

Für das Nachschlagewerk! ja (auszugsweise)
Für die Fachpresse! ja (auszugsweise)
Für die amtliche Sammlung! ja (auszugsweise)

Gesetz: ZPO §§ 256, 286, 355, 373, 398, 416, 522 a, 561 Abs. 2

Leitsätze:

1. In der nachträglichen Begründung einer unselbständigen Anschlußberufung ist grundsätzlich eine zulässige Wiederholung der Anschlußberufung zu sehen. Eine Verwerfung der ersten - mangels Begründung unzulässigen - Anschlußberufung kommt dann nicht in Betracht.
2. Ist eine Partei nicht mit der urkundlichen Verwertung einer in einem anderen Verfahren gemachten Zeugenaussage einverstanden, so muß sie die Vernehmung dieses Zeugen in dem neuen Verfahren ausdrücklich beantragen (im Anschluß an BGHZ 7, 116 [121]).

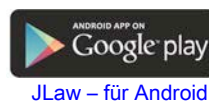
Aktenzeichen: 5 AZR 207/67

Urteil des BAG vom 18. Januar 1968

LAG Hamm



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



5 AZR 207/67

5 Sa 437/63 Hamm

Verkündet
am 18. Januar 1968

gez. Weinrich,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 1968 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Siara sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Döderlein und Döring für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 3. März 1967
– 5 Sa 437/63 – wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines bei K ,
Bezirk Koblenz gelegenen Gasthauses "S ". Zu
dem Betrieb gehört auch ein landwirtschaftliches Anwesen.
Die Beklagten, Vater und Sohn, waren seit dem 24. März
1954 bis zum 31. März 1959 dort als Verwalter tätig.
Zwischen den Parteien wurde ein auf den 1. April 1954 da-
tierter schriftlicher Vertrag abgeschlossen, der auszugs-
weise wie folgt lautet:

" § 1

Die Herron B übernehmen ab 1.4. 1954 mit ihren
Ehefrauen die gesamte Bewirtschaftung des der Firma
gehörigen Gasthauses "S " bei K
mit dem dazugehörigen landwirtschaftlichen Betrieb.

§ 2

Als Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten die Verwalter:

1. ein monatlich nachträglich zu zahlendes Barentgelt
in Höhe von je 150,-- DM netto, d.h. Steuern und
soziale Abgaben werden von der Firma getragen.
2. Freie Wohnung einschließlich Licht und Heizung für
sich und die ständig zu ihrem Hausstand gehörigen
Familienmitglieder, und zwar für folgende Räume:
Das bisherige Büro an der Giebelseite rechts und im
ersten Stockwerk das erste Zimmer links und das
zweite und dritte Zimmer rechts.
3. Freie Beköstigung für sich und ihre ständig zu ihrem
Haushalt gehörigen Familienmitglieder im üblichen
Rahmen.
4. Von dem im gewerblichen Betriebe erzielten Gesamtum-
satz erhalten die Verwalter eine Umsatz-Provision in
Höhe von zusammen 3 %. Voraussetzung für die Zahlung
dieser Provision ist, daß die üblichen Brutto-Auf-
schläge für die im Gewerbebetriebe verkauften Waren
im Durchschnitt erzielt werden. Die Umsatz-Provision
wird halbjährlich ermittelt und 1 Monat nach Schluß
eines Kalenderhalbjahres ausgezahlt. Die auf die
Provision entfallenden Steuern und sozialen Abgaben
haben die Verwalter selbst zu tragen.

§ 3

Die Verwalter haben den Warenbestand am 27.3. 1954 nach
Bestandsliste ordnungsgemäß übernommen. Sie sind ver-
pflichtet, über den Bestand fortlaufend Aufzeichnungen,
insbesondere ein ordnungsgemäßes Wareneingangsbuch zu
führen.

- 3 -



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



- 3 -

Sie haben weiter die täglichen Einnahmen aufzuzeichnen und über deren Aufteilung der Firma nach deren näheren Anweisungen Aufschluß zu geben.

Für den landwirtschaftlichen Betrieb sind das Arbeits- und Kassenbuch ebenfalls laufend zu führen und auch hierbei die näheren Anweisungen der Firma zu beachten.

Die Firma ist jederzeit berechtigt, einen Nachweis des Bestandes zu verlangen.

....."

Zwischen den Parteien ist streitig, ob den Beklagten für die Zeit vom 1. Juli 1956 bis 31. März 1959 gemäß § 2 Ziff. 4 des Vertrages noch Umsatzprovision zu zahlen ist, und ob einer etwaigen Zahlung der in dem schriftlichen Vertrag genannte Provisionssatz von 3 % zugrunde zu legen ist oder ein Provisionssatz von 5 %, der nach der Behauptung der Beklagten entgegen dem schriftlichen Wortlaut bei Vertragsabschluß vereinbart sein soll. Die Klägerin hat den Beklagten bis zum 30. Juni 1956 freiwillig lediglich 3 % Gewinnbeteiligung gezahlt, ab 1. Juli 1956 nur den vereinbarten Lohn.

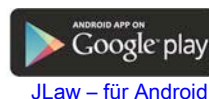
In einem Vorprozeß haben deshalb die Beklagten bereits gegen die Klägerin Ansprüche auf Zahlung des Unterschiedsbetrages der Umsatzprovision von 3 und 5 % für die Zeit bis zum 30. Juni 1956 geltend gemacht. Durch rechtskräftiges Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. Oktober 1961 (5 Sa 698/57 LAG Hamm) ist nach dem Klagantrag erkannt und den jetzigen Beklagten ein Betrag von 2.749,95 DM zugesprochen, eine hiergegen gerichtete Restitutionsklage der jetzigen Klägerin ist durch rechtskräftiges Urteil vom 26. Juni 1964 als unzulässig verworfen worden (5 Sa 187/64 LAG Hamm).

Die Beklagten haben im März 1959 auf einem Sperrkonto bei einer Sparkasse 3.000,- DM eingezahlt, die sie an sich als erzielten Gewinn an die Klägerin hätten abführen müssen. Die Einzahlung auf dem Sperrkonto sollte der Sicherung der von den Beklagten geltend gemachten Provisionsansprüche dienen. Die Klägerin hat sich inzwischen damit einverstanden erklärt, daß ein Teilbetrag von 1.380,80 DM zur Auszahlung an die Beklagten freigegeben wird, den Restbetrag begehrt sie für sich.

- 4 -



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



Die Klägerin behauptet, der noch auf dem Sparbuch befindliche Betrag stehe ihr zu. Die Beklagten hätten aus dem früheren Verwalterverhältnis keinerlei Ansprüche mehr. Zu keinem Zeitpunkt sei eine Erhöhung der Umsatzprovision über den schriftlich festgelegten Satz von 3 % hinaus vereinbart worden. Den beiden Beklagten sei lediglich unverbindlich eine Erhöhung für den Fall in Aussicht gestellt worden, daß die Rentabilität des Betriebes ausreichend sei. Dieser Fall sei aber nicht eingetreten. Provisionsansprüche könnten die Beklagten auch deshalb nicht mehr geltend machen, weil die üblichen Bruttoaufschläge gemäß § 2 Ziff. 4 des Vertrages in dem jetzt noch streitigen Zeitraum vom 1. Juli 1956 bis zum 31. März 1959 nicht erzielt worden seien. Dahingehende Feststellungen könnten schon wegen der mangelhaften Buchführung durch die Beklagten, die diesen zur Last falle, nicht getroffen werden. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 3.000,- DM nebst Zinsen abzüglich verrechneter 1.380,80 DM zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen und im Wege der Widerklage die Klägerin zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß der auf dem Sparbuch noch einschließlich Zinsen befindliche Betrag von 1.912,01 DM an sie ausgezahlt werde, fernerhin die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten zu 1) weitere 8.752,95 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die Beklagten tragen vor, ihnen sei schon zur Zeit des Vertragsabschlusses verbindlich zugesagt worden, daß demnächst eine Erhöhung der Umsatzprovision auf 5 % eintrete. Es seien auch die üblichen Bruttoaufschläge in dem gesamten streitigen Zeitraum erzielt worden. Die Klägerin habe niemals ihre Buchführung beanstandet und seit 1956 hinsichtlich der Provisionsansprüche überhaupt nicht mehr abgerechnet.

Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage begehrt.

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, allerdings hinsichtlich des Zahlungsanspruchs nur in Höhe von 6.909,29 DM nebst Zinsen, da im 2. Halbjahr 1956 die üblichen Bruttoauf-



- 5 -

schläge nicht erreicht worden seien.

Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt, und zwar die Beklagten zunächst mit Schriftsatz vom 21. August 1963, eingegangen am 23. August 1963, eine Anschlußberufung ohne weitere Begründung. Diese Anschlußberufung haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 20. September 1963, eingegangen am 25. September 1963, begründet. Während die Klägerin die Verurteilung der Beklagten gemäß ihrem Klagantrag und die Abweisung der Widerklage in vollem Umfang begehrt, erstreben die Beklagten die Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung dahingehend, daß die Klägerin zur Zahlung von weiteren 1.848,66 DM verurteilt wird, und zwar an den Beklagten zu 1., an den der Beklagte zu 2. seine Forderung gegen die Klägerin durch Vereinbarung vom 10. Dezember 1959 abgetreten hat.

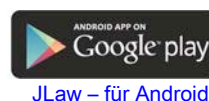
Das Landesarbeitsgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und der Anschlußberufung der Beklagten stattgegeben. Es hält aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme, bei der auch die in den Vorprozeßakten 5 Sa 698/57 LAG Hamm enthaltenen Urkunden und Beweisergebnisse im Wege des Urkundenbeweises verwertet wurden, für erwiesen, daß den Beklagten nach Ablauf eines Vierteljahres des Vertragsverhältnisses eine Umsatzprovision von 4 % und nach Ablauf eines halben Jahres eine solche von 5 % zugesagt worden ist, obwohl eine derartige Zusage in dem schriftlichen Vertrag vom 1. April 1954 nicht enthalten ist. Das angefochtene Urteil kommt weiter zu dem Ergebnis, die Beklagten hätten auch für den gesamten streitigen Zeitraum die Voraussetzung erfüllt, daß die üblichen Bruttoaufschläge erzielt worden seien. Das gelte auch für die zweite Jahreshälfte 1956.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr bisheriges Klagziel weiter, während die Beklagten um Zurückweisung der Revision bitten.

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin kann keinen Erfolg haben.

I.

1) Dem angefochtenen Urteil ist darin zu folgen, daß eine Verwerfung der ersten Anschlußberufung der Beklagten mangels der erforderlichen gleichzeitigen Begründung (§ 522 a Abs. 2 ZPO) nicht in Betracht kam. Eine unselbständige Anschlußberufung hängt in ihrem Bestand von der Durchführung der Berufung ab. Sie kann erst als unzulässig verworfen werden, wenn über die Hauptberufung abschließend verhandelt ist. Bis dahin war hier aber längst die Anschlußberufung begründet und es waren entsprechende Anträge gestellt worden. In der nachträglichen Begründung einer unselbständigen Anschlußberufung liegt grundsätzlich eine zulässige Wiederholung der Anschlußberufung. Der frühere Mangel wird damit geheilt (vgl. BGHZ 20, 311 = LM Nr. 2 zu § 522 ZPO; BGH LM Nr. 2 zu § 522 a ZPO; Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., § 522 a ZPO Anm. II 1 e, Anm. IV 2).

2) Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Landesarbeitsgericht auch darin zuzustimmen, daß ein Rechtsschutzinteresse der Beklagten an der Erlangung einer Einverständniserklärung der Klägerin für die Auszahlung des Restbetrages aus dem Sparbuch besteht. Zwar fehlen nähere tatsächliche Feststellungen darüber, in welcher Form der Betrag von 3.000,- DM bei einer Sparkasse als Sparbuch von den Beklagten angelegt worden ist; lt. dem in Bezug genommenen Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils ist aber der Betrag von 3.000,- DM auf einem "Sperrkonto" eingezahlt worden. Es ist deshalb die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Beklagten bei der Sparkasse Schwierigkeiten haben, wenn sie ohne Einwilligung der Klägerin das restliche Sparguthaben abheben wollen. Dieser Umstand genügt, um ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen.

II.

1) In der Sache selbst geht es in dem jetzigen Rechtsstreit um die Zahlung einer Umsatzprovision vom 1. Juli 1956



- 7 -

bis zum 31. März 1959. Das Zahlenwerk als solches, d. h. die Höhe der von den Beklagten geltend gemachten Umsatzprovision, bestreitet die Klägerin nicht. Das Landesarbeitsgericht hält es trotz des gegenteiligen Wortlauts des § 2 Ziff. 4 des Vertrages für erwiesen, daß den Beklagten durch den Zeugen P eine Erhöhung der Umsatzprovision jedenfalls für den hier streitigen Zeitraum auf 5 % zugesagt worden ist. Zwar hat, wie das angefochtene Urteil nicht verkennt, der schriftliche Vertrag vom 1. April 1954 an sich die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich (§ 416 ZPO), ein Gegenbeweis abweichender oder zusätzlicher mündlicher Abreden ist aber jederzeit möglich. Das Landesarbeitsgericht hält ihn für erbracht. Insoweit handelt es sich um eine Tatsachenfeststellung des angefochtenen Urteils, gegen die Revisionsangriffe nur gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 b, § 286 Abs. 1 ZPO möglich sind. Wird festgestellt, daß die vertragschließenden Parteien einen vom Wortlaut ihrer Erklärung abweichenden übereinstimmenden Willen gehabt haben, so ist der Vertrag entsprechend dem übereinstimmend Gewollten zustande gekommen; für eine Auslegung des Wortlauts bleibt dann kein Raum (so die ständige Rechtsprechung des Dritten und Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts, vgl. AP Nr. 27 bis 29 zu § 133 BGB; AP Nr. 1 und 2 zu § 157 BGB). Der Senat ist demgemäß an die Tatsachenfeststellung des angefochtenen Urteils, die Parteien hätten eine Umsatzprovision in Höhe von 5 % vereinbart, gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO).

Die Revision rügt zwar insoweit eine Verletzung des § 286 ZPO, aber zu Unrecht. Es ist zwar richtig, daß die Klägerin einer Verwertung der Vorprozeßakten 5 Sa 698/57 IAG Hamm ständig widersprochen hat, das Landesarbeitsgericht gleichwohl aber nicht nur die in diesen Akten enthaltenen Urkunden, sondern auch die Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises mit verwertet hat. Zwar sind fast alle maßgeblichen Zeugen in dem jetzigen Rechtsstreit erneut vernommen worden, aber nicht der Zeuge Dr. A, dessen Aussage im Vorprozeß das Landesarbeitsgericht ohne dessen erneute Vernehmung verwertet.



- 8 -

Grundsätzlich hat wegen des Prinzips der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eine Partei Anspruch darauf, daß Zeugen in einem späteren Rechtsstreit erneut vernommen und nicht nur deren frühere Aussagen im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden. Es handelt sich insoweit nicht um die wiederholte Vernehmung eines Zeugen im Sinne des § 398 ZPO, die im Ermessen des Prozeßgerichts liegt (vgl. das zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk vorgesehene Urteil vom 16. März 1967 - 2 AZR 64/66 -). Ein angetretener Zeugenbeweis (§ 373 ZPO) muß grundsätzlich erhoben werden.

Es bedarf aber auch eines Antrags, einen bestimmten Zeugen zu vernehmen. Wird dieser nicht gestellt, so ist es möglich, frühere Zeugenbekundungen in einem anderen Rechtsstreit im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten. Will eine Partei - auch die an sich nicht beweispflichtige Partei - einen derartigen Urkundenbeweis nicht gelten lassen, so muß sie sich gegenbeweislich spätestens im Berufungsverfahren auf die Vernehmung des Zeugen berufen (vgl. BGHZ 7, 116 [121 - 122]; Wieczorek, ZPO, § 286 Anm. C III b, 2, 4 - 6). Entgegen den Behauptungen der Revision ist aber ein derartiger Zeugenbeweis, insbesondere auf Vernehmung des Zeugen Dr. A, weder im Berufungsverfahren noch im ersten Rechtszug von der Klägerin angetreten worden. Alle von der Klägerin namentlich benannten Zeugen sind dagegen erneut gehört worden. Die Revisionsbegründungsschrift läßt auch genaue Angaben darüber vermissen, mit welchem Schriftsatz welche Beweise angetreten sein sollen.

2) Die Revision bemängelt weiter hinsichtlich der Frage, ob die üblichen Bruttoaufschläge erreicht worden seien, das Gutachten des Sachverständigen R, über den die Klägerin früher vortragen ließ, er habe sich als "zuverlässiger Sachverständiger bewährt". Die jetzigen Angriffe der Revision beinhalten einen unzulässigen Angriff gegen die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts aufgrund des Sachverständigengutachtens. Die Frage der Beweislastverteilung spielt keine Rolle mehr, da das angefochtene Urteil den Beweis für die Erreichung der Bruttoaufschläge



im Ergebnis für erbracht hält. Es ist auch nicht zu bemängeln, daß sich das Landesarbeitsgericht die Überlegung des Gutachtens zu eigen gemacht hat, eine genauere Buchführung seitens der Beklagten sei wegen des damit verbundenen Zeitaufwandes angesichts der geringen Umsätze unsinnig gewesen.

Demnach hält im Ergebnis die angefochtene Entscheidung allen Angriffen der Revision stand. Das erfordert die Zurückweisung der Revision.

gez. Dr. Boldt Dr. Auffarth Siara
Dr. Döderlein Döring



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)