

Aktenzeichen: 4 AZR 746/78

LAG Baden-Württemberg Urteil des BAG vom 15. Oktober 1980

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: BAT § 11; Landesneben Tätigkeitsverordnung Baden-
Württemberg vom 28. 12. 1972 §§ 5,6; Verfassung
des Landes Baden-Württemberg Art. 61; Landes-
beamtengesetz Baden-Württemberg §§ 78, 81

Leitsatz:

Sind Nebentätigkeitsvergütungen für künstlerische
Tätigkeiten einschließlich künstlerischer Dar-
bietungen von der Ablieferungspflicht ausgenommen,
betrifft diese Ausnahme auch musikalische Darbie-
tungen in einer Kurkapelle.



4 AZR 746/78

5 Sa 38/78 Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Oktober 1980

Urteil

gez. Haust,
Reg.-Obersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Neumann, die Richter Dr. Röhsler und Dr. Etzel sowie die ehrenamtlichen Richter Metzger und Brocksiepe für Recht erkannt:

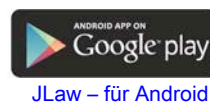
Die Revision des klagenden Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 9. Juni 1978 - 5 Sa 38/78 - wird auf Kosten des Landes zurückgewiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte, auf dessen Arbeitsverhältnis aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung der BAT in seiner jeweils gültigen Fassung Anwendung findet, war vom 1. März 1964 bis zum 30. Juni 1976 in der Prämienstelle beim Finanzamt D als Angestellter beschäftigt. Er erhielt zuletzt Vergütung nach VergGr. VII BAT. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte nach einer außerordentlichen Kündigung des klagenden Landes wegen nicht genehmigter Nebentätigkeit im Wege eines Vergleichs.

In den Jahren 1972 bis 1976 spielte der Beklagte in der Tanzkapelle "F " früher "T "), die - vertreten durch Fred E - mit der Kur- und Bäder-GmbH Bad D von allen Kapellenmitgliedern jeweils unterschriebene Jahres-Engagement-Verträge abgeschlossen hatte. Das Stammkapital der Kur- und Bäder-GmbH liegt zu 100 % bei der Stadt Bad D .

Der Beklagte erzielte aus dieser Beschäftigung folgende Einnahmen:

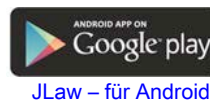
1972:	11.534,-- DM
1973:	25.790,62 DM
1974:	27.309,74 DM
1975:	46.653,-- DM
1976:	34.519,78 DM

Das klagende Land, das erstmals durch ein dem Finanzamt D am 28. Mai 1975 zugegangenes Schreiben der Kur- und Bäder-GmbH Kenntnis von dem Umfang der Nebeneinkünfte des Beklagten erhielt, teilte dem Beklagten mit Schreiben vom 15. September 1975 mit, daß seine Einkünfte aus der Musikertätigkeit der Ablieferungspflicht des § 5 Abs. 3 der Landesnebentätigkeitsverordnung (LNTVO) unterliegen und kündigte einen entsprechenden Leistungsbescheid an. Einen Antrag des Beklagten auf Genehmigung seiner Nebentätigkeit lehnte das Land mit Schreiben vom 20. August 1976 ab. In diesem Schreiben bezifferte das Land auch erstmals für die Jahre 1972 bis 1975 die vom Beklagten abzuliefernden Beträge. Gemäß Annahmearordnung vom 7. Dezember 1976 forderte das Land den Beklagten

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

-3-

schließlich zur Ablieferung der nach Abzug des jährlichen Freibetrages von jeweils 7.200,--DM verbleibenden Nebeneinkünfte für die Jahre 1972 bis 1976 in Höhe von 109.807,-- DM auf. Der Beklagte lehnte eine Zahlung ab.

Das klagende Land ist der Auffassung, daß sich die der Höhe nach unstreitige Forderung aus § 11 BAT i.V. mit § 81 LBG, §§ 2 u. 5 LNTVO ergebe. Denn § 2 Abs. 2 i.V. mit § 5 LNTVO stelle Nebeneinkünfte aus Tätigkeiten für solche Unternehmen, die sich zu 100 % in öffentlicher Hand befinden, solchen Nebeneinkünften gleich, die aus einer unmittelbaren Tätigkeit im öffentlichen Dienst erzielt würden. Die Ausnahme des § 6 Ziff. 5 LNTVO, die künstlerische Tätigkeiten privilegiere, greife nicht ein, zumal der Beklagte als Musiker regelmäßig und gegen Entgelt aufgetreten sei. Der Ablieferungsanspruch sei auch nicht nach § 70 BAT verfallen, da das Land erstmals im Mai 1975 von der Höhe der Nebeneinkünfte des Beklagten und im Juni von den Kapitalverhältnissen der Kur- und Bäder-GmbH Kenntnis erhalten habe. Der Beklagte müsse daher die verlangten Bruttobeträge abliefern und könne dem Land nicht die ordnungsgemäße Versteuerung seiner Nebeneinkünfte entgegenhalten. Die überhöhte Steuerzahlung müsse der Beklagte mit dem Finanzamt ausgleichen.

Das klagende Land hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger
109.807,-- DM nebst Mahnkosten sowie Zinsen
in Höhe von 4 % hieraus ab 8. Dezember 1976
zu zahlen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, daß seine Tätigkeit als Musiker nicht im öffentlichen Dienst im Sinne der LNTVO geleistet worden sei. Außerdem habe es sich um eine künstlerische Tätigkeit gehandelt. Er spiele in der Kapelle Posaune, Tenor-Saxophon, Sopran-Saxophon, Querflöte und Kontrabaß. Solche künstlerischen Tätigkeiten seien gemäß § 6 Ziff. 5 LNTVO von der Ablieferungspflicht ausgenommen. Für den Anspruch des Landes fehle es auch an einer wirksamen Rechtsgrundlage, da die Verordnungsermächtigung in § 81 LBG nicht den

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Bestimmtheitserfordernissen des Art. 80 GG genüge. Die Ablieferungspflicht verstoße sowohl gegen Art. 14 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch gegen das Recht der freien Berufsausübung und Berufswahl. Außerdem verletze die Ablieferungspflicht den Grundsatz der Gleichbehandlung, da nur für den Bereich des öffentlichen Dienstes, nicht aber für Einkünfte aus Tätigkeiten für private Auftraggeber eine Ablieferungspflicht begründet werde. Aus dem Alimentationsprinzip könne kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung entnommen werden. Auf jeden Fall stehe dem Anspruch des Landes die Ausschußfrist des § 70 BAT entgegen, da das Land bereits seit dem 30. Juni 1975 über die Höhe seiner Nebeneinkünfte für 1972 bis 1974 unterrichtet gewesen sei, die Forderung aber erst mit Schreiben vom 20. August 1976 erstmals beziffert habe. Im übrigen habe das Land bereits seit 1972 von seiner Nebentätigkeit gewußt, da der Leiter des Finanzamtes D persönlich seine Steuererklärung bearbeitet habe. Auch könnten lediglich die ihm nach dem Steuerabzug verbleibenden Nebeneinnahmen verlangt werden.

Das Arbeitsgericht hat nach durchgeführter Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat unter Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist auf die Berufung des Beklagten das arbeitsgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt das klagende Land seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

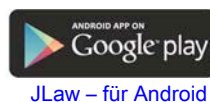
Die gemäß § 72 Abs. 1 Satz 4 u. 5 ArbGG a.F., § 121 Abs. 3 ArbGG n.F. zulässige Revision ist nicht begründet.

Das Landesarbeitsgericht hat gemäß § 238 Abs. 3 ZPO für das Revisionsgericht bindend dem Beklagten Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist gewährt (Thomas-Putzo, ZPO, 10.Aufl., § 238 Anm. 5 a; Zöllner, ZPO, 12.Aufl., § 238 Anm. 3) und in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage zu Recht abgewiesen. Es hat ausgeführt, daß gegen die aufgrund § 81 LBG vom

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

27. Mai 1971 (GBl. Baden-Württemberg 1971, S. 225) in Verbindung mit Art. 61 der Landesverfassung Baden-Württemberg erlassene Landesnebentätigkeitsverordnung (LNTVO) vom 28. Dezember 1972 (GBl. Baden-Württemberg 1973, S. 57), die gemäß § 11 BAT zur Anwendung komme und auf die der Ablieferungsanspruch gestützt werde, in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtliche Bedenken bestünden. Abgesehen davon, daß die Ermächtigungsgrundlage des § 81 LBG wohl kaum den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 61 Abs. 1 der Landesverfassung (ebenso Art. 80 GG) entspreche, stelle die Pflicht zur Ablieferung von Nebeneinkünften, sofern sie eine bestimmte Höhe übersteigen, einen enteignungsgleichen Eingriff dar, weil anders als bei Beamten die vermögensrechtlichen Ansprüche der Angestellten in Art. 33 Abs. 5 GG keine dem Art. 14 GG vorgehende Sonderregelung erfahren haben. Aber selbst bei Zurückstellung der verfassungsrechtlichen Bedenken bestehe der Ablieferungsanspruch nicht, da der Beklagte die Nebeneinkünfte im Rahmen einer künstlerischen Tätigkeit erzielt habe. Eine künstlerische Tätigkeit sei weder genehmigungspflichtig (§ 78 Abs. 1 Ziff. 3 LBG) noch unterlägen die hieraus erzielten Einkünfte der Ablieferungspflicht (§ 6 Ziff. 5 LNTVO).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die vom Landesarbeitsgericht erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Denn dem angefochtenen Urteil ist jedenfalls insoweit beizutreten, als der Ablieferungsanspruch schon deshalb abzulehnen ist, weil der Beklagte seine Nebeneinkünfte durch eine i.S. des § 6 Ziff. 5 LNTVO nicht der Ablieferungspflicht unterliegende künstlerische Tätigkeit erzielt hat.

Nach § 5 Abs. 3 LNTVO, die gem. § 11 BAT auf Angestellte sinngemäß Anwendung findet, sind Vergütungen für im öffentlichen oder diesem gleichstehenden Dienst ausgeübte Nebentätigkeiten insoweit an den Dienstherrn im Hauptamt abzuliefern, als sie im Kalenderjahr einen bestimmten Betrag, nämlich bei Angestellten der VergGr. VII BAT 7200,-- DM übersteigen (§ 11 Satz 2 BAT i.V. mit § 5 Abs. 3 LNTVO i.d.F. der Zweiten

- 6 -



- 6 -

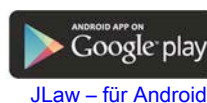
Änderungsverordnung vom 27. April 1976, GBl. Baden-Württemberg 1976, S. 444). Im Sinne der Nebentätigkeitsverordnung ist als Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst dabei auch eine Tätigkeit für eine Vereinigung, eine Einrichtung oder ein Unternehmen zu verstehen, deren gesamtes Kapital (Grundkapital, Stammkapital) sich in öffentlicher Hand befindet (§ 2 Abs. 2 Ziff. 1 LNTVO). Da das Stammkapital der Kur- und Bäder-GmbH, bei der die Tanzkapelle "F" " engagiert war, zu 100 % in der Hand der Stadt Bad D liegt, steht außer Streit, daß es sich bei der vom Beklagten ausgeübten Musikertätigkeit um eine Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst handelt.

Nach § 6 Ziff. 5 LNTVO sind jedoch Nebentätigkeitsvergütungen für "künstlerische Tätigkeiten einschließlich künstlerischer Darbietungen" ablieferungsfrei. Das trifft hier zu. Was unter einer künstlerischen Tätigkeit i.S. der LNTVO zu verstehen ist, wird allerdings in der Vorschrift selbst nicht näher definiert. Auf die historische Entwicklung des Nebentätigkeitsrechts kann nicht zurückgegriffen werden, da eine "künstlerische Tätigkeit" erstmals in der LNTVO vom 28. Dezember 1972 (GBl. Baden-Württemberg 1973, S. 57) von der Ablieferungspflicht ausgenommen ist. Weder die LNTVO vom 12. Juli 1966 (GBl. Baden-Württemberg 1966, S. 131) noch die weiter zurückliegende Verordnung vom 6. Juli 1937 (RGBl. I, S. 753) oder die Nebentätigkeitsverordnung i.d.F. der Bekanntmachung der Bundesminister des Innern und der Finanzen vom 24. Januar 1951 (BGBl. I, S. 87/94) enthalten eine vergleichbare oder auch nur ähnliche Regelung. Die geltende Bundesnebentätigkeitsverordnung i.d.F. vom 28. August 1974 (BGBl. I, S. 2117) enthält auch heute noch keine Privilegierung von Vergütungen für künstlerische Tätigkeiten (vgl. § 7 BNV). Soweit sich bislang die Rechtsprechung mit dem Begriff "Künstler", "Kunst" oder "künstlerische Tätigkeit" beschäftigt hat, ist dies in anderem Zusammenhang geschehen, z.B. unter dem Aspekt der Abgrenzung

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

zwischen Arbeitern und Angestellten (vgl. RAG ARS 11, 174, 489; 17, 448). Auch der erkennende Senat hat sich bislang nur mit dem tariflichen Begriff "künstlerische Tätigkeit" i.S. der VergGr. III Fallgr. 1 BAT bei gartenbau-, landwirtschafts- und weinbautechnischen Angestellten befaßt und ausgeführt, daß darunter eine Tätigkeit zu verstehen ist, die fachbezogen ein Urteilsvermögen nach künstlerischen Gesichtspunkten fordert und sich objektiv auch als Äußerung dieses künstlerischen Gestaltungsvermögens darstellt (BAG AP Nr. 23 zu §§ 22, 23 BAT 1975). Wegen der Besonderheiten der Regelungsmaterie und der andersgearteten Zielrichtung der LNTVO kann an diese Rechtsprechung nicht ohne weiteres angeknüpft werden. Der Begriff "künstlerische Tätigkeit" ist vielmehr unabhängig von dem Kunstbegriff in Art. 5 Abs. 3 GG eigenständig unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs entsprechend dem Sinn und Zweck der Nebentätigkeitsverordnung auszulegen und anzuwenden (zur Auslegung von Rechtsnormen vgl. BVerfGE 1, 299 [312]; 10, 234 [244]; 11, 126 [130]; BAG 18, 345 = AP Nr. 4 zu § 5 BUrtLG; BAG 13, 240 = AP Nr. 1 zu § 10 JArbSchG; BAG 13, 1 = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbtagsG NRW; BAG 10, 7 = AP Nr. 20 zu § 63 HGB; BAG AP Nr. 14 zu § 1 LFZG; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Bearbeitung, Band I/1, S. 331 ff.).

Der von "Können" abgeleitete Begriff "Kunst", der zum Rechtsbegriff der "künstlerischen Tätigkeit" in einem unmittelbaren Bezug steht, umfaßt im weitesten Sinne und in seiner ursprünglichen Bedeutung jede auf Wissen und Übung gegründete Tätigkeit. Auch im engeren Sinne wird nach dem derzeitigen allgemeinen Sprachgebrauch unter Kunst nicht nur das schöpferische Gestalten nach eigenen Ideen verstanden, sondern auch die schöpferisch gestaltende Umsetzung innerer und äußerer Erfahrungsinhalte (Schmidt-Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, 18. Aufl., S. 344; Brockhaus, Enzyklopädie, 17. Aufl., Band 10, S. 756; Der große Brockhaus, 18. Aufl., Band 6, S. 567; Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Spalte 2191; Mackensen, Neues Deutsches

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

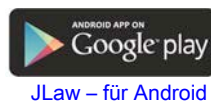
Wörterbuch, 1953, S. 465). Sowohl im engeren als auch im weiteren Sinne übt demnach ein Musiker eine künstlerische Tätigkeit dann aus, wenn er sich schöpferisch komponierend oder auch nur nachschaffend, d.h. reproduzierend betätigt. Davon geht auch die Landesnebentätigkeitsverordnung aus. Jedenfalls sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Verordnungsgeber dem Begriff "künstlerische Tätigkeit" in der LNTVO einen anderen, von der allgemeinen Anschauung abweichenden Inhalt zugrunde legen wollte. Dabei ist zu beachten, daß die in der LNTVO festgelegte Ablieferungspflicht nur Vergütungen aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes betrifft (§ 5 Abs. 3 LNTVO) und zum Ziel hat, unerwünschten Auswirkungen von Nebentätigkeiten entgegenzuwirken und eine gleichsam aus der gleichen Quelle gespeiste Doppelalimentation zu verhindern. Die LNTVO will mit ihrer Regelung keine künstlerischen Wertmaßstäbe setzen. An die "künstlerischen Tätigkeiten" gem. § 6 Ziff. 5 LNTVO sind daher keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, zumal die Frage des künstlerischen Niveaus ohnehin weitgehend der subjektiven Beurteilung unterliegt und sich nur schwer objektivieren läßt. Im Interesse einer möglichst gleichmäßigen Handhabung und Behandlung der hiervon Betroffenen ist daher von einem durchschnittlichen Maßstab auszugehen. Nach Sinn und Zweck der Nebentätigkeitsverordnung liegt demnach eine künstlerische Tätigkeit auch schon dann vor, wenn sich ein Arbeitnehmer auf einem nach allgemeiner Anschauung als künstlerisch angesehenen Gebiet unter Einsatz nicht jedermann geläufiger oder zugänglicher Fähigkeiten bzw. Fertigkeiten nicht ganz ohne Erfolg betätigt.

Nicht nur die Musiker in einem Kultur- und Symphonieorchester, sondern auch die Musiker in einer gehobenen Tanz- und Unterhaltungskapelle, die moderne Jazz- und Unterhaltungsmusik darbietet, üben nach heutigem Verständnis eine künstlerische Tätigkeit aus. Nach den von der Revision nicht angegriffenen und für die Revisionsinstanz gem. § 561 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelt es sich bei der Kurkapelle "F", in der sich der Be-

- 9 -



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



- 9 -

klagte unter Verwendung verschiedener Instrumente (Posaune, Tenor-Saxophon, Sopran-Saxophon, Querflöte und Kontrabaß) reproduzierend betätigt, um eine Kapelle, die auf einer gehobenen und anspruchsvolleren Ebene Tanz- und Unterhaltungsmusik darbietet. Die Tätigkeit des Beklagten in der Kurkapelle "F" entspricht demgemäß auch den aufgezeigten Anforderungen, die an eine "künstlerische Tätigkeit" i.S. des § 6 Ziff. 5 LNTVO zu stellen sind. Da sich, wie auch die Revision nicht mehr in Abrede stellt, § 6 Ziff. 5 LNTVO gerade auch auf die gegen Entgelt erbrachten künstlerischen Tätigkeiten bezieht, unterliegen nach alledem die Vergütungen, die der Beklagte für seine Musikertätigkeit erhalten hat, nicht der Ablieferungspflicht (§ 11 BAT i.V. mit §§ 5 Abs. 3, 6 Ziff. 5 LNTVO).

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

gez.: Dr. Neumann Dr. Etzel Dr. Röhsler
Metzger Brocksiepe



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)