

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

Gesetz: HGB § 87 c; BGB § 614 Gehaltsvorschuß, § 242 Verwir-
kung, § 782; ZPO § 542 Abs. 2, §§ 286, 561 Abs. 2

Leitsätze:

1. Eine Vertragsabrede, nach der Provisions- und Vorschuß-
abrechnungen bei Schweigen des Handelsvertreters als
genehmigt gelten, kann nach § 87 c Abs. 5 HGB unwirk-
sam sein (im Anschluß an BGH AP Nr. 1 zu § 87 c HGB =
LM Nr. 4 a zu § 87 c HGB).
2. Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termin zur
mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungs-
beklagten das Versäumnisurteil, so gehört zum entgegen-
stehenden "festgestellten Sachverhältnis" im Sinne von
§ 542 Abs. 2 ZPO die Beweiswürdigung des erstinstanzli-
chen Richters jedenfalls dann, wenn der Berufungskläger
nur die Glaubwürdigkeit eines erstinstanzlich vernomme-
nen Zeugen angreift und keine geeigneten Beweise antritt.

Aktenzeichen: 3 AZR 286/72

Urteil des BAG vom 16. Februar 1973

LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 286/72

6 Sa 484/71 Frankfurt/Main

Verkündet am
16. Februar 1973

gez. Sürig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Februar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Neumann sowie die ehrenamtlichen Richter Donnig und Waydelin für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt/Main vom 26. Januar 1972 - 6 Sa 484/71 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin 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 Beklagte war vom 20. Oktober 1970 bis zum 31. Dezember 1970 als Handelsvertreter gemäß §§ 84 ff. HGB damit betraut, für die Klägerin Abonnementsverträge zu vermitteln. Über die Provisionsabrechnungen ist in § 7 des Vertrages vom 20. Oktober 1970 folgende Regelung getroffen worden:

"Die Abrechnung über die der D hereingegebenen Beitrittserklärungen erfolgt in laufender Rechnung (Kontokorrent) durch Übermittlung eines Kontoauszuges. Die D kann die Auszahlung von Provisionsvorschüssen zurückstellen, wenn die Werbung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist oder vorherige Kontrollen erforderlich sind.

Der Mitarbeiter erkennt die Provisionsabrechnungen, insbesondere die Rückbelastungen von Aufträgen (Stornierungen), und den jeweiligen Kontensaldo an, soweit er nicht innerhalb einer Frist von 20 Tagen, gerechnet vom Empfangstage an, schriftlich und mit Angabe der Gründe Einwendungen erhebt. Er erhält die stornierten Aufträge und Reklamationsschreiben. Über etwaige Zweifel wegen der Richtigkeit der erteilten Abrechnung entscheiden die Bücher der D ."

Die Klägerin hat dem Beklagten folgende Kontoauszüge mit Einschreiben übersandt: Am 18. Dezember 1970 für Oktober 1970, am 26. Januar 1971 für November 1970, am 26. Februar 1971 für Dezember 1970, am 15. April 1971 für Januar und Februar 1971 und am 13. Mai 1971 für März 1971. Der Beklagte hat auf diese Kontoauszüge nicht reagiert.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin zuletzt als nicht abverdienten Vorschuß einen Betrag von 420,-- DM sowie 5,-- DM als Verzugsschaden verlangt. Sie hat behauptet, der Beklagte habe am 23. Oktober 1970 als Vorschuß 810,-- DM erhalten und dies quittiert. An Provisionen habe er 648,-- DM verdient; hinzu komme ein Weihnachtsgeld von 27,-- DM. Zu belasten sei er mit Stornierungen in Höhe von 285,-- DM, so daß sich daraus ein nicht abverdienter Vorschuß von 420,-- DM ergebe.

- 3 -



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



- 3 -

Der Beklagte hat im ersten Rechtszug bestritten, 810,-- DM von der Klägerin erhalten zu haben. Er habe diesen Betrag zwar quittiert, jedoch sei das Geld zu gleichen Teilen an ihn und zwei weitere Vertreter gezahlt worden. Hierüber seien später neue Quittungen über den zutreffenden Betrag von 270,-- DM ausgestellt worden.

Das Arbeitsgericht hat über die Höhe des an den Beklagten gezahlten Provisionsvorschusses Beweis erhoben; es hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug war der Beklagte nicht vertreten. Das Landesarbeitsgericht hat trotz seiner Säumnis die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt sie ihr Klageziel weiter.

Der Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten. Die Klägerin hat beantragt, gegen ihn ein Versäumnisurteil zu erlassen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Ihr Rechtsmittel war daher trotz Säumnis des Beklagten durch sogenanntes unechtes Versäumnisurteil zurückzuweisen (BAG AP Nr. 1 zu § 398 ZPO [zu I der Gründe]).

1. Anspruchsgrundlage für die Klageforderung ist eine Vorschußvereinbarung, nach der der Beklagte den von der Klägerin gewährten Vorschuß zurückzuzahlen hat, wenn und soweit eine bevorschußte Forderung gegen den Vorschußgeber nicht entstanden ist. Die Hingabe des Vorschusses und seine Höhe muß im Streitfalle der Vorschußgeber beweisen, während der Vorschußnehmer darlegen und beweisen muß, daß er aus dem Vorschuß nichts mehr schulde (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB [zu I der Gründe]; BAG 9, 137 [139 f.] = AP Nr. 5 zu § 394 BGB [zu 2 der Gründe]; BAG 11, 188 [191] = AP Nr. 2 zu § 614 BGB Gehaltsvorschuß [Bl. 2];

- 4 -



- 4 -

BAG AP Nr. 3 zu § 614 BGB Gehaltsvorschuß [zu 3 der Gründe]).

2. Das Landesarbeitsgericht hat in tatsächlicher Beziehung aufgrund einer erneuten eigenen Würdigung der im ersten Rechtszug erhobenen Beweise festgestellt, daß der Beklagte von der Klägerin nur 270,-- DM und nicht - wie von ihr behauptet - 810,-- DM als Vorschuß erhalten hat. Hieran ist der Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO gebunden, es sei denn, daß hiergegen ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist.

Die von der Revision gegen diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts erhobenen Verfahrensrügen können jedoch schon deshalb nicht durchdringen, weil das Landesarbeitsgericht das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme auch ohne erneute eigene Beweiswürdigung seiner Entscheidung zugrunde zu legen hatte. Das ergibt sich aus folgendem:

a) Da der Beklagte vor dem Landesarbeitsgericht nicht vertreten war und die Klägerin und Berufungsklägerin ein Versäumnisurteil beantragt hatte, war nach § 542 Abs. 2 ZPO zu verfahren. Danach war das tatsächliche mündliche Vorbringen der Berufungsklägerin als zugestanden zu erachten, soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegenstand, und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme war anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe.

b) Die Behauptung der Klägerin über die Höhe des von ihr hingegebenen Vorschusses durfte das Landesarbeitsgericht nicht als zugestanden behandeln, da dem das festgestellte Sachverhältnis entgegenstand. Zu dem festgestellten Sachverhältnis gehörten die im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils festgestellten Behauptungen und Erklärungen der Parteien sowie die aufgenommenen Beweise (Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 542 Anm. III, 3 zu N 11; RGZ 131, 109 [111]). Hier hat das Arbeitsgericht über die streitige Vor-

- 5 -



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



- 5 -

schußhöhe Beweis erhoben und als Bekundung des Zeugen
T festgehalten, daß der Beklagte nur 270,-- DM
und nicht 810,-- DM von der Klägerin erhalten habe.

Die Klägerin hat hierzu im Berufungsverfahren nur vorgebracht, der Zeuge sei nicht glaubwürdig. Damit allein konnte sie jedenfalls das festgestellte Sachverhältnis nicht infrage stellen. Auch ohne Säumnis einer Partei darf der Berufungsrichter grundsätzlich die Glaubwürdigkeit eines erstinstanzlich vernommenen Zeugen nicht ohne weiteres abweichend von dem erstinstanzlichen Richter beurteilen. Wenn er die Glaubwürdigkeit abweichend beurteilen will, muß eine erneute oder anderweitige Beweisaufnahme stattfinden (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 286 ZPO). Dieser Grundsatz wirkt sich auch im Versäumnisverfahren mit der Folge aus, daß der Berufungsrichter nach § 542 Abs. 2 ZPO, ohne daß es auf eine erneute Beweiswürdigung ankommt, an das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme gebunden ist. Das Beweisergebnis der ersten Instanz wäre nur dann als festgestelltes Sachverhältnis nicht mehr zu beachten gewesen, wenn die Klägerin zu der streitigen Behauptung neue geeignete Beweise im Berufungsverfahren angetreten hätte (vgl. Stein-Jonas-Grunsky, aaO, § 542 III 3 b; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., § 142 III 2 c, S. 746).

c) Zu der streitigen Vorschußzahlung hat die Klägerin in der Berufungsinstanz keine geeigneten Beweise angetreten, so daß auch nicht zu ihren Gunsten das in Aussicht gestellte Ergebnis eines Beweisantritts unter Außerachtlassung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme unterstellt werden konnte. Die Quittung vom 23. Oktober 1970 hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegen. Die Klägerin hat sie im Berufungsverfahren nur dazu benutzt, um das erstinstanzliche Beweisergebnis anders zu würdigen als der erste Richter. Die Quittung allein war im übrigen für die Beweisfrage als Beweismittel unbrauchbar, denn sie besagte nur, was auch der

- 6 -



- 6 -

Beklagte eingeräumt hatte, nämlich daß er den Empfang von 810,-- DM quittiert hatte. Darüber, ob das empfangene Geld für den Beklagten allein oder für ihn und seine beiden Kollegen bestimmt war, sagte die Quittung nichts aus.

Auf den Zeugen K hat sich die Klägerin nur für ihre Behauptung berufen, der Beklagte habe den Provisionsabrechnungen nicht widersprochen; zu der streitigen Vorschuhöhe ist dieser Zeuge nicht benannt worden.

d) Der Senat mußte nach alledem bei seiner Entscheidung davon ausgehen, daß in tatsächlicher Hinsicht der Vorschuß nur 270,-- DM betragen hat und deshalb die Klageforderung nicht begründet ist.

3. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht entschieden, daß der Beklagte die Höhe des Vorschusses bestreiten durfte. Hieran war er weder dadurch gehindert, daß er auf die von der Klägerin übersandten Abrechnungen geschwiegen hat, noch konnte seinem Verhalten sonst entnommen werden, daß er das Abrechnungsergebnis anerkannt habe. Auch auf eine Verwirkung kann sich die Klägerin nicht berufen.

a) Das Landesarbeitsgericht hat im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angenommen, § 7 Abs. 2 des Anstellungsvertrages vom 20. Oktober 1970 sei unwirksam, weil § 87 c Abs. 5 HGB es verbiete, die in § 87 c Abs. 1 - 4 HGB aufgeführten Rechte des Handelsvertreters auf Abrechnung, Erteilung eines Buchauszuges, Mitteilung der für die Provision wesentlichen Umstände und Bucheinsicht auszuschießen oder zu beschränken. Eine Vertragsbestimmung, nach der Provisionsabrechnungen bei untätigem Verhalten des Vertreters als genehmigt gelten sollen, stehe einem späteren Verlangen auf ordnungsmäßiger Abrechnung und Erteilung eines Buchauszuges nicht entgegen (BGH AP Nr. 1 zu § 87 c HGB [zu I 3 b, bb der Gründe] = LM Nr. 4 a zu § 87 c HGB).

Dieser Auffassung, die sich aus der zwingenden Vorschrift des § 87 c Abs. 5 HGB herleitet, tritt der Senat

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

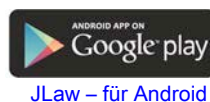
bei. Eine Klausel, daß Abrechnungen nach bestimmter Zeit als genehmigt gelten sollen, wenn ihnen nicht widersprochen worden ist, ist jedoch nicht nur insoweit unwirksam, wie der Handelsvertreter Rechte nach § 87 c Abs. 1 - 4 HGB geltend macht. Sie kann vielmehr auch nachträglich erhobenen Ansprüchen des Handelsvertreters auf Provisionszahlung und der Abwehr von Ansprüchen des Geschäftsherrn auf Rückzahlung von Provisionen oder Provisionsvorschüssen nicht entgegengehalten werden. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der in § 87 c HGB geregelten Rechte auf Abrechnung, Buchauszug, Mitteilung der für den Provisionsanspruch wesentlichen Umstände und Bucheinsicht: Alle diese Ansprüche sind Nebenansprüche zum Hauptanspruch auf Provisionszahlung, sie sollen letzteren vorbereiten und in seiner Durchsetzung unterstützen. Es wäre deshalb widersinnig, diese Ansprüche nicht an einer Vertragsklausel, wie sie hier zu beurteilen ist, scheitern zu lassen, um die Klausel dann, wenn nach der Abrechnung oder der Erteilung des Buchauszuges sich ein Provisionsanspruch ergibt, sie diesem entgegenzuhalten. Der Senat hat bereits früher ausgesprochen, daß der Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges nicht begründet ist, wenn feststeht, daß der Provisionsanspruch, der damit festgestellt werden soll, nicht durchsetzbar ist, etwa weil ihm die Einrede der Verjährung entgegensteht (AP Nr. 15 zu § 9 ArbGG [zu B I 2 der Gründe] mit insoweit zustimmender Anmerkung von Grunsky [zu 4]). Die gleichen Erwägungen gelten hier: Der Anspruch auf Abrechnung oder auf Erteilung eines Buchauszuges müßte als unbegründet angesehen werden, wenn der Anspruch auf Provisionszahlungen wegen der widerspruchslosen Hinnahme der Abrechnungen von vornherein unbegründet wäre. Der Revision kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die vom Landesarbeitsgericht im Anschluß an den Bundesgerichtshof angestellten Erwägungen

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](#)

- 8 -

über die Unwirksamkeit des § 7 Abs. 2 des Anstellungsvertrages trafen hier deshalb nicht zu, weil der Beklagte keine Ansprüche aus § 87 c Abs. 1 bis 4 HGB verfolge.

Im vorliegenden Fall gilt dies alles auch für die Frage, ob und in welcher Höhe der Beklagte einen Provisionsvorschuß erhalten hat. Dieser war nach dem Abrechnungsverfahren der Parteien in die Kontoauszüge aufgenommen und Teil der Abrechnung. Wenn die fehlende Beanstandung der Abrechnungen durch den Beklagten nicht am § 7 Abs. 2 des Anstellungsvertrages scheitern kann, so gilt dies auch für den Abrechnungsposten "Vorschuß".

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß der Beklagte den aus den Abrechnungen sich ergebenden Schuldsaldo nicht nach § 782 BGB anerkannt habe.

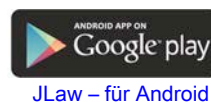
Die Klägerin hat nicht behauptet, daß der Beklagte ausdrücklich einen Abrechnungsvertrag mit ihr geschlossen habe. Sie meint jedoch, das Landesarbeitsgericht habe das Schweigen des Beklagten als ein Einverständnis mit einem Abrechnungsvertrag auslegen müssen.

Nach den Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157, 242 BGB konnte die Klägerin das bloße Schweigen des Beklagten so nicht verstehen. Sie hat die erste Abrechnung dem Beklagten am 18. Dezember 1970 übersandt. Schon in diesem Monat war der Beklagte für sie kaum noch tätig; für Dezember 1970 weist der Kontoauszug Provisionsgutschriften in Höhe von nur 61,-- DM aus. Praktisch war also das Vertragsverhältnis bereits beendet. Ab Januar 1971 war es auch rechtlich gelöst. Wenn der Beklagte unter diesen Umständen die Abrechnungen der Klägerin hinnahm, ohne sich zu ihnen zu äußern, so konnte die Klägerin - auch angesichts der kurzen Vertragsdauer - nicht annehmen, daß er damit das Ergebnis der Abrechnung im Wege eines Vertrages als richtig anerkennen wollte. Der Beklagte hatte sich von der Klägerin abgewendet und hat deshalb deren Abrechnungen so be-

- 9 -



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



- 9 -

handelt, als gehe ihn das Ganze nichts mehr an. Erst als die Klägerin ihre Forderungen klageweise durchzusetzen versuchte, hat er sich gewehrt.

c) Aufgrund dieser Erwägungen hat das Landesarbeitsgericht auch zu Recht die Voraussetzungen einer Verwirkung verneint. Sowohl der nicht sehr erhebliche Zeitablauf von etwa sechs Monaten seit der Beendigung des Vertragsverhältnisses wie auch die Tatsache, daß die Klägerin aus dem Schweigen des Beklagten keine Schlüsse zu ihren Gunsten ziehen durfte, stehen der Annahme entgegen, daß der Beklagte das Recht verwirkt habe, Einwendungen gegen die Abrechnung zu erheben.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Neumann befindet sich im Erholungsurlaub und ist ortsabwesend; dadurch ist er an der Unterschrift verhindert

Dr. Stumpf

Waydelin

Donnig



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

