

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

Gesetz: BGB § 611 Fleischbeschauer-Dienstverhältnis; Bayer.
Fleischbeschauverordnung vom 7. Februar 1935 (BayBS II
S. 290) mit Anlage 6; Umsatzsteuergesetz § 10; BGB §§
133, 157.

Leitsätze:

1. Ein freiberuflicher Tierarzt, der in Bayern als Fleischbeschautierarzt für eine Gemeinde bestellt wird, steht insoweit in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu der Gemeinde. Für Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis ist der Rechtsweg zu den ordentlichen oder den Gerichten für Arbeitssachen zulässig.
2. Wird der Fleischbeschautierarzt in Bayern für seine Tätigkeit im Einzelfall ohne besondere Vereinbarung nach den geltenden Vorschriften durch Zahlung der Untersuchungsgebühr entgolten, dann steht ihm diese Gebühr in voller Höhe auch dann zu, wenn er mit den Einnahmen aus der Fleischbeschau umsatzsteuerpflichtig ist. Die von ihm auf diese Einnahmen gezahlte Umsatzsteuer muß ihm mangels anderer Abreden die Gemeinde erstatten.
3. Das Verbot der Abwälzung der Umsatzsteuer nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 UStG steht nicht entgegen. Der Fleischbeschautierarzt in Bayern, der seine Vergütung für den Einzelfall gemäß den bestehenden Vorschriften erhält, bezieht Entgelte, die als gesetzlich bemessene Gebühren im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG angesetzt sind.

Aktenzeichen: 5 AZR 505/61

Urteil des BAG vom 16. August 1962 LAG Bayern



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



Im Namen des Volkes!

103

5 AZR 505/61

2 Sa 618/61 Bayern

Urteil

Verkündet

am 16. August 1962

gez. Weinrich,

Regierungsobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juli 1962 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Stumpf und Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. h.c. Siebrecht und Döring für Recht erkannt:

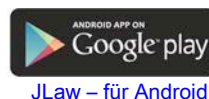
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern vom 20. September 1961 - 2 Sa 618/61 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger ist freiberuflicher Tierarzt. Daneben ist er noch bei der beklagten Gemeinde, die kein öffentliches Schlachthaus besitzt, als Fleischbeschauer tätig. Die Bestellung des Klägers erfolgte durch eine Bekanntmachung im Amtsblatt des zuständigen Landratsamtes. Aus der Beschäftigung als Fleischbeschauer erzielt der Kläger etwa 30 v.H. seiner Einnahmen. Zwischen ihm und der Beklagten wurden weder schriftlich noch mündlich besondere Vertragsbedingungen vereinbart. Der Kläger ist lediglich verpflichtet, die Fleischschau entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen. Die Gemeinde erhebt entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen die Beschaugebühr, von der sie 15 v.H. als Gemeindeanteil sowie die Beträge für die Ausgleichskasse einbehält. Die in der Beschaugebühr enthaltene eigentliche Untersuchungsgebühr erhält der Kläger nach Abzug der Beträge für Lohnsteuer und Sozialversicherung.

Mit seinen Einnahmen aus der Tätigkeit als Fleischbeschauer wurde der Kläger zur Umsatzsteuer herangezogen, die sich in den Jahren 1955 bis 1959 auf einen Betrag von 606,76 DM belief. Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger von der Beklagten die Erstattung der von ihm gezahlten Umsatzsteuer. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landesarbeitsgericht geht in der vorliegenden Streitsache von der Zulässigkeit des vom Kläger eingeschlagenen Rechtswegs aus. Die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs ist von Amts wegen auch noch in der Revisionsinstanz zu prüfen. Der Senat tritt der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bei, weil das Rechtsverhältnis

zwischen den Parteien nicht öffentlich-, sondern bürgerlich-rechtlicher Art ist. Im einzelnen gilt zu dieser umstrittenen Frage folgendes:

1. Der Bundesgerichtshof hat zu der Rechtsnatur des Innenverhältnisses zwischen den Fleischbeschauern und den Trägern der Fleischschau in seinem Urteil vom 29. November 1956 eingehend Stellung genommen (BGHZ 22, 246). Aus der Struktur der Fleischschau und der Gesamtheit der für die Beschauer geltenden Vorschriften hat der Bundesgerichtshof hergeleitet, daß auch die Fleischbeschauer, die nicht als Beamte angestellt sind, in einem öffentlich-rechtlichen - beamtenähnlichen - Dienstverhältnis stünden. Das Eigentümliche des Berufs des Fleischbeschauers bestehe darin, daß ihnen ein Stück Verwaltungspolizei übertragen sei und daß ihre Verpflichtung sich auf den engen Kreis der Fleischschau beschränke. Anders als sonstige Verwaltungsangestellte, die ihre Dienste dem Dienstherrn uneingeschränkt zur Verfügung stellen und von diesem in den verschiedensten Zweigen der Verwaltung beschäftigt werden könnten, würden die Fleischbeschauer nur für die Bewältigung einer ganz spezifischen hoheitlichen Aufgabe herangezogen. Das unterscheide sie charakteristisch von sonstigen Angestellten des öffentlichen Dienstes, auch wenn diesen im Einzelfalle gleichfalls hoheitliche Aufgaben übertragen seien. Deshalb sowie wegen der Bindung der Fleischbeschauer durch ganz eingehende Vorschriften, ihre Verpflichtung auf gewissenhafte Erfüllung ihrer amtlichen Obliegenheiten, der fachlichen Beaufsichtigung durch den beamteten Tierarzt und wegen der Aufsicht und Ordnungsstrafgewalt der Bestellungsbehörde sei ihre Stellung so umfassend öffentlich-rechtlich ausgestaltet, daß eine Trennung zwischen einem vom öffentlichen Recht beherrschten Außenverhältnis zu den Schlachtern und einem dem bürgerlichen Recht unterworfenen Innenverhältnis zur Anstellungskörperschaft nicht möglich sei. Da die Beziehungen der Fleischbeschauer zu den



- 4 -

Trägern der Fleischschau demgemäß öffentlich-rechtlicher Natur seien, unterlägen auch deren Ansprüche auf Entgelt als Ausfluß aus dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis dem öffentlichen Recht. Aus diesen Gründen hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten verneint.

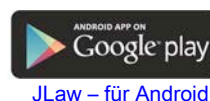
Der Auffassung des Bundesgerichtshofs, die Tätigkeit der nichtbeamteten Fleischbeschauer werde in einem öffentlich-rechtlichen - beamtenähnlichen - Dienstverhältnis ausgeübt, hat das Bundessozialgericht - wenn auch in einer mehr beiläufigen Bemerkung - beigeplantet (BSGE 6, 271). Die gleiche Meinung haben ferner vertreten der Hessische Verwaltungsgerichtshof (DVBl. 1952, 337), der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (Bay. VEHE 1954, 74) und der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof (VerwRspr. 9, 685). Das Problem, in welchem Verhältnis die Fleischbeschauer zu den Anstellungsbehörden stehen, ist darüber hinaus in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 1960 (DVBl. 1961, 86) und vom 24. Juni 1960 (BVerwGE 11, 37) und in einer weiteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Versicherungsrecht 1961, 849) angeschnitten, jedoch nicht abschließend entschieden.

2. Der Senat vermag der vom Bundesgerichtshof vertretenen Auffassung über die Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen den Fleischbeschauern und den Trägern der Fleischschau nicht zu folgen. Das Bundesrecht kennt als Behördenbedienstete, um die allein es hier geht, neben den Beamten nur Angestellte und Arbeiter, nicht aber eine Zwischengruppe; dabei soll in diesem Zusammenhang von denjenigen Personen, die auf der Grundlage eines freien Dienstvertrages oder eines Werkvertrags für einen anderen tätig werden, einmal abgesehen werden. Gemäß Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem Beamtenverhältnis stehen. Damit ist aber zugleich ausgesprochen, daß hoheitliche Befugnisse auch von einem in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Ange-

- 5 -



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



stellten ausgeübt werden können. Auch der Bundesgerichtshof erkennt die Möglichkeit an, daß Verwaltungsangestellte, denen hoheitliche Aufgaben übertragen sind, in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen können.

Wird hiervon ausgegangen, dann wirft sich die Frage auf, wie dann eine Abgrenzung vorgenommen werden soll zwischen den Angestellten des öffentlichen Dienstes, die hoheitliche Befugnisse ausüben und trotzdem in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, und den Angestellten, die hoheitliche Befugnisse ausüben und in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis sich befinden sollen. Die Begründung des Bundesgerichtshofes, anders als sonstige Verwaltungsangestellte, die ihre Dienste dem Dienstherrn uneingeschränkt zur Verfügung stellten und von diesem in den verschiedensten Zweigen der Verwaltung beschäftigt werden könnten, würden die Fleischbeschauer nur für die Bewältigung einer ganz spezifischen hoheitlichen Aufgabe herangezogen, vermag nicht zu überzeugen. Denn bei jedem Verwaltungsangestellten kann seine Tätigkeit durch Dienstvertrag in der Weise bestimmt sein, daß er nur zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet ist.

Für die hier entscheidende Frage ist von dem Grundsatz auszugehen, daß in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis nur die Beamten stehen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht mit aller Deutlichkeit mit folgenden Worten zum Ausdruck gebracht: "Damit steht im Einklang, daß nur die Beamten in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis mit seinen im Beamtenrecht geregelten besonderen Rechten und Pflichten stehen. Die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst stehen trotz einer gewissen Annäherung an das Beamtenrecht, z.B. in den Tarifordnungen des öffentlichen Dienstes, in einem durch das Arbeitsrecht geordneten Arbeitsverhältnis, und zwar auch dann, wenn sie Hoheitsbefugnisse ausüben" (BVerfGE 9, 268 [284 f.]).



Diejenigen, die ein öffentlich-rechtliches - beamtenähnliches - Verhältnis der Fleischbeschauer annehmen, lassen jeden Hinweis darauf vermissen, was an dem Innenverhältnis des Fleischbeschauers zum Träger der Fleischbeschau beamtenähnlich sein soll. Den hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums entspricht insbesondere u.a. die lebenslängliche Anstellung, der Rechtsanspruch auf Gehalt, Ruhegehalt, Witwen- und Waisenversorgung. In keinem dieser Punkte stehen den nichtbeamteten Fleischbeschauern jedoch solche Rechte zu. Gerade umgekehrt sieht § 11 Abs. 3 der Verordnung über die Durchführung des Fleischbeschaugesetzes vom 1. November 1940 - DVOFG (RMBliV 1940 S. 289, 492; 1941 S. 9) vor, daß für die Beschauer, die als Tarifangestellte angestellt werden, die tarifrechtlichen Vorschriften unberührt bleiben, während im übrigen - also z.B. für die nebenberuflich tätigen Tierärzte - für die Lösung des Dienstverhältnisses die allgemeinen Kündigungsvorschriften gelten. Damit schließen die gesetzlichen Vorschriften selbst hinsichtlich der als Tarifangestellte beschäftigten Beschauer die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses aus. In bezug auf die nebenberuflich tätigen Fleischbeschauer widerspricht die gesetzlich vorgesehene Geltung der allgemeinen Kündigungsvorschriften einem beamtenähnlichen Status.

Bei den Dienstverhältnissen der nichtbeamteten Fleischbeschauer ist, entgegen der Meinung des Bundesgerichtshofs, ein öffentlich-rechtlicher Einschlag auch nicht deshalb erkennbar, weil für die Fleischbeschauer Tarif- und Dienstordnungen aufgrund des AOGÖ vom 23. März 1934 (RGBI. I S. 220) erlassen worden sind. Mit Recht hat schon Denecke (in seiner Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. November ¹⁹⁵⁶ in AP Nr. 1 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis) darauf hingewiesen, daß damals nicht nur für den öffentlichen Dienst, sondern auch für die private Wirtschaft Tarifordnungen nicht von den Sozialpartnern, sondern obrigkeitlich, d.h. von dem Treuhänder der Arbeit, erlassen wurden. Die Dienstverträge, deren Inhalt durch die Tarifordnungen geregelt wurden, erhielten dadurch nicht



einen öffentlich-rechtlichen Einschlag.

Auch die weiteren, vom Bundesgerichtshof angeführten Gesichtspunkte, daß nämlich die Fleischbeschauer an ganz eingehende Vorschriften gebunden sind, der Aufsicht und der Ordnungsstrafgewalt der Bestellungsbehörde unterstehen, fordern nicht den Schluß auf das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses. Aufsichts- und Weisungsgebundenheit sind ebenso typisch für das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis. Auch Ordnungsstrafen sind im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht unzulässig (vgl. Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., 1960, § 56 Anm. 34 mit vielen Hinweisen).

Im übrigen hat die Rechtsprechung auch sonst die Dienstverhältnisse der im öffentlichen Dienst stehenden Angestellten und Arbeiter, selbst wenn sie hoheitliche Aufgaben erfüllen wie z.B. die sog. dienstordnungsmäßigen Angestellten der Sozialversicherung, als echte Arbeitsverhältnisse angesehen (BAG 2, 81 = AP Nr. 7 zu § 2 ArbGG 1953; BAG 4, 1 $\sqrt{2}$ f. $\sqrt{7}$ = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG; BSG in AP Nr. 15 zu § 2 ArbGG 1953; BVerwG in ZBR 1956, 135). Für das Verhältnis der Fleischbeschauer zu deren Anstellungsbehörden hält der Senat daher an der schon vom Reichsarbeitsgericht (RAG 14, 316; 15, 52; 25, 188; 26, 275) ständig vertretenden Auffassung fest, daß sie in einem privatrechtlichen Verhältnis stehen.

II. Die Beklagte hat mit der Revision geltend gemacht, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte angenommen; der Kläger sei selbständiger Unternehmer gewesen und deshalb seien die ordentlichen Gerichte für den von ihm verfolgten Anspruch zuständig. Diese Rüge ist unbeachtlich.

Gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG, § 528 Satz 2 Halbs. 2 ZPO, § 72 Abs. 3 ArbGG, § 566 ZPO ist die Frage der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nicht mehr zu prüfen. Die Beklagte hat, wie sich aus dem Tatbestand des Urteils des Arbeitsgerichts einschließlich der in ihm in Bezug genommenen Schriftsätze der Beklagten sowie aus

- 8 -

den Sitzungsprotokollen ergibt, in erster Instanz die sachliche Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht gerügt. Das Arbeitsgericht hat, wozu es wegen § 40 Abs. 2 ZPO schon von Amts wegen verpflichtet ist, seine sachliche Zuständigkeit geprüft und bejaht. Erst mit ihrem Schriftsatz vom 18. September 1961 in der Berufungsinstanz hat die Beklagte geltend gemacht, die Gerichte für Arbeitssachen seien nicht zuständig. Die Beklagte hat jedoch nicht glaubhaft gemacht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, die Rüge in erster Instanz zu erheben (vgl. dazu BAG 10, 39 = AP Nr. 3 zu § 61 ArbGG 1953 Kosten; AP Nr. 1 und 2 zu § 314 ZPO). III. Dem Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis auch darin beizutreten, daß der Kläger von der Beklagten die Erstattung der Umsatzsteuer verlangen kann.

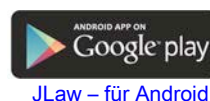
1. Das Landesarbeitsgericht hält die Klage für begründet, weil der Kläger abhängiger Arbeitnehmer sei und er deshalb die Umsatzsteuer gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG auf die Beklagte abwälzen könne. Diese Rechtsauffassung hält einer Nachprüfung nicht stand. Die von dem Landesarbeitsgericht angezogene Vorschrift des Umsatzsteuergesetzes stellt nämlich keine Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Umsatzsteuer dar. Sie enthält vielmehr nur eine Ausnahme von dem in § 10 Abs. 1 Satz 1 UStG niedergelegten Verbot der sog. offenen Abwälzung der Umsatzsteuer. Der Gesetzgeber hat die offene Abwälzung der Umsatzsteuer aus finanz- und wirtschaftspolitischen Gründen in unserem Steuersystem abgelehnt und sie deshalb verboten mit der Folge, daß entgegenstehende Vereinbarungen nichtig sind (§ 10 Abs. 2 UStG). Die zu entrichtende Umsatzsteuer soll und kann nur verdeckt abgewälzt werden, indem sie als ein Unkostenfaktor bei der Preisbildung berücksichtigt wird.

Weil aber diejenigen Umsatzsteuerpflichtigen, als deren Entgelt gesetzlich bemessene Gebühren angesetzt werden, das Entgelt für ihre Leistungen nicht frei vereinbaren können, ist ihnen durch § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG gestattet, die Umsatzsteuer offen neben ihren Gebühren zu erheben. Die Bestimmung enthält demgemäß nur die steuerrechtliche Erlaubnis, die Um-

- 9 -



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



satzsteuer gesondert in Rechnung zu stellen.

Ob ein Anspruch des Empfängers des Entgelts im Verhältnis zu dem Entgeltschuldner auf Erstattung der Umsatzsteuer besteht, ist allein aus dem durch andere Normen bestimmten Inhalt ihrer Rechtsbeziehungen zu entnehmen. Daraus kann sich ergeben, daß ein Anspruch besteht. Der Umstand, daß gesetzlich bemessene Gebühren angesetzt werden, hat jedoch nicht notwendig zur Folge, daß derjenige, der das umsatzsteuerpflichtige Entgelt zahlt, die Umsatzsteuer zu erstatten hat. Diesem, aus dem Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG gewonnenen Ergebnis entspricht im übrigen auch der Wortlaut der Vorschrift, wo es heißt, daß der Steuerschuldner die Abwälzung vornehmen kann.

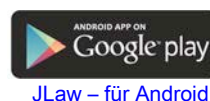
2. Der Anspruch des Klägers auf Erstattung der Umsatzsteuer ergibt sich im vorliegenden Fall aus den zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Beziehungen. Eine ausdrückliche Regelung über die Verpflichtung der Beklagten, die Umsatzsteuer zu übernehmen, ist zwar nicht getroffen worden. Wie sich aus den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergibt, haben die Parteien weder mündlich noch schriftlich über die nähere Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen etwas vereinbart. Aus der tatsächlichen Durchführung ihrer vertraglichen Beziehungen, die darin besteht, daß einerseits der Kläger seine Tätigkeit gemäß den gesetzlichen Regelungen über die Fleischbeschau zu erbringen hat, andererseits die Leistungen der Beklagten nach Art und Höhe ebenfalls durch gesetzliche Vorschriften im weiteren Sinne, nämlich durch die Verordnung über die Schlachtvieh- und Fleischbeschau und die Trichinenschau (Fleischbeschauverordnung) - FBVO - vom 7. Februar 1935 (BayBS II S. 290) nebst Anlagen, bestimmt sind, ergibt sich aber gemäß §§ 133, 157 BGB der Wille der Parteien, mangels anderweitiger oder entgegenstehender Absprachen ihre Rechtsbeziehungen insgesamt als durch alle einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen gestaltet anzusehen. Zu dieser Auslegung des zwischen den Parteien be-



stehenden Vertrages, auch wenn er nicht als typischer Vertrag angesehen wird, ist der Senat ohne Zurückverweisung selbst in der Lage, weil das Landesarbeitsgericht eine Auslegung nicht vorgenommen hat und weitere Umstände, die für die Ermittlung des Willens der Parteien von Bedeutung sein könnten, nicht erkennbar sind.

Demnach ist davon auszugehen, daß im vorliegenden Falle für alle mit der Kostentragung für die Fleischschau und mit der Vergütung des Klägers zusammenhängenden Fragen die Fleischbeschauverordnung maßgebend sein soll. Aus § 61 Abs. 2 Nr. 1 und 3 FBVO ergibt sich, daß dem Kläger, da eine feste Vergütung, die hätte ausgehandelt werden müssen, nicht vereinbart worden ist, Vergütungen für den Einzelfall zustehen, und zwar die in der Fleischbeschaugebührenordnung - Anlage 6 zu der Fleischbeschauverordnung - festgelegten Untersuchungsgebühren. § 54 Abs. 1 FBVO bestimmt, daß die Gemeinden die Kosten der Fleischschau zu tragen haben. Sie haben, wie sich aus den in § 54 Abs. 1 Satz 2 FBVO aufgeführten Beispielen ergibt, abgesehen von einem Teil der Ausrüstung der Fleischbeschautierärzte (§ 54 Abs. 2 FBVO), alle sachlichen und personellen Aufwendungen zu tragen, die durch die den Gemeinden obliegende Fleischschau entstehen. Die Mittel hierfür erhält die Gemeinde in Form der einen Teil der Gebühren bildenden Vergütung für die Gemeinde (§ 58, 59 Abs. 1 Satz 3 FBVO) sowie durch die Ersatzleistungen der Fleischschauausgleichskasse (§ 57 FBVO).

Aus der Bestimmung, daß die Gemeinden die Kosten der Fleischschau zu tragen haben, und daraus, daß die Aufzählung in § 54 Abs. 1 Satz 2 FBVO, wie die Verwendung des Wortes "insbesondere" zeigt, nur beispielhaft ist, ist zu schließen, daß alle durch die Fleischschau verursachten, mit ihrer Durchführung in Verbindung stehenden Kosten letztlich der Gemeinde zur Last fallen sollen. Wenn nun - wie hier - die Gemeinde mit dem Tierarzt ohne ausdrückliche Abmachungen diesen auf die der Höhe nach festliegenden Untersuchungsgebühren verweist und auch im übrigen sich



das Rechtsverhältnis in vollem Umfang nach den gesetzlichen Vorschriften richten soll, dann erhält das Vertragsverhältnis damit auch den Inhalt, daß sonstige Kosten die Gemeinde zu tragen hat. Zu den sonstigen, durch die Fleischbeschau verursachten Kosten gehört aber auch die Umsatzsteuer, weil nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (vgl. die Urteile vom 26. November 1959 - V 35/59 und V 277/56 U - letzteres veröffentlicht in Bundessteuerblatt 1960 III S. 39) die von im übrigen selbständigen Tierärzten für die Fleischbeschau erzielten Entgelte als umsatzsteuerpflichtig angesehen werden.

Bei der dargestellten Ausrichtung der Vorschriften der bayerischen Fleischbeschauverordnung auf die volle Kostentragung durch die Gemeinden und wegen der völligen Einbeziehung dieser Vorschriften in die vertragliche Ebene der Parteien läßt sich deren vertraglicher Wille nur dahin auslegen, daß dem Kläger der ihm zustehende Teil der von den Schlachtern erhobenen Gesamtgebühr, nämlich die Untersuchungsgebühr, voll zufließen soll, soweit nicht die Gemeinde aufgrund gesetzlicher Vorschriften Einbehaltungen (Lohnsteuern, Sozialversicherungsabgaben) zu machen hat. Dies ergibt sich ausdrücklich aus der Bestimmung des § 61 Abs. 2 Nr. 3 FBVO, wonach dem Fleischbeschauer bei Vergütung für den Einzelfall die eigentliche Untersuchungsgebühr in voller Höhe, also ungeschmälert, zusteht.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus spielt es keine Rolle und kann daher unentschieden bleiben, ob der Kläger zu der Beklagten in einem freien Dienstverhältnis oder in einem abhängigen Arbeitsverhältnis steht.

3. Diesem vertraglichen Anspruch des Klägers auf Erstattung der Umsatzsteuer durch die Beklagte steht das steuerrechtliche Verbot der Steuerabwälzung in § 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 UStG nicht entgegen; denn der vorliegende Fall unterliegt der Ausnahmevorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG.

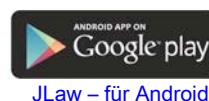
Bei der Entscheidung dieser Frage kommt es darauf an, ob als Entgelt des Klägers gesetzlich bemessene Gebühren



angesetzt sind. Hierunter sind solche Entgelte zu verstehen, die durch ein Gesetz im materiellen Sinne, wozu auch Rechtsverordnungen wie die Fleischbeschauverordnung gehören, der Höhe nach fest bestimmt sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob unter § 10 UStG auch Gebühren im Sinne von öffentlichen Abgaben fallen. Sicher gehören hierher Entgelte für Leistungen, die im Verhältnis zwischen den Parteien, zwischen denen der Leistungsaustausch stattfindet, gebührenmäßig geregelt sind.

Das Entgelt des Klägers für seine Leistungen als Fleischbeschautierarzt besteht gemäß § 61 Abs. 2 Nr. 3 FBVO in der eigentlichen Untersuchungsgebühr für jeden Beschaufall, die sich unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 der Fleischbeschaugebührenordnung verdoppelt. Gleiches gilt gemäß § 62 Abs. 1 und 2 FBVO für die Ergänzungsbeschau und die Ergänzungstrichinenschau. Die eigentliche Untersuchungsgebühr für alle denkbaren Fälle ist in der Fleischbeschaugebührenordnung der Höhe nach eindeutig festgesetzt. Dies führt dazu, weil die Parteien über Art und Höhe der dem Kläger zustehenden Vergütung die gesetzliche Regelung zum Zuge kommen ließen, daß nach dem Sinngehalt des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG das Entgelt des Klägers als gesetzlich bemessene Gebühr anzusehen ist. Der Kläger konnte, anders als etwa bei Vereinbarung einer Pauschalvergütung, die von ihm zu entrichtende Umsatzsteuer bei Bemessung des Entgelts für seine Leistungen nicht mit einkalkulieren. Gerade diesem Umstande aber will § 10 Abs. 1 Satz 2 Rechnung tragen.

4. Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, daß die Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung der Umsatzsteuer nicht etwa deswegen entfällt, weil zwischen dem Kläger und der Beklagten kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen worden ist. Selbst wenn die Parteien eine gesetzliche Schriftform nicht eingehalten haben sollten und ihr Vertrag deshalb gemäß § 125 BGB nichtig wäre, kann die Beklagte die Nichtigkeit nicht für die Vergangenheit geltend machen.



Wegen solcher Ansprüche, die bis zu dem erst in diesem Rechtsstreit eingetretenen Zeitpunkt der Berufung auf die Nichtigkeit entstanden sind, muß sie sich so behandeln lassen, als ob ein gültiger Vertrag vorläge (BAG 5, 58 /65 f. 7 = AP Nr. 2 zu § 125 BGB).

gez. Dr. Boldt Dr. Stumpf Dr. Gröninger

Siebrecht Döring

