

16. Feb. 1962

24

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

---

Gesetz: HGB § 87 a Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5, § 65, § 92 Abs. 4;  
BGB § 614 Gehaltsvorschuß

Leitsatz:

Das in § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB geregelte Vorschußrecht  
kann für Handlungsgehilfen, die auf Provisionsbasis  
arbeiten, nicht zu ihren Ungunsten abbedungen werden

Aktenzeichen: 5 AZR 211/61

Urteil des BAG vom 16. Februar 1962

LAG Bayern (München)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

AZR 211/61  
Sa 746/60 Bayern  
(München)

# Im Namen des Volkes!

24

rteilstenor  
gestellt am  
6. Februar 1962  
ez. Weinrich,  
egierungsoberssekretär  
ls Urkundsbeamter  
er Geschäftsstelle

## Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 15. Februar 1962 durch den Senatspräsidenten Professor Dr.Dr.Boldt, die Bundesrichter Dr. Stumpf und Dr. Holschemacher sowie die Bundesarbeitsrichter Schulte und Kutschbach für Recht erkannt:

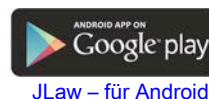
1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern in München vom 10. Februar 1961 - 2 Sa 746/60 - teilweise aufgehoben. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 24. August 1960 - 1 Ca. I 991/60 - in Ziffer I seines Tenors hinsichtlich der Zinspflicht des Beklagten wie folgt geändert:  
Der Beklagte wird verurteilt, neben den bereits rechtskräftig zuerkannten 4 % Zinsen seit dem 25. Januar 1960 aus 240,56 DM noch weitere 4 % Zinsen aus 37,94 DM seit dem 1. Juli 1960 zu zahlen.
2. Im übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.
3. Die Kosten der Revision trägt die Klägerin.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

- 2 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Tatbestand:

1. Der Beklagte war in der Zeit vom 1. Oktober 1959 bis zum 31. Dezember 1960 in dem Versicherungsunternehmen der Klägerin als Handlungsgehilfe angestellt mit dem Auftrage, für die Klägerin Lebensversicherungen zu vermitteln. Er erhielt ein festes Gehalt von 315,-- DM monatlich sowie bestimmte Provisionen für die von ihm vermittelten Versicherungen. Für diese Provisionsansprüche war vereinbart, daß sie mit Zahlung der ersten Jahresprämie durch den Versicherungsnehmer, bei ratenweiser Zahlung anteilig mit dem Eingang der Prämienraten entstehen sollten. Auf seine Provisionen erhielt der Beklagte monatlich einen Vorschuß von 200,-- DM. Hinsichtlich dieses Vorschusses war vereinbart, daß nicht verdiente Provisionsvorschüsse als Darlehen gelten sollten, die spätestens bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zurückzuzahlen seien.

Als der Beklagte am 31. Dezember 1959 bei der Klägerin ausschied, forderte die Klägerin von ihm mit Schreiben vom 25. Januar 1960 den Betrag von 394,63 DM als nicht verdienten Provisionsvorschuß zurück. Der Beklagte verweigerte die Zurückzahlung dieses Betrages, unter anderem mit der Begründung, ihm ständen noch sogenannte Sperativprovisionen zu. Unter Sperativprovisionen wird von den Parteien der Sachverhalt verstanden, daß ein Versicherungsnehmer durch Vermittlung des Beklagten mit der Klägerin einen Versicherungsvertrag geschlossen, jedoch die Jahresprämie noch nicht bezahlt hatte und deshalb für den Beklagten ein Anspruch auf Provision noch nicht entstanden war, aber bei Zahlung der Jahresprämie oder bei anteiliger Prämienzahlung noch entstehen konnte.

Bis Ende Juni 1960 schrieb die Klägerin dem Beklagten noch bisherige Sperativprovisionen als entstandene Provisionen in Höhe von 76,36 DM gut, wodurch sein unverdienter Vorschuß sich von 394,63 DM auf 318,27 DM verringerte. Diesen Betrag nebst 4 % Zinsen davon seit dem 1. Januar 1960 hat die Klägerin dann mit der Ende Mai 1960 erhobenen Klage verlangt.

2. Das Arbeitsgericht hat den Beklagten nur zur Zahlung von 278,50 DM nebst 4 % Zinsen ab dem 25. Januar 1960 aus einem Betrag von 240,56 DM verurteilt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung der Klageabweisung hinsicht-



lich der Differenz zwischen 318,27 DM - 278,50 DM = 39,77 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1960 hat es ausgeführt, insoweit sei noch eine Sperativprovision des Beklagten gegeben, aus der er die Entstehung eines Provisionsanspruchs noch erwarten könne. Deshalb brauche er insoweit den empfangenen Vorschuß noch nicht zurückzuzahlen. Hinsichtlich des der Klägerin aberkannten Zinsbetrages aus der Differenz zwischen 278,50 DM minus 240,56 DM = 37,94 DM hat es angenommen, Anfang Januar 1960 habe der Beklagte noch Sperativprovisionen in Höhe von insgesamt 154,07 DM gehabt. In dieser Höhe habe der Beklagte somit bei seinem Ausscheiden bei der Klägerin die Entstehung von Provisionen noch erwarten können, so daß er den Vorschuß in dieser Höhe im Januar 1960 noch nicht habe zurückzuzahlen brauchen und er durch die Mahnung der Klägerin vom 25. Januar 1960 nicht in Verzug gekommen sei.

3. Gegen dieses Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin Berufung in dem Umfang eingelegt, in dem sie in erster Instanz unterlegen ist. Hinsichtlich des Streitbetrages von 39,77 DM haben die Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vom 20. Januar 1961 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt mit der Begründung diese Sperativprovision des Beklagten sei ab dem 30. November 1960 zur Entstehung gekommen. Die Klägerin hat deshalb nur noch die Zinsansprüche weiterverfolgt, hinsichtlich deren sie in der ersten Instanz unterlegen war und zwar mit folgender Maßgabe: Sie hat verlangt:

- a) 4 % Zinsen aus 39,77 DM für die Zeit vom 1. Januar 1960 bis 30. November 1960;
- b) 4 % Zinsen aus 37,94 DM für die Zeit ab 1. Januar 1960 ohne zeitliche Beschränkung.

4. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen, den Streitwert auf 13,03 DM festgesetzt und die Revision nicht zugelassen. Die Klägerin stützt die Statthaftigkeit ihrer Revision auf den Gesichtspunkt der



Divergenz im Sinne von § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG und verfolgt mit ihr die geltend gemachten Zinsansprüche weiter.

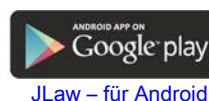
### Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist aus dem Gesichtspunkt der Divergenz im Sinne von § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG statthaft. Das angefochtene Urteil hat den Rechtssatz aufgestellt, § 87 a Abs. 2 HGB sei für Arbeitsverhältnisse unabdingbar, und auf diesem von ihm aufgestellten Rechtssatz beruht die Zurückweisung der Berufung der Klägerin durch das Landesarbeitsgericht. Demgegenüber beruht das von der Revision angezogene Urteil des Landesarbeitsgerichts Stuttgart vom 20. Juni 1955 - II Sa 31/55 - auf dem dort aufgestellten Rechtssatz, § 87 a Abs. 2 HGB enthalte nachgiebiges Recht. Diese Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Stuttgart betrifft zwar einen Handelsvertreter, enthält aber keine Einschränkung dahingehend, daß § 87 a Abs. 2 HGB unabdingbar sei, wenn er über § 65 HGB für einen auf Provisionsbasis arbeitenden Handlungsgehilfen Anwendung findet. Da das Bundesarbeitsgericht die Frage der Abdingbarkeit von § 87 a Abs. 2 HGB bisher noch nicht entschieden hat, ist somit eine Divergenz zwischen zwei Urteilen von Landesarbeitsgerichten gegeben, die gemäß § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG die Revision statthaft macht. Gegen deren Ordnungsmäßigkeit und damit gegen ihre Zulässigkeit im Übrigen bestehen keine Bedenken.

II. Sachlich ist die Revision indessen nur teilweise begründet.

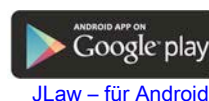
1. Es dient der Klarstellung, folgendes vorweg zu erörtern:

a) Nach seinem Anstellungsvertrag hatte der Beklagte Anspruch auf Provision, die erst mit der Zahlung der Prämie durch den Versicherungsnehmer entstand. In dieser Vertragsabsprache liegt eine zulässige Abänderung des § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB, der gemäß § 65 HGB auch für auf Provisionsbasis arbeitende Angestellte Anwendung findet. Nach § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB soll der Provisionsanspruch regelmäßig dann entstehen, wenn der Unternehmer, hier also die Klägerin, das



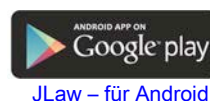
Geschäft "ausgeführt", hier also die Klägerin die vom Beklagten vermittelten Versicherungsverträge mit dem Versicherungsnehmer abgeschlossen hat. § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB sieht aber ausdrücklich vor, daß § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB vertraglich anderweitig geregelt werden kann, wie das hier nach dem Gesagten - offensichtlich in Anlehnung an das Versicherungsvertreterrecht des § 92 Abs. 4 HGB - auch geschehen ist; § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB bestimmt aber andererseits, daß dann der Angestellte einen Anspruch auf einen angemessenen Vorschuß hat.

b) § 87 a Abs. 2 HGB bezieht sich eindeutig auf den Fall, daß der Angestellte bereits einen Anspruch auf Provisionszahlung nach § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB erworben hat. Dieser ist auflösend bedingt für den Fall der Nichtleistung durch den Versicherungsnehmer. § 87 a Abs. 2 HGB bezieht sich aber auch auf den Vorschuß selbst, der in den Fällen des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB vorgeschrieben ist. Für eine solche Annahme spricht bereits, daß sich § 87 a Abs. 2 HGB als besonderer Absatz auf die gesamten in § 87 a Abs. 1 HGB geregelten Fälle bezieht und nicht nur von der Rückgewähr von auflösend bedingter "Provision" im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB, sondern von der Rückgewähr von "Beträgen" spricht, worunter sich auch der "Vorschuß" im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB verstehen läßt. Für eine solche Annahme spricht aber vor allem der Sinn der in § 87 a Abs. 2 HGB enthaltenen gesetzlichen Regelung. Der auflösend bedingte Provisionsanspruch im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB unterscheidet sich von dem "angemessenen Vorschuß" im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB nur in der juristischen Konstruktion und in der Höhe. Der auflösend bedingte Provisionsanspruch des § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB soll nach § 87 a Abs. 2 HGB in Wegfall kommen, wenn der Dritte nicht leistet und damit die auflösende Bedingung, unter der er gezahlt ist, eintritt (§ 158 Abs. 2 BGB). Er hat somit, wirtschaftlich gesehen, regelrechten Vorschußcharakter (vgl. Baumbach-Duden, HGB, 14. Aufl., 1961, § 87 a HGB Anm. 2 B). Der "angemessene Vorschuß" im Sinne des



§ 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB bedeutet, die Zahlung des Vorschusses an den Vorschußempfänger brauche nur mit der Absprache zu geschehen, daß dieser sich verpflichtet, den Vorschuß zurückzuzahlen, wenn wegen Nichtleistung des Dritten kein Provisionsanspruch im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB entsteht (zum Vorschußbegriff vgl. BAG 9, 137 [140] = AP Nr. 5 zu § 394 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 614 BGB Gehaltsvorschuß). Ergibt sich damit aber insgesamt, daß sich der auflösend bedingte Provisionsanspruch des § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB von dem Vorschußanspruch im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB nur in der juristischen Kontruktion und in der Höhe, nicht aber wirtschaftlich nennenswert unterscheidet, so rechtfertigt das die Anwendung des § 87 a Abs. 2 HGB auf beide.

c) Die Regelung des § 87 a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB kann auch nicht vertraglich zum Nachteil des auf Provisionsbasis arbeitenden Handlungsgehilfen abbedungen werden. Wenn § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB bestimmt, der Zeitpunkt der Entstehung eines Provisionsanspruches könne anders als in § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB vorgesehen geregelt werden, jedoch für solche Fälle ausdrücklich anordnet, dann habe der Handlungsgehilfe mit der Ausführung des Geschäftes durch den Unternehmer einen Anspruch auf einen angemessenen Vorschuß, dann wird damit deutlich, daß die vom Gesetz vorgesehene Vorschußregelung unabdingbar sein soll. Diese gesetzliche Regelung sieht den Sachverhalt, daß der Unternehmer selbst das Geschäft ausführt, als Rechtfertigung dafür an, daß dann auch der Angestellte zur Sicherung seines laufenden Lebensunterhaltes wenigstens einen Vorschußanspruch haben soll. Soweit § 87 a Abs. 5 HGB bestimmt, von den in § 87 a Abs. 3 und Abs. 4 HGB vorgesehenen Regelungen könne nicht zum Nachteil des Handelsvertreters bzw. gemäß § 65 HGB nicht zum Nachteil des Handlungsgehilfen abgewichen werden, so besagt das nicht, wie die Revision meint, deshalb könne von § 87 a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB zum Nachteil des Handlungsgehilfen abgewichen werden. Denn § 87 a Abs. 5 HGB läßt unberührt, daß bereits § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB selbst die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten zum Schutze des Handelsver-



treters bzw. nach § 65 HGB zum Schutze des Handlungsgehilfen in bestimmter Weise einengt, indem das Gesetz für eine andere als die in § 87 a Abs. 1 Satz 1 HGB vorgesehene Provisionsregelung die Folge vorsieht, daß dann der Handlungsgehilfe einen Vorschußanspruch nach näherer Maßgabe des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB haben soll. Diese Annahme findet zudem noch ihre Bestätigung durch § 92 b Abs. 1 Satz 3 HGB, wonach für nebenberuflich tätige Handelsvertreter der Vorschuß im Sinne des § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB vertraglich abbedungen werden kann. Würde das schon nach § 87 a Abs. 5 HGB möglich sein, wie die Revision meint, so wäre § 92 b Abs. 1 Satz 3 HGB überflüssig, was aber nicht angenommen werden kann (vgl. auch Schlegelberger-Schröder, HGB, 4. Aufl., 1960, § 87 a Bem. 14 a; Würdinger in RGRK HGB, 2. Aufl., 1953, § 87 a Anm. 4; Baumbach-Duden, HGB, 14. Aufl., 1961, § 87 a Anm. 2 C).

2. Aus Vorstehendem ergibt sich für die von der Klägerin verfolgten Zinsansprüche folgendes:

a) Als der Beklagte am 31. Dezember 1959 bei der Klägerin ausschied, konnte die Klägerin nicht unter Berufung auf die mit dem Beklagten getroffene Absprache verlangen, daß er den Vorschuß auch insoweit zurückzahle, als für ihn noch sog. Sperativa liefen. Soweit damals dem Beklagten noch sogenannte Sperativprovisionen in Höhe von 154,07 DM zustanden, hatte er, wie oben erörtert, vielmehr nach § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB gegen die Klägerin nach wie vor einen unabdingbaren Anspruch auf angemessenen Vorschuß, weil gemäß § 87 a Abs. 1 Satz 2 HGB die aus den Sperativa resultierenden Provisionen erst entstanden, wenn und soweit die von ihm angeworbenen Versicherungsnehmer die Jahresprämie ganz oder gegebenenfalls ratenweise zahlten. Er brauchte den insoweit erhaltenen Vorschuß nur und erst dann zurückzuzahlen, wenn feststand, daß die betreffenden Versicherungsnehmer nicht leisteten. Die zwischen den Parteien getroffene Absprache, die dem Beklagten gewährten Vorschüsse sollten als Darlehen gelten und bei Ausscheiden aus dem Dienst der Klägerin sofort zurückzuzahlen sein, verstieß

- 8 -

daher gegen das erörterte Verbot der Unabdingbarkeit des § 87 a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB insoweit und solange, als die Klägerin aus den Sperativa noch die Entstehung von Provisionen auf Grund der Zahlungen der Versicherungsnehmer erwarten durfte. Demnach war er in Höhe von 154,07 DM nicht verpflichtet, den erhaltenen Vorschuß am 31. Dezember 1959 zurückzuzahlen. Die am 25. Januar 1960 seitens der Klägerin getätigte Mahnung konnte ihn demnach am 25. Januar 1960 insoweit auch nicht in Schuldnerverzug setzen und gemäß § 288 Abs. 1 BGB keine Zinspflicht des Beklagten begründen. Denn ein Schuldnerverzug setzt gemäß § 284 Abs. 1 BGB eine Fälligkeit der Pflicht des Beklagten zur Rückzahlung der Vorschüsse voraus. Daran fehlte es jedoch am 25. Januar 1960 für einen Betrag von 154,07 DM.

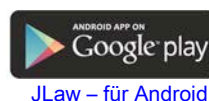
b) Für den Betrag von 39,77 DM ergibt sich damit, daß für ihn überhaupt keine Rückzahlungspflicht und deshalb keine Zinspflicht des Beklagten entstanden ist. Denn wenn für diese Sperativprovision Ende November 1960 zugunsten des Beklagten eine echte Provision entstanden ist, hatte er bis dahin das Recht auf einen entsprechenden Vorschuß, den er nicht bereits am 31. Dezember 1959 oder auf Grund der Mahnung der Klägerin vom 25. Januar 1960 zurückzuzahlen brauchte. Die Revision ist somit unbegründet, als die Klägerin 4 % Zinsen aus einem Betrag von 39,77 DM für die Zeit vom 1. Januar 1960 bis 30. November 1960 verlangt.

c) Für den nicht verdienten Vorschuß in Höhe von 37,94 DM stand jedenfalls Ende Juni 1960 für die Parteien fest, daß in dieser Höhe aus den entsprechenden Sperativa für den Beklagten keine Provisionsansprüche entstanden waren, sondern aus nicht näher geklärten Gründen ausblieben. Das führt dazu, daß der Beklagte ab 1. Juli 1960 mit der Rückzahlung dieses Betrages auf Grund der Mahnungen und der Klageerhebung der Klägerin in Verzug geriet und diesen Betrag gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 BGB mit 4 % zu verzinsen hatte. Insoweit hatte somit die Revision der Klägerin Erfolg, und der Beklagte war unter teilweise Aufhebung des zweitinstanzlichen und Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu verurteilen, von

- 9 -



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



dem Betrag von 37,94 DM ab dem 1. Juli 1960 4 % Zinsen zu zahlen.

d) Was die Zinsen von dem Betrag von 37,94 DM für die Zeit vom 1. Januar 1960 bis 30. Juni 1960 angeht, ist in tatsächlicher Beziehung nicht geklärt, ob die Rückzahlungspflicht des Beklagten für diesen Betrag schon vor dem 1. Juli 1960 gegeben war, weil z.B. die Sperativen schon früher sich zerschlugen. Die Klägerin ist aber darlegungspflichtig dafür, wann die Rückzahlungspflicht des Beklagten eingetreten ist. Ihre in diesem Umfang unterbliebenen Darlegungen gehen daher zu ihren Lasten mit der Folge, daß sie von dem Betrag von 37,94 DM keine Zinsen aus der Zeit vor dem 1. Juli 1960 fordern kann und insoweit die Revision unbegründet ist.

gez. Dr. Boldt

Dr. Stumpf

Dr. Holschemacher

Schulte

Herm. Kutschbach



**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)