

und ArbGeb als ein das Betriebsrisiko erhöhender Umstand bewirken, daß Schäden, die sich aus dem Ausbildungsstand des ArbN ergeben, ganz oder teilweise zu Lasten des ArbGeb gehen. Die diesen Leitsatz erläuternden Bemerkungen in den Entscheidungsgründen (4 a am Ende) sind unklar. Man kann aber doch wohl feststellen, daß sich der Senat (wie in dem bereits erwähnten Urteil SAE 1970, 249 mit Anm. von Hanau) von der Betriebsrisikolehre Gamillschegs entfernt. Während Gamillscheg (wie oben dargelegt worden ist) versucht, die neue Haftungslehre mit dem Betriebsrisikogedanken zu begründen, scheint der Senat die Betriebsrisikolehre darüber hinaus als einen neben der neuen Haftungslehre stehenden zusätzlichen Entlastungsgrund zugunsten des ArbN zu verstehen. Dieser zusätzliche Entlastungsgrund steht in einer Reihe mit dem Eigenverschulden (§ 254 BGB) und der Eigengefährdung des ArbGeb und greift — wie diese Entlastungsgründe — erst ein, wenn der ArbN auch nach den Grundsätzen der neuen Haftungslehre noch zum Schadensersatz verpflichtet ist. Diesen neuen „Zurechnungsgrund“ für den ArbGeb hat der Senat jedoch kaum abgesichert. Man möchte beinahe sagen: er hat ihn unreflektiert in die Welt gesetzt. Der Beleg für diese Behauptung ergibt sich aus dem Hinweis des Senats auf die Entscheidung des RG vom 14. 1. 1928 (RGZ 119, 397). Das RG berücksichtigte die eben aufkommende neue Lehre zur Haftung des ArbN noch nicht. Es ging in seiner Entscheidung also davon aus, daß der ArbN auch einen culpa levissima herbeigeführten Schaden voll auszugleichen habe. Da es bei diesem Ergebnis nicht stehen bleiben wollte, mußte es versuchen, den ArbGeb deshalb zu belasten, weil er den ArbN eingestellt hatte, obwohl er dessen schlechten Ausbildungsstand kannte.

Der 1. Senat des BAG hatte die Problematik dagegen unter ganz anderem Blickwinkel zu betrachten, nämlich unter dem Blickwinkel seiner in den Entscheidungsgründen (unter 2.) noch einmal ausführlich dargelegten Rechtsprechung zur Haftung des ArbN, wonach der ArbN nicht mehr (wie zu Zeiten der zitierten RG-Entscheidung) für jede Fahrlässigkeit einstehen muß. Für den Senat ergab sich damit die Frage, ob der „Ausbildungsstand“ des ArbN im Rahmen der neuen Haftungslehre so umfassend berücksichtigt wird, daß es eines Rückgriffs auf die Vorstellungen des RG aus dem Jahre 1928 nicht mehr bedarf. Eine Möglichkeit zur Berücksichtigung des Ausbildungsstandes des ArbN, insbesondere seiner Eigenschaft als „Anfänger“, ergibt sich bei der Feststellung des Fahrlässigkeitsgrades: Man kann den Ausbildungsstand in die „Maßstabsfigur“ i. S. des objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsbegriffs einfließen lassen. Das bedeutet: das zu beurteilende (konkrete) Verhalten des Anfängers im Bereich des Kraftfahrzeugverkehrs wird an dem Verhalten des „ordentlichen Anfängers“ und nicht an dem des „ordentlichen Kraftfahrers“ gemessen. Auf diesem Wege kann sich allein durch die Berücksichtigung der Anfängereigenschaft des ArbN ein Fahrlässigkeitsgrad ergeben, der nach den Grundsätzen der neuen Lehre zu einer teilweisen oder gar vollständigen Entlastung des ArbN führt. Folgt man dem, so ist ein Rückgriff auf die Lehre des RG aus dem Jahre 1928 jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn eine „gefahr geneigte Arbeit“ des ArbN zu beurteilen ist.

IV. Eine über den Rahmen der neuen Haftungslehre hinausgehende Entlastung des ArbN ist allenfalls zu erwägen, wenn der ArbN die Erfüllung eines nicht zu seinen Arbeitspflichten gehörenden Auftrags ablehnt. Hierher gehört der von dem Senat nebenbei (unter 4 a der Entscheidungsgründe) erwähnte Fall, in dem der Lehrling das Fahren eines LKW als lehrtvertragsfremde Tätigkeit ablehnt, weil er die Gefahr schuldhafter Fehlleistungen nicht auf sich nehmen will, auf Drängen des ArbGeb aber schließlich doch fährt. Bei dieser Sachlage wird man zu prüfen haben, ob der ArbGeb vertraglich verpflichtet ist, den ArbN von der Haftpflicht für alle nicht vorsätzlich (§ 276 Abs. 2 BGB) herbeigeführten Schäden zu befreien.

Fragen über Fragen.

Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim

#### Hinweis der Redaktion:

Vgl. außer den im Urteil genannten Entscheidungen 1. zur Verantwortlichkeit eines Minderjährigen BAG v. 9. 8. 1966 — 1 AZR 426/65 = SAE 1967, 160 Anm. Neumann-Duesberg;

2. zu Haftung und Betriebsrisiko BAG v. 3. 2. 70 — 1 AZR 188/69 = SAE 1970, 221 Anm. Däubler; BAG v. 28. 4. 70 — 1 AZR 146/69 = SAE 1970, 249 Anm. Hanau.

### Tarifliche Ausschußfristen

**Bestimmt eine tarifliche Ausschußfrist, „im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ seien alle Ansprüche binnen zwei Monaten nach „tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ geltend zu machen, so greift diese kürzere Ausschußfrist gegenüber der allgemeinen Ausschußfrist von drei Monaten nach Fälligkeit des Anspruchs nicht Platz, wenn wegen Schwere eines Kündigungsschutzprozesses noch gar nicht feststeht, ob ein Fall der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ gegeben ist.**

Bundesarbeitsgericht

Urteil vom 3. 12. 1970 — 5 AZR 68/70 (LAG Ddf. — 5 Sa 449/69)

#### Tatbestand:

Der Kl. war bei der Bekl. als Kundendiensttechniker beschäftigt. Er erhielt zuletzt ein Monatsgehalt von 900,— DM brutto. Auf das Arbeitsverhältnis war der Rahmentarifvertrag für Angestellte im Groß- und Außenhandel im Bereich des Unternehmensverbandes des Großhandels Düsseldorf Niederrhein e. V. vom 12. 11. 1964, gültig ab 1. 7. 1965 (RTV), anwendbar. § 9 dieses TV lautet:

„Fälligkeit und Erlöschen von Ansprüchen

1. Das Gehalt ist am Schluß des Kalendermonats, Provisionen und Vergütungen für Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sind spätestens am Schluß des folgenden Monats fällig, sofern sie nicht gemäß § 3 Ziffer 1 durch Freizeit abgegolten sind.

Dem Angestellten ist auf Verlangen über seine Bezüge bei Fälligkeit Abrechnung zu erteilen.

2. Der Anspruch auf vorgenannte Vergütungen, sowie alle übrigen Ansprüche aus dem Tarifvertrag sind binnen 3 Monaten, alle sonstigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind binnen 6 Monaten nach Fälligkeit dem anderen Vertragspartner gegenüber geltend zu machen.

3. Der Urlaubsanspruch ist bis zum 31. März des nachfolgenden Kalenderjahres geltend zu machen.

4. Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind alle Ansprüche beider Arbeitsvertragsparteien binnen 2 Monaten nach tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem anderen Vertragspartner gegenüber geltend zu machen.

5. Die Geltendmachung hat innerhalb der in den Ziffern 2 bis 4 gesetzten Fristen schriftlich zu erfolgen. Die Klage ist spätestens binnen eines weiteren Monats nach Ablauf vorgenannter Fristen zu erheben.

Ist Klage erhoben auf eine wiederkehrende Leistung, so ist zur Wahrung der Ausschußfristen eine erneute Geltendmachung der erst später fällig werdenden Leistungen nicht erforderlich.

6. Eine Geltendmachung nach Ablauf der in Ziffern 2—5 genannten Fristen ist ausgeschlossen. Das gleiche gilt bei Nichterfüllung der dort genannten Voraussetzungen.

7. Diese Fristen gelten nicht für Schadenersatzansprüche aus mit Strafe bedrohten Handlungen.“

Am 13. 2. 1968 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis fristlos. Mit einem am 16. 2. 1968 bei Gericht eingegangenen und am 23. 2. 1968 der Bekl. zugestell-

ten Schriftsatz erhob der Kl. gegen diese Kündigung Feststellungsklage. In der Klageschrift hieß es u. a.:

„Da die Bekl. für den Monat Februar nur ein Teilgehalt in Höhe von 327,55 DM netto gezahlt hat, macht der Kl. schon jetzt die Fortzahlung des ihm durch die fristlose Kündigung entgangenen Verdienstes vorsorglich geltend.“

Durch Urteil vom 30. 5. 1968 stellte das ArbG unter dem Aktenzeichen — 2 Ca 868/68 — fest, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung nicht aufgelöst worden ist, wohl aber durch fristgemäße zum 31. 3. 1968. Die Bekl. hat ihre Berufung mit Schriftsatz vom 8. 7. 1968 zurückgenommen, der Kl. gegen das ihm am 12. 6. 1968 zugestellte Urteil keine Berufung eingelegt. Mit seiner am 26. 6. 1968 bei Gericht eingegangenen und am 1. 7. 1968 der Bekl. zugestellten neuen Klage verlangt der Kl. u. a. Gehalt für die Zeit bis zum 31. 3. 1968 in Höhe von 1 198,59 DM brutto sowie Abgeltung von fünf Urlaubstagen für 1968 in Höhe von 180,— DM brutto. Er meint, bereits durch die in der Kündigungsschutzklage enthaltene Ankündigung von Zahlungsansprüchen sei die Ausschlußfrist gemäß § 9 Nr. 4 RTV gewahrt; da der Fristablauf erst nach der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. 3. 1968 begonnen habe, sei die Klage von ihm auch gemäß § 9 Nr. 5 RTV rechtzeitig erhoben worden.

Die Bekl. ist der Ansicht, die Klageschrift im Kündigungsrechtsstreit enthalte keine fristwahrende Geltendmachung der Zahlungsansprüche. Da die Ausschlußfristen bei noch nicht fälligen Ansprüchen erst vom Zeitpunkt der Fälligkeit an liefen, diese bei Erhebung der Kündigungsschutzklage jedoch noch nicht vorgelegen habe, sei eine vorzeitige Geltendmachung erfolgt, die nicht fristwährend wirke. Zumindest aber bedürfe es der Geltendmachung nach § 9 Ziff. 4 RTV bei vorzeitiger Geltendmachung nicht mehr, so daß sich die einmonatige Klagefrist unmittelbar an diese Geltendmachung anschließe.

Das ArbG hat der Klage hinsichtlich der genannten Ansprüche stattgegeben. Das LAG hat dieses Urteil aufgehoben, die Klage in vollem Umfang abgewiesen und die Revision zugelassen. Zur Begründung hat es u. a. ausgeführt: Die Ansprüche des Kl. seien verfallen. Der Lauf der zweimonatigen Frist gemäß § 9 Ziff. 4 RTV habe im Zeitpunkt der Fälligkeit der jeweiligen Forderung, also spätestens im Anschluß an die rechtmäßige Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. 3. 1968 begonnen und am 31. 5. 1968 geendet. Die pauschale Geltendmachung in der Klageschrift vom 16. 2. 1968 habe die Ausschlußfristen nicht gewahrt. Wollte man aber diese pauschale Geltendmachung als fristwährend anerkennen, wäre die tarifliche Klagefrist von insgesamt drei Monaten gemäß § 9 Ziff. 5 Satz 2 RTV nicht gewahrt. Diese Frist müsse nämlich vom Zeitpunkt der schriftlichen Geltendmachung an gerechnet werden, wenn diese vor Eintritt der Fälligkeit erfolgt sei. Bei vorzeitiger Geltendmachung und Fristbeginn erst am Fälligkeitstage wäre nämlich die in Ziff. 4 enthaltene Überlegungsfrist ohne Bedeutung. Entweder sei die Frist zur schriftlichen Geltendmachung (§ 9 Ziff. 4 RTV) oder die Klagefrist (§ 9 Ziff. 5 Satz 2 RTV) versäumt. Durch die Feststellungsklage sei die tarifliche Verfallfrist auch weder in analoger Anwendung von § 202 Abs. 1 BGB gehemmt noch in entsprechender Anwendung von § 209 BGB unterbrochen worden. Auch

aus Gründen der Billigkeit und der Prozeßökonomie lasse sich ein Nebeneinander von Feststellungsrechtsstreit und Zahlungsrechtsstreit nicht vermeiden.

Der Kl. verfolgt mit der zugelassenen Revision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Bekl. bittet um Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils. Denn der Kl. hat die Fristen des § 9 RTV eingehalten.

#### I. Anspruch auf Urlaubsabgeltung

Das angefochtene Urteil unterläßt eine besondere Erörterung des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung. Dieser konnte nach § 7 Abs. 4 Satz 1 BUrlG überhaupt erst entstehen und fällig werden, wenn eine Freizeitgewährung in Natur infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Betracht kam. Ein „Abkauf“ des Urlaubs während bestehenden Arbeitsverhältnisses ist nach allgemeiner Meinung unzulässig (Boldt-Röhler, BUrlG, 2. Aufl., § 7 Anm. 68, 108; Dersch-Neumann, BUrlG, 3. Aufl., § 7 Anm. 81 ff., beide m. w. N.; BAG AP Nr. 1 zu § 7 BUrlG Urlaubsjahr [SAE 1970, 149 Anm. Meisel — d. Red.]). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Kl. zum 31. 3. 1968 ergab sich aber erst auf Grund des Urteils des ArbG vom 30. 5. 1968, das der Kl. noch bis zum 26. 6. 1968 hätte anfechten können. Auch das LAG geht grundsätzlich davon aus, der Lauf von Verfallfristen für Ansprüche käme nicht in Betracht, solange diese überhaupt noch nicht fällig sind, also deren Erfüllung regelmäßig auch noch nicht verlangt werden kann (vgl. BAG AP Nr. 41 zu § 4 TVG Ausschlußfristen [SAE 1970, 57 Anm. Hofmann — d. Red.]). Der Kl. hat aber bereits mit der am 26. 6. 1968 beim ArbG eingegangenen Klage den Anspruch auf Urlaubsabgeltung erhoben, so daß die Fristen des § 9 RTV in jedem Fall gewahrt sind. Denn erst an demselben Tage stand infolge Nichteinlegung der Berufung seitens des Kl. fest, daß das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall sein Ende gefunden hatte, und zwar spätestens zum 31. 3. 1968, sofern die Berufung der Bekl. keinen Erfolg haben sollte. Zu einem früheren Zeitpunkt konnte der Kl. schon aus Gesichtspunkten des Urlaubsrechts keinen Urlaubsabgeltungsanspruch geltend machen, weil nicht geklärt war, ob etwa noch eine Urlaubsgewährung in Natur in Betracht kam. Im übrigen enthält der RTV in § 9 Ziff. 3 eine besondere Regelung für den Urlaubsanspruch dahingehend, daß dieser noch bis zum 31. 3. des nachfolgenden Kalenderjahres geltend gemacht werden kann. Der RTV will also offenbar urlaubsrechtlich keine andere Regelung treffen als das Gesetz selbst (vgl. § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG).

#### II. Gehaltsansprüche für Februar und März 1968

1. In der Erhebung der Kündigungsschutzklage liegt nach ständiger Rechtsprechung des BAG zugleich ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung im Sinne des § 295 BGB. Die Bekl. wurde also alsbald nach ihrer außerordentlichen Kündigung in Verzug gesetzt und hatte gemäß § 615 Satz 1 BGB das Gehalt des Kl. bis zum 31. 3. 1968 weiter zu zahlen. Die restlichen Gehaltsansprüche des Kl. für Februar und die für März wurden jeweils mit Monatsablauf alsbald ebenso fällig als wenn die Dienste wirklich geleistet worden wären (BAG AP Nr. 43 zu § 4 TVG Ausschlußfristen [SAE 1970, 274 Anm.

Konzen — d. Red.]). Die Verfallfristen des § 9 RTV für die Angestellten im Groß- und Außenhandel Nordrhein-Westfalen laufen grundsätzlich von der Fälligkeit der jeweiligen Ansprüche an, wie sich unmittelbar aus § 9 Ziff. 1 und 2 RTV ergibt. Auch für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann nichts anderes gelten, obwohl in § 9 Ziff. 4 RTV nicht ausdrücklich von der Fälligkeit der Forderung die Rede ist (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 1 der Gründe und die Entscheidung des Dritten Senats AP Nr. 41 zu § 4 TVG Ausschlußfristen zu dem inhaltsgleichen § 9 RTV Angestellte im Groß- und Außenhandel Ostwestfalen-Lippe). Demnach begannen die Ausschlußfristen für das Februargehalt am 1. 3. 1968 zu laufen, die für das Märzgehalt am 1. 4. 1968.

2. Entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils kommt hier für die schriftliche Geltendmachung nicht die Zweimonatsfrist des § 9 Ziff. 4, sondern die Dreimonatsfrist des § 9 Ziff. 2 RTV mit der anschließenden Klagefrist von einem Monat nach § 9 Ziff. 5 zum Zuge, wie sich aus den folgenden Überlegungen ergibt. Die kürzere Verfallfrist des § 9 Ziff. 4 gilt für einen besonderen Sachverhalt, nämlich den Fristablauf „im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“. Da in demselben Satz die „tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ als Beginn der Zweimonatsfrist genannt wird, muß davon ausgegangen werden, daß der Fall der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ der der rechtlichen Beendigung ist. Auch nach allgemeinem juristischen Sprachgebrauch versteht man unter „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ ohne weiteren Zusatz dessen rechtliche, nicht dessen tatsächliche Beendigung. Beide Zeitpunkte können auseinanderfallen, insbesondere wenn die Zusammenarbeit infolge Kündigung seitens des ArbGeb zwar tatsächlich endet oder besser gesagt zunächst unterbrochen wird, über die Berechtigung der Kündigung aber noch ein Rechtsstreit schwebt. Es wird sich regelmäßig dann erst viel später herausstellen, ob der Zeitpunkt der tatsächlichen mit dem der rechtlichen Beendigung übereinstimmt, eventuell auch nur aufgrund eines Auflösungsantrages nach § 9 KSchG n. F. oder ob etwa das Arbeitsverhältnis noch für einen vorübergehenden Zeitraum wie im vorliegenden Fall rechtlich fortbestanden hat oder ob etwa die Kündigungsschutzklage insgesamt erfolgreich ist. In letzterem Fall kommt es entweder zur Wiederaufnahme der Arbeit, so daß auch „tatsächlich“ gesehen das Arbeitsverhältnis nicht beendet war, sondern nur unterbrochen, oder der ArbN übt sein Wahlrecht nach § 12 KSchG n. F. aus, so daß das Arbeitsverhältnis nunmehr mit Zugang der Erklärung des ArbN beim ArbGeb rechtlich endet. Herrscht wie hier Streit darüber, ob das Arbeitsverhältnis rechtlich sein Ende gefunden hat, so kann die besondere Verfallfrist des § 9 Ziff. 4 nicht vor Klärung dieser Frage zu laufen beginnen. Würde man den gegenteiligen Standpunkt einnehmen, so würde vielfach die Zweimonatsfrist nach „tatsächlicher Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses abgelaufen sein, bevor feststeht, ob die besondere Frist des § 9 Ziff. 4 RTV überhaupt anzuwenden ist. Eine derartige Regelung kann vernünftigerweise von den TV-Parteien nicht gemeint sein, zumal daneben ja die allgemeine Verfallfrist des § 9 Ziff. 2 RTV besteht. § 9 Ziff. 4 RTV wird demnach nur praktisch und ist nur bei dieser Auslegung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar, wenn sich die Parteien über die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses einig sind, insbesondere auch kein Kündigungsschutzprozeß geführt wird.

3. Die Fristen des § 9 Ziff. 2 und 5 RTV sind im vorliegenden Fall gewahrt, und zwar sind die Fristen von drei Monaten zur schriftlichen Geltendmachung und von einem Monat zur Klageerhebung in dem Sinne zusammenzurechnen, daß nach erfolgloser Geltendmachung — gleich zu welchem Zeitpunkt — die Ansprüche erst verfallen, wenn nicht binnen insgesamt vier Monaten nach Fälligkeit Klage erhoben wird. Von einer derartigen vollen Zusammenrechnung der beiden Fristen geht offenbar auch der Dritte Senat in seiner Entscheidung AP Nr. 41 zu § 4 TVG Ausschlußfristen aus (Ziff. 4 c der Gründe [SAE 1970, 57 Anm. Hofmann — d. Red.]). Im Gegensatz zum Wortlaut des § 9 BRTV Bau ergibt sich hier aus § 9 Ziff. 5 RTV, daß die schriftliche Geltendmachung innerhalb der Dreimonatsfrist zu erfolgen hat und für die Klage dann ein weiterer Monat zur Verfügung steht. Die Klagefrist von einem Monat wird also nicht von dem Zeitpunkt der „tatsächlichen“ schriftlichen Geltendmachung an gerechnet, sondern vom Ablauf der Dreimonatsfrist aus. Im einzelnen ist zur Wahrung der Fristen bei den Ansprüchen für die Monatsgehälter Februar und März folgendes zu sagen:

a) Das Februargehalt war am 28. 2. 1968 fällig, die Frist zur schriftlichen Geltendmachung lief bis zum 31. 5., die zur Klageerhebung bis zum 30. 6.. Beide Fristen sind gewahrt. Zunächst ist es unschädlich, daß hier die schriftliche Geltendmachung schon vor Fälligkeit am 28. 2. 1968 erfolgte, nämlich in der Klageschrift des Kündigungsschutzprozesses vom 16. 2. 1968. Auch bei einer früheren Geltendmachung kann der Schuldner (ArbGeb) durchaus Klarheit darüber bekommen, welche Ansprüche der Gläubiger (ArbN) geltend machen will. Voraussetzung ist nur, daß der Anspruch wenigstens annähernd schon der Höhe nach beziffert wird (vgl. das Urteil des Senats AP Nr. 43 zu § 4 TVG Ausschlußfristen unter Ziff. 2 a der Gründe [SAE 1970, 274 Anm. Konzen — d. Red.]). Das ist hier jedenfalls für das restliche Februargehalt geschehen, das die Bekl. einbehalten hat. Wenn in der Klageschrift des Kündigungsschutzprozesses die Fortzahlung des Gehalts unter dem Hinweis darauf verlangt wird, es seien für Februar nur 327,55 DM netto gezahlt worden, so ist klar, daß zunächst einmal der Unterschiedsbetrag zum vollen Februargehalt verlangt wird. Die am 26. 6. 1968 bei Gericht eingereichte Zahlungsklage ist zwar erst am 1. 7. 1968 der Bekl. gestellt worden. Die Klage ist aber gleichwohl gemäß § 496 Abs. 3 ZPO als noch rechtzeitig erhoben anzusehen. Diese Vorschrift ist auch auf Ausschlußfristen entsprechend anzuwenden, sofern diese nur unter Mitwirkung des Gerichts im Falle einer notwendigen Klageerhebung gewahrt werden können (BAG AP Nr. 3 zu § 496 ZPO). Im übrigen war der 30. 6. 1968 ein Sonntag (§ 193 BGB).

b) Das Märzgehalt wurde am 31. 3. 1968 fällig. Die Frist zur schriftlichen Geltendmachung endete am 30. 6., die zur Klageerhebung am 31. 7. 1968. Es kann dahinstehen, ob mit der Äußerung am Ende des Klageschrift des Kündigungsschutzstreits auch schon eine genügende Substantiierung der Gehaltsansprüche für März erfolgt ist. Jedenfalls wurde mit der Klageeinreichung am 26. 6. 1968 zugleich auch noch die Frist für die schriftliche Geltendmachung gewahrt, da an sich der letzte Tag der Frist ein Sonntag war und deshalb noch die Zustellung am folgenden Montag genügte (§ 193 BGB). Auch die Gehaltsansprüche für März sind daher nicht verfallen. Nach alledem war das arbeitsgerichtliche Urteil wieder herzustellen, ohne daß es noch auf die Frage einer analogen Anwendung der §§ 202, 209 BGB ankam.

## Anmerkung:

Dem Urteil ist im Ergebnis, jedoch nur teilweise in der Begründung zuzustimmen.

I. Die Ausführungen des BAG zum Urlaubsabgeltungsanspruch entbehren nicht der Überzeugungskraft. Logik und Billigkeitsgefühl sprechen gleichermaßen dafür, den Lauf der Ausschlussfristen des § 9 RTV erst dann beginnen zu lassen, wenn infolge rechtskräftiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses zweifelsfrei feststeht, daß die Gewährung von Freizeit nicht mehr möglich ist. Vor diesem Zeitpunkt konnte der Anspruch nur eventualiter, nur für den Fall geltend gemacht werden, daß das Gericht die Kündigung für rechtmäßig erklären würde; dies aber konnte für die Anwendung der strengen Ausschlussfristen vernünftigerweise nicht ausreichen.

Fraglich und vom BAG nicht untersucht ist jedoch, ob dasselbe nicht auch für die Gehaltsansprüche gelten muß. Auch ihre Existenz hing ja vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses ab: wäre die Klage in vollem Umfang abgewiesen und die fristlose Entlassung bestätigt worden, so hätte der Kl. keinen Anspruch auf Nachzahlung mehr gehabt. Vor Rechtskraft war daher auch insoweit nur eine Geltendmachung „in eventum“ denkbar. Der einzige Unterschied bestand darin, daß sich der Kl. im ersten Fall mit seinem sonstigen prozessualen Vorbringen, das vom unbeschränkten Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses ausging, in Widerspruch gesetzt hätte, während im zweiten Fall kein Abgehen von seinen übrigen Behauptungen notwendig gewesen wäre. Es ist nicht recht ersichtlich und hätte zumindest vom BAG näher geprüft werden müssen, ob allein schon dieser Unterschied die vorgenommene Differenzierung rechtfertigt. Im Interesse der Rechtssicherheit wie der Beteiligten scheint es konsequenter, beide Ansprüche einheitlich zu behandeln und den Lauf der Fristen erst nach dem rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens beginnen zu lassen. Dafür spricht überdies das Bedürfnis, unnötige Prozesse und die damit verbundenen Kostenrisiken zu vermeiden. Zwingt man nämlich durch die Ausschlussfrist die Beteiligten zur Geltendmachung aller ihrer Ansprüche, so wird das Gericht selbst dann mit ihnen befaßt, wenn sie für sich allein betrachtet völlig unstrittig, jedoch in ihrer Existenz von der rechtshängig gewordenen Vorfrage abhängig sind. So erscheint es gerade im vorliegenden Fall nicht besonders zweckmäßig, das ArbG mit den Gehaltsansprüchen zu behelligen, die ersichtlich nicht als solche, sondern nur im Hinblick auf die umstrittene Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Zweifel gezogen werden. Erstreckt sich das Kündigungsschutzverfahren überdies auf einen längeren Zeitraum, etwa auf mehrere Jahre, so wird der Anspruchsberechtigte mit einem nicht unbeträchtlichen Kostenrisiko belastet, das ihm billigerweise erspart bleiben sollte.

II. Stimmt man dem nicht zu, so stellt sich die Frage, ob der Lauf der Ausschlussfrist nicht durch die Erhebung der Kündigungsschutzklage unterbrochen wurde. Dabei wird man freilich zunächst dem möglichen Einwand konfrontiert, § 209 BGB sehe die Verjährung nur dann als unterbrochen an, wenn der Anspruch selbst gerichtlich geltend gemacht werde, die bloße Rechtshängigkeit einer Vorfrage lasse daher den Lauf der Verjährungs- und per analogiam auch der Ausschlussfristen unberührt. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz in § 210 BGB den Grundsatz des § 209 auf den Streit um die vorgreifliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde und die Bestimmung des zuständigen Gerichts ausdehnt. Eine weitere Parallele bietet § 639 II BGB, der die Hemmung der Gewährleistungsfristen beim Werkvertrag anordnet, solange der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller das Vorliegen eines Mangels prüft. Wichtiger als diese beiden Einzelvorschriften ist jedoch die Erwägung, daß der Sinn der Ausschlussfristen die Einbeziehung des Streits um eine Vorfrage nahegelegt. Da sie dem Verpflichteten möglichst rasch Klarheit über die zu erwartenden Ansprüche verschaffen sollen, ist ihr Ziel auch dann erreicht, wenn nach Klärung der Vorfrage mit der Geltendmachung bestimmter Rechte sicher zu rechnen ist. So weiß etwa im vorliegenden Fall der ArbGeb, daß der Kl. nach aller Erfahrung die Fortzahlung seiner Bezüge und gegebenenfalls auch Urlaubsabgeltung verlangen wird — eine durch Fristvorschriften zu beseitigende Unklarheit besteht daher nicht (zu-

treffend insoweit BAG AP Nr. 23 zu § 615 BGB Bl. 3 [SAE 1963, 197 Anm. Isele]). Dies berechtigt zu der Annahme, daß die Ausschlussfristen durch die Erhebung der Kündigungsschutzklage unterbrochen wurden.

Entgegen dem ersten Anschein hat eine derartige Lösung auch keine unerwünschte Privilegierung des Kl. zur Folge. Mit Rücksicht auf die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG n. F. tritt die Unterbrechung in aller Regel bereits kurze Zeit nach Entstehung des Anspruchs ein. In den seltenen Fällen einer später erhobenen Klage werden unbillige Ergebnisse dadurch vermieden, daß eine bereits abgelaufene Frist nicht mehr nachträglich unterbrochen werden kann: Wird erst nach 4 Monaten Klage erhoben, so sind die nicht vorher schriftlich geltend gemachten Ansprüche erloschen.

III. Teilt man die hier vertretene Auffassung nicht oder handelt es sich um Ansprüche, deren Existenz nicht vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens abhängt (so, wenn bei einer angegriffenen ordentlichen Kündigung Lohnfortzahlung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verlangt wird), so wird die vom BAG erörterte Frage relevant, ob die Zwei-Monats-Frist des § 9 Ziff. 4 RTV oder die Drei-Monats-Frist des § 9 Ziff. 2 RTV eingreift. Entgegen der Auffassung des BAG vermag es nicht recht zu befriedigen, daß die Ziff. 4 trotz ihres Wortlauts ausscheiden soll, der eindeutig die tatsächliche und rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfaßt. Statt eines Rückgriffs auf die lex generalis der Ziff. 2 liegt es sehr viel näher, die Ziff. 4 in der Weise restriktiv zu interpretieren, daß sie für den Beginn des Fristenlaufs nicht die Beendigung als solche, sondern die sichere und unbezweifelbare Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit den Zeitpunkt der Rechtskraft voraussetzt. Weiter ist zu bedenken, ob das Ergebnis des BAG nicht auch durch Annahme einer in-dubio-Regel zugunsten des Anspruchsberechtigten hätte begründet werden können: Ist objektiv zweifelhaft, welche der ihn belastenden Regeln eingreift, so ist zu seinen Gunsten die bessere Alternative zu wählen.

IV. Schließlich könnte der Fall Anlaß zu der Frage geben, inwieweit die Tarifpartner überhaupt zur Vereinbarung von Ausschlussfristen berechtigt sind. An anderer Stelle hat das BAG die Auffassung vertreten, extrem kurze Fristen könnten sittenwidrig sein oder gegen Treu und Glauben verstoßen (BAG AP Nr. 30 zu § 4 TVG Ausschlussfristen [SAE 1967, 52 Anm. Hofmann]). Das LAG Baden-Württemberg (DB 1965, 557) hat sich dem angeschlossen und darüber hinaus betont, man müsse je nach dem Grund der Tarifgeltung — § 3 I TVG oder Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 I TVG — sowie der Art der vorgeschriebenen Geltendmachung — mündlich, schriftlich oder durch Klage — differenzieren. Das LAG Düsseldorf hat schließlich einer Zwei-Wochen-Frist wegen Sittenwidrigkeit die Anerkennung versagt, da der Gläubiger eine angemessene Zeit zur Beurteilung und Geltendmachung seiner Ansprüche haben müsse (DB 1951, 528).

Betrachtet man die Interessenlage, so läßt sich unschwer feststellen, daß Ausschlussfristen sehr viel häufiger zugunsten des ArbGeb als zugunsten des ArbN wirken. Wer wie der letztere zur Vorleistung verpflichtet ist und die leicht erkennbare Ware Arbeitskraft gegen Geld- und Fürsorgeansprüche eintauscht, der sieht sich eher als sein Vertragspartner in die Lage versetzt, konkrete Ansprüche geltend machen zu müssen. Hinzu kommt, daß Lohn und Sozialleistungen in aller Regel für die ArbN die ausschließliche materielle Existenzgrundlage darstellen, so daß die Ausschöpfung aller juristischen Möglichkeiten zumindest naheliegt. Daß Ausschlussfristen mehr zu Lasten des ArbN wirken, wird schließlich daran deutlich, daß nur der ArbGeb über rechtskundige Mitarbeiter verfügt, die sich einen Überblick über die Rechtslage verschaffen und das Nötige zur Fristwahrung unternehmen können. Wenn dennoch derartige Klauseln häufig in TVen anzutreffen sind, so dürfte dies nicht nur mit dem Übergewicht der ArbGeb-Seite, sondern auch mit organisationspolitischen Interessen der Gewerkschaften zu erklären sein: Durch die Vereinbarung von Ausschlussfristen wird der ArbN häufig zur Einholung von Rechtsrat gezwungen, was den Wert des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes erhöht und damit einen zusätzlichen Anreiz zum Beitritt schafft. Nimmt man dies an, so ist die durch das Gegengewicht der

Tarifpartner geschaffene Richtigkeitsgewähr in diesem Sektor zumindest gefährdet, so daß das Bedürfnis nach einem zusätzlichen ArbN-Schutz auftaucht. In Anlehnung an die zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelten Grundsätze ist er am ehesten dadurch zu realisieren, daß insoweit eine Bindung der Tarifpartner an das dispositive Gesetzesrecht angenommen wird, von dem nur aus einleuchtenden Gründen abgewichen werden darf. Das würde bedeuten, daß im Normalfall die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 I Ziff. 8 und 9 BGB eingreift und nur unter hier nicht ersichtlichen besonderen Umständen gemäß § 4 IV 3 TVG eine abweichende tarifliche Vereinbarung getroffen werden kann. Angesichts jahrzehntelanger gegenteiliger Übung mag dieser Vorschlag etwas befremden, doch scheint es notwendig, diesem Fragenkreis etwas mehr Aufmerksamkeit als bisher zu widmen.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

### Betriebliche Übung

**1. Ob aus einem wiederholten tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers auf einen Verpflichtungswillen auch für vergleichbare zukünftige Fälle geschlossen werden kann, hat der Tatsachenrichter unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln.**

**2. Ein Vertrauenstatbestand zugunsten der Arbeitnehmer kann bei materiellen Zuwendungen eher angenommen werden als bei Gewährung zusätzlicher freier Tage oder Stunden aus besonderem Anlaß.**

Bundesarbeitsgericht

Urteil vom 17. 9. 1970 — 5 AZR 539/69 (LAG Niedersachsen — 2 Sa 30/69)

#### Tatbestand:

Der Kl. ist seit 1960 als Maler beim M-Institut für Strömungsforschung in G beschäftigt. Er ist Mitglied des BR. Seit mindestens 20 Jahren war das Institut jeweils am Dienstag nach Ostern und am Dienstag nach Pfingsten geschlossen. Für diese Zeiten wurde den Bediensteten Dienstbefreiung ohne Kürzung der Vergütung gewährt. Die Schließung bzw. Dienstbefreiung wurde jedesmal durch Aushänge angekündigt. Für Pfingsten 1965 hatte dieses Schreiben folgenden Wortlaut:

„Betr.: Regelung der Arbeitszeit für die Pfingsttage. Die Arbeitszeit für die Pfingsttage wird in folgender Weise geregelt: Das M-Institut für Strömungsforschung bleibt von Freitag, den 4. 6. abends bis Dienstag, den 8. 6. 17.15 Uhr geschlossen. Allen Institutsangehörigen und ihren Familien wünsche ich frohe Pfingsttage.“

G, den 18. 5. 1965, gez. Unterschrift“

Dieser Wortlaut wurde auch 1966 für den Anschlag verwendet. 1967 hatte das Schreiben folgenden Inhalt:

„In Anbetracht der Pfingsttage bleibt das M-Institut für Strömungsforschung von Freitag, den 12. 5. abends bis Dienstag, den 16. 5. 17.15 Uhr geschlossen.“

G, den 3. Mai 1967, gez. Unterschrift“

Für die Zeit zwischen Weihnachten und Neujahr und in den ersten Tagen nach Neujahr wurde eine ähnliche, wenn auch mitunter abweichende Regelung getroffen. Mit Aushang vom 28. 3. 1968 kündigte die Institutsleitung an, am 16. 4. 1968, dem Tag nach dem zweiten Osterfeiertag, werde ein arbeitsfreier

Tag nicht gewährt. Nachdem der Kl. als BR-Mitglied bei der Institutsleitung vorstellig geworden war, wurde in diesem Jahr am Dienstag nach Pfingsten nicht gearbeitet. Dabei wurde aber in dem Aushang vom 24. 5. 1968 bestimmt, die am 4. 6. bis 17.15 Uhr angeordnete Freizeit gelte als „Vergütung“ für die Arbeit am 16. 4.

Der Kl. verlangt Feststellung, daß der Bekl. verpflichtet ist, jeweils den ersten Werktag nach den Osterfeiertagen und nach den Pfingstfeiertagen als bezahlte Freizeit ohne Anrechnung auf den Jahresurlaub zu gewähren. Er meint, die Arbeitsbefreiung an den betreffenden Dienstagen entspreche einer betrieblichen Übung, die Inhalt des Arbeitsvertrages geworden sei. Da der Bekl. nicht ausdrücklich einen Rechtsanspruch ausgeschlossen habe, um eine Bindung für die Zukunft zu verhindern, sei hinsichtlich der zukünftigen Freizeitgewährung eine stillschweigende Vereinbarung zustande gekommen. Der Bekl. hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrages vorgetragen: Eine betriebliche Übung, aus der sich ein Anspruch auf Arbeitsbefreiung für die Tage nach Ostern und Pfingsten ergeben hätte, habe nicht vorgelegen. Die Dienstbefreiung sei lediglich Folge der Schließung des Instituts gewesen, die jedesmal ohne Zukunftsbezogenheit und mithin auch ohne Bindungswirkung besonders angeordnet worden sei. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß die Anzahl der wissenschaftlichen Angestellten des Instituts im Verhältnis zur Zahl der übrigen Bediensteten früher größer gewesen sei als heute, und daß die Arbeit der Wissenschaftler ohnehin nicht nach Dienststunden habe bemessen werden können. Im übrigen sei die zusätzliche Freizeit der Bediensteten früher als Ausgleich dafür anzusehen gewesen, daß ihre Vergütung unter derjenigen der übrigen im öffentlichen Dienst beschäftigten ArbN gelegen hätte. Dieser Ausgleich sei aber seit Anwendung des BAT auf die Arbeitsverhältnisse des Bekl., seit dem 1. 1. 1966, nicht mehr erforderlich. Außerdem habe der Bekl. ein Interesse an der Offenhaltung des Instituts an den betreffenden Tagen, weil zu befürchten sei, daß die öffentliche Hand, aus deren Mitteln er zu 90 % seinen Haushalt bestreite, ihre Zuschüsse einstelle und so eine Notlage für die Gesellschaft herbeiführe. Der Bundesrechnungshof und der Bayerische Oberste Rechnungshof hätten bereits gegenüber anderen Instituten die Gewährung zusätzlicher Freizeiten beanstandet. Selbst bei Vorliegen einer betrieblichen Übung sei in der Anordnung, daß künftig gearbeitet werden solle, eine Kündigung der Übung zu sehen, die die Arbeitsverträge der betreffenden ArbN geändert habe.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und dazu ausgeführt: Eine auf einer betrieblichen Übung beruhende stillschweigende Vereinbarung über die Gewährung der freien Tage habe nicht bestanden. Die seit mindestens 20 Jahren bestehende Vergünstigung sei früher im Hinblick auf die vergleichsweise geringe Dotierung der Bediensteten gewährt und später beibehalten worden. Ein Wille des Bekl., sich auch für die Zukunft zur Freistellung der Bediensteten von der Arbeit an den betreffenden Tagen zu verpflichten, lasse sich nicht erkennen. Dagegen sprächen die Aushänge, nach denen sich die Arbeitsbefreiung nicht unmittelbar, sondern erst als Folge der Schließung des Instituts ergeben hätte. Hierdurch