

72

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

4. JUNI 1969

Gesetz: FeiertagslohnzahlungsG § 1

Leitsätze:

Der hauptberuflich auf Provisionsbasis angestellte
Versicherungsvermittler hat Anspruch auf Feiertags-
vergütung, ohne daß im einzelnen festgestellt werden
muß, welche Provisionen ihm an dem Feiertag entgangen
sind. Die Feiertagsvergütung beträgt $\frac{1}{25}$ des monat-
lichen Durchschnittsprovisionseinkommens während der
letzten zwölf Monate vor dem Feiertag (in Anlehnung
an die Urlaubsentgeltregelung in § 13 Nr. 2 Abs. 3
des Manteltarifvertrages für das private Versicherungs-
gewerbe in der Fassung vom 1. Juli 1963).

Aktenzeichen: 3 AZR 243/68

Urteil des BAG vom 4. Juni 1969

LAG Düsseldorf



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



3 AZR 243/68

4 Sa 693/67 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
4. Juni 1969

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Juni 1969 durch die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger, die Bundesrichter Dr. Gröninger und Dr. Thomas sowie die Bundesarbeitsrichter Handrack und Dr. Farthmann für Recht-erkannt:

1. Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. Januar 1968 - 4 Sa 693/67 - aufgehoben.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1961 als Bezirksleiter im Angestelltenverhältnis für das beklagte Lebensversicherungsunternehmen tätig. Als Arbeitsentgelt erhielt er ausschließlich Provisionen für von ihm oder seinen etwaigen Untervertretern vermittelte Versicherungsverträge nach Maßgabe des § 11 seines Anstellungsvertrages. Als monatliche Mindestauszahlung war der Betrag von 1.000,-- DM garantiert. Diesen Betrag erhielt er ohne Rücksicht darauf, wieviel durch Vermittlung von Versicherungsverträgen wirklich an Provision verdient war. Blieben die verdienten Provisionen unter dem Betrag von 1.000,-- DM, dann wurde er mit dem entsprechenden Minderbetrag belastet. Die Minderbeträge wurden in den Monaten, in denen die verdienten Provisionen über 1.000,-- DM hinausgingen, solange von den die Summe von 1.000,-- DM übersteigenden Beträgen einbehalten, bis der Debetsaldo ausgeglichen war.

Darüber hinaus sammelte die Beklagte von den über 1.000,-- DM hinaus verdienten Provisionen einen Garantiefonds (Sicherheitsbetrag) bis zur Höhe von 5.000,-- DM an. Erst nachdem dieser Betrag nach Maßgabe des § 12 des Anstellungsvertrages erreicht war, wurden dem Kläger die über 1.000,-- DM hinaus verdienten Provisionen ausgezahlt. Der Garantiefonds war bei Fortfall der vorbezeichneten Vertragsregelung, insbesondere bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, aufzulösen. Soweit ein Debetsaldo bestand, wurde dieser aus den angesammelten Beträgen ausgeglichen. Reichten diese zum Ausgleich nicht aus, hatte die Beklagte den Mehrbetrag zu tragen; war der Debetsaldo geringer als der Betrag

- 3 -



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

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

des Garantiefonds, stand dem Kläger der Unterschiedsbetrag zu.

Neben den Provisionen erhielt der Kläger Spesenersatz. Auch deren Betrag mußte er wie die Garantiesumme von monatlich 1.000,-- DM durch Provisionen verdienen.

Entsprechend § 18 Satz 1 des für die Parteien kraft beiderseitiger Organisationszugehörigkeit geltenden Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe vom 1. April 1959 in seiner seit 1961 geltenden Fassung war für den Kläger eine bestimmte Arbeitszeit nicht festgelegt. Doch war er nach dem Inhalt des Anstellungsvertrages zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft für die Beklagte verpflichtet; Nebengeschäfte waren ihm verboten.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger die Zahlung von Feiertagsvergütung gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen (Feiertagslohnzahlungsg) vom 2. August 1951 (BGBl. I, 479), weil ihm an insgesamt 22 gesetzlichen Feiertagen in der Zeit vom 1. Januar 1965 bis 15. Mai 1967 Arbeitsverdienst in Höhe von 1.001,28 DM entgangen sei. Den Verdienstausschlag hat er in der Weise errechnet, daß er sein ihm ausgezahltes Monateinkommen in den jeweiligen Feiertagsmonaten durch 25 (Zahl der Arbeitstage) geteilt und für jeden Feiertag $1/25$ angesetzt hat. Die Beklagte wehrt sich gegen den Klageanspruch nach Grund und Höhe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, weil angesichts des unregelmäßigen Provisionseinkommens des Klägers ein Zusammenhang zwischen dem Ausfall von Arbeitszeit und Verdienstausschlag nicht festzustellen sei. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 201,82 DM stattgegeben. Es hat ausgeführt, das garantierte Mindesteinkommen des Klägers von monatlich 1.000,-- DM müsse so behandelt werden wie das Gehalt eines Angestellten, dem durch einen Feiertag kein Verdienstausschlag entstehe. Dementsprechend hat das Landesarbeitsgericht nur aus den über 1.000,-- DM monatlich hinausgehenden Bezügen des Klägers einen auf das jeweilige Kalenderjahr bezogenen durchschnittlichen Tagessatz ermittelt und diesen für die einzelnen Feiertage zugesprochen.



- 4 -

Hiergegen richten sich die Revisionen beider Parteien. Während der Kläger seinen ursprünglichen Klageantrag weiterverfolgt, bittet die Beklagte um vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

1. Der Anspruch auf Feiertagsvergütung, wie er in § 1 Abs. 1 Feiertagslohnzahlungsg geregelt ist, setzt einmal den Ausfall von Arbeitszeit als Folge eines gesetzlichen auf einen Werktag fallenden Feiertages, zum anderen den Ausfall von Arbeitsverdienst voraus. Diesen Ausfall muß der Arbeitgeber tragen, wenn der Arbeitsverdienst wegen des Feiertages ausgefallen ist (vgl. z.B. BAG 1, 241 244 = AP Nr. 1 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg zu 2; BAG 3, 207 210 = AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG; BAG 7, 33 35 = AP Nr. 5 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg Berlin zu III; BAG 8, 80 81 = AP Nr. 6 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg; BAG 12, 43 50 = AP Nr. 2 zu § 143 d AVAVG). Alle vorgenannten Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.
2. Dem Kläger ist an den Feiertagen ein Arbeitsausfall entstanden.
 - a) Der Kläger war nicht verpflichtet, an den gesetzlichen Feiertagen zu arbeiten (§ 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die Feiertage vom 5. Februar und vom 15. Oktober 1952 GVBl., 5, 171 7/ 30. Mai 1956, GVBl., 57 7 in Verbindung mit §§ 105 a, 105 b Abs. 2 Satz 1 GewO und Art. 2 der Verordnung über Sonntagsruhe im Handelsgewerbe und in Apotheken vom 5. Februar 1919 RGBl., 176 = BGBl. III 7107-17). Dazu hat der Kläger, ohne daß die Beklagte dies mit Einzelangaben bestritten hat, vorgetragen, er habe an den jeweiligen Feiertagen nicht gearbeitet. Nur so kann sein Klagevorbringen ver-

- 5 -



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

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

standen werden.

b) Andererseits war der Kläger nach seinem Arbeitsvertrag gehalten, seine volle Arbeitszeit zur Erfüllung seiner Arbeitsaufgaben zu verwenden. Da der Kläger in der Gestaltung seiner Arbeitszeit frei war, mögen von Tag zu Tag gewisse Verschiebungen vorgekommen sein. Der Sachverhalt gibt jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, daß er seine vertraglichen Verpflichtungen nicht eingehalten hätte. Folglich muß man annehmen, daß er durchschnittlich gesehen an jedem Werktag voll für die Beklagte gearbeitet hat.

Schließlich brauchte der Kläger die am Feiertag ausfallende Arbeitszeit nicht zu Lasten seiner Freizeit vor- oder nachzuholen (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG B1. 2 R7; BAG 8, 76 797 = AP Nr. 5 aaO; BAG 10, 29 327 = AP Nr. 11 aaO; BAG AP Nr. 19 aaO Zu 1 b7; BAG 18, 213 215 f.7 = AP Nr. 20 aaO Zu 17).

c) Unter diesen Umständen kann der Senat davon ausgehen, daß dem Kläger infolge der gesetzlichen Feiertage ein Ausfall an Arbeitszeit entstanden ist.

d) Die Beklagte hat allerdings behauptet, der Kläger habe an den Feiertagen gearbeitet; sie meint, schon deshalb erfülle er nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 FeiertagslohnzahlungsG. Hierzu ist folgendes zu sagen:

Ob der Arbeitgeber sich gegenüber dem Anspruch seines angestellten Versicherungsvermittlers darauf berufen kann, dieser habe am Feiertag gearbeitet, kann nur nach den Umständen des Einzelfalles entschieden werden. Die Besonderheit liegt hier einmal in der Art der Tätigkeit als Versicherungsvermittler und zum anderen in der damit eng zusammenhängenden Arbeitszeitregelung, die dem Angestellten alle Freiheit läßt. Bei einer solchen Fallgestaltung kann der Angestellte sich gewissen Arbeitsleistungen am Feiertag nicht entziehen. So muß er auf Wünsche der Kunden Rücksicht nehmen, weil sie beispielsweise gerade am Feiertag über den Abschluß eines Versicherungsvertrages sprechen wollen. In einem solchen Ausnahmefall, der sich aus der Natur der Sache ergibt, dient die Feiertagsarbeit nicht zuletzt dem Interesse des Arbeit-

- 6 -

gebers; dann ist es diesem verwehrt, sich auf die Arbeitsleistung am Feiertag zu berufen. Liegen die Dinge jedoch so, daß der Angestellte aus eigenem Antrieb den Feiertag nicht beachtet und wie an einem Werktag arbeitet, dann fehlt es an der gesetzlichen Voraussetzung des Arbeitsausfalles.

Im Streitfall liegt die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß der Vertreter die Feiertagsruhe eingehalten hat, bei diesem, weil der Arbeitsausfall Voraussetzung des Anspruchs auf Feiertagsvergütung ist. Jedoch gelten die allgemeinen Regeln über den Beweis negativer Tatsachen. Der Angestellte braucht zunächst nur zu behaupten, daß er nicht gearbeitet hat. Will der Arbeitgeber dies bestreiten, so darf er sich nicht mit einfachem Bestreiten begnügen, sondern er muß die Behauptung des Angestellten substantiiert bestreiten und seinerseits darlegen, daß der Angestellte gearbeitet habe. Dem angestellten Versicherungsvermittler bleibt alsdann überlassen, diese Darstellung des Arbeitgebers zu entkräften. (Vgl. BGH LM Nr. 5 zu § 282 ZPO Beweislast; Nr. 9 zu § 2205 BGB zu 4 der Gründe). Die Beklagte hätte demnach substantiiert vortragen müssen, daß der Kläger an den fraglichen Feiertagen gearbeitet hat. Dies hat sie nicht getan, sondern sie hat nur eine Vermutung geäußert; das genügt nicht.

3. Dem Kläger ist auch Arbeitsverdienst entgangen.

a) Der auf Provisionsbasis angestellte Versicherungsvermittler wird in aller Regel nicht darlegen oder gar nachweisen können, daß er, wenn er am Feiertag gearbeitet hätte, mit bestimmten Kunden bestimmte Verträge abgeschlossen und daraus genau zu beziffernde Provisionen erzielt hätte. Das Reichsarbeitsgericht hat in der einzigen einschlägigen Entscheidung - in für das damalige Urteil allerdings nicht tragenden Ausführungen - für einen solchen Fall den Anspruch auf Feiertagsvergütung versagt (RAG 21, 300 = ARS 37, 21). Der Anspruch soll nach dieser Ansicht nur dann bestehen, wenn eine enge Beziehung zwischen der

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

aufgewendeten Arbeitszeit und der Höhe der Provision besteht, also der Ausfall eines Arbeitstages auch einen konkreten Ausfall an Provision bedeutet (ähnlich Frey, Die Feiertagsbezahlung, 2. Aufl., 1959, S. 27).

b) Diese Auffassung läßt den Anspruch allein daran scheitern, daß ein Verdienstausschlag nicht ohne weiteres festgestellt und beziffert werden kann. In der Tat ist es im Fall der vom Reichsarbeitsgericht behandelten Bezieher- oder Anzeigenwerber einfacher, einen Verdienstausschlag infolge der Feiertagsruhe festzustellen. Diese Bezieherwerber suchen Arbeitstag für Arbeitstag die Bewohner bestimmter Bezirke auf und haben dadurch in der Regel auch je Arbeitstag im Durchschnitt bestimmte Provisionseinkünfte. Bei dem Kläger als Versicherungsvermittler liegt die Beziehung zwischen aufgewendeter Arbeitszeit und Arbeitserfolg nicht so offen zutage; sie besteht jedoch auch hier.

Der Versicherungsvermittler muß auf die Länge gesehen für jeden Abschluß eine bestimmte Zeit aufwenden. Er muß viele Kunden aufsuchen, bei denen es nicht zum Abschluß kommt. Es wird ihm auch nur in seltenen Fällen gelingen, schon beim ersten Besuch einen Vertrag unter Dach zu bringen; meistens werden mehrere Besuche notwendig sein. Nach Schweizer Untersuchungen aus dem Jahr 1952 führten im Schnitt 82 Kundenbesuche zu einem Abschluß (Trinkhaus, Handbuch der Versicherungsvermittlung, Bd. I, 1955, S. 26 Fn. 16). Hinzu kommen mühsame Erkundigungen, telefonische Auskünfte, Beschaffung von Anschriften und sonstige schriftliche Arbeiten. Wenn aber ein Abschluß alle diese Arbeiten voraussetzt, ergibt sich zwangsläufig, daß der durch den Feiertag bedingte Arbeitsausfall zu einer Kürzung der erfolgsabhängigen Provisionsbezüge führen muß. Folglich ist davon auszugehen, daß dem Kläger infolge der Feiertagsruhe ein Verdienstausschlag entstanden ist.

c) Der Kläger darf auch nicht darauf verwiesen werden, daß er den Verdienstausschlag durch Vor- oder Nacharbeit ausgleichen kann (vgl. die Hinweise oben zu 2 b). Dies liefe



auf eine Umgehung des Feiertagslohnzahlungsgesetzes hinaus, dessen Sinn es gerade ist, dem Arbeitnehmer die Feiertagsruhe zu sichern, ohne daß er eine Verdiensteinbuße erleidet.

4. Ist somit davon auszugehen, daß infolge der Feiertagsruhe ein Verdienstausschlag entsteht, so kann der Kläger wie jeder Arbeitnehmer, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz erfüllt, verlangen, daß ihm die Beklagte diesen Verdienstausschlag ersetzt. Das ist für Provisionsempfänger im Grundsatz allgemein anerkannt (vgl. Bruck-Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Bd. I, 8. Aufl., 1961, Vorbem. 467 vor §§ 43 - 48; Frey, aaO, S. 27 f.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, S. 269 Fußnote 35; Moers, Der Handlungsgehilfe auf Provisionsbasis, Kölner Dissertation, 1966, S. 83 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 29 III 4 § 3327 mit Fußnote 27; auch RAG 21, 300 = ARS 37, 21).

5. Über die Höhe der dem Kläger für den Klagezeitraum zustehenden Feiertagsvergütung kann der Senat mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht abschließend entscheiden. Die Sache muß deshalb an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden. Bei seiner neuen Entscheidung wird es folgende Grundsätze beachten müssen:

a) Es darf nicht zwischen dem Garantiebetrug von monatlich 1.000,-- DM und den darüber hinausgehenden Bezügen des Klägers unterschieden werden. Der Garantiebetrug von 1.000,-- DM entspricht - entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts - bei der vorliegenden Vertragsgestaltung nicht einem festen Monatsgehalt, wie es üblicherweise die Angestellten beziehen. (Wegen der Feiertagsvergütung in diesem Fall vgl. BAG AP Nr. 19 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz zu 1 a; BAG 19, 97 987 = AP Nr. 22 aaO zu 17)

Vielmehr können die garantierten 1.000,-- DM monatlich, soweit sie im einzelnen Monat durch verdiente Provisionen nicht erreicht sind, nur als Provisionsvorschuß angesehen

werden. Der über den Betrag der verdienten Provision hinausgehende Unterschiedsbetrag bis zur Garantie von 1.000,-- DM muß nämlich in den folgenden Monaten vom Angestellten verdient werden. Bis dahin bleibt er mit dem Unterschiedsbetrag belastet. Zusätzlich muß der Angestellte aus den über monatlich 1.000,-- DM hinaus verdienten Provisionen den Garantiefonds auffüllen. Dieser Sicherheitsbetrag wird, jedenfalls bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, im vollen Umfang zum Ausgleich der nicht verdienten Provisionsvorschüsse verwendet.

Die Gesamtvergütung des Klägers besteht mithin aus Provisionen, sieht man von dem hier nicht vorliegenden Ausnahmefall ab, daß die verdienten Provisionen im Durchschnitt der Beschäftigungsmonate den Betrag von 1000,-- DM nicht erreichen. Er bezieht keine feste monatliche Vergütung unabhängig von der Zahl der anfallenden Arbeitsstunden, sondern seine Bezüge sind ohne Rücksicht auf den Zeitaufwand ausschließlich vom Erfolg der Arbeit abhängig.

b) Für die Berechnung der Feiertagsvergütung geht § 1 Abs. 1 Feiertagslohnzahlungsg von dem sog. Lohnausfallprinzip aus: Der Arbeitgeber hat den Arbeitsverdienst zu zahlen, den der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall infolge des Feiertages erhalten hätte. In Durchführung dieses Prinzips muß der Lohnausfall des jeweiligen Feiertags ermittelt werden, was beim Provisionsempfänger auf besondere Schwierigkeiten stößt, weil sich nur ausnahmsweise der Provisionsausfall an den einzelnen Feiertagen feststellen läßt.

Die Praxis wendet in vergleichbaren Fällen eines schwankenden Arbeitseinkommens eine pauschale Berechnungsmethode an: Sie geht vom Durchschnittsverdienst einer bestimmten Bezugsperiode aus, so z.B. bei dem Urlaubsentgelt oder den Krankenbezügen des Provisionsempfängers von dem Provisionseinkommen während der letzten drei oder sechs Monate vor Beginn des Urlaubs oder der Krankheit (vgl. die zusammenfassende Darstellung von Güntner, BB 1967, 633). Der Gesetzgeber hat vielfach gleichartige Regeln aufgestellt, so z.B. für die Berechnung der Feiertagsvergütung des Heim-



arbeiters in § 2 Abs. 2 FeiertagslohnzahlungsG, für die Berechnung der Karenzentschädigung des Provisionsempfängers in § 74 b Abs. 2 HGB sowie ganz allgemein für die Berechnung des Urlaubsentgelts in § 11 Abs. 1 BUrtG und für die Berechnung des Mutterschutzlohnes in § 11 Abs. 1 MuSchG.

c) Diese Methode ist auch in Fällen der vorliegenden Art anzuwenden. Sie führt, wie die genannten vergleichbaren Fälle gezeigt haben, zu sachgerechten Ergebnissen und ist verhältnismäßig einfach zu handhaben. Für die verbleibende Frage nach dem Berechnungsmodus bietet sich bei Provisionsempfängern des Versicherungsgewerbes die Lösung an, die die Tarifparteien in § 22 Nr. 3 i.V. mit § 13 Nr. 2 Abs. 3 des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe in der Fassung vom 1. Juli 1963 für die Berechnung des Urlaubsentgelts vereinbart haben: Es ist die Durchschnittsmonatsprovision aus den Geschäften der letzten zwölf Monate zu ermitteln und daraus $\frac{1}{25}$ als Durchschnittsprovisionsbezug eines Tages zu nehmen oder, was auf dasselbe hinausläuft, das Provisionseinkommen des vor dem Monat mit dem Feiertag abgelaufenen Jahres durch 300 zu teilen. In beiden Fällen stellt das rechnerische Ergebnis den Tagessatz der Feiertagsvergütung dar.

d) Dazu sei der Vollständigkeit halber folgendes vermerkt: Das im Tarifvertrag festgelegte $\frac{1}{25}$ beruht auf der Sechs-Tage-Woche. Da diese in aller Regel auch heute noch für einen Versicherungsvermittler nach Art des Klägers maßgebend sein wird, bestehen keine Bedenken gegen die Anwendung dieses Satzes, zumal der Kläger selbst bei der Berechnung der Klageforderung von $\frac{1}{25}$ seines Monatseinkommens ausgegangen ist.

Es ist weiter darauf hinzuweisen, daß gemäß der Tarifregelung nur die in dem Bezugszeitraum erzielten Provisionen aus eigenen Geschäften, nicht dagegen aus Geschäften etwa vorhandener Untervertreter oder aus sog. Direktgeschäften im Falle einer Bezirksvertretung (vgl. § 87 Abs. 2 HGB) in die Berechnung einzubeziehen sind. Auch diese Regelung ist



bedenkenfrei (vgl. für den Fall des Urlaubsentgelts von Provisionsangestellten BAG AP Nr. 3 zu § 11 BUrlG m. zust. Anm. v. Witting = SAE 1967, 63 m. zust. Anm. v. Adomeit).

Schließlich kann die jeweilige Monatsvergütung nur auf der Grundlage aller effektiv verdienten Provisionen und nicht, wie der Kläger meint, auf der Grundlage der monatlichen Auszahlung berechnet werden. Das bedeutet, daß der nach den vorgenannten Regeln errechnete Tagessatz der Feiertagsvergütung für jeden in dem jeweiligen Kalendermonat angefallenen vergütungspflichtigen Feiertag zu dem verdienten Provisionsgesamteinkommen dieses Monats, das auch unter 1.000,-- DM liegen kann, hinzuzurechnen ist und erst dieser (höhere) Betrag das monatliche Provisionseinkommen darstellt. Mit diesem ist dann vertragsgemäß zu verfahren. Die Feiertagsvergütung wird folglich den monatlich ausgezahlten Betrag nur dann erhöhen, wenn das Provisionseinkommen einschließlich der Feiertagsvergütung 1.000,-- DM übersteigt. Aber selbst wenn der Kläger, weil die verdienten Provisionen zuzüglich der Feiertagsvergütung unter 1.000,-- DM bleiben, mit dem Unterschiedsbetrag als Vorschuß belastet wird, ist dieser um die Feiertagsvergütung vermindert, so daß die Feiertagsvergütung ihm auf jeden Fall zugute kommt.

5. Ohne Bedeutung für den Ausgang des Rechtsstreits ist die Behauptung der Beklagten, die sie durch eine Rüge aus § 139 ZPO in den Prozeß einführen will, der Anspruch des Klägers gemäß § 1 Feiertagslohnzahlungsg sei mit seinen vertragsgemäßen Bezügen abgegolten worden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Parteien eine solche Vereinbarung getroffen haben oder, wie die Beklagte vorträgt, eine dahingehende betriebliche Übung auch zu Lasten des Klägers gegolten hat. Darauf kommt es deshalb nicht an, weil der Anspruch aus § 1 Feiertagslohnzahlungsg unabdingbar ist. Das Gesetz ist zugunsten des Arbeitnehmers zwingend (vgl. BAG 10, 29 34, zu I 1 a.E. 7 = AP Nr. 11 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg; BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Akkordkolonne zu 2 b7; BAG AP Nr. 19 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg zu 1 b7). Deshalb wäre eine etwaige Vereinbarung oder eine



betriebliche Übung entsprechenden Inhalts insoweit nichtig, wie sie den Anspruch auf die Feiertagsvergütung ausschließt. Ob die Parteien im Wege der Pauschalregelung mit einer Gesamtvergütung den Anspruch des Arbeitnehmers auf Bezahlung der wegen der Feiertagsruhe notwendig gewordenen Vor- oder Nacharbeit abgelten können (vgl. dazu BAG AP Nr. 19 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg zu 2 c7) und im vorliegenden Fall abgegolten haben, interessiert hier nicht, weil der Kläger einen solchen Anspruch nicht erhoben hat.

gez. Hilger

Dr. Gröninger

Dr. Thomas

Handrack

Dr. Friedhelm Farthmann

