

Das Arbeitsrecht des Profisports

Fischinger / Reiter

2021

ISBN 978-3-406-72557-9

C.H.BECK

keine leichte Fahrlässigkeit.¹⁰⁴⁵ Denn die **Grundsätze beschränkter Arbeitnehmerhaftung**¹⁰⁴⁶ (→ § 9 Rn. 3 ff.) sind hier zu berücksichtigen.¹⁰⁴⁷ Es ist daher mindestens mittlere Fahrlässigkeit erforderlich, da ansonsten die Vertragsstrafe ihre verhaltenssteuernde Wirkung nicht entfalten kann.¹⁰⁴⁸

b) Genaue Bezeichnung der die Vertragsstrafe auslösenden Pflichtverletzungen

Zunächst einmal sind die Pflichtverletzungen, die die Vertragsstrafe auslösen sollen, konkret zu bezeichnen.¹⁰⁴⁹ Die Klausel muss also erkennen lassen, welche konkreten Pflichten durch sie gesichert werden sollen.¹⁰⁵⁰ Das BAG begründet dies damit, dass der Arbeitnehmer erkennen können muss, „was auf ihn zukommt“.¹⁰⁵¹ Globale Strafversprechen – also solche Klauseln, die einfach sämtliche vertragliche Pflichten in Bezug nehmen – verstoßen damit ebenso gegen das **Bestimmtheitsgebot** und sind unwirksam¹⁰⁵² wie Klauseln, die die zu sichernde Pflichtverletzung nur unzureichend bezeichnen.¹⁰⁵³ Eine unzureichende Bezeichnung ist auch dann anzunehmen, wenn der Wortlaut geringfügige Pflichtverletzungen – versehentlich – umfasst. Es ist deshalb darauf zu achten, dass nur diejenigen Pflichtverletzungen in die Klausel einbezogen werden, die tatsächlich pönalisiert werden sollen. So ist eine Klausel unwirksam, wenn mit ihr eine Vertragsstrafe von einem Bruttomonatsgehalt auch für kleinste Pflichtverletzungen – bspw. einen Tag unentschuldigtem Fehlens¹⁰⁵⁴ – vereinbart wird. Zu begründen ist dies mit dem hierdurch entstehenden Missverhältnis zwischen der – ggf. an sich sogar ordnungsgemäßen – Höhe der Vertragsstrafe und der Schwere der strafbewehrten Pflichtverletzung.¹⁰⁵⁵

Auch sind Klauseln unwirksam, die nicht erkennen lassen, in welchen Fällen eine Vertragsstrafe **einmalig verwirklicht** ist und in welchen Fällen ein **Dauerverstoß** vorliegt, der die Vertragsstrafe unter Umständen mehrfach auslöst. Im Hinblick auf die Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht hat das BAG aus diesem Grund eine Klausel für unwirksam erklärt, die „für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von zwei durchschnittlichen Brutto-Monatsentkommen“ vorsah, wobei im „[...] Falle einer dauerhaften Verletzung der Verschwiegenheitspflicht oder des Wettbewerbsverbotes [...] jeder angebrochene Monat als eine erneute Verletzungshandlung“ gelten sollte.¹⁰⁵⁶

Das BAG hat auf Basis vorgenannter Grundsätze mangels ausreichender Bestimmtheit auch Vertragsstrafen wegen eines „gravierenden Vertragsverstoßes“¹⁰⁵⁷ oder wegen „schuldhaft vertragswidrige[n] Verhalten[s] des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst“¹⁰⁵⁸, für unwirksam erklärt. Die frühere Rechtsprechung des BAG, mit der es eine Klausel im damals aktuellen Mustervertrag des

¹⁰⁴⁵ LAG Rheinland-Pfalz 2.2.2006 – 4 Sa 779/05, BeckRS 2006, 41256; LAG Berlin-Brandenburg 21.10.2010 – 25 Sa 586/10, BeckRS 2011, 69134.

¹⁰⁴⁶ Grundlegend hierzu BAG GS 27.9.1994 – GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083; Staudinger/*Richardi/Fischinger* BGB § 619a Rn. 28 ff. mwN.

¹⁰⁴⁷ LAG Berlin-Brandenburg 21.10.2010 – 25 Sa 586/10, BeckRS 2011, 69134.

¹⁰⁴⁸ ANLG SportR/*Wüterich/Breucker* Rn. 619; vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg 21.10.2010 – 25 Sa 586/10, BeckRS 2011, 69134, das insoweit „fahrlässig schuldhaftes Verhalten“ fordert.

¹⁰⁴⁹ BAG 23.1.2014 – 8 AZR 130/13, NZA 2014, 777.

¹⁰⁵⁰ BAG 27.4.2000 – 8 AZR 301/99, BeckRS 2009, 56447.

¹⁰⁵¹ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; 21.4.2005 – 8 AZR 425/04, NZA 2005, 1053.

¹⁰⁵² BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; 21.4.2005 – 8 AZR 425/04, NZA 2005, 1053; LAG Düsseldorf 1.3.2006 – 4 Sa 1568/05, BeckRS 2006, 41783; *Mävers* ArbRAktuell 2017, 37 (38); MüKoBGB/*Spinner* § 611a Rn. 966.

¹⁰⁵³ Von einer Teilbarkeit unbestimmter Tatbestände von ausreichend bestimmten Tatbeständen einer Vertragsstrafe ausgehend *ErfK/Preis* BGB § 310 Rn. 103a.

¹⁰⁵⁴ LAG Saarland 7.9.2016 – 2 Sa 104/15, BeckRS 2016, 73744.

¹⁰⁵⁵ LAG Saarland 7.9.2016 – 2 Sa 104/15, BeckRS 2016, 73744; iErg ebenso LAG Düsseldorf 1.3.2006 – 4 Sa 1568/05, BeckRS 2006, 41783.

¹⁰⁵⁶ BAG 14.8.2007 – 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170.

¹⁰⁵⁷ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, NZA 2006, 34.

¹⁰⁵⁸ BAG 21.4.2005 – 8 AZR 425/04, NZA 2005, 1053; LAG Düsseldorf 1.3.2006 – 4 Sa 1568/05, BeckRS 2006, 41783.

Deutschen Fußballbundes für wirksam hielt, nach der Vertragsstrafen „bei Verstößen gegen Anordnungen sowie bei Verstößen gegen Vertragspflichten“ verhängt werden dürfen,¹⁰⁵⁹ ist damit heute nicht mehr haltbar.

c) Genaue Bezeichnung der Vertragsstrafe

- 36 Neben der Pflichtverletzung ist auch die verwirkte Vertragsstrafe bereits in der Klausel **genau zu bezeichnen**.¹⁰⁶⁰ Die Vertragsstrafe wird in der Regel in der Zahlung eines pauschalierten Schadensersatzes bestehen.
- 37 Der BGH vertritt im Hinblick auf Vertragsstrafenabreden in strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungen die Auffassung, dass eine Vertragsstrafenabrede auch einen **Höchstbetrag** vorsehen könne, bis zu dem es dem jeweiligen Gläubiger obliege, die Höhe je nach Art und Umfang der Zuwiderhandlung nach **billigem Ermessen im Einzelfall gemäß §§ 315, 317 BGB** festzulegen.¹⁰⁶¹ Eine Benachteiligung im Vergleich zu den Fällen, in denen bereits im Vertragswerk die Höhe der finanziellen Vertragsstrafen konkret bezeichnet ist, liege nicht vor.¹⁰⁶² Vielmehr sei es für den Vertragsstrafengläubiger schwieriger die Vertragsstrafe durchzusetzen, da er nicht – wie bei einer bereits festgelegten Höhe – die Vertragsstrafe einfach durch Beweis der Pflichtverletzung einklagen könne, sondern darüber hinaus noch die Angemessenheit der für den Einzelfall vom Gläubiger festgesetzten Höhe der Vertragsstrafe gerichtlich überprüfbar sei. Der Gläubiger setze sich durch diese Art der Gestaltung also erhöhten Prozessrisiken aus.¹⁰⁶³
- 38 Das BAG hat sich in einer älteren Entscheidung, der ein Arbeitsvertrag mit einem Profifußballer zugrunde lag, in gleicher Weise positioniert.¹⁰⁶⁴ In einer späteren – nicht den Profisport betreffenden – Entscheidung hat das BAG lediglich auf die oben geschilderte Rechtsprechung des BGH hingewiesen, ohne eindeutig Stellung zu beziehen.¹⁰⁶⁵ Auch ein Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung aus dem Jahr 1986 fehlt. In der Entscheidung aus dem Jahr 2005 war die hier aufgeworfene Frage aber auch nicht entscheidungserheblich. Anzumerken ist allerdings, dass die eine rahmenmäßige arbeitsvertragliche Festlegung für zulässig erachtende Rechtsprechung freilich zu einer Zeit ergangen ist, als die strengen Regelungen der §§ 307 ff. BGB noch keine Anwendung fanden. Es ist aber auch unter geltender Rechtslage nicht einzusehen, warum eine Klausel, die einen Rahmen für die Festsetzung der konkreten Vertragsstrafe nach billigem Ermessen vorsieht, unwirksam sein sollte.¹⁰⁶⁶ Der Arbeitnehmer ist ausreichend dadurch geschützt, dass er einerseits das Höchstmaß der Vertragsstrafe kennt und dass die Vertragsstrafe andererseits bei unangemessener Festsetzung im Einzelfall von dem mit ihr befassten Gericht gemäß § 315 III 2 BGB für unverbindlich erklärt und geringer festgesetzt werden kann.¹⁰⁶⁷ Der Rahmen für die Vertragsstrafe ist also nicht nur der Höhe nach durch den Arbeitsvertrag, sondern auch

¹⁰⁵⁹ BAG 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782.

¹⁰⁶⁰ LAG Rheinland-Pfalz 18.11.2011 – 6 Sa 460/11, BeckRS 2012, 66021; MüKoBGB/Spinner § 611a Rn. 965; Preis Arbeitsvertrag/Stoffels II V 30 1 b ff.

¹⁰⁶¹ BGH 12.7.1984 – I ZR 123/82, NJW 1985, 191; vgl. auch die Rechtsprechung des VII. Senats des BGH zu rahmenmäßig bestimmten Vertragsstrafen in Bauverträgen BGH 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805; 8.7.2004 – VII ZR 24/03, NJW-RR 2004, 1463 mwN.

¹⁰⁶² BGH 12.7.1984 – I ZR 123/82, NJW 1985, 191; 14.2.1985 – I ZR 20/83, NJW 1985, 2021; KG Berlin 24.5.1991 – 5 U 1443/91, BeckRS 1991, 07622.

¹⁰⁶³ BGH 12.7.1984 – I ZR 123/82, NJW 1985, 191; 14.2.1985 – I ZR 20/83, NJW 1985, 2021; OLG Hamburg 22.12.2014 – 3 W 123/14, BeckRS 2015, 02944.

¹⁰⁶⁴ BAG 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782.

¹⁰⁶⁵ BAG 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, NZA 2006, 34.

¹⁰⁶⁶ Unbeanstandet gelassen in LAG Düsseldorf 1.3.2006 – 4 Sa 1568/05, BeckRS 2006, 41783.

¹⁰⁶⁷ Die auch nach der Schuldrechtsreform auf verwirkte Vertragsstrafen anwendbare Norm des § 343 BGB (BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; *Lakies ArbRAktuell* 2014, 313 (315)) wäre demgegenüber nur anwendbar, wenn eine Vertragsstrafe in konkreter Höhe vereinbart, aber im Einzelfall unwirksam wäre, vgl. auch das anschauliche Beispiel bei *Wensing/Niemann* NJW 2007, 401 (403); aA wohl *Gaul/Tenbrock ArbRB* 2005, 303 (304).

hinsichtlich des Prozedere seiner Festlegung durch die gesetzlichen Regelungen in § 315 BGB flankiert. Eine unangemessene Benachteiligung ist deshalb zu verneinen.

Durch eine entsprechende Vertragsgestaltung wird auch nicht das **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**¹⁰⁶⁸ umgangen.¹⁰⁶⁹ Denn das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion greift nur bei gemäß §§ 307 ff. BGB unwirksamen Arbeitsvertragsklauseln ein. Eine solche Unwirksamkeit besteht vorliegend gerade nicht. Selbstverständlich darf aber der arbeitsvertraglich vereinbarte Höchstbetrag selbst nicht unangemessen hoch sein, sondern hat sich an den Grenzen zu orientieren, die die Rechtsprechung insoweit setzt (→ Rn. 44 ff.).

d) Art der unter Strafe zu stellenden Pflichtverletzungen

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe dient dazu, diejenigen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers zu pönalisieren, die die konkrete Bezifferung eines kausalen arbeitgeberseitigen Schadens nur sehr schwer möglich machen. Dient die Vertragsstrafe demgegenüber in erster Linie „zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Verwenders losgelöster Geldforderungen“,¹⁰⁷⁰ fehlt es am berechtigten Interesse des Arbeitgebers.¹⁰⁷¹

Ohne weiteres können **arbeitsvertragliche Hauptpflichten**¹⁰⁷² unter Vertragsstrafe gestellt werden. Dies gilt auch für **arbeitsvertragliche Nebenpflichten**,¹⁰⁷³ sofern dies ausdrücklich vereinbart ist. Bei Nebenpflichten des Arbeitnehmers handelt es sich um die sich insbesondere aus dem personenrechtlichen Einschlag des Arbeitsverhältnisses ergebenden zusätzlichen, mit dem Vertragsabschluss übernommenen **Verhaltens- und Unterlassungspflichten**.¹⁰⁷⁴ Darüber hinaus darf sich der Arbeitgeber allerdings keine weiteren Pflichten „ausdenken“, die er unter Vertragsstrafe stellen will.¹⁰⁷⁵

Das **Bestimmtheitsgebot** bedingt, dass die einzelnen unter Vertragsstrafe stehenden Nebenpflichten im Arbeitsvertrag genau bezeichnet sind und nicht lediglich aus dem Arbeitsverhältnis abgeleitet werden.¹⁰⁷⁶ Erforderlich ist außerdem, dass eine Verletzung **typischerweise** einen (**wirtschaftlichen**) **Schaden des Arbeitgebers** nach sich zieht oder befürchten lässt.¹⁰⁷⁷ Ohne eine solche Gefahr hat ein Arbeitgeber schlicht kein berücksichtigungswertes Interesse, das eine Vertragsstrafenabrede rechtfertigen würde, was in Anbetracht des Sinns und Zwecks einer Vertragsstrafe (→ Rn. 28 f.) nur konsequent ist. Denn warum sollte ein Arbeitgeber ein rechtliches Vehikel nutzen dürfen, das eingeführt wurde, um ihm den – regelmäßig schwer zu führenden – Schadensnachweis zu ersparen, wenn

¹⁰⁶⁸ Vgl. hierzu zB BAG 15.3.2005 – 9 AZR 502/03, NZA 2005, 682; 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; BGH 25.6.2003 – VIII ZR 344/02, NJW 2003, 2899; ErfK/Preis BGB § 310 Rn. 104; NK-GA/Peterhänsel BGB § 306 Rn. 12 ff.

¹⁰⁶⁹ Anders wohl Hümmerich/Reufels/Schiefer Gestaltung ArbV § 1 Rn. 4328.

¹⁰⁷⁰ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727.

¹⁰⁷¹ BAG 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, NZA 2006, 34; 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; BGH 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805; iErg ebenso LAG Düsseldorf 8.1.2003 – 12 Sa 1301/02, NZA 2003, 382.

¹⁰⁷² BAG 4.3.2004 – 8 AZR 328/03, NZA 2004, 727; SWK-ArbR/Schönhöft „Vertragsstrafe“ Rn. 3; HK-ArbR/Boemke/Ulrici BGB § 309 Rn. 34.

¹⁰⁷³ BAG 4.9.1964 – 5 AZR 511/63, DB 1964, 1666; LAG Hessen 8.10.1990 – 10/2 Sa 1395/89, BeckRS 1990 30447782; LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784; Mävers ArbRAktuell 2017, 37 (38); aA Lakies ArbRAktuell 2014, 313 (314); bzgl. Verschwiegenheitspflicht, Nebentätigkeitsverbot und Mitteilungspflichten ebenso ErfK/Müller-Glöge BGB § 345 Rn. 21, 23.

¹⁰⁷⁴ LAG Hessen 8.10.1990 – 10/2 Sa 1395/89, BeckRS 1990 30447782; BeckOGK/Maties BGB § 611a Rn. 302; Brötzmann öAT 2017, 73; NK-BGB/Klappstein § 611 Rn. 82.

¹⁰⁷⁵ Vgl. die Beispiele unten in (→ Rn. 53).

¹⁰⁷⁶ BAG 4.9.1964 – 5 AZR 511/63, DB 1964, 1666; LAG Hessen 8.10.1990 – 10/2 Sa 1395/89, BeckRS 1990 30447782; LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784; Mävers ArbRAktuell 2017, 37 (38); MüKoBGB/Spinner § 611a Rn. 966.

¹⁰⁷⁷ Mävers ArbRAktuell 2017, 37 (38).

die pönalisierte Pflichtverletzung meist gar nicht zu einem finanziellen Schaden führen kann?

Gestaltungshinweis Nr. 41:

Die Vertragsstrafenabrede sollte nur diejenigen Verhaltensweisen erfassen, die gegen arbeitsvertraglich (wirksam) vereinbarte Haupt- und/oder Nebenpflichten verstoßen. Empfehlenswerte Katalogtatbestände sind zB:

- Nichtaufnahme der Arbeit bei Vertragsbeginn
- Verstoß gegen Art. 18 V, Art. 17 FIFA-RSTS durch Vertragsabschluss
- Versäumen von Trainingseinheiten, Besprechungen, Wettkämpfen
- Zuspätkommen zu Trainingseinheiten, Besprechungen, Wettkämpfen
- Eigene Sponsorenwerbung im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit
- Fehlende Abstimmung von Social Media-Posts.

e) Umfang der Vertragsstrafe

- 43 Eine unangemessene Benachteiligung kann sich schließlich daraus ergeben, dass die **Höhe** bzw. der **Rahmen**, innerhalb dessen der Arbeitgeber die Vertragsstrafe festsetzen darf (→ Rn. 37 ff.), unbillig ist.¹⁰⁷⁸ Dies ist folgerichtig, da eine Vertragsstrafe nicht der Schöpfung von Geldforderungen dienen darf (→ Rn. 40). Dementsprechend muss die Höhe der Vertragsstrafe dergestalt bemessen werden, dass sie nicht evident über die Beträge hinausgeht, die potentiell als Schaden Ausfluss der vom Arbeitnehmer begangenen Pflichtverletzung sind, sondern sich an der potentiellen Schadenshöhe orientiert.¹⁰⁷⁹ Die Höhe der Vertragsstrafe ist insbesondere auch **in der Vertragsklausel anzugeben**.¹⁰⁸⁰
- 44 **aa) Finanzielle Strafe.** Es besteht **keine generelle Höchstgrenze** für eine arbeitsvertraglich vereinbarte Vertragsstrafe.¹⁰⁸¹ Eine solche Höchstgrenze widerspräche den Regelungen der § 307 I 1 BGB und § 310 III Nr. 3 BGB, nach denen als Bemessungsgrundlage für die Angemessenheit von AGB auf den jeweiligen Gegenstand und die betroffene Arbeitnehmergruppe – also individuelle Faktoren – abzustellen ist.¹⁰⁸² Ob eine Vertragsstrafe eine angemessene Höhe hat, ist anhand einer typisierenden Betrachtungsweise bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen, wobei insoweit bei AGB ein **generalisierender Maßstab** anzulegen ist.¹⁰⁸³ Das Fehlen eines Schadens im konkreten Einzelfall führt dabei nicht zur Unwirksamkeit der Klausel, da die Vertragsstrafe wie ausgeführt auch bezweckt, einen wirkungsvollen Druck auf den Schuldner zur Einhaltung seiner Verpflichtungen auszuüben.¹⁰⁸⁴ Es genügt, dass in Fällen der unter Strafe gestellten Pflichtverletzungen typischerweise ein Schaden eintritt. Ausnahmsweise können **konkret-individuelle Umstände** gemäß § 310 III Nr. 3 BGB zu einer von dem auf Basis eines generalisierenden Maßstabs gefundenen Ergebnis abweichenden Beurteilung im Rahmen der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung (§ 307 I, II BGB) führen.¹⁰⁸⁵ Solche Umstände können persönliche Eigenschaften des individuellen Vertragspartners, die sich auf die Ver-

¹⁰⁷⁸ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; MükoBGB/Müller-Glöge § 611 Rn. 1052; Reichenbach NZA 2003, 309 (313).

¹⁰⁷⁹ Vgl. zur Sittenwidrigkeit einer Vertragsstrafe in Höhe der an den Sportler während der bisherigen Laufzeit gezahlten Vergütung LAG Köln 9.4.1998 – 10 Sa 1483/97, NZA-RR 1999, 350.

¹⁰⁸⁰ BAG 14.8.2007 – 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170.

¹⁰⁸¹ BeckOGK/Maties BGB § 611a Rn. 392.

¹⁰⁸² Unter eingehender Auseinandersetzung mit der hierzu bestehenden Rechtsprechung und Literatur BAG 25.9.2008 – 8 AZR 717/07, NZA 2009, 370.

¹⁰⁸³ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; Leder/Morgenroth NZA 2002, 952 (957).

¹⁰⁸⁴ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; 25.10.1994 – 9 AZR 265/93, BeckRS 2009, 56449.

¹⁰⁸⁵ Vgl. hierzu allgemein BAG 31.8.2005 – 5 AZR 545/04, NZA 2006, 324; 19.3.2014 – 5 AZR 252/12 (B), NZA 2014, 1076; LAG Hamm 11.10.2011 – 14 Sa 543/11, BeckRS 2011, 77471.

handlungsstärke auswirken, Besonderheiten der konkreten Vertragsabschlussituation, wie beispielsweise Überrumpelung oder Belehrung, und untypische Sonderinteressen sein.¹⁰⁸⁶

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass in der Regel eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsgehalts angemessen ist.¹⁰⁸⁷ Es existiert zu den verschiedenen Anwendungsfällen von Vertragsstrafenabreden jedoch eine **reichhaltige Kasuistik**.¹⁰⁸⁸ Der vorgenannte Maßstab kann deshalb bei Pflichtverletzungen der hier interessierenden Art nicht einfach pauschal angesetzt werden. Bei der **Beurteilung der Höhe einer Vertragsstrafe** ist beispielsweise auch zu berücksichtigen, ob typischerweise nur ein geringer Schaden zu erwarten ist.¹⁰⁸⁹ Da es bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe jedenfalls auch um einen vermögensmäßigen Ausgleich nicht erbrachter Vertragsleistungen geht, sollte vor allem der Zeitraum, in dem sich der Arbeitnehmer vertragswidrig verhält, ein maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkt zur Feststellung der angemessenen Höhe sein.¹⁰⁹⁰ Sinnvoll erscheint es deshalb, beispielsweise für Pflichtverletzungen, die in Tagen bemessen werden können (vor allem das Fernbleiben vom Training, das Verpassen von Werbeterminen oÄ), die Höhe der Vertragsstrafe anhand der auf die Anzahl der von der Pflichtverletzung betroffenen Arbeitstage festzulegen (**Tagessätze**).¹⁰⁹¹ Dies hätte den Vorteil, dass bei entsprechender Formulierung der Klausel gleichzeitig klargestellt ist, wie sich die Höhe der Vertragsstrafe bei Dauerverstößen bemisst.¹⁰⁹²

Darüber hinaus sollte arbeitsvertraglich geregelt werden, dass die Vertragsstrafe auf einen etwaigen weitergehenden Schadensersatzanspruch **anzurechnen** ist.¹⁰⁹³ Ohne eine solche Anrechnungsklausel könnte eine Übersicherung des Arbeitgebers eintreten und die Klausel insgesamt unwirksam sein, wenn sie dahingehend ausgelegt werden kann, dass ihr Regelungsinhalt von den gesetzlichen Vorschriften der §§ 339, 340 II BGB abweicht.

Sofern die Vertragsstrafe demgegenüber nicht eine konkret festgelegte Höhe besitzen soll, sondern sich der Arbeitgeber die **Festsetzung für den Einzelfall vorbehalten** möchte, kommt wie ausgeführt eine rahmenmäßige Festlegung der Strafhöhe in Betracht (→ Rn. 37 ff.). Der BGH vertritt insoweit die Auffassung, dass die maximale Höhe der Vertragsstrafe bei einer **rahmenmäßigen Vereinbarung** in der Regel doppelt so hoch sein dürfe wie in Fällen, in denen die Vertragsstrafe konkret festgelegt wird,¹⁰⁹⁴ dass deren genaue Festlegung aber von den Umständen des Einzelfalls abhängt.¹⁰⁹⁵ Zu begründen sei dies damit, dass ein Strafrahmen, der eine Vielzahl von Pflichtverletzungen umfasse, für besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen sogar einen Anreiz zu deren Begehung darstelle, wenn von vornherein feststehe, dass die Vertragsstrafe auch für die schwerwiegenden Pflichtverletzungen einen gewissen Betrag nicht überschreite. Der Strafrahmen könne deshalb Anreizfunktion haben, wenn sich herausstelle, dass die Pflichtverletzung „gewinnbringend“ sein könne.¹⁰⁹⁶ Darüber hinaus neige der Gläubiger aufgrund des erhöhten Prozessrisikos dazu, die Strafe eher niedriger anzusetzen. Diese Vorteile würden durch einen

¹⁰⁸⁶ BAG 19.3.2014 – 5 AZR 252/12 (B), NZA 2014, 1076.

¹⁰⁸⁷ BAG 27.4.2000 – 8 AZR 301/99, BeckRS 2009, 56447; LAG Schleswig-Holstein 2.2.2005 – 3 Sa 515/04, BeckRS 2005, 40497; ebenso MüKoBGB/Spinner § 611a Rn. 968; Gaul/Tenbrock ArbRB 2005, 303; kritisch Hümmelich/Reufels/Schiefer Gestaltung ArbV § 1 Rn. 4319.

¹⁰⁸⁸ BAG 17.3.2016 – 8 AZR 665/14, NZA 2016, 945; 25.9.2008 – 8 AZR 717/07, BeckRS 2009, 53916; 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, NZA 2006, 34; 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; LAG Hamm 24.1.2003 – 10 Sa 1158/02, NZA 2003, 499.

¹⁰⁸⁹ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; so wohl auch APS/Rolfs BGB § 628 Rn. 36.

¹⁰⁹⁰ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; LAG Sachsen 25.11.1997 – 9 Sa 731/97, BeckRS 1997, 30868093.

¹⁰⁹¹ Siehe zB BAG 28.5.2009 – 8 AZR 896/07, NZA 2009, 1337.

¹⁰⁹² Vgl. hierzu BAG 14.8.2007 – 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170.

¹⁰⁹³ BAG 23.5.1984 – 4 AZR 129/82, NZA 1984, 255; APS/Rolfs BGB § 628 Rn. 32.

¹⁰⁹⁴ BGH 14.2.1985 – I ZR 20/83, NJW 1985, 2021; 12.7.1984 – I ZR 123/82, NJW 1985, 191; OLG Hamburg 22.12.2014 – 3 W 123/14, BeckRS 2015, 02944.

¹⁰⁹⁵ BGH 14.2.1985 – I ZR 20/83, NJW 1985, 2021.

¹⁰⁹⁶ BGH 12.7.1984 – I ZR 123/82, NJW 1985, 191; vgl. auch KG Berlin 24.5.1991 – 5 U 1443/91, BeckRS 1991, 07622.

erhöhten Strafrahmen angemessen ausgeglichen. Das BAG hat sich zu dieser Frage noch nicht positioniert.¹⁰⁹⁷ Bei näherer Betrachtung verfangen die Argumente des BGH für die hier allein interessierenden arbeitsvertraglichen Vertragsstrafen nicht. Da sich die Höhe der Vertragsstrafe immer an dem potentiellen Schaden des Arbeitgebers orientieren sollte, ist das vom BGH beschriebene Risiko – Anreiz der Begehung einer Pflichtverletzung aufgrund zu geringer Strafe – nur dann theoretisch vorstellbar, wenn der Arbeitgeber sich freiwillig „untersichert“, indem er sicherheitshalber eine Vertragsstrafe vereinbart, die signifikant geringer ist als der potentielle Schaden. Dann wäre es jedoch die „Schuld“ des Arbeitgebers und kein der Vertragsstrafe immanentes Risiko. Des Weiteren ist im Rahmen arbeitsvertraglicher Regelungen zu berücksichtigen, dass dem potentiellen finanziellen Schaden des Arbeitgebers aufgrund der Pflichtverletzung – anders als in Fällen wettbewerbswidrigen Verhaltens, die der BGH im Blick hatte – in der Regel kein bezifferbarer Gewinn des Arbeitnehmers gegenübersteht. Von einem arbeitnehmerseitigen Anreiz zur Begehung einer Pflichtverletzung kann deshalb insoweit keine Rede sein, als die Vertragsstrafe (in der Regel) nicht durch anderweitige Einkünfte aufgrund der Pflichtverletzung aufgefangen würde. Außerdem wäre ein doppelt so hoher Strafrahmen insoweit nicht zielführend, als dieser mangels Angemessenheit nie ausgeschöpft werden könnte – angemessen ist schließlich die halb so hohe Vertragsstrafe, die wirksam im Arbeitsvertrag konkret beziffert werden könnte. Es sollte ein vereinbarter Strafrahmen deshalb als Obergrenze denjenigen Betrag vorsehen, der auch im Falle einer konkreten Bezifferung in die Klausel aufgenommen würde bzw. der sich **an der schwersten denkbaren Pflichtverletzung orientiert**.

Gestaltungshinweis Nr. 42:

Die Höhe einer finanziellen Vertragsstrafe sollte sich konkret an der Höhe des Gehalts orientieren, das auf den Zeitraum der Pflichtverletzung entfällt, also bspw. ein Tagessatz für das versäumte einzige Training am jeweiligen Tag.

Ein Strafrahmen kann als Vehikel dafür genutzt werden, das Risiko der Unangemessenheit im Sinne des § 307 BGB zu minimieren. Denn besteht durch den vereinbarten Strafrahmen eine Herabsetzungsmöglichkeit im Einzelfall, ist eine Unwirksamkeit der Klausel wegen unangemessener Höhe der Vertragsstrafe ausgeschlossen (sofern die Obergrenze des Strafrahmens selbst angemessen ist). Dies bannt die Gefahr, dass geringfügige Pflichtverletzungen übersehen und versehentlich zum Gegenstand der Vertragsstrafenabrede gemacht werden, ohne diese bei der Bemessung der Höhe der Vertragsstrafe zu berücksichtigen.

- 48 bb) Ehrenstrafe.** Es werden neben finanziellen Strafen oftmals auch so genannte Ehrenstrafen verhängt. **Ehrenstrafen** haben ihren Ursprung im Vereinsrecht¹⁰⁹⁸ und den Wandel zum Profisport gewissermaßen überdauert bzw. Eingang auch in die arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen Sportler und Club gefunden. Im vorliegenden Kontext stellen zB der Ausschluss von Veranstaltungen oder interne Spielsperren Ehrenstrafen dar.¹⁰⁹⁹ Ob Ehrenstrafen Gegenstand von arbeitsvertraglichen Vertragsstrafenabreden sein können, ist umstritten.¹¹⁰⁰ Nach richtiger Auffassung ist dies zu bejahen. Auch der BGH hat festgestellt,

¹⁰⁹⁷ In BAG 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, NZA 2006, 34 blieb die rahmenmäßige Vereinbarung unbeanstandet, war aber auch nicht entscheidungserheblich; ebenfalls offen gelassen in BAG 25.9.2008 – 8 AZR 717/07, NZA 2009, 370.

¹⁰⁹⁸ Vgl. BGH 30.5.1983 – II ZR 138/82, NJW 1984, 918; 20.4.1967 – II ZR 142/65, NJW 1967, 1657; MHdB GesRV/Knof § 50 Rn. 48; *Horschitz* NJW 1973, 1958 (1959).

¹⁰⁹⁹ BAG 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782.

¹¹⁰⁰ Bejahend MüKoBGB/Gottwald § 339 Rn. 9; *Horschitz* NJW 1973, 1958 (1959f.); wohl ebenso LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04; offen gelassen in BAG 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782; aA *Leinemann* AuR, 1970, 134 (141); *Löwisch-Würtenberger* JuS 1970, 261 (264); vgl. auch LAG Hamm 20.9.1984 – 8 (7) Sa 2106/83, ZIP 1984, 1396.

dass eine Vertragsstrafe nicht in Form einer finanziellen Strafe vorliegen muss, sondern bspw. auch in Form eines **Verzichts auf eigene Rechte** bestehen kann.¹¹⁰¹ Für die Möglichkeit zur Verhängung nicht-finanzieller Vertragsstrafen spricht auch die Vorschrift des § 342 BGB. Sie trifft gerade Sonderregelungen für Fälle, in denen im Rahmen von Vertragsstrafen „als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen“ wird. Es ist nicht erkennbar, warum solche nicht-finanziellen Vertragsstrafen im Bereich des Arbeitsrechts generell ausgeschlossen sein sollten. Sie finden ihre Grenze allerdings in den allgemeinen Gesetzen, arbeitsrechtlichen Rechtsgrundsätzen und Schutzprinzipien¹¹⁰² und müssen außerdem den Sinn und Zweck von Vertragsstrafen berücksichtigen. Eine Ehrenstrafe muss deshalb immer auch der **Prävention** dienen, das heißt so gestaltet sein, dass sie zukünftige gleichartige Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers bzw. anderer Arbeitnehmer möglichst verhindert bzw. unattraktiv macht.¹¹⁰³ **Rein strafende Ehrenstrafen** sind unwirksam.¹¹⁰⁴

Möglich erscheinen nach vorgenannten Grundsätzen bspw. der Ausschluss von Clubveranstaltungen¹¹⁰⁵ oder ein Verweis.¹¹⁰⁶ Unwirksam sind demgegenüber Strafen wie zB das Trainieren in bloßstellender Kleidung oÄ. 49

cc) Kombinationen aus finanziellen Strafen und Ehrenstrafen. Eine Kombination von finanzieller Strafe und Ehrenstrafe ist unproblematisch, wenn es sich lediglich um eine Zusammenfassung dieser beiden Arten von Strafen in einer einheitlichen Klausel handelt, finanzielle Strafe und Ehrenstrafe aber verschiedene Pflichtverletzungen betreffen. 50

Fraglich ist, ob finanzielle Strafen und Ehrenstrafen auch insoweit kombiniert werden dürfen, als sie **wahlweise oder zusammen für ein und dieselbe Pflichtverletzung** verhängt werden. Das LAG Rheinland-Pfalz und das LAG Düsseldorf sind der Auffassung, dass eine solche Kombination im Ermessen des Arbeitgebers zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des § 307 I BGB führe, da nicht ersichtlich sei, welche Rechtsfolge im Einzelfall einschlägig sein solle.¹¹⁰⁷ Diese Auffassung überzeugt nicht. Gemäß § 315 I BGB kann eine Vertragsstrafe – die gemäß § 342 BGB ja sowohl finanzieller als auch nicht-finanzieller Art sein kann – dem billigen Ermessen des Arbeitgebers anheimgestellt werden. Es gibt keinen rechtlichen Grund, dies auf rein finanzielle Vertragsstrafen zu beschränken. Hierfür findet sich weder ein Ansatzpunkt im Gesetz noch ist der Arbeitnehmer durch eine Kombination aus finanzieller Strafe und Ehrenstrafe grundsätzlich über Gebühr belastet. Denn auch bei konkret bezeichneten Ehrenstrafen in Kombination mit einer finanziellen Strafe weiß der Arbeitnehmer, was auf ihn zukommt. Die konkrete Festsetzung von finanzieller Strafe und Ehrenstrafe unterliegt anschließend dann auch der **gerichtlichen Kontrolle gemäß § 315 III BGB**. 51

Zu bedenken ist allerdings, dass der Vorbehalt einer Kombination mehrerer Strafen leicht zu einer „**Übersicherung**“ des Arbeitgebers und somit zu einer unangemessenen Vertragsklausel führen kann. Es ist für Arbeitgeber bei rein finanziellen Vertragsstrafen einfacher, die Angemessenheit der Vertragsstrafenabrede zu überprüfen, da insoweit in Form potentiell eintretender Schäden ein Prüfungsmaßstab zur Verfügung steht. Diese Überprüfungsmöglichkeit gibt man preis, wenn man Ehrenstrafen, die keinen bezifferbaren Wert haben, in die Abrede einbezieht. Zwar dürfte dem Arbeitgeber auch bei der Festlegung des „**Werts**“ einer Ehrenstrafe ein Ermessensspielraum zustehen. Dieser ist allerdings 52

¹¹⁰¹ BGH 14.10.2009 – VIII ZR 272/08, NJW 2010, 859.

¹¹⁰² BAG 23.5.1984 – 4 AZR 129/82, NJW 1985, 91; MüKoBGB/Spinner § 611a Rn. 969.

¹¹⁰³ Im Ergebnis ebenso *Horschitz* NJW 1973, 1958 (1959f.).

¹¹⁰⁴ *Horschitz* NJW 1973, 1958 (1960).

¹¹⁰⁵ LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784; offen gelassen von BAG 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782.

¹¹⁰⁶ LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784; aA LAG Hamm 20.9.1984 – 8 (7) Sa 2106/83, ZIP 1984, 1396.

¹¹⁰⁷ LAG Rheinland-Pfalz 18.11.2011 – 6 Sa 460/11, BeckRS 2012, 66021; LAG Düsseldorf 1.3.2006 – 4 Sa 1568/05, BeckRS 2006, 41783.

gerichtlich überprüfbar.¹¹⁰⁸ Sofern eine Ehrenstrafe verhängt werden soll, ist deren „Wert“ von der in Kombination möglichen finanziellen Strafe in Abzug zu bringen; der Höchstbetrag der finanziellen Strafe fällt demnach geringer aus als in dem Fall, in dem die finanzielle Strafe allein verhängt wird.

Gestaltungshinweis Nr. 43:

Von einer vertraglichen Kombination von finanzieller Vertragsstrafe und „internen Sperren“ oder sonstigen Ehrenstrafen sollte abgesehen werden.

f) Sonderfall: Strafenkatalog

- 53 Ein gesondertes Augenmerk soll an dieser Stelle auf so genannte **Strafenkataloge** gerichtet werden. Insbesondere im Profisport werden sie verwendet, um bestimmte sportliche und außersportliche Verhaltensweisen unter Strafe stellen. So habe zB Josep Guardiola in seiner Zeit als Trainer beim FC Bayern München im Jahr 2014 einen Strafenkatalog eingeführt, der Geldstrafen zwischen EUR 500 und EUR 2.000 für Vergehen wie Unpünktlichkeit, Telefonieren im Trainingszentrum, Missachtung der Kleiderordnung, Übergewicht oder die falsche Entsorgung dreckiger Trainingsklamotten vorsah.¹¹⁰⁹ Felix Magath habe während seiner Zeit als Trainer des VfL Wolfsburg im Jahr 2011 gar Geldstrafen von bis zu EUR 10.000 für unnötige Rückpässe, Versäumen einer Direktannahme uÄ eingeführt.¹¹¹⁰ In der Saison 2019/2020 sah der Strafenkatalog des Chelsea FC zB eine Strafe in Höhe von GBP 500 für jede Minute der Verspätung zu Teambesprechungen und eine Strafe in Höhe von GBP 20.000 bei einer Verspätung zum Training vor.¹¹¹¹
- 54 Solche Strafenkataloge sind in mehrerlei Hinsicht besonders: zum einen wird oftmals eine **Kombination von finanzieller Strafe und Ehrenstrafe** verhängt; zum anderen ist vielfach fraglich, ob das unter Strafe stehende Verhalten überhaupt eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellt. Wie sich aus vorgenannten Beispielen ablesen lässt, werden die Strafenkataloge außerdem meist **mannschaftsintern vom Trainer oder Manager** aufgestellt, um einen reibungslosen Ablauf des Spiel- und Trainingsbetriebs einschließlich erforderlicher Nebenarbeiten zu gewährleisten und um die Spieler zu disziplinieren.
- 55 **aa) Rechtliche Einordnung von so genannten Strafenkatalogen.** Es stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung solcher Strafenkataloge. Es könnte sich einerseits um **Vertragsstrafen im Sinne der §§ 339ff. BGB** handeln, andererseits aber auch um so genannte **Betriebsbußen**.
- 56 Die **Vertragsstrafe** hat Strafcharakter¹¹¹² und dient wie ausgeführt primär der Sicherung der vertraglichen Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers. Die Vertragsstrafe ist also in erster Linie auf das individuelle Interesse des Arbeitgebers als Gläubiger der Arbeitsleistung fokussiert und lässt ein etwaiges betriebsstörendes Verhalten außer Betracht.¹¹¹³ **Betriebsbußen** dienen in Abgrenzung zu Vertragsstrafen nicht der vertragsgerechten Erfüllung des Arbeitsvertrags, sondern sollen Verstöße der Arbeitnehmer gegen die betriebliche Ord-

¹¹⁰⁸ LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784.

¹¹⁰⁹ Vgl. http://www.focus.de/sport/fussball/bundesliga1/strafenkatalog-in-muenchen-guardiola-gnadenlos-wie-pep-die-bayern-stars-erziehen-will_id_4089100.html, abgerufen am 31.10.2020.

¹¹¹⁰ Vgl. <http://www.spox.com/de/sport/fussball/bundesliga/1109/Artikel/news-und-geruechte-felix-magath-strafenkatalog-vfb-stuttgart-bruno-labbadia-nationalspieler-max-eberl-ter-stegen-schaefer-helmes-allagui.html>, abgerufen am 31.10.2020.

¹¹¹¹ <https://twitter.com/FourFourTweet/status/1194259494987059201/photo/1>, abgerufen am 31.10.2020.

¹¹¹² BAG 19.1.2010 – 1 ABR 62/08, NZA 2010, 592; LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784.

¹¹¹³ BAG 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, NZA 1986, 782; LAG Berlin 25.8.2004 – 9 Sa 877/04, BeckRS 2004, 31052784; Preis Arbeitsvertrag/*Stoffels* II V 30 2.