung zur Abstellung verpflichten, als auch im Lizenzvertrag der Spieler im Sinne des § 2 der Lizenzordnung Spieler, dort § 3, strafbewehrt zur Einhaltung unter anderem der DFB-Spielordnung verpflichtet. Der Club wird deshalb seine Spielerinnen und Spieler auf dieser Grundlage anweisen, der Nominierung Folge zu leisten und die Arbeitsleistung der Spielerinnen und Spieler während der Abstellung nicht entgegenzunehmen, da er sonst mit verbandsrechtlichen Sanktionen rechnen müsste. Die Spielerinnen und Spieler möchten der Abstellung Folge leisten, da sie ansonsten ihrerseits mit verbandsrechtlichen Sanktionen rechnen müssen. Arbeitsvertraglich handelt es sich um eine konkludente einvernehmliche Freistellung. Mangels gegenteiliger arbeitsvertraglicher Regelungen ist zugunsten der Spielerinnen und Spieler davon auszugehen, dass für diese Zeit der Freistellung der Vergütungsanspruch aufrechterhalten bleibt. Dies entspricht im Übrigen nicht nur der Praxis, sondern auch der Interessenslage der Parteien, da die Clubs durch die FIFA oder die UEFA, die ihnen für die Abstellung zu Turnieren eine entsprechende Kompensation zahlen, entschädigt wird.<sup>87</sup>

## III. Fazit

Die rechtliche Einordnung als Arbeitnehmerin und Arbeitnehmer macht nicht automatisch alle Nationalspielerinnen und Nationalspieler zu unbefristet Beschäftigten. Diese haben allerdings einen Anspruch auf Beschäftigung sowie auf Vergütung, wobei relevantester Aspekt der Vergütung der Anspruch auf „Equal Pay“ ist. Nationalspielerinnen können also Vergütung in der Höhe verlangen, die ihren männlichen Kollegen zusteht. Ein Verband ist deshalb gut beraten, seine Nominierungen formwirksam zu befristen.

80 BAG, Urt. v. 18.2.2016 – 6 AZR 700/14, NZA 2016, 709 (Rn. 34).

81 BAG, Urt. v. 18.2.2016 – 6 AZR 700/14, NZA 2016, 709 (Rn. 34); ErfK/Schlachter, 24. Aufl. 2024, § 7 EntgTranspG, Rn. 1.

82 BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (Rn. 100); zur Bemessung der Höhe siehe BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (Rn. 110 ff.); zu den Kriterien siehe Gerlach, in: Tagung Junge Arbeitsrechtswissenschaft 2023, 109, 122 ff.

83 Diese Frist gilt nicht für den Anspruch auf Zahlung gleichheitswidrig vorenthalterer Vergütung gemäß §§ 3 I, 7 I EntgTranspG, da dies kein Schadensersatzanspruch ist, vgl. BAG, Urt. v. 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011 (Rn. 75).

84 BAG, Urt. v. 11.12.2019 – 5 AZR 579/18, NZA 2020, 664 (Rn. 12); MüKo-BGB/Spinner, 9. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 7.

85 Gast, die Schlechtleistung des Arbeitnehmers im Synallagma des Arbeitsvertrags, S. 46 ff.

86 Dütze/Thüsing, Arbeitsrecht, 28. Aufl. 2023, § 5 Rn. 190.

87 So sind im Nachgang der UEFA EURO 2020 insgesamt 200 Millionen Euro an 697 Clubs aus allen 55 Nationalverbänden ausgeschüttet worden, <https://de.uefa.com/news-media/news/0274-14dc38d410a9-2a4c705d3e15-1000-euro-2024-ausschüttungsprogramm-fur-klubs-ge-nemigt/> (zuletzt aufgerufen am 4.10.2024).