

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

16. Dez. 1965

Gesetz: BGB § 611 Fleischbeschauer-Dienstverhältnis, § 315;
ArbGG § 2 Abs. 1 Nr. 2; UStG § 10

Leitsätze:

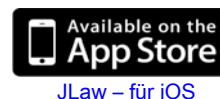
1. Ein freiberuflicher Tierarzt, der im Lande Niedersachsen nebenberuflich zum Fleischbeschautierarzt bestellt wird, steht insoweit in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.
2. § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG beinhaltet nicht die Anspruchsgrundlage sondern nur die steuerrechtliche Erlaubnis zur Abwälzung der Umsatzsteuer.
3. Ist als vertraglich vereinbart anzusehen, daß die Behörde die Vergütung nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) festsetzen soll, so muß der Fleischbeschautierarzt sich gegen eine seines Erachtens unbillige Festsetzung binnen angemessener Frist wenden und notfalls die Gerichte für Arbeitssachen gemäß § 315 Abs. 3 BGB anrufen.

Aktenzeichen: 5 AZR 304/65

Urteil des BAG vom 16. Dezember 1965 LAG Niedersachsen



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



5 AZR 304/65
5 Sa 238/64 Niedersachsen
Verkündet
am 16. Dezember 1965
gez. Weinrich,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. November 1965 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesarbeiter Dr. Auffarth und Siara sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Sohler und Döring für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 1. Februar 1965 - 3 Sa 238/64 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt auch die Kosten der Revision.

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](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist frei praktizierender Tierarzt.
Daneben wurde er im Jahre 1927 vom Landkreis S
zum Fleischbeschautierarzt bestellt. Besondere Bedingungen für dieses Rechtsverhältnis wurden weder schriftlich noch mündlich vereinbart.

Vom 1. April 1955 ab erhielt der Kläger für seine Tätigkeit als Fleischbeschautierarzt eine Vergütung, die nicht mehr wie bisher gemeinsam mit den von den Tierhaltern zu entrichtenden Gebühren in einer Verordnung, sondern in einem Runderlaß des Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des beklagten Landes vom 31. März 1955 (Vergütungserlaß) festgelegt war. An demselben Tage trat die neue Verordnung vom 30. März 1955 (Gebührenordnung) in Kraft, in welcher die von den Schlachttierbesitzern an das Land zu entrichtenden Fleischbeschaugebühren geregelt waren. Die Gebühren waren nach § 7 Abs. 2 der Verordnung an das Land (Landeskasse) zu Händen des Beschauers zu entrichten. Dieser hatte monatlich mit der Abrechnungsstelle des Landes unter Einbehaltung seiner Vergütung abzurechnen. Durch Verordnung vom 4. März 1961 wurden die Fleischbeschaugebühren ab 1. April 1961 erhöht. Gleichzeitig wurden durch Vergütungserlaß des Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 6. März 1961 auch die Vergütungen der Beschauer für die Schlacht- und Fleischschau angehoben; der Vergütungserlaß vom 31. März 1955 trat außer Kraft.

Das Finanzamt zog den Kläger nicht nur für die Einnahmen aus der Tierarztpraxis, sondern auch für die Vergütungen aus seiner Fleischbeschauertätigkeit zur Umsatzsteuer heran. Durch Runderlaß des Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 20. Juni 1957, geändert durch Runderlaß vom 18. November 1957, ordnete

- 3 -



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



das beklagte Land an, daß die Umsatzsteuer den Beschauern vom Amts wegen ab 1. März 1957 und auf besonderen Antrag schon ab 31. Dezember 1954, zu erstatten sei. Durch Runderlaß vom 27. Februar 1958 wurde der Runderlaß vom 20. Juni 1957 aufgehoben und die sofortige Einstellung der Umsatzsteuererstattung angeordnet; zur Begründung wurde angeführt, daß nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 4. Juli 1957 der Fleischbeschauer eine unselbständige Tätigkeit ausübe, die der Umsatzsteuerpflicht nicht unterliege. Durch Runderlaß vom 21. März 1960 wurde unter Bezugnahme auf das Urteil des BFH vom 26. November 1959 angeordnet, ab 27. Februar 1958 sei den Fleischbeschautierärzten die Umsatzsteuer gemäß dem Runderlaß vom 20. Juni 1957 wieder zu erstatten, während es für die Fleischbeschauer und Trichinenschauer bei dem Runderlaß vom 27. Februar 1958 zu verbleiben habe. Schließlich wurde durch Runderlaß vom 14. November 1961 (Nds.MBl. S. 1167) die Erstattung der Umsatzsteuer auch gegenüber den Fleischbeschautierärzten ab 1. Januar 1962 mit der Begründung eingestellt, die auf Grund des Runderlasses vom 6. März 1961 gewährten Entgelte seien keine gesetzlich bemessenen Gebühren im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 Umsatzsteuergesetz (UStG); die Runderlasse vom 20. Juni 1957 und 21. März 1960 wurden aufgehoben.

Der Kläger hat für die Zeit vom 1. Januar 1962 bis zum 30. April 1963 aus seiner Tätigkeit als Fleischbeschautierarzt Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 355,95 DM bezahlt. Mit der Klage verlangt er von dem beklagten Land die Erstattung dieses Betrages. Er ist der Ansicht, die Begründetheit seines Anspruchs ergebe sich schon unmittelbar aus § 10 UStG, jedenfalls aber aus dem zwischen ihm und dem beklagten Land bestehenden Arbeitsverhältnis.

Das beklagte Land ist der Ansicht, die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte sei nicht gegeben, weil ein freies privatrechtliches Dienstverhältnis zwischen den



- 4 -

Parteien bestehe. Der Kläger könne seinen Anspruch auch materiell weder aus § 10 UStG noch aus Vertrag begründen.

Beide Vorinstanzen haben die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bejaht, die Klage jedoch mit der Begründung abgewiesen, ein Erstattungsanspruch könne weder aus § 10 UStG noch aus den zwischen den Parteien bestehenden Vertragsbeziehungen hergeleitet werden.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter, während das beklagte Land um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

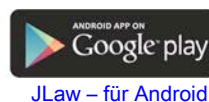
Die Klage kann auch in der Revision keinen Erfolg haben, weil der Kläger sich nicht in angemessener Frist gegen den Wegfall der Erstattung der Umsatzsteuer seitens des beklagten Landes gewandt hat.

1) Die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte hat der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 24. Januar 1964 (BAG 15, 242 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis Ziff. II) mit eingehender Begründung bejaht und an dieser Auffassung in der späteren Entscheidung vom 23. Juli 1965 (AP Nr. 8 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis) festgehalten. Das beklagte Land hat diese Rechtsmeinung in dem vorliegenden Rechtsstreit zunächst ausdrücklich gebilligt und zur Begründung u.a. auf die alle Einzelheiten der Tätigkeit des Klägers regelnden Ausführungsbestimmungen A über die Untersuchung und gesundheitspolizeiliche Behandlung der Schlachttiere und des Fleisches bei Schlachtungen im Inland vom 1. November 1940 (RMB1.40, S. 296) mit späteren Änderungen und auf die besondere Beaufsichtigung des Klägers nach § 54 dieser Bestimmungen hingewiesen. Hieraus hatte der Senat in der früheren Entscheidung vom 24. Januar 1964 die persönliche Abhängigkeit des Fleischbeschautier-

- 5 -



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



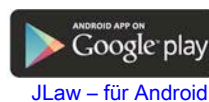
arztes gefolgert. Noch im ersten Rechtszuge hat das beklagte Land dann den Standpunkt eingenommen, der Kläger stehe in einem freien Dienstvertrag. Deshalb muß auch noch das Revisionsgericht von Amts wegen die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für den geltend gemachten Anspruch prüfen (vgl. statt aller BAG 10, 39 [41] = AP Nr. 3 zu § 61 ArbGG 1953 Kosten [Ziff. 1]).

Die Argumente des beklagten Landes sind jedoch im wesentlichen die gleichen, mit denen sich der Senat bereits auseinandergesetzt hat. Dies gilt insbesondere für den Gesichtspunkt, der Kläger übe seine Tätigkeit nur nebenberuflich aus und sei deshalb nicht wirtschaftlich auf diese Tätigkeit angewiesen, so daß auch eine persönliche Abhängigkeit vom Auftraggeber ausscheide. Beide Gesichtspunkte decken sich nicht notwendig. Maßgebend für die Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche, nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit, die z.B. bei einer Nebentätigkeit oft nicht gegeben ist. Gleichwohl schließt die nur nebenberuflich erbrachte Arbeitsleistung die Arbeitnehmereigenschaft nach allgemeiner Meinung nicht aus (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., I. Bd., § 9 IV, 3, S. 49). Der Senat hat in dem genannten Urteil gerade auf den Gegensatz der arbeitsrechtlichen zu der umsatzsteuerrechtlichen, die gesamte Berufsstellung umfassenden Betrachtungsweise des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 26. November 1959, BFH 70, 105 = BStBl. 1960, Teil III, S. 39) hingewiesen, wobei er von einem Einkommensanteil des Fleischbeschauartzes aus der Fleischschau von 25 % ausgegangen ist. Im vorliegenden Fall hat der Kläger seine Einnahmen aus der Fleischschau für den Klagzeitraum unbestritten mit weniger als 30 % angegeben. Auch die übrigen tatsächlichen Verhältnisse liegen im wesentlichen mit denen der Entscheidung vom 24. Januar 1964 gleich, so daß kein Anlaß besteht, von der früher vertretenen Auffassung abzuweichen.



2) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch angenommen, § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG selbst gebe keine Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Umsatzsteuer ab. Diese Vorschrift enthält, wie der Senat ebenfalls bereits entschieden hat (BAG 13, 211 [216 ff.] = BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis Ziff. III, 1; BAG 15, 242 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis Ziff. III, 1), nur eine Ausnahme von dem in § 10 Abs. 1 Satz 1 UStG enthaltenen Verbot der sog. offenen Abwälzung der Umsatzsteuer und läßt diese zu, wenn das Entgelt aus "gesetzlich bemessenen Gebühren" besteht. Die Vorschrift beinhaltet nur die steuerrechtliche Erlaubnis, die Umsatzsteuer gesondert in Rechnung zu stellen, besagt jedoch nichts darüber, ob der Leistungsempfänger auch verpflichtet ist, die Umsatzsteuer zu tragen. Die Revision verweist insoweit auf die Praxis der Notare und Rechtsanwälte, die seit jeher ihren Mandanten die Umsatzsteuer besonders in Rechnung stellen. Insoweit ist aber mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage anzunehmen, daß die Abwälzung der Umsatzsteuer auf die Mandanten als üblicherweise vereinbart im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB anzusehen ist. Gerade daran fehlt es aber hier, wie noch auszuführen sein wird (vgl. unten Ziff. 4).

3) Ebenso wie in den bisher vom Senat entschiedenen Fällen sind auch hier die internen arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem beklagten Land nicht ausdrücklich schriftlich oder auch nur mündlich geregelt worden. Man kann daher gemäß §§ 133, 157 BGB als Vertragsinhalt nur annehmen, die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien sollten durch die einschlägigen gesetzlichen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften bestimmt werden. Das war jedenfalls der dem Kläger erkennbare Vertragsville des beklagten Landes, mit dem sich der Kläger mindestens stillschweigend auch einverstanden erklärt hat, wie die tatsächliche Vertragsge-



staltung seit dem Jahre 1955 ergibt. Von diesem Zeitpunkt ab wurde die Vergütung für die Fleischbeschau bereits im Erlaßwege geregelt und mindestens seit dem Jahre 1957 in gleicher Form die Frage der Erstattung der Umsatzsteuer. Damit liegt aber in Wahrheit mangels vertraglicher Leistungsbestimmungen und bei Fehlen einer Regelung durch Taxe oder Übung (§ 612 Abs. 2 BGB) ein Fall des § 315 BGB vor. Der Kläger unterwarf sich sowohl hinsichtlich der ihm zu bezahlenden Vergütung als auch wegen der Frage der Erstattung der Umsatzsteuer als eines Teils des Entgelts der nach billigem Ermessen von der Behörde zu treffenden generellen Entscheidung. Diese sollte Vertragsinhalt sein. Ob eine Leistungsbestimmung nach § 315 BGB im Erlaßwege das angemessene und verwaltungsrechtlich gesehen das passende Mittel ist, kann hier dahinstehen. Jedenfalls wollte das beklagte Land durch seine Erlasse die vertraglichen Beziehungen der Fleischbeschautierärzte regeln und zwar auf privatrechtlicher Ebene. Der Kläger hat diese Handhabung auch seit dem Jahre 1955 stets hingenommen und beruft sich gerade wegen der Erstattung der Umsatzsteuer auf frühere Kundenerlasse des beklagten Landes. Er kann heute nicht damit gehört werden, dem beklagten Land sei es verwehrt, in der Form eines Erlasses eine Änderung der Umsatzsteuererstattung herbeizuführen.

4) Die Festlegung der Leistung gemäß § 315 Abs. 1 BGB erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die hier der Schuldner – das beklagte Land – seine Gegenleistung im Rahmen eines Ermessensspielraums ("billiges Ermessen") bestimmt (BAG AP Nr. 1 zu § 315 BGB). Entspricht die Bestimmung nach objektiven Maßstäben nicht billigem Ermessen, so ist sie nicht nichtig, sondern nur in einer besonderen Weise anfechtbar. Einigen sich die Parteien nicht freiwillig anderweit, so entscheidet das Gericht durch eine Art Gestaltungsurteil.



- 8 -

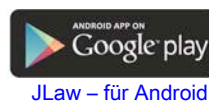
Die Anrufung der Gerichte zur Klarstellung der vertraglich geschuldeten (Gegen)Leistung muß aber in angemessener Frist erfolgen. Der Erklärungsempfänger kann den bestimmenden Vertragspartner nicht unabsehbare Zeit in Zweifel darüber lassen, ob er die getroffene Festlegung der Leistung als billig gelten lassen will oder nicht. Das gebietet der Gedanke der Rechtssicherheit und kommt auch in den Vorschriften der §§ 315 ff. BGB mehrfach zum Ausdruck. Z.B. geht das einer Vertragspartei zustehende Bestimmungsrecht bei Verzögerung der Leistungsbestimmung auf das Gericht über (§§ 315 Abs. 3 Satz 2, Halbs. 2, 319 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2 Abs. 2 BGB). Die Anfechtung einer von einem Dritten getroffenen Leistungsbestimmung ist nicht nur wegen Irrtums, sondern auch wegen Drohung oder arglistiger Täuschung sogar nur unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes möglich (§ 318 Abs. 2 Satz 2 BGB), während die allgemeine Fristbestimmung des § 124 Abs. 1 BGB eine einjährige Anfechtungsfrist vorsieht. Nimmt der Erklärungsempfänger daher die Leistungsbestimmung des anderen Vertragsteils zunächst widerspruchslos längere Zeit hin, so kann der Bestimmende davon ausgehen, daß auch der Vertragspartner die Festlegung der Leistung nicht als unbillig ansieht. Dies gilt umso mehr bei der Festlegung von Bedingungen für die eigentliche Arbeitsleistung, die sich alsbald praktisch auswirken. Hier hat der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts vom Zeitpunkt der ersten Abrechnung nach Inkrafttreten des Runderlasses vom 14. November 1961 an, d.h. seit Februar 1962 bis zum Juli 1963, also 16 Monate lang, widerspruchslos weiter gearbeitet und sich mit einer Vergütung ohne Erstattung der Umsatzsteuer begnügt. Er hat im Abrechnungsverfahren sogar die streitigen Beträge an das beklagte Land abgeführt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts würde sogar das Angebot des Arbeitgebers zu einer für den Arbeitnehmer ungünstigen Vertragsänderung durch stillschweigende Weiterarbeit

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

- 9 -



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

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

- 9 -

seitens des Arbeitnehmers als angenommen anzusehen sein (BAG AP Nr. 2 zu § 305 BGB; BAG AP Nr. 101 zu § 242 BGB Ruhegehalt). Umso eher ergibt sich aus der stillschweigenden Weiterarbeit des Klägers bei einseitigem Bestimmungsrecht des beklagten Landes als der anderen Vertragspartei das Einverständnis mit der Festlegung der Leistung und die Anerkennung ihrer Billigkeit. Eine Anrufung des Gerichts nach § 315 Abs. 3 BGB kommt dann nicht mehr in Betracht. Es bedarf hier keiner genauen Abgrenzung der naturgemäß nur kurz zu bemessenden Überlegungsfrist. Nach einem Zeitraum von mehr als 1 1/2 Jahren seit Ankündigung und von 16 Monaten seit Durchführung der Neuordnung kann der Kläger jedenfalls die Gerichte nicht mehr anrufen, um eine Änderung der getroffenen Regelung zu erreichen.

Der Kläger beruft sich darauf, die Tierärztekammer des Landes Niedersachsen habe schon früher gegen die Nichterstattung der Umsatzsteuer protestiert. Auch sei bekannt gewesen, daß schon ein Musterprozeß vor dem Bundesarbeitsgericht schwebte, dessen Ausgang man zweckmäßigerweise abgewartet habe. Der Kläger hat aber nicht vorgebracht, daß er seinen Berufsverband mit der Vertretung seiner Ansprüche für die streitbefangene Zeit beauftragt habe. Im übrigen würde selbst dann im Nichteinigungsfall die demnächstige Anrufung der Arbeitsgerichte nach § 315 Abs. 3 BGB erforderlich sein. Die allgemeinen Bemühungen eines Verbandes zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen, insbesondere für die Zukunft, vermögen nicht die Einzelschritte eines Arbeitnehmers zur Durchsetzung der ihm seiner Ansicht nach zustehenden Ansprüche zu ersetzen (vgl. die Entscheidung des Senats vom 28. Mai 1964 AP Nr. 6 zu § 242 BGB Unzulässige Rechtsausübung - Verwirkung).

5) Daß die vom beklagten Land getroffene Regelung nicht nur anfechtbar, sondern wegen offenkundiger Willkür nichtig wäre (§§ 242, 138 BGB), worauf sich der Kläger

- 10 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

jederzeit noch berufen könnte, ist nicht ersichtlich.
Auch der Kläger hat in dieser Richtung nichts vorge-
tragen.

6) Kann sich der Kläger somit auf eine etwaige Un-
billigkeit der Neuregelung durch Runderlaß vom 14.
November 1961 nicht mehr berufen, so bedarf es keiner
näheren Prüfung der Frage, ob der Wegfall der Erstattung
der Umsatzsteuer in Wahrheit billigem Ermessen wider-
spricht.

gez. Dr. Boldt	Dr. Auffarth	Siara
Döring	Dr. Sohler	

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)