

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 4 KSchG, § 7 KSchG, § 13 KSchG, § 611 BGB, § 626 BGB

- 1. Die Auslegung einer atypischen Willenserklärung durch den Tatrichter ist für das Revisionsgericht nur beschränkt daraufhin nachprüfbar, ob das Berufungsgericht die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verletzt, gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen oder Umstände, die für die Auslegung von Bedeutung sind, außer acht gelassen hat.**
- 2. Es ist rechtlich möglich, einen Vereinspräsidenten allein zur Abgabe der Kündigungserklärung zu bevollmächtigen, denn gemäß § 26 Abs. 1 BGB wird der Verein gerichtlich und außergerichtlich vom Vorstand vertreten.**
- 3. Aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit kann ein der Verein in freier Selbstbestimmung eine eigene innere Ordnung geben, wobei sich die Schranken dieser Vereinsautonomie u. a. aus zwingenden Normen des Vereinsrechts und §§ 134, 138, 242 BGB ergeben.**
- 4. Vertragsamateure iSd. §15 der Spielordnung des DFB sind als Arbeitnehmer anzusehen, sofern sie ihre Leistungen für den Verein in einer Weise erbringen, die über die für eine Vereinsmitgliedschaft typische Weisungsgebundenheit hinausgeht.**
- 5. Die Mitgliedschaft in einem Verein schließt das Bestehen weiterer und für den Status als Arbeitnehmer bedeutsamer vertraglich begründeter Rechte und Pflichten der Mitglieder gegenüber dem Verein nicht von vornherein aus.**
- 6. Eine sportliche Betätigung kann als Arbeit anzusehen und damit Inhalt einer Arbeitspflicht sein.**

BAG, Urteil vom 10.05.1990 Az.: 2 AZR 607/89

Tatbestand:

1

Der Kläger ist im Hauptberuf bei der Firma B in K beschäftigt. Er verfügt über eine Trainer-A-Lizenz und ist am 1. Juli 1985 als Fußballtrainer in die Dienste des Beklagten, der als eingetragener Sportverein dem Fußballverband Niederrhein angehört, getreten. Zu seinem Aufgabenbereich gehörte die Aus- und Weiterbildung sowie Betreuung der ersten Fußballmannschaft des beklagten Vereins, die in der Oberliga Nordrhein spielt. Für seine Tätigkeit erhielt er ein monatliches Bruttogehalt von 2.800,- DM sowie Werbungskosten und Spesen. In § 6 des Anstellungsvertrages der Parteien vom 9. Mai 1985 heißt es:

2

"Herr S wird auf ein Jahr angestellt.
Hat keine der Vertragsparteien drei Monate vor
Ablauf dieses Vertrages schriftlich gekündigt,
so läuft der Vertrag unter den gleichen Bedin-
gungen ein Jahr weiter."

3

4

Der beklagte Verein kündigte den Vertrag zunächst fristgerecht schriftlich vor Ablauf des ersten Jahres; allerdings wurde die Kündigung später mündlich zurückgezogen und das Arbeitsverhältnis für ein Jahr fortgesetzt. Der Kläger seinerseits kündigte vor Ablauf des zweiten Jahres fristgemäß zum 30. Juni 1987, jedoch wurde das Arbeitsverhältnis kraft mündlicher Vereinbarung auch in diesem Fall ohne Unterbrechung fortgesetzt.

5

Zu Beginn der Spielzeit 1987/88 gehörten der ersten Fußballmannschaft des beklagten Vereins 21 Spieler an, davon hatten nach der Darstellung des Klägers 12, nach der des Beklagten 13 den Status von Vertragsamateuren. Die für die Zeit vom 1. Juli 1987 bis 30. Juni 1988 befristeten Verträge sind von dem Beklagten mit den Spielern nach einer Steuerprüfung unter Verwendung jeweils desselben Vertragsmusters geschlossen worden, und zwar nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des Klägers ausschließlich aus steuerlichen Gründen zur Wahrung der Gemeinnützigkeit aufgrund der zum 1. Januar 1986 in Kraft getretenen neuen Vorschrift des § 67 a Abgabenordnung (AO), wobei sich nach der Darstellung des Klägers, die der Beklagte auch insoweit nicht bestritten hat, hinsichtlich des Spielbetriebes gegenüber dem Status vor Abschluß der Verträge nichts geändert hat. § 1 der Verträge enthält die Verpflichtung der Spieler, für den Verein den Fußballsport als Vertragsamateure i.S. der §§ 15 bis 15 e der DFB-Spielordnung auszuüben. Die vereinbarte Vergütung der Spieler ausschließlich der Spesen und der Prämien liegt zwischen 920,-- DM und 1.550,-- DM im Monat. Nach § 5 des Vertrages handelt es sich bei der Vergütung um Bruttobezüge, die Erfüllung der steuer- und versicherungsrechtlichen Verpflichtungen sei ausschließlich Sache des Vereins und der Vertragsamateure. Die Vertragsamateure waren zur Teilnahme am Fußballtraining verpflichtet. Dieses fand nach der Darstellung des Klägers viermal in der Woche ab 18.00 Uhr, nach der des beklagten Vereins vier- bis fünfmal in der Woche, beginnend zwischen 17.30 Uhr und 18.30 Uhr statt. Die Spieler waren ferner verpflichtet, an den einmal wöchentlich stattfindenden einstündigen Spielerbesprechungen sowie an den Punktspielen und sonstigen Spielen des Vereins (Zeitaufwand etwa fünf bis sechs Stunden pro Woche) teilzunehmen. Für die Vertragsamateure wurde vom Beklagten Lohnsteuer abgeführt.

6

Die Saison 1987/88 begann für die erste Mannschaft des beklagten Vereins nicht erfolgreich. Nach einer Auswärtsniederlage wurde in der Presse eine Äußerung des Klägers wiedergegeben, wonach er nicht wisse, wie er die Mannschaft bis zum nächsten Spiel wiederaufrichten solle. Der Vorstand des beklagten Vereins, bestehend aus dem Präsidenten, dem 1. Vizepräsidenten, dem 2. Vizepräsidenten, dem 1. Geschäftsführer und dem 1. Schatzmeister, von denen jeweils zwei zur gemeinschaftlichen Vertretung berechtigt waren, beschloß daraufhin die sofortige Ablösung des Klägers als Trainer. Am 21. August 1987 suchte der damalige Präsident des beklagten Vereins M den Kläger an seinem Arbeitsplatz bei der Firma B auf und übermittelte ihm die Nachricht, der Vorstand des beklagten Vereins habe einstimmig seine sofortige Entlassung beschlossen. In einem sich anschließenden Gespräch

wurde über die finanziellen Folgen, u.a. eine Abfindungszahlung gesprochen. In der Folgezeit kam es zu weiteren Gesprächen über die Zahlung einer Abfindung, die erfolglos blieben, da dem Kläger die angebotenen Beträge von 5.000,-- DM und 7.000,-- DM zu niedrig waren.

7

Mit Schreiben seines erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 20. November 1987 ließ der Kläger erstmalig die Zahlung seines Gehaltes für die Zeit vom 1. September 1987 bis zum 30. Juni 1988 geltend machen. Der Beklagte lehnte die Zahlung mit der Begründung ab, der Kläger habe die Kündigung akzeptiert, zumal er keine Kündigungsschutzklage erhoben habe. Der weitere Schriftwechsel blieb ebenso wie ein Schlichtungsversuch vor der Spruchkammer des Fußballverbandes Niederrhein am 21. März 1988 erfolglos. Daraufhin hat der Kläger am 1. Juni 1988 beim Arbeitsgericht Klage auf Zahlung des Gehaltes für die Zeit vom 1. September 1987 bis zum 30. Juni 1988 erhoben.

8

Der Kläger hat geltend gemacht, wenn die Erklärung des Präsidenten M als fristlose Kündigung zu verstehen sei, so wäre diese mangels Schriftform und wegen Fehlens eines wichtigen Grundes unwirksam. Der beklagte Verein sei auch nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen, da die Satzung Gesamtvertretung zweier Vorstandsmitglieder vorsehe, die Erklärung jedoch nur von einem Vorstandsmitglied übermittelt worden sei. Der Kläger meint, er könne sich auch nach dem Ablauf der Frist des § 4 KSchG noch auf das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Kündigung berufen, da der Beklagte nicht mehr als fünf Arbeitnehmer, nämlich außer ihm nur den Platzwart beschäftige. Die Vertragsamateure seien keine Arbeitnehmer. Der beklagte Verein unterscheide beim Training und Spielbetrieb der 1. Mannschaft ebenso wie bei der 2. und der Jugendmannschaft nicht zwischen den Vertragsamateuren einerseits und den Amateuren andererseits. Für die praktische Durchführung des Trainings- und Spielbetriebes seien vereinsrechtliche und nicht vertragsrechtliche Beziehungen maßgeblich. Mit dieser Handhabung des Trainings- und Spielbetriebes trage der Beklagte nur den Besonderheiten des Mannschaftssportes Rechnung. Wenn jemand wegen seines Hauptberufes verhindert gewesen sei, habe er dies nur mitzuteilen brauchen. In diesen wie auch Krankheitsfällen sei das Entgelt - ebenso wenn der Spielbetrieb geruht habe - weitergezahlt worden, ohne daß von Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle oder von Urlaubsgewährung die Rede sein könne.

9

Der Kläger hat beantragt,

10

den beklagten Verein zu verurteilen, an ihn 28.000,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den sich ergebenden Nettobetrag seit dem 15. Juni 1988 zu zahlen.

11

12

Der beklagte Verein hat mit dem Klageabweisungsantrag sich zunächst darauf berufen, dem Kläger am 21. August 1987 durch den Präsidenten eindeutig und unmißverständlich eine fristlose Kündigung erklärt zu haben, was der Kläger laut Klageschrift und Protokollerklärung vom 7. September 1988 vor dem Arbeitsgericht auch nicht anders verstanden habe. Das vertragliche Schriftformerfordernis gelte nur für die ordentliche Kündigung. Selbst wenn es an sich auch für die außerordentliche

Kündigung zu wahren sei, so habe der Kläger auf dessen Einhaltung verzichtet, da er der mündlich erklärten Kündigung nicht sofort widersprochen habe, sondern mit ihr einverstanden gewesen sei. Soweit er die fehlende Schriftform rüge, handele er treuwidrig, da in seinem Interesse die Kündigung nicht schriftlich erklärt worden sei. Da der Kläger nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht habe, könne er sich auf das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Kündigung - tatsächlich sei aufgrund der Äußerungen des Klägers vor der Presse die weitere Zusammenarbeit unzumutbar - nicht berufen. Das KSchG sei anwendbar, denn er beschäftige zusammen mit den Vertragsamateuren, die hinsichtlich Zeit und Ort der Arbeit seinem Weisungsrecht unterlägen, mehr als fünf Arbeitnehmer. Die Vertragsamateure seien auch sozialrechtlich wie Arbeitnehmer behandelt worden. Dasselbe gelte bei Urlaub und Krankheit.

13

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Erklärung des Präsidenten sei als Kündigungserklärung aufzufassen und auch so vom Kläger verstanden worden; das Schriftformerfordernis gelte nur für ordentliche Kündigungen. Auf das Fehlen eines wichtigen Grundes könne sich der Kläger wegen der Versäumung der Klagefrist nicht berufen, denn die Vertragsamateure seien bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl nach § 23 KSchG mitzuzählen.

14

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat zu der Frage, ob der Vorstand des Beklagten die Kündigung des Klägers beschlossen und den Präsidenten zum Ausspruch der Kündigung beauftragt habe, Zeugenbeweis erhoben. Sodann hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

15

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits (§ 565 ZPO), weil aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht abschließend zu klären ist, ob die beim beklagten Verein eingesetzten Vertragsamateure Arbeitnehmer sind.

16

I. Das Landesarbeitsgericht hat sein Urteil im wesentlichen wie folgt begründet:

17

Dem Kläger stehe ein Vergütungsanspruch für den eingeklagten Zeitraum nicht zu, da das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 21. August 1987 beendet worden sei. Die Erklärung des damaligen Präsidenten des Beklagten sei als Kündigungserklärung zu verstehen und vom Kläger auch so aufgefaßt worden. Aus vorprozessualen Schreiben des früheren Prozeßbevollmächtigten des Klägers an den Beklagten sowie aus dem klägerischen Vortrag im Rechtsstreit ergebe sich eindeutig, daß der Kläger die Kündigungserklärung als solche verstanden habe.

18

Da der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines wichtigen Grundes i.S. des § 626 BGB nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG gerichtlich geltend gemacht habe, gelte die Kündigung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien sei das KSchG anzuwenden, da es länger als sechs Monate bestanden und der Beklagte mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt habe.

Neben dem Kläger und dem Platzwart habe der Beklagte 12 bzw. 13 Vertragsamateure beschäftigt. Auch diese seien Arbeitnehmer im Rechtssinne.

19

Ein Spieler, der auf der Grundlage eines Vertrages gegen Entgelt Fußballsport betreibt, leiste Arbeit. Der Begriff der Arbeit sei im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen. Jede Betätigung oder jedes Verhalten, das zur Befriedigung eines Bedürfnisses diene und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert werde, gelte als Arbeit. Dagegen würden spielerische oder sportliche Betätigungen als dem Selbstzweck dienend angesehen. Anders sei dies, wenn gerade die sportliche Betätigung zur Befriedigung eines Fremdbedarfs geleistet werde und als Mittel zum Gelderwerb eingesetzt werde. Sport werde dann zur Arbeit, wenn der Sporttreibende selbst ein wirtschaftliches Interesse an der Ausnutzung seiner sportlichen Tätigkeit habe. Wichtiges Indiz sei dabei ein sich vom bloßen Unkostenersatz unterscheidendes Entgelt. Die Vergütungen der Vertragsamateure hätten jeweils über dem steuerlichen Grenzbetrag von 700,-- DM gelegen. Der Fußballsport sei von den Spielern als Gelderwerb und zur Förderung auch der wirtschaftlichen Interessen des Beklagten eingesetzt worden.

20

Die Vertragsamateure hätten ihre Arbeitsleistung auch in weisungsgebundener, persönlich abhängiger Stellung erbracht. Es hätten die Spielvorbereitung und den Spieleinsatz reglementierende Weisungen bestanden. So hätten die Vertragsamateure die angesetzten Trainingsstunden einzuhalten, den pünktlichen Trainingsbeginn und die Anordnungen des Trainers zu beachten gehabt. Da auch eine Pflicht zur Teilnahme an Spielerbesprechungen und Spielen bestanden habe, seien die Vertragsamateure den Weisungen des Vereins hinsichtlich Zeit, Ort sowie Art und Weise der Arbeitsleistung unterworfen. Die Vertragsamateure unterschieden sich von den Amateuren, die ähnliche Pflichten trafen, entscheidend dadurch, daß es die bei den Vertragsamateuren bestehende und durchsetzbare Spielverpflichtung bei den allein auf vereinsmitgliedschaftlicher Grundlage spielenden "reinen" Amateuren nicht gebe. Zur Abgrenzung des vorliegenden Rechtsverhältnisses als echtes Arbeitsverhältnis vom freien Mitarbeiterverhältnis sei der ausdrücklich erklärte Parteiwille von entscheidender Bedeutung. So sei die in § 5 des Vertrages enthaltene Regelung zu beachten, wonach es sich bei der Vergütung um der Steuer- und Sozialversicherungspflicht unterliegende Bruttobezüge handle. Daß der Beklagte bei der Festlegung der Höhe der Spielervergütung das Ziel verfolge, die Gemeinnützigkeit nicht zu gefährden, spreche nicht gegen das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen. Darin könne nicht ein Scheingeschäft i.S. des § 117 BGB gesehen werden. Die Arbeitsleistung der Vertragsamateure übersteige schließlich auch die nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG erforderliche Zeit von zehn Stunden wöchentlich oder 45 Stunden monatlich.

21

Die Kündigung sei auch nicht aus anderem Grund, den der Kläger außerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG geltend machen könne, unwirksam. Ein Verstoß gegen Formerfordernisse liege nicht vor. Vertraglich hätten die Parteien nur für die ordentliche Kündigung die Schriftform vereinbart, weil die Vertragsklausel in § 6 Satz 2 nur bei normaler Kündigung das Weiterlaufen des Vertrages unter gleichen Bedingungen verhindern solle. Auch wenn man das Schriftformerfordernis für die außerordentliche Kündigung annähme, hätten die Parteien dies konkludent dadurch aufgehoben, daß der Kläger der Kündigung nicht unverzüglich wegen des Formmangels widersprochen habe. Werde das Schriftformerfordernis nicht für aufgehoben erachtet, so verstoße der Kläger mit seiner Berufung auf den Formmangel gegen Treu und Glauben, da er durch sein Verhalten den Beklagten von der formgerechten Wiederholung der Kündigung abgehalten habe.

22

Die Kündigung sei auch nicht wegen fehlender Vertretungsmacht des damaligen Präsidenten unwirksam. Zwar sei nach der Satzung der Präsident nicht zur alleinigen Vertretung befugt gewesen. Der Vorstand habe jedoch durch einstimmigen Beschluß den Präsidenten beauftragt, die Kündigung zu erklären. Daher sei der Beklagte wirksam vertreten gewesen.

23

II. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts vermag der Senat nur in Teilen der Begründung zu folgen.

24

1. So ist die Auslegung der Erklärung des Vereinspräsidenten vom 21. August 1987 durch das Landesarbeitsgericht als außerordentliche Kündigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dies wird auch vom Kläger nicht mehr in Zweifel gezogen.

25

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch eine Unwirksamkeit dieser Kündigung wegen Formverstößes verneint (§ 125 Satz 2, § 127 BGB), den der Kläger auch noch nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG geltend machen konnte, § 13 Abs. 3 KSchG (vgl. KR-Friedrich, 3. Aufl., § 13 KSchG Rz 226, 274; KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 268 f.).

26

Ob im Hinblick auf die oben wiedergegebene Regelung in § 6 des Arbeitsvertrages die vereinbarte Schriftform auch für die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gelten soll, ist eine Frage der Auslegung des Vertrages (BAG Urteil vom 6. August 1981 - 2 AZR 351/79 - n. v., zu I 2 der Gründe; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechtes, 7. Aufl., Band 1, § 56 III, IV, S. 546 f., 548 f.; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Band I, § 48 II 3, S. 690 f.; Staudinger/Neumann, BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu § 620 Rz 41), die vorliegend revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

27

a) Nach Auffassung des Arbeitsgerichts, dem das Berufungsgericht gefolgt ist und das die Gründe des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG, § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Bezug genommen hat, gilt das Schriftformerfordernis nur für die ordentliche Kündigung. Das in § 6 enthaltene Schriftformerfordernis betreffe nicht jegliche Form der Kündigung. Vielmehr habe nach dem Wortlaut des Vertrages nur die spätestens drei Monate vor Ablauf des Vertrages zu erklärende Kündigung schriftlich zu erfolgen. Ein Schriftformerfordernis könne auch nicht aus § 8 abgeleitet werden, der folgenden Wortlaut hat:

28

"Mündliche Zusatz- oder Änderungsvereinbarungen, die das durch diesen Vertrag geregelte Dienstverhältnis betreffen, sind erst wirksam, wenn sie schriftlich formuliert und von beiden Vertragsparteien durch Unterschrift bestätigt worden sind."

29

30

Bereits begrifflich werde - so führt das Arbeitsgericht aus - die außerordentliche Kündigung von dieser Klausel nicht erfaßt, denn Regelungsgegenstand seien allein

Vereinbarungen, d. h. zweiseitige und nicht einseitige Rechtsgeschäfte, zu denen die Kündigung zähle.

31

Die Auslegung einer atypischen Willenserklärung durch den Tatrichter ist für das Revisionsgericht nur beschränkt daraufhin nachprüfbar, ob das Berufungsgericht die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verletzt, gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen oder Umstände, die für die Auslegung von Bedeutung sind, außer acht gelassen hat (BAGE 4, 360 = AP Nr. 15 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAGE 22, 424, 426 = AP Nr. 33 zu § 133 BGB, zu 1 der Gründe; BAGE 33, 119, 128 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag, zu I 1 a der Gründe; Senatsurteil vom 19. Mai 1988 - 2 AZR 596/87 - AP Nr. 75 zu § 613 a BGB, zu III 1 der Gründe; Zöller/Schneider, ZPO, 15. Aufl., § 561 Rz 11).

32

b) Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält die Auslegung des Arbeitsgerichtes stand. Bei der Auslegung eines schriftlichen Vertrages ist zunächst vom Wortlaut auszugehen. Die Parteien haben in § 6 die Befristung des Vertrages (Satz 1) und die Möglichkeit der Verlängerung bei Nichtausübung des in Satz 2 enthaltenen Kündigungsrechts vereinbart. Für die normale, d. h. ordentliche Kündigung enthält der Vertrag sowohl Regelungen hinsichtlich der Kündigungsfrist und des Kündigungszeitpunktes als auch bezüglich der Form. Das Recht der außerordentlichen Kündigung ist dagegen im Vertrag nicht geregelt. Ohne Rechtsfehler hat das Arbeitsgericht und ihm folgend das Landesarbeitsgericht den Wortlaut dieser Regelung dahingehend ausgelegt, das für die ordentliche Kündigung vereinbarte Schriftformerfordernis gelte nicht auch für die außerordentliche Kündigung. Der Einwand der Revision, das Schriftformerfordernis müsse sich erst recht auf die außerordentliche Kündigung beziehen, überzeugt nicht. Der Grundsatz der Formfreiheit der Kündigungserklärung kann von den Vertragsparteien für die außerordentliche und die ordentliche Kündigung unterschiedlich eingeschränkt werden. Dabei wäre von den Parteien auch zu berücksichtigen, daß das Recht der außerordentlichen Kündigung durch Formerfordernisse nicht unzulässig eingeschränkt wird. Dem entspricht die Vertragsklausel in der Auslegung durch die Vorinstanzen (vgl. auch das Senatsurteil vom 20. September 1979 - 2 AZR 967/77 - AP Nr. 8 zu § 125 BGB, in dem die Schriftformklausel ebenfalls nur auf die ordentliche Kündigung bezogen worden ist).

33

Auch soweit das Arbeitsgericht auf den Wortlaut des § 8 des Vertrages zur Begründung seines Ergebnisses abstellt, begegnet dies keinen revisionsrechtlichen Bedenken. In dieser Norm haben die Parteien für Zusatz- oder Änderungsvereinbarungen die Schriftform vereinbart. Darunter konnte das Arbeitsgericht ohne Rechtsfehler nur zweiseitige Rechtsgeschäfte verstehen, während die Kündigung ein einseitiges Rechtsgeschäft in Form des Gestaltungsrechtes darstellt. Soweit das Arbeitsgericht den Regelungsbereich der Vertragsklausel auf zweiseitige Rechtsgeschäfte beschränkt, stellt dies keinen Verstoß gegen Auslegungsregeln dar. Einen Rechtssatz des Inhalts, die für zweiseitige Rechtsgeschäfte geltenden Formvorschriften seien ohne weiteres auch auf einseitige Rechtsgeschäfte zu übertragen, gibt es nicht.

34

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Vertretungsmacht verneint. Seine Würdigung des Beweisergebnisses, wonach der damalige Präsident des Beklagten berechtigt gewesen sei, ohne ein weiteres vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied die Kündigung zu erklären, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht weiter angegriffen.

35

a) Es war auch rechtlich möglich, den Vereinspräsidenten allein zur Abgabe der Kündigungserklärung zu bevollmächtigen. Gemäß § 26 Abs. 1 BGB wird der Verein gerichtlich und außergerichtlich vom Vorstand vertreten. Zwar hat der Beklagte in seiner Satzung die gemeinschaftliche Vertretung durch zwei Mitglieder des aus dem Präsidenten, dem 1. Vizepräsidenten, dem 2. Vizepräsidenten, dem 1. Geschäftsführer und dem 1. Schatzmeister bestehenden Vorstandes vorgesehen (vgl. Eintragung im Vereinsregister vom 9. August 1988). Ein gesamtvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied kann aber von dem oder von den anderen gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedern zur Vornahme bestimmter Geschäfte - so auch der Abgabe von Willenserklärungen - ermächtigt werden (BAGE 2, 207, 209 = AP Nr. 5 zu § 626 BGB, zu I der Gründe; Palandt/Heinrichs, BGB, 48. Aufl., § 26, Anmerkung 2 C; Reichert/Dannecker/Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 4. Aufl., Rz 894 ff.). Streitig ist insoweit, ob die Ermächtigung eine rechtsgeschäftliche Vollmacht (so RGZ 81, 325 eine GmbH betreffend) oder ob die Ermächtigung einen organschaftlichen Akt darstellt, durch den die gesetzliche Vertretungsbefugnis eines der Organmitglieder zur Alleinvertretungsbefugnis erstarkt (so BGH Urteil vom 6. März 1975 - II ZR 80/73 - BB 1975, 535, 536 eine OHG betreffend; BAG Urteil vom 18. Dezember 1980 - 2 AZR 980/78 - AP Nr. 4 zu § 174 BGB bezüglich einer GmbH).

36

b) Nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und daher für den Senat gemäß § 561 ZPO bindenden Feststellungen hat der Vorstand des Beklagten einstimmig den damaligen Präsidenten M beauftragt, den Kläger am Arbeitsplatz aufzusuchen und ihm seine sofortige Ablösung als Trainer mitzuteilen. Eines einstimmigen Vorstandsbeschlusses hätte es vorliegend nicht einmal bedurft, da die Vertretungsregelung in der Satzung die gesetzliche Regelung verdrängt. In dem Beschluß des Vorstandes ist jedenfalls eine Bevollmächtigung des damaligen Präsidenten durch ein - beliebiges - zweites vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied enthalten. Der Vereinspräsident M hat daher mit Vertretungsmacht für den Beklagten das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos aufgekündigt.

37

4. Allerdings wäre der Kläger gehindert, die Unwirksamkeit dieser Kündigung unter dem Gesichtspunkt eines fehlenden wichtigen Grundes (§ 626 BGB) geltend zu machen, wenn angesichts der Zahl der bei dem Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) das KSchG mit seiner Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung mangels rechtzeitiger Klageerhebung gelten würde, § 13 Abs. 1 Satz 2, §§ 4, 7 KSchG (vgl. KR-Friedrich, aaO, § 13 KSchG Rz 53). Darauf beruft sich der Beklagte mit seinem Vortrag, die bei ihm eingesetzten sog. Vertragsamateure seien als (Teilzeit-) Arbeitnehmer beschäftigt, und dieser Würdigung ist auch das Berufungsgericht gefolgt. Insofern rügt die Revision jedoch durchgreifend, die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts reichten zur Annahme der Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsamateure nicht aus.

38

a) Zutreffend hat allerdings das Berufungsgericht auch auf den ausdrücklich erklärten Parteiwillen abgestellt (so auch BAGE 19, 324 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit), wobei allerdings die tatsächliche Ausgestaltung und die Durchführung des Vertrages entscheidend sind (BAG Urteil vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu I 3 der Gründe, m. w. N.). Die Vertragsgestaltung ist jedoch nach Auffassung des Senats nicht eindeutig in dem Sinne, daß nach den Vorstellungen der Parteien von einer Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsamateure auszugehen sei. Im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz,

die im wesentlichen zur Begründung der von ihr angenommenen Arbeitnehmereigenschaft auf die Bruttoentgeltvereinbarung abgestellt hat, läßt sich dem Vertragsinhalt nicht hinreichend deutlich entnehmen, ob ein Arbeitsverhältnis, ein freies Mitarbeiterverhältnis, eine Vertragsgestaltung eigener Art (§ 305 BGB) gewollt ist oder ob eine vereinsrechtliche Beziehung trotz der zusätzlichen Vertragsgestaltung im Vordergrund steht.

39

aa) Die Einleitung des Vertragstextes läßt zunächst eine eindeutige Bestimmung des Vertragstyps nicht zu. Der Beklagte wird lediglich als Verein, nicht als Arbeitgeber und der Spieler nur als solcher, nicht als Arbeitnehmer bezeichnet. Wie auch der Inhalt des § 1 des Vertrages belegt, lehnt sich der Vertragstext inhaltlich an Vorgaben des Deutschen Fußballbundes an, § 15 DFB-Spielordnung (zur Zulässigkeit solcher Vorgaben des Verbandes an seine Mitglieder Reschke/Westermann, Sport als Arbeit, 1985, S. 41). Dort wird der Status der Fußballspieler wie folgt beschrieben:

40

1. Amateurspieler ist, wer kein Entgelt, sondern allenfalls Ersatz seiner Aufwendungen im Rahmen der steuerrechtlich zulässigen Grenzen erhält.
2. Vertragsamateur ist, wer das Fußballspiel mit vertraglicher Bindung gegen ein über den steuerrechtlich zulässigen Aufwendersersatz hinausgehendes Entgelt ausübt. ... Der Vertrag ist mit dem Verein zu schließen. ... Der Spieler bleibt Mitglied des Vereins.
3. Lizenzspieler ist, wer das Fußballspiel aufgrund eines vom DFB lizenzierten Arbeitsvertrages mit einem Lizenzligaveroin betreibt.

41

42

Geht man von diesen Definitionen aus, die die Vertragsschließenden mit der Bezugnahme in § 1 des Amateurspielervertrages zugrundegelegt haben, so fällt auf der einen Seite auf, daß die Lizenzspieler mit dem Hinweis auf den lizenzierten Arbeitsvertrag als Arbeitnehmer eingestuft werden (ebenso in §§ 10, 21 Ziff. 3, 24 Lizenzspielerstatut), während andererseits die "reinen" Amateure nach § 15 Ziff. 1 DFB-SpielO Spieler nicht mit einer vertragsrechtlichen, sondern nur mit vereinsrechtlicher Bindung sind. Demgegenüber übt der Vertragsamateur das Fußballspiel mit vertraglicher Bindung bei Weiterbestehen der Vereinsmitgliedschaft aus. Diese unterschiedlichen Gestaltungen machen es auch im Streitfall erforderlich, zunächst die einerseits aufgrund der Vereinsmitgliedschaft und andererseits aufgrund des Spielervertrages bestehenden Weisungsrechte des Beklagten gegenüber den Vertragsamateuren zu ermitteln und gegeneinander abzugrenzen, um die Rechtsgrundlage für eine persönliche Abhängigkeit bestimmen zu können.

43

Insofern läßt sich den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entnehmen, ob und in welcher Weise etwa die Vereinssatzung oder andere vereinsrechtliche Regelungen bereits eine Spielverpflichtung der Amateure (und evtl. gesondert der Vertragsamateure?) festlegen (vgl. für den Fall der auf Vereinsrecht beruhenden Arbeitspflicht der Rote-Kreuz-Schwester, BAGE 27, 163 und BAG

Beschluß vom 20. Juni 1986 - 6 ABR 5/85 - AP Nr. 1 und 2 zu § 5 BetrVG 1972 (Rotes Kreuz).

44

Es ist noch ungeklärt, inwieweit aus derartigen Bestimmungen Rückschlüsse darauf gezogen werden können, ob vereinsrechtliche Beziehungen der Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft entgegenstehen oder gegebenenfalls arbeits- oder dienstrechtliche Pflichten und Rechte wenigstens überlagern oder ob sich nicht auch das Rechtsverhältnis der Vertragsamateure überwiegend in vereinsrechtlichen Pflichten und Rechten erschöpft.

45

Rechte und Pflichten der Vereinsmitglieder und des Vereins werden im allgemeinen durch die Satzung des Vereins begründet (§ 25 BGB). Aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit kann sich der Verein in freier Selbstbestimmung eine eigene innere Ordnung geben (vgl. BGHZ 13, 5, 11; BAGE 27, 163, 172 f. = AP, aaO, zu III 6 der Gründe). Die Schranken dieser Vereinsautonomie ergeben sich u. a. aus zwingenden Normen des Vereinsrechts und §§ 134, 138, 242 BGB (vgl. auch BGH LM Nr. 10 zu § 25 BGB). In der Satzung eines Vereins können bestimmte Verhaltenspflichten, die sich allerdings an der Erreichung des Vereinszweckes orientieren müssen, vorgeschrieben werden. Möglich wäre es daher, in der Satzung eine Pflicht zur Teilnahme an Spielen und/oder am Training zu begründen. Dies würde vorliegend jedenfalls für diejenigen Vertragsamateure gelten, die nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers zugleich Mitglieder des beklagten Vereins sind, wobei offenbleiben kann, ob nicht entgegen der Darstellung des Beklagten, wonach nur ein Teil der Vertragsamateure Vereinsmitglied sei, die Mitgliedschaft ohnehin nach den einschlägigen DFB-Bestimmungen Voraussetzung für die Zulassung als Vertragsamateur ist.

46

Bereits die Vereinsmitgliedschaft hat - losgelöst vom Amateurvertrag - rechtliche Wirkungen auch für die Vertragsamateure. Das ergibt sich aus § 4 der Verträge, wonach die vorzeitige Beendigung des Vertrages auf die Spielberechtigung für den Verein keinen Einfluß hat. Schon allein deswegen bedarf es der weiteren Aufklärung des vereinsrechtlichen Status, d.h. weiterer tatrichterlicher Feststellungen, ohne die die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsamateure nicht abschließend entschieden werden kann.

47

Im übrigen schließt umgekehrt die Mitgliedschaft in einem Verein das Bestehen weiterer und für den Status bedeutsamer vertraglich begründeter Rechte und Pflichten der Mitglieder gegenüber dem Verein nicht von vornherein aus (so BAGE 2, 289, 293 = AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG 1953; Franz, Die Rechtsstellung des Amateurfußballers, S. 145). Eine Pflicht zur Teilnahme an Spielen und Training könnte zusätzlich durch Vertrag mit dem Verein begründet worden sein und neben einer Vereinsmitgliedschaft bestehen, sofern vereinsrechtlich nichts anderes bestimmt ist (BAGE 27, 163 = AP, aaO, zu III 3 der Gründe; Franz, aaO, S. 146; Schmidt, RdA 1972, 84, 85; Weisemann, Sport, Spiel und Recht, Rz 27). Dann ist darauf abzustellen, ob die vereins- oder die vertragsbedingte persönliche Abhängigkeit den Vertrag und seine Abwicklung prägt.

48

bb) Auch der weitere Vertragsinhalt reicht entgegen der Annahme der Vorinstanzen für die Annahme eines vereinbarten Arbeitsverhältnisses nicht aus. Die Festlegung einer "vertraglichen Spielverpflichtung" (§ 1 des Vertrages) bleibt vielmehr auch dann klärungsbedürftig. Sie kann - unter Berücksichtigung der noch näher festzustellenden vereinsrechtlichen Regelungen (siehe oben zu II 4 a, aa) - sowohl

sport- wie arbeitsbezogen sein. Das Landesarbeitsgericht hat bisher keine Feststellungen dazu getroffen, ob die sportliche Betätigung der Vertragsamateure im Rahmen einer vom beklagten Verein bestimmten Arbeits- oder einer Spielorganisation erfolgt. Wenn die "reinen" Amateure ebenso wie die Vertragsamateure, z. B. aufgrund der vereinsrechtlichen Regelung unterschiedslos am Training, den Spielerbesprechungen und an den Spielen teilnehmen, spräche dies eher für eine Spiel- als eine Arbeitsorganisation. Es läßt sich auch nicht generell sagen, das Fußballspielen der Vertragsamateure sei als Arbeit im Rechtssinne anzusehen (vgl. dazu noch unter II 4 a, cc). Das kann, muß aber nicht so sein. Der vorliegende Amateurvertrag ist dazu weder in der Einleitung, noch in § 1 selbst eindeutig. Die Bezugnahme auf "Satzungen und Ordnungen seines Vereins" ist bisher vom Beklagten nicht durch Vorlage derselben verdeutlicht worden; diejenige auf §§ 15 bis 15 e der DFB-Spielordnung besagt nur, daß - so § 15 b - für die Vertragsamateure die Vorschriften für Amateure, also nicht die für Lizenzspieler, gelten. Auch § 15 b Ziff. 3, der bei einem Vereinswechsel den Nachweis der Beendigung des bisherigen Vertragsverhältnisses voraussetzt, u. a. dadurch, daß eine Kündigung binnen drei Wochen unwidersprochen geblieben ist, indiziert damit noch kein Arbeitsverhältnis. Zwar enthält diese Vorschrift eventuell eine Anspielung auf § 4 KSchG, aber auch das ist nicht eindeutig. Diese Regelung kann im übrigen auch in dem Sinne zu verstehen sein, nur bei einem etwaigen Arbeitsverhältnis bedürfe es des Nachweises in dieser Form. Die Schlußfolgerung, damit werde - wenn auch versteckt - ein Arbeitsverhältnis angesprochen bzw. erkennbar vorausgesetzt, ist nicht überzeugend. Eher läßt sich so argumentieren: Hätten die Vertragsschließenden ihre Vertragsbeziehungen als Arbeitsverhältnis angesehen, hätte nichts näher gelegen, dies - wie auch im Falle des Lizenzspielervertrages - auch als solches zu bezeichnen. Evidentlich wollte man hiervon absehen, möglicherweise sogar die Einstufung des Vertragstyps bewußt offenlassen.

49

cc) Die sportliche Betätigung kann zwar durchaus als "Arbeit" anzusehen und damit Inhalt einer Arbeitspflicht sein. Damit ist für die Klärung des Status der Vertragsamateure aber wenig gewonnen. Von der Art der Tätigkeit aus betrachtet ist der Begriff der Arbeit mit dem der Dienstleistung im Sinne des Dienstvertrages identisch (KR-Wolf, 3. Aufl., Grunds. Rz 61, 62). Nach überwiegend vertretener Ansicht ist Arbeit im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen (Schirdewahn, AR-Blattei, D, Arbeitnehmer, Begriff A II 3; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl., § 8 II, S. 29 f.; Schmidt, RdA 1972, 84, 85). Sie wird umschrieben als der planmäßige Einsatz der körperlichen und geistigen Kräfte zur Erreichung eines wirtschaftlich meßbaren Zweckes (Poschenrieder, Sport als Arbeit, Konsequenzen aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Einbeziehung der Grundrechte, S. 37; Franz, aaO, S. 152). Sportliche Betätigung ist, solange sie als Selbstzweck, d. h. als Freizeitgestaltung, ausgeübt wird, nicht als Arbeit anzusehen (Schaub, aaO, S. 29; Schmidt, aaO; Sutter, Rechtsfragen des organisierten Sports, S. 20, 21). Sport kann jedoch dann zur Arbeit im Rechtssinne werden, wenn der Sporttreibende mit der Ausnutzung seiner sportlichen Fähigkeiten bei persönlicher Abhängigkeit in erster Linie ein wirtschaftliches Interesse verfolgt und damit gleichzeitig ein solches des Vereins befriedigt, wie dies für den Lizenzfußballspieler angenommen wird (vgl. BAG Urteil vom 17. Januar 1979 - 5 AZR 498/77 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB Berufssport; Schaub, aaO, § 8 II 1, S. 29, § 186 IV, S. 1223 ff.; vgl. ferner OLG Stuttgart, Urteil vom 17. November 1977 - 3 U 108/77 - AuR 1978, 125, 126). Als ein Indiz für die wirtschaftliche Zwecksetzung kann die Zusage eines vom bloßen Aufwendersatz zu unterscheidenden Entgelts anzusehen sein (Franz, aaO, S. 152; Schmidt, RdA 1972, 84, 85).

50

dd) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht zwar im Ansatz ausgegangen. Es hat jedoch nicht berücksichtigt, daß auch ohne die vertragliche Bindung bereits

aufgrund des Status als "reine" Amateure an die Spieler neben der Erstattung von Unkosten zusätzlich Prämien und feste monatliche Bezüge, im Einzelfall zwischen 920,-- DM und 1.550,-- DM, geleistet wurden. Wie unstreitig ist, sind die Verträge mit den Vertragsamateuren des beklagten Vereins ausschließlich aus steuerlichen Gründen zur Wahrung der Gemeinnützigkeit aufgrund der zum 1. Januar 1986 in Kraft getretenen neuen Vorschrift des § 67 a Abgabenordnung (AO) abgeschlossen worden. Die Vertragsschlüsse dienten also - entweder primär oder zumindest auch - steuerlichen Zwecken des Vereins, ohne daß - jedenfalls bei dieser Fallkonstellation - daraus ohne weiteres Rückschlüsse für eine stärkere Abhängigkeit der Spieler vom Beklagten, als sie auch vorher im Amateurstatus bestand, gezogen werden können.

51

ee) Eine wirtschaftliche Abhängigkeit allein könnte im übrigen nicht als erhebliches Kriterium für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft dienen (ständige Rechtsprechung des BAG: BAGE 19, 324, 328 ff. = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 1 der Gründe, und BAGE 39, 329, 332 = AP Nr. 32 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, zu I der Gründe), weil diese auch beim sogenannten freien Mitarbeiter auf dienstvertraglicher Ebene, bei Bestehen eines Vertrages eigener Art (§ 305 BGB) ohne persönliche Abhängigkeit und sogar beim freien Werkunternehmer (§ 631 BGB) vorliegen kann. Deshalb ist in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur (BAGE 19, 324, 329 = AP Nr. 6, aaO; BSG Urteil vom 24. Mai 1972 - 3 RK 73/68 - AP Nr. 9 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BFHE 126, 457; Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 9 III 3; Schaub, § 8 II 3, S. 31 f., m. w. N.) entscheidend immer auf das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit - vgl. dazu noch unter II 4 c - abgestellt worden.

52

ff) Auch der sportlichen Betätigung der Vertragsamateure ist der Charakter einer Freizeitbetätigung noch nicht allein deshalb abzusprechen, weil sie - im übrigen wie die Amateure - den Sport gleichsam nebenbei noch als Mittel zum Gelderwerb nutzen. Damit werden sie noch nicht zu (Voll-)Profis, also zu "Berufsfußballspielern", wobei ohnehin anzumerken ist, daß die berufsmäßige Betätigung ebenfalls kein brauchbares Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerbegriff darstellt (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, Bd. I, § 9 IV 2, S. 48; Schaub, aaO, § 8 III 1, S. 33). Die von seiten des Vereins mit der Zahlung der Bezüge bezweckte Verstärkung der Bindung an den Verein steht der Annahme, der Sport werde von den Spielern in erster Linie als Selbstzweck betrieben, ebenfalls nicht entgegen.

53

Auch wenn die sportliche Betätigung der Vertragsamateure gleichzeitig der Befriedigung wirtschaftlicher Interessen des beklagten Vereins durch die Einnahmen bei Spielen dient, so verfolgt auch er mit der Veranstaltung der Spiele sportliche Interessen. Auch der Verein mag neben den sportlichen Ambitionen daran interessiert sein, Einnahmen zu erzielen, also wirtschaftliche Erfolge zu erreichen, um Unkosten zu decken und mit dem Gewinn seinen satzungsmäßigen - gemeinnützigen - Zweck zu fördern.

54

Die Bezahlung der Spieler reicht daher als Abgrenzungskriterium nicht aus.

55

gg) Auch aus der vertraglichen Bezeichnung der Vergütung des Spielers als "Bruttobezüge" (§ 5 des Vertrages) läßt sich nach Auffassung des Senats kein ausschlaggebendes Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft herleiten, wenn auch die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen indizielle Bedeutung haben kann (ständige Rechtsprechung des BAG, seit BAGE 19, 324 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 1 der Gründe). Es ist richtig, daß eine Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettobezügen beim Arbeitsverhältnis üblich ist, § 41 EStG. Es

ist jedoch auffällig, daß der Beklagte bisher nie konkret - etwa unter Vorlage von Lohnabrechnungen - vorgetragen hat, für die Vertragsamateure würden neben den Steuern auch Sozialversicherungsbeiträge (an welche Kassen?) abgeführt. Auch § 5 des Vertrages regelt dies nicht definitiv. Dort ist nur davon die Rede, die Erfüllung der steuer- und versicherungsrechtlichen Verpflichtungen sei ausschließlich Sache des Vereins und des Vertragsamateurs. Zutreffend weist die Revision darauf hin, damit werde nur eine Selbstverständlichkeit deklaratorisch wiederholt, wobei es nach ihrer Ansicht nur darum gehe, festzulegen, daß derartige Pflichten nicht etwa von irgendwelchen Dritten, Förderern usw. zu erfüllen seien.

56

hh) Die Höhe der Vergütung spricht für sich gesehen ebenfalls noch nicht für arbeitsvertragliche Bindungen. Nicht einmal eine wirtschaftliche Abhängigkeit wird bei Beträgen zwischen 920,- und 1.550,- DM brutto monatlich - zur Höhe von Spesen, Prämien usw. hat der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nichts vorgetragen - anzunehmen sein, zumal es sich hierbei für die Vertragsamateure neben ihrem Hauptberuf offensichtlich nur um eine "Nebentätigkeit" handelt. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, daß eine sportliche Tätigkeit die Arbeitskraft eines Dienstverpflichteten weder voll noch auch nur zum großen Teil in Anspruch zu nehmen braucht; es genügt vielmehr, wenn sie nebenberuflich und nur stundenweise geleistet wird, sofern die übrigen Begriffsmerkmale des Arbeitsverhältnisses vorliegen (vgl. BAGE 39, 329 = AP Nr. 32 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; Schaub, aaO, § 8 II 2; Weisemann, Sport, Spiel und Recht, 1983, S. 12; Schmidt, RdA 1972, 84 f.; Reschke/Westermann, aaO, S. 52). Gerade eine sportliche Teilzeitbeschäftigung dürfte aber im Regelfall nicht unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten betrieben werden (ähnlich Grunsky, AuR 1978, 128). Es handelt sich dann nämlich um eine Tätigkeit, die typischerweise der sportlichen Ertüchtigung als Freizeithobby dient und - wie auch bei den Amateuren des beklagten Vereins - nicht unter dem vordringlichen Gesichtspunkt des Gelderwerbs ausgeübt wird. Bei dieser Situation ist die Annahme eines Arbeitsvertrages nicht allein deswegen naheliegend, allein weil der Verein - wie wohl das Landesarbeitsgericht meint - sich vertraglich zur Erbringung einer - der Höhe nach mit den Lizenzspielern nicht vergleichbaren - finanziellen Gegenleistung verpflichtet hat. Diese kann auch schlichte Gegenleistung für die zugesicherte zeitliche - im übrigen auch nur auflösend bedingte (s. nachfolgend unter ii) - Bindung des Spielers an den Verein sein (ebenso Buchner, AR Blattei, D Sport II, Fußballsport, zu B I 2 b).

57

ii) Gegen ein Arbeitsverhältnis spricht schließlich die Regelung in § 2 des Anstellungsvertrages, wonach dieser unter der auflösenden Bedingung geschlossen wird, daß er mit dem Inkrafttreten eines Lizenzspielervertrages endet. Diese Klausel soll es ebenso wie die in § 3 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages dem Vertragsamateur ermöglichen, worauf die Revision zu Recht hinweist, das Vertragsverhältnis sofort mit dem Inkrafttreten eines "echten" Arbeitsverhältnisses als Lizenzspieler ohne weiteres, also ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, aufzugeben. Dies ist - auch wenn sich die Klausel zugegebenermaßen zugunsten des Spielers auswirkt - für ein Arbeitsverhältnis untypisch. Sie verdeutlicht, wie locker die Vertragsbeziehungen zwischen Verein und Vertragsamateur angelegt sind, wenn dieser ohne Rücksichtnahme auf die bisherige vertragliche Bindung an den Beklagten frei über den Einsatz seiner Arbeitskraft verfügen kann.

58

Auch der von vornherein nur auf ein Jahr befristet geplante sportliche Einsatz (§ 2 des Vertrages) beläßt dem Spieler gerade im Zusammenhang mit der Regelung in § 3 des Vertrages, wonach das Inkrafttreten eines Lizenzspielervertrages auch einen Verlängerungsvertrag als Amateur hinfällig werden läßt, die Möglichkeit, seine Arbeitskraft eigenständig unternehmerisch einzusetzen. Dies aber legt keine soziale

Schutzbedürftigkeit nahe (vgl. ähnlich Lieb, Arbeitsrecht, § 1 I 2; Meyer-Cording, RdA 1982, 13; Schaub, aaO, § 8 II 3, S. 31; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 13).

59

b) Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann auch nicht davon ausgegangen werden, die Vertragsamateure des Beklagten unterlägen hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht, wie es in der Rechtsprechung zur Feststellung und Abgrenzung des Arbeitnehmerstatus (ständige Rechtsprechung, vgl. BAGE 41, 247 = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit) gefordert wird. Unstreitig ist nur, daß die Vertragsamateure - wie übrigens auch die Amateure - an mindestens vier Abenden in der Woche zwischen 17.30 und 18.30 Uhr für ca. zwei Stunden zum Training zu erscheinen, an der einmal wöchentlich stattfindenden Spielerbesprechung und an den Spielen für ca. fünf bis sechs Stunden teilzunehmen hatten. Damit liegt nur eine achtstündige Trainings- und eine fünf- bis sechsstündige Spiel- bzw. Anwesenheitsverpflichtung vor, zu der noch die Zeit für die Spielerbesprechung hinzuzurechnen ist. Insgesamt dürfte es sich um eine Spiel- bzw. Arbeitszeit von ca. 15 Stunden pro Woche handeln, die - was nicht unerheblich erscheint - innerhalb der Freizeit der betreffenden Spieler liegt. Bei einer Kollision zwischen den Verpflichtungen gegenüber ihrem "Hauptarbeitgeber" gingen diese nach der Behauptung des Klägers vor: Es habe dann nur einer einfachen Entschuldigung bedurft. Der Beklagte hat hierzu bisher nur vorgetragen, das Nichterscheinen der Amateure habe keine vertragsrechtlichen Konsequenzen, ohne daß damit deutlich wird, wie dies im Falle der Vertragsamateure sei. Der bisherige Sachvortrag der Parteien läßt daher auch in diesem Punkt nur eine relativ lockere Bindung gegenüber dem beklagten Verein erkennen. Der Beklagte hat auch nicht vorgetragen, für das Training habe eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden, z.B. bei schlechtem Tabellenstand, bestanden. Auch für sonstige Arbeitsverpflichtungen (vgl. dazu Poschenrieder, aaO, S. 124 f.), wie sie für den Lizenzspieler aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses selbstverständlich sind, gibt der Vortrag des Beklagten nichts her. Die zeitlichen Vorgaben, die schon aus der Vorbereitung und Durchführung des Mannschaftssports selbst folgen, können - ebenso wie die Bestimmung der Örtlichkeiten (vgl. dazu BAG Urteil vom 9. Mai 1984 - 5 AZR 195/82 - AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit) - zumindest solange nicht ausschlaggebend sein, als die vereinsrechtliche Bindung (vgl. dazu oben unter II 4 a) und etwaige Unterschiede zum Trainings- und Spielbetrieb für die "reinen" Amateure noch unklar sind, die abgestufte Weisungsgebundenheiten zwischen diesen beiden Gruppen von Spielern nicht aufgeklärt und weitere, die persönliche Abhängigkeit etwa indizierende Gesichtspunkte für die Vertragsamateure nicht vorgetragen sind.

60

Da schließlich auch die Mitarbeiterbesprechung im "reinen" Amateursport üblich ist, läßt sich auch aus der entsprechenden Teilnahmeverpflichtung nichts herleiten. Ob sie etwa vom Trainer zu für die Vertragsamateure weitergehenden fachlichen Weisungen (welchen?) genutzt wurde (vgl. dazu Kaske, Das arbeitsrechtliche Direktionsrecht und die arbeitsrechtliche Treuepflicht im Berufssport, S. 25, 35 f.), ist den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht zu entnehmen.

61

c) Seine Behauptung, im Krankheitsfalle ein Attest zu verlangen und davon die Lohnfortzahlung abhängig zu machen, hat der Beklagte bisher nicht an einem einzigen Beispiel konkret belegt, obwohl dies, nämlich die praktische Durchführung der geschlossenen Verträge, schon Gegenstand des Auflagenbeschlusses des Arbeitsgerichts Bocholt vom 7. September 1988 war. Der Kläger hat sich demgegenüber darauf berufen, die Weiterzahlung bei Krankheit habe mit der Anwendung des Lohnfortzahlungsgesetzes nichts zu tun.

62

Da der Beklagte bisher auch nicht deutlich gemacht hat, wie er seine angeblichen Arbeitgeber-Weisungen - sei es durch den Vorstand, sei es durch den Trainer - gegenüber den Vertragsamateuren durchsetzt, lassen sich aus der revisionsrechtlich verwertbaren praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen noch keine eindeutigen Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsamateure ziehen.

63

d) Sollte der Beklagte beim Training, der Spielverpflichtung und beim Spiel sowie den Mitarbeiterbesprechungen, also bei der praktischen Handhabung keinen Unterschied zwischen den Amateuren und den Vertragsamateuren machen, so könnte dies Grund für eine einheitliche Statusbeurteilung in dem Sinne sein (vgl. dazu auch BAG Urteil vom 28. Juni 1973 - 5 AZR 19/73 - AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit), daß es insgesamt für die Spieler an einer für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnenden persönlichen Abhängigkeit fehlt. Falls der Beklagte nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits "Satzungen und Ordnungen" im Sinne des § 1 Abs. 2 der Vertragsamateurverträge nicht vorlegt oder nicht vorlegen kann und deswegen dem Landesarbeitsgericht eine Abgrenzung des vereinsrechtlichen und vertragsrechtlichen Status im Sinne der obigen Darlegungen zu II 4 a aa und bb nicht möglich ist, wäre, da die Amateurverträge für die Statusermittlung unergiebig sind (vgl. oben II 4 a), allein auf die praktische Handhabung der Vertragsbeziehungen abzustellen. Führt dies - gegebenenfalls unter Berücksichtigung der oben angesprochenen möglichen einheitlichen Statusbeurteilung - nicht zu einem eindeutigen Ergebnis (non liquet), so hätte der Beklagte diesen Nachteil zu tragen, da er sich auf die Arbeitnehmereigenschaft der Vertragsamateure berufen hat, um die Notwendigkeit der Wahrung der Frist des § 4 KSchG zu begründen. In diesem Falle wäre im Rahmen des Verzugslohnanspruchs auch über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB) zu entscheiden.