

Aktenzeichen: 3 AZR 152/78

LAG Berlin Urteil des BAG vom 10. Juli 1980

Für das Nachschlagewerk : Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für die Amtliche Sammlung : Nein

Gesetz: BGB § 616, § 611 Tantieme; Feiertagslohn-
zahlungG § 1; BUrtG § 11; ZPO § 287

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](#)

3 AZR 152/78

5 Sa 64/77 Berlin

Verkündet am
10. Juli 1980

Im Namen des Volkes!

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 1980 durch den Vizepräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Schaub sowie die ehrenamtlichen Richter Pape und Schnabel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 9. Dezember 1977 - 5 Sa 64/77 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 6. April 1977 - 5 Ca 125/76 - wie folgt geändert und neu gefaßt:

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger den Betrag von 9.040,26 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 13. Dezember 1976 zu zahlen.
Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Berufung und Revision der Parteien werden im übrigen zurückgewiesen.
4. Von den Kosten der 1. und 2. Instanz tragen der Kläger 1/3 und der Beklagte 2/3.
Die Kosten der Revisionsinstanz tragen die Parteien je zur Hälfte.

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

Tatbestand:

Der Kläger war bei dem Beklagten vom 1. Mai 1975 bis 30. September 1976 als Steuerfachgehilfe beschäftigt. Die Wochenarbeitszeit betrug fünf Tage. Über das Gehalt des Klägers war in § 3 des Anstellungsvertrages vereinbart:

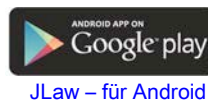
"Der Angestellte erhält monatlich nachträglich ein Gehalt von brutto 1.700,-- DM zuzüglich einer Umsatzbeteiligung bei einem vom Angestellten getätigten durchschnittlichen Umsatz von monatlich 5.100,-- DM. Umsatzbeteiligung = 35 % des monatlichen durchschnittlichen Mehrbetrages."

Bei Nichterreichen des Umsatzsolls sollte der Minusvortrag in den nächsten Monat übernommen werden, wodurch sich der Mindestumsatz für den folgenden Monat um diesen Betrag erhöhte. Die Umsatzbeteiligung wurde jeweils im folgenden Monat dem Gehalt zugerechnet. Mit einer Ergänzungsvereinbarung vom 12. Februar 1976 wurden das Grundgehalt auf 1.900,-- DM und die Mindestumsatzgrenze für die Umsatzbeteiligung auf das Dreifache des Gehalts, somit auf 5.700,-- DM, erhöht.

- 3 -



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



- 3 -

Mit seiner Klage hat der Kläger Zahlung von Urlaubsentgelt, Feiertagsentgelt und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfalle verlangt; bei der Entgeltfortzahlung für diese Fehlzeiten hat der Beklagte die Umsatzbeteiligung des Klägers nicht berücksichtigt. Die Dauer der jeweiligen Abwesenheitszeiten ist zwischen den Parteien unstreitig. Folgende ebenfalls unstreitigen Umsätze hat der Kläger während seiner Tätigkeit erarbeitet:

<u>1975</u>		<u>1976</u>	
Mai	7.226,--	Januar	6.346,--
Juni	8.322,--	Februar	8.660,--
Juli	5.612,--	März	)
August	10.235,--	April	) 15.915,--
September	3.810,--	Mai	)
Oktober	6.814,--	Juni	9.285,--
November	7.054,--	Juli	13.099,--
Dezember	4.553,--	August	6.623,--
		September	13.139,--

Der Kläger hat geltend gemacht, zum während der Fehlzeiten fortzuzahlenden Entgelt gehöre neben seinem Anteil an der Umsatzbeteiligung außerdem die vom Beklagten ab Februar 1976 den Mandanten in Rechnung gestellte Auslagenpauschale in Höhe von 10 % des Gebührensatzes, da sie auch steuerrechtlich als Umsatz gewertet werde. Unter Anwendung wechselnder Berechnungsmethoden hat er schließlich eine Nachforderung in Höhe von 13.494,95 DM brutto errechnet. Er hat zuletzt behauptet, im März 1976 13.907,-- DM, im April keinen und im Mai 2.008,-- DM Umsatz erarbeitet zu haben.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn
13.494,95 DM brutto nebst 4 % Zinsen
von 12.983,76 DM seit dem 13. Dezember 1976
und von 511,19 DM seit dem 21. März 1977
zu zahlen.

- 4 -



- 4 -

Der Beklagte hat einen Klageanspruch in Höhe von 165,33 DM brutto anerkannt und im übrigen Klageabweisung beantragt. Er ist der Ansicht, daß die Umsatzbeteiligung, die lediglich dem Arbeitsanreiz diene, nicht Gehaltsbestandteil sei und daher bei Fehlzeiten entfalle. Im übrigen sei für Urlaubs- und Krankheitszeiten das Umsatzsoll jeweils gemindert worden. Die Auslagenpauschale stelle lediglich eine Unkostenerstattung dar und sei nicht auf den Umsatz anzurechnen. Die erarbeiteten Umsätze des Klägers für die Monate März bis Mai 1976 beziffert der Beklagte im einzelnen zuletzt wie folgt: März = 7.700,-- DM, Mai = 6.587,-- DM.

Das Arbeitsgericht hat der Klage nur in Höhe von 8.640,66 DM stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit aufgehoben, als die Verurteilung des Beklagten den Betrag von 5.720,29 DM überstiegen hatte. Mit seiner Revision begehrt der Kläger über diesen Betrag hinaus weitere 7.361,62 DM.

Entscheidungsgründe:

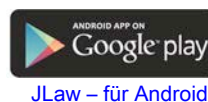
Die Revision ist im wesentlichen unbegründet; infolge zweier Rechenfehler des Berufungsgerichts ergibt sich aber ein Mehrbetrag zugunsten des Klägers.

1. Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß die dem Kläger zugesagte Umsatzbeteiligung ein leistungsbezogenes Arbeitsentgelt darstellt, das bei der Vergütung von Fehlzeiten unter den entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen in die Berechnung mit einbezogen werden muß. Eine andere Beurteilung als diese ist nicht möglich.
2. Die Berechnungsmethode des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden. Während die Berechnung des Urlaubsentgeltes aufgrund des in § 11 Abs. 1 BUrtLG vorgeschriebenen Bezugszeitraumes

- 5 -



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



- 5 -

- Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate vor Beginn des Urlaubs - keine Schwierigkeiten bereitet, sehen weder das Feiertagslohnzahlungsgesetz bei dem feiertagsbedingten Lohnausfall, noch § 616 BGB für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle eine ähnliche konkrete Regelung vor. Das Feiertagslohnzahlungsgesetz beruht ebenso wie die Vorschrift des § 616 BGB auf dem Lohnausfallprinzip. Der Arbeitgeber soll für den ausgefallenen Arbeitstag ohne Gegenleistung des Arbeitnehmers die entgangene Vergütung zahlen. Der Ausfall ergibt sich aus zwei Größen, nämlich der ausgefallenen Arbeitszeit und der Höhe der Vergütung, die der Arbeitnehmer für die entsprechende Zeit ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Da die gesetzlichen Vorschriften eine zweckgerechte Berechnungsmethode nicht aufzeigen und auch keine entsprechenden kollektivrechtlichen Regelungen existieren, ist der durch einen Feiertag bzw. krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit entstandene Lohnausfall durch eine Schätzung entsprechend § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln, indem man vom Durchschnittsverdienst einer bestimmten Bezugsperiode ausgeht, die so zu wählen ist, daß ein sachgerechtes Ergebnis erzielt wird.

Wenn das Landesarbeitsgericht daher die letzten drei Monate vor dem jeweiligen Feiertag bzw. durch Krankheit ausgefallenen Arbeitstage als geeigneten Bezugszeitraum gewählt hat, hat es damit den ihm nach § 287 Abs. 2 ZPO zustehenden Ermessensspielraum in zulässiger und rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeschöpft. Mit diesem recht langen Zeitraum wollte das Berufungsgericht berücksichtigen, daß die vom Kläger erarbeiteten Umsätze starken Schwankungen unterlagen; außerdem sollte damit der Gefahr von Manipulationen begegnet werden.

Soweit demgegenüber der Kläger als Bezugszeitraum denjenigen Monat berücksichtigt wissen will, in den die Fehlzeiten fallen, führt das zu keinem dem Lohnausfallprinzip besser gerecht werdenden Ergebnis. Das Lohnausfallprinzip

- 6 -



läßt sich nicht mit letzter Genauigkeit durchführen, es führt letztlich immer nur zu Annäherungswerten. Bei der hier in Betracht kommenden leistungsorientierten Entlohnung kommt es daher darauf an, Erfahrungswerte für die Schätzung eines hypothetischen Geschehensablaufes zu gewinnen. Es ist nicht generell vorhersehbar, welchen Arbeitserfolg der Kläger während seiner Fehlzeiten wahrscheinlich erzielt hätte; deshalb führt eine Betrachtung eines bereits abgerechneten längeren Zeitraumes zu größerer Genauigkeit und trägt den ständigen Umsatzschwankungen besser Rechnung. Außerdem sprechen Gründe der Praktikabilität dafür, einen bereits abgeschlossenen und abgerechneten Bezugszeitraum zu wählen. Dadurch wird es ermöglicht, den Feiertagslohn und die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle gleich zu ermitteln und mit den laufenden Bezügen auszuzahlen. Nicht zuletzt ist den Parteien durch einen längeren Bezugszeitraum die Beeinflussung der monatlichen Umsatzhöhe verwehrt. Der vom Kläger erarbeitete Umsatz hängt nicht ausschließlich von der Anzahl der bearbeiteten Mandanten ab, vielmehr ist der Wert der bearbeiteten Objekte von entscheidender Bedeutung. Durch eine gezielte Auswahl der zur Bearbeitung anstehenden Mandanten ließe sich der Umsatz des Monats, in dem Fehlzeiten auftreten werden, beeinflussen. Diese nicht auszuschließende Möglichkeit läßt den jeweiligen Monat, in den die Fehlzeiten fallen, als Bezugszeitraum daher ausscheiden.

3. Eine Beteiligung an der vom Beklagten den Mandanten gegenüber geltend gemachten Auslagenpauschale erhöht die erarbeiteten Umsätze nicht und steht dem Kläger nicht zu. Die Auslagenpauschale stellt einen Ersatz für die Aufwendungen außerhalb der allgemeinen Geschäftsunkosten dar, sie vergrößert jedoch nicht den Gewinn, da sie - wenn auch nur pauschal - nur Kosten für tatsächliche Auslagen abdecken soll. Eine Einbeziehung dieser Pauschale in die Umsatzberechnung ist nicht interessengerecht, da unter einer Umsatzbeteiligung nur die Beteiligung an den Beträgen zu verstehen ist, die sich tatsächlich auf den Umsatz auswirken.

4. Das Rechenwerk des Landesarbeitsgerichts bedarf jedoch an zwei Stellen der Korrektur. Über die Umsätze der Monate März, April und Mai 1976 besteht weiterhin Streit. Unstreitig ist ledig-



lich der Gesamtumsatz aus diesen drei Monaten in Höhe von 15.915,-- DM. Der Kläger hat seinen Märzumsatz mit 13.907,-- DM beziffert, der Beklagte hat ihn bestritten und lediglich 7.700,-- DM anerkannt. Diesen Betrag hat der Kläger nicht mehr substantiiert angegriffen, er gilt daher als zugestanden. Da der Kläger vom 31. März bis 17. Mai 1976 arbeitsunfähig krank war, also den gesamten Monat April nicht gearbeitet hat, kann er Umsätze in Höhe eines Restbetrages von 8.215,-- DM, der zur unstreitigen Gesamthöhe von 15.915,-- DM führt, nur im Monat Mai erarbeitet haben. Es kommt insoweit nicht darauf an, wann dem Beklagten aus den Arbeiten des Klägers Ansprüche entstanden sind, d. h. wann er seinerseits mit den Mandanten, für die der Kläger tätig war, abgerechnet hat. Die Parteien sprechen übereinstimmend von erarbeiteten Umsätzen; dies läßt sich nur dahingehend verstehen, daß damit die vom Kläger in den betreffenden Monaten abgeschlossenen Arbeiten gemeint sind. Zu welchem Zeitpunkt der Beklagte die ihm daraus erwachsenden Gebührenansprüche realisiert, ist eine abrechnungstechnische Frage, die die Höhe der monatlich erarbeiteten Umsätze nicht berührt.

Daher ergibt sich aus der vom Landesarbeitsgericht angewandten Berechnungsmethode für die Monate April bis Juli 1976 ein Mehrbetrag zugunsten des Klägers in Höhe von insgesamt 2.749,97 DM. Dabei war zu berücksichtigen, daß das Landesarbeitsgericht, wie die Revision zu Recht eingewandt hat, im Monat Juli nicht drei, sondern fünfzehn Fehltage hätte berücksichtigen müssen. Damit ergaben sich zugunsten des Klägers folgende Ansprüche auf Gewinnbeteiligung: April: 1.264,41 DM, Mai: 2.085,65 DM, Juni: 1.873,66 DM und Juli: 5.870,90 DM, somit insgesamt 11.094,62 DM. Das Landesarbeitsgericht hatte für den gleichen Zeitraum insgesamt nur 8.344,65 DM ausgemessen, die noch zuzuerkennende Differenz beträgt daher 2.749,97 DM.

Ebenfalls zu Recht wendet die Revision ein, daß die im November 1975 gezahlte Weihnachtsgratifikation in der Rechnung



des Landesarbeitsgerichts zwar auf der Habenseite des Klägers als vom Beklagten gezahlt, nicht aber auf der Sollseite als dem Kläger zustehend berücksichtigt wurde. Auch dieser Betrag von 570,-- DM ist dem Kläger noch zuzusprechen.

Somit ergibt sich zugunsten des Klägers ein Mehrbetrag von insgesamt 3.319,97 DM, der zusammen mit dem bereits durch das Landesarbeitsgericht ausgeurteilten Betrag von 5.720,29 DM eine Aufhebung und Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils auf einen Betrag von 9.040,26 DM erfordert.

Insoweit war auch der Urteilstenor gemäß § 319 ZPO zu berichtigen, da infolge offensichtlichen Rechenfehlers zunächst ein falscher Betrag verkündet wurde.

gez.: Dr. Stumpf

Dr. Thomas

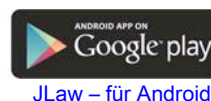
Schaub

Pape

Schnabel



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



3 AZR 152/78
5 Sa 64/77 Berlin

B e s c h l u ß

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 15. August 1980
beschlossen:

Ziffer 2 des am 10. Juli 1980 verkündeten
Urteilstenors wird gemäß § 319 ZPO dahin berichtigt,
daß es statt 8.795,32 DM richtig 9.040,26 DM heißt.
Die Berichtigung war infolge eines offensichtlichen
Rechenfehlers vorzunehmen (§ 319 ZPO).

gez.: Dr. Stumpf

Dr. Thomas

Schaub



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

