

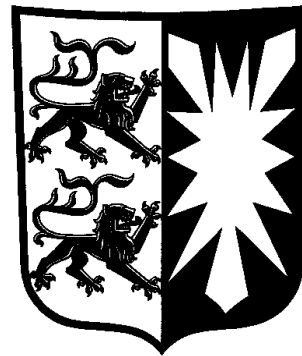
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 2 Sa 307/05

2 Ca 2157 c/04 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10.01.2006

gez....
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



Nichtzulassungsbeschwerde

10 AZN 207/06

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 10.01.2006 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 28.04.2005 – 2 Ca 2157 c/04 – teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

4.000,-- Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld i. H. v. 1.725,90 Euro netto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2004,

weitere 4.000,-- Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld i. H. v. 1.783,43 Euro netto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2005,

weitere 4.000,-- Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld i. H. v. 1.783,43 Euro netto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2005,

weitere 4.000,-- Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld i. H. v. 1.610,84 Euro netto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2005,

weitere 4.000,-- Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld i. H. v. 1.783,43 Euro netto zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2005

abzüglich am 01.08.2005 gezahlter 5.530,78 Euro netto zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten 1. Instanz tragen der Kläger 2 %, die Beklagte 98 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 5 % und die Beklagte zu 95 %.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Im Übrigen wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

TATBESTAND

Die Parteien streiten in der Berufung nur noch um die Frage, wie die Vergütung des Klägers während der Kündigungsfrist zu bemessen ist.

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 01.07.2004 als PKW-Gebrauchtwagen-Verkäufer tätig. Dem Arbeitsverhältnis lag ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 08.04.2004 zugrunde, auf den hinsichtlich der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 5 ff. d. A.). Für die ersten 3 Monate des Arbeitsverhältnisses war Garantiegehalt von 4.000 EUR vorgesehen. Danach sollte ein Fixum von 300 EUR geleistet werden. Die weitergehende Vergütung sollte sich aus der Provision gem. den Provisionsbestimmungen ergeben. Dabei war eine Garantieprovision von 29.196,24 EUR jährlich vereinbart. Der Kläger sollte außerdem ein Firmenfahrzeug auch zur Privatnutzung und 100 l Treibstoff erhalten. In den ersten 4 Monaten seiner Tätigkeit bei der Beklagten hat der Kläger 12 Fahrzeuge verkauft, die einen Provisionsanspruch in Höhe von 3.784,71 EUR auslösten (Aufstellung Bl. 66 d. A.).

Die Beklagte sprach gegenüber dem Kläger 2 Abmahnungen vom 18.10.2004 und 25.10.2004 aus. Der Kläger arbeitete am 27.10.2004 ab 9:00 Uhr und verließ den Betrieb um 18:04. Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 28.10.2004 das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächst zulässigen Termin und warf ihm vor, der Kläger habe seinen Arbeitsplatz unbefugt vor Dienstschluss verlassen. Eine weitere Kündigung sprach die Beklagte mit Schreiben vom 17.12.2004 zum 30.06.2005 aus.

Für die Zeit ab November 2004 zahlte die Beklagte keine Vergütung mehr. Mit Bescheid vom 07.12.2004 (Bl. 29 d. A.) bewilligte die Bundesagentur für Arbeit dem Kläger vorläufig ein Arbeitslosengeld in Höhe von 402,71 EUR wöchentlich/57,53 EUR kalendertäglich für die Zeit ab dem 29.10.2004.

Der Kläger hat die Abmahnungen und die Kündigungen durch Klage angegriffen und Zahlung der Vergütung für die Zeit ab November 2004 gefordert. Er hat vorgetragen,

die Beklagte schulde ihm eine monatliche Vergütung von 5.136,16 EUR brutto abzüglich des wöchentlich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 402,71 EUR netto zu zahlen. Diese Vergütung setze sich zusammen aus der Garantieleistung in Höhe von 2.433,02 EUR brutto aus dem Arbeitsvertrag. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Kläger ein Dienstfahrzeug mit einem Listenpreis von 25.000 EUR auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt worden sei. Dieser Posten sei mit 250 EUR zu bewerten. Des Weiteren sei die Beklagte verpflichtet, ihm monatlich 100 l Treibstoff, der derzeit 1,07 EUR je Liter koste, zur Verfügung zu stellen. Schließlich sei ihm eine zusätzliche Provision in Höhe von 2.346,14 EUR brutto zu zahlen. Diese monatliche Provision hätte er verdient, wenn ihm die Weiterbeschäftigung in der Firma der Beklagten erlaubt gewesen wäre. Bei seiner der Einstellung hätten die Verantwortlichen der Beklagten ihm gegenüber übereinstimmend bekundet, dass in dem Betrieb ca. 750 Autoverkäufe im Jahresschnitt getätigt würden. Hierbei werde eine Durchschnittsprovision von 215 EUR pro Verkaufsabschluss erzielt. Damit ergebe sich ein durchschnittliches Provisionsaufkommen von jährlich 161.249,99 EUR, die auf die drei Verkäufer zu verteilen seien. Damit entfalle auf jeden ein jährliches Provisionseinkommen von 53.749,99 EUR bzw. monatlich von 4.479,16 EUR. Hiervon sei die garantierte Monatsprovision in Höhe von 2.133,02 EUR abzuziehen.

Der Kläger hat, soweit noch von Interesse, beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 15.408,48 EUR brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01.12.2004, auf einen weiteren Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01.02.2005 abzüglich wöchentlich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 402,71 EUR zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 10.272,32 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01. Februar 2005 und auf einen weiteren Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01. März 2005 abzüglich wöchentlich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 402,71 EUR zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stünden dem Kläger keine Vergütungsansprüche mehr zu. Ein etwaiger Vergütungsanspruch des Klägers könne sich allenfalls auf 2.433,02 EUR brutto monatlich belaufen, zusammengesetzt aus dem Fixum von 300 EUR und der Mindestprovision von 2.133,02

EUR. Die bisherigen Verkaufszahlen rechtfertigten keinen Anspruch über die Mindestprovision hinaus. Hinsichtlich des Firmenfahrzeuges sei zu berücksichtigen, dass der Kläger nicht Anspruch auf ein Fahrzeug mit einem Listenpreis von 25.000 EUR habe. Sie verfüge auch über Fahrzeuge, die einen Bruttolistenpreis von 12.000 EUR nicht überstiegen. Auch sei ein Betrag von 150 EUR, der nicht für die Hinfahrten des Klägers in Abzug gebracht worden sei (0,03 % von 25.000,-- EUR x 20 km), gegen zu rechnen.

Das Arbeitsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Beklagte verurteilt, die Abmahnung vom 18.10.2004 aus der Personalakte des Klägers zu entfernen und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung mit Scheiben vom 28.10.2004 beendet worden ist, sondern bis zum 30.06.2005 fortbestanden hat. Weiter hat es die Beklagte verurteilt, an den Kläger insgesamt 14.060,60 EUR brutto abzüglich Arbeitslosengeld i. H. v. insgesamt 8.687,03 EUR netto nebst Zinsen zu zahlen und dem Kläger ein Zwischenzeugnis zu erteilen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Dabei hat es ausgeführt, der Kläger habe Anspruch auf eine monatliche Vergütung von 2.812,12 EUR brutto, zusammengesetzt aus Provisionseinkünften von 2.433,02 EUR, 250 EUR für den nicht weiter zur Privatnutzung gewährten Dienstwagen und 139,10 EUR brutto für die 100 l Treibstoff. Dabei sei auf die Treibstoffkosten ein Aufschlag von 30 % für Steuern und Sozialabgaben auf den unstrittigen Benzinpreis von 1,07 EUR je Liter vorzunehmen. Von der Vergütung sei ein Arbeitslosengeld i. H. v. 57,53 EUR netto je Kalendertag abzuziehen.

Hiergegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung des Klägers, mit der er seinen Zahlungsantrag weiterverfolgt.

Der Kläger trägt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht die von ihm, dem Kläger zu erzielende Jahresprovision nicht berücksichtigt. Das Haupteinkommen werde aus den Provisionen erzielt, wie der Arbeitsvertrag es vorsehe. Die Beklagte habe ihm aber ab November 2004 untersagt, zur Arbeit zu erscheinen, weshalb er die vorgesehene Provisionen nicht habe verdienen können. Die von ihm vorgetragene Daten zum durchschnittlichen Provisionsaufkommen im Betrieb der Beklagten stellten Durchschnittswerte dar, die üblich und angemessen seien. Dass er in den Monaten Juli bis Oktober 2004 die Mindestprovision von 2.133,02 EUR nicht erreicht habe, erkläre sich daraus, dass er erst 4 Monate gearbeitet habe. Eine Steigerung in den

Folgemonaten sei möglich gewesen, wenn er hätte arbeiten dürfen. Die Beklagte habe das nicht bestritten, sondern nur auf die ersten Monate verwiesen. Der von ihm, dem Kläger bereits erstinstanzlich vorgetragene Betrag von insgesamt 5.168,26 EUR monatlich sei bei der Berechnung seiner Ansprüche zugrunde zu legen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 28.04.2005 – 2 Ca 2157 c/04 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 25.680,80 EUR brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01.12.2004, auf einen weiteren von 5.136,16 EUR seit dem 01.01.2005, auf einen weiteren Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01.02.2005 und auf einen weiteren Betrag von 5.136,16 EUR seit dem 01.03.2005 abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 8.856,02 EUR, abzüglich eines am 01.08.2005 gezahlten Betrages von 5.530,78 EUR netto zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, aus dem Arbeitsvertrag folge, dass der Kläger nur in den ersten 3 Monaten ein Gehalt von 4.000 EUR erhalten sollte. Danach habe er neben einem Fixum von 300 EUR eine monatliche Garantieprovision von 2.133,60 EUR erhalten sollen. Ein Pool oder gemeinsamer Topf mit anderen Verkäufern habe nicht existiert und sei auch nicht vorgesehen gewesen. Insbesondere habe es darüber keine Vereinbarung mit der Berufungsbeklagten gegeben. Auch aus den - bestrittenen - Angaben des Geschäftsführers und des Zeugen Funke könne eine Vereinbarung nicht begründet werden. Auch nach dem Vortrag des Klägers handele es sich um Angaben aus den vergangenen Jahren. Es könne auch nicht von einer Durchschnittsprovision i. H. v. 4.479,16 EUR ausgegangen werden. Dies widerspreche der vertraglichen Vereinbarung einer Garantieprovision. Der Kläger habe nach der Kündigung keine Fahrzeuge mehr verkauft und daher auch keinen Anspruch erworben. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, er habe nicht mehr Verkäufe tätigen können. Er hätte die Möglichkeit gehabt, rechtzeitig einen Weiterbeschäftigungsantrag zu stellen. Damit habe er mehr als 3 Monate gewar-

tet. Der Kläger habe auch nicht behauptet, dass er erhebliche Einkommenseinbußen erleide, wenn er nicht weiterbeschäftigt werde. Selbst wenn der Kläger nach Ausspruch der Kündigungen weitergearbeitet hätte, sei unter Berücksichtigung der 12 Verkäufe in den ersten 4 Monaten nicht davon auszugehen, dass die garantierte Mindestprovision überschritten worden wäre. Das Verlangen des Klägers setze eine Steigerung um nahezu 570 % voraus.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat nur teilweise Erfolg.

Der Kläger hat aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs, § 615 BGB, nur Anspruch auf monatlich 4.000 EUR gegen die Beklagte, und zwar einschließlich des geldwerten Vorteils der Privatnutzung des Pkw und des Treibstoffs.

Die Beklagte befand sich ab dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung in Verzug mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers, so dass dieser einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung hat, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, § 615 BGB. Durch die - unwirksame - fristlose Kündigung und die unterlassene Beschäftigung war die Beklagte in Annahmeverzug geraten. Dieser Annahmeverzug war auch nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist am 30.6.2005 beendet. Die Beklagte kann sich insbesondere nicht darauf berufen, dass der Kläger es unterlassen habe, rechtzeitig einen Antrag auf Weiterbeschäftigung zu stellen. Es war vielmehr Sache der Beklagten, den Kläger zur Wiederaufnahme der Arbeit aufzufordern. Nur dadurch konnte die Beklagte den Annahmeverzug beenden (BAG Urteil vom 19.1.1999 - 9 AZR 679/97 - NZA 1999,925 = DB 1999,1864 = BB 1999,2034).

Die Beklagte kann dem Anspruch des Klägers auch nicht § 615 S. 2 BGB entgegenhalten. Danach muss sich der Arbeitnehmer auf den Annahmeverzugslohn den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste böswillig unterlassen hat. Anhaltspunkte für eine derartige Böswilligkeit sind nicht gegeben. Sie ergeben sich auch nicht daraus, dass der Kläger erst etwa 3 Monate nach Erhebung der Klage einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur

Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsantrags gestellt hat. Böswilligkeit kann nur dann bejaht werden, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, d. h. Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich untätig bleibt oder die Arbeitsaufnahme verhindert (LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 18.1.2005 - 2 Sa 711/04 - LAG-Report 2005,168). Das ist hier nicht gegeben. Denn die Beklagte hatte den Kläger durch den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung suspendiert. Es war hier eine Mitwirkungshandlung der Beklagten erforderlich, nämlich die Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und die Zuweisung der Arbeit, damit der Kläger die geschuldete Arbeitsleistung erbringen konnte (BAG Urteil vom 9.8.1984 - 2 AZR 374/83 - AP Nr. 34 zu § 615 BGB = NZA 1985,119 = NJW 1985,935). Ein Arbeitsangebot des Klägers oder gar ein Antrag auf Erlass einer die Weiterbeschäftigung durchsetzenden einstweiligen Verfügung war nicht erforderlich. Vielmehr musste die Beklagte den Kläger auffordern, die Arbeit wieder aufzunehmen (BAG Urteil vom 21.1.1993 - 2 AZR 309/92 - NZA 1993,550). Nur dann könnte die Beklagte sich darauf berufen, dass der Kläger anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen hätte (BAG Urteil vom 14.11.1985 - 2 AZR 98/84 - NZA 1986,637).

Da die Vergütung des Klägers nicht in einem festen regelmäßigen Gehalt bestand, sondern sich aus einem Fixum und umsatzabhängiger Provision zusammensetzte, war eine Schätzung durch das Gericht, § 287 ZPO geboten. Maßgeblich dafür war, welche möglichen Verkaufszahlen und daher zu erreichende Verkaufszahlen im Zeitraum des Annahmeverzugs hätten erreicht werden können.

Hierfür reicht es nicht, die von den Parteien für die Zeit nach Ablauf der ersten 3 Monate vereinbarte Garantieprovision zugrunde zu legen. Wie sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt, gingen die Parteien davon aus, dass der Kläger diese Garantieprovision überschreiten würde. Die Beklagte hat zwar in Abrede gestellt, dass von den 3 Verkäufern etwa 750 Verkäufe mit einer Durchschnittsprovision von 215 EUR erzielt werden könnten. Sie hat es aber, entgegen ihrer aus § 138 ZPO folgenden Pflicht zum vollständigen Vortrag, unterlassen, die aus ihrer Sicht zutreffenden Zahlen anzugeben. Sie kann daher nicht damit gehört werden, es könnten nur die 12 Verkäufe aus den ersten 4 Monaten als Basis einer Schätzung dienen. Hinzu kommt, dass die Parteien selbst davon ausgingen, dass eine gewisse Einarbeitungs-

zeit erforderlich sei. Sonst wäre die Zusage einer festen Vergütung für die ersten 3 Monate nicht erforderlich und sinnvoll gewesen.

Es können aber auch nicht die vom Kläger angegebenen 750 Verkäufe, d.h. je Verkäufer 250, herangezogen werden. Denn die in den ersten Monaten erreichten Verkaufszahlen sprechen nicht dafür, dass der Kläger in den Monaten des Annahmeverzugs diese Zahl mit Sicherheit erreicht hätte.

Auf eine Poolbildung kann der Kläger sich nicht berufen. Im Vertrag selbst ist ein Pool nicht vereinbart worden. Es hätte dazu ohnehin einer mehrseitigen Vereinbarung, nämlich zwischen dem Kläger und den beiden weiteren Verkäufern und der Beklagten bedurft. Selbst wenn der Kläger mit den beiden anderen Verkäufern die Poolbildung abgesprochen haben sollte, was als wahr unterstellt werden kann, wird daraus die Beklagte nicht direkt verpflichtet. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Hinweises des Klägers in der mündlichen Verhandlung auf den handschriftlichen Zusatz im Arbeitsvertrag zur „Topfregelung“. Denn dieser Zusatz bezieht sich auf den Ausschluss einer Verrechnung während Krankheit und Urlaub. Er deutet auf die Möglichkeit einer „Topfregelung“ hin, regelt aber nicht die Folgen bei anderweitiger Nichtbeschäftigung.

Basis der Schätzung der Vergütung des Klägers kann aber das von den Parteien für die ersten 3 Monate vereinbarte Festgehalt sein. Dieses sollte dem Kläger in den ersten Monaten der Einarbeitung eine wirtschaftliche Absicherung bieten. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte hier aus reiner Großzügigkeit einen zu hohen Betrag gewählt hat. Vielmehr spricht alles dafür, dass sie einen von ihr als realistisch angesehenen Betrag zugrunde gelegt hat. Dieser hat daher auch Grundlage der Schätzung für die Dauer des Annahmeverzuges zu sein.

Von diesem Betrag sind indes, da sich in den ersten 4 Monaten die Verkaufszahlen, wie vom Kläger selbst in der Berufungsverhandlung zugestanden, nicht befriedigend entwickelt haben, Abzüge vorzunehmen. Nach Schätzung der Kammer liegen diese etwa in Höhe des wirtschaftlichen Wertes der Privatnutzung des Pkw sowie der Treibstoffkosten. Es ergibt sich daher ein monatlicher Gesamtbetrag von 4.000 EUR, den die Beklagte während der Dauer des Annahmeverzuges, d. h. für die Monate November 2004 bis einschließlich 31.3.2005 - mehr ist nicht beantragt -, zu zahlen hat.

Von dieser Vergütung von insgesamt 20.000 EUR brutto, die gem. §§ 286, 288 BGB zu verzinsen ist, sind die gezahlten Leistungen an Arbeitslosengeld, § 115 SGB X, und die inzwischen von der Beklagten gezahlten 5.530,78 EUR netto in Abzug zu bringen.

Die weitergehende Berufung ist zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO entsprechend dem wechselseitigen Unterliegen. Insoweit war auch eine Abänderung des erstinstanzlichen Kostenauspruchs geboten.

Gesichtspunkte, die eine Zulassung der Revision fordern, sind nicht ersichtlich.

Gez. ...

gez. ...

gez. ...