

Aktenzeichen: 7 AZR 1001/94
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 28. Juni 1995
- 7 AZR 1001/94 -

I. Arbeitsgericht
Hagen

Urteil vom 05. August 1993
- 5 Ca 272/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 17. August 1994
- 3 Sa 1624/93 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Trinkgelder als Arbeitsentgelt

Gesetz:

BetrVG 1972 § 37 Abs. 2, § 78 Satz 2; BUrlG § 11 Abs. 1; LFZG § 2; EFZG § 4

Leitsatz:

Trinkgelder, die dem Bedienungspersonal in Gaststätten von den Gästen freiwillig gegeben werden, gehören jedenfalls bei Fehlen einer besonderen arbeitsvertraglichen Vereinbarung für Zeiten des Urlaubs, der Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsratstätigkeit nicht zum vom Arbeitgeber fortzuzahlenden Arbeitsentgelt.



7 AZR 1001/94

3 Sa 1624/93 Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Juni 1995

Siegel,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 1995 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Weller, den Richter Prof. Dr. Steckhan und die Richterin Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Bea und Dr. Gerschermann für Recht erkannt:

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Hamm vom 17. August 1994
- 3 Sa 1624/93 - wird auf deren Kosten zurückge-
wiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob bei dem Entgelt einer Ser-
viererin, das wegen des Ausfalls der Arbeitszeit aufgrund von Ur-
laub, Arbeitsunfähigkeit und Betriebsratstätigkeit fortzuzahlen
ist, Trinkgelder zu berücksichtigen sind.

Die Klägerin ist bei der Beklagten als Serviererin tätig und
erhält bei einer Arbeitszeit von 173 Stunden im Monat ein durch-
schnittliches Bruttomonatsgehalt von 3.369,00 DM. Auf das Ar-
beitsverhältnis der Parteien findet der allgemeinverbindliche
Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Lan-
des Nordrhein-Westfalen Anwendung. Die Klägerin ist Vorsitzende
des im Betrieb der Beklagten bestehenden Betriebsrates
und Mitglied des für die Betriebe der Beklagten existierenden Ge-
samtbetriebsrates. Zeiten erforderlicher Betriebsratstätigkeiten
innerhalb der Betriebsstätte vergütet die Beklagte mit 20,00 DM
brutto pro Stunde und außerhalb der Betriebsstätte mit täglich
149,00 DM brutto. Die Klägerin erhält nach ihrer Berechnung im
Monat Trinkgelder von den Gästen in Höhe von durchschnittlich
175,36 DM; dies entspricht einem Tagesdurchschnitt von 8,09 DM.



Die Klägerin meldet der Beklagten monatlich, daß sie kein Trinkgeld über 200,00 DM erhält. In der Zeit vom Januar bis März 1993 fehlte die Klägerin fünf Tage wegen Erholungsurlaubs, 18 Tage war sie arbeitsunfähig krank und an 14 Tagen verrichtete sie erforderliche Betriebsratstätigkeiten bzw. Gesamtbetriebsratstätigkeiten.

Während dieser Zeiten zahlte die Beklagte ihr den anteiligen Durchschnittslohn, berücksichtigte dabei aber nicht das entgangene Trinkgeld für diese 37 Tage in Höhe von unstreitig 299,33 DM (37 x 8,09 DM).

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe bei der Lohnfortzahlung während des Urlaubs, der Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsratstätigkeit auch das Trinkgeld zu berücksichtigen, da es Arbeitsentgelt in Form von Naturalvergütung sei. Sie habe nur dann die Chance, Trinkgelder von den Gästen zu erhalten, wenn sie die Serviererinnentätigkeit tatsächlich ausübe, nicht aber bei Verhinderung durch Urlaub, Krankheit oder Betriebsratstätigkeit. Das Trinkgeld mache einen festen Posten aus, deshalb sei es wie eine Provision Lohnbestandteil. Die Trinkgelder würden nicht durch besonders zuvorkommenden Service, sondern durch normale Arbeitsleistung verdient, da eine Serviererin bereits arbeitsvertraglich verpflichtet sei, die Kunden so zu bedienen, daß sie zufrieden seien.



Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 299,33 DM
netto nebst 4 % Zinsen seit dem 16. April 1993 zu
zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, beim Trinkgeld handele es
sich nicht um Arbeitsentgelt, sondern um eine freiwillige Zahlung
des Gastes, die sich deshalb nicht für Lohnausfallzeiten fiktiv
hochrechnen lasse. Es handele sich auch nicht um Naturalbezüge
des Arbeitgebers, da weder der Gast noch der Arbeitgeber zur Zah-
lung verpflichtet sei.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben die
Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren
Klageantrag weiter.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die
Klage zu Recht abgewiesen, denn von den Gästen freiwillig gegebene
Trinkgelder gehören jedenfalls bei der vorliegenden Fallge-
staltung, in der es an einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber
und Arbeitnehmer über die Behandlung der Trinkgelder fehlt, für
Zeiten des Urlaubs, der Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsrats-
tätigkeit nicht zum vom Arbeitgeber fortzuzahlenden Arbeitsent-
gelt.



I. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Trinkgeldes für die fünf Urlaubstage vom 4. bis 8. Januar 1993 in Höhe von 40,45 DM netto aus § 611 BGB in Verb. mit § 8 Ziff. 8.7.1 des Manteltarifvertrages für die Arbeitnehmer im Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen vom 1. März 1991, § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 BUrlG. Denn das geltend gemachte Trinkgeld ist kein Urlaubsentgelt im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 BUrlG.

1. Urlaubsentgelt ist die während des Urlaubs fortzuzahlende Arbeitsvergütung, die der Arbeitgeber schuldet (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BAG Urteil vom 24. Oktober 1989, BAGE 63, 181, 183 = AP Nr. 29 zu § 11 BUrlG, zu I der Gründe; Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, Einleitung Rz 30). Der Anspruch auf Urlaubsentgelt beruht nicht auf § 11 BUrlG, sondern auf § 611 BGB und ist daher mit dem Lohnanspruch identisch (Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, § 11 Rz 2).

Bei den im Entscheidungsfall zu bewertenden Trinkgeldern handelt es sich demgegenüber um Leistungen, die von den Gästen freiwillig erbracht werden. Dementsprechend gehören derartige Trinkgelder nach übereinstimmender Auffassung der Kommentarliteratur arbeitsrechtlich nicht zum Arbeitsverdienst/Urlaubsentgelt, weil auf sie regelmäßig mangels entsprechender Vereinbarung kein Anspruch gegen den Arbeitgeber besteht, sondern sie ohne rechtliche Verpflichtung als persönliche Zuwendung aus einer bestimmten Motivationslage von Dritten erbracht werden (vgl. Boldt/Röhsler, Bundesurlaubsgesetz, 2. Aufl., § 11 Rz 33; Borrmann, Bundesurlaubsgesetz, § 11 Rz 7; Stahlhacke, GK-BUrlG, 5. Aufl., § 11



Rz 29; Kammann/Ziepke/Weinspach/Meisel, Bundesurlaubsgesetz, § 11 Rz 6 am Ende; Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, § 11 Rz 41; Natzel, Bundesurlaubsrecht, 4. Aufl., § 11 Rz 38). Dieser Bewertung schließt sich der Senat an.

2. Von den Gästen freiwillig gewährte Trinkgelder sind auch keine zum Arbeitsentgelt gehörenden Sachbezüge, die gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG für die Dauer des Urlaubs abzugelten wären. Sachbezüge sind aufgrund des Dienstverhältnisses gewährte Leistungen des Arbeitgebers (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., § 68 I 1).

Entgegen der Auffassung der Revision ist aber auch die Möglichkeit, von den Gästen Trinkgelder zu erhalten, nicht als Naturalvergütung anzusehen. Allerdings kann Naturalbezug eines Arbeitnehmers auch die Verschaffung einer Verdienstmöglichkeit – namentlich die Möglichkeit, Trinkgelder in Empfang zu nehmen – sein (vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I, § 41 I 2; Schaub, aaO, § 68 I 6). Wird Trinkgeld ausnahmsweise vom Arbeitgeber als Naturalbezug geschuldet, wird die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers (teilweise) durch die Pflicht ersetzt, Einnahmen aus Trinkgeldern zu ermöglichen (vgl. Salje, Trinkgeld als Lohn, DB 1989, 321, 322).

Dies setzt indessen zumindest eine entsprechende Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien voraus. Das Vorliegen einer derartigen – auch konkludent abgeschlossenen – Vereinbarung kann anzunehmen sein, wenn sich der Arbeitgeber bei Abschluß des Arbeitsvertrages erkennbar dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer als



Teil seiner Vergütung die Erwerbschance zu geben, etwaige Trinkgelder in Empfang zu nehmen. Hiervon kann insbesondere auszugehen sein, wenn ein so geringes Festgehalt vereinbart wird, daß der Arbeitnehmer ein für derartige Arbeitsleistung übliches Arbeitsentgelt erst unter Einrechnung der von den Arbeitsvertragsparteien erwarteten Trinkgelder erreichen kann. Für eine derartige Vereinbarung bietet der Entscheidungsfall keinen Anhaltspunkt.

II. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Zahlung von weiteren 145,62 DM für die 18 Tage, in denen sie arbeitsunfähig erkrankt war, aus § 2 des im Entscheidungsfall noch einschlägigen Lohnfortzahlungsgesetzes (LFZG) in Verb. mit § 10 Ziff. 10.1 des o.g. Manteltarifvertrages.

1. Nach § 2 LFZG ist dem Arbeitnehmer für den sechswöchigen Lohnfortzahlungszeitraum das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Dieses Arbeitsentgelt hat die Klägerin erhalten. Denn auch zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt i.S. des Lohn- bzw. Entgeltfortzahlungsgesetzes gehören Trinkgelder nur insoweit, als auf sie ein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrages besteht (Brecht, Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall, § 4 Rz 29; Doetsch/Schnabel/Paulsdorff, LFZG, 6. Aufl., § 2 Rz 8; Gola, EFZG, § 4 Rz 3.1; Kehrmann/Pelikan, LFZG, 2. Aufl., § 2 Rz 17; Marburger, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, 7. Aufl., S. 48; Schmatz/Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, Stand September



1994, § 4 EFZG Rz 22; Schmitt, LFZG (1992), § 2 Rz 54). Ein solcher Anspruch besteht, wie dargestellt, bei den hier zu bewertenden Trinkgeldern nicht.

2. Nach einer differenzierenden Auffassung sind Trinkgelder jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer normalen Lohn zahlt und das Trinkgeld eine bloße Zusatzeinnahme bietet, auf die der Arbeitnehmer nicht existentiell angewiesen ist, kein fortzuzahlender Lohn (Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, Entgeltfortzahlungsgesetz, § 4 Rz 16). Etwas anderes gilt nach dieser Auffassung allerdings dann, wenn der Arbeitnehmer nur ein relativ niedriges Fixum erhält und bei seiner Vergütung die weitgehend sicher zu realisierende Chance auf Trinkgeld mit berücksichtigt wird. Bei einer solchen Fallgestaltung wäre der Arbeitnehmer im Krankheitsfalle nicht nach dem Umfang seines üblichen Arbeitseinkommens wirtschaftlich abgesichert, sondern müßte einen großen Teil des Entgeltrisikos selbst tragen (vgl. Wedde/Gerntke/Kunz/Platow, aaO).

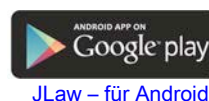
Auch nach dieser Auffassung ist das von der Klägerin begehrte Trinkgeld kein Arbeitsentgelt, da der täglich geltend gemachte Anspruch in Höhe von 8,09 DM nicht einmal 6 % des täglichen Arbeitsverdienstes (ca. 149,00 DM) umfasst und daher nicht angenommen werden kann, daß die Klägerin existentiell auf diesen Betrag angewiesen ist.

III. Die Klägerin kann auch nicht weitere 113,26 DM Trinkgeldausfall von der Beklagten für 14 Tage Betriebsrattätigkeit aus § 611 BGB in Verb. mit § 37 Abs. 2 BetrVG verlangen.



1. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrates von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgeltes zu befreien, wenn und soweit es zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Das darin enthaltene Verbot der Minderung des Arbeitsentgelts bedeutet, daß dem Betriebsratsmitglied nach dem Lohnausfallprinzip der Lohn weiterzuzahlen ist (vgl. BAG Urteil vom 18. September 1973, BAGE 25, 305 = AP Nr. 3 zu § 37 BetrVG 1972). Das Betriebsratsmitglied hat Anspruch auf Arbeitsentgelt einschließlich aller Nebenbezüge, die es erzielt haben würde, wenn es im Betrieb gearbeitet hätte (vgl. für Zuschläge BAG Urteil vom 29. Juli 1980, BAGE 34, 80 = AP Nr. 37 zu § 37 BetrVG 1972 und BAG Urteil vom 22. August 1985 - 6 AZR 504/83 - AP Nr. 50 zu § 37 BetrVG 1972).

Auch durch § 37 Abs. 2 BetrVG wird für Betriebsratsmitglieder kein eigenständiger Lohnanspruch begründet, sondern es bleiben lediglich die dem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zustehenden Ansprüche erhalten (vgl. BAGE 25, 23 = AP Nr. 1 zu § 37 BetrVG 1972; BAG Beschluß vom 18. Juni 1974 - 1 ABR 119/73 - und Urteil vom 17. September 1974 - 1 AZR 574/73 - AP Nr. 16 und 17 zu § 37 BetrVG 1972). Der Arbeitgeber ist verpflichtet, das dem Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsverhältnisses geschuldete Arbeitsentgelt trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung für die Dauer der Betriebsratstätigkeit weiterzuzahlen, nicht aber eine Verdienstmöglichkeit zum Trinkgelderwerb im Falle seiner Verhinderung durch Betriebsratstätigkeit zu erhalten oder gar für den Ausfall des Entgelts, das vom Arbeitgeber nicht geschuldet wird, zu haften. Es soll vom Arbeitgeber nur das gezahlt oder ersetzt



werden, was der Arbeitgeber auch ansonsten schulden würde, wenn das Betriebsratsmitglied keine Betriebsratsarbeit ausgeübt hätte (vgl. BAG Beschluß vom 31. Juli 1986 - 6 AZR 298/84 - AP Nr. 55 zu § 37 BetrVG 1972). Hierzu gehört das Trinkgeld, wie bereits oben ausgeführt wurde, nicht.

2. Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus § 78 Satz 2 BetrVG. Nach dieser Vorschrift dürfen Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Zweck der Vorschrift ist es, den Betriebsverfassungsorganen und ihren Mitgliedern eine ungestörte und unbeeinflusste Amtsausübung zu gewährleisten und die Mitglieder in ihrer persönlichen Stellung, vor allem als Arbeitnehmer des Betriebes, vor Nachteilen wegen ihrer Amtsstellung zu bewahren (vgl. z.B. BAG Beschluß vom 21. Januar 1990 - 7 ABR 39/89 - AP Nr. 28 zu § 103 BetrVG 1972).

Hinsichtlich der Frage, welche Leistungen der Arbeitgeber dem Betriebsratsmitglied während dessen Freistellung für Betriebsratstätigkeit schuldet, ist das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG durch § 37 Abs. 2 BetrVG konkretisiert. Die Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG steht im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 37 Abs. 1 BetrVG, nach der das Betriebsratsamt grundsätzlich als Ehrenamt ausgestaltet ist und der Arbeitgeber lediglich das von ihm geschuldete Arbeitsentgelt fortzuentrichten hat. Danach ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, das Betriebsratsmitglied über die Fortzahlung des von ihm geschuldeten Arbeitsentgelts hinaus vor jeder Vermögenseinbuße zu bewahren, die dadurch eintritt, daß das Betriebsratsmit-



glied statt seiner Arbeitsleistung Betriebsratstätigkeit verrichtet. Dementsprechend hat es die Rechtsprechung auch abgelehnt, vom Arbeitgeber einen Ausgleich dafür zu verlangen, daß dem Betriebsratsmitglied während seiner Betriebsratstätigkeit Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit nicht steuerfrei zufließen, sondern versteuert werden müssen (BAG Urteil vom 29. Juli 1980, BAGE 34, 80 = AP Nr. 37 zu § 37 BetrVG 1972).

Auch stellt der Arbeitgeber die Klägerin dadurch, daß er ihr bei Verhinderung an der Arbeitsleistung nur das Arbeitsentgelt fortzahlt, nicht schlechter als andere Arbeitnehmer. Denn auch diese erhalten, wie oben ausgeführt, bei ihrer Verhinderung durch Urlaub und Krankheit nur ihr Arbeitsentgelt. Entgegen der Ansicht der Revision unterscheidet sich damit die vorliegende Fallgestaltung grundlegend vom Senatsbeschluß vom 21. Januar 1990 (- 7 ABR 39/89 -, aa0), in dem eine allein auf der Betriebsratstätigkeit beruhende Schlechterstellung dadurch auszugleichen war, daß der Arbeitgeber das Betriebsratsmitglied hinsichtlich der Erstattung von Prozeßkosten ebenso behandeln mußte wie andere Arbeitnehmer, die nicht dem Betriebsrat angehörten.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Weller

Schmidt

Steckhan

Bea

Gerschermann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
(mobile App)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)