

4. NOV. 1968

122

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

Gesetz: HGB §§ 65, 87, 346; BGB §§ 133, 157; ArbGG §§ 9, 67;
ZPO §§ 272 b, 286, 357 a, 529, 561

Leitsätze:

1. Der für die Vermittlung von Geschäften gegen Provision angestellte Handlungsgehilfe hat auch dann gemäß §§ 65, 87 Abs. 1 HGB Anspruch auf die Provision, wenn nicht allein seine Bemühung, sondern erst zusätzliche Bemühungen des Arbeitgebers oder eines von diesem beanspruchten Dritten (Händlerfirma) zu dem Geschäftsabschluß geführt haben. Dabei muß jedoch die Tätigkeit des Handlungsgehilfen insoweit erfolgreich gewesen sein, daß sie die zum Abschluß führenden Verhandlungen veranlaßt hat.
2. Werden in dem Vertrag mit einem Bezirksvertreter (§ 87 Abs. 2 HGB) "Direktverkäufe an oder über Maschinenhändler" von der Provisionspflicht ausgenommen, so sind darunter nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des Handels solche Geschäfte zu verstehen, die der Unternehmer unmittelbar - sei es mit dem Händler, sei es über diesen mit dem Kunden - unter Ausschluß oder ohne Mitwirkung des Vertreters abschließt.
3. Neue Beweismittel, die vom Berufungskläger weder in der ersten Instanz noch in der Berufungsbegründung geltend gemacht worden sind, sondern erst in der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz vorgebracht werden, braucht das Landesarbeitsgericht gemäß § 67 Satz 2 ArbGG nicht zu berücksichtigen. Insbesondere braucht es in einem solchen Falle nicht Zeugen zu vernehmen, die nicht an der Gerichtsstelle anwesend sind, sondern erst herbeigeholt werden müßten; dies gilt auch dann, wenn die Zeugen am Sitz des Landesarbeitsgerichts wohnen und fernmündlich erreicht werden könnten.

Aktenzeichen: 3 AZR 276/67

Urteil des BAG vom 4. November 1968

LAG Baden-Württemberg
(Mannheim)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

AZR 276/67

Sa 35/67 Baden-Württemberg
(Mannheim)

teilstenor zugestellt
14. November 1968

z. Groll,
gierungshauptsekretär
s Urkundsbeamter
r Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 1. November 1968 durch
den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundes-
richter Dr. Gröninger und Dr. Thomas sowie die Bundes-
arbeitsrichter Waydelin und Lichtenstein für Recht er-
kannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom
4. Juli 1967 - 7 Sa 35/67 - wird zurückgewiesen.

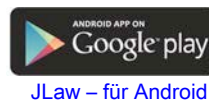
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war für die beklagte Maschinenvertriebsgesellschaft als angestellter Werksvertreter tätig. Er hatte die im Unternehmensbereich der Beklagten hergestellten Kellereimaschinen innerhalb eines ihm zugewiesenen Bezirks zu vertreiben. Neben einem Festgehalt von zuletzt monatlich 830,-- DM und Spesen erhielt er gemäß § 6 b des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 1. März 1961 "für seine Tätigkeit" eine Provision von 3 % des reinen Warenwertes der verkauften Maschinen oder Waren; der Provisionssatz erhöhte sich gemäß § 12 um 1 % für Abschlüsse mit Kunden, die in den letzten 20 Jahren keine Maschinenaufträge mehr erteilt hatten. Nach § 6 b war die Beklagte berechtigt, den Provisionssatz von 3 % jederzeit zu ändern. In § 10 des Vertrages war außerdem folgendes festgelegt:

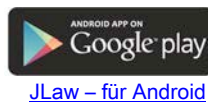
"Der nach § 6 maßgebende Prozentsatz gilt für sämtliche Geschäfte aus dem Arbeitsbezirk des Werksvertreters, gleichgültig ob er den Abschluß selbständig oder unter Mitwirkung anderer Mitarbeiter des Unternehmens getätigt hat. Der Provisionsanspruch des Werksvertreters entsteht auch, wenn der in seinem Arbeitsbezirk ansässige Kunde ohne sein direktes Zutun bei der Firma unmittelbar bestellt. Bei Direkt-Verkäufen an oder über Maschinenhändler entsteht kein Provisionsanspruch."

Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund einer Kündigung der Beklagten am 31. Dezember 1964. Am 19. November 1964 kam zwischen der Beklagten und der im Vertreterbezirk des Klägers gelegenen Getränkefabrik H K , mit der die Beklagte in den vergangenen 20 Jahren keine Geschäfte abgeschlossen hatte, ein Vertrag über die Lieferung einer Flaschenreinigungsanlage nebst Ladetisch zum Preis von 188.360,-- DM zustande; der Kläger hatte von

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

1960 bis 1964 (zuletzt im Oktober 1964) diesen Kunden mehrfach wegen des Verkaufs einer Flaschenreinigungsmaschine aufgesucht und mit ihm verhandelt. Seit August 1963 war auf Wunsch der Firma K die Maschinenhandlung G H in die Verkaufsverhandlungen eingeschaltet. Dieser Händlerfirma sagte die Beklagte eine Provision von 3 % für das Geschäft mit K zu.

Mit der Klage hat der Kläger aufgrund seines Arbeitsvertrages (§ 6 b in Verbindung mit § 12) eine Provision von 4 % aus dem Geschäftsabschluß mit der Firma K in der rechnerisch unstreitigen Höhe von 7.534,40 DM gefordert. Die Beklagte hat ihre Zahlungspflicht geleugnet. Es habe sich um einen Direktverkauf über eine Händlerfirma gehandelt, für den ein Provisionsanspruch nach § 10 des Vertrages ausgeschlossen sei. Außerdem wende sie das ihr vertraglich zustehende Recht, den Provisionssatz zu ändern, auf den vorliegenden Fall an, in dem der Kläger für die von ihm entfaltete Tätigkeit durch sein Festgehalt ausreichend outgolten sei.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das in Rede stehende Geschäft ist noch während des Bestehens des Arbeitsvertrages abgeschlossen und mindestens auch auf die Tätigkeit des Klägers zurückzuführen, wie die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergeben. Das rechtfertigt den vom Kläger geltend gemachten Provisionsanspruch. Es handelt sich dabei um den ganz üblichen Fall, daß einem Angestellten für die Vermittlung von Geschäften Provision versprochen ist (§ 65 HGB in Verbindung mit § 6 b und § 12 des Arbeitsvertrages). Dann hat er gemäß § 87 Abs. 1 HGB Anspruch

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

auf Provision für solche (während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen) Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind.

Der Anspruch besteht selbst dann, wenn nicht allein die Bemühungen des Angestellten, sondern erst zusätzliche Bemühungen des Arbeitgebers oder eines von diesem beanspruchten Dritten zu dem Abschluß geführt haben; in einem solchen Fall ist das Geschäft gleichwohl im Sinne des § 87 Abs. 1 HGB auf die Tätigkeit des Angestellten zurückzuführen, wenn diese wenigstens insoweit Erfolg gehabt hat, daß sie die zum Abschluß führenden Verhandlungen veranlaßt hat (Schlegelberger-Schröder, HGB, Bd. I, 4. Aufl., § 87 Anm. 15). Es ist demnach bei Anwendung des § 87 Abs. 1 HGB bedeutungslos, ob und in welchem Umfang die Händlerfirma H zu dem Abschluß beigetragen hat; es genügt, daß der Kläger den Kunden K für die Beklagte ausfindig gemacht, über längere Zeit bearbeitet und damit das Zustandekommen des Geschäfts mit veranlaßt hat.

2. Dieser Anspruch aus §§ 65, 87 Abs. 1 HGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag ist, wie bereits das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, durch § 10 letzter Satz des Arbeitsvertrages nicht ausgeschlossen worden.

a) Das folgt einmal daraus, daß § 10 insgesamt den Sonderfall der Bezirksprovision im Sinne des § 87 Abs. 2 HGB regelt, indem er dem Kläger über das Gesetzesrecht hinaus (vgl. § 65 HGB, der den § 87 Abs. 2 HGB von der Geltung für Angestellte ausnimmt) Provision auch für solche Geschäfte zugesteht, die mit Kunden im Bezirk des Klägers ohne dessen Zutun zustande kommen. (Wegen der Zulässigkeit einer solchen Abrede vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 65 HGB.) Ein solcher Sonderfall der Bezirksprovision liegt hier aber deshalb nicht vor, weil das Geschäft nach den Ausführungen zu 1 dieser Entscheidungsgründe unter Mitwirkung des Klägers zustande gekommen ist. Schon deshalb sind

§ 10 des Vertrages und damit auch sein letzter Satz nicht anwendbar.

b) Der letzte Satz in § 10 des Arbeitsvertrages gibt aber auch unabhängig hiervon für den Rechtsstandpunkt der Beklagten nichts her. Sie meint, das Geschäft sei ein von der Provisionspflicht ausgenommener "Direktverkauf über Maschinenhändler" gewesen.

Das Landesarbeitsgericht hat das mit Recht nicht anerkannt. Es ist unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck des Vertrags von dem Begriff des "Direktverkaufs" nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des Handels ausgegangen. Danach wird unter diesem Begriff ein Geschäft verstanden, das der Unternehmer unmittelbar mit dem Kunden unter Ausschluß oder ohne Mitwirkung des (angestellten oder selbständigen) Vertreters abschließt (vgl. BGH vom 20. Oktober 1955, - II ZR 75/54 - BB 1956, 95 = DB 1956, 157 = AR-Blattei "Handelsgewerbe III" Entsch. 11; RGZ 109, 254 [256 f.] ; LAG Baden-Württemberg vom 11. Mai 1964, - 4 Sa 13/64 - DB 1964, 996; ebenso das Schrifttum, z.B. Baumbach-Duden, HGB, 18. Aufl., § 87 Anm. 3 C; Gros, AR-Blattei "Handelsgewerbe III" zu D V 3 b; Staub-Bondi, HGB, 80. Aufl., I, 14. Aufl., 1932, zu dem insoweit inhaltsgleichen früheren § 89 Anm. 2; Trinkhaus, DB 1967, 859 [860 f.] zu III 2). Aus der bereits erörterten Mitwirkung des Klägers an dem Geschäft mit K folgt, daß es kein Direktverkauf in diesem Sinne gewesen ist.

c) In diesem Zusammenhang rügt die Revision, nach dem übereinstimmenden Parteiwillen sei unter einem "Direktverkauf über Maschinenhändler" etwas anderes, nämlich ein Geschäft zu verstehen, wie es hier abgewickelt worden sei. Ein solcher Parteiwille ist im Sinne des § 561 Abs. 2 ZPO eine Tatsache, die vom Revisionsgericht nur berücksichtigt werden darf, wenn sie vom Gericht der Tatsacheninstanz festgestellt ist (vgl. dazu BAG AP Nr. 27 zu § 133 BGB mit Hinweisen). Das Landesarbeitsgericht hat dazu aber keine Feststellungen getroffen.



- 6 -

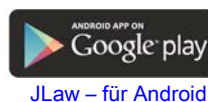
Die hiergegen gerichtete Prozeßrüge, das Landesarbeitsgericht habe die in der (einzigen) mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 1967 für einen anders lautenden Parteiwillen genannten Beweise (drei Zeugen) unter Verletzung des § 286 ZPO und in fehlerhafter Anwendung des § 67 ArbGG nicht erhoben, ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat den zum ersten Mal in jener Verhandlung gebrachten neuen Sachvortrag zu Recht als verspätet zurückgewiesen. Die Beklagte als Berufungsklägerin hätte gemäß § 67 ArbGG ihre neuen Behauptungen und Beweismittel spätestens (vgl. insoweit § 529 Abs. 2 ZPO) in der Berufungsbegründung anbringen müssen. Ein späterer Vortrag hätte noch berücksichtigt werden können, wenn dadurch nicht die Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits eingetreten wäre; denn in einem solchen Falle, in dem entweder das Landesarbeitsgericht die Beweismittel, z.B. durch Ladung der Zeugen gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO, bis zur mündlichen Verhandlung noch herbeischaffen kann oder die Partei die Beweismittel in der mündlichen Verhandlung, z.B. durch Mitbringen der Zeugen, bereit hat, tritt regelmäßig eine Verzögerung nicht ein (vgl. dazu auch § 357 a ZPO) mit der Folge, daß § 67 Satz 2 ArbGG über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens nicht anzuwenden ist (ständ.Rechtspr., vgl. zuletzt AP Nr. 5 zu § 529 ZPO mit Angabe der bisherigen Rechtsprechung und zustimmender Anmerkung von Thomas).

Im vorliegenden Fall waren die Zeugen in der mündlichen Verhandlung nicht präsent; sie hätten nach der Ansicht der Revision fernmündlich rasch herbeigerufen werden können, da sie im Dienst der Beklagten standen, die ihren Sitz am Ort des Landesarbeitsgerichts hat. Wenn sich das Landesarbeitsgericht hierauf nicht eingelassen hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das dem Landesarbeitsgericht gemäß § 67 Satz 2 ArbGG bei der Zulassung verspäteten neuen Vorbringens zustehende freie Ermessen ist nicht überschritten, wenn es die Vernehmung von Zeugen,

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die bis zur mündlichen Verhandlung nicht benannt und auch nicht in die Verhandlung mitgebracht worden sind, ablehnt. Auf ein Entgegenkommen, wie es die Beklagte für sich in Anspruch nimmt, kann sie angesichts des Beschleunigungsgrundsatzes (§ 9 Abs. 1 Satz 1 ArbGG), dem auch die Vorschrift des § 67 ArbGG dient, nicht rechnen, zumal damit berechnigte Belange des Klägers verletzt worden wären.

d) Unbegründet ist auch die Rüge der Verletzung des § 286 ZPO, die die Revision daraus herleitet, daß das Landesarbeitsgericht den erbotenen Sachverständigenbeweis nicht erhoben hat, wonach § 10 letzter Satz des Arbeitsvertrages nach Handelsbrauch im Sinne der Beklagten zu verstehen sei. Auf diesen Beweis kam es für die Entscheidung nicht an.

Der Vortrag der Beklagten läßt nicht klar erkennen, ob sie sich auf einen allgemeinen Handelsbrauch berufen will, der der Verkehrssitte (des Handels) im Sinne des § 157 BGB gleichzuachten und auch vom Revisionsgericht ohne Prozeßrüge in Anwendung des materiellen Rechts bei der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu berücksichtigen wäre, oder ob sie einen speziellen (z.B. regionalen oder branchenbezogenen) Handelsbrauch für sich in Anspruch nimmt. In beiden Fällen kann die Rüge der Revision nicht zum Erfolg verhelfen.

Eine allgemeine Verkehrssitte oder ein allgemeiner Handelsbrauch des von der Beklagten behaupteten Inhalts ist nicht erkennbar. Er wird zudem, worauf schon das Landesarbeitsgericht hingewiesen hat, durch die hier gewählte Vertragsfassung, nämlich durch die Verwendung des Wortes "Direktverkäufe" mit seinem spezifischen Inhalt (s. zu 2 b dieser Entscheidungsgründe) anstelle des Wortes "Verkäufe" klar und deutlich ausgeschlossen.

Einen speziellen Handelsbrauch, den die Beklagte vermutlich meint, wenn sie von "den einschlägigen Handelsusancen der Hersteller auf dem Investitionsgütersektor" spricht, braucht der Kläger schon deshalb nicht gegen sich gelten zu lassen, weil gemäß § 346 HGB nur Kaufleute hieran gebunden sind, der Kläger aber nicht Kaufmann, sondern Angestellter



gewesen ist. Daß sie die Anwendung eines solchen Handelsbrauchs mit dem Kläger vereinbart habe, hat die Beklagte selbst nicht behauptet (vgl. insoweit Baumbach-Duden, aaO, § 346 Anm. 1 B).

3. Schließlich kann die Beklagte auch nicht das in § 6 b des Arbeitsvertrages vorgesehene Recht, "diesen Prozentsatz von 3 % Provision jederzeit zu ändern", zum Anlaß nehmen, die Zahlung der Provision zu verweigern. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsverletzungen ausgeführt, daß dieses Kürzungsrecht sich allenfalls auf noch nicht entstandene Provisionsansprüche beziehe, also nur für die Zukunft ausgeübt werden kann. Da der Provisionsanspruch des Klägers mit Abschluß des K -Geschäfts im November 1964 entstanden war, hat die spätere Berufung der Beklagten auf ihr Kürzungsrecht den Anspruch nicht mehr berührt.

Soweit die Revision auch in diesem Zusammenhang die Verletzung des § 286 ZPO und des § 67 ArbGG durch das Landesarbeitsgericht rügt, gelten die Ausführungen zu 2 c dieser Entscheidungsgründe entsprechend.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Dr. Gröninger

Waydelin

Lichtenstein



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)