

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: HGB § 65, § 87 a Abs. 4, § 87 c Abs. 1, § 88;
BGB § 196 Abs. 1 Nr. 8, §§ 366, 625;
ArbGG § 5; ZPO § 528

Leitsatz:

Wird einem Provisionsberechtigten ein bestimmter monatlicher Mindestverdienst garantiert, so ist im Zweifel ausgeschlossen, daß Minderverdienste in einem Monat mit Verdienstspitzen in einem anderen Monat verrechnet werden.

Aktenzeichen: 3 AZR 114/75

Urteil des BAG vom 22. September 1975 LAG München



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 114/75
1 Sa 546/74 und
1 Sa 661/74 München

Urteilstenor zugestellt
am 22. September 1975

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 18. September 1975
durch den Richter Dr. Thomas als Vorsitzenden, die
Richter Dr. Dieterich und Bichler sowie die ehrenamt-
lichen Richter Dr. Martin und Lichtenstein für Recht
erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des Landesarbeitsgerichts München
vom 5. Dezember 1974 - 1 Sa 546/74 und
1 Sa 661/74 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das
Urteil des Arbeitsgerichts München vom
6. August 1974 - 15 Ca 4010/73 - wird
zurückgewiesen.

- 2 -



- 2 -

3. Wegen der Anschlußberufung der Klägerin wird die Sache zur anderweiten 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 !

Tatbestand:

Die Klägerin war vom 1. Februar 1971 bis 31. Dezember 1972 von der Beklagten damit beauftragt, für sie Wohnungen zu verkaufen. Am 1. Februar 1971 hatten die Parteien folgende Vereinbarung getroffen:

"Frau H K verpflichtet sich, in der Zeit vom 1. 2. 71 bis 28. 2. 71 als freie Mitarbeiterin in Bad I den Verkauf der Wohnungen der W ... vorzunehmen und die von der Firma V. S KG in M schriftlich avisierten Termine wahrzunehmen.

Frau K erhält als Vergütung für ihre Tätigkeit

- a) eine Garantievergütung in Höhe von 1.200,-- DM
- b) für jede verkaufte Wohnung eine Provision in Höhe von 1/2 % der Kaufsumme.

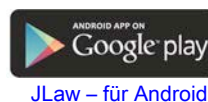
Die Garantievergütung ist mit den eventuell höher auszuzahlenden Provisionen aufrechenbar. Die Auszahlung der Provisionen erfolgt nach Eingang der von den Kunden zu leistenden Anzahlungen auf das Notarkonto Dr. A S in S "

In den Jahren 1971, 1972 und 1973 leistete die Beklagte der Klägerin in unregelmäßigen Abständen Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 58.300,-- DM. Mit Schreiben vom 2. April 1973 sandte sie der Klägerin eine Aufstellung, nach der sie ihr noch 2.346,-- DM an Provisionen schuldete und zahlte ihr diesen Betrag.

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

Mit der Klage hat die Klägerin zunächst ausstehende Provisionen für Wohnungsverkäufe verlangt. In der mündlichen Verhandlung vom 8. Januar 1974 hat sie ihre Klage erstmals geändert und Abrechnung sowie Zahlung des sich aus der Abrechnung ergebenden Betrages gefordert. Nachdem die Beklagte der Klägerin gemäß einem Beschluß des Arbeitsgerichts vom 8. Januar 1974 im Februar 1974 monatliche Provisionsabrechnungen geschickt hatte, änderte die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 6. August 1974 die Klage nochmals; sie hat nunmehr von der Beklagten Zahlung von 10.045,20 DM verlangt.

Zur Begründung dieses Anspruchs hat die Klägerin vorgetragen: Die schriftliche Vereinbarung vom 1. Februar 1971 sei bis zum 28. Februar 1971 begrenzt gewesen. Das Vertragsverhältnis sei aber auch nach dieser Zeit mit dem bisherigen Inhalt fortgesetzt worden. Nach der Vereinbarung vom 1. Februar 1971 habe der Klägerin eine monatliche Garantievergütung in Höhe von 1.200,-- DM zugestanden, auf die allerdings die in demselben Monat gezahlten Provisionen anzurechnen gewesen seien. Den auf Beschluß des Gerichts vom 8. Januar 1974 von der Beklagten erstellten Provisionsabrechnungen habe die Klägerin entnehmen können, daß sie in den Monaten Juni bis Oktober 1971, Februar bis April und Oktober 1972 keine Provision erhalten habe. In den Monaten Mai und Dezember 1972 habe sie nur 928,80 DM und 1.026,-- DM Provision bekommen. Aufgrund dessen sei ihr ein Anspruch auf Garantievergütung in Höhe von insgesamt 10.045,20 DM entstanden.

Die Klägerin hat beantragt,
die Beklagte zur Zahlung von 10.045,20 DM
nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 18. Mai
1974 zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, für die Zeit nach dem 28. Februar 1971 sei die Zahlung einer monatlichen Garantievergütung

- 4 -



- 4 -

nicht mehr vereinbart gewesen. Sie habe voraussehen können, daß nicht jeden Monat Wohnungen zum Verkauf stehen würden. Die Klägerin sei nur von Fall zu Fall mit dem Verkauf von Wohnungen betraut worden, wenn einzelne Projekte fertiggestellt gewesen seien. Sie habe auch für die Monate, in denen sie keine Wohnungen verkauft habe, während des Bestehens des Vertragsverhältnisses niemals Anspruch auf Garantievergütung erhoben. Die Abschlagszahlungen seien nur auf die Provisionen, nicht auf die Garantievergütung geleistet worden.

Aber selbst wenn man davon ausgehe, daß die Zahlung einer Garantievergütung auch nach dem 28. Februar 1971 vereinbart gewesen sei, könne die Klägerin keine Ansprüche mehr geltend machen. Die ausgezahlten Provisionen hätten durchschnittlich den Betrag von 1.200,-- DM pro Monat weit überschritten. Die Klägerin habe unbestritten 58.000,-- DM erhalten. Lege man diese Summe auf die fragliche Zeit um, so ergebe sich eine monatliche Vergütung, die bei etwa 3.000,-- DM liege, die garantierte Provision also übersteige. Im übrigen sei ein etwaiger Anspruch auf Garantieprovision verjährt.

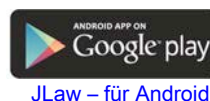
Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 6. August 1974 dem Klagebegehren in Höhe von 5.245,20 DM stattzugeben, den Anspruch der Klägerin im übrigen aber für verjährt gehalten und die Klage insoweit abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet, die Sache jedoch bisher nur teilweise zur Entscheidung reif.



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



- 5 -

- 5 -

I. Die sachliche Zuständigkeit ist nicht mehr zu überprüfen. Es ist zwar zweifelhaft, ob die Klägerin als Arbeitnehmerin im Sinne des § 5 ArbGG anzusehen ist, und die Beklagte hat das auch in der ersten Instanz gerügt, das Arbeitsgericht hat jedoch seine sachliche Zuständigkeit bejaht; damit hat sich die Beklagte abgefunden. Sie hat die sachliche Unzuständigkeit in der Berufungs- und Revisionsinstanz nicht mehr gerügt. Bei dieser Sachlage ist die Frage der sachlichen Zuständigkeit nicht zu prüfen (BGHZ 49, 99 ff. = AP Nr. 12 zu § 528 ZPO; BAG 22, 236 ff. = AP Nr. 14 zu § 528 ZPO).

II. Das Landesarbeitsgericht hat die Vergütungsregelung der Parteien unrichtig ausgelegt.

1. Das angefochtene Urteil geht allerdings zutreffend davon aus, daß sich die vertraglichen Beziehungen der Parteien und damit auch die Vergütungsansprüche der Klägerin nach dem Vertrag vom 1. Februar 1971 richten. Dieser Vertrag war zunächst nur auf einen Monat befristet; er sollte am 28. Februar 1971 ohne vorherige Kündigung auslaufen. Die Parteien haben ihn aber stillschweigend verlängert. Sie haben ihre Zusammenarbeit in der gleichen Weise wie bisher fortgesetzt, ohne neue vertragliche Absprachen zu treffen. Dieses Verhalten ist dahin zu verstehen, daß der ursprünglich befristete Dienst- oder Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit fortgelten sollte (Rechtsgedanken des § 625 BGB).

2. Da die Parteien ihre Vertragsbeziehungen zu den bisherigen Bedingungen auf unbestimmte Zeit fortgesetzt haben, galt auch die Provisionsgarantie über den 28. Februar 1971 hinaus weiter. Zweifelhaft konnte nur werden, ob weiterhin die Mindestbezüge für jeden einzelnen Monat garantiert werden sollten oder ob Minderverdienste in einem Monat mit Verdienstspitzen in einem anderem Monat saldiert werden durften.

- 6 -



- 6 -

a) Das Landesarbeitsgericht geht so weit, eine Saldierung der Garantieprovisionen des ganzen Vertragsverhältnisses vorzunehmen, also den tatsächlichen Verdienst der Klägerin in nahezu zwei Jahren mit dem Gesamtverdienst zu vergleichen, den die Klägerin erhalten hätte, wenn sie nie über die garantierte Mindestprovision hinausgekommen wäre. Da die Beklagte für 23 Beschäftigungsmonate 58.300,-- DM gezahlt habe, könne die Klägerin aus dem Gesichtspunkt der Garantieprovision keine weiteren Ansprüche geltend machen.

Diese Betrachtungsweise wird dem Sinn der vertraglichen Zusage einer Mindestvergütung nicht gerecht. Der Wirkungsgrad einer solchen Vertragsklausel hängt von zwei Faktoren ab: Der Höhe des garantierten Verdienstes und der Dauer des Bezugszeitraumes, für den die Garantie gelten soll. Je länger der Bezugszeitraum bemessen ist, um so weniger wirken sich Leistungsschwankungen des Arbeitnehmers aus, um so mehr dienen nämlich Verdienstspitzen zum Ausgleich von Minderverdiensten (Urteil des Vierten Senats vom 2. Oktober 1973 - 4 AZR 602/72 - [demnächst]AP Nr. 23 zu § 611 BGB Akkordlohn, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Daraus folgt, daß die Zusage eines Mindestverdienstes praktisch wertlos ist, wenn der Bezugszeitraum nicht bestimmt wird oder so langfristig bemessen ist, daß alle Mehrverdienste irgendwann einmal zum Ausgleich von Minderverdiensten herangezogen werden können. Im vorliegenden Fall war das Vertragsverhältnis sogar auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden, so daß bis zur Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht absehbar gewesen wäre, wann eine Saldierung vorgenommen werden würde und auf welchen Lebensstandard sich die Klägerin einstellen durfte. Das können die Parteien nach Treu und Glauben nicht gewollt haben.

- 7 -



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



- 7 -

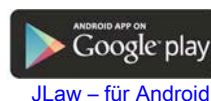
b) In Wahrheit entstand mit der Verlängerung des Vertragsverhältnisses nach dem 28. Februar 1971 eine Vertragslücke. Für das vorangehende befristete Dienstverhältnis war klar, daß die Mindestprovision für die gesamte einmonatige Dauer des Vertragsverhältnisses garantiert werden sollte. Nach dessen Fortsetzung auf unbestimmte Dauer bedurfte der Bezugszeitraum für die Garantieprovision einer vertraglichen Regelung. Da aber die Vertragsbedingungen unverändert bleiben sollten, mußte auch der einmonatige Bezugszeitraum beibehalten werden, weil sich sonst die Zusage einer Mindestvergütung inhaltlich geändert hätte. Das entspricht auch der normalen Vertragsgestaltung im Arbeits- und Handelsvertreterrecht. Da Handelsvertreter und Handlungsgehilfen Anspruch auf monatliche Abrechnung und Provisionszahlung haben (§§ 87a Abs. 4, 87 c Abs. 1 Satz 1, 65 HGB), bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung, wenn Garantieprovisionen des einen Monats mit höheren Verdiensten eines anderen Monats verrechnet werden sollen (Baumbach-Duden, HGB, 21. Aufl., Anm. zu § 65 ; Trinkhaus, AuR 1966, 236 [240]).

c) Damit erweist sich die Auslegung des Vertrages durch die Klägerin als zutreffend. Auch die Berechnung des Klageanspruchs ist unstreitig nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat in den Monaten Juni bis Oktober 1971 und in den Monaten Februar bis Mai, Oktober und Dezember 1972 den geltend gemachten Anspruch auf Garantieprovision erworben.

III! Fraglich bleibt nur, ob der Zahlungsanspruch der Klägerin an der Einrede der Verjährung scheitert, soweit er bereits im Jahre 1971 entstanden ist. Insoweit sind die bisher getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht ausreichend.

1. Unklar ist zunächst schon, welche Verjährungsbestimmungen für die Rechtsbeziehungen der Parteien gelten. Wenn die Klägerin Arbeitnehmerin gewesen sein sollte,

- 8 -



- 8 -

so hätte sie ihre Vergütungsansprüche nach § 196 Abs. 1 Nr. 8 BGB innerhalb von zwei Jahren geltend machen müssen. Garantieprovisionsansprüche aus dem Jahre 1971 wären in diesem Falle verjährt, weil sich die Klägerin erstmals in ihrem Schriftsatz vom 7. Mai 1974 auf die Garantie einer Mindestprovision berufen und diese anstelle der bisherigen Provisionsansprüche geltend gemacht hat.

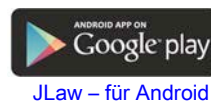
Es sprechen aber manche Anzeichen dafür, daß die Klägerin in der Ausführung ihrer Arbeit völlig frei und an keinerlei Weisungen gebunden war. Wenn das zutrifft, war sie nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sondern aufgrund eines Dienstvertrages als freie Handelsvertreterin tätig. Ihre Ansprüche verjährten dann nach § 88 HGB erst in vier Jahren, so daß im Jahre 1974 eine Teilverjährung noch nicht eingetreten wäre.

2. Möglicherweise erledigt sich aber die Frage der maßgebenden Verjährungsfrist aus folgender Erwägung: Selbst wenn man zu Lasten der Klägerin annimmt, sie sei Arbeitnehmerin gewesen und habe daher die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 8 BGB beachten müssen, könnte eine Verjährung ausgeschlossen sein, weil es gar nicht mehr um Ansprüche aus dem Jahre 1971 geht. Die Klägerin hat substantiiert vorgetragen, die Beklagte habe nur in unregelmäßiger Folge abgerundete Beträge gezahlt, ohne eine Leistungsbestimmung im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB vorzunehmen. Auch die Höhe der Beträge und der Zeitpunkt der Zahlungen habe nicht erkennen lassen, ob Provisionsansprüche erfüllt oder die garantierte Mindestvergütung gezahlt werden sollte. Nach der Auslegungsregel des § 366 Abs. 2 BGB habe sie davon ausgehen müssen, daß zunächst die ältesten Ansprüche erfüllt werden sollten, also die aus dem Jahre 1971 stammenden Ansprüche u. a. auf Garantieprovision. Die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche stammten infolgedessen aus dem Jahre 1972 und seien daher noch nicht verjährt.

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

Mit diesem Einwand hat sich das Landesarbeitsgericht von seinem Standpunkt ausgehend noch nicht befaßt. Insbesondere ist ungeklärt, ob sich nicht aus den Begleitumständen der laufenden Abschlagszahlungen entnehmen ließe, daß es sich nur um tatsächlich verdiente Provisionen und nicht um Garantieprovisionen handeln sollte. Insoweit trifft zwar die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast (Staudinger-Kaduk, BGB, 11. Aufl., § 366 Anm. 50 ff.; Soergel-Reimer Schmidt, BGB, 10. Aufl., § 366 Anm. 9), es ist aber nicht sicher, daß der Beklagten die Notwendigkeit eines entsprechenden Vortrags in der Berufungsverhandlung hinreichend deutlich geworden ist. Möglicherweise konnte die Beklagte annehmen, sie werde aufgrund der unzutreffenden Vertragsauslegung durch das Landesarbeitsgericht ohnehin obsiegen und könne sich einen ergänzenden Vortrag zu § 366 BGB sparen. Auch aus diesem Grunde mußte die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, soweit eine Verjährung in Betracht kommt. Nach dem unstreitigen Rechenwerk der Klägerin handelt es sich um einen Teilbetrag in Höhe von 4.800,-- DM.

gez.: Dr. Thomas Dr. Dieterich Bichler
 Dr. Martin Lichtenstein

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)