

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Sammlung! nein
Für die Fachpresse! nein

68

Gesetz: § 133 BGB, § 19 Tarifvertrag für das Gaststätten-
und Hotelgewerbe in NRW vom 28.12.51/2.8.52

Leitsätze:

Als Aushilfskellner im Sinne des Tarifvertrags für das
Gaststätten- und Hotelgewerbe in NRW vom 28.12.51/2.8.52
ist derjenige Kellner nicht anzusehen, der als Urlaubs-
vertreter für eine ununterbrochen vierteljährige Beschäf-
tigung in demselben Betrieb eingestellt ist.

Aktenzeichen: 2 AZR 270/55

Urteil des BAG vom 10. Mai 1957

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

AZR 270/55

Sa 145/54 (Düsseldorf)

6.-

Im Namen des Volkes!

teilsformel den
rozeßbevollmächtigten
er Parteien am
o. Mai 1957 zugestellt.

ez. Weinrich,
egierungssekretär
s Urkundsbeamter
er Geschäftsstelle.

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 9. Mai 1957 durch den Senats-
präsidenten Dr. Müller, die Bundesrichter Professor Dr.
Dr. Boldt und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter
Petersen und Wagner für Recht erkannt :

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Düsseldorf - 4. Kammer - vom
1. April 1955 - 4 Sa 145/54 - aufgehoben. Die Berufung
des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düssel-
dorf vom 5. Oktober 1954 - 3 Ca 800/54 - wird auf seine
Kosten zurückgewiesen. Die Kosten der Revisionsinstanz
werden dem Kläger auferlegt.

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand.

Der Kläger war vom 10. Mai bis zum 13. August 1954 bei dem Beklagten als Kellner beschäftigt. Er war zur Vertretung beurlaubten Personals eingestellt worden. Hierüber waren sich die Parteien bei Vertragsabschluß einig. Im übrigen regelte sich das Arbeitsverhältnis nach dem Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. Dezember 1951/2. August 1952, für allgemeinverbindlich erklärt mit Wirkung vom 1. Oktober 1952 am 14. Oktober 1952, die Allgemeinverbindlicherklärung veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 208 vom 25. Oktober 1952.

In § 19 II 2 g des Tarifvertrages heißt es, daß Aushilfskellner Anwesenheitskost erhalten. Dem Kläger ist während seiner Beschäftigung beim Beklagten das Essen nicht unentgeltlich gewährt worden. Er hat deshalb mit der Klage einen Abgeltungsanspruch für nicht gewährte freie Kost in der - vom Beklagten nicht bestrittenen - Höhe von 123.- DM geltend gemacht. Der Beklagte hat die Berechtigung dieses Anspruchs bestritten, da der Kläger nicht Aushilfskellner gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und die Revision zugelassen. Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision seinen Antrag auf Klageabweisung weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe.

Das Landesarbeitsgericht ist der Ansicht, daß der Kläger Aushilfskellner i.S. des Tarifvertrages gewesen sei; denn sein Arbeitsverhältnis sei ein typisches Aushilfsarbeitsverhältnis gewesen. Durch die Beurlaubung der ständigen Kellner des Beklagten sei ein vorübergehendes Bedürfnis entstanden, ein zur Ferienvertretung eingesetzter Kellner sei Aushilfskellner, da er im Aushilfsarbeitsverhältnis stehe. Es wäre zwar an sich nicht ausgeschlossen, daß Aushilfskellner nur derjenige sein



solle, der tageweise und kurzfristig, z.B. bei besonderen Veranstaltungen, eingestellt sei. Ausgeschlossen sei aber doch nicht, als Aushilfskellner auch denjenigen anzusehen, der für einen Urlaubsfall oder für mehrere unmittelbar aufeinanderfolgende Urlaubsfälle eingestellt werde. Auch in solchen Fällen handele es sich um Aushilfskellner. Ein hiervon abweichender Sprachgebrauch lasse sich nicht feststellen, sei auch vom Beklagten nicht behauptet worden. Auch Kellner, die für längere Zeit zur Aushilfe eingestellt seien, könnten die besonderen tariflichen Rechte des § 19 II 2 des Tarifvertrages genießen. Denn auch diesen gegenüber könne das Arbeitsverhältnis mit eintägiger Frist gekündigt werden, so daß es gerechtfertigt sei, wenn ihnen der Tarifvertrag dieselben Vorteile gewähre wie den für ganz kurze Zeit eingestellten Aushilfskellnern.

Der Beklagte wendet demgegenüber ein, das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht hätten zunächst prüfen müssen, ob nicht, bevor eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden konnte, die in § 21 des Tarifvertrages vorgesehene Tarifkommission hätte angerufen werden müssen. Dieser Einwand ist jedoch nicht berechtigt. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht die Tarifvertragsparteien bei Schaffung dieser Vorschrift lediglich an Auslegungsstreitigkeiten zwischen den Tarifvertragsparteien selbst gedacht haben, worauf Absatz 3 der Bestimmung hindeutet. Aber selbst wenn sich diese Vorschrift auch auf Streitigkeiten aus dem Tarifvertrag zwischen einzelnen tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien beziehen sollte, kommt ihr jetzt keine Bedeutung mehr zu; denn inzwischen ist das Arbeitsgerichtsgesetz in Kraft getreten, das – von gewissen, hier nicht in Betracht kommenden Einzelfällen abgesehen – auch tarifvertraglich vorgesehene Schiedsverfahren zwischen den Parteien eines Einzelarbeitsvertrages nicht mehr zulässt (§ 101 ArbGG). Mit Recht haben daher die Vorderrichter der Vorschrift des § 21 des Tarifvertrages keine Bedeutung beigemessen.



Der Beklagte wendet gegen das Berufungsurteil weiter ein, daß es den Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses verkannt habe. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Das Landesarbeitsgericht stellt fest - was auch nicht bestritten worden ist - , daß der Kläger von vornherein, also insoweit bindend für beide Parteien, bis etwa Mitte August 1954 zur Ferienvertretung der in Urlaub befindlichen Kellner eingestellt wurde. Da, entsprechend der Gestaltung seines Arbeitsverhältnisses, die Einstellung des Klägers zur Überbrückung eines lediglich vorübergehenden Bedürfnisses, nämlich wegen der Urlaubszeit des beim Beklagten sonst beschäftigten Personals, erfolgte, handelte es sich in der Tat um ein Aushilfsarbeitsverhältnis. Dem steht nicht entgegen, daß der Kläger nicht nur einen einzigen Kellner während des Urlaubs desselben vertrat, sondern mehrere Kellner, die nacheinander in der Weise in Urlaub gingen, daß sich ein Urlaub an den anderen anschloß, so daß sich die gesamte Vertretungszeit über einen Zeitraum von etwa 3 Monaten erstreckte. Da ein solcher Zeitraum von vornherein vorgesehen war, lag allerdings auch ein befristetes Arbeitsverhältnis vor. Das schließt aber bei der Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nicht aus, daß dieses befristete Arbeitsverhältnis gleichzeitig ein Aushilfsarbeitsverhältnis war, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht annimmt. Wenn bei dem nur zur vorübergehenden Aushilfe angenommenen Handlungsgehilfen und den nur zur vorübergehenden Aushilfe angenommenen Angestellten des § 133 ac GewO nach 69 HGB und § 133 ac GewO bestimmte kündigungsrechtliche Vorschriften des Handelsgesetzbuches und der Gewerbeordnung dann Anwendung finden, wenn das Dienstverhältnis dieser Arbeitnehmer über die Zeit von 3 Monaten hinaus fortgesetzt wird, so kann aus dieser Regelung nicht entnommen werden, daß die Rechtsordnung den Begriff des Aushilfs^{arbeits}verhältnisses ab einer bestimmten Dauer der Beschäftigung verneine.

Dagegen ist dem Vorbringen des Beklagten der Erfolg nicht zu versagen, wenn es bemängelt, daß der Vorder-



richter aus dem Vorliegen eines Aushilfsarbeitsverhältnisses den Schluß gezogen hat, daß deshalb der Kläger Aushilfskellner gewesen sei. Durch diese Auslegung hat das Landesarbeitsgericht in der Tat gegen die Bestimmungen des hier infrage kommenden Tarifvertrags verstoßen; denn Sinn und Zusammenhang des Tarifvertrags lassen mit ausreichender Deutlichkeit erkennen, daß jemand, der wie der Kläger beschäftigt war, nicht als Aushilfskellner anzusehen ist. Wenn nach § 19 II 2 g des Tarifvertrages Aushilfskellnern - und, unter Berücksichtigung der Überschrift des einschlägigen Abschnittes, auch Aushilfsserviererinnen - ein Anspruch auf freie Beköstigung gewährt ist, so ist das nur als Ausgleich dafür geschehen, daß diese Personen sich in einer sozial wenig gesicherten Stellung befinden. Sie sind immer nur kurzfristig beschäftigt. In § 19 des Tarifvertrages ist in Ziff. 2 unter anderem von einer Beschäftigung wochentags, sonntags oder bei Versammlungen die Rede; weiter ist ein Mindestgarantielohn von 4 Stunden vorgesehen; ein Garantieausgleich wird nur dann gewährt, wenn an mindestens 3 aufeinanderfolgenden Tagen im gleichen Betrieb gearbeitet wird. All das deutet völlig eindeutig darauf hin, daß die Tarifvertragsparteien, wenn sie auch nicht eine feste Mindestbeschäftigungszeit für Aushilfskellner genannt haben, bei der Regelung des § 19 Ziff. 2 des Tarifvertrags doch erkennbar davon ausgegangen sind, die Beschäftigung müsse sich auf ^{einige} nur/wenige Tage beschränken. Deswegen sollen die Aushilfskellner im Gegensatz zu den ständig beschäftigten Kellnern die Vergünstigung der freien Beköstigung erhalten. Das kann aber in einem Fall der vorliegenden Art, wo ein von vornherein auf etwa 3 Monate befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen ist, nicht angenommen werden. Hier erstreckt sich die Beschäftigung auf eine verhältnismäßig lange Frist, so daß der innere Grund für die Gewährung der Vergünstigung, die nur kurzfristig angestellte Aushilfskellner erhalten sollen, entfällt.

Es ist im vorliegenden Streitfall nicht zu entscheiden, ob schon derjenige als Aushilfskellner anzusehen ist, der



einen beurlaubten Kollegen während der Urlaubszeit (gemäß § 6 des Tarifvertrags sind das 12 - 18 Arbeitstage) vertritt. Vorliegend war nun einmal eine Beschäftigung von etwa 3 Monaten von vornherein vorgesehen. Die Länge dieser Zeit schließt auf jeden Fall die Annahme aus, daß der Kläger noch Anspruch darauf hätte, als Aushilfskellner behandelt zu werden. Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß dem Kläger etwa Mitte August von einem Tag auf den anderen eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden konnte; denn eine solche Kündigung war jedenfalls vor etwa Mitte August nach dem Vertrag nicht möglich.

Die Klage ist auch nicht aus sonstigen Gründen gerechtfertigt. Zwar sind nach § 22 Abs. 3 des Tarifvertrags u.a. die Bestimmungen der in Nordrhein-Westfalen bestehenden einschlägigen Tarifordnungen über Anwesenheitskost nicht ausser Kraft getreten. Wenn gemäß § 19 III Buchst. b des Tarifvertrages die dessen einschlägigen Vereinbarungen entgegenstehenden Bestimmungen der örtlichen Lohn- und Manteltarifverträge und der örtlichen Tarifordnungen über das Aushilfspersonal als aufgehoben gelten, so ist zu beachten, dass der Kläger nach den vorstehenden Ausführungen gerade kein Aushilfskellner ist, über den - neben der Aushilfsserviererin - der Tarifvertrag allein nähere Vorschriften enthält. Hinsichtlich der Anwesenheitskost selbst bestimmt § 7 Abs.1 und 2 der Rahmentarifordnung für gewerbliche und kaufmännische Gefolgschaftsmitglieder im Gastwirtsgewerbe und in Fremdenheimen für das Wirtschaftsgebiet Rheinland vom 1. Juli 1936 (Tarifregister Nr. 1551, RABl. 1936 VI S. 644 ff.), dass hierüber eine arbeitsvertragliche Regelung zu treffen ist, dass bei einem Verzicht des Gefolgschaftsmitglieds keine Barentschädigung gewährt wird, es sei denn, dass der Betrieb die Gewährung verweigert, und dass sich die Bewertung, falls in einer gültigen Lohnordnung nichts anderes gesagt ist, nach den Sätzen der Versicherungsämter richtet. Der Kläger hat jedoch nichts dafür vorgetragen,



es sei eine einzelvertragliche Vereinbarung über die Anwesenheitskost getroffen worden, sein Vortrag ergibt vielmehr das Gegenteil. Ebenso hat der Kläger nichts dahin vorgetragen, dass sich sein Anspruch etwa, im Hinblick auf § 19 III Buchst. b des Tarifvertrages, auf einen örtlichen Tarifvertrag gründe (siehe die zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehene Entscheidung des Ersten Senats des BAG in Sachen 1 AZR 208/55 vom 29.3.1957).

Der Klageabweisung steht ferner nicht entgegen, daß der Kläger im Schriftsatz vom 27. August 1954 vorgetragen hat, dem Aushilfskellner Karl V aus D habe der Beklagte den Betrag für Anwesenheitskost erstattet und daß der Kläger weiter im Schriftsatz vom 14. Dezember 1954 unter Beweis gestellt hat, der Beklagte müsse selbst von einer Aushilfstätigkeit ausgegangen sein; denn der in gleicher Tätigkeit beim Beklagten beschäftigte Aushilfskellner V habe nachträglich vom Beklagten anstelle der nicht gewährten Anwesenheitskost bei gleicher Tätigkeit wie der des Klägers die entsprechenden Beträge erhalten. Hiermit will der Kläger seinen Anspruch erkennbar nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stützen. Vielmehr liegt in diesem Vorbringen lediglich die Behauptung, der Beklagte habe selbst die Ansicht vertreten, ein solches Beschäftigungsverhältnis wie das des Klägers sei das eines Aushilfskellners gewesen; auch der Vortrag im Schriftsatz vom 27. August 1954 erfolgt nur im Zusammenhang mit einer Bezugnahme auf § 19 II g des Tarifvertrags. Auf eine solche Rechtsansicht kommt es jedoch nicht an; denn wenn sie vom Beklagten tatsächlich vertreten worden wäre, so ist sie nach den vorstehenden Ausführungen irrig. Das würde aber nicht zur Folge haben, daß eine Verpflichtung des Beklagten entstanden sei; denn eine Verpflichtung wird nicht dadurch geschaffen, daß jemand zeitweise eine irrige Rechtsansicht vertreten hat. Daß der Beklagte - die Richtigkeit des Vorbringens des Klägers unterstellt - dem Kläger gegenüber damit etwa eine Schuld anerkannt hätte, ist von diesem nicht vorgetragen worden.



- 8 -

Nun hat der Kläger zu Protokoll vom 1. April 1955 erklären lassen, der Beklagte habe auch in anderen Fällen Arbeitnehmern, die ebensolange wie der Kläger beschäftigt gewesen seien, Anwesenheitskost bezahlt. Aber auch diese Behauptung, mit der der Kläger insoweit auf den Gleichheitsgrundsatz abstellen will, ist für die Entscheidung des Prozesses unerheblich und zwingt deshalb nicht zur Zurückverweisung; denn es fehlt an jedem substantiierten Vorbringen, um welche Art Arbeitnehmer es sich dabei gehandelt haben soll. Insbesondere ist nicht geltend gemacht, daß sich hierbei etwa Aushilfskellner befunden hätten oder daß diese Arbeitnehmer überhaupt nur Aushilfskellner gewesen wären. Es fehlt jede dahingehende Behauptung, auf welcher Grundlage sich die Beschäftigung dieser anderen Arbeitnehmer vollzogen haben soll.

gez. Dr. Müller

Dr. Boldt

Wichmann

Wilh. Petersen

Wagner



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

