

Zum anderen hat das Renngericht in seiner Entscheidung zutreffend festgestellt, dass das Obere Renngericht die Ausführungen zu Nr. 623 (3) RO vollkommen unbeanstandet gelassen hat. Hierin kann im Übrigen eine konkludente Bestätigung der Ausführungen der Erstentscheidung zu diesem Punkt gesehen werden.

b) Sofern die Protestfrist der Nr. 633 RO für die Disqualifikationsgründe der Nr. 623 (2) RO von dem Kl. als unzulässig, weil in der Praxis wegen seiner Kürze als nicht umsetzbar, angesehen wird, so entzieht sich auch dieser Punkt der Überprüfung durch den Senat. Denn gerade bei Verstößen gegen die Regeln über die Durchführung des Rennens besteht ein hohes praktisches Bedürfnis an einer schnellen Klärung von evtl. Streitfragen, um das Ergebnis eines Rennens nicht zu lange im Ungewissen zu lassen. Auch hatte die Rennleitung im gegebenen Fall selbst unmittelbar nach dem Rennen Sanktionen wegen des übermäßigen Peitscheneinsatzes verhängt. Warum ein solcher Regelverstoß für einen geübten Rennbeobachter nicht ebenso erkennbar gewesen sein soll, erschließt sich ohne eine nähere Erläuterung nicht. Für das Gegenteil spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass der Bekl. auch in der aktuellen Fassung der Rennordnung bei den bisherigen Bestimmungen über die Protestfrist verblieben ist. Jedenfalls folgt hieraus, dass die Beantwortung dieser Frage der Entscheidungsbefugnis der ordentlichen Gerichte entzogen ist, weil sie nicht eindeutig, insbesondere nicht im Sinne des Kl., den Regelungen der Rennordnung entnommen werden kann, sondern einer allein den Vereinsorganen obliegenden Interpretation bedarf.

c) Schließlich ist der vereinsinterne Willensbildungsprozess durch den Beschluss des Oberen Renngerichts vom 18. 7. 2017, mit dem die Revision gegen die zweite Entscheidung des Renngerichts vom 3. 4. 2017 als unzulässig zurückgewiesen wurde, abgeschlossen. Insbesondere leidet die zweite Revisionsentscheidung nicht an schwerwiegenden Verfahrensfehlern. Wenn auch das Obere Renngericht in seiner Entscheidung vom 2. 3. 2017 noch die Zulässigkeit der Revision bejaht hatte, stellt sich die gegenteilige Ansicht des Oberen Renngerichts in seiner zweiten Entscheidung vom 18. 7. 2017 nicht als unvertretbar dar. Denn die enumerative Aufzählung in Nr. 676 RO sieht eine Revision gegen Disqualifikationsentscheidungen nicht vor, so dass es zur Bejahung der Zulässigkeit in diesem Fall einer extensiven Auslegung der Norm durch das Obere Renngericht bedarf. Die gegenteilige, an dem Wortlaut der Nr. 676 RO orientierte Auslegung der Vorschrift durch die Entscheidung vom 18. 7. 2017 ist mithin zumindest vertretbar und daher durch den Senat nicht zu beanstanden.

III. [...]

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Thomas Summerer, München)

## 5. Kündbarkeit von Vermarktungsagentur-Verträgen

§§ 305 Abs. 1, 611, 626, 627 Abs. 1 BGB

1. Die Dienstleistungen von Vermarktungsagenturen im Sport können „Dienste höherer Art“ i. S. v. § 627 Abs. 1 BGB sein.

2. Das Kündigungsrecht nach § 627 Abs. 1 BGB kann durch Individualvereinbarung, nicht aber durch AGB ausgeschlossen werden.

3. Durch lange und intensive Verhandlungen über ein Gesamtvertragswerk kann der gesamte Vertrag als „individuell ausgehandelt“ gelten, obwohl er einzelne gestellte Klauseln i. S. d. §§ 305 ff. BGB enthält, die nicht erörtert wurden. (Leitsätze der SpurRt-Redaktion)

LG Karlsruhe, Urt. v. 15. 11. 2019, Az. 3 O 32/19 (nicht rechtskräftig)

### Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist eine international tätige, in Deutschland führende Vermarktungsagentur für Sportrechte. Zu ihrem Geschäftsfeld gehören insbesondere die Vermarktung von Werbe- und Hospitalityrechten an Fußballspielen und Fußballstadien sowie von Vereinsmarken. Der Bekl. ist ein in Karlsruhe ansässiger Fußballverein in der Rechtsform des eingetragenen Vereins. Zwischen den Parteien steht in Streit, ob ein zwischen den Parteien geschlossener Agenturvertrag vom 22./23. 12. 2016 nach seitens des Bekl. ausgesprochenen Kündigungen vom 10. 12. 2018 und 7. 3. 2018 fortbesteht und ob der Kl. ein Anspruch auf Ersatz eines Kündigungsfolgeschadens zusteht.

Die Parteien waren bereits seit der Saison 2011/2012 durch einen Agenturvertrag verbunden, der die exklusive provisionspflichtige Vermittlung von Vermarktungsrechten des Bekl. zum Gegenstand hatte. Der am 30. 5. 2011 geschlossene Vertrag (im Folgenden: Vorgängervertrag) sah eine Laufzeit vom 1. 7. 2011 bis zum 30. 6. 2017 vor. Unter § 17 enthielt der mittlerweile ausgelaufene Vorgängervertrag folgende Regelung: „3. Soweit vorstehend nicht ausdrücklich anderweitig festgelegt, ist die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrages ausgeschlossen. Darüber hinaus verzichten die Parteien ausdrücklich auf das Recht zur Kündigung gemäß § 627 Absatz 1 BGB, soweit dessen Voraussetzungen überhaupt vorliegen.“

Bereits Anfang Mai 2016 bat der Bekl. die Kl., ein Angebot für eine Verlängerung des Vorgängervertrages vorzulegen. Die Parteien traten im Juni 2016 in Verhandlungen über eine Nachfolgeregelung ein. Nach umfangreichen Verhandlungen und Veränderungen verschiedener Vertragsversionen wurde mit Datum vom 22.12. und 23. 12. 2016 der nunmehr streitgegenständliche Agenturvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen. Die endgültige Version des Vertrages wurde durch die Kanzlei des Prozessbevollmächtigten der Bekl. vorbereitet. Im Rahmen des umfangreichen Vertragswerks beauftragte der Bekl. die Kl. die ihm zustehenden Werbe-, Marketing- und Hospitalityrechte, insbesondere stadiongeborene sowie vereinsgeborene Werbe-, Marketing- und Hospitalityrechte, weltweit exklusiv zu vermarkten. Der Mindestumfang der Vermarktungsrechte wird im Rahmen der „Anlage 1“ zum Vertrag näher präzisiert.

Der Vertrag enthält in § 16 individuelle Regelungen zur Laufzeit, bezogen auf die sportlichen Verhältnisse des Bekl. und den Ausbauzustand seines Stadions. § 17 des Vertrages regelt:

„§ 17 Kündigung

1. Die Parteien sind zur Kündigung dieses Agenturvertrages mit Wirkung zum Ende der jeweiligen Saison berechtigt, sofern die von Lagardere Sports unter der Vermarktungserlösgarantie zu zahlenden Differenzbeträge in der Saison den in § 8 Ziffer 1 fit. c) festgelegten Maximalbetrag in Höhe von € 1,0 Mio. erreichen, d. h. Lagardere Sports zu keinen weiteren Zahlungen unter der Vermarktungserlösgarantie mehr verpflichtet ist. Dieses Kündigungsrecht ist binnen zwanzig (20) Bankarbeitstagen nach dem letzten offiziellen Spieltag der jeweiligen Saison (letzter Spieltag der regulären Saison oder ggf. Relegation des KSC) schriftlich gegenüber der jeweils anderen Partei auszuüben.

Das Kündigungsrecht nach dieser Ziffer 1 besteht für den KSC nur dann, wenn Lagardere Sports das nachstehende Abwendungsrecht nicht/nicht wirksam ausgeübt hat. Lagardere Sports ist berechtigt, das vorstehende Kündigungsrecht des KSC abzuwenden, indem Lagardere Sports binnen zehn (10) Bankarbeitstagen nach dem letzten offiziellen Spieltag der jeweiligen Saison (letzter Spieltag der regulären Saison oder ggf. Relegation des KSC) durch schriftliche, bedingungslose und unwiderrufliche Erklärung den durch die vollständige Ausschöpfung der Vermarktungserlösgarantie gemäß § 8 Ziffer 1 fit. c) für künftige Ausgleichszahlungen zur Vergütung stehenden Betrag der

Vermarktungserlösgarantie um einen zusätzlichen Betrag in Höhe von jeweils € 1,0 Mio. erhöht.

2. Soweit vorstehend nicht ausdrücklich anderweitig festgelegt, ist die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung dieses Agenturvertrages ausgeschlossen. Darüber hinaus verzichten die Parteien ausdrücklich auf das Recht zur Kündigung gemäß § 627 Absatz 1 BGB, soweit dessen Voraussetzungen überhaupt vorliegen. [...]"

Am 20. 12. 2018 übermittelte der Bekl. der Kl. per Email ein auf 10. 12. 2018 datiertes Kündigungsschreiben. Im Rahmen des Schreibens erklärte der Bekl. ohne nähere inhaltliche Begründung die Kündigung des streitgegenständlichen Vertrages zum Ablauf des 31. 3. 2019 gemäß § 627 BGB und forderte die Kl. zu einer Terminkoordination zur Regelung des Übergangs auf. Die Kl. wies die Kündigung des Bekl. mit Schreiben vom 21. 12. 2018 zurück. Mit weiterem Schreiben des Bekl. vom 21. 12. 2018 teilte dieser mit, an der Kündigung festzuhalten und forderte die Kl. auf, Büroräumlichkeiten, welche der Kl. auf dem Vereinsgelände des Bekl. im Rahmen der vertraglichen Absprache für ihre Mitarbeiter zur Verfügung standen, zum 31. 3. 2019 zu räumen. Die Kündigung ließ die Kl. erneut mit Anwaltsschreiben vom 8. 1. 2019 zurückweisen, wobei sie zugleich das Angebot unterbreitete, den Vertrag weiterhin zu erfüllen. Mit Anwaltsschreiben vom 11. 1. 2019 ließ der Bekl. daraufhin mitteilen, dass an der Kündigung festgehalten werde. Wegen des nachfolgenden Kommunikationsverhaltens der Kl. (Information der Öffentlichkeit) kündigte der Bekl. den Agenturvertrag später nochmals fristlos.

Mit ihrer Klage wendet sich die Kl. gegen die ordentliche und außerordentliche Kündigung des Agenturvertrages. Auf die Klage hat das Landgericht festgestellt, dass der Agenturvertrag zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung des Bekl. vom 10. 12. 2018 und nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 7. 3. 2019 mit Ablauf des 31. 3. 2019 endet, sondern weiterhin fortbesteht. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

### Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet.

I. Gegen die Zulässigkeit der gestellten Feststellungsanträge bestehen keine durchgreifenden Bedenken. [...]

II. Die Klage hat auch in der Sache überwiegend Erfolg. Der mit den Klageanträgen Ziffer 1 und 3 jeweils begehrten Feststellung konnte lediglich insoweit nicht entsprochen werden, als die Feststellung des Fortbestehens bis zum regulären Vertragsende verlangt wurde.

1. Der Feststellungsantrag Ziffer 1 ist überwiegend begründet. Der streitgegenständliche Agenturvertrag ist durch die Kündigung vom 10. 12. 2018 nicht beendet worden. Der Agenturvertrag stellt ein Dienstverhältnis im Sinne des § 627 BGB dar, das grundsätzlich durch den Dienstberechtigten jederzeit gekündigt werden kann (a)). Das Kündigungsrecht des Bekl. nach § 627 BGB wurde jedoch vertraglich wirksam ausgeschlossen, weshalb die Kündigung des Bekl. vom 10. 12. 2018 unwirksam ist (b)). Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag hat daher über den 10. 12. 2018 hinaus Geltung. Allerdings kann die Kl. keine Feststellung des Bestehens des Agenturvertrages bis zum vereinbarten Vertragsende verlangen (c)).

a) Der streitgegenständliche Vertrag ist nach seinem Gesamtgepräge als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB einzuordnen. Es handelt sich bei der durch die Kl. geschuldeten Dienstleistung um „Dienste höherer Art“ im Sinne des § 627 Abs. 1 BGB. Die Kl. bezieht darüber hinaus keine festen Bezüge von dem Bekl. Auch wurden ihr die zu leistenden Dienste aufgrund besonderen Vertrauens übertragen.

aa) Dienste höherer Art sind solche, die ein überdurchschnittliches Maß an besonderen Fachkenntnis-

sen, Kunstfertigkeit oder wissenschaftlicher Bildung voraussetzen oder die den persönlichen Lebensbereich betreffen und deshalb eine hervorgehobene Stellung verleihen (BGH, NJW-RR 2015, 686, 687; MüKoBGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, BGB § 627 Rn. 21; NK-BGB/Klappstein, 3. Aufl. 2016, BGB § 627 Rn. 4). Bei der Beurteilung der Frage, ob Dienste höherer Art vorliegen, ist auf den Geschäftsinhalt des Dienstleistungsvertrages und dessen tatsächliche Durchführung abzustellen. Maßgebliche Beurteilungskriterien sind die tatsächliche, sachliche Beschaffenheit der Dienste, das Maß der notwendigen Vorbildung, die besondere Stellung, welche die Dienste verleihen, sowie ergänzend die Höhe der Vergütung (MüKoBGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, BGB § 627 Rn. 25).

Als Dienste höherer Art werden in der Rechtsprechung dabei neben Tätigkeiten auf rechtsberatendem Gebiet (BGH, NJW-RR 2012, 294 Rn. 5; BGH, NJW 2009, 3297 Rn. 35; BGH, NJW 2002, 2774, 2775) auch solche auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Unternehmensberatung (BGH, NJW 1967, 1416; OLG München, Urt. v. 28. 11. 2012- 20 U 2491/12, BeckRS 2014, 802; LG Dortmund, Urt. v. 3. 1. 2014 – 10 O 12/13, BeckRS 2014, 1004; LG Saarbrücken, Urt. v. 26. 2. 2016 – 13 S 178/15, BeckRS 2016, 4922) angesehen. Auch Tätigkeiten als Inkassounternehmer (BGH, NJW-RR 2005, 642, 643; BGH, NJW-RR 2004, 989; LG Bonn NJW-RR 1998, 1744), Werbeberater (BGH, NJW-RR 1991, 439), Personalvermittler (OLG Brandenburg NJW-RR 2001, 137; OLG Köln, NJW-RR 1997, 885) sowie die Betätigung als Künstlermanager (BGH, NJW 2011, 775; BGH, NJW-RR 1993, 505; BGH, NJW 1983, 1191) und Sportmanager (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 23. 8. 2006 – 7 U 130/05, BeckRS 2007, 65228; OLG Hamburg, Urt. v. 28. 3. 2012 – 8 U 103/11, BeckRS 2012, 11479; OLG Naumburg, Urt. v. 23. 4. 2008 – 6 U 82/07, BeckRS 2009, 12143; LG Mönchengladbach, Urt. v. 1. 10. 2014 – 6 O 18/13, BeckRS 2014, 22115; vgl. auch Menke/Schulz, NJW 2011, 1845, 1847) werden in Abhängigkeit von den jeweiligen Vertragsinhalten als Dienste höherer Art eingeordnet.

Überträgt man die vorstehend aufgezeigten Kriterien und die der zitierten Rechtsprechung zugrundeliegenden Wertungen auf die streitgegenständliche vertragliche Regelung, ist in der Gesamtschau von einer der Kl. obliegenden Verpflichtung zu Diensten höherer Art auszugehen. Bei den von der Kl. vertraglich geschuldeten Leistungen handelt es sich nach dem Geschäftsinhalt des Agenturvertrages und dessen tatsächlicher Durchführung nicht lediglich um eine einfache Vertriebs- und Vermarktungstätigkeit, sondern um eine Tätigkeit, die ein umfassendes branchenspezifisches Sonderwissen auf dem Gebiet der professionellen Sportrechtevermarktung erfordert. Dies ergibt sich bereits aus dem seitens der Bekl. eingeräumten Mindestumfang und der Vielfalt von Vermarktungsrechten, die in der zweiseitigen Anlage 1 des Vertrages aufgeführt sind. Darüber hinaus ist die Kl. nach § 3 Nr. 5 des Vertrages verpflichtet, das Ergebnis einer jährlich stattfindenden Marketingbesprechung in einem Vermarktungsprotokoll festzuhalten. Gemäß § 4 Nr. 2 der vertraglichen Vereinbarung ist die Kl. gehalten, für alle Kunden/Sponsoren des Bekl. mit TV-relevanter Werbung Saisonauswertungen zu erstellen. Im Rahmen der gemeinsam zu erstellenden Endabrechnung über die erzielten Vermarktungserlöse ermöglicht der Bekl. der

Kl. eine Überprüfung seiner Bücher und Schriften, sofern und soweit dies erforderlich oder sachdienlich ist, um die Grundlagen der Provisionsabrechnung ermitteln und prüfen zu können.

Auch kommt der Kl. aufgrund des langfristigen Vertrages eine herausgehobene Stellung hinsichtlich der wirtschaftlichen Belange des Bekl. zu. Die Kl. hat exklusiv die umfassende und weltweite Vermarktung der dem Bekl. zustehenden Werbe-, Marketing- und Hospitalityrechte durch ein eigens zu diesem Zweck zusammengestelltes Vermarktungsteam (§ 3 Nr. 2 des Vertrags) übernommen. Damit geht einher, dass der Bekl. durch den Abschluss und die Durchführung des Vertrages einen gewichtigen Anteil seiner jährlichen Gesamteinnahmen und damit seine wirtschaftliche Existenz der Vermarktungstätigkeit der Kl. anvertraut hat, womit zugleich erhebliche jährliche Provisionszahlungen an die Kl. verbunden sind.

Angesichts der sich aus dem Vertrag ergebenden Anforderungen an die seitens der Kl. geschuldete Tätigkeit und die wirtschaftliche Bedeutung der seitens des Bekl. auf die Kl. übertragenen Aufgaben, liegen Dienste höherer Art vor.

bb) Der zwischen den Parteien geschlossene streitgegenständliche Vertrag stellt auch kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen dar, welches vom Anwendungsbereich des § 627 Abs. 1 BGB ausgenommen wäre.

Insoweit genügt es nach der Rechtsprechung des BGH für die in § 627 Abs. 1 BGB geregelte negative Tatbestandsvoraussetzung des Kündigungsrechts nicht, dass nur eines der Merkmale „dauerndes Dienstverhältnis“ und „feste Bezüge“ erfüllt ist; vielmehr müssen beide Merkmale – kumulativ – vorliegen, weil sie als gemeinschaftliche Bestandteile der negativen Voraussetzung und aufeinander bezogen zu verstehen sind (BGH, NJW 2011, 3575, 3576). Bei der näheren Bestimmung dessen, was unter einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu verstehen ist, ist neben dem Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung der Gesetzeszweck der Gewährleistung der persönlichen Entschließungsfreiheit einerseits und des Schutzes des Vertrauens auf Sicherung der wirtschaftlichen Existenz durch eine auf Dauer vereinbarte feste Entlohnung andererseits maßgeblich zu berücksichtigen (BGH, NJW 1967, 1416; BGH NJW 2011, 3575, 3576).

Der grundlegende Gedanke, dass das „dauernde Dienstverhältnis“ eine gewisse wirtschaftliche Erheblichkeit und persönliche Bindung für den Dienstverpflichteten mit sich bringen muss, um ein schützenswertes und überwiegendes Vertrauen auf seiner Seite begründen zu können, spiegelt sich in dem Erfordernis der Vereinbarung „fester Bezüge“ wider. Hierzu bedarf es der Festlegung einer Regelvergütung, mit der ein in einem dauernden Vertragsverhältnis stehender Dienstverpflichteter als nicht unerheblichen Beitrag zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz rechnen und planen darf (BGH, NJW 2011, 3575, 3576).

Entscheidend für die Annahme fester Bezüge ist, ob der Dienstberechtigte sich darauf verlassen kann, dass ihm auf längere Sicht bestimmte, von vornherein festgelegte Beträge als Dienstbezüge zufließen werden. Das Gegenteil von festen Bezügen stellen Entgelte dar, die von außervertraglichen Entwicklungen abhängen und deshalb der Höhe nach schwanken Sie sind insoweit feste Bezüge, als dem Dienstverpflichteten ein bestimmtes Mindesteinkommen versprochen ist (BGH, NJW

1995, 1425, 1430). Hinter dem Ausschluss des jederzeitigen Kündigungsrechts bei dauerhaften Dienstverhältnissen mit festen Bezügen steht der Gedanke, dass in diesen Ausnahmefällen dem Vertrauen des Dienstverpflichteten auf seine Existenzsicherung Vorrang vor dem Schutz der Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten einzuräumen ist (BGH, NJW 2010, 1520, 1521; BGH NJW-RR 1993, 505). Voraussetzung für die Annahme fester Bezüge ist, dass der Dienstverpflichtete sich darauf verlassen kann, dass ihm auf längere Sicht bestimmte, von vornherein festgelegte Beträge in einem Umfang zufließen werden, welche die Grundlage seines wirtschaftlichen Daseins bilden können (BGH, NJW 2010, 1520, 1521; BGH NJW-RR 1993, 505).

Gemessen an diesen Grundsätzen, kann im Ergebnis dahinstehen, ob der streitgegenständliche Vertrag aufgrund der vereinbarten Laufzeitregelungen als dauerndes Dienstverhältnis einzuordnen ist, wofür einiges spricht. Denn nach den vertraglichen Regelungen und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Kl. sind jedenfalls keine festen Bezüge im Sinne der Vorschrift des § 627 BGB vereinbart worden. Gegen die Vereinbarung fester Bezüge spricht bereits, dass der Vertrag unter § 6 eine Vergütung der Kl. nach einer hochdifferenzierten Provisionsregelung vorsieht, wodurch die Einnahmen der Höhe nach Schwankungen unterliegen und mithin nicht als „fest“ einzuordnen sind. Auch lässt sich dem streitgegenständlichen Vertrag keine garantierte Mindestvergütung der Kl. entnehmen. Darüber hinaus stellt der durch die Kl. mit dem Vertragsschluss angestrebte Umsatz, auch wenn es um durchaus erhebliche jährliche Einnahmen geht, bezogen auf ihren Gesamtumsatz nur einen kleinen Bruchteil ihrer Gesamteinnahmen dar. Bei Berücksichtigung der vorgenannten Umstände steht zweifelsfrei fest, dass der Kl. aufgrund des streitgegenständlichen Vertrages keine im Vorhinein festgelegten Beträge in einem Umfang zufließen sollten, die die Grundlage ihres wirtschaftlichen Daseins bilden.

cc) Bei der von der Kl. vertraglich geschuldeten Dienstleistung handelt es sich auch um Dienste, die auf Grund besonderen Vertrauens im Sinne des § 627 Abs. 1 BGB übertragen werden.

Der Umstand, dass die Kl. als juristische Person organisiert ist, steht der Anwendbarkeit des § 627 BGB nicht entgegen. Es ist anerkannt, dass auch bezüglich juristischer Personen das von § 627 Abs. 1 BGB vorausgesetzte besondere generelle persönliche Vertrauen vorliegen kann, wenn die Dienstleistung den persönlichen Lebens- oder Geschäftsbereich des Dienstberechtigten betrifft und deshalb in besonderem Maße Discretion erfordert. Letzteres ist etwa der Fall, wenn der Dienstverpflichtete im Rahmen einer steuerberatenden oder wirtschaftsprüfenden Tätigkeit Einblick in die Geschäfts-, Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Dienstberechtigten erlangt. Bei der Beauftragung mit derartigen Dienstleistungen legt der Dienstberechtigte typischerweise einen gesteigerten Wert auf die persönliche Zuverlässigkeit, Loyalität und Seriosität des Dienstverpflichteten; beauftragt er eine juristische Person, so bezieht sich sein damit verbundenes persönliches Vertrauen auf eine entsprechende Auswahl, Zusammensetzung und Überwachung ihrer Organe und Mitarbeiter (BGH, Urt. v. 2. 5. 2019 – IX ZR 11/18, BeckRS 2019, 9568, Rn. 13; BGH, NJW 2011, 357, Rn. 9; BGH, NJW 2010, 150 Rn. 19; MüKoBGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, BGB § 627, Rn. 2, 19). Diese Grundsätze treffen auch auf die vorliegende

vertragliche Vereinbarung zu. Dem Streitgegenständlichen Vertrag ist es immanent, dass der Kl. für die Ausübung ihrer Vermarktungstätigkeit notwendigerweise – nicht zuletzt bereits aus Gründen der Provisionsabrechnung – Einblick in einen wesentlichen Teil der finanziellen Verhältnisse des Bekl. gewährt wird. Auch ist es in der Art der Dienstleistung der Kl. angelegt, dass sie über umfassendes und detailliertes Wissen über die geschäftlichen und vertraglichen Beziehungen des Bekl. zu Dritten verfügen muss. Hinzu kommt, dass die Streitgegenständliche Vereinbarung einen exklusiven und umfassenden Vermarktungsauftrag beinhaltet, der einen signifikanten Anteil der Gesamteinnahmen des Bekl. über einen mehrjährigen Zeitraum betrifft. Es liegt auf der Hand, dass eine derart weitreichende Verpflichtung nur auf Grund besonderen persönlichen Vertrauens übertragen wird.

b) Das dem Bekl. grundsätzlich zustehende Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB ist jedoch durch die unter § 17 Nr. 2 in dem Streitgegenständlichen Vertrag enthaltene Regelung wirksam vertraglich ausgeschlossen.

aa) Es ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass die Regelung des § 627 Abs. 1 BGB durch individualvertragliche Regelung (BGH, NJW-RR 2015, 686 Rn. 26; NJW 2010, 1520 Rn. 23; NJW 2010, 150 Rn. 24; 2005, 2543; 1999, 276 (278); NJW-RR 1991, 439 (440)), nicht aber durch AGB, abdingbar ist. Vorliegend ist die Streitgegenständliche vertragliche Regelung unter § 17 Nr. 2 S. 2 des Vertrages im Ergebnis nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB einzuordnen.

bb) Zwar handelt es sich bei der in Rede stehenden Formulierung nach der äußeren Gestaltung um eine im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Kl. die gleiche Formulierung unstreitig bereits nahezu wortgleich in der Vorgängerregelung und in weiteren Verträgen mit anderen Vertragspartnern verwendet hat bzw. verwendet. Auch ist die Bedingung vorliegend erstmals von der Kl. in die Vertragsverhandlungen eingebracht worden, wodurch sie Verwenderin im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB sein könnte. Es ist jedoch aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände davon auszugehen, dass die Streitgegenständliche Klausel im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB – wie auch der Vertrag insgesamt – ausgehandelt wurde, so dass sie im Ergebnis nicht als AGB einzustufen ist. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung strenge Anforderungen an das Aushandeln einer einzelnen Vertragsbedingung zu stellen sind, und zwar insbesondere dann, wenn eine grundsätzlich als AGB einzustufende Klausel in unveränderter Form in eine vertragliche Vereinbarung übernommen wird.

(1) Das Aushandeln einer Vertragsbedingung im Einzelnen erfordert nach ständiger Rechtsprechung des BGH mehr als bloßes Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur

Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der effektiven Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen. In der Regel schlägt sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nicht. Das Aushandeln muss sich nach dem Gesetzeswortlaut jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen („im Einzelnen“) und führt nur in diesem Umfang („soweit“) zur Nichtanwendung der §§ 305 ff. BGB (BGH, NJW 2019, 2080 Rn. 14, BGHZ 206, 305 = NJW 2015, 3025 Rn. 23; BGH, NJW 2013, 2027 Rn. 20).

Gleichwohl erfordert das individuelle Aushandeln nicht stets, dass eine vorformulierte Vertragsbedingung auch tatsächlich an irgendeiner Stelle äußerlich sichtbar abgeändert oder ergänzt worden ist. Unter „besonderen Umständen“ kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt, wenn und soweit eine Vertragspartei zur Abänderung der Bedingungen bereit und dies dem Geschäftspartner bei Vertragsabschluss bewusst gewesen ist, wobei die Darlegungs- und Beweislast für diesen Umstand beim Verwender liegt (BGH, NJW 2000, 1110, 1111 f.; BGH NJW 1977, 624, 625). Wenn ein Klauselwerk an mehreren zentralen Punkten abgeändert wird, kann dies dafür sprechen, dass die Parteien alle sachlich damit zusammenhängenden Bedingungen in ihren Gestaltungswillen aufgenommen und damit das ganze Klauselwerk ausgehandelt haben (BGH, NJW 2013, 2027 Rn. 20).

(3) Bei der Beurteilung der Frage, ob in diesem Sinne „besondere Umstände“ anzunehmen sind, die für ein Aushandeln des Vertrages trotz äußerlich unveränderter Übernahme einzelner Klauseln sprechen, sind alle relevanten Umstände des Vertragsabschlusses, einschließlich aller Vorverhandlungen sowie der Marktmacht und der Verhandlungsstärke zu berücksichtigen (Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 43. EL April 2019, Teil „Vertragsrecht“, Stichwort: „Individualvereinbarung“, Rn. 18, m. w. N.). Dabei ist eine lange Zeitdauer der Verhandlungen als Indiz für das Vorliegen einer Individualabrede zu berücksichtigen (OLG Köln, VIZ 1995, 546 f.; LG Frankfurt, NZBau 2004, 44; Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 43. EL April 2019, Teil „Vertragsrecht“, Stichwort: „Individualvereinbarung“, Rn. 18, m. w. N.). Auch der Vertragsgegenstand, insbesondere die in Preisregelungen zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Bedeutung und die Hinzuziehung rechtlicher Berater sprechen indiziell für das Vorliegen einer Individualabrede (Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 43. EL April 2019, Teil „Vertragsrecht“, Stichwort: „Individualvereinbarung“, Rn. 18, m. w. N.).

(4) Im vorliegenden Fall ist die ursprünglich durch die Kl. in die Vertragsverhandlungen eingeführte Streitgegenständliche Klausel (§ 17 Nr. 2 des Agenturvertrages) sprachlich zwar in unveränderter Form in den späteren Vertrag eingeflossen. Wegen des konkreten Verlaufs der äußerst umfangreichen Verhandlungen der Parteien liegen jedoch besondere Umstände vor, die belegen, dass der Streitgegenständliche Vertrag insgesamt

individuell ausgehandelt worden ist. Aufgrund der intensiven Gestaltung und vielfachen Abänderungen des von der Kl. erstellten Vertragsentwurfs durch beide Parteien während der über einen Zeitraum von drei Monaten andauernden Vertragsverhandlungen steht fest, dass der Vertrag insgesamt im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt worden ist. Denn bei näherer Betrachtung des Verhandlungsverlaufs liegt auf der Hand, dass es an einer maßgeblichen Voraussetzung für die Sonderbehandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen über Individualvereinbarungen, nämlich einem organisatorischen Vorsprung einer Vertragspartei z. B. hinsichtlich eines unübersichtlichen und überraschenden Vertragsinhalts, fehlt. Der Bekl. hatte vorliegend über einen Zeitraum von mehr als einem Vierteljahr die Möglichkeit, den von der Kl. vorgelegten Vertragsentwurf von steuerlichen und rechtlichen Beratern sowie von dem auf dem Bereich des Sportmarketings spezialisierten Berater [C.H.] überprüfen zu lassen und Abänderungen des Vertragstextes einzubringen. Von dieser Möglichkeit hat der Bekl., wie die Annotationen zu den vorgelegten Vertragsentwürfen und die gewechselten E-Mails belegen, umfassend Gebrauch gemacht. Wertungsmäßig ergibt sich kein Unterschied zu dem Fall, in dem sich die Parteien auf die Verwendung eines neutralen Musters geeinigt haben. In diesem Fall ist das Stellen von Vertragsbedingungen seitens einer Partei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ausgeschlossen (BGH, ZIP 2010, 628).

Die Gespräche der Parteien wurden angesichts der Hinzuziehung der vorgenannten Berater der Bekl. auch stets auf Augenhöhe geführt. Dem Bekl. wurde eine angemessene Verhandlungsmöglichkeit eingeräumt, die er tatsächlich wahrgenommen hat. Für das individuelle Aushandeln spricht in der Gesamtschau nicht zuletzt der Umstand, dass der finale Vertragstext durch die Kanzlei des nunmehrigen Prozessbevollmächtigten des Bekl. aufgesetzt worden ist.

(5) Selbst wenn man eine individuelle Vereinbarung des Gesamtvertrages als nicht gegeben erachtet, so sind im Streitfall jedenfalls die §§ 16 und 17 des streitgegenständlichen Vertrages individuell vereinbart.

Bereits eine Gesamtschau der vereinbarten vertraglichen Regelungen zeigt, dass die Vereinbarung über die von der Kl. zu entrichtende Signing Fee, die Regelungen zur Laufzeit und zu den Möglichkeiten zur Vertragsbeendigung ein in sich geschlossenes System bilden, welches bei einer jederzeit möglichen Kündigung gemäß § 627 BGB seitens des Bekl. nicht mehr stimmig wäre. Der gesamte Vertrag ist in beiderseitigem Interesse auf eine längerfristige Bindung angelegt. Dies belegt auch die Anlage K 22, in der der Bekl. eine Bewertung der von ihm eingeholten Angebote der Vermarkter durchführt, aus der sich ergibt, dass die seitens der Vermarkter zu zahlenden Signing Fees von der Höhe der zu entrichtenden Provisionen, aber auch von der Vertragslaufzeit abhängig sind. In diesem Zusammenhang kommt denknotwendig auch den vertraglichen Kündigungsmöglichkeiten entscheidende Bedeutung zu, was den Parteien dieses Vertrages nach Auffassung der Kammer zweifelsfrei bewusst war.

Während der mehrere Monate andauernden Vertragsverhandlungen haben sich die Parteien mit immer wieder angepassten Vertragsentwürfen auseinandergesetzt und insbesondere die in § 16 enthaltenen Regelungen zur Laufzeit des Vertrages, aber auch die Kündigungsmöglichkeiten in § 17 des Vertrages mehrfach überarbeitet und § 17 zumindest teilweise inhaltlich abgeändert. Die Laufzeitregelung in § 16 und die Kündigungsmöglichkeiten gemäß § 17 wurden noch im letzten Entwurf vom 16. 12. 2016 [...] von dem Bekl. kommentiert. Die Kammer ist daher der Auffassung, dass zumindest die in § 16 und § 17 enthaltenen Regelungen in Einzelnen ausgehandelt worden sind. Zur Überzeugung der Kammer steht fest, dass der Beklagte dabei den Ausschluss der Kündigung gemäß § 627 BGB akzeptiert und diese Klausel in seinen rechtlichen Gestaltungswillen aufgenommen hat. Die umfassende Prüfung des Vertrages durch die von dem Bekl. beauftragten Juristen und Berater lässt nur den Schluss zu, dass der Bekl. dabei den

Ausschluss der Kündigung gemäß § 627 BGB als übliche Klausel kannte und als sachgerecht akzeptierte. Denn eine entsprechende Klausel findet sich nach dem Vorbringen des Bekl. auch in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vorgängervertrag wie auch in Verträgen der Kl. mit anderen namhaften Fußballvereinen. In der Gesamtschau steht daher fest, dass die Parteien jedenfalls die vertraglichen Regelungen zur Laufzeit (§ 16) und zur Kündigung (§ 17), unter Einschluss der streitigen, sprachlich nicht veränderten Regelung zum Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 Abs. 1 BGB, in ihren rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen und insgesamt ausgehandelt haben.

c) Die Kündigung vom 10. 12. 2018 ist daher unwirksam. [...]

2. Auch die weitere, auf § 626 BGB gestützte, außerordentliche Kündigung vom 7. 3. 2019 hat das Vertragsverhältnis der Parteien nicht beendet. [...]

3. Die auf Feststellung der Einstandspflicht des Bekl. für die der Kl. aus den vom Bekl. ausgesprochenen Kündigungen entstehende Schäden haben in der Sache ebenfalls Erfolg. Der Kl. steht dem Grunde nach gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Ersatz ihres Schadens zu, der sich aus den unberechtigten Kündigungen seitens des Bekl. ergibt. [...]

(Mitgeteilt von

Rechtsanwalt Dr. Markus Schütz, LL.M, Karlsruhe)

#### Anmerkung:

Mit dem Urteil des LG Karlsruhe liegt – soweit ersichtlich – erstmals eine gerichtliche Entscheidung zu der Frage vor, ob es sich bei Verträgen mit Vermarktungsagenturen um ein Dienstverhältnis i. S. d. § 627 BGB handeln kann. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Fall sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 627 Abs. 1 BGB erfüllt sind und es einer Angabe zur konkreten Störung des Vertrauensverhältnisses nicht bedurfte. Dem ist zuzustimmen.

Die von der Agentur zu erbringenden Leistungen sind dienstvertraglich zu qualifizieren und zwischen den Parteien wurden auch keine festen Bezüge, sondern nur am Umsatz orientierte Provisionen vereinbart. Das Vertrauen auf den unveränderten Fortbestand derjenigen Umstände, von denen der Provisionsanspruch voll und ganz abhängt, kann nicht gleichgesetzt werden mit dem Vertrauen auf den fortdauernden Bezug einer vorab bestimmten, der Höhe nach feststehenden Vergütung, die dem Dienstverpflichteten unmittelbar aufgrund der vertraglichen Vergütungsregelung und unbeeinträchtigt von außervertraglichen Umständen zusteht. Es liegen auch „Dienste höherer Art“ i. S. d. § 627 Abs. 1 BGB vor, weil die Dienste der Agentur in besonderer Weise den Kernbereich der betrieblichen Organisation sowie den existentiellen wirtschaftlichen Geschäftsbereich des Clubs betreffen. Zu Recht geht das LG auch davon aus, dass die Übertragung dieser Dienste aufgrund einer besonderen Vertrauensstellung i. S. d. § 627 BGB erfolgte, denn die Agentur war mit Aufgaben betraut, deren Erledigung ihr einen intensiven Einblick in vertrauliche Betriebsinterna des Clubs wie z. B. seine Geschäfts- und Einkommensverhältnisse, aber auch seine strategische Konzeption verschafft hat. Die Organisation der Agentur als juristische Person spielt dabei keine Rolle, denn diese hat Personal einzusetzen, das den üblicherweise durch besonderes Vertrauen geprägten Erwartungen des Dienstberechtigten entspricht.

Entscheidungserheblich war weiter die Frage, ob es sich bei der das Recht zur Kündigung gem. § 627 Abs. 1 BGB ausschließenden Klausel um eine AGB handelt. Denn das Recht aus § 627 Abs. 1 BGB kann grds. nicht durch AGB ausgeschlossen werden, weil ein solcher Ausschluss mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i. S. d. § 307 Abs. 2 BGB nicht vereinbar ist (vgl. nur BGH, Urt. v. 18. 2. 2016, III ZR 126/15). Obwohl die Klausel über den Kündigungsausschluss unstreitig unverändert geblieben ist, geht das Gericht aufgrund der Gesamtwürdigung aller Umstände davon aus, dass der Gesamtvertrag, zumindest aber die Klauseln über die Vertragslaufzeit und die Kündigung individuell zwischen den Parteien i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt worden und im Ergebnis deshalb nicht als AGB einzustufen seien. Das stößt aus mehreren Gründen auf große Bedenken. Zwar kann ausnahmsweise auch dann ein „Aushandeln“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vorliegen, wenn die Klausel – trotz ihres „gesetzesfremden Kerngehalts“ – unverändert übernommen wird. Doch greift diese Ausnahme nur dann, wenn eine „gründliche Erörterung“ der konkret im Streit stehenden Klausel stattgefunden hat und wenn zusätzlich „besondere Umstände“ es rechtfertigen, nicht länger von AGB-Klauseln zu sprechen. Beide Erfordernisse müssen vorliegen, weil nur dann die unverändert gebliebene AGB-Klausel Ausdruck und Ergebnis der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung des Vertragspartners ist (vgl. BGH, Urt. v. 23. 1. 2003, VII ZR 210/01). Weil der Vertragspartner als Folge des „fiktiven“ Aushandelns den besonderen Schutz der §§ 307 ff. BGB einbüßt, also tendenziell seine Rechtsstellung verschlechtert, fordert der BGH (Urt. v. 3. 4. 1998, V ZR 6/97) zusätzlich, dass der Vertragspartner von der „sachlichen Notwendigkeit“ der unverändert gebliebenen Klausel auch „überzeugt“ sein muss. Das LG verliert indes kein Wort darüber, ob und ggf. in welchem Umfang auch die streitgegenständliche Klausel „gründlich erörtert“ worden ist (was nicht der Fall war) und aus welchen Umständen darauf geschlossen werden kann, dass der Bekl. die Klausel über den Kündigungsausschluss als Folge der Erörterung in seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen hat. Unabhängig davon gilt: Voraussetzung dafür, dass auch bei unverändert gebliebenem Text eine Individualvereinbarung vorliegen kann, ist und bleibt, dass der Verwender grds. zu einer Abänderung der unverändert gebliebenen Klausel bereit und dass dies dem Geschäftspartner bei Vertragsabschluss auch bewusst war (vgl. nur BGH, Urt. v. 4. 7. 2017, XI ZR 233/16). Dieses umfassende zur Disposition Stellen ist auch im unternehmerischen Verkehr als Voraussetzung einer Individualabrede nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB unverzichtbar. Dass sich die Agentur gegenüber dem Bekl. deutlich und ernsthaft zu einer Änderung, ggf. sogar zu einer Streichung der Klausel über den Kündigungsausschluss bereit erklärt hat, wird vom Gericht weder thematisiert noch festgestellt. Das fehlende zur Disposition stellen kann auch nicht durch den Nachweis intensiver Verhandlungen und der Hinzuziehung rechtlicher Berater ersetzt werden. Der BGH (Urt. v. 22. 11. 2012, VII ZR 222/12) verneint das Vorliegen einer Individualvereinbarung trotz umfangreicher Verhandlungen und intensiver juristischer Prüfung, wenn der Verwender die streitgegenständliche Klausel nicht ernsthaft und für den Vertragspartner klar und deutlich zur Disposition gestellt hat. Das zur Disposition Stellen ist insofern die

Grundvoraussetzung dafür, um ein Aushandeln überhaupt in den Blick zu nehmen, woran es im vorliegenden Fall fehlt. Soweit das Gericht meint, der Gesamtvertrag sei der AGB-Kontrolle entzogen, weil die Agentur gar nicht als Verwenderin der Formularbestimmungen anzusehen sei, ist dies schon dogmatisch fragwürdig, weil die voneinander zu trennenden Fragen des Stellens und des Aushandelns von AGB miteinander vermengt werden. Die Agentur ist Verwenderin, weil sie die vorformulierten Vertragsbedingungen initiativ eingebracht und damit gestellt hat. Daran ändert auch das vom LG zitierte BGH-Urteil aus dem Jahr 2010 (Urt. v. 17. 2. 2010, VIII ZR 67/09) nichts, das das Gericht dahingehend interpretiert, dass das Tatbestandselement des „Stellens“ nicht vorliege, wenn ein Vertragsentwurf mit der Erklärung übersandt wird, man könne über den Vertrag insgesamt verhandeln, und der weitere Verlauf zeigt, dass die Bereitschaft zum Verhandeln (wenn auch nicht die Bereitschaft, jede einzelne Klausel in ihrem „gesetzesfremden Kerngehalt“ aufzugeben) tatsächlich bestand. Der BGH (Urt. v. 20. 1. 2016, VIII ZR 26/15) lehnt diese Auslegung ab, weil das Stellen keinesfalls allein dadurch entfalle, dass die Vertragsbedingungen dem anderen mit der Möglichkeit zur Änderung oder Streichung übermittelt wurden. Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht damit begründen, den „finalen“ Text habe der Bekl. „aufsetzen“ lassen. Gemeint ist damit der Umstand, dass der Bekl. optische Kennzeichnungen von Änderungen sowie Kommentare, die im Laufe der Verhandlungen von den Parteien vorgenommen bzw. abgegeben wurden, im Dokument entfernt hat. Aus dieser rein redaktionellen Tätigkeit ein „Stellen“ von AGB oder ein „Aushandeln“ des gesamten Vertrages herleiten zu wollen, ist schwer nachvollziehbar. Ebenso wenig überzeugend ist das Argument, die Gespräche der Parteien seien angesichts der hinzugezogenen Berater „stets auf Augenhöhe“ geführt worden, so dass der Bekl. gar nicht schutzbedürftig sei. Denn die Unwirksamkeit der Klausel zum Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB wird nicht auf Gesichtspunkte des besonderen Schutzbedarfs (der vermeintlich schwächeren Vertragspartei) gestützt, sondern mit der Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 627 BGB – sofortige Kündigungsmöglichkeit bei Vertrauensverlust – begründet. Selbst wenn der Bekl. auf „Augenhöhe“ mit der Agentur verhandelt haben sollte oder er aufgrund seiner „Marktstellung“ in der Lage gewesen wäre, andere (und für ihn günstigere) Vertragsbedingungen auszuhandeln, so ist dies für die richterliche Inhaltskontrolle ohne Bedeutung. Das gilt sogar dann, wenn er ein solches Aushandeln nicht einmal versucht hat (vgl. BGH, Urteile v. 4. 7. 2017, XI ZR 562/15, u. v. 10. 9. 2014, XII ZR 56/11). Dass das AGB-Recht grundsätzlich schutzbedürftigkeitsneutral ausgestaltet ist, zeigt bereits der umfassende persönliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB, der nicht zwischen b2c-, b2b- oder c2c-Verkehr unterscheidet. Der Ansatz des Gerichts, die Prüfung der Schutzbedürftigkeit im Einzelfall – die die gesetzlichen AGB-Bestimmungen gerade vermeiden wollen – beim Merkmal des „Aushandelns“ quasi durch die Hintertür wieder einzuführen, ist daher abzulehnen.

Das LG schafft seinen Entscheidungsgründen noch ein „zweites Standbein“, indem es wegen des Aushandelns von „Signing Fee“, Laufzeit und Beendigungsmöglichkeiten auch die nicht explizit ausgehandelte Klausel über den Kündigungsausschluss als individuell verein-

bart einstuft. Der BGH (vgl. nur BGH, Beschl. v. 19. 3. 2019, XI ZR 9/18) hat einer solchen „Paketlösung“ jedoch die Anerkennung verweigert, weil eine Klausel nicht schon dann nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt worden ist, wenn nach Verhandlungen über verschiedene andere Teilaspekte eines Vertrages dort Vertragsbedingungen geändert worden sind und die Vertragspartner bei solchen Verhandlungen jeweils für sich ihre wirtschaftliche Position als einheitliches Paket beurteilt haben. Das rechtfertigt es nicht, eine vom Verwender gestellte, konkret nicht verhandelte und unverändert in den Vertrag übernommene Vertragsbedingung als ausgehandelt anzusehen, weil sich das Aushandeln nach dem Gesetzeswortlaut jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen („im Einzelnen“) beziehen muss und nur in diesem Umfang („soweit“) zur Nichtanwendung der §§ 305 ff. BGB führt. Nicht überzeugend ist schließlich auch die Argumentation des Gerichts, der Bekl. habe die „Üblichkeit“ der Klausel gekannt und deshalb als sachgerecht in seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen. Die Formel des BGH, wonach ein „Aushandeln“ stets voraussetzt, dass der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt einer Regelung ernsthaft zur Disposition stellt, führt gerade dazu, dass die Qualifikation einer Klausel als „üblich“ ihre Qualifikation als Individualvereinbarung ausschließt. Denn was „üblich“ ist, wird von den Parteien typischerweise gerade nicht ernsthaft zur Disposition gestellt. Unabhängig davon unterliegt das Landgericht hier einem argumentativen Zirkelschluss: Dass die Agentur die Klausel über den Kündigungsausschluss nicht nur gegenüber dem Bekl., sondern auch gegenüber zahlreichen anderen Fußballclubs verwendet, belegt nur, dass es sich um eine AGB-Klausel i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Nach der Logik des LG führt dieser vielfache Gebrauch zur „Üblichkeit“ der Klausel, die der Bekl. als sachgerecht akzeptiert habe, weil er deren Mehrfachverwendung kannte. Damit schließt das Gericht aus der Qualifikation einer Vertragsbedingung als AGB-Klausel i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB automatisch auch auf das Vorliegen einer Individualvereinbarung gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Das entspricht weder der Gesetzeslage noch der Rechtsprechung des BGH.

Fazit: Die Bedeutung der Entscheidung des LG Karlsruhe liegt in seiner Feststellung, dass Verträge mit Vermarktungsagenturen unter den Anwendungsbereich des § 627 Abs. 1 BGB fallen können und damit jederzeit ohne Angabe von Gründen kündbar sind. Das dürfte die Verhandlungsposition von Fußballclubs zukünftig deutlich verbessern. Höchst bedenklich ist hingegen die Auffassung des Gerichts, schon das eifrige Verhandeln über wesentliche Vertragspunkte reiche aus, den gesamten Vertrag in den Rang eines Individualvertrages zu heben – ohne dass eine deutlich geäußerte Änderungsbereitschaft des Verwenders zu einzelnen Klauseln, nicht einmal deren bloße Erörterung, eingefordert ist. Mit diesem Ansatz senkt das LG die Schwelle zum ausgehandelten Individualvertrag nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB derart herab, dass die richterliche Inhaltskontrolle nach § 307 BGB praktisch nur noch auf dem Papier steht. Ob dies Bestand hat, bleibt abzuwarten.

Rechtsanwalt Dr. Markus Schütz, LL. M., Karlsruhe

Anm. d. Schriftltg.:

Rechtsanwalt Dr. Schütz gehört der Anwaltskanzlei an, die den Bekl. KSC vor dem Landgericht und außergerichtlich vertreten hat.

## 6. Kein Schadenersatzanspruch gegen die DFL wegen behaupteter Fehlentscheidung des Schiedsrichters

§§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 und 2, 831, 278 BGB; 263 StGB; 495 a ZPO

Ein Schadenersatzanspruch auf den entgangenen Gewinn eines Sportwetten-Tippers wegen einer behaupteten unbewussten Fehlentscheidung des Schiedsrichters mit Einfluss auf das Spielergebnis in einer Partie der Fußball-Bundesliga besteht gegen die DFL GmbH unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. (Leitsatz der SpuRt-Redaktion)

AG Nürnberg, Urt. v. 19. 9. 2019, Az. 22 C 2823/19 (rechtskräftig)

### Zum Sachverhalt:

Der Kl. hat die Bekl. DFL GmbH wegen Schadenersatzes i. H. v. 190,97 als entgangenem Wettgewinn vor dem Amtsgericht in Anspruch genommen, weil der Schiedsrichter der Paarung 1. FC Nürnberg gegen FC Schalke 04 am 12. 4. 2019 eine Fehlentscheidung begangen und ihn damit um seinen Wettgewinn gebracht habe.

Der Kl. hatte darauf gewettet, dass in der 1. Halbzeit der Paarung mindestens ein Tor fällt. Bei dem vom Nürnberger Spieler Hanno Behrens in der 43. Minute erzielten Führungstor entschied der eingesetzte Schiedsrichter jedoch auf Stürmerfoul. Hingegen lag nach der Meinung des Videoassistenten kein strafbares Foulspiel vor. Das Tor anzuerkennen war trotz dieser Mitteilung nicht möglich, weil der Ball vor dem Pfiff des Schiedsrichters die Torlinie noch nicht überquert hatte.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und die Berufung nicht zugelassen.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Gemäß § 495 a ZPO bestimmt das Gericht bei einem Streitwert unter 600 EUR das Verfahren nach billigem Ermessen. [...]

Ansprüche des Kl. gegen die Bekl. sind unter keinem Aspekt darstellbar.

1. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch nach §§ 280, 278 BGB ist gegen die Bekl. nicht gegeben.

a) Zwischen dem Kl. und der Bekl. bestand schon kein Vertragsverhältnis. Der Wettvertrag nach § 762 BGB wurde mit der Tipico Co. Ltd. (im Folgenden „Tipico“) abgeschlossen, nicht mit der Bekl. Das Wettgeschäft wird damit von einem Sponsoringvertrag mit der Bekl. betrieben. Tipico ist zwar Sponsoringpartner der Bekl., bezahlt aber nur eine feste Vergütung an die Bekl. für das Tragen des Werbeaufdruckes und den Aushang des Werbelogos. Umsatzabhängige Anteile an den Wetteinnahmen werden nicht im Gegenzug für dieses Recht an die Bekl. weitergeleitet. Dies hat die Bekl. umfassend und schlüssig dargelegt. Dieser Vortrag wurde vom Kl. nicht ernsthaft bestritten. Der Kl. hat lediglich – ohne nähere Begründung – gemutmaßt, dass sicherlich gut die Hälfte der Wetteinnahmen an die Bekl. weitergereicht werde.

b) Auch ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wurde nicht zwischen der Bekl. und Tipico geschlossen. Der Sponsoringvertrag entfaltet keinerlei Schutzwirkung für Teilnehmer des Wettgeschäftes. Wetteilnehmern ist es gleichgültig, ob Tipico auch mit dem Bun-