
Datum: 23.10.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 98/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:1023.28U98.13.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 5 O 396/09
Schlagworte: Kündigungsschutzklage. Anwaltshaftung. Schadensersatz. Sonderprämien. Verdienstausschlag. Fußballtrainer.
Normen: BGB § 280; BGB § 249
Leitsätze:

Zum Umfang der Haftung eines Rechtsanwalts im Falle einer nicht rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage.

Zur Höhe des Verdienstausschlagschadens bei entgangenen Sonderprämien eines Fußballtrainers.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 24.04.2013 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 328.970,67 EUR zu zahlen nebst Jahreszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 85.402,47 EUR ab dem 09.07.2009, aus weiteren 39.733,23 EUR ab dem 23.11.2009 und aus weiteren 203.834,97 EUR ab dem 02.06.2010.

2. Der Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 3.380,79 EUR zu zahlen nebst Jahreszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 23.11.2009.

3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger einen weiteren Schaden bis zum Erreichen einer Hauptforderung von insgesamt 641.109,67 EUR zu ersetzen, der dadurch entsteht, dass der Kläger auf den unter Ziff. 1 tenorierten Betrag nachträglich Steuern bzw. Abgaben zu entrichten hat.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den erstinstanzlich angefallenen Kosten tragen der Beklagte 87% und der Kläger 13%. Von den in der Berufungsinstanz angefallenen Kosten tragen der Beklagte 90% und der Kläger 10%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt den beklagten Rechtsanwalt auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch, weil der Beklagte ihn in einem vorausgegangenen arbeitsrechtlichen Mandat pflichtwidrig beraten und dadurch einen Verdienstausschlag zu verantworten haben soll.

Der Kläger wurde mit Wirkung ab dem 01.10.2007 als Chef-Trainer der 1. Herrenmannschaft des Fußball-Club B ##### GmbH & Co. KGaA (im Folgenden FC-X) beschäftigt, der seinerzeit in der 2. Bundesliga spielte. Der Trainervertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

? flexible Laufzeit, je nach Liga-Zugehörigkeit: Bei Verbleib in der 2. Bundesliga sollte der Trainervertrag bis zum 30.06.2010 fort dauern.

? Gehalt bei Zugehörigkeit in der 2. Bundesliga:

- Grundgehalt: 20.000,00 EUR mtl. / brutto

1

2

3

4

5

6

7

8

Punktprämie i.H.v. 1.500,00 EUR für jeden in einer Spielbegegnung erzielten Punkt, wenn das Spiel mit „unentschieden“ oder für den FC-X als „gewonnen“ gewertet wird
 tabellenplatzorientierte Zusatzpunktprämie für die in einer Saison mit unentschiedenen oder gewonnenen Spielbegegnungen erzielten Meisterschaftspunkte

<u>Platzierung zum</u>		9
<u>Saisonende:</u>	<u>2. Bundesliga</u>	10
...		11
11. Platz	800,00 EUR pro Punkt	12
...		13
3. Platz	2.500,00 EUR pro Punkt	14

Der Kläger führte die Mannschaft des FC-X in der Saison 2007/2008 vom 9. bis zum 29. Spieltag. Nachdem der FC-X bei dem 1. FC L eine weitere Niederlage erlitten hatte, entschloss der Vereinsvorstand sich, den Kläger aus seinem Traineramt zu entlassen und statt dessen ab dem 18.04.2008 G als neuen Cheftrainer einzustellen. 15

Mit Schreiben vom 29.10.2008 erklärte der FC-X gegenüber dem Kläger dann auch formell die ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages zum 31.12.2008. Dieses Kündigungsschreiben ging dem Kläger am 07.11.2008 zu. 16

Er beauftragte den Beklagten mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Der Beklagte zeigte mit Schreiben vom 11.11.2008 die Vertretung des Klägers gegenüber dem FC-X an und verwies darauf, dass der Vertrag eine Laufzeit bis mindestens zum 30.06.2010 habe. Das Arbeitsverhältnis könne nicht zum 31.12.2008 gekündigt werden. Durch weiteres Schreiben vom 19.12.2008 bekräftigte der Beklagte gegenüber dem FC-X, dass das Arbeitsverhältnis seiner Auffassung nach bis 30.06.2010 fortbestehe. Der Beklagte bat den FC-X um entsprechende Bestätigung, damit man sich „nicht anschließend noch streiten müsse“. 17

Der FC-X ließ darauf durch Anwaltsschreiben vom 22.12.2008 erwidern, dass die ordentliche Kündigung zumindest im Nachhinein rechtswirksam geworden sei, denn die in §§ 4, 7 KSchG vorgesehene dreiwöchige Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage sei mittlerweile abgelaufen. 18

Der Beklagte teilte dem Kläger daraufhin mit Schreiben vom 29.12.2008 mit, dass nach seiner Auffassung gegen das Kündigungsschreiben des FC-X nicht innerhalb von drei Wochen eine Kündigungsschutzklage erhoben werden müssen, weil es nur um die Frage gehe, ob das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2008 oder zum 30.06.2010 ende. 19

Ebenfalls am 29.12.2008 beauftragte der Beklagte im Namen des Klägers die in E ansässige Kanzlei für Arbeitsrecht B mit der Prüfung, ob eine Kündigungsschutzklage erhoben werden müsse und bejahendenfalls mit der Einleitung erforderlicher Schritte. Der in der Kanzlei B sachbearbeitende Rechtsanwalt D reichte noch am 29.12.2008 bei dem Arbeitsgericht B (5 Ca 4219/08) Klage ein mit dem Antrag, „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 29.10.2008 nicht am 31.12.2008, sondern erst mit Ablauf des 30.06.2010 beendet wird“. 20

Bei der Klageerhebung wies Rechtsanwalt D darauf hin, dass die Klagefrist des § 4 KSchG auf diesen Feststellungsantrag nicht anzuwenden sei.

In dem anschließenden arbeitsgerichtlichen Verfahren ließ der FC-X vortragen, dass die Klage unzulässig sei, weil der in § 27 der Ausbildungsordnung des Deutschen Fußballbunds vorgesehene Versuch einer gütlichen Beilegung nicht unternommen worden sei. Darüber hinaus sei die Klage aber auch unbegründet, weil die Kündigung nicht innerhalb der 3-Wochen-Frist durch entsprechende Kündigungsschutzklage angefochten worden sei. Der Kläger müsse sich ein etwaiges Verschulden des hiesigen Beklagten zurechnen lassen. 22

Durch Schriftsatz vom 04.05.2009 teilte der jetzige Prozessbevollmächtigte des Klägers die Mandatsübernahme mit und verwies darauf, dass das Schlichtungsverfahren bei dem DFB ohne Einigung gescheitert sei. 23

In dem Gütetermin vom 18.06.2009 erteilte der Kammervorsitzende den Hinweis, dass er die Wahrung der Frist des § 4 KSchG für erforderlich erachte und verwies auf das Urteil des BAG 2 AZR 314/06 vom 08.11.2007. 24

Durch weiteren Schriftsatz vom 19.08.2009 erklärte der Klägervertreter in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren die Streitverkündung gegenüber dem hiesigen Beklagten, der Rechtsanwaltskanzlei B und Rechtsanwalt D. 25

In der mündlichen Verhandlung vom 15.09.2009 stellte der Klägervertreter den Antrag aus der Klageschrift mit der Maßgabe, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 29.10.2008 nicht zum 31.12.2008 beendet worden sei. 26

Das Arbeitsgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass die an sich unwirksame ordentliche Kündigung dadurch wirksam geworden sei, dass der Kläger die Unwirksamkeit nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang gerichtlich geltend gemacht habe. Die Kosten des Rechtsstreits wurden dem Kläger auferlegt. 27

Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts wurde kein Rechtsmittel eingelegt. 28

In dem jetzigen Regressprozess lastet der Kläger dem Beklagten an, nichts veranlasst zu haben, um die einschlägige 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG zur Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung zu wahren. 29

Als Folge dieser Pflichtverletzung müsse der Beklagte ihm in erster Linie den Verdienst ersetzen, den er - der Kläger - bei regulärer Fortdauer des Trainervertrages im Zeitraum vom 01.01.2009 bis 30.06.2010 hätte erzielen können. Dabei sei hinsichtlich der vertraglich vorgesehenen Prämienzahlungen auf die tatsächlichen – ohne seine Mitwirkung – erzielten Spielergebnisse und Tabellenstände abzustellen. Insofern gelang dem FC-X in der Saison 2007/2008 der Klassenerhalt in der 2. Bundesliga. Die Saison 2008/2009 endete für den FC-X auf dem 11. Tabellenplatz. Bis zum Ende der Saison 2009/2010 rückte der FC-X auf den 3. Platz der 2. Fußballbundesliga vor. 30

Der Kläger hat daraus in der Klageschrift vom 09.10.2009 den Verdienstaufschlagschaden zunächst für den Zeitraum 01.01.2009 bis 30.09.2009 wie folgt errechnet: 31

9 Grundgehälter à 20.000,00 EUR	180.000,00 EUR	32
---------------------------------	----------------	----

40 Punktprämien à 1.500,00 EUR	60.000,00 EUR	33
--------------------------------	---------------	----

34

abzüglich gezahlter Punktprämien	- 40.500,00 EUR	
Zusatzprämien (11. Tabellenplatz)	32.000,00 EUR	35
Punkteprämien Aug. und Sept. 2009	<u>15.000,00 EUR</u>	36
	246.500,00 EUR	37

Der Kläger hat von dem Beklagten darüber hinaus die Erstattung des Anwaltshonorars verlangt, das ihm sein jetziger Prozessbevollmächtigter am 18.09.2009 in Rechnung gestellt habe für die Fortführung seiner anwaltlichen Vertretung in dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht B ab Mai 2009. Die abgerechnete Verfahrens- und Terminsgebühr belief sich auf 3.593,80 EUR, so dass sich ein Gesamtbetrag ergab von 250.093,80 EUR. 38

Der Kläger hat zunächst beantragt, 39

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 250.093,80 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus 171.500,00 EUR seit dem 09.07.2009 und aus weiteren 78.593,80 ab Klagezustellung zu zahlen; 40

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die ihm aus der nicht rechtzeitigen Erhebung der Kündigungs-schutzklage gegen die von der FC X ##### GmbH & Co. KG am 29.10.08 ausgesprochene Kündigung entstehen werden; 41

3. den Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Anwaltskosten von 3.745,88 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 09.07.2009 zu zahlen. 42

Mit Schriftsatz vom 25.05.2010 hat der Kläger die Schadensberechnung aktualisiert: 43

Saison 2008/2009 (01.01.2009 – 30.06.2009) 44

6 x Grundgehalt	120.000,00 EUR	45
13 x Punktprämie	19.500,00 EUR	46
40 x Zusatzpunktprämie	<u>32.000,00 EUR</u>	47
	171.500,00 EUR	48

Saison 2009/2010 (01.07.2009 – 30.06.2010) 49

12 x Grundgehalt	240.000,00 EUR	50
62 x Punktprämie	93.500,00 EUR	51
62 x Zusatzpunktprämie	<u>155.000,00 EUR</u>	52
	488.000,00 EUR	53

Anwaltskosten vor dem Arbeitsgericht 3.593,80 EUR 54

Geamtbetrag: 659.500,00 EUR 55

Der Kläger hat letztlich beantragt, 56

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 250.093,80 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus 171.500,00 EUR seit dem 09.07.2009 und aus weiteren 78.593,80 ab Klagezustellung zu zahlen;	57
2. den ursprünglichen Feststellungsantrag zu Ziff. 2 für erledigt zu erklären;	58
3. den Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Anwaltskosten von 3.745,88 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 09.07.2009 zu zahlen;	59
(...)	60
7. den Beklagten zu verurteilen, an ihn weitere 413.000,00 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klageerweiterung vom 25.05.2010 zu zahlen.	61
Der Beklagte hat sich der teilweisen Erledigungserklärung angeschlossen	62
und im Übrigen beantragt,	63
die Klage abzuweisen.	64
Er hat die Ansicht vertreten, dass ihm nur ein Beratungsmandat erteilt worden sei und er für den Verlust des arbeitsgerichtlichen Verfahrens nicht verantwortlich sei. Das Urteil des Arbeitsgerichts müsse er sich außerdem nicht entgegenhalten lassen, weil ihm gegenüber die Streitverkündung nicht wirksam erfolgt sei. Das Arbeitsgericht habe inhaltlich zu Unrecht die Notwendigkeit der dreiwöchigen Klagefrist angenommen. Diese sei jedenfalls auf das ursprüngliche Feststellungsbegehren nicht anwendbar gewesen. Im Übrigen sei eine etwaige Fristüberschreitung vom Kläger auch nicht i.S.d. § 5 KSchG zu vertreten gewesen. Aufgrund der Regelung in § 2 Ziff. 5 des Trainervertrages habe dem Kläger wegen der „vorzeitigen Beendigung“ nur ein Abfindungsbetrag von fünf Monatsgehältern zugestanden. Außerdem hat der Beklagte vorgetragen, dass der FC-X in die 3. Liga abgestiegen wäre, wenn der Kläger weiterhin Trainer geblieben wäre; jedenfalls seien die geltend gemachten Bonuszahlungen nicht auf die Leistungen des Klägers zurückzuführen. Der Beklagte hat den geltend gemachten Schaden mit Nichtwissen bestritten und gerügt, dass der Kläger sich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen müsse. Letztlich sei der Schaden nicht schlüssig dargelegt, weil der Kläger nichts zu den steuerlichen und sozialversicherungs-rechtlichen Auswirkungen der ausgebliebenen Fortbeschäftigung vortrage.	65
Schließlich hat der Beklagte die Aufrechnung erklärt mit einer gegenläufigen Honorarforderung von 3.148,93 EUR. Auf den Einwand des Beklagten hin hat der Kläger sich ferner die wegen der Kündigung des Trainervertrages ersparte Aufwendungen (Miet- und Fahrtkosten) in Höhe von 18.835,20 EUR anrechnen lassen.	66
Das Landgericht hat mit Urteil vom 24.04.2013 den Beklagten verurteilt, an den Kläger 644.855,55 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 153.261,75 EUR seit dem 09.07.2009, aus weiteren 78.593,80 EUR seit dem 23.01.2009 und aus weiteren 413.000,00 EUR seit dem 02.06.2010 zu zahlen. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.	67
Das Landgericht hat dazu ausgeführt, dass der Beklagte den Kläger selbst bei Annahme eines auf die Beratung beschränkten Mandats auf die Notwendigkeit der Einhaltung des 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG hätte hinweisen müssen. Das sei pflichtwidrig nicht geschehen. Deshalb müsse der Beklagte dem Kläger den entgangenen Verdienst ersetzen, denn die ordentliche Kündigung des Trainervertrages sei unwirksam gewesen. Zu dem entgangenen	68

Verdienst zählten auch die Prämienzahlungen. Denn der FC-X habe sich mit der Freistellung des Klägers in Annahmeverzug befunden. Nach der Rechtsprechung des LAG Hamm, Urt. 14 Sa 543/11 vom 11.10.2011, müsse der Arbeitgeber den Arbeitnehmer so stellen, wie die Situation sich mit einem vergleichbaren Arbeitnehmer fortentwickelt hätte. Also sei auf die tatsächlichen Spiel- und Tabellenstände abzustellen. Hinsichtlich des Verdienstausschlagschadens seien auch keine Abzüge für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge vorzunehmen, weil der Kläger für deren Abführung selbst verantwortlich sei.

Danach belaufe sich der ersatzpflichtige Schaden auf folgende Positionen: 69

? Grundgehalt (18 Monate vom 01.01.2009 bis 30.06.2010)	360.000,00 EUR	70
---	----------------	----

? Prämien für die Saison 2008/2009	51.500,00 EUR	71
------------------------------------	---------------	----

? Prämien für die Saison 2009/2010	248.000,00 EUR	72
------------------------------------	----------------	----

? Kosten des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht B	<u>3.593,80 EUR</u>	73
--	---------------------	----

	663.093,80 EUR	74
--	----------------	----

Davon seien in Abzug zu bringen 75

? ersparte Aufwendungen in unstreitiger Höhe von	18.835,20 EUR	76
--	---------------	----

? gegenläufige Honorarforderung des Beklagten	<u>3.148,93 EUR</u>	77
---	---------------------	----

	21.984,13 EUR	78
--	---------------	----

Neben dem Gesamtschaden von 641.109,67 EUR müsse der Beklagte dem Kläger auch vorgerichtliche Anwaltskosten ersetzen von 3.745,88 EUR, so dass sich die Urteilssumme belaufe auf 644.855,55 EUR. 79

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten. 80

Der Beklagte stellt darin eine pflichtwidrige Mandatsbearbeitung nicht in Abrede, meint aber, dass der geltend gemachte Schaden nicht auf der Pflichtverletzung beruhe: Ihm sei seinerzeit kein Prozess-, sondern nur ein Beratungsmandat erteilt worden. Dementsprechend habe er die damals für ihn tätigen Stationsreferendarin E auch nur ein Kurzgutachten zur Rechtslage anfertigen lassen und keinen Klageentwurf. Dagegen hätte die mit der Prozessführung beauftragte Kanzlei für Arbeitsrecht B bei der Klageerhebung einen Antrag gem. § 5 KSchG stellen müssen auf Zulassung der verspäteten Klage. Dieser Antrag hätte auch Erfolg gehabt, weil der Kläger sich das Beratungsverschulden des Beklagten nicht habe zurechnen lassen müssen. 81

Außerdem sei die Schadensdarlegung nach wie vor nicht schlüssig. Entgegen der Einschätzung des Landgerichts müssten Abzüge für ersparte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge vorgenommen werden. 82

Auch der Höhe nach sei der zugesprochene Betrag unzutreffend. Entgegen der Einschätzung des Landgerichts sei hier sehr wohl die Regelung in § 2 Abs. 5 des Trainervertrages einschlägig, wonach dem Kläger im Falle der vorzeitigen Vertragsbeendigung nur ein Abfindungsbetrag von insgesamt 100.000,00 EUR zustehe. 83

Außerdem hätte der Kläger seine Gehaltsansprüche bei dem FC-X gem. § 17 des Trainervertrages innerhalb von 3 Monaten geltend machen müssen. Obwohl der Kläger seit Ende 2008 von der Kanzlei für Arbeitsrecht B vertreten gewesen sei, habe er seine Gehaltsansprüche gegenüber dem FC-X aber erst ab Mai 2009 geltend gemacht.	84
Hinsichtlich der Punktprämien habe das Landgericht verkannt, dass im Regressprozess die Darlegungs- und Beweislast für den behaupteten Verdienstaufschlag bei dem Anspruchsteller liege. Insofern habe nicht entsprechend dem Urteil des LAG Hamm vom 11.10.2011 auf die sportliche Entwicklung unter dem Nachfolgetrainer abgestellt werden dürfen. Denn der Kläger sei gerade wegen seines sportlichen Misserfolges entlassen worden. Deshalb sei es gerade nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der FC-X unter seiner Ägide dieselben Spielergebnisse erzielt hätte. Vielmehr habe der FC-X unter dem Kläger im Schnitt nur 1 Punkt pro Spieltag erzielt; damit hätten sich zum Saisonende allenfalls 34 Punkte ergeben.	85
Der Kläger müsse sich außerdem ein eigenes Mitverschulden anrechnen lassen, denn er habe nach der 12monatigen Beschäftigungszeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld gehabt. Der Kläger müsse sich deshalb entgangenes Arbeitslosengeld in Höhe von 1.638,60 EUR anrechnen lassen.	86
Auch der unterlassene Antrag auf Zulassung der verspäteten Klage (§ 5 KSchG) begründe ein schadensminderndes Mitverschulden.	87
Der Beklagte beantragt,	88
die Klage unter Abänderung des am 24.04.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Dortmund abzuweisen.	89
Der Kläger beantragt,	90
die Berufung zurückzuweisen.	91
Er verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen. Insbesondere sei dem Beklagten nicht lediglich ein auf die Beratung beschränktes Mandat erteilt worden. Vielmehr habe der Beklagte vorprozessual ausdrücklich eingeräumt, die 3-Wochen-Frist schlicht „vergessen“ zu haben.	92
Es seien vom Landgericht auch zutreffend die Bruttobeträge ausgeurteilt worden. Auf diese Bruttobeträge habe er laut Trainervertrag einen Anspruch gehabt. Auch sofern während des intakten Arbeitsverhältnisses Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt würden, handele es sich um Geld des Arbeitnehmers. Sowohl im Steuer- wie auch im Sozialversicherungsrecht gelte das Zuflussprinzip, d.h. diese Abgaben würden erst geschuldet, wenn die Bruttoarbeitsentgelte gezahlt wurden. Nach Auskunft des Finanzamtes E1 müsse er, wenn der ausgeurteilte Betrag gezahlt werde, diesen nach dem Spitzensteuersatz nachversteuern.	93
Das Landgericht sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass weder die Regelung über die Abfindungszahlung in § 2 Ziff. 5 des Trainervertrages noch die Verfallklausel in § 17 des Trainervertrages einschlägig sei.	94
Das Landgericht habe zutreffend auch die Punktprämien zugesprochen. Nach der Rechtsprechung des BAG sei zu berücksichtigen, dass der FC-X ihm - dem Kläger - gerade die Möglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung genommen habe und es auf eine Bedingungsverweigerung hinauslaufe, wenn er nunmehr die Punktprämien nicht erhielte. Im	95

Übrigen knüpfe die Regelung im Trainervertrag über die Zahlung der Punktprämien auch ausschließlich an die Spielerfolge des FC-X an, nicht der an seine - des Klägers - konkrete Leistung.

Er sei auch nicht verpflichtet gewesen, Arbeitslosengeld zu beantragen. Dieses hätte sich auch nicht schadensmindernd ausgewirkt, weil dann in Höhe des ausgezahlten Arbeitslosengeldes ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den Leistungsträger stattgefunden hätte. 96

Ein Mitverschulden müsse er sich ebenfalls nicht deshalb anrechnen lassen, weil die Kanzlei für Arbeitsrecht B keinen Antrag gem. § 5 KSchG gestellt habe. Der Beklagte müsse schon im Einzelnen darlegen, weshalb ein solcher Antrag Erfolg hätte haben sollen, obwohl es dem Beklagten ohne weiteres möglich gewesen wäre, die Kündigungsschutzklage innerhalb der 3-Wochen-Frist zu erheben. 97

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. Dem Senat lag zudem die Verfahrensakte des Arbeitsgerichts B – 5 Ca 4219/08 – vor, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurde. 98

II. 99

Die Berufung des Klägers ist im tenorierten Umfang begründet. 100

1. Der Kläger kann von dem Beklagten gem. §§ 280 Abs. 1, 611, 675 Abs. 1 BGB die Zahlung von 328.970,67 EUR verlangen, weil der Beklagte die aus dem Anwaltsdienstvertrag resultierenden Pflichten verletzt und in Höhe des zuerkannten Betrages bei dem Kläger einen bereits jetzt bezifferbaren Schaden verursacht hat. 101

a) Zwischen den Parteien ist unstreitig ein Anwaltsdienstvertrag zustande gekommen. Der Inhalt des erteilten Mandats bezog sich darauf, den Kläger über die rechtlichen Hintergründe des am 07.11.2008 zugegangenen Kündigungsschreibens des FC-X zu beraten und den Kläger gegenüber dem FC-X zu vertreten. 102

b) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte seine aus dem Anwaltsdienstvertrag resultierenden Pflichten gegenüber dem Kläger verletzt hat. 103

Dabei war der Beklagte im Ausgangspunkt innerhalb des erteilten Auftrags verpflichtet, die Interessen seines Mandanten umfassend und in jeder Richtung wahrzunehmen. Der Beklagte hatte sich im Hinblick auf die erklärte Kündigung an dem Gebot des sichersten Weges zu orientieren und den Weg vorzuschlagen, der die größte Sicherheit der Zielerreichung versprach, um vermeidbare Nachteile zu vermeiden (BGH NJW 2012, 2435; BGH NJW 2009, 1589; BGH NJW 2007, 2486; BGH NJW 2006, 3494; Fahrendorf, in: Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille *Die Haftung des Rechtsanwalts*, 8. Aufl. 2010, Rnr. 429ff, 566ff). 104

Diesen Anforderungen ist der Beklagte nicht gerecht geworden. Denn selbst wenn man den erteilten Auftrag nur auf eine Rechtsberatung wegen der erklärten Kündigung des Trainervertrages beschränken wollte, musste der Beklagte den Kläger nicht nur darüber in Kenntnis setzen, dass die vom FC-X erklärte ordentliche Kündigung wegen der im Vertrag vorgesehenen zeitlichen Befristung des Anstellungsverhältnisses prinzipiell unwirksam war. Vielmehr hätte der Beklagte den Kläger nach dem Gebot des sichersten Weges zusätzlich 105

darüber informieren müssen, dass der Trainervertrag in den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fiel und die Kündigung gem. § 7 KSchG wirksam werden konnte, wenn dagegen nicht innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG eine Kündigungsschutzklage erhoben würde. Ein solcher auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG NJW 2008, 1336) gebotener Hinweis wurde vom Beklagten nicht erteilt.

c) Der Beklagte hat diese objektive Pflichtverletzung nach der Vermutungsregelung in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auch subjektiv zu vertreten. 106

d) Der Beklagte hat als Ersatzpflichtiger nach § 249 Satz 1 BGB den Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtmäßigem Verhalten des Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie sich die Gesamtvermögenslage des Mandanten in einem solchen Fall darstellen würde. Dabei dürfen an die Darlegung eines hypothetischen Geschehens keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn der Geschädigte Umstände vorträgt, die nach dem abgeschwächten Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Geschehensablaufs nahelegen (BGH NJW-RR 2006, 923; G. Fischer, in: *Zugehör u.a. Handbuch der Anwaltshaftung*, 3. Aufl. 2011, Rnr. 1102; Fahrendorf a.a.O. Rnr. 748). 107

aa) Vor diesem Hintergrund spricht zunächst die Vermutung beratungskonformen Verhaltens dafür, dass der Kläger – wenn er vom Beklagten rechtzeitig auf die für ihn potentiell gefährliche Fiktionswirkung des § 7 KSchG hingewiesen worden wäre – entweder dem Beklagten oder der Kanzlei für Arbeitsrecht B noch innerhalb der 3-Wochen-Frist einen Auftrag erteilt hätte, vorsorglich eine Kündigungsschutzklage einzureichen. 108

Es ist auch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine solche fristwahrende Klageeinreichung bis zum Freitag, dem 28.11.2008, erfolgt wäre. Zumindest seitens der Kanzlei für Arbeitsrecht B bestanden – wie das spätere Vorgehen am 29.12.2008 zeigte – kurze Reaktionszeiten, die eine Klageeinreichung binnen eines Tages ermöglichten. 109

Im Rahmen des nachfolgenden Kündigungsschutzprozesses hätte das Arbeitsgericht sich dann nicht mit der Fiktionswirkung des § 7 KSchG und auch nicht mit der Frage einer Zulassung der verspäteten Klage (§ 5 KSchG) auseinanderzusetzen gehabt. 110

bb) Soweit in der Berufungsinstanz vom Beklagten gleichwohl angeführt wird, dass die Kanzlei B bzw. der Rechtsanwalt D einen Zulassungsantrag nach § 5 KSchG versäumt habe, folgt daraus keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen der dem Beklagten anzulastenden Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden. 111

Zwar kann es im Einzelfall durch das hinzutretende Verschulden eines Dritten zu einer solchen Unterbrechung des Kausalzusammenhangs kommen. Das gilt aber nicht für jeden Fehler eines neu hinzugezogenen Anwalts, sondern nur dann, wenn der zweite Anwalt eine Entschließung trifft, die schlechterdings unverständlich ist, also gemessen an einer sachgerechten Berufsausübung sachfremd und nicht nachvollziehbar erscheint oder den Geschehensablauf so verändert, dass der Schaden bei wertender Betrachtungsweise in keinem inneren Zusammenhang zu der vom beklagten Rechtsanwalt zu vertretenden Vertragsverletzung steht (BGH NJW 2002, 1117, Fahrendorf a.a.O. Rnr. 830). 112

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor: 113

114

Aus Sicht der Kanzlei B respektive des Rechtsanwalts D hätte ein Zulassungsantrag i.S.d. § 5 KSchG nur dann Erfolg versprochen, wenn der Kläger als Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage rechtzeitig zu erheben. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur war insoweit eine Differenzierung vorzunehmen: Der Kläger musste sich im Ausgangspunkt ein Verschulden seines Prozessbevollmächtigten gem. § 85 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG zurechnen lassen (BAG NJW 2009, 2841). In Abgrenzung dazu konnte dem Kläger das Verschulden, d.h. die Fehlberatung, eines bloß mit der Beratung beauftragten Rechtsanwalts nicht zugerechnet werden (Kiel, in: Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, KSchG § 5 Rnr. 7; Hesse, in: Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, KSchG § 5 Rnr. 56; Linck, in: Hoyningen-Huene/Linck KSchG, 15. Aufl. 2013, § 5 Rnr. 25 bei Fn. 65). Dabei war allerdings zu berücksichtigen, dass die Verschuldenszurechnung eines Prozessbevollmächtigten gem. § 85 Abs. 2 ZPO schon im Vorfeld einer Klageerhebung ansetzte und noch kein bestehendes Prozessrechtsverhältnis, sondern lediglich ein wirksames Mandat im Innenverhältnis voraussetzte (BAG NJW 2009, 2841 - juris-Tz. 33).

Aus Sicht der Kanzlei B bzw. des Rechtsanwalts D konnte aber die damalige Ausgangslage nicht den Rückschluss rechtfertigen, dass der Beklagte nur mit der bloßen Rechtsberatung betraut war und deshalb ein Zulassungsantrag nach § 5 KSchG ohne Weiteres Aussicht auf Erfolg versprechen würde. 115

Denn dafür hätten die nachfolgend beauftragten Rechtsanwälte zumindest wissen müssen, dass der Kläger dem Beklagten nur ein internes Beratungsmandat erteilt hatte. Davon konnte aber nach den äußeren Gegebenheiten nicht ausgegangen werden, denn der Beklagte hatte in seinen Schreiben gegenüber dem FC-X vom 11.11.2008 selbst uneingeschränkt die anwaltliche Vertretung des Klägers angezeigt und in dem weiteren Schreiben vom 19.12.2008 angeführt, dass „wir uns nicht noch streiten“ wollen. Um diesem äußeren Eindruck eines unbeschränkten Mandats entgegenzutreten, hätte der Beklagte die am 29.12.2008 von ihm selbst hinzugezogenen neuen Rechtsanwälte darüber informiert müssen, dass sich sein Mandat nur auf die interne Beratung bezogen habe und deshalb ein Zulassungsantrag nach § 5 KSchG Erfolg verspreche. Ein entsprechender klarstellender Hinweis wurde vom Beklagten aber nicht erteilt. 116

cc) Eine fristgerecht erhobene Kündigungsschutzklage hätte im weiteren Fortgang mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Erfolg für den Kläger gehabt und zu der Feststellung geführt, dass der Trainervertrag nicht durch die vom FC-X ausgesprochene Kündigung beendet war. 117

Für die Beurteilung der Erfolgsaussicht des Vorprozesses kommt es nicht auf die zwischen den Parteien streitige Frage an, ob seinerzeit eine wirksame Streitverkündung gegenüber dem hiesigen Beklagten erfolgt und er deshalb an die rechtliche Einschätzung des Arbeitsgerichts zur Notwendigkeit der Wahrung der 3-Wochen-Frist gebunden ist. Denn diese Rechtsfrage hätte sich im Falle einer rechtzeitigen Klageerhebung ohnehin nicht gestellt. 118

Für das Regressverfahren ist vielmehr in den Blick zu nehmen, wie der Vorprozess nach Auffassung des Regressgerichts unter normativen Gesichtspunkten richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre (G.Fischer, in: Zuehör u.a. a.a.O. Rnr. 1190 m.w.N.; Fahrendorf a.a.O. Rnr. 898). 119

Für die Entscheidungsfindung hätte sich das Arbeitsgericht zwar noch mit der von der Gegenseite eingewandten Frage der Zulässigkeit der Klage auseinanderzusetzen gehabt im Hinblick auf die in der Ausbildungsordnung des DFB vorgesehene gütliche Einigung. Es lässt 120

sich aber nicht feststellen, dass ein solcher Einigungsversuch als vorübergehendes Zulässigkeitshindernis positiv verlaufen wäre. Selbst wenn man berücksichtigt, dass sich die prozessuale Ausgangslage des FC-X im Falle der rechtzeitigen Erhebung der Kündigungsschutzklage als weitaus ungünstiger dargestellt hätte und der FC-X dem Kläger deshalb eine Abfindung gegen vorzeitige Auflösung des Trainervertrages angeboten hätte, kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass der Kläger sich darauf eingelassen hätte.

Denn die vom FC-X erklärte ordentliche Kündigung stellte sich ansonsten ohne Weiteres als 121
unwirksam dar. Durch die Befristung des Arbeitsverhältnisses war die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung durch ordentliche Kündigung nur gegeben, wenn dies einzel- oder tarifvertraglich ausdrücklich zugelassen worden wäre (Koch, in: Schaub ArbRHdb., 14. Aufl. 2011, § 38 Rnr. 43). Das war aber gerade nicht der Fall.

Im Übrigen wird auch im jetzigen Rechtsstreit von dem Beklagten nichts dazu vorgetragen, 122
dass dem FC-X alternativ ein außerordentliches Kündigungsrecht zugestanden hätte. Die unter Beteiligung des Klägers erzielten schlechten Spielerfolge reichten dafür jedenfalls nicht aus, weil der „Verschleiß der Motivationsmöglichkeit des Trainers“ bereits in § 2 Abs. 2 des Trainervertrag zum Anlass für die Befristung des Vertrages genommen worden war und somit dieser Umstand nicht zusätzlich einen Kündigungsgrund ausmachen konnte.

dd) Das Arbeitsgericht hätte eine zwischenzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch 123
nicht aus anderen Gründen annehmen können.

Zwar war die Fortführung des Trainervertrages gem. § 2 Abs. 1 (b) an unterschiedliche 124
Bedingungen geknüpft. So hätte der Trainervertrag „automatisch“ enden sollen, wenn der FC-X in der Saison 2008/2009 in die 3. Liga abgestiegen wäre. Allerdings stand in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren sowohl im Zeitpunkt des Güutetermins am 18.06.2009 als auch des Kammertermins am 15.09.2009 bereits fest, dass der FC-X zum Saisonende am 24.05.2009 in der 2. Bundesliga verblieben war. Damit galt die im Trainervertrag vorgesehene Klausel „Spielt der FC B in der Saison 2008/2009 in der 2. Bundesliga, so endet der Vertrag am 30.06.2010.“

ee) Dem Kläger wiederum hätte als Folge der unwirksamen Kündigung für den Zeitraum vom 125
01.01.2009 bis zum 30.06.2010 gegen den FC-X ein Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn gem. § 615 S. 1 BGB zugestanden.

Dabei bedurfte es zur Begründung des Annahmeverzugs nicht i.S.d. § 295 S. 1 BGB eines 126
wörtlichen Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer. Ein solches Angebot der Arbeitsleistung ist zum einen dann entbehrlich, wenn der Arbeitgeber durch die erklärte Kündigungserklärung erkennen lässt, unter keinen Umständen zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bereit zu sein (BAG NJW 2007, 2796). Zusätzlich ist eine Entbehrlichkeit des Angebots der Trainerleistung auch dann anzunehmen, wenn der Verein bereits einen Nachfolgetrainer eingestellt hat (LAG NRW NZA-RR 2012, 75 – juris-Tz. 76), was hier durch die Einstellung des Trainers G mit Wirkung ab April 2009 geschehen war, der dann seinerseits später durch den Trainer M ersetzt wurde.

Zwar war der FC-X gem. § 2 Abs. 4 S. 1 des Trainervertrages zu einer Freistellung des 127
Klägers berechtigt. Für die Freistellung sollte allerdings nach der ausdrücklichen vertraglichen Regelung § 615 BGB entsprechend gelten mit der Maßgabe, dass der freigestellte Trainer sich nur einen anderweitig erzielten Verdienst anrechnen lassen musste. Solche anrechenbaren Verdienste hat der Kläger aber nicht erzielt, weil er in der Zeit seiner

Freistellung bei anderen Vereinen (SSC O, FC N, P N) kostenlos hospitierte.

ff) Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sich der Gehaltsanspruch des Klägers gem. § 2 Abs. 5 des Trainervertrages auf fünf Monatsgehälter, d.h. auf einen Gesamtbetrag von 100.000,00 EUR beschränkt hätte. 128

Auf die dortige Regelung 129

Für den Fall der vorzeitigen Beendigung dieses Vertrages vereinbaren die Parteien zur Vermeidung etwaiger Streitigkeiten, dass der Trainer für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von maximal 5 Monatsgrundgehältern ... erhält. 130

hätte der Kläger sich gerade nicht einlassen müssen, weil es zu einer wirksamen vorzeitigen Beendigung seines Trainervertrages bei rechtzeitiger Erhebung der Kündigungsschutzklage gerade nicht gekommen wäre. 131

gg) Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die in § 17 des Trainer-vertrages vorgesehene Verfallklausel 132

(1) Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ... verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden. ... 133

(2) Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. 134

zu einem Anspruchsverlust auf Seiten des Klägers geführt hätte. 135

Der Beklagte geht in seinem Schriftsatz vom 24.07.2013 (auf S. 17) selbst davon aus, dass der Kläger seine Zahlungsansprüche gegenüber dem FC-X im Mai 2009 geltend gemacht habe, so dass an einen Verfall ohnehin nur hinsichtlich der länger als drei Monate zurückliegenden Ansprüche aus Januar und Februar 2009 zu denken wäre, nicht aber für den späteren Zeitraum. 136

Zu einem Verfall von Gehaltsansprüchen wäre es aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit insgesamt nicht gekommen, wenn die Kündigungsschutzklage rechtzeitig erhoben worden wäre. Die tatsächlich bis Mai 2009 unterbliebene Geltendmachung von Gehaltsansprüchen war vor dem Hintergrund zu sehen, dass solche Ansprüche keinen Erfolg versprachen, weil das Arbeitsverhältnis wegen der versäumten Klagefrist zum 31.12.2008 beendet war. Wäre es hingegen auf pflichtgemäßes Anraten des Beklagten hin zu einer rechtswahrenden Klageerhebung gekommen, hätte es dem üblichen Prozedere entsprochen, rückständiges Gehalt sukzessive mit einzuklagen. Zumindest hätte es sich aber aus Sicht des Beklagten aufdrängen müssen, den Kläger auf das Risiko eines Anspruchsverlustes gem. § 17 des Trainervertrages hinzuweisen. Der Kläger wäre einem solchen Hinweis wiederum mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beratungskonform gefolgt und hätte für eine rechtzeitige Geltendmachung der Gehaltsansprüche Sorge getragen. 137

e) Der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten ist auch nicht durch ein Mitverschulden des Klägers gem. § 254 BGB gemindert. 138

aa) Der Beklagte kann dem Kläger nicht vorhalten, er habe i.S.d. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB gegen das Gebot der Schadensminderung verstoßen, indem er es unterlassen habe, einen 139

Antrag auf Bewilligung von Arbeitslosengeld zu stellen, das ihm in Höhe von monatlich 1.638,60 EUR zugestanden hätte.

Dabei mag dahinstehen, ob das potentielle Arbeitslosengeld vom Beklagten der Höhe nach zutreffend berechnet wurde. Es mag auch dahinstehen, ob nicht die Minderung des Schadensersatzanspruchs ohnehin – wie der Kläger vorträgt – dadurch ausgeblieben wäre, dass dann ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den Hilfeträger stattgefunden hätte. 140

Denn der Kläger war bereits dem Grunde nach nicht zu anspruchsmindernden Maßnahmen verpflichtet, die sich aus verständiger Sicht als unzumutbar darstellten. Ob und inwieweit eine Maßnahme unzumutbar ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Für den Streitfall ist zu bedenken, dass der Kläger seinen Beruf als Fußballtrainer unter den Augen der Öffentlichkeit ausübte. Die Öffentlichkeit setzt aber die Inanspruchnahme einer staatlichen Unterstützung regelmäßig mit einem sozialen Abstieg gleich. Damit wäre aus Sicht des Klägers ein Renommee-Verlust verbunden gewesen, der sich auf seine weitere berufliche Laufbahn und zukünftige Gehaltschancen negativ auswirken konnte. Vor diesem Hintergrund war die Entscheidung des Klägers, die Zeit nach der Kündigung seines Trainervertrages durch Hospitanzen bei bekannten ausländischen Fußballvereinen wie SSC O, FC N und P N zu überbrücken, nicht zu beanstanden, denn dadurch konnten Lücken in seiner Vita als Fußballtrainer vermieden werden. 141

bb) Entgegen dem Verständnis des Beklagten muss der Kläger sich auch nicht i.S.d. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ein Verschulden der nachfolgend von ihm beauftragten Rechtsanwälte in dem Sinne zurechnen lassen, dass diese einen Antrag auf Zulassung der verspäteten Kündigungsschutzklage (§ 5 KSchG) verabsäumt hätten. 142

Es ist zwar im Grundsatz zutreffend, dass sich ein Geschädigter das Verschulden eines Folgeanwalts gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss, wenn dieser gerade damit beauftragt wird, die Folgen der Pflichtverletzung des in Regress genommenen Anwalts zu verhindern oder zu minimieren (Fahrendorf a.a.O. Rnr. 995). 143

Hier verhielt es sich aber so, dass der Kläger gerade nicht davon ausgehen musste, dass die vom Beklagten eingeschaltete Kanzlei B tätig werde, um einen Fehler des Beklagten zu revidieren. Und umgekehrt war es auch für die Kanzlei B – wie bereits dargestellt – nicht erkennbar, dass ein Antrag nach § 5 KSchG Erfolg versprechen würde, denn die äußeren Gegebenheiten sprachen nicht dafür, dass dem Beklagten lediglich ein Mandat für die interne Beratung erteilt worden war. Gegenteiliges war ihnen auch nicht durch einen entsprechenden Hinweis des Beklagten mitgeteilt worden. 144

f) Der Höhe nach steht dem Kläger gegen den Beklagten ein bereits bezifferbarer Schadensersatzanspruch von 328.970,67 EUR zu. 145

aa) Der Schadensersatzanspruch des Klägers erstreckt sich zum einen gem. §§ 249, 252 BGB auf den im Zeitraum 01.01.2009 bis 30.06.2010 entgangenen Annahmeverzugslohn im Sinne des § 615 S. 1 BGB. 146

Die Höhe dieses Verdienstausfallschadens ist letztlich nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Dabei war für den Senat Folgendes maßgeblich: 147

Im Ausgangspunkt ist das im Annahmeverzug fortzuzahlende Entgelt nach dem Lohnausfallprinzip zu bemessen. Es ist die Vergütung zu zahlen, die der Dienstpflichtige bei 148

Weiterarbeit erzielt hätte (BAG NJW 2002, 1739 - juris-Tz. 44).

Diese Vergütung umfasst einerseits das im Zeitraum vom 01.01.2009 bis 30.06.2010 zu zahlende Grundgehalt von $18 * 20.000,00 \text{ EUR} = 360.000,00 \text{ EUR}$. 149

Der Kläger kann aber darüber hinaus – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat – auch einen Ausgleich verlangen, soweit ihm die in § 5 (1) (b) des Trainervertrages geregelten Prämien entgangen sind. 150

Denn für den Annahmeverzugslohn sind grundsätzlich alle Entgeltbestandteile zu berücksichtigen. Das gilt auch für Zuschläge, soweit diese Teil der vereinbarten Vergütung sind und Lohncharakter haben (BAG MDR 2003, 578 - juris-Tz. 25). Nicht erfasst werden nur solche Leistungen, die davon abhängig sind, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet oder dass ihm tatsächlich Aufwendungen entstehen (Linck, in: *Schaub Arbeitsrechts-Handbuch*, 14. Aufl. 2011, § 95 Rnr. 66). 151

Im Streitfall enthielt der maßgebliche Trainervertrag keine Einschränkung dahingehend, dass dem Kläger die Zusatzprämien nur ausgezahlt werden sollten, wenn er selbst persönlich an der Spielvorbereitung oder -durchführung als Trainer beteiligt war. Die Prämienzahlungen waren vielmehr vergleichbar mit Provisionen, Gratifikationen oder Umsatzbeteiligungen, die ebenfalls zum Verzugslohn zählen (Linck a.a.O. Rnr. 71). Dementsprechend werden Prämienzahlungen an Fußballtrainer in der arbeits-gerichtlichen Rechtsprechung als Entgeltbestandteile angesehen, die im Rahmen des Annahmeverzugs fortzuzahlen sind (LAG Hamm NZA-RR 2012, 75 - juris Tz. 78f). 152

Entgegen der Einschätzung des Beklagten kommt es für die Höhe der ersatzfähigen Prämienzahlungen auch nicht darauf an, wie die Spielergebnisse unter hypothetischer Beteiligung des Klägers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgefallen wären. Im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO ist vielmehr darauf abzustellen, welche Spielergebnisse unter den nachfolgenden Trainern tatsächlich erzielt wurden. 153

Diese Betrachtungsweise entspricht zum einen der faktischen Handhabung durch den FC-X, der dem Kläger für den Zeitraum der Freistellung vom April bis Dezember 2008 auch die nach den tatsächlichen Spielergebnissen angefallenen Punktprämien ausgezahlt hat, ohne dass der Kläger an den Spielerfolgen beteiligt war. 154

Aber auch aus Rechtsgründen kann zur Bestimmung der Höhe der entgangenen Prämien nicht darauf abgestellt werden, dass der FC-X unter hypothetischer Mitwirkung des Klägers schlechtere Ergebnisse erzielt hätte. Denn die Ausgangssituation – die der Beklagte durch pflichtgemäßes anwaltliches Vorgehen hätte ändern sollen – bestand darin, dass der FC-X den Kläger durch die an sich vertragswidrige Kündigung des Trainervertrages an der tatsächlichen Einflussnahme auf die Spielergebnisse gehindert hat. Wenn aber ein Arbeitnehmer durch eine vertragswidrige Suspendierung um die Chance gebracht wird, bestimmte Arbeitserfolge zu erzielen, dann darf ihm nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht der Anspruch auf die diesbezüglichen erfolgsbezogenen Vergütungsbestandteile versagt werden (LAG NRW NZA-RR 2012, 75). Dabei führt die entsprechende Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB nicht nur zu einer Beweislastumkehr, sondern zu einer gesetzlichen Fiktion in dem Sinne, dass die Bedingung, deren Eintritt verhindert wurde, doch eingetreten ist (Bork, in: *Staudinger BGB*, Neubearb. 2010, § 162 Rnr. 11; H.P.Westermann, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl. 2012, § 162 Rnr. 16). 155

Vor diesem Hintergrund sind dem Kläger die vertraglich vorgesehenen Prämien-zahlungen zu ersetzen, die er auf Anforderung des Senats in dem Schriftsatz vom 12.06.2014 ausgehend von den einzelnen Spielständen plausibel und inhaltlich unwidersprochen dargelegt hat.

Die Aufstellung des Klägers enthält allerdings für den Monat August 2009 eine Zuviel- 157
forderung von 1.500,00 EUR, weil der FC-X in diesem Monat nicht fünf, sondern nur vier
Punkte erzielte, wie dem Senat aus öffentlich zugänglichen Listen früherer Spielergebnisse (
<http://www.fussballdaten.de/Vereine/FC-X/2008 - 2009>) bekannt ist. Soweit statt dessen für
den November 2009 ein Punkt zu wenig berücksichtigt wurde, konnte das Klagebegehren
insoweit nicht überschritten werden. Allerdings ist dadurch die Gesamtzahl der in der Saison
2009/2010 erzielten Punkte mit insgesamt 62 letztlich zutreffend angegeben.

Demnach ergeben sich für die einzelnen Monate folgende Bruttobezüge: 158

	<u>Grundgehalt</u>	<u>Prämienzahlungen</u>	<u>Gesamtbrutto</u>	
	(EUR):	(EUR):	(EUR):	
Januar 2009	20.000,00	1.500,00	21.500,00	161
Februar 2009	20.000,00	1.500,00	21.500,00	162
März 2009	20.000,00	3.000,00	23.000,00	163
April 2009	20.000,00	6.000,00	26.000,00	164
Mai 2009	20.000,00	7.500,00	27.500,00	165
Juni 2009	20.000,00	32.000,00 ¹⁾	52.000,00	166
Juli 2009	20.000,00		20.000,00	167
August 2009	20.000,00	6.000,00	26.000,00	168
September 2009	20.000,00	7.500,00	27.500,00	169
Oktober 2009	20.000,00	7.500,00	27.500,00	170
November 2009	20.000,00	10.500,00	30.500,00	171
Dezember 2009	20.000,00	9.000,00	29.000,00	172
Januar 2010	20.000,00	13.500,00	33.500,00	173
Februar 2010	20.000,00	15.000,00	35.000,00	174
März 2010	20.000,00	9.000,00	29.000,00	175
April 2010	20.000,00	7.500,00	27.500,00	176
Mai 2010	20.000,00	6.000,00	26.000,00	177
Juni 2010	20.000,00	155.000,00 ²⁾	<u>175.000,00</u>	178
			658.000,00 EUR	179

Anm.:	180
1) Zusatzprämie: 40 Punkte à 800,00 EUR für den 11. Tabellenplatz	181
2) Zusatzprämie: 62 Punkte à 2.500,00 EUR für den 3. Tabellenplatz	182
Entgegen der Einschätzung des Landgerichts kann der Beklagte allerdings nicht zur Zahlung des entgangenen Bruttolohns verurteilt werden. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass der Kläger den ausgeurteilten Schadensersatzbetrag seinerseits der Steuer zu unterwerfen hat, muss bedacht werden, dass die Besteuerung des monatlichen Einkommens von der nachträglichen Besteuerung des Schadensersatz-betrages der Höhe nach abweichen kann (OLG Düsseldorf VersR 2009, 835).	183
Zur Vermeidung eines ungerechtfertigten Vorteils muss deshalb diese Steuerersparnis entweder dadurch ausgeglichen werden, dass vom fiktiven Bruttolohn der Differenzbetrag abgezogen wird, der sich aus einem Vergleich der auf den Bruttolohn entfallenden fiktiven Steuern und Abgaben und der auf die Ersatzleistung tatsächlich entfallenden Steuern und Abgaben ergibt, oder aber es muss auf die modifizierte Nettolohnberechnung zurückgegriffen werden (BGH NJW 1999, 3711).	184
Nach Einschätzung des Senats verdient im Streitfall die modifizierte Nettolohnmethode den Vorzug, weil es sich bei der anschließend vorzunehmenden Nachversteuerung um ein künftiges Ereignis handelt, dessen Auswirkungen bislang der Höhe nach nicht feststehen.	185
Deshalb sind von den fiktiven Bruttolöhnen jeweils rechnerische Abzüge vorzunehmen für die anfallenden Steuern sowie die Beiträge zur Rentenversicherung (RV) und zur Arbeitslosenversicherung (AV).	186
Diese Abzüge sind von dem Geschädigten im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen aufzulisten (Küppersbusch <i>Ersatzansprüche bei Personenschäden</i> , 11. Aufl. 2013, Rnrrn. 126ff).	187
Der Kläger hat eine solche Darlegung auf Anforderung des Senats in dem Schriftsatz vom 12.06.2014 nachgeholt. Die darin enthaltene Aufstellung der monatlichen Abzugspositionen ist inhaltlich plausibel; ihr wurde vom Beklagten nicht widersprochen.	188
Lediglich hinsichtlich des Monats August 2009 ist – wie dargestellt – nicht ein Bruttolohn von 27.500,00 EUR, sondern von 26.000,00 EUR zugrunde zu legen, wie es beispielhaft auch im April 2009 erzielt wurde, so dass auf die dortigen Abzugsbeträge zurückgegriffen werden kann. Im Einzelnen ergeben sich folgende Nettolöhne (Beträge in EUR):	189

Monat	brutto	LSt	SolZ	KiSt	RV	AV	netto	190
01/2009	21.500,00	8.140,25	447,71	651,22	537,30	75,60	11.647,92	
02/2009	21.500,00	8.140,25	447,71	651,22	537,30	75,60	11.647,92	
03/2009	23.000,00	8.815,25	484,83	705,22	537,30	75,60	12.381,80	
04/2009	26.000,00	10.165,25	559,08	813,22	537,30	75,60	13.849,55	

05/2009	27.500,00	10.840,25	596,21	867,22	537,30	75,60	14.583,42
06/2009	52.000,00	20.947,00	1.152,08	1.675,76	537,30	75,60	27.612,26
07/2009	20.000,00	7.507,00	412,88	600,56	537,30	75,60	10.866,66
08/2009	26.000,00	10.165,25	559,08	813,22	537,30	75,60	13.849,55
09/2009	27.500,00	10.840,25	596,21	867,22	537,30	75,60	14.583,42
10/2009	27.500,00	10.840,25	596,21	867,22	537,30	75,60	14.583,42
11/2009	30.500,00	12.190,25	670,46	975,22	537,30	75,60	16.051,17
12/2009	29.000,00	11.515,25	633,33	921,22	537,30	75,60	15.317,30
01/2010	33.500,00	13.504,00	742,72	1080,32	547,25	77,00	17.548,71
02/2010	35.000,00	14.179,00	779,84	1134,32	547,25	77,00	18.282,59
03/2010	29.000,00	11.479,00	631,34	981,32	547,25	77,00	15.347,09
04/2010	27.500,00	10.804,00	594,22	864,32	547,25	77,00	14.613,21
05/2010	26.000,00	10.129,00	557,09	810,32	547,25	77,00	13.879,34
06/2010	175.000,00	73.709,33	4.054,01	5.896,74	547,25	77,00	90.715,67
							347.361,00

Der vom Beklagten auszugleichende entgangene Nettoverdienst beläuft sich demnach auf insgesamt 347.361,00 EUR. 191

bb) Für die weitere Schadensberechnung lässt der Kläger sich die als Folge der Freistellung und Kündigung ersparten Aufwendungen in unstreitiger Höhe von 18.835,20 EUR anrechnen sowie das an den Beklagten zu zahlende Honorar von 3.148,93 EUR. 192

cc) Soweit das Landgericht dem Kläger darüber hinaus einen Betrag von 3.593,80 EUR zuerkannt hat, der auf die vom jetzigen Prozessbevollmächtigten am 18.09.2009 in Rechnung gestellten Verfahrens- und Geschäftsgebühren für die Prozessführung vor dem Arbeitsgericht B entfällt, wird dies von der Berufung nicht angegriffen. 193

Die Erstattungsfähigkeit dieser Forderung kann zwar nicht daraus hergeleitet werden, dass der Kläger mit diesen Kosten - wäre die Kündigungsschutzklage rechtzeitig erhoben worden und deshalb aus seiner Sicht erfolgreich verlaufen - nicht belastet worden wäre. Denn nach § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG besteht auch für die obsiegende Partei kein Anspruch gegen den Prozessgegner auf Erstattung der eigenen Anwaltskosten. 194

Allerdings hätte der neue Prozessbevollmächtigte sein Honorar im Innenverhältnis zum Kläger nicht in Rechnung gestellt, wenn sich nicht die Notwendigkeit seiner zusätzlichen Beauftragung ergeben hätte. Diese Notwendigkeit ergab sich für den Kläger daraus, dass er spätestens durch die Klageerwiderung der Gegenseite vom 11.02.2009 Anhaltspunkte dafür erhielt, dass seine Kündigungsschutzklage verfristet und auch kein Antrag auf Zulassung der verspäteten Klage gestellt worden war. Für eine etwaige Schadloshaltung war deshalb aus Sicht des Klägers eine Streitverkündung gegenüber seinen bisherigen Bevollmächtigten in Erwägung zu ziehen, die auch nachfolgend mit Schriftsatz seines neuen Bevollmächtigten vom 19.08.2009 erklärt wurde. In einer solchen Konstellation konnte der Kläger nicht länger von einer vertrauensvollen Wahrnehmung seiner Interessen durch die Anwaltskanzlei B ausgehen. Hätte allerdings der Beklagte bereits anfänglich auf die Notwendigkeit einer rechtzeitigen Klageerhebung hingewiesen, wäre es zu diesem Vertrauensverlust nicht gekommen.

dd) Damit ergibt sich letztlich die vom Beklagten an den Kläger zu zahlende Urteilssumme von 328.970,67 EUR. 196

g) Der Kläger kann ferner eine gestaffelte Verzinsung des ausgeurteilten Betrages verlangen. 197

aa) Dem Kläger stehen bezogen auf einen Teilbetrag von 85.402,47 EUR Verzugs-zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 09.07.2009 zu (§§ 286, 288 BGB). 198

Der Beklagte war durch Anwaltsschreiben vom 22.06.2009 aufgefordert worden, für den Zeitraum 01.01. - 30.06.2009 einen Schadensersatzbetrag von 171.500,00 EUR bis zum 08.07.2009 zu zahlen. Diese Zahlungsfrist hat der Beklagte nicht eingehalten. 199

Allerdings tritt ein Zahlungsverzug nur in Höhe der seinerzeit berechtigten Forderung ein. Der gerechtfertigte Nettoverdienstaufschlagschaden belief sich für den geltend gemachten sechsmonatigen Zeitraum auf 91.722,87 EUR. Davon waren nach eigener Darlegung des Klägers monatlich ersparte Aufwendungen von 1.053,40 EUR abzuziehen, so dass der Beklagte seinerzeit nur zur Zahlung von 85.402,47 EUR verpflichtet war. 200

bb) Die vom Landgericht ab dem 23.11.2009 ausgeurteilten weiteren Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz stehen dem Kläger als Rechtshängigkeitszinsen (§§ 291, 281 Abs. 1 S. 2 BGB) bezogen auf einen Teilbetrag von 39.733,23 EUR zu. 201

Insoweit hat der Kläger die vorprozessual geltend gemachten Ansprüche mit der Klageschrift vom 09.10.2009 um den Zeitraum Juli-September 2009 erweitert. Das ergibt abzüglich der ersparten Aufwendungen einen Nettoschaden von weiteren 36.139,43 EUR, zu dem die im Arbeitsgerichtsverfahren angefallenen Anwaltskosten von 3.593,80 EUR zu addieren sind. 202

cc) Für den restlichen auf die Urteilssumme entfallenden Teilbetrag von 203.834,97 EUR fallen Rechtshängigkeitszinsen nach §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB ab dem vom Landgericht ausgeurteilten Zeitraum (02.06.2010) an. 203

2. Der Kläger hat gegen den Beklagten aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 3.380,79 EUR, die für die Verfolgung des Regressanspruchs angefallen sind. 204

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die mit der Geschäftsgebühr abgerechnete Beratungsleistung des Klägervertreters nicht nur auf die im vorprozessualen Schreiben vom 22.06.2009 bezifferte Forderung von 171.500,00 EUR beschränkte, sondern auch den Zukunftsschaden bis zum 30.06.2010 umfasste.

Vor diesem Hintergrund ist die in der Klageschrift aufgeführte Honorarberechnung, die sich auf einen Gegenstandswert von 271.500,00 EUR bezieht, zutreffend: 206

Geschäftsgebühr	1,3 * 2.170,00 EUR	2.821,00 EUR	207
Postpauschale		<u>20,00 EUR</u>	208
		2.841,00 EUR	209
zzgl. 19% USt		<u>539,79 EUR</u>	210
		3.380,79 EUR	211

Auf diesen Betrag fallen Rechtshängigkeitszinsen ab dem vom Landgericht angenommenen Zeitpunkt (23.11.2009) an. 212

4. Der Kläger kann ferner gem. § 256 ZPO die unter Ziff. 3 tenorierte Feststellung der weitergehenden Einstandspflicht des Beklagten verlangen, auf die sich das eigentliche Zahlungsbegehren hilfsweise erstreckte, wie der Kläger im Senatstermin vom 25.09.2014 ausdrücklich klargestellt hat. 213

Sofern der Verdienstausschlagsschaden - wie im Streitfall - nach der modifizierten Nettolohnmethode berechnet wird, kann für den Geschädigten eine zusätzliche Verbindlichkeit entstehen, wenn die Finanzbehörden ihn zu einer nachträglichen Versteuerung der zuerkannte Schadenssumme heranziehen. Die für ein Feststellungsinteresse notwendige Wahrscheinlichkeit eines zusätzlichen Schadenseintritts (BGH NJW 2006, 830f) ergibt sich hier aus der Anrufungsauskunft des Finanzamtes Dresden-Süd vom 22.05.2012, in der gegenüber dem Kläger angekündigt wird, dass Entschädigungsleistungen dann i.S.d. § 24 Nr. 1a EStG als Einkommen gewertet würden, wenn sie als Ersatz für entgangene Einnahmen geleistet werden. 214

Die Feststellung der Einstandspflicht war allerdings auf die erstinstanzliche Urteilssumme abzüglich der darin enthaltenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 3.745,88 EUR, also auf einen Betrag von 641.109,67 EUR zu begrenzen. 215

III. 216

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 91a Abs. 1 S. 1 ZPO. 217

Dabei wurde berücksichtigt, dass von der erstinstanzlich eingeklagten Hauptforderung (663.093,80 EUR) ein Betrag von 328.970,67 EUR berechtigt war. Auf einen weiteren Maximalbetrag von 312.139,00 EUR wäre der Feststellungstenor zu erstrecken gewesen, wobei sich dessen Gewinnquote auf 80% belaufen hätte. Die Gewinn- und Verlustquoten betragen daher für die erste Instanz 87 % zu 13 %. 218

Für die Berufungsinstanz verschieben sich die Gewinn- und Verlustquoten wegen des geringeren Streitwertes (641.109,67 EUR) auf 90% zu 10%. 219

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. 221

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). 222