

15. Nov. 1959

Matthias Prinz
Rechtsanwalt

www.prinz.law

113

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

Gesetz: GewO §§ 133 aa, 133 ab; HGB § 68; Zweite Verordnung zur Neuregelung der im HGB und in der GewO vorgesehenen Gehaltsgrenzen vom 23. Oktober 1923 (RGBl. I, 990) § 3

Leitsätze:

1. § 133 ab GewO ist geltendes Recht.
2. Für die Bestimmung der nach § 133 ab Abs. 1 GewO maßgeblichen Gehaltsgrenze sind die vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Preisindexzahlen für die Lebenshaltung, die die heutigen DM-Preise mit den RM-Preisen von 1938 vergleichen, heranzuziehen.
3. Dabei bleiben Trennungsentschädigungen außer Betracht.

Aktenzeichen: 2 AZR 529/56

Urteil des BAG vom 5. November 1959

LAG

Hamm/Westfalen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

AZR 529/56

Sa 419/56 Hamm

erklärt

am 5. November 1959

Dr. Weinrich,

Regierungssekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

115

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. November 1959 durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundesrichter Dr. Meier-Scherling und Dr. Stumpf sowie die Bundesarbeitsrichter Zeilinger und Dr. Eck für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm/Westf., 4. Kammer, vom 24. August 1956 - 4 Sa 419/56 - wird zurückgewiesen. Die Kosten der Revision trägt die Beklagte.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger wurde von der Beklagten ab 1. Januar 1956 als Betriebsingenieur für die Stangen- und Drahtzieherei der Beklagten eingestellt. Das vom Kläger bestätigte Einstellungsschreiben der Beklagten vom 29. November 1955 lautete in seinem hier interessierenden Teil wie folgt:

"Wir waren uns bereits einig, eine angemessene Probezeit vorzusehen, die wir auf 1/2 Jahr bemessen möchten. Innerhalb dieser Frist soll eine etwaige Lösung des Arbeitsverhältnisses beiderseits mit dreiwöchiger Kündigung möglich sein. Als Gehalt würden wir Ihnen monatlich

DM 1.000,-- (Eintausend DM)

zahlen, wobei wir die Abgeltung für getrennte Haushaltsführung einbezogen haben. Mit Ablauf der Probezeit gelten für das Arbeitsverhältnis die üblichen Bestimmungen einer sechswöchigen Kündigung zum Quartalsschluß bei dreiwöchigem Urlaub (18 Werktagen)"

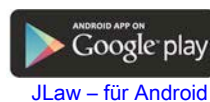
Am 9. April 1956 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. April 1956.

Der Kläger hat geltend gemacht, gemäß § 133 aa Abs. 1 und 2 GewO habe ihm nur mit Monatsfrist zum Monatsende gekündigt werden können. Diese Vorschrift werde auch nicht durch § 133 ab Abs. 1 GewO ausgeschlossen; sein Gehalt habe eine Trennungsentschädigung enthalten, die mit mindestens 100,-- DM monatlich anzusetzen sei, und nach dem Abzug der Trennungsentschädigung überschreite sein Gehalt nicht die in § 133 ab Abs. 1 GewO vorgesehene Grenze. Mit der Anfang Mai 1956 erhobenen Klage hat er in erster Instanz beantragt festzustellen, daß durch die Kündigung vom 9. April 1956 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden ist. Auf das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts hin hat er in der Berufungsinstanz Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 1.000,-- DM für den Monat Mai 1956 verlangt. Die Beklagte hat zu ihren beidinstanzlichen Klageabweisungsanträgen geltend gemacht, gemäß § 133 ab Abs. 1 GewO habe dem Kläger in der geschehenen Weise mit Dreiwochenfrist gekündigt werden können, weil das mit ihm vereinbarte Gehalt die nach dieser Vorschrift zu beachtende Mindestgrenze überschreite. Sie hat behauptet,

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

in dem mit dem Kläger vereinbarten Gehalt sei keine Trennungsentschädigung enthalten gewesen, was schon daraus hervorgehe, daß nicht die Absicht bestanden habe, das Gehalt des Klägers bei Umzug zu reduzieren. Mit der in dem oben mitgeteilten Anstellungsschreiben gewählten Formulierung habe sie lediglich zum Ausdruck bringen wollen, daß außer dem reichlich bemessenen Gehalt keine sonstigen Zuwendungen vorgesehen seien, da sie und andere Firmen wiederholt die Erfahrung gemacht hätten, daß Neueingestellte zunächst auf die Einstellungsbedingungen eingegangen seien, später dann aber besondere Zuwendungen erstrebt hätten.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 1.000,-- DM verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Die Berechtigung des Klagebegehrens hängt, was das Landesarbeitsgericht nicht erörtert hat, wovon es aber möglicherweise ausgeht, gemäß § 615 Satz 1 BGB davon ab, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien für den Monat Mai 1956 fortbestanden und der Kläger die Beklagte nach näherer Maßgabe der §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug gesetzt hat, Daß der Kläger die Beklagte in Annahmeverzug gesetzt hat, hat das Landesarbeitsgericht nicht ausdrücklich festgestellt. Aus den in seinen Entscheidungsgründen in Bezug genommenen Prozeßakten ergibt sich jedoch, daß der Kläger bereits mit Datum vom 26. April 1956 dem Arbeitsgericht mitgeteilt hat, er erhebe hiermit zur Fristwahrung gegen die Beklagte Kündigungswiderrufsklage, bitte aber um Aussetzung des Verfahrens, da noch eine außergerichtliche Einigung zu vermuten sei. Dieses Schreiben des Klägers in Verbindung mit der dann am 12. Mai 1956 geschehenen Klageeinreichung gibt einen hinlänglichen tatsächlichen Anhalt dafür, daß der Kläger der Beklagten seine Dienste nach näherer Maßgabe der §§ 293 ff. BGB angeboten hat.

Somit hängt die Berechtigung des Klagebegehrens nur noch davon ab, ob trotz der Kündigung vom 9. April 1956



- 4 -

das Arbeitsverhältnis der Parteien über den 30. April 1956 hinaus während des Monats Mai 1956 fortbestanden hat. Ein Wirksamwerden der Kündigung vom 9. April 1956 aus dem Gesichtspunkt der nicht fristgerechten Klageerhebung gemäß § 6 KSchG scheidet dabei klar aus, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien noch keine sechs Monate bestand und somit die Zeitvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 KSchG für eine Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes nicht gegeben sind, die Kündigung vom 9. April 1956 zudem auch gar nicht aus dem Gesichtspunkt der Sozialwidrigkeit, sondern ausschließlich wegen Nichtwahrung der erforderlichen Frist angegriffen wird (§ 11 Abs. 4 KSchG).

2. Das Landesarbeitsgericht hat den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Parteien während des Monats Mai bejaht.

Es hat ausgeführt, gemäß § 133 aa Abs. 1 und Abs. 2 GewO könne bei gewerblichen Angestellten nur eine beiderseitig gleiche Mindestkündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende vereinbart werden, und daher wirke die Kündigung vom 9. April 1956 erst zum 31. Mai 1956.

Es hat weiter ausgeführt, durch § 133 ab Abs. 1 GewO werde hieran nichts geändert. Es sei schon zweifelhaft, ob diese Vorschrift überhaupt noch als gültiges Recht angesprochen werden könne, da sie auf Vorstellungen beruhe, von denen angesichts der inzwischen eingetretenen sozialen Strukturwandlungen nicht mehr ausgegangen werden könne. Auch müßten gegen eine Anwendung von § 133 ab Abs. 1 GewO Bedenken daraus hergeleitet werden, daß die gemäß § 3 der Zweiten Verordnung zur Neuregelung der im HGB und in der GewO vorgesehenen Gehaltsgrenzen vom 23. Oktober 1923 (RGBl. I, 990) bei § 133 ab Abs. 1 GewO zu berücksichtigende "Reichsindexziffer für Lebenshaltungskosten" zuletzt für 1938 festgestellt worden sei. Wenn man die zuletzt für 1938 festgestellte Reichsindexziffer mit den heutigen vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Preisindexziffern für Lebenshaltungskosten multipliziere, um die für § 133 ab Abs. 1 GewO maß-

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gebliche Grenze zu gewinnen, gehe man möglicherweise von anderen statistischen Unterlagen aus als bei der Reichsindexziffer im Sinne der Verordnung vom 23. Oktober 1923.

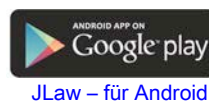
Es hat schließlich ausgeführt, selbst wenn man die nach § 133 ab Abs. 1 GewO maßgebliche Grenze dadurch errechne, daß man die Reichsindexziffer von 1938 (125,6) mit der Preisindexzahl von 1956 (175) multipliziere und damit zu einer für § 133 ab Abs. 1 GewO maßgeblichen Gehaltsgrenze von 10.990,-- DM komme, so erreiche das Gehalt des Klägers diesen Betrag nicht; denn es enthalte in Wahrheit einen monatlichen Betrag von 100,-- DM als Unkostenbeitrag für das Getrenntleben des Klägers. Dieser sei bei der Errechnung der in § 133 ab Abs. 1 GewO maßgeblichen Gehaltsgrenze nicht zu berücksichtigen. Das echte Gehalt des Klägers betrage somit nur $12 \times 900,-- \text{ DM} = 10.800,-- \text{ DM}$, womit es unter der dann nach § 133 ab Abs. 1 GewO maßgeblichen Grenze bleibe, so daß § 133 ab Abs. 1 GewO nicht zur Anwendung komme, und es bei der Mindestkündigungsfrist des § 133 aa Abs. 1 und 2 GewO für das Arbeitsverhältnis der Parteien verbleibe.

3. Im Ergebnis ist dem Landesarbeitsgericht beizutreten.

a) Soweit das Landesarbeitsgericht grundsätzlich Zweifel hegt, § 133 ab Abs. 1 GewO überhaupt zur Anwendung zu bringen und damit die rechtliche Möglichkeit der Zulässigkeit einer kürzeren Kündigungsfrist, als in § 133 aa Abs. 1, 2 GewO geregelt, überhaupt in Betracht zu ziehen, kann ihm freilich nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat trotz vor nicht allzu langer Zeit ergangenen Änderungen des Titels VII der Gewerbeordnung (Gesetz vom 29. September 1953 - BGBl. I, 1459) weder den § 133 ab GewO noch auch trotz einer Reihe von neuerlichen Änderungen des Handelsgesetzbuches die dem § 133 ab GewO inhaltlich voll entsprechende Vorschrift des § 68 HGB geändert. Damit ist der gesetzgeberische Geltungswille für diese Vorschriften eindeutig. Eine gegenteilige Ansicht würde schroff außer acht lassen, daß der Gesetzgeber, der ein Gesetz teilweise



abändert, durch die Nichtabänderung von Teilen desselben Gesetzes den Rechtsgeltungswillen der nicht abgeänderten Gesetzesteile mit der erforderlichen Rechtsklarheit zum Ausdruck bringt. Diesem Umstand muß das an das Gesetz gebundene Gericht (Art. 20 Abs. 3 GG) gewichtige Bedeutung beimessen. Im übrigen haben sich, wenn man den eben erwähnten Gesichtspunkt einmal außer Betracht lassen will, auch die tatsächlichen Verhältnisse entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts keineswegs so entscheidend geändert, daß eine vom Gesetzeswortlaut abweichende und damit abändernde Rechtsfindung (vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 15. Aufl., Bd. I, 1959, § 51 II 4 d S. 320) in Betracht gezogen werden könnte. Die dem § 68 Abs. 1 HGB nachgebildete (vgl. Landmann-Rohmer, GewO, Bd. II, 11. Aufl., 1956, § 133 aa Anm. 1) Vorschrift des § 133 ab Abs. 1 GewO geht neben anderem (vgl. Boldt-Steffens, GewO, 1955, § 133 ab Anm. 1) davon aus, daß höher bezahlte Angestellte ihre Kündigungsbedingungen mit dem Arbeitgeber frei ausgestalten können, also in der Regel in der Lage sind, sich vor der Vereinbarung unangemessen kurzer Kündigungsfristen durch Herbeiführung entsprechender Abmachungen selbst zu schützen und deshalb des Mindestkündigungsschutzes des § 133 aa Abs. 1 und Abs. 2 (§ 67 Abs. 1 und Abs. 2 HGB) entbehren können. Diese Grundvorstellung des Gesetzgebers findet auch heute noch in der sozialen Erfahrungswelt ihre Bestätigung. Die seit Erlaß des § 133 ab GewO zweifellos gegebenen Strukturwandlungen unseres Sozial- und Arbeitslebens haben insoweit zu einer Änderung geführt, daß die Zahl der höher bezahlten Angestellten, absolut und prozentual genommen, größer geworden ist, als das bei Einführung der §§ 133 ab GewO, 68 HGB der Fall war. Trotzdem bleibt von der gesetzlichen Konzeption bestehen, daß höher bezahlte Angestellte nach wie vor regelmäßig durchaus in der Lage sind, eine ihnen notwendig erscheinende Kündigungssicherung in einem solchen Umfang auszuhandeln, daß sie des Mindestkündigungsschutzes der §§ 133 aa GewO, 67 HGB entbehren können. Sie sind auch keinesfalls weniger mündig und schutzbedürftiger als die höher bezahlten Angestellten um die Jahr-



hundertwende. Diese Überlegungen genügen, um darzulegen, daß § 133 ab GewO grundsätzlich noch Geltung beanspruchen kann. Wenn, wie das Landesarbeitsgericht meint, heute auch ein Facharbeiter einen Lohn verdienen kann, der die hier in Rede stehende Grenze überschreitet, ändert dies nichts daran, daß der Fortgeltungswille des § 133 ab Abs. 1 GewO besteht und daß die der Regelung zu Grunde liegende Vorstellung nach wie vor wirksam und zutreffend ist.

Soweit die Feststellung einer Reichsindexziffer für Lebenshaltungskosten gemäß § 3 der Zweiten Verordnung zur Neuregelung der im Handelsgesetzbuch und in der Gewerbeordnung vorgesehenen Gehaltsgrenzen vom 23. Oktober 1923 - RGBI. I, 990 - nicht mehr erfolgt, ist das ebenfalls kein Grund, um § 133 ab GewO nicht mehr anzuwenden. Der soeben festgestellte, doch nach seiner grundlegenden Seite bestehende Fortgeltungswille des Gesetzes gebietet es, nachdem die Reichsindexziffern ausbleiben, im Wege der ergänzenden Gesetzesauslegung die mit § 133 ab GewO ins Auge gefaßten Gehaltsgrenzen nach ähnlichen Gesichtspunkten zu bestimmen, wie sie den Reichsindexziffern zu Grunde lagen. Hier bieten sich die Preisindexziffern des Statistischen Bundesamtes für die Lebenshaltung, die die heutigen DM-Preise mit den RM-Preisen von 1938 vergleichen, geradezu an. Das öffentliche Leben hat sich seit Kriegsende daran gewöhnt, für zahlreiche ähnlich gelagerte Fragen von den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Preisindexzahlen für Lebenshaltungskosten auszugehen und von dort aus Vergleiche zu früheren Indexstichtagen zu ziehen. Mit diesen Preisindexzahlen läßt sich auch dem vom Gesetz mit §§ 133 ab GewO, 68 HGB verfolgten Zweck jedenfalls hinreichend Rechnung tragen und lassen sich demnach auch die Grenzen ermitteln, von denen §§ 133 ab GewO, 68 HGB ausgehen. Eine in dieser Richtung gehende Lückenausfüllung begegnet vor allem deshalb keinen Bedenken, weil angenommen werden kann, daß ein hypothetischer Gesetzgeber die durch den Ausfall der Reichsindexziffern gegebene Gesetzeslücke ebenfalls durch eine Verweisung auf die heutigen Preis-



indexziffern für Lebenshaltungskosten ausfüllen würde. Daß in dieser Form die in §§ 133 ab GewO, 68 HGB genannten Gehaltsgrenzen schon heute zu bestimmen sind, wird auch in der Rechtslehre durchweg vertreten (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. 1, 1959, § 38 II A 2 a zu Fußnote 13, S. 230; § 58 III 4 a zu Fußnote 17, S. 520; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1955, S. 584, Fußnote 36 und S. 586, Fußnote 43; Baumbach-Duden, HGB, 13. Aufl., 1959, §§ 67 - 69 Anm. 2 B; Würdinger in RGRK z. HGB, 2. Aufl., 1953, § 68 Anm. 1, § 74 a Anm. 6; Reichel, AR-Blattei "Gehaltsgrenzen I"; Schlegelberger, HGB, 3. Aufl., Bd. I, 1955, § 68 Anm. 2; Teichmann, Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes 1955, Nr. 12 S. 9 ff.; Staudinger-Nipperdey, BGB, 11. Aufl., 1958, Vorbem. 86 vor § 620; Heymann-Kötter, HGB, 20. Aufl., 1950, § 68 Anm. 3; Boldt-Steffens, GewO, 1955, § 133 ab Anm. II; Landmann-Rohmer, GewO, Bd. 2, 11. Aufl., 1956, § 133 ab, Anm. 1).

b) Ist somit davon auszugehen, daß eine rechtliche Anwendung von § 133 ab GewO keinen Gültigkeitsbedenken unterliegen kann, so ergibt sich nach den von den beiden Vorinstanzen zutreffend angestellten Berechnungen (vgl. dazu Baumbach-Duden, HGB, 13. Aufl., 1959, §§ 67 - 69, Anm. 2 B), daß die Zulässigkeit der zwischen den Parteien vereinbarten Kündigungsfrist von 3 Wochen davon abhängt, ob das Jahresgehalt des Klägers höher als 10.990,-- DM war oder nicht. Wenn das Landesarbeitsgericht für diese Frage es darauf abgestellt hat, ob in dem zwischen den Parteien vereinbarten Gehalt von monatlich 1.000,-- DM eine Trennungsentschädigung enthalten war oder nicht, so ist das zutreffend. Die Regelung der §§ 133 ab GewO, 68 HGB muß man unter dem Blickpunkt sehen, daß damit der sogenannte "höher bezahlte Angestellte" gemeint ist. Für die Frage, ob jemand "höher bezahlter Angestellter" im Sinne dieser Vorschriften ist, können aber nicht die Bezüge eines Arbeitnehmers maßgebend sein, die nicht das eigentliche Entgelt für seine Arbeit darstellen und die damit nicht die wirtschaftlich selbständige Situation des sogenannten höheren Angestellten bestimmen, sondern die nur wegen der besonderen Umstände ge-



zahlt werden, unter denen er seine Arbeit leisten muß. Trennungsentschädigungen werden aber nicht im eigentlichen Sinne für die Arbeit, sondern nur der besonderen Umstände wegen gezahlt, unter denen die Arbeit geleistet werden muß. Sie prägen damit nicht die wirtschaftliche Situation des Angestellten. Trennungsentschädigungen sind daher bei der Frage, inwieweit die Bezüge eines Angestellten die Grenzen des § 133 ab GewO erreichen, nicht zu berücksichtigen.

c) Das Landesarbeitsgericht hat das Schreiben der Beklagten vom 29. November 1955, das die zwischen den Parteien getroffenen Entgeltsabsprachen wiedergibt, dahin ausgelegt, daß in das Gehalt von 1.000,-- DM eine Trennungsentschädigung in Höhe von 100,-- DM einbezogen war. Ohne Erfolg rügt die Revision, damit habe das Landesarbeitsgericht § 157 BGB verletzt. Wenn das Schreiben der Beklagten vom 29. November 1955 davon spricht, in das Gehalt von 1.000,-- DM sei die "Abgeltung für getrennte Haushaltsführung einbezogen", so besagt das nach allem, was Worte überhaupt ausdrücken können, daß bei der Gehaltsfestsetzung ein Betrag für getrennte Haushaltsführung mit angesetzt worden ist, mit dem Betrag von 1.000,-- DM auch die Unkosten für getrennte Haushaltsführung "abgegolten" werden. Bei dieser Fassung des Schreibens vom 29. November 1955 konnte das Landesarbeitsgericht somit ohne Verstoß gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze und ohne Verstoß gegen gesetzliche und allgemein anerkannte Auslegungsregeln zu der von ihm getroffenen Auslegung dem Grunde nach und auch der Höhe nach kommen.

d) Damit steht somit fest, daß die Beklagte mit dem Kläger eine Kündigungsfrist nur nach näherer Maßgabe des § 133 aa GewO vereinbaren konnte. Die Vereinbarung einer kürzeren Frist war nichtig. Das führt aber dazu, daß dann von einer solchen Kündigungsfrist auszugehen ist, die die Parteien bei gesetzesgerechtem Verhalten voraussichtlich vereinbart haben würden (vgl. die Nachweise bei Staudinger-Nipperdey, BGB, 11. Aufl., Vorbem. 86 vor § 620; Hueck-



- 10 -

Nipperdey, aaO, Bd. I, § 58 III 6 S. 522 zu Fußnote 31; zur Unanwendbarkeit der Regel des § 139 BGB siehe BAG 1, 128 (I 337). Dem ist das Landesarbeitsgericht dadurch gerecht geworden, daß es im Hinblick auf die - unzulässig - vereinbarte kurze Kündigungsfrist von 3 Wochen die einer Parteivereinbarung zugängliche Kündigungsfrist nach näherer Maßgabe des § 133 aa GewO zugrunde gelegt hat. Demnach konnte das Arbeitsverhältnis der Parteien auf Grund der Kündigung vom 9. April 1956 nicht vor dem 31. Mai 1956 beendet werden.

4. Ergibt sich somit zusammengefaßt, daß der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Parteien für den Monat Mai 1956 und auch der Annahmeverzug der Beklagten gegeben sind, so rechtfertigt das die vom Landesarbeitsgericht getroffene Verurteilung der Beklagten, und die hiergegen erhobene Revision der Beklagten erweist sich damit als unbegründet.

gez. Dr. Müller Dr. Stumpf Dr. Meier-Scherling
Dr. Eck Fritz Zeilinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)