

Aktenzeichen: 5 AZR 356/79

LAG Düsseldorf - Urteil des BAG vom 9. Dezember 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: ZPO § 448; BGB § 611

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 356/79

7 (4) Sa 469/78 Düsseldorf

Verkündet am
9. Dezember 1981

Im Namen des Volkes!

Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Heither und Griebeling sowie die ehrenamtlichen Richter Polcyn und Dr. Frey für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. Februar 1979 - 7 (4) Sa 469/78 - wird zurückgewiesen.

-2-



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



- 2 -

2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

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

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten - soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse - Zahlung einer rückständigen Arbeitsvergütung für die Monate Oktober 1975 bis Februar 1976 in Höhe von zusammen 12.500,-- DM

Der Kläger war seit Juli 1975 bei der Firma Immobilien van D tätig. Zu seinen Aufgaben gehörte die Vermittlung von gewerblichen Räumen und Wohnungen sowie von Haus- und Grundbesitz. Er erhielt eine Provision von 20 % der Honorare, auf die ein monatliches Fixum von 2.000,-- DM angerechnet wurde.

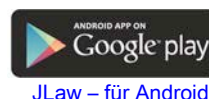
Mit Wirkung vom 1. Oktober 1975 wurde die Beklagte gegründet. Der Inhaber der Firma Immobilien van D wurde deren Gesellschafter und Geschäftsführer. Der Kläger wurde ebenfalls Gesellschafter der Beklagten. Er schloß am 17. September 1975 mit der Beklagten einen Arbeitsvertrag. Danach sollte er ab 1. Oktober 1975 in die Dienste der Beklagten treten mit einem Anfangsgehalt von 2.500,-- DM brutto monatlich.

Die Parteien streiten darüber, ob dieser Vertrag nachträglich geändert worden ist und ob der Kläger seine Tätigkeit als Arbeitnehmer der Beklagten am 1. Oktober 1975 aufgenommen hat. Das im Vertrag vorgesehene Gehalt erhielt er für die Monate Oktober 1975 bis März 1976 nicht. Er schied

-3-



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



- 3 -

als Gesellschafter bei der Beklagten wieder aus. Das Arbeitsverhältnis wurde einvernehmlich zum 31. Mai 1976 beendet.

Über die Tätigkeit des Klägers bei der Firma Immobilien van D und der Beklagten wurde am 5. April 1976 eine Abrechnung gefertigt. Diese lautet:

Provisionsabrechnung

vom 1. August 1975 bis 31. März 1976

Honorareingänge:	1. B	DM 12.420,--	
	2. Fa. P	DM 6.480,--	
	3. M	DM 1.087,20	
	4. R	DM 1.170,--	
	5. K	DM 1.890,--	
		DM 23.047,20	
	davon 20 %		DM 4.609,44

Außerdem erhalten Sie für die Mitarbeit an der Neugründung der Firma N & Partner GmbH & Co. KG ein Pauschalhonorar in Höhe von

DM 4.000,--

Gesamt

DM 8.609,44

Sie erhielten bisher

DM 14.000,--

Zu unseren Gunsten verbleiben

DM 5.390,56

=====

Die Abrechnung ist vom Kläger und dem Inhaber der Firma van D unterzeichnet.

Den Saldo von 5.390,56 DM trat die Firma Immobilien van D an die Beklagte ab. Diese erklärte gegenüber den noch im Streit befindlichen Ansprüchen des Klägers für die Monate Oktober 1975 bis Februar 1976 hilfsweise die Aufrechnung mit einem Teilbetrag von 2.890,56 DM.

Der Kläger hat vorgetragen, er stehe seit dem 1. Oktober 1975 in den Diensten der Beklagten. Die Beklagte schulde daher die vereinbarte Vergütung. Bei der Provisionsabrechnung vom 5. April 1976 handele es sich um ein bloßes Zahlenspiel, aus dem die Beklagte keine Ansprüche herleiten könne. Die rückständigen Gehälter habe er seit Februar 1976 ständig mündlich gefordert, und er habe auch die Beklagte gemahnt.

-4-



- 4 -

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
über den zuerkannten Betrag von
DM 2.500,-- brutto hinaus, weitere
DM 12.500,-- brutto nebst 4 % Zinsen
seit dem 1.6.1976 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
Sie hat vorgetragen, mit dem Kläger sei vereinbart worden,
den Arbeitsvertrag vom 17. September 1975 erst dann in Kraft
treten zu lassen, wenn es ihr gelungen sei, ein Grundstück
für den Bau von Eigentumswohnungen zu erwerben, die Pla-
nungen hierfür abgeschlossen seien und die Wohnungen zum
Verkauf anstünden. Dieses Ziel sei im Februar 1976 erreicht
worden. Darum habe der Kläger sein Gehalt ab März 1976 er-
halten. Dementsprechend sei er auch erst ab 1. März 1976
zur Kranken- und Rentenversicherung angemeldet worden. Für
seine Mitwirkung an der Vorbereitung und Planung habe der
Kläger die in der Abrechnung vom 5. April 1976 genannten
4.000,-- DM erhalten. Im übrigen habe der Kläger vor dem
1. März 1976 eine weitere Tätigkeit nie angeboten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage, soweit es sich um
die noch streitbefangenen Ansprüche handelt, abgewiesen.
Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit
der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

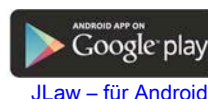
Entscheidungsgründe:

I.1. Das Berufungsgericht ist nach eidlicher Vernehmung
des Geschäftsführers der Beklagten als Partei zu dem
Ergebnis gelangt, die Parteien hätten abweichend von dem
schriftlichen Vertrag vom 17. September 1975 vereinbart,
daß dem Kläger erst vom 1. März 1976 an das Gehalt gezahlt
werden solle. Es hat ausgeführt, schon nach den Umständen
spreche eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Parteien
eine solche Vereinbarung getroffen hätten. Vor allem die
pauschale Vergütung des Klägers für seine Mitarbeit bei der

-5-



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



- 5 -

Gründung der Beklagten gemäß der Abrechnung vom 5. April 1976 deute darauf hin. Denn diese Vergütung müsse sich auf die Zeit bis zum Beginn der Gehaltszahlungen ab 1. März 1976 beziehen, da sonst unverständlich bleibe, warum nicht auch die Gehälter des Klägers bis Februar 1976 in die Abrechnung einbezogen worden seien. Für die Annahme eines unverbindlichen Zahlenspiels bestehe kein Anhalt. Schließlich falle auf, daß der Kläger die rückständigen Gehälter, obwohl nach eigenem Vortrag dringend darauf angewiesen, nicht sogleich gefordert habe und daß er die Entgeltbescheinigung für die Rentenversicherung nicht umgehend überprüft und das dort angegebene Datum des 1. März 1976 als Beginn des Arbeitsverhältnisses beanstandet habe.

2. Die Revision rügt die Verletzung des § 448 ZPO. Sie führt aus, das Berufungsgericht habe den Vertrag vom 17. September 1975 nicht richtig gewürdigt und die Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten als Partei überraschend angeordnet, obwohl die Beklagte beweisbelastet gewesen sei. Das Berufungsgericht habe von seinem Ermessen daher einen fehlerhaften Gebrauch gemacht.

II.1. Gemäß § 448 ZPO kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast die Vernehmung einer Partei oder auch beider Parteien anordnen, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichen, seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Die Anordnung setzt voraus, daß bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung der zu vernehmenden Partei besteht (BGH LM Nr. 4 zu § 448 ZPO = MDR 1965, 287; BGH LM Nr. 5 zu § 448 ZPO = JZ 1976, 214 = MDR 1976, 483; BGH VersR 1969, 220; BAG AP Nr. 1 zu § 448 ZPO [zu II 2 der Gründe]; BAG AP Nr. 1 zu § 628 BGB [Bl. 2 R]; BAG AP Nr. 68 zu § 4 TVG Ausschlußfristen).

-6-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Hiernach ist es grundsätzlich Sache des Tatsachengerichts zu entscheiden, ob es eine Beweisanordnung nach § 448 ZPO trifft. Dabei hat es den festgestellten Sachverhalt zu bewerten. Kommt es zu der Überzeugung, daß die geforderte Wahrscheinlichkeit besteht, so liegt es in seinem Ermessen, von den Möglichkeiten des § 448 ZPO Gebrauch zu machen oder nicht. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob der Tatrichter die Grenzen seines Ermessens verkannt oder von ihm einen fehlerhaften Gebrauch gemacht hat.

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Anordnung des Berufungsgerichts, den Geschäftsführer der Beklagten als Partei zu vernehmen, nicht rechtsfehlerhaft.

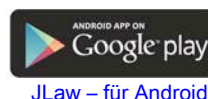
a) Das Berufungsgericht hat Tatsachen festgestellt, aus denen es eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Darstellung der Beklagten entnehmen konnte. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Abrechnung vom 5. April 1976 herangezogen, wonach der Kläger für seine Mitarbeit bei der Gründung der Beklagten vergütet worden ist. Die vom Berufungsgericht aus dieser Urkunde gezogenen Schlußfolgerungen sind nicht zu beanstanden. Die Zahlung der 4.000,-- DM und der in der Abrechnung angegebene Verwendungszweck sprechen dafür, daß der Kläger statt der ursprünglich vereinbarten Vergütung für die Dauer des Anlaufs des Geschäftsbetriebs der Beklagten pauschal entlohnt werden sollte. Überzeugend ist der Hinweis des Berufungsgerichts, daß andernfalls nicht verständlich wäre, warum nicht etwaige rückständige Gehälter aufgenommen wurden. Auch der Kläger hat hierfür keine plausible Erklärung gegeben. Für die Aufnahme eventueller weiterer Forderungen des Klägers hätte umsomehr Anlaß bestanden, als die Abrechnung mit einem Saldo zu seinen Lasten abschloß.

b) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

-7-



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



- 7 -

Zwar ist es richtig daß die Abrechnung vom 5. April 1976 von dem Geschäftsführer der Beklagten unter seiner Firma Immobilien van D unterzeichnet ist. Daraus läßt sich aber nicht schließen, die Abrechnung betreffe nur das Verhältnis des Klägers zu dem Geschäftsführer der Beklagten persönlich in seiner Eigenschaft als Inhaber der Firma van D. Maßgebend ist der angegebene Zahlungszweck, also die Vergütung des Klägers für die Mitarbeit bei der Gründung der Beklagten. Insoweit ist die Urkunde eindeutig.

In der Urkunde findet auch die weitere Annahme der Revision keine Stütze, das Pauschalhonorar sei nur für die Zeit vor der eigentlichen Gründung der Beklagten, also bis zum 30. September 1975 gezahlt worden. Die Abrechnung enthält eine Reihe ganz verschiedener Positionen. Der Abrechnungszeitraum ist angegeben, er reicht bis zum 31. März 1976 und geht somit über das Gründungsdatum hinaus. Schließlich ist es unerheblich, daß die Abrechnung mit "Provisionsabrechnung" überschrieben ist, da sie zum Teil eindeutig auch Vergütungen anderer Art betrifft.

III. Die weiteren Angriffe der Revision richten sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, Anhaltspunkte für den Sachvortrag der Beklagten seien auch darin zu sehen, daß der Kläger die Gehaltsrückstände nicht umgehend nach seinem Ausscheiden bei der Beklagten schriftlich geltend gemacht und er auch die Entgeltbescheinigung für die Rentenversicherung nicht beanstandet habe. Es kann offen bleiben, ob sich hieraus aussagekräftige Indizien für die von der Beklagten behauptete Vertragsänderung herleiten ließen. Das Berufungsgericht hat diese Umstände zwar genannt, ihnen jedoch kein Gewicht beigemessen, sondern sie nur unterstützend herangezogen und betont, daß es die Parteivernehmung des Geschäftsführers der Beklagten bereits allein aufgrund der Abrechnung vom 5. April 1976 für angezeigt gehalten habe. Dies reichte, wie ausgeführt, für die Anwendung des § 448 ZPO aus.

Dr. Thomas

Dr. Heither

Griebeling

H. Polcyn

Frey



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

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