

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

5. FEB. 1970

Gesetz: BUrlG §§ 1, 11; BGB § 242;

Leitsätze:

1. Während der urlaubsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers weitergezahlte Teile des Arbeitsentgelts sind bei der Ermittlung des Gesamtverdienstes des Dreizehnwochenzeitraums (§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG) grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.
2. Rückständige streitige Ansprüche auf weiteres Urlaubsentgelt für gewährten und bezahlten gesetzlichen Mindesturlaub können verwirken. Ob darüber hinaus die Verwirkung gesetzlicher Urlaubsansprüche allgemein anzuerkennen wäre, bleibt unentschieden.

Aktenzeichen: 5 AZR 223/69

Urteil des BAG vom 5. Februar 1970

LAG Berlin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet
am 5. Februar 1970

gez. Weinrich,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. Februar 1970 durch den Senatspräsidenten Dr. Schröder, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Siara sowie die Bundesarbeitsrichter Seiler und Musa für Recht erkannt:

Auf die Revision des Nebenintervenienten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 10. April 1969 - 5 Sa 18/69 - aufgehoben.

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 !

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte war früher in Berlin Vertragshändlerin für die -Werke AG in K . Im Herbst 1968 endeten die vertraglichen Beziehungen zu den -Werken. Die Beklagte steht seither unter dem wirtschaftlichen Einfluß der B M Werke AG. Etwa zur gleichen Zeit änderten sich auch die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der Beklagten durch Veräußerung der GmbH-Anteile. Die Geschäftsführer der Beklagten sind seither in M ansässig.

Der Kläger war seit dem 20. November 1960 bei der Beklagten als Automobilverkäufer im Angestelltenverhältnis tätig. Das Arbeitsverhältnis endete am 5. Juli 1968 durch Auflösungsvertrag.

Der Kläger erhielt als Vergütung ein Fixum in Höhe von 150,-- DM monatlich sowie Provisionen für die vermittelten Kaufverträge. Er erzielte ein hohes Einkommen. Provisionen erhielt er als Seniorverkäufer auch von den Verkäufen, die ihm unterstellte Juniorverkäufer tätigten. Auch während Abwesenheitszeiten, insbesondere während des Urlaubs, war er an den Provisionszahlungen für die durch die Juniorverkäufer abgeschlossenen Verkäufe beteiligt. Die Gesamturlaubsvergütung des Klägers wurde von der Beklagten im Januar des dem Kalenderjahr folgenden Jahres auf Grund der Jahresumsätze errechnet und im Februar ausgezahlt. Dabei errechnete die Beklagte die für die Jahre 1965 und 1966 für je 22 Urlaubstage zu zahlende Vergütung derart, daß sie das Jahreseinkommen des Klägers durch 24 teilte und auf die 22 Urlaubstage umlegte. Demgemäß zahlte sie, jeweils im Februar des Nachjahres, für 1965 1.552,10 DM und für 1966 1.228,50 DM brutto an den Kläger als Urlaubsvergütung aus.

Im Jahre 1967 kam es auf Grund von jahrelangen Beanstandungen seitens der Verkäufer der Beklagten zu einer Änderung der bisherigen Berechnungsweise des Urlaubsentgelts. Die neue Berechnungsweise wurde in einer Vereinbarung vom 5. Oktober 1967 festgelegt. Diese Vereinbarung wurde auch vom Kläger unterschrieben.



Im vorliegenden Verfahren fordert der Kläger von der Beklagten restliche Urlaubsvergütung für die Jahre 1965 und 1966 in Höhe von 3.921,70 DM brutto. Der Kläger hat dementsprechend beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.921,70 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 17. Januar 1969 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat nicht bestritten, daß der Klageanspruch rechnerisch richtig errechnet sei, hält ihm jedoch die während des Urlaubs weiterfließenden Provisionen des Klägers aus Verkaufsschlüssen der Juniorverkäufer entgegen. Sie hält die Klageforderung weiterhin für verwirkt. Der Kläger habe die ihm bekannte Berechnungsart jahrelang hingenommen und die Vereinbarung vom 5. Oktober 1967 unterzeichnet, ohne Vorbehalte wegen des restlichen Urlaubsentgelts zu machen. Mit weiteren Ansprüchen habe sie daher nicht zu rechnen brauchen.

Der Kläger hat erwidert, bei der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 5. Oktober 1967 habe der damalige Geschäftsführer der Beklagten, St , erklärt, die neue Regelung gleiche etwaige bestehende alte Ansprüche nicht aus.

Die Beklagte hat ihren früheren Gesellschaftern, dem Kaufmann L K , der Ehefrau R O und dem Kaufmann K St , den Streit verkündet.

Die Beklagte ist in beiden Vorinstanzen unterlegen. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision zugelassen.

Mit der Revision verfolgt der Streitverkündete K unter gleichzeitigem Beitritt zum Rechtsstreit das Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Die allein von dem Nebenintervenienten eingelegte Revision ist zulässig. Die Nebenintervention kann nach § 74 Abs. 1, § 66 Abs. 2 ZPO in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung - also auch noch in der Revisionsinstanz - und zugleich in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen. Der Nebenintervenient



ist dem Rechtsstreit auch unter Wahrung der Erfordernisse des § 70 Abs. 1 ZPO beigetreten, insbesondere enthält die Beitrittserklärung die bestimmte Angabe des Interesses, das der Nebenintervenient hat (§ 70 Abs. 1 lit. b ZPO). In dem Beitrittsschriftsatz vom 13. Mai 1969 ist nämlich als Grund für den Beitritt ausdrücklich auf die Streitverkündung seitens der Beklagten in dem auch dem Kläger zugestellten Schriftsatz vom 26. März 1969 hingewiesen. Die Streitverkündung ihrerseits macht das Interesse, das der Nebenintervenient an der Unterstützung der Beklagten hat, hinreichend deutlich. Damit ist auch dem Erfordernis des § 71 Abs. 1 lit. b ZPO Genüge getan.

2. Die demnach zulässige Revision ist auch in der Sache wegen mehrerer Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts begründet.

Das Landesarbeitsgericht geht irrtümlich davon aus, zwischen den Parteien bestehe kein Streit über Berechnungsweise und Höhe der restlichen Urlaubsvergütung des Klägers im Betrag von 3.921,70 DM. Es beschränkt sich daher ^{darauf} auszuführen, der Anspruch sei in der genannten Höhe nach § 11 BUrtG und § 611 BGB in Verbindung mit dem Grundsatz gerechtfertigt, daß "ein Arbeitnehmer unter Berücksichtigung eines Bezugszeitraums regelmäßig nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn er gearbeitet hätte".

Die Beklagte hat jedoch ausweislich ihres vorgetragenen erstinstanzlichen Schriftsatzes vom 6. Januar 1969 lediglich die vom Kläger angegebenen Verdienstangaben für die jeweiligen dem Urlaubsbeginn vorangehenden Dreizehnwochenzeiträume (§ 11 Abs. 1 BUrtG) und den sich daraus ergebenden werktäglichen Durchschnittsverdienst nicht bestritten. Sie hat sich jedoch während des gesamten Verfahrens dagegen gewandt, das restliche Urlaubsentgelt des Klägers aus diesen unstreitigen Verdienstangaben zu ermitteln, und zwar vor allem mit dem Hinweis darauf, daß der Kläger auch während der urlaubsbedingten Abwesenheitszeiten Arbeitsentgelt - u.a. sog. Fremdprovisionen aus von Juniorverkäufern vermittelten Verkaufs-



geschäften - erhalten habe. Damit war das Landesarbeitsgericht gehalten, die nur zahlenmäßig unstreitigen Verdienstangaben auch rechtlich unter dem Gesichtspunkt zu überprüfen, ob es sich dabei um solches Arbeitsentgelt handelte, das in die nach § 11 Abs. 1 BUrlG maßgebliche Berechnungsbasis für das Urlaubsentgelt aufzunehmen war. Im Normalfall des Arbeitsverhältnisses mag eine solche besondere rechtliche Prüfung zwar entbehrlich sein; hier kann das im Dreizehnwochenzeitraum des § 11 Abs. 1 BUrlG erzielte Arbeitsentgelt, sofern es nicht Gratifikationen, Aufwandsentschädigungen, Beihilfen u.a. umfaßt, ohne weiteres der Berechnung des Urlaubsentgelts zugrunde gelegt werden, weil im allgemeinen die gesamte gezahlte Vergütung Arbeitsverdienst im Sinne des § 11 Abs. 1 BUrlG ist.

Das gilt jedoch nicht in jedem Falle, vor allem nicht im Arbeitsverhältnis mit Provisionsregelungen, jedenfalls aber nicht im vorliegenden Fall. Hier hatte der Kläger als Seniorverkäufer nämlich abredegemäß Anspruch auch auf sog. Fremdprovisionen für von Juniorverkäufern getätigten Verkäufen; er hat, wie unstreitig ist, Provisionen dieser Art auch während seiner urlaubsbedingten Abwesenheitszeiten in allerdings nicht festgestellter Höhe erhalten. Solche auch während des Urlaubs weiterfließenden Fremdprovisionen müssen, wie der Senat bereits in einem insoweit gleichgelagerten Fall in der vom Landesarbeitsgericht nicht beachteten Entscheidung vom 14. März 1966 - 5 AZR 468/65 - (AP Nr. 3 zu § 11 BUrlG) dargelegt hat, bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht bleiben, und zwar in dem Sinne, daß sie überhaupt nicht in die Berechnungsbasis für das Urlaubsentgelt aufzunehmen sind. Hinsichtlich solcher Teile des Arbeitsentgelts, zu deren Leistung der Arbeitgeber auch bei Wegfall der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verpflichtet bleibt, bedarf es keines Verlustausgleichs in Gestalt einer Urlaubsentgeltzahlung. Im vorliegenden Fall gilt dieser Grundsatz nicht nur hinsichtlich des Monatsfixums von 150,-- DM, das der Kläger auch während des Urlaubs weiter erhalten hat und



das daher in den Gesamtverdienst des Dreizehnwochenzeitraums nicht aufgenommen ist, sondern auch hinsichtlich der Fremdprovisionen. Dabei bleibt es im Grundsatz unerheblich, in welcher Höhe gerade während des Urlaubs Fremdprovisionen angefallen sind; dies muß als zum guten Teil vom Zufall beeinflüßter und von der zeitlichen Lage des Urlaubs abhängiger Umstand hingenommen werden.

Nach dem gegebenen Sachverhalt kann es als sicher gelten, daß in den - an sich der Höhe nach unstreitigen - Gesamtverdiensten der Dreizehnwochenzeiträume vor Antritt der jeweiligen Urlaube auch Fremdprovisionen enthalten sind. Damit ist aber der durchschnittliche Arbeitsverdienst des Dreizehnwochenzeitraums im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG auf einer zwar nicht rechnerisch, jedoch rechtlich unrichtigen Basis ermittelt; diese rechtlich unrichtige Berechnung, die das Landesarbeitsgericht angesichts des Streitstandes nicht hinnehmen durfte, hat ersichtlich auch die Höhe des vom Kläger verlangten Urlaubsentgelts beeinflusst.

3. Auch in der Frage der Verwirkung hat das Landesarbeitsgericht die Rechtslage unrichtig beurteilt.

a) Das Landesarbeitsgericht hält die Verwirkung des Klageanspruchs, soweit dieser sich auf das Entgelt für den gesetzlichen Mindesturlaub bezieht, aus Rechtsgründen für ausgeschlossen. Gesetzliche Mindesturlaubsansprüche sind nach der Ansicht des Landesarbeitsgerichts im Hinblick auf ihre Unabdingbarkeit und den Schutzcharakter des Bundesurlaubsgesetzes grundsätzlich sowohl hinsichtlich der Freizeit als auch des Entgelts der Verwirkung entzogen.

Es kann hier dahinstehen, ob diesem Standpunkt in vollem Umfang zu folgen wäre. Denn der vorliegende Fall zeichnet sich durch die Besonderheit aus, daß der Urlaub des Klägers in den Jahren 1965 und 1966 freizeit- und entgeltmäßig abgewickelt worden ist und der Kläger nunmehr darüber hinaus Ansprüche auf weiteres Urlaubsentgelt erhebt, deren Berechtigung die Beklagte von vornherein entgegengetreten ist. Solche rückständigen streitigen Urlaubs-



entgeltansprüche für gewährten und bezahlten Urlaub können zwar nicht mit Ablauf des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraums (31.3. des Nachjahres gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG) verfallen, weil dies durch die rechtzeitige Geltendmachung jedenfalls des Freizeitanspruches verhindert wird. Sie können jedoch der Verwirkung unterliegen, einem Rechtsinstitut, das im Rechtsleben – auch im Arbeitsrecht – grundsätzlich überall anerkannt ist und neben der Verjährung zur schnellen und endgültigen Abwicklung aller Rechtsbeziehungen und damit der Erhaltung des Rechtsfriedens dient. Der besondere Schutzcharakter des Bundesurlaubsgesetzes und die Unabdingbarkeit des Mindesturlaubs mögen zwar, ohne daß der Senat hierzu abschließend Stellung nimmt, der Anwendung des Rechtsinstituts der Verwirkung im Urlaubsrecht im allgemeinen entgegenstehen, so wie dies in der Literatur auch weithin angenommen wird (Dersch-Neumann, BUrlG, 3. Aufl., § 13 Anm. 64 mit weiteren Nachweisen). Hat der Arbeitnehmer jedoch Freizeit und Entgelt erhalten, so ist das Schutzziel des Gesetzes erreicht, nämlich dem Arbeitnehmer die zum Zweck der persönlichen Erholung und der Vermeidung von Frühinvalidität unentbehrliche Zeit der Ruhe und Ausspannung zu gewähren. Es besteht jedenfalls danach kein Anlaß mehr, die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, auf denen das Rechtsinstitut der Verwirkung beruht, im Urlaubsrecht unter Hinweis auf den besonderen Schutzzweck des Bundesurlaubsgesetzes einzuschränken; vielmehr gewinnt nun, wie auch sonst immer dann, wenn im Rahmen eines Rechtsverhältnisses eine bestimmte rechtliche Beziehung abgewickelt ist und das Rechtsverhältnis danach insoweit als befriedet erscheint, das Gebot der Wahrung des Rechtsfriedens ein besonderes Gewicht. Jedenfalls in der damit bestehenden besonderen Situation erscheint es auch im Urlaubsrecht geboten, mit dem weiteren Zeitablauf und der Untätigkeit des Anspruchsberechtigten die sonst im Rechtsleben allgemein anerkannten Rechtsfolgen zu verbinden und danach auch die Verwirkung zuzulassen. Dies erscheint entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch nicht



etwa deshalb unzulässig, weil die kraft des tariflichen Vorrangprinzips (§ 13 Abs. 1 BUrlG) weithin vorherrschenden tariflichen Urlaubsansprüche niemals (§ 4 Abs. 4 TVG) – also auch nicht in Fällen der vorliegenden Art – verwirken können und insoweit eine verschiedene rechtliche Behandlung tariflicher und gesetzlicher Urlaubsansprüche unangemessen wäre. Es ist dabei nämlich zu bedenken, daß Tarifverträge Ansprüche aller Art, also auch urlaubsrechtliche, oftmals verhältnismäßig kurzen Ausschußfristen unterwerfen, die gerade für abgewinkelte Rechtsbeziehungen besondere Bedeutung haben; an den Zeitablauf werden also erheblich schärfere Folgen geknüpft als bei allein dem Gesetz unterstehenden Urlaubsansprüchen, gleichgültig ob man bei letzteren die Möglichkeit der Verwirkung zuläßt oder nicht. Die Bejahung der Verwirkung im gesetzlichen Urlaubsrecht führt daher weithin auch nicht zu einer größeren Verschiedenheit in der Behandlung der allein dem Gesetz unterstehenden und der von Tarifverträgen erfaßten Urlaubsansprüche als diese ohnehin besteht. Für den vorliegenden Fall zeigt dies deutlich ein Blick auf die vom Landesarbeitsgericht erörterte Ausschußfrist in § 12 des Tarifvertrages für den Berliner Einzelhandel vom 5. November 1965. Wären die hier streitenden Parteien an diesen Tarifvertrag gebunden, so wäre ein Anspruch der hier verfolgten Art von der tariflichen Ausschußfrist erfaßt und damit von den Auswirkungen des Zeitablaufs weitaus schärfer betroffen als der allein nach dem Gesetz zu beurteilende Anspruch, gleichgültig, ob man hier die Verwirkung zuläßt oder nicht.

b) Das Landesarbeitsgericht ist trotz seines dargelegten Standpunktes auf die Frage eingegangen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des Verwirkungstatbestandes erfüllt seien. Es hat dieses verneint, obwohl es dabei nach dem Vortrag der Beklagten als richtig unterstellt hat, der Kläger habe bei Abschluß der Vereinbarung vom 5. Oktober 1967 keinen Vorbehalt wegen der Urlaubsentgeltansprüche für die zurückliegende Zeit gemacht.



Diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist allein schon deshalb nicht haltbar, weil sie offensichtlich von der unrichtigen Annahme beeinflusst ist, die Beklagte habe das Urlaubsentgelt des Klägers für die Jahre 1965 und 1966 schuldhaft "gesetz- und vertragswidrig" berechnet und dadurch die ihr obliegende Fürsorgspflicht verletzt. Diese Annahme verliert, wenn die Rechtslage nach den unter Nr. 2 erörterten Gesichtspunkten betrachtet wird, ihre Grundlage. Bisher steht nicht einmal fest, daß zu wenig Urlaubsentgelt gezahlt ist. Sollte sich dies bei der erneuten Verhandlung der Sache ergeben, ließe sich dies angesichts des vorliegenden Sachstandes schwerlich auf eine schuldhafte Handlungsweise der Beklagten zurückführen.

4. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts war wegen der obigen Rechtsverstöße somit aufzuheben. Zugleich war die Sache wegen fehlender Entscheidungsreife an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Der Senat weist für die erneute Verhandlung noch auf folgende Gesichtspunkte hin:

a) Unstreitig hat der Kläger auch während der jeweiligen Urlaubszeiten Provisionen von der Beklagten erhalten. Er führt diese Leistungen allerdings zum größten Teil auf Verkäufe zurück, die er vor dem Urlaub zustande gebracht habe; zwischen Verkauf des Fahrzeugs und Fälligkeit der Provision habe häufig eine längere Zeitspanne gelegen. Solche Provisionen könnten daher nicht als Urlaubsentgelt behandelt werden.

Dieser Standpunkt des Klägers ist an sich richtig, setzt aber voraus, daß in den Gesamtverdienst des Dreizehnwochenzeitraums nicht auch solche Provisionen aufgenommen werden, die zwar in dieser Zeit gezahlt worden sind, jedoch auf zeitlich vorher abgeschlossene Verkäufe zurückgehen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird die Gesamtrechnung des Klägers für den Dreizehnwochenzeitraum daher zu überprüfen sein.

b) Die Frage der Verwirkung des Klageanspruchs wird ohne Annahme eines schuldhaft vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten erneut zu prüfen sein. Hierbei werden auch die



Schwierigkeiten zu beachten sein, die sich bei Arbeitsverhältnissen mit Provisionsregelungen einer zeitlich späteren Berechnung des Urlaubsentgelts häufig in den Weg stellen. Besondere Beachtung verdienen auch die Umstände des Zustandekommens der Vereinbarung vom 5. Oktober 1967, die eine längerwährende Auseinandersetzung über den Berechnungsmodus des Urlaubsentgelts beendet hat. Sollte der Kläger hierbei, wie das Landesarbeitsgericht dies unterstellt, ohne einleuchtenden Grund keine Vorbehalte bezüglich des Entgelts für die vergangenen Jahre gemacht haben, so spricht dies möglicherweise für die Verwirkung des Klageanspruchs. Die friedliche Beilegung eines Streits über den Inhalt eines Vertragsverhältnisses ist nämlich im allgemeinen ein Umstand, der die Vertragspartner verpflichtet, ihre Vorbehalte bezüglich nicht ausdrücklich geregelter Punkte alsbald offenzulegen. Sollte dies hier nicht bereits bei Abschluß der Vereinbarung vom 5. Oktober 1967 geschehen sein, so wäre normalerweise eine Erklärung des Klägers in nächster Zeit zu erwarten gewesen, um so mehr, als ihm die Klageansprüche in allen Einzelheiten der Berechnung von vornherein bekannt waren. Stattdessen ist er nach dem vom Landesarbeitsgericht unterstellten Sachverhalt erst neun Monate nach dieser Vereinbarung mit den Klageansprüchen hervorgetreten und hat damit Anlaß gegeben, daß die Änderung der Gesellschaftsverhältnisse bei der Beklagten ohne Berücksichtigung dieser Ansprüche vollzogen wurde. Ein Verhalten dieser Art kann durchaus als illoyal verspätete Geltendmachung eines Anspruchs bezeichnet werden.

c) Das Landesarbeitsgericht wird weiterhin zu prüfen haben, ob nicht in den gesamten Umständen des Abschlusses der Vereinbarung vom 5. Oktober 1967 der stillschweigend geäußerte Verzicht des Klägers zu Tage tritt, auf Ansprüche für die Vergangenheit zu verzichten. Zweck der - nicht nur mit dem Kläger getroffenen - Vereinbarung war es, eine längere betriebliche Meinungsverschiedenheit über die Höhe des Urlaubsentgelts zu beendigen; sie trägt also in gewisser



Weise Vergleichscharakter: Vergleiche beenden einen Streit aber meist nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit; Vorbehalte in dieser oder jener Hinsicht werden meist ausdrücklich hervorgehoben. Dies gilt mehr noch für eine vergleichsweise Regelung, die eine gerichtliche Auseinandersetzung über die schwierige Frage der Berechnung des Urlaubsentgelts im Provisionsfalle vermeiden soll. Sollte der Kläger hier, wie das Landesarbeitsgericht es unterstellt, die Vereinbarung ohne jeden Vorbehalt unterzeichnet haben, kann dies daher eine stillschweigende Aufgabe etwaiger Ansprüche für die Vergangenheit bedeuten.

gez. Dr. Schröder

Dr. Auffarth

Slara

Seiler

Musa

