

108

Für das Nachschlagewerk: ja
Für die Sammlung: nein
Für die Fachpresse: ja

Gesetz: § 63 HGB

Leitsätze:

Die Bestimmung des § 63 HGB, wonach der Prinzipal dem Handlungsgehilfen Gehalt und Unterhalt für die ersten sechs Wochen der Arbeitsbehinderung durch einen unverschuldeten Unglücksfall zu zahlen hat, gilt auch für die sogenannten Bezieherwerber in Lesezirkelunternehmen. Dieser Anspruch ist nach § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB unabdingbar. Er kann durch Vertrag weder beschränkt noch ausgeschlossen werden.

Aktenzeichen: 1 AZR 464/54

Urteil des BAG vom 12. Oktober 1956

LAG Hamm/Westf.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 AZR 464/54
2 Sa 203/54 (Hamm)

Im Namen des Volkes!¹⁰⁸

Verkündet
am 12. Oktober 1956
gez. Mißler, Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 1956 durch die Bundesrichter Dr. König, Dr. Simons und Dr. Poelmann sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Winkler und Frey für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm/Westf. vom 20. Juli 1954 - 2 Sa 203/54 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand

Der Kläger war bei der Beklagten, einem Lesezirkelunternehmen, in der Zeit von 1950 bis 1954 als sogenannter Bezieher-Werber beschäftigt. Für die von ihm vermittelten Aufträge erhielt er eine Abschlußprovision in Höhe von 800 % des wöchentlichen Mietpreises. Daneben bezog er eine Umsatzprämie, die monatlich auf den abgerechneten Nettoumsatz vergütet wurde und sich staffelte. Schließlich erhielt er - nach einjähriger ununterbrochener Tätigkeit - noch eine sogenannte Treueprämie, die nach dem monatlich abgerechneten Nettoumsatz und der Dauer der Tätigkeit ebenfalls gestaffelt war. Sofern die steuerpflichtigen Gesamtumsätze des Klägers in einem Arbeitsmonat unter 150,-- DM brutto blieben, trug die Beklagte den Fehlbetrag. Für den Krankheitsfall war vereinbart, daß bei einem Durchschnittseinkommen von mehr als 300,-- DM der vorhergehenden sechs Monate 12,-- DM pro Tag in den ersten sechs Wochen der Krankheitszeit zu zahlen seien.

Im September 1953 war der Kläger an 10 Tagen krank und erhielt 12,-- DM täglich Krankengeld. Auf Grund des § 63 HGB sowie des § 9 Ziffer 2 der Tarifordnung für die bei Verlagen und Vertriebsfirmen hauptberuflich beschäftigten Bezieher-Werber vom 24. September 1937 verlangt der Kläger den Unterschiedsbetrag zwischen den gezahlten 12,-- DM und dem nach dem Durchschnitt der letzten sechs Monate sich ergebenden tatsächlichen täglichen Verdienst mit dem der Höhe nach unstreitigen Betrag von 44,17 DM für die 10 Krankheitstage. Der Kläger hatte in den sechs Monaten vor seiner Krankheit streitlos 1.593,10 DM Abschlußprovision, 317,60 DM Umsatzprämie und 196,40 DM Treueprämie erhalten.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die Klage abzuweisen, während der Kläger um Zurückweisung der

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Revision bittet.

Am 18. Februar 1954 wurde der Kläger fristlos entlassen. In dem über die fristlose Kündigung geführten Rechtsstreit verglichen sich die Parteien am 16. November 1954. Im vorliegenden Rechtsstreit war einen Monat zuvor Revision eingelegt. In dem Vergleichsprotokoll heißt es unter Ziffer 5, daß "sämtliche gegenseitigen Forderungen der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis erledigt" sein sollten.

Entscheidungsgründe

I. Zwar haben die Parteien am 16. November 1954 in dem Kündigungsrechtsstreit einen Vergleich geschlossen, wonach sämtliche gegenseitigen Ansprüche erledigt sein sollten. Es kann dahingestellt bleiben, ob dadurch auch der hier in Streit befindliche Anspruch der Sache nach aus dem Wege geräumt werden sollte. Denn insoweit würde es sich um die Behauptung neuer Tatsachen handeln, die im Revisionsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden können. Es kann daher nur in Betracht gezogen werden, ob durch den Vergleich eine unmittelbare prozeßrechtliche Beseitigung des der Revision unterliegenden Anspruchs herbeigeführt ist. Das ist aber nicht der Fall. Denn die in Ziffer 5 des Vergleichs getroffene Vereinbarung, daß sämtliche gegenseitigen Forderungen der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis erledigt sein sollen, führt nicht zu einer unmittelbaren Beendigung des der Revision unterliegenden Rechtsstreits. Der Prozeßvergleich ist nach § 794 ZPO ein vollstreckbarer Titel. Er tritt insoweit an die Stelle des Urteils und beendet unmittelbar den Prozeß. Das gilt aber nur, soweit ein in diesem Prozeß ergehendes Urteil reichen würde. Das Urteil kann jedoch nicht weiter reichen als der Prozeßgegenstand selbst. Die unmittelbare prozeßbeendende Wirkung eines Prozeßvergleichs kann sich daher nur auf denjenigen Rechtsstreit erstrecken, in dem der Vergleich geschlossen ist. Für einen an-



- 4 -

deren schwebenden Prozeß hat ein Prozeßvergleich nur die Wirkung eines außergerichtlichen Vergleichs, d.h. er verpflichtet gegebenenfalls die Parteien zur Abgabe prozeßbeendender Erklärungen in dem anderen Rechtsstreit.

Auch ein prozeßbeendender Verzicht der Beklagten auf das Rechtsmittel der vorliegenden Revision kann der Ziffer 5 des Vergleichs vom 16. November 1954 nicht entnommen werden. Nach dem ganz allgemein gehaltenen Wortlaut dieser Vergleichsvereinbarung handelt es sich nicht um einen prozessualen Verzicht im Sinne des § 514 (§ 566) ZPO, sondern allenfalls nur um eine sachlich-rechtliche Verpflichtung zur Erklärung eines Verzichts auf die Revision. Aus dem Vergleich könnte sich daher nur eine Einrede für den Kläger ergeben, mit der er dem Rechtsmittel der von der Beklagten eingelegten Revision entgegentreten könnte. Diese Einrede - selbst wenn sie in der Revisionsinstanz noch beachtlich wäre - ist aber überhaupt nicht erhoben. Im Gegenteil, der Kläger teilt in seinem Schreiben vom 23. August 1955 ausdrücklich mit, daß durch den Prozeßvergleich vor dem Landesarbeitsgericht Hamm der vorliegende Rechtsstreit keine Erledigung finden sollte.

Der Revision steht auch nicht entgegen, daß nach Abschluß des Vergleichs ein Rechtsschutzbedürfnis überhaupt nicht mehr bestehe, vor allem weil gegenüber der Vollstreckung aus einem Leistungsurteil sogleich die Vollstreckungsgegenklage aus dem Vergleich erhoben werden könne. Eine solche Auffassung würde den § 561 Abs. 1 ZPO weitgehend gegenstandslos machen und das Wesen der Revision verkennen.

II. In der Sache selbst ist der klägerische Anspruch nicht erst - wie der Berufungsrichter meint - nach der Tarifordnung, sondern schon nach § 63 HGB begründet. Nach dieser Bestimmung behält ein Handlungsgehilfe, der durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert ist, seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt. Daß der Kläger als Bezieher-

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Werber kaufmännischer Angestellter ist, hat das Reichsarbeitsgericht verschiedentlich entschieden (Nachweise bei Hueck in Anmerkung zu ARS 29, 6). Es stützt seine Entscheidung vor allem darauf, daß der Bezieher-Werber auch eigene geistige Leistungen bei dem Aufsuchen, der Auswahl, der Unterrichtung und der weiteren Werbung von Kunden aufbringen muß. An diesen Entscheidungen hält der erkennende Senat fest.

Zu dem Anspruch auf Gehalt und Unterhalt gehören auch Provisionen. Dem Reichsarbeitsgericht (RAG in ARS 29, 6) ist darin zuzustimmen, daß unter "Gehalt und Unterhalt" nicht weniger verstanden werden kann, als was mit "Vergütung" im § 616 BGB bezeichnet wird. Die Begriffe Gehalt und Unterhalt sind nicht wörtlich zu nehmen, sondern im Sinn der dem Handlungsgehilfen vertragsmäßig zustehenden Vergütung zu verstehen. Daß zu dieser Vergütung auch der Akkordlohn gehört, ist von jeher unstreitig gewesen. Dem Reichsarbeitsgericht ist aber auch darin zu folgen, daß Gleiches dann auch für die Provision zu gelten hat, bei der die Höhe der Vergütung ebenfalls auf die Leistung oder den Erfolg abgestellt ist. Zwar unterscheiden sich Akkordlohn und Provision insofern, als der gegen Provision tätige Handlungsgehilfe hinsichtlich der Höhe seiner Vergütung ein ungleich größeres Risiko tragen muß als der Stücklohnarbeiter. Mit Recht hat aber das Reichsarbeitsgericht dazu ausgeführt, daß dieser Unterschied kein wesensmäßiger ist.

Da es sich nicht um einen festen Gehaltsteil handelt, muß der mutmaßliche Provisionsverdienst zugrunde gelegt werden. Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Zweck des § 63 HGB, wonach der Handlungsgehilfe während der ersten sechs Wochen einer Erkrankung dasjenige an Bezügen erhalten soll, was er haben würde, wenn er seine Dienste leisten könnte. Sofern die Beklagte allerdings meint, daß dieses rechtliche Ergebnis nur auf einen mutmaßlichen Parteiwillen gestützt werden könnte, kann ihr nicht zugestimmt werden. Es kommt darauf an, ob



- 6 -

objektiv gesehen die Provision ein echtes Entgelt ist. Das ist gerade hier der Fall, wo der Kläger allein auf Provision beschäftigt und ihm nur ein Mindestprovisionseinkommen garantiert ist.

Auch die hier neben der Umsatzprämie gewährte sogenannte Treueprämie gehört zur Vergütung. Ihrem ganzen Aufbau und ihrer Eigenart nach ist sie echtes Entgelt für die vom Kläger zu leistende und geleistete Arbeit. Sie errechnet sich nach dem monatlichen Umsatz als dem Grundfaktor, zu dem nach einjähriger Tätigkeit die Zahl der im Betrieb verbrachten Jahre als weiterer Faktor hinzutritt. Selbst wenn also die Auszahlung nur zweimal im Jahr erfolgt, so ist doch die Berechnungsweise eine monatlich laufende, so daß auch hier von einer Vergütung im Sinne des § 63 HGB gesprochen werden muß. Wenn die Beklagte meint, daß es sich um eine freiwillige Leistung handelt, so bedeutet das nur, daß sie übertariflich ist, nicht aber, daß kein Rechtsanspruch auf sie bestände. Hiernach fallen sowohl die Abschlußprovision als auch die Umsatz- und die Treueprämie unter den Begriff "Gehalt und Unterhalt" im Sinne des § 63 HGB.

Der dem Handlungsgehilfen im Falle eines unverschuldeten Unglücks (wozu nach unwidersprochener und zutreffender Ansicht vor allem auch die Erkrankung gehört) gewährte Anspruch auf Gehalt und Unterhalt für die ersten sechs Wochen kann nach § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar nicht um einen Ausschluß, wohl aber um eine Beschränkung dieses Anspruchs. Denn in der jeweils gebildeten Stufe wird der rechnerisch geringstmögliche Betrag gleichzeitig als Höchstbetrag für den mutmaßlichen Provisionsdurchschnitt festgesetzt. Das gilt besonders für die Stufe, in die der Kläger mit einem Einkommen von durchschnittlich mehr als 300,-- DM fällt. In dieser letzten Stufe tritt die Beschränkung als solche besonders deutlich zu Tage. Denn mögen auch die Arbeitnehmer soviel durchschnittlichen Provisionsverdienst gehabt und mutmaßlich

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

auch weiter haben, es bleibt doch in jedem Fall bei dem Krankengeldsatz, der auf das geringste Einkommen dieser Stufe, nämlich auf 300,-- DM monatlich (geteilt durch die Zahl der monatlichen Arbeitstage, daher als täglicher Satz mit 12,-- DM) entfällt. Es wird nichts dagegen einzuwenden sein, daß die Parteien auf Grund des Provisionseinkommens vorhergehender Zeitabschnitte eine vermutliche Pauschale vereinbaren. Auch wird es nicht zu beanstanden sein, wenn sie zur Berechnung des mutmaßlichen Provisionsverdienstes einen vorhergehenden Zeitabschnitt der Berechnung zugrunde legen. Aber von einer Pauschale oder einer derartigen Berechnungsart kann immer nur dann gesprochen werden, wenn sie sich ihrem Aufbau nach im wesentlichen an das wirkliche Durchschnittseinkommen nicht nur im einzelnen Fall zufällig hält, sondern auch grundsätzlich halten will. Das trifft im vorliegenden Fall gerade nicht zu. Vielmehr handelt es sich nach dem Inhalt der Vereinbarung um eine echte und - wie die Beklagte auch zugibt - gewollte Beschränkung des Krankengeldanspruchs, die den Zweck verfolgt, daß die Bezieher-Werber in Zeiten ruhigen Geschäftsganges mit dem Krankfeiern nicht Mißbrauch treiben. Hiernach ist die Vereinbarung des Krankengeldes mit 12,-- DM für den Tag als eine Beschränkung der dem Kläger nach § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB für den Fall des unverschuldeten Unglücks zustehenden mußmaßlichen Vergütung unwirksam.

Die Beklagte beruft sich zur Begründung ihrer gegenteiligen Auffassung auf die bereits erwähnte Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts (29, 6), wonach bei Provisionseinkommen für den Krankheitsfall Abweichendes vereinbart werden könne. Im Anschluß an ein zu den Akten gebrachtes Rechtsgutachten von Professor Molitor ist sie der Auffassung, daß nach den Gründen dieser Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts es zum mindesten zulässig ist, Vereinbarungen darüber zu treffen, ob und inwieweit neben einer Mindestentlohnung die bisherigen Provisionen nach dem Durchschnitt der in der vergangenen Zeit erzielten Provisionen der Krankenvergütung zugrunde zu legen sind. Hier-



bei verkennt die Beklagte jedoch, daß es sich nach dem Inhalt der Vereinbarung nicht etwa um eine Regelung handelt, die dem mutmaßlichen Provisionsverdienst gerecht zu werden bestrebt ist, sondern um eine solche, die diesen mutmaßlichen Verdienst gerade beschränken will. Das ist jedoch unzulässig. Die Bestimmung, daß der im Fall unverschuldeten Unglücks auch ohne Leistung der Dienste für die ersten sechs Wochen bestehende Anspruch auf Gehalt oder Unterhalt weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann, beruht ebenso wie die Änderung des § 616 Abs. 1 und 2 BGB auf der Notverordnung vom 1. Dezember 1930 zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen (RGBl. I S. 517). Diese Verordnung hatte den Sinn, der Verpflichtung des Arbeitgebers auf Weiterzahlung der Arbeitsvergütung während der Arbeitsbehinderung bei unverschuldetem Unglück den Charakter einer Versorgungsleistung zugunsten des Arbeitnehmers zu geben. Diese Versorgungsleistung soll durch die Unabdingbarkeit gewährleistet werden (vgl. dazu auch Urteil des BAG vom 24. Februar 1955 - 2 AZR 10/54 -). Diesem Sinne des § 63 HGB, daß nämlich um der angemessenen, dem mutmaßlichen Stand des Arbeitseinkommens entsprechenden Versorgungsleistung willen die Vergütung zwingend weiterzuzahlen ist, würde es nicht gerecht, einen Unterschied zwischen einer fest vereinbarten und einer nach Leistung oder Erfolg bemessenen Vergütung in der Richtung zu machen, daß zwar das feste Gehalt im Krankheitsfall der Höhe nach unabdingbar, das aus einer mutmaßlichen Provision jedoch sich ergebende Arbeitseinkommen abdingbar wäre. Die Versorgung würde dann gerade dort gefährdet, wo sie besonders bedeutsam werden kann. Hiernach ist die Bestimmung des Vertrages, wonach der Kläger in jeden Fall nur 12,-- DM Krankengeld zu beanspruchen hätte, als eine unzulässige Beschränkung des Anspruchs auf die Vergütung im Unglücksfall unwirksam. Nach ständiger und zu billiger Rechtsprechung berührt aber die durch § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB sich ergebende Unwirksamkeit einer Vereinbarung grundsätzlich nicht den gesamten Arbeitsvertrag. § 139 BGB findet insoweit keine Anwendung. Der Kläger kann daher ohne Rücksicht auf die beschränkende vertragliche Be-



stimmung die mutmaßliche Vergütung während seiner Krankheit verlangen.

Diese mutmaßliche Vergütung hat der Kläger in Anlehnung an die Tarifordnung nach dem Durchschnitt der letzten sechs Monate berechnet. Gegen diese Berechnung sind Einwendungen nicht zu erheben, denn sie legt einen größeren Zeitraum, in dem sowohl Winter- wie Sommermonate eingeschlossen sind, zugrunde. Die Beklagte hat auch gegen diese Art, den mutmaßlichen Verdienst zu errechnen, keine Einwände erhoben. Wenn sie mit Rücksicht auf besondere Umstände solche gehabt hätte, so würden diese bereits in der Berufungsinstanz geltend zu machen gewesen sein.

Da der klägerische Anspruch sich somit dem Grunde und der Höhe nach schon aus § 63 Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB rechtfertigt, brauchte auf die Rechtswirksamkeit der Tarifordnung, ihre Bedeutung und ihre Auslegung nicht mehr eingegangen zu werden. Eine Verwirkung des Anspruchs oder eine unzulässige Rechtsausübung kommen bei dieser Rechtslage nicht in Betracht.

gez. Dr. König

Dr. Simons

Dr. Poelmann

Dr. Winkler

Frey

