

# Urteil Az. 14 Sa 543/11\*

LAG Hamm

11. Oktober 2011

## Leitsätze

1. Auch der Arbeitsvertrag des Cheftrainers eines Profifußballvereins unterliegt ganz oder in einzelnen Bestimmungen der AGB-Kontrolle gemäß §§305 ff. BGB, wenn der Verein nicht substantiiert darlegt, dass der Vertrag oder die streitige Bestimmung im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt wurde bzw. der Trainer - entgegen dessen konkreten Vortrag - auf den Inhalt der Bestimmungen trotz ihrer Vorformulierung Einfluss im Sinne des §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nehmen konnte.

2. Eine Punktprämie, welche für jeden Meisterschaftspunkt, der unter der tatsächlichen Mitwirkung als Cheftrainer erzielt wird, die Zahlung eines bestimmten Betrages vorsieht, ist bei einer Freistellung des Trainers als Bestandteil der als Gegenleistung für die Arbeitsleistung vereinbarten Vergütung gemäß §615 Satz 1 BGB fortzuzahlen.

3. 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.

4. Letzteres gilt gemäß §308 Nr. 4 BGB auch für Bestimmungen, die die Herausgabe eines Dienstwagens oder die zeitanteilige Kürzung einer Aufstiegsprämie im Falle der Freistellung des Trainers vorsehen.

5. Eine einzelvertragliche, der AGB-Kontrolle unterliegende Ausschlussfrist, die für die beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag gelten

---

\*<http://openjur.de/u/451292.html> (= openJur 2012, 82415)

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.

6. Eine solche Ausschlussfrist ist unwirksam.

a) Sie verstößt gegen §202 Abs. 1 BGB und ist deswegen gemäß §134 BGB, §306 BGB insgesamt unwirksam; §139 BGB findet keine Anwendung (entgegen BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149)

b) Sie stellt eine unangemessene Benachteiligung gemäß §307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar, denn sie weicht von wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts, wie sie in §202 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommen, in nicht zu vereinbarenden Weise ab. Daraus ergibt sich zugleich ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des §307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

c) Sie verstößt gegen §309 Nr. 7 BGB, denn eine Verkürzung der Verjährungsfristen stellt einen Haftungsausschluss bzw. eine Haftungsbegrenzung im Sinne dieser Vorschrift dar (im Anschluss an BGH, 15. November 2006, VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674; 26. Februar 2009, Xa ZR 141/07, NJW 2009, 1486; entgegen BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149).

7. In einer bloßen Freistellung liegt keine konkludente Urlaubsgewährung.

8. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer den Urlaub während der Freistellungszeit zu gewähren und ihm die zeitliche Konkretisierung zu überlassen. Deswegen besteht keine Pflicht des Arbeitnehmers, sich um die Gewährung von Urlaub zu bemühen (entgegen LAG Nürnberg, 29. August 2006, 7 Sa 676/05, LAGE BUrlG §7 Nr. 44).

## Tenor

- 1 Auf die Berufungen der Parteien wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Berufungen das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 25. Februar 2011 (3 Ca 1633/10) abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:
- 2 Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 131.873,14 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 125.873,14 Euro seit dem 27. August 2010 sowie aus 6.000,00 Euro seit dem 27. Oktober 2010 zu zahlen.
- 3 Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- 4 Die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 9,4%, der Beklagte zu 90,6%. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 5,5%, der Beklagte zu 94,5%.
- 5 Die Revision wird zugelassen.

## Tatbestand

- 6 Die Parteien streiten über Entgeltansprüche des Klägers für den Zeitraum seiner Freistellung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses sowie über Ansprüche auf Urlaubsabgeltung und Schadensersatz.
- 7 Der Kläger war in der Zeit von 1995 bis 2002 als Spieler und danach von 2003 bis 2005 als Trainer für den Beklagten tätig gewesen. Zuletzt war er ab dem 9. Februar 2008 bei dem Beklagten als Cheftrainer der Fußballlizenzmannschaft beschäftigt, die zu Beginn dieser Tätigkeit in der 2. Fußballbundesliga spielte. Unter dem 22. Februar 2008 schlossen die Parteien einen schriftlichen bis zum 30. Juni 2010 befristeten Arbeitsvertrag, der auszugsweise folgenden Wortlaut hat:
- 8 §3
- 9 Der Verein zahlt dem Trainer für seine Tätigkeit folgende Vergütung:
- 10 1. Grundvergütung:
- 11 a) Während der Zugehörigkeit des Vereins zum Spielbetrieb der 2. Fußball-Bundesliga zahlt der Verein an den Trainer in der Zeit vom 09.02.2008 bis 30.06.2008 ein monatliches Grundgehalt in Höhe von
- 12 &8364; 12.000,00 brutto,
- 13 in der Zeit vom 01.07.2008 bis 30.6.2009 ein monatliches Grundgehalt in Höhe von
- 14 &8364; 13.500,00 brutto,
- 15 in der Zeit vom 01.07.2009 bis 30.06.2010 ein monatliches Grundgehalt in Höhe von
- 16 &8364; 15.000,00 brutto.
- 17 Dieses Grundgehalt ist jeweils am 15. eines Folgemonats fällig.

- 18 b) Sollte der Verein während der Laufzeit des Vertrages in die 3. Fußball-Bundesliga absteigen, so zahlt der Verein während der Zugehörigkeit zum Spielbetrieb der 3. Fußball-Bundesliga an den Trainer statt der oben vereinbarten Vergütung ein monatliches Grundgehalt in Höhe von
- 19 &8364; 10.000,00 brutto
- 20 Dieses Grundgehalt ist jeweils am 15. eines Folgemonats fällig.
- 21 c) Sollte der Verein in der Saison 2008/2009 von der 3. Bundesliga in die 2. Bundesliga aufsteigen, zahlt der Verein an den Trainer für die Zeit vom 01.07.2009 bis zum 30.06.2010 ein monatliches Grundgehalt in Höhe von
- 22 &8364; 13.500,00 brutto
- 23 Dieses Grundgehalt ist jeweils am 15. eines Folgemonats fällig.
- 24 2.
- 25 Der Trainer wird in die Punktprämienregelung der Lizenzmannschaft für Meisterschafts- und Pokalspiele in der jeweils gültigen Fassung nicht einbezogen.
- 26 Der Trainer erhält stattdessen ausschließlich individuelle Prämien wie folgt:
- 27 a) Während der Zugehörigkeit des Vereins zum Spielbetrieb der 2. Fußball-Bundesliga zahlt der Verein an den Trainer eine Prämie in Höhe von 2.000,00 &8364; für jeden Meisterschaftspunkt, der unter seiner tatsächlichen Mitwirkung als Cheftrainer erzielt und der Meisterschaftswertung gutgeschrieben wird.
- 28 b) Während der Zugehörigkeit des Vereins zum Spielbetrieb der 3. Fußball-Bundesliga zahlt der Verein an den Trainer eine Prämie in Höhe von 1.000,00 &8364; für jeden Meisterschaftspunkt, der unter seiner tatsächlichen Mitwirkung als Cheftrainer erzielt und der Meisterschaftswertung gutgeschrieben wird.
- 29 3.
- 30 Sollte der Verein während der Laufzeit dieses Vertrages in die 2. Fußball-Bundesliga aufsteigen, so zahlt der Verein an den Trainer eine einmalige Sonderprämie in Höhe von &8364; 50.000,00 brutto.
- 31 Der Zahlungsanspruch der Aufstiegsprämie ist in 2 Raten á jeweils &8364; 25.000,00 brutto zu dem dem Aufstiegsereignis jeweils nachfolgenden 15.09 und 15.03 fällig.
- 32 Sollte der Verein den Klassenerhalt in der Saison 2007/2008 erreichen und so-

mit auch in der Saison 2008/2009 in der 2. Fußball-Bundesliga spielen, so zahlt der Verein an den Trainer eine einmalige Sonderprämie in Höhe von &8364; 1.000,00 pro Meisterschaftspunkt, der unter seiner tatsächlichen Mitwirkung als Cheftrainer in der Saison 2007/2008 erzielt wurde.

- 33 4.
- 34 Der Verein stellt dem Trainer ein Dienst-Kraftfahrzeug der Mittelklasse, beispielhaft einen BMW XD Touring oder ein gleichwertiges Fahrzeug, zur Verfügung. Die dabei anfallenden sämtlichen Betriebs- und Anschaffungskosten werden vom Verein getragen. Darüber hinaus erhält der Trainer eine Tankkarte, mit der er auf Kosten des Vereins tanken kann. Dies bezieht sich ausdrücklich auch auf die private Nutzung.
- 35 Dem Trainer ist die private Nutzung des Fahrzeugs ausdrücklich gestattet. Der geldwerte Vorteil ist entsprechend den gültigen steuerlichen Vorschriften zu berücksichtigen.
- 36 5.
- 37 Der Trainer erhält vom Verein ein Dienst-Mobiltelefon; sämtliche Kosten dieses Telefons werden vom Verein getragen.
- 38 6.
- 39 Der Verein erstattet dem Trainer die voraus verauslagten Übernachtungs- und Reisekosten bzw. Spesen, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Trainertätigkeit angefallen sind. Die Erstattung erfolgt in Höhe der tatsächlich angefallenen und nachgewiesenen Kosten unter Berücksichtigung der jeweils gültigen steuerlichen Regelungen.
- 40 §4
- 41 Verletzt sich der Trainer oder erkrankt er anderweitig, so hat er Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung nach den gesetzlichen Bestimmungen. Im Krankheitsfall erhält er auch die vereinbarte Punktprämie. Nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von 6 Wochen entfallen für die weitere Dauer der Verletzung bzw. Erkrankung die Ansprüche auf jegliche Vergütung.
- 42 Im Verletzungs- und Krankheitsfall hat der Trainer die Verpflichtung daran mitzuwirken, dass eine möglichst rasche Genesung möglich ist.
- 43 §5
- 44 Der Trainer hat Anspruch auf Jahresurlaub von 24 Werktagen. Der Urlaub ist

in der trainings- und spielfreien Zeit zu nehmen.

45     &8230;

46     §6

47     Der Vertrag wird befristet abgeschlossen und endet am 30.06.2010. Er endet zu diesem Zeitpunkt, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

48     Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

49     Der Trainer kann vom Verein jederzeit von der Erbringung seiner Arbeitspflicht freigestellt werden. Kommt es hierzu, ist der PKW ohne Anspruch auf finanziellen Ausgleich des in der Privatnutzung liegenden geldwerten Vorteils vier Wochen nach der Freistellung herauszugeben. Die gleiche Verpflichtung besteht zum Zeitpunkt der Beendigung des Anstellungsverhältnisses. Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Trainer gegenüber dem Verein aus keinem Gesichtspunkt zu. Auch das Diensthandy ist herauszugeben.

50     Kommt es zur Freistellung, erhält der Trainer sein Grundgehalt weiter. Punktprämien oder sonstige zusätzliche Vergütungen werden ab dem Zeitpunkt der Freistellung allerdings nicht mehr bezahlt. Die in §3 Ziffer 3 dieses Vertrages genannten Prämien werden im Falle der Freistellung zeitanteilig gezahlt, wobei der Monat, in dem die Freistellung ausgesprochen wird, als voller Monat zählt.

51     &8230;

52     §8

53     Die beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag sind von den Vertragsparteien innerhalb von 4 Monaten nach Fälligkeit, im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung schriftlich geltend zu machen. Erfolgt die Geltendmachung nicht rechtzeitig, sind die Ansprüche erloschen.

54     §9

55     Für Streitigkeiten aus diesem Vertrag sind die Arbeitsgerichte zuständig. Sie dürfen jedoch erst angerufen werden, wenn der Versuch einer gütlichen Beilegung des Streits erfolglos geblieben ist. Zur Fristwahrung bleibt es den Parteien unbenommen, innerhalb von 3 Wochen Kündigungsschutzklage bei dem zuständigen Arbeitsgericht zu erheben. Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht darf aber erst nach erfolgtem Sühneversuch gem. der DFB-Ausbildungsordnung durchgeführt werden.

- 56 §10
- 57 Die Vertragsparteien verpflichten sich, den Inhalt des Vertrages Dritten gegenüber vertraulich zu behandeln. Diese Verpflichtung gilt auch nach Beendigung des Vertrages fort.
- 58 Die etwaige Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieses Vertrages hat auf die Wirksamkeit des ganzen Vertrags in seinen übrigen Teilen keinen Einfluss. Die Parteien sind sich darüber einig, dass eine eventuell unwirksame Vereinbarung durch eine solche zu ersetzen ist, die ihrem wirtschaftlichen Zweck unter Berücksichtigung des Vertrages am nächsten kommt. Entsprechendes gilt, soweit der Vertrag lückenhaft sein sollte.
- 59 &8230;
- 60 Wegen der weiteren Einzelheiten zu diesem Vertrag wird auf dessen Ablichtung (Anlage K 1 zur Klageschrift, Bl. 11 ff. d. A.) Bezug genommen.
- 61 Die Mannschaft des Beklagten stieg zum Ende der Saison 2007/2008 aus der 2. Fußballbundesliga ab. Der Beklagte stellte den Kläger am 13. Mai 2009 zwei Spieltage vor Abschluss der Drittligasaison 2008/2009 von der Arbeitsleistung frei. Zugleich entzog er ihm den zur Verfügung gestellten PKW, der bis dahin mit einem geldwerten Vorteil für die Privatnutzung von 678,70 Euro brutto monatlich abgerechnet worden war. Bis zur Beendigung der Saison waren noch zwei Spiele zu spielen, welche die Mannschaft des Beklagten gewann. Zudem gewann sie die folgenden beiden Relegationsspiele für die 2. Fußballbundesliga. In der Zweitligasaison 2009/2010 erzielte die Mannschaft des Beklagten 51 Meisterschaftspunkte.
- 62 Mit der Abrechnung für August 2009 rechnete der Beklagte zugunsten des Klägers eine Aufstiegsprämie in Höhe von 45.833,33 Euro brutto ab. Bis zur Vertragsbeendigung am 30. Juni 2010 nahm der Kläger eine anderweitige berufliche Tätigkeit nicht auf.
- 63 Mit dem am 27. August 2010 persönlich dem Beklagten übergebenen Schreiben vom 26. August 2010 machte der Kläger noch offene Entgeltansprüche in Höhe von insgesamt 127.513,74 Euro brutto geltend, nämlich die Punktprämie für die in der Saison 2009/2010 erzielten Meisterschaftspunkte, den noch offenen Differenzbetrag bzgl. der Aufstiegsprämie sowie einen Schadensersatzanspruch wegen des Entzugs der Privatnutzung des Dienstfahrzeugs und eine Urlaubsabgeltung für 12 Tage. Mit Schreiben vom 6. September 2010 lehnte der Beklagte sämtliche Ansprüche ab.
- 64 Mit der beim Arbeitsgericht am 15. September 2010 eingegangenen Klage hat der Kläger die genannten Ansprüche gegen den beklagten Verein weiterverfolgt und sie mit einem am 29. September 2010 dem Beklagten zugestellten

Schriftsatz um die Zahlung von 12.000,00 Euro brutto (Punktprämie für vier gewonnene Spiele in der Saison 2008/2009) erweitert. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Regelung in §6 Arbeitsvertrag, wonach sich die Freistellung auf den Vergütungsanspruch auswirken soll, nicht wirksam sei. Bei der Freistellungsklausel in §6 Arbeitsvertrag handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Der Beklagte habe ihm den Arbeitsvertrag als Formular vorgelegt. Einzelne Bedingungen seien nicht verhandelt worden, insbesondere nicht die Regelung, dass die Punktprämie ab der Freistellung entfallen soll. Der Beklagte verwende Arbeitsverträge mit diesen Formulierungen regelmäßig bei Cheftrainern. Nach der Schuldrechtsreform sei ein Widerrufsvorbehalt jedoch nur wirksam, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag die Gründe ergäben, die einen Widerruf rechtfertigen. Derartige Gründe seien in dem Arbeitsvertrag nicht formuliert. Auch nach den vor der Schuldrechtsreform geltenden Grundsätzen wäre der zulässige Umfang eines Widerrufsvorbehalts, der bei 25% der Gesamtvergütung liege, überschritten. Insgesamt habe der Kläger für die Drittligasaison 2008/2009 unter Einschluss der Relegationsspiele noch eine Punktprämie in Höhe von 12.000,00 €; für die Zweitligasaison 2009/2010 eine Punktprämie in Höhe von 102.000,00 €; eine noch offene Aufstiegsprämie in Höhe von 4.166,67 €; und einen Schadensersatzanspruch für die entgangene Privatnutzung des Dienstfahrzeugs für 13,5 Monate in Höhe von 9.162,45 €; zu beanspruchen. Zudem stehe ihm eine Urlaubsabgeltung für 12 Urlaubstage in Höhe von 12.184,62 €; zu, da im Zusammenhang mit der Freistellung keine Anrechnung von Urlaubsansprüchen erfolgt sei, so dass der Urlaub durch die Freistellung nicht verbraucht worden sei. Diese Ansprüche seien nicht verfallen, weil die Ausschlussklausel in §8 Arbeitsvertrag ebenfalls unwirksam sei. Die Ausschlussfrist benachteilige ihn unangemessen, da sie im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ihren Beginn allein auf diese Beendigung abstelle, nicht aber die Fälligkeit der Ansprüche berücksichtige. Die Klausel könne nicht mit einem wirksamen Teil nach dem Blue-Pencil-Test aufrechterhalten werden, denn sie sei inhaltlich nicht teilbar. §8 Arbeitsvertrag sei aber auch aus dem Grund unwirksam, weil dort sämtliche beiderseitigen Ansprüche erfasst würden und nicht die bei Ausschlussklauseln erforderliche Einschränkung enthalten sei, die sich für Haftungsansprüche wegen Vorsatzes aus §202 Abs. 1 BGB (unabhängig von der Einordnung als AGB) und für solche in den in §309 Nr. 7 BGB genannten Fällen ergäbe.

- 65 Die mit einem am 27. Oktober 2010 zugestellten Schriftsatz erhobene Klage auf Feststellung, dass ein von dem Beklagten geltend gemachter Rückzahlungsanspruch über 13.534,34 Euro diesem nicht zusteht, haben die Parteien im erstinstanzlichen Kammertermin vom 25. Februar 2011 übereinstimmend für erledigt erklärt.
- 66 Der Kläger hat beantragt,
- 67 den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 139.513,74 €; nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß



§247 BGB aus 127.513,74 &8364; seit dem 27. August 2010 sowie aus weiteren 12.000,00 &8364; seit dem 27. Oktober 2010 zu zahlen.

68 Der Beklagte hat beantragt,

69 die Klage abzuweisen.

70 Er hat vorgetragen, dass der Kläger nicht mit einem normalen Arbeitnehmer verglichen werden könne. So sei der Kläger bei der Vertragsanbahnung von anderen Personen beraten worden, die typischerweise bei derartigen Vertragsabschlüssen im Profifußball hinzugezogen würden. Der Arbeitsvertrag sei mehrfach geändert und angepasst worden, insbesondere habe es mehrere Entwürfe gegeben. Dabei sei es gerade auch um die Vereinbarung der Freistellungsregelungen gegangen, weil es für beide Parteien wichtig gewesen sei, was in diesem Falle gelten solle. Die Vereinbarung sei hinsichtlich der Regelungen, die bei einer Freistellung gelten sollen, erstmals in diesem Vertrag beim Beklagten genutzt worden. Es handele sich um einen ausgehandelten Vertrag, der in dieser Form kein zweites Mal zustande kommen werde. Derartige Regelungen seien im Profifußball üblich, weil ein Bedürfnis nach konkreten Regelungen über Rechte und Pflichten nach einer Freistellung bestehe. Bei §6 Arbeitsvertrag handele es sich um eine ausgewogene Regelung, die beim DFB als vorbildlich bezeichnet worden sei. Es sei ein gerechter Ausgleich, wenn ein freigestellter Trainer nicht das gleiche Entgelt bekomme wie ein aktiver Trainer. Der Kläger habe dies auch so gesehen. Er habe zu keinem Zeitpunkt etwas anderes geltend gemacht, nicht einmal in einem ersten Schiedsgerichtsverfahren beim DFB aufgrund eines vom Beklagten vorgenommenen Einbehalts vom Gehalt wegen einer Beschädigung des Dienstfahrzeugs. Mit der Einigung dort hätten abschließend und endgültig alle Ansprüche erledigt sein sollen. Der Beklagte habe jedenfalls darauf vertrauen dürfen, dass eine abschließende Regelung vorgelegen habe. Zumindest aber müsse eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen werden, da die ersatzlose Streichung der Klausel keine interessengerechte Lösung biete. Die Freistellung des Klägers habe unter Anrechnung von Urlaub erfolgen sollen. Ein Großteil der Ansprüche des Klägers sei gemäß §8 Arbeitsvertrag verfallen. Auch wenn der Teil der Klausel, der im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Beginn der Ausschlussfrist auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstelle, unwirksam sein sollte, könne die Klausel in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil getrennt werden. Zumindest der erste Teil der Ausschlussklausel sei wirksam. Es sei unzutreffend, dass eine Ausschlussklausel eine Einschränkung bezüglich der Haftungsansprüche wegen Vorsatzes erfordere. Der Regelung des §309 Nr. 7 BGB sei zu entnehmen, dass die Aufnahme dieser Einschränkungen lediglich im Bereich des Haftungsausschlusses notwendig sei, keinesfalls jedoch bei einer Ausschlussklausel.

71 Das Arbeitsgericht hat mit der hier angefochtenen Entscheidung der Klage stattgegeben, soweit der Kläger die Zahlung einer Punktprämie für die in den Monaten April 2010 bis Juni 2010 erzielten 13 Meisterschaftspunkte (26.000,00

Euro brutto), eine Nutzungsentschädigung für das in diesen Monaten nicht zur Verfügung gestellte Dienstfahrzeug (2.036,10 Euro brutto) sowie eine Urlaubsabgeltung für zwölf Urlaubstage (12.184,62 Euro brutto) verlangt hat. Bei §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die darin enthaltenen Widerrufsvorbehalte seien gemäß §308 Nr. 4, §307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der durch die voraussetzungslose Freistellung, die als solche schon Bedenken begegne, mögliche Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnis, der eine Kürzung der Gesamtvergütung um mehr als 25% zur Folge habe, sei für den Kläger unzumutbar. Zudem ergebe sich aus der Klausel nicht, aus welchen Gründen und bei welchem Grad der Störung eine mit der Vergütungskürzung verbundene Freistellung erfolgen könne. Jedoch seien die ab Freistellung vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Punktprämien, Aufstiegsprämie und Nutzungsentschädigung bis einschließlich März 2010 verfallen. §8 Arbeitsvertrag sei wirksam, weil der unwirksame Teil der Ausschlussfrist, der diese nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelt, nicht zur Unwirksamkeit der Ausschlussfrist insgesamt führe. Zudem sei die Ausschlussklausel weder nach §202 Abs. 1 BGB nichtig noch verstoße sie gegen §309 Nr. 7 BGB. Der Urlaubsabgeltungsanspruch bestehe aufgrund der unbeanstandeten Berechnung des Klägers, weil der Beklagte nicht vorgetragen habe, wann durch wen konkret eine Freistellung unter Anrechnung von Urlaub erfolgt sein soll. Wegen der weiteren Einzelheiten zur Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Seite 8 -39, Bl. 103 - 134 d. A.) Bezug genommen.

- 72 Das Urteil wurde dem Kläger am 30. März 2011 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 4. April 2011 eingelegte und mit dem am 8. April 2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung des Klägers. Des Weiteren wurde das Urteil dem Beklagten am 1. April 2011 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 12. April 2011 eingelegte und mit dem nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 1. Juli 2011 am 7. Juni 2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung des Beklagten.
- 73 Der Kläger hält unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens an seiner Auffassung fest, dass §8 Arbeitsvertrag unwirksam sei und eine Ausschlussfrist nicht greife. Die Klausel sei zwar sprachlich, aber nicht inhaltlich teilbar. Sie beinhalte ausschließlich eine einstufige Ausschlussfrist, die sich auf sämtliche Ansprüche beziehe. Es handele sich um eine einheitliche Regelung, wann und unter welchen Voraussetzungen "ein" Anspruch erlöschen solle. Hierfür bestimme §8 Arbeitsvertrag zwei Fristen. Dies könne nicht künstlich geteilt werden. Zudem sei nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses anwendbare Ausschlussfrist nunmehr auch nach Beendigung gelten könne. Angesichts des eindeutigen Wortlauts liege weiter ein Verstoß gegen §202 Abs. 1 BGB vor. Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes würden erfasst. Für eine andere Auslegung nach Sinn und Zweck bliebe ohne - hier nicht vorliegende - Anhaltspunkte kein Raum. §139 BGB greife nicht, denn es gehe nicht um den unwirksamen Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts. Die Parteien stritten nicht darum, ob die Wirksamkeit des Arbeitsver-

trags von der Unwirksamkeit seines §8 berührt werde. Es bleibe eine nicht belegte Vermutung, dass die Parteien die in §202 Abs. 1 BGB genannten Ansprüche nicht in die Ausschlussfrist einbezogen hätten. Schließlich bestehe eine Unwirksamkeit nach §309 Nr. 7 BGB. Eine unzulässige Begrenzung der Haftung sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die zeitliche Begrenzung der Durchsetzbarkeit durch Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen. Hier bestehe eine Divergenz zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Das Arbeitsgericht vermute wieder nur, solche Ansprüche seien von der Ausschlussfrist nicht erfasst. Im Übrigen seien Ausschlussfristen aufgrund von Besonderheiten des Arbeitsrechts, die in der Vielzahl möglicher Ansprüche in und aus einem persönlich geprägten Rechtsverhältnis bestehe, grundsätzlich berechtigt. Diese Beschränkung sei für Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Leib und Leben nicht gerechtfertigt. Sie liege nicht in den Besonderheiten des Arbeitsrechts. Auf den Punkt gebracht: Es sei keine Besonderheit des Arbeitsrechts, ob ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer töte oder umgekehrt.

- 74 Der Kläger beantragt;
- 75 in Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Paderborn vom 25. Februar 2011 (3 Ca 1633/10) den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 139.513,74 &8364; nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz gemäß §247 BGB aus 127.513,74 &8364; seit dem 27. August 2010 sowie aus weiteren 12.000,00 &8364; seit dem 27. Oktober 2010 zu zahlen.
- 76 Der Beklagte beantragt,
- 77 unter Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Paderborn vom 25. Februar 2011 (3 Ca 1633/10) die Klage abzuweisen.
- 78 Der Beklagte verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags das Urteil als zutreffend, soweit es die Klage abgewiesen hat. Es sei ohne Bedeutung für die Teilbarkeit, dass es sich um eine einstufige Ausschlussregelung handele. Nach dem Wegstreichen des unwirksamen Teils der Klausel verbleibe ein aus sich heraus verständlicher und wirksamer Klauselrest. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verstoße die Ausschlussfrist weder gegen §202 Abs. 1 BGB noch §309 Nr. 7 BGB. In beiden Fällen könne die Klausel nur insoweit unwirksam sein, worauf sich diese Regelungen beziehen. Es handele sich um einen Fall der Teilnichtigkeit, die Parteien hätten die Ausschlussfrist auch ohne den nichtigen Teil vereinbart. Im Übrigen ergebe sich aus dem Gesamtzusammenhang des Vertrags, dass diese Ansprüche nicht einbezogen sein sollten.
- 79 Darüber hinaus stehen nach der weiterhin aufrecht erhaltenen Ansicht des Beklagten dem Kläger die vom Arbeitsgericht zuerkannten Ansprüche nicht zu. Es handele sich beim Vertrag schon nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Arbeitsvertrag sei ausgehandelt worden. Dabei sei der Kläger von seinem

Rechtsanwalt K1 und seinem Berater D1 betreut worden. Der Berater sei an den Verhandlungen beteiligt gewesen, dieser habe die Entwürfe zur rechtlichen Prüfung an den Rechtsanwalt weitergeleitet, der diese abgesegnet habe. Beim Cheftrainer eines Bundesligaver eins handele es sich um einen leitenden Angestellten. Hier könnten und würden seitens des Vereins keinerlei Vereinbarungen diktiert. Gehalt, Prämienzahlungen und Folgen der Freistellung seien individuell und unter freier Disposition ausgehandelt worden. Angesichts des Interesses, den Kläger als Cheftrainer anzustellen, sei der Beklagte bereit gewesen, über die damit zusammenhängenden Konditionen des Vertrags zu verhandeln. Im Bundesligageschäft sei letztlich jede Klausel dispositiv und werde zwischen den Parteien ausgehandelt. Es habe mehrere Vertragsentwürfe gegeben, die sich gerade mit der Bezahlung und den Freistellungsregeln auseinandergesetzt hätten. Die Aufstiegsprämie sei im ersten Vertragsentwurf gar nicht enthalten gewesen, sondern vom Kläger verlangt worden. Daraufhin sei es zu Verhandlungen gekommen, was denn geschehen solle, wenn es zur Freistellung komme. Der Beklagte habe ein Interesse an der Vermeidung einer Doppelbelastung gehabt und deshalb nur noch das Grundgehalt, aber keine erfolgsabhängigen Punktprämien mehr zahlen wollen. Insoweit seien zwischen den Parteien fair die diesbezüglichen Ansichten dargelegt und mit der Bereitschaft zum Kompromiss frei verhandelt worden. Deshalb sei eine Aufstiegsprämie von 50.000,00 Euro als Sonderprämie aufgenommen worden. Im Gegenzug habe bei einer Freistellung keine Punktprämie mehr gezahlt und der Dienstwagen herausgegeben werden sollen. Erst konkrete Verhandlungen hätten zu diesem Ergebnis geführt, so dass insbesondere Aufstiegsprämie und Freistellungsklausel gesondert, individuell und umfassend ausgehandelt worden seien. Im Übrigen sei der Vertrag weder mehrfach verwendet worden noch eine solche beabsichtigt oder bei Cheftrainern möglich.

- 80 Die getroffene Freistellungsregelung sei auch nicht unangemessen oder unzumutbar. Es sei hier nicht der Maßstab anzusetzen, der bei einem normalen Arbeitnehmer gelte. Der Kläger sei ein erfahrener und schon lange im Fußballgeschäft tätiger Trainer. Er wisse, dass der Job sehr schnell beendet sein könne. Gerade in diesem sensiblen Bereich könne es diverse Gründe geben, warum es nach Auffassung der Vereinsführung zur Freistellung kommen müsse, weil die Ziele gefährdet und mit einem neuen Trainer noch zu erreichen seien. Daher sei die Vereinbarung einer jederzeitigen Freistellung zulässig. Das gelte auch für die damit verbundene Kürzung des Entgelts auf das Grundgehalt und die Abgabe des Fahrzeugs. Die Vereinbarungen seien klar und deutlich getroffen gewesen. Beide Parteien hätten die Folgen gekannt und nicht als unzumutbar angesehen. Die Punktprämie sei nun mal eine Erfolgsprämie, die dem neuen Cheftrainer gezahlt werden müsse, und es sei weder ausgewogen noch gerecht, diese an den freigestellten Cheftrainer zu zahlen, der auf die Mannschaft und den von ihr erzielten Erfolg keinen Einfluss mehr habe. Der Kläger habe mit einem Jahresgehalt von 162.000,00 Euro zudem eine hohe Grundvergütung gehabt, so dass er nicht in Existenznöte geraten sei. Eine krasse Anwendung von Prozentsätzen sei nicht möglich. Zudem handele es sich bei der Punktprämie nicht um einen feststehenden Betrag, die Angemessenheit der Kürzung können nicht nach den jeweils

wechselnden Punktständen in der Meisterschaft jedes Jahr neu beurteilt werden. Das essenzielle Interesse des Beklagten an einer Reduzierung der Belastung während der Freistellung und das Interesse des Klägers an einer ausreichenden Vergütung sei angesichts der konkreten Zahlungen (Jahresgehalt und Aufstiegsprämie) gerecht ausgeglichen worden.

- 81 Dies habe auch der Kläger so gesehen und während der Laufzeit des Vertrags keine Ansprüche über das Grundgehalt hinaus geltend gemacht. Im Schlichtungsverfahren um die Kürzung wegen der Beschädigung des Fahrzeugs habe der Kläger auch eine höhere Grundvergütung geltend gemacht. Da dies nicht vertragsgemäß gewesen sei, habe man sich auf die Zahlung des einbehaltenen Betrages geeinigt, damit sollten dann neben der Grundvergütung keine weiteren Forderungen mehr gestellt werden. Mit der Zahlung habe die Forderungssache erledigt sein sollen.
- 82 Hinsichtlich der Urlaubsabgeltung meint der Beklagte, dass in einer Freistellung bereits eine konkludente Urlaubsgewährung liege. Kein Arbeitgeber möchte oder würde einen Arbeitnehmer freistellen, ohne dass die diesbezügliche Zeit auf den Urlaub angerechnet wird. Dies habe der Kläger schlüssig angenommen, da er keinen Urlaub geltend gemacht habe. Zudem sei ihm diese Anrechnungsmodalität aus früherer Zeit bekannt gewesen und von ihm akzeptiert worden. Derartige Freistellungen entsprächen bei Cheftrainern der Üblichkeit. Das Abgeltungsverlangen sei zudem rechtsmissbräuchlich, weil der Kläger sich nicht um eine zeitliche Konkretisierung des Urlaubs bemüht habe. Ein Arbeitnehmer handele sonst mutwillig dem Grundgedanken des Urlaubsrechts zuwider, dass die Freizeit Vorrang vor der Abgeltung habe. Zudem dürfte ein seit einem Jahr freigestellter Arbeitnehmer wohl kaum berechtigt sein, noch zwölf Urlaubstage zu fordern, die der Erholung dienen sollen, wenn dafür ausreichend Zeit während der Freistellung bestanden habe.
- 83 Der Kläger beantragt insoweit,
- 84 die Berufung zurückzuweisen.
- 85 Der Kläger vertritt weiterhin die Auffassung, dass die Kürzung der Vergütung während der Freistellung schon als individualvertragliche Vereinbarung unwirksam wäre, weil selbst nach alter Rechtslage die Grenze von 25% überschritten sei, die ein Arbeitgeber unter Widerrufsvorbehalt stellen könne. Im Übrigen handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Kläger habe am 9. Februar 2008 seine Tätigkeit aufgenommen, der Vertrag sei ihm erstmals am 22. Februar 2008 vorgelegt und sofort von ihm unterschrieben worden. Der Spielerberater D1 und der Rechtsanwalt K1 hätten für ihn den Vertrag nicht verhandelt, der Kläger habe hierzu weder Auftrag noch Mandat erteilt. Dementsprechend habe der Kläger die in diesen Fällen übliche "Beteiligung" an die beiden Herren auch nicht gezahlt. Die Parteien hätten über keine einzige der Vertragsklauseln gesprochen. Im Übrigen sei der Vortrag des Beklagten zu den "fairen Verhand-

lungen auf Augenhöhe“ unsubstanziert und einer Beweisaufnahme, bei der es sich um einen Ausforschungsbeweis handeln würde, nicht zugänglich. Dasselbe gelte für die Schlichtungsverhandlung. Es sei um die Beschädigung des Fahrzeugs gegangen und es habe keinen Anlass gegeben, in diesem Zusammenhang über eine Punktprämie zu sprechen. Eine Ausgleichsklausel sei nicht vereinbart worden. In der zwischenzeitlich unterlassenen Geltendmachung von Ansprüchen liege im Übrigen kein Verzicht.

- 86 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Sitzungen des Arbeitsgerichts am 14. Dezember 2010 und 25. Februar 2011 sowie des Landesarbeitsgerichts am 16. August 2011 Bezug genommen.

## Gründe

- 87 Die Berufungen sind zulässig. Die Berufung des Klägers ist im Wesentlichen begründet, die des Beklagten überwiegend unbegründet.
- 88 A. Die Berufungen sind an sich statthaft (§64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§519 ZPO in Verbindung mit §64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, §66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§520 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit §64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG) begründet worden.
- 89 Soweit der Kläger in seiner Berufungsbegründungsschrift als Antrag die Verurteilung zu lediglich “130.513,74 &8364;“ statt “139.513,74 &8364;“ ankündigt, handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler. Bereits aus der Einleitung der Berufungsbegründung (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 6. April 2011, Bl. 152 d. A.) ergibt sich, dass der Kläger das Urteil des Arbeitsgerichts angreift, soweit es seine Klage abgewiesen hat, und “sein erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiter“ verfolgt. Eine lediglich teilweise eingelegte Berufung liegt nicht vor.
- 90 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 1.640,60 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.
- 91 I. Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, dass der Kläger seine Klage

bereits am 10. September 2010 vor Abschluss des DFB-Schiedsverfahrens am 18. November 2010 erhoben hat. Der erstinstanzlich erhobene Einwand des Beklagten, die entgegen der Vereinbarung in §9 Arbeitsvertrag vorzeitige Erhebung der Klage führe zu ihrer Unwirksamkeit, ist unbegründet. §9 Arbeitsvertrag enthält keine gemäß §4, §101 Abs. 2 ArbGG zu beachtende Schiedsvereinbarung der Parteien. Es fehlt bereits an einer tarifvertraglichen Schiedsvereinbarung, zudem unterfällt der Profifußball nicht dem in §101 Abs. 2 Satz 1 ArbGG genannten Berufsgruppen.

- 92 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 4.166,67 Euro brutto (IV.), eine Nutzungsentschädigung für den Entzug des Dienstwagens in Höhe von 9.162,45 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.). Dabei war klarstellend der im Berufungsantrag nicht enthaltene Zusatz "brutto" bei der Zahlungsforderung im Tenor mit aufzunehmen, weil der Kläger bereits erstinstanzlich nur eine Bruttoforderung geltend gemacht hat (vgl. Klageschrift, Bl. 2 d. A. sowie Klageerweiterung vom 24. September 2010, Bl. 32 d. A.).
- 93 III. Der Kläger besitzt für die Zeit vom 13. Mai 2009 bis 30. Juni 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. 2a und 2b Arbeitsvertrag.
- 94 1. Dem Kläger stand während seiner Tätigkeit als Cheftrainer neben seinem Grundgehalt eine Punktprämie von 1.000,00 Euro je Meisterschaftspunkt in der 3. Fußballbundesliga gemäß §3 Nr. 2b Arbeitsvertrag und von 2.000,00 Euro je Meisterschaftspunkt in der 2. Fußballbundesliga gemäß §3 Nr. 2a Arbeitsvertrag zu. Die Lizenzmannschaft des Beklagten erzielte ab dem 13. Mai 2009 in der noch laufenden Drittligasaison 2008/2009 für zwei gewonnene Pflichtspiele sechs Punkte (entspricht 6.000,00 Euro Punktprämie), in der Zweitligasaison 2009/2010 bis 30. Juni 2010 insgesamt 51 Punkte (entspricht 102.000,00 Euro Punktprämie).
- 95 Dem Kläger steht dagegen keine Punktprämie für die beiden Relegationsspiele zu. Hierfür besteht, wie das Arbeitsgericht zutreffend feststellt, keine Grundlage in dem von den Parteien geschlossenen Vertrag. Eine Punktprämie ist nur für die in der Meisterschaftswertung gutgeschriebenen Punkte vereinbart. Dazu zählt die Relegation nicht. Vielmehr sind die Siege in den Spielen um den Aufstieg in die 2. Fußballbundesliga von der vereinbarten Aufstiegsprämie erfasst.
- 96 Insgesamt steht dem Kläger eine Punktprämie von 108.000,00 Euro brutto zu.
- 97 2. Dem Anspruch steht nicht entgegen, dass die Meisterschaftspunkte nicht, wie

es in §3 Nr. 2a und 2b 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.

- 98 a) Nach §293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. §294 BGB verlangt, dass der Schuldner dem Gläubiger die Leistung tatsächlich so, wie sie zu bewirken ist, anbieten muss. Der Arbeitnehmer muss sich zur vertraglich vereinbarten Zeit an den vereinbarten Arbeitsort begeben und die nach dem Vertrag geschuldete Arbeitsleistung anbieten. Gemäß §295 BGB genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist (vgl. BAG, 7. Dezember 2005, 5 AZR 19/05, NZA 2006, 435 ). Ein tatsächliches oder wörtliches Angebot des Klägers nach seiner Freistellung am 13. Mai 2009 liegt nicht vor.
- 99 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. April 2007, 5 AZR 504/06, NZA 2007, 801 ; 27. August 2008, 5 AZR 16/08, NZA 2008, 1410 ; 18. November 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. September 2006, 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36 ).
- 100 Im vorliegende Fall war der Kläger von der Vereinsführung des Beklagten zwei Spieltage vor dem Ende der Drittligasaison 2008/2009 freigestellt worden, weil sie das sportliche Ziel (direkter Wiederaufstieg in die 2. Fußballbundesliga) bei seiner weiteren Tätigkeit gefährdet sah. Für den Kläger wurde ein neuer Cheftrainer engagiert, der im unmittelbaren Anschluss seine Tätigkeit übernahm. Der Dienstwagen und das Diensthandy wurden dem Kläger entzogen. Der Beklagte ließ gegenüber dem Kläger dadurch eindeutig erkennen, dass eine Weiterbeschäftigung als Cheftrainer der Lizenzmannschaft unter keinen Umständen mehr in Betracht kam. Eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots der Arbeitskraft seitens des Klägers zur Begründung des Annahmeverzugs des Beklagten bedurfte es unter diesen Umständen nicht.



- 101 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. September 2002, 1 AZR 668/01, AP BGB §615 Nr. 99).
- 102 aa) Dazu zählen auch erfolgs- bzw. leistungsabhängige Vergütungsbestandteile (vgl. LAG Schleswig-Holstein, 10. Januar 2006, 2 Sa 307/05, NZA-RR 2006, 301 ; ErfK/Preis, 11. Auflage, 2011, §615 BGB Rn. 76; HK-ArbR/Waas/Polonka, 2. Auflage, 2010, §615 BGB Rn. 13). Um eine solche erfolgsabhängige Vergütung für die normale Arbeitsleistung handelt es sich bei einer im Lizenzfußball vereinbarten Punktprämie für Meisterschaftspunkte (vgl. für Spieler: BAG, 14. November 1992, 9 AZR 564/91, NZA 1993, 750 ; 6. Dezember 1995, 5 AZR 237/94, NZA 1996, 640 ). Das gilt nicht nur für Spieler, sondern auch für Trainer. Eine mit diesem vereinbarte, vom Erfolg der Mannschaft abhängige Zahlung ist Bestandteil der für seine Arbeitsleistung gezahlten Vergütung. Auch wenn die Zahlungspflicht nicht von vornherein feststeht, weil sie vom Erfolg der Mannschaft abhängt, ist sie nach Grund und Höhe bestimmbar und seiner Arbeitsleistung (Trainertätigkeit) zuzuordnen. Diese besteht (auch, aber nicht nur) in der Betreuung der Mannschaft bei einem konkreten Spiel, ihrer Vorbereitung auf dieses Spiel und dem Mannschaftserfolg in diesem Spiel (vgl. Busch, Das Arbeitsverhältnis des Fußballtrainers, 2006, S. 221). Die Punktprämie ist damit Teil des im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers stehenden vom Arbeitgeber zu zahlenden Entgelts.
- 103 Eine andere Beurteilung ist nicht gerechtfertigt, weil in §3 Nr. 2a und 2b 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 aufgrund 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 prämienspflichtigen 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. Januar 2006, 2 Sa 307/05, NZA-RR 2006, 301 ). Entsprechendes hat für erfolgsabhängige Prämien, die auf eine tatsächliche Mitwirkung des Arbeitnehmers abstellen, zu gelten.
- 104 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. Juni 1994, 6 AZR 853/93, NZA 1995, 468 ; 18. September 2001, 9 AZR 307/00, NZA 2002, 268 ). Fehlt es an Anhaltspunkten für die Höhe des mutmaßlich erzielten Entgeltes, ist dieses nach §287 Abs. 2 ZPO zu schätzen (vgl. BAG, 18. September 2001, a.a.O.). Dies gilt auch für den leistungsabhängigen Verdienst, weil dieser Schwankungen unterliegt (vgl. LAG Schleswig-Holstein, 10. Januar 2006, 2 Sa 307/05, NZARR 2006, 301 ; ErfK/Preis, a.a.O., §615 BGB Rn. 77; HKArbR/Waas/Polonka, a.a.O., §615 BGB Rn. 13; für den vergleichbaren Fall der Entgeltfortzahlung an Feiertagen ebenso BAG, 29. September 1971, 3 AZR 164/71, AP FeiertagslohnzahlungsG §1 Nr. 28). Dabei kann die vom Arbeitnehmer bis zum Beginn des Annahmeverzugs erzielte Vergütung einen Anhaltspunkt liefern (vgl. allgemein BAG, 18. September 2001, a.a.O.). Sein Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate kann berücksichtigt werden, allerdings nur als Hilfsmittel im Ermessensspielraum des Gerichts innerhalb von §287 Abs. 2 ZPO (ErfK/Preis, a.a.O.). Der Ersatz des Lohnausfallprinzips durch das Referenzprinzip ist auch im Berufssfußball grundsätzlich nicht möglich (vgl. BAG, 6. Dezember 1995, 5 AZR 237/94, NZA 1996, 640 ). Schließlich kann auf die von einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Ausfallzeitraum erzielte Arbeitsvergütung abgestellt werden (vgl. ErfK/Preis, a.a.O.; HK-ArbR/Waas/Polonka, a.a.O.).

- 105 Als solcher vergleichbarer Arbeitnehmer ist der Nachfolger des Klägers im Amt des Cheftrainers anzusehen. Die während dessen Tätigkeit im Anspruchszeitraum von der Lizenzmannschaft erzielten Punkte können für die Bemessung der Annahmeverzugsvergütung des Klägers aus der vereinbarten Punktprämie herangezogen werden. Auf den Durchschnitt der - niedrigeren - Punktprämie während der Teilnahme am Spielbetrieb der 3. Fußballbundesliga abzustellen, verbietet sich im vorliegenden Fall, weil dies zum einen eine unzulässige Umstellung der Berechnung auf das Referenzprinzip bedeuten würde und angesichts des Aufstiegs der Mannschaft in die 2. Fußballbundesliga für die Bemessung im Rahmen des §287 Abs. 2 ZPO keinen sachgerechten Anhaltspunkt liefert. Deshalb scheidet auch die vor der Freistellung am 13. Mai 2009 erzielte Vergütung als Anhaltspunkt aus. Der Umstand, dass nicht sicher fest steht, ob unter der Führung des Klägers der direkte Wiederaufstieg erreicht und dieselbe Punktzahl in der Zweitligasaison 2009/2010 erzielt worden wären, geht zulasten des Beklagten. Wenn es um die Bestimmung der maßgeblichen Vergütung des Klägers hinsichtlich der erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteile im Annahmeverzugszeitraum geht, trägt er auch insoweit das Risiko seiner der Freistellung vorhergehenden Prognose, der Trainer sei für eine weitere Ausübung seiner Funktion nicht mehr geeignet.
- 106 3. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung der Punktprämie für die Zeit vom 13. Mai 2009 bis 30. Juni 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.

- 107 a) Der Kläger ist zwar der Ansicht, dass die in dieser Bestimmung enthaltene Kürzung der Vergütung um die Punktprämie während der Zeit der Freistellung bereits als Individualabrede unwirksam sei, weil sie nach alter Rechtslage die Grenze von 25% überschreitet, die ein Arbeitgeber vor Inkrafttreten der AGB-Kontrolle unter einen Widerrufsvorbehalt stellen konnte. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts soll aber nach Einführung der AGB-Kontrolle eine Billigkeitskontrolle im Sinne einer allgemeinen, nicht auf die Besonderheiten des Falles bezogenen Angemessenheitsprüfung nach §242 BGB nicht mehr stattfinden. Die §§305 ff. BGB stellen eine abschließende Konkretisierung des Gebots von Treu und Glauben hinsichtlich einer allgemeinen, allein den Inhalt einer Regelung überprüfenden Angemessenheitskontrolle dar (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/05, NZA 2005, 1111 ). Eine richterliche Kontrolle sei über §§305 ff. BGB hinaus auch hinsichtlich der Hauptleistungspflichten nur noch bei strukturellen Störungen der Vertragsparität erforderlich, bei welcher der Arbeitgeber seine wirtschaftliche Überlegenheit gegenüber dem Arbeitnehmer ausnutzt, um ein für diesen ungünstiges Verhandlungsergebnis durchzusetzen (vgl. BAG, a.a.O.; ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 24). Insbesondere der in der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wesentliche Gesichtspunkt der funktionswidrigen Vertragsgestaltung durch objektive Gesetzesumgehung soll für eine Inhaltskontrolle keine Grundlage mehr sein (ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 4). Ob der Gesetzgeber tatsächlich das Schutzniveau hinsichtlich einer Umgehung von §2 KSchG für Individualabreden im Arbeitsrecht durch die Einführung einer AGB-Kontrolle für einseitig gestellte Bedingungen absenken wollte, erscheint zweifelhaft, bedarf vorliegend aber keiner Entscheidung, weil es sich bei §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt.
- 108 b) §305 Abs. 1 Satz 1 BGB definiert Allgemeine Geschäftsbedingungen als alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.
- 109 aa) Es muss sich um Vertragsbedingungen handeln, d. h. solche, welche den Inhalt des Vertrags regeln. Diese liegt hier vor. §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag ist Bestandteil einer Gesamtregelung in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag über die Berechtigung des Beklagten zur einseitigen Freistellung und den daraus resultierenden vergütungsrechtlichen Folgen.
- 110 bb) Vorformuliert ist eine Vertragsbedingung, wenn sie zeitlich vor dem Vertragsschluss vorliegt, sei es schriftlich oder elektronisch fixiert oder im Gedächtnis gespeichert (vgl. BAG, 18. Dezember 2008, 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519 ; HKArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §305 BGB Rn. 8). Nach dem Vortrag beider Parteien hat der Beklagte den Vertrag insgesamt vorformuliert. Das gilt auch für die hier strittige Bedingung zur Freistellung unter teilweisen Wegfall der Vergütung. Zwar hat der Beklagte vorgetragen, dass diese in seinem ersten

Entwurf nicht enthalten gewesen sei. Allerdings hat er weiter mitgeteilt, dass die Änderungen in den Entwürfen jeweils von ihm (bzw. dem dafür zuständigen Mitarbeiter M1) vorgenommen wurden. Eine Vorformulierung von Vertragsbedingungen durch den Kläger vor der Vertragsunterzeichnung, die dann Eingang in den abgeschlossenen Vertrag gefunden haben, hat er nicht behauptet. Soweit der Beklagte eine Einflussnahme des Klägers auf die Vertragsbedingungen geltend macht, ändert dies nichts an der Vorformulierung durch ihn (vgl. BAG, 18. Dezember 2008, a.a.O.).

- 111 cc) Vertragsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (vgl. BAG 1. März 2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746 ; 18. Dezember 2008, 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519 ). Dies kann angenommen werden, wenn aus dem Inhalt und der äußeren Gestaltung der in einem Vertrag verwendeten Bedingungen sich ein vom Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergibt, dass sie zur Mehrfachverwendung formuliert worden sind und der Anschein nicht widerlegt worden ist. Ein Anschein für die beabsichtigte Mehrfachverwendung kann vorliegen, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist. Der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages wird nicht dadurch widerlegt, dass er in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält (vgl. BAG, 1. März 2006, a.a.O.; 18. Dezember 2008, a.a.O., 520 f.).
- 112 (1) Im vorliegenden Fall enthält der Vertrag der Parteien vom 22. Februar 2008 eine Vielzahl von Regelungen, die formelhaften Charakter haben und inhaltlich für jeden Vertrag als Cheftrainer der Lizenzmannschaft des Beklagten Anwendung finden können. Der Vertrag ist hinsichtlich der wechselseitigen Rechte und Pflichten überwiegend allgemein gefasst und enthält nur wenige auf das konkrete Arbeitsverhältnis der Parteien bezogene Daten. Dazu gehört zwar die Regelung des Grundgehalts, welche auf die Situation des zum Zeitpunkt des Tätigkeitsbeginns des Klägers in der 2. Fußballbundesliga abstiegsbedrohten Beklagten abgestimmt ist und für verschiedene Tätigkeitsszenarien unterschiedliche Regelungen enthält. Das gilt aber schon nicht mehr für die Punkt- und Aufstiegsprämie, deren Regelung in ihrer Struktur und teilweise in der Formulierung derjenigen entspricht, wie sie in dem als Muster allgemein zur Verfügung gestellten Arbeitsvertrag des Bundes Deutscher Fußball-Lehrer (abrufbar unter: [bdf.de/tl\\_files/bdf/service/Arbeitsvertrag\\_Trainer.pdf](http://bdf.de/tl_files/bdf/service/Arbeitsvertrag_Trainer.pdf), Stand 15. August 2011) enthalten sind und die wie folgt lauten:
- 113 Darüber hinaus wird eine Punkteprämie von &8364; ... pro gewonnenem Punkt vereinbart, die monatlich abzurechnen ist. Die Punkteprämie ist nur dann zahlbar, soweit Herr/Frau ... die Mannschaft als Cheftrainer betreut.
- 114 Im Falle eines Aufstieges erhält Herr/Frau ... eine einmalige Aufstiegsprämie von &8364; ... brutto.

- 115 Schließlich sind sowohl die Gesamtregelung des Komplexes “Freistellung und Vergütung“ in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag als auch der Wegfall der Punktprämie während einer Freistellung in §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag so formuliert, dass deren Mehrfachverwendung ohne weitere sprachliche oder inhaltliche Anpassung in jedem Trainervertrag möglich ist.
- 116 (2) Diesen Anschein hat der Beklagte nicht widerlegt, in dem er in der Berufungsinanz erstmals behauptet hat, es habe ein Zusammenhang zwischen der Vereinbarung einer Aufstiegsprämie und der Regelung der Freistellung und der während dieser Zeit zu zahlenden Vergütung gegeben. Danach soll der Kläger eine im ersten Entwurf nicht enthaltene Aufstiegsprämie verlangt und darauf der Beklagte eine Regelung der Vergütung während der Freistellung verlangt haben. Abgesehen davon, dass der Beklagte den konkreten Verhandlungsablauf auch zweitinstanzlich trotz der Hinweise der Gegenseite im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 18. Februar 2011 (siehe dort II.) und des erstinstanzlichen Gerichts in seinem Urteil nicht dargestellt hat, steht dies in einem von ihm nicht erläuterten Widerspruch zu seinem erstinstanzlichen Vorbringen. Dort hatte er noch vorgetragen, dass derartige Regelungen im Profifußball üblich seien und regelmäßig in Arbeitsverträge aufgenommen würden. Zudem sollte nach seiner Behauptung eine bereits zuvor praktizierte Regelung, dass während der Freistellung keine Punktprämie gezahlt wird, nunmehr etwas konkreter in den Arbeitsvertrag mit aufgenommen werden. Es bestand demnach aus Sicht des Beklagten ein generelles Regelungsproblem, dass durch eine von ihm formulierte und mehrfach verwendungsfähige Klausel gelöst wurde.
- 117 Die auch in der Berufungsinanz aufrecht erhaltene Behauptung des Beklagten, dass er den Arbeitsvertrag in dieser Form kein zweites Mal vereinbaren werde, da es immer umfangreiche Verhandlungen, gerade was Entgeltzahlungen, Nebenleistungen und Freistellungsregelungen angehe, zwischen Verein und Trainer gebe, führt aus den vom Arbeitsgericht genannten Gründen zu keinem anderen Ergebnis. Unabhängig davon, dass Entgeltzahlungen und Nebenleistungen selbstverständlich regelmäßig Gegenstand umfangreicher Verhandlungen sind und in genau dem mit dem Kläger vereinbarten Umfang wahrscheinlich kein zweites Mal vereinbart werden, führt dies hinsichtlich der Regelung in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag nicht dazu, dass es sich bei diesen Klauseln um keine Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages bzw. einer entsprechenden Vertragsbedingung wird nicht dadurch widerlegt, dass in Teilen individuelle Vereinbarungen vorhanden sind.
- 118 dd) Die Bedingungen des Vertrages vom 22. Februar 2008 wurden von dem Beklagten als Verwender gestellt. Dies gilt jedenfalls für §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag. Nach §310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten bei Verbraucherverträgen, zu denen Arbeitsverträge gehören (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/05, NZA 2005, 1111 ; 18. März 2008, 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004 ; 18. Dezember 2008, 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519 ), Allgemeine Geschäftsbedingungen

als vom Arbeitgeber gestellt, es sei denn, dass sie durch den Arbeitnehmer in den Vertrag eingeführt worden sind. Eine Vertragsbedingung wird vom Arbeitnehmer eingeführt, wenn sie auf Initiative bzw. freien Vorschlag des Arbeitnehmers vereinbart wird, was der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen hat (HK-ArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §310 BGB Rn. 10). Im vorliegenden Fall behauptet der Beklagte schon nicht, dass die Regelung zur Freistellung und zum Wegfall von Vergütungsleistungen, u. a. der Punktprämie, vom Kläger in den Vertrag eingeführt wurde. Er macht lediglich dessen Einverständnis mit der von ihm gewünschten Regelung im Rahmen von ihm so genannter "freier Verhandlungen auf Augenhöhe" geltend.

- 119 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.
- 120 (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. Das setzt voraus, dass sich der Verwender deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zu treffenden Vereinbarung bereit erklärt und dies dem Verwendungsgegner bei Abschluss des Vertrages bewusst war. "Aushandeln" bedeutet mehr als verhandeln. Es genügt nicht, dass der Vertragsinhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. Bleibt es nach gründlicher Erörterung bei dem vorformulierten Text, weil der Betroffene nunmehr von der sachlichen Notwendigkeit überzeugt ist, so kann der Vertrag als das Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden (vgl. BAG, 27. Juli 2005, 7 AZR 486/04, NZA 2006, 40 ; BAG, 1. März 2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746 ; 6. September 2007, 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219 ; 19. Mai 2010, 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939 ).
- 121 Die Möglichkeit der Einflussnahme muss sich auf die konkrete Klausel beziehen. Vorformulierte Bedingungen in einem Vertragswerk, die nicht ausgehandelt wurden, bleiben kontrollfähige Allgemeine Geschäftsbedingungen. Das folgt aus der Verwendung des Wortes "soweit" in §305 Abs. 1 Satz 3 BGB (vgl. BAG, 19. Mai 2010, 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939 ; a. A. HK-ArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §305 Rn. 17).
- 122 Der Verwender muss darlegen und beweisen, dass es sich um ausgehandelte Vertragsbedingungen handelt (ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 24). Es gelten die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast, beide Vertragspartner müssen sich substantiiert zu einem vom Verwender behaupteten "Aushandeln" einlassen (HKArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §305 BGB Rn. 19).

- 123 (2) Der Beklagte hat ein Aushandeln der Freistellungsregelung in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag weder erst- noch zweitinstanzlich substantiiert dargelegt.
- 124 (a) Der Beklagte hat sich in seiner Klageerwiderung vom 10. Dezember 2010 lediglich allgemein darauf berufen, dass der gesamte Vertrag, insbesondere die Freistellungsklausel in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag individuell ausgehandelt worden sei. Der Vertrag sei mehrfach nach gemeinsamen Gesprächen der Parteien angepasst und geändert worden. Der Beklagte hat zugleich unter Berufung auf die Erfahrung des Klägers im Profifußball behauptet, diesem sei es bekannt gewesen, dass solche Regelungen üblich seien, ein hohes Bedürfnis nach solchen Regelungen bestehe und es angesichts der Freistellung des Trainers ein gerechter Ausgleich sei, wenn er nicht seine vollen Bezüge weiter bekomme. Ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass der Beklagte die von ihm gewünschte Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt hat, ergibt sich daraus nicht.
- 125 Im Schriftsatz vom 7. Februar 2011 stellt der Beklagte darauf ab, dass ein Cheftrainer nicht mit einem normalen Arbeitnehmer zu vergleichen sei. Er habe wie auch im vorliegenden Fall einen oder mehrere Berater und genügend eigene Erfahrung aufgrund seiner Spieler- und Trainerpraxis. Es seien mehrfache Vertragsanpassungen erfolgt, insbesondere sei es dabei um die Freistellungsregelungen gegangen. Daraus folgt weiterhin nicht, wie der Beklagte für den Kläger erkennbar zum Ausdruck gegeben hatte, der von ihm vorformulierte Regelungskomplex "Freistellung mit teilweiser Vergütungsminderung" könne auch anderweitig als von ihm beabsichtigt geregelt werden, wenn der Kläger dies verlange. Er trägt keine Umstände vor, aus denen geschlossen werden kann, dass diese Klausel von ihm inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt worden war und der Kläger auf die Ausgestaltung Einfluss nehmen konnte. Die Hinzuziehung von Beratern auf Arbeitnehmerseite lässt keine Schlussfolgerung auf die Verhandlungsbereitschaft des Arbeitgebers als Verwender einer Allgemeinen Geschäftsbedingung zu. Dies gilt umso mehr, als der Beklagte die angeblichen Vertragsanpassungen nicht im Einzelnen erläutert hat.
- 126 (b) Der Kläger hat von Beginn an bestritten, dass die einzelnen Bedingungen des Vertrags insbesondere die Regelung zur Freistellung und deren Vergütungsfolgen ernsthaft von dem Beklagten zur Disposition gestellt worden seien. Im Schriftsatz vom 18. Februar 2011 hat er zudem gerügt, dass der bis dahin erfolgte erstinstanzliche Vortrag des Beklagten ein Aushandeln nicht erkennen lasse und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich sei. Der Beklagte stelle nicht dar, welche Partei welche Vorstellung zu einer Freistellungsregelung in die Verhandlungen eingebracht habe und wodurch die von dem Beklagten im Formularvertrag vorgelegte Regelung ernsthaft zur Disposition gestellt worden sei. Es reiche nicht vorzutragen, eine Klausel sei erörtert, verhandelt und letztlich in der im Vertrag gegebenen Form abgeschlossen worden. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, welchen Gegenvorschlag der Kläger unterbreitet habe, wie die Beklagte darauf reagiert habe, und wie und durch welche Vorschläge die Freistellungsregelung letztlich zustande gekommen sei.

- 127 (c) Das Arbeitsgericht hat in seiner angefochtenen Entscheidung im Einzelnen ausgeführt, der Beklagte habe vorgetragen, dass die Regelungen schon während des ersten Vertrags Gegenstand des Arbeitsverhältnisses gewesen seien, jedoch nicht in dieser Ausführlichkeit formuliert worden seien. Der Beklagte habe aber auch auf mehrfache Nachfrage der Kammer nicht vortragen können, was konkret bezüglich §6 Abs. 4 Arbeitsvertrag ausgehandelt und inwieweit auf die Vorstellungen und Wünsche des Klägers eingegangen worden sei (S. 14 des Urteils). Es stellt weiter fest, trotz entsprechender Rüge des Klägers und Nachfrage des Gerichts im Kammertermin habe der Beklagte nicht dargelegt, welche Partei welche Vorstellungen zu einer Freistellungsregelung in die Verhandlungen eingebracht habe und wodurch die vorformulierte Regelung ernsthaft zur Disposition gestellt worden sei. Die Berufung auf die Wirksamkeit der Regelung im Wege ergänzender Vertragsauslegung, die Üblichkeit im Profifußball und die bloße Konkretisierung einer bereits im früheren Arbeitsverhältnis so gehandhabten Regelung spreche dafür, dass die Regelung nicht zur Disposition gestanden habe (S. 17 des Urteils).
- 128 (d) Die Ausführungen des Beklagten in der Berufungsinstanz sind nicht geeignet, die vom Arbeitsgericht und vom Kläger aufgezeigten Lücken im Vortrag zum "Aushandeln" im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 3 BGB zu schließen. Der Vortrag des Beklagten lässt nicht erkennen, dass die von ihm vorformulierten Vertragsbedingungen in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag ernsthaft zur Disposition stand.
- 129 (aa) Der Beklagte trägt weiterhin nicht den Verhandlungsablauf vor, so dass anhand von Fakten nachvollzogen werden könnte, dass entgegen dem äußeren Anschein des Vertrags und dem Vortrag des Klägers zum Vertragsschluss es sich bei §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Wertungen wie diejenigen, Verhandlungen seien "auf Augenhöhe" geführt und die Freistellungsregelungen "fair" ausgehandelt worden, ersetzen nicht die konkrete Darstellung, wann welche Vertragsentwürfe mit welchem Inhalt hinsichtlich der hier fraglichen Klausel mit dem Kläger verhandelt wurden. Dass der Kläger eigene Entwürfe zu diesem Regelungskomplex vorgelegt hat, behauptet der Beklagte nicht. Im Übrigen lässt sich aus seinem Vortrag nicht ableiten, dass die Klausel des Vertrags ernsthaft zur Disposition stand. Es findet sich keine substantiierte Darstellung des Verhaltens und der Äußerungen des Beklagten in den von ihm behaupteten Vertragsverhandlungen, aufgrund deren dem Kläger (bzw. den nach Behauptung des Beklagten für ihn handelnden Personen) bewusst sein konnte, dass die vorgeschlagene Regelung einer jederzeitigen Freistellung unter gleichzeitiger Kürzung der zu zahlenden Vergütung ernsthaft mit dem Ziel einer anderen inhaltlichen Regelung verhandelt werden konnte.
- 130 (bb) Im Übrigen trägt der Beklagte vor, dass §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag im Zusammenhang mit der Aufstiegsprämie ausgehandelt worden seien. Der Beklagte stellt aber nur eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge von Verhand-



lungsgegenständen dar, jedoch keinen sachlichen Zusammenhang. Allenfalls die Regelung in §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag zur zeitanteiligen Zahlung der Aufstiegsprämie ist daraus - wenn auch nicht zwingend - erklärbar. Hinsichtlich des Wegfalls der Punktprämie und des Dienstwagens im Falle der Freistellung ergibt sich kein Zusammenhang mit dem Fall eines möglichen Aufstiegs. Es verbleibt dabei, dass lediglich eine schon früher praktizierte Regelung auf Verlangen des Beklagten in seinem vorformulierten Vertrag konkretisiert werden sollte, ohne dass deren Verhandelbarkeit anhand des Beklagtenvortrags erkennbar ist. Schließlich lässt die Verhandlung über eine vorher nicht vorgesehenen Aufstiegsprämie den Charakter der Bestimmungen in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht entfallen, weil sich daraus nicht ergibt, welchen konkreten Einfluss der Kläger auf den Inhalt dieser Vertragsbedingungen hatte.

- 131 (cc) Soweit der Beklagte auf die Position des Klägers als vom Beklagten gewünschter Cheftrainer hinweist, ergibt sich daraus nicht, dass die Bedingungen des Vertrags ausgehandelt worden sind. So wie der Kläger im Einzelnen die Umstände des Vertragsabschlusses dargestellt hat, hätte es eines entsprechenden Vortrags des Beklagten bedurft, der sich insbesondere konkret mit dem zeitlichen Ablauf auseinandersetzt. Dazu hätte gehört, wann die Vertragsverhandlungen begonnen haben, wann der Beklagte sie mit dem Kläger oder den von ihm - angeblich - beauftragten Personen geführt hat, welchen Inhalt die Vertragsgespräche im Einzelnen hatten und woraus die Klägerseite entnehmen konnte, dass über die Freistellungsregelung sowie die damit zusammenhängende Vergütungsregelung inhaltlich auf Verlangen des Klägers ernsthaft mit der Möglichkeit einer Abänderung hätte verhandelt werden können. Die Behauptung der Existenz mehrerer Vertragsentwürfe "zur Entgelthöhe, zu der Prämie und zu den Folgen einer Freistellung" ist mangels Mitteilung des Inhalts dieser unterschiedlichen Entwürfe und des konkreten Einflusses des Klägers auf die Formulierung von §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag nicht geeignet, ein Aushandeln nachvollziehbar darzulegen. Soweit dem Beklagten die Entwürfe nicht mehr zur Verfügung stehen, entlastet ihn das nicht von seiner Darlegungslast für ein Aushandeln im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 3 BGB.
- 132 (dd) Es mag sein, dass Verhandlungen mit dem bisherigen Verein des Klägers wegen einer Freigabe erforderlich waren. Daraus ergibt sich nichts zum Inhalt der Verhandlungen mit dem Kläger, die dieser bestritten hat. Es erscheint zudem nicht völlig ausgeschlossen, dass der Kläger aufgrund seiner früheren Tätigkeiten als Spieler und Trainer des Beklagten sowie seiner familiären Bindungen vor Ort in jedem Fall schon mal als Trainer anfang in dem beiderseitigen Bewusstsein, dass man sich hinsichtlich der Vertragsbedingungen schon irgendwie einig werde. Konkrete Anhaltspunkte für einen anderweitigen Ablauf hat der Beklagte nicht dargelegt. Es fehlt an dem Vortrag, wann wer auf Seiten des Beklagten mit dem Kläger persönlich über welche Vertragsbedingungen, insbesondere über §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag verhandelt hat und aufgrund welcher Umstände für den Kläger erkennbar war, dass die Regelung zur Freistellung mit Vergütungs-

kürzung zur Disposition stand.

- 133 (ee) Ob tatsächlich die von dem Beklagten genannten Personen (Spielerberater D1, Rechtsanwalt K1) ohne Mandat des Klägers, wie von diesem behauptet, für ihn verhandelt haben, kann letztlich offen bleiben. Selbst hier hat der Beklagte nicht konkret vorgetragen, woraus sich für ihn ergab, dass diese beiden Personen in Vollmacht für den Kläger verhandelten. Vielmehr legt der Vortrag des Beklagten sogar nahe, dass der Rechtsanwalt vom Berater D1 nur außerhalb der Gespräche zur anwaltlichen Beratung eingeschaltet war. Die Voraussetzungen für eine Vollmacht, auch in Form der Anscheins- oder Duldungsvollmacht hat der Beklagte nicht dargelegt. Unabhängig davon hat der Beklagte nicht vorgetragen, wie diese Personen auf den Inhalt der Vertragsklauseln insbesondere im Zusammenhang mit dem Regelungskomplex "Freistellung und deren Folgen für die Vergütung" Einfluss nehmen konnten. Hier fehlt es an konkreten Tatsachenbehauptungen.
- 134 c) Des Weiteren unterliegt die Regelung in §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag gemäß §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einer AGB-Kontrolle. Nach dieser Norm finden bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) §305c Abs. 2 BGB und die §§306 und 307 bis 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.
- 135 aa) Die hier strittige Vertragsbedingung wurde von der Beklagten vorformuliert. Auf die bisherigen Ausführungen hierzu wird Bezug genommen (vgl. B. III. 3. b) bb) der Gründe).
- 136 bb) Die Möglichkeit der Einflussnahme setzt voraus, dass der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verwendungsgegner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen einräumt. Das Merkmal des "Einflussnehmens" in §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB entspricht dem "Aushandeln" in §305 Abs. 1 Satz 3 BGB (vgl. BAG, 25. Mai 2005, NZA 2005, 1111 ; 19. Mai 2010, 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939 ). Ist die Möglichkeit der Einflussnahme streitig, muss der Verwender nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast den Vortrag des Verwendungsgegners, er habe keine Einflussmöglichkeit gehabt, qualifiziert bestreiten, indem er konkret darlegt, wie er Klauseln zur Disposition gestellt hat und aus welchen Umständen darauf geschlossen werden kann, der Verwendungsgegner habe die Klauseln freiwillig akzeptiert (vgl. BAG, 25. Mai 2005, a.a.O.; 19. Mai 2010, a.a.O.). Der Vortrag des Beklagten wird diesen Anforderungen nicht gerecht.
- 137 (1) In der Berufungserwiderung vom 15. Juni 2011 hat der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seiner erstinstanzlichen Darlegungen (siehe oben B. III. 3. b) ee) (2) (b) der Gründe) vorgetragen, dass die strittige Regelung zur

Freistellung und Kürzung der Bezüge sich von Anfang an in dem ihm vorgelegten Vertrag befunden habe und Verhandlungen hierüber nicht stattgefunden hätten. Der Vertrag sei ihm beiläufig zur Unterschrift vorgelegt worden, als er seine Tätigkeit bereits aufgenommen habe; über keine einzige Vertragsklausel hätten die Parteien gesprochen. Zuletzt mit Schriftsatz vom 11. Juli 2011 hat der Kläger dargelegt, dass er in der noch laufenden Saison 2007/2008 von seinem damaligen Verein am 9. Februar 2008 gewechselt und bereits den 19. Spieltag ohne unterschriebenen Vertrag oder Vorlage eines Vertragsentwurfs absolviert habe. Dieser sei erst am 22. Februar 2008 vorgelegt und vom Kläger sofort unterschrieben worden.

- 138 (2) Die fehlende Substanziertheit des Beklagtenvortrags zum “Aushandeln“ im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 3 BGB (siehe oben B. III. 3) b) ee) (2) (a) und (d) der Gründe) hat zum Ergebnis, dass auch ein Einfluss des Klägers auf den Inhalt der Vertragsbedingungen in §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag nicht dargelegt ist. Mangels konkreter Angaben zum Verhandlungsablauf und dem Inhalt der Vertragsverhandlungen lässt sich ein solcher Einfluss nicht ausmachen.
- 139 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.
- 140 Grundsätzlich sind Verträge bindend, dies gehört zu den Grundelementen des Vertragsrechts (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 ; 11. Februar 2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 ). Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen der Inhaltskontrolle (vgl. BAG, 11. Oktober 2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ). Dies gilt auch im Fall des Annahmeverzugs, wenn sich der Arbeitgeber mit der Suspendierung eine Kürzung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts vorbehält.
- 141 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.
- 142 aa) Entgegen der Ansicht des Klägers ergibt sich eine Unwirksamkeit von §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag nicht schon aus einer Unwirksamkeit der in §6 Abs. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag enthaltenen Regelung, dass der Beklagte den Kläger jederzeit von der Erbringung seiner Arbeitspflicht freistellen kann. Dabei kann offen bleiben, ob eine solche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung wegen unangemessener Benachteiligung im Sinne des §307 Abs. 1 Satz 1, Abs.

2 Nr. 2 BGB unwirksam ist (vgl. dazu ErfK/Preis, a.a.O., §611 BGB Rn. 568; HK-ArbR/Boemke, a.a.O., §611 BGB Rn. 394, jeweils m.w.N.). Denn diese Bestimmung ist teilbar von den nachfolgenden Vertragsbedingungen zu den Vergütungsleistungen des Beklagten im Falle einer Freistellung

- 143 (1) Die Teilung von Vertragsklauseln in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil kommt nur in Betracht, wenn der unzulässige Teil eindeutig abgetrennt werden kann. Voraussetzung ist eine inhaltlich und sprachlich teilbare Klausel, die ohne ihre unzulässigen Bestandteile mit ihrem zulässigen Inhalt aufrechterhalten werden kann. Gegenstand der Inhaltskontrolle sind dann jeweils verschiedene, nur formal verbundene Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine nach ihrem Wortlaut eindeutig einheitliche Regelung darf nicht in mehrere selbstständige Regelungen zerlegt werden (vgl. BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA 2010, 457 ; 23. September 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 ).
- 144 (2) Die Regelung der Vergütungsfolgen einer Freistellung lässt sich von der Regelung der Voraussetzungen einer Freistellung sowohl sprachlich als auch inhaltlich ohne weiteres trennen. §6 Abs. 3 Satz 2 bis §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag behalten auch ohne ein Recht des Beklagten zur jederzeitigen Freistellung ihren Anwendungsbereich. Im Hinblick darauf ist ihre Zulässigkeit gemäß §308 Nr. 4 BGB getrennt von §6 Abs. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag zu beurteilen.
- 145 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. April 2006, 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149 ; 13. Juni 2006, 5 AZR 564/07, NZA 2007, 974 ).
- 146 §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag regelt den Wegfall der Punktprämie im Fall einer Freistellung des Klägers. Bei einer Suspendierung durch den Beklagten verliert er einen Teil seiner vereinbarten Vergütung. Damit verfolgt der Beklagte das gleiche Ziel wie mit anderen Bestimmungsrechten, insbesondere der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen und einem Widerrufsvorbehalt. Allein aufgrund der von ihm veranlassten Freistellung soll der Kläger die bisher gezahlte Vergütung nicht mehr in vollem Umfang erhalten. Ein derartiger einseitiger Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Erfüllung der Hauptleistungspflicht fällt in den Anwendungsbereich des §308 Nr. 4 BGB. Durch die Freistellung wird direkt in die Höhe des im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehenden, vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts eingegriffen. Die Freistellung ist zugleich die Ausübung des Änderungsvorbehalts. Sie hat unmittelbar den Wegfall der

Punktprämie zur Folge.

- 147 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 ; 11. Februar 2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ).
- 148 (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. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 ; 11. Oktober 2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 ; 11. Februar 2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ; 20. April 2011, 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796 ).
- 149 (a) Die Änderungsklausel darf als solche den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligen. Sie hat sich auf die Fälle zu beschränken, in denen ein anzuerkennender Sachgrund besteht, die versprochene Leistung des Arbeitgebers anders zu bestimmen (vgl. BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ). Die Änderung darf nicht grundlos erfolgen und muss nach der gebotenen Interessenabwägung dem Arbeitnehmer zumutbar sein. Im Grundsatz hat der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkanntes Interesse daran, bestimmte Leistungen, insbesondere "Zusatzleistungen" flexibel auszugestalten. Dadurch darf aber das Wirtschaftsrisiko des Unternehmers nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Eingriffe in den Kernbereich des Arbeitsvertrags sind nach der Wertung des §307 Abs. 2 BGB nicht zulässig. Die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Widerrufs ist insofern heranzuziehen. Der Vertragsinhaltsschutz gemäß §2 KSchG kann als Maßstab dienen (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 ; 11. Oktober 2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 ).
- 150 (b) Die Änderungsregelung muss klar und verständlich sein (§307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Bestimmung muss selbst erkennen lassen, dass die Änderung nicht ohne Grund erfolgen darf. Der Maßstab der §307 Abs. 1 und 2, §308 Nr. 4 BGB muss im Text der Klausel zum Ausdruck kommen. Der Sachgrund muss in der Klausel in einer Weise konkretisiert werden, die für den Arbeitnehmer deutlich macht, was gegebenenfalls auf ihn zukommt. Der Arbeitnehmer muss erkennen können, unter welchen Voraussetzungen er mit einer Änderung zu rechnen hat (vgl. zuletzt BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ; 20. April 2011, 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796 ).

- 151 (c) Für die nach §§307 ff. BGB vorzunehmende Inhaltskontrolle ist unerheblich, ob objektiv betrachtet Sachgründe für die einseitige Änderung in Betracht kommen, die für den Arbeitnehmer nicht unzumutbar sind. Entscheidend ist allein, was der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingung im Text der Vorbehaltsbestimmung zum Ausdruck gebracht hat. Bei der Angemessenheitskontrolle ist deshalb nicht auf die Gründe abzustellen, aus denen die Änderung im konkreten Fall erfolgt, sondern auf die Möglichkeiten, die das vorformulierte Änderungsrecht dem Arbeitgeber einräumt. Die Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruht auf der typisierenden Betrachtung einer Klausel, die ohne Rücksicht auf individuelle Besonderheiten der Vertragsparteien und des konkreten Einzelfalls vorzunehmen ist. Die gesetzlichen Vorschriften der §§305 ff. BGB missbilligen bereits, dass inhaltlich unangemessene Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt werden, nicht erst den unangemessenen Gebrauch einer Klausel im Einzelfall. Auch solche Klauseln sind unwirksam, die in ihrem "Übermaßteil" in zu beanstandender Weise ein Risiko regeln, das sich im Entscheidungsfall nicht realisiert hat (vgl. BAG, 11. Februar 2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZARR 2010, 457 ; 22. Juli 2010, 6 AZR 847/07, NZA 2011, 634 ).
- 152 (2) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag unwirksam.
- 153 (a) Durch die Befugnis, die Punktprämie im Falle einer Freistellung nicht mehr zu zahlen, wird in einem erheblichen Umfang in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen. Die Punktprämie ist Bestandteil des für die Arbeitsleistung des Klägers zu zahlenden, im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Arbeitsentgelts (siehe oben B. III. 2. c) aa) der Gründe). Bei einem Betrag von 2.000,00 Euro brutto pro Meisterschaftspunkt konnte die Lizenzmannschaft des Beklagten in der 2. Fußballbundesliga bei 18 teilnehmenden Vereinen und 34 Spielen in der Saison 2009/2010 theoretisch 102 Punkte erzielen, was einer Punktprämie von 204.000,00 Euro entspräche. Unter Hinzurechnung der übrigen beiden Vergütungsbestandteile (Grundgehalt von 13.500,00 Euro brutto im Monat entspricht 162.000,00 Euro brutto im Jahr; geldwerter Vorteil der Privatnutzung von 678,70 Euro brutto im Monat entspricht 8.144,40 Euro brutto im Jahr) ergibt sich eine Gesamtvergütung von 374.144,40 Euro brutto für die Saison 2009/2010, an der die Punktprämie einen Anteil von rund 54,5% hat.
- 154 Unter Zugrundelegung des Ergebnisses in der Saison 2009/2010, in der die Mannschaft des Beklagten 51 Meisterschaftspunkte erzielte, ergibt sich ein prozentualer Anteil der Punktprämie von 102.000,00 Euro brutto an der sich daraus errechnenden Gesamtvergütung von 272.144,40 Euro brutto in Höhe von 37,2%. Für die Saison 2010/2011 beträgt die Punktprämie bei 39 Meisterschaftspunkten 78.000,00 Euro brutto, welche an der daraus ermittelten Gesamtvergütung von 248.144,40 Euro brutto noch einen Anteil von 31,4% hat.

- 155 In allen drei Berechnungsszenarien führt die mit der Freistellung verbundene einseitige Kürzung der Vergütung allein durch den Entfall der Punktprämie zu einem Verlust bei der Gesamtvergütung von mehr als 30%. Sie liegt damit oberhalb der Grenze von 25%, die für den im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden widerruflichen Teil des Gesamtverdienstes nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts besteht (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 ; 11. Oktober 2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 ). Allein dieser Eingriff in das Synallagma steht einer einseitigen Änderung grundsätzlich entgegen. Sie ist für einen Arbeitnehmer unzumutbar.
- 156 Soweit der Beklagte darauf verweist, die Angemessenheit der Kürzung könne nicht nach den jeweils wechselnden Punktständen in der Meisterschaft jedes Jahr neu beurteilt werden, steht dies einer Unwirksamkeit des §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag gerade nicht entgegen. Es kommt bei einer typisierenden Betrachtungsweise nicht darauf an, wie die Klausel sich im konkreten Fall auswirkt, sondern welche Möglichkeit zur Entgeltkürzung sie dem Arbeitgeber bietet. Genau das Übermaß an Einschränkung der Gesamtvergütung, das dem Beklagten durch die Suspendierung des Trainers zur Verfügung steht, ist für diesen unzumutbar.
- 157 (b) Allerdings handelt es sich bei §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag nicht um einen "klassischen" Widerrufsvorbehalt in dem Sinn, dass das Arbeitsentgelt für die tatsächlich geleistete Arbeit gekürzt wird. Vielmehr regelt die Bestimmung die Höhe der im Falle der Freistellung aus Annahmeverzug gemäß §615 Satz 1 BGB zu zahlenden Vergütung. §615 Satz 1 BGB ist aber dispositiv. Dies ergibt sich aus §619 BGB, der die Regelung über den Annahmeverzug nicht nennt (vgl. BAG, 5. September 2002, 8 AZR 702/01, NZA 2003, 973 ; 10. Januar 2007, 5 AZR 84/06, NZA 2007, 384 ; ErfK/Preis, a.a.O., §615 BGB Rn. 8; HK-ArbR/Waas/Polonka, a.a.O., §615 BGB Rn. 37). §615 Satz 1 BGB kann demnach durch individualrechtliche Vereinbarung ausgeschlossen werden. Jedoch darf der Arbeitgeber das Entgeltrisiko nicht vollständig auf den Arbeitnehmer verlagern (vgl. BAG, 10. Januar 2007, a.a.O.). Eine Vereinbarung muss eindeutig und klar sein (vgl. BAG, 22. April 2009, 5 AZR 310/08, NZA 2009, 913 ), was erst recht bei einem Ausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt (vgl. BAG, 9. Juli 2008, 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407 ).
- 158 (c) Angesichts des hohen Gerechtigkeitsgehalts der Vorschrift bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer formularmäßigen Abbedingung des §615 BGB. In dieser Norm kommt eine elementare Gerechtigkeitsvorstellung zum Ausdruck (ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 82, §615 BGB Rn. 8). Es ist anerkannt, dass ein Abweichen von dieser Vorschrift zum Nachteil des Arbeitnehmers in Formulararbeitsverträgen eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des §307 Abs. 1 Satz 1 BGB sein kann (vgl. BAG, 7. Dezember 2005, 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423 ; 10. Januar 2007, 5 AZR 84/06, NZA 2007, 384 ). Ein einseitiges Recht des Arbeitgebers, jederzeit die Arbeitspflicht und damit den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers zu bestimmen, ist mit wesentli-

chen Grundgedanken der §611, §615 BGB nicht zu vereinbaren und gefährdet den Vertragszweck des Arbeitsverhältnisses, als Dauerschuldverhältnis regelmäßige Ansprüche auf Arbeitsleistung und Vergütung zu begründen (§307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB) (vgl. BAG, 9. Juli 2008, 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407 ). Anders ist dies im Fall eines in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten Ruhens der Arbeitspflicht für einen vorher bestimmten Zeitraum zu sehen (vgl. BAG, 10. Januar 2007, a.a.O.; 9. Juli 2008, a.a.O.).

- 159 (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. Dezember 2005, 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423 ). 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. Die einseitige Freistellung, die zugleich eine Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht darstellt, rechtfertigt keinen weitergehenden Eingriff in die vertraglich vereinbarte Vergütung. Für die Zumutbarkeit einer solchen Regelung im Sinne des §308 Nr. 4 BGB sind keine Gründe ersichtlich.
- 160 (aa) Der Beklagte will sich hier das Recht vorbehalten, mit einer Freistellung die geschuldete Vergütung in erheblichen Umfang zu senken. Der Arbeitgeber kann aber grundsätzlich nicht unter Wegfall der vereinbarten Vergütungspflicht suspendieren, selbst wenn der dafür erforderliche aner kennenswerte Grund besteht (vgl. dazu BAG, 15. Juni 1972, 2 AZR 345/71, AP BGB §628 Nr. 7; 19. August 1976, 3 AZR 173/75, AP BGB §611 Beschäftigungspflicht Nr. 4; zu Suspendierungsgründen bei Fußballtrainern vgl. Busch, a.a.O., S. 213 ff.). Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht kommt ihm nicht zu (vgl. BAG, 4. Juni 1964, 2 AZR 310/63, AP BGB §626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13; ErfK/Preis, a.a.O., §611 BGB Rn. 567). Das gilt auch bei einem Fußballtrainer (Busch, a.a.O., S. 223 f.). In Betracht gezogen wird ein dahin gehendes Recht des Arbeitgebers nur bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers (z. B. Tötlichkeiten gegenüber dem Arbeitgeber, dringender Verdacht des sexuellen Missbrauchs von Kleinkindern in einer Kindertagesstätte durch einen Erzieher). Vorausgesetzt wird dabei ein Verhalten, dass noch schwerer wiegt als ein für eine außerordentliche Kündigung erforderlicher "wichtiger Grund" (vgl. BAG, 26. April 1956, GS 1/56, AP MuSchG §9 Nr. 5; 29. Oktober 1987, 2 AZR 144/87, NZA 1988, 465 ; LAG Hamm, 14. Juli 2005, 15 Sa 508/05, juris). Ansonsten bleibt dem Arbeitgeber nur die Wahl zwischen voller Lohnzahlung oder (fristloser) Kündigung (ErfK/Preis, a.a.O.)
- 161 Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Vergütung nur teilweise entfallen soll, ist dies angesichts des Anteils der Punktprämie an der Gesamtvergütung nicht



zu rechtfertigen. §615 Satz 1 BGB sieht unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten gerade dies nicht vor. Der Arbeitgeber soll, obwohl er seine Beschäftigungspflicht aus dem Arbeitsvertrag nicht erfüllt, nicht auch noch weniger zahlen müssen. Die Meinung des Beklagten, es handele sich bei §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag um einen "gerechten Ausgleich", ist mit der Gesetzeslage nicht zu vereinbaren. Eine solche "Gerechtigkeit" ist §615 Satz 1 BGB fremd und nicht zu entnehmen. Der Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer nicht beschäftigt, soll gerade den vereinbarten Lohn zahlen, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung der ausgefallenen Arbeit verpflichtet ist.

- 162 (bb) Etwas anderes ergibt sich nicht unter Berücksichtigung des Vortrags des Beklagten, der Kläger sei ein erfahrener und schon lange im Fußballgeschäft tätiger Trainer und wisse, dass der Job sehr schnell beendet sein könne. Gerade in diesem sensiblen Bereich könne es diverse Gründe geben, warum es nach Auffassung der Vereinsführung zur Freistellung kommen müsse, weil die Ziele gefährdet und mit einem neuen Trainer noch zu erreichen seien. Letzteres mag eventuell als besonderer Grund eine einseitige Suspendierung rechtfertigen (vgl. dazu Busch, a.a.O., S. 214 f.). Gründe für eine erhebliche, über die bisher in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannten Grenzen hinaus gehende einseitige Kürzung der Arbeitsvergütung ergeben sich weder daraus noch aus der Erfahrung des Arbeitnehmers in einem bestimmten Geschäftsbereich. Unabhängig davon, welchen Grenzen das Suspendierungsrecht gegenüber dem Cheftrainer einer Lizenzmannschaft in der ersten und zweiten Fußballbundesliga unterliegt, ist es nicht gerechtfertigt, nur aufgrund einer mehr oder weniger rechtmäßigen Praxis der Freistellung von Trainern in diesem Bereich ihnen auch noch eine massive Kürzung der Vergütung zuzumuten.
- 163 (cc) Der Unzumutbarkeit steht nicht entgegen, dass dem Kläger eine hohe Vergütung als Grundgehalt gezahlt wird und er zudem in einer leitenden sowie für den Erfolg des Beklagten entscheidenden Position im Verein tätig war. Beides ist keine Begründung für die vom Beklagten beabsichtigten Kürzungen. Selbst bei einem Chefarzt hat das Bundesarbeitsgericht vor Einführung der AGB-Kontrolle im Falle einer üblichen Anpassungs- und Entwicklungsklausel eine grundlegende Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung nur bis zu einer Grenze von 25% bei Einnahmen aus dienstlicher Tätigkeit akzeptiert und lediglich eine weitergehende Kürzung bis zu 40% für Einnahmen aus genehmigter Nebentätigkeit als zulässig angesehen (vgl. BAG 28. Mai 1997, 5 AZR 125/96, NZA 1997, 1160).
- 164 Bei der Punktprämie handelt es sich um einen Bestandteil der im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistungspflicht des Klägers stehenden Vergütungspflicht des Beklagten, d. h. um Einnahmen aus "dienstlicher" Tätigkeit. Zugleich wird aus der vorgenannten Chefarztentscheidung deutlich, dass hohe Einkünfte allein dem Arbeitgeber keine Berechtigung verschaffen, seine geschuldete Gegenleistung einseitig über die allgemein anerkannte Grenze von 25% hinaus zu kürzen.

- 165 (dd) Die Ausgestaltung der Punktprämie als Erfolgsprämie rechtfertigt nicht ihren ersatzlosen Wegfall. Soweit der Beklagte darauf verweist, dass diese dem neuen Cheftrainer gezahlt werden müsse, und es weder ausgewogen noch gerecht sei, sie an den freigestellten Cheftrainer zu zahlen, der auf die Mannschaft und den von ihr erzielten Erfolg keinen Einfluss mehr habe, rechtfertigt diese Ansicht kein anderes Ergebnis. Es erscheint nicht zwingend, dass die bisherige Arbeit eines aus welchen Gründen auch immer suspendierten Trainers völlig ohne Auswirkung auf den späteren Erfolg einer Mannschaft ist. Die Trainertätigkeit reduziert sich nicht auf die Vorbereitung, Betreuung und Nachbereitung eines Spiels, sondern umfasst auch die Zusammensetzung des Mannschaftskaders und die Entwicklung und Umsetzung der Spielkultur einer Mannschaft über einen längerfristigen Zeitraum. Ein neuer Trainer baut darauf auf.
- 166 Die Tatsache, dass der Kläger als Trainer nicht mehr arbeiten muss, beruht im Übrigen allein auf der Entscheidung des Beklagten, ihn nicht mehr zu beschäftigen. Eine "Erfolglosigkeit" des Trainers als Grund der Suspendierung ist unerheblich, weil der Arbeitnehmer keinen bestimmten Erfolg seiner Tätigkeit schuldet (vgl. statt aller ErfK/Preis, a.a.O., §611 BGB Rn. 683; für Fußballtrainer: Busch, a.a.O., S. 296). Das wirtschaftliche Risiko aus der Tätigkeit des Klägers, nämlich dessen "Erfolglosigkeit" bei den Bemühungen, die Mannschaft sportlich und daraus folgend auch wirtschaftlich erfolgreich zu trainieren, trägt allein der Beklagte als Arbeitgeber. Deshalb ist es nach §615 Satz 1 BGB von Gesetzes wegen gerade gerecht und ausgewogen, die vereinbarte Vergütung trotz Freistellung zu zahlen unabhängig davon, ob ein anderer Arbeitnehmer für die Funktion nunmehr beschäftigt wird und zu bezahlen ist.
- 167 (ee) Die aus der Verpflichtung zur Zahlung der Punktprämie an beide Trainer resultierende Doppelbelastung für den Beklagten rechtfertigt nicht ihren Wegfall beim freigestellten Trainer. Dies gehört wie bei jedem anderen Arbeitgeber zum Wirtschaftsrisiko eines Fußballvereins. Die aus der Neuverpflichtung eines Trainers resultierenden zusätzlichen Kosten hat deswegen der Verein zu tragen, die Abwälzung auf den freigestellten Trainer entspricht nicht dem gesetzlichen Leitbild des §615 Satz 1 BGB und ist für ihn unzumutbar.
- 168 Es ist nicht zu verkennen, dass die wirtschaftliche Belastung angesichts der Entwicklung der Vergütungen für Spieler und Trainer im Profifußball erhebliche Ausmaße für die Vereine hat. Sie sind allerdings mit dafür verantwortlich, dass solche Spieler- und Trainergehälter vereinbart und gezahlt werden. Des Weiteren handelt es sich zwar bei Spielern und Trainern jedenfalls in den ersten beiden Fußballbundesligen nicht um sozial schutzbedürftige Arbeitnehmer im klassischen Sinn, was im Rahmen der Zumutbarkeit grundsätzlich zu berücksichtigen ist. Jedoch ist es nicht gerechtfertigt, unter Außerachtlassung des Grundsatzes, dass vereinbarte Verträge einzuhalten sind, die Grenze von 25% für ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegtes Recht des Arbeitgebers, die dem Arbeitnehmer als Gegenleistung zugesagte Vergütung einseitig

zu kürzen, auch im Fall der Suspendierung zu überschreiten. Die in §615 BGB als gerecht geregelte Verteilung des Wirtschaftsrisikos, das im Profifußball in dem sportlichen Erfolgsrisiko besteht, wird nicht durch den mehr oder minder sachlich begründeten Willen eines Fußballvereins beseitigt, einen Trainer nicht mehr zu beschäftigen. Das ist für einen Trainer nicht zumutbar.

- 169 (ff) Soweit der Beklagte anführt, eine Freistellung bis zum Ende der Vertragslaufzeit über einen Zeitraum wie im vorliegenden Fall sei selten, in der Regel komme es vorher zu einer Vertragsaufhebung gegen Abfindung, handelt sich um einen konkreten Sachverhaltszustand, der im Rahmen der typisierend vorzunehmenden AGB-Kontrolle keine Rolle spielt. Es ist nicht erkennbar, inwieweit dies die Kürzungsregelung in §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag rechtfertigen kann.
- 170 (e) Darüber hinaus ergibt sich die Unwirksamkeit von §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag aus einem zu weitgehend vorbehaltenen Kürzungsrecht des Beklagten, was zugleich dazu führt, dass der Sachgrund der Kürzung für den Kläger nicht erkennbar ist
- 171 (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 aner kennenswerten Grund erfolgen. Nur für diese Fälle könnte im Hinblick auf die Dispositivität des sich aus §615 Satz 1 BGB ergebenden Grundsatzes der teilweise Verlust von im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütungsbestandteilen berechtigt sein, soweit nicht mehr als 25% der Gesamtvergütung dadurch entfällt. Nach §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag kann aber jede selbst grundlose Freistellung und jeder für eine Suspendierung nicht anzuerkennende Anlass zum Verlust der Punktprämie führen. Im Ergebnis bedarf es für die Vergütungskürzung keines Sachgrundes. Das ist zu weitgehend und für einen Arbeitnehmer unzumutbar.
- 172 (bb) Für den Arbeitnehmer ist dann zudem nicht erkennbar, aus welchem Sachgrund heraus über die Tatsache der Freistellung hinaus eine Kürzung der Punktprämie erfolgen soll. Die vom Beklagten allgemein angeführten "sportlichen Gründe" sind der Klauselfassung nicht zu entnehmen und werden nicht gemäß §310 Abs. 3 Nr. 3 BGB durch eine dem Kläger bei Vertragsschluss ggf. geläufige gängige Praxis ersetzt, Trainer wegen "sportlicher Erfolglosigkeit" jederzeit freizusetzen. Mögen auch keine hohen Anforderungen an den Grund für die Suspendierung eines Trainers bestehen (vgl. Busch, a.a.O., S. 214 f.; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Auflage 2009, §186 Rn. 35), entbindet dies den Verein nicht davon, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen diesen Grund der Richtung nach anzugeben, wenn er ihn zugleich zur Grundlage der Kürzung von Vergütungsbestandteilen machen will.
- 173 (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.

- 174 f) Die Besonderheiten des Arbeitsrechts (§310 Abs. 4 Satz 2 BGB) rechtfertigen keine Abweichung von der vorstehend getroffenen Grenzziehung für einseitige Leistungsvorbehalte des Arbeitgebers betreffend die Verpflichtung zur Zahlung von Arbeitsvergütung.
- 175 aa) Maßgeblich sind insoweit nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Besonderheiten des Arbeitslebens, d. h. alle dem Arbeitsverhältnis innewohnenden Besonderheiten (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 14. August 2007, 9 AZR 18/07, NZA 2008, 1194 ; 23. September 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 ; 23. September 2010, 3 AZR 557/08, NZA 2011, 206 ). Weder erfasst diese Norm nur rechtlich besonders ausgestaltete Arbeitsverhältnisse, noch muss die Norm ausschließlich auf Arbeitsverträge anwendbar sein, sofern sie sich nur auf dem Gebiet des Arbeitsrechts besonders auswirkt (vgl. BAG, 4. März 2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727 ).
- 176 bb) Anders als kurze Fristen zur Geltendmachung von Rechtspositionen (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ) oder Anrechnungsvorbehalte bei übertariflichen Zulagen (vgl. BAG, 1. März 2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006,746 ) stellen Kürzungsvorbehalte bei Freistellungen keine arbeitsrechtliche Besonderheit dar, unabhängig davon, ob sie im Profifußball verbreitet sind oder nicht. Der nötigen Flexibilisierung wird bereits dadurch Rechnung getragen, dass die Vertragsparteien in vorformulierten Vereinbarungen die Möglichkeit haben, die Leistung des Arbeitgebers unter einen Änderungsvorbehalt zu stellen, wenn die typisierten Sachgründe für den Widerruf bereits in der Vertragsklausel benannt werden und die für den Umfang der Kürzung vorgesehenen Grenzen eingehalten werden. Ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht besteht ansonsten, wenn die Höhe des Arbeitsentgelts betroffen ist, nicht (vgl. BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ).
- 177 g) Eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Bestimmung des §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag scheidet aus. Unwirksame Klauseln sind grundsätzlich nicht auf einen Regelungsgehalt zurückzuführen, der im Einklang mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen steht. §306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor (vgl. BAG, 28. November 2007, 5 AZR 992/06, NZA 2008, 293 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ).
- 178 Auch eine teilweise Wirksamkeit scheidet in diesem Zusammenhang aus. Sie ist hier nicht durchführbar. Die Teilung von §6 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil kommt bei Anwendung der hierfür maßgeblichen Grundsätze (siehe B. III. 3. e) aa) (1) der Gründe) nicht in Betracht. Der Anspruch auf Punktprämie soll ersatzlos bei jeder Freistellung entfallen. Das lässt sich nicht auf einen sprachlich und inhaltlich teilbaren Teil eines nur begrenzten Wegfalls dieser Zahlung zurückführen, wonach hierfür ein

Sachgrund bestehen muss und eine Grenze von 25% nicht überschritten werden darf.

- 179 Die salvatorische Klausel des §10 Arbeitsvertrag führt zu keinem anderen Ergebnis. §306 Absatz 2 BGB kann nicht durch eine formularmäßige Klausel abbedungen werden. Diese ist selbst nach §307 Abs. 1 Satz 1, §307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ). Sie unterläuft das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion und nimmt dem Arbeitgeber als Klauselverwender das Risiko der Unwirksamkeit seiner Bestimmungen. Erst dieses Risiko der Totalunwirksamkeit zwingt mangels anderer Möglichkeiten den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Verwendung angemessener Klauseln (vgl. ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 95). Außerdem fehlt ihr die erforderliche Transparenz (§307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Rechte und Pflichten des Vertragspartners werden nicht möglichst klar und durchschaubar geregelt (vgl. BAG, a.a.O.). Es bleibt offen, aus welchem Grund und in welchem Umfang Prämienansprüche entfallen können.
- 180 h) Entgegen der Ansicht des Beklagten kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht. Sie setzt voraus, dass die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und das Unterbleiben der Ergänzung des Vertrags keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragsparteien Rechnung tragende Lösung bietet (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 ; 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ). Das ist vorliegend nicht der Fall. §615 BGB enthält eine den typischen Interessen von Arbeitsvertragsparteien Rechnung tragende gerechte Verteilung des Wirtschaftsrisikos. Für den Profifußball sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, welche eine abweichende Beurteilung rechtfertigen können.
- 181 Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt allerdings unter den Umständen in Betracht, in denen das Gesetz vorsieht, dass ein Verstoß gegen die Schutzvorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausnahmsweise Auswirkungen auf den Bestand des Vertrags hat. Das ist gemäß §306 Abs. 3 BGB der Fall, wenn das Festhalten am Vertrag für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte darstellen würde (vgl. BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; 14. Januar 2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666 ). Eine solche unzumutbare Härte ist nicht ersichtlich. Eine krasse Störung des Gleichgewichts ist nicht gegeben. Zwar ist die erhebliche wirtschaftliche Belastung nicht zu verkennen. Der Beklagte hat jedoch diese Vergütungsregelung vereinbart. Lediglich die Aufstiegsprämie war nicht von ihm vorgesehen. Er hatte es in der Hand, entweder durch andere Vergütungsbedingungen oder durch eine lediglich anteilige Kürzung der Punktprämie die durch die Dispositivität des §615 BGB grundsätzlich im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen bestehenden Gestaltungsspielräume in rechtlich einwandfreier Weise zu nutzen.
- 182 4. Es liegt schließlich weder ein Verzicht des Klägers auf die Geltendmachung der Forderung noch eine - vom Beklagten erstinstanzlich geltend gemachte -

Verwirkung vor.

- 183 a) Der Beklagte hat sich darauf berufen, im Rahmen der Auseinandersetzung um den Einbehalt, den er vom Grundgehalt des Klägers wegen der Beschädigung des Dienstwagens vorgenommen hatte, sei es zu einer Übereinkunft gekommen, dass mit der Zahlung des Betrages alle Forderungen des Klägers erledigt seien. Das Vorbringen hierzu ist widersprüchlich und unsubstanziert.
- 184 Zunächst fehlt es an einer zeitlichen Konkretisierung dieser angeblichen Absprache. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass die Auseinandersetzung um den Einbehalt zeitnah zur Freistellung des Klägers am 13. Mai 2009 erfolgte, da zugleich der Dienstwagen herausgegeben wurde. Wieso zu diesem Zeitpunkt, zu dem möglicherweise die Saison 2009/2010 noch gar nicht begonnen hatte, bereits eine Einigung über den endgültigen Verzicht auf Punktprämie, restliche Aufstiegsprämie und Erstattung des geldwerten Vorteils der Privatnutzung stattgefunden haben soll, hat der Beklagte nicht erläutert. Während er in der ersten Instanz lediglich pauschal zum Streit angab, dass es neben dem Einbehalt um "Vergütungsbestandteile" gegangen sei, hat er in der Berufungsinstanz vorgetragen, der Kläger habe ein höheres Grundgehalt geltend gemacht. Zugleich bestätigt der Beklagte, dass der Kläger seit dem 13. Mai 2009 zu keiner Zeit die Zahlung von Punktprämien oder Nutzungsentschädigung verlangt hat. Wenn solche Forderungen nicht im Streit waren, kann eine Einigung über die anderen strittigen Zahlungen diese grundsätzlich nicht erfassen. Eine klare und eindeutige Vereinbarung, dass auf die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Forderungen für die weitere Zukunft bis zur Beendigung des Vertrags seitens des Klägers verzichtet wird, lässt sich dem Vorbringen des Beklagten nicht entnehmen. Denn einerseits trägt er in der Berufungserwiderung vor, es sollten alle Ansprüche der Gegenpartei erledigt sein, andererseits sollte mit der Zahlung des Einbehalts die Forderungssache sich endgültig erledigt haben. Für das Gericht ist bei diesem unklaren Vorbringen offensichtlich, dass der Beklagte aus einer punktuellen Erledigung eines konkreten Streits ohne tatsächliche Grundlage eine umfassende Erledigung herleiten will.
- 185 b) Eine Verwirkung gemäß §242 BGB scheidet aus.
- 186 aa) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und dient dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit. Sie hat nicht den Zweck, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Es müssen vielmehr zum Zeitablauf besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (vgl. BAG, 17. Februar 1988, 5 AZR 638/86, NZA 1988, 427 ; 20. Juni 1989, 3 AZR 504/87, NZA 1989, 843 ; 25. April 2001, 5 AZR 497/99, NZA 2001, 966 ; 24. Mai 2006, 7 AZR

365/05, EZAÜG §10 AÜG Fiktion Nr. 114; 14. Februar 2007, 10 AZR 35/06, NZA 2007, 690 ). Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen will, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Die Verwirkung dient dem Vertrauensschutz (vgl. BAG, 25. April 2001, a.a.O., 14. Februar 2007, a.a.O.).

- 187 bb) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall scheidet eine Verwirkung aus. Bereits das Zeitmoment ist nicht verwirklicht, weil der Kläger seine Forderungen vor Ablauf der Verjährungsfrist gerichtlich geltend gemacht hat und lediglich eine Untätigkeit über 15 Monate hinsichtlich der nunmehr verlangten Zahlungen vorliegt. Das durch Richterrecht geschaffene Institut der Verwirkung darf in seiner Anwendung nicht dazu führen, dass die gesetzliche Verjährungsregelung in weitem Maße unterlaufen wird. Allgemein gilt der Grundsatz, dass umso seltener Raum für eine Verwirkung sein wird, je kürzer die Verjährungsfrist ist (vgl. BGH, 6. Dezember 1988, XI ZR 19/88, NJW-RR 1989, S. 818 ; 11. Februar 1992, VI ZR 133/91, NJW 1992, S. 1755 ; 26. Mai 1992, VI ZR 230/91, NJW-RR 1992, S. 1240).
- 188 Auch das Umstandsmoment liegt nicht vor. Der Kläger hat, wie der Beklagte zu Recht, jedoch mit unzutreffender Wertung darlegt, sich darauf beschränkt, die monatlichen Grundgehaltszahlungen entgegenzunehmen. Punktprämien oder Nutzungsentschädigung hat er dagegen nicht verlangt. Irgendwelche konkreten weiteren Umstände, aus denen sich ableiten lässt, dass der Kläger seine Forderungen nicht mehr geltend machen wollte, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Insbesondere das Schiedsverfahren wegen des Einbehalts aus der Beschädigung des Fahrzeugs gibt dafür aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte. Ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass der Kläger nicht mehr gegen ihn vorgehen würde, konnte beim Beklagten aufgrund dieses Geschehensablaufs nicht entstehen. Bloße Untätigkeit führt nicht zur Verwirkung.
- 189 IV. Der Kläger besitzt gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung des noch offenen Teils der Aufstiegsprämie in Höhe von 4.166,67 Euro brutto gemäß §611 BGB in Verbindung mit §3 Nr. 3 Arbeitsvertrag.
- 190 1. Der Beklagte hat sich aufgrund 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. Auf eine tatsächliche Tätigkeit des Klägers kommt es ausweislich des Wortlauts der Bestimmung nicht an, so dass die Freistellung ab 13. Mai 2009 vorbehaltlich einer wirksamen abweichenden Vereinbarung grundsätzlich keinen Einfluss auf die Zahlungsverpflichtung hat. Nur der Bestand des Vertrags zum Zeitpunkt des Aufstiegs ist entscheidend.
- 191 2. Der Anspruch des Klägers ist nicht durch §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag

ausgeschlossen, wonach die Aufstiegsprämie im Falle der Freistellung nur zeitan-  
teilig gezahlt wird. Diese Regelung ist gemäß §308 Nr. 4 BGB unwirksam.

- 192 a) Dass entgegen der Ansicht des Beklagten §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag All-  
gemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. oben  
B. III. 3. b) der Gründe) bzw. einmalig gestellte Bedingungen, die mangels Ein-  
flussmöglichkeit des Klägers gemäß §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einer AGB-Kontrolle  
unterliegen (vgl. oben B. III. 3. c) der Gründe), sind, wurde bereits festgestellt.  
Der von dem Beklagten behauptete bloße Zusammenhang mit einer vom Kläger  
geforderten Aufstiegsprämie ändert daran nichts. Da er sich nicht mit dem kon-  
kreten Vortrag des Klägers zur Vorlage und Unterzeichnung des Vertrags, der  
im Gegensatz zu einem Aushandeln bzw. einer Einflussnahme steht, sowie zu  
einer fehlenden Bevollmächtigung des Beraters D1 und des Rechtsanwalts K1  
substanziert auseinandersetzt, führt sein Vorbringen nicht dazu, eine ausgehan-  
delte Bedingung im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 3 BGB oder die Möglichkeit einer  
Einflussnahme im Sinne des §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB anzunehmen. Es verbleibt  
dabei, dass weiterhin nicht erkennbar ist, dass diese Klausel inhaltlich zur Dis-  
position stand.
- 193 Es handelt sich bei §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag zudem um eine abweichende  
Regelung im Sinne des §307 Abs. 3 Satz 1 BGB, weil ein Vertrag grundsätzlich  
bindend ist.
- 194 b) Inhaltlich handelt es sich um einen Widerrufsvorbehalt bezüglich der Zah-  
lungspflicht, der zwar nicht jederzeit ausgeübt werden kann, jedoch stets mit  
einer Freistellung erfolgt. Dies ist zu weitgehend und unzumutbar im Sinne des  
§308 Nr. 4 BGB.
- 195 aa) Der in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vorbehaltene Widerruf von  
Vergütungsbestandteilen darf nicht grundlos erfolgen, zudem muss die Vertrags-  
klausel zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll.  
Es muss sich aus der Regelung selbst ergeben, dass der Widerruf nicht ohne  
Grund erfolgen darf. Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Ände-  
rungen müssen konkretisiert werden, damit der Arbeitnehmer erkennen kann,  
was gegebenenfalls auf ihn zukommt (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04,  
NZA 2005, 465 ; 11. Oktober 2006, 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 ). Im Rah-  
men einseitiger Leistungsbestimmungsrechte bei Entgeltbestandteilen sind die  
Klauseln so zu formulieren, dass der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss erkennen  
kann, welche Leistungen von der jeweiligen Klausel erfasst werden und unter wel-  
chen Voraussetzungen der Widerruf ausgeübt werden kann (vgl. LAG Hamm,  
11. Mai 2004, 19 Sa 2132/03, NZA-RR 2004, 515 ).
- 196 bb) Dem genügt die Vereinbarung in §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag nicht. Ob  
das in §6 Abs. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag vorbehaltene voraussetzungslose Recht  
des Beklagten zur jederzeitigen Freistellung des Klägers wirksam vereinbart wur-  
de, ist auch hier unerheblich, weil die nachfolgende normierte Kürzung der Auf-



stiegsprämie aufgrund der Teilbarkeit der Regelungen hiervon nicht berührt wird (siehe oben B. III. 3. e) aa) der Gründe). Die Kürzung der Aufstiegsprämie soll nach dem Wortlaut der Klausel bei jeder Freistellung erfolgen. Zwar ergibt sich aus §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag, dass Grund der Kürzung die Freistellung sein soll. Das reicht jedoch für einen Sachgrund nicht aus. Denn jede Freistellung hat eine Verringerung der Aufstiegsprämie zur Folge. Damit wird deren Kürzung nicht von einem Sachgrund abhängig gemacht. Vielmehr führt jede Freistellung, auch die grundlose oder aus einem nicht anzuerkennenden Anlass vorgenommene Suspendierung zum Verlust eines Teils des vereinbarten Vergütungsanspruchs. Das ist für einen Arbeitnehmer unzumutbar. Insoweit gilt hier nichts anderes als bei der einseitigen Kürzung einer Punktprämie im Falle einer Freistellung (vgl. B. III. 3. e) cc) (2) (e) (aa) der Gründe). Für den Kläger ist zudem wie bei der Punktprämie nicht erkennbar, aus welchem Sachgrund heraus über die Tatsache der Freistellung hinaus eine Kürzung der Aufstiegsprämie erfolgen soll (vgl. B. III. 3. e) cc) (2) (e) (bb) der Gründe). Arbeitsrechtliche Besonderheiten, die eine Aufrechterhaltung der Klausel rechtfertigen könnten, bestehen ebenfalls aus den bei der Punktprämie bereits angeführten Gründen nicht (vgl. B. III. 3. f) der Gründe).

- 197 c) Eine geltungserhaltende Reduktion der zu weit gefassten Bestimmung des §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag scheidet aus. Unwirksame Klauseln sind grundsätzlich nicht auf einen Regelungsgehalt zurückzuführen, der im Einklang mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen steht. §306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor. Eine teilweise Wirksamkeit des Kürzungsvorbehalts im Falle der Freistellung scheidet aus. §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag ist nicht so teilbar, dass er ohne seine unzulässigen Bestandteile mit zulässigem Inhalt aufrechterhalten werden kann. Vielmehr enthält er das sowohl inhaltlich als auch sprachlich unbeschränkte Recht des Beklagten, bei jeder Freistellung die Aufstiegsprämie zeitanteilig zu kürzen. Die salvatorische Klausel in §10 Arbeitsvertrag ändert aufgrund ihrer Unwirksamkeit daran nichts (vgl. zum Ganzen B. III. 3. g) der Gründe).
- 198 d) Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt für die nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform und der damit eingeführten AGB-Kontrolle abgeschlossene Regelung des §6 Abs. 4 Satz 3 Arbeitsvertrag nicht in Betracht. Ein Widerrufsvorbehalt in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung muss seit Inkrafttreten der §§305 ff. BGB den formellen Anforderungen von §308 Nr. 4 BGB genügen. Der Verwender muss vorgeben, was ihn zum Widerruf berechtigen soll. Nur dann, wenn die Angabe von Widerrufsgründen in einem vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag fehlt, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht (vgl. zuletzt BAG, 20. April 2011, 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796 ).
- 199 4. Ein Verzicht oder eine Verwirkung liegt aus den zu dem entsprechenden Einwand des Beklagten gegen den Anspruch auf Punktprämie genannten Gründen (siehe im Einzelnen B. III. 4. der Gründe) nicht vor.

- 200 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. Mai 2009 bis 30. Juni 2010 gemäß §611, §275 Abs. 1, §280 Abs. 1 Satz 1, §283 Satz 1, §251 Abs. 1 BGB in Höhe von 9.162,45 Euro brutto.
- 201 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.
- 202 2. Die Pflicht zur Überlassung des Dienstfahrzeugs auch zur privaten Nutzung ist nicht durch §6 Abs. 3 Satz 2 Arbeitsvertrag entfallen, wonach der Kläger das Dienstfahrzeug im Falle einer Freistellung ohne Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich des in der Privatnutzung liegenden geldwerten Vorteils herauszugeben hat. Diese Regelung ist gemäß §308 Nr. 4 BGB unwirksam.
- 203 a) Dass entgegen der Ansicht des Beklagten §6 Abs. 3 und 4 Arbeitsvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des §305 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. oben B. III. 3. b) der Gründe) bzw. einmalig gestellte Bedingungen, die mangels Einflussmöglichkeit des Klägers gemäß §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB einer AGB-Kontrolle unterliegen (vgl. oben B. III. 3. c) der Gründe), sind, wurde bereits festgestellt. Es handelt sich auch um eine abweichende Vereinbarung im Sinne von §307 Abs. 3 Satz 1 BGB, weil die von §615 Satz 1 BGB vorgesehene Höhe der Vergütung im Falle des Annahmeverzugs geändert wird.
- 204 b) Inhaltlich regelt die Klausel einen Widerrufsvorbehalt bezüglich der eingeräumten Privatnutzungsmöglichkeit, der zwar nicht jederzeit ausgeübt werden kann, jedoch stets mit einer Freistellung erfolgt. Dies ist zu weitgehend und unzumutbar im Sinne des §308 Nr. 4 BGB.
- 205 aa) Der Widerruf der Nutzung des Dienstwagens ist nicht schon wegen seines Umfangs unzulässig. Zwar handelt es sich hierbei um einen Bestandteil der Vergütung in Form einer Sachleistung, welche ein typisches Mittel zur Gehaltsfindung ist (vgl. BAG, 9. September 2003, 9 AZR 574/02, NZA 2004, 484 ; 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ). Angesichts ihrer Höhe erreicht sie aber bei weitem nicht die Grenze von 25%, die für die Möglichkeit eines Widerrufs von im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Bestandteilen des Arbeitsentgelts grundsätzlich besteht. Soweit ein sachlicher Grund besteht, bleibt ein Widerruf der privaten Nutzung des Dienstfahrzeugs möglich (vgl. BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZARR 2010, 457 ).
- 206 bb) Die Unwirksamkeit der Regelung folgt aus der in dieser Klausel an keine weitere Voraussetzung gebundenen Möglichkeit des Beklagten, die private Nutzung des Dienstwagens bei einer Freistellung zu widerrufen. Auf die Wirksamkeit des in §6 Abs. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag enthaltenen Freistellungsvorbehalts des

Beklagten kommt es aufgrund der Teilbarkeit der Regelungen (vgl. B. III. 3. e) aa) der Gründe) weiterhin nicht an. Der Verlust der Privatnutzungsmöglichkeit ohne Ausgleich soll nach dem Wortlaut des §6 Abs. 3 Satz 2 Arbeitsvertrag bei jeder Freistellung erfolgen. Hat der Arbeitgeber eine Vorbehaltsbestimmung verwandt, die ihn aus jedem Anlass zum Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens berechtigt, ist das zu weitgehend. Es bedarf keines Sachgrundes, das Recht zur privaten Nutzung jederzeit zu entziehen. Das ist eine den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligende Abweichung von der vereinbarten Vergütungsregelung, die auch unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders unzumutbar ist. Der Verwender könnte nämlich die Bestimmung über den Widerrufsvorbehalt auf die Fälle beschränken, in denen ein anzuerkennender Sachgrund besteht, die Privatnutzung einzustellen (vgl. BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ). Arbeitsrechtliche Besonderheiten, die eine Aufrechterhaltung der Klausel rechtfertigen könnten, bestehen aus den bei der Punktprämie bereits angeführten Gründen nicht (vgl. näher B. III. 3. f) der Gründe).

- 207 c) Eine geltungserhaltende Reduktion der zu weit gefassten Bestimmung des §6 Abs. 3 Satz 2 Arbeitsvertrag scheidet aus. Unwirksame Klauseln sind grundsätzlich nicht auf einen Regelungsgehalt zurückzuführen, der im Einklang mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen steht. §306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor. Eine teilweise Wirksamkeit des Widerrufs der Privatnutzungsmöglichkeit im Falle der Freistellung scheidet in diesem Zusammenhang aus. §6 Abs. 3 Satz 2 Arbeitsvertrag ist nicht so teilbar, dass er ohne seine unzulässigen Bestandteile mit zulässigem Inhalt aufrechterhalten werden kann. Er enthält keine verschiedenen, nur äußerlich zusammengefassten Regelungen. Vielmehr beinhaltet er inhaltlich und sprachlich das unbeschränkte Recht des Beklagten, dem Kläger bei jeder Freistellung die Nutzung des Dienstwagens zu entziehen (vgl. BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ). Die salvatorische Klausel in §10 Arbeitsvertrag ändert angesichts ihrer Unwirksamkeit daran nichts (vgl. B. III. 3. g) der Gründe).
- 208 d) Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt für die nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform und der damit eingeführten AGB-Kontrolle abgeschlossene Regelung des §6 Abs. 3 Satz 2 Arbeitsvertrag nicht in Betracht. Eine ergänzende Auslegung der unwirksamen Widerrufsklausel auf konkret benannte anerkanntswerte Sachgründe für den Widerruf der Dienstwagenüberlassung nähme dem Beklagten das Risiko der unzulässig zu weit gefassten Klausel vollständig und wäre eine Vertragshilfe allein zu seinen Gunsten (vgl. BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ).
- 209 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 Pflichtver-

letzung. 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.

- 210 4. Die Schadenshöhe errechnet sich gemäß §251 Abs. 1 BGB auf der Grundlage der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit als geldwerter Vorteil (vgl. BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ; 19. Mai 2010, 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939 ) mit dem von dem Beklagten monatlich abgerechneten Betrag von 678,70 Euro brutto. Für die 13,5 Monate vom 13. Mai 2009 bis 30. Juni 2010 ergibt sich ein Gesamtbetrag in Höhe von 9.162,45 Euro brutto.
- 211 5. Ein Verzicht oder eine Verwirkung liegt aus den zu dem entsprechenden Einwand des Beklagten gegen den Anspruch auf Punktprämie genannten Gründen (siehe im Einzelnen B. III. 4. der Gründe) nicht vor.
- 212 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 1.640,60 Euro brutto ist dagegen unbegründet.
- 213 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. August 2008) je ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses zu, wenn er in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet. Bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2010 liegt ein Ausscheiden in der ersten Hälfte des Kalenderjahres 2010 vor. Für sechs volle Monate des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Kläger einen Urlaubsanspruch in Höhe von 12 Werktagen für das Jahr 2010 erworben.
- 214 2. Dieser Urlaubsanspruch konnte wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. Juni 2010 nicht mehr gewährt werden, was einen Abgeltungsanspruch des Klägers begründet. Eine Urlaubsgewährung ist entgegen der Ansicht des Beklagten durch die Freistellung ab 13. Mai 2009 nicht erfolgt.
- 215 a) Die Freistellung des Arbeitnehmers zum Zwecke der Gewährung von Erholungsurlaub erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers. Die Erklärung muss für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennen lassen, in welchem Umfang der Arbeitgeber seine Urlaubsansprüche erfüllen will. Zweifel gehen zu Lasten des Arbeitgebers. Denn als Erklärender

hat er es in der Hand, den Umfang der Freistellung eindeutig festzulegen (vgl. BAG, 17. Mai 2011, 9 AZR 189/10, juris). Die Freistellungserklärung muss hinreichend deutlich erkennen lassen, dass eine Befreiung von der Arbeitspflicht zur Erfüllung des Anspruchs auf Urlaub erteilt wird. Die bloße Erklärung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer könne zu Hause bleiben oder sei von der Arbeitspflicht entbunden, genügt nicht, um den Urlaubsanspruch zum Erlöschen zu bringen (vgl. BAG, 24. März 2009, 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 ; 17. Mai 2011, a.a.O.). Denkbar ist, dass der Arbeitgeber ein Annahmeverweigerungsrecht als Gläubiger der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers geltend macht oder als Schuldner eine andere Freistellungserklärung abgibt (vgl. ErfK/Dörner/Gallner, a.a.O., §7 BUrlG Rn. 6). Ist die Erklärung nicht klar genug, ist nicht bestimmbar, ob der Arbeitgeber die geschuldete Leistung oder eine andere Leistung bewirkt oder er nur als Gläubiger auf die Annahme der Arbeitsleistung verzichtet hat (vgl. BAG, 25. Januar 1994, 9 AZR 312/92, NZA 1994, 652; 9. Juni 1998, 9 AZR 43/97, NZA 1999, 80; ErfK/Dörner/Gallner, a.a.O., §7 BUrlG Rn. 7).

- 216 b) Der Beklagte hat weder erst- noch zweitinstanzlich dargelegt, dass mit der Freistellung des Klägers in dieser erforderlichen eindeutigen Art und Weise der dem Kläger zustehende Urlaub gewährt wurde. Eine schriftliche Freistellungserklärung liegt nicht vor. Ebenso wenig ist der Wortlaut der Erklärung vom Beklagten dargelegt worden, mit welcher der Kläger am 13. Mai 2009 freigestellt wurde. Seine Meinung, in einer Freistellung liege eine konkludente Urlaubsgewährung, ist angesichts der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts falsch. Ob kein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer ohne Anrechnung des Urlaubs freistellen möchte, ist irrelevant, wenn der Arbeitgeber dieser Absicht in der Freistellungserklärung nicht den für eine Urlaubsgewährung erforderlichen eindeutigen Ausdruck gibt. Woher dem Kläger eine Anrechnungsmodalität bekannt gewesen sein soll, hat der Beklagte nicht erläutert. Die bloße Hinnahme einer Freistellung ohne Urlaubsabgeltung bei der erstmaligen Beendigung der Trainertätigkeit im Jahr 2005 lässt das nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit erkennen.
- 217 c) Anhaltspunkte für den von dem Beklagten geltend gemachten Rechtsmissbrauch bestehen nicht. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, von sich aus anstelle des Arbeitgebers den Urlaubszeitraum festzulegen. Der Arbeitgeber hat es in der Hand, die Urlaubsgewährung in Fällen langfristiger Freistellungen zu steuern.
- 218 aa) Stellt der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Kündigungserklärung unter Anrechnung auf seinen noch offenen Urlaub von der Arbeitsleistung frei, ist in der Regel davon auszugehen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlässt, im Übrigen die Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ablehnt und so gemäß §293 BGB in Annahmeverzug gerät (vgl. BAG, 6. September 2006, 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36 ). Nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls kann die Auslegung der Freistellungserklärung des Arbeitgebers auch ergeben, dass dem

Arbeitnehmer für die gesamte Dauer der Kündigungsfrist Urlaub erteilt werden soll (vgl. BAG, 14. März 2006, 9 AZR 11/05, AP BUrlG §7 Nr. 32). Des Weiteren ist denkbar, wenn die genaue zeitliche Lage des Urlaubs vom Arbeitgeber nicht festgelegt wird, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Festlegung der zeitlichen Lage der Urlaubstage innerhalb des vorbehaltlos gewährten Freistellungszeitraumes überlassen will und ihm im Übrigen den Abschluss eines Erlassvertrags im Sinne von §397 BGB anbietet, durch den die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aufgehoben werden soll. Dieses Angebot kann der Arbeitnehmer nach §151 BGB annehmen (vgl. BAG, 19. März 2002, 9 AZR 16/01, NJOZ 2001, S. 1319 ).

- 219 In allen Fällen wird der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers dadurch erfüllt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, die konkrete Lage des Urlaubs innerhalb eines bestimmten Zeitraums selbst zu bestimmen (vgl. BAG, 14. März 2006, a.a.O.; 6. September 2006, a.a.O.). Ihm wird bei einer nicht näher bestimmten Urlaubsfestlegung die Konkretisierungsbefugnis bezüglich der zeitlichen Lage innerhalb des Freistellungszeitraums übertragen (vgl. BAG, 9. November 1999, 9 AZR 992/98, juris; 19. März 2002, a.a.O.). Sowohl in diesem Fall wie auch in dem, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die gesamte Zeit der Kündigungsfrist Urlaub gewährt, ist für den Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar, dass er während der restlichen Dauer seines Arbeitsverhältnisses nicht mehr damit rechnen muss, seine Arbeitsleistung zu erbringen (vgl. BAG, 9. November 1999, a.a.O., 14. März 2006, a.a.O.). Ist der Arbeitnehmer damit nicht einverstanden, weil er ein Annahmeverweigerungsrecht geltend macht, hat er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. Unterbleibt eine solche Mitteilung, kann der Arbeitgeber davon ausgehen, der Arbeitnehmer lege die Urlaubszeit innerhalb der Kündigungsfrist selbst fest. Ein späteres Urlaubsabgeltungsverlangen des Arbeitnehmers wäre rechtsmissbräuchlich (§242 BGB) und deshalb nicht begründet (vgl. BAG, 6. September 2006, a.a.O.).
- 220 bb) Die Vereinsführung des Beklagten hat keine dieser zahlreichen Möglichkeiten genutzt, ohne eigene Festlegung des Urlaubszeitraums dem Kläger den Urlaub während der Freistellungszeit zu gewähren und ihm die zeitliche Konkretisierung zu überlassen. Angesichts dieser Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers besteht keine Pflicht des Arbeitnehmers, sich um die Gewährung von Urlaub zu bemühen (unrichtig daher LAG Nürnberg, 29. August 2006, 7 Sa 676/05, LAG BUrlG §7 Nr. 44). Der Arbeitgeber ist Schuldner des Urlaubsanspruchs und hat ihn durch die inhaltlich hinreichend deutliche Erklärung einer Freistellung zum Zwecke der Urlaubsgewährung zu erfüllen (ErfK/Dörner/Gallner, a.a.O., §7 BUrlG Rn. 4, 6). Lediglich zur Vermeidung des Verfalls zum Ablauf des Kalenderjahres oder im Falle der Übertragung zum Ende des Übertragungszeitraums ist der Arbeitnehmer gehalten, seinen Urlaub rechtzeitig zu verlangen (ErfK/Dörner/Gallner, a.a.O., §7 BUrlG Rn. 38 f. m. w. N.).
- 221 Weder ein fehlendes Erholungsbedürfnis noch der Vorrang der Freizeitgewährung vor einer Abgeltung lassen wegen der Untätigkeit des Klägers sein Abgel-

tungsverlangen rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn es der Beklagte bereits versäumt hat, dem Kläger gegenüber klarzustellen, dass er während der Freistellung seinen Urlaub zu nehmen hat.

- 222 3. Das Abgeltungsverlangen des Klägers ist jedoch nicht in dem von ihm geltend gemachten Umfang begründet.
- 223 a) Gemäß §11 BUrlG bemisst sich die Höhe der Urlaubsabgeltung nach dem Verdienst der letzten dreizehn Wochen, im vorliegenden Fall der Zeitraum vom 1. April 2010 bis 30. Juni 2010. Der Kläger hat ein monatliches Grundgehalt von 13.500,00 Euro, also insgesamt 40.500,00 € erhalten. Hinzu kommen die in den letzten dreizehn Wochen vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses angefallenen Punktprämien, d. h. hier für die Zeit vom 1. April 2010 bis 30. Juni 2010 insgesamt 26.000,00 Euro. Schließlich ist die Privatnutzung des Dienstwagens als Sachbezug bei der Ermittlung des Arbeitsverdienstes zu berücksichtigen. Der daraus resultierende geldwerte Vorteil beträgt für die Monate April bis Juni 2010 insgesamt (3 x 678,70 Euro) 2.036,10 Euro. Daraus ergibt sich folgende Berechnung der Urlaubsabgeltung: (26.000,00 Euro + 40.500,00 Euro + 2.036,10 Euro) : 78 Werktage x 12 Urlaubstage = 10.544,02 Euro.
- 224 b) Die Berechnung des Klägers stimmt mit §11 BUrlG nicht überein, weil er den Quartalsverdienst anhand von Jahreswerten ermittelt. Zudem legt er seiner Berechnung eine Fünftageweche zugrunde, obwohl im Arbeitsvertrag 24 Werk-tage Urlaub vereinbart sind, so dass entsprechend §3 Abs. 2 BUrlG von einer Sechstageweche auszugehen ist.
- 225 Soweit er dagegen einwendet, mit seiner Berechnungsmethode habe er zugleich unstreitig vorgetragen, dass eine Fünftageweche gegolten habe, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. In diesem Fall wäre der dem Kläger nach dem Vertrag zustehende Urlaub von 12 Werktagen auf 10 Arbeitstage umzurechnen (vgl. allgemein zuletzt BAG, 15. März 2011, 9 AZR 799/09, juris, m. w. N.). Auf dieser Basis ergibt sich ein der Höhe nach unveränderter Abgeltungsanspruch von ((26.000,00 Euro + 40.500,00 Euro + 2.036,10 Euro) : 65 Werktage x 10 Urlaubstage =) 10.544,02 Euro.
- 226 c) In Höhe der Differenz von 1.640,60 Euro zum ursprünglich geltend gemachten Abgeltungsanspruch (12.184,62 Euro) war die Klage demnach abzuweisen.
- 227 VII. Die erstinstanzlich abgewiesenen Ansprüche des Klägers auf Zahlung der Punktprämie für die Zeit vom 13. Mai 2009 bis 30. Juni 2009 (6.000,00 Euro brutto) sowie vom 1. Juli 2009 bis 31. März 2010 (76.000,00 Euro brutto), der Differenz zur vereinbarten Aufstiegsprämie (4.166,67 Euro brutto) und der Nutzungsentschädigung für den Entzug der Privatnutzung für die Zeit vom 13. Mai 2009 bis 31. März 2010 (7.126,05 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.

- 228 1. Gemäß §8 Satz 1 Arbeitsvertrag sind die beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag von den Vertragsparteien innerhalb von vier Monaten nach Fälligkeit, im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung schriftlich geltend zu machen. Erfolgt die Geltendmachung nicht rechtzeitig, sind die Ansprüche nach §8 Satz 2 Arbeitsvertrag erloschen.
- 229 Der Kläger hat die vorstehend genannten Forderungen, die allesamt vor dem 27. April 2010 fällig geworden waren, nicht innerhalb der viermonatigen Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag schriftlich geltend gemacht. Das Geltendmachungsschreiben vom 26. August 2010 ist dem Beklagten erst am 27. August 2010 zugegangen.
- 230 Die nach dem 27. April 2010 fällig gewordenen Ansprüche des Klägers sind von ihm innerhalb der Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 2 Arbeitsvertrag binnen drei Monaten nach Beendigung (30. Juni 2010) durch das genannte Schreiben geltend gemacht worden.
- 231 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). Der Beklagte hat bezogen auf die Regelung der Ausschlussfristen in §8 Arbeitsvertrag keine tatsächlichen Umstände vorgetragen, welche eine abweichende Beurteilung rechtfertigen.
- 232 3. Eine einzelvertragliche Ausschlussfrist stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung im Sinne des §307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar. Gesetzlich bleiben Ansprüche abgesehen von einer Verwirkung (§242 BGB) erhalten und unterliegen nur den Verjährungsvorschriften. Die vorliegende Klausel entspricht auch nicht einer tariflichen Bestimmung oder anderen Norm im Sinne des §310 Abs. 4 Satz 3 BGB, die auf das Arbeitsverhältnis der Parteien unmittelbar Anwendung findet, so dass eine AGB-Kontrolle nicht ausgeschlossen wird (vgl. BAG, 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 ; 12. März 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699 ).
- 233 4. Die in Formulararbeitsverträgen mögliche und der Inhaltskontrolle nach §§307 ff. BGB unterliegende Vereinbarung von Ausschlussfristen begegnet nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts keinen Bedenken, soweit für beide Seiten eine Frist von drei Monaten ab Fälligkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen nicht unterschritten wird. Das gelte sowohl für einstufige wie zweistufige Ausschlussfristen (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; 31. August



2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149; 12. März 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699). Unzulässig ist es dagegen, für den Beginn der Ausschlussfrist allein auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen (vgl. BAG, 1. März 2006, 5 AZR 511/05, NZA 2006, 783 ).

- 234 Danach wäre die Vereinbarung in §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag wirksam, soweit sie eine Ausschlussfrist von vier Monaten ab Fälligkeit für die Geltendmachung von Ansprüchen vorsieht. Dagegen ist die weitere Regelung in §8 Satz 1 Alt. 2 Arbeitsvertrag, dass im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ansprüche binnen drei Monaten nach Beendigung geltend zu machen sind, bereits unwirksam.
- 235 5. Die Unwirksamkeit von §8 Satz 1 Alt. 2 Arbeitsvertrag hat entgegen der Ansicht des Klägers nicht zur Folge, dass die Regelung des §8 Satz 1 Arbeitsvertrag insgesamt unwirksam ist. Die Viermonatsfrist ist hiervon nicht betroffen, denn die Klausel ist teilbar.
- 236 a) Soweit eine Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung ganz oder teilweise unwirksam ist, bleibt der übrige Vertrag wirksam (§306 Abs. 1 BGB); an die Stelle der unwirksamen Klausel tritt das Gesetz (§306 Abs. 2 BGB). Die im Gesetz vorausgesetzte teilweise Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung setzt voraus, dass die Klausel teilbar ist. Die Teilung von Vertragsklauseln in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil kommt nur in Betracht, wenn der unzulässige Teil eindeutig abgetrennt werden kann. Voraussetzung ist eine inhaltlich und sprachlich teilbare Klausel, die ohne ihre unzulässigen Bestandteile mit ihrem zulässigen Inhalt aufrechterhalten werden kann. Gegenstand der Inhaltskontrolle sind dann jeweils verschiedene, nur formal verbundene Allgemeine Geschäftsbedingungen. Maßgeblich ist, ob die Vertragsbestimmung mehrere sachliche Regelungen enthält. Die Klausel muss sprachlich teilbar sein und die restliche Regelung verständlich bleiben (vgl. BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; 23. Januar 2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748 ; 12. März 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699 ; 6. Mai 2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783 ). Eine nach ihrem Wortlaut eindeutig einheitliche Regelung darf nicht in mehrere selbstständige Regelungen zerlegt werden (vgl. BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ). Enthält die Klausel neben den unwirksamen auch unbedenkliche, sprachlich und inhaltlich abtrennbare Bestandteile, bleiben diese wirksam, selbst wenn sie den gleichen Sachkomplex betreffen. Voraussetzung dafür ist aber, dass nach dem Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung(en) ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbleibt (vgl. BAG, 23. Oktober 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 <90>).
- 237 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist §8 Satz 1 Arbeitsvertrag hinsichtlich der unterschiedlichen Ausschlussfristen in den Alternativen 1 und 2 eine sprachlich und inhaltlich teilbare Regelung des gleichen Sachkomplexes "Geltendmachung von Ansprüchen".

- 238 aa) Die sprachliche Teilbarkeit ist offenkundig. Streicht man die Worte "im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch innerhalb von drei Monaten nach Beendigung", erhält man folgende Klausel:
- 239 Die beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag sind von den Vertragsparteien innerhalb von 4 Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. Erfolgt die Geltendmachung nicht rechtzeitig, sind die Ansprüche erloschen.
- 240 Der verbleibende Klauseltext ist aus sich heraus verständlich. Die viermonatige Frist erfasst alle Ansprüche ab Fälligkeit unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis noch besteht oder beendet ist. Die Ausschlussfrist wird allgemein und generell für sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geregelt. Maßgeblich für den Beginn ist die Fälligkeit des Anspruchs, unabhängig davon, wann sie eintritt. Das ist ein inhaltlich eigenständiger Regelungssachverhalt.
- 241 bb) Davon zu trennen ist die vom Arbeitsgericht zu Recht als "Sonderfall" bezeichnete weitere Alternative in §8 Satz 1 Alt. 2 Arbeitsvertrag, dass bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine dreimonatige Frist greifen soll, die zudem allein an die Beendigung knüpft. Nur für den Fall einer Beendigung wird eine Sonderfrist gegenüber der generellen Frist eingeführt. Sonderfall ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern die dafür geregelte Frist.
- 242 Dass bei beiden Regelungen Gegenstand eine einstufige Ausschlussfrist ist, steht einer Teilbarkeit nicht entgegen. Ein gleicher Sachverhaltskomplex führt noch nicht zur Unteilbarkeit. Diese ist erst dann gegeben, wenn unterschiedliche Sachverhalte einheitlich geregelt werden, wie auch die bislang vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fälle zeigen:
- 243 - keine Teilbarkeit:
- 244 - einheitliche Vertragsstrafenregelung für die vertragswidrige vorzeitige Vertragsbeendigung bei unterschiedlichen Kündigungsfristen (BAG, 23. Oktober 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 <90>),
- 245 - jederzeit möglicher Entzug der Privatnutzung eines Dienstwagens ohne Grund (BAG, 19. Dezember 2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809 ; ähnlich BAG, 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457),
- 246 - Rückzahlung von Ausbildungskosten für jeden Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BAG, 23. Januar 2007, 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748 ),
- 247 - Teilbarkeit:
- 248 - zweistufige Ausschlussfristen (BAG, 12. März 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008,

- 699 ),
- 249 - Zielvereinbarung über Bonuszahlung bei “ungekündigten Bestand“ statt nur “Bestand“ des Arbeitsverhältnisses zum Ablauf des Geschäftsjahrs: (BAG, 6. Mai 2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783 ),
- 250 - widerrufliche und auf Tariflohnerhöhungen anrechenbare Zulage (BAG, 1. März 2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006, 745 ).
- 251 Während in den erstgenannten Fällen sprachlich einheitlich gefasste Vertragsbedingungen unterschiedliche Sachverhaltsgestaltungen einer einheitlichen (und in der Regel deswegen unangemessenen) Regelung unterwerfen, sind in den zuletzt genannten Fällen unterschiedliche Regelungen gleichartiger Sachverhalte vorhanden, wobei sich die sprachliche Teilbarkeit zum Teil auf ein Wort beschränkt (vgl. BAG, 6. Mai 2009, 10 AZR 443/08, NZA 2009, 783 ). In diese Kategorie fällt auch die vorliegende Ausschlussklausel. Dabei ist entgegen der Auffassung des Klägers ein gleichartiger Sachverhaltskomplex nicht mit einem einheitlichen Lebenssachverhalt gleichzusetzen. Die Ausschlussklausel erfasst die “Geltendmachung“ unter zwei verschiedenen zeitlichen Aspekten (bestehendes und beendetes Arbeitsverhältnis). Die “Geltendmachung“ kann schon keinen einheitlichen Lebenssachverhalt schaffen, wenn dieser durch ihre Zeitpunkte bereits unterschiedlich ist.
- 252 cc) Die Erstreckung von §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag auf Ansprüche, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig werden, führt zu keinem anderen Ergebnis. Der Anwendungsbereich wird zwar entgegen der durch den Beklagten mit seiner Vorformulierung beabsichtigten Bestimmung ausgedehnt. Dies ist aber gemäß §306 Abs. 1 BGB zulässig. Danach bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen teilweise unwirksam sind. Dies gilt auch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem eine teilbare Klausel hinsichtlich ihres wirksamen Teils sich nunmehr auf den Regelungsbe- reich des unwirksamen Teils erstreckt.
- 253 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.
- 254 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. Deshalb verbietet §202 Abs. 1 BGB nicht nur Vereinbarungen über die Verjährung, sondern auch über Ausschlussfristen (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 ; im Grundsatz zustimmend,

jedoch einschränkend im Hinblick auf §278 Satz 2 BGB: BAG, 16. Mai 2007, 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 ; 30. Oktober 2008, 8 AZR 886/07, NJOZ 2009, 2946 = EzA TVG §4 Ausschlussfristen Nr. 192).

- 255 b) Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts scheidet eine Nichtigkeit von Ausschlussfristen gemäß §134, §202 Abs. 1 BGB trotzdem aus (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 ). 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.
- 256 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.
- 257 aa) Es ist weder generell noch im vorliegenden Fall überzeugend, dass Haftungsansprüche aus vorsätzlichen Handlungen nicht von einer Ausschlussfrist wie in §8 Arbeitsvertrag erfasst werden. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder eine der AGB-Kontrolle unterliegende Einmalbedingung handelt.
- 258 (1) Bei Anwendung des für Allgemeine Geschäftsbedingungen maßgeblichen Grundsatzes der objektiven Auslegung werden Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes von einer umfassend formulierten Ausschlussfrist erfasst.
- 259 (a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (vgl. BAG, 31. August 2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324 ; 24. Oktober 2007, 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 ; 18. März 2008, 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004 ; 4. Juni 2008, 4 AZR 308/07, AP TVG §1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 64). Maßgebend sind die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden nicht rechtskundigen Vertragspartners. Der Verwender ist verpflichtet, die Rechte und Pflichten

des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen; sie müssen so gestaltet sein, dass der nicht rechtskundige Durchschnittsarbeitnehmer die benachteiligende Wirkung ohne Einholung von Rechtsrat erkennen kann (vgl. BAG, 19. März 2008, 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757 ).

- 260 Ansatzpunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzu beziehen ist, kann das nur in Bezug auf typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele gelten (vgl. BAG, 31. August 2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324 ; 24. Oktober 2007, 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 ; 18. März 2008, 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004 ).
- 261 Es kann nicht auf eine erkennbare Interessenlage des jeweils anderen Vertragspartners bei der Auslegung abgestellt werden (so aber BAG, 19. März 2008, 5 AZR 429/07, NZA 2008,757 ; 9. Juni 2010, 5 AZR 332/09, NZA 2010, 877 ; 27. Juli 2010, 3 AZR 777/08, NZA 2010, 1237 ; 19. Januar 2011, 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631 ). Hierbei handelt es sich um den Vertragsschluss begleitende Umstände, die lediglich bei der Frage, ob eine unangemessenen Benachteiligung im Sinne des §307 Abs. 1 und 2 BGB vorliegt, im Rahmen der AGB-Kontrolle eines Verbrauchervertrags zu berücksichtigen sind (§310 Abs. 3 Nr. 3 BGB) (vgl. BAG, 7. Dezember 2005, 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423 ; 18. Mai 2010, 3 AZR 373/08, NZA 2010, 935 ). Für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind dagegen die Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise maßgebend.
- 262 Für eine objektive Auslegung ist bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann kein Raum, wenn die Vertragsparteien eine Klausel übereinstimmend in einem bestimmten Sinne verstanden haben. In einem solchen Fall geht dieser übereinstimmende Wille nicht nur der Auslegung einer Individualvereinbarung, sondern auch von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor (vgl. BAG, 15. September 2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, 342 ; BGH, 16. Juni 2009, XI ZR 145/08, NJW 2009, 3422 ).
- 263 (b) Laut §8 Satz 1 Arbeitsvertrag werden die "beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag" erfasst. Das schließt nach dem Wortlaut Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf den ersten Blick scheinbar nicht mit ein, denn hierbei handelt es sich nicht um vertragliche Ansprüche, die mit den Worten "aus dem Vertrag" gemeint sein könnten. Erfasst wird aber in jedem Fall die Haftung aus vorsätzlichen Vertragsverstößen. Sinn und Zweck einer Ausschlussfrist, innerhalb eines kurzen Zeitraums Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zwischen den Arbeitsvertragsparteien herzustellen, stimmen damit überein und sprechen für

eine solche Auslegung. Es handelt sich um ein unter redlichen Arbeitsvertragsparteien typischerweise verfolgtes Ziel.

- 264 (c) Strittig kann dann nur sein, ob Ansprüche, die sowohl auf einer vorsätzlichen Vertragsverletzung als auch auf einer vorsätzlichen unerlaubten (strafbaren) Handlung beruhen, von der Ausschlussklausel des §8 Arbeitsvertrag mit erfasst sind.
- 265 (aa) Für tarifvertragliche Ausschlussfristen ist anerkannt, dass eine Verfallklausel, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis beiderseits binnen einer bestimmten Frist nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind, nicht nur tarifliche, sondern auch vertragliche und gesetzliche Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien erfasst. Selbst unabdingbare gesetzliche Ansprüche unterfallen einer tariflichen Ausschlussfrist, weil diese nicht den Inhalt, sondern dessen Geltendmachung und deren zeitliche Begrenzung betreffen (vgl. BAG, 16. Januar 2002, 5 AZR 430/00, AP EntgeltFG §3 Nr. 13; 21. Januar 2010, 6 AZR 556/07, AP BGB §611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 3).
- 266 Ansprüche aus (vorsätzlicher) unerlaubter Handlung sind gesetzliche Ansprüche. Wegen des einheitlichen Lebensvorgangs rechnen Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlungen auch dann zu den von einer tariflichen Ausschlussfrist erfassten Ansprüchen, wenn der Tarifvertrag die Ausschlussfrist ohne weiteren Zusatz für "Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" regelt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Ansprüche aus Vorsatzhaftung oder um Ansprüche wegen fahrlässiger Pflichtverletzung handelt. Die Formulierung "alle Ansprüche" unterscheidet gerade nicht danach, ob diese auf vorsätzlicher oder nur fahrlässiger Tatbegehung beruhen. Durch die Wortwahl "alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" bringen die Tarifvertragsparteien zum Ausdruck, dass sämtliche Ansprüche, die ihren Grund in der arbeitsvertraglichen Beziehung der Parteien haben, erfasst sein sollen, unabhängig davon, ob als weitere Anspruchsgrundlage auch das Recht der unerlaubten Handlung nach den §§823 ff. BGB in Betracht kommt (vgl. BAG, 16. Mai 2007, 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 ; 30. Oktober 2008, 8 AZR 886/07, NJOZ 2009, 2946 = EzA TVG §4 Ausschlussfristen Nr. 192).
- 267 (bb) Diese Rechtsprechung prägt aber bei den typischerweise an Arbeitsverträgen beteiligten Verkehrskreisen das Verständnis von individualrechtlich vereinbarten Ausschlussfristen. Weder ein Arbeitgeber noch ein Arbeitnehmer wird nach Anspruchsgrundlagen differenzieren, wenn er eine Klausel liest, die eine Ausschlussfrist für alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis statuiert, und diese dann mit dem Vertragspartner abschließt. Vielmehr werden sie sämtliche Haftungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis unabhängig von der konkreten Anspruchsgrundlage und unabhängig vom Verschuldensgrad davon erfasst sehen. Das schließt es aus, dass Formulierungen wie "alle Ansprüche, die sich aus dem Angestelltenverhältnis ergeben" (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ) oder "alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis" (vgl. BAG,

28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149) die Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes nicht einbeziehen.

- 268 Gründe, die es stattdessen nahelegen sollen, dass die Vertragsparteien Ansprüche aus vorsätzlicher Haftung entgegen diesem allgemeinen Verständnis nicht einbezogen haben, bestehen nicht. Es kann unterstellt werden, dass typischerweise weder der Arbeitgeber bei der Vorformulierung der Ausschlussfrist noch beide Arbeitsvertragsparteien in den Verhandlungen und bei Vertragsschluss konkret an einzelne Ansprüche denken, insbesondere nicht an solche aus einer vorsätzlichen Schädigung der einen Partei durch die andere. Bei einer typisierenden Betrachtung liegt dies jedoch nicht daran, dass es sich um fernliegende Ansprüche handelt. Vielmehr müssen sich die Arbeitsvertragsparteien, die eine umfassend formulierte Ausschlussklausel vereinbaren, angesichts ihres Wortlauts darum keine Gedanken machen. Sie sind ohnehin davon umfasst. Es ist gerade Sinn und Zweck, umfassend für alle Ansprüche kurze Fristen zu vereinbaren, um innerhalb eines überschaubaren Zeitraums Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen. Wer als Arbeitgeber eine für "alle Ansprüche" geltende Ausschlussklausel vorformuliert, meint dies auch so. Wer als Arbeitnehmer eine solche Klausel akzeptiert, stimmt ihr in diesem - für einen verständigen und redlichen Arbeitnehmer erkennbaren - Umfang zu.
- 269 (cc) Das gilt auch im vorliegenden Fall, wonach die Ausschlussfrist für die "beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag" gelten soll. Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass Ansprüche aus einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung von der Ausschlussklausel in jedem Fall erfasst werden. Die Worte "Ansprüche aus diesem Vertrag" sind aber nicht zwingend ausschließlich als vertragliche Ansprüche zu verstehen. "Aus diesem Vertrag" kennzeichnet typischerweise den Lebenssachverhalt "Arbeitsverhältnis". Das umfasst alle im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Ansprüche, d. h. sowohl die, welche auf vertraglicher Haftung, als auch die, welche auf unerlaubter Handlung beruhen. Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien aus der Haftung wegen Vorsatzes werden demnach von §8 Arbeitsvertrag in vollem Umfang erfasst. Aus dem Vortrag des Beklagten ergibt sich schließlich nicht, dass die Parteien übereinstimmend diese Klausel so verstanden haben, dass von ihr Ansprüche aufgrund der Haftung wegen Vorsatzes nicht erfasst werden.
- 270 (2) Für eine nach §310 Abs. 3 Nr. 2 BGB der AGB-Kontrolle unterliegende Einmalbedingung in einem Verbrauchervertrag gilt nicht die objektive Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Einmalbedingungen sind wie Individualabreden entsprechend dem Empfängerhorizont der konkret beteiligten Vertragsparteien auszulegen (vgl. BAG, 18. Mai 2010, 3 AZR 373/08, NZA 2010, 935 ; HK-ArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §305c BGB Rn. 15, §310 BGB Rn. 15, vgl. auch BAG, 17. November 2009, 9 AZR 765/08, NZA-RR 2010, 293 ). Die Auslegung nach §133, §157 BGB führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis.
- 271 (a) Nach §133, §157 BGB sind Willenserklärungen und Verträge so auszule-

gen, wie sie die Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen müssen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen, zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind jedoch auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt. Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinne verstanden, so geht der wirkliche Wille dem Wortlaut des Vertrags und jeder anderweitigen Interpretation vor und setzt sich auch gegenüber einem völlig eindeutigen Vertragswortlaut durch (vgl. BAG, 2. Juli 2009, 3 AZR 501/07, NZA-RR 2010, 205 ; 18. Mai 2010, 3 AZR 373/08, NZA 2010, 935 ).

- 272 Abzustellen ist auf den Empfängerhorizont, d. h. darauf, was bei objektiver Betrachtung der Empfänger den Erklärungen entnehmen durfte (vgl. BAG, 12. September 2006, 9 AZR 686/05, NZA 2007, 253 ). Maßgebend ist das Verständnis eines redlichen Erklärungsempfängers, dieser muss unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit prüfen, was der Erklärende gemeint hat (vgl. BAG, 15. Dezember 2005, 2 AZR 148/05, NZA 2006, 791 ; 7. November 2007, 5 AZR 880/06, NZA 2008, 355 ). Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (vgl. BAG, 28. Juni 2006, 10 AZR 407/05, NZA 2006, 1157 ).
- 273 (b) §8 Satz 1 Arbeitsvertrag erfasst “die beiderseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag“. Der Wortlaut schließt nicht aus, dass damit nur vertragliche Ansprüche gemeint sind. Das erfasst aber in jedem Fall Ansprüche, welche auf der Haftung für vorsätzliche Vertragspflichtverletzungen beruhen. Verhandlungen über Inhalt und Verständnis der Ausschlussklausel sind vom Kläger ohnehin bestritten, aber auch von dem Beklagten nicht vorgetragen worden. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Klausel vom Beklagten gestellt wurde und der Kläger hierauf keine Einflussmöglichkeit hatte, liegt es nahe, dass der Beklagte eine umfassende Erfassung aller Ansprüche beabsichtigte. Dies schließt mit ein, dass unabhängig von der Anspruchsgrundlage alle mit dem Arbeitsvertrag zusammenhängenden Ansprüche erfasst werden sollten. Dann konnte der Kläger redlicherweise davon ausgehen, dass das Wort “Vertrag“ das Arbeitsverhältnis insgesamt meint und alle damit im Zusammenhang stehenden Ansprüche im Rahmen der in §8 Arbeitsvertrag genannten Fristen zur Vermeidung des Verfalls von ihm schriftlich geltend gemacht werden mussten. Dazu zählen dann alle Ansprüche, die auf der Haftung wegen Vorsatzes beruhen, unabhängig davon, ob es vertragliche oder gesetzliche Ansprüche aufgrund unerlaubter Handlung sind.
- 274 Ein solches Verständnis entspricht dem Zweck der Klausel, im laufenden wie beim beendeten Arbeitsverhältnis rasch für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden



zu sorgen. Dem wird eine umfassende Geltung am besten gerecht. Zwar geht die Interessenlage insoweit auseinander, weil aus Sicht des Klägers als Arbeitnehmer ein engerer Anwendungsbereich wünschenswert wäre. Weil er jedoch nach seinem Vortrag den Vertrag ohne weiteres nach Vorlage unterzeichnet hat und aus den Darlegungen des Beklagten eine inhaltliche Erörterung, insbesondere eine Infragestellung des Anwendungsbereichs der Klausel sich nicht ergibt, konnte die Unterschrift des Klägers vom Beklagten redlicherweise als Einverständnis mit einer umfassend für alle Ansprüche geltenden Ausschlussfrist verstanden werden. Letztlich kommt diese auch einem Arbeitnehmer zugute, soweit er Ansprüchen des Arbeitgebers ausgesetzt sein sollte. Eine umfassende Ausschlussklausel ist dann die von beiden Parteien gewollte vernünftige, widerspruchsfreie und interessengerechte Lösung.

- 275 Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob eine oder beide Parteien an Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes konkret gedacht haben. Dass dies der Fall war, dafür bestehen keine Anhaltspunkte. Angesichts des Wortlauts und des von dem Beklagten für den Kläger erkennbar damit verfolgten Zwecks war aber eine Differenzierung nach Anspruchsgrundlagen nicht erforderlich, wenn alle Ansprüche gemeint waren. Insoweit ist zu beachten, dass es sich um eine vom Beklagten vorformulierte Klausel handelt, auf die der Kläger keinen Einfluss nehmen konnte. Dann kann ihr auch unter Berücksichtigung des Interesses des Beklagten an einer rechtswirksamen Klausel keine begrenztere Reichweite zukommen, als diese für den Kläger erkennbar war. Dass eine Vertragsbedingung weniger weit reicht, als sie nach ihrem Wortlaut nahelegt, ist ohne weitere Anhaltspunkte keine vom Erklärungsempfänger in Betracht zu ziehende Möglichkeit.
- 276 (3) Selbst wenn man unterstellt, eine Auslegung könne dazu führen, dass Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes nicht von §8 Arbeitsvertrag erfasst werden, führt die Unklarheitenregel des §305c Abs. 2 BGB dazu, dass zulasten des Beklagten als Verwender von einer Einbeziehung dieser Ansprüche auszugehen und die Klausel mit diesem Inhalt einer AGB-Kontrolle unterworfen ist.
- 277 Die Anwendung der Unklarheitenregel des §305c Abs. 2 BGB setzt voraus, dass die Auslegung einer einzelnen AGB-Bestimmung mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar erscheinen lässt und von diesen keine den klaren Vorzug verdient. Es müssen "erhebliche Zweifel" an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht (vgl. BAG, 9. November 2005, 5 AZR 128/05, NZA 2006, 202 ; 30. Juli 2008, 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 ).
- 278 Die hier für richtig gehaltene Auslegung ist rechtlich vertretbar. Sie ist keine nur entfernte Möglichkeit einer anderen Auslegung. Das gilt insbesondere, soweit es um die Haftung für vorsätzliche Vertragsverstöße geht. Diese Ansprüche werden in jedem Fall von §8 Arbeitsvertrag erfasst. Einen klaren Vorzug findet keine der Auslegungsmöglichkeiten. Sie besteht insbesondere nicht allein deshalb, weil das

Bundesarbeitsgericht in den hier zugrunde liegenden Entscheidungen aus dem Jahr 2005 ohne nähere Begründung meint, dass Parteien eines Arbeitsvertrages Ansprüche aus einer Haftung wegen Vorsatzes nicht einbeziehen wollen. Damit verbleiben erhebliche nicht behebbare Zweifel an der richtigen Auslegung des §8 Arbeitsvertrag.

- 279 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. Die regelmäßige Verjährungsfrist des §195 BGB beträgt drei Jahre, Schadensersatzansprüche verjähren gemäß §199 Abs. 2 und 3 BGB erst nach 10 bis 30 Jahren. Konsequenz ist nach §306 Abs. 2 BGB die Unwirksamkeit der vorformulierten Ausschlussfrist insgesamt, obwohl für andere Ansprüche eine Abkürzung der Verjährung vereinbart werden kann.
- 280 (1) Unzutreffend ist die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass §139 BGB auf eine vertraglich vereinbarte Ausschlussfrist keine Anwendung finden könne, weil diese Norm die Frage der Wirksamkeit des restlichen Vertrags bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen regelt und nicht das Schicksal einzelner nicht teilbarer unwirksamer Klauseln (vgl. Lindemann, BB 2006, 826 ) bzw., wie der Kläger es ausdrückt, in diesem Rechtsstreit um die Wirksamkeit der Ausschlussfrist und nicht des gesamten Arbeitsvertrags gestritten wird. Die in der Ausschlussfrist liegende Verkürzung der Verjährung beruht auf einer Vereinbarung der Parteien, d. h. einem Rechtsgeschäft im Sinne des §139 BGB. Selbst wenn §202 Abs. 1 BGB einer solchen Vereinbarung entgegensteht, gilt dies nur für die Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes. Die aus dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in diesem Teilbereich folgende Nichtigkeit nach §134 BGB entbindet nicht von der Prüfung nach §139 BGB, ob die Parteien in Kenntnis dieser Unwirksamkeit eine Abkürzung der Verjährung für alle übrigen Ansprüche vereinbart hätten und deswegen nur eine Teilnichtigkeit vorliegt (vgl. dazu allgemein Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Auflage, 2011, §139 BGB Rn. 14 ff. m. w. N.), so dass die Ausschlussfrist für die nicht von §202 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche weiterhin gilt.
- 281 Nach Sinn und Zweck von §139 BGB, ein teilweise nichtiges Rechtsgeschäft nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten, wenn dies dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen entspricht, ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich auch eine sogenannte quantitative Teilbarkeit anerkannt. Die nichtige Regelung wird in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil aufgespalten, obwohl ein "Hinausstreichen" der nichtigen Regelung nicht möglich ist. Sie kommt vor allem in Betracht, wenn eine Vertragsklausel wegen des Übermaßes der in ihr enthaltenen Rechte oder Pflichten nichtig ist und angenommen werden kann, dass die Parteien bei Kenntnis dieses Umstands an ihrer Stelle eine auf das zulässige Maß beschränkte Regelung getroffen hätten (vgl. BGH, 19. September 1988, II ZR 329/87, NJW 1989, 834 ; 17. Oktober 2008, V ZR 14/08, NJW 2009, 1135 ).

- 282 (2) Diese Möglichkeit besteht jedoch nur für Ausschlussfristen, die zwischen den Vertragsparteien als Individualabrede im Einzelnen ausgehandelt worden sind. 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. März 2008, 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699 ; 13. April 2010, 9 AZR 36/09, AP BGB §307 Nr. 45; ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 102; HK-ArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §306 BGB Rn. 1; Palandt/Grüneberg, BGB, a.a.O., §306 Rn. 1; MüKo-BGB/Basedow, 5. Auflage, 2007, §306 Rn. 1 f.). Dazu gehört das aus §306 Abs. 2 BGB abzuleitende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (so im Grundsatz auch BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; vgl. ebenso BAG, 30. Juli 2008, 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173 ; 13. April 2010, 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 ; 23. September 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 ).
- 283 Wegen §306 BGB kann nicht unter Rückgriff auf §139 BGB und die dort mögliche quantitative Teilbarkeit angenommen werden, die Parteien hätten die Klausel auch ohne den nichtigen Teil vereinbart. Dies ist bei einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Der Verwender trägt das Risiko einer zu weitgehenden, von ihm vorformulierten und gestellten Klausel. Er kann nicht durch die Berücksichtigung eines hypothetischen Parteiwillens und einer nur daraus abgeleiteten Teilbarkeit vor den Folgen ihrer Unwirksamkeit geschützt werden. Nur das Risiko der Totalunwirksamkeit bietet dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen den Anreiz zur Formulierung und Verwendung angemessener Klauseln (ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 95).
- 284 Ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung sprachlich und inhaltlich nicht teilbar, unterliegt sie sowohl inhaltlich (vgl. BAG, 23. September 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 ) als auch hinsichtlich der Folgen der AGB-Kontrolle nach §§305 ff. BGB. Eine andere Sicht widerspricht Sinn und Zweck des §306 BGB. Es würde bei einer sprachlich unveränderten Klausel dieser lediglich ein neuer Sinn gegeben, sei es durch eine - jeweils gedankliche - Ergänzung um eine Ausnahmeregelung oder durch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs. Der Sache nach ist dies ein Fall der unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion durch inhaltliche Veränderung einer Vertragsbestimmung (vgl. BGH, 15. November 2006, VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 ; 26. Februar 2009, Xa ZR 141/07, NJW 2009, 1486 ; ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 103; Matthiessen, NZA 2007, 361 ).
- 285 (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. Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes wären nur dann ausgenommen, wenn man gedanklich die Klausel um eine Ausnahmeregelung bezüglich dieser Ansprüche ergänzt oder ihren Geltungsbereich einschränkt, beides Wege einer unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion durch inhaltliche Veränderung der Klausel.

- 286 (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. Januar 1992, IX ZR 113/91, NJW 1992, 896 ; 3. Mai 1995, XII ZR 29/94, NJW 1995, 2028 ).
- 287 Der Verstoß einer Ausschlussfrist gegen die als gesetzliches Verbot im Sinne des §134 BGB ausgestaltete Unzulässigkeit von im Voraus vereinbarten Verjährungserleichterungen bei Haftung wegen Vorsatzes gemäß §202 Abs. 1 BGB stellt einen Unwirksamkeitsgrund im Sinne des §306 BGB dar. Das führt anstelle eines Verfalls von Ansprüchen nach §8 Arbeitsvertrag zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Verjährung auch im vorliegenden Fall.
- 288 7. Die Unwirksamkeit der Ausschlussfrist von §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag ergibt sich im Zusammenhang mit §202 Abs. 1 BGB - unabhängig von der Frage einer Unwirksamkeit nach §309 Nr. 7 BGB - des Weiteren aus einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne der §307 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB. §8 Arbeitsvertrag weicht von wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts, wie sie in §202 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, in nicht zu vereinbarenden Weise ab. Daraus ergibt sich zugleich ein Verstoß gegen das Transparenzgebot.
- 289 a) Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dies ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).
- 290 aa) Einzelvertragliche Ausschlussfristen weichen, soweit sie kürzere als die gesetzlichen Verjährungsfristen enthalten, von dem gesetzlichen Verjährungsrecht ab. Sie begrenzen wie Verjährungsvorschriften die Möglichkeit, ein Recht durch-

zusetzen, wenn der Gläubiger untätig bleibt. Das Verjährungsrecht ist Ausdruck des vom Gesetzgeber verfolgten Ziels, Rechtsfrieden herzustellen. Es bezweckt einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz des Schuldners vor einer drohenden Beweisnot und möglichem Verlust von Regressansprüchen gegen Dritte einerseits und andererseits der Notwendigkeit, den Gläubiger vor einem ungeRechtfertigten Anspruchsverlust zu bewahren. Diese Überlegungen treffen ebenso auf den Regelungsgegenstand der Ausschlussfristen zu. Auch hier soll das im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit anzuerkennende Klarstellungsinteresse des Schuldners in Einklang gebracht werden mit dem berechtigten Anliegen des Vertragspartners, vor einem Tätigwerden die Sach- und Rechtslage abschließend prüfen zu können und nicht zu voreiliger (förmlicher) Geltendmachung gezwungen zu sein (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 ).

- 291 bb) §202 BGB lässt zwar eine Abkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§195, §199 BGB) im Grundsatz zu. Diese Abkürzung ist auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Das gilt gleichfalls für die Vereinbarung von Ausschlussfristen, die kürzer als die gesetzlichen Verjährungsfristen sind (vgl. BAG, a.a.O.). Eine Ausschlussfrist, die Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes mit umfasst, weicht aber von dem zwingenden gesetzlichen Verbot in §202 Abs. 1 BGB ab. Das benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen.
- 292 (1) §202 Abs. 1 BGB verbietet - wie bereits ausgeführt (siehe B. VII. 6. a) der Gründe) - nicht nur Vereinbarungen über die Erleichterung der Verjährung, sondern auch über Ausschlussfristen bei Haftung wegen Vorsatzes. Es widerspricht dem wesentlichen Grundgedanken dieser gesetzlichen Vorschrift, eine solche Begrenzung der Ansprüche durch eine Allgemeine Geschäftsbedingung einzuführen, welche als Individualabrede gemäß §134 BGB nichtig wäre. Eine für beiderseitige Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag geregelte Ausschlussfrist eröffnet zugunsten des Arbeitgebers als Verwender eine zu weitgehende Möglichkeit, die Durchsetzbarkeit von Haftungsansprüchen aus Vorsatz zu begrenzen. Ein Ausgleich ist nicht vorgesehen. Dies benachteiligt den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.
- 293 (2) §202 Abs. 1 BGB ist Teil der gesetzlichen Verjährungsregelungen. Den vom Gesetzgeber sorgfältig abgewogenen Verjährungsregelungen kommt Leitbildfunktion im Sinne des §307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei der Inhaltskontrolle zu (vgl. OLG München, 8. November 2006, 34 Wx 45/06, NJW 2007, 227 ; Palandt/Ellenberger, a.a.O., §202 BGB Rn. 13). Teil dieser Leitbildfunktion ist nicht nur, dem Gläubiger eine angemessene faire Frist zur Durchsetzung seiner Ansprüche zu gewähren unter Berücksichtigung des Interesse des Schuldners, nach längerer Zeit Rechtssicherheit auch für den Fall fehlender Kenntnis durch eine zeitliche Begrenzung der Durchsetzbarkeit zu erhalten. Vielmehr gehört ebenso dazu, dass für die Haftung wegen Vorsatzes dieses Interesse des Schuldners an einer Erleichterung der Verjährung gesetzlich nicht für erheblich erachtet wird. Zur Verwirklichung dieses Zwecks ist §202 Abs.1 BGB als ein nicht dispo-

sitives gesetzliches Verbot (§134 BGB) ausgestaltet. Ausschlussfristen, welche generell solche Ansprüche erfassen, statt sie ausdrücklich auszuschließen, widersprechen in unvereinbarer Weise diesem gesetzlichen Leitbild. Eine Abweichung hiervon ist dann ohne weiteres als eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des §307 Abs. 1 Satz 1, §307 Abs. 2 Nr. 1 BGB anzusehen (vgl. ArbG Stralsund, 27. April 2004, 5 Ca 577/03, LAGE BGB 2002 §307 Nr. 3).

- 294 b) Die Unwirksamkeit der Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag ergibt sich in diesem Zusammenhang zusätzlich aus §307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Die Bestimmung verstößt gegen das Transparenzgebot.
- 295 aa) Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des §307 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt vor, wenn eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar und verständlich gefasst ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerichtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel hat im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners so eindeutig und so verständlich wie möglich darzustellen. Das Transparenzgebot soll zugleich der Gefahr vorbeugen, dass der Vertragspartner von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird (vgl. BAG 24. Oktober 2007, 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 ; 15. April 2008, 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586 ; 27. August 2008, 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49 ).
- 296 bb) Eine solche Gefahr besteht für den Arbeitnehmer als Vertragspartner bei einer Ausschlussfrist, welche aufgrund ihrer Fassung Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes einbezieht. Er wird typischerweise im Zweifel wegen seines vermeintlichen Risikos aufgrund des scheinbar eindeutigen Wortlauts der Ausschlussfrist einen wegen §202 Abs. 1 BGB trotz ihres Ablaufs noch durchsetzbaren Anspruch nicht weiter gegen seinen Arbeitgeber verfolgen. Dementsprechend muss in einer vom Arbeitgeber gestellten Ausschlussfrist, die alle Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis erfassen will, aus Transparenzgründen klargestellt sein, dass davon Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes nicht betroffen sind, um der Gefahr vorzubeugen, dass der Arbeitnehmer von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird.
- 297 c) Die gemäß §310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei Verbraucherverträgen wie dem vorliegenden Arbeitsvertrag erforderliche Berücksichtigung der den Vertragsschluss begleitenden Umstände führen zu keinem anderen Ergebnis.
- 298 aa) Zu den nach dieser Norm zu berücksichtigenden konkretindividuellen Begleitumständen gehören insbesondere persönliche Eigenschaften des individuellen Vertragspartners, die sich auf die Verhandlungsstärke auswirken, Besonderheiten der konkreten Vertragsabschlusssituation, wie z. B. Überrumpelung oder Belehrung sowie untypische Sonderinteressen des Vertragspartners. Die Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur Wirksamkeit einer nach

typisierter Inhaltskontrolle unwirksamen Klausel führen (vgl. BAG, 31. August 2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324 ; 23. September 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 ). Damit stellt §310 Abs. 3 Nr. 3 ein flexibles Reaktionsinstrument dar, um insbesondere Vertragsgestaltungen mit erfahrenen Spitzenkräften und leitenden Angestellten mit der gebotenen Zurückhaltung zu kontrollieren (ErfK/Preis, a.a.O., §310 BGB Rn. 42).

- 299 bb) Im vorliegenden Fall stehen die von dem Beklagten pauschal vorgetragene Umstände der Vertragsverhandlungen der Annahme einer unangemessenen Benachteiligung nicht entgegen. Dies ergibt sich aus ihrer Grundlage, nämlich dem Verstoß gegen das sich aus §202 Abs. 1 BGB ergebende Verbot einer Erleichterung der Verjährung für die Haftung wegen Vorsatzes. Hierfür ist es unerheblich, dass der Kläger als Cheftrainer der Lizenzmannschaft eine herausgehobene, mit einem vom Beklagten so bezeichneten "normalen" Arbeitnehmer nicht vergleichbare Position hat, über langjährige Erfahrungen im Profifußball als Spieler und Trainer verfügt und ihm in den Verhandlungen ein Berater und ein Rechtsanwalt zur Seite gestanden haben sollen. Die zu weit reichende Formulierung der vom Beklagten gestellten Klausel wird dadurch weder beseitigt noch inhaltlich abgemildert. Eine wie auch immer geartete gebotene Zurückhaltung ist bei einer Abweichung von einem als zwingendes Verbot ausgestalteten Grundgedanken der gesetzlichen Regelung weder angebracht noch erforderlich.
- 300 d) §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag ist danach wegen Verstoßes gegen §307 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB insgesamt unwirksam. Die Klausel erfasst Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes, das widerspricht dem wesentlichen Grundgedanken des §202 Abs. 1 BGB, von dem sie abweicht. Folge der Unwirksamkeit ist die Unanwendbarkeit der Bestimmung gemäß §306 Abs. 2 BGB. Eine Teilbarkeit der Klausel im Sinne der AGB-Kontrolle besteht nicht, die Annahme einer Teilunwirksamkeit verstößt gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (vgl. B. VII. 6. c) bb) (3) der Gründe).
- 301 8. Die Unwirksamkeit der in §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag vereinbarten Ausschlussfrist ergibt sich weiter aus §309 Nr. 7 BGB.
- 302 a) Gemäß §309 Nr. 7 BGB kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verschuldenshaftung wegen Schäden, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit beruhen, überhaupt nicht, für sonstige Schäden nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen oder begrenzt werden. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts verstoßen Ausschlussfristen nicht gegen diese Vorschrift (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149 ). Die Obliegenheit einer Geltendmachung der in §309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche beinhaltet keinen Haftungsausschluss und keine Haftungsbegrenzung, denn der Anspruch entstehe uneingeschränkt und werde lediglich für den Fall fehlender Geltendmachung befristet. Zudem sei eine Vertragsklausel wirksam, die nur in außergewöhnlichen, von den Vertragsparteien nicht für regelungsbedürftig gehaltenen Fällen gegen

das Gesetz verstößt. Die am Sinn und Zweck orientierte Auslegung ergebe, dass solche Ausnahmefälle nicht erfasst werden. Die Parteien hätten die in §309 Nr. 7 BGB genannten besonderen Ansprüche nicht eigens erwähnt und offenbar auch nicht bedacht. Eine (ergänzende) Vertragsauslegung dürfte ergeben, dass derartige Fälle von der Ausschlussklausel nicht erfasst sein sollen. Danach bliebe die Ausschlussklausel wirksam, obwohl die Parteien die Ansprüche des §309 Nr. 7 BGB nicht ausdrücklich ausgenommen hätten. Anderenfalls bewirke die Ausschlussklausel einen gesetzwidrigen Haftungsausschluss oder eine gesetzwidrige Haftungsbegrenzung nur für die besonderen in §309 Nr. 7 BGB bezeichneten Ansprüche. Wenn das Gesetz die Einbeziehung bestimmter Ansprüche verbiete, könne die Ausschlussklausel ebenso wie in Bezug auf §202 Abs. 1 BGB nur insoweit unwirksam sein (vgl. BAG, a.a.O.).

- 303 b) Ausdrücklich entgegen dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht der Bundesgerichtshof von einem Verstoß gegen §309 Nr. 7 BGB aus, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Verjährungserleichterungen (vgl. BGH, 15. November 2006, VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 ; 26. Februar 2009, Xa ZR 141/07, NJW 2009, 1486 ) auch in Form einer Ausschlussfrist (vgl. BGH, 15. November 2006, a.a.O., 677) für alle Ansprüche vereinbart werden. Eine Begrenzung der Haftung im Sinne des §309 Nr. 7 BGB sei auch die zeitliche Begrenzung der Durchsetzbarkeit entsprechender Schadensersatzansprüche durch Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen.
- 304 Unmittelbar befasse sich die Bestimmung über eine Verjährungserleichterung zwar nicht mit der Frage des Haftungsmaßstabes bzw. des verletzten Rechtsguts. Mittelbar führe die Verkürzung der Verjährungsfrist dazu, dass nach Ablauf dieser Frist - wiederum im Prinzip für jede Art von Verschulden und für jedes geschädigte Rechtsgut - nicht zu haften sei. Insoweit sei in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend übereinstimmend anerkannt, dass in der Abkürzung von Verjährungsfristen eine unzulässige Haftungserleichterung zu sehen sei (vgl. hierzu Nachweise bei BGH, 15. November 2006, VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 ; für §11 Nr. 7 AGBG: BGH, 29. Mai 2008, III ZR 59/07, NJW-RR 2008, 1129 ). Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes habe diese Rechtsprechung aufgenommen und sie seinem Verständnis der Regelung in §309 Nr. 7 BGB zu Grunde gelegt. Das führe zur Unwirksamkeit einer Klausel, welche nach Verjährungseintritt eine Haftung generell ausschließt, ohne hiervon ausdrücklich z. B. Fälle eines groben Verschuldens auszunehmen, und deren Fassung es nicht zulasse, sie auf diesen unbedenklichen Inhalt zurückzuführen (vgl. BGH, 29. Mai 2008, a.a.O.).
- 305 c) Der Auffassung des Bundesgerichtshofs ist zu folgen.
- 306 aa) Zunächst überzeugt hier wiederum nicht, dass die in §309 Nr. 7 genannten Ansprüche von einer umfassend für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis formulierten Ausschlussfrist nicht erfasst sind, weil sie die Parteien nicht bedacht und erwähnt haben.



- 307 (1) Damit wird die für Allgemeine Geschäftsbedingungen maßgebliche Auslegung nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn, bei der es auf den Willen der konkreten Vertragsparteien nicht ankommt (siehe im Einzelnen B. VII. 6. c) aa) (1) (a) der Gründe), nicht angewendet. Der von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu vergleichbar formulierten tariflichen Ausschlussfristen akzeptierte weite Geltungsbereich führt dazu, dass das Verständnis der typischerweise an solchen Vereinbarungen beteiligten Verkehrskreise eine entsprechende Auslegung einzelvertraglich als Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbarter Ausschlussfristen gerade von ihrem Sinn und Zweck her bedingt (vgl. B. VII. 6. c) aa) (1) (c) der Gründe). Typischerweise können und sollen nach Sinn und Zweck einer Ausschlussfrist auch seltene Sachverhaltsgestaltungen, aus denen eine Partei Ansprüche gegen die andere ableiten kann, zeitlich nur eingeschränkt geltend gemacht werden können, um umfassend Rechtssicherheit im Arbeitsverhältnis nach kurzer Zeit zu schaffen. Ob es sich um einen Ausnahmefall handelt, ist dann irrelevant. Ansprüche aus der Haftung wegen Vorsatzes stellen im Übrigen keine außergewöhnlichen Fälle dar, erst recht nicht die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit. Entsprechendes gilt für die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit. Solche Haftungsfälle, insbesondere infolge einer grob fahrlässigen Verursachung können und werden immer mal wieder in einem Arbeitsverhältnis auftreten und sind daher unabhängig von ihrer Häufigkeit nicht fernliegend. „Außergewöhnlich“ ist nicht zu verwechseln mit „zahlreich“, insbesondere nicht auf diese Bedeutung beschränkt.
- 308 Ob die Parteien die in §309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche erwähnt und bedacht haben bzw. diese Fälle für regelungsbedürftig gehalten haben, sind lediglich den konkreten Vertragsschluss betreffende Umstände, die im Rahmen der typisierenden Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen keine Berücksichtigung finden. Im Übrigen ist dies bedingt durch das allgemeine Verständnis der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise bei der Vereinbarung von Ausschlussfristen für „Ansprüche“: Da eine Einschränkung in der Vertragsbestimmung nicht enthalten ist, gilt sie umfassend, um regelungsbedürftige Fälle muss man sich deswegen keine Gedanken machen.
- 309 (2) Auch bei einer der AGB-Kontrolle unterliegenden Einmalbedingung führt die Auslegung nach §133, §157 BGB (vgl. näher B. VII. 6. c) aa) (2) (a) der Gründe) nicht zu einem anderen Ergebnis. Es liegt unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Klausel von dem Beklagten vorformuliert wurde und der Kläger hierauf keine Einflussmöglichkeit hatte, gerade nahe, dass der Beklagte wie in Bezug auf §202 Abs. 1 BGB eine umfassend geltende, die Ansprüche nach §309 Nr. 7 BGB mit erfassende Ausschlussfrist mit dem Kläger vereinbaren wollte, welche der Kläger auch so akzeptiert hat. Bei einer weit formulierten Vertragsbedingung kann und muss ohne weitere Anhaltspunkte ein redlicher Erklärungsempfänger nicht davon ausgehen, dass diese nur einen begrenzten, noch gesetzeskonformen Geltungsbereich haben soll (vgl. im Einzelnen B. VII. 6. c) aa) (2) (b) der Gründe).

- 310 (3) Zumindest folgt aus der Unklarheitenregel des §305c Abs. 2 BGB, dass die in §309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche von §8 Arbeitsvertrag erfasst werden (siehe B. VII. 6. c) aa) (3) der Gründe). Auch hier ist die Auffassung, dass §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und damit solche aus §309 Nr. 7 BGB erfasst, ein vertretbares Ergebnis, welches im Verhältnis zu der vom Bundesarbeitsgericht vorgenommenen Auslegung erhebliche Zweifel an der richtigen Auslegung begründet.
- 311 bb) Ebenso wenig überzeugt die vom Bundesarbeitsgericht gezogene Parallele zu seinem Verständnis der Reichweite von §202 Abs. 1 BGB, wonach Ausschlussfristen nur insoweit unwirksam seien, als das Gesetz die Einbeziehung bestimmter Ansprüche verbiete. Dieses Konstrukt einer Teilunwirksamkeit ist durch §306 BGB als gegenüber §139 BGB speziellere Norm ausgeschlossen und mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht zu vereinbaren (siehe oben B. VII. 6. c) bb) der Gründe).
- 312 cc) Darüber hinaus entspricht die Auffassung des Bundesgerichtshofes dem Willen des Gesetzgebers, der ausdrücklich darauf abstellt, dass die Verkürzung von Verjährungsfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen an dem Klauselverbot u. a. des §309 Nr. 7 BGB zu messen ist. Denn nach überwiegender Ansicht stelle die Verkürzung von Verjährungsfristen eine Haftungsbeschränkung bzw. Haftungsbegrenzung dar (BT-Drucks. 14/6040, 159). §309 Nr. 7 BGB bringe das Freizeichnungsverbot des §11 Nr. 7 AGBG lediglich auf den Stand, den es der Sache nach schon habe. Dieses sei aber im Hinblick auf die Richtlinie 93/13/EWG so ausgelegt worden, dass bei Verbraucherverträgen jedwede Haftungsbegrenzung für den Fall verschuldeter Körperschäden unwirksam sei (BT-Drucks. 14/6040, 156).
- 313 dd) Durch die Formulierung des §309 Nr. 7 BGB wird die Umsetzung dieses gesetzgeberischen Willens für arbeitsrechtliche Ausschlussfristen nicht ausgeschlossen. "Begrenzung" ist schon dem Wortlaut nach nicht ausschließlich so zu verstehen, dass nur die Entstehung des Anspruchs erfasst wird, indem die Haftung für Schäden wegen der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit bzw. wegen Vorsatzes oder grobfahrlässiger Pflichtverletzungen nach Grund oder Höhe limitiert wird. Ein Anspruch wird auch dann begrenzt, wenn nach seiner uneingeschränkten Entstehung über die gesetzlichen Verjährungsfristen hinaus der Vertragspartner des Verwenders innerhalb kürzerer Fristen aktiv werden muss, um seine Rechte nicht zu verlieren. Die Pflicht zur Geltendmachung bewirkt mittelbar eine Haftungsfreistellung. Unter "Begrenzung" ist demnach nicht nur eine inhaltliche Begrenzung zu verstehen (Preis/Roloff, RdA 2005, 144 ; a. A. Mohr, SAE 2006, 156 ). Selbst das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass Ausschlussfristen eine Forderung "in ihrem zeitlichen Umfang begrenzen" (vgl. BAG, 15. Juni 1993, 9 AZR 208/92, NZA 1994, 274) bzw. ihre "zeitliche Begrenzung" betreffen (vgl. BAG, 16. Januar 2001, 5 AZR 430/00, NZA 2002, 746 ). Dann ist es widersprüchlich, unter Haftungsbegrenzungen im Sinne des §309 Nr.

7 BGB zeitliche Begrenzungen nicht zu subsumieren und den gesetzgeberischen Willen ohne Anlass in das Gegenteil zu verkehren.

- 314 ee) Aufgrund des Verstoßes gegen §309 Nr. 7 BGB fehlt es auch hier an der notwendigen Transparenz der Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag, weil sie die in §309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche nicht ausdrücklich ausnimmt.
- 315 d) §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag ist danach wegen Verstoßes gegen §309 Nr. 7 BGB insgesamt unwirksam. Die Klausel erfasst Ansprüche aus der Haftung wegen der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit sowie wegen grobfahrlässiger Pflichtverletzungen. Folge der Unwirksamkeit ist die Unanwendbarkeit der Bestimmung gemäß §306 Abs. 2 BGB. Eine Teilbarkeit der Klausel im Sinne der AGB-Kontrolle besteht nicht, die Annahme einer Teilunwirksamkeit verstößt gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (vgl. B. V. 6. bb) (2) und (3) der Gründe).
- 316 9. Die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung liegen nicht vor.
- 317 a) Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der durch die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel entstandenen Lücke einer Vervollständigung bedarf. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel und die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften ohne Ergänzung keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet (vgl. BAG, 12. Januar 2005, 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 ; 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 19. Dezember 2007, 5 AZR 1008/06, NZA 2008, 464 ). Allerdings rechtfertigt nicht jede Verschiebung der Gewichte zu Lasten des Verwenders die Annahme einer ergänzungsbedürftigen Lücke. Eine ergänzende Vertragsauslegung kann dann in Frage kommen, wenn sich das Festhalten am Vertrag für den Verwender als unzumutbare Härte im Sinne des §306 Abs. 3 BGB darstellen würde (vgl. BAG, 11. April 2006, 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042 ; 14. Januar 2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666 ). Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ist dann zu fragen, was die Parteien bei angemessener Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben redlicher Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingung bekannt gewesen wäre (vgl. BAG, 11. April 2006, a.a.O.; 28. November 2007, 5 AZR 992/06, NZA 2008 293 ; 19. Dezember 2007, a.a.O.).
- 318 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall besteht für eine ergänzende Vertragsauslegung, mit der die Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag um eine Ausnahmeregelung für die in §202 Abs. 1, §309 Nr. 7 BGB erfassten Ansprüche ergänzt bzw. ihr Geltungsbereich nicht auf diese Ansprüche erstreckt wird, kein Anlass.

- 319 Bei Ausschlussfristen bietet das Gesetz eine angemessene Lösung, die den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung trägt. Der mit der Ausschlussfrist verfolgte Zweck, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herzustellen, wird durch die regelmäßige Verjährungsfrist des §195 BGB erreicht. Sowohl Ausschluss- als auch Verjährungsfristen begrenzen die Möglichkeit, das Recht durchzusetzen, indem sie ein Tätigwerden des Anspruchsinhabers verlangen. Sie sind Ausdruck des vom Gesetzgeber verfolgten Ziels, Rechtsfrieden herzustellen, und bezwecken einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz des Schuldners vor einer drohenden Beweisnot und möglichem Verlust von Regressansprüchen gegen Dritte einerseits und der Notwendigkeit, den Gläubiger vor einem ungerichtfertigten Anspruchsverlust zu bewahren, andererseits. Die Verjährungsfrist von drei Jahren nach §195 BGB ist angemessen lang, im Fall der Unwirksamkeit einer Verfallklausel dem Bedürfnis der Parteien nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu genügen. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Neu- oder einen Altvertrag handelt (vgl. BAG, 28. November 2007, 5 AZR 992/06, NZA 2008, 293 ; 19. Dezember 2007, 5 AZR 1008/06, NZA 2008, 464 ).
- 320 Etwas anderes ergibt sich nicht aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur AGB-Kontrolle von Ausschlussfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Deren Zulässigkeit unter den hier geprüften Aspekten (§202 Abs. 1, §309 Nr. 7 BGB) ist seit Einführung der AGB-Kontrolle durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ab 1. Januar 2002 fraglich. Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Problemkreis (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; 28. September 2005, 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149) stoßen auf Kritik (vgl. ErfK/Preis §310 BGB Rn. 103; Matthiessen, NZA 2007, 361 ). Selbst Befürworter der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts empfehlen, entsprechende Ausnahmeregelungen in vorformulierte Ausschlussfristen aufzunehmen (vgl. Bayreuther, NZA 2005, 1337; Mohr, SAE 2006, 156 ).
- 321 10. Die Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag ist nicht gemäß §310 Abs. 4 Satz 2 BGB unter angemessener Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten aufrechtzuerhalten.
- 322 a) Bei der Anwendung der §§305 ff. BGB sind die im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§310 Abs. 4 Satz 2 BGB). Maßgeblich sind insoweit nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Besonderheiten des Arbeitslebens, d. h. alle dem Arbeitsverhältnis innewohnenden Besonderheiten (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ; 14. August 2007, 9 AZR 18/07, NZA 2008, 1194 ; 23. September 2010, 8 AZR 897/08, NZA 2011, 89 ; 23. September 2010, 3 AZR 557/08, NZA 2011, 206 ). Weder erfasst diese Norm nur rechtlich besonders ausgestaltete Arbeitsverhältnisse, noch muss die Norm ausschließlich auf Arbeitsverträge anwendbar sein, sofern sie sich nur auf dem Gebiet des Arbeitsrechts besonders auswirkt (vgl. BAG, 4. März 2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727 ). Jedoch ist es nicht Sinn des §310 Abs. 4 Satz 2 BGB, die frühere Bereichsausnahme des §23 AGBG wieder einzufüh-

ren (vgl. LAG Hamm, 24. Januar 2003, 10 Sa 1158/02, NZA 2003, 499 ). Das gilt auch für die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Sie ist auf ihre Vereinbarkeit mit den jetzt geltenden gesetzlichen Bestimmungen zur Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen zu überprüfen (vgl. LAG Hamm, 11. Mai 2004, 19 Sa 2132/03, NZARR 2004, 515 ).

- 323 b) Ausschlussfristen an sich sind eine arbeitsrechtliche Besonderheit, welche anerkanntermaßen seit langem im Arbeitsleben dazu dienen, die hier gebotene rasche Klärung von Ansprüchen und Bereinigung offener Streitpunkte herbeizuführen (vgl. BAG, 25. Mai 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 ). Ebenso ist es eine prägende Besonderheit, dass in weiten Bereichen relativ kurze Ausschlussfristen bestehen (vgl. BAG, a.a.O., S. 1114).
- 324 c) Die Unwirksamkeit von §8 Arbeitsvertrag ergibt sich daraus, dass die Klausel auch gesetzlich vor einem Verlust durch Zeitablauf besonders geschützte Haftungsansprüche aus Pflicht- und Rechtsgutverletzungen erfasst. Im Hinblick auf diesen Grund der Unwirksamkeit liegen keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten vor, die eine Aufrechterhaltung der Bestimmung rechtfertigen könnten.
- 325 aa) §§104 ff. SGB VII enthalten zwar haftungsbegrenzende Regelungen im Arbeitsrecht, die jedoch die Vorsatzhaftung gerade unberührt lassen (Preis/Roloff, RdA 2005, 144 ). Zudem sind nur Personenschäden bei Arbeitsunfällen betroffen, nicht diejenigen außerhalb des Anwendungsbereichs der §§104 ff. SGB VII sowie alle vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Sachschäden (Matthiessen, NZA 2007, 361 ). Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob die in §202 Abs. 1 BGB, §309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche praktisch häufig zum Tragen kommen angesichts des bei der Inhaltskontrolle anwendbaren objektiven Prüfungsmaßstabs (Matthiessen, a.a.O.; a. A. Bayreuther, NZA 2005, 1337).
- 326 bb) Die Wirkung der Ausschlussfrist des §8 Satz 1 Alt. 1 Arbeitsvertrag, auch die in §202 Abs. 1, §309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche zu erfassen, könnte nur durch eine Begrenzung des Anwendungsbereichs beseitigt werden. Diese geltungserhaltende Reduktion stellt jedoch keine arbeitsrechtliche Besonderheit dar (a. A. Bayreuther, NZA 2005, 1337 ; Mohr, SAE 2006, 156 ), sondern wird seit dem 1. Januar 2002 durch §306 Abs. 2 BGB auch im Bereich des Arbeitsrechts ausgeschlossen. Eine andere Sicht würde faktisch die Bereichsausnahme des §23 AGBG wiederherstellen.
- 327 Im Übrigen gibt es im Bereich des Arbeitsrechts keine Besonderheiten, welche eine Unanwendbarkeit dieses Verbots rechtfertigen könnten (vgl. LAG Hamm, 11. Mai 2004, 19 Sa 2132/03, NZARR 2004, 515 m. w. N.). Sie bestehen weder für eine geltungserhaltende Reduktion noch für eine ergänzende Vertragsauslegung. Langfristig angelegte Formularverträge ohne die Möglichkeit der einseitigen Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommen im gesamten Vertragsrecht regelmäßig vor (vgl. BAG, 11. Oktober 2006, 5 AZR 721/05, NZA

2007, 87 ). Das besondere Interesse an schneller Rechtssicherheit in Arbeitsverhältnissen wird nicht dadurch bei Ausschlussfristen negiert, indem die Verjährungsvorschriften im Falle einer unwirksamen Klausel Anwendung finden (so aber HKArbR/Boemke/Ulrici, a.a.O., §306 Rn. 12). Ausschlussklauseln stellen angesichts der Verjährungsregelungen keine zwingend gebotene arbeitsrechtliche Besonderheit dar. Zahlreiche Arbeitsverträge kommen ohne sie aus (vgl. BAG, 28.November 2007, 5 AZR 992/06, NZA 2008, 293 ; 19. Dezember 2007, 5 AZR 1008/06, NZA 2008, 464 ). Die Unwirksamkeit zahlreicher vorformulierter Verfallklauseln in Alt- und Neuverträgen ist vor diesem Hintergrund hinzunehmen, zumal es sich bei den Neuregelungen in §202 Abs. 1 BGB und §309 Nr. 7 BGB sowie der Erstreckung der AGB-Kontrolle auf vorformulierte Arbeitsverträge um bewusste gesetzgeberische Entscheidungen handelt.

- 328 11. Aufgrund der Unwirksamkeit des §8 Arbeitsvertrag bedurfte es keiner schriftlichen Geltendmachung der Zahlungsansprüche durch den Kläger innerhalb der dort genannten Fristen. Ihr Verfall ist bis zur Klageerhebung nicht eingetreten.
- 329 VIII. Die Zinsentscheidung folgt aus §286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, §614, §288 Abs. 1, §247 BGB. Sämtliche Forderungen waren spätestens am 30. Juni 2010 fällig, der Kläger hat zuletzt Zinsen erst ab 27. August 2010 und 27. Oktober 2010 verlangt.
- 330 C. Die Kostenentscheidung folgt aus §92 Abs. 1, §97 Abs. 1 ZPO. Dabei waren für die beiden Instanzen unterschiedliche Kostenquoten festzusetzen.
- 331 In der ersten Instanz war der Antrag des Klägers auf Feststellung, dass ein Rückzahlungsanspruch über 13.534,34 Euro nicht besteht, übereinstimmend von den Parteien für erledigt erklärt worden. Auch wenn es die Vorschrift nicht ausdrücklich erwähnt, hat das Arbeitsgericht gemäß §91a ZPO dergestalt entschieden, dass es für diesen Antrag die Kosten hälftig geteilt und unter Berücksichtigung dieser Quotelung die Kosten des Rechtsstreits bezogen auf einen Gesamtstreitwert von 153.048,08 Euro im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen beider Parteien verteilt hat. Nach der zweitinstanzlich erfolgten Abänderung der Entscheidung zur Hauptsache waren die Kosten wie geschehen unter Hinzurechnung der unveränderten Quotierung des erledigten Teils für die erste Instanz auf die Parteien zu verteilen.
- 332 Für die zweite Instanz war lediglich der hier noch angefallene Rechtsstreit mit einem Wert von 139.513,74 Euro zugrunde zu legen, die Kostenquotelung entspricht dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien.
- 333 D. Die Revision war zuzulassen. Die Rechtssache hat insgesamt grundsätzliche Bedeutung (§72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG), zudem weicht das Berufungsgericht in einer entscheidungserheblichen Frage von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab (§72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG).