

TE OGH 1990/4/25 9ObA66/90

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.04.1990

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Kuderna als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith und Dr. Petrag sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Herbert Vesely und Walter Bacher als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Alois H***, Angestellter, Villach, Dreschnigstraße 14/B/8, vertreten durch Dr. Wolfgang Gewolf, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wider die beklagte Partei K***.V*** mbH & Co KG,

Wien 19, Muthgasse 2, vertreten durch Dr. Gottfried Korn, Rechtsanwalt in Wien, wegen 35.369,09 S sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 9. November 1989, GZ. 7 Ra 81/89-19, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Arbeits- und Sozialgericht vom 11. Mai 1989, GZ. 33 Cga 150/88-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Kläger war vom 1.12.1984 bis 30.11.1987 und vom 7.12.1987 bis 31.3.1988 bei der beklagten Partei als Anzeigenkontakter angestellt. Neben einem monatlichen Fixum von anfangs 10.650 S erhielt er aus indirekten Geschäften 9 % und aus Direktgeschäften 2 % des Bruttoumsatzes Provision. Auf das Arbeitsverhältnis ist der Kollektivvertrag für die kaufmännischen Angestellten der Tageszeitungen und deren Nebenausgaben in der Fassung vom 1.11.1984 anzuwenden.

§ 11 Z 2 letzter Satz dieses Kollektivvertrages lautet:

"Das Gehalt während des Urlaubs beträgt das Durchschnittseinkommen der letzten 12 Monate, wobei während des Urlaubs angefallene Prämien und Provisionen auf den ermittelten Durchschnittswert anzurechnen sind."

Eine gegenüber dem Kollektivvertrag günstigere Regelung über die Berechnung des Urlaubsentgelts wurde nicht vereinbart. Der Kläger begeht den Betrag von 35.369,09 S samt 4 % Zinsen seit 1.5.1988 an restlichem Urlaubsentgelt

einschließlich kapitalisierter Zinsen. Die beklagte Partei habe der Berechnung des Urlaubsentgelts zwar Fixum und Provisionen nach dem Durchschnittswert der letzten 12 Monate zugrundegelegt, hievon aber die während des gesamten Monates der Urlaubskonsumation ausgezahlten Provisionen in Abzug gebracht. Gehe man davon aus, daß dem Arbeitnehmer während des Urlaubs jenes Entgelt zukommen solle, das er ins Verdienen gebracht hätte, wenn er den Urlaub nicht konsumiert hätte, dann sei von dem ermittelten Durchschnittswert nur das abzuziehen, was der Arbeitnehmer während des Urlaubs unabhängig von seiner Urlaubskonsumation neu und anspruchsbegründend verdient habe. Das könnten aber nur die Provisionen aus Direktgeschäften der beklagten Partei sein, weil nur in diesen Fällen der Anspruch während des Urlaubs begründet worden (angefallen) sei. Hingegen beruhten die während des Urlaubs ausgezahlten Provisionen auf den vom Kläger vor Urlaubsantritt akquirierten Geschäften und seien schon begrifflich nicht dem fiktiven zusätzlichen Entgelt zuzurechnen, das der Arbeitnehmer als Ausgleich dafür erhalten solle, daß er während des Urlaubs keine provisionsbegründende Akquisitionstätigkeit ausüben könne. Wären diese Provisionen abzugsfähig, könnte der Arbeitgeber die Auszahlung dieser schon verdienten Provisionen so steuern, daß sie dem Arbeitnehmer während des Urlaubs zukämen und dadurch das dem Arbeitnehmer gebührende Urlaubsentgelt schmälern.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Für die vom Kläger gewünschte Differenzierung zwischen Provisionen für Direktgeschäfte und indirekte Aufträge bietet der Kollektivvertrag keinen Anhaltspunkt. Darüber hinaus spreche auch die Gleichstellung von Prämien und Provisionen für den Standpunkt der beklagten Partei, weil der Begriff der Prämie eine Leistung des Anspruchsberechtigten voraussetze. § 11 des Kollektivvertrages solle sicherstellen, daß der Provisionsvertreter während des Urlaubs annähernd das Einkommen beziehe, das er auch während der übrigen Monate, während derer er arbeite, ins Verdienen bringe. Bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Klägers käme man zu dem paradoxen Ergebnis, daß der Kläger zwar nur 11 Monate arbeite aber für 13 Monate Provision kassiere.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab. Es vertrat die Rechtsauffassung, daß die Provisionen aus Verkaufsgeschäften nicht schon mit der Vermittlung bzw. dem Abschluß des Geschäfts verdient seien, sondern erst mit dem Zeitpunkt und im Umfang der Erfüllung durch den Geschäftspartner des Arbeitgebers. Erst mit der Zahlung durch den Dritten seien die Provisionen verdient und damit im Sinne von § 11 Z 2 letzter Satz des Kollektivvertrages angefallen. Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichtes und teilte dessen Rechtsauffassung über den Anfall der Provision im Sinne von § 11 des Kollektivvertrages. Die während des Urlaubs angefallenen Provisionen seien mit den auf Grund der Durchschnittsberechnung fiktiv ermittelten Provisionen zu vergleichen. Seien die während des Urlaubs angefallenen Provisionen höher als die fiktiv ermittelten Durchschnittsprovisionen, habe der Angestellte insoweit einen Nachzahlungsanspruch; liege hingegen die als Teil des Urlaubsentgelts ausgezahlte fiktive Durchschnittsprovision über den während des Urlaubs anfallenden Provisionen, müsse der Angestellte nichts zurückzahlen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der klagenden Partei aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne des Klagebegehrens abzuändern.

Die beklagte Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist berechtigt.

Gemäß § 6 Abs 3 UrlG ist in allen Fällen, in denen das Entgelt nicht nach Zeiträumen im Sinne des Abs 2 bemessen wird, für die Urlaubsdauer das regelmäßige Entgelt zu zahlen. Regelmäßiges Entgelt ist jenes Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn der Urlaub nicht angetreten worden wäre. Nach Abs 4 dieser Bestimmung ist bei Akkord-, Stück- oder Gedinglöhnen, akkordähnlichen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien oder Entgelten das Urlaubsentgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten zu berechnen. Mit Abs 5 werden die Kollektivvertragsparteien ermächtigt, durch Generalkollektivvertrag zu regeln, welche Leistungen des Arbeitgebers als Urlaubsentgelt anzusehen sind; die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Urlaubsentgelts kann hingegen durch Kollektivvertrag abweichend von Abs 3 und 4 geregelt werden.

Die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft und der Österreichische Gewerkschaftsbund haben von der erstgenannten Ermächtigung Gebrauch gemacht und am 22.2.1978 einen Generalkollektivvertrag über den Begriff des

Entgeltes gemäß § 6 UrlG geschlossen. Gemäß § 2 Abs 4 dieses Generalkollektivvertrages sind Entgelte in Form von Provisionen in das Urlaubsentgelt mit dem Durchschnitt der letzten 12 Kalendermonate vor Urlaubsantritt einzubeziehen. Provisionen für Geschäfte, die ohne unmittelbare Mitwirkung des Arbeitnehmers zustandegekommen sind (Direktgeschäfte), sind jedoch in diesen Durchschnitt nur insoweit einzubeziehen, als für während des Urlaubs einlangende Aufträge aus derartigen Geschäften keine Provision gebührt.

Im Rahmen der Ermächtigung des § 6 Abs 5 UrlG wurde daher mit Generalkollektivvertrag verbindlich festgelegt, daß Entgelte in Form von Provisionen (mit dem Durchschnitt der letzten 12 Kalendermonate vor Urlaubsantritt) grundsätzlich in das Urlaubsentgelt einzubeziehen sind, Provisionen aus - ohne unmittelbare Mitwirkung des Arbeitnehmers zustandegekommenen - Direktgeschäften aber nur insoweit, als für während des Urlaubs einlangende Aufträge aus derartigen Geschäften keine Provision gebührt. Mit dieser lediglich Provisionen aus Direktgeschäften ausnehmenden Regelung haben die Parteien des Generalkollektivvertrages klargestellt, daß Provisionen aus unter Mitwirkung des Arbeitnehmers zustandegekommenen Geschäften in das Urlaubsentgelt mit einem Durchschnittswert einzubeziehen sind, und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Umfang dem Arbeitnehmer während des Urlaubs Provisionen aus

derartigen - naturgemäß vor dem Urlaub akquirierten - Geschäften zufließen. Die Parteien des Generalkollektivvertrages haben auf diese Weise im Rahmen der ihnen gemäß § 6 Abs 5 UrlG eingeräumten Ermächtigung festgelegt, daß Provisionen, die dem Arbeitnehmer aus unter seiner unmittelbaren Wirkung zustandegekommenen Geschäften während des Urlaubs zufließen, nicht auf das Urlaubsentgelt anzurechnen sind.

Hingegen sind die Parteien des Branchenkollektivvertrages auf Grund der ihnen nach § 6 Abs 5 UrlG eingeräumten Ermächtigung nur befugt, die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Urlaubsentgelts abweichend von § 6 Abs 3 und 4 UrlG zu regeln, also etwa einen von dem Durchschnitt der letzten 12 Kalendermonate vor Urlaubsantritt abweichenden Beobachtungszeitraum vorzusehen (vgl. auch Cerny, Urlaubsrecht4, 102, 106 sowie Klein-Martinek, Urlaubsrecht, 99). Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß Provisionen aus vor dem Urlaub akquirierten (unter unmittelbarer Mitwirkung des Arbeitnehmers zustandegekommenen) Geschäften, die erst während des Urlaubs zufließen, auch nach dem Gesetz nicht auf das Urlaubsentgelt anzurechnen sind.

Nach dem in § 6 Abs 3 Satz 2 UrlG normierten Ausfallsprinzip ist bei Beurteilung der Frage, welche Leistungen des Arbeitgebers als Urlaubsentgelt anzusehen sind, nicht darauf abzustellen, welches Entgelt der Arbeitnehmer im Urlaubszeitraum oder vor Urlaubsantritt erhält, sondern welches Entgelt er für den Urlaubszeitraum vom Arbeitgeber bezieht. Die Fälligkeit ist daher für die Qualifikation als Urlaubsentgelt nicht von ausschlaggebender Bedeutung (siehe Klein, Berechnung des Urlaubsentgelts, DRdA 1983, 177). Der Kollektivvertrag für die kaufmännischen Angestellten der Tageszeitungen sieht in § 11 Z 2 letzter Satz eine generelle und undifferenzierte Anrechnung von während des Urlaubs angefallenen Provisionen auf den für die letzten 12 Monate ermittelten Durchschnittswert vor. Zur Auslegung des Begriffes "angefallen" ist auf die diesbezüglich zutreffende Begründung des Berufungsgerichtes zu verweisen (§ 48 ASGG). Ergänzend sei bemerkt, daß entgegen der Ansicht des Revisionswerbers unter Anfall eines Anspruches der nicht mehr von der Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung abhängige Anspruchserwerb verstanden wird (so etwa in den §§ 537 und 684 ABGB und 86 ASVG), sodaß der bei Verkaufsgeschäften von der Erfüllung durch den Dritten abhängige Provisionsanspruch erst mit Eingang der Zahlung beim Geschäftsherrn als angefallen anzusehen ist. Von der Anrechnungsregelung in § 11 Z 2 letzter Satz des gegenständlichen Branchenkollektivvertrages werden daher auch Provisionen aus den unter Mitwirkung des Arbeitnehmers zustandegekommenen Geschäften erfaßt. Dies ist aber durch die den Parteien von Branchenkollektivverträgen in § 6 Abs 5 UrlG eingeräumte Regelungsmacht nicht gedeckt und weicht von Gesetz und Generalkollektivvertrag zum Nachteil des Arbeitnehmers ab. Da die Regelung des Urlaubsentgelts, soweit den Kollektivvertragsparteien nicht bestimmte Regelungsbefugnisse delegiert wurden, gemäß § 12 UrlG zu Lasten des Arbeitnehmers nicht abdingbar ist, ist § 11 Z 2 letzter Satz des gegenständlichen Branchenkollektivvertrages, soweit er die Anrechnung von während des Urlaubs angefallenen Provisionen aus anderen als Direktgeschäften vorsieht, unwirksam (vgl. Strasser in Floretta-Strasser KommzArbVG, 39; Klein-Martinek aaO, 129 f; Cerny aaO 136 f). Dem Kläger steht daher der geltend gemachte Anspruch auf Urlaubsentgelt unter Zugrundelegung des Provisionsdurchschnitts der letzten 12 Monate ohne Abzug der während des Urlaubs angefallenen Provisionen aus anderen als Direktgeschäften zu.

Für Provisionen aus Direktgeschäften bietet der Generalkollektivvertrag die Möglichkeit, sie entweder mit dem Provisionsdurchschnitt der letzten 12 Monate zu berücksichtigen oder dem Arbeitnehmer auch für während des

Urlaubs einlangende Direktaufträge Provision zu gewähren (vgl. Cerny aaO, 102). Diese Auslegung trägt dem Umstand Rechnung, daß Direktgeschäfte von der urlaubsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers nicht berührt werden, sodaß sie ohne Verletzung des Ausfallsprinzips dann zur Gänze bei Berechnung des Urlaubsentgelts unberücksichtigt bleiben können, wenn dem Arbeitnehmer für während des Urlaubs erteilte Direktaufträge eine Provision gebührt. Hingegen würde eine Auslegung der Bestimmung dahin, daß die Direktprovisionen zwar grundsätzlich mit dem Durchschnitt der letzten 12 Monate einzubeziehen, davon aber die Provisionen für während des Urlaubs einlangende Direktaufträge abzuziehen sind, zu einer komplizierten und wenig praktikablen sowie mit § 6 Abs 6 UrlG kaum zu vereinbarenden Verrechnung führen. Da den Parteien des Generalkollektivvertrages zu unterstellen ist, daß eine vernünftige, zweckentsprechende und praktisch durchführbare Regelung treffen wollten (vgl. Arb. 10.480), ist der von Cerny vertretenen Auslegung der Vorzug zu geben.

Da gemäß § 6 Abs 5 UrlG mit Branchenkollektivvertrag die Anrechnung einer nach dem Generalkollektivvertrag auf das Urlaubsentgelt nicht anzurechnenden Leistung zu Lasten des Arbeitnehmers nicht wirksam normiert werden kann, ist die Regelung des § 11 Z 2 letzter Satz des gegenständlichen Branchenkollektivvertrages auch bezüglich der Direktgeschäfte soweit unwirksam, als der Abzug der während des Urlaubs angefallenen Provisionen zu einem ungünstigeren Ergebnis führt, als eine der beiden nach dem Generalkollektivvertrag zulässigen Varianten (Ausscheidung von Provisionen aus Direktgeschäften aus der Berechnung des Urlaubsentgelts, wenn solche Provisionen auch für während des Urlaubs erteilte Direktaufträge gewährt werden, oder Berücksichtigung der Direktprovisionen nach dem Durchschnitt der letzten 12 Monate ohne Gewährung von Provisionen aus während des Urlaubs erteilten Direktaufträgen). Geht man im Falle des Klägers davon aus, daß ihm Provisionen auch aus während des Urlaubs erteilten Direktaufträgen zustehen, dann ist demnach der Abzug der während des Urlaubs angefallenen Provisionen aus Direktgeschäften vom Durchschnittseinkommen der letzten 12 Monate nur soweit - als nicht gegen das auch im § 12 UrlG verankerte Günstigkeitsprinzip verstoßend - zulässig, als dieser Abzug den im Durchschnittseinkommen enthaltenen Durchschnittswert der Direktprovisionen aus den letzten 12 Monaten nicht überschreitet. Soweit die Bestimmungen des gegenständlichen Branchenkollektivvertrages gegen § 5 Abs 6 UrlG (und gegen den Generalkollektivvertrag) verstoßen, sind sie absolut nichtig (vgl. Strasser aaO). Eine derartige absolute Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen, ohne daß es einer besonderen Geltendmachung bedürfte (vgl. Krejci in Rummel ABGB I2 § 879 Rz 248). Da auch der Oberste Gerichtshof die Parteien mit einer in erster Instanz nicht erörterten Rechtsansicht nicht überraschen darf - die Frage der Nichtigkeit der den gegenständlichen Anspruch regelnden Bestimmung des Branchenkollektivvertrages wurde im Verfahren erster Instanz nicht erörtert - war nicht mit Fällung eines Zwischenurteils vorzugehen, sondern den Parteien Gelegenheit zur Erörterung des erhobenen Anspruches auch dem Grunde nach in erster Instanz zu geben. Der Revision war daher im Sinne einer Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen und Rückverweisung der Sache an das Erstgericht Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Anmerkung

E20761

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1990:009OBA00066.9.0425.000

Dokumentnummer

JJT_19900425_OGH0002_009OBA00066_9000000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>