

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

4. JULI 1972 103

Gesetz HGB §§ 65, 87 Abs 1, § 89 b, BGB §§ 138, 305
Billigkeitskontrolle

Leitsätze

1 Bei der Anwendung von Vorschriften des Rechts der Handelsvertreter auf gegen Provision tätige Arbeitnehmer (§ 65 HGB) sind die Unterschiede in der rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung des Handelsvertreters einerseits und des Arbeitnehmers andererseits zu beachten.

2 Mit einem Handelsvertreter kann - in Abweichung von § 87 Abs 1 HGB - vereinbart werden, daß er erarbeitete Provisionen, die erst nach Beendigung des Vertreterverhältnisses fällig werden, nicht erhält (BGHZ 33, 92 ff). Mit einem auf Provisionsbasis tätigen Arbeitnehmer (§ 65 HGB) kann Derartiges nicht ohne sachlichen Grund vereinbart werden. Ob ein sachlicher Grund vorliegt oder nicht, unterliegt der gerichtlichen Billigkeitskontrolle.

Aktenzeichen 3 AZR 477/71

Urteil des BAG vom 4. Juli 1972 LAG Schleswig-Holstein



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Namen des Volkes!

Urteilstenor zugestellt
am 4 Juli 1972

gez Surig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs 2 ZPO in der Sitzung vom 30 Juni 1972 durch den Senatspräsidenten Professor Dr Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr Hilger und den Bundesrichter Dr Thomas sowie die Bundesarbeitsrichter Engel und Lichtenstein für Recht erkannt

- 1 Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 21 Oktober 1971 - 4 Sa 142/71 - 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 bei der Beklagten, die in N ein im Handelsregister eingetragenes Maklerburo betreibt, vom 1 April bis 31 Mai 1970 als Außendienstberater angestellt. Über die Vergütung des Klägers war im Anstellungsvertrag vom 19 März 1970 folgendes vereinbart:

" § 3

Es ist ein Bruttogehalt von 500,-- DM monatlich festgelegt.

§ 4

Zu dem Festgehalt werden dem Außendienstberater Provisionen vergütet, und zwar wie folgt:

- 1 Der Außendienstberater erhält auf den Nettoumsatz (ohne Mehrwertsteuer) für getätigte Vermittlungsgeschäfte (Grundstücks-, Geschäfts-, Wohnungs- und Kreditvermittlung) Provisionen von 10 % vergütet, und zwar für die durch seine Einwirkung abgeschlossenen Geschäfte.
- 2 Für die durch seine Einwirkung abgeschlossenen Bausparverträge erhält der Außendienstberater eine Provision von 4 % auf die Abschlußsumme, hierzu zahlen auch Bausparanträge aus eventuellen Finanzierungsvermittlungen.

Die Provisionen werden fällig,

- zu 1) in voller Höhe nach Ausgleich der Rechnungsbeträge durch die Kunden,
- zu 2) wenn die Abschlußgebühr in voller Höhe an die Bausparkasse bezahlt ist und die Gutschrift über die Vermittlungstätigkeit dem Geschäft von der Bausparkasse vorliegt.

Vorschüsse liegen ohne rechtliche Ableitung im Ermessen der Geschäftsleitung.

§ 5

Nach dem Ausscheiden des Mitarbeiters werden die noch nicht fällig gewesenen Provisionen mit dem Außendienstberater ein letztes Mal abgerechnet drei Monate nach dessen Austritt.

- 3 -



Auf eine Zahlung darüber hinaus wird auch von
Seiten des Außendienstberaters schon heute
unter Verzicht der Vorausklage ausdrücklich
verzichtet "

Der Kläger verlangt, soweit dies für die Revisionsin-
stanz noch interessiert, Provision in Höhe von 540,-- DM
für die Vermittlung eines Grundstückskaufvertrages. Dieses
Geschäft ist während der Tätigkeit des Klägers zustande ge-
kommen. Die von dem Kunden der Beklagten geschuldete Courtage
ist Ende Januar 1971 - somit 8 Monate nach dem Ausscheiden
des Klägers bei der Beklagten - gezahlt worden. Die Beklagte
hat dem Kläger die Provision unter Berufung auf § 5 des An-
stellungsvertrages verweigert. Der Kläger hat die Ansicht
vertreten, § 5 des Anstellungsvertrages sei unwirksam.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Be-
rufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Re-
vision erstrebt sie weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I Nach den in dem Anstellungsvertrag getroffenen Verein-
barungen sollte dem Kläger Provision zustehen, wenn er ein
Geschäft vermittelt hatte, die ihm zustehende Provision soll-
te fällig sein, wenn der Kunde der Beklagten die Courtage ge-
zahlt hatte. Diese beiden Voraussetzungen für die Entstehung
und die Fälligkeit des Provisionsanspruchs des Klägers sind
im vorliegenden Fall gegeben, so daß die Berechtigung der
Klage ausschließlich davon abhängt, ob § 5 des Anstellungs-
vertrages dem Kläger seinen Provisionsanspruch genommen hat
oder nicht.

II Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, § 5 des An-
stellungsvertrages berühre den Provisionsanspruch des Klägers
nicht. Diese Vertragsbestimmung wolle nach dem Vorbild von
§ 87 a Abs. 3 HGB Provisionsansprüche nur für solche Fälle
ausschließen, in denen die Beklagte aus von ihr nicht zu
vertretenden Gründen das vermittelte Geschäft nicht zu erfül-

- 4 -

len brauche Dazu rechne nicht der Fall, in dem die Zahlung der Courtage durch den Kunden an die Beklagte später als drei Monate nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers erfolge

Diese Auslegung des § 5 des Anstellungsvertrages durch das Landesarbeitsgericht ist fehlerhaft Die Vertragsbestimmung will nach Ablauf der in § 5 Abs 1 genannten Frist jeden bis dahin nicht fällig gewordenen Provisionsanspruch des ausgeschiedenen Arbeitnehmers ausschließen. Für eine gegenteilige Annahme geben Wortlaut und Sinn der Regelung nichts her

III 1 In AP Nr 2 zu § 65 HGB hat der damals für die Rechtsmaterie zuständige Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, einem auf Provisionsbasis tätigen Angestellten könne die von ihm bereits erarbeitete Provision nicht durch eine unsachliche, d h durch objektive Umstände nicht gerechtfertigte Abrede allein wegen Zeitablaufs nach Ende des Arbeitsverhältnisses genommen oder gekürzt werden Der Fünfte Senat hat sich dabei nur gegen solche Regelungen gewandt, die dem Arbeitnehmer die erarbeitete Provision "ohne vernünftigen Grund allein wegen des Zeitablaufs nach Vertragsende" nehmen Sachliche Gründe hat er als Rechtfertigung für solche Absprachen anerkannt, und als sachlichen Grund, der einen Verfall der erarbeiteten Provisionen nach Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis zulasse, hat er den Fall bezeichnet, in dem wegen notwendiger Nacharbeiten die Provision mit dem Nachfolger des ausgeschiedenen Arbeitnehmers geteilt werden müsse Hefermehl (Anmerkung AP Nr 2 zu § 65 HGB) und Schnorr von Carolsfeld (SAE 1963, 27 [28,29]) sind der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts entgegengetreten, soweit das Bundesarbeitsgericht unsachliche Abreden mißbilligt und für ungültig erklärt hat, Herschel (Ziffer 2 seiner Anm zu AP Nr 1 zu § 87 b HGB) hat die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts gebilligt

2 Zur Begründung seiner Ansicht hat der Fünfte Senat ausgeführt, jede im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ge-

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

leistete Arbeit sei ihres Lohnes wert und dieser Grundsatz habe ein solches Gewicht, daß er nicht durch unsachliche Vertragsgestaltungen umgangen werden könne. Er hat in diesem Zusammenhang auf § 612 BGB, § 354 HGB und das Verbot der Gesetzesumgehung verwiesen.

3 Hefermehl (aaO) und Schnorr von Carolsfeld (aaO) sowie auch das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil des vorliegenden Rechtsstreits haben demgegenüber geltend gemacht, grundsätzlich stehe es im Belieben der Arbeitsvertragsparteien, welche Vergütung sie für geleistete Arbeit wählen und wie sie diese im einzelnen ausgestalten. Das gelte um so mehr, als nach der herrschenden Ansicht § 87 Abs 1 HGB abdingbar sei und daher auch einen Ausschluß der Provision für solche Geschäfte gestatte, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeführt werden. Für diese Ansicht haben sie sich vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 33, 92 ff.) und die Erläuterungen in den einschlägigen Kommentaren zum HGB berufen (vgl. Schlegelberger-Schroder, HGB, 4. Aufl., § 87 Anm. 55, Bruggemann in Großkomm. HGB, 3. Aufl., Einl. B zu § 87, Baumbach-Duden, HGB, 19. Aufl., § 87 Anm. 4 A und § 87 a Anm. 2 F). Der Regelungsbefugnis der Parteien sei nur durch § 138 BGB eine Grenze gesetzt, die in solchen Fällen nicht verletzt sei.

IV Der erkennende Senat hält § 5 des Anstellungsvertrages insoweit für unwirksam, wie er den Arbeitnehmern und damit dem Kläger ohne "besonderen Grund", allein wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die Provisionsansprüche nimmt, die erst später als drei Monate nach dem Ausscheiden fällig werden. Im einzelnen läßt sich der Senat für diese seine Annahme von folgenden Überlegungen leiten:

1 Es überzeugt schon im Ausgangspunkt nicht, wenn Hefermehl und Schnorr von Carolsfeld darauf verweisen, § 87 Abs 1 HGB, auf den § 65 HGB Bezug nimmt, sei nach der herrschenden Ansicht abdingbar und deshalb könne mit einem Arbeitnehmer vereinbart werden, daß er für Geschäfte eine



- 6 -

Provision erhalte, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeführt werden. Hefermehl und Schnorr von Carolsfeld verkennen, daß die Abdingbarkeit des § 87 Abs. 1 HGB für Handelsvertreter vom Gesetzgeber nicht bedingungslos anerkannt ist, sondern vom Unternehmer an anderer Stelle ein Entgelt dafür gefordert werden kann. Denn in § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB ist vorgesehen, daß ein durch Abdingung von § 87 Abs. 1 HGB entstandener Provisionsverlust eine von mehreren Voraussetzungen dafür sein kann, daß dem Handelsvertreter ein Ausgleichsanspruch erwacht, der nach § 89 b Abs. 4 HGB unabdingbar ist. Auf diese Kompensierung der Abdingbarkeit des § 87 Abs. 1 HGB hat insbesondere der Bundesgerichtshof in BGHZ 33, 92 [94] hingewiesen.

2. Es überzeugt auch nicht, wenn Hefermehl und Schnorr von Carolsfeld die Verweisung in § 65 HGB auf § 87 Abs. 1 HGB so handhaben, als sei es gleichgültig, ob es um den Provisionsanspruch eines Arbeitnehmers oder eines Handelsvertreters geht.

In seiner Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 87 b HGB [zu 2] hat Herschel demgegenüber mit Recht zu bedenken gegeben, es sei nicht selbstverständlich, daß eine Norm – hier § 87 Abs. 1 HGB als Handelsvertreterrecht – ihre Rechtsqualitäten auch dann restlos behalte, wenn sie durch Bezugnahme in einen anderen rechtlichen Zusammenhang – hier durch § 65 HGB in den Bereich des Arbeitsrechts – verpflanzt werde, deshalb sei dort Vorsicht geboten, wo eine Norm, welche die Beziehungen zwischen selbständigen Kaufleuten regelt, in das Arbeitsrecht hineingenommen werde.

Wie richtig dieser Hinweis ist, den Herschel damit gegeben hat, ergibt sich aus folgendem: Würde für einen auf Provisionsbasis tätigen Arbeitnehmer der § 87 Abs. 1 HGB, auf den § 65 HGB verweist, abbedungen, so entginge dem Arbeitnehmer die kompensierende Korrektur, die der Gesetzgeber für einen solchen Fall für Handelsvertreter in § 89 Abs. 1 Nr. 2 HGB vorsieht. Denn dem gegen Provision tätigen

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitnehmer steht ein Ausgleichsanspruch nicht zu (vgl. BAG 6, 23 [25 ff.] = AP Nr. 1 zu § 89 b HGB [zu I der Gründe]) Damit wäre im Falle der hier in Betracht kommenden Abdingung von Provisionsansprüchen der - in abhängiger Position tätige - Arbeitnehmer schlechter gestellt als der - unabhängige - Handelsvertreter, der nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB als Kaufmann gilt. Ein solches unbefriedigendes und nach sachlichen Wertvorstellungen nicht zu rechtfertigendes Ergebnis läßt sich nur vermeiden, wenn man bei der Anwendung von Handelsvertreterrecht auf gegen Provision tätige Arbeitnehmer im Sinne von § 65 HGB den Unterschieden Rechnung trägt, die sich aus der verschiedenen rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung der Handelsvertreter einerseits und der Arbeitnehmer andererseits ergeben.

3 Die - wie ausgeführt - im Verhältnis zum Handelsvertreter schwachere Position des Arbeitnehmers vor unsachlichen Abdingungen von Provisionsansprüchen läßt sich dadurch in etwa absichern, daß solche Abdingungen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle daraufhin unterzogen werden, ob sie der Sache nach gerechtfertigt sind oder nicht. Daß Arbeitsverträge der Billigkeitskontrolle der Gerichte bereits dann unterliegen, wenn die Vertragsparität gestört ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. BAG 22, 189 [194 f.] = AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Unterstützungskasse [zu 2 b der Gründe mit weiteren Hinweisen], vgl. ferner das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmte Urteil des Senats vom 21. Dezember 1970 - 3 AZR 510/69 - AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle mit insoweit zustimmender Anm. von Manfred Wolf [zu 2 der Anm. zu AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle] und von Sollner zu derselben Entscheidung in AR-Blätter D-Blatt Lohn XVI, Entlohnung nach billigem Ermessen, zu Entscheidungen Nr. 8/9 [zu 1], BAG AP Nr. 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle und deren insoweit zustimmende Besprechung in AR-Blätter aaO durch Sollner [zu 1]). Die dagegen erhobene Kritik von Lieb in Anm. AP Nr. 2 zu § 305 BGB



- 8 -

Billigkeitskontrolle überzeugt den Senat deshalb nicht, weil Lieb nicht darauf eingeht, wie man Vertragsabsprachen korrigiert, die auf einer gestorten Vertragsparität beruhen.

4 Die Beklagte hat den Klager mit § 5 des Anstellungsvertrages schlechter gestellt, als sie einen Handelsvertreter stellen konnte Eine derartige Vertragsgestaltung läßt darauf schließen, daß die Vertragsparität gestort war, zumal der Klager als Provisionsangestellter mit bescheidenem Fixum zu einer sozial schwachen und daher schutzbedürftigen Gruppe von Arbeitnehmern gehört, wie dem Senat aus zahlreichen Prozessen bekannt ist.

Die somit gebotene Billigkeitskontrolle muß berücksichtigen, daß im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses jede Arbeit ihres Lohnes wert ist und daß die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und eine daran anschließende Dreimonatsfrist allein nach keinem Gerechtigkeits- und Billigkeitsmaßstab es rechtfertigen, erarbeitete Provisionen in Wegfall kommen zu lassen Der Fünfte Senat hat in AP Nr. 2 zu § 65 HGB einen Fall genannt, in dem ein sachlicher Grund gegeben sein mag (vgl. oben III 1) Ein weiterer Fall mag der sein, in dem der Ausscheidende erarbeitete Provisionen seinem Nachfolger deshalb überlassen muß, weil er bei seinem Eintritt in das Arbeitsverhältnis von seinem Vorgänger ebenso begünstigt wurde Einer weiteren Vertiefung der Überlegung, wann eine Abdingung erarbeiteter Provisionen sachlich gerechtfertigt sein konnte, bedarf es im vorliegenden Fall nicht Als einzigen Grund dafür, daß sie dem Klager die Provision vorenthalten will, hat die Beklagte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und den Ablauf der Dreimonatsfrist angeführt Bedenkt man, daß sie aus der Arbeit des Klagers Courtage bezogen, also verdient hat, so ist es unbillig, dem Klager seinen versprochenen Anteil daran vorzuenthalten Deshalb kann sie § 5 des Anstellungsvertrages dem Provisionsanspruch nicht entgegensetzen

- 9 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

V Mit dieser Entscheidung weicht der Senat nicht von dem Urteil des Bundesgerichtshofs in BGHZ 33, 92 ab. Er brauchte deshalb nicht eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshofe nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshofe des Bundes herbeizuführen. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es darum, ob § 87 Abs. 1 HGB zu Lasten eines selbständigen Handelsvertreters abdingbar ist, im vorliegenden Fall war dagegen die Frage zu beurteilen, ob der Provisionsanspruch eines Arbeitnehmers in Abweichung von § 87 Abs. 1 HGB ausgeschlossen werden kann.

VI Nach allem ist somit die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das die Klage für begründet angesehen hat, im Ergebnis zutreffend. Die Revision der Beklagten war deshalb zurückzuweisen.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Hilger

Dr. Thomas

Engel

Lichtenstein



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)