

# Fortgeschrittenenklausur Arbeitsrecht: „Lasst mich spielen!“\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Götz**, Regensburg\*\*

*In der Klausur wird ein Fußballprofi von seinem Verein wegen eines Fehlverhaltens von der ersten in die zweite Mannschaft versetzt. Zu prüfen ist, ob die Versetzung rechtlich durch Arbeitgeberweisung oder einen durch Drohung mit Kündigung zustande gekommenen Änderungsvertrag zulässig ist. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zum Widerruf von Aufhebungsverträgen und zum Gebot fairen Verhandeln wird berücksichtigt.*

## Sachverhalt

Der 20-jährige Lizenzfußballspieler M hat mit dem SC Regensburg e.V. einen befristeten Vertrag geschlossen. Am 16.7.2020 erscheint er betrunken zum Training der Zweitliga-Profimannschaft des SCR. Als ihn sein Trainer T darauf anspricht und M keine Einsicht zeigt, bezeichnet ihn T als „Suffkopf“. M entgegnet, T sei ein „bescheuerter Trainer-tyrann auf Kreisklasseniveau“ und schießt mit einem Ball in seine Richtung. Weil M aber so betrunken ist, dass er nicht mehr geradeaus schießen kann, trudelt der Ball um einige Meter an T vorbei. T beschwert sich augenblicklich beim Vorstand V des SCR über M.

Noch am Nachmittag sucht V M zuhause auf und konfrontiert ihn mit dem Vorfall. Selbst wenn es im Fußball manchmal etwas ruppiger zugehe, dulde er in seiner Mannschaft das Verhalten des M nicht. M gesteht den Fehler ein und entschuldigt sich sofort aufrichtig dafür. Den Ball habe er T allerdings nur zupassen wollen. Er verspricht, sich künftig besser im Griff zu haben. Bisher sei er noch nie negativ aufgefallen. V hingegen bleibt hart und fordert M auf, ein als „Änderungsvertrag“ überschriebenes Schriftstück zu unterschreiben, sonst werde er ihm fristlos kündigen. Hiernach soll M bis auf Weiteres in der zweiten Mannschaft bei halbem Gehalt von nur noch 10.000 € monatlich spielen. Laut V wäre die Versetzung schon allein von seinem Weisungsrecht gedeckt. Tatsächlich sieht der ursprüngliche Vertrag des M eine solche Abordnung in die zweite Mannschaft nicht vor. Schließlich gibt M – zwar zwischenzeitlich ausgenüchtert, aber von V dennoch völlig überrumpelt – nach und unterschreibt. V selbst unterschreibt nicht.

Als V am 24.7.2020 über das Trainingsgelände spaziert, kommt M auf ihn zu und fordert ihn auf, bald zumindest wieder in der ersten Mannschaft trainieren zu dürfen. Den Änderungsvertrag wolle er nicht gegen sich gelten lassen. Die Versetzung in die zweite Mannschaft gefährde seine noch junge Karriere. Es stünden ihm zudem nicht mehr die glei-

chen medizinischen Versorgungs- und Trainingsmöglichkeiten zur Verfügung.

## Fallfrage

Kann M verlangen, wieder in der ersten Mannschaft zu trainieren und zu spielen?

## Lösung

M kann vom SCR verlangen, wieder in der Profimannschaft eingesetzt zu werden, wenn er einen entsprechenden Beschäftigungsanspruch aus seinem Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 611a Abs. 1, 613, 242 BGB und Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG hat.

## I. Herleitung des Beschäftigungsanspruchs

Als Pflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern nennt § 611a Abs. 2 BGB nur die Vergütungspflicht, nicht jedoch eine Beschäftigungspflicht. Mit der Arbeitsleistung ist jedoch die Verwirklichung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verbunden, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG.<sup>1</sup> Das Leben der Arbeitnehmer ist zu großen Teilen durch ihre Arbeitsleistung geprägt. Das persönliche Selbstwertgefühl und die eigene Selbstachtung bestimmen sich vor allem durch die geleistete Arbeit und das damit Erreichte. Die Arbeit dient dem Arbeitnehmer wesentlich zur Verwirklichung und Entfaltung der eigenen Persönlichkeit. Somit widerspricht es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, wenn der Arbeitgeber zwar das Entgelt zahlt, den Arbeitnehmer aber gleichzeitig nicht vertragsgemäß beschäftigt. Im Rahmen der Auslegung nach Treu und Glauben ist deshalb ein Beschäftigungsanspruch anzuerkennen. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, verstößt er gegen § 242 BGB.<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer kann folglich, soweit zumutbar, von seinem vertraglichen Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 611a Abs. 1, 613, 242 BGB und Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG Beschäftigung verlangen.<sup>3</sup>

## II. Arbeitsverhältnis als Profifußballer

Zwischen M und dem SCR müsste ein wirksamer Arbeitsvertrag bestehen. M und der SCR haben einen wirksamen privatrechtlichen Vertrag geschlossen. Der SCR ist als eingetragener Verein nach § 21 BGB Träger von Rechten und Pflichten und kann als rechtsfähige juristische Person Vertragspartner sein. Als Lizenzspieler ist M in der ersten Mannschaft des SCR beschäftigt. Mit der Teilnahme an Trainings und Spielen erbringt er eine Dienstleistung für den SCR und erhält dafür monatlich ein Entgelt von 20.000 €, § 611 Abs. 2 BGB. Dabei ist er an die Weisungen seines Trainers gebun-

\* Die Klausur wurde im Sommersemester 2019 in abgewandelter Form im Rahmen der Online-Vorlesung Virtuelles Individualarbeitsrecht der Virtuellen Hochschule Bayern als Abschlussklausur an der Universität Regensburg gestellt; Bearbeitungszeit: 120 Minuten.

\*\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Frank Maschmann an der Universität Regensburg.

<sup>1</sup> AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2.

<sup>2</sup> Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 78.

<sup>3</sup> BAG NZA 1985, 702 (703); Unger, Die Freistellung im Profisport am Beispiel des Fußballs, 2019, S. 50 f. m.w.N.

den und in die Arbeitsorganisation des SCR eingebunden. M ist Arbeitnehmer<sup>4</sup> des SCR, § 611a BGB.

### III. Weisungsrecht, § 611a Abs. 1 S. 2–4 BGB i.V.m. § 106 GewO

Die Abordnung in die zweite Mannschaft könnte durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt sein. Nach § 106 S. 1 GewO und § 611a Abs. 1 S. 2 BGB kann der Arbeitgeber die arbeitsvertraglich nicht näher bestimmte Arbeitsleistung durch Weisungen bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit konkretisieren. Grundsätzlich kann der Arbeitgeber damit auch neue Aufgabenbereiche zuweisen. Das Weisungsrecht unterliegt jedoch Grenzen: Zum einen können die Arbeitsbedingungen bereits durch den Vertrag oder durch ein Zeit- und Umstandsmoment konkretisiert sein. Zum anderen muss das Weisungsrecht nach § 106 S. 1 GewO nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Nach dem Arbeitsvertrag ist M als Lizenzspieler in der Profimannschaft des SCR beschäftigt und schuldet damit eine Tätigkeit als Profifußballer in der ersten Mannschaft. Im Gegenzug dazu schuldet der SCR dem M die Möglichkeit zur Teilnahme am Profitraining.<sup>5</sup> Eine Klausel, die die Abordnung zu den Amateuren ermöglicht (Abstellungsklausel),<sup>6</sup> sieht der Vertrag nicht vor. Somit ist die Leistungspflicht bereits arbeitsvertraglich hinreichend konkretisiert, sodass V den M nicht aufgrund seines Weisungsrechts in die zweite Mannschaft abordnen kann.

Die Abordnung ist nicht vom Weisungsrecht des SCR gedeckt.

### IV. Wirksamer Änderungsvertrag

Aus dem Änderungsvertrag könnte sich jedoch eine weitere Möglichkeit ergeben, M in die zweite Mannschaft zu versetzen.

#### 1. Vertragsschluss

M und der SCR müssten wirksam einen Änderungsvertrag geschlossen haben. Dazu sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen – Angebot und Annahme (§§ 145, 147 BGB) – notwendig. In Vertretung (§§ 164 Abs. 1 S. 1, 26 Abs. 1 S. 2 BGB) für den SCR legte V M ein als „Änderungsvertrag“ überschriebenes Schriftstück vor, mit dem einzelne Arbeitsbedingungen geändert werden sollten.

Dies könnte ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrags sein. Die Parteien können aufgrund ihrer Privatautonomie jederzeit einvernehmlich die Vertragsbedingungen ändern, § 105 GewO, § 311 Abs. 1 BGB. Außerdem könnte es als Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder als Änderungskündigung jeweils verbunden mit einem neuen Vertragsangebot zu verstehen sein. Weil in dem Schriftstück nur das Entgelt und die Versetzung geregelt werden, sind nur

einzelne Arbeitsbedingungen betroffen. Abgesehen davon bleiben die Vertragsbedingungen gleich. Die Vereinbarung zielt folglich nicht auf die Auflösung des alten und die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses. Ein Aufhebungsvertrag scheidet damit aus.

Für eine Änderungskündigung als zusammengesetztes Rechtsgeschäft wären zwei Willenserklärungen in Form einer Kündigungserklärung und eines damit zusammenhängenden Änderungsangebots erforderlich, § 2 S. 1 KSchG.<sup>7</sup> V behält sich zu diesem Zeitpunkt die (Beendigungs-)Kündigung noch für den Fall vor, dass M nicht unterschreibt. Er setzt sie als Druckmittel nur in Form einer Drohung ein.<sup>8</sup> Für den objektiven Empfänger (§§ 133, 157 BGB) ist noch kein auf eine Kündigung gerichteter Rechtsbindungswille ersichtlich. V hat folglich die Kündigung noch nicht erklärt. Die Änderungskündigung wäre nach einem abgelehnten oder unter Vorbehalt angenommenen (§ 2 S. 1 Hs. 2 KSchG) Änderungsangebot erst die zweite Eskalationsstufe. Das Angebot hat M mit seiner Unterschrift vorbehaltlos und ausdrücklich bereits am 16.7.2020 angenommen, sodass V die Kündigung gar nicht mehr aussprechen musste. Mit seiner Erklärung am 24.7.2020 konnte M den Vorbehalt auch nicht mehr nachträglich erklären: Er wäre bei der fristlosen Kündigung nach § 2 S. 2 KSchG analog unverzüglich<sup>9</sup> und zusammen<sup>10</sup> mit der Annahme zu erklären.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist M wieder ausgeübert, sodass seine Willenserklärung nicht nach § 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB nichtig ist. Letzten Endes ist ein bloßer Änderungsvertrag anzunehmen.

#### 2. Form

Nach §§ 623 Alt. 2, 125 S. 1 BGB ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur bei eingehaltener Schriftform (§ 126 BGB) möglich. Wegen der fehlenden Unterschrift des V existiert keine einheitliche von beiden Parteien unterschriebene Urkunde,<sup>11</sup> sodass das Schriftformerfordernis verletzt sein könnte. Dieses gilt jedoch für bloße Änderungsverträge nicht, wenn wie hier vertraglich nur einzelne Bedingungen des Arbeitsverhältnisses geändert werden. Ändern die Parteien hingegen den Vertrag im Wesentlichen, kann darin eine Beendigung des alten und der Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses gesehen werden.<sup>12</sup> Eine Schriftformklausel für Änderungen ist nicht ersichtlich. Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist dem Arbeitnehmer nach § 3 NachwG erst nach einem Monat schriftlich mitzuteilen. Mangels Schriftformerfordernis ist der Vertrag nicht formnichtig.

<sup>7</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 417.

<sup>8</sup> Vgl. Hergenröder, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, KSchG § 2 Rn. 27.

<sup>9</sup> Zwei bis fünf Tage, vgl. Hergenröder (Fn. 8), KSchG § 2 Rn. 67.

<sup>10</sup> Hergenröder (Fn. 8), KSchG § 2 Rn. 63.

<sup>11</sup> Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BGB § 623 Rn. 19.

<sup>12</sup> Klumpp, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.1.2021, BGB § 623 Rn. 30; Müller-Glöge (Fn. 11), BGB § 623 Rn. 4.

<sup>4</sup> Zur Arbeitnehmereigenschaft von Berufsfußballern Unger (Fn. 3), S. 36 f. m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. Herrich/Menke/Schulz, SpuRt 2014, 187 (188).

<sup>6</sup> Zur Wirksamkeit von Abstellungsklauseln Brugger, NZA 2019, 1678 (1679 f.); Unger (Fn. 3), S. 58 ff.

3. Wirksame Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

Der Änderungsvertrag könnte nach § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig sein, wenn ihn M wirksam angefochten hat.

a) Anfechtungsgegner und Anfechtungserklärung

Nach § 143 Abs. 1, 2 BGB muss die Anfechtung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt werden. Dies wäre nach § 143 Abs. 2 BGB der andere Vertragsteil, mithin der SCR vertreten durch V. M hat gegenüber V erklärt, er wolle den Änderungsvertrag so nicht gegen sich gelten lassen. Zur wirksamen Erklärung der Anfechtung ist das Wort „anfechten“ oder die Nennung des Anfechtungsgrundes nicht erforderlich, §§ 133, 157 BGB. Es muss nur erkennbar sein, dass sich der Anfechtende wegen eines Willensmangels nicht an seine Erklärung binden lassen will.<sup>13</sup> Folglich ist die Anfechtung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt.

b) Anfechtungsgrund, § 123 Abs. 1 Alt 2 BGB

Als Anfechtungsgrund kommt eine widerrechtliche Drohung in Betracht.

P müsste dazu in Vertretung des SCR M den Eintritt eines künftigen Übels (jeder materielle oder immaterielle Nachteil) in Aussicht gestellt haben, auf das er vorgibt Einfluss zu haben.<sup>14</sup> Nach Aussage des V würde er, wenn M nicht unterschreibe, diesem außerordentlich kündigen. Die Kündigung stellt mit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses für M einen erheblichen Nachteil dar, auf den V auch tatsächlich Einfluss hat.<sup>15</sup> Somit handelt es sich um eine Drohung, aufgrund derer V den Änderungsvertrag unterzeichnet (Kausalität).

Die Drohung müsste zudem widerrechtlich sein. Das ist der Fall, wenn ihr Zweck, das verwendete Mittel oder die Zweck-Mittel-Relation als widerrechtlich anzusehen sind und gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Der Abschluss eines Änderungsvertrages ist als Zweck jedenfalls aufgrund der Privatautonomie zulässig, § 105 GewO, § 311 Abs. 1 BGB. Das Mittel (Ankündigung der außerordentlichen Kündigung) ist dann rechtmäßig, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ernsthaft in Betracht ziehen dürfte.<sup>16</sup> Zu prüfen ist demnach, ob die Kündigung offensichtlich unwirksam ist. Der Arbeitgeber muss dazu unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles zwingend zu dem Schluss kommen können, dass die Kündigung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht rechtmäßig ist.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Busche, in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 143 Rn. 2.

<sup>14</sup> Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 109.

<sup>15</sup> Vgl. Hesse, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Ed. 59, Stand: 1.3.2021, BGB § 620 Rn. 80.

<sup>16</sup> BAG NZA 1996, 1030 (1031); BAG NZA 2007, 866; BAG NZA 2015, 676 (679 Rn. 27); Hesse (Fn. 15), BGB § 620 Rn. 80; Müller-Glöge (Fn. 11), BGB § 620 Rn. 11a.

<sup>17</sup> BAG NZA 2008, 348 (353 Rn. 48).

aa) Kündigungserklärungsfrist

Die Kündigungserklärungsfrist von zwei Wochen nach § 626 Abs. 2 S. 1 BGB dürfte bei Vertragsschluss am 16.7.2020 noch nicht abgelaufen sein. Die Frist begann nach § 626 Abs. 2 S. 2 BGB mit Kenntnis des Kündigungsberechtigten der zur Kündigung berechtigenden Tatsachen nach § 187 Abs. 1 BGB am 17.7.2020 um 0 Uhr und endete nach § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am Donnerstag, 30.7.2020 um 24 Uhr. V und M schlossen den Änderungsvertrag jedoch bereits am Nachmittag des Tages, an dem V vom Verhalten des M erfuhr. Die Erklärung der außerordentlichen Kündigung wäre im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch möglich gewesen.

bb) Kündigungsgrund

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Das Vorliegen des wichtigen Grundes ist aus Gründen der Rechtssicherheit zweistufig zu prüfen.<sup>18</sup>

(1) Abstrakt wichtiger Grund

Auf der ersten Stufe müsste ein abstrakt wichtiger Grund vorliegen, der ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles „an sich“ eine Kündigung rechtfertigen würde. Im Fall des M könnte es sich um einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund handeln. Ein solcher könnte im betrunkenen Erscheinen zum Training, in der Beleidigung seines Trainers T und in dem Schuss in Richtung des T zu sehen sein. M müsste schuldhaft durch ein von ihm beeinflussbares Verhalten eine vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht verletzt haben. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet die Vertragspartner zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils.

(a) Beleidigung

Mit einer groben Beleidigung des Arbeitgebers, seiner Vertreter oder der Arbeitskollegen, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeutet, verletzt der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich. Sie wäre an sich geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.

Allerdings ist dabei das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen. Der Grundrechtsschutz besteht unabhängig davon, ob eine Äußerung rational oder emotional,

<sup>18</sup> BAG NZA 2010, 1227 (1229 Rn. 15 ff.); Niemann, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 15; Stoffels, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Ed. 59, Stand: 1.3.2021, BGB § 626 Rn. 45.

begründet oder grundlos ist, ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird. Eine polemische oder verletzende Formulierung entzieht einer Äußerung noch nicht den Schutz der Meinungsfreiheit. Formalbeleidigungen und Schmähungen sowie bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen umfasst der Schutzbereich der nicht schrankenlos gewährten Meinungsfreiheit allerdings nicht mehr. Vor allem das Recht der persönlichen Ehre beschränkt die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG und muss mit ihm in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden. Dabei ist auch zu beachten, ob es sich bei der Äußerung um eine einmalige, unüberlegte Spontanäußerung handelt. Von einer groben Beleidigung ist auszugehen, wenn es sich um eine besonders schwere, kränkende Ehrverletzung handelt, die bewusst oder gewollt aus gehässigen Motiven erfolgte. Auf die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens kommt es nicht an. Vielmehr ist zu fragen, ob das Vertrauensverhältnis derart geschädigt ist, dass das Arbeitsverhältnis nicht mehr zumutbar fortgesetzt werden kann.<sup>19</sup>

Allerdings bezeichnete M T als einen „bescheuerten Trainertyrann auf Kreisklasseniveau“. Tatsächlich trainiert T aber eine Zweitliga-Profimannschaft. Die Bewertung des T als Trainer auf Kreisklasseniveau stuft folglich seine Kompetenz als Trainer herab. Tatsächlich ist diese Aussage aber besonders von Elementen der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt, sodass es sich nicht um eine unwahre Tatsachenbehauptung, sondern um eine insoweit zulässige Meinungsäußerung handelt. M bringt damit lediglich seine wertende Meinung zum Ausdruck, dass es sich bei T um keinen guten Trainer handelt.

Allerdings bezeichnet M T auch als „bescheuerten Trainertyrann“. Diese Aussage impliziert, T würde die Spieler seiner Mannschaft nicht angemessen behandeln und drückt die Missachtung des M gegenüber der Person des T aus. Die mit dem verwendeten Begriff allgemein verknüpften negativen Eigenschaften sollen offensichtlich mit T in Verbindung gebracht werden und diesen kränken. Damit beabsichtigte M die Herabsetzung der Person und die Diffamierung des T.

Es handelt sich im Ergebnis um eine grobe Ehrverletzung in Form einer von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG nicht geschützten Formalbeleidigung, die an sich geeignet ist, die Kündigung zu rechtfertigen.

#### (b) Versuchte Tätlichkeit

Mit dem Schuss in Richtung des T könnte M versucht haben, diesen in seiner körperlichen Unversehrtheit zu verletzen. Der Versuch der Körperverletzung eines Vorgesetzten wäre an sich geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen.<sup>20</sup> Auf den Eintritt des Körperverletzungserfolgs kommt es nicht an, wenn das Vertrauensverhältnis bereits durch den Versuch derart geschädigt ist, dass ein Festhalten am Vertrag für den

Arbeitgeber nicht mehr zumutbar ist. Hiergegen spricht die geringe Stärke und Zielgenauigkeit des Schusses des M in die Richtung des T, der den Ball nur einige Meter an diesem vorbeitrudeln ließ. Dass M T tatsächlich treffen oder gar verletzen wollte, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil wollte er den Ball T nach eigener Aussage nur zupassen. Angesichts des nur schwachen Schusses des M wäre T wohl nicht ernsthaft verletzt worden. Für eine Verletzungsabsicht des M liegen keine Anhaltspunkte vor. Es liegt innerhalb des allgemeinen Lebensrisikos auf einem Fußballplatz während des Trainings von einem Ball getroffen zu werden. Somit ist mit dem Schuss oder Pass das Vertrauensverhältnis nicht geschädigt. Es handelt sich nicht um einen abstrakt geeigneten Kündigungsgrund.

#### (c) Alkoholkonsum

Ferner erschien M betrunken zum Training. Ein geringer, berufsadäquater Alkoholkonsum ist an sich ohne ausdrückliches Verbot durch den Arbeitgeber noch nicht als erhebliche Pflichtverletzung zu sehen. Allerdings darf der Alkoholkonsum nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer seine Leistung nicht mehr ordnungsgemäß erbringen kann.<sup>21</sup> M ist so betrunken, dass er den Ball nicht mehr gerade schießen oder zumindest passen kann: Der Ball trudelte um einige Meter an T vorbei. Derart betrunken kann er nicht sinnvoll am Training teilnehmen und damit auch nicht seine geschuldete Arbeitsleistung erbringen. Er verletzte damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten, was einen zweiten abstrakten Kündigungsgrund bedeutet.

#### (d) Zwischenergebnis

Ein abstrakter Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB besteht.

#### (2) Konkret wichtiger Grund

Auf der zweiten Stufe müsste das Verhalten des M im Rahmen einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles als konkret wichtiger Grund zu sehen sein.

#### (a) Prognoseprinzip

Folgt aus der konkreten Vertragspflichtverletzung die begründete Annahme, der Arbeitnehmer werde die Vertragsstörung zukünftig trotz Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Form fortsetzen, ist die negative Prognose zu bejahen.<sup>22</sup> Als Indiz können für die Prognose vergangene Vertragsverletzungen herangezogen werden. Mangels vorheriger Auffälligkeiten fällt die Prognose für die Zukunft zugunsten des M aus. Es ist aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit oder anderweitig nicht vorhersehbar, dass sich die Pflichtverletzung wiederholen wird. Tatsächlich entschuldigte sich M sofort aufrichtig bei P für seinen Fehler und versprach, sich künftig besser im Griff zu haben. Es ist dem-

<sup>19</sup> Zu Beleidigungen als Kündigungsgrund jeweils m.w.N.: *Henssler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 626 Rn. 202 ff.; *Stoffels* (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 106 ff.; *Vossen*, in: Ascheid u.a., Großkommentar zum Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 225 ff.

<sup>20</sup> *Stoffels* (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 122a.

<sup>21</sup> *Hergenröder* (Fn. 8), KSchG § 1 Rn. 267; *Stoffels* (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 98; *Vossen* (Fn. 19), KSchG § 1 Rn. 279.

<sup>22</sup> *Stoffels* (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 72.

nach nicht erkennbar, dass M die Vertragsverletzungen fortsetzen will.

*(b) Ultima-ratio-Prinzip*

Dem Arbeitgeber dürfte kein für den Arbeitnehmer milderes Mittel wie z.B. Abmahnung, Versetzung oder ordentliche Kündigung zur Verfügung stehen, das gleich geeignet wäre, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck zu erreichen (ultima ratio).

Die vorübergehende Abordnung in die zweite Mannschaft könnte als milderes Mittel zu sehen sein. Nach § 106 S. 1 GewO und § 611a Abs. 1 S. 2 BGB kann der Arbeitgeber die Arbeitsleistung durch Weisungen konkretisieren. Allerdings ist eine derartige Versetzung wie oben beschrieben nicht mehr vom Weisungsrecht gedeckt. Wegen der Befristung des Arbeitsvertrages mit M ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen und damit auch kein zur Verfügung stehendes milderes Mittel, § 15 Abs. 3 TzBfG.

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist jedoch grundsätzlich erst nach einer vorherigen Abmahnung, die eine vergleichbare Pflichtverletzung rügt, zulässig. Eine solche ist hier nicht gegeben. Auf die Abmahnung kann nur verzichtet werden, wenn es sich um eine besonders schwere, offensichtlich rechtswidrige Pflichtverletzung handelt, bei der der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen darf, der Arbeitgeber würde sie hinnehmen. Ferner ist die Abmahnung entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung des Arbeitnehmers trotz Abmahnung nicht zu erwarten ist.<sup>23</sup> Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der Beleidigung zwar um eine grobe Ehrverletzung. Angesichts der vorangegangenen Provokation durch T, der M seinerseits als „Suffkopf“ beleidigte, ist jedoch die Rechtswidrigkeit der Aussage für M nicht offensichtlich. Er musste nicht davon ausgehen, dass sein Verhalten nicht geduldet werden würde. Insoweit wäre die außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung nicht möglich.

In Bezug auf das betrunkene Erscheinen beim Training ist vor der Kündigung auf jeden Fall zu versuchen, eine Verhaltensänderung durch eine Abmahnung herbeizuführen. Erst wenn sich dann die Pflichtverletzung wiederholt, ist eine Kündigung als letztes wirksames Mittel zulässig.

Die außerordentliche Kündigung ist nicht das mildeste geeignete Mittel.

*(c) Hilfsweise: Interessenabwägung*

Im Übrigen könnte auch die Interessenabwägung zugunsten des M ausfallen: Das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand nach einer umfassenden Interessenabwägung überwiegen. Zugunsten des M ist dabei zu berücksichtigen, dass er sich sofort reuig zeigte und sich bei V für sein Verhalten entschuldigte. Mit seinen 20 Jahren ist M noch recht jung; ein einmaliger Ausrutscher ist ihm eher zu verzeihen als einem erfahreneren Spieler. Hinsichtlich der Beleidigung kommt der Tatsache

besonderes Gewicht zu, dass T M zuerst als „Suffkopf“ bezeichnete. Diese Äußerung stellt ihrerseits eine ehrverletzende Beleidigung des M dar, durch die sich M provozieren ließ. Er reagierte dann seinerseits mit einer spontanen Beleidigung. Eine solche wiegt weit weniger schwer als eine geplante Äußerung.<sup>24</sup> Die Aggression ging also zuerst von T aus, der die Beleidigung des M allein durch dessen betrunkenes Erscheinen nicht rechtfertigen kann. Die Schwere des Vergehens des M wird damit durch das Verhalten des T und zumindest z.T. auch durch die im Fußball nicht ungewöhnliche ruppige Umgangsart entkräftet. Aufgrund der positiven Prognose ist es dem SCR zumutbar, M weiter zu beschäftigen. Somit wäre es unverhältnismäßig, M fristlos zu kündigen und damit seine noch junge Profikarriere zu gefährden. Durch die Kündigung würden womöglich auch andere Vereine vom Fehlverhalten des M erfahren und ihn deshalb nicht in ihre Mannschaft aufnehmen. Das Interesse des M an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überwiegt.

*(d) Zwischenergebnis*

Im Verhalten des M ist kein konkret wichtiger Kündigungsgrund zu sehen.

*(3) Zwischenergebnis*

Es besteht kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB.

*cc) Zwischenergebnis*

Die fristlose Kündigung ist offensichtlich unwirksam. Ein verständiger Arbeitgeber hätte sie aufgrund der zahlreichen für M sprechenden Argumente nicht ernsthaft in Betracht ziehen dürfen. Die Drohung mit der fristlosen Kündigung ist somit als Mittel widerrechtlich. Mit der widerrechtlichen Drohung besteht ein Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

*c) Anfechtungsfrist*

Nach § 124 Abs. 1, Abs. 2 BGB müsste M nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB innerhalb eines Jahres nach Ende der Zwangslage anfechten. Die Anfechtung am 24.7.2020 wahrt diese Frist.

*d) Zwischenergebnis*

M hat den Änderungsvertrag wirksam angefochten; er ist von Anfang an unwirksam, § 142 Abs. 1 BGB.

*4. Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 240 StGB*

Der Änderungsvertrag könnte im Übrigen nach § 134 BGB i.V.m. § 240 StGB nichtig sein, wenn damit gegen ein Verbotsgesetz verstoßen wird. Als Strafgesetz, das sich gegen Inhalt oder Vornahme des Rechtsgeschäfts richtet und dessen rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg verhindern soll, ist § 240 StGB ein Verbotsgesetz.<sup>25</sup> Der Tatbestand ist objektiv und subjektiv erfüllt: V drohte M mit einem empfindlichen Übel (Nötigungshandlung), woraufhin M schließlich den

<sup>23</sup> Niemann (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 29 ff.; Stoffels (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 58a ff.

<sup>24</sup> Vgl. Stoffels (Fn. 18), BGB § 626 Rn. 106.

<sup>25</sup> Armbrüster (Fn. 14), § 134 Rn. 50 ff.

Vertrag unterzeichnete (Nötigungserfolg). Nachdem eine Kündigung offensichtlich unwirksam wäre, wäre die Drohung verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB. Im Ergebnis ist der Änderungsvertrag nach § 134 BGB i.V.m. § 240 StGB nichtig.

#### 5. Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Zudem könnte der Vertragsschluss unter Rückgriff auf die Drohung unvereinbar mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und damit sittenwidrig sein, § 138 Abs. 1 BGB. Für die unzulässige Willensbeeinflussung ist § 123 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB *lex specialis*.<sup>26</sup> Eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB kann sich deshalb nur aus einem anderen – hier aber nicht ersichtlichen – Grund ergeben.

#### 6. Unwirksamkeit nach §§ 305 ff. BGB

Der Änderungsvertrag könnte auch nach §§ 305 ff. BGB unwirksam sein. Nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB finden die §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge Anwendung. Unabhängig davon, ob es sich bei dem Änderungsvertrag um allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt und ob die Vermutung des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB greift, könnte aber die Inhaltskontrolle schon gar nicht eröffnet sein. Dazu müssten von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen getroffen werden, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB. Hingegen werden Vereinbarungen, die unmittelbar die vertraglichen Hauptleistungspflichten betreffen und damit den Vertragsgegenstand regeln, nicht überprüft. Die Hauptleistungspflichten in Form von Arbeitsleistung und Entgelt unterliegen somit nur der Kontrolle nach §§ 134, 138, 242 BGB. Ändern die Parteien folglich die zu erbringende Arbeitsleistung, ist die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB diesbezüglich nicht eröffnet.<sup>27</sup> Nach dem Änderungsvertrag darf der SCR M nunmehr bei verringertem Entgelt in der zweiten Mannschaft einsetzen. Die Änderung betrifft damit die Hauptleistungspflichten des M. Somit ist der Änderungsvertrag nicht nach §§ 307 ff. BGB unwirksam.

#### 7. Erlöschen nach §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312g BGB

Der Änderungsvertrag könnte ferner durch Widerruf des M nach §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312g BGB erloschen sein. Die Parteien schlossen den Änderungsvertrag bei M zuhause und damit außerhalb von Geschäftsräumen i.S.d. § 312b BGB. Als Arbeitnehmer handelt M zu Zwecken, die überwiegend weder seiner gewerblichen noch seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind. Er wäre nach § 13 BGB Verbraucher und der SCR als Arbeitgeber wäre Unternehmer nach § 14 BGB.<sup>28</sup> Es handelt sich um einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB. § 312g BGB bezweckt gerade den Schutz des Verbrauchers davor, außerhalb von Geschäftsräumen oder sogar zuhause im privaten Bereich, zum Ver-

tragsschluss überrumpelt zu werden.<sup>29</sup> Allerdings sind die §§ 312 ff. BGB nach § 312 Abs. 1 BGB nur auf Verbraucherverträge anwendbar, in denen sich der Unternehmer zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet.<sup>30</sup> Das ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 312 Abs. 1 BGB und den Gesetzesmaterialien.<sup>31</sup> In ihrem Änderungsvertrag verspricht gerade M als Verbraucher dem SCR die entgeltliche Arbeitsleistung. Demnach steht M kein Widerrufsrecht nach § 312g BGB zu. Der Änderungsvertrag ist nicht nach §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312g BGB erloschen.

#### 8. Gebot fairen Verhandeln

Der Änderungsvertrag könnte zudem unter Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln geschlossen worden und damit unmittelbar (ohne Rückgriff auf §§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB) unwirksam<sup>32</sup> sein.

Nach dem BAG<sup>33</sup> leitet sich das Gebot fairen Verhandeln für Aufhebungsverträge aus den bei Vertragsverhandlungen zu beachtenden (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB ab.<sup>34</sup> Danach sind die Parteien zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Die Rücksichtnahmepflichten sind jeweils anhand des konkreten Einzelfalles zu bestimmen. Der Arbeitgeber kann so beispielsweise verpflichtet sein, den Arbeitnehmer wahrheitsgemäß über eventuelle Nachteile des Vertrages aufzuklären. So soll das Gebot fairen Verhandeln den Vertragsschluss unter unfairen Verhandlungsbedingungen verhindern, wenn der Arbeitnehmer in seiner Entscheidungsfreiheit durch eine vom Arbeitgeber geschaffene und ausgenutzte Drucksituation eingeschränkt ist. Für den Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln kommt es nicht auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern auf die Verhandlungsbedingungen an. Dabei wird von der Arbeitgeberseite nicht gefordert, künftig beabsichtigte Vertragsverhandlungen frühzeitig anzukündigen oder eine Bedenkzeit zu gewähren. Vielmehr muss die Drucksituation die freie und überlegte Entscheidung über den Vertragsschluss erheblich erschweren oder gar unmöglich machen. So sind besonders unangenehme Rahmenbedingungen als unfair zu bewerten, die den Arbeitnehmer erheblich ablenken oder seine Fluchinstinkte wecken. Missbilligt wird zudem das Ausnutzen eines Überraschungs-

<sup>26</sup> *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 57, Stand: 1.2.2021, § 138 Rn. 5.

<sup>27</sup> *Herrich/Menke/Schulz*, SpuRt 2014, 187 (188).

<sup>28</sup> *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BGB § 611a Rn. 182.

<sup>29</sup> BAG NZA 2019, 688 (691 Rn. 29 ff.); *Fischinger*, NZA 2019, 729 f.

<sup>30</sup> BAG NZA 2019, 688 (690 Rn. 26 ff.); *Müller-Glöge* (Fn. 11), BGB § 620 Rn. 14.

<sup>31</sup> BAG NZA 2019, 688 (692 Rn. 26 ff.); BT-Drs. 17/12637, S. 45 re. Sp.; BT-Drs. 17/13951, S. 72 li. Sp.; *Schwab/Hromek*, JZ 2015, 271 (273).

<sup>32</sup> BAG NZA 2019, 688 (691 Rn. 40 ff.); ausführlich zur Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln automatisch die Unwirksamkeit oder einen Schadensersatzanspruch auf Vertragsaufhebung und Neuabschluss des Arbeitsvertrages zur Folge hat *Fischinger*, NZA 2019, 729 (732 ff.); *Holler*, NJW 2019, 2206 (2209 f.).

<sup>33</sup> BAG NZA 2019, 688 (691 Rn. 31 ff.).

<sup>34</sup> *Fischinger*, NZA 2019, 729 (730); *Holler*, NJW 2019, 2206 (2207).

effektes oder objektiv erkennbarer Schwächen sowie unzureichender Sprachkenntnisse.<sup>35</sup>

Das zu Aufhebungsverträgen entwickelte Gebot fairen Verhandeln lässt sich auf Änderungsverträge übertragen,<sup>36</sup> die wie im Falle des M dessen Leistungspflicht grundlegend verändern, sodass sie als Minus der Aufhebung gleichkommen. Sie können sich ebenso negativ für den Arbeitnehmer auswirken und einen wirtschaftlichen Schaden<sup>37</sup> darstellen: Für M halbiert sich sein Entgeltanspruch und er wird in die zweite Mannschaft versetzt.

Die Notwendigkeit der Lösung des Problems über das schwer bestimmbare Gebot fairen Verhandeln bleibt angesichts der zahlreichen gut ausbalancierten zivilrechtlichen Möglichkeiten der Vertragskontrolle fragwürdig:<sup>38</sup> Die Nichtigkeit ergibt sich hier schon aus § 142 Abs. 1 BGB und § 134 BGB i.V.m. § 240 StGB. Im Fall des M müsste damit nicht auf das Gebot fairen Verhandeln zurückgegriffen werden. Diese Einwände gegen das Gebot fairen Verhandeln außer Acht gelassen, ist der Änderungsvertrag auch hiernach unwirksam: Die Drohung des V schafft wohl für M eine Drucksituation, in der seine Entscheidungsfreiheit erheblich beeinträchtigt ist, was V bewusst dazu ausnutzt, ihn zum Vertragsschluss zu nötigen. V missachtet also das nach § 241 Abs. 2 BGB gebotene Mindestmaß an Fairness.<sup>39</sup>

#### 9. Zwischenergebnis

Im Ergebnis besteht der ursprüngliche Arbeitsvertrag des M als Profispieler in der zweiten Mannschaft fort.

#### V. Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers

Schutzbedürftige Interessen des SCR, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

#### VI. Ergebnis

M hat einen Anspruch gegen den SCR, wieder in der Profimannschaft in der zweiten Liga eingesetzt zu werden, Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 611a Abs. 1, 613, 242 BGB und Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG. Der Anspruch umfasst jedoch nur die Teilnahme am Training; über den Einsatz im Spiel kann der Trainer nach seinem freien Ermessen entscheiden.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> BAG NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).

<sup>36</sup> *Fischinger*, NZA 2019, 729 (734).

<sup>37</sup> Vgl. BAG NZA 2019, 688 (692 Rn. 38).

<sup>38</sup> *Fischinger*, NZA 2019, 729 (730 f.).

<sup>39</sup> BAG NZA 2019, 688 (691 Rn. 34).

<sup>40</sup> BAG NJW 1986, 2904 (2905); *Brugger*, NZA 2019, 1678 (1680); *Fröhlich/Strauf*, NZA Online Aufsatz 2/2011, 1 (5); ausführlich *Unger* (Fn. 3), S. 69 ff.