

Fortgeschrittenenklausur Arbeitsrecht: Trainerwechsel*

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Götz**, Regensburg**

In der Klausur ist die Zulässigkeit der Befristung eines Fußballtrainervertrages zu prüfen. Nach dem Urteil des BAG um den ehemaligen Torwart des 1. FSV Mainz 05, Heinz Müller, sei die Befristung eines Profifußballervertrags gerechtfertigt. Doch gilt dies auch für Fußballtrainer? Ein weiterer Schwerpunkt der Klausur liegt auf den examensrelevanten Entscheidungen des BVerfG und des BAG zum Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 TzBfG.

Sachverhalt

Fußballtrainer T (58) kehrte 2017 nach langer Tätigkeit als Co-Trainer verschiedener Drittligavereine nach Regensburg zurück, um die zweite Mannschaft (U21) des SC Regensburg e.V. in der Regionalliga Bayern zu trainieren. Bereits 1980 und 1981 spielte T als Fußballprofi für den SCR in der 2. Bundesliga. Von 2005 bis 2009 war er befristet als Trainer im Nachwuchsleistungszentrum des SCR beschäftigt. P, der Präsident des SCR, und T unterschrieben am 1.8.2017 einen Vertrag. Mit der darin enthaltenen Befristung bis 30.6.2019 war T einverstanden, da er danach gegebenenfalls zu einem anderen Verein wechseln wollte. Er sollte monatlich 5.000 € erhalten.

Weil die Mannschaft zum Saisonende 2019 gerade so die Klasse hält, entscheidet sich P, den Vertrag auslaufen zu lassen. Erst als T am 1.7.2019 zum Training erscheint, eröffnet ihm P, er werde den Vertrag nicht verlängern. T solle nun nach Hause gehen. P rechtfertigt seine Entscheidung damit, dass die junge Mannschaft ein neues Konzept und einen Trainer brauche, der die Spieler wieder motivieren könne. Ohnehin seien befristete Verträge im Fußball üblich. Dadurch ergäben sich wieder neue Karrierechancen für T. Trainern gelinge es meist nicht langfristig, eine Mannschaft erfolgreich zu führen. T entgegnet, die Spieler blieben sowieso höchstens zwei Jahre in seiner U21 und versuchen dann, in die Profimannschaft zu wechseln. Die nachrückenden Spieler könne er wieder zu Spitzenleistungen bewegen. Nachdem P am nächsten Tag in den Urlaub fliegt und sein Stellvertreter denkt, der Vertrag ende erst am 31.7.2019, leitet T weiterhin das Training.

Gerade aus seinem Urlaub zurück, sieht P den T am 26.7.2019 beim Training. P fragt am 31.7.2019 den Justiziar des SCR, ob der Vertrag mit T fortbesteht.

Fallfrage

In einem umfassenden Gutachten ist die Frage des P zu beantworten.

* Die Klausur wurde im Sommersemester 2019 in abgewandelter Form im Rahmen der Online-Vorlesung „Virtuelles Individualarbeitsrecht“ der Virtuellen Hochschule Bayern als zweistündige Abschlussklausur an der Universität Regensburg gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Frank Maschmann an der Universität Regensburg.

Lösungsvorschlag

Der Vertrag zwischen dem SCR und T besteht fort, wenn er nicht durch eine wirksame Befristung mit Ablauf der vereinbarten Zeit endete, §§ 15 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 2 Var. 1 TzBfG.

I. Anwendbarkeit des TzBfG

Nach § 620 Abs. 3 BGB, §§ 1, 3 Abs. 1 TzBfG ist das TzBfG nur auf Arbeitsverträge im Sinne des § 611a BGB anwendbar. T müsste sich vertraglich zur Leistung von Diensten für den SCR gegen Entgelt in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet haben, § 611a BGB.

Die Parteien schlossen am 1.8.2017 einen privatrechtlichen Vertrag. Als eingetragener Verein kann der SCR nach § 21 BGB als rechtsfähige juristische Person Vertragspartner sein. Der SCR wurde nach §§ 164 Abs. 1, 26 Abs. 1 S. 2 BGB wirksam durch seinen Vorstand P vertreten.

T leitet eine Fußballmannschaft als Trainer. Er gestaltet Trainingseinheiten, stellt die Mannschaft zu Spielen auf, bildet die Spieler aus und motiviert sie. Seine Leistungspflicht ist nicht auf bestimmte Saisonziele (z.B. Aufstieg oder Klassenerhalt) und damit nicht auf einen Werkerfolg im Sinne des § 631 BGB gerichtet. Anders als bei einem Werkvertrag üblich, liegt der Eintritt der Ziele nicht alleine in der Hand des Trainers. Deswegen macht sich der Trainer einerseits nicht schadensersatzpflichtig, wenn die Saisonziele verfehlt. Andererseits soll der Vertrag gerade nicht bei Erreichender Saisonziele nach § 362 BGB erlöschen.¹ Im Gegenzug erhält T eine Vergütung von monatlich 5.000 €, § 611a Abs. 2 BGB.²

T müsste seine entgeltliche Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit – d.h. weisungsgebunden und fremdbestimmt – erbringen, § 611a Abs. 1 S. 2–4 BGB, § 106 GewO. Weisungsgebunden ist, wer seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten kann, § 611a Abs. 1 S. 3 BGB. Er selbst gestaltet Trainingseinheiten und Spieltaktiken. Damit ist er in fachlicher Hinsicht weitgehend unabhängig. Die Weisungsgebundenheit muss sich jedoch vor allem bei Arbeitnehmern in Führungspositionen nicht auf alle Bereiche erstrecken.³ Das Traineramt setzt naturgemäß eine gewisse eigenständige Arbeitsweise voraus. Dennoch ist T weitgehend in das Organisationsgefüge des SCR eingebunden. Obwohl er Trainingstermine wohl selbst festlegen darf, hat er im Zweifel zeitliche (z.B. Spieltermine oder andere Vereinstermine) und örtliche

¹ *Ittner/Schaich*, NJOZ 2019, 497 (498).

² Selbst die Vereinbarung erfolgsabhängiger Prämien würde nicht für einen Werkvertrag sprechen: Als zusätzliche Vergütung zum Grundgehalt sollen sie nur das Interesse des Trainers am sportlichen Erfolg der Mannschaft wecken, vgl. *Ittner/Schaich*, NJOZ 2019, 497 (498).

³ *Bruns*, NZA 2008, 1269 (1272); *Ittner/Schaich*, NJOZ 2019, 497 (498); *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, BGB § 611a Rn. 39.

Weisungen des Vereins zu beachten.⁴ Zudem hat der Verein gegenüber dem Trainer regelmäßig ein disziplinarisches Weisungsrecht.

T ist nach der Gesamtschau persönlich abhängig beschäftigt und somit Arbeitnehmer.⁵ Das TzBfG ist anwendbar.

II. Präklusion

Die Befristung könnte bereits als von Anfang an wirksam gelten, wenn T nicht innerhalb von drei Wochen nach Vertragsende mit einer Klage beim Arbeitsgericht ihre Unwirksamkeit geltend macht, § 17 S. 1, 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG.

Der Vertrag des T endet nach der vereinbarten Befristung am Sonntag, den 30.6.2019 um 24.00 Uhr. Nach § 187 Abs. 1 BGB beginnt die Ereignisfrist am darauffolgenden Montag, den 1.7.2019 um 00.00 Uhr zu laufen. Sie endet nach § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB grundsätzlich am 21.7.2019. Dabei handelt es sich jedoch um einen Sonntag, sodass § 193 BGB das Fristende auf Montag, den 22.7.2019 um 24.00 Uhr verschiebt. Bis dahin hat T keine Klage beim Arbeitsgericht erhoben; die Wirksamkeit der Befristung wäre präkludiert.

Allerdings könnte sich der Fristbeginn verschieben, wenn das Vertragsverhältnis nach § 15 Abs. 5 TzBfG fortgesetzt wurde, § 17 S. 3 TzBfG. T leitete im Juli weiterhin das Training und erbrachte damit seine vertragsgemäßen Dienste nach Ablauf der Vertragslaufzeit. P bemerkte dies am 1.7.2019; er wies T ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich, § 121 BGB) auf das Vertragsende hin. P teilte T seine Absicht mit, den Vertrag nicht zu verlängern und widersprach der Fortsetzung. Der Vertrag gilt damit nicht nach § 15 Abs. 5 TzBfG als unbefristet verlängert. Eine Präklusion der Wirksamkeit der Befristung ist aber dennoch nicht eingetreten: § 17 S. 3 TzBfG verschiebt den Fristbeginn auf den Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung beendet sei. P erinnerte den T jedoch nur mündlich an das Vertragsende, sodass die Präklusionsfrist noch nicht anliefe. Sofern P gegenüber T noch am 31.7.2019 schriftlich die Beendigung erklärt, könnte T noch bis zum 21.8.2019 die Wirksamkeit der Befristung mit einer Klage beim Arbeitsgericht angreifen.

Die Wirksamkeit der Befristung ist folglich am 31.7.2019 noch nicht nach § 17 S. 1 TzBfG fingiert.

III. Wirksame Befristung

Der Vertrag des T ist vom 1.8.2017 bis 30.6.2019 kalendermäßig befristet, § 3 Abs. 1 S. 2 Var. 1 TzBfG. Die Befristung müsste schriftlich vereinbart und als solche zulässig sein, § 14 TzBfG.

1. Schriftform

P und T unterzeichneten den befristeten Vertrag. Die nach § 14 Abs. 4 TzBfG erforderliche Schriftform (§ 126 Abs. 2 BGB) ist eingehalten.

2. Sachgrundlose Befristung, § 14 Abs. 2 TzBfG

Die Befristung ohne Sachgrund könnte bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig sein, § 14 Abs. 2 TzBfG.

a) Befristung unter zwei Jahren

Die 23-monatige Vertragslaufzeit liegt unter der für eine sachgrundlose Befristung geltenden Höchstbefristungsdauer von zwei Jahren, § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG.

b) Zuvor-Beschäftigungsverbot

Allerdings ist eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Bereits 1980 und 1981 spielte T als Profifußballer für den SCR und war von 2005 bis 2009 in dessen Nachwuchsleistungszentrum als Trainer beschäftigt. In beiden Fällen handelte es sich jeweils um ein Arbeitsverhältnis zwischen T und dem SCR. Die Befristung könnte aufgrund des Zuvor-Beschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG unzulässig sein. Die Vorbeschäftigungen liegen jedoch zum Zeitpunkt des neuen Vertragsschlusses bereits über 35 bzw. acht Jahre zurück. Es handelt sich damit nicht um eine Befristungskette, weshalb das Zuvor-Beschäftigungsverbot teleologisch zu reduzieren sein könnte.

aa) Teleologische Reduktion

§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG soll Kettenbefristungen verhindern. Über diesen Gesetzeszweck schießt ein Zuvor-Beschäftigungsverbot, das jede noch so lange zurückliegende Beschäftigung betrifft, hinaus. Deshalb könnte § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG nur auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden sein, die in einem für den Gesetzeszweck relevanten zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen.⁶

Für eine solche Beschränkung spricht, dass Arbeitgeber aufgrund ihrer Privatautonomie von einer Einstellung absehen könnten, wenn eine befristete Beschäftigung wegen § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG nicht möglich ist. Statt einen zuvor bereits beschäftigten Arbeitnehmer unbefristet einzustellen, suchen Arbeitgeber dann nach anderen Bewerbern, deren Verträge sie sachgrundlos befristen können. Das schränkt die Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der zuvor bereits beschäftigten Arbeitnehmer ein und benachteiligt diese (Art. 3 Abs. 1 GG).⁷ Als Lösung bietet sich eine teleologische Reduktion des Zuvor-Beschäftigungsverbots auf alle Arbeitsverhältnisse an, die nicht länger als drei Jahre zurückliegen (Wertung der Regelverjährungsfrist, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Das BAG⁸

⁴ Unger, Die Freistellung im Profisport am Beispiel des Fußballs, 2019, S. 31 f.

⁵ Zur Arbeitnehmereigenschaft von Trainern vgl. Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497 (498); Unger (Fn. 4), S. 31 f.; Zindel, Die Befristung von Arbeitsverträgen mit Trainern im Spitzensport, 2006, S. 107.

⁶ Löwisch, BB 2001, 254 (254 f.).

⁷ Löwisch, BB 2001, 254 (254 f.).

⁸ BAG NZA 2011, 905 ff.; BAG NZA 2012, 255 ff.; Rudolf, BB 2011, 2808 (2810 f.).

hatte sich vorübergehend dieser Ansicht angeschlossen: Weil nach diesem Zeitraum keine Befristungsketten mehr drohten, seien alle länger zurückliegenden Arbeitsverhältnisse unbeachtlich.

Die Befristung wäre demnach ohne Sachgrund zulässig.

bb) Lebenslanges Zuvor-Beschäftigungsverbot

Vor 2011 ging das BAG⁹ mit weiten Teilen der Literatur¹⁰ von einem „lebenslangen“ Zuvor-Beschäftigungsverbot aus. Eine Vorbeschäftigung sollte unabhängig davon, wie lange sie zurücklag, stets eine erneute sachgrundlose Befristung ausschließen.

Dieser Meinung ist grundsätzlich auch das BVerfG¹¹: Die Beschränkung des Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG auf die dreijährige Regelverjährungsfrist überschreite die Grenzen vertretbarer Gesetzesauslegung. Obwohl der Wortlaut der Norm weder eingeschränkt noch ausdrücklich für alle zurückliegenden Arbeitsverhältnisse in aller Vergangenheit geöffnet sei, wollte der Gesetzgeber nach der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien erkennbar gerade nicht dieses Regelungsmodell, sondern ein dauerhaftes Zuvor-Beschäftigungsverbot.¹² § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG enthalte die gesetzgeberische Grundentscheidung, dass sachgrundlose Befristungen zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich nur bei der erstmaligen Einstellung zulässig sein sollten. Damit habe sich der Gesetzgeber gegen eine zeitliche Begrenzung des Verbots entschieden.¹³ Die richterliche Rechtsfortbildung dürfe den eindeutigen Gesetzgeberwillen nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen.

Wenn zuvor bereits ein befristetes Arbeitsverhältnis bestand, beeinträchtige das Verbot sachgrundloser Befristung zwar die Berufswahlfreiheit der Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG) und die wirtschaftliche und berufliche Betätigungsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG). Weil es aber der Pflicht des Staates zum Schutz der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG) diene und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) Rechnung trage, sei es gerechtfertigt. Das Verbot sei zudem erforderlich zur Sicherung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelfall abhängiger Beschäftigung.¹⁴

Das Zuvor-Beschäftigungsverbot ist demnach grundsätzlich nicht zeitlich einzuschränken. Das BAG¹⁵ hat sich inzwischen dieser Ansicht wieder angeschlossen.

Allerdings verlangt auch das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Solange

keine Kettenbefristungen in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten drohen und das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform nicht in Frage gestellt wird, könne das lebenslange Zuvor-Beschäftigungsverbot ausnahmsweise unzumutbar sein. Das Arbeitgeberinteresse an einer Flexibilisierung könne in einer Abwägung mit dem Schutzzweck des Verbots der sachgrundlosen Befristung überwiegen, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet oder nur von kurzer Dauer war. Weder das BVerfG noch das BAG haben diese Ausnahmen genauer definiert. Sie sind in einer Einzelfallabwägung festzustellen.¹⁶

Die Vorbeschäftigung des T als Spieler 1980 und 1981 lag bei Vertragsschluss 2017 bereits 36 Jahre zurück. Nach dieser langen Zeitspanne drohen keine Kettenbefristungen mehr; der Regelfall der unbefristeten Beschäftigung ist nicht gefährdet.¹⁷ Einerseits schuldete T den Einsatz als Spieler, andererseits das Leiten einer Mannschaft als Trainer. Die Tätigkeiten unterscheiden sich wesentlich, sodass ganz anders geartete Aufgaben vorliegen. Der Zeitraum von zwei Jahren, in dem T als Profi für den SCR spielte, entspricht der Frist des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG und geht als Orientierung über die Fristen der §§ 1 Abs. 1 KSchG und § 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BGB hinaus.¹⁸ Die Beschäftigung war nur von kurzer Dauer. Die Spielertätigkeit ist damit insgesamt unbeachtlich.

Anders liegt es bei der Vorbeschäftigung des T als Trainer. Obwohl T von 2005 bis 2009 im Nachwuchs- und ab 2017 im Herrenbereich arbeitete, beschäftigte der SCR ihn jeweils als Fußballtrainer, sodass keine ganz anders geartete Tätigkeit anzunehmen ist. Seine Zeit als Trainer im Nachwuchsleistungszentrum endete erst acht Jahre vor der neuen Anstellung und könnte damit nicht lange genug zurückliegen. Kettenbefristungen drohen jedenfalls über diesen Zeitraum nicht mehr. Das unbefristete Dauerarbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform könnte dennoch gefährdet sein. Bei typisierender Betrachtung kann der Arbeitgeber auf die gesamte Dauer des Arbeitslebens (etwa 40 Jahre) vier zweijährig befristete Anstellungen im Abstand von je acht Jahren aneinanderreihen, sodass sich die sachgrundlose Befristung zum Regelfall entwickelt.¹⁹ Der Abstand von acht Jahren reicht nicht aus.

Die Vorbeschäftigung löst das Verbot der sachgrundlosen Befristung aus.

c) Zwischenergebnis

Die Befristung ist nicht nach § 14 Abs. 2 TzBfG ohne Sachgrund zulässig.

3. Sachgrundlose Befristung, § 14 Abs. 3 TzBfG

T hat zwar mit seinen 58 Jahren bereits das 52. Lebensjahr vollendet. Er war jedoch – anders als es § 14 Abs. 3 TzBfG

⁹ BAG NZA 2005, 218.

¹⁰ Hromadka, BB 2001, 621 (627); Kliemt, NZA 2001, 296 (299 f.); Richardi/Annus, BB 2000, 2201 (2204); Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, TzBfG § 14 Rn. 98 f. m.w.N.

¹¹ BVerfG NZA 2018, 774 ff.; Boemke, JuS 2019, 397.

¹² BT-Drs. 14/4374, S. 13 f.; Umkehrschluss aus BT-Drs. 14/4625, S. 18 f.; BVerfG NZA 2018, 774 (780 Rn. 82 ff.).

¹³ BVerfG NZA 2018, 774 (780 Rn. 77).

¹⁴ BVerfG NZA 2018, 774 (776 Rn. 40 ff.).

¹⁵ BAG NZA 2019, 700; Boemke, JuS 2019, 73.

¹⁶ BVerfG NZA 2018, 774 (779 Rn. 62 f.); BAG NZA 2019, 700; krit. Bayreuther, NZA 2018, 905 (908).

¹⁷ Vgl. BAG NZA 2019, 700 (702 Rn. 26).

¹⁸ Vgl. BAG NZA 2019, 700 (703 Rn. 28).

¹⁹ BAG NZA 2019, 700 (702 Rn. 26).

verlangt – nicht unmittelbar vor seiner Beschäftigung beim SCR vier Monate lang beschäftigungslos, sondern bei anderen Vereinen als Co-Trainer beschäftigt. Ein Sachgrund ist nicht nach § 14 Abs. 3 TzBfG entbehrlich.

4. Befristung mit Sachgrund, § 14 Abs. 1 TzBfG

Die Befristung ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein solcher könnte sich aus dem nicht abschließenden Katalog des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG ergeben.

a) Gründe in der Person des Arbeitnehmers

Die Befristung könnte nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG durch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe gerechtfertigt sein. Nr. 6 ist weit gefasst und umfasst eine Vielzahl von Sachverhalten.²⁰ Es könnte in einem Wunsch des T ein Befristungsgrund zu sehen sein. Immerhin war T mit der Befristung einverstanden, um nach Vertragsende den Verein wechseln zu können.

Ein ausdrückliches Verlangen des Arbeitnehmers nach einer konkreten Befristung kann einen Sachgrund darstellen, wenn sich bei Vertragsschluss aus objektiven Anhaltspunkten ein Arbeitnehmerinteresse an einer befristeten Beschäftigung ergibt. Allein die Annahme eines entsprechenden Angebotes reicht dafür jedoch nicht aus. Der Arbeitnehmer hätte vielmehr auch bei einem tatsächlich angebotenen unbefristeten Arbeitsverhältnis freiwillig eine Befristung vorziehen müssen.²¹

Der Wunsch des T nach Vertragsende erneut zu einem anderen Verein wechseln und sich sportlich weiterentwickeln zu können, ist aber nicht mit dem Wunsch nach einer Befristung gleichzusetzen. T kam es nicht auf die konkrete Befristung zum 30.6.2019 an, sondern darauf nach einer bestimmten Zeit erneut wechseln zu können. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann der Arbeitnehmer jederzeit ordentlich kündigen.²² Ein Vereinswechsel wäre damit sogar noch flexibler abzuwickeln als mit einem befristeten Vertrag. Als Trainer müsste T dazu nicht einmal Transferzeiten²³ einhalten. Ebenso wenig sollte ihn die bei einer Arbeitnehmerkündigung relativ kurze vierwöchige Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 1 BGB stören. Die Annahme, mit der Kündigung gehe ein Motivations- und Leistungseinbruch des Arbeitnehmers einher,²⁴ spricht lediglich für ein Arbeitgeberinteresse, nicht jedoch für einen freiwilligen Arbeitnehmerwunsch und ist wohl angesichts der kurzen Kündigungsfrist zu vernachlässigen.

T hätte in Kenntnis aller Vor- und Nachteile anstelle des unbefristeten Arbeitsverhältnisses nicht das befristete gewählt. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG rechtfertigt die Befristung nicht.

b) Eigenart der Arbeitsleistung

Ein Sachgrund könnte sich aus der Eigenart der Arbeitsleistung ergeben, § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG. Das Gesetz bestimmt die Eigenart der Arbeitsleistung nicht näher. Nach den Gesetzesmaterialien soll Nr. 4 vor allem verfassungsrechtlichen Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse von Rundfunkmitarbeitern und Bühnenkünstlern hinsichtlich der Rundfunk- und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 1, 3 GG) Rechnung tragen.²⁵ Allerdings ergibt sich daraus keine Beschränkung auf derartige verfassungsrechtlich geprägte Arbeitsverhältnisse.²⁶ Die Befristung ist ebenso gerechtfertigt, wenn die Arbeitsleistung insgesamt Besonderheiten mit sich bringt, die auf ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der befristeten Beschäftigung schließen lassen. Dieses müsste das Interesse des Arbeitnehmers an einem Dauerarbeitsverhältnis und sein Bestandsschutzinteresse überwiegen.²⁷

aa) Abnehmende Leistungsfähigkeit

Das TzBfG geht vom Normalfall des unbefristeten Dauerarbeitsverhältnisses aus, das bis zum Renteneintrittsalter ausgeübt wird. Demnach soll der Arbeitsvertrag eine anhaltende Existenzgrundlage bieten, was eine Befristung verhindern würde. Profifußballer können im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern die von ihnen geforderten Spitzenleistungen nicht bis zum Renteneintritt erbringen, sondern nur bis zu einem bestimmten Alter (etwa bis zum 35. Lebensjahr). Aus diesem Grund überwiegt hier das berechnete Interesse der Vertragsparteien Profifußballerverträge zu befristen.²⁸ Für einen Fußballtrainer greift diese Argumentation nicht. Seine Tätigkeit verlangt keine besonderen körperlichen Spitzenleistungen, sodass er ihr theoretisch bis ins hohe Alter nachgehen kann.²⁹

bb) Einbindung in Verbandstransfersystem

Ebenso spielt eine Einbindung in ein Verbandstransfersystem³⁰ für Trainer keine Rolle: Für sie bestehen im Fußball anders als für die Spieler keine Vorgaben, wann sie den Verein wechseln können.

Tatsächlich schafft die im Profifußball geübte Befristungspraxis für jeden Spieler und Trainer nach Vertragsende anderswo wieder freie Stellen.³¹ Allerdings würde diese Begründung Befristungen in allen Arbeitsverträgen rechtferti-

²⁰ Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, TzBfG § 14 Rn. 51 ff.

²¹ BAG NZA 2017, 849 (852 Rn. 30); Müller-Glöge (Fn. 20), TzBfG § 14 Rn. 61.

²² Eufinger, JA 2017, 343 (347); Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497 (501 f.).

²³ Vgl. BAG NZA 2018, 703 (852 Rn. 21); Katzer/Frodl, NZA 2015, 657 (660).

²⁴ Katzer/Frodl, NZA 2015, 657 (660).

²⁵ BT-Drs. 14/4374, S. 19.

²⁶ BAG NZA 2018, 703 (704 Rn. 15).

²⁷ BAG NZA 2018, 229 (232 Rn. 30 ff.); NZA 2018, 703.

²⁸ BAG NZA 2018, 703 (704 Rn. 18); Boemke, JuS 2019, 73 f.

²⁹ Bsp. bei Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497 (500).

³⁰ BAG NZA 2018, 703 (705 Rn. 21); Koch, RdA 2019, 54 (59 f.).

³¹ BAG NZA 2018, 703 (705 Rn. 21).

gen.³² Die sich ergebenden Wechselmöglichkeiten begründen noch kein Interesse, an der Befristungspraxis festzuhalten: Wie alle anderen Arbeitnehmer können Spieler und Trainer ihre Arbeitgeber mittels Kündigungen und Aufhebungsverträgen wechseln, ohne danach zwangsweise mangels neuer Beschäftigungsmöglichkeiten vereinslos ohne Vertrag dazustehen. Die Befristung lässt sich damit nicht rechtfertigen.

cc) Abwechslungsbedürfnis des Publikums

Für die Zulässigkeit der Befristung könnte das Abwechslungsbedürfnis des Publikums sprechen. Angelehnt ist diese Idee an die Befristung von Verträgen mit Schauspielern, deren Unterhaltungswert mit dem einer publikumswirksamen Sportart verglichen wird.³³ Ein vermeintliches Bedürfnis der Zuschauer nach einem regelmäßigen personellen Wechsel zwingt die Vereine dazu, neue Spieler und Trainer zu verpflichten und so ihre sportliche Attraktivität zu erhalten.³⁴ Langfristig gesehen steigern aber vor allem gute Ergebnisse die Beliebtheit einer Mannschaft bei den Zuschauern. Erst mit schwindenden Erfolgen werden meist Personalwechsel gefordert.³⁵ Zudem greift im Sport die Kunstfreiheit nicht wie bei Schauspielern (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG).³⁶ Somit rechtfertigt das Abwechslungsbedürfnis des Publikums die Befristung nicht.

dd) Kontinuität und Planbarkeit

Der Verein hat vergleichbar wie bei den Spielern³⁷ ein Interesse daran, dass der Trainer für eine durch die Befristung vorbestimmte Zeit zur Verfügung steht, ohne dass er durch eine ordentliche Kündigung innerhalb von vier Wochen (§ 622 Abs. 1 BGB) seine Beschäftigung beenden könnte. Der Erfolg der Mannschaft hängt oft mit einem kontinuierlichen Spiel- und Trainingskonzept zusammen. Zu viele Trainerwechsel innerhalb einer Saison stehen dem Erfolg entgegen. Nach jedem Wechsel dauert es eine gewisse Zeit, bis sich die Mannschaft neu einspielt. Allerdings lassen sich so auch für viele andere Arbeitsverhältnisse Befristungen rechtfertigen, was das Dauerarbeitsverhältnis als Regelfall ohne Not gefährden würde. Das Risiko der Arbeitnehmerkündigung trägt naturgemäß der Arbeitgeber.

ee) Eigenes wirtschaftliches Befristungsinteresse

Spieler haben ein Interesse am sportlichen und dem damit einhergehenden wirtschaftlichen Erfolg des Vereins. Der Erfolg basiert nach dem BAG³⁸ in gewisser Weise darauf, dass der Trainer die Spieler frei einsetzen kann. Dies setzt voraus, schwächere Spieler beizeiten austauschen zu können. Das gleiche gilt für den Trainer: Spielt die Mannschaft schlecht,

ist gegebenenfalls ein Wechsel des Trainers erforderlich. Einzelne Spieler profitieren deshalb davon, wenn andere leicht austauschbar sind. Im Unterschied dazu hat der Trainer jedoch auf sich bezogen kein entsprechendes Interesse: Als Trainer besetzt er seine Position alleine. Lediglich der Verein hat ein Interesse an der Befristung. Die Argumentation des BAG lässt sich wiederum nicht auf den Trainer übertragen.

ff) Motivationsverschleiß

Nach dem BAG³⁹ kann die Befristung eines Sporttrainervertrages durch einen „Verschleißtatbestand“ gerechtfertigt sein. Dazu müsste im Laufe der Zeit die Fähigkeit des Trainers, die Sportler zu motivieren, schwinden. Dann wäre es gerade die Eigenart der Arbeitsleistung als Trainer, dass diese nach einer bestimmten Zeit nicht mehr gleich effektiv erbracht werden kann. Weil der Trainer seine Leistung nach wie vor unvermindert erbringt, sei eine ordentliche Kündigung nicht möglich, obwohl der sportliche Erfolg oft entscheidend vom Motivationsvermögen des Trainers abhängt.⁴⁰ Zur Rechtfertigung müsste die Befristung der Verschleißgefahr wirksam vorbeugen. Liegt die typische Verweildauer der Spieler in der Mannschaft unter der Befristungszeit des Trainers, ist dies ausgeschlossen.⁴¹ Dann rücken regelmäßig neue Sportler nach, die sich noch nicht an die Trainingsmethoden gewöhnt haben und sich wieder leichter zu Spitzenleistungen motivieren lassen. Tatsächlich liegt die Verweildauer der Spieler, die aus den Jugendmannschaften in die U21 kommen ebenso wie die Befristung bei nur zwei Jahren. Demnach beugt die Befristung des Vertrages nicht dem Motivationsverschleiß vor und ist nicht gerechtfertigt.

Die Berechtigung des Verschleißtatbestandes als Befristungsgrund für Trainerverträge kann also dahinstehen. Im Übrigen ist der Verschleißtatbestand rein spekulativ.⁴² Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses muss der Befristungsgrund vorhersehbar feststehen, was mit dem Verschleiß meist nicht der Fall ist. Die bloße Vermutung, die Motivationskraft schwinde irgendwann, genügt nicht.⁴³ Durchaus lassen sich Trainer finden, die eine Mannschaft langfristig erfolgreich führen⁴⁴ – ebenso aber genügend Beispiele, denen dies nicht gelang. Eine sichere Vorhersage ist nicht möglich. Die Befristung beugt dem Verschleiß damit nicht zwingend vor.⁴⁵ Der Verschleißtatbestand als Sachgrund ist deshalb zumindest zweifelhaft.

³² Boemke, JuS 2019, 73 (73 Fn. 5).

³³ LAG Nürnberg SpuRt 2010, 33; Müller-Glöge (Fn. 20), TzBfG § 14 Rn. 47.

³⁴ LAG Nürnberg SpuRt 2010, 33 (34).

³⁵ ArbG Mainz NZA 2015, 684 (687).

³⁶ Vgl. Katzer/Frodl, NZA 2015, 657 (659 f.).

³⁷ BAG NZA 2018, 703 (705 Rn. 20).

³⁸ BAG NZA 2018, 703 (705 Rn. 20).

³⁹ BAG NZA 1999, 646; BAG NZA 2000, 102; Boemke/Jäger, RdA 2017, 20 (22); Fischinger, NZA 2020, 218 f. m.w.N. auch zur Befristung von Spielerverträgen und Sportdirektorenverträgen.

⁴⁰ BAG SpuRt 1996, 21 (23).

⁴¹ BAG NZA 2000, 102.

⁴² Im Detail Bruns, NZA 2008, 1269 (1273); Dieterich, NZA 2000, 857; Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497.

⁴³ Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497 (500).

⁴⁴ Vgl. Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497 (500).

⁴⁵ Bruns, NZA 2008, 1269 (1273).

gg) Zwischenergebnis

Die Befristung ist nicht durch die Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt.

c) Ungeschriebener Sachgrund: Üblichkeit der Befristungen

Der Katalog des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist nicht abschließend („insbesondere“). Die Befristung könnte auch aus ungeschriebenen Sachgründen zulässig sein, wenn diese mit den Wertungen der Regelbeispiele in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gleichlaufen.⁴⁶ Als solcher kommt die Üblichkeit der Befristungen im Profifußball in Betracht.⁴⁷ Wenn die Befristung nach dem Gesetzgeberwillen nicht der Regelfall sein soll, so kann die Branchenüblichkeit sie jedoch nicht als ungeschriebener Sachgrund rechtfertigen. Die Üblichkeit müsste vielmehr selbst auf einem eigenständigen Sachgrund beruhen. Würde ihr über eine Indizwirkung⁴⁸ hinaus Bedeutung beigemessen, könnten große Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband eine arbeitsgerichtliche Kontrolle der Befristung verhindern, indem sie breitflächige Änderungen einführen.⁴⁹ Die tatsächliche Handhabe kann nicht entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung als Gewohnheitsrecht zugleich ihre Rechtmäßigkeit begründen.⁵⁰ Im Ergebnis ist die Branchenüblichkeit kein ungeschriebener Sachgrund.

d) Zwischenergebnis

Die Befristung ist nicht durch einen Sachgrund gerechtfertigt.

5. Zwischenergebnis

Die Befristung ist unzulässig.

IV. Ergebnis

Die Befristung des Vertrags ist unwirksam. Nach § 16 S. 1 TzBfG gilt der Vertrag als auf Dauer geschlossen und ist damit fortzusetzen.

⁴⁶ BT-Drs. 14/4374, S. 18.

⁴⁷ Vgl. noch BAG SpuRt 1996, 21 (23).

⁴⁸ BAG NZA 1999, 646 (648).

⁴⁹ Dieterich, NZA 2000, 857 (859).

⁵⁰ ArbG Mainz NZA 2015, 684 (686 f.); Bruns, NZA 2008, 1269 (1274); Ittner/Schaich, NJOZ 2019, 497 (502); Walker, NZA 2016, 657 (659).