

Aktenzeichen: 5 AZR 159/90
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 13. März 1991
- 5 AZR 159/90 -

I. Arbeitsgericht
Elmshorn

Urteil vom 13. April 1989
- 1 b Ca 1864/88 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 08. Dezember 1989
- 5 Sa 317/89 -

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

Entscheidungsstichwort:

Handelsvertreterverhältnis oder Arbeitsverhältnis

Gesetz:

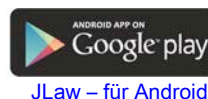
BGB §§ 133, 157, §§ 134, 140, § 242 Geschäftsgrundlage,
§ 612, §§ 622, 626, 630, 818, 819; HGB § 84; KSchG 1969
§§ 4, 23; ZPO §§ 286, 561 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 159/90

5 Sa 317/89 Schleswig-Holstein

Verkündet am
13. März 1991

Clobes,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

}

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. März 1991 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Dr. Olderog



sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Koffka und Heinz für Recht
erkannt:

1. Die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 8. Dezember 1989 - 5 Sa 317/89 - werden zurückgewiesen.
2. Von den Kosten der Revisionsinstanz haben der Kläger 4/10 und die Beklagte 6/10 zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, über Zahlungs- und Zeugnisansprüche sowie im Rahmen einer Widerklage über Rückzahlungsansprüche der Beklagten.

Der Kläger und die Beklagte, diese dabei vertreten durch ihren damaligen Geschäftsführer K D , schlossen am 15. März 1988 den "Mitarbeitervertrag Nr. 310012", wonach der Kläger die Funktion eines Gebietsdirektors mit Dienstsitz in H wahrnehmen sollte. Der Vertrag lautet auszugsweise:

"...

§ 2 Herr Sch ist freier Handelsvertreter im Sinne des § 84 Absatz 1 HGB und hat sämtliche Einkünfte aus Provisionsvorauszahlungen und Provisionen selbst zu versteuern.

...

§ 4 Herr Sch ist in der Funktion GD verpflichtet, monatlich mindestens Stück 20 Unfallversicherungen zu verkaufen. Es werden nur Verträge angenommen, bei denen die nachhaltige Bedienung der monatlichen Prämie sichergestellt ist. Ggf. ist die/der



Mitarbeiter mit der Recherche einverstanden.

Dazu kommen andere Vermittlungstätigkeiten und für andere Gesellschaften, mit denen S Kooperationsverträge hat, s. Anhang Nr. 1.

...

§ 7 Herr S ist verpflichtet, sich an die von der S erteilten fachlichen Weisungen zu halten. Grundlage für die Auskünfte und Geschäftsmöglichkeiten sind die jeweils gültigen Geschäftsbedingungen.

...

§ 10 Herr Sch ist mit den nachfolgenden Aufstiegsmöglichkeiten und der Vergütungsregelung der Gesellschaft einverstanden.

Nebenberuflicher Abschlußvermittler

Referent und Aufstieg zum Repräsentanten

Gebietsleiter und Aufstieg zum Gebietsdirektor :

Organisationsdirektor

Prokurist und Aufstieg in die Geschäftsführung.

NBV = Faktor 3

RF./RP = Faktor 5

GL/GD = Faktor 6

OD = Faktor 7

Pr./Geschäftsführer mit der gesonderten Regelung.

Die Provision wird generell als Vorschuß gezahlt und ist endgültig dann verdient, wenn der Versicherungsnehmer insgesamt 24 Monatsbeiträge an die Versicherungsgesellschaft gezahlt hat. Zur Sicherheit des Mitarbeiters wird ein Garantiekonto gebildet.

Abweichende Regelungen bedürfen der Zustimmung der S .

Änderungen im positiven Sinne bleiben vorbehalten.

...

§ 13 Herr Sch ist verpflichtet, die vereinbarten Geschäftszeiten einzuhalten.

...

Wird dieser hauptsächliche Vertragsbestandteil nicht eingehalten, zieht das die sofortige und fristlose Kündigung des Vertrages nach sich.

...

§ 17 Das Vertragsverhältnis kann von beiden Seiten mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum 1. eines jeden Monats gekündigt werden.

Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt jeder Anspruch auf Zahlung und auf Ausgleich." }

Zusammen mit dem Kläger arbeiteten die Klägerinnen der Parallelverfahren Frau E (- 5 AZR 161/90 -) und Frau L (- 5 AZR 160/90 -). Diese hatten zudem die Büroräume angemietet, welche als Dienststelle für die Beklagte dienten. Die genannten beiden Klägerinnen, der Geschäftsführer D und der Kläger kannten sich aus einer früheren gemeinsamen Tätigkeit für die Firma W -F -H

Die Parteien schlossen am 18. April 1988 einen als "Nachtrag" bezeichneten Vertrag, in welchem dem Kläger die Funktion der Vertriebsleitung Nord übertragen wurde. Inhaltlich entspricht dieser Vertrag im wesentlichen der vorangehenden Vereinbarung. Jedoch wurden die zu zahlenden Provisionsvorschüsse erhöht.

Mit Vertrag vom 16. Mai 1988, in dem neben der Mitarbeiter-Nummer 310012 handschriftlich die Änderung "Nr. 310209" vermerkt ist, wurde dem Kläger die Funktion eines Vertriebsdirektors übertragen. Abweichend von den vorherigen Vereinbarungen lautet § 4 dieses Vertrages:



"Der/die Mitarbeiter/in ist in der Funktion VD verpflichtet, monatlich mindestens DM 850,-- Monatsbeiträge aus Unfallversicherungen zu verkaufen. Es werden nur Verträge angenommen, bei denen die nachhaltige Bedienung der monatlichen Prämie sichergestellt ist. Gegebenenfalls ist der/die Mitarbeiter/in mit der Recherche einverstanden.

Dazu kommen auch Vermittlungstätigkeiten für andere Gesellschaften, mit denen S Koope-
rationsverträge hat und besonders von der
S benannt werden."

Mit Schreiben vom 10. Juni 1988 teilte die Beklagte dem Kläger in einer "Dienstanweisung" mit, er sei bevollmächtigt, als Vertriebsdirektor/Deutschland für den Bereich Immobilien-Makler tätig zu werden. Es sei seine Aufgabe, Immobilienmakler zu gewinnen. In einem weiteren Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 10. Juni 1988 heißt es wörtlich: "...daß Ihre vorzügliche Zusammenarbeit mit Herrn D dazu geführt hat, Sie als Führungskraft (Vertriebsdirektor Deutschland) einzustellen. Gern bestätigen wir Ihnen auch, daß Sie monatliche Bezüge um ca. 6.000,-- DM bekommen...".

Am 22. Juli 1988 unterzeichnete der Kläger ein als "Salden-
anerkennntnis" bezeichnetes Schreiben, in welchem er das Bestehen von Forderungen der Beklagten aus der gemeinsamen Geschäfts-
beziehung in Höhe von insgesamt 16.700,-- DM bestätigt, insbe-
sondere aus dem Rechtsgrund der Rückforderung von Provisionsvor-
schüssen.

Unter dem 20. September 1988 erstellte die Beklagte dem Kläger ein Zwischenzeugnis folgenden auszugsweise wiedergegebenen Inhalts:



"...Herr Sch hat in unserem Hause die Aufgabe übernommen, das Produkt Unfall - Vorsorge in Schleswig-Holstein bekannt zu machen und das bei Immobilien-Maklern und Vermittler-Gruppen. Es sind gute Erfolge zu verzeichnen, die uns veranlaßten, Herrn Sch die Betreuung von Hamburg und Niedersachsen mit zu übertragen. Es handelt sich um eine Reisetätigkeit mit einem ca. 14-Stunden Arbeitstag und hier zeichnet sich Herr Sch durch Einsatz und Fleiß aus."

Mit Schreiben vom 10. Oktober 1988 kündigte die Beklagte die Mitarbeiterverträge fristlos, weil der Kläger ihrer Bitte, Immobilienmakler aufzusuchen, nicht nachgekommen sei. Mit seiner am 2. November 1988 eingereichten Klage hat der Kläger geltend gemacht, er sei entgegen den Formulierungen der Verträge nicht als Handelsvertreter, sondern nach den ausgeübten Tätigkeiten als Arbeitnehmer der Beklagten anzusehen. Er habe dem früheren Geschäftsführer praktisch als rechte Hand bei der Aufbauorganisation der Beklagten zur Seite gestanden. Damit sei er voll und ganz in die Organisation der Beklagten eingebunden gewesen und habe dem Weisungsrecht des Geschäftsführers unterstanden. Dieser habe verlangt, daß er Büroarbeiten ausführe; daneben sei eine Tätigkeit als Handelsvertreter nicht möglich gewesen. Der Geschäftsführer habe die Mitarbeiterverträge offensichtlich nur zum Vorzeigen bei der Muttergesellschaft gebraucht.

Aus dem Arbeitsverhältnis der Parteien stehe ihm ein Anspruch auf Zahlung und Abrechnung von Arbeitsentgelt in Höhe von 6.000,-- DM brutto ab März 1988 zu sowie ein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses. Die fristlose Kündigung sei unwirksam und habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.



Der Kläger hat daher beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 10. Oktober 1988 beendet worden ist, sondern fortbesteht sowie die Beklagte zu verurteilen, ab März 1988 ordnungsgemäß das monatliche Gehalt von 6.000,-- DM brutto abzurechnen und den ausstehenden Betrag nebst 9 % Zinsen ab 29. Oktober 1988 an ihn zu zahlen und ihm ein berufsförderndes Zwischenzeugnis,

hilfsweise
ein berufsförderndes Zeugnis zu erteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Kläger sei selbständiger freier Handelsvertreter gewesen. Erfolglosigkeit als Handelsvertreter sei ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung. Hilfsweise hat sie geltend gemacht, die Klagefrist nach dem Kündigungsschutzgesetz sei nicht eingehalten. Der Kläger könne keine weiteren Zahlungen beanspruchen, er habe eine ordentliche Abrechnung in Form eines Buchauszuges erhalten. Einen Zeugnisanspruch gebe es für Handelsvertreter nicht.

Die für den Kläger unter den Nummern 310012 und 310209 geführten Konten hätten per 31. Mai 1989 insgesamt einen Sollsaldo von 22.991,10 DM ausgewiesen. Der Kläger habe Provisionsvorschüsse erhalten; die nicht verdienten Beträge müsse er zurückzahlen. Den ihm zugesandten Kontoauszügen habe der Kläger nie widersprochen. Jedenfalls ergebe sich eine Rückzahlungsverpflichtung des Klägers aus dem Saldenanerkennnis vom 22. Juli 1988.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben und zuletzt beantragt,



den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, an sie 22.991,10 DM nebst 4 % Zinsen auf 20.546,50 DM seit dem 1. November 1988 und 4 % Zinsen auf 852,20 DM seit dem 8. März 1989 und 4 % Zinsen auf 1.592,40 DM seit dem 15. September 1989 zu zahlen.

Der Kläger und Widerbeklagte hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Die Widerklage sei unbegründet. Er habe von der Beklagten keine Provisionsvorschüsse erhalten. Das Saldenanerkenntnis vom 22. Juli 1988 sei als Gehaltsabschlagszahlung zu werten und begründe keine Rückzahlungsverpflichtung. Er habe das Anerkenntnis unter Druck unterschrieben, da der ehemalige Geschäftsführer sonst die fälligen Dekadenzahlungen nicht habe leisten wollen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Vertragsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 10. Oktober 1988 erst zum 1. Februar 1989 aufgelöst worden sei, und es hat die Beklagte zur Erteilung eines berufsfördernden Zeugnisses verurteilt. Der Widerklageforderung hat das Arbeitsgericht in Höhe von 16.700,-- DM entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum 31. Dezember 1988 fortbestanden habe. Darüber hinaus hat es festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger für die Zeit von März bis Dezember 1988 das monatliche Gehalt auf der Grundlage eines Bruttobetrages abzurechnen, der 2.000,-- DM netto entspricht. Weiter hat es die Beklagte für verpflichtet befunden, dem Kläger ein Zeugnis zu erteilen. Der Widerklageforderung hat das Landesarbeitsgericht lediglich in Höhe von 9.000,-- DM entsprochen. Gegen das Urteil haben beide Parteien Revision einge-



legt, mit der sie ihre jeweils zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revisionen der Parteien sind nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung und aufgrund seiner Beweiserhebung angenommen, zwischen den Parteien habe nach der tatsächlichen Durchführung ihrer Vertragsbeziehungen ein Arbeitsverhältnis bestanden, welches durch die in eine ordentliche Kündigung umzudeutende fristlose Kündigung der Beklagten zum 31. Dezember 1988 geendet habe. Das Recht, sich gegen die Kündigung zur Wehr zu setzen, habe der Kläger nicht durch Ablauf der Klagefrist verwirkt, da die Vorschrift des § 4 KSchG nicht für den in H unterhaltenen Kleinbetrieb der Beklagten mit weniger als 5 Arbeitnehmern gelte (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Die von der Beklagten vorgebrachten Gründe könnten eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen. Aus dem Arbeitsverhältnis sei die Beklagte dem Kläger zur Erteilung eines berufsfördernden Zeugnisses verpflichtet. Weiter sei die Beklagte verpflichtet, dem Kläger für die Zeit von März bis Dezember 1988 das monatliche Gehalt auf der Grundlage eines Bruttobetrages abzurechnen, der 2.000,-- DM netto entspreche. Dieser Betrag sei in Anlehnung an die Gehaltsgruppe II des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe in der ab 1. Januar 1981 geltenden Fassung als angemessene Vergütung im Sinne von § 612 Abs. 1 und Abs. 2 BGB anzusetzen. Auf diese Bestimmung sei zurückzugreifen, weil die ursprüngliche Entgeltvereinbarung der Parteien



auf die vom Kläger tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten nicht angewandt werden könne. Da die dem Kläger ausgezahlten Beträge die ihm zustehenden Gehaltszahlungen jedoch überstiegen, könne der Kläger keine weitere Zahlung mehr beanspruchen. Vielmehr sei die Widerklageforderung der Beklagten in Höhe der sich ergebenden Differenz gerechtfertigt. Weitergehende Rückzahlungsansprüche könne die Beklagte aber weder aus den unwidersprochen gebliebenen Kontoauszügen noch aus dem Saldenanerkennntnis herleiten. Den Provisionskonten komme ebensowenig Bedeutung zu, wie § 10 der Mitarbeiterverträge, wonach die (Abschluß-)Provision "generell als Vorschuß" gezahlt werde, da das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis und nicht als Handelsvertreterverhältnis zu bewerten sei. Bei Unterzeichnung des Saldenanerkennntnisses sei der Kläger - wie auch die Beklagte - davon ausgegangen, es bestehe ein Handelsvertreterverhältnis. Da dies nicht zutreffe, stehe der Berufung der Beklagten auf dieses Schriftstück der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen, soweit die Beklagte mehr als 9.000,-- DM zurückfordere.

II. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Das Landesarbeitsgericht hat die vom Senat in ständiger Rechtsprechung angewandten Unterscheidungsmerkmale zur Abgrenzung vom freien Mitarbeiterverhältnis zum Arbeitsverhältnis herangezogen. Demnach unterscheiden sich die beiden Rechtsverhältnisse durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit (vgl. nur BAGE 41, 247, 253 f. = AP



Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 der Gründe; sowie aus neuerer Zeit das nicht zur Veröffentlichung vorgesehene Senatsurteil vom 7. November 1990 - 5 AZR 15/90 -, zu I 1 der Gründe). In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung hat das Landesarbeitsgericht nicht nur auf die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Parteien, sondern auch auf deren tatsächliche Handhabung abgestellt und daraus Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Vertragspartner gezogen.

a) Nach den für den Senat bindenden Tatsachenfeststellungen (§ 561 Abs. 2 ZPO) des Berufungsgerichts hat der Kläger entgegen dem Vertragswortlaut in persönlicher Abhängigkeit von der Beklagten überwiegend Bürotätigkeiten und organisatorische Arbeiten ausgeführt. Allerdings wendet sich die Revision der Beklagten gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz und macht geltend, das angefochtene Urteil enthalte lediglich die Wiedergabe der Zeugenaussagen und das Ergebnis der Beweisaufnahme, aber keine eigenständige Beweiswürdigung, nämlich die Angabe der Gründe, die das Gericht bei einander widersprechenden Zeugenaussagen zu dem gefundenen Ergebnis geführt haben. Zudem verstoße das Berufungsgericht auch deshalb gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, weil es die Zeugenaussage des Klägers in den Parallelverfahren der Klägerinnen E (- 5 AZR 161/90 -) und L (- 5 AZR 160/90 -) als Beleg für die Richtigkeit seines Sachvortrages herangezogen habe.

Diese Rüge greift letztlich nicht durch.



b) Allerdings ist das Gericht im Rahmen einer Beweiswürdigung verpflichtet, widersprechende Aussagen gegeneinander abzuwägen und zu würdigen. Insoweit weist die Beklagte zu Recht auf die Entscheidung des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Januar 1970 (- 1 AZR 211/69 - AP Nr. 2 zu § 286 ZPO) hin. Sie übersieht jedoch, daß das Landesarbeitsgericht zur Begründung seines Beweisergebnisses zunächst zwar die sich widersprechenden Zeugenaussagen dargestellt, dann aber weitere Umstände genannt hat, welche die Richtigkeit der für den Kläger sprechenden Zeugenaussagen nahelegen. Damit hat das Landesarbeitsgericht - wenn auch in recht zurückhaltender Weise - der Pflicht zur eingehenden Beweiswürdigung Genüge getan. Soweit die Beklagte die Bezugnahme auf die Aussage des Klägers in den Parallelverfahren rügt, kann auch hierin kein durchgreifender Verfahrensfehler gesehen werden. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung nämlich nicht auf die eigene Aussage des Klägers gestützt. Es hat lediglich, gleichsam in einer Gesamtschau, die gemeinschaftlichen Tätigkeiten aller drei klagenden Parteien gewürdigt.

2. Dem Landesarbeitsgericht ist weiter darin zu folgen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die in eine ordentliche Kündigung umzudeutende fristlose Kündigung vom 10. Oktober 1988 zum 31. Dezember 1988 geendet hat.

Der Kläger wendet sich gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die als fristlos ausgesprochene Kündigung sei in eine fristgerechte umzudeuten mit der Folge, daß das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1988 geendet habe. Eine grundlos und leichtfertig ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitgebers rechtfertigt



tige keine Umdeutung, wenn für die durch Umdeutung gefundene Beendigungserklärung ebenfalls keine hinreichenden Gründe vorlägen. Im übrigen hätte das Landesarbeitsgericht die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten zum 1. eines jeden Monats berücksichtigen müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger sich nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen kann, da er in einem Kleinbetrieb (§ 23 Abs. 1 KSchG) gearbeitet hat.

b) Die Voraussetzungen für eine Umdeutung werden durch § 140 BGB bestimmt. Bei der Anwendung dieser Vorschrift auf eine rechtsunwirksame außerordentliche Kündigung kommt es darauf an, ob der Kündigende Tatsachen vorgetragen hat, die darauf hindeuten, daß die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach den gegebenen Umständen seinem mutmaßlichen Willen entsprach und dieser Wille dem Gekündigten erkennbar geworden ist (BAG Urteil vom 13. August 1987 - 2 AZR 599/86 - AP Nr. 3 zu § 6 KSchG 1969, zu II 2 a, aa der Gründe, m.w.N.).

Diese Rechtsgrundsätze hat das Landesarbeitsgericht berücksichtigt und aus dem Vortrag der Beklagten ihren - auch dem Kläger erkennbaren - Willen entnommen, das Vertragsverhältnis jedenfalls beenden zu wollen.



c) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend auf die gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 BGB von sechs Wochen zum Quartalsende und nicht auf die ursprünglich vereinbarte Kündigungsfrist abgestellt. Diese Frist kann auf das Arbeitsverhältnis nicht angewandt werden, weil sie von den Parteien für eine ganz andere Fallgestaltung vorgesehen war. Zwar läßt § 622 BGB auch die Vereinbarung längerer als der gesetzlichen Kündigungsfristen zu. Eine solche Vereinbarung ist aber in diesem gesetzlichen Rahmen nur bei Arbeitsverhältnissen möglich. War den Parteien - wenigstens zunächst - nicht erkennbar, daß zwischen ihnen in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis bestand, so kann die von ihnen für ein anderes Rechtsverhältnis vereinbarte Bindungsfrist nicht ohne weiteres auf das tatsächlich durchgeführte Arbeitsverhältnis übertragen werden.

3. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizupflichten, daß die vertragliche Vergütungsabrede der Parteien für die vom Kläger erbrachte Arbeitsleistung nicht herangezogen werden kann. Geschähe das, hätte der Kläger praktisch umsonst gearbeitet, da es ihm neben seiner ausgeübten Tätigkeit nicht möglich war, in nennenswertem Umfang Provisionsgeschäfte abzuschließen.

Bei dieser Sachlage, nämlich dem Wegfall der ursprünglichen und damit dem Fehlen einer verbindlichen Vergütungsabrede (§ 134 BGB), hat das Berufungsgericht zutreffend auf § 612 BGB zurückgegriffen, sowohl was den Grund als auch was die Höhe der Gehaltszahlung für den Kläger anbelangt. Übliche Vergütung im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB ist die für gleiche oder ähnliche Dienstleistungen an dem betreffenden Ort mit Rücksicht auf die persönli-



chen Verhältnisse gewöhnlich gewährte Vergütung. Wenn das Landesarbeitsgericht die Tätigkeit des Klägers anhand des einschlägigen Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe bewertet hat, ist dies aus Revisionsgründen nicht zu beanstanden. Der Einwand des Klägers, die Festsetzung des Landesarbeitsgerichts widerspreche dem Vorbringen der Parteien und sei auch im Hinblick auf die Klägerinnen Lohmann und Eilers nicht angemessen, kann nicht durchgreifen. Ein Rückgriff auf die Vereinbarung der Parteien ist, wie dargelegt, nicht möglich. Maßgeblich für die Bewertung im Streitfall kann nur sein, was der Kläger in tatsächlicher Hinsicht an Arbeitsleistung erbracht hat und welche Vergütung hierfür als die übliche festzusetzen ist.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, daß dem Kläger keine weiteren Zahlungsansprüche zustehen, da die ihm zugeflossenen Beträge das zustehende Gehalt übersteigen. Jedoch muß die Beklagte - nach den vom Landesarbeitsgericht dargelegten und revisionsrechtlich nicht zu beanstandenen Gründen - die Bezüge des Klägers auf der Basis eines Nettomonatsgehalts von 2.000,-- DM abrechnen. Dies ist eine Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 72 I).

4. Als Arbeitnehmer kann der Kläger von seinem ehemaligen Arbeitgeber auch die Erteilung eines Zeugnisses verlangen (§ 630 BGB). Sein Begehren, ein berufsförderndes Zeugnis zu erhalten, kann nur dahin verstanden werden, daß er ein qualifiziertes, d. h. ein auf Führung und Leistungen sich erstreckendes Zeugnis



(§ 630 Satz 2 BGB) meint. Einen Anspruch auf einen bestimmten Inhalt des Zeugnisses kann er nicht geltend machen (BAG Urteil vom 29. Juli 1971 - 2 AZR 250/70 - AP Nr. 6 zu § 630 BGB).

5. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Prüfung auch insoweit stand, als der Kläger die Differenz zwischen ihm zustehender und erhaltener Vergütung an die Beklagte zurückzahlen muß.

a) Dem Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis darin beizupflichten, daß die Widerklägerin ihre Zahlungsansprüche weder auf das vom Kläger unterzeichnete Saldenanerkennnis, noch auf seinen unterlassenen Widerspruch gegen die ihm zugesandten Kontoauszüge stützen kann. Die Beklagte geht selbst davon aus, daß in beiden Fällen kein eigenständiger Schuldgrund im Sinne eines konstitutiven Schuldanerkenntnisses geschaffen werden sollte. Als deklaratorische Schuldanerkenntnisse ist der Beklagten aber eine Heranziehung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt. Sowohl Kontoauszüge als auch Saldenanerkennnisse nehmen Bezug auf die vertragliche Vergütungsabrede. Die Einhaltung dieser Regelung war dem Kläger nach der tatsächlichen Ausgestaltung seiner Tätigkeit aber nicht möglich. Er konnte sich die vorgesehenen Verdienstquellen im Rahmen seiner organisatorischen Tätigkeiten gar nicht erschließen. Da dies jedoch auf Anweisungen der Beklagten und deren Arbeitsorganisation zurückzuführen ist, muß sie sich nunmehr den Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegenhalten lassen, wenn sie sich zu ihren Gunsten auf die abgesprochene Vergütungsregelung berufen will.



b) Der Kläger muß der Beklagten die Differenz zwischen den erhaltenen Zahlungen (29.000,-- DM netto) und der zustehenden Vergütung (20.000,-- DM netto) zurückzahlen. Diese Vergütungs-differenz steht ihm nicht zu. Weder der Vertrag der Parteien noch die tatsächliche Arbeitsleistung des Klägers bieten einen Grund dafür, die entsprechenden Beträge zu behalten. Die Differenz, die der Kläger zurückerstatten muß, beläuft sich auf 9.000,-- DM, wie das Landesarbeitsgericht richtig angenommen hat. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund seiner Beweisaufnahme festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien mit dem 1. März 1988 begonnen hat (S. 22 des Berufungsurteils). Dann steht dem Kläger für zehn Monate ein Gesamtbetrag von 20.000,-- DM zu (nicht von 18.000,-- DM, wie das Landesarbeitsgericht irrtümlich errechnet hat, S. 25 des Berufungsurteils).

Der Rückzahlungsverpflichtung des Klägers kann übrigens auch nicht der Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) entgegengehalten werden. Der Kläger kannte die Vertragsgestaltung, nach der ihm die zugeflossenen Beträge nicht ohne weiteres endgültig verbleiben sollten (§ 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1 BGB). Hieran ändert sich auch nichts dadurch, daß das Rechtsverhältnis der Parteien als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

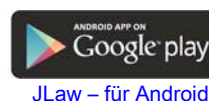
Dr. Olderog

Dr. Koffka

Heinz



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)