
Datum: 03.03.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 14. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 Sa 445/08
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:0303.14SA445.08.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bocholt, 3 Ca 2015/07
Schlagworte: AGB, Provision, Rückzahlung, Verwirkung, Vorschuss
Normen: § 242 BGB, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB

Leitsätze:

1. Die Vereinbarung in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, wonach ein nicht ins Verdienen gebrachter Provisionsvorschuss zurückzuzahlen ist, unterliegt keiner Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, § 308, 309 BGB, da es sich um keine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung handelt (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).
2. Streiten sich die Parteien innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB etwa ein Jahr lang außergerichtlich über die Berechtigung einer Forderung, führt eine rund 19 monatige Untätigkeit des Gläubigers bis zur erneuten Geltendmachung der Forderung allein nicht zur Verwirkung nach § 242 BGB.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 6. März 2008 (3 Ca 2015/07) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.074,75 Euro nebst Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 4.590,61 Euro seit 1. Januar 2007 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 13,5 % und der Beklagte zu 86,5 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Der Streitwert wird auf 5.408,43 Euro festgesetzt.

Die Revision wird für den Beklagten zugelassen.

<u>TATBESTAND:</u>	1
Die Parteien streiten über die Rückzahlung von Provisionsvorschüssen.	2
Der Beklagte war bei der Klägerin, einem Unternehmen für Finanzdienstleistungen (Beratung für Versicherungen, Vermögensanlagen und Finanzierungen aller Art sowie deren Vermittlung) in der Zeit vom 1. Oktober 2003 bis 20. März 2004 als "Consultant" beschäftigt. Grundlage war der unter dem 19. September 2003 abgeschlossene M1-Consultantvertrag (nachfolgend M1-Vertrag). Danach war der Beklagte als selbständiger Gewerbetreibender für die Klägerin tätig. Zur Vergütung enthielt der Vertrag folgende Regelung:	3
§ 6 Vergütung	4
1 Der Consultant erhält für seine Tätigkeit Vergütungen in Form von Provisionen und Honoraren. Der Consultant bezieht Provisionen und Honorare ausschließlich über M1.	5
2 Hinsichtlich der Provisionen und Honorare gilt die Provisionsordnung für Consultants, welche in ihrer derzeit geltenden Fassung diesem Vertrag beigelegt ist. M1 ist berechtigt, aus betrieblichen oder geschäftlichen Gründen Änderungen und/oder Anpassungen der Provisionsordnung vorzunehmen. Eine Änderung und/oder Anpassung der Provisionsordnung ist dem Mitarbeiter mitzuteilen; die jeweilige Neuregelung wird zum 30. des darauffolgenden Monats wirksam. Die jeweils aktuelle Provisionsordnung kann im M1-Intranet eingesehen werden.	6
3 Die Abgabe von Provisionen an Kunden ist untersagt. Das gleiche gilt für die Abgabe von Untervermittlungsprovisionen an Dritte.	7
4 Provisionen und gegenzurechnende Forderungen von M1 werden in monatlich dem Consultant zugehenden Kontoauszügen erfasst. Der jeweilige Saldo ist vom Consultant anerkannt, wenn nicht spätestens zum 30. des darauffolgenden Monats Widerspruch erhoben wird.	8

5 M1 stellt dem Consultant für längstens 3 Jahre einen monatlichen pauschalen Vorschuss auf die zu verdienenden Provisionen als zunächst zinsloses Darlehen in Höhe von 2.400,00 Euro zur Verfügung. Das Darlehen wird dem Consultant von M1 gewährt, um ihn bei der Existenzgründung finanziell zu unterstützen. Die vereinbarten Vorschusszahlungen werden nur solange gewährt, wie sie dem Ziel der Aufnahme einer eigenen Existenzgründung als selbständiger M1-Consultant dienen.

6 Der Vorschuss wird jeweils abzüglich der im § 8 Abs. 2 definierten Aufwendungen ausgezahlt, soweit diese von M1 verauslagt wurden. Der Saldo aus den als Darlehen gewährten Provisionsvorschüssen und gegengerechneten Provisionseinnahmen wird auf insgesamt 30.000,00 Euro begrenzt. Bei Überschreiten dieses Höchstbetrages ist M1 unter anderem berechtigt, die Provisionsvorschüsse einzustellen. 10

7 Die Rückführung des Darlehens erfolgt durch Verrechnung mit den tatsächlich verdienten Provisionen. Wenn der aufgelaufene Provisionsvorschuss mit durch verdiente Provisionen vollständig zurückgeführt ist, entfällt der Provisionsvorschuss mit dem darauffolgenden Monat. 11

8 Mit Ablauf von zwei Jahren nach Vertragsbeginn ist ein dann noch nicht zurückgeführtes Darlehen mit drei Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz zu verzinsen. 12

9 Wird der Consultant durch Krankheit oder Berufsunfähigkeit an der Ausübung seiner Tätigkeit gehindert, so endet die Weiterzahlung des Vorschusses nach vier Wochen. 13

10 Im Falle seines Ausscheidens ist der Consultant verpflichtet, 50 % eines noch bestehenden Provisionsvorschusssaldos zurückzuzahlen. Der Rückzahlungsanspruch wird mit Ausscheiden des Consultant fällig. Er ist nach Fälligkeit mit drei Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. 14

11 Als Gegenleistung für den Erlass von 50 % des zum Zeitpunkt des Ausscheidens noch bestehenden Provisionsvorschusssaldos durch M1 verzichtet der Consultant auf 50 % des zum gleichen Zeitpunkt bestehenden Schwebgeschäftes. M1 nimmt diesen Verzicht an. Dem Provisionskonto werden somit nach Ausscheiden des Consultants jeweils nur 50 % der dann noch verdienten Provisionen gutgeschrieben. Die Auszahlung erfolgt jeweils zum 15. des auf die Abrechnung folgenden Monats, sofern der Consultant seiner Rückzahlungsverpflichtung gemäß Abs. 10 bereits nachgekommen ist. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ablichtung des Vertrags (Anlage K1 zur Klageschrift, Bl. 14 ff d. A.) Bezug genommen. Mit Schreiben vom 17. Februar 2004 (vgl. Kopie Bl. 28 d. A.) kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis zum 20. März 2004. Bis einschließlich Februar 2004 erhielt der Beklagte jeweils zum 15. eines Monats den vereinbarten Provisionsvorschuss in Höhe von 2.400,00 Euro monatlich abzüglich von ihm zu tragender Aufwendungen nach § 8 Nr. 2 M1-Vertrag. Bis zum 20. März 2004 erwirtschaftete er Provisionen in Höhe von insgesamt 3.279,95 Euro. Darüberhinaus standen der Klägerin noch zu erstattende Telefon- und Getränkekosten in Höhe von 112,84 Euro zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses offen. 16

Die Klägerin forderte den Beklagten erstmals im Mai 2005 zur Rückzahlung des nach ihren Berechnungen noch offenen Saldos von rund 5.000,00 Euro auf. Im Anschluss hieran fand eine längere Korrespondenz zwischen den Parteien statt (vgl. im Einzelnen Anlagen K23 bis K29 der Berufungsbegründungsschrift, Bl. 244 ff. d. A.), in der zum einen über den Status des Beklagten als Arbeitnehmer oder freier Handelsvertreter, zum anderen über die Wirksamkeit 17

der Rückzahlungsverpflichtung nach § 6 Nr. 10 M1-Vertrag gestritten wurde. Mit Schreiben vom 30. März 2006 forderte der damalige Bevollmächtigte der Klägerin den Beklagten zur Rückzahlung eines noch offenen Schuldsaldos in Höhe von 5.268,66 Euro zuzüglich Zinsen auf. Hierzu setzte er eine Frist bis zum 13. April 2006. Im Übrigen kündigte er an, dass die Klägerin für den Fall, dass fristgerecht keine Zahlung erfolge, ohne weitere Mahnung "mit anliegend in Entwurf beigefügtem Schriftsatz" Klage erhoben werde. Wegen der weiteren Einzelheiten zu diesem Schreiben und seinen Anlagen, insbesondere des beigefügten Klageentwurfs, wird auf deren Kopie (Anlage zum Schriftsatz des Beklagten vom 2. Januar 2008, Bl. 108 ff. d. A.) Bezug genommen. Der Beklagte erbat hierauf mit Schreiben vom 11. April 2006 eine Fristverlängerung bis zum 26. April 2006. Eine weitere Stellungnahme erfolgte seinerseits nicht. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2007 forderten die nunmehrigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin zur Zahlung eines noch offenen Betrags von 5.408,43 Euro bis zum 23. Oktober 2007 auf. Zugleich wurden die Kosten ihrer Beauftragung mit diesem Schreiben geltend gemacht. Eine Zahlung erfolgte nicht.

Mit der am 31. Oktober 2007 eingegangenen und am 8. November 2007 zugestellten Klage hat die Klägerin die Zahlung des vorgenannten Betrags sowie von weiteren 459,40 Euro wegen Erstattung von außergerichtlichen Anwaltsgebühren geltend gemacht. Der Beklagte sei freier Handelsvertreter. Die Vereinbarung einer reinen Provisionsvergütung sowie die Rückzahlungsverpflichtung in § 6 Nr. 10 M1-Vertrag seien wirksam. Insbesondere sei Letztere nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. Ebenso wenig sei der Anspruch verwirkt. Weder das Zeitmoment noch das Umstandsmoment seien erfüllt. Hinsichtlich der Höhe hat die Beklagte im Hinblick auf § 6 Nr. 5 S. 3 M1-Vertrag den für den Monat Februar 2004 gewährten Provisionsvorschuss in voller Höhe geltend gemacht unter dem Gesichtspunkt eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung. Für den Zeitraum vom 1. Februar bis 21. Februar 2004 hat sie einen Betrag von 1.680,00 Euro bei der Ermittlung des nach § 6 Nr. 10 M1-Vertrag zurückzuzahlenden Provisionsvorschusses neben den erzielten Provisionen vom gewährten Provisionsvorschuss abgezogen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Berechnung wird insoweit auf die Klageschrift (Bl. 4 ff d. A.) Bezug genommen.

Die Klägerin hat beantragt, 19

1. den Beklagten zu verurteilen, 5.408,43 Euro nebst Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 4.924,25 Euro hieraus seit dem 01. Januar 2007 zu zahlen;
2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin weitere 459,40 Euro nebst % Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 08. November 2007 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 22

die Klage abzuweisen. 23

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die Rückzahlungsklausel des § 6 Nr. 10 M1-Vertrag eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstelle. Deshalb bestehe kein Rückforderungsanspruch. Darüberhinaus sei der Anspruch der Klägerin verwirkt. Nach dem Erhalt des Schreibens vom 30. März 2006 sei der vermeintliche Anspruch bis Oktober 2007 nicht mehr geltend gemacht worden. Insbesondere durch den Umstand, dass eine Klageschrift bereits ausformuliert gewesen sei, habe sich der Beklagte darauf einrichten können, dass die Klägerin den Anspruch nicht mehr geltend mache.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass der Anspruch der Klägerin verwirkt sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Urteil wurde der Klägerin am 23. April 2008 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 18. März 2008 eingelegte und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23. Juli 2008 mit einem am 17. Juli 2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung. 26

Mit der Berufung macht die Klägerin nur noch ihren Provisionsrückzahlungsanspruch, geltend. Die Voraussetzungen für eine Verwirkung sind nach ihrer Auffassung nicht erfüllt. Angesichts der Reform des Verjährungsrechts und der damit einhergehenden Verkürzung der Verjährungsfristen auf die Regelverjährung von drei Jahren müsste diese Frist grundsätzlich dem Gläubiger ungekürzt zur Verfügung stehen. Angesichts der vor Einreichung der Klageschrift bereits umfänglichen Verhandlungen über die Rückführung des Provisionsvorschusssaldos habe der Beklagte nicht davon ausgehen können, dass die Klägerin die ihr zustehenden Rechte und Ansprüche nicht mehr geltend machen werde. Auch im Hinblick auf das Schreiben vom 30. März 2006 habe der Beklagte kein schutzwürdiges Vertrauen erlangen können. Zudem habe er durch sein nachfolgendes Fristverlängerungsbegehren selbst nicht davon ausgehen können, dass mit Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist unmittelbar anschließend eine Klageerhebung folgen würde. Im Übrigen vertritt die Klägerin weiterhin die Auffassung, dass die Verpflichtung zur Rückzahlung von Provisionsvorschüssen wirksam vereinbart worden sei. 27

Die Klägerin beantragt: 28

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 6. März.2008, 3 Ca 2015/07, wird dahingehend abgeändert, dass der Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 5.408,43 Euro nebst Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 4.924,25 Euro hieraus seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen. 29

2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits. 30

Der Beklagte beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Der Beklagte verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens die erstinstanzliche Entscheidung als zutreffend. Insbesondere sei es dem Beklagten auch unzumutbar gewesen, die klägerische Forderung noch zu erfüllen. 33

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Sitzungen des Arbeitsgerichts vom 11. Dezember 2007 und 6. März 2008 sowie des Landesarbeitsgerichts vom 18. November 2008 Bezug genommen. 34

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE 35

Die zulässige Berufung ist zum überwiegenden Teil begründet. Der Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin 5.074,35 Euro zu zahlen, da in entsprechender Höhe ein Anspruch auf Rückzahlung von Provisionsvorschüssen gemäß § 6 Nr. 10 M1-Vertrag bzw. Erstattung von Kosten gemäß § 8 Nr. 2 M1-Vertrag besteht. Dieser Rückzahlungsanspruch ist nicht nach § 36

242 BGB verwirkt. Der darüber hinausgehend geltend gemachte Rückzahlungsanspruch ist unbegründet, weil die Klägerin zu Unrecht von einer Pflicht zur Rückerstattung des im Monat Februar 2004 gezahlten Provisionsvorschusses in voller Höhe ausgeht.

1. Gemäß § 6 Nr. 10 M1-Vertrag ist der Beklagte verpflichtet, im Falle seines Ausscheidens 50 % eines noch bestehenden Provisionsvorschussaldos zurückzuzahlen. Diese Vereinbarung ist entgegen der Auffassung des Beklagten wirksam. 37

a) Für die Frage der Wirksamkeit der Rückzahlungsvereinbarung in § 6 Nr. 10 M1-Vertrag ist es unerheblich, ob der Beklagte als freier Handelsvertreter oder als Arbeitnehmer der Klägerin anzusehen ist. Denn nicht nur mit einem freien Handelsvertreter, sondern auch mit einem Arbeitnehmer kann vereinbart werden, dass ausschließlich eine erfolgsabhängige Vergütung in Form von Provisionen gezahlt wird und hierauf Provisionsvorschüsse gewährt werden, die zurückzuzahlen sind, soweit sie nicht ins Verdienen gebracht werden (vgl. BAG, 20. Juni 1989, 3 AZR 504/87, AP HGB § 87 Nr. 8; LAG Berlin, 3. November 1986, 9 Sa 65/86, AP HGB § 65 Nr. 14; Küttner/Griese, Personalbuch 2008, Provision Rn. 3, 28; Ebenroth/Boujong/Joost/Schon/Boecken, HGB, 2. Auflage, Rn. 9, 11; HK-ArbR/Schütte/Schlegel, § 65 HGB Rn. 3). 38

b) Ebenso wenig kommt es für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei § 6 Nr. 10 M1-Vertrag um eine wirksame Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, auf die Frage an, ob der Beklagte freier Handelsvertreter oder Arbeitnehmer ist. Eine Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB findet nicht statt. Denn gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB finden § 307 Abs. 1 und 2 sowie § 308, § 309 BGB nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dies ist bei § 6 Nr. 10 M1-Vertrag nicht der Fall. 39

aa) Klauseln, die lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholen (deklaratorische Klauseln) sowie Leistungsbeschreibungen und Entgeltregelungen unterliegen nicht der Inhaltskontrolle (vgl. BGH, 12. März 1987, VII ZR 37/86, BGHZ 100, S. 158 <173>; 24. September 1998, III ZR 219/97, NJW 1999, 864). Im Falle von deklaratorischen Klauseln rechtfertigt sich dies daraus, dass an die Stelle der unwirksamen Bestimmung die gesetzliche Regelung tritt. Für Abreden, durch welche die Parteien Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, rechtfertigt sich dies daraus, dass es gerade an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, die an deren Stelle treten könnte (vgl. BAG, 27. Juli 2005, 7 AZR 486/04, NZA 2005 S. 40 <45>; HK-ArbR/Boencke/Ulrici, § 307 BGB Rn. 32). 40

bb) Im vorliegenden Fall handelt es sich bei § 6 Nr. 10 M1-Vertrag um eine deklaratorische Klausel, welche nicht von Rechtsvorschriften abweicht oder sie ergänzt. Der Begriff "Rechtsvorschriften" ist weit zu verstehen. Es zählen nicht nur die förmlichen Gesetze, sondern auch die ungeschriebenen Rechtsgrundsätze und das Richterrecht hierzu (vgl. BGH, 10. Dezember 1992, I ZR 186/90, BGHZ 121, 18; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Auflage, § 307 Rn. 64; HKArbR/Boencke/Ulrici, § 307 Rn. 34). In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es anerkannt, dass derjenige, der Geld als Vorschuss nimmt, sich auch verpflichtet, den Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzuzahlen, wenn und soweit die bevorschusste Forderung nicht entsteht (vgl. BAG, 10. März 1960, 5 AZR 426/58, AP BGB § 138 Nr. 2; 31. März 1960, 5 AZR 441/57, AP BGB § 394 Nr. 5; 11. Juli 1961, 3 AZR 216/60, AP BGB § 614 Gehaltvorschuss Nr. 2; 16. Februar 1962, 5 AZR 211/61, AP HGB § 87 a Nr. 1; 28. Juni 1965, 3 AZR 86/65, AP BGB § 614 Gehaltvorschuss Nr. 3; 20. Juni 1989, a.a.O.; 15. März 2000, 10 AZR 101/99, NZA 2000, S. 1004 <1007>; 25. September 2002, 10 AZR 7/02, NZA 2003, S. 617 <619>; 13. Dezember 2000, 5 AZR 334/99, AP BGB § 394 Nr. 31). 41

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, der endgültigen unbedingten Entstehung oder des Fälligwerdens der bevorschussten Forderung der Vorschuss auf die Forderung zu verrechnen ist. Sollte die Forderung nicht oder nicht zeitgerecht entstehen, ist der Vorschussnehmer verpflichtet, den erhaltenen Vorschuss dem Vorschussgeber zurückzugewähren (vgl. BAG, 15. März 2000, 10 AZR 101/99, a.a.O.). § 6 Nr. 10 M1-Vertrag gibt damit nur ausdrücklich wieder, was aus der Vorschussvereinbarung in § 6 Nr. 5 M1-Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohnehin folgt. Eine davon abweichende Regelung trifft § 6 Nr. 10 M1-Vertrag nicht, in dem er die Rückzahlungsverpflichtung für nicht verdiente Provisionsvorschüsse ausdrücklich statuiert.

cc) Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass § 6 Nr. 10 M1-Vertrag eine Begrenzung der Rückzahlungsverpflichtung auf 50 % des zum Zeitpunkt des Ausscheidens zu Lasten des Consultants bestehenden Provisionssaldos beschränkt. Insoweit handelt es sich lediglich um eine den Umfang der geschuldeten Leistung festlegende Bestimmung der Parteien, welche ebenfalls einer Angemessenheitskontrolle entzogen ist. 42

dd) Schließlich ist es für die Frage der Wirksamkeit der Rückzahlungsvereinbarung in § 6 Nr. 10 M1-Vertrag unerheblich, dass nach § 6 Nr. 11 M1-Vertrag der Anspruch des Beklagten auf Schwebeprovisionen als "Gegenleistung" zum Erlass in § 6 Nr. 10 M1-Vertrag ebenfalls auf 50 % begrenzt wird. Selbst wenn diese Begrenzung des Anspruchs auf Überhangprovision nicht wirksam sein sollte, lässt dies die Rückzahlungsverpflichtung nach § 6 Nr. 10 M1-Vertrag unberührt (§ 306 Abs. 1 BGB). 43

c) Eine Unwirksamkeit der Rückzahlungsverpflichtung nach § 6 Nr. 10 M1-Vertrag aus sonstigen Gründen ist nicht ersichtlich. Eine Vergütungsvereinbarung auf Provisionsbasis mit der Verpflichtung zur Rückzahlung von Provisionsvorschüssen kann zwar sittenwidrig sein, wenn durch die Vorschusszahlung eine unzulässige Bindung des Arbeitnehmers herbeigeführt wird oder wenn die Provisionsabrede so getroffen worden ist, dass der Arbeitnehmer die geforderten Umsätze überhaupt nicht erbringen kann (vgl. BAG, 20. Juni 1989, a.a.O.; LAG Berlin, 3. November 1986, a.a.O.). Hierfür bestehen aber keine Anhaltspunkte. Solche sind weder vom dafür darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (vgl. LAG Berlin, a.a.O.) vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. 44

2. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts und des Beklagten ist der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des Provisionsvorschusses nicht verwirkt. 45

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und dient dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit. Sie hat nicht den Zweck, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Es müssen vielmehr zum Zeitablauf besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (vgl. BAG, 17. Februar 1988, 5 AZR 638/86, AP BGB § 630 Nr. 17; 20. Juni 1989, a.a.O.; 25. April 2001, 5 AZR 479/99, AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 46; 24. Mai 2006, 7 AZR 365/05, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; 14. Februar 2007, 10 AZR 35/06, AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 47). Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen will, so dass der Verpflichtete sich 46

darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Die Verwirkung dient dem Vertrauensschutz (vgl. BAG, 25. April 2001, a.a.O., 14. Februar 2007, a.a.O.).

Die Verwirkung ergänzt bestehende Verjährungs- und Ausschlussfristen und wird durch diese nicht verdrängt. Da der Verwirkungseinwand jedoch nicht zur Aushöhlung dieser Fristen führen darf, muss er auf Ausnahmefälle beschränkt sein. Das durch Richterrecht geschaffene Institut der Verwirkung darf in seiner Anwendung nicht dazu führen, dass die gesetzliche Verjährungsregelung in weitem Maße unterlaufen wird. Allgemein gilt insoweit der Grundsatz, dass um so seltener Raum für eine Verwirkung sein wird, je kürzer die Verjährungsfrist ist (vgl. BGH, 6. Dezember 1988, XI ZR 19/88, NJW-RR 1989, S. 818 <819>; 11. Februar 1992, VI ZR 133/91, NJW 1992, S. 1755 <1756>; 26. Mai 1992, VI ZR 230/91, NJW-RR 1992, S. 1240). Nach der Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist auf drei Jahre im Rahmen der Neuregelung des Verjährungsrechts durch die Schuldrechtsreform hat sich der Anwendungsbereich der Verwirkung daher erheblich verkleinert (Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Auflage, § 242 BGB Rn. 97; Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt-Kessel, BGB, 2. Auflage, § 242 Rn. 49; MüKo-BGB/Roth, 5. Auflage, § 242 Rn. 302).

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist bereits das Zeitmoment nicht erfüllt. Die Klägerin hat ihren Anspruch vor Ablauf der Verjährungsfrist gerichtlich geltend gemacht und war während des gesamten Verjährungszeitraums nicht lediglich untätig. Vielmehr hatte zwischen den Parteien eine etwa ein Jahr andauernde Korrespondenz über die Berechtigung dieses Anspruches stattgefunden, an dessen Ende die Klägerin den Beklagten zur Zahlung unter Androhung einer Klageerhebung aufgefordert hatte. Allein das Verstreichenlassen eines weiteren Zeitraums von rund 19 Monaten bis zu einer erneuten Zahlungsaufforderung mit unmittelbarer Klageerhebung nach Ablauf der darin gesetzten letzten Zahlungsfrist reicht nicht aus, um bereits das Zeitmoment der Verwirkung anzunehmen.

c) Unabhängig davon ist aber auch das Umstandsmoment nicht erfüllt. Der Beklagte konnte nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin gegen ihn nicht mehr vorgehen würde, weil sie nicht unverzüglich nach Ablauf der zumindest stillschweigend bis Ende April 2006 verlängerten Zahlungsfrist Klage erhoben hatte. Die Untätigkeit der Klägerin allein hat bis zu der erneuten Zahlungsaufforderung vom 9. Oktober 2007 kein Vertrauen auf Seiten des Beklagten darin begründen können, nicht mehr auf die Rückzahlung des Provisionssaldos in Anspruch genommen zu werden. Eine bloße Untätigkeit führt allein nicht zur Verwirkung (vgl. BAG, 14. Februar 2007, a.a.O.).

d) Andere Umstände, die in dem Beklagten das berechtigte Vertrauen begründen konnten, in Zukunft nicht mehr auf Rückzahlung des Provisionssaldos in Anspruch genommen zu werden, liegen nicht vor.

aa) Das Vorbringen des Beklagten ist im Hinblick auf das Umstandsmoment widersprüchlich. Soweit er sich darauf beruft, dass er im Zuge seines letzten Umzugs Unterlagen über die Klägerin hinsichtlich der im Zuge der Einstellung ihm gegenüber erfolgten Zusagen "entsorgt habe", ist diese Entsorgung nach seinem Vorbringen im Kammertermin am 18. November 2008 im Dezember 2007 und damit nach Klageerhebung geschehen. Soweit er mit dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 2. Dezember 2008 nunmehr vorträgt, dass er die Unterlagen bereits im Vorfeld entsorgt habe, ist dies im Hinblick auf seinen bisherigen Vortrag schon nicht glaubhaft. Zudem hat der Beklagte keine Angaben zum konkreten Zeitpunkt der angeblichen Entsorgung gemacht. Schließlich waren angebliche Zusagen der Klägerin, die ihrem Rückzahlungsanspruch entgegenstehen

könnten, bis zum Termin der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2008 nicht Gegenstand des Prozesses. Insoweit bedurfte es keiner weiteren Aufklärung.

bb) Ebenso wenig sind Vermögensdispositionen erkennbar, die der Beklagte im Hinblick auf das Ausbleiben einer zeitnahen Klageerhebung zum letzten Geltendmachungsschreiben aus März 2006 getroffen haben will. Soweit er darlegt, dass der Entschluss zum Bau eines Eigenheims maßgeblich auf der Annahme beruht habe, dass Verbindlichkeiten aus der Vergangenheit nicht mehr zu erwarten seien, ist dies, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, nicht plausibel. Bei der Aufnahme von Kreditverbindlichkeiten in Höhe von 163.000,00 Euro ist die hier geltend gemachte Klageforderung von rund 5.500,00 Euro kein Gesichtspunkt, der der Finanzierung entgegenstehen könnte. Entsprechendes gilt, soweit der Beklagte anführt, keine Rücklagen im Hinblick auf eine mögliche Inanspruchnahme durch die Klägerin gebildet zu haben und Familienvater von zwei Kindern zu sein. Die durch die allgemeinen Einkommens- und Vermögensverhältnisse geprägte finanzielle Situation ist nicht von einer möglichen Inanspruchnahme auf Forderungen aus dem früheren Vertragsverhältnis mit der Klägerin geprägt. Der Beklagte konnte nicht darauf vertrauen, dass aufgrund dieser - der Klägerin ohnehin nicht bekannten - Umstände er von ihr nicht mehr in Anspruch genommen wird. Dem Beklagten ist es weiterhin zumutbar, die Forderung der Klägerin noch zu erfüllen. Eine finanzielle Überforderung ist nicht erkennbar. Eben sowenig ist ersichtlich, dass angesichts der familiären Vermögensverhältnisse die Aufnahme eines Kredits zur Tilgung einer etwaigen Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin nicht möglich ist. 52

3. Der Anspruch auf Erstattung von Auslagen folgt aus § 8 Nr. 2 Consultant-Vertrag, wonach Telefon- und Bewirtungskosten vom Beklagten zu tragen sind. 53

4. Der Zahlungsanspruch der Klägerin ist jedoch nur in Höhe eines Betrages von insgesamt 5.074,75 Euro begründet. 54

a) Die nach § 8 Nr. 2 M1-Vertrag zu erstattenden Telefonkosten betragen rechnerisch unstreitig 112,84 Euro. 55

Dagegen sind die Getränkekosten nur in Höhe eines Betrages von 56,00 Euro vom Beklagten zu erstatten. Das Vertragsverhältnis der Parteien endete zum 20. März 2004. Die insoweit pauschal monatlich zu erstattenden Bewirtungskosten von 21,00 Euro fielen im letzten Monat nur anteilig an in Höhe von zwei Dritteln, d.h. in Höhe von 14,00 Euro. Zusammen mit den Beträgen der beiden Vormonate ergibt sich lediglich ein Anspruch von 56,00 Euro. 56

b) Der gemäß § 6 Nr. 10 M1-Vertrag vom Beklagten zurückzuzahlende nicht ins Verdienen gebrachte Provisionsvorschuss beträgt 4.360,03 Euro. Der Beklagte hat von Oktober 2003 bis Februar 2004 insgesamt Provisionsvorschüsse in Höhe von 12.000,00 Euro erhalten (5 Monate x 2.400,00 Euro). Hiervon abzusetzen sind die verdienten Provisionen in Höhe von 3.279,95 Euro. Es verbleibt ein Betrag von 8.720,05 Euro. Hiervon hat der Beklagte die Hälfte, d.h. 4.360,03 Euro zu erstatten. 57

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann sie nicht den im Monat Februar 2004 tatsächlich ausgezahlten Provisionsvorschuss in Höhe von 2.364,64 Euro in voller Höhe unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen (bei gleichzeitiger Anrechnung des auf die Zeit vom 1. bis 21. Februar 2004 anfallenden Betrages von 1.680,00 Euro auf den zu erstattenden Provisionssaldo nach § 6 Nr. 10 M1-Vertrag). Zwar sieht § 6 Nr. 5 S. 3 M1-Vertrag vor, dass die vereinbarten Vorschusszahlungen nur so lange gewährt werden, wie sie dem Ziel der Aufnahme einer eigenen Existenzgründung als selbständiger M1-Consultant dienen. Dies berechtigt die Klägerin jedoch nicht, bei Zugang einer Kündigung nach Zahlung 58

eines Provisionsvorschusses für den laufenden Monat eine rückwirkende Abrechnung nach dieser Bestimmung vorzunehmen. Insbesondere liegt kein Fall eines nachträglichen Wegfalls des Rechtsgrundes im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB bzw. ein Nichteintritt des nach dem Inhalt des mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Erfolges nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB vor. Die Klägerin ist nach der Formulierung in § 6 Nr. 5 S. 3 M1-Vertrag lediglich berechtigt, für die Zukunft Vorschusszahlungen nicht mehr zu gewähren, wenn das Ziel der Aufnahme einer eigenen Existenzgründung nicht mehr erreicht wird. Dies stand zwar zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung der Klägerin vom 17. Februar 2004 fest. Die Vorschusszahlung für diesen Monat war jedoch bereits erfolgt. Das in einem solchen Fall die Klägerin dazu berechtigt sein soll, bereits für diesen Monat rückwirkend keinen Vorschuss mehr gewähren zu müssen, ergibt sich aus der Regelung nicht und wäre im Hinblick auf die in § 6 Nr. 10 M1-Vertrag vorgesehene Begrenzung der Erstattung auf die Hälfte des gezahlten Provisionsvorschusses wohl als unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen. Da es aber in § 6 Nr. 5 S. 3 M1-Vertrag bereits an der eindeutigen Regelung der Befugnis fehlt, den für den laufenden Monat gewährten Provisionsvorschuss insgesamt nachträglich entfallen zu lassen, kommt es auf die Frage der Wirksamkeit der von der Klägerin praktizierten Regelung im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach AGB-Recht nicht an.

c) Bis zum 31. Dezember 2006 sind darüberhinaus unstreitig unter Verrechnung mit zu zahlenden Provisionen insgesamt noch Provisionsstornierungen in Höhe von 63,74 Euro zu Lasten des Beklagten zu berücksichtigen. 59

d) Des Weiteren sind in der Zeit vom 21. März 2004 bis einschließlich 31. Dezember 2006 mindestens Zinsen in Höhe von 484,18 Euro angefallen. Zwar hat die Klägerin ihren Zinsanspruch auf der Basis der Forderung errechnet, wie sie sich insgesamt aus dem von ihr zugrunde gelegten Provisionssaldo von 2.320,03 Euro, dem Provisionsvorschuss für Februar 2004 in Höhe von 2.364,64 Euro, den Getränkekosten von 63,00 Euro und den Telefonkosten in Höhe von 112,84 Euro, d.h. insgesamt 4.860,51 Euro ergibt. Allerdings hat sie ihren Zinsanspruch erst ab 15. Oktober 2004 unter Berücksichtigung einer bereits zu Gunsten des Beklagten erfolgten Verrechnung von Schwebeprovisionen ausgehend von einem Betrag von 4.821,99 Euro berechnet. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nach dem Vertrag der Klägerin ein Zinsanspruch von 3 % über dem Basiszinssatz ab Ausscheiden zusteht, geht das Gericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO davon aus, dass insgesamt ein deutlich höherer Zinsbetrag bei einer entsprechenden Abrechnung der Klägerin zustehen würde, als sie hier vorliegend geltend macht. 60

Im Übrigen ist der der Klägerin zustehende Betrag von insgesamt 4.590,61 Euro (ohne die bis zum 31. Dezember 2006 bereits angefallenen Zinsen) ab dem 1. Januar 2007 mit dem vereinbarten Zinssatz in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. 61

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Hinsichtlich der Kosten erster Instanz war die von der Klägerin nicht mehr verfolgte Forderung auf Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 459,40 Euro neben der Differenz von 331,68 Euro, die sich zwischen dem zugesprochenen und dem zuletzt eingeforderten Betrag ergibt, zu berücksichtigen. Ausgehend von einem Gesamtstreitwert von 5.867,83 Euro für die erste Instanz ergibt sich die vorgenommene Kostenquotelung aus dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen beider Parteien. 62

Hinsichtlich der Kosten des Berufungsverfahrens waren diese dem Beklagten insgesamt aufzuerlegen. Die Zuvielforderung in Höhe von 331,68 Euro ist verhältnismäßig geringfügig und hat keine besonderen Kosten verursacht. 63

Der Streitwert war für das Berufungsverfahren auf den von der Klägerin zuletzt geltend gemachten Betrag festzusetzen. 64

Die Revision war für den Beklagten zuzulassen, da die Rechtssache nur insoweit grundsätzliche Bedeutung besitzt. (§ 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG). 65