

Aktenzeichen: 3 AZR 1124/79

Bundesarbeitsgericht 3. Senat Urteil vom 16. März 1982

Az. 3 AZR 1124/79

I. Arbeitsgericht

München

Urteil vom 28. September 1977

Az. 24 Ca 5320/74

II. Landesarbeitsgericht

München

Urteil vom 24. August 1978

Az. 9 Sa 975/77

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Einbehaltung einer Leistungsprämie nach freiem Ermessen

Gesetz: BGB §§ 315, 133, 157, 242, 138, 317, 319, 339;
HGB §§ 84, 87 a

- Leitsätze:
1. Sieht ein Dienstvertrag eine Leistungsprämie vor, die der Schuldner unter näher bezeichneten Voraussetzungen nach seinem freien Ermessen verweigern darf, so bedeutet das in der Regel nicht, daß die Zahlung im Belieben des Schuldners steht. Vielmehr sprechen die Formulierung des Vorbehaltes und der Zweck der Leistung dafür, daß eine offenbar unbillige Entscheidung unverbindlich sein soll.
 2. Offenbar unbillig ist eine vertragliche Leistungsbestimmung dann, wenn sie in so grober Weise gegen die Interessen einer Partei verstößt, daß sich ihre Unbilligkeit einem unbefangenen Dritten, der sich mit dem Sachverhalt vertraut gemacht hat, aufdrängen muß.



3 AZR 1124/79

9 Sa 975/77 München

Verkündet am
16. März 1982

Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Vermerk:
Urteilstenor berichtigt
durch Beschluß v.
17.12.1982,
K., d. 21. Dez. 1982
Richter, Oberamtsrat

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen
pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 16. März 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dieterich, die Richter Dr. Gehring und Griebeling sowie die ehrenamtlichen Richter Pape und Gnade für Recht erkannt:

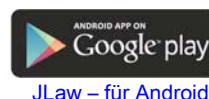
1. Auf die Revision des Beklagten und Widerklägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 24. August 1978 - 9 Sa 975/77 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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:

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren nur noch darüber, ob dem Beklagten und Widerkläger eine der Höhe nach unstreitige Leistungsprämie von 5.987,76 DM für das Jahr 1972 zusteht und ob er die Auszahlung einer von der Klägerin und Widerbeklagten einbehaltenen Vertragsstrafe von 250,-- DM verlangen kann.

Der Widerkläger war zunächst aufgrund schriftlichen Vertrags vom 1. März 1972 als "Werbeleiter" für die Widerbeklagte tätig. Aufgrund schriftlichen Vertrags vom 15. Mai 1973 wurde er "Außendienstmitarbeiter". Alle Werbeleiter und Außendienstmitarbeiter waren in den bei der Widerbeklagten üblichen Verträgen als selbständige Gewerbetreibende nach § 84 Abs. 1 HGB bezeichnet. Sie hatten ihr Gewerbe anzumelden und alle anfallenden Kosten und Abgaben selbst zu tragen. Ihnen war untersagt, für ein anderes Unternehmen als die Klägerin tätig zu sein. Die Vergütung der Werbeleiter und Außendienstmitarbeiter war zum Teil unterschiedlich, zum Teil übereinstimmend geregelt.

Beide erhielten:

- "1a) 18 % (16 % Provision und 2 % Leistungsprämie nach Maßgabe des § 12 dieses Vertrages) für den Verkauf von Sondermodellen, den er selbst vermittelt hat (Eigenverkauf).
- 2a) 14 % (12 % Provision und 2 % Leistungsprämie nach Maßgabe des § 12 dieses Vertrages) für den Eigenverkauf aller sonstigen Modelle."

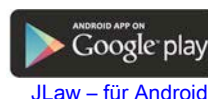
§ 12 Abs. 1 des Vertrages vom 1. März 1972 regelte die Berechnung und Fälligkeit:

"Die unter § 1 1a) und 2a) erwähnte Leistungsprämie von 2 % wird aus dem Jahresumsatz (Kalenderjahr), den der Werbeleiter selbst vermittelte, berechnet und wird am 1. Dezember des folgenden Jahres ausbezahlt."

-3-



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



- 3 -

Weiter bestimmt § 15 desselben Vertrages:

"Die Zahlung der Leistungsprämien nach §§ 12 und 14 dieses Vertrages liegt im freien Ermessen des Unternehmens. Es kann die Zahlung verweigern, wenn das Vertragsverhältnis mit dem Werbeleiter bei Fälligkeit der Leistungsprämien nicht mehr besteht oder wenn zu diesem Zeitpunkt eine Kündigungsfrist läuft, wobei es unbeachtlich ist, wer gekündigt hat und aus welchem Grunde die Kündigung erfolgte."

Werbeleiter und Außendienstmitarbeiter hatten Inkassovollmacht. Dazu enthält § 7 des insoweit maßgeblichen Vertrags vom 15. Mai 1973 folgende Regelung:

"Der Außendienstmitarbeiter ist berechtigt und gleichzeitig gehalten, Anzahlungen bis zur Höhe von 25 % vom Gesamtpreis eines jeden vermittelten Kaufvertrages bei Unterzeichnung des Bestellscheines durch den Kunden zu kassieren und davon 10 % des Kaufpreises als Provisionsvorschuß einzubehalten Den Teil des Inkassos, den er nicht einbehalten darf, hat der Außendienstmitarbeiter mittels Verrechnungsschecks zusammen mit dem Original des Bestellscheines unverzüglich an das Unternehmen oder an seinen zuständigen Verkaufsleiter weiterzuleiten. Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrechte daran sind ausgeschlossen...."

Schließlich hatten Werbeleiter und Außendienstmitarbeiter eine Kautionsleistung zu stellen, der Außendienstmitarbeiter eine solche in Höhe von 4.000,-- DM. Diese sollte dazu dienen, Provisionsrückbelastungen und sonstige Ansprüche nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abzudecken. Es war den Werbeleitern und Außendienstmitarbeitern nicht gestattet, mit einem Guthabensaldo des Kautionskontos gegen andere Ansprüche der Widerbeklagten aufzurechnen.

Die Verträge enthielten ferner eine Vertragsstrafenregelung. § 19 des auch insoweit maßgeblichen Vertrags vom 15. Mai 1973 lautet:

"Bei Verstößen gegen die §§ 3 und 7 dieses Vertrages erklärt sich der Außendienstmitarbeiter für jeden einzelnen Fall mit einer Vertragsstrafe von DM 500,-- (i. W.: Fünfhundert DM) einverstanden...."

Die Verträge sahen schließlich die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende sowie die Kündigung aus wichtigem Grund vor.

-4-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

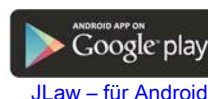
In der Zeit vom 21. Februar 1972 bis 29. Oktober 1973 wurden in acht Fällen vom Widerkläger an die Widerbeklagte übersandte Schecks über Beträge zwischen 70,-- DM und 1.200,-- DM mangels Deckung auf dem Konto des Widerklägers nicht eingelöst. In einem weiteren Fall verweigerte die N bank E die Einlösung eines am 14. September 1973 vom Widerkläger ausgestellten Verrechnungsschecks über 313,-- DM mangels Deckung. Mit Schreiben vom 2. Oktober 1973 teilte die Widerbeklagte dem Widerkläger dies mit; sie erklärte, sie habe aus der Abrechnung für August 1973 261,45 DM einbehalten, so daß noch 56,25 DM offen stünden. Sie forderte den Widerkläger auf, diesen Betrag bis zum 5. Oktober 1973 zu zahlen und behielt sich für den Fall der Nichtzahlung weitere Schritte vor. Mit Schreiben vom 1. Oktober 1973 setzte sie dem Widerkläger eine weitere Frist bis 18. Oktober 1973 und drohte an, bei der kommenden Abrechnung einen Betrag von 250,-- DM als Vertragsstrafe einzubehalten. Als die geforderte Überweisung ausblieb, kündigte die Widerbeklagte mit Schreiben vom 29. Oktober 1973 das Vertragsverhältnis fristlos. Zur Begründung nahm sie auch auf die früheren Fälle ungedeckter Schecks Bezug und teilte dem Widerkläger mit, sie habe den Restbetrag von 56,25 DM mit dem Kautionsguthaben verrechnet.

Die Kündigung ging dem Widerkläger spätestens am 31. Oktober 1973 zu. Mit Schreiben vom selben Tage widersprach er der Kündigung, da die Widerbeklagte schon im September 1973 von der Nichteinlösung des Schecks Kenntnis gehabt habe, sie auch keinen Schaden erleide und zudem die fehlende Deckung des Schecks mitverantworten müsse, weil sie ihn zu Unrecht mit Insertionskosten belastet habe. Er erhob gegen die Kündigung Klage vor dem Arbeitsgericht München. Dieses verwies den Rechtsstreit an das Landgericht München II. Der Widerkläger nahm dort die Klage zurück.

-5-



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



- 5 -

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin zunächst durch einen Zahlungsbefehl beim Amtsgericht Starnberg Zahlung nicht abgelieferter Inkassobeträge verlangt. Das Verfahren ist dann an das Landgericht München II verwiesen worden. Dieses wiederum hat den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht München verwiesen.

Der Widerkläger hat vorgetragen, die Widerbeklagte sei zur fristlosen Kündigung nicht berechtigt gewesen. Mit dem Fehlbetrag habe sie aufrechnen können, wie sie es dann schließlich auch getan habe. Sein Kautionskonto habe am 27. September 1973 einen Stand von 4.291,01 DM und am 28. Oktober 1973 einen Stand von 4.229,37 DM erreicht. Darauf habe er hingewiesen. Zudem gehe aus den Mahnschreiben vom 2. und 11. Oktober 1973 hervor, daß die Widerbeklagte gar nicht habe kündigen wollen. Die Kündigung sei nur erklärt worden, um ihn um seine vertragliche Leistungsprämie für das Jahr 1972 zu bringen.

Der Widerkläger hat beantragt, soweit es für die Revision noch interessiert,

die Klägerin auf die Widerklage hin zur Zahlung von DM 5.987,76 nebst 8 % Zinsen hieraus seit dem 1. Dezember 1973 an die N bank E , E , Theaterplatz 8, und von DM 250,-- nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Dezember 1973 an das Finanzamt E zu verurteilen.

Die Widerbeklagte hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, Grund für die Kündigung sei nicht nur der Rückstand von 56,25 DM gewesen, sondern die wiederholte Nichtabführung kassierter Kundengelder. Ein solches Verhalten eines leitenden Mitarbeiters sei nicht mehr tragbar gewesen. Hinsichtlich der 56,25 DM habe der Widerkläger keinen Gegenanspruch und auch kein Recht zur Aufrechnung gehabt. Der Widerkläger habe Kundengelder zur Deckung eigener Schulden verwendet und die Aufrechnung nie erklärt. Er habe auch auf die Möglichkeit der Verrechnung mit dem Guthaben auf dem Kautionskonto nie hingewiesen.

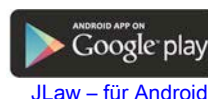
Das Arbeitsgericht hat die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr in Höhe eines Betrages von 2.700,-- DM stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Widerkläger seine Zahlungsklage in Höhe von 5.987,76 DM und 250,-- DM weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

-6-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

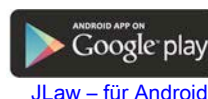
Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

1. Auf das Rechtsverhältnis der Parteien finden die Vorschriften des Handelsrechts über selbständige Kaufleute Anwendung. Der Widerkläger war selbständiger Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB.

Die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge sahen eine unabhängige Stellung des Widerklägers ausdrücklich vor. Der Widerkläger sollte selbständiger Handelsvertreter und nicht Arbeitnehmer sein. Es oblag ihm, sein Gewerbe anzumelden und sämtliche mit dem Gewerbebetrieb zusammenhängenden Kosten zu tragen. Für die Abführung öffentlicher Abgaben war er selbst verantwortlich. Sein Verdienst bestimmte sich ausschließlich nach seinen Verkaufserfolgen; die in den Verträgen mit der Widerbeklagten vereinbarten Vergütungen setzten sich aus Provisionen und Umsatzprämien zusammen. Der Widerkläger war vor allem in der Gestaltung seiner Arbeit frei. Insoweit unterlag er keinen Weisungen der Widerbeklagten.

Der Widerkläger war auch keine arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des Artikel 3 des Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches vom 6. August 1953 (BGBl. I S. 771) in Verbindung mit der Verordnung vom 20. Oktober 1967 (BGBl. I S. 998). Es war ihm zwar nach den Verträgen mit der Widerbeklagten untersagt, für ein anderes Unternehmen als das der Widerbeklagten tätig zu sein (Einfirmenvertreter). Aber sein Einkommen während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses lag unstreitig über dem in § 1 der Verordnung vom 20. Oktober 1967 genannten durchschnittlichen Monatsverdienst von 1.000,-- DM.



- 7 -

2. Die Verträge vom 1. März 1972 und 15. Mai 1973 sind wirksam.

a) Sie verstoßen nicht gegen zwingende Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Die gesetzlichen Regeln über die Provision des Handelsvertreters gemäß § 87 a HGB können allerdings nicht uneingeschränkt abgeändert werden. Unabdingbar ist der Grundsatz, daß dem Handelsvertreter ein Anspruch auf Provision zusteht, sobald und soweit der Dritte das Geschäft ausgeführt hat (§ 87 a Abs. 1 Satz 3 HGB). Mit dieser Bestimmung ist nicht ohne weiteres vereinbar, daß die "Leistungsprämie" erst am 1. Dezember des jeweils folgenden Jahres ausgezahlt werden sollte. Da indes die Parteien die Höhe der Provision frei vereinbaren können und es ihnen nicht verwehrt ist, neben der Provision auch andere Formen des Entgelts zu vereinbaren, erscheint es rechtlich unbedenklich, für einen geringen Teil der Vergütung die Fälligkeit hinauszuschieben. Angesichts der Höhe der Provision von 16 bzw. 12 % im Verhältnis zur Leistungsprämie von 2 % läßt sich auch nicht annehmen, die vertragliche Regelung stelle eine Umgehung des Gesetzes dar.

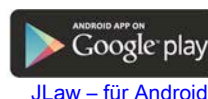
b) Die Verträge der Parteien sind auch nicht deshalb unwirksam, weil sie eine einseitige Kündigungserschwerung enthalten. Da die Leistungsprämie nach den §§ 12 und 15 des Vertrages vom 1. März 1972 erst am 1. Dezember des folgenden Jahres ausgezahlt werden, die Zahlung außerdem im freien Ermessen der Widerbeklagten liegen soll und die Widerbeklagte die Zahlung verweigern kann, wenn zu diesem Zeitpunkt das Vertragsverhältnis nicht mehr besteht oder eine Kündigungsfrist läuft, wird allerdings der Handelsvertreter im Falle der Kündigung deutlich gegenüber seinem Prinzipal benachteiligt. Aber als selbständiger Kaufmann muß der Handelsvertreter diese Einschränkung hinnehmen, wenn er eine solche Abrede freiwillig trifft. Er muß dann gegebenenfalls auch wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen, wenn er sich aus dem Vertragsverhältnis lösen will. Für eine sittenwidrige Ausnutzung einer wirtschaftlichen Notlage oder eine Knebelung i. S. des § 138 BGB liegen keine Anhaltspunkte vor. Vielmehr sprechen schon die vorbehaltlos vereinbarten Provisionssätze von 16 bzw 12 % gegen eine solche Annahme.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

-8-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3. Soweit der Widerkläger Auszahlung der im Jahr 1972 verdienten Leistungsprämie verlangt, hat das Berufungsgericht angenommen, die Widerbeklagte sei nach § 15 des Vertrages vom 1. März 1972 berechtigt, die Zahlung zu verweigern, da das Vertragsverhältnis am 30. November 1973 geendet und somit im maßgeblichen Zeitpunkt, am 1. Dezember 1973, nicht mehr bestanden habe. Diese Auffassung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Allerdings hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, daß die ausdrücklich vereinbarte Voraussetzung für eine Verweigerung der Zahlung nach § 15 des Vertrages vom 1. März 1972 vorlag. Nach dem Wortlaut des Vertrags konnte die Widerbeklagte die Zahlung verweigern, gleichgültig ob das Vertragsverhältnis am 30. November 1973 endete oder, wie der Widerkläger meint, erst am 31. Dezember 1973. War das Vertragsverhältnis im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungsprämie nicht beendet, so lief doch jedenfalls eine Kündigungsfrist aufgrund der von der Widerbeklagten am 29. Oktober 1973 ausgesprochenen Kündigung. Das sollte nach dem Vertrag genügen.

b) Das Berufungsgericht hat aber nicht geprüft, ob die Widerbeklagte von ihrem Leistungsverweigerungsrecht in vertragsgemäßer und rechtlich fehlerfreier Weise Gebrauch gemacht hat.

Nach § 15 des Vertrages vom 1. März 1972 entfällt die Leistungsprämie nicht automatisch. Der Vertrag räumt der Widerbeklagten nur ein Bestimmungsrecht ein. Die Vorschrift gestattet ihr, nach "freiem Ermessen" darüber zu befinden, ob sie die Leistungsprämie zahlt oder nicht. Als denkbare Versagungsgründe sind beispielhaft die Beendigung des Vertragsverhältnisses und der Lauf einer Kündigungsfrist genannt.

Die Vertragsvorschrift bedarf der Auslegung. Gemäß §§ 133, 157 BGB ist, ohne am Wortlaut zu haften, der wirkliche Wille der Parteien festzustellen, wie er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen



ist. Für den Fall, daß die Leistung durch eine der Vertragspartei zu bestimmen ist, enthält § 315 Abs. 1 BGB eine Auslegungsregel. Ist nichts anderes vereinbart, so hat die Bestimmung nach "billigem" Ermessen zu erfolgen. Da die Parteien hier eine Bestimmung nach "freiem" Ermessen vereinbart haben, ist § 315 BGB nicht ohne weiteres anzuwenden. Es ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln, welchen Sinn die Parteien mit der Klausel verbunden haben, insbesondere wie frei die Widerbeklagte bei der Ermessensausübung sein sollte. Es liegt nahe, daß die Widerbeklagte ihre Entscheidung nach Maßstäben der Billigkeit zu treffen hatte; es ist aber nach dem Wortlaut auch nicht von vornherein auszuschließen, daß die Widerbeklagte bis zur Grenze der Willkür frei sein sollte (vgl. BAG 4, 354 [356] = AP Nr. 13 zu § 242 BGB Ruhegehalt).

c) Der Senat kann die Vertragsklausel nicht selbst auslegen. Die Auslegung einer nicht typischen individuellen Vereinbarung ist grundsätzlich Teil der Tatsachenfeststellung und damit dem Tatsachengericht vorbehalten (für viele: BAG AP Nr. 5 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß [zu I 1 der Gründe] m. w. N.). Das Revisionsgericht kann zwar Verträge auslegen, wenn der Sachverhalt lückenlos festgestellt ist (BAG 10, 122 [127] = AP Nr. 1 zu § 164 HGB; vgl. auch BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge). Das läßt sich aber im vorliegenden Fall nicht mit Sicherheit sagen, weil die entscheidende Auslegungsfrage noch gar nicht erörtert wurde. Die Sache muß daher zurückverwiesen werden, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die unterlassene Auslegung nachzuholen.

4. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht folgendes zu bedenken haben:

a) Rechtsprechung und Lehre nehmen an, daß die §§ 315 ff. BGB von zwei Bestimmungsweisen ausgehen, derjenigen nach billigem Ermessen und derjenigen nach freiem Belieben. § 315 und § 319 Abs. 1 BGB nennen das billige Ermessen, § 319 Abs. 2 BGB das freie Belieben (vgl. hierzu BAG 3, 327 [329 f.] = AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu I der Gründe]; Reimer-Schmidt in Sörgel/Siebert, BGB, 10. Aufl., § 315 RdNr. 4).

- 10 -

Kann eine Bestimmung nach freiem Belieben getroffen werden und ist eine solche Vereinbarung nicht schon wegen sittenwidriger Beschränkung des Schuldners nach § 138 BGB nichtig, so braucht der bestimmende Vertragsteil nur seine, nicht die Interessen des anderen Vertragsteils zu berücksichtigen. Auch in diesem Falle sind aber die Grenzen der guten Sitten und das Verbot des Rechtsmißbrauchs und der Willkür zu beachten. Der bestimmende Teil darf sich nicht auf Gründe stützen, die offensichtlich unsachlich sind. Ob nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen insoweit weitere Einschränkungen geboten sind, ist hier nicht zu entscheiden.

Ist dagegen die Bestimmung nach billigem Ermessen vorzunehmen, dann hat der Bestimmende seine Interessen und die des anderen Vertragsteils zu berücksichtigen. Er hat beide gegeneinander abzuwägen und danach seine Entscheidung zu treffen.

Daß das Gesetz nur zwei extreme Fallgestaltungen regelt, bedeutet aber nicht, daß die Parteien keine Zwischenformen vereinbaren könnten (RGZ 99, 105 [106]; Söllner in Münchener Kommentar, 315 BGB, RdNr. 13). Eine solche ist mittelbar auch in § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB angesprochen. Danach ist eine von einem Dritten nach billigem Ermessen vorzunehmende Bestimmung (§ 317 Abs. 1 BGB) unwirksam, wenn sie "offenbar unbillig" ist. Für den daraus folgenden Entscheidungsspielraum wird vielfach der Begriff des "freien Ermessens" benutzt. Haben die Parteien ihrerseits vereinbart, daß bei der Leistungsbestimmung eines der Vertragsteile nach "freiem Ermessen" zu verfahren ist, so ist in der Regel anzunehmen, daß die Bestimmung so erfolgen soll, wie sie ein Dritter nach § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmen hätte, daß die Bestimmung also nicht offenbar unbillig sein darf (vgl. Söllner, aaO, RdNr. 13; Mayer-Maly in Staudinger, BGB, 12. Aufl., § 315 RdNr. 60 [für den Fall des freien Beliebens];

-11-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Palandt/Heinrichs, BGB, 41. Aufl., § 315 Anm. 2) Ia). Das bedeutet, daß eine Bestimmung unwirksam ist, wenn sie in so grober Weise gegen die Interessen einer Partei verstößt, daß sich ihre Unbilligkeit einem Unbefangenen aufdrängen muß. Unerheblich ist hingegen, ob die Unbilligkeit sofort erkennbar, also offenkundig ist. Es genügt, daß sich die Unbilligkeit erst nach eingehender sachkundiger Prüfung ergibt (BGH WM 1976, 269 [270]). Nur die Schwere des Verstoßes gegen die Billigkeit ist bedeutsam. Es kommt auf das Ergebnis an, nicht auf die Art der Feststellung (BGH WM 1977, 413 [414] = NJW 1977, 801; Bulla, NJW 1978, 397 [399 f.]). Kleinliche Kritik an dem Ergebnis der Ermessensausübung soll nicht zugelassen sein (RGZ 99, 105 [106 f.]).

Weiter wird das Berufungsgericht bei der Auslegung der Vertragsklausel zu bedenken haben, wie sich der Inhalt der Vorschrift nach Treu und Glauben aus der Sicht des Widerklägers darstellte. Es ist zu fragen, welcher Entscheidungsspielraum dem Prinzipal aus der Sicht des Handelsvertreters zustehen sollte und inwieweit sich letzterer unterwerfen wollte. Dabei erscheint es aufgrund der Interessenlage der Parteien wenig wahrscheinlich, daß der Widerkläger jede Entscheidung der Widerbeklagten unbesehen hinnehmen wollte, selbst wenn sie seine Belange gröblich vernachlässigte und damit zu einem offenbar unbilligen Ergebnis führte. Dagegen spricht schon, daß das Bestimmungsrecht der Widerbeklagten einen Teil der vom Widerkläger verdienten Vergütung betraf, für die dieser seine Arbeitsleistung bereits im vorangehenden Jahre zu erbringen hatte.

b) Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Widerbeklagte Billigkeit Gesichtspunkte nicht unberücksichtigt lassen durfte, so bleibt weiterhin zu prüfen, ob die Verweigerung der Leistungsprämie diesen Anforderungen genügt. Dafür kann von Bedeutung sein, wie lange der Widerkläger für die Widerbeklagte tätig war und welches Maß an Betriebstreue er als Handelsvertreter erbracht hat. Es wird auch zu bedenken sein, welchen Einsatz der Widerkläger als Verkäufer der Produkte der Widerbeklagten erbracht hat, insbesondere welche Umsätze er erzielte. Angesichts



- 12 -

der Höhe der einbehaltenen Leistungsprämie (2 % vom Umsatz) müssen die Umsätze des Widerklägers im Jahre 1972 nahezu 300.000,-- DM erreicht haben. Schließlich darf nicht unbeachtet bleiben, daß das Vertragsverhältnis von der Widerbeklagten selbst gekündigt wurde. Anlaß zu dieser Kündigung hat allerdings der Widerkläger durch sein vertragswidriges Verhalten gegeben; aber insoweit ist zu berücksichtigen, daß die Widerbeklagte sich durch die Vereinbarung einer Kautions gegen Schäden gesichert hatte. Darüber hinaus hatte sie für die Verletzung bestimmter Vertragspflichten eine besondere Sanktion in Gestalt einer Vertragsstrafe vereinbart. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Versagung der Leistungsprämie nur den Zweck hatte, als verdeckte Sanktion die Vertragsstrafe zu erweitern. Dies wäre u. U. nicht zu billigen und könnte die Verweigerung der Leistungsprämie sogar als Willkür erscheinen lassen.

5. Soweit der Widerkläger Rückzahlung der von der Widerbeklagten einbehaltenen Vertragsstrafe von 250,-- DM verlangt, enthält das angefochtene Urteil keine ausreichenden Feststellungen dazu, ob den Widerkläger ein Verschulden daran trifft, daß der Betrag des ungedeckten Schecks nicht rechtzeitig der Widerbeklagten gutgeschrieben wurde (§ 339 Satz 1 BGB). Der Widerkläger hat dazu vorgetragen, die Widerbeklagte habe von sich aus den Fehlbetrag bis auf einen Rest von 56,25 DM mit anderen Forderungen verrechnet; die Widerbeklagte habe, da entsprechende Guthaben vorhanden gewesen seien, auch die restlichen 56,25 DM verrechnen können und sei hierauf rechtzeitig hingewiesen worden. Das Berufungsgericht wird zu klären haben, warum die Widerbeklagte von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Wenn der Wider-

-13-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 13 -

kläger annehmen durfte, daß die Widerbeklagte trotz ihrer Mahnungen die Restforderung auf diese Weise tilgen werde, könnte ihm u. U. kein Schuldvorwurf gemacht werden.

Dr. Dieterich
zugleich für den verstorbenen
ehrenamtlichen Richter Pape

Dr. Gehring Griebeling
Gnade

