

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

114

Gesetz: BGB § 157, § 611 Lohnanspruch Kellner;
MTV für das Hotel- und Gaststättengewerbe Nieder-
sachsen, gültig ab 1. Juli 1970, § 7 Nr. 2

Leitsatz:

Mangels näherer Vereinbarung kommt es auf die Verkehrs-
sitte bei der Beantwortung der Frage an, ob zum "Umsatz",
von dem das Bedienungsgeld zu berechnen ist, auch die
Mehrwertsteuer gehört.

Aktenzeichen: 5 AZR 195/71
Urteil des BAG vom 7. Oktober 1971 LAG Niedersachsen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 195/71

2 Sa 30/71 Niedersachsen

Verkündet

am 7. Oktober 1971

gez. Weinrich,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes! 114

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. Oktober 1971 durch den Senatspräsidenten Dr. Schröder, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Bichler sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Wolf und Schleinköfer für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 2. April 1971 - 2 Sa 30/71 - aufgehoben.

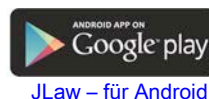
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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:

Der Beklagte betreibt eine Gastwirtschaft. Vom 21. Juli bis zum 8. September 1970 beschäftigte er die Klägerin als Serviererin. Die Parteien hatten als Lohn 10 % des erzielten Umsatzes vereinbart. Im Juni 1970 hat die Klägerin einen Umsatz von 2.501,95 DM und im August 1970 von 7.632,10 DM erzielt. Bei der Lohnabrechnung hat der Beklagte von diesen Beträgen 11 % = 1.080,24 DM Umsatzsteuer abgezogen und der Klägerin auf den verbleibenden Restbetrag 10 % als Vergütung gewährt. Die Klägerin hat sich mit diesem Abzug nicht einverstanden erklärt und vergeblich die Zahlung des rechnerisch unstreitigen Betrages von 108,-- DM verlangt.

Sie hat die Ansicht vertreten, da nach den Vertragsabreden der Lohn nach dem erzielten Umsatz zu berechnen sei, fehle jede Berechtigung für den vorgenommenen Abzug. Die Umsatzsteuer sei ein Teil des Preises. Daran habe auch das am 1. Januar 1968 in Kraft getretene neue Umsatzsteuergesetz (UStG) nichts geändert. Es besage nichts darüber, ob in dem vereinbarten Preis die Steuer einkalkuliert sei oder nicht. Nach § 10 UStG werde lediglich ein vereinbartes Entgelt vorausgesetzt, um danach den steuerpflichtigen Umsatz bemessen zu können. Die Aufspaltung zwischen der Umsatzsteuer und dem Preis erfolge allein aus steuerlichen Gründen. Auf das zivilrechtliche Entgelt sei das ohne Einfluß. Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 108,02 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und zur Begründung ausgeführt, im Gaststättengewerbe seien die Preise und die als Mehrwertsteuer bezeichnete Umsatzsteuer zunächst getrennt ausgewiesen worden. Später sei die Berechnung des Gaststättenverzehrs umgestellt worden. Die Mehrwertsteuer sei nun im Kaufpreis enthalten. Es sei aber allgemeiner Brauch im



Gaststättengewerbe, bei der Errechnung des Lohnes der Prozentempfänger die Mehrwertsteuer vorweg abzuziehen. Die Vereinbarung zwischen den Parteien stütze sich auf diesen Brauch. Der Beklagte habe lediglich durch die Klägerin die Mehrwertsteuer einziehen lassen. Es sei auch tatsächlich nicht einzusehen, weshalb die Klägerin an einem Steuerbetrag verdienen solle, den der Beklagte unmittelbar nach Erhalt abführen müsse.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat den Beklagten zur Zahlung gemäß dem Klageantrag verurteilt.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht, damit dieses nähere Feststellungen darüber treffen kann, welche Verkehrssitte im Gaststättengewerbe im Bezirk Stade hinsichtlich der Einbeziehung der Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) in den Bedienungszuschlag besteht.

1. Zu Recht geht das angefochtene Urteil von der Frage aus, welchen objektiven Erklärungsinhalt die unstreitig zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung hat, die Klägerin solle 10 % des von ihr erzielten "Umsatzes" als Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten. Das durch Auslegung auf Grund der Verkehrssitte (§ 157 BGB) gewonnene Ergebnis, der Begriff Umsatz schließe die Umsatzsteuer ein, hält jedoch mit der gegebenen Begründung einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Ob und welche Verkehrssitte besteht, unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts (BAG AP Nr. 2 zu § 832 ZPO; BGH LM Nr. 1 zu § 157 (B) BGB). Dabei kommt es auf die allgemein herrschende Übung selbst dann an, wenn etwa die Parteien



sie nicht gekannt haben sollten (BAG 11, 278 [280] = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung).

2. Bis zum Inkrafttreten des neuen UStG am 1. Januar 1968 verstand man, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, im Gaststättengewerbe unter Umsatz das dem Gastwirt zugeflossene Entgelt für seine Leistungen ohne Abzug von Steuern. An dieser Verkehrssitte hat sich durch die Einführung der Mehrwertsteuer jedenfalls unmittelbar nichts geändert, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausführt. § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG legt lediglich für das Steuerrecht fest, zum Entgelt gehöre alles, was der Empfänger einer Lieferung oder Leistung aufzuwenden habe, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer. Der allgemeine zivilrechtliche Umsatzbegriff wird davon nicht berührt. Das ergibt sich auch aus der Sonderbestimmung des § 31 Abs. 2 UStG. Denn dort wird § 87 b Abs. 2 HGB dahin ergänzt, daß das provisionspflichtige Entgelt die Umsatzsteuer einschließt. Aus der Fassung der Vorschrift, die von der Umsatzsteuer spricht, "die lediglich auf Grund steuerrechtlicher Vorschriften in der Rechnung gesondert ausgewiesen ist", ist zu schließen, daß der Gesetzgeber selbst von der Trennung des steuerrechtlichen vom zivilrechtlichen Umsatzbegriff ausgeht. § 10 Abs. 1 UStG beinhaltet deshalb einen besonderen umsatzsteuerrechtlichen Entgeltbegriff, um für den Unternehmer die nach § 14 Abs. 1 UStG bestehende Verpflichtung zum gesonderten Steuerausweis zu erleichtern; die Vorschrift dient nicht dazu, einen gerechten Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern oder gar zwischen Gastwirt und Bedienungspersonal herbeizuführen.

3. Demnach kommt es allein darauf an, ob nach und auf Grund des Inkrafttretens des UStG sich im Gaststättengewerbe eine von der bisherigen Handhabung abweichende Verkehrssitte im Bezirk Stade gebildet hat, was vom Beklagten zu beweisen wäre. Das Landesarbeitsgericht führt insoweit lediglich aus, ihm sei nicht bekannt, daß in Gaststättenbetrieben allgemein bei der Lohnbe-



- 5 -

rechnung von Prozentempfängern zuvor die Umsatzsteuer abgezogen werde, es wisse vielmehr aus einer Reihe von Rechtsstreitigkeiten, daß dies nicht der Fall sei. Damit fehlt aber eine ausreichende Feststellung, welche Verkehrssitte, insbesondere im örtlichen Bereich Stade, nun tatsächlich besteht. Das Arbeitsgericht Stade hatte es seinerseits als gerichtsbekannt angesehen und deshalb von einer Beweiserhebung Abstand genommen, daß die Bedienungsprozente nur vom Preis ohne Mehrwertsteuer berechnet werden. Dafür könnte auch der Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe Niedersachsen vom 8. Mai 1970, gültig ab 1. Juli 1970, sprechen. § 7 Nr. 2 MTV bestimmt, daß u.a. die Umsatzsteuer nicht zum Warenentgelt gehört; andererseits wird aber das Bedienungsgeld auf mindestens 11 % festgesetzt. Unter diesen Umständen hätte das Landesarbeitsgericht der Anregung des Beklagten folgen und Beweis darüber erheben müssen, welche Verkehrssitte im Raum Stade im streitigen Zeitraum bestand, insbesondere, ob das Bedienungsgeld auch von der Umsatzsteuer berechnet wird oder nicht oder ob die Umsatzsteuer etwa nur deshalb vorher abgezogen wird, weil das Bedienungsgeld allgemein höher als 10 % liegt. Allerdings dürfte nicht nur die Vernehmung des vom Beklagten benannten Vorsitzenden des Gaststättenverbandes angebracht sein, sondern auch die eines sachverständigen Vertreters der zuständigen Gewerkschaft. Die entsprechenden Feststellungen wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben.

gez. Dr. Schröder

Dr. Auffarth

Bundesrichter
Bichler ist er-
krankt und orts-
abwesend

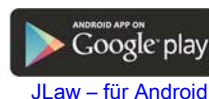
Dr. Schröder

Dr. K. Wolf

E. Schleinkofer



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

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