
S 7 AL 156/97

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Freistaat Bayern
Sozialgericht	Bayerisches Landessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	10
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 7 AL 156/97
Datum	09.06.1999

2. Instanz

Aktenzeichen	L 10 AL 254/99
Datum	16.07.2002

3. Instanz

Datum	-
-------	---

- I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 09.06.1999 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
- II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Höhe des Konkursausfallgeldes (Kaug).

Der am 1961 geborene Kläger war ab 19.06.1995 bei der F. Massivbau GmbH B. (GmbH) als Verkaufsleiter beschäftigt. Zuvor war er für die GmbH als selbstständiger Makler tätig gewesen. Im Arbeitsvertrag vom 29.06.1995 vereinbarten die Parteien ein monatliches Bruttogehalt von 6.000,- DM sowie eine Provision von 0,75 vH pro verkauftes Haus. Vertragsänderungen bedurften der Schriftform. Dieses Formerfordernis war nicht abdingbar (§ 14 Abs 1 Arbeitsvertrag).

Am 13.12.1995 wurde über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet. Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete am 30.11.1995 durch eigene Kündigung.

Am 04.12.1995 beantragte er bei der Beklagten unter Vorlage einer Verdienstbescheinigung der Monate September/Okttober/November 1995 Kaug. Das Bruttoarbeitsentgelt für die Monate September und Oktober 1995 bezifferte der frühere Geschäftsführer und Liquidator der GmbH, K. K. , mit jeweils 6.418,75 DM und für den Monat November 1995 mit 86.245,30 DM. Das November-Gehalt enthielt Provisionen für den Zeitraum September bis November 1995 in Höhe von 76.622,- DM.

Mit Bescheid vom 06.05.1996 bewilligte die Beklagte Kaug in Höhe von 20.037,16 DM. Hierfür lehnte sie ab, weil es in einem Fall (B.) zu keinem Kaufvertrag gekommen sei, die aus dem Kaufvertrag vom 22.09.1995 (Objekt W.) zustehende Provision in Höhe von 50.000,- DM kein Arbeitsentgelt, sondern Maklerprovision darstelle und für den Kaufvertrag vom 24.10.1995 (B.) sich aufgrund des Arbeitsvertrags lediglich eine Provision von 2.851,02 DM (0,75 vH) errechne. Zusammen mit den Provisionen für Vermietungen berücksichtigte die Beklagte eine Gesamtprovision von 4.892,27 DM.

Im anschließenden Widerspruchsverfahren machte der Kläger geltend: In der vom früheren Geschäftsführer unterschriebenen Gehaltsabrechnung für November 1995 sei die Provision in Höhe von 50.000,- DM als Arbeitsentgelt ausgewiesen. Für die Kaufverträge B. sei eine höhere Provision, nämlich 10.781,- DM und 13.800,- DM (= 3,45 vH) vereinbart worden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 22.07.1996 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers gegen den o.a. Bescheid zurück. Zur Begründung führte sie aus: Die Provision von 50.000,- DM bezüglich des Grundstücks W. beruhe auf einer Vereinbarung aus der Zeit, als der Kläger noch als selbstständiger Makler für die GmbH tätig gewesen sei. Für diese Provision sei auch Mehrwertsteuer angefallen. Es handele sich daher nicht um Kaug-fähiges Arbeitsentgelt. Im Übrigen betrage die im Arbeitsvertrag vereinbarte Provision lediglich 0,75 vH. Die geforderte Provision von 3,45 vH stamme aus der Zeit der selbstständigen Maklertätigkeit des Klägers ohne festes Gehalt.

Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Würzburg (SG) erhoben und beantragt, die Bescheide vom 06.05.1996 und 22.07.1996 abzuändern und ihm Kaug unter Berücksichtigung der Provisionsansprüche für die Objekte B. von 3,45 vH und W. in Höhe von 50.000,- DM zu gewähren. Zur Begründung hat er vorgetragen: Er habe sich mit dem Geschäftsführer K. dahingehend geeinigt, für Geschäfte mit Kunden der GmbH, mit denen er bereits während seiner selbstständigen Tätigkeit Geschäftskontakte geknüpft habe, individuelle Provisionsvereinbarungen zu treffen. Es habe sich dabei insbesondere um die Objekte B. gehandelt (10.781,- DM/13.800,- DM Provision). Für die Vermittlung des Grundstücks in W. sei ihm im August/September 1995 vom Arbeitgeber eine Provision von 50.000,- DM zugesagt worden. Sämtliche Ansprüche habe der Arbeitgeber bestätigt (Gehaltsabrechnung November 1995; Schreiben des Geschäftsführers K. vom 07.02.1996). Die Mehrwertsteuerangabe bei der Provision des Objektes W. sei durch den Notar versehentlich erfolgt.

Das SG hat K. K. uneidlich vernommen. Der Zeuge hat ausgesagt: Vor der Festanstellung des KlÄxgers sei vereinbart worden, dass dieser fÄ¼r Objekte, die er in die Firma eingebracht habe, eine Provision von 3,45 vH erhalte. Diese Regelung habe sich u.a. auf das Objekt B. bezogen. FÄ¼r das Objekt W. sei mit dem KlÄxger im August/September 1995 eine Provision von 50.000,- DM ausgemacht worden. Nicht erklÄxlich sei ihm im Nachhinein die Angabe einer Mehrwertsteuer-AbfÄ¼hrung bezÄ¼glich letzter Provision.

Mit Urteil vom 09.06.1999 hat das SG die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide dem Grunde nach verurteilt, dem KlÄxger Kaug unter BerÄ¼cksichtigung der Provisionen fÄ¼r die Objekte B. (3,45 vH) und W. (3,45 vH) tramsdorf (50.000,- DM) zu gewÄ¼hren. Zur BegrÄ¼ndung hat es ausgefÄ¼hrt: Dem KlÄxger sei nach den glaubwÄ¼rdigen Angaben des Zeugen K. bereits vor der Festanstellung fÄ¼r Objekte, die er aus der Zeit seiner SelbststÄ¼ndigkeit der GmbH zugefÄ¼hrt habe, 3,45 vH Provision zugesichert worden. Deshalb habe die Beklagte fÄ¼r das Objekt B. nicht nur 0,75 vH, sondern 3,45 vH Provision anzusetzen. BezÄ¼glich des Objektes W. sei die Provision im August oder September 1995 â zu diesem Zeitpunkt sei der KlÄxger bereits fest angestellt gewesen â zugesagt worden. Der Zeuge habe bestÄ¼tigt, dass die Gehaltsabrechnung fÄ¼r November 1995 die Provision Ä¼ber 50.000,- DM enthalte. Dem Anspruch auf Kaug stehe nicht entgegen, dass die Absprachen lediglich mÄ¼ndlich erfolgt seien.

Hiergegen hat die Beklagte Berufung zum Bayer. Landessozialgericht eingelegt und vorgetragen: Bei den streitbefangenen Provisionszahlungen handele es sich um AnsprÄ¼che aus der Zeit vor der abhÄ¼ngigen BeschÄ¼ftigung des KlÄxgers, in der er als SelbststÄ¼ndiger fÄ¼r die GmbH agiert habe. So sei die Verprovisionierung des Objekts B. vor der Anstellung getroffen worden. Dass der Kaufvertrag erst wÄ¼hrend des abhÄ¼ngigen BeschÄ¼ftigungsverhÄ¼ltnisses geschlossen worden sei, sei unschÄ¼dlich. Bereits die HÄ¼he der fÄ¼r das Objekt W. vereinbarten Provision (50.000,- DM) sowie die darin enthaltene Mehrwertsteuer stÄ¼nden der Annahme von Arbeitsentgelt entgegen. Auch wenn die Provision erst wÄ¼hrend der Festanstellung ausgehandelt worden sei, resultiere sie offensichtlich aus der Zeit vor dem ArbeitsverhÄ¼ltnis. Der Arbeitsvertrag sehe lediglich eine Provision von 0,75 vH vor. Eine davon abweichende mÄ¼ndliche Regelung sei wegen Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Schriftform unwirksam. Die Erarbeitung des Provisionsanspruchs sei nicht wÄ¼hrend des ArbeitsverhÄ¼ltnisses, sondern wÄ¼hrend der SelbststÄ¼ndigkeit erfolgt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts WÄ¼rzburg vom 09.06.1999 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der KlÄxger beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts WÄ¼rzburg vom 09.06.1999 zurÄ¼ckzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend, da bei Provisionen die Arbeitsleistung dem Zeitpunkt zugeordnet werde, in dem der provisionspflichtige Auftrag hereingebracht sei. Das sei beim Objekt B. ein Zeitpunkt innerhalb des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gewesen. Beim Objekt W. sei es zur Provisionszusage im August/September 1995, also ebenfalls in der Zeit der Festanstellung gekommen. Der Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag sei erst am 09.01.1996, also nach Eröffnung des Konkursverfahrens, erfolgt.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Kaug-Akten der Beklagten sowie auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig ([Â§ 143](#), [144](#), [151](#) Sozialgerichtsgesetz â SGG -) und begründet, denn das SG hat die Beklagte zu Unrecht zur Leistung höherer Kaug verurteilt.

Gemäß [Â§ 141 b Abs 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz \(AFG\) idF des Art 27 Nr 20 des Gesetzes vom 21.12.1974 \(BGBl I S. 3656\) mWv 20.07.1974](#) hat Anspruch auf Kaug ein Arbeitnehmer, der bei Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen seines Arbeitgebers für die letzten der Eröffnung des Konkursverfahrens vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hat. Zu den Ansprüchen auf Arbeitsentgelt gehören alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die unabhängig von der Zeit, für die sie geschuldet werden, Masseschulden nach [Â§ 59 Abs 1 Nr 3 a der Konkursordnung \(KO\) sein können \(Â§ 141 b Abs 2 AFG idF des Art 1 Nr 52 a des Gesetzes vom 23.07.1979 \(BGBl I S 1189\) mWv 01.08.1979\)](#). Diese Masseschulden sind rückständige Ansprüche der Arbeitnehmer auf Bezüge aus ihrem Arbeitsverhältnis.

Der Kläger war Arbeitnehmer (Verkaufsleiter). Sein Arbeitgeber war ab 19.06.1995 die GmbH. Dies ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag vom 29.06.1995. Vor dem 19.06.1995 war der Kläger als selbstständiger Immobilienmakler auch für den späteren Arbeitgeber tätig gewesen. Über das Vermögen der GmbH wurde am 13.12.1995 das Konkursverfahren eröffnet; der Kläger hat bis 30.11.1995 weitergearbeitet. Die Beklagte hat somit zu Recht die Voraussetzungen für die Gewährung von Kaug dem Grunde nach bejaht.

Der Kläger hat allerdings gegen die Beklagte keinen höheren als den bereits zugestandenen Anspruch auf Kaug.

Aus dem Arbeitsvertrag vom 29.06.1995 lässt sich ein höherer Anspruch nicht herleiten. Zwar gehören nach allgemeiner Meinung Provisionen grundsätzlich zum beitragspflichtigen Arbeitsentgelt ([BSGE 21, 48; 51, 164; BSG SozR 4100 Â§ 141 b Nr 26](#)). Auch ist der nichterfolgte Provisionsanspruch des mit Handelsvertreter-Aufgaben betrauten Angestellten Masseforderung bzw. bevorrechtigte Konkursforderung gemäß [Â§ 59 Abs 1 Nr 3 a, Â§ 61 Abs 1 Nr 1 a KO](#). Es sind aber nicht alle Provisionsansprüche Kaug-fähig, sondern nur die, bei

denen das zugrundeliegende Geschäft in das abhängige Beschäftigungsverhältnis eingebettet ist (BSG SozR 4100 Â§ 141 b aaO). Darüber hinaus muss die Provision rechtswirksam vereinbart sein. Vorliegend fehlt es zur Rechtswirksamkeit an der vertraglich vereinbarten Schriftform, die ausdrücklich nicht abbedungen werden konnte (Â§ 14 Abs 1 Satz 2 Arbeitsvertrag).

Gemäß Â§ 4 Abs 1 des zwischen der GmbH und dem Kläger geschlossenen Arbeitsvertrages war ab 19.06.1995 ein monatliches Bruttogehalt von 6.000,- DM zusätzlich einer Provision von 0,75 vH pro verkauftes Haus vereinbart. Die Fälligkeit der Provision haben die Vertragspartner jedoch nicht schriftlich geregelt. Der frühere Geschäftsführer Kogler gab hierzu am 07.02.1996 an, dass die Provision jeweils mit Abschluss eines Vertrages fällig wurde. Diese Regelung stimmt zwar nicht mit [Â§ 87 a Abs 1 Satz 1](#) Handelsgesetzbuch (HGB) überein, diese Bestimmung ist gemäß [Â§ 65 HGB](#) auch dann anzuwenden, wenn ein kaufmännischer Angestellter für Geschäfte, die von ihm abgeschlossen oder vermittelt werden nach dem Arbeitsvertrag Anspruch auf Provision hat -, weil nach [Â§ 87 a Abs 1 Satz 1 HGB](#) die Provisionszahlungspflicht erst entsteht, sobald und soweit der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat. Eine abweichende Vereinbarung konnte jedoch getroffen werden ([Â§ 87 a Abs 1 Satz 2 HGB](#)). Hiervon haben die Vertragsparteien entgegen der im Arbeitsvertrag vereinbarten Schriftform (Â§ 14 Abs 1) lediglich mündlich Gebrauch gemacht.

Auch im übrigen stützt der Arbeitsvertrag den (höheren) Provisions-Anspruch des Klägers nicht. Die Vertragsparteien haben die Provision bezüglich des Objekts B. abweichend von Â§ 4 Abs 1 Arbeitsvertrag ebenfalls lediglich mündlich geregelt (Angaben des Geschäftsführers K. vom 25.04.1996). Der Kläger hatte also insoweit aus dem Arbeitsvertrag gegen seinen früheren Arbeitgeber keinen Rechtsanspruch auf höhere Provision, sodass auch die Beklagte sie bei der Berechnung des Kaug nicht berücksichtigen durfte. War die (höhere) Provision für das Objekt B. jedoch bereits vor der Festanstellung des Klägers vereinbart worden, so der Zeuge K. wäre der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erst recht nicht mehr gewahrt. Denn dann würde die Provision für das Objekt B. nicht mehr die Gegenleistung des Arbeitgebers für einen vom Kläger im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses geschuldeten Vermittlungserfolg darstellen, sondern sich noch auf die selbstständige Maklertätigkeit in dieser Eigenschaft war der Kläger ebenfalls für die Beklagte tätig beziehen.

Hinsichtlich der Provision für das Objekt W. die Beklagte hat diese bei der Kaug-Berechnung vollständig außer Ansatz gelassen, ergibt sich aus Ziffer XVII des Kaufvertrags vom 22.09.1995 eindeutig die Zuordnung des Geschäfts zur selbstständigen Maklertätigkeit des Klägers. Danach verpflichtete sich die GmbH, dem Kläger eine Maklerprovision von 50.000,- DM einschließlich 15 vH Mehrwertsteuer innerhalb von 10 Tagen zu zahlen. Zwar erfolgte der Abschluss dieses Vertrages während der abhängigen Tätigkeit des Klägers. Die vom BSG geforderte Einbettung des Geschäfts in das abhängige Beschäftigungsverhältnis (BSG SozR 4100 Â§ 141 b aaO) fehlt jedoch, da das

Geschäft im Rahmen einer selbstständigen Maklertätigkeit des Klägers erfolgte, die dieser durchaus neben seiner abhängigen Beschäftigung ausüben konnte.

Für die Zuordnung des Geschäfts W. zu einer selbstständigen Tätigkeit spricht auch die Verpflichtung der GmbH zur Übernahme der auf die Maklerprovision entfallenden Mehrwertsteuer. Dass es sich insoweit nicht um ein Notarversehen handelt, ergibt sich aus den Angaben des Zeugen K. vom 25.04.1996, der die Übernahme der Mehrwertsteuer durch die GmbH im Vertrag vom 22.09.1995 bestätigte. Selbst wenn man dennoch die Vermittlung des Objekts W. dem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zurechnen möchte, würde es wegen Nichteinhaltung der vereinbarten Schriftform auch hier an einer wirksam vereinbarten vom Arbeitsvertrag abweichenden (höheren) Provisionsregelung fehlen.

Da der Kläger somit keinen Anspruch auf höheres Kaug hat als von der Beklagten bereits bewilligt, war das entgegenstehende Urteil des SG vom 09.06.1999 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 06.05.1996 idF des Widerspruchsbescheides vom 22.07.1996 abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [Â§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

Erstellt am: 20.09.2003

Zuletzt verändert am: 22.12.2024