

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

Gesetz: BUrlG § 11, §§ 1, 2, 12

- Leitsätze:
1. Bei arbeitnehmerähnlichen Personen wird vielfach der Urlaub in der Art gewährt und genommen, daß der Beschäftigte den Urlaubszeitraum selbst bestimmt und ein Ausfall von Beschäftigungszeit und von Entgelt vermieden wird.
 2. Auch in einem solchen Fall ist das dem Beschäftigten gezahlte Entgelt in die Berechnungsgrundlage für das Urlaubsentgelt aufzunehmen.
 3. Die besonderen Beschäftigungsbedingungen arbeitnehmerähnlicher Personen können es erforderlich machen, für das ihnen zustehende Urlaubsentgelt einen anderen als den in § 11 BUrlG für den Regelfall vorgesehenen Berechnungszeitraum zugrunde zu legen.

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

Aktenzeichen: 5 AZR 342/74

Urteil des BAG vom 30. Juli 1975

LAG Düsseldorf (Köln)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 342/74

16 Sa 22/74 Düsseldorf
(Köln)

Verkündet
am 30. Juli 1975

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30. Juli 1975 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter G. W. Keller und Scherer für Recht erkannt:

1. Die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom -- 28. Juni 1974 - 16 Sa 22/74 - werden zurückgewiesen.
2. Von den Kosten der Revisionsinstanz haben der Kläger 3/14 und der Beklagte 11/14 zu tragen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist als sog. freier Mitarbeiter bei dem Beklagten beschäftigt und erhält als solcher laufend Aufträge als Reporter, redaktioneller Mitarbeiter und Regisseur für Beiträge der Sportschau oder der Tagesschau. Er erhält ferner Aufträge für die Mitarbeit an den Verkehrserziehungs-Spots der Sendereihe "Der 7. Sinn" (im folg.: "Spots"). Von diesen Spots werden regelmäßig drei Stück pro Monat gesendet; der Kläger wirkt an allen Beiträgen der Serie mit. Der Beklagte erkennt den Kläger als arbeitnehmerähnliche Person an.

Die Parteien streiten darum, ob die Honorare für diese Sendereihe bei der Berechnung des Urlaubsentgelts zu berücksichtigen sind oder nicht. Der Kläger hat für den vom 18. März bis zum 20. April 1972 gewährten Urlaub von 15 Werktagen 700,95 DM brutto vom Beklagten erhalten. Laut Mitwirkenden-Vertrag vom 28. Januar 1972 bezog er für die Spots Nr. 257, 258, 259, 260 sowie zwei Reservebeiträge insgesamt 3.000,-- DM. Die Beiträge wurden mit der Endfertigung (Mischung) am 14. Januar 1972 vom Beklagten abgenommen. Am 16. März 1972 fand die Endfertigung (Mischung) für sechs weitere Spots, nämlich die Nrn. 261 bis 266 statt, die der Beklagte dem Kläger mit Mitwirkenden-Vertrag vom 19. April 1972 mit 3.000,-- DM honorierte.

Der Kläger berechnet die Klageforderung wie folgt:

Durchschnittlicher Verdienst für seine Tätigkeit als freier Mitarbeiter in den letzten drei Monaten vor Antritt des Urlaubs = 4.980,-- DM brutto + 2 x je 3.000,-- DM für 12 Spots = insgesamt 11.980,-- DM brutto, dividiert durch 78 Tage (13 Wochen) x 15 Werktage = 2.111,40 DM brutto. Hierauf läßt sich der Kläger die bereits erhaltene Zahlung von 700,95 DM brutto anrechnen, so daß die Klagesumme von 1.410,45 DM brutto verbleibt.

Der Kläger hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn den letzteren Betrag nebst 4 % Zinsen seit dem 12. Januar 1973 zu zahlen.

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er ist der Ansicht, die Honorare für die Verkehrserziehungssports seien bei der Berechnung des Urlaubsentgelts nicht einzubeziehen, da es sich hierbei um eine zusätzliche Tätigkeit des Klägers gehandelt habe, für die er während des Urlaubs weitervergütet werde. Der Kläger wirke an allen Beiträgen der Serie mit; er erleide deshalb während der Urlaubszeit keine Einbußen, da in dieser Zeit keine Spots produziert würden. Das Lebensstandardprinzip würde auf den Kopf gestellt, wenn die während des Urlaubs durchgezahlte Vergütung bei der Urlaubsentgeltberechnung noch einmal zu berücksichtigen sei. Es liege dann eine Doppelzahlung vor, einmal für die weiterlaufende Vergütung und zusätzlich für den Anteil der Honorare, der auf die letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt entfalle.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger 1.122,15 DM zugesprochen und die Klage im übrigen abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage im vollen Umfang; der Kläger verfolgt den Klageantrag weiter, soweit das Landesarbeitsgericht ihn abgewiesen hat.

Entscheidungsgründe:

Beide Revisionen sind nicht begründet.

A) Zur Revision des Beklagten

1. Es steht außer Streit, daß der Kläger den Urlaubsanspruch nur aus seiner arbeitnehmerähnlichen Stellung gegenüber dem Beklagten herleiten kann. Mit dem Landesarbeitsgericht ist weiter davon auszugehen, daß dem Bereich der arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit des Klägers auch dessen Mitwirkung an den "Spots" zuzurechnen ist. Die Revision des Beklagten greift dies nicht an. Es besteht kein Grund, die Tätigkeit des Klägers für den Beklagten in zwei rechtlich selbständige Bereiche aufzuspalten. Die Mitwirkung an den "Spots" vollzieht sich rechtlich ebenso wie die sonstige Tätigkeit des Klägers auf der Grundlage eines freien Dienstvertrages. Sie ist auch von dem gleichen

- 4 -



- 4 -

Zweck - der Gestaltung des Rundfunk- und Fernsehprogramms - geprägt. Sie unterscheidet sich zwar insofern von der sonstigen Tätigkeit des Klägers, als sie nicht zeitlich regelmäßig geleistet wird. Die "Spots" werden zwar regelmäßig gesendet, ihre Herstellung läßt sich aber, da es sich nicht um Life-Sendungen handelt, von der sonstigen regelmäßig anfallenden Regie- und Reportertätigkeit zeitlich trennen, so daß der Kläger hierfür in zeitlich unregelmäßiger Folge herangezogen wird. Das letztere spricht aber entgegen der vom Beklagten in den Vorinstanzen vertretenen Ansicht nicht gegen den Standpunkt des Landesarbeitsgerichts. Zeitliche Ungebundenheit der Tätigkeit ist bei Dienst- oder Werkleistungen, die außerhalb von Arbeitsverhältnissen erbracht werden, häufig und für bestimmte Gruppen arbeitnehmerähnlicher Personen - wie z.B. im Bereich der Heimarbeit - geradezu typisch. Sie kann also nicht als Argument gegen die Einordnung des Dienstverpflichteten in die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen dienen; anderenfalls würde der dieser Gruppe durch § 2 Satz 2 BUrlG gewährte Sozialschutz weithin hinfällig.

2a) Aus dem Umstand, daß die Tätigkeit des Klägers für die "Spots" durch die Urlaubszeit nicht behindert worden ist, zieht die Revision den Schluß, der Kläger habe keinen solchen Verlust an Einkommen erlitten, wie ihn die Vorschrift des § 11 BUrlG auszugleichen bezwecke. Sie bezieht sich hierbei auf das Urteil des erkennenden Senats AP Nr. 3 zu § 11 BUrlG. Dort ist - im Hinblick auf Umsatzprovisionen - ausgeführt, Zweck der Berechnungsregelung des § 11 BUrlG sei es, dem Arbeitnehmer einen angemessenen Ausgleich für die Einbußen an Arbeitsentgelt infolge des urlaubsbedingten Wegfalls der Arbeitsleistung zu verschaffen; die Regelung könne sich daher nur auf solche Teile des Arbeitsentgelts beziehen, deren Zahlung von einer im Urlaubszeitraum sonst zu erbringenden Arbeitsleistung abhängig gewesen wäre (zu 2a der Gründe).

b) Die Revision übersieht dabei, daß das genannte Urteil sich auf die Ermittlung des Urlaubsentgelts für einen Arbeitnehmer, nicht einer arbeitnehmerähnlichen Person bezieht. Arbeitnehmer büßen durch den Urlaub zur Verdiensterzielung nutzbare Arbeits-

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

zeit ein. Als Ausgleich hierfür dient das Gebot der Bezahlung des Urlaubs, das bereits in § 1 BUrlG ausgesprochen ist. Mit der Vorschrift des § 11 Abs. 1 BUrlG stellt das Gesetz lediglich ein bestimmtes Verfahren zur Berechnung des Urlaubsentgelts zur Verfügung. Das genannte Urteil hat dieses Verfahren für einen bestimmten Tatbestand verdeutlicht; es hat, ohne an den Grundsatz der Bezahlung des Urlaubs zu rühren, solche Teile des Arbeitsentgelts aus der Berechnungsgrundlage des § 11 BUrlG herausgenommen, die dem Arbeitnehmer unabhängig von der laufenden Arbeitsleistung - und damit auch unabhängig von der urlaubsbedingten Anwesenheit vom Arbeitsplatz - zufließen.

c) Bei den arbeitnehmerähnlichen Personen ist die Ausgangslage häufig anders als sie der bezeichneten Entscheidung des Senats zugrunde liegt. Die Arbeitnehmerähnlichkeit knüpft entscheidend an das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Auftraggeber an. Persönliche Abhängigkeit vom Auftraggeber ist nicht erforderlich. Die fehlende rechtliche Bindung an Weisungen des Auftraggebers führt häufig dazu, daß die geschuldete Leistung in einem vom Beschäftigten allein oder gemeinsam mit dem Auftraggeber bestimmten Zeitraum erledigt und auf diese Weise der Urlaubszeitraum frei von Aufträgen gehalten werden kann. Dies ist besonders im Bereich der Heimarbeit anzutreffen; hier kommt, da der in Heimarbeit Tätige die Arbeitszeit frei bestimmen kann, eine zeitliche Freistellung zum Zwecke des Erholungsurlaubs oftmals nicht in Betracht. Der in Heimarbeit Tätige bestimmt dann den Urlaubszeitpunkt selbst. Nur wenn dies nicht möglich ist, kommt im Bereich der Heimarbeit eine Urlaubserteilung gemäß § 7 Abs. 1 BUrlG in dem Sinne in Betracht, daß der Unternehmer verpflichtet ist, den in Heimarbeit Beschäftigten und den Gleichgestellten für eine bestimmte Zeit keine Aufträge zu erteilen (vgl. Nilsch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., S.138; Dersch-Neumann, BUrlG, 4. Aufl., § 12 Rdnr. 17).

Bei arbeitnehmerähnlichen Personen wird demnach Urlaub vielfach der Art gewährt und genommen, daß der Beschäftigte den Urlaubszeitraum selbst bestimmt und es hierdurch zu einem Ausfall von Beschäftigungszeit und damit von Entgelt nicht kommt. Dies ist jedoch angesichts der Gesamtregelung des Bundes-

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

- 6 -



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

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

urlaubsgesetzes kein Grund, von der Gewährung von Urlaubsentgelt abzusehen. Die §§ 1 bis 3 BUrlG garantieren allen arbeitnehmerähnlichen Personen den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub, unabhängig davon, ob im Einzelfall eine echte Freistellung von der Arbeit mit daraus folgendem Verdienstaussfall in Betracht kommt oder nicht. Das zeigt vor allem die gesetzliche Regelung für die Urlaubsverwirklichung im Bereich der Heimarbeit. Hier ist nach § 12 BUrlG Urlaubsentgelt in Form fester Entgeltzuschläge zu zahlen, ohne daß im Einzelfall eine Freizeiterteilung i. S. des § 7 Abs. 1 BUrlG zu prüfen wäre.

d) Für die arbeitnehmerähnlichen Personen außerhalb des Bereichs der Heimarbeit kann im Grundsatz nichts anderes gelten. Auch sie stehen unter dem Schutz des Bundesurlaubsgesetzes, haben demnach Anspruch auf "bezahlten" Jahresurlaub. Dieser Anspruch besteht auch, wenn nach den im Einzelfall gegebenen Verhältnissen eine mit Verdienstaussfall verbundene Freizeitgewährung nicht in Betracht kommt. Das gilt auch für den Kläger in bezug auf seine Mitwirkung an den "Spots". Die Herstellung der "Spots" läßt sich in Zeiträume verlegen, die außerhalb des eigentlichen Urlaubszeitraums liegen; denn es läßt sich eine größere Zahl hiervon gleichzeitig und damit "auf Vorrat" herstellen. Der Kläger erhält hierfür Entgelt, das unmittelbar seine Arbeit an der Herstellung abzugelten bestimmt ist. Dieses Entgelt ist daher, wenn die gesetzliche Urlaubsgarantie für arbeitnehmerähnliche Personen ihren Sinn behalten soll, auch in die Grundlage für die Berechnung des Urlaubsentgelts aufzunehmen.

Die Notwendigkeit hierfür ist augenscheinlich, wenn der Kläger allein an den "Spots" oder entsprechenden Sendereihen mitwirken würde und nur hieraus die zur Arbeitnehmerähnlichkeit führende wirtschaftliche Abhängigkeit abzuleiten wäre. Bei einer solchen durchaus möglichen Fallgestaltung würde er, falls der Standpunkt des Beklagten richtig wäre, überhaupt keinen Urlaub im gesetzlichen Sinne erhalten; ein Urlaub ohne jedes Urlaubsentgelt ist rechtlich nicht anzuerkennen.

3a) Das Gesetz enthält keine allgemeine Regelung über das Verfahren, nach dem für arbeitnehmerähnliche Personen der Grundsatz des bezahlten Urlaubs zu verwirklichen ist. Eine besondere



- 7 -

Verfahrensvorschrift gilt nur im Bereich der Heimarbeit. Hier ist ein Zuschlagssystem eingeführt, das den Anspruch auf Urlaubsentgelt durch prozentuale Erhöhung des während einer Jahresperiode verdienten Arbeitsentgelts pauschal abgilt; die Regelung des § 11 BUrlG ist im Bereich der Heimarbeit nicht anzuwenden. Auf den Bezugszeitraum eines Jahres wird dabei abgestellt, um Zufallsergebnisse möglichst zu vermeiden (Dersch-Neumann, BUrlG, 4. Aufl., § 12 Rdnr. 22).

b) An sich gilt für die Verwirklichung des Urlaubsentgeltanspruchs arbeitnehmerähnlicher Personen außerhalb der Heimarbeit die allgemeine Vorschrift des § 11 Abs. 1 BUrlG. Sie läßt sich jedoch, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, dort nicht sinnvoll anwenden, wo der Urlaub sich nicht nach den Regeln durchführen läßt, die für Arbeitnehmer gelten. Wird bei arbeitnehmerähnlichen Personen der Urlaub zeitlich so festgelegt, daß keine Arbeitsleistungen wegen des Urlaubs wegfallen und dadurch demnach keine Einbuße an Arbeitsentgelt entsteht, so ist auch die Grundlage für die Anwendung des § 11 BUrlG entfallen; denn die Vorschrift setzt den urlaubsbedingten Wegfall von Arbeitsleistungen voraus. Das Berechnungssystem des § 11 Abs. 1 BUrlG geht gedanklich von der Voraussetzung aus, daß die im 13-Wochen-Zeitraum vor dem Urlaub gegebenen Verhältnisse in etwa die während des Urlaubs widerspiegeln. Diese Voraussetzung besteht nicht, wenn im Urlaubszeitraum keine Arbeitsleistung aus Urlaubsgründen wegfällt. Dann ist entgegen der Annahme des Gesetzgebers für den Regelfall vielmehr damit zu rechnen, daß die Verhältnisse im 13-Wochen-Zeitraum und während des Urlaubszeitraums stark voneinander abweichen, vor allem deshalb, weil an sich auf den Urlaubszeitraum entfallende Arbeit vorgezogen oder nachgeleistet werden kann.

Bei einer solchen Sachlage läßt sich der Grundsatz des bezahlten Urlaubs sinngemäß nur dann verwirklichen, wenn entsprechend der Regel in § 12 BUrlG der Bezugszeitraum auf ein Jahr ausgedehnt wird. Dadurch werden, so wie es der Sinn des § 12 BUrlG ist, ungerechte vom Zufall abhängige Berechnungsergebnisse vermieden. Das muß bei dem hier gegebenen Ausgangsbestand - kein urlaubsbedingter Wegfall von Arbeitsleistung -

- 8 -



jedenfalls dann gelten, wenn, wie im Streitfall, ein fester Urlaubszeitraum für die arbeitnehmerähnliche Person festzustellen ist. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß, die Frage zu erörtern, ob darüber hinaus für bestimmte Gruppen arbeitnehmerähnlicher Personen auch das Zuschlagssystem des § 12 BUrlG zu übernehmen wäre.

c) Das vorstehende Ergebnis erscheint nicht zuletzt deshalb gerechtfertigt, weil es auch bei Arbeitnehmern notwendig werden kann, das Berechnungsverfahren des § 11 BUrlG durch Einführung eines längeren Zeitraums zu modifizieren. Anerkanntermaßen können Tarifverträge den gesetzlichen Bezugszeitraum verlängern (vgl. Dersch-Neumann, aaO, § 11 Rdnr. 77). Es können aber auch, ohne daß eine tarifliche Regelung vorliegt, die tatsächlichen Verhältnisse dazu zwingen, im Wege der Schätzung (§ 287 ZPO) eine von dem gesetzlichen Regelfall abweichende Berechnungsweise zu wählen, z.B. bei einem sehr unregelmäßigen Provisionsverdienst. Das Bundesarbeitsgericht hat in letzterem Bereich sogar - nach der sog. Lohnausfallmethode - einmal einen Zeitraum von drei Jahren als angemessen erachtet (BAG 8, 164 [167 f.] = AP Nr. 48 zu § 611 BGB Urlaubsrecht [am Ende]; vgl. auch BAG 13, 333 [336] = AP Nr. 6 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge [zu I der Gründe]; zu der vergleichbaren Problematik bei der Feiertagsbezahlung auch BAG AP Nr. 28 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg [zu I 3 und 4 der Gründe m.w.N.]).

Angesichts der Vielgestaltigkeit der Formen von arbeitnehmerähnlichen Rechtsbeziehungen lassen sich keine allgemeinen Regeln darüber aufstellen, ob und inwieweit bei der Ermittlung des Urlaubsentgelts für arbeitnehmerähnliche Personen das Berechnungsprinzip des § 11 Abs. 1 BUrlG zu modifizieren ist. Abänderungen sind jedoch nur nach dem Maß des Notwendigen zulässig; es ist nicht auszuschließen, daß § 11 BUrlG auch unverändert anwendbar bleibt und sinnvolle Berechnungsergebnisse vermittelt.

B) Zur Revision des Klägers

Wie sich bereits aus den Darlegungen zu A 3) ergibt, ist die Revision des Klägers unbegründet. Der Kläger will damit erreichen, daß das Urlaubsentgelt uneingeschränkt gemäß § 11 Abs. 1 BUrlG errechnet, also von einem Bezugszeitraum von 13 Wochen



- 9 -

ausgegangen wird. Dem kann aus den dargestellten Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, daß sich dabei für den Kläger nur auf Grund der zeitlichen Lage des Urlaubs ein zufälliger wirtschaftlicher Vorteil ergibt. Bei einer anderen zeitlichen Lage des Urlaubs könnte sich ein Bezugszeitraum von 13 Wochen für ihn sehr nachteilig auswirken. Derartige Zufallsergebnisse sollen, wie dargelegt, vermieden werden.

Daß das dem Kläger zustehende Urlaubsentgelt auf der somit maßgeblichen Rechtsgrundlage rechnerisch richtig errechnet worden ist, ist unstreitig.

Demnach waren beide Revisionen zurückzuweisen.

gez.: Dr. Hilger

Siara

Dr. Heither

Keller

Scherer

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)