

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 13 a/11
4 Ca 866 b/10 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 06.12.2011

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

...

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 06.12.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ...als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 20.10.2010 – 4 Ca 866 b/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Zahlungs- und Auskunftsansprüche aus einem beendeten Arbeitsverhältnis.

Die Beklagte war vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2009 bei der Klägerin als Immobilienmaklerin und Vertriebsassistentin beschäftigt. Hinsichtlich des Entgelts vereinbarten die Parteien im schriftlichen Arbeitsvertrag (Bl. 4 – 7 d. A.) u. a. Folgendes:

§ 3 Entgelt

1. Als Entgelt für die Teiltätigkeit als Vertriebsassistentin erhält die Mitarbeiterin ein monatliches Gehalt in Höhe von € 800,00 brutto (in Worten: Achthundert). Dieses Entgelt unterliegt der freien Vereinbarung. Die Auszahlung erfolgt zum 15. des Monats.
4. Als Entgelt für die Teiltätigkeit als Immobilienmaklerin erhält die Mitarbeiterin aus selbst getätigter Immobilienvermittlung von der bei der Gesellschaft eingehenden Courtage 30 % der Nettoprovisionen. Von der Gesamt-Nettoprovision sind Provisionen aus Gemeinschaftsgeschäften, die an weiterbeteiligte Makler abgeführt werden müssen, abzuziehen. Bemessungsgrundlage ist damit die Nettoprovision (ohne Mehrwertsteuer) nach Abzug von Fremdprovisionen auf dem Konto der Gesellschaft. Die

Berechnung der an die Mitarbeiterin auszahlenden Provision erfolgt monatlich auf der Grundlage der bei der Gesellschaft eingehenden Netto-provisionen. Die Auszahlung wird entsprechend im Folgemonat vorgenommen.

5. Die Mitarbeiterin erhält als Abschlagszahlung auf Provisionen, die unter Punkt 4 dieses Paragraphen beschrieben sind, monatlich € 1.800,00 brutto (in Worten: Eintausendachthundert). Entsprechend erfolgt im darauf folgenden Auszahlungsmonat eine Nachzahlung bzw. ein Entgeltabzug.

Tatsächlich zahlte die Klägerin an die Beklagte neben den in § 3 Nr. 1 vereinbarten € 800,00 brutto monatlich € 1.800,00 brutto, die in den Gehaltsabrechnungen der Beklagten als „Provision“ bezeichnet wurden. Zu dem in § 3 Ziff. 5 Satz 2 des Arbeitsvertrages vorgesehenen Entgeltabzug oder einer Nachzahlung an die Beklagte kam es nicht. Die Auszahlung des Gehalts erfolgte jeweils nach einer entsprechenden Anweisung des Geschäftsführers der Klägerin an die Personalabteilung der ...-Bank, die die Gehaltszahlungen für die Klägerin abwickelte. Die Beklagte erhielt von dieser Auszahlungsanweisung eine Kopie. Ab Juni 2009 war diesen Auszahlungsanweisungen jeweils eine aktuelle Übersicht über den Umfang der Provisionsvorauszahlung, den monatlichen Umsatz sowie die Höhe der „noch nicht ins Verdienen gebrachten“ Provision beigefügt. Warum es nicht zu einer Verrechnung des „Abschlags“ mit den verdienten Provisionen kam, ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 27.10.2009 (Bl. 31. d. A.) forderte die Klägerin die Beklagte auf, den Nettobetrag der bisher noch nicht verdienten Provisionen bis zum 18.11.2009 zurückzuzahlen. Die Beklagte schrieb mit einer E-Mail vom 25.11.2009 (Bl. 45 d. A.) an die Klägerin u. a.:

„ Ob überhaupt eine Rückforderungssumme besteht entscheidet sich erst, wenn der letzte Maklervertrag mit den Kunden ausgelaufen ist. In der KW 48 wurden von mir 2 neue Makleralleinvertträge geschlossen. Desweiteren habe ich ein Objektvolumen von 1.492.000 €, die noch bis zum 31.12.2009 verkauft werden können.“

Wegen des weiteren Inhalts dieser E-Mail wird auf Bl. 45 d. A. verwiesen.

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte die Beklagte einen Betrag von

€ 4.666,80 an gezahlten „Provisionen“ noch nicht ins Verdienen gebracht. Diesen Betrag verlangt die Klägerin mit der Klage.

Am 30.09./10.10.2009 akquirierte die Beklagte für die Klägerin einen Immobilien-Alleinauftrag von dem Auftraggeber „D...“ (Bl. 32 d. A.). Am 24.11.2009 akquirierte sie einen Alleinauftrag vom Auftraggeber „G, .“ (Bl. 33. d. A.) und am 12./13.11.2009 akquirierte sie einen Alleinauftrag von Frau H. Sch., vertreten durch Frau H. V. (Bl. 34 d. A.). In allen Fällen erstellte die Beklagte auch ein Exposé über die von der Klägerin zu vermittelnden Immobilien. Für das Objekt D. meldete sich ein Interessent am 08.02.2010, an den das Haus im Mai 2010 für 315.000,00 € verkauft wurde. Für das Objekt B. meldete sich ein Käufer am 10.03.2010, an den das Objekt für 70.000,00 € verkauft wurde und für das Objekt Sch. meldete sich ein Kunde am 25.05.2010, an den das Objekt für 155.000,00 € verkauft wurde.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe die nicht ins Verdienen gebrachten Provisionsabschlagszahlungen an die Klägerin zurückzuzahlen, was sich aus der Vereinbarung in § 3 des Arbeitsvertrages ergebe.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € 4.666,80 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.03.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen

sowie widerklagend,

1. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte € 3.600,00 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit März 2010 zu zahlen,

2.

a) die Klägerin zu verurteilen, der Beklagte Auskunft über die in der Zeit vom 01. Januar 2010 bis 24. Mai 2010 verdienten Provisionen zu erteilen,

b) die Klägerin zu verurteilen, erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides statt zu versichern,

c) die Klägerin zu verurteilen, die sich aufgrund der Auskunft ergebenden Provisionen an die Beklagte zu zahlen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, Rückzahlungsansprüche stünden der Klägerin nicht zu, da der Vertrag der Parteien stillschweigend dahin geändert worden sei, dass eine Garantieprovision bzw. ein Gehaltsfixum gezahlt werde. Eine Rückzahlungsverpflichtung sei vertraglich nicht geregelt, ebenso wenig die Kumulation von Rückzahlungsansprüchen. Sie habe aufgrund der bisherigen Praxis darauf vertraut, die Provisionen nicht zurückzahlen zu müssen.

Zu keiner Zeit habe sie darum gebeten, die Provisionszahlungen mit späteren Verdiensten verrechnen zu dürfen. Richtig sei vielmehr, dass die Rückforderung der angeblich überzahlten Provisionen von der Klägerin erstmalig im Oktober 2009 thematisiert worden sei. Anlass seien Gespräche über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das Befristungsende hinaus gewesen. Ein Rückforderungsanspruch bestehe auch deswegen nicht, weil die Klägerin durch die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses versuche, in unzulässiger Weise einen Teil ihres originären Unternehmerisikos auf die Beklagte abzuwälzen. Sie, Beklagte, habe sich täglich im Empfangsbereich aufzuhalten gehabt. Zu einem ungefähr hälftigen Verhältnis von Assistenz- und Maklertätigkeiten sei es erst ab April 2009 gekommen. Sie habe damit nicht die gleichen Freiheiten und Möglichkeiten für die Entfaltung und Wahrnehmung von Maklertätigkeiten besessen, wobei es nicht darauf ankomme, dass ihr konkret niemals ein Ortstermin verwehrt worden sei.

Im Hinblick auf die konkludente Vertragsänderung stünden ihr noch die Garantiezahlungen von jeweils 1.800,00 € brutto für November und Dezember 2009 zu. Darüber hinaus müsse die Klägerin ihr Auskunft über die von ihr erzielten Provisionen erteilen. Sie habe maßgeblich die Verkäufe der Objekte D., B. und Sch. eingeleitet. Provisionsabrechnungen hierfür habe sie nicht erhalten.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie hat erwidert:

Über das Bestehen von Rückforderungsansprüchen der Klägerin sei monatlich mit der Beklagten gesprochen worden. Auf Wunsch der Beklagten sei eine Verrechnung der Abschlagszahlung mit den Provisionsansprüchen zunächst unterblieben. Die Beklagte habe darauf hingewiesen, sie könne die Abschlagszahlungen noch ins Verdienen bringen. Das ergebe sich auch aus der Mail vom 25.11.2010.

Die Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten folge aus § 3 Ziff. 5 des Arbeitsvertrags. Die Vereinbarung sei wirksam und nicht konkludent abgeändert. Hierzu trage die Beklagte keine ausreichenden Tatsachen vor.

Provisionsansprüche aus den 3 genannten Geschäften habe die Beklagte nicht. Ihr werde daher Auskunft dahingehend erteilt, dass der Provisionsanspruch „0 €“ betrage. Die Käufer hätten sich erst weit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten bei ihr gemeldet. Im Übrigen seien 2 der 3 Exposés der Klägerin unbrauchbar gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Parteien hätten eine zulässige Vorschussvereinbarung getroffen. Da die Beklagte die gezahlten Vorschüsse nicht ins Verdienen gebracht habe, sei sie zur Rückzahlung verpflichtet. Die Vergü-

tungsvereinbarung sei unter keinem der von der Beklagten angesprochenen Gesichtspunkte unwirksam. Allein die Möglichkeit, dass die Klägerin der Beklagten durch Weisung einen bestimmten Tätigkeitsbereich zuweise, in dem keine Provisionserträge erzielt werden könnten, reiche nicht aus, um die Unwirksamkeit des Vertragswerks anzunehmen. Die Rechtmäßigkeit derartiger Weisungen bestimme sich nach § 106 Gewerbeordnung.

Der mit der Widerklage geltend gemachte Provisionsvorschussanspruch bestehe nicht, da die Beklagte diese Vorschüsse sofort zurückzahlen müsse. Es stünden auch keine nachvertraglichen Provisionsansprüche zu, da nicht bereits die Hereinnahme des Maklerauftrags den Provisionsanspruch auslöse. Im Übrigen sei der Auskunftsanspruch der Beklagten durch Erfüllung erloschen.

Gegen dieses ihr am 09.12.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10.01.2011, einem Montag, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbeurkundungsfrist bis zum 09.03.2011 am 09.03.2011 begründet.

Die Beklagte trägt vor:

Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass der Arbeitsvertrag konkludent geändert worden sei. Da die Vertragsdauer des Arbeitsverhältnisses nur ein Jahr betragen habe, sei der Maßstab für eine konkludente Vertragsänderung ein anderer, als der, den das Arbeitsgericht zugrunde gelegt habe. Entgegen der Darstellung des Arbeitsgerichts sei die Verrechnung nicht nur in den ersten 5 Monaten, sondern bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht erfolgt. Auf die zentrale Argumentationslinie ihrer Hilfserwägungen, wonach die vertragliche Rückzahlungspflicht unzulässig sei, weil das unternehmerische Risiko im Arbeitsvertrag von der Klägerin auf die Beklagte verlagert worden sei, gehe das Gericht überhaupt nicht ein. Sie, die Beklagte, habe nicht damit rechnen können, dass aufgrund einer umfassenden Anwesenheitspflicht und der Belastung mit nicht provisionspflichtigen Tätigkeiten sie nicht mit Provisionen ins Verdienen habe kommen können. Deswegen sei schon die Vertragsgestaltung unwirksam, ohne dass es darauf ankomme, ob sie konkret an der Ausübung provisions-trächtiger Tätigkeiten gehindert worden sei. Sie sei verpflichtet gewesen, ständig zu

den betriebsüblichen Kernarbeitszeiten der ...-Bank P. im Büro präsent zu sein. Im Übrigen sei die Klägerin auch schadensersatzpflichtig, da durch die Kumulation von Rückzahlungsansprüchen gegen die vertragliche Pflicht zur monatlichen Verrechnung verstoßen worden sei. Dann wäre sie, Beklagte, nicht so hoch verschuldet gewesen. Im Übrigen könne die Rückforderung auch eine unzulässige Rechtsausübung sein, was das Arbeitsgericht bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen habe.

Auch die Widerklage sei begründet. Die Klägerin habe bisher nicht ordnungsgemäß Auskunft darüber erteilt, in welcher Höhe für die besagten Abschlüsse tatsächlich Provisionen an sie gezahlt worden seien und welche Provisionsansprüche daraus für sie erwachsen. Sie, die Beklagte, sei nur zu Maklertätigkeiten verpflichtet gewesen, nicht etwa angestellt als Makler. Ihre Aufgabe sei es gewesen, Makleraufträge, die sogenannten Immobilien-Alleinaufträge, hereinzuholen, Objektpräsentationen und -materialien vorzubereiten sowie auch Kauf- und Verkaufsinteressenten wie Miet- und Vermietungsinteressenten unter Vereinbarung von Courtageansprüchen zusammenzuführen. Die den Provisionsanspruch auslösende Leistung einer erfolgreichen selbst getätigten Immobilienvermittlung sei daher auch dann als erbracht anzusehen, wenn ein erfolgter Verkauf oder eine Vermietung maßgeblich auf einer Kunden- oder Objektakquise durch sie beruhe, wenn sie also den Alleinauftrag für die Klägerin hereinhole. Lediglich die Fälligkeit des Provisionsanspruchs sei aufgeschoben gewesen bis zum endgültigen Abschluss des Objektverkaufs und, wie die Beklagte in der Berufungsverhandlung ausgeführt hat, aufschiebend bedingt durch den tatsächlichen Verkauf des Objekts. Darüber hinaus könne sie ihre nachvertraglichen Provisionsansprüche auch auf § 87 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB stützen.

Die Beklagte beantragt für Recht zu erkennen:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 20. Oktober 2010, Az. 4 Ca 866 b/10, wird abgeändert. Die Klage wird abgewiesen. Auf die Widerklage wird die Klägerin und Widerbeklagte verurteilt,

1. an die Beklagte und Widerklägerin € 3.600,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02. März 2010 zu zahlen,

2. a) der Beklagten Auskunft über die in der Zeit vom 01. Januar 2010 bis 24. Mai 2010 verdienten Provisionen zu erteilen,

b) erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides statt zu versichern,

c) die sich aufgrund der Auskunft ergebenden Provisionen an die Beklagte zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Berufung für teilweise unzulässig, da die Beklagte sich nicht mit dem Einwand der Erfüllung des Auskunftsanspruchs auseinandergesetzt habe. Im Übrigen sei die Berufung unbegründet. Die Beklagte verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts und wiederholt im Wesentlichen ihren Vortrag aus erster Instanz.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im Einzelnen wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die in vollem Umfang zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft sowie form- und fristgemäß eingelegt. Die Berufung ist auch ordnungsgemäß begründet worden.

Das gilt auch, soweit die Berufung sich gegen die Abweisung des Widerklageantrags zu 2. wendet.

Gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen der Berufungskläger eine Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ableitet. Dabei genügt, dass er die Umstände nennt, die seines Erachtens gegen die Richtigkeit des Urteils sprechen; eine nähere Begründung muss er für seine Auffassung nicht liefern (vgl. Ostrowicz/Künzl/Scholz, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, 4. Auflage, Rn. 488).

Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung unter 4. ausgeführt, die Klägerin habe bis dato nicht ordnungsgemäß Auskunft erteilt. Damit hat sie sich inzident mit der Begründung des Arbeitsgerichts, der Auskunftsanspruch der Beklagten sei erfüllt, auseinander gesetzt. Eine weitergehende Begründung dieser Auffassung durch die Beklagte war danach nicht erforderlich. Erkennbar rügt die Beklagte, dass Erfüllung ihres Auskunftsanspruchs noch nicht eingetreten sei.

II.

Die Berufung ist jedoch unbegründet, da die Klage begründet und die Widerklage der Beklagten in vollem Umfang unbegründet ist.

1. Die Klage ist begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von € 4.666,80 nebst Zinsen zu. Der Anspruch folgt aus § 3 Nr. 5 des Arbeitsvertrags der Parteien.

a) In § 3 Nr. 5 des Arbeitsvertrags haben die Parteien eine Vorschussvereinbarung getroffen, auch wenn die dort genannte Zahlung von den Parteien als „Abschlagszahlung“ bezeichnet worden ist. Damit ist auch vertraglich vereinbart, dass die Beklagte nicht verdiente Vorschüsse zurückzahlen muss.

aa) Abschlagszahlungen sind Zahlungen auf bereits verdientes, aber noch nicht abgerechnetes Arbeitsentgelt, Vorschüsse sind Vorauszahlungen des Arbeitgebers auf noch nicht verdienten Lohn (vgl. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage, § 614 BGB, Rn 19 und 22). Danach erhielt die Beklagte von der Klägerin einen monatlichen Vorschuss in Höhe von 1.800,00 € brutto. Da der Provisionsanspruch der Beklagten erst mit Abschluss des notariellen Kaufvertrags entsteht (dazu näher später unten), waren die laufenden Zahlungen zunächst Vorschüsse auf diesen Provisionsanspruch. Tatsächlich hatte die Beklagte etwa im Januar 2009 noch gar keinen provisionspflichtigen Abschluss vermittelt, so dass eine Abschlagszahlung von vorn herein nicht in Betracht kommt.

bb) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Inhalt einer Vorschussvereinbarung auch, dass die Rückzahlung eines nicht ins Verdienen gebrachten Vorschusses zwischen den Parteien vertraglich vereinbart ist.

Derjenige, der Geld als Vorschuss nimmt, verpflichtet sich auch, den Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzuzahlen, wenn und soweit eine bevorschusste Forderung nicht entsteht (BAG, Urteil vom 20.06.1988 – 3 AZR 504/87 -, Juris, Rn 20). Bei einer

Vorschussgewährung von Geld sind sich Vorschussgeber und Vorschussnehmer darüber einig, dass der Letztere Geld für eine Forderung erhält, die entweder noch gar nicht entstanden oder nur aufschiebend bedingt entstanden oder zwar entstanden aber noch nicht fällig ist. Beide Teile sind sich weiterhin darüber einig, dass im Falle der Entstehung bzw. der endgültigen unbedingten Entstehung oder des Fälligwerdens der so bevorschussten Forderung der Vorschuss auf die Forderung zu verrechnen sei. Sollte die Forderung nicht oder nicht zeitgerecht entstehen, soll der Vorschussnehmer verpflichtet sein, den erhaltenen Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzugewähren (BAG, Urteil vom 15.03.2000 – 10 AZR 101/99 – Juris Rn 57).

Damit ist entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten zwischen den Parteien die Rückzahlung eines nicht verdienten Vorschusses vertraglich vereinbart.

b) Diese Rückzahlungsvereinbarung ist nicht wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

aa) Bei dem Vertragsformular, dessen Geltung die Parteien vereinbart haben, handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 307 – 310 BGB. Es handelt sich ersichtlich um ein von der Klägerin vorformuliertes Vertragsexemplar. Einwendungen gegen die AGB-Kontrolle sind von der Klägerin auch nicht erhoben worden.

bb) Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Die Voraussetzung dieser Vorschrift liegen nicht vor. Die Rückzahlungsvereinbarung der Parteien ist klar und verständlich.

Der Begriff des Vorschusses, wie auch der hier von den Parteien verwandte Begriff der Abschlagszahlung, ist eindeutig. Er wird nicht nur wegen der gerade zitierten Rechtsprechung des BAG, sondern allgemein im Geschäftsleben dahingehend verstanden, dass nicht verdiente Vorschüsse zurückzuzahlen sind. Raum für Unklarheiten verbleibt insoweit nicht.

Unwirksam könnte allenfalls die in § 3 Ziff. 5 Satz 2 geregelte Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs sein. Es wird nämlich nach dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht ganz klar, ob ein Entgeltabzug in jedem Fall erfolgen soll, was die Folge hätte, dass tatsächlich die vereinbarten € 1.800,00 bei der Klägerin praktisch nie zur Auszahlung gelangt wären. Ebenfalls denkbar ist auch eine Auslegung dahingehend, dass ein Entgeltabzug nur für den Fall erfolgen soll, dass die Beklagte in einem Monat mehr als €1.800,00 an Provisionen verdient hat und eine Verrechnung mit dem Betrag erfolgen soll, der €1.800,00 übersteigt. Darauf, ob diese Fälligkeitsregelung unklar ist oder nicht, kommt es aber nicht an. Auch wenn sie unwirksam wäre, würde das das grundsätzliche Bestehen eines Rückzahlungsanspruchs für nicht verdiente Vorschüsse nicht beseitigen. Insoweit ist die Fälligkeit eines Rückzahlungsanspruchs von dessen Bestand zu trennen. So wäre die Beklagte auch zur Rückzahlung verpflichtet, wenn § 3 Nr. 5 Satz 2 des Arbeitsvertrags komplett gestrichen wird.

c) Die Rückzahlungsvereinbarung der Parteien ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

aa) Eine Inhaltskontrolle der Rückzahlungsvereinbarung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB findet nicht statt.

Klauseln, die lediglich den Gesetzeswortlauf wiederholen (deklaratorische Klauseln), unterliegen nicht der Inhaltskontrolle. Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 gelten die Absätze 1 und 2 nur für Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Begriff „Rechtsvorschriften“ ist weit zu verstehen. Es zählen nicht nur die förmlichen Gesetze, sondern auch die ungeschriebenen Rechtsgrundsätze und das Richterrecht hierzu. Zum Richterrecht gehört auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der derjenige, der Geld als Vorschuss nimmt, sich auch verpflichtet, den Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzuzahlen, wenn und soweit die bevorschusste Forderung nicht entsteht (LAG Hamm, Urteil vom 03.03.2009 – 14 Sa 361/08 – Juris Rn 56 und 57).

Damit unterliegt die Rückzahlungsvereinbarung der Parteien keiner Inhaltskontrolle.

bb) Eine andere Betrachtungsweise gebietet auch nicht das von der Beklagten vorgetragene Argument, durch die Vertragsgestaltung der Klägerin im zugrunde liegenden Fall werde in unzulässiger Weise das unternehmerische Risiko der Klägerin auf die Beklagte verlagert, weil diese durch Ausübung des Direktionsrechts die Möglichkeit habe, die Beklagte in Bereichen zu beschäftigen, in denen sie keine Provisionen verdienen könne, nämlich als Vertriebsassistentin.

Auch mit dieser von der Beklagten vorgenommenen Darstellung weicht die Vertragsgestaltung nicht von der gesetzlichen Regelung ab. Das, was die Beklagte als unzulässige Verlagerung des Unternehmerrisikos beschreibt, ist nichts anderes als das gesetzlich in § 106 Gewerbeordnung geregelte Direktionsrecht des Arbeitgebers. Dieses erlaubt, dass der Arbeitgeber die nähere Art und den Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmt. Nichts anderes ist das, was die Beklagte als unzulässig rügt. Unzulässig ist insoweit aber nicht die Vertragsgestaltung, sondern allenfalls eine konkret rechtswidrige Ausübung des Direktionsrechts, die unter Umständen zu Schadensersatzansprüchen führen kann, etwa wenn die Klägerin die Beklagte tatsächlich überwiegend/ausschließlich mit Aufgaben beauftragen würde, bei denen keine Provisionen zu verdienen wären. Das wird von der Beklagten selbst aber ausdrücklich nicht geltend gemacht.

d) Die Parteien haben die vertraglich vereinbarte Rückzahlung des Provisionsvorschusses auch nicht stillschweigend in die Zahlung einer Garantieprovision oder eines Gehaltsfixums geändert.

Richtig ist, dass ein Arbeitsvertrag auch durch konkludente Willenserklärungen geschlossen und auch geändert werden kann. Allerdings setzt die Annahme, eine Willenserklärung sei durch konkludentes Verhalten abgegeben worden, einen konkreten Geschehenszusammenhang voraus, der unter Beachtung der Verkehrssitte und unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls einen Erklärungswert für die Handlung ergibt. Auch für die konkludente Willenserklärung ist insoweit entscheidend, wie sie vom Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Ein

schlüssiges Verhalten kann auch dann als Willenserklärung gewertet werden, wenn der Handelnde an die Möglichkeit einer solchen Wertung nicht gedacht hat (BAG, Urteil vom 09.03.2005 – 5 AZR 231/04 – Juris Rn 23).

Danach durfte die Beklagte, auch wenn man zu ihren Gunsten davon ausgeht, dass die Rückzahlung der Provision von ihr erstmalig mit Schreiben vom 27.10.2009 verlangt wurde, nicht annehmen, die Klägerin habe ihr gegenüber ein Angebot auf Umwandlung des Provisionsvorschusses in ein Fixum abgegeben.

Für die Annahme einer entsprechenden Willenserklärung der Klägerin sprächen allenfalls zwei Umstände: zum einen, dass der Provisionsvorschuss in den Gehaltsabrechnungen als „Provision“ ausgewiesen worden ist, zum zweiten der Umstand, dass die Klägerin, die erstmals bei der Abrechnung des Februar-Lohns am 15.02.2009 eine Verrechnung hätte vornehmen können, bis zum 15.06.2009 tatsächlich keine Verrechnung vorgenommen hat. Spätestens mit der der Juni-Abrechnung beigefügten Übersicht über die bislang nicht ins Verdienen gebrachten Provisionen war bei der Beklagten ein Vertrauen darauf, dass sie eine Garantie-Provision erhalten sollte, zerstört (vgl. zu einem ähnlichen Sachverhalt BAG vom 20.06.1988 – 3 AZR 504/87 – Juris, Rn 22).

Die beiden genannten Umstände genügen nicht, um die Annahme zu begründen, die Klägerin habe eine konkludente Willenserklärung auf Vertragsänderung abgegeben. Die Gehaltsabrechnung der Beklagten wurde nicht von der Klägerin selbst, sondern von der ...-Bank erstellt, was die Beklagte wusste. Für einen objektiven Erklärungsempfänger gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin der Beklagten über die von einer dritten Seite erstellte Gehaltsabrechnung konkludent ein Vertragsangebot unterbreiten wollte. Gleiches gilt für die Anweisung des Geschäftsführers der Klägerin an die Personalabteilung der ...-Bank, an die Beklagte € 2.600,00 auszuzahlen (vgl. Anlage B 2, Bl. 29 f d. A.). Abgesehen davon, dass zum Zeitpunkt jener Anweisung im September 2009 bereits als Anlage der jeweils laufende Saldo der Provisionsansprüche der Beklagten beigefügt war, besagt die Anweisung an die Personalabteilung, einen bestimmten Betrag auszuzahlen, nichts darüber, ob dieser Betrag endgültig bei dem Zahlungsempfänger verbleiben soll. Schließlich fällt auch ins

Gewicht, dass hier nur ein Zeitraum von 4 Monaten (vom 15.02. – 15.06.2009) in Rede steht, aus dem sich ein Vertrauenstatbestand für die Beklagte ergeben soll. Das ist nach Auffassung der Kammer deutlich zu kurz um anzunehmen, es könne eine konkludente Vertragsänderung vereinbart worden sein. Dem steht der Einwand der Beklagten, die Vertragsdauer von nur einem Jahr sei bei dieser Auslegung zu berücksichtigen, nicht entgegen. Ein Vertrauen auf eine Vertragsänderung ist nicht deswegen schneller schützenswert, weil der in Rede stehende Vertrag nur befristet abgeschlossen ist.

e) Die Vergütungsvereinbarung der Parteien ist auch nicht sittenwidrig.

Die Sittenwidrigkeit von Vergütungsvereinbarungen mit der Verpflichtung zur Rückzahlung von Provisionsvorschüssen kommt in Betracht, wenn durch die Vorschusszahlungen eine unzulässige Bindung des Arbeitnehmers herbeigeführt wird oder wenn die Provisionsabrede so getroffen ist, dass der Arbeitnehmer die erforderlichen Umsätze überhaupt nicht erbringen kann (BAG, Urteil vom 20.06.1988 – 3 AZR 504/87 – Juris, Rn 25).

Für derartige Umstände bestehen hier keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil: die Klägerin ging im November 2007 selbst noch davon aus, dass eine deutliche Reduzierung der Rückzahlungsforderung möglich sei. Nach ihrer E-Mail vom 25.11.2009 befanden sich zu jenem Zeitpunkt noch Immobilien im Wert von 1.492.000,00 € in ihrem Vermittlungsbestand. Wenn sie bis zum Jahresende nur einige dieser Immobilien hätte vermitteln können, wäre eine Rückforderung der Beklagten ausgeschlossen oder jedenfalls deutlich minimiert gewesen.

f) Schließlich ist die Geltendmachung des Anspruchs durch die Klägerin auch nicht treuwidrig nach § 242 BGB. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte ausdrücklich klargestellt, dass sie nicht die Ausübung des Direktionsrechts der Klägerin im Einzelnen für rechtswidrig halte. Ferner hat sie nicht den Vorwurf erhoben, ihr sei durch die Zuweisung von Tätigkeiten im Aufgabenkreis der Vertriebsassistentin die Möglichkeit genommen worden, Provisionen zu erzielen. Vielmehr ist unstrittig, dass die Beklag-

te für etwaige Besichtigungstermine der von ihr betreuten Objekte freigestellt worden ist.

Allein der Umstand, dass die Klägerin die Beklagte über mehrere Monate nicht auf Rückzahlung der Vorschüsse in Anspruch genommen hat, macht ihr jetziges Vorgehen nicht treuwidrig. Zwar ist einzuräumen, dass die Beklagte durch dieses Vorgehen am Ende des Arbeitsverhältnisses mit einer erheblichen Rückzahlungsforderung belastet ist. Letztlich ist die Nichtbeitreibung von Forderungen aber für den Schuldner regelmäßig günstiger. Die Beklagte muss insoweit bedenken, dass sie bei einem anderen Vorgehen der Klägerin regelmäßig mit € 800,00 und unregelmäßigen geringen Provisionen für ihre Vertriebsassistententätigkeit hätte ihren Lebensunterhalt bestreiten müssen. Aus vorstehenden Gründen besteht auch kein Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin. Die Nichtgeltendmachung von Zahlungsansprüchen führt beim Schuldner nicht zu einem Schaden, sondern eher zu einem (Zins-)Vorteil.

g) Soweit die Beklagte sich in erster Instanz darauf berufen hat, sie habe das ihr gezahlte Geld ausgegeben und für ihren Lebensunterhalt verbraucht, ist dieser Einwand unerheblich. Er könnte allenfalls im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB unter dem Aspekt der „Entreicherung“ relevant sein. Die Klägerin macht aber keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB, sondern einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch geltend.

2. Die Widerklage ist mit beiden Anträgen unbegründet.

a) Der Widerklageantrag zu 1. ist unbegründet. Die Parteien haben die Vorschussvereinbarung in § 3 Nr. 5 des Arbeitsvertrags nicht stillschweigend in die Vereinbarung eines Gehaltsfixums umgewandelt. Damit bestehen auch keine Zahlungsansprüche der Beklagten auf diesen Vorschuss für die Monate November und Dezember 2009, da die Beklagte die entsprechenden Vorschüsse sofort zurückzahlen müsste (§ 242 BGB – Dolo-Agit-Einwand). Insoweit wird in vollem Umfang auf die zutreffende Begründung des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

b) Die Widerklage zu 2., die als Stufenklage gemäß § 254 ZPO zulässig ist, ist in vollem Umfang unbegründet.

Da feststeht, dass der Beklagten kein Zahlungsanspruch gegen die Klägerin mehr zusteht, ist die Klage vom Arbeitsgericht zu Recht insgesamt abgewiesen worden (vgl. Zöllner, Kommentar zur ZPO, 27. Auflage, § 254 ZPO, Rn 9).

Der Beklagten stehen weitere Provisionsansprüche aus der Akquirierung der Alleinaufträge für die Objekte D., B. und Sch. nicht zu.

aa) Ein entsprechender Anspruch ergibt sich zunächst nicht aus § 3 Nr. 4 des Arbeitsvertrags.

Ausweislich § 3 Nr. 4 Satz 1 des Arbeitsvertrags erhält die Beklagte als Entgelt für die Teiltätigkeit als Immobilienmaklerin „aus selbst getätigter Immobilienvermittlung“ von der bei der Klägerin eingehenden Courtage 30 % der Nettoprovision. Mit der Bezugnahme darauf, dass die Provision aus selbst getätigter Immobilienvermittlung erfolgen soll, wird deutlich, dass die erfolgreiche Vermittlung eines Objekts den Provisionsanspruch der Beklagten auslöst. Die Einleitung des § 3 Nr. 4 „als Entgelt für die Teiltätigkeit als...“ ist erkennbar nur in Abgrenzung zur Regelung in § 3 Nr. 1 zu sehen, in der es heißt „als Entgelt für die Teiltätigkeit als Vertriebsassistentin...“. Durch die Einleitung in § 3 Nr. 4 des Arbeitsvertrags soll aber nicht vereinbart werden, dass allein für das bloße Tätigwerden als Maklerin bereits 30 % der Nettoprovision geschuldet sein sollen.

Vermittlung setzt bereits dem Wortsinn nach zumindest voraus, dass ein Kontakt zwischen Käufer und Verkäufer einer Immobilie hergestellt wird. Getätigt ist eine Immobilienvermittlung erst dann, wenn der Kaufvertrag über die Immobilie geschlossen ist.

Daran fehlt es. Allein die Akquirierung des Maklerauftrags für die Klägerin genügt diesen Anforderungen nicht.

bb) Die Beklagte hat auch keinen nachvertraglichen Provisionsanspruch aus § 87 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 2. Fall i. V. m. § 65 HGB.

Nach § 65 HGB finden für Handlungsgehilfen, die für Geschäfte, die von ihnen geschlossen oder vermittelt werden, eine Provision erhalten sollen, die für Handelsvertreter geltenden Vorschriften u. a. des § 87 Abs. 3 HGB Anwendung. Nach § 87 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision für ein Geschäft, das erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen ist, nur, wenn er das Geschäft vermittelt hat oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist, und das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist. Die Vorschrift ist im Bereich des Arbeitsrechts nicht dispositiv (BAG vom 20.02.2008 – 10 AZR 125/07 – Juris, Rn 12).

Eine Vermittlung im Sinne von § 87 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 1. Fall HGB liegt nicht vor, weil die Beklagte hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Vermaklungsaufträge kein Geschäft vermittelt hat. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Auch die Voraussetzungen des 2. Falls der genannten Vorschrift liegen nicht vor. Die Beklagte hat kein Geschäft eingeleitet und so vorbereitet, dass dessen Abschluss überwiegend auf ihre Tätigkeiten zurückzuführen ist. Bei den in § 87 Abs. 3 Satz 1 genannten Geschäft handelt es sich um das provisionspflichtige Geschäft, für das eine Vergütung in Rede steht. Gemeint ist damit also der konkrete Vertragsschluss zwischen Käufer und Verkäufer der Immobilie. Zu diesem hat die Beklagte nichts beigetragen. Die jeweiligen Käufer der Immobilien haben sich bei der Klägerin erst weit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien gemeldet, nämlich am 08.02.2010 (Kunde D.), am 10.03.2010 (Kunde B.) bzw. am 25.05.2010 (Kunde Sch.). Das hat die Klägerin so vorgetragen und ist von der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht in Abrede gestellt worden. Da sich die Kunden aber erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses überhaupt bei der Klägerin gemeldet haben, hat die Beklagte bei der Vermittlung der konkreten Kaufverträge nicht im Sinne des § 87 Abs. 3 Satz 1 HGB mitgewirkt.

c) Der Beklagten steht schließlich auch kein Anspruch auf Provisionen wegen der Schaffung einer für die Klägerin rechtlich vorteilhaften Stellung durch Akquirierung des Vermaklungsauftrags oder aus stillschweigender Vereinbarung zu, wie sie auf Seite 9 ihrer Berufungsbegründung (Bl. 126 d. A.) unter Bezugnahme auf die Kommentierung im Baumbach/Hopt und eine BGH-Entscheidung von 1957 ausgeführt hat. Zu den tatsächlichen Voraussetzungen eines derartigen Anspruchs, insbesondere dazu, welcher rechtlich vorteilhafte Kontakt der Klägerin mit welchem wirtschaftlichen Wert erwachsen ist, fehlt es an jeglichem tatsächlichen Vortrag.

III.

Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Eine grundsätzliche Bedeutung des Rechtsstreits ist nicht zu erkennen.