

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

7 Sa 461/16

12 Ca 1345/16

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 21.03.2017

Rechtsvorschriften: § 615 BGB

Orientierungshilfe:

Ist zwischen den Parteien eine Superprovision vereinbart (Provision auf der Basis des von den unterstellten Mitarbeitern erzielten Umsatzes), bemisst sich diese für die Berechnung des Annahmeverzugslohns nicht nach dem Durchschnittsverdienst in der Vergangenheit. Vielmehr ist maßgebend der von den Mitarbeitern erzielte tatsächliche Umsatz. Kennt der gekündigte Arbeitnehmer diesen nicht, hat er einen entsprechenden Auskunftsanspruch (§ 87c HGB), den er, gegebenenfalls in einer Stufenklage, zunächst geltend machen muss.

Urteil:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 02.09.2016 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug.

Der Kläger war seit 01.07.2012 bei der Firma P... GmbH beschäftigt.

Nach (§ 1 (3) des Anstellungsvertrags vom 01.07.2012 wurde er mit dem Abschluss von Fototerminvereinbarungen in Kindergärten und Schulen aller Schularten im Wege der Telefonakquisition betraut. Die Vergütung war in § 5 des Anstellungsvertrags geregelt.

Danach erhielt der Kläger ein Grundgehalt von 500,00 € brutto sowie Provisionen in bestimmter Höhe. Die Beklagte verpflichtete sich darüber hinaus, nach Verplanung des vom Arbeitnehmer akquirierten Fototermins eine auf die Endprovision anzurechnende Vorausprovision zu zahlen.

Unter dem 01.03.2014 schlossen die Firma P... GmbH und der Kläger eine Zusatzvereinbarung, in deren § 2 es heißt:

Der Arbeitnehmer übernimmt mit Wirkung ab 01.03.2014 zu den bestehenden Aufgaben gemäß Anstellungsvertrag vom 01.07.2012 zusätzlich die Aufgaben als Niederlassungsleiter der Vertriebsbüros M... und F....

Der Aufgabenbereich wurde in § 2 (2) der Zusatzvereinbarung festgelegt. Insoweit wird auf die vorgelegte Kopie Bezug genommen (Bl. 11 d.A.).

Nach § 3 der Zusatzvereinbarung erhielt der Kläger neben den Vergütungsansprüchen des Anstellungsvertrags vom 01.07.2012 ein Grundgehalt in Höhe von 500,00 € brutto. § 4 der Zusatzvereinbarung enthält die Regelung einer Zielvereinbarung und Superprovision. Wegen des Inhalts wird auf die Kopie der Vereinbarung Bezug genommen (Bl. 12 d.A.).

In einer weiteren Zusatzvereinbarung vom 30.04.2014 zum Anstellungsvertrag vom 01.07.2012 wurde dem Kläger ab 01.05.2014 die Niederlassungsleitung des Vertriebsbüros W... übertragen. Auch insoweit schlossen die Firma P... GmbH und der Kläger eine Zielvereinbarung und Overheadprovision. Wegen des Inhalts im Einzelnen wird auf die vorgelegte Kopie Bezug genommen (Bl. 118 ff d.A.).

Darüber hinaus heißt es in § 1 der Zusatzvereinbarung:

- (1) Diese Zusatzvereinbarung tritt mit Wirkung ab dem 01.05.2014 in Kraft. Soweit in diesem Vertrag keine abweichenden Regelungen getroffen werden, geltend die Bestimmungen des Anstellungsvertrages vom 01.07.2012 und der seit 01.03.2014 gültigen Zusatzvereinbarung.
- (2) Der Bestand und die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Anstellungsvertrag der Parteien vom 01.07.2012 und der seit 01.03.2014 gültigen Zusatzvereinbarung bleiben von dieser Zusatzvereinbarung unberührt.

In einer Vertragsergänzung vom 01.10.2014 trat die Beklagte an die Stelle der Firma P... GmbH in das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ein.

Mit Schreiben vom 09.03.2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos und stellte den Kläger von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Der Kläger erhob gegen die Kündigung Klage zum Arbeitsgericht Nürnberg. Am 18.09.2015 schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen zum 30.04.2015 beendet wurde und die Beklagte sich verpflichtete, das Arbeitsverhältnis bis zu dessen Beendigung ordnungsgemäß einschließlich Provisionsansprüchen und Superprovisionsansprüchen abzurechnen und dem Kläger den sich ergebenden Nettobetrag auszuzahlen.

Der Kläger erhob am 14.03.2016 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht Würzburg, mit der er Vergütung für die Monate Februar, März und April 2016 in Höhe von jeweils 7.283,15 € brutto, bestehend aus dem Grundgehalt in Höhe von monatlich 1.500,00 € brutto und Provisionen, geltend machte.

Mit Endurteil vom 02.09.2016 sprach das Arbeitsgericht dem Kläger für die Monate Februar bis April 2016 jeweils 1.500,00 € brutto zu und wies im Übrigen die Klage ab. Wegen der Begründung wird auf die schriftlichen Urteilsgründe Bezug genommen.

Das Urteil wurde dem Kläger am 12.09.2016 zugestellt.

Der Kläger legte gegen das Urteil am 11.10.2016 Berufung ein und begründete sie am 14.11.2016.

Die Beklagte legte gegen das Urteil am 17.01.2017 Anschlussberufung ein. Sie hat sie in der Sitzung am 21.03.2017 zurückgenommen.

Der Kläger trägt vor, er habe im Zeitraum 01.05.2014 bis 31.01.2015 durchschnittlich 7.283,15 € brutto verdient. Diesen Durchschnittsverdienst schulde die Beklagte für die Monate Februar bis April 2015. Der Kläger macht geltend, er habe auch selbst Telefonakquise betrieben. Für den Fall, dass eine Akquise nicht zustande gekommen sei, sei über den Niederlassungsleiter nochmals telefonisch Kontakt mit dem jeweiligen Kunden aufgenommen worden. Komme hier ein entsprechendes Geschäft zustande, so sei dies als Akquise des Niederlassungsleiters zu werten. Spätestens ab 09.03.2015 sei es ihm nicht

mehr möglich gewesen, einen vom Kunden stornierten Auftrag gegebenenfalls noch zu retten. Aus § 2 (1) der Zusatzvereinbarung vom 01.03.2014 ergebe sich, dass eine eigene Akquisetätigkeit nicht ausgeschlossen gewesen sei. Das Gleiche ergebe sich bezüglich der Superprovisionen. Auch hier sei es ihm ab 09.03.2015 verwehrt gewesen, aktiv auf seine Mitarbeiter einzuwirken sowie Tipps und Ratschläge zur Kundenakquise zu geben. Mit der Kündigung und Freistellung sei es ihm nicht mehr möglich gewesen, einem Fehlverhalten der Mitarbeiter entgegenzuwirken. Er habe nicht mehr aktiv in die Akquise eingreifen können. Mangels der Eingriffsmöglichkeit müsse ihm die Möglichkeit zustehen, seinen Anspruch im Wege einer Durchschnittsberechnung geltend zu machen.

Der Kläger beantragt:

1. Unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichtes Nürnberg vom 02.09.2016, Aktenzeichen: 12 Ca 1345/16 wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger
 - a) weitere 5.783,15 € brutto für den Monat Februar 2015 nebst Zinsen aus einem Betrag von 7.283,15 € in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 01.03.2015,
 - b) weitere 5.783,15 € brutto für den Monat März 2015 nebst Zinsen aus einem Betrag von 7.283,15 € in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2015,
 - c) weitere 5.783,15 € brutto für den Monat April 2015 nebst Zinsen aus einem Betrag von 7.283,15 € in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 01.05.2015zu zahlen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten beider Rechtszüge.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, der Kläger sei als Niederlassungsleiter nicht mehr selbst in der Telefonakquise tätig gewesen.

Bemessungsgrundlage für die Superprovision sei der Nettoplanungswertumsatz der tatsächlich fotografierten und ausgelieferten Fotoserien gewesen. Der vermittelte Nettoplanungswertumsatz sei die Summe der stornobereinigten Gesamtplanungswerte der vom Kläger betreuten Telefonakquisiteure gewesen.

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1 und 2 b) ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Absatz 1 ArbGG.

Die Berufung ist unbegründet.

Das Erstgericht hat die Klage hinsichtlich der geltend gemachten Provisionsansprüche zu Recht abgelehnt.

Die Klage ist insoweit un schlüssig.

Bezüglich des Zeitraums 01.02.2015 bis 08.03.2015 kann sich ein Vergütungsanspruch nur aus den §§ 611, 612, 614 BGB iVm § 5 des Anstellungsvertrags vom 01.07.2012, § 4 der Zusatzvereinbarung vom 01.03.2014 und § 3 der Zusatzvereinbarung vom 30.04.2014 ergeben.

Der Kläger hat in dieser Zeit unstreitig gearbeitet. Ihm stehen daher die vertragsgemäßen Ansprüche auf eine Superprovision zu, soweit diese ins Verdienen gebracht wurden. Dabei kommt es auf die tatsächlich erzielten Umsätze der dem Kläger unterstellten Telefonakquisiteure an.

Darüber hinaus sind zwar Provisionsansprüche aus eigener Akquisition des Klägers denkbar. Insbesondere ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dem Kläger auch für eigene Abschlüsse eine Provision zusteht. Dies ergibt sich aus § 3 der Zusatzvereinbarung vom 01.03.2014 bzw. aus § 1 der Zusatzvereinbarung vom 30.04.2014. In § 3 der Zusatzvereinbarung vom 01.03.2014 heißt es ausdrücklich „neben den Vergütungsansprüchen des Anstellungsvertrages vom 01.07.2012“ erhalte der Arbeitnehmer ein Grundgehalt von 500,00 €. § 1 der Zusatzvereinbarung vom 30.04.2014 enthält eine Bestandsschutzregelung bezüglich der Ansprüche, die sich aus den Vereinbarungen vom 01.07.2014 und vom 30.04.2014 ergeben. Darüber hinaus regeln die Zusatzvereinbarungen vom 01.03.2014 und 30.04.2014 jeweils in § 2, dass die Aufgaben des Niederlassungsleiters zusätzlich zu den bisherigen Aufgaben übertragen werden.

Der Kläger macht geltend, er habe auch eigene Aufträge akquiriert, wenn er vom Kunden stornierte Aufträge nachbearbeitet habe und es daraufhin zum Abschluss eines Geschäfts gekommen sei.

Der Kläger ist indes darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die geltend gemachten Provisionsansprüche sowie die Superprovision in der beanspruchten Höhe entstanden sind. Dies beinhaltet, dass er, macht er bezifferte Ansprüche geltend, darzulegen und im Fall des Bestreitens nachzuweisen hat, dass die für die Provisionen erforderlichen Umsätze getätigt worden sind. Insbesondere besteht ein Provisionsanspruch auf der Basis der durchschnittlich erzielten Provisionen aus einem zurückliegenden Zeitraum von vornherein nicht, wenn es, anders als im Fall des Annahmeverzugs, um einen Zeitraum geht, in dem der Arbeitnehmer die vertragsgemäße Arbeitsleistung erbracht hat.

Der Arbeitnehmer ist insoweit nicht rechtlos gestellt. Vielmehr ist ihm durch § 87 c HGB ein umfassendes Auskunfts- und Abrechnungsrecht eingeräumt. Prozessual steht ihm das Instrument der Stufenklage zur Verfügung.

Der Sachvortrag des Klägers erfüllt die Anforderungen an die Darlegungslast nicht. Er hat seine Klageforderung lediglich mit dem Durchschnittswert der Bezüge im Zeitraum Mai 2014 bis Januar 2015 begründet.

Die Klage ist darüber hinaus auch unschlüssig, soweit es um die Vergütungsansprüche für den Zeitraum 09.03.2015 bis April 2015 geht.

Dem Kläger ist zwar darin zuzustimmen, dass etwaige Ansprüche des Klägers für diesen Zeitraum nach den für § 615 BGB entwickelten Grundsätzen bestehen. Die Beklagte befand sich aufgrund der außerordentlichen Kündigung im Annahmeverzug, §§ 293, 294, 295 BGB. Der Kläger ist nach dem Lohnausfallprinzip daher so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er gearbeitet hätte.

Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, dass, mangelt es bei schwankender Vergütung an Vereinbarungen oder anderen festen Anhaltspunkten für die Frage des mutmaßlich erzielten Entgeltes, dieses gemäß § 287 Absatz 2 ZPO zu schätzen ist. Dabei kann die vom Arbeitnehmer bis zum Eintritt des Annahmeverzugs erzielte Vergütung einen Anhaltspunkt liefern (Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 18.09.2001 – 9 AZR 307/00; juris). Insbesondere ist es zutreffend, dass in diesen Fällen der Durchschnittsverdienst eines vergangenen Referenzzeitraums herangezogen werden kann.

Dies ist indes nur dort geboten, wo eine andere Berechnung nicht möglich ist.

Vorliegend können dem Kläger, wie oben ausgeführt, Ansprüche auf die vereinbarte Superprovision und Ansprüche auf Provision aus selbst getätigten Aufträgen zustehen. Soweit es um Provisionen aus eigenen Aufträgen des Klägers geht, gilt, dass auf die in der Vergangenheit erzielten Provisionen abgestellt werden kann. Dies gilt allerdings nicht für die Superprovision. Der Anspruch auf Superprovision ist anhand objektiver Kriterien feststellbar und bedarf keiner fiktiven Berechnung. Er richtet sich vielmehr nach den von den Telefonakquisiteuren in den Niederlassungen W..., F... und M... unabhängig vom Ausscheiden des Klägers getätigten Nettoumsätzen.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus den vom Kläger zitierten Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz (10 Sa 26/13), des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (15 Sa 15/04) und des Landesarbeitsgerichts Hamburg (5 Sa 113/95). In allen Fällen ging es nicht um eine Superprovision, sondern um Provisionen für Aufträge, die der betreffende Arbeitnehmer selbst abgeschlossen hatte.

Der Kläger kann sich auch nicht auf die in der Vergangenheit getätigten Provisionszahlungen der Beklagten berufen, weil er ab 09.03.2015 nicht mehr auf die ihm unterstellten Mitarbeiter habe Einfluss nehmen können und sich dies auf den Umsatz ausgewirkt habe.

Auch wenn man dies grundsätzlich als richtig unterstellt, entbindet dies den Kläger zum einen nicht von der Obliegenheit, die tatsächlichen Nettoplanungswertumsätze der Mitarbeiter darzulegen. Soweit nämlich die Umstände, die für die Höhe der Forderung maßgeblich sind, aufgeklärt werden können, sind diese zugrunde zu legen und können nicht gemäß § 287 ZPO geschätzt werden. Dies ergibt sich aus § 287 Absatz 2 ZPO.

Eine Schätzung könnte daher allenfalls bezüglich der Frage erfolgen, ob der feststehende Umsatz durch das Tätigwerden des Klägers gesteigert worden wäre. Eine solche Schätzung ist dem erkennenden Gericht indes verwehrt. Der Kläger hat keinerlei Anknüpfungstatsachen vorgebracht, die eine diesbezügliche Schätzung ermöglichen.

Die Schätzung der Höhe einer Forderung hat zu unterbleiben, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hänge“ und daher willkürlich wäre. Die für eine Schätzung unabdingbaren Anknüpfungstatsachen muss derjenige, der den Erfüllungsanspruch geltend macht, darlegen und beweisen. Eine solche Schätzung erfordert – unbeschadet ihrer sonstigen Voraussetzungen – die Darlegung der notwendigen Anknüpfungstatsachen (Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 17.12.2014 – 5 AZR 663/13; juris).

Schließlich veranlasst auch das Vorbringen des Klägers, er habe auf die Superprovision dadurch Einfluss genommen, dass er Aufträge, die vom Kunden storniert worden seien, nachbearbeitet habe, was zur Erteilung des Auftrags geführt habe, keine andere rechtliche Sichtweise. Der Kläger führt selbst aus, wenn ein entsprechendes Geschäft zustande gekommen sei, sei dies als Akquise des Niederlassungsleiters zu werten. In diesem Fall hätte der Kläger dann zwar einen (eigenen) Provisionsanspruch erworben. Es wäre indes Sache des Klägers, die Aufträge zu benennen, aus denen ein solcher Provisionsanspruch herzuleiten ist. Diese hätten sich insbesondere nicht auf die Superprovision ausgewirkt. Die Superprovision wird nach den vertraglichen Regelungen aus dem Nettoplanungswertumsatz ermittelt. Dabei kommt es ausschließlich auf die Aufträge der dem Kläger unterstellten Telefonakquisiteure an. Dies ergibt sich aus § 4 (3) der Zusatzvereinbarung vom 01.03.2014 bzw. aus § 3 (3) der Zusatzvereinbarung vom 30.04.2014.

Demgemäß hätte der Kläger zunächst vortragen müssen, welche Anteile der von ihm vortragenen in der Vergangenheit erzielten Provisionen auf die Superprovision entfallen und welche aufgrund eigener Akquise erzielt wurden. Dies ist auch im Berufungsverfahren

unterblieben, obwohl das Erstgericht die Abweisung der Klage auf diese Gesichtspunkte gestützt hat.

Darüber hinaus bestehen Zweifel daran, ob der vom Kläger gewählte Referenzzeitraum für die Berechnung der streitgegenständlichen Ansprüche geeignet ist. Die Umsatzentwicklung bei der Beklagten ist stark saisonabhängig. Dies ergibt sich aus der vom Kläger vorgelegten Aufstellung. Die Höhe der Provisionen schwankt zwischen ca. 4.300,00 € im Mai 2014 bis ca. 11.900,00 € im Dezember 2014. Da, wie bereits ausgeführt, die geltend gemachten Ansprüche bereits aus anderen Gründen nicht schlüssig vorgetragen sind, bedurfte es allerdings keines entsprechenden Hinweises an den Kläger.

Vielmehr war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Absatz 1 ZPO.

Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Absatz 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Weißenfels
Vorsitzende Richterin
am Landesarbeitsgericht

Michl
ehrenamtlicher Richter

Beer
ehrenamtlicher Richter