Die Pflichtverletzung des Beklagten ist auch kausal für den Schaden. Ohne das Werfen des Feuerzeugs auf das Spielfeld, durch das ein Spieler getroffen wurde, wäre der Kläger nicht zu einer Strafe in der in Rede stehenden Höhe verurteilt worden.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Frank Bahners, Düsseldorf)

7. AGB-Kontrolle im Fußballtrainer-Vertrag

§§ 305 ff, 202 k, 134, 615 BGB

1. Eine Punktprämie ist bei einer Freistellung des Trainers als Bestandteil der als Gegenleistung für die Arbeitsleistung vereinbarten Vergütung gemäß § 615 Satz 1 BGB fortzuzahlen.

2. Der vertraglich vereinbarte Wegfall der Punktprämie im Falle einer Freistellung verstößt gegen § 308 Nr. 4 BGB, wenn
a) der Anteil der wegfallenden Punktprämie an der Gesamtvergütung mehr als 25% betragen kann oder
b) der Wegfall bei jeder Freistellung auch ohne Sachgrund erfolgen soll.

3. Eine einzelvertragliche, der AGB-Kontrolle unterliegende Ausschlussfrist, die für die „beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag" gelten soll, erfasst auch Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes sowie für Schäden, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder grober Fahrlässigkeit beruhen.

4. Eine solche Ausschlussfrist verstößt gegen § 202 Abs. 1 BGB und ist deswegen gemäß § 134 BGB, § 306 BGB insgesamt unwirksam.

5. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer den Urlaub während der Freistellungszeit zu gewähren und ihm die zeitliche Konkretisierung zu überlassen.

LAG Hamm, Urt. v. 11. 10. 2011 – 14 Sa 543/11

Sachverhalt

(Hinsichtlich des Sachverhalts wird auf die Entscheidung ArbG Paderborn in SpuRt 2011, 168 verwiesen.)

Aus den Gründen:

Die Berufungen sind zulässig. Die Berufung des Klägers ist im Wesentlichen begründet, die des Beklagten überwiegend unbegründet. (...)

B. Die Berufung des Klägers ist im Wesentlichen begründet, soweit sie sich gegen die erstinstanzliche Abweisung der Klage richtet. Mit Ausnahme der Punktprämie für die Relegationsspiele zur 2. Fußballbundesliga sowie eines Teils der Urlaubsabgeltung in Höhe von 1640,60 Euro brutto stehen dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche zu. Die Berufung des Beklagten ist nur begründet, soweit er sich gegen die Verurteilung zur Zahlung einer Urlaubsabgeltung von mehr als 10 544,02 Euro brutto wendet, im Übrigen ist sie unbegründet. (...)

II. Der Beklagte hat an den Kläger insgesamt 131 873,14 Euro brutto zu zahlen, und zwar eine Punktprämie in Höhe von 108 000,00 Euro brutto (III.), den noch nicht gezahlten Teil der Aufstiegsprämie in Höhe von 4166,67 Euro brutto (IV.), eine Nutzungsentschädigung für den Entzug des Dienstwagens in Höhe von 9162,45 Euro brutto (V.) sowie eine Urlaubsabgeltung in Höhe von 10 544,02 Euro brutto (VI.). Die Ansprüche des Klägers sind nicht gemäß § 8 Arbeitsvertrag verfallen (VII.). (...)

III. Der Kläger besitzt für die Zeit vom 13. 5. 2009 bis 30. 6. 2010 gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Punktprämie in Höhe von 108 000,00 Euro gemäß § 611, §§ 293 ff., § 615 BGB in Verbindung mit § 3 Nr. 2 a und 2 b Arbeitsvertrag.

1. Dem Kläger stand während seiner Tätigkeit als Cheftrainer neben seinem Grundgehalt eine Punktprämie von 1000,00 Euro je Meisterschaftspunkt in der 3. Fußballbundesliga gemäß § 3 Nr. 2 b Arbeitsvertrag und von 2000,00 Euro je Meisterschaftspunkt in der 2. Fußballbundesliga gemäß § 3 Nr. 2 a Arbeitsvertrag zu. Die Lizenzmannschaft des Beklagten erzielte ab dem 13. 5. 2009 in der noch laufenden Drittligasaison 2008/2009 für zwei gewonnene Pflichtspiele sechs Punkte (entspricht 6000,00 Euro Punktprämie), in der Zweitligasaison 2009/2010 bis 30. 6. 2010 insgesamt 51 Punkte (entspricht 102 000,00 Euro Punktprämie). (...)

Insgesamt steht dem Kläger eine Punktprämie von 108 000,00 Euro brutto zu.

2. Dem Anspruch steht nicht entgegen, dass die Meisterschaftspunkte nicht, wie es in § 3 Nr. 2 a und 2 b Arbeitsvertrag bestimmt ist, unter tatsächlicher Mitwirkung des Klägers als Cheftrainer erzielt wurden. Auf eine tatsächliche Tätigkeit des Klägers kam es nicht an, weil der Beklagte sich seit der Freistellung des Klägers in Annahmeverzug befand. Das verpflichtet ihn gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Zahlung der vereinbarten Punktprämie.

(...)

b) Mit der Freistellung des Klägers von seiner Tätigkeit als Cheftrainer befand sich der Beklagte jedoch mit der Annahme dieser Arbeitsleistung in Verzug, ohne dass es eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots des Klägers bedurfte. Zwar kann im ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis anders als nach Ausspruch einer Kündigung regelmäßig nicht angenommen werden, der Arbeitgeber habe eine vorzunehmende Handlung nicht rechtzeitig vorgenommen, so dass § 296 BGB (Entbehrlichkeit des Angebots) keine Anwendung findet. Vielmehr muss der Arbeitnehmer die Arbeit anbieten (vgl. BAG, 25. 4. 2007, 5 AZR 504/06, NZA 2007, 801 [803]; 27. 8. 2008, 5 AZR 16/08, NZA 2008, 1410 [1410]; 18. 11. 2009, 5 AZR 774/08, AP ArbZG § 4 Nr. 2). Zur Begründung des Annahmeverzugs bedarf es aber nicht mal eines wörtlichen Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber erkennen lässt, unter keinen Umständen zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bereit zu sein, wie z. B. bei einer unwiderruflichen Freistellung in der Kündigungserklärung (vgl. BAG, 6. 9. 2006, 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36 [38]).

(...)

c) Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Beklagte für die Zeit des Annahmeverzuges die für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste vereinbarte Vergütung zu zahlen. Dabei sind alle Entgeltbestandteile zu berücksichtigen (vgl. BAG, 18. 9. 2002, 1 AZR 668/01, AP BGB § 615 Nr. 99).

(...)

Eine andere Beurteilung ist nicht gerechtfertigt, weil in § 3 Nr. 2 a und 2 b Arbeitsvertrag ausdrücklich als Voraussetzung vorgesehen ist, dass die Meisterschaftspunkte „unter seiner tatsächlichen Mitwirkung als Cheftrainer" vom Kläger erzielt worden sein müssen. Dies hat nicht zur Folge, dass die Punktprämie automatisch entfällt, sobald der Kläger nicht mehr als Trainer tätig ist. Der Einsatz des Fußballtrainers als Betreuer der Mannschaft sowohl in der

Vorbereitung als auch bei der Absolvierung der Spiele ist vertraglich festgeschrieben (vgl. Busch, a. a. O., S. 220 f.). Daran wird der Trainer bei einer Suspendierung durch den Arbeitgeber gehindert, was schon auf Grund des Rechtsgedankens des § 162 BGB den Anspruch auf diese von einer tatsächlichen Tätigkeit abhängigen Vergütungsbestandteile im Annahmeverzug nicht entfallen lassen kann. Die Mitwirkung als Trainer bei einem prämienpflichtigen Spiel ähnelt zudem dem Erfordernis der Vermittlung des provisionspflichtigen Geschäfts gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB durch den Vertreter. Auch hier lässt der Umstand, dass diese Vermittlungstätigkeit nach einer Freistellung durch den Arbeitgeber tatsächlich nicht mehr stattfindet, beim abhängig beschäftigten Vertreter den Vergütungsanspruch aus Annahmeverzug hinsichtlich des Provisionsanteils nicht entfallen (vgl. LAG Schleswig-Holstein, 10. 1. 2006, 2 Sa 307/05, NZA-RR 2006, 301 [301 f.]). Entsprechendes hat für erfolgsabhängige Prämien, die auf eine tatsächliche Mitwirkung des Arbeitnehmers abstellen, zu gelten.

bb) Für die Höhe des Vergütungsanspruchs gilt wie beim vergleichbaren Fall der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall das Lohnausfallprinzip. Zu zahlen ist die Vergütung welche der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit erzielt hätte (vgl. BAG, 23. 6. 1994, 6 AZR 853/93, NZA 1995, 468 [469 f.]; 18. 9. 2001, 9 AZR 307/00, NZA 2002, 268 [270]). (...)

3. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung der Punktprämie für die Zeit vom 13. 5. 2009 bis 30. 6. 2010 ist nicht durch § 6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag ausgeschlossen. Der in dieser Bestimmung geregelte Wegfall der Punktprämie ab dem Zeitpunkt der Freistellung stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar, die gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam ist.

(...)

ee) Das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird nicht durch § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgeschlossen. Die Regelung zur Freistellung in § 6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag ist nicht zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt worden.

(1) Eine Vertragsbedingung ist „ausgehandelt" im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, wenn der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. (...)

(2) Der Beklagte hat ein Aushandeln der Freistellungsregelung in § 6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag weder erst- noch zweitinstanzlich substanziiert dargelegt. (...)

(...)

d) § 6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag ist eine im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kontrollfähige Allgemeine Geschäftsbedingung, da er eine von § 615 Satz 1 BGB abweichende Regelung zur Höhe der Vergütung bei Annahmeverzug des Arbeitgebers infolge einer Freistellung enthält. Zum Nachteil des Klägers ist darin bestimmt, dass in diesem Fall fortzuzahlende Vergütungsbestandteile vom Beklagten allein aufgrund der von diesem ausgesprochenen Suspendierung nicht mehr gewährt werden. (...)

e) Der in der Klausel vereinbarte Wegfall der Punktprämie für den Fall der Freistellung stellt einen Widerrufsvorbehalt dar, der gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam ist. (...)

bb) Gemäß § 308 Nr. 4 BGB sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vereinbarungen unwirksam, die ein Recht des Verwenders beinhalten, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Die Vorschrift erfasst jeden Änderungsvorbehalt, der sich auf die versprochene Leistung des Verwenders bezieht, unabhängig davon, ob es sich um Haupt- oder Nebenleistungspflichten handelt (HK-ArbR/Boemke/Ulrici, a. a. O., § 308 BGB Rn. 21). Änderungsvorbehalte bezüglich der vom Verwendungsgegner zu erbringenden Leistung werden nicht erfasst (vgl. BAG, 11. 4. 2006, 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149 [1151]; 13. Juni 2006, 5 AZR 564/07, NZA 2007, 974 [976]). (...)

cc) Ob ein Änderungsvorbehalt wirksam ist, ist zwar nach § 308 Nr. 4 BGB als der gegenüber § 307 BGB spezielleren Norm zu beurteilen. Da § 308 Nr. 4 BGB jedoch § 307 BGB konkretisiert, sind auch die Wertungen dieser Norm heranzuziehen. Außerdem sind nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 [467]; 11. 2. 2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 [430]; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 [459]).

(1) Die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts ist nach § 308 Nr. 4 BGB nur dann zumutbar, wenn es für die einseitige Änderung einen sachlichen Grund gibt und dieser sachliche Grund bereits in der Änderungsklausel beschrieben ist. Das Änderungsrecht muss wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sein (vgl. BAG, 12. 1. 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 [467]; 11. 10. 2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 [89]. (...)

(d) Für eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Arbeit auf Abruf hat das Bundesarbeitsgericht die Grenze für eine Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB und der durch diese Norm geregelten Verteilung des Wirtschaftsrisikos durch einseitige Verringerung der vereinbarten Mindestarbeitszeit bei 20% unter Rückgriff auf seine Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten gezogen, was einer Vergütungskürzung von 25% entspricht (vgl. BAG, 7. 12. 2005, 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423 [427 f.]). Bezogen auf den vorliegenden Fall der Freistellung mit gleichzeitiger Vergütungskürzung sind diese im Rahmen des § 307 BGB vorgenommenen Wertungen auch für die Prüfung von § 6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag an § 308 Nr. 4 BGB heranzuziehen. (...)

(aa) Nach § 6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag führt jede Freistellung zum Wegfall der Punktprämie. Damit wird zwar klar und eindeutig ein Grund angegeben, der zum Widerruf führt. Dieser ist aber nicht auf Freistellungen beschränkt, welche einseitig mit einem anerkennenswerten Grund erfolgen. (...)

(3) Im Ergebnis ist § 6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag als Änderungsvorbehalt in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam, weil er auch unter Berücksichtigung der Interessen des Beklagten als Fußballverein und Arbeitgeber für den Kläger als Arbeitnehmer und Trainer unzumutbar ist.

(...)

IV. Der Kläger besitzt gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung des noch offenen Teils der Aufstiegsprämie in Höhe von 4166,67 Euro brutto gemäß § 611 BGB in Verbindung mit § 3 Nr. 3 Arbeitsvertrag.

1. Der Beklagte hat sich auf Grund der vorgenannten arbeitsvertraglichen Regelung verpflichtet, im Falle eines Aufstiegs in die 2. Fußballbundesliga während der Laufzeit des Vertrags eine einmalige Sonderprämie von 50 000,00 Euro zu zahlen. (...)

2. Der Anspruch des Klägers ist nicht durch § 6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag ausgeschlossen, wonach die Aufstiegsprämie im Falle der Freistellung nur zeitanteilig gezahlt wird. Diese Regelung ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. (...)

b) Inhaltlich handelt es sich um einen Widerrufsvorbehalt bezüglich der Zahlungspflicht, der zwar nicht jederzeit ausgeübt werden kann, jedoch stets mit einer Freistel-

lung erfolgt. Dies ist zu weitgehend und unzumutbar im Sinne des § 308 Nr. 4 BGB.

aa) Der in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vorbehaltene Widerruf von Vergütungsbestandteilen darf nicht grundlos erfolgen, zudem muss die Vertragsklausel zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll. (...)

V. Der Kläger besitzt gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für den Entzug der am Dienstwagen eingeräumten Privatnutzungsmöglichkeit während seiner Freistellung vom 13. 5. 2009 bis 30. 6. 2010 gemäß § 611, § 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1, § 251 Abs. 1 BGB in Höhe von 9162,45 Euro brutto.

1. Der Beklagte hat seine Pflicht gemäß § 3 Nr. 4 Arbeitsvertrag, dem Kläger ein Dienstfahrzeug zur Verfügung zu stellen, verletzt, indem er mit der Freistellung die Herausgabe des dem Kläger bis dahin zur Verfügung stehenden Wagens ohne Ersatz durchgesetzt hat.

(...)

3. Die Überlassung eines Dienstfahrzeugs auch zur privaten Nutzung ist durch die Freistellung bis zur Beendigung des Vertrags infolge Zeitablaufs unmöglich geworden. Der Beklagte ist deshalb zwar nach § 275 Abs. 1 BGB von der Leistungspflicht befreit. Die Unmöglichkeit beruht jedoch auf seiner Pflichtverletzung. Sie führt dazu, dass der Beklagte dem Kläger den Schaden zu ersetzen hat, den dieser durch die unterbliebene Überlassung des Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung erlitten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1 BGB). Anhaltspunkte für ein nicht schuldhaftes Verhalten des Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, welches einen Schadensersatzanspruch ausschließen würde, bestehen nicht.

4. Die Schadenshöhe errechnet sich gemäß § 251 Abs. 1 BGB auf der Grundlage der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit als geldwerter Vorteil. (...)

VI. Der Beklagte ist weiter verpflichtet, an den Kläger gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG eine Abgeltung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch offenen Urlaub von 12 Tagen für 2010 in Höhe von 10 544,02 Euro brutto, zu zahlen, Der weitergehend vom Kläger geltend gemachte Anspruch in Höhe von 1640,60 Euro brutto ist dagegen unbegründet.

1. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsvertrag war zwischen den Parteien ein Jahresurlaubsanspruch des Klägers von 24 Werktagen vereinbart. Gemäß § 5 Abs. 1 Buchst. c) BUrlG steht einem Arbeitnehmer nach Erfüllung der halbjährigen Wartezeit des § 4 BUrlG (hier am 9. 8. 2008) je ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses zu, wenn er in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet. (...)

2. Dieser Urlaubsanspruch konnte wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. 6. 2010 nicht mehr gewährt werden, was einen Abgeltungsanspruch des Klägers begründet. Eine Urlaubsgewährung ist entgegen der Ansicht des Beklagten durch die Freistellung ab 13. 5. 2009 nicht erfolgt. (...)

VII. Die erstinstanzlich abgewiesenen Ansprüche des Klägers auf Zahlung der Punktprämie für die Zeit vom 13. 5. 2009 bis 30. 6. 2009 (6000,00 Euro brutto) sowie vom 1. 7. 2009 bis 31. 3. 2010 (76 000,00 Euro brutto), der Differenz zur vereinbarten Aufstiegsprämie (4166,67 Euro brutto) und der Nutzungsentschädigung für den Entzug der Privatnutzung für die Zeit vom 13. 5. 2009 bis 31. 3. 2010 (7126,05 Euro brutto) sind nicht wegen der Versäumung der Ausschlussfristen des § 8 Arbeitsvertrag verfallen. Die Bestimmung ist nicht anwendbar, weil sie als Allgemeine Geschäftsbedingung bzw. als der AGB-Kontrolle unterliegende Einmalbedingung in einem Verbrauchervertrag unwirksam ist.

(...)

2. Bei § 8 Arbeitsvertrag handelt es sich wie bei § 6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. oben B. III. 3. b) der Gründe) bzw. um eine einmalig gestellte Bedingung, die mangels Einflussmöglichkeit des Klägers gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einer AGB-Kontrolle unterliegt (vgl. oben B. III. 3. c) der Gründe). (...)

(...)

6. Die Unwirksamkeit der Ausschlussfrist des § 8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag ergibt sich aus § 202 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 134, § 306 BGB.

a) Gemäß § 202 Abs. 1 BGB kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Die Vorschrift ergänzt den allgemeinen Grundsatz des § 276 Abs. 3 BGB, wonach die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden kann. § 276 Abs. 3 BGB entfaltet erst durch § 202 Abs. 1 BGB volle Wirksamkeit. Das Gesetz bezweckt einen umfassenden Schutz gegen im Voraus vereinbarte Einschränkungen von Haftungsansprüchen aus vorsätzlichen Schädigungen. (...)

b) Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts scheidet eine Nichtigkeit von Ausschlussfristen gemäß § 134, § 202 Abs. 1 BGB trotzdem aus (vgl. BAG, 25. 5. 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 [1112]; 28. 9. 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 [151]). Zunächst liege es nahe, dass die Parteien Ansprüche aus vorsätzlichen Vertragsverstößen und vorsätzlichen unerlaubten Handlungen nicht einbezogen haben. Sollte eine Ausschlussklausel auch diese Ansprüche erfassen, wäre sie insoweit teilnichtig. In diesem Falle bewirke die Ausschlussklausel eine gesetzwidrige Erleichterung der Verjährung allein für die in § 202 Abs. 1 BGB genannten Ansprüche. Nur auf diese rechtlich klar abgegrenzten besonderen Fälle beziehe sich das gesetzliche Verbot. Eine Nichtigkeit komme deshalb nur insoweit in Betracht. Die Ausschlussklausel sei hinsichtlich der Art der erfassten Ansprüche ohne weiteres teilbar. Soweit § 139 BGB eingreife, sei anzunehmen, die Parteien hätten die Ausschlussfrist auch ohne den nichtigen Teil vereinbart. Zur Anwendung komme § 202 Abs. 1 BGB, der Vertrag bleibe im Übrigen wirksam. Angesichts der in § 202 Abs. 1 BGB eindeutig gezogenen Grenze der Unwirksamkeit stelle das keine unzulässige geltungserhaltende Reduktion dar.

c) Dem kann weder allgemein noch im vorliegenden Fall gefolgt werden. Das gilt sowohl für die Bestimmung der Reichweite von Ausschlussfristen als auch die Annahme einer Teilnichtigkeit. Letzteres verstößt gegen § 306 BGB. (...)

(...)

bb) Ausschlussfristen wie die des vorliegenden Falles stehen in Widerspruch zu § 202 Abs. 1 BGB, weil die Haftung für Vorsatz gegenüber den gesetzlichen Verjährungsvorschriften erheblich verkürzt wird. (...)

Bei vorformulierten Ausschlussfristen, die Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind bzw. die bei einmaliger Verwendung mangels Einflussmöglichkeit des Arbeitnehmers der AGB-Kontrolle in dem durch § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB bestimmten Umfang unterliegen, ist § 139 BGB durch § 306 BGB ausgeschlossen. Dieser stellt die gegenüber § 139 BGB speziellere Regelung der Rechtsfolgen einer Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar (vgl. BAG, 12. 3. 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699 [701]; 13. 4. 2010, 9 AZR 36/09, AP BGB § 307 Nr. 45; ErfK/Preis, a. a. O., § 310 BGB Rn.102.

(...)

(3) Eine Teilbarkeit des § 8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag im Sinne der AGB-Kontrolle liegt bei Anwendung der o. g. Grundsätze (vgl. B. VII. 5. a) der Gründe) nicht vor. Die Vertragsbedingung bestimmt, dass die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertrag innerhalb von vier Monaten nach

Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind. Schon sprachlich ist eine Teilbarkeit in Ansprüche, die nicht auf einer Haftung wegen Vorsatzes beruhen, und solchen, die daraus entspringen, nicht möglich. Aber auch inhaltlich ist eine Teilbarkeit nicht vorhanden. Die beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis werden in dieser Klausel – wie gezeigt (vgl. B. VII. 6. c) aa) (1) und (2) der Gründe) – umfassend erfasst. (...)

(4) Gemäß § 306 Abs. 2 BGB richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, wenn eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam ist. Die Unwirksamkeit ergibt sich in der Regel aus der Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist im Sinne des § 306 BGB aber auch dann unwirksam, wenn die Nichtigkeit auf § 134 BGB oder einer anderen gesetzlichen Vorschrift beruht (vgl. BGH, 16. 1. 1992, IX ZR 113/91, NJW 1992, 896 [897]; 3. 5. 1995, XII ZR 29/94, NJW 1995, 2028 [2030]).

(...)

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Kay Jacobsen FA für Arbeitsrecht, Hamburg)

Anmerkung

Selten führen arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen zwischen Trainern oder Spielern einerseits und Vereinen andererseits zu arbeitsrechtlichen Entscheidungen. Umso höher ist die Bedeutung der Entscheidung des LAG Hamm einzuschätzen. Denn diese Entscheidung gibt für die Vertragsgestaltung wichtige Hinweise; gleichzeitig kommt ihr auch erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu, wenn es um die Vergütung eines freigestellten Fußballprofis oder -trainers oder anstehende Vertragsauflösungsverhandlungen geht.

1. Das LAG Hamm ist zutreffend davon ausgegangen, dass Fußballbundesliga-Trainer als Arbeitnehmer und Verbraucher im Sinne des § 13 BGB (BAG, NZA 2005, 1111) zu qualifizieren sind. Ihre arbeitsvertraglichen Vereinbarungen können daher einer Kontrolle nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB unterzogen werden.

Stellt – wie im entschiedenen Fall – der Verein das zu Grunde liegende Vertragsmuster oder verwendet er ein Muster der DFL, scheidet eine Inhaltskontrolle nur in Bezug auf eine „echte" Individualvereinbarung aus. Den selten erfolgreichen Nachweis, dass eine konkrete Bestimmung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt wurde, muss der Verwender führen. Als Verwender gilt gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB grundsätzlich der Verein.

Mit Recht hat daher das LAG Hamm die Freistellungsregelung und auch die Ausschlussklausel einer Inhaltskontrolle unterzogen.

2. Den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Entscheidung bildete die Punktprämie, die das Gericht dem Fußballtrainer in Höhe von € 108 000,00 brutto zusprach.

Das LAG Hamm hat sich in diesem Zusammenhang mit der Vorschrift des § 615 Satz 1 BGB auseinandergesetzt, die im Fall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers die Fortzahlung der vertraglichen Vergütung einschließlich variabler Vergütungsbestandteile vorsieht. Diese Vorschrift kann allerdings vertraglich abbedungen werden. Insoweit meldet das LAG Hamm Bedenken gegen die Möglichkeit einer formularmäßigen Abbedingung des § 615 BGB an, ohne seine Entscheidung darauf im Ergebnis zu stützen. Denn das Gericht hielt jedenfalls eine auf Grundlage der Freistellungsregelung mögliche Vergütungskürzung von mehr als 25% für unzulässig und bezog sich insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Widerrufsvorbehalten (BAG, NZA 2006, 423, 427). Im Zusammenhang damit, dass die Freistellungsregelung auch eine grundlose Freistellung mit der Folge des Verlustes der Punkteprämie belegte, sah das Gericht die gegebene Regelung als zu weitgehend und gemäß § 308 Nr. 4 BGB unzulässig an.

Für die Vertragsgestaltung wirft dies zunächst die Frage auf, ob die Freistellung eines Profitrainers oder -spielers an sachliche, in der Freistellungsklausel genannte Gründe geknüpft werden muss. Vor dem Hintergrund des vertraglich bestehenden Beschäftigungsanspruchs wird man dies im Grundsatz bejahen müssen. Die Beschäftigungspflicht hat jedoch im Bereich des Profi-Fußballs Grenzen. Die Rechtsprechung verneint einen Anspruch auf tatsächliche Teilnahme am Spielbetrieb und gesteht dem Spieler lediglich einen Anspruch auf Teilnahme am Training zu (BAG in AP Nr. 65 zu § 616 BGB; ArbG Solingen, AuR 1996, 198). Im Fall eines Cheftrainers müssen diese Grenzen sogar noch enger gezogen werden. Die Eigenart der Arbeitsleistung (vgl. auch § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG) erfordert einen besonders weiten Gestaltungsspielraum: Ob ein Trainer seine in Abstiegsgefahr geratene Mannschaft noch „erreicht", muss einer Beurteilung aus Sicht des Vereins vorbehalten bleiben. Mit der Eigenart der Arbeitsleistung (Stichworte: Abwechslungsbedürfnis und Verschleißtatbestand) wäre es nicht zu vereinbaren, Sachgründe für eine Freistellung zu fordern, die der uneingeschränkten Überprüfung durch die Arbeitsgerichte zugänglich sind. Passt ein bestimmtes taktisches Konzept nicht zu einer Mannschaft, von der Spitzenplatzierungen erwartet werden, muss ein Verein darauf durch Freistellung reagieren können. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass Trainer wegen der Befristung ihrer Arbeitsverträge gegen eine Beendigung durch ordentliche Kündigung regelmäßig geschützt sind. Hierzu hätte man gern näheren Aufschluss vom Bundesarbeitsgericht erhalten. Die gegen das Urteil des LAG Hamm eingelegte Revision (Az.: 5 AZR 837/11) hat aber zu keiner Entscheidung geführt, weil sich die Parteien mittlerweile verglichen haben.

Auch wenn es somit angeraten ist, die Freistellungstatbestände mit weitreichenden Handlungsmöglichkeiten für den Verein zu regeln, bleibt auf der Stufe der Vergütung die Frage, inwieweit variable Vergütungsbestandteile für die Zeit der (berechtigten) Freistellung gekürzt werden können. Hier sollte man im Hinblick auf die Rechtsprechung zu Widerrufsvorbehalten in der Vertragsgestaltung die nötige Vorsicht walten lassen. Eine Vergütungskürzung von mehr als 25% birgt die Gefahr, einer Inhaltskontrolle nicht standzuhalten. Dem Trainer sollte eine Vergütung verbleiben, die zumindest 75% der monatlichen Gesamtvergütung beträgt. Auch hier hätte man sich eine Äußerung des Bundesarbeitsgerichts gewünscht, zumal das Bundesarbeitsgericht vor der Schuldrechtsreform bei Spitzenverdienern (z. B. Chefärzten, vgl. BAG NZA 1997, 1160) Kürzungen von bis zu 40% für rechtswirksam erachtet hatte.

Da in dem Fall des LAG Hamm der durch die Freistellung betroffene (widerrufliche) Anteil der Gesamtvergütung deutlich über 25% lag, ist der Entscheidung im Hinblick auf die Punkteprämie beizupflichten.

3. Nicht gefolgt werden kann der Entscheidung des LAG Hamm in Bezug auf die angenommene, völlige Unwirksamkeit der Ausschlussklausel. Nach der zu Grunde liegenden Regelung waren Ansprüche „innerhalb von vier Monaten ab Fälligkeit", im Fall der Beendigung „innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses" geltend zu machen. Der zweite Teil der Klausel war nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (BAG, NZA 2006, 783), weil er nicht an die Fälligkeit, sondern ausschließlich an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anknüpfte. Demgegenüber hätte das LAG Hamm jedoch den ersten Teil der Klausel als rechtswirksam erachten können. Das LAG Hamm stellte sich aber entgegen dem Bundesarbeitsgericht (BAG, NZA 2005, 1111 und BAG, NZA 2006, 149) auf den Standpunkt, dass die Klausel eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellt und auch nach § 309 Nr. 7 BGB unwirksam ist. Insbesondere stützte sich das LAG Hamm in diesem Zusammenhang auf die Einschrän-

kung der Verschuldenshaftung für Schäden, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit beruhten. Es folgte damit der vom Bundesarbeitsgericht abweichenden Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH, NJW 2007, 674). In Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hätte das LAG Hamm die erste Stufe der Ausschlussklausel für wirksam erachten müssen (Blue-Pencil-Test, NZA 2008, 1651); die Nichterwähnung von Ansprüchen wegen vorsätzlicher Handlung oder der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit hätte nach Maßgabe der bisherigen Rechtssprechung des Bundesarbeitsgerichts der Wirksamkeit der Klausel jedenfalls nicht entgegen gestanden (BAG, NZA 2005, 1111).

Auch hierzu wäre ein abschließendes Wort vom Bundesarbeitsgericht wünschenswert gewesen. Für die Vertragsgestaltung empfiehlt es sich, Ausschlussfristen von mindestens drei Monaten nach Fälligkeit vorzunehmen und hiervon Schadensersatzansprüche wegen Vorsatzes und Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit auszunehmen.

4. Die Entscheidung des LAG Hamm stößt – mit Ausnahme der Feststellungen zur völligen Unwirksamkeit der Ausschlussfristen – auf Zustimmung. Leider setzt sie sich nicht vertiefend mit der Eigenart der Arbeitsleistung auseinander, die im Fall der Freistellung eines Cheftrainers einen weiten Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers (Vereins) erfordert. Es entspricht der Eigenart der Arbeitsleistung, wenn die Freistellungsmöglichkeit bei der Vertragsgestaltung an vergleichsweise geringe Anforderungen geknüpft wird.

Rechtsanwalt Kay Jacobsen FA für Arbeitsrecht, Hamburg

8. Verbot der Abgabe von Eintrittskarten für ein Fußballspiel

HbgSOG §§ 3 I, 4 I, 10 I

1. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Inanspruchnahme eines Fußballvereins als Nichtstörer i.?S. von § 10 I HbgSOG in Betracht kommt zum Zweck der Abwehr von Störungen der öffentlichen Sicherheit, die anlässlich eines bevorstehenden Fußballspiels (hier: Zweitligapartie FC St. Pauli gegen FC Hansa Rostock) in Form von gewalttätigen Ausschreitungen der Anhänger beider Vereine mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind.

2. Zur Frage, inwieweit in einer solchen Lage das dem gastgebenden Fußballverein auferlegte polizeirechtliche Verbot, an den Gastverein Eintrittskarten für das Spiel abzugeben, zur Abwehr der Gefahr für die öffentliche Sicherheit geeignet sein kann.

OVG Hamburg, Beschl. v. 13. 4. 2012 – 4 Bs 78/12

Sachverhalt

Der Ast. (FC St. Pauli) wandte sich gegen das polizeiliche Verbot der Abgabe von Karten an den beigeladenen Gastverein (FC Hansa Rostock) für ein Fußballspiel am 22. 4. 2012.

Nach den in der Sachakte der Ag. befindlichen Berichten der bei den jeweiligen Spielen eingesetzten Polizei, den Aufzeichnungen so genannter szenekundiger Beamter sowie Verlaufsberichten der Bundespolizei kam es in den vergangenen Jahren anlässlich des Aufeinandertreffens der Mannschaften des Ast. und der Beigel. immer wieder zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen einem Teil der Anhänger dieser Vereine und der Polizei. Diese Personen werden nach einer internen Definition der Polizei der Zuschauerkategorie B zugeordnet, soweit sie als gewaltbereit/-geneigt eingeschätzt werden, oder der Zuschauerkategorie C, wenn die Polizei sie als gewaltsuchender „Fan" führt. Bei diesen Auseinandersetzungen, die zunehmend auch mit Angriffen gegen die unter anderem zur Fantrennung eingesetzten Polizeibeamten einhergingen, wurden in der Vergangenheit eine größere Zahl von eingesetzten Polizeibeamten sowie andere Personen – teilweise schwer – verletzt.

Nachdem die Ag. den Ast. mit Schreiben vom 16. 2. 2012 über das beabsichtigte Kartenabgabeverbot unterrichtet hatte, untersagte sie ihm mit Bescheid vom 1. 3. 2012, Eintrittskarten (Sitz- und Stehplatzkarten) für das bevorstehende Heimspiel an den Beigel. abzugeben. Zugleich ordnete sie die sofortige Vollziehung der Verfügung an.

Den hiergegen gerichteten Eilantrag lehnte das *VG* ab. Die Beschwerde des Ast. hatte keinen Erfolg.

(Die vollständige Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2012, 1975.)

9. Einkünfte eines Fußballspielers bei Werbemaßnahmen der Nationalmannschaft

§§ 15 Abs. 2, 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG, 2 Abs. 1 GewStG

1. Ein Fußball-Nationalspieler, dem der DFB Anteile an den durch die zentrale Vermarktung der Fußball-Nationalmannschaft erwirtschafteten Werbeeinnahmen überlässt, erzielt insoweit Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wenn er mit Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative handelt.

2. Die nach dem DFB-Musterarbeitsvertrag für Spieler der Fußball-Bundesliga geltende arbeitsrechtliche Pflicht zur Teilnahme an Spielen der Nationalmannschaft umfasst nicht die Teilnahme an Werbeleistungen.

BFH, Urt. v. 22. 2. 2012 – Az.: X R 14/10

Sachverhalt

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) war als Lizenzspieler im Sinne des Lizenzspielerstatuts des Deutschen Fußball-Bundes (DFB) für einen Verein (V) der Fußball-Bundesliga tätig. Ferner nahm er an Spielen der deutschen Fußball-Nationalmannschaft teil.

In § 1 des zwischen dem Kläger und V geschlossenen Arbeitsvertrags heißt es unter der Überschrift „Grundlagen des Arbeitsverhältnisses" u. a.:

„(2) Die Satzung und die Ordnungen des DFB ... sind auch aufgrund dieses Vertrages maßgebend für die gesamte fußballsportliche Betätigung.

(3) Der Spieler erkennt sie – insbesondere das DFB-Lizenzspielerstatut (Lst.), die Spielordnung des DFB (SpO), ... – in ihrer jeweils gültigen Fassung ausdrücklich als für ihn verbindlich an und unterwirft sich diesen Bestimmungen."

§ 3 Abs. 1 des Arbeitsvertrags (Persönlichkeitsrechte im Arbeitsverhältnis) lautet: „Der Spieler überträgt dem Verein die Verwertung seiner Persönlichkeitsrechte, soweit sein Arbeitsverhältnis als Lizenzspieler berührt wird und erklärt, diese keinem anderen übertragen zu haben. Dies gilt insbesondere für die vom Verein veranlasste oder gestattete Verbreitung von Bildnissen des Spielers als Mannschafts- oder Einzelaufnahmen in jeder Abbildungsform, besonders auch hinsichtlich der Verbreitung solcher Bildnisse in Form von Spielszenen und/oder ganzer Spiele der Lizenzligamannschaft, um somit durch öffentlich- und/