

Leitsätze:

1. Vertragsamateure i. S. d. § 15 der Spielordnung des Deutschen Fußballbundes sind dann Arbeitnehmer, wenn sie aufgrund der jeweiligen Vertragsgestaltung und -abwicklung ihre Leistungen für den Verein in einer für ein Arbeitsverhältnis typischen persönlichen Abhängigkeit erbringen, die über die bereits durch die Vereinsmitgliedschaft begründete Weisungsgebundenheit hinausgeht. (Amtlicher Leitsatz)
2. Macht ein Fußballverein bei der praktischen Handhabung des Sportbetriebes keinen Unterschied zwischen Amateuren und den Vertragsamateuren, so kann dies Grund für eine einheitliche Statusbeurteilung sein mit der Folge, daß allen Spielern die Arbeitnehmereigenschaft fehlt. (Amtlicher Leitsatz)
3. Ist im Arbeitsverhältnis für die ordentliche Kündigung sowie für Nebenabreden und Vertragsänderungen Schriftform vorgesehen, gilt diese nicht automatisch auch für die außerordentliche Kündigung. (Leitsatz des Verfassers)

BAG, Urt. v. 10. 5. 1990 – 2 AZR 607/89 (LAG Hamm)

**Kurzkommentar:**

*Wolfgang Däubler, Dr. iur., Universitätsprofessor in Bremen*

1. Ob und unter welchen Voraussetzungen Sportler Arbeitnehmer sind, ist noch immer nicht völlig geklärt. Eindeutig Arbeitnehmer ist lediglich der sogenannte Lizenzspieler, der seine Tätigkeit in der Regel hauptberuflich ausübt, zur Teilnahme am Training und am Spielbetrieb verpflichtet ist und dafür von seinem Verein ein ordentliches bis exzellentes Gehalt bezieht. Auf der anderen Seite sind reine Amateurspieler vom Arbeitsrecht ausgenommen, die als Vereinsmitglieder ihrem Hobby frönen und lediglich einen Aufwendersatz erhalten. Dazwischen liegt die „Grauzone“ der sogenannten Vertragsamateure, die nebenberuflich tätig sind, mit ihrem Verein einen Vertrag schließen und ein über den steuerrechtlich zulässigen Aufwendersatz hinausgehendes Entgelt erhalten. Die „Aufhellung“ dieser Grauzone ist nicht ohne Rückgriff auf den für das ganze Arbeitsrecht zentralen Arbeitnehmerbegriff möglich.

2. Das BAG mußte sich dem eigentlichen Hauptproblem auf verschlungenen Pfaden nähern. Der Trainer eines Fußballvereins aus der Oberliga Nordrhein war durch mündliche Erklärung des Vereinspräsidenten seines Amtes fristlos enthoben worden, klagte jedoch erst zwei Monate später. Zu prüfen war, ob der Präsident überhaupt alleine handeln konnte, da die Satzung Gesamtvertretung vorsah; ein einstimmiger Vorstandsbeschluß wurde als ausreichende Ermächtigung angesehen. Weiter war fraglich, ob die ohne Zweifel vorliegende fristlose Kündigung auch mündlich ausgesprochen werden konnte; trotz der im Leitsatz 3 mitgeteilten Umstände hatte das BAG keine Bedenken dagegen, daß die Vorinstanz die Frage

## § 611 BGB 3/90

Däubler, BAG EWiR § 611 BGB 3/90, 1068

bejaht hatte. Ob wirklich ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorlag, konnte jedoch nur geprüft werden, wenn die 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG keine Anwendung fand. Dies war aber nur dann der Fall, wenn die vom Kläger trainierten Vertragsamateure keine Arbeitnehmer waren und so ein „Kleinstbetrieb“ i. S. d. § 23 KSchG vorlag.

Das BAG bestätigte eine Reihe früherer Aussagen zum Arbeitnehmerbegriff: Entscheidend ist nicht die Firmierung eines Vertrages, sondern seine tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung. Wer in der Ausübung seiner Tätigkeit fremden Weisungen unterworfen ist, ist Arbeitnehmer, auch wenn er nur stundenweise arbeitet und keine berufsmäßige Betätigung vorliegt. Keine Rolle spielt die wirtschaftliche Abhängigkeit, also das Angewiesensein auf das Entgelt, da Entsprechendes auch beim Werkunternehmer vorliegen könne. Daneben wurden zwei zusätzliche Aspekte hervorgehoben.

– Wer Vereinsmitglied ist, kann zwar Arbeitnehmer „seines“ Vereins sein, doch ist dies eher die Ausnahme als die Regel.

– Arbeitnehmer ist nur wer „Arbeit“ leistet, also eine Tätigkeit entfaltet, die einen „wirtschaftlich meßbaren Zweck“ erreichen will. Fehlt es daran, liegt eine reine Freizeitbeschäftigung und kein Arbeitsverhältnis vor. Die Bezahlung eines Entgelts sowie die Abführung von Steuern und Beiträgen zur Sozialversicherung sind lediglich Indizien für ein Arbeitsverhältnis.

Ob Vertragsamateure unter diesen Umständen Arbeitnehmer sind oder nicht, hängt von den jeweiligen Umständen, insbesondere davon ab, ob sie wirklich weisungsunterworfen sind oder eine schlichte „Entschuldigung“ für das Fernbleiben von Training und Spiel ausreicht. Die Vorinstanz (LAG Hamm BB 1989, 2331) hatte schon wegen des vereinbarten Entgelts ein Arbeitsverhältnis bejaht; es hat nunmehr unter Zugrundelegung der BAG-Kriterien diese Frage erneut zu entscheiden.

3. Das BAG-Urteil birgt die Gefahr in sich, daß mit Hilfe des Vereinsrecht Tätigkeiten dem Arbeitsrecht entzogen werden, die in anderen Zusammenhängen selbstredend als abhängige Beschäftigung qualifiziert würde. Ein wichtiges Beispiel hierfür sind die Rote-Kreuz-Schwester. Nicht ungefährlich ist auch die gegebene Definition des Arbeitsbegriffs; auch wenn der verfolgte Zweck nicht „wirtschaftlich meßbar“, also in Mark und Pfennig auszudrücken ist, kann Weisungsabhängigkeit und damit soziale Schutzbedürftigkeit bestehen. Auch muß sich das BAG entgegenhalten lassen, daß es in der bestehenden Wirtschaftsordnung keine vorgegebenen Maßstäbe für wirtschaftliche Nützlichkeit gibt – die Entscheidung liegt grundsätzlich beim Markt. Dies führt dazu, daß man jede entgeltliche Tätigkeit als „Arbeit“ qualifizieren muß, wird sie doch jedenfalls vom Vertragspartner als „Geldwert“ angesehen. Damit ist die Abgrenzung vom Freizeitvergnügen nur noch bei unentgeltlichen Beschäftigungen von Bedeutung. Die Entscheidung zeigt, daß der Arbeitnehmerbegriff an seinen Rändern noch immer der nötigen Eindeutigkeit entbehrt.