

Arbeitsunfähigkeit durch Ausübung gefährlicher Sportarten Der Skiunfall des Manuel Neuer vor dem Hintergrund des § 3 EFZG und Grenzen vertraglicher Verbote

Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, Stud. iur. Tim Weingärtner, Mannheim*

Die Autoren untersuchen in diesem Beitrag den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG am Beispiel des beim Skitourengehen verunfallten Fußballprofis Manuel Neuer. Hierbei wird das Merkmal des Verschuldens und die Kategorisierung von „gefährlichen Sportarten“ näher beleuchtet. Sodann gehen sie auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Verbotes der Ausübung von gefährlichen Sportarten ein. Um einen Mehrwert für die juristische Ausbildung zu schaffen und Klausurwissen aufzufrischen, werden zunächst arbeitsrechtliche Grundsätze untersucht; im Anschluss werden die erörterten Ergebnisse auf den Skiunfall des Manuel Neuer angewendet.

I. Einleitung	215
II. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG	215
1. Voraussetzungen	215
2. Insbesondere: Das Merkmal des Verschuldens in § 3 EFZG	217
a) Maßstab	217
b) Zwischenergebnis.....	218
c) Fallgruppen.....	218
aa) Besonders gefährliche Sportarten	219
bb) Selbstüberschätzung	220
cc) Verstoß gegen anerkannte Regeln des Sports	221
dd) Zwischenergebnis	221
3. Besonderheiten bei Erkrankung im Urlaub	222
III. Ausblick: Vertragliches Verbot der Ausübung von gefährlichen Sportarten im Profifußball	222
1. Das Verbot der Ausübung gefährlicher Sportarten im Profifußball.....	222
2. AGB-Kontrolle	223
a) Zum Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen	223
b) Inhaltskontrolle	224
3. Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB	226

* Nico Halkenhäuser ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Friedemann Kainer), Universität Mannheim. Tim Weingärtner ist Studierender und Stud. Hilfskraft ebenda.

4. Rechtsfolgen eines wirksamen Klauselverbotes	226
---	-----

IV. Schluss	226
--------------------------	------------

I. Einleitung

Manuel Neuer, Stammtorhüter und Kapitän des FC Bayern München und der Fußballnationalmannschaft, ist Anfang Dezember 2022 beim Skitourengehen¹ am Roßkopf in Bayern gestürzt und brach sich dabei einen Unterschenkel.² Er wird dadurch voraussichtlich den Rest der Saison verpassen. *Neuer* befand sich zu dieser Zeit im Erholungsurlaub und soll mit Begleitern eine Piste befahren haben, die „schneearm, vereist und zudem buckelig“ gewesen sei.³ Ob das, wie *Lothar Matthäus* findet, „schon fahrlässig“⁴ war, wird sich wohl nicht klären lassen. Für einen Moment wird man bei den Verantwortlichen aber sicher darüber nachgedacht haben, ob das rechtliche Konsequenzen, etwa für den Lohnzahlungsanspruch, nach sich ziehen könnte,⁵ oder noch viel besser: ob man das Ausüben solcher „gefährlicher Sportarten“ direkt vertraglich verbieten kann.

Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, Grundlagen über krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG aufzufrischen und die altbekannte Frage zu erneuern, unter welchen Umständen eine sportbedingte Verletzung den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber suspendieren kann. Dabei soll stets zunächst auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundlagen und im Anschluss auf die Besonderheiten für den Bereich des Profifußballs, am Beispiel von *Manuel Neuer*, eingegangen werden. Im zweiten Teil widmet sich der Beitrag der Frage, inwieweit Fußballvereine von den gesetzlichen Regelungen durch Vertragsgestaltung abweichen können.

II. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG

Arbeitnehmern steht im Krankheitsfall ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG zu. Es ist zwar umstritten, ob dieser aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG unmittelbar folgt⁶ oder es sich um eine Modifikation des vertraglichen Anspruchs mit der Folge einer Durchbrechung des § 326 Abs. 1 BGB handelt (Anspruchsgrundlage wäre demnach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag)⁷. Im Ergebnis spielt dieser Streit aber keine Rolle.⁸

1. Voraussetzungen

Voraussetzungen hierfür gibt es in persönlicher und sachlicher Hinsicht. So muss der Anspruchsteller zunächst Arbeitnehmer sein und die in § 3 Abs. 3 EFZG angeordnete Wartezeit im Betrieb verbracht

¹ Skitourengehen ist eine besondere Form des Wintersports auf Skiern, bei der der Sportler abseits „offizieller“ Skipisten zunächst den Berg mit Skiern besteigt und dann herunterfährt, <https://www.kompass.de/magazin/ratgeber/was-ist-eigentlich-skitourengehen/> (4.3.2023).

² <https://www.br.de/nachrichten/sport/fc-bayern-neuer-faellt-fuer-rest-der-saison-aus,TPbbnZU> (4.3.2023).

³ <https://www.br.de/nachrichten/sport/ski-unfall-manuel-neuer-musste-mit-helikopter-gerettet-werden,TPmjIMP> (4.3.2023).

⁴ <https://www.br.de/nachrichten/sport/schon-fahrlaessig-matthaeus-uebt-kritik-an-neuers-ski-tour,TPpG4eG> (4.3.2023).

⁵ Vgl. etwa <https://www.br.de/nachrichten/sport/jurist-profisportler-wie-neuer-ist-normaler-arbeitnehmer,TPimjxt> (4.3.2023).

⁶ So *Oetker*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2022, EFZG § 3 Rn. 194.

⁷ So *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 3; *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 45.

⁸ *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 511.

haben. Ferner muss der Arbeitnehmer arbeitsunfähig „infolge Krankheit“ sein. Der Arbeitnehmer muss außerstande sein, seine Arbeit zu verrichten; es genügt aber auch, dass er der Arbeit nur unter der Gefahr eines Krankheitsrückfalls nachgehen könnte.⁹ Diese Unmöglichkeit muss monokausal auf eine Krankheit, d.h. einen regelwidrigen Körper- bzw. Geisteszustand¹⁰, zurückzuführen sein.¹¹ Zu beachten sind Einreden aus § 7 EFZG, die sich (als dilatorische Einrede) auf die Anzeige- und Nachweispflicht des § 5 EFZG respektive (als peremptorische Einrede) auf die Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers beim gesetzlichen Forderungsübergang nach § 6 EFZG beziehen.¹²

Ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht auch, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einem ausschließlichen Verschulden eines Dritten beruht (wenn der Arbeitnehmer beispielsweise angefahren wurde).¹³ § 6 Abs. 1 EFZG weist dem Arbeitgeber in diesem Fall aber über eine Legalzession des Anspruchs des Arbeitnehmers Ersatz zu.¹⁴

Hat hingegen der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit verschuldet, besteht der Entgeltfortzahlungsanspruch bereits aus § 326 Abs. 2 S. 1 BGB.¹⁵ Dafür kommt es darauf an, ob der Gläubiger der Arbeitsleistung (also der Arbeitgeber) die Unmöglichkeit der Leistungserbringung „allein oder weit überwiegend“ verursacht hat. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Arbeitgeber ein nicht den Normen der Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV) entsprechendes, sicheres Arbeitsumfeld geschaffen hat und der Arbeitnehmer sich deshalb verletzt oder verletzt wird. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB sollte in einer Klausur daher vor § 3 EFZG geprüft werden.

Der Anspruch besteht nach § 3 EFZG Abs. 1 S. 1 a.E. nur bis zur Dauer von sechs Wochen. Sind Arbeitnehmer danach weiter arbeitsunfähig, wird der Arbeitgeber von seiner Leistungspflicht frei (es gilt dann insoweit wieder die allgemeine Regel: „Kein Lohn ohne Arbeit“). Arbeitnehmer „fallen“ dann in das Krankengeld gem. § 44 SGB V. Dabei handelt es sich um eine Entgeltersatzleistung der Krankenkasse, die 70 % des regelmäßigen Brutto-Gehalts bis max. 90 % des Netto-Gehalts zahlt, § 47 Abs. 1 S. 1, S. 2 SGB V. Auch dieser Anspruch ist aber zeitlich begrenzt, § 48 Abs. 1 S. 1 SGB V.

All das gilt freilich nur, soweit die Arbeitsunfähigkeit auf derselben Krankheit beruht. Erkrankt der Arbeitnehmer an einer anderen Erkrankung, die nicht auf demselben Grundleiden beruht, beginnt die Ausschlussfrist neu.¹⁶ Unbefristet wird hingegen der Anspruch aus § 326 Abs. 2 S. 1 BGB gewährt.¹⁷ Hat der Arbeitgeber also „allein oder weit überwiegend“ die Arbeitsunfähigkeit verursacht, gilt die Ausschlussfrist des § 3 Abs. 1 S. 1 a.E. EFZG nicht.

Manuel Neuer ist als Angestellter des FC Bayern München Arbeitnehmer des Vereins. Profifußballer erbringen eine unselbstständige Leistung gegen Entgelt und unterliegen dabei den Weisungen des Vereins, insbesondere des Trainers und der Vereinsführung.¹⁸ Damit kommen sie auch in den Genuss des EFZG und des Krankengeldes.

Beim Krankengeld gibt es übrigens Höchstsätze, die sich aus § 47 Abs. 6 SGB V i.V.m. der Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung¹⁹ ergeben: *Manuel Neuer* bekommt

⁹ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2022, § 5 Rn. 279.

¹⁰ St. Rspr., vgl. BSGE 100, 119 = NZS 2009, 95; BSG NJW 2011, 1899 (1900 oben).

¹¹ Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 517 ff.

¹² Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 530.

¹³ Ricken, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 36.

¹⁴ Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 528 ff.

¹⁵ Ricken, in: BeckOK zum Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 36; Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 24.

¹⁶ Dazu Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 535 ff.

¹⁷ Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 38.

¹⁸ Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 3 Rn. 13.

¹⁹ BGBl. I 2022, S. 2128.

daher nicht etwa einige Millionen im Monat von der Krankenkasse überwiesen,²⁰ sondern höchstens 116,38 € pro Tag.²¹ Und so kann es auch bei gut situierten Menschen zu einem Problem werden, wenn das Einkommen ausfällt, die Fixkosten aber gleichbleiben. Profifußballer und „normale Menschen“ schließen daher häufig private Ausfallversicherungen ab.²²

2. Insbesondere: Das Merkmal des Verschuldens in § 3 EFZG

Die für diesen Beitrag entscheidende Voraussetzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs aus § 3 EFZG ist, dass den Arbeitnehmer an seiner Arbeitsunfähigkeit kein Verschulden treffen darf. Gemeint ist dabei kein technisches Verschulden i.S.d. § 276 BGB, sondern ein „Verschulden gegen sich selbst“.²³ Erforderlich ist dafür nach der Rechtsprechung des BAG, dass der Arbeitnehmer „in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt.“²⁴ In der arbeitsrechtlichen Klausur ist das Verschulden stets als eigenes Tatbestandsmerkmal (ggf.) positiv festzustellen.

Während das BAG in früheren Entscheidungen dieser Definition noch beifügte, dass es unbillig sein müsse, den Arbeitgeber mit der Lohnfortzahlungsverpflichtung zu belasten, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit selbst verursacht habe,²⁵ wird diese Ergänzung heute explizit nicht (mehr) als Tatbestandsmerkmal des § 3 EFZG angesehen.²⁶

a) Maßstab

Abzugrenzen ist das Verschulden gegen sich selbst zunächst von § 277 BGB. Nach dieser besonderen Verschuldensmodifikation, die etwa bei Schenkung und Leihe Anwendung findet (§§ 521, 599 BGB), hat der Schädiger nur die „eigenübliche Sorgfalt“ (*diligentia quam in suis*) zu vertreten, es kommt mithin auf seine individuelle Sorgfältigkeit an.²⁷ Ist jemand generell „tollpatschig“, mag dies zu einem Haftungsausschluss gegenüber dem Geschädigten führen.

Anders liegt es hingegen bei § 3 EFZG. Hier ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der auf einen durchschnittlichen („verständigen“) Menschen abstellt und darauf, wie dieser sich zu seinem eigenen Schutze in einer bestimmten Situation verhalten hätte.²⁸ Das Verschulden gegen sich selbst i.S.d. § 3 EFZG ist strukturell vergleichbar etwa mit dem Mitverschulden in § 254 Abs. 1 BGB.²⁹ Beiden wohnt der Grundgedanke der Billigkeit so verstanden inne, dass es in Anbetracht eines Mitverursa-

²⁰ Sein Gehalt soll bei über 20 Millionen Euro im Jahr liegen, <https://fcbinside.de/2022/05/24/bericht-neuer-erhaelt-gehaltserhoehung-im-rahmen-seiner-verlaengerung/> (4.3.2023).

²¹ <https://www.aok.de/pk/leistungen/arbeitsunfaehigkeit/krankengeld/> (4.3.2023).

²² Vgl. eingehend zur sozialen Absicherung von Sportlern, *Burmann/Jahnke*, NZS 2017, 52; vgl. ferner <https://www.90min.de/posts/beispiel-neuer-das-kosten-versicherungen-fur-fussballer-fc-bayern-bundesliga?fbclid=IwAR2wbl1fZyk-8oCrDfyUoPLEwYQEatDlqhOSQI8oCMLkW1UKg5oZYb6PCbw> (4.3.2023).

²³ *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 526; allerdings gab es lange Streit über die richtige Auslegung des Verschuldensbegriffs. Die Ansätze reichten etwa von einer Anwendung des § 276 BGB über die Differenzierung nach „Gefahrengeeignetheitsgraden“ oder die Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Es hat lange gedauert, bis sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass der Lohnfortzahlungsanspruch nicht von einem Verschulden gegenüber dem Arbeitgeber, sondern einer Sorgfaltsobliegenheitsverletzung gegenüber sich selbst abhängt, vgl. umfassend zum historischen Streitstand *Künzl*, BB 1989, 62 (63 ff.).

²⁴ St. Rspr., BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14).

²⁵ So noch BAG NJW 1983, 2659 (2660).

²⁶ BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15).

²⁷ *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 277 Rn. 1 ff.

²⁸ BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14).

²⁹ *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 3.

chungsbeitrags des Gläubigers Grenzen dessen gibt, was der Schuldner angemessener Weise leisten muss.³⁰ Dabei gibt es aber keine Rechtspflicht zum Schutz der eigenen Interessen³¹ – weder § 254 Abs. 1 BGB noch § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG würden daher den Anspruch des Gläubigers schon deshalb ausschließen, weil einer gefahrgeneigten Tätigkeit nachgegangen wurde oder etwas „unvernünftig“ erscheint.

§ 3 EFZG wohnt nach Auffassung des BAG auch eine gesetzlich angeordnete Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Krankenkasse inne.³² Hiernach beteiligt sich der Arbeitgeber insoweit an den Kosten des Allgemeinwohls, als er die Krankenkassen für einen Zeitraum von sechs Wochen von der Zahlung von Krankengeld freihält.³³ Dabei handelt es sich im Kern um die rechtspolitische Entscheidung, welche Kosten Arbeitgebern durch den Ausfall von Arbeitskraft entstehen. Man kann darin die unterstützungswürdige Intention erkennen, Anreize für Arbeitgeber zur Schaffung besserer (im Sinne von: nicht krank machender) Arbeitsbedingungen zu setzen.

Diese Wertung spielt auch dann eine Rolle, wenn abzuwägen ist, was dem Arbeitnehmer als Verschulden anzulasten ist. Neben dem Arbeitnehmer, der statt seines Gehalts nur Krankengeld erhält, entstehen dann auch für die Krankenkassen und folglich für den Beitragszahler Kosten.³⁴

b) Zwischenergebnis

Erforderlich für ein anspruchsausschließendes Verschulden i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ist nach alledem ein grober Verstoß gegen das Eigeninteresse eines verständigen Menschen; das Verhalten muss sich als besonders leichtfertig oder gar vorsätzlich erweisen.³⁵ Als leitendes Merkmal (aber nicht selbstständige Voraussetzung) lässt sich dabei der Frage nachgehen, was dem Arbeitgeber billigerweise zugemutet werden kann. Dabei ist aber zugunsten des Arbeitnehmers in Betracht zu nehmen, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch keine Wohltätigkeit des Arbeitgebers, sondern einerseits verpflichtender Beitrag zum Gemeinwohl und andererseits Ausgleich dafür ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft langfristig dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.

c) Fallgruppen

Weil sich die Subsumtion unter die Frage, was ein „besonders leichtfertiges“ Verhalten ist, trotz der Wertungsanreicherung in den meisten Fällen weiterhin schwierig gestaltet, hat die Rechtsprechung typisierende Fallgruppen gebildet.

Für diesen Beitrag entscheidend ist die Fallgruppe der Sportverletzungen.³⁶ Hier ist zunächst noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass § 3 EFZG auch der Gedanke der Risikoverteilung zwischen Arbeitgebern und Krankenkassen innewohnt. Für die Krankenkassen und damit das Gemeinwohl ist

³⁰ Für § 254 BGB, BGH NJW 1997, 2234 (2235 a.E.); für § 3 EFZG ist die Billigkeit zwar ausdrücklich kein Tatbestandsmerkmal, die Norm trägt den Gedanken aber gleichwohl in sich. Die Korrektur der älteren Rspr. in BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15) erfolgte auf Grund einer gedanklichen Anreicherung um den Aspekt des Gemeinwohls, der in § 3 EFZG angelegt ist. Das Urteil betont vielmehr den „Gedanken“ der Billigkeit. *Ricken*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 34, bezeichnet die Korrektur daher richtigerweise als „begriffliche Klarstellung“.

³¹ Vgl. *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 3.

³² BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16 = BeckRS 2016, 110297 Rn. 37.

³³ BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15).

³⁴ Vgl. BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15).

³⁵ BAG NZA 2017, 240 (242 Rn. 36); BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14); *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 36; *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 23.

³⁶ Eingehend *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 26 ff.

sportliche Betätigung der Bevölkerung äußerst erstrebenswert. Sport zu treiben ist, trotz eines gewissen immanenten Verletzungsrisikos,³⁷ gesund und verhindert zahlreiche Erkrankungen, die sowohl Arbeitgeber als auch Krankenkassen signifikant höhere Kosten verursachen würden.³⁸ Es kann daher nicht prinzipiell zum Nachteil des Arbeitnehmers gereichen, dass er (auch intensiv) Sport treibt.³⁹

Das BAG hat im Wesentlichen drei Fallgruppen herausgebildet, in denen diese Prämisse nicht gilt: Es liege ein Verschulden vor, wenn a) einer „besonders gefährlichen Sportart“ nachgegangen wird (siehe unten a)), die sportliche Betätigung die individuellen Fähigkeiten und Kräfte des Arbeitnehmers deutlich übersteigt (siehe unten b)) oder der Arbeitnehmer gegen anerkannte Regeln der jeweiligen Sportart verstößt (siehe unten c)).⁴⁰

aa) Besonders gefährliche Sportarten

Die erste angesprochene Kategorie, die „besonders gefährlichen Sportarten“, ist zugleich die umstrittenste, um nicht zu sagen: überflüssigste. Das BAG vermochte es nämlich bis heute nicht, überhaupt eine solche Sportart zu markieren.⁴¹ Selbst das Drachenfliegen⁴² soll keine sein.⁴³ In der Instanzgerichtsbarkeit wurde zwar etwa Kickboxen⁴⁴ als solche angesehen. Andere Instanzgerichte lehnen aber bereits die Figur der besonders gefährlichen Sportarten ab.⁴⁵

Eine besonders gefährliche Sportart sei jedenfalls dadurch zu charakterisieren, dass das ihr immanente Verletzungsrisiko so groß sei, dass auch ein gut ausgebildeter Sportler unter Beachtung sämtlicher (Sicherheits-)Regeln des Sports dieses Risiko nicht abwenden könne,⁴⁶ sich also „unbeherrschbaren Gefahren“⁴⁷ aussetze. So gesehen sei schon die Aufnahme einer Tätigkeit, die mit solchen Risiken einhergeht, „leichtsinnig und unvernünftig und damit schuldhaft im Sinne der Lohnfortzahlungsbestimmungen“⁴⁸.

Jedenfalls mit dem heutigen Verständnis muss aber betont werden, dass Leichtsinns und Unvernunft für sich betrachtet gar nicht dazu geeignet sind, einen Verschuldensvorwurf i.S.d. § 3 EFZG zu begründen. Erforderlich ist schließlich ein *besonders leichtfertiges* Verhalten.⁴⁹ Und es ist kein trag-

³⁷ Zur Verletzungsstatistik vgl. den Gesundheitsbericht „Sportunfälle“ des Landes Nordrhein-Westfalen, 2004, S. 5, abrufbar unter https://www.lzg.nrw.de/_php/login/dl.php?u=/_media/pdf/service/Pub/gesundheitsindikatoren/sportunfaelle.pdf (4.3.2023).

³⁸ Henke/Luig/Schulz, Sportunfälle im Vereinssport in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2014, 628 (629), abrufbar unter https://www.researchgate.net/publication/262637631_Sportunfaelle_im_Vereinssport_in_Deutschland_Aspekte_der_Epidemiologie_und_Pravention#pfa (4.3.2023).

³⁹ Vgl. schon BAG NJW 1958, 1204 (1205).

⁴⁰ BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 17 (juris) = BAGE 36, 371 (373) = NJW 1982, 1014 (1014); Vogelsang, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022, EFZG § 3 Rn. 60; Ricken, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 46 f.; Otto/Bieder, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, 2. Teil Rn. 558.

⁴¹ Greiner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60.

⁴² Gemeint ist hier nicht das Steigenlassen eines „Drachen“, sondern die Sportart, bei der Menschen sich in ein flugfähiges Gestell spannen und bspw. von Berggipfeln losfliegen, vgl. die Informationen des Deutschen Gleitschirm- und Drachenflugverband e.V., <https://www.dhv.de/fliegenlernen/drachenfliegen/> (4.3.2023).

⁴³ BAGE 36, 371 = NJW 1982, 1014 (Ls. 1).

⁴⁴ ArbG Hagen, Urt. v. 15.9.1989 – 4 Ca 648/87 = NZA 1990, 311.

⁴⁵ Etwa LAG Saarland, Urt. v. 9.7.1975 – 2 Sa 15/75ArbG = BeckRS 1975, 31132178; kritisch auch LAG München, Urt. v. 20.2.1979 – 3 (4) Sa 1065/77 = BB 1979, 1453.

⁴⁶ ArbG Hagen (Westfalen), Urt. v. 15.9.1989 – 4 Ca 648/87, Rn. 56 (juris).

⁴⁷ BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 12 (juris) = BAGE 36, 371 (374) = NJW 1982, 1014 (1014).

⁴⁸ BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 12 (juris) = BAGE 36, 371 (374) = NJW 1982, 1014 (1014).

⁴⁹ BAG NZA 2017, 240 (242 Rn. 36); BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14); Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 36; Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 23.

fähiges Argument, dass die Aufnahme einer bestimmten Sportart die „bewusste und gewollte Überschreitung des allgemeinen Lebensrisikos“⁵⁰ sei und dies den Verschuldensvorwurf begründe.⁵¹ Es ist schon gar nicht klar, welche Tätigkeiten vom „allgemeinen Lebensrisiko“ erfasst sind. Die tödlichste „Sportart“ in Deutschland ist schließlich die Betätigung im Haushalt; Sportunfälle sind dagegen völlig unwesentlich.⁵² Auch dogmatisch kann dieses Argument nicht verfangen, denn mit einer solchen Begründung eröffnete man eine Gefährdungshaftung.⁵³ Es käme dann nämlich nicht mehr darauf an, ob der Sportler in der konkreten Situation etwas falsch gemacht hat, sondern allein darauf, dass er überhaupt dem Sport nachgegangen ist. Gefährdungshaftungen, etwa § 7 Abs. 1 StVG, § 32 GenTG oder §§ 25, 26 AtG knüpfen nicht an ein individuelles Verschulden, sondern die abstrakte Gefährlichkeit einer bestimmten Verhaltensweise an und folgen dem Gedanken der „Gefahrenschaffung und -beherrschung“⁵⁴. Bei § 3 EFZG geht es aber, wie gezeigt, um die Prüfung einer individuellen Sorgfaltsverletzung, also um ein subjektives Zurückbleiben hinter den objektiven Anforderungen, die man von einer Person zu ihrem eigenen Schutz erwarten kann. Ebenfalls würde die Annahme dazu führen, dass der Arbeitgeber seine Freizeitgestaltung nach einem unbestimmten Rechtsbegriff ausrichten müsste, was mit der besonderen Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers nicht zu vereinbaren ist.⁵⁵ Das Konzept der „besonders gefährlichen Sportart“ ist daher abzulehnen.⁵⁶

bb) Selbstüberschätzung

Ein Verschulden gegen sich selbst soll auch vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer sportlich in einer Weise betätigt, die seine Kräfte und Fähigkeiten deutlich übersteigt. Verlangt wird, dass der Sport die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers erheblich übersteigt und ihm dies bewusst sein müsste.⁵⁷ Anhaltspunkte dafür können sein, dass der Arbeitnehmer schon in der Vergangenheit bei diesem Sport Verletzungen erlitten hat oder bei „übertrieben häufiger“ sportlicher Betätigung.⁵⁸ Für die Beurteilung, ob es sich um eine Tätigkeit handelt, die die individuellen Kräfte und Fähigkeiten deutlich übersteigt, kommt es beispielsweise darauf an, wie lange und häufig der Arbeitnehmer diesem Sport schon nachgegangen ist und welche körperliche Konstitution er aufweist.⁵⁹ Einem Ski-Anfänger wird man es deshalb u.U. als selbstverschuldet auslegen können, wenn er direkt die schwarze Piste fährt und dabei verletzt wird.⁶⁰

⁵⁰ Künzl, BB 1989, 62 (65 a.E.)

⁵¹ So aber Gerauer, NZA 1994, 496.

⁵² Statistisches Bundesamt, Sterbefälle nach Unfallkategorien 2021, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Todesursachen/Tabellen/sterbefaelle-unfaelle.html> (4.3.2023).

⁵³ Houben, SpuRt 2000, 185 (188).

⁵⁴ Houben, SpuRt 2000, 185 (188).

⁵⁵ Greiner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60.

⁵⁶ Kritisch auch Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2022, § 5 Rn. 282 a.E., der folgerichtig nurmehr von „älteren Urteilen“ spricht und diese Fallgruppe nicht mehr zählen lässt; vgl. ferner Greiner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60; Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 26; generell für nur individuelle Betrachtungen auch Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 40 und Vogelsang, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022, EFZG § 3 Rn. 61.

⁵⁷ BAG NJW 1958, 1204 (1205).

⁵⁸ Glaser, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 24 Rn. 44 a.E.

⁵⁹ Vgl. LAG Saarland NZA-RR 2003, 568 (569).

⁶⁰ Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 26; im „Drachenflug-Fall“ hat das BAG etwa betont, dass der Sportflieger ein „durchtrainierter Sportler und besonders qualifizierter Drachenflieger“ sei, BAG, Ur. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 27 (juris) = BAG NJW 1982, 1014 (1015).

In die Beurteilung einzubeziehen sind demgemäß etwa Alter, Trainingsstand, allgemeiner Gesundheitszustand, Ausdauer, Geschicklichkeit und sportliche Veranlagung.⁶¹ Waren eines oder mehrere dieser konstitutionellen Merkmale offensichtlich ungeeignet, der konkreten Betätigung nachzugehen und musste der Arbeitnehmer dies erkennen, handelte er schuldhaft i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG.

cc) Verstoß gegen anerkannte Regeln des Sports

Endlich soll es sich um eine selbstverschuldete Krankheit handeln, wenn der Arbeitnehmer bei der sportlichen Betätigung gegen anerkannte Regeln des jeweiligen Sports verstoßen hat. Erforderlich ist aber auch hier nicht bloße Fahrlässigkeit, sondern ein leichtsinniger Verstoß in „besonders grober Weise“⁶². Für das Drachenfliegen hat das BAG etwa als Regeln identifiziert, dass ein serienmäßig gebauter und überprüfter Drache und nur an besonders dafür zugelassenen Hängen verwendet werde, der Flugkörper geprüft und gesichert sei, „besonders riskantes Fliegen“ unterlassen und die Windrichtung und -stärke berücksichtigt werde.⁶³ Anknüpfungspunkt kann auch sein, dass der Sport auf einer offensichtlich ungeeigneten, weil verkehrsunsicheren Anlage, betrieben wird.⁶⁴

Letzteres Indiz könnte im Fall von *Manuel Neuer* zu diskutieren sein. Nach den Ausführungen der zuständigen Bergwacht Schliersee, die ihn nach seinem Sturz geborgen und mit dem Helikopter ins Krankenhaus geflogen hat, sei die Piste wegen ausgebliebenen Neuschnees vereist und daher „bockhart“ gewesen.⁶⁵ Der Südhang, an dem *Neuer* verunglückt ist,⁶⁶ sei steil und daher auch „bei guten Verhältnissen nicht ohne“. Die Strecke soll zum Zeitpunkt des Unfalls „schneearm, vereist und bucklig“ gewesen sein.⁶⁷ Insoweit darf man durchaus die Frage stellen, ob unter solchen Bedingungen Skitouren mit noch vertretbarem Risiko absolviert werden können. Für die Subsumtion unter dieses Merkmal wäre es aber zunächst erforderlich, dass für das Skitourengehen anerkannte Regeln aufgestellt sind.⁶⁸ Ferner käme es dann auf die Gesamtumstände des Einzelfalls an, die hier nicht abschließend beurteilt werden können.

dd) Zwischenergebnis

Nach alledem sind die ursprünglich drei Fallgruppen, bei denen die Rechtsprechung von einem Verschulden i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ausgeht, wohl auf zwei zu reduzieren. Zu unbestimmt und auch mit der Systematik des Verschuldenserfordernisses unvereinbar ist die Kategorie der „besonders gefährlichen Sportarten“. In der Klausur ist es freilich dennoch ratsam, hierauf kurz einzugehen.

Die Fallgruppe der Selbstüberschätzung ist indes deutlich ergiebiger. Entscheidend muss hier stets sein, ob der Sportler nach seiner körperlichen Konstitution, seinem Trainingsstand und seiner

⁶¹ Vgl. LAG Bayern BB 1972, 1324 (Ls. 2); LAG München BB 1979, 1453 (1454); *Houben*, SpuRt 2000, 185 (188).

⁶² BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 17 (juris) = BAGE 36, 371 (373) = BAG NJW 1982, 1014 (1014).

⁶³ BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 25 (juris) = BAGE 36, 371 (373) = BAG NJW 1982, 1014 (1015).

⁶⁴ *Linck*, in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 19. Aufl. 2021, § 98 Rn. 34 a.E.

⁶⁵ https://www.merkur.de/lokales/region-miesbach/schliersee-ort29415/vier-verletzte-in-einer-woche-bergwacht-schliersee-skitourengeher-am-rosskopf-91967640.html?itm_source=story_detail&itm_medium=interaction_bar&itm_campaign=share&fbclid=IwAR0zppiCZul-qJqZKT1nhR25LKTCKKb2zqzZG-hN_Ym5AjYyQwcODpZRJY (4.3.2023).

⁶⁶ https://www.merkur.de/lokales/region-miesbach/schliersee-ort29415/vier-verletzte-in-einer-woche-bergwacht-schliersee-skitourengeher-am-rosskopf-91967640.html?itm_source=story_detail&itm_medium=interaction_bar&itm_campaign=share&fbclid=IwAR0zppiCZul-qJqZKT1nhR25LKTCKKb2zqzZG-hN_Ym5AjYyQwcODpZRJY (4.3.2023).

⁶⁷ <https://www.merkur.de/lokales/region-miesbach/schliersee-ort29415/manuel-neuer-ski-unfall-am-spitzingsee-tour-keeper-torwart-fc-bayern-war-nationaltorhueter-91969283.html> (4.3.2023).

⁶⁸ Vgl. im Ansatz: https://www.alpenverein.de/der-dav/presse/pressemitteilungen/skitouren-so-ist-man-mit-wenig-risiko-unterwegs_aid_30755.html (4.3.2023).

Vorerfahrung davon ausgehen durfte, die konkrete sportliche Betätigung mit vertretbarem Risiko ausüben zu können. Gleiches gilt für Verstöße gegen anerkannte Regeln des Sports. Wer sich besonders grob über die zur sicheren Betätigung aufgestellten Sportregeln hinwegsetzt, geht in unvertretbarer Weise Risiken ein, die eine Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber unbillig erscheinen lassen.

Begegnet man in einer Klausur einem solchen Sportunfall, sollte man die Grundsätze des Verschuldensbegriffs des § 3 EFZG darstellen, darf sich dann aber auf die etablierten Fallgruppen des BAG beziehen und am Einzelfall die Umstände auslegen und unter die Fallgruppen subsumieren.

3. Besonderheiten bei Erkrankung im Urlaub

Manuel Neuer ist in seinem Erholungsurlaub zwischen Weltmeisterschaft und Saisonauftakt in München verunfallt. Für seinen Entgeltfortzahlungsanspruch macht dies aber, wie generell für Arbeitnehmer, keinen Unterschied. Gem. § 9 BurlG werden sogar die Tage, welche der Arbeitnehmer arbeitsunfähig durch Krankheit ist, nicht auf den Jahresurlaub angerechnet. Wer also im Erholungsurlaub erkrankt, muss durch Nachweis mit ärztlichem Zeugnis nicht seinen Urlaub „opfern“. Und es gelten auch für die Zeit des Erholungsurlaubs keine besonderen Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers, mit Ausnahme des Verbots der anderweitigen Erwerbstätigkeit in § 8 BurlG. Aus der Norm geht zwar hervor, dass der Gesetzgeber von einem bestimmten „Urlaubszweck“, nämlich der Erholung des Arbeitnehmers (vgl. die Formulierung in § 1 BurlG) ausgeht.⁶⁹ Wie diese Erholung auszusehen hat, ob der Arbeitnehmer also nur „zu Hause rumsitzt“, verreist oder Sport treibt, ist aber ihm überlassen.

III. Ausblick: Vertragliches Verbot der Ausübung von gefährlichen Sportarten im Profifußball

Nach alledem ist die gesetzliche Regelung für sportunfallbedingte Krankheitsfälle und den Entgeltfortzahlungsanspruch dargelegt. Der Anspruch aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ist auch nicht disponibel, die Parteien können ihn also nicht zulasten des Arbeitnehmers abbedingen, § 12 EFZG.

Weil Fußballspieler wie *Manuel Neuer* also regelmäßig einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, selbst wenn sie bei privaten sportlichen Betätigungen mit nicht unerheblichem Verletzungsrisiko verunfallt sind, dürfte man sich als FC Bayern München vielleicht fragen, wie man dem Spieler so etwas anderweitig verbieten kann. In Frage kommen dafür besondere Klauseln in den Lizenzspielerverträgen (den Arbeitsverträgen).

Fußballvereine reglementieren zahlreiche Lebensbereiche der Spieler, so auch die sportliche Betätigung in der Freizeit.⁷⁰ Für den in vielerlei Hinsicht speziellen Arbeitsrechtsbereich des Profifußballs (im Berufsfußball sind z.B. Vertragsbefristungen außerhalb der Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes regelmäßig zulässig)⁷¹ sind auch hier mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Branche vertragliche Modifikationen durchaus denkbar.⁷²

1. Das Verbot der Ausübung gefährlicher Sportarten im Profifußball

Im Grundsatz besteht für Arbeitsverträge, wie im übrigen Zivilrecht, die aus den Art. 12, 2 Abs. 1 GG folgende Vertragsfreiheit, sodass den Vertragsparteien der Inhalt des Arbeitsvertrages obliegt, soweit nicht zwingendes Gesetz entgegensteht (beispielsweise § 12 EFZG).

⁶⁹ Lampe, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BurlG § 1 Rn. 5.

⁷⁰ Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 153 ff. m.w.N.

⁷¹ Dazu ausführlich Fritschi, SpuRt 2017, 90; ferner Stopper/Dressel, NZA 2018, 1046.

⁷² Beispiele dafür bietet Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 7 Rn. 45.

Will ein Fußballverein seinen Spielern nun die Ausübung (bestimmter) gefährlicher Sportarten untersagen, kämen dafür beispielsweise folgende Varianten in Betracht:⁷³

Variante 1: „Das Ausüben von gefährlichen Sportarten ist dem Spieler untersagt.“

Variante 2: „Das Ausüben von gefährlichen Sportarten ist dem Spieler untersagt. Die Wirksamkeit dieses Verbotes bedarf einer gesonderten Einwilligung des Spielers.“

Variante 3: „Das Ausüben von gefährlichen Sportarten durch den Spieler während der laufenden Saison bedarf der vorherigen Genehmigung des Vereines, der hierüber nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) zu entscheiden hat. Als gefährliche Sportarten gelten solche mit einem besonders hohen Verletzungsrisiko, wie (Drachenfliegen und Skitourengehen). Folgende Sportarten sind vom Begriff der gefährlichen Sportart ausgenommen: _____.“

Der vertraglichen Gestaltung des Verbotes von Risikosport sind, neben Arbeitnehmerschutzgesetzen wie dem EFZG, vor allem durch die allgemeine Angemessenheitskontrolle Grenzen gesetzt. Letztere findet bei Formulararbeitsverträgen im Rahmen der AGB-Kontrolle (§§ 307 ff. BGB), im Übrigen über § 242 BGB statt.⁷⁴

2. AGB-Kontrolle⁷⁵

a) Zum Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Klauseln könnten der AGB-Kontrolle i.R.d. §§ 305 ff. unterliegen. Hierzu müssen zunächst AGB i.S.d. § 305 BGB vorliegen, was der Fall ist, wenn die Klausel eine vorformulierte Vertragsbedingung ist, die einseitig vom Verwender für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen ist. Handelt es sich um einen Verbrauchervertrag, genügt nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB schon die einmalige Verwendung.⁷⁶ Bei Arbeitsverträgen handelt es sich ganz regelmäßig um solche Verbraucherverträge.⁷⁷

In der *Variante 1* handelt es sich unzweifelhaft um eine AGB. In den *Varianten 2 und 3* ist das fraglich. In *Variante 2* wird die Wirksamkeit der Klausel (vermeintlich) zur Disposition gestellt. Sie sieht einen Einwilligungsvorbehalt vor, der Spieler muss dieser Klausel also ausdrücklich und neben der Gesamtunterschrift unter dem Vertrag zustimmen. Die Klausel könnte dann nicht mehr einseitig gestellt, sondern beidseitig vereinbart worden sein. Würde es sich folglich nicht um eine AGB handeln, wäre eine Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB nicht möglich. Hierfür spricht die Möglichkeit des Arbeitnehmers, über die Aufnahme der Regelung in den Vertrag durch gesonderte Erklärung zu entscheiden. Er könnte sie theoretisch auch ablehnen. Es handelt sich aber trotz der Wahlmöglichkeit weiterhin um eine einseitig vom Verwender vorformulierte Bedingung, womit der Wortlaut des § 305 Abs. 1 BGB erfüllt ist und die damit auch nicht das Merkmal des „Aushandelns“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB erfüllt.⁷⁸ Entscheidend ist auch hier, ob eine der Parteien einseitig die Einbeziehung der Klausel

⁷³ In Anlehnung an die Vorschläge von *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 173 ff.

⁷⁴ *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 206.

⁷⁵ Umfassend zur AGB-Kontrolle in der Klausur *Möhrke*, ZJS 2015, 31.

⁷⁶ Gegen die Annahme des Arbeitsvertrages als Verbrauchervertrag: *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 307 Rn. 32.

⁷⁷ *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 210; a.A. *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 307 Rn. 32.

⁷⁸ Vgl. ebenso *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 305 Rn. 27.

verlangt hat,⁷⁹ was unzweifelhaft der Fall ist: Der Sportler selbst hat gar kein Interesse daran, seinen Freiheitsbereich zu beschränken. Ebenfalls sind hier die Wertungen des Arbeitsrechtes zu beachten, § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB: Der Arbeitnehmer könnte wegen der sozialen Bedeutung seines Arbeitsverhältnisses zur Einwilligung in die vom Arbeitgeber gestellten Formulierungen gedrängt sein. Dieses Problem wird jemand wie *Manuel Neuer* vermutlich nicht haben, Jungprofis vor Abschluss ihres ersten Lizenzspielervertrags aber ganz regelmäßig schon.

Ein ähnliches Problem stellt sich in *Variante 3*, wo zwar nicht die Klausel selbst unter Einwilligungsvorbehalt steht, aber eine individuelle Vereinbarung über die erfassten gefährlichen Sportarten getroffen wird. So hätte der Sportler große Möglichkeiten, seinen individuellen Freiheitsbereich zu bestimmen und die Wirkungen der Klausel für ihn abzumildern. Es gilt aber auch hier das bereits Gesagte: Es kommt wesentlich auf den Einzelfall an,⁸⁰ ob es sich also beispielsweise um einen etablierten Fußballstar (bzw. dessen Berater) handelt, der tatsächlich gleichberechtigt über den Inhalt der Klausel verhandelt, oder um einen Jungprofi, dem Bedingungen diktiert werden.

b) Inhaltskontrolle

Sind die AGB nach den §§ 305 Abs. 2–305 c BGB außerdem wirksam Bestandteil des Vertrages geworden („Einbeziehungskontrolle“), so hat die Klausel der Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB standzuhalten. Vorrangig sind hierbei die spezielleren §§ 309, 308 BGB zu prüfen.⁸¹ Verstößt die Klausel nicht gegen einen dieser Katalogtatbestände, so findet eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB statt: Eine Vertragsbedingung ist dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.⁸² In § 307 Abs. 2 Nrn. 1, 2 BGB konkretisiert der Gesetzgeber in einer Zweifelsregelung genauer, wann eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen ist. Diese sind in der Klausur ebenfalls vor dem Grundtatbestand des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen.

Ebenfalls gilt es erneut, die Besonderheiten des Arbeitsrechtes zu beachten, § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB. Welche dies sind, ist bisher nur in Grundzügen geklärt.⁸³ Allgemein gilt festzuhalten, dass dies nicht nur die rechtlichen Besonderheiten des Arbeitsrechtes betrifft, sondern auch die tatsächlichen Sachumstände und Begebenheiten des Arbeitslebens (wie die Machtasymmetrie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer).⁸⁴

Fraglich ist zunächst, ob die Klauseln in der *Variante 1 und 2* einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB standhalten. Verstöße gegen die Klauselverbote der §§ 309, 308 BGB sind nicht ersichtlich, es handelt sich wegen ihrer Üblichkeit auch nicht um überraschende Klauseln i.S.d. § 305c BGB.⁸⁵ In Betracht kommt aber ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, weil die Klauseln nicht festlegen, was eine gefährliche Sportart ist. Wie oben ausgeführt, ist eine solche Definition auch nur schwer möglich. Für den Sportler ist es unmöglich, sein Verhalten nach der

⁷⁹ Becker, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 305 Rn. 27; Möhrke, ZJS 2015, 31 (33).

⁸⁰ Wegen der Anwendung des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf Arbeitsverträge, Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 224.

⁸¹ Möhrke, ZJS 2015, 31 (35).

⁸² Welche Anhaltspunkte für eine unangemessene Benachteiligung herangezogen werden können, hat der Unionsgesetzgeber in den Erwägungsgründen der Richtlinie 93/13/EWG („Klausel-RL“) näher konkretisiert, wobei diese Richtlinie originär nicht für Arbeitsverträge gelten sollte, vgl. Abl. Nr. L 95 v. 21.4.1993, S. 30.

⁸³ Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 207; vgl. Jacobs, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 310 Rn. 20.

⁸⁴ Vgl. Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 207.

⁸⁵ Vgl. Fischinger/Reiter, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 173.

Klausel auszurichten; im Zweifel müsste er fast jeden Sport unterlassen, was ersichtlich nicht ziel führend für Berufsfußballer sein kann. Ohne Konkretisierung des Begriffs der gefährlichen Sportart ist wohl von der Unwirksamkeit so formulierter Klauseln auszugehen.⁸⁶

Die Klauseln könnten auch unwirksam gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB sein. Das ist der Fall, wenn sie dem Grundgedanken des § 3 EFZG widersprechen. Wie gezeigt, führt der kategorische Ausschluss gefährlicher Sportarten im Ergebnis zu einer Gefährdungshaftung, die mit dem individuellen Verschuldenscharakter des § 3 EFZG nicht in Einklang zu bringen ist. Die Klausel soll allerdings auch nicht die Entgeltfortzahlung suspendieren (das könnte sie gem. § 12 EFZG auch nicht), sondern sieht im Regelfall eine Vertragsstrafe bei Zuwiderhandeln vor.⁸⁷ Und es ist auch hier zu berücksichtigen, dass der Berufssport insoweit eine Sonderstellung einnimmt, als der körperliche Zustand des Spielers die für das Arbeitsverhältnis besonders entscheidende „Ware“ ist. Weil Fußballvereine zudem für die Spieler – teils gigantomanische – Ablösesummen zahlen und der Ausfall eines Spielers entsprechend teuer ist, mag man ihnen auch ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt der Arbeitskraft des einzelnen Spielers zugestehen. Die Klausel widerspricht folglich nicht dem Grundgedanken des § 3 EFZG und ist daher nicht nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Denkbar ist aber, dass die Klauseln nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wegen einer unangemessenen Benachteiligung entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unwirksam sind.⁸⁸ Das ist der Fall, wenn „der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen“⁸⁹. Vorzunehmen ist daher eine Abwägung der Gesamtumstände des Einzelfalls. Auch hier ist zugunsten des Arbeitgebers festzuhalten, dass er ein legitimes Interesse am Erhalt der Arbeitskraft seiner Spieler hat – sowohl finanziell als auch ideell (in Form gewonnener Trophäen o.ä.). Für den Spieler bedeutet die Klausel aber, vor allem wenn man den Begriff der „gefährlichen Sportart“ extensiv auslegt, eine krasse Einschränkung seiner grundrechtlich garantierten Privatsphäre. Je nachdem, wie weit der Anwendungsbereich gezogen wird, könnten dem Spieler so sehr viele sportliche Betätigungen verboten werden. Dass Sport für Berufssportler indes einen wesentlichen Teil ihrer Persönlichkeit ausmacht, muss nicht erläutert werden. Es spricht auch hier viel für die Unzulässigkeit der Formulierung in *Variante 1* und *2*.⁹⁰

Bei *Variante 3* stellt sich das Problem nur deutlich abgeschwächt dar. Spieler und Verein handeln, jedenfalls in der Theorie, individuell aus, welche Sportarten nicht als gefährlich gelten. Das ist mit der Vertragsfreiheit unproblematisch möglich. Hier besteht kein Konflikt mit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, weil der Arbeitnehmer durch die Individualvereinbarung bestimmen kann, welchen Sportarten er nachgehen darf. Er kann dementsprechend in einem Umkehrschluss (und durch Auslegung der sonstigen Klausel) ableiten, welchem Sport er besser nicht nachgehen sollte. Und auch der grundsätzliche Einwand gegen die Bestimmung gefährlicher Sportarten verfängt hier nur zum Teil. Wenn es dem Arbeitnehmer in den Verhandlungen freisteht, seine bevorzugten Sportarten vom Definitionsbereich auszunehmen, gerät er – bei vertragsgemäßigem Verhalten – nicht in eine Gefährdungshaftung. Übt er freigegebene Sportarten aus, kommt es wiederum nur auf seine individuelle Sorgfalt im Einzelfall an, unabhängig von der abstrakten Gefährlichkeit der Sportart. Zu-

⁸⁶ Ebenso *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 175.

⁸⁷ Ein Verstoß stellt eine Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis dar, die regelmäßig mit einer Vertragsstrafe sanktioniert wird, vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 28 ff.

⁸⁸ Dazu *Möhrke*, ZJS 2015, 31 (36).

⁸⁹ BGH NJW 2001, 2331.

⁹⁰ Vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 173 ff.

letzter greift die vertragliche Regelung weniger intensiv in die Privatsphäre des Spielers ein, weil sich das Verbot lediglich auf die Zeit des aktiven (Pflicht-)Spielbetriebs erstreckt und damit eine zeitliche Relation zur Hauptleistungspflicht des Spielers einhält.⁹¹ Man kann daher von der grundsätzlichen Wirksamkeit einer solchen Klausel ausgehen, wiederum abhängig von den Umständen des Einzelfalls.

3. Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB

Liegen keine AGB vor, etwa weil die Parteien Klauseln mit Einwilligungsvorbehalt bzw. Aushandlungsvereinbarung geschlossen haben und dabei echte „Waffengleichheit“ bestand, ist der Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB versperrt. Es kommt eine Angemessenheitskontrolle lediglich über § 242 BGB in Betracht, wobei die Anforderungen an die Unwirksamkeit hierbei höher sind.⁹² Voraussetzung ist eine strukturelle Störung der Vertragsparität, bei der eine Seite ungewöhnlich stark belastet wird.⁹³ Auf die grundsätzlich wirksame Formulierung in *Variante 3* hat es daher keinen Einfluss, ob über § 307 BGB oder § 242 BGB kontrolliert wird.

In *Variante 2* wird es wesentlich auf den Einzelfall ankommen. Auch im Rahmen der allgemeinen Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB ist nämlich ein Mindestmaß an Transparenz erforderlich.⁹⁴ Dem Vertragspartner muss jedenfalls klar oder zumindest erkennbar sein, welchen Sportarten er nachgehen kann und welchen nicht. Ohne Konkretisierung des Begriffs der gefährlichen Sportart wird eine solche Klausel auch der Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB wohl nicht standhalten.

4. Rechtsfolgen eines wirksamen Klauselverbotes

Auf den Entgeltfortzahlungsanspruch hat all dies keine Auswirkungen, der Anspruch aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG lässt sich durch vertragliche Regelungen nicht zulasten des Arbeitnehmers modifizieren. Möglich sind aber Vertragsstrafen, § 339 S. 1 BGB, die für einen pauschalisierten Ausgleich des erlittenen Schadens sorgen.⁹⁵ So kann der Arbeitgeber jedenfalls mittelbar auf die Aktivitäten des Sportlers, der Vertragsstrafen vermeiden will, steuernd einwirken. Auch hinsichtlich der Vertragsstrafe selbst gilt es aber, die Gebote von Transparenz sowie Treu und Glauben zu beachten: Hierbei ist insbesondere die Höhe der Vertragsstrafe relevant, die in jedem Fall nicht zu einer Nivellierung des gesetzlichen Anspruches aus dem EFZG führen darf.⁹⁶

IV. Schluss

Trotz der umfassenden Kasuistik, die sich zum Komplex sportunfallbedingter Arbeitsunfähigkeiten und die Auswirkungen auf den Entgeltfortzahlungsanspruch gebildet hat, ist die Beurteilung des „Verschuldens“ in § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG weiterhin in hohem Maße wertungsgeprägt. Der Anspruch des Arbeitnehmers steht nicht losgelöst im Raum, sondern ist eingebunden in ein rechtspolitisches Korsett, das berechtigterweise in die Abwägung einzubeziehen ist.

⁹¹ Zum Prinzip der wellenartig auf- und absteigenden Pflichtenintensität des Spielers: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn 165.

⁹² *Böttcher*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2022, § 242 Rn. 138.

⁹³ *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 229.

⁹⁴ Vgl. *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 23 ff.

⁹⁵ Dabei muss die Klausel § 309 Nr. 6 BGB standhalten. Das wird aber regelmäßig der Fall sein, vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 28; *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum BGB, 23. Aufl. 2023, § 345 Rn. 6.

⁹⁶ Vgl. *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum BGB, 23. Aufl. 2023, § 345 Rn. 10a.

Halkenhäuser/Weingärtner: Arbeitsunfähigkeit durch Ausübung gefährlicher Sportarten

Für Arbeitgeber (insbesondere solche im Profifußball) sind vertragliche Gestaltungen zum Erhalt der Arbeitskraft ihrer Spieler schwierig, aber nicht unmöglich. Wie wohl immer im (Arbeits-)Recht kommt es dafür aber entscheidend auf den Einzelfall an. Die Fans des FC Bayern München hoffen nun auf eine schnelle Genesung ihres Kapitäns. Wenigstens um seinen Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall müssen sie sich nach diesem Beitrag aber keine Gedanken mehr machen.