

---

**Datum:** 17.12.2010  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 9. Kammer  
**Entscheidungsart:** Teilurteil  
**Aktenzeichen:** 9 Sa 181/10  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGD:2010:1217.9SA181.10.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Essen, 7 Ca 1830/09  
**Schlagworte:** Annahmeverzug, Provisionsanspruch, Vorauszahlung  
**Normen:** § 615 S. 1 BGB, § 307 BGB  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

1. Annahmeverzugslohn hat keinen vorläufigen Charakter und kann daher nicht mit Provisionsansprüchen aus einem vorangegangenen Zeitraum verrechnet werden. 2. Eine Klausel in einem Formulararbeitsvertrag, nach der ein Provisionsanspruch auf sog. Nachmieterlöse bei der Vermittlung von Leasingverträgen nach Ausscheiden entfällt, benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist nach § 307 BGB unwirksam.

---

**Tenor:**

A. Auf die Berufung des Klägers wird das Schlussurteil des ArbG Essen vom 06.10.2009, Az.: 7 Ca 1830/09, wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 51.993,96 EUR brutto zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger über die aus von ihm abgeschlossenen und ihm zugeordneten Leasingverträgen erzielten Nachmieterlöse Auskunft zu erteilen.

3. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

B. Die Revision wird zugelassen.

---

Tatbestand	1
Der Kläger begehrt die Zahlung von variabler Vergütung sowie Auskunft über sog. Nachmieterlöse.	2
Der Kläger war bei der Beklagten, einem Unternehmen im Leasingbereich, vom 01.10.2004 bis zum 31.03.2009 als Vertriebsmitarbeiter in der Region West-Mitte beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses war der Arbeitsvertrag vom 14.07.2004 (Bl. 7 ff. d. A.). Im Arbeitsvertrag heißt es auszugsweise:	3
"§ 4 Vergütung	4
(1) Der Mitarbeiter erhält für seine vertragliche Tätigkeit eine variable Vergütung. Für die Berechnung und Zahlung der variablen Vergütung gilt die "Regelung zur variablen Vergütung" der Firma in ihrer jeweils gültigen Fassung. Die bei Vertragsabschluss geltende Fassung ist diesem Vertrag als Anlage beigefügt.	5
(2) Der Mitarbeiter erhält ein monatliches Fixgehalt in Höhe von 3.000,00 € brutto, das jeweils am 22. des Monats fällig ist. Das Fixgehalt ist Bestandteil der variablen Vergütung und wird dem Mitarbeiter garantiert.	6
(3) Die Firma leistet weiterhin auf die zu erwartende variable Vergütung eine monatliche Vorauszahlung in Höhe von 3.500,00 € brutto. Diese ist bis zum 31. März 2005 oder entsprechend ab dem Einstellungsdatum sechs Monate dem Mitarbeiter garantiert.	7
(4) Für das Geschäftsjahr 2004 liegt der gemäß Regelung zur variablen Vergütung anzuwendende Vergütungssatz bei 20 %. Wird für das jeweils folgende Geschäftsjahr kein neuer Vergütungssatz vereinbart, so verlängert sich die vorgenannte Vereinbarung um ein weiteres Geschäftsjahr.	8
(5) Auf der Basis der Umsatz- und Margenplanung ergibt sich daraus für das Geschäftsjahr 2004 ein Zielgehalt von 80.000,00 € brutto. Auch bei Übererfüllung der vereinbarten Ziele ist das maximale Jahresgehalt auf 88.000,00 € brutto begrenzt. Falls die vereinbarten Neugeschäftsumsatz- und Margenziele eines Geschäftsjahres um mehr als 30 % übererfüllt werden, so besteht Einigkeit darüber, dass das Zielgehalt des Folgejahres um den Prozentsatz der Übererfüllung im Einklang mit der Neugeschäftsumsatz- und Margenplanung des Folgejahres angepasst wird. ..."	9
Die "Regelung zur variablen Vergütung" bei der Beklagten lautet auszugsweise (Bl. 12 ff. d. A.):	10
"3 Berechnung der variablen Vergütung	11
3.1 Zielvereinbarung / Berechnung der variablen Vergütung	12
Jeder Mitarbeiter im Außendienst des Vertriebes der ULG erhält zu Beginn jedes Geschäftsjahres über die von ihm zu erreichenden qualitativen und quantitativen Ziele eine individuelle Zielvereinbarung. Diese wird mit dem zuständigen Vertriebsdirektor geschlossen, der die Verantwortung für die Gesamtentwicklung seiner Region trägt. Aus der individuellen Umsatz- und Margenplanung resultiert das Zielgehalt (variable Vergütung); das vertraglich vereinbarte Fixgehalt ist Bestandteil der variablen Vergütung.	13

Die Berechnung der variablen Vergütung erfolgt nach folgendem Schema:

Netto-Barwertmarge (aus Neugeschäft)	15
+ggf. anfallende Vormieten und Bearbeitungsgebühren	16
+ggf. anfallende Nachmieterlöse _____	17
=Gesamtpotenzial für variable Vergütungen***	18
XVergütungssatz in Prozent _____	19
=variable Vergütung	20
Vormieten und die Netto-Barwertmarge gehen sofort in die Vergütung ein, Nachmieterlöse erst bei ihrem Entstehen bzw. beim Abschluss eines Verlängerungsvertrages. Als Nachmieterlöse gelten alle Erlöse, die als Zahlungseingang beim Leasinggeber nach Erreichen des Vollamortisationszeitpunktes eingehen. Insbesondere sind dies: Verlängerungsraten (abgezinst nach der gleichen Methodik wie Neu-Verträge) und Kaufpreiszahlung.	21
...	22
Von der so errechneten variablen Vergütung wird das Jahres-Fixgehalt sowie etwaige Vorauszahlungen auf die zu erwartende variable Vergütung in Abzug gebracht.	23
3.2Vorauszahlung / Abrechnung der variablen Vergütung	24
(1)Der Anspruch auf variable Vergütung entsteht mit der Aktivierung des dem Mitarbeiter zuzuordnenden Vertrages. Die Firma unterrichtet den Mitarbeiter monatlich über die von ihm persönlich akquirierten und aktivierten Verträge. Die zur Verfügung zu stellende Aufstellung beinhaltet insbesondere die Berechnungsparameter Abzinsungssatz und VC-Indes pro Vertrag.	25
(2)Die variable Vergütung wird mit der Jahresabrechnung fällig. Die Abrechnung erfolgt jeweils bis zum 28. Februar des Folgejahres. Die Auszahlung erfolgt spätestens mit dem Märzgehalt.	26
(3)Die ULG zahlt auf die für das laufende Geschäftsjahr zu erwartende variable Vergütung eine monatliche Vorauszahlung. Ist die nach Geschäftsjahr ermittelte, variable Vergütung geringer als das beinhaltete gezahlte Jahres-Fixgehalt zzgl. der geleisteten Vorschüsse, so wird die Differenz bis maximal zur Höhe der geleisteten Vorauszahlungen auf Rechnung des neuen Geschäftsjahres als bereits geleistete Vorauszahlung negativ vorgetragen. Das Jahres-Fixgehalt bleibt unangetastet. Eine Anpassung der Vorauszahlung ist auf Basis der aktivierten Verträge quartalsweise möglich.	27
(4)Für Verträge, die innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach dem ersten Rateneinzug durch die ULG aus Gründen, die die ULG nicht zu vertreten hat, gekündigt oder storniert werden, entfällt der Anspruch auf variable Vergütung. Bereits gezahlte variable Vergütungen werden unter Anwendung von 4.2 Ziff. 3 in Abzug gebracht.	28
...	29
	30

(6) Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstellt der Arbeitgeber innerhalb von 12 Wochen nach Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Unternehmen eine Aufrechnung mit den im voraus geleisteten Provisionsvorauszahlungen. Der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer verpflichten sich, eine eventuelle Zahlungsverpflichtung, die sich aus der Schlussabrechnung ergibt, bis spätestens 16 Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu begleichen.	
(7) Auch Nachmieterlöse, die nach dem Ausscheiden des Mitarbeiters in dessen ehemaligen Bestand erzielt werden, besteht kein Anspruch auf Nachvergütung.	31
(8) Mitarbeiter, die einen Vertragsbestand eines anderen Mitarbeiters übernehmen, haben keinen Anspruch auf daraus erzielte Nachmieterlöse. Diese werden dem ursprünglichen Mitarbeiter zugeordnet, sofern er noch nicht aus dem Unternehmen ausgeschieden ist. ..."	32
Die variable Vergütung wurde dem Kläger jeweils bis zum 28.02. des Folgejahres abgerechnet und mit dem darauffolgenden Märzgehalt ausgezahlt. Das monatliche Fixgehalt des Klägers betrug zuletzt 5.500,00 € brutto. Im Jahr 2008 verdiente der Kläger eine variable Vergütung in der Gesamthöhe von 207.975,80 € brutto.	33
Eine Arbeitsanweisung vom 26.08.2004 (Bl. 85 ff. d. A.) zu sog. Flex-Lease-Verträgen lautet auszugsweise:	34
"2.2.1 Laufzeit des Vertrages	35
Eine feste Vertragslaufzeit ist nicht gegeben. Vielmehr verlängert sich die Laufzeit des Vertrages auf Basis einer individuellen Vereinbarung mit dem Leasing-Nehmer, die im Vordruck des Vertrages frei wählbar ist.	36
2.2.2 Kündigung des Vertrages	37
...	38
Nimmt der Leasing-Nehmer den vereinbarten Kündigungstermin nicht wahr, so verlängert sich die Vertragslaufzeit entsprechend der individuellen Regelung.	39
...	40
2.2.3 Kalkulation des Vertrages	41
Für jeden Kündigungszeitpunkt ist eine Abschlußzahlung vorgesehen, die die Amortisation des Vertrages nach der Kündigung sicherstellt.	42
Die Abschlußzahlung ist im Zeitpunkt der Vollamortisation mit Null gegeben.	43
Um die Abschlußzahlung für die vorherliegenden Kündigungszeitpunkte zu errechnen, werden die ausstehenden Raten i.d.R. abgezinst.	44
...	45
2.2.5 Nachmieterlöse	46
Werden Kündigungstermine vor dem VA-Zeitpunkt wahrgenommen, so wird bereits durch die Leistung der vereinbarten Schlußzahlung ein Nachmieterlös generiert, da diese mit einem Zinssatz abgezinst werden, der i.d.R. niedriger als der Refinanzierungszinssatz ist.	47

Außerdem wird der erzielte Verkaufserlös nur zu 90 % auf die Abschlußzahlung angerechnet: hier würde also im Falle einer "vorzeitigen" Vertragsbeendigung ein weiterer Profit für die V. Leasing GmbH erwirtschaftet.	48
Wird der Vertrag nicht vor dem VA-Zeitpunkt gekündigt, so ist die Chance für die V. Leasing GmbH groß, das der Kunde die Kündigung versäumt und das Nachmieterlöse durch die weitere Leistung von Raten erzielt werden.	49
...	50
3.3.1.Nachmieterlöse durch fehlende Begrenzung der Laufzeit	51
Der Flex-Lease Vertrag ist in seiner Laufzeit nicht begrenzt. (s. Pkt. 2.2.1) Die Praxis zeigt, dass der Kunde häufig die erforderliche Kündigung des Vertrages nicht vornimmt, da er sie schlicht vergisst oder er die weitere Ratenleistung als "Mietzahlung" ansieht.	52
In diese Falle ergeben sich, je nach Gestaltung der Kündigungsmodalitäten und der Ratenhöhe nach VA-Zeitpunkt, Nachmieterlöse in nicht unbeträchtlicher Höhe durch die Fortzahlung der Rate.	53
...	54
4.1.1Darstellung der Nachmieterlöse	55
Die in dem Fall der verspäteten oder versäumten Kündigung des Vertrages durch den Leasingnehmer entstandenen Nachmieterlöse (durch die fortgeführte Ratenzahlung über den VA-Zeitpunkt hinaus) müßten systemisch dem Vertriebsmitarbeiter zugerechnet werden können.	56
Dies ist ggw. noch nicht möglich."	57
Die Beklagte stellte den Leasingvertrieb zum 31.12.2008 ein. Ab dem 01.01.2009 wurden keine neuen Leasingverträge mehr abgeschlossen. Die Beklagte berechnete bei allen Vertriebs-Mitarbeitern die bis zum Stichtag 31.10.2008 verdienten Provisionen. Diese Durchschnittsprovisionen wurden den Mitarbeitern ab Januar 2009 weitergezahlt. Die Beklagte zahlte an den Kläger im Zeitraum Januar bis März 2009 monatlich 5.500,00 € Fixvergütung sowie 11.831,32 € brutto als "monatliche Vorauszahlung", insgesamt also 51.993,96 € brutto.	58
Von 307 vom Kläger vermittelten Verträgen, die noch im aktiven Bestand der Beklagten sind, sind 129 so genannte Flex-Lease-Verträge. Der Kläger vermittelte insgesamt 181 Flex-Lease-Verträge. Von den laufenden 129 Flex-Lease-Verträgen befindet sich keiner in der Verlängerungsphase. Dem Kläger standen aufgrund der in Anlage K4 zur Klageschrift (Bl. 18 d. A.) aufgeführten Verträge, die er im Jahr 2008 vermittelt hat und die im Jahr 2009 aktiviert worden sind, insgesamt Provisionsansprüche in Höhe von 68.534,94 € brutto zu, was zuletzt allerdings strittig geworden ist.	59
Mit Schreiben vom 20.01.2009 (Bl. 204 d. A.) legte die Beklagte die variable Vorauszahlung ab dem 01.01.2009 auf 11.831,32 € fest. Mit Schreiben vom 12.02.2009 (Bl. 11 d. A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt 31.03.2009.	60
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stünden noch Ansprüche auf Provision aufgrund der im Jahr 2008 vermittelten Leasingverträge zu. Diesen Anspruch könne die Beklagte nicht	61

mit Zahlungen für das Jahr 2009 verrechnen. Die Beklagte habe ihm durch die Einstellung des Betriebes die Möglichkeit genommen, weiteres Geschäft zu generieren. Er habe Anspruch auf die Provisionszahlungen sowie auf Annahmeverzugsansprüche. Gegebenenfalls habe er auch Anspruch auf Schadensersatz, da die Beklagte keine Zielvereinbarung mehr mit ihm abgeschlossen habe. Im Übrigen habe die Beklagte allen Mitarbeitern die durchschnittliche Provision weitergezahlt, unabhängig davon, ob noch variable Vergütungen für das Jahr 2008 zu zahlen gewesen seien. Insofern werde er ungleich behandelt.

Der Kläger hat des Weiteren die Auffassung vertreten, ihm stehe ein variabler Vergütungsanspruch aus Nachmieterlösen zu. Als Nachmieterlöse gelten alle Erlöse nach Erreichen des Vollamortisationszeitpunktes, was unstrittig ist. Die Regelung in 3.2 Abs. 7 der Regelung zur variablen Vergütung sei unwirksam. Sie benachteilige ihn unangemessen im Sinne des § 307 BGB. Es handele sich um einen Formulararbeitsvertrag, was unstrittig ist. Auch der vollständige Ausschluss einer Überhangprovision halte nach Auffassung des BAG nicht stand. Zu den Nachmieterlösen zählten auch Verlängerungsraten aus den Flex-Lease-Verträgen sowie Kaufpreiszahlungen. Er habe fast ausschließlich Flex-Lease-Verträge abgeschlossen. Eine weitere Vermittlungstätigkeit finde nicht statt. Ebenso wenig gebe es ein weiteres Verpflichtungsgeschäft. Nachmieterlöse würden bereits bei Abschluss des Leasingvertrages von den Außenmitarbeitern kalkuliert. 62

Der Kläger hat beantragt, 63

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 48.594,94 € brutto zu zahlen; 64

2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, 65

2.1 ihm Abrechnung über die in der Zeit vom 01. Januar 2009 bis 31. März 2009 verdienten Provisionen zu erteilen; 66

2.2 an ihn den sich aus der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebenden Betrag ausbezahlen; 67

3. Die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über die von ihm abgeschlossenen und ihm zugeordneten Leasingverträgen erzielten Nachmieterlöse zu erteilen; 68

3.1 die Beklagte zu verurteilen, die Vollständigkeit und Richtigkeit der gemäß dem Klageantrag zu 3. erteilten Auskünfte an Eides statt zu versichern; 69

3.2 die Beklagte zu verurteilen, die sich aus der Auskunft ergebende variable Vergütung aus erzielten Nachmieterlösen gemäß Ziff. 3.1 der Regelung zur variablen Vergütung an ihn zu zahlen. 70

Die Beklagte hat im Termin am 06.10.2009 den Antrag zu 1. in Höhe von 16.540,98 € anerkannt. Im Übrigen hat sie beantragt, 71

die Klage abzuweisen. 72

Sie hat gemeint, die Vorauszahlungen für die Monate Januar bis März 2009 seien vollumfänglich anzurechnen. Die vom Kläger in 2008 abgeschlossenen Verträge seien erst 2009 im Sinne der Nr. 3.2 Abs. 1 aktiviert worden und damit entstanden. Deswegen seien die Ansprüche auch mit den Vorauszahlungen zu verrechnen. Der Kläger habe entweder Anspruch auf ordnungsgemäße Abrechnung oder Anspruch auf Zahlung des 73

durchschnittlichen Gehalts. Der Kläger verlange aber die Verdoppelung seines Gehalts. Anspruch auf Schadensersatz habe er nicht. Die Zielvereinbarung habe nichts mit der Gehaltsfindung zu tun gehabt.

Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Zahlung von Nachmieterlösen. Bei Erlösen im Sinne der Nr. 3.1 handele es sich um Erlöse, die durch den Mitarbeiter tatsächlich vermittelt und erzielt worden seien. Nur tatsächlich angefallene Nachmieterlöse sollten verprovisioniert werden. Dies ergebe sich auch aus 3.2 Abs. 7. Nachmieterlöse seien keine Überhangprovisionen im Sinne des § 87 Abs. 1 HGB. Der Abschluss eines Leasingvertrages führe nicht automatisch zu einem Nachmieterlös. 74

Ein Verlängerungsvertrag oder der Verkauf des Leasingobjektes könne immer nur zum Ablauf des Leasingvertrages abgeschlossen werden. Der durch die neue Vereinbarung zufließende Betrag werde Nachmieterlös genannt. Es gebe keinen Automatismus. Der Kläger werde keinen Beitrag mehr zur Verwertung von Leasingobjekten leisten. Er werde daher durch die Regelung nach 3.2 Abs. 7 nicht unangemessen benachteiligt. 75

Ein Nachmieterlös falle auch erst dann an, wenn der Verkaufspreis über dem kalkulierten Restwert liege. Das Restwertrisiko habe nichts mit dem Nachmieterlös zu tun. 76

Das Arbeitsgericht Essen hat mit Teilanerkennnis- und Schlussurteil vom 06.10.2009 (Bl. 132 ff. d. A.) der Klage in Höhe des Anerkenntnisses stattgegeben und im Übrigen abgewiesen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Provisionsansprüche seien mit den Vorauszahlungen aufzurechnen gewesen. Die Aufrechnung sei auch mit dem Fixgehalt möglich. Das garantierte Fixgehalt sei nach § 4 des Arbeitsvertrages Bestandteil der variablen Vergütung. Es stelle nur eine Mindestvergütung dar. Die Beklagte habe sich seit Anfang Januar 2009 in Annahmeverzug befunden. Der Kläger mache keine Ungleichbehandlung, sondern eine Besserstellung geltend. Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Nachmieterlöse. Der Ausschluss einer Verprovisionierung sei nicht nach § 307 BGB unwirksam. Zwar handele es sich um vorformulierte Klauseln. Es liege aber keine unangemessene Benachteiligung vor. Nachmieterlöse stellten keine Überhangprovisionen dar. 77

Das Urteil ist dem Kläger am 17.12.2009 (Bl. 153 d. A.) zugestellt worden. Die Berufung des Klägers und die Berufungsbegründung sind am 24.12.2009 (Bl. 154 d. A.) bzw. - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 03.03.2010 (Bl. 166 d. A.) - am 26.02.2010 beim Landesarbeitsgericht eingegangen. 78

Der Kläger meint, ihm stünden die Provisionsansprüche in der Gesamthöhe von 68.534,94 € brutto zu. Die Beklagte schulde ihm darüber hinaus Annahmeverzugsansprüche für die Monate Januar bis März 2009. Den gezahlten Betrag habe die Beklagte ihm bereits unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs geschuldet. Eine Verrechnung sei ausgeschlossen. 79

Eine weitere Vermittlungstätigkeit sei keine Anspruchsvoraussetzung für Nachmieterlöse. Maßgebend sei allein der erfolgreiche Abschluss des Leasingvertrages. Auch die tatsächliche Handhabung bei der Beklagten sei so gewesen, dass Zahlungen davon unabhängig gewesen seien. Unstreitig sei bei Flex-Lease-Verträgen keine weitere Vermittlungstätigkeit erforderlich. Das Arbeitsgericht habe 3.2 Abs. 8 der Regelung falsch ausgelegt. § 89 b HGB finde auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Dies habe das Arbeitsgericht verkannt. Zudem differenziere 3.1 Abs. 7 nicht nach den Beendigungsgründen. 80

Eine Verrechnung der Provisionsansprüche aus dem Jahr 2008 sei unzulässig, weil es an den Voraussetzungen des § 387 BGB fehle. Die Beklagte habe gegen ihn keine aufrechenbare Gegenforderung. Die Provisionsansprüche aus dem Geschäftsjahr 2008 seien bereits verdient. Er habe keine Zuvielzahlung erhalten, zu deren Rückzahlung er verpflichtet gewesen wäre. Ihm hätten die Vorauszahlungen in den Monaten Januar bis März 2009 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zugestanden.	
Im Termin am 16.07.2010 hat der Kläger erklärt, er mache vorrangig Ansprüche auf Vergütung in Annahmeverzug geltend, hilfsweise Schadensersatzansprüche wegen Nichtvereinbarung einer Zielvereinbarung.	82
Der Kläger beantragt,	83
das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 06.10.2009 - 7 Ca 1830/09 - wird abgeändert und die Beklagte über den anerkannten Betrag hinaus verurteilt,	84
1. ihm weitere 51.993,96 € brutto zu zahlen;	85
2. ihm über die aus von ihm abgeschlossenen und ihm zugeordneten Leasingverträgen erzielten Nachmieterlöse Auskunft zu erteilen;	86
2.1 die Vollständigkeit und Richtigkeit der gemäß dem Klageantrag zu 2. erteilten Auskunft an Eides statt zu versichern,	87
2.2. die sich aus der Auskunft ergebende variable Vergütung aus erzielten Nachmieterlösen gemäß 3.1 der Regelung zur variablen Vergütung an ihn zu zahlen.	88
Die Beklagte beantragt,	89
die Berufung zurückzuweisen.	90
Sie ist der Auffassung, dass Arbeitsgericht Essen habe zu Recht die Klage abgewiesen, soweit sie nicht anerkannt habe. Nach 3.2 Abs. 4 sei die Schlussrechnung bis zum 23.06.2009 zu erteilen gewesen. Restvergütungsansprüche seien erst am 20.08.2009 fällig. Der Kläger habe seine Ansprüche bereits mit seiner Klage am 20.05.2009 geltend gemacht. Der Anspruch entstehe erst mit Aktivierung des Leasingvertrages und sei nicht bereits fällig geworden. Nachmieterlöse stünden zudem nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss der Leasingverträge. Es seien zwei vollständig unterschiedliche Rechtsgeschäfte. Auf das Sonderthema Flex-Lease-Verträge komme es nicht an, da sich keiner der vom Kläger vermittelten Flex-Lease-Verträge in der Verlängerungsphase befanden. 3.2 Abs. 7 sei wirksam.	91
Nach der mündlichen Verhandlung am 16.07.2010 hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 05.11.2010 vorgetragen, dass drei vom Kläger vermittelte Verträge storniert worden seien, weil entweder die Leasingraten nicht gezahlt worden oder Kunden in Insolvenz gefallen seien. Aus diesen Verträgen hätte der Kläger einen Provisionsanspruch in Höhe von insgesamt 33.681,47 € gehabt. Die Verträge seien innerhalb der Sechs-Monats-Frist nach 3.2.4 der Regelung zur variablen Vergütung storniert worden. Es verbleibe daher ein berechtigter Provisionsanspruch in Höhe von 18.312,49 €.	92
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Parteienschriftsätze sowie den gesamten weiteren Akteninhalt Bezug genommen.	93
	94

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist begründet.	95
A.	96
Die Berufung ist zulässig.	97
Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 lit. b ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 66 Abs. 1 Satz 1, 2 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).	98
B.	99
Die Berufung ist auch begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte sowohl Anspruch auf Zahlung der vollständigen Provision aus dem Jahr 2008 als auch auf Auskunft über die Nachmieterlöse. Das Urteil des ArbG Essen ist dementsprechend abzuändern.	100
I. Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung variabler Vergütung in Höhe von 51.993,96 EUR gemäß § 4 des Arbeitsvertrages i.V.m. Nr. 3 der Regelung zur variablen Vergütung und § 611 BGB.	101
1. Der Provisionsanspruch in Höhe von weiteren insgesamt 51.993,96 EUR aus dem Jahr 2008 für die auf Seite 3 der Klage (Bl. 3 d.A.) aufgeführten vom Kläger vermittelten Leasingverträge war bislang unstrittig.	102
a) Der Gesamtprovisionsanspruch belief sich zunächst auf 68.534,94 EUR. Die Beklagte hat den Anspruch in Höhe von 16.540,98 EUR anerkannt.	103
b) Mit Schriftsatz vom 05.11.2008 (Bl. 270 f. d.A.) hat sich die Beklagte erstmals darauf berufen, drei vom Kläger vermittelte Verträge seien i.S.d. Nr. 3.2.4 der Regelung zur variablen Vergütung innerhalb der 6-Monatsfrist storniert worden, weil entweder Leasingraten nicht gezahlt worden seien oder der Kunde in Insolvenz gefallen sei. Diese Verträge entsprächen einem Betrag in Höhe von 33.681,47 EUR, so dass ein Anspruch i.H.v. 18.312,49 EUR verbleibe.	104
Dem ist der Kläger mit Schriftsatz vom 09.11.2010 entgegengetreten. Ihm sei nicht bekannt, dass drei Verträge storniert worden seien. Die Ausführungen seien zudem nicht mehr nach § 296 a ZPO zu berücksichtigen.	105
c) Die Verhandlung war nicht nach § 156 Abs. 1, 2 Nr. 2 ZPO, § 64 Abs. 6 ArbGG wiederzueröffnen. Die Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen und glaubhaft gemacht, die einen Wiederaufnahmegrund i.S.d. §§ 579, 580 ZPO bilden.	106
Der Vortrag der Beklagten ist bereits nicht hinreichend substantiiert. Es wird nicht konkret vorgetragen, wann welcher Auftrag aus welchem Grund storniert worden sein soll. Es ist nicht nachprüfbar, ob die Voraussetzungen der Nr. 3.2.4. der Regelung zur variablen Vergütung vorliegen. Darüberhinaus hat die Beklagte ihren Vortrag auch nicht glaubhaft gemacht.	107
Im Übrigen überrascht es, dass die Beklagte erst nunmehr die Höhe des Provisionsanspruchs in Frage stellt, obwohl die 6-Monatsfrist längst abgelaufen ist und sie einen Betrag i.H.v. 16.540,98 EUR anerkannt hat.	108
	109

d)Vor diesem Hintergrund ist von einem Anspruch auf Zahlung von insgesamt weiteren 51.993,96 EUR auszugehen.

2.Die Beklagte ist auch nicht berechtigt, den Anspruch des Klägers mit den geleisteten Zahlungen in Höhe 51.993,96 EUR zu verrechnen. Bei den Zahlungen für den Zeitraum Januar bis März 2009 handelt es sich nicht um Vorauszahlungen, die nach Nr. 3.1. letzter Satz der Regelung zur variablen Vergütung in Abzug gebracht werden könnten. Bei den geleisteten 51.993,96 EUR handelt es sich - entgegen der Bezeichnung durch die Beklagte - nicht um Vorauszahlungen i.S.d der Nr. 3 der Regelung zur variablen Vergütung, die von den Provisionsansprüchen in Abzug gebracht werden könnten. Es handelt sich vielmehr um Annahmeverzugslohn, der dem Kläger zusätzlich zu den verdienten Provisionsansprüchen zu zahlen ist. 110

a)Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt, für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Der Arbeitgeber gerät nach Maßgabe der §§ 293 ff. BGB u.a. dann in Annahmeverzug, wenn er eine für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, insbesondere dem Arbeitnehmer keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt. Es obliegt dem Arbeitgeber, die Arbeitsbedingungen zu schaffen, die es dem Arbeitnehmer ermöglichen, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Gehört es zu den arbeitsvertraglich vereinbarten Aufgaben des Arbeitnehmers, die vom Arbeitgeber produzierten Waren zu verkaufen, hat der Arbeitgeber für entsprechende Verkaufsmöglichkeiten zu sorgen. Das ist ihm unmöglich, wenn er etwa seinen Betrieb stilllegt und damit nicht mehr die Waren herstellt, deren Verkauf der Arbeitnehmer vermitteln soll. Die Unmöglichkeit zur Erbringung seiner Mitwirkungshandlung begründet den Annahmeverzug (vgl. BAG, 11.08.1998 - 9 AZR 410/97 - DB 1998, 1719). Stellt der Arbeitgeber seinen Betrieb ein, so obliegt dies seiner alleinigen unternehmerischen Entscheidung. Kann er den Arbeitnehmer dann nicht vertragsgerecht oder überhaupt nicht beschäftigen, gibt ihm das ggf. zwar das Recht, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hat er allerdings aus Annahmeverzug sämtliche Vergütungsbestandteile an den Arbeitnehmer zu zahlen (LAG Düsseldorf, 21.10.2009 - 7 (6) Sa 1033/06 - BB 2010, 1224). 111

Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die Vergütung an den Arbeitnehmer zu zahlen, die diesem bei Weiterbeschäftigung zugestanden hätte (LAG Düsseldorf, 21.10.2009 - 7 (6) Sa 1033/06 - BB 2010, 1224). Hierzu gehören alle Entgeltbestandteile nach § 611 BGB, damit auch Provisionen, die dem Arbeitnehmer infolge des Annahmeverzugs entgangen sind (BAG, 19.08.1976 - 3 AZR 173/75 - DB 1976, 2308; BAG, 11.08.1998 - 9 AZR 410/97 - DB 1998, 1719; ErfK/Preis, 10. Auflage 2010, § 615 BGB Rn. 76). Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich so zu vergüten, als ob er gearbeitet hätte. Bei leistungsabhängiger Vergütung umfasst der Anspruch den Verdienst, den der Arbeitnehmer erzielt hätte. Gegebenenfalls ist der hypothetische Lohn nach § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen (LAG Düsseldorf, 21.10.2009 - 7 (6) Sa 1033/06 - BB 2010, 1224). 112

Provisionsansprüche weisen die Besonderheit auf, dass sie nicht an die vom Arbeitnehmer während einer bestimmten Zeitspanne zu erbringende Arbeitsleistung anknüpfen, sondern vom Erfolg der Tätigkeit des Arbeitnehmers abhängen. Es steht mithin nicht fest, ob und in welcher Höhe seine Verkaufsbemühungen zum Entstehen von Ansprüchen auf Provision führen. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über die Berechnung dieses Verdienstaufschlags, ist dessen Höhe nach § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen (vgl. BAG, 113

29.09.1971 - 3 AZR 164/71 - AP Nr. 28 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG; BAG, 11.08.1998 - 9 AZR 410/97 - DB 1998, 1719; vgl. auch HWK/Krause, 4. Auflage 2010, § 615 BGB Rn. 80).

b) Unter Anwendung dieser Grundsätze hatte der Kläger Anspruch auf Zahlung der 51.993,96 EUR unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 615 S. 1 BGB, ohne dass die Beklagte die Provisionsansprüche in Abzug bringen könnte. 114

Die Beklagte hatte sich entschieden, den Leasingvertrieb mit Wirkung zum 31.12.2008 einzustellen. Sie konnte den Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31.03.2009 nicht beschäftigen und befand sich daher in Annahmeverzug. Aus diesem Grund ist sie verpflichtet, den Kläger so zu stellen, als ob er weiter beschäftigt worden wäre. 115

Die Berechnung des Annahmeverzugslohns ist zwischen den Parteien unstrittig. Die Beklagte hat die durchschnittliche Vergütung bis zum 31.10.2008 zugrunde gelegt. 116

Bereits die Kontrollüberlegung, dass die Beklagte den Provisionsanspruch i.H.v. insgesamt 68.534,94 EUR auch dann hätte zahlen müssen, wenn das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.12.2008 sein Ende gefunden hätte, zeigt auf, dass der Annahmeverzugslohn für den Zeitraum Januar bis März 2009 nicht anrechenbar ist. Der Annahmeverzugslohn stellt den Verdienst dar, den der Kläger womöglich durch Abschlüsse neuer Verträge im Zeitraum Januar bis März 2009 erzielt hätte, auch wenn diese Provisionsansprüche erst nach dem 31.03.2009 fällig geworden wären. Der Annahmeverzugslohn hat nicht den Charakter der Vorauszahlungen. Es handelt sich nicht um eine Art Vorschuss auf künftige Provisionszahlungsansprüche. Aufgrund des Annahmeverzugs der Beklagten konnte der Kläger eben solche nicht mehr erzielen. Die Zahlungen für den Zeitraum Januar bis März 2009 haben abschließenden Charakter. 117

II. Der Klageantrag zu 2 ist ebenfalls zulässig und begründet. 118

1. Die Stufenklage ist gemäß § 254 ZPO zulässig. 119

Das Gesetz lässt in § 254 ZPO in Abweichung von dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO den Vorbehalt zu, die Angabe der herauszugebenden Leistung nach Rechnungslegung zu bestimmen. Nach dem Wortlaut des § 254 ZPO kann zwar nur mit der Klage auf Rechnungslegung eine Zahlungsklage verbunden werden. Der Begriff der Rechnungslegung in § 254 ZPO ist aber nicht auf die im bürgerlichen Recht ausdrücklich geregelten Rechenschaftspflichten beschränkt (BAG, 21.11.2000 - 9 AZR 665/99 - NZA 2001, 1093). Als Rechnungslegung im Sinne dieser Vorschrift gilt "jede Auskunftserteilung, die auf entsprechender, durch Gesetz oder durch Vertrag begründeter Rechtspflicht beruhend, in verständlicher, der Nachprüfung zugänglicher Kundgebung der Tatsachen ... besteht, nach den sich die Ansprüche ... bemessen" (BAG, 21.11.2000 - 9 AZR 665/99 - NZA 2001, 1093). Maßgebend für den Vorbehalt i.S.d. § 254 ZPO ist allein, ob der Kläger ohne Erteilung der geforderten Auskünfte die nähere Bestimmung nicht vornehmen kann (BAG, 21.11.2000 - 9 AZR 665/99 - NZA 2001, 1093; Zöller/Greger, 28. Auflage 2010, § 254 ZPO Rn. 6). 120

Ohne die begehrte Auskunft ist der Kläger nicht in der Lage festzustellen, ob und in welchem Umfang er noch Anspruch auf Zahlung variabler Vergütung hat. 121

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte auch Anspruch auf Auskunft über die aus von ihm abgeschlossenen und ihm zugeordneten Leasingverträgen erzielten Nachmieterlöse aus §§ 611, 242 BGB und § 4 Abs. 1 des Arbeitsvertrages vom 14.07.2004. 122

- a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Auskunftsanspruch zu bejahen, wenn zwischen den Parteien eine Sonderverbindung, insbesondere ein Vertragsverhältnis besteht, und mit der Auskunftsklage auch der Bestand eines Leistungsanspruchs geklärt werden soll, sofern der Berechtigte die Wahrscheinlichkeit seines Anspruchs dargelegt hat (BAG, 21.11.2000 - 9 AZR 665/99 - NZA 2001, 1093; BAG, 21.10.1970 - 3 AZR 479/69 - AP BGB § 242 Auskunftsspflicht Nr. 13. 5; BAG, 12.05.1972 - 3 AZR 401/71 - AP Nr. 6 zu § 60 HGB). Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer nach allgemeinen Grundsätzen Auskunft über die Grundlagen seines Vergütungsanspruchs verlangen, wenn er hierüber unverschuldet keine Kenntnis hat (vgl. nur BAG, 12.07.2006 - 5 AZR 646/05 - NZA 2006, 1294; BAG, 19.04.2005 - 9 AZR 188/04 - AP Nr. 39 zu § 242 BGB Auskunftsspflicht). Nach § 87 Abs. 3 HGB, der nach § 65 HGB nicht nur für Handelsvertreter, sondern auch für Handlungsgehilfen gilt, wenn Provisionszahlungen vereinbart sind, kann der Mitarbeiter Mitteilung verlangen, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung wesentlich sind. 123
- Die Parteien haben einen Anspruch auf variable Vergütung vereinbart, der sich inhaltlich als Provisionsanspruch darstellt. Der Kläger erhält nach § 4 Abs. 1 des Arbeitsvertrages i.V.m. der Regelung zur variablen Vergütung eine erfolgsabhängige Vergütung für den Abschluss von Leasingverträgen. Der Kläger benötigt die begehrte Auskunft, um einen etwaigen Anspruch auf Zahlung der variablen Vergütung aufgrund der Nachmieterlöse zu prüfen und ggf. beziffern zu können. 124
- b) Der Auskunftsanspruch entfällt nicht deswegen, weil ein Zahlungsanspruch nicht besteht. 125
- aa) Der Auskunftsanspruch ist nur ein Hilfswerkzeug, um die notwendigen Informationen zur Durchsetzung des Hauptanspruchs, hier des Zahlungsanspruchs, zu erlangen. Steht fest, dass ein Hauptanspruch nicht oder nicht mehr besteht, entfällt auch der Hilfsanspruch. 126
- bb) Ein Zahlungsanspruch ist nicht nach § 89 b Abs. 1 S. 1 HGB ausgeschlossen. Diese Vorschrift findet laut § 65 HGB grundsätzlich auf Handlungsgehilfen keine Anwendung. Dem Angestellten steht - anders als dem Handelsvertreter - kein Ausgleichsanspruch zu (BAG, 20.08.1996 - 9 AZR 471/95 - NZA 1996, 1151). 127
- cc) Ein möglicher Anspruch auf Nachvergütung wegen etwaiger Nachmieterlöse ist auch nicht nach Nr. 3.2 Abs. 7 der Regelung zur variablen Vergütung ausgeschlossen. Die Regelung ist gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam. 128
- (1) Bei der Regelung zur variablen Vergütung handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff BGB. 129
- (1.1) Gemäß § 305 Abs. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB nach § 310 Abs. 3 BGB mit der Maßgabe Anwendung, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt gelten (es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden). Zudem finden §§ 305 c Abs. 2, 306, 307 bis 309 BGB auch dann Anwendung, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keine Einfluss nehmen konnte. 130

Nach der Rechtsprechung des BAG handelt es sich bei einem Arbeitsvertrag um einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, also Verträge zwischen einem Unternehmer (Arbeitgeber) und einem Verbraucher (Arbeitnehmer) (BAG, 28.05.2009 - 8 AZR 896/07 - AP Nr. 6 zu § 306 BGB; BAG, 18.03.2008 - 9 AZR 186/07 - AP Nr. 12 zu § 310 BGB; BAG, 25.05.2005 - 5 AZR 572/04 - AP Nr. 1 zu § 310 BGB).

(1.2) Sowohl bei der Regelung zur variablen Vergütung als auch bei den Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 14.07.2004 handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. 132

Der Kläger hat unbestritten vorgetragen, dass es sich um einen Formulararbeitsvertrag i.S.d § 307 BGB handelt. Trotz eines entsprechenden Hinweises des Gerichts (Bl. 249 d.A.) ist die Beklagte nicht der Einschätzung entgegengetreten, dass es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt. 133

Die Regelung zur variablen Vergütung ist ohnehin von der Beklagten vorformuliert. Sie gilt unternehmenseinheitlich. 134

(1.3) Es ist bereits fraglich, ob die Regelung zur variablen Vergütung Vertragsinhalt geworden ist. Gemäß § 4 Abs. 1 des Arbeitsvertrages soll die "Regelung zur variablen Vergütung" der Beklagten in ihrer jeweils gültigen Fassung gelten. Die Wirksamkeit einer Bezugnahme auf ein einseitiges Regelungswerk des Arbeitgebers ist bedenklich. 135

(1.3.1) Es ist nicht zu erkennen - und wurde von der Beklagten auch nicht vorgetragen - dass die Regelung zur variablen Vergütung auf einer Betriebsvereinbarung beruht. Wird die Regelung zur variablen Vergütung aber einseitig vom Arbeitgeber aufgestellt, so stellt die Bezugnahme auf die jeweils gültige Fassung inhaltlich ein Vertragsänderungsrecht dar (vgl. BAG, 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 - NZA 2009, 428 ff., Rn. 23). Bei einem solchen Änderungsvorbehalt handelt es sich um eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, da Verträge grundsätzlich bindend sind (BAG, 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 - NZA 2009, 428 ff., Rn. 23). 136

(1.3.2) Ob ein Widerrufsrecht wirksam vereinbart ist, ist nach § 308 Nr. 4 BGB als der gegenüber § 307 BGB spezielleren Norm zu beurteilen. Da § 308 Nr. 4 BGB § 307 BGB konkretisiert, sind auch die Wertungen dieser Norm heranzuziehen. Danach ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt und dieser bereits in der Änderungsklausel beschrieben ist. Das Widerrufsrecht muss wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sein. Bei der Angemessenheitskontrolle ist nicht auf die tatsächlich erfolgten Änderungen durch die einseitigen Arbeits- und Sozialordnungen der Beklagten abzustellen, sondern auf die Möglichkeiten, die die Bezugnahmeklauseln geben. Es ist - anders als bei der früheren Prüfung im Rahmen des § 242 BGB - bei zu weit gefassten Klauseln nicht mehr zu prüfen, ob der Arbeitnehmer im konkreten Fall schutzwürdig ist. Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zwingt zu einer generellen, typisierenden Prüfung (BAG, 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 - NZA 2009, 428 ff., Rn. 25; BAG, 24.10.2007 - 10 AZR 825/06 - AP Nr. 32 zu § 307 BGB). Die gesetzlichen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB missbilligen bereits das Stellen inhaltlich unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen, nicht erst den unangemessenen Gebrauch einer Klausel im konkreten Einzelfall. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit tragen auch solche Klauseln, die in ihrem Übermaßteil in zu beanstandender Weise ein Risiko regeln, das sich im Entscheidungsfalle nicht realisiert hat (BAG, 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 137

- NZA 2009, 428 ff., Rn. 25; BAG, 11.04.2006 - 9 AZR 610/05 - NZA 2006, 1042).

Handelt es sich allerdings um eine teilbare Klausel, ist die Inhaltskontrolle jeweils für die verschiedenen, nur formal verbundenen Bestimmungen vorzunehmen (BAG, 25.08.2010 - 10 AZR 275/09 - DB 2010, 2564; BAG, 11.04.2006 - 9 AZR 610/05 - NZA 2006, 1042).

Maßgeblich ist, ob die Klausel mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist. Ist die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen. Die Teilbarkeit einer Klausel ist mittels des sog. Blue-Pencil-Tests durch Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (BAG, 25.08.2010 - 10 AZR 275/09 - DB 2010, 2564; BAG, 06.05. 2009 -10 AZR 443/08 - AP Nr. 43 zu § 307 BGB).

(1.3.3)Zugunsten der Beklagten kann hier unterstellt werden, dass die Passage "in ihrer jeweils gültigen Fassung" sprachlich abtrennbar ist. Sie kann gestrichen werden, ohne dass der verbleibende Teil unverständlich wird. Die Klausel in § 4 Abs. 1 des Vertrages behält bei Streichung der Passage Gültigkeit und ist als statische Bezugnahme auf die Regelung zur variablen Vergütung wirksam. 139

(1.4)Der Ausschluss einer Nachvergütung nach dem Ausscheiden eines Mitarbeiters gemäß Nr. 3.2 Abs. 7 der Regelung zur variablen Vergütung ist dennoch unwirksam. Die Abrede hält jedenfalls der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand. Die Klausel schließt die dem Vertriebsmitarbeiter nach dem Arbeitsvertrag zustehende Provision für Nachmieterlöse aus, wenn er aus dem Unternehmen ausscheidet. Sie ist mit wesentlichen Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB und der §§ 65, 87 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht vereinbar und benachteiligt den Vertriebsmitarbeiter deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. 140

(1.4.1.)Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, ob die gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt. Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders vorliegt, ist auf der Grundlage einer Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu beantworten. Hierbei ist das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel mit dem Interesse des Vertragspartners an der Ersetzung der Klausel durch das Gesetz abzuwägen. Bei dieser wechselseitigen Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner, bei der auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten sind, ist ein genereller, typisierender Maßstab anzulegen (BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124; BAG, 24.10.2007 - 10 AZR 825/06 - NZA 2008, 40). 141

(1.4.2.)Die in Nr. 3.2. Abs. 7 getroffene Regelung zur variablen Vergütung ist nicht als Entgeltabrede einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen, weil sie eine Hauptleistungspflicht betrifft. Zwar werden Hauptleistungspflichten regelmäßig nicht durch Gesetze geregelt. Abreden über die Hauptleistungspflichten müssen deshalb von den Vertragsparteien in der Regel selbst getroffen werden. Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien über Art und Umfang der Arbeitsleistung und das dafür zu zahlende Entgelt betreffen die Hauptleistungspflichten und unterliegen deshalb grundsätzlich keiner Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124, Rn. 14). 142

In Nr. 3.2. Abs. 7 der Regelung zur variablen Vergütung haben die Parteien aber keine Abrede über die Hauptleistungspflichten getroffen. Die Klausel modifiziert vielmehr die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der vereinbarten Provision bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, indem sie den Anspruch des Klägers auf Provision für Nachmieterlöse ausschließt und damit von § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB abweicht.

(1.4.3.)§ 87 Abs. 1 HGB begründet auch Anspruch auf sog. Überhangprovisionen (BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124). Für den Provisionsanspruch nach § 87 Abs. 1 HGB ist unerheblich, ob das vermittelte Geschäft noch während oder erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ausgeführt wird (BGH, 21.10.2009 - VIII ZR 286/07 - NJW 2010, 298). Der Provisionsanspruch entsteht bereits aufschiebend bedingt mit Abschluss des vermittelten Vertrages. Eine anschließende Beendigung des Vertragsverhältnisses beeinträchtigt die Forderung nicht (BGH, 21.10.2009 - VIII ZR 286/07 - NJW 2010, 298). Die Vorschrift begründet daher auch für solche Geschäfte einen Provisionsanspruch, die vor Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen, aber erst danach ausgeführt werden (BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124; BGH, 10.12.1997 - VIII ZR 107/97 - DB 1998, 720; BGH, 21.10.2009 - VIII ZR 286/07 - NJW 2010, 298). Der Anspruch eines Handlungsgehilfen auf Zahlung der Überhangprovision ist allenfalls dann abdingbar, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht (BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124, Rn. 12). Der Handelsvertreter erhält demgegenüber einen Ausgleich nach § 89 b HGB. 144

Nach Nr. 3.1. der Regelung zur variablen Vergütung gehen Nachmieterlöse bei ihrem Entstehen bzw. beim Abschluss eines Verlängerungsvertrages ein. Der Abschluss eines Verlängerungsvertrages ist nicht die einzige Variante, einen Nachmieterlös zu erzielen. In Nr. 3.1.1 der Arbeitsanweisung heißt es ausdrücklich, dass die sog. Flex-Lease-Verträge in ihrer Laufzeit nicht begrenzt sind und sich bei "Nichtkündigung" des Vertrages Nachmieterlöse durch Fortzahlung der Rate in nicht unbeträchtlicher Höhe ergeben können. Die Beklagte hat sogar ausdrücklich in Nr. 4.1.1 ihrer Arbeitsanweisung die Meinung vertreten, dass die durch versäumte oder verspätete Kündigung entstandenen Nachmieterlöse systematisch dem Vertriebsmitarbeiter zugerechnet werden müssten. Festzuhalten ist, dass Nachmieterlöse ohne weiteres Verpflichtungsgeschäft entstehen. Die Nachmieterlöse bei Flex-Lease-Verträgen beruhen daher auf dem vom jeweiligen Vertriebsmitarbeiter abgeschlossenen Vertrag. 145

Das BAG hat bereits entscheiden, dass in einer ähnlichen Fallkonstellation Provisionsansprüche entstehen: Vermittelt ein Versicherungsvertreter sogenannte "Aufbauversicherungen", bei denen sich die Versicherungssumme in regelmäßigen Zeitabständen erhöht, wenn der Versicherungsnehmer nicht widerspricht, so gehen die Erhöhungen auf die Vermittlungstätigkeit bei Abschluss des Grundvertrages zurück und sind daher nach § 87 Abs 1 Satz 1 HGB im Zweifel provisionspflichtig (BAG, 28.02.1984 - 3 AZR 472/81 - AP Nr. 5 zu § 87 HGB). 146

Nr. 3.2. Abs. 7 der Regelung zur variablen Vergütung bezieht solche Ansprüche auf variable Vergütung der Nachmieterlöse ein. Indem die Beklagte die verdienten Ansprüche ausschließt, unabhängig von der Frage, aus welchem Grund der Mitarbeiter ausscheidet, benachteiligt sie ihn unangemessen. 147

Bei wechselseitiger Berücksichtigung und Bewertung der rechtlich anzuerkennenden Interessen der Beklagten und der Vertriebsmitarbeiter ist bei der gebotenen typisierenden Betrachtung zu beachten, dass durch die Ausschlussregelung einem Vertriebsmitarbeiter die erfolgsabhängigen Vergütung für einen zumindest mehrmonatigen Zeitraum und damit ein ganz erheblicher Teil seines Arbeitsverdienstes vorenthalten wird, wenn er selbst das 148

Arbeitsverhältnis kündigt und dieses endet, bevor eine Vielzahl von Leasingraten fällig wird. Eine Regelung, die den Anspruch auf die volle Provision an ein bestehendes Arbeitsverhältnis bindet, darf aber einen Arbeitnehmer nicht aufgrund einer faktischen Kündigungserschwerung in unzulässiger Weise in seiner durch Art. 12 GG garantierten Berufsfreiheit behindern (BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124; BAG, 24.10.2007 - 10 AZR 825/06 - NZA 2008, 40). Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung durch die Beklagte würde ein Vertriebsmitarbeiter aufgrund der Kürzungsregelung nicht nur seinen Arbeitsplatz, sondern zudem Teile der erfolgsabhängigen Vergütung verlieren, obwohl die Kündigung nicht in seinen Verantwortungsbereich fällt (vgl. BAG, 20.02.2008 - 10 AZR 125/07 - NZA 2008, 1124, Rn. 21).	
Wie bereits dargestellt kommt es nicht darauf an, ob sich die Klausel im konkreten Einzelfall negativ zu Lasten der anderen Vertragspartei auswirkt. Es ist eine generelle, typisierende Prüfung vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, dass sich nach dem unstrittigen Vortrag der Beklagten kein von dem Kläger vermitteltler Flex-Lease-Vertrag in der Verlängerungsphase befindet. Allein die Möglichkeit, dass dem Kläger Provisionsansprüche aufgrund sog. Nachmieterlöse durch die Regelung in Nr. 3.2. Abs. 3 in unangemessener Weise genommen werden könnten, führt zur Unwirksamkeit der Allgemeinen Vertragsbedingung.	149
C.	150
Die Revision ist nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.	151
<b>RECHTSMITTELBELEHRUNG</b>	152
Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei	153
<b>R E V I S I O N</b>	154
eingelegt werden.	155
Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	156
Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim	157
Bundesarbeitsgericht	158
Hugo-Preuß-Platz 1	159
99084 Erfurt	160
Fax: 0361-2636 2000	161
eingelegt werden.	162
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	163
Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	164
1.Rechtsanwälte,	165
	166

2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	167
In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	168
Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	169
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	170
Dr. HamacherKonstantinovicWeber	171