

30. Juni 1960

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die Sammlung! nein

Gesetz: HGB §§ 63, 65; BGB §§ 133, 157, 611 Direktionsrecht

Leitsätze:

1. Zu dem nach § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB während unverschuldeter Krankheit des Arbeitnehmers weiterzuzahlenden "Gehalt" gehören auch Umsatzprovisionen, zu deren Zahlung sich der Arbeitgeber verpflichtet hat.
2. Veranlaßt ein Arbeitgeber einen auf Provisionsbasis tätigen Angestellten, vorübergehend einen anderen, nicht auf Provisionsbasis tätigen, Arbeitnehmer zu vertreten, so liegt darin regelmäßig die Zusicherung des Arbeitgebers, daß dem Angestellten die entgangene Provision für die Dauer der Vertretung weitergezahlt wird.
3. Läßt sich ein auf Provisionsbasis tätiger Angestellter widerspruchslos und ohne Fortzahlung seiner Provision wiederholt auf die Vertretung eines Arbeitnehmers ein, der nicht auf Provisionsbasis arbeitet, so liegt darin regelmäßig eine vertragliche Absprache dahin, daß er während der Dauer der Vertretung keine Provision beanspruchen kann.

Aktenzeichen: 5 AZR 48/59

Urteil des BAG vom 30. Juni 1960

LAG Baden-Württemberg
(Stuttgart)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 48/59
III Sa 43/58 Baden-Württemberg
(Stuttgart)

Im Namen des Volkes!

Verkündet
am 30. Juni 1960

gez. Weinrich,

Regierungssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30. Juni 1960 durch die Bundesrichter Dr. Stumpf, Dr. Holschemacher und Dr. Meier-Scherling sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Dr. Schneider und Dr. E. Frey für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg, Außenkammern Stuttgart, III. Kammer, vom 14. Oktober 1958 - III Sa 43/58 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Beklagte zur Zahlung verurteilt hat. Das Urteil des Arbeitsgerichts in Stuttgart, Kammer Va, vom 30. April 1958 - Va Ca 157/58 - wird wie folgt geändert und neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 371,76 DM brutto - in Worten: Dreihunderteinundsiebzig 76/100 D-Mark - zu zahlen.
Im übrigen wird und bleibt die Klage abgewiesen.

2. Im übrigen werden Berufung und Revision der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Beklagten zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Parteien wie folgt:
- a) Von den Kosten der ersten und zweiten Instanz tragen der Kläger 2/3 und die Beklagte 1/3.
 - b) Von den Kosten der Revision tragen der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3.

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

Tatbestand:

Der Kläger war in der Zeit vom 1. April 1954 bis zum 29. Januar 1958 in einer Zweigniederlassung der Beklagten - einer Möbelgroßhandlung - als kaufmännischer Angestellter tätig. Am 29. Januar 1958 wurde er fristlos entlassen. Sein Monatsgehalt betrug im Jahre 1956 275,-- DM, im Jahre 1957 305,-- DM. Daneben erhielt er für alle von ihm getätigten Verkäufe eine Umsatzprämie. Im Jahre 1956 erhielt er an Prämien insgesamt 4.123,83 DM, im Jahre 1957 4.750,-- DM.

Der Kläger hat nach seiner am 29. Januar 1958 erfolgten fristlosen Entlassung mit der Ende März 1958 erhobenen Klage von der Beklagten - soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist - Zahlung von 3 Posten im Gesamtbetrage von 581,91 DM brutto verlangt. Im einzelnen handelt es sich dabei um folgende - rechnerisch unstreitige - Beträge:

Posten 1:

Der Kläger war in der Zeit vom 6. Mai bis 16. Mai 1957 wegen Krankheit arbeitsunfähig. Für diese Zeit zahlte ihm die Beklagte keine Umsatzprämie. Der Kläger hat für die Krankheitszeit Zahlung einer nach dem kalendertäglichen Jahresdurchschnitt von 1957 ermittelten täglichen Umsatzprämie von 14,01 DM = 11 x 14,01 DM = 154,11 DM verlangt.

Posten 2:

In den Jahren 1956 und 1957 hatte der Kläger den wegen Urlaubs abwesenden und in der Expedition - also im Innendienst - der Beklagten tätigen Angestellten M an je

- 3 -

15 Urlaubstagen vertreten, ohne für diese Tage Umsatzprovision zu erzielen. Für diese Zeit hat der Kläger Zahlung der kalendertäglich von ihm in den Jahren 1956 und 1957 erzielten Durchschnittsprovision, für 1956 = 15 x 11,75 DM = 176,25 DM, für 1957 = 15 x 14,01 DM = 210,15 DM, verlangt.

Posten 3:

Der Kläger hat behauptet, ab 1. Januar 1958 habe ihm die Beklagte eine Erhöhung seines monatlichen Festgehalts von 305,-- DM auf 350,-- DM zugesagt. Da ihm für Januar 1958 von der Beklagten nur ein Festgehalt von 305,-- DM gewährt wurde, hat er Zahlung des Differenzbetrages von 41,40 DM verlangt.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag hinsichtlich der Klageposten 1 und 2 behauptet, die dem Kläger und den übrigen Verkäufern gewährte Umsatzprovision sei von ihr freiwillig und ohne Rechtspflicht gezahlt worden. Daraus hat sie in rechtlicher Beziehung hergeleitet, daß während seiner Krankheit und während der Vertretung des Angestellten M der Kläger keine Umsatzprovision beanspruchen könne.

Hinsichtlich des Klagepostens 3 hat sie behauptet, die Gehaltserhöhungen ab Januar 1958 seien nur "bewährten Kräften" zugesagt gewesen. Dazu habe der Kläger nicht gehört, weil die am 29. Januar 1958 geschehene fristlose Entlassung auf sittliche Verfehlungen des Klägers zurückzuführen sei. Hinsichtlich aller Klageposten hat die Beklagte geltend gemacht, sämtliche Ansprüche des Klägers seien jedenfalls verwirkt oder durch Verzicht erloschen.

In den beiden Vorinstanzen hatte der Kläger Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

- 4 -



Entscheidungsgründe:

1) Für die Berechtigung des Klagepostens 1 - Provisionsfortzahlung während der Krankheit des Klägers - ist das Landesarbeitsgericht zutreffend von § 63 Abs.1 HGB ausgegangen.

a) Nach § 63 Abs.1 Satz 1 HGB behält ein Handlungsgehilfe seinen Anspruch auf "Gehalt" für die Dauer von 6 Wochen, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Dienstleistung verhindert ist. Dieser Anspruch des Handlungsgehilfen ist nach § 63 Abs.1 Satz 2 HGB unabdingbar.

Davon, daß die Krankheit des Klägers unverschuldet und damit ein unverschuldetes Unglück im Sinne von § 63 Abs.1 Satz 1 HGB war, gehen die Parteien und das Landesarbeitsgericht offensichtlich als unstreitig aus. Dann bleibt nur noch die Frage, ob zu dem Gehalt des Klägers auch die durchschnittliche Umsatzprovision für diese Tage gehörte. Auch das ist zu bejahen.

Nach den vom Landesarbeitsgericht auf Grund der Vernehmung des Zeugen G getroffenen tatsächlichen Feststellungen war dem Kläger Umsatzprovision für alle von ihm getätigten Verkäufe von der Beklagten zugesichert worden. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sind von der Revision begründete Rügen im Sinne von § 554 Abs.3 Ziffer 2 b ZPO nicht erhoben worden. Ihre von den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts abweichende Beweiswürdigung dahingehend, die Beklagte habe die Provision nur freiwillig gewährt, ist für die Revisionsinstanz unbeachtlich (§ 561 Abs.2 ZPO).

Es ist somit für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß der Kläger einen vertraglich begründeten Rechtsanspruch auf Umsatzprovision hatte. Ein solcher Umsatzprovisionsanspruch rechnet auch zum Begriff des "Gehaltes" im Sinne von § 63 Abs.1 Satz 1 HGB. Das entspricht seit dem Jahre 1937 der ganz herrschenden Ansicht in Rechtsprechung (vgl. RAG ARS 29, 6 ff. mit zustimmender Anmerkung von Hueck; RAG ARS 30, 123 126 ebenfalls mit Anm. von



187

Hueck; BAG AP Nr. 4 zu § 63 HGB mit zustimmender Anmerkung von Herfermehl; BAG 6, 23 30 = AP Nr. 1 zu § 39b HGB mit zustimmender Anm. von Hefermehl; BAG, Urteil des Fünften Senats vom 19. Mai 1960 - 5 AZR 30/58 -) und Rechtslehre (vgl. Staudinger-Nipperdey, Dienstvertrag, 11. Aufl., 1958, § 616 Bem. 32; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. 1, 1959, § 44 III 1 b Fußnote 58 S. 308; Nikisch, ArbR, 2. Aufl., Bd. 1, 1955, S. 509 zu Fußnote 32). Hiervon eine Abweichung in Betracht zu ziehen, gibt der vorliegende Fall keinen Anlaß. Der Sinn des § 63 Abs. 1 HGB geht dahin, dem kaufmännischen Angestellten während der Dauer der Krankheit mindestens für 6 Wochen das Einkommen zu sichern, mit dem er ohne Krankheit rechnen konnte. Diese Sinngebung trifft nicht nur für Festbezüge, sondern auch für Provision zu.

b) Der somit vom Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei bejahte Streitposten 1 ist auch nicht verwirkt. Für die Annahme einer Verwirkung ist, neben anderem, erforderlich, daß bei der Beklagten der Vertrauenstatbestand entstanden ist, der Kläger werde den Streitposten 1 nicht geltend machen (statt aller vgl. BAG 6, 165 168 = AP Nr. 9 zu § 242 BGB Verwirkung mit Anm. von Larenz). Dafür, daß solche Umstände gegeben gewesen seien, hat die Beklagte nichts vorgetragen. Somit hat das Landesarbeitsgericht den Streitposten 1 dem Kläger mit Recht zuerkannt, so daß die dagegen erhobene Revision der Beklagten zurückzuweisen ist.

2) Für die Berechtigung des Klagepostens 2 - Provision für die zweimalige Vertretung des Angestellten M durch den Kläger - hat das Landesarbeitsgericht eine Anspruchsgrundlage nicht erörtert.

a) § 63 Abs. 1 HGB und der auch für Handlungsgehilfen ebenfalls in Betracht zu ziehende § 616 Abs. 1 BGB scheiden als Anspruchsgrundlagen aus. Denn diese Vorschriften gehen von dem Fall einer Arbeitsverhinderung infolge



- 6 -

eines unverschuldeten "Unglücks" (§ 63 Abs.1 Satz 1 HGB) und infolge eines in der "Person" des Arbeitnehmers liegenden Grundes (§ 616 Abs.1 Satz 1 BGB) aus. Davon kann für den hier zu entscheidenden Fall der Umsetzung des Klägers von einer Tätigkeit, die teilweise Provision abwarf, auf eine Tätigkeit ohne Provisionsmöglichkeit keine Rede sein.

b) Da der Kläger bei der Beklagten als Verkäufer angestellt war und ihm für die von ihm getätigten Geschäfte von der Beklagten Provision zugesichert war, so hatte er damit nach seinem Vertrag auch einen Anspruch darauf, von der Beklagten dergestalt beschäftigt zu werden, daß er provisionspflichtige Geschäfte tätigen und damit Provisionen verdienen konnte. Ohne besondere vertragliche Absprache brauchte er eine andere Tätigkeit nicht oder - in zumutbarem Umfang - nur dann zu übernehmen, wenn er sich dabei vergütungsmäßig nicht verschlechterte, d.h. also für den hier in Rede stehenden Fall, wenn ihm auch während der Dauer der andersgearteten Tätigkeit die ihm zugesicherten, der Größenordnung nach nicht unerheblichen Provisionen erhalten blieben (vgl. auch BAG, Urteil des Zweiten Senates vom 17.Dezember 1959 - 2 AZR 45/59 - AP Nr. 80 zu § 1 TVG Auslegung mit Anm. von Hueck mit weiteren Nachweisen). Denn das Arbeitsverhältnis ist trotz seines personalen Charakters durch den wirtschaftlichen Austausch der vom Arbeitnehmer versprochenen Arbeitsleistung gegen eine entsprechende Vergütung geprägt (BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG mit Anm. von Hueck; BAG (GrS) AP Nr. 21 zu § 616 BGB Ziffer B IV der Gründe mit zustimmender Anm. von Hueck in AP Anm. III 3 zu Nr. 22 zu § 616 BGB). Dieser Gesichtspunkt verbietet dem Arbeitgeber auch, ohne vertragliche Berechtigung die Umsetzung eines Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz mit verminderter Vergütung vorzunehmen.

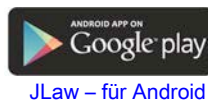
Dieser Gesichtspunkt führt dazu, daß ein Arbeitgeber, der einem ganz oder - wie hier - in erheblichem

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Umfang auf Provisionsbasis angestellten Arbeitnehmer eine nicht mit Provisionseinkünften verbundene vorübergehende Vertretung eines anderen Arbeitnehmers ansinnt, nach den Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157 BGB damit dem Arbeitnehmer auch zusichert, er werde dadurch nicht finanziell schlechter gestellt sein. Denn vernünftigerweise kann der Arbeitgeber nicht annehmen, daß ein auf Provisionsbasis arbeitender Angestellter widerspruchslös nicht unerhebliche Provisionsverluste lediglich deshalb hinnimmt, weil er einen anderen Arbeitnehmer im Innendienst vertreten soll.

c) Für den hier in Rede stehenden ersten Vertretungsfall im Jahre 1956 steht nun nicht fest, daß die Beklagte, als sie dem Kläger die Vertretung des Angestellten M ansann und der Kläger darauf einging, etwas anderes erklärt hätte als das, was nach dem soeben Erörterten allgemein in einem solchen Verhalten eines Arbeitgebers nach den Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157 BGB gesehen werden kann. Das führt gegen die Beklagte zu der Annahme, daß sie dem Kläger gegenüber erklärt hat, er werde für die Dauer seiner Vertretung nicht schlechter gestellt, als wenn er auf Provisionsbasis weiter gearbeitet hätte. Daraus ergibt sich die Berechtigung des Klägers, für diese Zeit die ihm entgangene Provision in der rechnerisch zwischen den Parteien nicht mehr streitigen Höhe von 176,25 DM zu verlangen.

Diese Forderung des Klägers ist ebenfalls nicht verwirkt. Insoweit kann auf das oben zu Ziffer 1 b dieser Entscheidungsgründe Gesagte verwiesen werden. Die Revision der Beklagten ist somit insoweit ebenfalls unbegründet.

d) Anders verhält es sich mit dem zweiten Vertretungsfall im Jahre 1957. Nachdem der Kläger nach der im Jahre 1956 erfolgten Vertretung M erfahren hatte, daß die Beklagte für diese Zeit keine Provision zahlte, und er sich dagegen auch nicht gewehrt hatte, konnte er über die Bedeutung des im Jahre 1957 an ihn



- 8 -

erneut gestellten Verlangens der Beklagten, M wiederum zu vertreten, nicht im Zweifel sein. Nach allen Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157 BGB konnte er das Verlangen der Beklagten nur so verstehen, daß sie ihm damit eine entsprechende vertragliche Abänderung des Arbeitsvertrages dahin ansann, daß er während der Vertretung M keine Provision zu beanspruchen habe. Wenn er sich hierauf trotz der trüben Erfahrungen aus dem Jahre 1956 widerspruchslos einließ, weder vorher noch nachher die ihm entgangene Provsion reklamierte, so muß er sein Verhalten als Einverständnis in die ihm ange-sonnene Vertragsänderung gegen sich gelten lassen. Deshalb ist sein aus der Vertretungstätigkeit für das Jahr 1957 hergeleiteter Vergütungsanspruch in Höhe von 210,15 DM unbegründet, und insoweit hat die Revision der Beklagten entsprechenden Erfolg.

3) Hinsichtlich des Streitpostens 3 - Gehaltsdifferenz für Januar 1958 - hat das Landesarbeitsgericht als erwiesen angesehen, für Januar 1958 habe die Beklagte allen "bewährten" Mitarbeitern eine Gehaltserhöhung zugesagt. Ausweislich seiner Verkaufserfolge sei der Kläger ein "bewährter" Angestellter gewesen. Sein zum Anlaß der Kündigung genommenes späteres unsittliches Verhalten habe ihm den ihm bis dahin zustehenden erhöhten Gehaltsanspruch nicht nehmen können. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts läßt einen revisiblen Rechtsfehler nicht erkennen. Wenn das Landesarbeitsgericht die Erklärung der Beklagten, allen "bewährten" Mitarbeitern sei für Januar 1958 eine Gehaltserhöhung zugesagt, dahin auslegt, damit seien die Mitarbeiter gemeint, die nach ihren Verkaufserfolgen zufriedenstellende Ergebnisse auswiesen, und für die Gehaltserhöhung sei unerheblich, ob "später" Verfehlungen seitens der so angesprochenen Angestellten begangen oder bei ihnen aufgedeckt werden, so ist das denkgesetzlich und nach den Regeln der Erfahrung möglich, und es ist bei dieser vom Landesarbeitsgericht getroffenen Annahme auch ein Auslegungsverstoß



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



nicht zu erkennen.

Somit hat das Revisionsgericht von dieser vom Landesarbeitsgericht getroffenen Auslegung auch auszugehen (§ 561 Abs.2 ZPO). Damit ergibt sich der Streitposten 3 aber ohne weiteres als vertraglicher Gehaltsanspruch des Klägers. Verwirkt ist dieser Anspruch des Klägers ebenfalls nicht. Insoweit wird auf das oben zu Ziffer 1 b dieser Entscheidungsgründe Ausgeführte vollinhaltlich verwiesen. Die gegen die insoweit geschehene Verurteilung erhobene Revision der Beklagten ist daher unbegründet.

4) Zusammengefaßt ergibt sich somit, daß der Kläger den Streitposten 1 in Höhe von 154,11 DM voll, aus dem Streitposten 2 dagegen lediglich den Betrag von 176,25 DM sowie den Streitposten 3 wiederum in voller Höhe von 41,40 DM, insgesamt somit 371,76 DM zu beanspruchen hat. Im übrigen ist seine Klage unbegründet.

Aus Gründen der Klarstellung ist es zulässig und zweckmäßig, im Tenor des Revisionsurteils zusammenfassend auszusprechen, inwieweit der Kläger obgesiegt hat und unterlegen ist.

gez. Dr. Stumpf Dr. Holschemacher Dr. Meier-Scherling

Dr. Schneider Dr. Erich Frey

