

Aktenzeichen: 6 AZR 367/88

Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 19. September 1991

- 6 AZR 367/88 -

I. Arbeitsgericht
Aachen

Urteil vom 28. Oktober 1987

- 3 Ca 931/87 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 30. März 1988

- 7 Sa 1287/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Nutzungsentgelt bei Nebentätigkeit als Zweitobduzent

Gesetz:

BAT § 11 Satz 1; Verordnung über die Nebentätigkeit des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulnebentätigkeitsverordnung - HNTV) vom 11. Dezember 1991 (GV NW S. 726) § 10, §§ 15 bis 17; StPO § 87 Abs. 2; ZSEG §§ 5 und 8

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 367/88

7 Sa 1287/87 Köln

Verkündet am
19. September 1991

Im Namen des Volkes!

Klapp,
Regierungssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 19. September 1991 durch den Vor-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

sitzenden Richter Dr. Peifer, die Richter Dr. Freitag und Dr. Armbrüster sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Spöner und Rose für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 30. März 1988 - 7 Sa 1287/87 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

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 das klagende Land bei der Berechnung des vom Beklagten zu zahlenden Nutzungsentgelts eine Zulage für die Durchführung von Obduktionen fäulnisveränderter Leichen mitberücksichtigen darf.

Der Beklagte ist Arzt. Er ist seit 15. April 1986 als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Abteilung Rechtsmedizin der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule (RWTH) Aachen beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der BAT kraft Bezugnahme im Arbeitsvertrag Anwendung.

In Ausübung einer genehmigten Nebentätigkeit nahm der Beklagte als zweiter Obduzent an Leichenöffnungen teil und erhielt hierfür im Jahre 1986 eine Vergütung von insgesamt 7.640,00 DM. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus der Grundentschädigung nach Nr. 2 der Anlage zu § 5 ZSEG in Höhe von 6.765,00 DM sowie der



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



Zulage für Obduktionen unter besonders ungünstigen äußeren Bedingungen (im folgenden: Erschwerniszulage) in Höhe von 875,00 DM.

Hinsichtlich des zweiten Obduzenten regelt Ziff. 3 des Erlasses des Ministers für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14. November 1986 folgendes:

- "3) Werden Professoren oder wissenschaftliche Mitarbeiter bei gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlich angeordneten Leichenöffnungen als sog. zweite Obduzenten zugezogen, so üben sie eine (private) Nebenbeschäftigung innerhalb des öffentlichen Dienstes aus. ... Wissenschaftliche Mitarbeiter dürfen an Leichenöffnungen als zweiter Obduzent nur mitwirken, wenn dies zuvor vom Dienstvorgesetzten unter Beachtung von § 70 Abs. 1 LBG genehmigt worden ist (vgl. § 4 Abs. 1 HNTV). Die zweiten Obduzenten sind verpflichtet, für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Personal und Material ein Nutzungsentgelt nach Maßgabe von § 17 Abs. 3 HNTV zu entrichten. ..."

§§ 15 bis 17 der Hochschulnebenstätigkeitsverordnung (HNTV) vom 11. Dezember 1981 (GV NW S. 726) lauten:

§ 15
Nutzungsentgelt

- (1) Für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Personal und Material des Landes hat der Beamte ein Nutzungsentgelt nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zu entrichten. Das Nutzungsentgelt ist mindestens kostendeckend zu bemessen und soll den besonderen Vorteil berücksichtigen, der dem Beamten durch die Inanspruchnahme entsteht. Bei einer gemeinschaftlichen Inanspruchnahme durch mehrere Beamte sind sie als Gesamtschuldner zur Entrichtung des Nutzungsentgelts verpflichtet.
- (2) ...
- (3) Nimmt ein Beamter ein Nebenamt gegen Vergütung für seinen Dienstherrn wahr oder übt



er eine unentgeltliche Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst aus, so hat er für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Personal und Material vorbehaltlich einer abweichenden Entscheidung kein Nutzungsentgelt zu entrichten. ...

§ 16

Nutzungsentgelt bei nichtärztlicher Nebentätigkeit

- (1) Das Nutzungsentgelt bei nichtärztlicher Nebentätigkeit wird pauschaliert als Vomhundertsatz der dafür bezogenen Vergütung bemessen. Es beträgt im Regelfall 10 vom Hundert für die Inanspruchnahme von Personal und je 5 vom Hundert für die Inanspruchnahme von Einrichtungen und von Material.
- (2) Steht das nach den Vomhundertsätzen berechnete Nutzungsentgelt in keinem angemessenen Verhältnis zum Umfang der Inanspruchnahme, so ist es von Amts wegen oder auf Antrag des Beamten entsprechend dem Wert der Inanspruchnahme unter Berücksichtigung der Kosten des Dienstherrn und des Nutzungsvorteils des Beamten höher oder niedriger zu bemessen. Die Bemessung des Nutzungsentgelts für eine der drei Leistungsgruppen (Personal, Einrichtungen und Material) entsprechend dem Wert der Inanspruchnahme schließt eine Pauschalbemessung gemäß Absatz 1 Satz 2 für die anderen Leistungsgruppen nicht aus.

§ 17

Nutzungsentgelt bei ärztlicher Nebentätigkeit

- (1) Das Nutzungsentgelt beträgt unbeschadet des Absatzes 2 bei ärztlicher Nebentätigkeit in Medizinischen Einrichtungen 20 vom Hundert der bezogenen Vergütung (ohne Sachkosten) im Kalenderjahr.
- (2) Die Sachkosten sind von dem Beamten nach dem jeweiligen vom Minister für Wissenschaft und Forschung erlassenen oder für anwendbar erklärten Tarif zu erstatten, soweit sie nicht von der Verwaltung der Medizinischen Einrichtungen bei dem Patienten gesondert eingezogen werden.
- (3) Abweichend von Absatz 1 und 2 beträgt das Nutzungsentgelt in Bereichen mit medizi-



nisch-theoretischen Aufgaben 35 vom Hundert der bezogenen Vergütung (einschließlich Sachkosten), sofern keine Nebentätigkeit gemäß § 7 Abs. 1 vorliegt. § 16 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar.

Im ersten Rechtszug schlossen die Parteien einen Teilvergleich. Danach hat der Beklagte als Nutzungsentgelt auf die Grundentschädigung von 6.765,00 DM einen Betrag in Höhe von 1.183,87 DM zu bezahlen. Dieser Betrag entspricht den von dem klagenden Land geforderten 17,5 %.

Das klagende Land hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe gemäß § 17 Abs. 3 HNTV ein Nutzungsentgelt in Höhe von 17,5 % der gesamten Einnahmen aus der Nebentätigkeit als zweiter Obduzent zu bezahlen. Auch die Erschwerniszulage stelle eine Vergütung im Sinne des § 10 Abs. 1 HNTV dar.

Das klagende Land hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, weitere 153,13 DM zu zahlen nebst 5 % Zinsen seit 11. März 1987.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, er sei bereits dem Grunde nach nicht zur Zahlung verpflichtet. Den Vergleich vor dem Arbeitsgericht Aachen habe er in Unkenntnis der Rechtslage geschlossen. Gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 HNTV bestehe keine Zahlungspflicht, da er ein Nebenamt wahrgenommen habe. Bei den Obduktionen handele es sich nicht um ärztliche Tätigkeit, erst recht nicht um solche in einem Bereich mit medizinisch-theoretischen Aufgaben. Eine Zahlungspflicht bestehe auch deshalb



nicht, weil die Tätigkeit des Zweitobduzenten dem Dienstherrn unmittelbar zugute komme. Ein besonderer Vorteil sei ihm – dem Beklagten – nicht entstanden; die Entrichtung von 17,5 % sei unangemessen. Die Handhabung des klagenden Landes verstoße auch gegen Treu und Glauben, da das zu zahlende Nutzungsentgelt eine nach § 8 ZSEG erstattungsfähige Aufwendung darstelle. Schließlich sei die Einbeziehung der Erschwerniszulage in die Berechnung treuwidrig und willkürlich, sie werde als Ausgleich für die besondere persönliche Belastung bei der Durchführung von Obduktionen fäulnisveränderter Leichen bezahlt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des klagenden Landes wurde das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und der Beklagte antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Das klagende Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision hat keinen Erfolg. Der Beklagte ist verpflichtet, 17,5 % der Einnahmen aus seiner Tätigkeit als Zweitobduzent als Nutzungsentgelt zu zahlen. Dieses umfaßt auch die Erschwerniszulage, weil auch diese "Vergütung" i. S. § 10 Abs. 1 HNTV ist. Die Klage ist daher begründet.



I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Anspruch des klagenden Landes ergebe sich aus § 15 Abs. 1 Satz 1 HNTV in Verb. mit § 11 Abs. 1 Satz 1 BAT, weil die Mitwirkung des Beklagten bei den Leichenöffnungen eine entgeltliche Nebenbeschäftigung gewesen sei. Nach § 17 Abs. 3 in Verb. mit § 16 Abs. 2 Satz 1 HNTV habe der Beklagte an das klagende Land für die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Material ein Nutzungsentgelt in Höhe von 17,5 % der erzielten Einnahmen zu bezahlen, da die Mitwirkung des Beklagten bei den Obduktionen eine ärztliche Nebentätigkeit in einem Bereich mit medizinisch-theoretischen Aufgaben gewesen sei.

Zur Einbeziehung der Erschwerniszulage bei der Bemessung der Nutzungsentschädigung hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß mit "bezogener Vergütung" in § 17 Abs. 3 Satz 1 HNTV jede Gegenleistung für die Nebentätigkeit gemeint sei. Dies ergebe sich aus § 10 Abs. 1 HNTV. Eine Differenzierung nach besonderen persönlichen Erschwernissen finde nicht statt. Wegen der grundsätzlichen Unterschiedlichkeit des Rechtsstatus liege auch keine Ungleichbehandlung gegenüber dem ersten Obduzenten vor, dem die Zulage belassen bleibe. An der Vergleichbarkeit fehle es auch, weil der Beklagte die Grundgebühr nach dem ZSEG behalten dürfe, während der erste Obduzent diese an das klagende Land abzuführen habe.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten im Ergebnis und in der Begründung der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.



1. Der Senat hat in seinem heutigen Urteil in der Sache - 6 AZR 284/89 - im Anschluß an seine bisherige Rechtsprechung (Urteil vom 16. November 1989 - 6 AZR 168/89 - AP Nr. 3 zu § 11 BAT) mit ausführlicher Begründung angenommen, daß ein im Geltungsbereich der HNTV als Zweitobduzent tätiger Angestellter verpflichtet ist, an seinen Arbeitgeber ein Nutzungsentgelt für die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Material zu zahlen. Der Senat beschränkt sich deshalb darauf, in zusammengefaßter Form seine Erwägungen insoweit zu wiederholen, als sie über die Ausführungen im Urteil vom 16. November 1989 hinausgehen und für die Entscheidung des vorliegenden Falles wesentlich sind.

a) Nach § 11 BAT finden auf die Nebentätigkeit des Beklagten die für die Beamten des klagenden Landes jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung. Neben der Verordnung über die Nebentätigkeit des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an den Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulneben Tätigkeitsverordnung - HNTV) vom 11. Dezember 1981 (GV NW S. 726) finden auch die hierzu ergangenen Erlasse und Rechtsverordnungen Anwendung, so u.a. auch der Erlaß des Ministers für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14. November 1986 (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG Urteil vom 16. November 1989 - 6 AZR 168/89 - AP Nr. 3 zu § 11 BAT und zuletzt heutiges Urteil des Senats - 6 AZR 284/89 -, jeweils zu II 1 der Gründe).

Die vom Beklagten ausgeübte Nebentätigkeit war eine private Nebenbeschäftigung und kein Nebenamt. Damit ist der Beklagte



nicht nach § 15 Abs. 3 Satz 1 HNTV von der Entrichtung eines Nutzungsentgelts befreit (vgl. BAG Urteil vom heutigen Tage, aaO, zu II 3 der Gründe).

b) Der Erhebung eines Nutzungsentgelts steht die Regelung des § 87 Abs. 2 StPO nicht entgegen. Dieser Vorschrift ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zu entnehmen, daß Leichenöffnungen Aufgaben der Institute für Rechtsmedizin sind. In § 87 Abs. 2 StPO ist allein geregelt, daß Leichenöffnungen von zwei Ärzten vorgenommen werden müssen. Einer der Ärzte muß dabei Gerichtsarzt oder Leiter eines öffentlichen gerichtsmedizinischen oder pathologischen Instituts oder ein von diesem beauftragter Arzt des Instituts mit gerichtsmedizinischen Fachkenntnissen sein. § 87 Abs. 2 StPO regelt damit allein die Anforderungen an die Qualifikation der Obduzenten.

Dem Anspruch des Klägers steht auch nicht entgegen, daß der erste Obduzent die Grundvergütung nach § 5 ZSEG an den Kläger abzuführen hat und dadurch, wie der Beklagte meint, die bei der Obduktion anfallenden Kosten gedeckt sind. Das Nutzungsentgelt hat sich nach § 15 Abs. 1 HNTV auch am wirtschaftlichen Vorteil zu orientieren, den der Bedienstete durch die Inanspruchnahme von Einrichtungen erzielt. Das Nutzungsentgelt muß nicht nur kostendeckend sein, es soll auch den durch die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen erlangten Vorteil ausgleichen.

Die Erhebung eines Nutzungsentgelts ist auch unter Berücksichtigung des § 8 ZSEG nicht treuwidrig. Entgegen der Auffassung des Beklagten kann nämlich ein zu zahlendes Nutzungsentgelt nicht



als Aufwandsentschädigung nach § 8 ZSEG den Justizbehörden in Rechnung gestellt werden (h. M., vgl. OVG Lüneburg Beschluß vom 15. Oktober 1981 - 5 OVG A 45/79 - Rpfleger 1982, 122; Meyer/Höver, ZSEG, 17. Aufl., § 8 Rz 233; Hartmann, Kostengesetze, 24. Aufl., § 8 ZSEG Anm. 1). Das Nutzungsentgelt nach den §§ 15 ff. HNTV wird als ein Ersatz für die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Material bezahlt. Gemeinkosten dieser Art stellen aber grundsätzlich keine Aufwendungen i. S. des § 8 ZSEG dar (vgl. heutiges Urteil des Senats - 6 AZR 284/89 -, zu II 7 der Gründe; Meyer/Höver, aaO, § 8 Rz 225, m.w.N.).

c) Die Höhe des Nutzungsentgelts bemißt sich nach § 17 Abs. 3 HNTV, weil der Beklagte eine ärztliche Nebentätigkeit in einem Bereich mit medizinisch-theoretischen Aufgaben ausgeübt hat. Die rechtsmedizinische Abteilung der RWTH Aachen ist ein Bereich mit medizinisch-theoretischen Aufgaben.

Entgegen der Auffassung des Beklagten kommt es nicht darauf an, ob die konkret ausgeübte Tätigkeit medizinisch-theoretischer Natur ist. Erforderlich ist vielmehr, daß die Tätigkeit in einem Bereich mit medizinisch-theoretischen Aufgaben vorgenommen wird (vgl. BAG, aaO).

d) Das Nutzungsentgelt ist auch nicht unangemessen i.S. § 17 Abs. 3 Satz 2, § 16 Abs. 2 Satz 1 HNTV (vgl. BAG, aaO, zu II 6 der Gründe).

Das Nutzungsentgelt muß in einem ausgewogenen Verhältnis zu der aus der Nebentätigkeit erlangten Vergütung stehen, wobei ein



Vomhundertsatz dieser Vergütung angemessen ist, wenn er dem Bediensteten den eindeutig überwiegenden Teil des aus der Nebentätigkeit gewonnenen Nutzens beläßt (vgl. dazu BAG Urteil vom 16. November 1989 - 6 AZR 168/89 - AP Nr. 3 zu § 11 BAT; BVerwG Urteil vom 31. Januar 1974 - II C 36/70 - NJW 1974, 1440, 1443; BVerwG Urteil vom 12. März 1987 - 2 C 55.84 -, Buchholz 237.0 § 87 BaWüLBG Nr. 2). Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt. Dem Beklagten verbleibt mit immerhin 82,5 % der weitaus überwiegende Teil der Entschädigung.

Soweit der Beklagte die Unangemessenheit des Nutzungsentgelts damit begründet, daß nach Abzug der 17,5 % die Grundgebühr nach § 5 ZSEG nicht einmal den vom klagenden Land an sich zu zahlenden Überstundenbetrag erreiche, ist dieser Sachvortrag unsubstantiiert und damit unerheblich. Der Beklagte hat weder den zeitlichen Aufwand für Obduktionen noch den seiner Ansicht nach zu zahlenden Überstundensatz angegeben.

2. Bei der Bemessung des Nutzungsentgelts ist die Erschwerniszulage mitzuberücksichtigen.

a) Nach § 17 Abs. 3 HNTv bemißt sich das Nutzungsentgelt nach der bezogenen Vergütung einschließlich Sachkosten. Die Hochschulneben Tätigkeitsverordnung definiert in § 10 Abs. 1 HNTv Vergütung als jede Gegenleistung in Geld oder geldwerten Vorteilen, auch wenn kein Rechtsanspruch darauf besteht. Nach § 10 Abs. 2 HNTv gelten nicht als Vergütung der Ersatz von Fahrkosten sowie Tage- und Übernachtungsgelder.



Die Hochschulnebentätigkeitsverordnung unterscheidet in § 10 HNTV damit zwischen Vergütung und Aufwandsentschädigung. Innerhalb der Arten der Vergütung wird allerdings nicht weiter differenziert; es ergibt sich im Gegenteil aus § 10 Abs. 1 HNTV, daß als Vergütung i. S. der Rechtsverordnung gerade jede Gegenleistung in Geld oder geldwerten Vorteilen angesehen wird. Allein Vergütungen, die einen Ersatz für tatsächliche Aufwendungen darstellen, werden bei der Berechnung des Nutzungsentgelts nicht berücksichtigt.

Die Zulage für Obduktionen unter besonders ungünstigen äußeren Bedingungen stellt eine Gegenleistung im Sinne des § 10 Abs. 1 HNTV dar. Die Zulage ist rein tätigkeitsbezogen. Sie berücksichtigt die besonderen Erschwernisse der Tätigkeit bei verwitterten oder entstellten Leichen. Besondere materielle Aufwendungen werden hiermit nicht abgegolten, so daß § 10 Abs. 2 HNTV unanwendbar ist.

Auch unter Berücksichtigung des Zwecks der Erschwerniszulage erscheint deren Berücksichtigung bei der Bemessung des Nutzungsentgelts nicht treuwidrig. Die hier in Frage stehende Zulage ist nichts anderes als eine Zulage für besonders erschwerte Arbeitsbedingungen. Daß sich die erschwerten Arbeitsbedingungen im Falle von Obduktionen in einer besonderen psychischen Beanspruchung des Obduzenten niederschlagen, ergibt sich bereits aus der Tätigkeit als solcher. Dies kann aber nicht dazu führen, diese Zulage nicht als Vergütung i. S. der Hochschulnebentätigkeitsverordnung

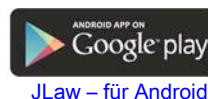


anzusehen. Die erhöhte Vergütung für eine Obduktion unter besonders ungünstigen äußeren Bedingungen ist eine erhöhte Gegenleistung für die solchermaßen erschwerte Arbeit und damit auch eine Vergütung i. S. des § 10 Abs. 1 HNTV. Bei der Berechnung des Nutzungsentgelts nach § 17 Abs. 3 HNTV ist daher die vom Beklagten erhaltene Entschädigung einschließlich der Erschwerniszulage zugrunde zu legen.

b) Die Einbeziehung der Erschwerniszulage in die Berechnung des Nutzungsentgelts stellt auch keine Ungleichbehandlung gegenüber dem ersten Obduzenten dar.

Die Leiter/Direktoren der Abteilungen/Institute für Rechtsmedizin führen die Leichenöffnungen als eine im Nebenamt wahrzunehmende Amtsaufgabe durch. Die Arbeit des ersten Obduzenten beruht daher auf einer Rechtsbeziehung zum klagenden Land, die anders geartet ist, als die des zweiten Obduzenten. Es ist daher nicht sachwidrig oder gar willkürlich, auch die Vergütungsregelungen unterschiedlich auszugestalten und dem ersten Obduzenten, der anders als der zweite Obduzent die Grundentschädigung an die Hochschule abzuführen hat, jedenfalls die Erschwerniszulage zu belassen.

Der Anspruch des klagenden Landes besteht dem Grunde und der Höhe nach in dem von ihm begehrten Umfang. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb zu Recht das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 28. Oktober 1987 abgeändert und den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Revision des Beklagten ist damit zurückzuweisen.



III. Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Peifer

Dr. Freitag

Dr. Armbrüster

Dr. Sponer

Rose



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)