

24. MRZ. 1975

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja (Auszugsweise)
Für die Amtliche Sammlung! Nein

49
2

Gesetz: ZPO §§ 448, 139, 286, § 450 Abs. 2, § 554 Abs. 3
Nr. 2, § 561; HGB §§ 87 ff.; BGB §§ 387, 393, 667,
823; TVG § 4 Ausschlußfristen

Leitsätze: Die Vernehmung einer beweispflichtigen Partei nach
§ 448 ZPO ist zwar im allgemeinen unangebracht, wenn
die Partei einen ihr bekannten und geeigneten Zeugen
nicht benennt. Das gilt jedoch nicht, wenn dieser
Zeuge aus der Sicht der beweispflichtigen Partei
mit der Gegenpartei identifiziert werden muß, z.B.
weil er als deren Organ an dem umstrittenen Vorgang
beteiligt war.

Aktenzeichen: 3 AZR 210/74

Urteil des BAG vom 24. März 1975

LAG Düsseldorf (Köln)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

AZR 210/74

13 Sa 479/72 Düsseldorf
(Köln)

Teilstenor zuge-

stellt am

4. März 1975

z. Sürig,

Regierungshauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes! 49

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 6. März 1975 durch den Vorsitzenden
Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und
Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Martin und
Schnabel für Recht erkannt:

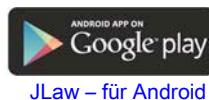
1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 22. Februar 1974
- 13 Sa 479/72 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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:

I. Die Beklagte ist ein Wohnungsbauunternehmen, das in R ein Baubüro betreibt, dort Wohnhäuser errichtet und diese - auch als Etagenwohnungen - verkauft. Sie arbeitet eng mit der Firma I KG zusammen, deren Geschäftsführer M zugleich Generalbevollmächtigter der Beklagten ist.

Der Kläger war als Angestellter der Beklagten kaufmännischer Leiter des Baubüros in R ; außerdem oblag ihm die Verwaltung des von der Beklagten betreuten Wohnungseigentums. Er war bevollmächtigt, die Beklagte beim Abschluß von notariellen Verträgen über Immobilien zu vertreten. Sein monatliches Fixgehalt betrug zuletzt 3.100,-- DM. Seit Ende April 1970 leitete er zusätzlich den Verkauf der Immobilien durch die für die Beklagte tätigen Angestellten. Von dem jeweils erzielten Verkaufserlös erhielten der beteiligte Angestellte und der Kläger gemeinsam 0,5 % an Provision, die sie untereinander teilten. Diesen Provisionsanteil erhielt der Kläger neben seinem Fixgehalt.

II. In der Revisionsinstanz streiten die Parteien nur noch darüber, ob dem Kläger für den Verkauf eines Einzelgroßobjekts eine Superprovision von 1 % aus dem Verkaufserlös zusteht. Der Kläger hat behauptet, eine solche Superprovision sei ihm von der Beklagten versprochen worden; daraus hat er einen Zahlungsanspruch in Höhe von 15.570,-- DM hergeleitet.

Die Parteien streiten weiter noch darüber, ob der Kläger gegen eine - von ihm nicht weiter geleugnete - Forderung der Beklagten in Höhe von 8.000,-- DM mit einem Teil seines Superprovisionsanspruchs wirksam aufgerechnet hat.

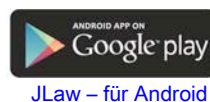
Im einzelnen ist der Streitstand folgender:

1. Im Januar 1971 vereinbarten die Parteien, der Kläger solle sich zusätzlich um den Verkauf zweier Einzelgroßobjekte kümmern. Bei dem einen handelt es sich um das sogenannte "Altenheim", das andere war der Wohnblock E 310. Das Altenheim konnte der Kläger in kurzer Zeit verkaufen, wofür er von der Beklagten eine Super-

- 3 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

provision von 1 % aus dem Erlös erhielt. Den Wohnblock E 310 bot der Kläger zunächst den darin wohnenden 20 Mietparteien parzelliert als Eigentumswohnungen an. Als die Mieter sich uninteressiert zeigten, sah er sich nach anderen Interessenten um. Es gelang ihm, bis Mitte Dezember 1971 alle Wohnungen zu verkaufen, wobei er einen Gesamterlös von 1.557.000,-- DM erzielte. Hierfür erhielt er zwar seinen üblichen Anteil an der 0,5%igen Provision, die die Beklagte an das gesamte Verkaufsteam ausschüttete. Eine Superprovision wie bei dem Altenheim erhielt er nicht.

Der Kläger hat behauptet, auch für den Wohnblock E 310 habe ihm die Beklagte eine Superprovision von 1 % aus dem Verkaufserlös versprochen, wobei sein Provisionsanspruch nicht davon abhängig gewesen sei, ob er das Objekt en bloc oder einzeln in Form von Wohnungseigentum verkaufe. Das hat die Beklagte bestritten.

2. Am 14. Dezember 1971 hatte der Kläger die Beklagte bei dem notariellen Abschluß eines Grundstücksverkaufs vertreten. Dabei ließ er einen Kaufpreis von 159.000,-- DM beurkunden und von den Käufern - ohne Beurkundung und bar - sich zusätzlich 8.000,-- DM geben. Wegen dieses Verhaltens hat die Beklagte dem Kläger am 15. Dezember 1971 fristlos gekündigt.

Der Kläger hat behauptet, bei dem Grundstücksverkauf am 14. Dezember 1971 habe er im Einvernehmen mit der Beklagten gehandelt. Wegen der bereits am Tage darauf (15. Dezember 1971) erfolgten fristlosen Kündigung sei er nicht dazu gekommen, der Beklagten das Geld auszuhändigen. Nach der Kündigung habe er vorgehabt, sich mit der Beklagten über seine noch ausstehenden Superprovisionsansprüche aus dem Verkauf des Wohnblocks E 310 zu einigen. Deshalb habe er den Betrag von 8.000,-- DM behalten. Später hat der Kläger erklärt, er rechne mit einem Teil seiner Superprovisionsansprüche gegen die Forderung der Beklagten auf Zahlung der 8.000,-- DM auf.

Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe ihr den in bar erhaltenen Betrag von 8.000,-- DM verheimlichen wollen.



- 4 -

3. Über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben sich die Parteien im Laufe des Verfahrens dahin geeinigt, daß es mit dem 31. Dezember 1971 als im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst angesehen wird.

4. Neben anderem, was in der Revisionsinstanz nicht mehr interessiert, hat der Kläger mit der Klage seine geltendgemachte Superprovisionsforderung verfolgt. Die Beklagte hat mit der Widerklage Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 8.000,-- DM wegen der am 14. Dezember 1971 geschehenen Einbehaltung dieses Betrages verlangt. Gegenüber dieser Widerklageforderung hat der Kläger mit einem entsprechenden Teil seiner Superprovisionsforderung aufgerechnet und den Rest seines Zahlungsbegehrens auf 7.570,-- DM beziffert.

III. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 7.570,-- DM verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Es hat einen Superprovisionsanspruch des Klägers in Höhe von 15.570,-- DM für begründet und die vom Kläger erklärte Aufrechnung gegenüber dem mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch der Beklagten in Höhe von 8.000,-- DM für zulässig gehalten.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und den mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruch in Höhe von 8.000,-- DM weiter.

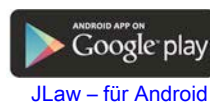
Entscheidungsgründe:

Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Beklagte dem Kläger die streitige Superprovision zugesagt hatte. Deshalb hat der Kläger von der Beklagten die Zahlung von 15.570,-- DM zu beanspruchen (nachfolgend: I). Dieser Superprovisionsanspruch des Klägers ist auch nicht durch Versäumung einer Ausschlußfrist verfallen (II). Die Widerklageforderung der Beklagten ist durch entsprechende Aufrechnung des Klägers erloschen (III).

- 5 -



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



I. Das Landesarbeitsgericht hat über die zwischen den Parteien streitige Superprovisionsvereinbarung den Kläger als Partei und den ehemaligen Geschäftsführer der Beklagten K , als Zeugen vernommen. Es hat angenommen, zwischen dem Kläger und K sei vereinbart worden, daß der Kläger für den Verkauf des Blocks E 310 eine Provision in Höhe von 1 % des Verkaufserlöses zusätzlich zu seinen sonstigen Bezügen erhalte, und zwar auch dann, wenn er das Objekt nicht en bloc an einen einzigen, sondern die Wohnungen einzeln an mehrere Interessenten verkaufe.

Die gegen diese tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erhobenen Verfahrensrügen der Revision greifen nicht durch.

1. Die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe die Vernehmung des Klägers als Partei nicht anordnen dürfen, weil der Kläger bis dahin nicht alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel ausgeschöpft habe. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 1973 habe sie darauf hingewiesen, daß ihr bisheriger Geschäftsführer, Herr K , aus der Geschäftsführung ausgeschieden sei und dem Kläger als Zeuge zur Verfügung stehe; auf das Zeugnis von K habe sich der Kläger indessen nicht berufen.

An dieser Rüge der Revision ist richtig, daß einer Partei der Vorteil der eigenen Vernehmung vorzuenthalten ist, solange sie nicht alles zumutbare getan hat, um den unstrittenen Sachverhalt auf andere Weise als durch die eigene Vernehmung aufzuklären (Schumann-Leipold bei Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 448 Anm. III 1 zu N 13; Thomas-Putzo, ZPO, 7. Aufl., § 448 Anm. 2 [a.E.]; HansOLG Hamburg, MdR 1970, 58 Nr.79).

Um einen solchen Sachverhalt ging es aber im vorliegenden Fall nicht. Herr K war derjenige, der nach der Darstellung des Klägers für die Beklagte als deren Geschäftsführer mit ihm die streitige Provisionsabsprache getroffen hatte. Von ihm mußte der Kläger annehmen, daß er die Beklagte über die streitige Provisionsabrede anders informiert hatte, als der Kläger es darstellte. Es mußte daher für den Kläger unzumutbar erscheinen,



- 6 -

K als Zeugen zu benennen, nachdem K aus der Geschäftsführung der Beklagten ausgeschieden war. Nach den gesamten Umständen konnte der Kläger K mit der Beklagten identifizieren. Die - ihm von der Beklagten in ihrem Schriftsatz regelrecht nahegelegte - Benennung K als Zeugen mußte ihm das gleiche bedeuten, wie wenn er, solange K Geschäftsführer der Beklagten war, dessen Parteivernehmung beantragt hätte; dazu konnte ihn - von seinem Standpunkt aus - kein vernünftiger Grund bestimmen, weil er damit sehenden Auges der Beklagten den Vorteil der eigenen Vernehmung zugespielt hätte.

2. Die Revision rügt weiter, das Landesarbeitsgericht habe die am 8. Juni 1973 beschlossene Vernehmung des Klägers nicht mehr durchführen dürfen, nachdem die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 19. Juni 1973 K als Zeugen dafür benannt hatte, daß die Behauptungen unrichtig seien, zu denen der Kläger als Partei vernommen werden sollte.

Hier übersieht die Revision § 450 Abs. 2 Satz 1 ZPO; danach kann ein Gericht die Ausführung einer bereits beschlossenen Parteivernehmung aussetzen, wenn nachträglich neue Beweismittel vorgebracht werden. Wie der Wortlaut des § 450 Abs. 2 Satz 1 ZPO klar ergibt, ist ein Gericht zu einer solchen Aussetzung nicht verpflichtet; sie steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (vgl. Schumann-Leipold bei Stein-Jonas, aaO, § 450 Anm. III 1; Stephan bei Zöller, ZPO, 11. Aufl., § 450 Anm. 2). Daß im vorliegenden Fall das Landesarbeitsgericht sein Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt habe, ist nicht ersichtlich. Das Landesarbeitsgericht konnte schon Zweifel haben, ob die im Schriftsatz vom 19. Juni 1973 geschehene Benennung des Herrn K ein neues Beweismittel im Sinne des § 450 Abs. 2 Satz 1 ZPO darstellte, nachdem die Beklagte in ihrem früheren Schriftsatz vom 10. Februar 1973 (Bl. 294 VA) darauf verwiesen hatte, Herr K stehe dem Kläger als Zeuge "zur Verfügung", sie selbst ihn aber nicht als Zeugen benannt hatte. Eine Aussetzung im Sinne von § 450 Abs. 2 Satz 1 ZPO war um so weniger geboten, als die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 19. Juni 1973 den Zeugen K ausdrücklich zum Beweis der Unrichtigkeit der Behauptungen des Klägers, also

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gegenbeweislich benannt hatte; das bedeutete für das Landesarbeitsgericht ersichtlich die Aufforderung, zunächst den Kläger als Partei und danach K als Zeugen zu vernehmen, wie es dann auch geschehen ist.

3. Fehl geht auch die Rüge der Revision, die Vernehmung des Klägers habe deshalb nicht stattfinden dürfen, weil sie einen Anspruch betraf, der erst in der Berufungsinstanz rechtshängig geworden ist. Die Erweiterung der Klage um einen weiteren Anspruch in der Berufungsinstanz ist möglich, wie sich aus §§ 523, 260 ZPO ergibt. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das den neuen Anspruch ausdrücklich zugelassen hat, ist gemäß § 270 ZPO nicht anfechtbar und gemäß § 548 ZPO der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen (vgl. Grunsky in Stein-Jonas, aaO, § 529 Anm. IV).

Ist ein in der Berufungsinstanz erstmals erhobener Anspruch aber zugelassen, so kann das zur Begründung vorgetragene tatsächliche Vorbringen nicht schon deshalb als verspätet angesehen werden, weil der Antrag erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemacht worden ist (vgl. Grunsky in Stein-Jonas, aaO, § 529 Anm. IV 2 c). Konsequenterweise muß dieses Vorbringen, wenn es bestritten wird, auch einer Beweisaufnahme durch Parteivernehmung zugänglich sein.

4. Unbegründet ist schließlich die Rüge der Revision, die Parteivernehmung habe einen Mangel der Berufungsbegründungsschrift unzulässig korrigiert. Ansprüche, die erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden, unterliegen nicht den Beschränkungen, die sich aus § 67 ArbGG und § 529 ZPO für solche Ansprüche, die bereits in der ersten Instanz rechtshängig waren, sowie für die Widerklage ergeben (vgl. Grunsky in Stein-Jonas, aaO, § 529 Anm. IV). Demnach kann dann, wenn in der Berufungsinstanz ein neuer Antrag zulässig geltend gemacht wird, keine Ergänzung der Berufungsbegründungsschrift vorliegen; auch Beweismittel für solche neuen Anträge brauchen nicht in der Berufungsbegründungsschrift angegeben zu werden.



5. Es ergibt sich somit insgesamt, daß alle Verfahrensrügen der Revision unbegründet sind. Damit steht für das Revisionsgericht bindend fest, daß die Beklagte dem Kläger für den Verkauf des Blocks E 310 eine Superprovision von 1 % des Verkaufserlöses zugesagt hat (§ 561 Abs. 2 ZPO). Demnach hatte der Kläger die Zahlung von 15.570,-- DM zu beanspruchen.

II. Dieser Anspruch des Klägers ist auch nicht durch Versäumung einer Ausschlußfrist verfallen.

1. Der für das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft Vereinbarung geltende Manteltarifvertrag für die Angestellten in der Wohnungswirtschaft vom 1. Mai 1968 (im folgenden: MTV) enthält eine Ausschlußklausel, die wie folgt lautet:

"§ 14 Fälligkeit und Erlöschen von Ansprüchen

1. Vergütung für Mehrarbeit, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sind spätestens am Schluß des folgenden Monats mit dem Gehalt auszuzahlen.
2. Der Anspruch auf die Vergütung ist binnen 2 Monaten nach der Abrechnung für den Monat, in dem die betreffenden Arbeiten geleistet wurden, schriftlich geltend zu machen.
3. Alle übrigen beiderseitigen Ansprüche aus dem Manteltarifvertrag und dem Gehaltstarifvertrag (Eingruppierung) sind binnen 6 Monaten nach ihrer Entstehung, im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedoch spätestens binnen 2 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, schriftlich geltend zu machen."

2. Es kann dahinstehen, ob "Vergütung" im Sinne von § 14 Abs. 2 oder "Ansprüche" im Sinne von § 14 Abs. 3 MTV auch Provisionen meinen, wie sie der Kläger von der Beklagten für seine besondere Tätigkeit zu beanspruchen hat. Selbst wenn man unterstellt, § 14 MTV gelte auch für Superprovisionen der hier streitigen Art, hat der Kläger die Ausschlußfristen des § 14 MTV in jedem Fall gewahrt.

Die Superprovision des Klägers war erst fällig, nachdem der ganze Block verkauft war. Teilleistungen des Klägers erfüllten nicht die Voraussetzungen der Sondervergütung, und deshalb hatte der Kläger vor dem Verkauf aller Wohnungen auch



noch keinen Anspruch auf die ihm versprochene Superprovision. Da sich der Verkauf des Blocks E 310 bis Mitte Dezember 1971 hingezogen hatte, waren die Provisionsansprüche des Klägers nicht vorher fällig. Vor Fälligkeit konnten sie auch nicht verfallen.

Mitte Dezember 1971 hat der Kläger aber seine Ansprüche zeitgerecht geltend gemacht, und zwar dreifach, nämlich mit Schreiben vom 15. Dezember 1971 an den Geschäftsführer M mit Schreiben vom 17. Dezember 1971 an den Geschäftsführer der Beklagten und schließlich mit Schriftsatz vom 18. Februar 1972.

3. Aus dem Schreiben vom 15. Dezember 1971 gehen Grund und Höhe der Forderung klar hervor, und der Kläger droht - bei Nichtzahlung - mit arbeitsgerichtlicher Klage. Mehr kann man von einer Geltendmachung nicht verlangen. Daß das Schreiben nicht an die Beklagte, sondern an die Firma H z.Hd. deren Geschäftsführer, Herrn M , gerichtet ist, muß die Beklagte als Geltendmachung gegen sich gelten lassen. Denn der Kläger hat seine Provisionsaufstellungen stets an die Firma H gesandt (vgl. Inhalt der Hülle an der Rückseite der Vorakte Seite 233 bis Seite 500) und ist aufgrund dessen auch von der Buchhaltung H bezahlt worden. Die Revision will diese, an die Firma H gerichteten Provisionsaufstellungen auch als fristauslösende Abrechnung im Sinne des § 14 Abs. 2 MTV behandelt wissen. Unter diesen Umständen wäre es treuwidrig, wollte sie eine an die Firma H gerichtete Geltendmachung nicht gegen sich gelten lassen, zumal Herr M Generalvollmacht für die Beklagte besaß und die Beklagte und die Firma H - nach allem eine eng verflochtene Einheit bildeten, die der Kläger auch als solche behandeln durfte.

Aus dem Schreiben vom 17. Dezember 1971 an Herrn K den damaligen Geschäftsführer der Beklagten, und aus dem Schriftsatz vom 18. Februar 1972 geht zwar die Höhe der Forderung und die Ernsthaftigkeit der Geltendmachung nicht deutlich hervor. Hier muß aber die Beklagte gegen sich gelten lassen, daß ihr



Geschäftsführer die Provisionsabrede und folglich auch die Höhe des Provisionssatzes kannte; wenn der Kläger nicht ganz so hart auftrat, mußte ihr klar sein, daß er sich um einen Vergleich bemühte. Sie konnte nicht davon ausgehen, daß, wenn dieser Vergleich nicht zustande kommen sollte, der Kläger seinen Anspruch aufgeben würde.

4. Die Beklagte kann sich auch nicht- wie sie es in der Revisionsbegründung tut - darauf berufen, die Geltendmachung der Forderung sei wieder entfallen oder doch die Berufung auf sie treuwidrig geworden, weil der Kläger seine schon in der ersten Instanz einmal erhobene Klage auf Zahlung der Provision zunächst wieder zurückgenommen hat.

Ist in einer tariflichen Verfallklausel, wie hier, nur die schriftliche Geltendmachung eines Anspruches vorgeschrieben, so hat der Berechtigte mit dieser Geltendmachung alles erforderliche getan, um den Verfall des Anspruchs zu verhindern. Soll der Anspruch dann noch untergehen, so müßte der Kläger schon auf ihn verzichten. Dies tut er mit einer Klagerücknahme gerade nicht.

Die Geltendmachung entfällt aufgrund einer Klagerücknahme deswegen nur dann, wenn nicht nur die schriftliche, sondern die gerichtliche Geltendmachung verlangt war (vgl. AP Nr. 52 zu § 4 TVG Ausschlußfristen [zu 2. der Gründe]). In diesem Falle gibt der Berechtigte zu erkennen, daß er nicht die - vorgeschriebene - Konsequenz eines alsbaldigen Prozesses zu ziehen gewillt ist. Diese Konsequenz war vom Kläger gar nicht verlangt. Damit konnte auch die Klagerücknahme keinen Einfluß auf die einmal geschehene Geltendmachung haben.

III. 1. Der Kläger hat mit seinem Provisionsanspruch in Höhe von 15.570,-- DM gegen den von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von 8.000,-- DM aufgerechnet. Das Landesarbeitsgericht hat diese Aufrechnung für zulässig gehalten und dazu ausgeführt, der Aufrechnung stehe § 393 BGB nicht entgegen. § 393 BGB schließe nur die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung aus, gegen



eine Forderung aus einer vorsätzlichen Vertragsverletzung sei dagegen die Aufrechnung möglich. Daß die Beklagte den Anspruch auf Herausgabe der 8.000,-- DM als Teilkaufpreis als Folge einer vorsätzlichen Vertragsverletzung erlangt habe, die gleichzeitig eine vorsätzliche unerlaubte Handlung des Klägers gewesen sei, sei von ihr nicht einmal behauptet worden. Ein Aufrechnungshindernis habe insoweit demnach nicht vorgelegen.

2. Die Revision rügt hier zunächst, das Landesarbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, die Beklagte habe "behaupten" müssen, daß der Kläger eine vorsätzliche unerlaubte Handlung begangen habe. Die Beklagte habe nur Tatsachen behaupten müssen, keine Rechtsauffassungen. Sie habe aber unwidersprochen dargelegt, daß der Kläger vorsätzlich einen Betrag von 8.000,-- DM vereinnahmt, diesen aber nicht an die Beklagte abgeführt, sondern die Vereinnahmung des Geldes verschwiegen habe. Daraus ergebe sich der Tatbestand einer Unterschlagung nach § 246 StGB und damit sei der Anspruch der Beklagten auch nach § 823 Abs. 2 BGB, § 246 StGB begründet. Gegen ihn könne der Kläger nicht mit seiner Superprovisionsforderung aufrechnen.

Wenn die Beklagte ihrer Darlegungsverpflichtung nach der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht entsprochen habe, so sei das Landesarbeitsgericht zu einem Hinweis nach § 139 ZPO verpflichtet gewesen.

a) Soweit die Revision die Verletzung des § 139 ZPO rügt, ist diese Rüge bereits deshalb unzulässig, weil aus ihr nicht klar hervorgeht, was das Landesarbeitsgericht hätte fragen sollen, was die Beklagte dann geantwortet hätte und inwieweit dies das Ergebnis des Prozesses beeinflusst hätte (vgl. AP Nr. 8 zu § 322 ZPO [zu I der Gründe]; BAG AP Nr. 13 zu § 554 ZPO [zu 4 der Gründe]).

b) Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe ihr die Behauptungslast nicht nur für Tatsachen, sondern auch für rechtliche Würdigungen auferlegt, ist ihr zuzugeben, daß eine Partei nur Tatsachen zu behaupten hat und keine Rechtsausführun-



- 12 +

gen zu machen braucht. Etwas anderes hat aber das Landesarbeitsgericht auch ersichtlich nicht gemeint.

Nach dem Gesamtsinn seiner Ausführungen wollte das Landesarbeitsgericht sagen, ob der Kläger eine vorsätzliche Vertragsverletzung und eine unerlaubte Handlung begangen habe, lasse sich nicht feststellen. Etwas derartiges hat das Landesarbeitsgericht auch nicht festgestellt. Fest steht lediglich, daß der Kläger 8.000,-- DM sich am 14. Dezember 1971 schwarz von den Käufern hat geben lassen. Darüber, ob ihm das im Verhältnis zur Beklagten erlaubt oder verboten war, gehen die Darstellungen der Parteien auseinander.

Nach der Darstellung des Klägers hat er die 8.000,-- DM mit Billigung des Herrn M entgegengenommen und sie abliefern wollen; dazu sei es wegen der unerwarteten Kündigung vom 15. Dezember 1971 nicht gekommen. In der Folgezeit habe er sich für berechtigt gehalten, das Geld zurückzubehalten, weil seine Superprovisionsansprüche noch nicht reguliert waren; schließlich habe er aufgerechnet.

Nach der Darstellung der Beklagten soll der Kläger versucht haben, den Betrag von 8.000,-- DM zu verheimlichen.

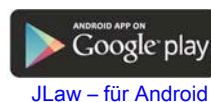
Das Landesarbeitsgericht hat unentschieden gelassen, welche Darstellung zutrifft, die des Klägers oder der Beklagten. Daß es die von der Beklagten für ihre Darstellung in ihrem Schriftsatz vom 10. Februar 1973 erbotenen Beweise nicht erhoben habe, hat die Revision nicht gerügt.

Unter diesen Umständen kann das Revisionsgericht gemäß § 561 ZPO nur von dem ausgehen, was feststeht. Es steht aber lediglich fest, daß der Kläger die 8.000,-- DM nach der Kündigung nicht mehr herausgegeben hat. Ob er das in böser Absicht oder im Hinblick auf ein Zurückbehaltungsrecht oder im Glauben an eine gültige Aufrechnung getan hat, läßt sich nicht feststellen; unter diesen Umständen verbietet sich die Annahme, der Kläger habe gegenüber der Beklagten eine unerlaubte Handlung begangen. Demnach scheitert die vom Kläger erklärte Aufrechnung nicht an § 393 BGB.

- 13



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



3. Die Revision meint weiter, die vom Kläger erklärte Aufrechnung scheitere an der nach § 387 BGB für eine Aufrechnung erforderlichen Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen. Während dem Kläger ein Zahlungsanspruch zustehe, habe sie einen Anspruch auf Herausgabe der vom Kläger einbehaltenen 8.000,-- DM.

Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben.

a) In der Literatur ist zwar teilweise umstritten, ob die für die Aufrechnung nach § 387 BGB notwendige Gleichartigkeit der Ansprüche besteht, wenn ein Geldanspruch einem Anspruch auf Herausgabe von Geld gegenübersteht (vgl. R.Schmidt in Soergel-Siebert, BGB, 10. Aufl., § 387 Rd.Nr. 6; H.P.Westermann in Erman, BGB, 5. Aufl., § 387 Rd.Nr. 12; Palandt-Heinrichs, BGB, 34. Aufl., § 387 Anm. 5; jeweils mit weiteren Nachweisen). Der BGH hat die Frage offen gelassen (BGHZ 14, 342 [346, 347]).

b) Diese Frage braucht hier nicht weiter vertieft zu werden. Es gibt Fälle, in denen ein Gläubiger ein besonderes Interesse hat, daß gegen seinen Anspruch auf Herausgabe von Geld nicht mit Ansprüchen auf Zahlung von Geld aufgerechnet wird (so in dem in BGHZ 14, 342 entschiedenen Fall). Wo es indessen an solchen besonderen Interessen fehlt, ist für denjenigen, der einen Anspruch auf Herausgabe von Geld hat, der dahingehende Anspruch der Sache nach ein reiner Anspruch auf Zahlung von Geld, gegen den er eine Aufrechnung mit einer Geldforderung nach den Maßstäben des § 242 BGB hinnehmen muß (vgl. R.Schmidt in Soergel-Siebert, aaO, § 387 Rdz. 5). Im vorliegenden Fall spricht nichts für die Annahme, daß die Beklagte ein besonderes schutzwertes Interesse an der Herausgabe der vom Kläger einbehaltenen 8.000,-DM habe, etwa deshalb, weil ein besonderes Interesse an den konkreten vom Kläger einbehaltenen Geldstücken oder Geldscheinen bestand. Dementsprechend hat die Beklagte ihren Widerklageantrag auch auf Zahlung von 8.000,-- DM und nicht auf die Herausgabe der empfangenen Geldscheine gerichtet.

Nach allem kann daher die Aufrechnung nicht an der Ungleichartigkeit der Forderungen scheitern.



- 14 -

4. Die Revision meint schließlich noch, die Aufrechnung sei dem Kläger deshalb verwehrt, weil er damit treuwidrig handle.

Das ist nicht richtig. Wenn, wie dargelegt, dem Kläger ein Superprovisionsanspruch von 15.570,-- DM zusteht und er nach § 393 BGB nicht an der Aufrechnung gehindert ist, handelt er nicht treuwidrig, wenn er aufrechnet. Er macht damit nur von einem Rechtsinstitut Gebrauch, das vom Gesetz für solche Situationen zur Verfügung gestellt ist.

gez. Dr. Stumpf Dr. Thomas Dr. Dieterich
 Dr. Martin Schnabel

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](#)