

Aktenzeichen: 5 AZR 1076/77  
LAG Berlin Urteil des BAG vom 8. August 1979

Für das Nachschlagewerk: Nein  
Für die Fachpresse: Nein  
Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Gesetz: BGB § 133, § 157; ZPO § 286

Leitsätze:

K e i n e



5 AZR 1076/77

8 Sa 39/77 Berlin

Verkündet am  
8. August 1979

gez. Schartel,  
Angestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß  
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 8. August 1979  
durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger,  
die Richter Dr. Heither und Schaub sowie die ehrenamt-  
lichen Richter Moser und Scherer für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das  
Urteil des Landesarbeitsgerichts Ber-  
lin vom 25. Oktober 1977 - 8 Sa 39/77 -  
wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revi-  
sion zu tragen.

V o n   R e c h t s   w e g e n !



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger klagt auf Zahlung von Arbeitslohn. Er war seit dem 15. April 1975 als Reisender für den Bezirk Berlin (West) bei dem Beklagten angestellt, der Schokoladen- und Süßwaren herstellt und vertreibt. In dem zwischen den Parteien geschlossenen "Dienstvertrag für angestellte Reisende auf Provisionsbasis" vom 14. April 1975 ist unter § 4 bestimmt:

"Der Reisende erhält auf alle direkten und indirekten Aufträge für Berlin 3 % Provision. Für Aktions-Mengen-Großaufträge je nach Absprache. Die Abrechnung erfolgt nachträglich bis zum 15. des folgenden Monats. Als Überbrückung wird bis zum 31. 12.75 eine Provisionsvorauszahlung monatl. in Höhe von DM 2.150,-- brutto gezahlt. Die Verrechnung erfolgt bis zum 31.12.75."

Nach § 11 Nr. 2 des Vertrages erhält der Kläger eine monatliche Unkostenzuwendung in Höhe von 400,-- DM für Kraftfahrzeug und sonstige Spesen.

Der Beklagte zahlte dem Kläger neben der Unkostenpauschale zunächst die im Vertrag vorgesehenen 2.150,-- DM monatlich und seit dem 1. Januar 1976 monatlich 2.350,-- DM. Der Kläger erhielt von dem Beklagten monatlich die Durchschriften seiner Aufträge, jedoch keine Provisionsabrechnung. Obgleich 1975 die vom Kläger verdienten Provisionsbeträge hinter dem Gesamtbetrag der regelmäßigen monatlichen Zahlungen zurückgeblieben waren, rechnete der Beklagte zum 31. Dezember 1975 nicht ab, forderte auch die über die Provisionen hinausgehenden Beträge weder zurück, noch gab er dem Kläger eine Begründung, weshalb er dies unterlasse. Auch im Jahre 1976 erhielt der Kläger lediglich monatlich Durchschriften seiner Aufträge, jedoch keine Provisionsabrechnung. Im August



- 3 -

1976 wurden dem Kläger eine Umsatz- und Provisionsaufstellung sowie Gehaltsstreifen für die in den Monaten Januar bis August 1976 geleisteten Zahlungen ausgehändigt. Diese Gehaltsstreifen waren, wie auch die späteren mit dem Vermerk "Provision à conto" versehen. Der Beklagte zahlte dann weiter monatlich 2.350,-- DM brutto an den Kläger bis einschließlich Oktober 1976, obwohl der Kläger in keinem Monat des Jahres 1976 mit seinem Provisionsaufkommen den entsprechenden Nettobetrag erreichte.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 1976 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1976. Daraufhin stellte der Beklagte die monatlichen Zahlungen an den Kläger für die Monate November und Dezember 1976 ein. Er zahlte auch nicht den Kraftfahrzeugzuschuß für die beiden Monate. Dieser Zuschuß stand ferner noch für den Monat Juli 1976 aus, in welchem der Kläger Urlaub hatte. In einem Brief vom 27. November 1976 schrieb der Kläger u.a. "... Außerdem steht noch 1/2 Gehalt für 1975 und der anteilige Autozuschuß für Juli 1976 aus. Für das halbe Gehalt mache ich Ihnen den Vorschlag, Beendigung meiner Arbeit bei Ihnen am 15. 12. 76." Hierauf ließ der Beklagte dem Kläger durch seinen Prozeßbevollmächtigten mit Schreiben vom 14. Dezember 1976 u.a. wie folgt antworten: "... teile ich Ihnen in Beantwortung Ihres Schreibens vom 27. November 1976 mit, daß mein Vollmachtgeber mit Ihrem Vorschlag einverstanden ist, wonach Sie Ihre Tätigkeit am 15. Dezember 1976 beenden werden."

Der Kläger fordert für November und Dezember 1976 je 2.350,-- DM brutto (davon je 52,-- DM netto als vermögenswirksame Leistungen zu überweisen auf sein Sparkassenkonto). Außerdem verlangt er den Kraftfahrzeugzuschuß für Juli 1976 und die Zeit vom 1. November bis 15. Dezember 1976 in Höhe



- 4 -

von zusammen 1.000,-- DM netto. Er hat einen entsprechenden Zahlungsantrag gestellt.

Der Beklagte wehrt sich gegen die Klage. Er bestreitet eine vom schriftlichen Vertrag abweichende Vereinbarung eines festen Gehalts und hat sich eine Provisionsüberzahlung für das Jahr 1976 in Höhe von 6.560,29 DM netto errechnet. Mit dieser Forderung rechnet er in Höhe von 400,-- DM netto gegen den Anspruch des Klägers auf Kraftfahrzeugkostenzuschuß für Juli 1976 auf. Die verbleibenden 6.160,29 DM nebst Zinsen verlangt er im Wege der Widerklage.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt dieser seinen Klageabweisungsantrag weiter. Mit der behaupteten Erstattungsforderung will er nunmehr in Höhe von 1.000,-- DM aufrechnen; dadurch ermäßigt sich seine Widerklageforderung auf 5.560,29 DM.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1.a) Die Revision irrt, wenn sie auf S. 6 der Revisionsbegründung meint, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Das Landesarbeitsgericht sagt vielmehr auf S. 8 des Urteils unmißverständlich, daß der Kläger die Beweislast trägt für seine klagebegründende Behauptung, die im schriftlichen Arbeitsvertrag enthaltene Provisionsabrede sei später durch eine Garantiezusage des Beklagten (Festgehalt) abgelöst worden. Das Landesarbeitsgericht sieht aber als erwiesen an, daß die Parteien die vertragliche Provisionsabrede stillschweigend da-



- 5 -

hin geändert haben, daß dem Kläger die gezahlten Beträge als Fixum ohne Rücksicht auf die erdienten Provisionen zustehen sollten.

b) Dies hat das Landesarbeitsgericht - indem es sich im Ergebnis die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts zu eigen gemacht hat - aus folgenden Umständen geschlossen:

Der Beklagte hat dem Kläger am Jahresende 1975 nicht nur keine Provisionsabrechnung für die zurückliegende Zeit erteilt, sondern er hat auch entgegen der vertraglichen Bestimmung die im Hinblick auf die erbrachten Provisionen nach seiner Auffassung an sich überzahlten Beträge nicht vom Kläger zurückgefordert. Er hat vor allen Dingen aber dem Kläger nicht erklärt, weshalb dies unterbleibe, sondern erstmals im Verlaufe dieses Rechtsstreits vorgetragen, er habe das Jahr 1975 noch als Einarbeitungszeit des Klägers betrachtet und deshalb auf die Rückforderung verzichtet.

Dieses Verhalten des Beklagten habe der Kläger nur so verstehen können, daß es einer Provisionsaufstellung und besonderen Erklärung nicht mehr bedurft habe. Dies aber setze voraus, daß man sich unabhängig vom Provisionsaufkommen auf einen festen Verdienst geeinigt habe. Hiergegen spreche nicht, daß dem Kläger monatlich die Auftragsdurchschriften übermittelt worden seien; denn diese dienten noch anderen Zwecken als der Provisionsabrechnung des Klägers. Beispielsweise vermöge der Kläger Differenzen mit den Kunden, die sich anhand von Lieferungen gegenüber Bestellungen ergeben könnten, auf diese Weise nachzuprüfen. Hinzukomme die Erhöhung des monatlich gezahlten Betrages auf 2.350,-- DM brutto, obwohl der Kläger bereits zuvor die geringeren monatlich gezahlten Beträge mit seinem Provi-

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](#)

- 6 -

sionsaufkommen nicht erreicht habe. Als aufgrund der Gegenüberstellung von provisionspflichtigen Umsätzen des Klägers und gezahlten Beträgen bis 31. Juli 1976 klar geworden sei, daß der Kläger etwa doppelt soviel erhalten habe, als er bei einer Abrechnung auf Provisionsbasis zu beanspruchen gehabt hätte, seien die monatlichen Zahlungen durch den Beklagten weder reduziert, noch gar eingestellt worden. Der Kläger sei nicht darauf hingewiesen worden, daß er für den Ausgleich seines Provisionskontos sorgen müsse. Gegenüber dieser Praxis komme dem Vermerk "Provision à Conto" auf den nachträglich für die ersten sieben Monate des Jahres 1976 ausgeschriebenen Gehaltsstreifen keine rechtliche Wirkung zu.

Besondere Bedeutung haben beide Vorinstanzen dem Mangel jeglicher Provisionsabrechnungen beigemessen. Der Beklagte habe dem Kläger tatsächlich nur die Auftragsdurchschriften und in der zweiten Jahreshälfte 1976 eine Aufstellung der Monatsumsätze ohne Spezifikation geliefert, deren Umsatzzahlen überdies in den Monaten Mai und Juli von den in der Widerklage aufgeführten Umsätzen abwichen. Für eine ordnungsgemäße Provisionsabrechnung sei aber gerade maßgebend, daß dem Vertreter Auskunft über die Abwicklung der einzelnen von ihm eingebrachten Aufträge erteilt werde.

c) Diese Würdigung des Sachverhaltes durch das Berufungsgericht ist frei von Rechtsfehlern und deshalb für das Revisionsgericht bindend. Die Revision hat keine zulässigen Verfahrensrügen erhoben.

Es trifft zwar zu, daß das Arbeitsgericht sich im Ausdruck vergriffen hatte. Es hatte irr-

- 7 -



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



- 7 -

tümlich angenommen, aus der gesamten Handhabung und praktischen Durchführung des Vertrages durch die Parteien ergebe sich der Beweis des ersten Anscheines für die vom Kläger behauptete Vertragsänderung, ohne daß es dem Beklagten gelungen wäre, diesen Anscheinsbeweis durch Tatsachen zu erschüttern, die die Handhabung des Vertrages in einem anderen Licht erscheinen ließen und zu einer anderen Bewertung führen könnten. Es ist aber kein revisibler Rechtsfehler, wenn das Landesarbeitsgericht die Ausführungen des Arbeitsgerichts wörtlich übernimmt und zugleich richtigstellt, daß es sich nicht um einen Anscheinsbeweis handelt sondern um eine - vom Berufungsgericht als zutreffend übernommene - rechtliche Würdigung aller Umstände.

Es ist auch nicht zulässig, diese Würdigung des Sachverhalts durch das Tatsachengericht durch eine hiervon abweichende Würdigung der Revision zu ersetzen, solange keine Verfahrensmängel wirksam gerügt sind. Es ist keine zulässige Verfahrensrüge, wenn die Revision lediglich aus der Übersendung der Auftragsdurchschläge an den Kläger andere Folgerungen als das Berufungsgericht ziehen will.

d) Die Würdigung der Aussage der Ehefrau des Beklagten, der Zeugin B , durch das Landesarbeitsgericht läßt ebenfalls keinen Revisionsfehler erkennen. Die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe "ein Stillschweigen auf Seiten des Beklagten für eine rechtliche Veränderung des Vertragsinhaltes als maßgebend" angesehen. Es habe dagegen das Stillschweigen des Klägers zu der Äußerung der Zeugin B gegenüber dem Kläger "Hauptsache Sie verdienen im Laufe des Jahres das Geld, damit es nicht nachher alles zurückgezahlt werden muß" unbeachtet gelassen. Das Lan-



- 8 -

desarbeitsgericht hat sich jedoch auf S. 12 seiner Entscheidungsgründe mit dieser wörtlich wiedergegebenen Aussage der Zeugin auseinandergesetzt. Wenn es dieser Äußerung nicht dieselbe Bedeutung beimißt wie die Revision, so liegt dies im Rahmen der dem Tatsachengericht vorbehaltenen Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) und ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Weiter rügt die Revision, daß sich der Kläger zum Beweise für eine Änderung des Vertrages auf die Parteivernehmung des Beklagten bezogen habe. Da es sich um ein Beweisangebot des Klägers handelt, ist die Rüge nicht verständlich. Das Landesarbeitsgericht hatte keinen Anlaß, den Beklagten zu vernehmen, weil es dem Vortrag des Klägers ohnehin folgte.

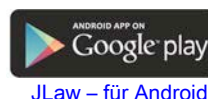
e) Schließlich rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe nicht den Willen des Beklagten festgestellt, die im Vertrag vorgesehene Provisionsvereinbarung zu ändern. Statt dessen habe es sich mit einer "Unterstellung" begnügt, indem es die Rechtsfigur des Rechtsscheins herangezogen habe.

Die Revision greift damit anscheinend S. 13 des angefochtenen Urteils an, wo es heißt: "Vielmehr war der Beklagte mit Rücksicht auf sein bisheriges Verhalten im Jahre 1975 verpflichtet, zur Vermeidung eines entgegenstehenden Rechtsscheines eindeutig klarzustellen und durch die entsprechende Vertragspraxis im Jahre 1976 zu bestätigen, daß die ursprüngliche Provisionsvereinbarung weiter gelten sollte". Das Berufungsgericht meint ersichtlich, daß der Kläger nach dem bis dahin geübten Verhalten des Beklagten darauf vertrauen durfte, er werde auch im Jahre 1976 das Fixum ohne Rücksicht auf erdiente Provisionen erhalten.

- 9 -



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



- 9 -

Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht durfte aus dem Verhalten der Parteien in Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme folgern, daß die Parteien sich stillschweigend auf eine feste Monatsvergütung geeinigt hatten.

f) Nach allem ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht das monatliche Fixum des Klägers nicht als Vorschuß gewertet sondern als ihm zustehendes Gehalt anerkannt hat.

2. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger auch zu Recht die vertragliche Vergütung für die zweite Hälfte Dezember zugesprochen.

Das Landesarbeitsgericht geht hierbei aus von dem Schreiben des Klägers vom 27. November 1976, in dem dieser angeboten habe, seine Arbeit am 15. Dezember 1976 zu beenden. Wie sich aus diesem Angebot mit Rücksicht auf die im übrigen zum 31. Dezember 1976 ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses zweifelsfrei ergebe, sei der Kläger erkennbar davon ausgegangen, unter Beurlaubung für die Zeit vom 16. Dezember bis 31. Dezember 1976 die ihm hierfür zustehende Vergütung - bei gleichzeitiger Verrechnung des Restlohnes aus 1976 - gezahlt zu bekommen. Der Beklagte habe sich durch Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 14. Dezember 1976 einverstanden erklärt, daß der Kläger seine Tätigkeit am 15. Dezember 1976 beendete. In diesem Briefwechsel sieht das Landesarbeitsgericht eine Einigung der Parteien, entsprechend dem Vorschlag des Klägers zu verfahren. Eine andere Würdigung des Sachverhaltes bezeichnet das Landesarbeitsgericht als lebensfremd.



- 10 -

Was die Revision hierzu vorbringt, erschöpft sich in einer anderen Würdigung des Briefwechsels. Damit kann sie in der Revisionsinstanz keinen Erfolg haben. Die Auslegung von Einzelverträgen ist der Tatsacheninstanz vorbehalten und vom Revisionsgericht nicht nachzuprüfen, wenn weder ein Verfahrensverstoß gerügt noch Auslegungsregeln verletzt sind.

gez.: Dr. Hilger                      Dr. Heither                      Schaub

Scherer

Moser

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](#)