

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

Gesetz: HGB §§ 65, 87, 87 a; EGB §§ 339 ff., 252, 262

Leitsätze:

1. Grundsätzlich behält der gegen Provision tätige Angestellte den Anspruch auf die Provision auch dann, wenn der Arbeitgeber das der Provisionspflicht unterliegende Geschäft nicht ausführt (§§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB). Davon gilt eine Ausnahme: Der Provisionsanspruch entfällt, wenn die Ausführung des Geschäfts unterbleibt, weil sie dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist (§ 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB).
2. Die Ausführung des Geschäfts ist in diesem Sinne unzumutbar, wenn es nach Treu und Glauben nicht gerechtfertigt ist, den Arbeitgeber an dem Geschäftsabschluß mit dem Dritten festzuhalten. Dabei sind alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen, auch solche, die bei Geschäftsabschluß bereits vorgelegen haben.
3. Wenn der Dritte (Kunde) aus beachtlichen Gründen die Rückgängigmachung des Geschäfts wünscht und eine gegenwärtige, durch bestimmte Tatsachen begründete Gefahr besteht, der Dritte werde anderenfalls die Geschäftsbeziehungen überhaupt abbrechen oder wesentlich erschweren, kann die Ausführung des Geschäfts für den Arbeitgeber unzumutbar sein; dies gilt auch dann, wenn nach den mit dem Kunden getroffenen Absprachen an sich der Arbeitgeber das Geschäft ausführen und den Dritten zur Vertragserfüllung heranziehen könnte (im Anschluß an BGH LM Nr. 2 zu § 87 a HGB).

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

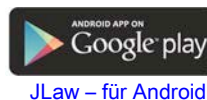
Aktenzeichen: 3 AZR 241/66

Urteil des BAG vom 9. Dezember 1966

LAG Bayern (Nürnberg)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 241/66

Im Namen des Volkes!

6 Sa 188/65 N Bayern (Nürnberg)

Verkündet am
9. Dezember 1966

Urteil

gez. Groll,
Regierungsobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. Oktober 1966 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Donnig und Schormann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern vom 6. April 1966 – 6 Sa 188/65 N – insoweit aufgehoben, als es der Klage stattgegeben und über die Kosten entschieden hat. In diesem Umfang 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 !

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1. Januar 1961 auf Grund eines dem deutschen Recht unterstellten Anstellungsvertrages vom 17. Februar/3. März 1961 als Vertreter der Beklagten in Großbritannien und Nordirland tätig. Die Beklagte betreibt in Deutschland ein Maschinenbauunternehmen, in dem u. a. hydraulische Pumpen, Getriebe und Motoren hergestellt werden. Als Vergütung waren dem Kläger neben einem festen Gehalt von monatlich 1.950,-- DM eine Umsatzprovision von 1 % des Netto-Verkaufspreises "für alle im Rahmen seines Arbeitsgebietes getätigten Umsätze" sowie für das erste Vertragsjahr (1961) eine Provisionsgarantie von 5.850,-- DM versprochen; nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten eines zwischen der Beklagten und der Firma P in London geschlossenen Lizenzvertrags sollte er "für einen weiteren Zeitraum von drei Jahren einen Anteil von 10 % der von P tatsächlich gezahlten Lizenzgebühren" zusätzlich erhalten.

Der erwähnte Lizenzvertrag kam durch die Vermittlung des Klägers am 24. März/7. April 1961 zustande. Darin wurde der Firma P der Lizenzbau zahlreicher Gegenstände aus dem Programm der Beklagten gestattet gegen Zahlung eines einmaligen Betrags von 200.000,-- DM und laufenden Lizenzgebühren von 5 % des Netto-Verkaufspreises der in Lizenz gebauten Gegenstände. Dieser Vertrag trat am 5. Mai 1961 in Kraft.

Zu der gleichen Zeit schlossen, ebenfalls durch Vermittlung des Klägers, die Beklagte und die Firma P unter Bezugnahme auf den Lizenzvertrag einen Warenabnahmevertrag. Darin verpflichtete sich die Firma P, innerhalb von drei Jahren seit Inkrafttreten des Lizenzvertrags bei der Beklagten aus deren Fertigungsprogramm insgesamt 5.500 "Einheiten zu kaufen". Es wurde festgelegt, was unter einer "Einheit" zu verstehen sei, nämlich bestimmte Maschinen und Maschinenteile. Für den Fall der Nichteinhaltung der Kaufverpflichtung sollte die Firma P eine "Vertragsstrafe" in Höhe von 5 % des Netto-Verkaufspreises der Fehlmenge an die Beklagte zahlen; dazu war als "Durchschnitts-Netto-Verkaufspreis pro Einheit" ein Betrag von 1.170,-- DM vereinbart.



- 3 -

Auch für die Vertragsbeziehungen zwischen der Beklagten und der Firma P war die Geltung des deutschen Rechts vereinbart.

In der folgenden Zeit kaufte die Firma P nur 841 "Einheiten" von der Beklagten. Für die fehlende Menge von 4.659 "Einheiten" zahlte P vertragsgemäß je 5 % aus 1.170,-- DM und damit insgesamt 272.551,50 DM "Vertragsstrafe" an die Beklagte. Hiervon brachte die Beklagte dem Kläger einen Anteil von 1 %, mithin 2.725,52 DM, gut.

Der Kläger ist der Auffassung, ihm stünden auf Grund einer dahingehenden Zusage aus der Einmalzahlung der Firma P von 200.000,-- DM aus dem Lizenzvertrag 20.000,-- DM nämlich 10 % Provision, zu. Außerdem habe er auf Grund seines Anstellungsvertrags Anspruch auf 1 % Provision aus dem der gezahlten "Vertragsstrafe" entsprechenden fiktiven Umsatz (Fehlmenge) von 5.451.030,-- DM (4.659 x 1.170,--DM), mithin 54.510,30 DM. Darauf will er sich gewisse Beträge anrechnen lassen, so daß zu seinen Gunsten ein Restprovisionsanspruch von 51.784,78 DM verbleibe.

Mit der Klage hat der Kläger (neben einem Auskunftsbegehren) einen Gesamtbetrag von 46.498,20 DM gefordert. Dieser besteht gemäß seiner Aufteilung aus den genannten 20.000,-- DM (Provision aus der Einmalzahlung) und einem Teilbetrag von 26.498,20 DM der Provision aus dem fiktiven Umsatz. Für den Fall, daß ihm eine Provision aus der Einmalzahlung nicht zustehen sollte, hat er hilfsweise den gesamten eingeklagten Betrag von 46.498,20 DM als Teilbetrag der Provision aus dem fiktiven Umsatz gefordert. Die Beklagte hat die Forderungen des Klägers nach Grund und Höhe bestritten.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil dem Kläger den vollen von ihm geforderten Betrag des Provisionsanspruchs aus dem fiktiven Umsatz zuerkannt, die Forderung von 20.000,-- DM als Provision aus der Einmalzahlung jedoch als unbegründet angesehen. Das Landesarbeitsgericht hat die

- 4 -



- 4 -

Berufung der Beklagten zurückgewiesen und in den Gründen ausgeführt, zwar stehe dem Kläger kein Anspruch aus der Einmalzahlung zu, wohl aber könne er den vollen Zahlungsbetrag als Provision aus dem fiktiven Umsatz fordern. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der Senat hat nur darüber zu entscheiden, ob die Klageforderung als Zahlungsanspruch auf Provision aus dem fiktiven Umsatz begründet ist. Den in der Vorinstanz in erster Linie geltend gemachten Provisionsanspruch in Höhe von 20.000,-- DM aus der Einmalzahlung der Firma P von 200.000,-- DM gemäß ihrem Lizenzvertrag mit der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht für unbegründet erachtet. Es hat zwar die Aberkennung dieses Teilanspruchs im Tenor des angefochtenen Urteils nicht zum Ausdruck gebracht; das ändert jedoch nichts daran, daß es insoweit die Berufung des Klägers zurückgewiesen hat. Demgemäß hätte auch der Kläger gegen das angefochtene Urteil die Revision verfolgen können. Er hat dies innerhalb der gesetzlichen Frist nicht getan. Deshalb ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts rechtskräftig geworden, soweit es den Anspruch in Höhe von 20.000,-- DM als Provision aus der Einmalzahlung abschlägig beschieden hat.

II. Soweit das Landesarbeitsgericht dem Kläger eine Provision aus dem sogenannten fiktiven Umsatz zuerkannt hat, ist es davon ausgegangen, die Beklagte habe nach dem mit der Firma P geschlossenen Warenabnahmevertrag ihre Kundin zwingen können, die Fehlmenge von 4.659 Einheiten abzunehmen. Wenn die Beklagte von einer Erzwingung der Abnahme abgesehen und sich mit der Zahlung der "Vertragsstrafe" von 272.551,50 DM begnügt habe, so liege darin eine von der Beklagten zu vertretende Nichtausführung eines provisionspflichtigen Geschäftes, die dem Kläger nach §§ 65, 87 a Abs. 3 HGB den Provisionsanspruch erhalte.

- 5 -



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



- 5 -

Es kann dahinstehen, ob die Annahme des Landesarbeitsgerichts richtig ist, daß die Beklagte gegen die Firma P trotz der vereinbarten Vertragsstrafe einen Rechtsanspruch auf Abnahme der Fehlmenge gehabt habe und ihn rechtlich hätte durchsetzen können. Selbst wenn mit dem Landesarbeitsgericht eine solche Rechtsposition der Beklagten im Verhältnis zur Firma P einmal unterstellt wird, läßt sich das angefochtene Urteil nicht halten. Das ergibt sich aus folgendem:

1. Gemäß §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB steht einem Provisionsvertreter für von ihm vermittelte Geschäfte auch dann der Anspruch auf Provision zu, wenn der Arbeitgeber das Geschäft ganz oder teilweise nicht ausführt. Wenn die Annahme des Landesarbeitsgerichts zutreffen sollte, die Beklagte habe gegen die Firma P einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Abnahme der Fehlmenge gehabt, müßte davon ausgegangen werden, daß die Beklagte den Warenabnahmevertrag hinsichtlich der Fehlmenge nicht ausgeführt hätte. Das würde gemäß §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB dazu führen, daß dem Kläger die Provision für den fiktiven Umsatz zustünde, falls nicht die Ausnahmeregelung der §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB durchgreift.

2. Nach §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB entfällt ein Provisionsanspruch des Vertreters für von ihm vermittelte, jedoch ganz oder teilweise nicht ausgeführte Geschäfte dann, wenn deren Ausführung deshalb unterbleibt, weil sie dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist.

Das Landesarbeitsgericht ist zu dieser Frage der Auffassung, die Beklagte habe weder dargetan noch bewiesen, daß es ihr unzumutbar gewesen sei, gegenüber der Firma P auf Abnahme der vollen Zahl von "Einheiten" zu bestehen. Auf Umstände, die der Beklagten bei Vertragsabschluß mit P bereits bekannt gewesen seien, könne sie sich in diesem Zusammenhang nicht berufen. Deshalb habe der Kläger gemäß § 87 a Abs. 5 Satz 1 HGB einen Provisionsanspruch auch insoweit, als die Beklagte die restlichen 4.659 "Einheiten" nicht verkauft habe.

- 6 -



- 6 -

Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts ist rechtsfehlerhaft, weil es seine Zumutbarkeitserwägungen zu eng begrenzt hat.

Die Beklagte hatte vorgetragen, es sei ihr nicht zuzumuten gewesen, die Firma P auf Abnahme der sämtlichen 5.500 "Einheiten" in Anspruch zu nehmen; nach Abschluß des Lizenz- und Warenabnahmevertrags sei die Firma P zunächst noch nicht in der Lage gewesen, die deutschen Erzeugnisse auf dem englischen Markt abzusetzen. Im Falle der zwangsweisen Durchsetzung des Warenabnahmevertrags habe die Beklagte mit erheblichen Nachteilen rechnen müssen. Der Lizenzvertrag mit der Firma P habe für die Beklagte im Gesamtgebiet des britischen Einflußbereichs ein Herstellungs- und Vertriebsverbot vorgesehen. Deshalb habe sie im Falle der zwangsweisen Durchsetzung des Warenabnahmevertrags befürchten müssen, daß die Firma P die Erzeugnisse der Beklagten auf dem weltweiten Absatzmarkt des Commonwealth nicht vertreiben und die Beklagte von diesem für sie wichtigen Bereich ausschließen werde.

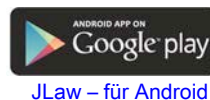
Diesen Vortrag durfte das Landesarbeitsgericht aus folgenden Gründen nicht unberücksichtigt lassen:

- a) Im Sinne der §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB ist die Ausführung eines Geschäfts dem Arbeitgeber dann nicht zumutbar, wenn es nach Treu und Glauben nicht gerechtfertigt ist, den Arbeitgeber an dem Geschäftsabschluß mit dem Dritten festzuhalten. Dabei sind – wie auch sonst bei Zumutbarkeitserwägungen (vgl. die Rechtsprechung zum wichtigen Grunde bei der außerordentlichen Kündigung, z. B. BAG 2, 207, 214 = AP Nr. 5 und 4 zu § 626 BGB und seitdem ständig; zuletzt BAG 14, 266 = AP Nr. 1 zu § 448 ZPO und AP Nr. 27 zu § 66 BetrVG) – alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen (Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl., Bd. 1, § 87 a Anm. 38; zu § 87 a Abs. 3 Satz 2 vgl. auch BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB zu II der Entscheidungsgründe).
- b) Das Landesarbeitsgericht hat es ausdrücklich abgelehnt (§. 15 seines Urteils), alle Umstände in Betracht zu ziehen.

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)

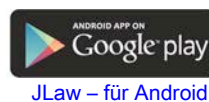


[JLaw – für iOS](#)

Nach seiner Ansicht sollen nur solche Gründe für die Unzumutbarkeit der Ausführung des Geschäfts beachtlich sein, die nach dem Geschäftsabschluß, hier also nach dem Abschluß des Warenabnahmevertrags, eingetreten sind, während es auf die der Beklagten bei Vertragsschluß bereits bekannten Umstände nicht ankommen soll.

c) Es mag sein, daß die bereits bei Geschäftsabschluß vorliegenden Umstände "in der Regel" die Unzumutbarkeit nicht begründen; in solchen Fällen kann häufig davon ausgegangen werden, der Arbeitgeber habe in Kenntnis dieser Umstände das Geschäft abgeschlossen und damit das Risiko auf sich genommen, daß das Geschäft nicht ausgeführt werden könne (so Schlegelberger-Schröder, aaO, § 87 a Anm. 41). Das kann zum Beispiel für solche Fälle gelten, in denen der Arbeitgeber das Geschäft abschließt, obwohl er schon bei Geschäftsabschluß weiß, er selbst oder der Kunde werde das Geschäft nicht ordnungsmäßig abwickeln (z. B. wegen Lieferschwierigkeiten auf seiten des Unternehmers oder wegen Zahlungsschwierigkeiten auf seiten des Kunden). Bestehen aber für den Arbeitgeber bei Vertragsabschluß keine greifbaren Anhaltspunkte für die Annahme, das Geschäft werde später nicht ordnungsmäßig abgewickelt, dann kann ihm die spätere Berufung auf Umstände, die die Unzumutbarkeit der Ausführung des Geschäfts ergeben, nicht verwehrt werden.

d) Demnach hätte das Landesarbeitsgericht den Gesamtvortrag der Beklagten zu der Frage, ob sie die Firma P zur Abnahme der fehlenden 4.659 "Einheiten" hätte zwingen können oder nicht, in seine Prüfung einbeziehen müssen. Es hätte auch erwägen müssen, daß die Interessen des Vertreters, hier des Klägers, unter Umständen zurückzutreten haben, wenn ein Kunde aus beachtlichen Gründen die Rückgängigmachung eines Geschäfts wünscht und eine gegenwärtige, durch bestimmte Tatsachen begründete Gefahr besteht, der Kunde werde anderenfalls die Geschäftsbeziehungen überhaupt abbrechen oder in der Zukunft wesentlich erschweren (ähnlich BGH LM Nr. 2 zu § 87 a HGB = BB 1959, 864 [865]).



- 8 -

Es hätte ebenfalls prüfen müssen, ob nicht auch der Kläger bei Vermittlung des Geschäfts bereits erkannt hat oder hätte erkennen können, bei der Abwicklung des Geschäfts werde sich möglicherweise eine Lage ergeben, die den Wunsch der Firma P auf Rückgängigmachung des Geschäfts herbeiführe und gerechtfertigt erscheinen lasse (vgl. auch Schlegelberger-Schröder, aaO, § 87 a Anm. 40).

e) Schon diese Gründe rechtfertigen die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Das Landesarbeitsgericht muß die unterlassene Abwägung aller für und gegen die Zumutbarkeit der vollständigen Ausführung des Warenabnahmevertrags sprechenden Umstände nachholen.

Die Abwägung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil, wie das Landesarbeitsgericht meint (S. 15 f. des Urteils), von einer Unzumutbarkeit im Sinne der §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB nur gesprochen werden könne, wenn die Ausführung des Geschäfts zu "erheblichen" Vermögensnachteilen für den Unternehmer führe; das habe die Beklagte aber nicht substantiiert vorgetragen. Wie die Revision mit Recht beanstandet, hatte die Beklagte im einzelnen ausgeführt, daß ihr erhebliche Nachteile drohten, wenn sie sich mit der Firma P aus Anlaß der Abwicklung des Warenabnahmevertrags überwarf und die Firma P sie dann von dem für sie wichtigen Absatzmarkt des britischen Commonwealth ausschloß.

3. Es ist daher nicht auszuschließen, daß bei der gebotenen umfassenden Würdigung aller von der Beklagten angeführten Umstände das Landesarbeitsgericht hätte zu der Annahme kommen müssen, der Beklagten sei im Sinne von §§ 65, 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB die zwangsweise Durchsetzung des Warenabnahmevertrags nicht zuzumuten gewesen. Diese Möglichkeit einer anderweitigen Auswirkung der §§ 67, 87 Abs. 3 Satz 2 HGB genügt für die Annahme, daß das angefochtene Urteil im Sinne von § 549 Abs. 1, § 550 ZPO auf einer Gesetzesverletzung beruht (BAG 2, 207 212 = AP Nr. 5 zu § 626 BGB). Der Senat kann die gebotene Prüfung nicht vornehmen, weil das Landesarbeitsgericht die Tatsachen nicht festgestellt hat, auf die sich die Beklagte für die Unzumutbarkeit der Ausführung des Warenabnahmevertrags

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

im einzelnen berufen hatte. Das macht es nach § 565 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO notwendig, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

III. Für die fernere Behandlung der Sache wird das Landesarbeitsgericht folgendes beachten müssen:

Es ist bisher ausschließlich davon ausgegangen, nach dem Warenabnahmevertrag sei die Beklagte berechtigt gewesen, von der Firma P die Abnahme der Fehlmenge zu verlangen, und deshalb sei die Berechtigung der vom Kläger verlangten Provision nach § 87 a Abs. 3 HGB zu prüfen. Ob dies tatsächlich zutrifft, wird es erneut prüfen müssen. Im einzelnen wird es dabei folgendes zu beachten haben:

1. Es bedarf der Klärung, ob diejenigen Teilgeschäfte des Warenabnahmevertrags, die von der Firma P nicht durch Abnahme von Waren, sondern durch Zahlung der "Vertragsstrafe" erledigt worden sind, im Verhältnis zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits aus dem Kreis der provisionspflichtigen Geschäfte vertraglich herausgenommen waren. Hier spielen die Gespräche zwischen dem Kläger und dem Zeugen R eine Rolle, die ausdrücklich die Frage der Provisionspflicht für den Fall zum Gegenstand hatten, daß P an Stelle der Warenabnahme eine Vertragsstrafe zahlte. Es erscheint ferner wesentlich, daß der Kläger seinen Anstellungsvertrag ohne Klärung der Provisionspflicht für jenen Sonderfall unterschrieben und der Zeuge R als Prokurist der Beklagten recht konkrete Erklärungen in diesem Zusammenhang abgegeben hat. Das Landesarbeitsgericht wird feststellen müssen, ob und welcher Vertragsinhalt hierbei zusätzlich zu dem schriftlichen Anstellungsvertrag zustande gekommen oder ob etwa wegen der Schriftformvereinbarung in § 13 dieses Vertrags eine wirksame Vertragsänderung oder -ergänzung nicht erfolgt ist.

2. Die Firma P hatte die Vertragsstrafe für den Fall versprochen, daß sie ihre Abnahmepflichten nicht erfüllte. Wenn zwischen der Beklagten und der Firma P nichts anderes vereinbart war, würde die Beklagte,



- 10 -

als sie die Vertragsstrafe von P annahm, einen darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 340 Abs. 2 BGB behalten haben. Dieser Anspruch umfaßt nach § 252 BGB den entgangenen Gewinn. Darin ist auch die Provision des Vertreters enthalten, der das Geschäft vermittelt hat (Schlegelberger-Schröder, aaO, § 87 a Anm. 3). In einem solchen Fall wäre der Provisionsanspruch des Klägers gemäß § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB grundsätzlich gegeben. Es bliebe aber dann wiederum zu prüfen, ob sich die Beklagte gemäß § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB auf die Unzumutbarkeit der Nichtausführung bzw. der Nichtforderung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung berufen kann. Ist dies nicht der Fall, besteht also eine Provisionspflicht, dann ist schließlich zu klären, ob für die Höhe der Provisionsberechnung der Pauschalpreis von 1.170,-- DM je "Einheit", wie er im Warenabnahmevertrag festgelegt ist, oder der tatsächlich erzielbare Preis je "Einheit" zugrunde zu legen ist, den die Beklagte wesentlich niedriger veranschlagt hat.

3. Da die §§ 339 ff. BGB kein zwingendes Recht enthalten, kann die hier getroffene Regelung der "Vertragsstrafe" einen vom Gesetz abweichenden Inhalt haben. Es ist denkbar, daß mit der Vertragsstrafenregelung der Erfüllungsanspruch der Beklagten und damit auch ein etwaiger Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung ausgeschlossen werden, d. h. die Vertragsstrafe an die Stelle der Erfüllung treten sollte. Eine solche Auslegung des Warenabnahmevertrags käme dann in Frage, wenn zugunsten der Firma P ein echtes Wahlrecht zwischen Abnahme und Vertragsstrafe, also eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB, begründet worden wäre.

Ob dies der Fall ist, wird das Landesarbeitsgericht noch prüfen müssen. Dabei wird sowohl der Wortlaut des Abnahmevertrags als auch die Aussage des Zeugen B eine Rolle spielen, aus der sich einiges über Sinn und Zweck der Vertragsstrafenregelung entnehmen läßt. Auch der Höhe der Vertragsstrafe wird Bedeutung beizumessen sein. Sollte sich daraus ein echtes Wahlrecht der Firma P ergeben, dann hätte diese mit der Zahlung der Vertragsstrafe für die nicht abgenommenen "Einheiten" ihre Vertragspflichten erfüllt. Da dem Kläger sein Provisionsanteil aus dem Betrag der gezahlten Vertragsstrafe gutgebracht worden ist,

- 11 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

würde ihm ein darüber hinausgehender Provisionsanspruch nicht zustehen.

4. Schließlich kann der Warenabnahmevertrag aber auch noch so verstanden werden, daß die "Vertragsstrafe" pauschaliert den Betrag des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung darstellen sollte. Wäre dies der Fall, dann wäre das in dem Warenabnahmevertrag vereinbarte Lieferungsgeschäft so anzusehen, als ob es im Sinne des § 87 a Abs. 3 Satz 1 HGB von der Beklagten vollständig durchgeführt worden wäre. Auf die Zumutbarkeitsfrage des § 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB käme es dann nicht an. Vielmehr müßte die Beklagte den Provisionsanspruch des Klägers voll erfüllen, ohne daß sie sich auf einen etwaigen Mindererlös je "Einheit", wie er bei tatsächlicher Durchführung des Geschäfts vielleicht hätte eintreten können, berufen kann.

5. Wegen der Unklarheit im Tatsächlichen sieht sich der Senat nicht in der Lage, weitere Hinweise für die rechtliche Behandlung des Falles zu geben. In seinem neuen Urteil wird das Landesarbeitsgericht nicht nur über die Kosten der Revision, sondern auch über die Kosten der Berufung mitentscheiden müssen, weil der Rechtsstreit, wenn auch nur hinsichtlich eines Teils der erhobenen Ansprüche, insoweit aber abschließend in der zweiten Instanz entschieden werden wird. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Kläger jedemfalls in Höhe von 20.000,-- DM unterlegen ist.

gez. Dr. Stumpf

Hilger

Dr. Gröninger

Schormann

Donnig

