

Aktenzeichen: 9 AZR 95/00
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 8. Mai 2001
- 9 AZR 95/00 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 9. August 1999
- 21 Ca 218/96 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 1. Dezember 1999
- 8 Sa 87/99 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Ausgliederung - Anstalt öffentlichen Rechts

Gesetze:

BGB § 613 a; Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK Hamburg - LBKHG) vom 11. April 1995 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Teil I S 77) §§ 1, 17; UmwG § 168

Leitsätze:

Die gesetzliche Ausgliederung von Betrieben aus dem Vermögen eines Landes auf eine Anstalt öffentlichen Rechts erfaßt auch die Arbeitsverhältnisse der in den Landesbetrieben beschäftigten Arbeitnehmer.

Auf diese besondere Art der Umwandlung sind weder die Vorschriften über die Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften (§§ 168 f. UmwG) noch die Vorschriften über den Betriebsübergang (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB) anwendbar.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 95/00
8 Sa 87/99
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. Mai 2001

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Widerkläger, Berufungsbeklagter, Anschlußberufungskläger und
Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin, Anschlußberufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Leinemann, den Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, die ehrenamtlichen Richter Holze und Dr. Klosterkemper für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 1. Dezember 1999 - 8 Sa 87/99 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob und in welcher Höhe der Beklagte für die Jahre 1994 bis 1996 verpflichtet ist, an die Klägerin Entgelt aus genehmigter Nebentätigkeit abzuführen.

Der Beklagte, der seit Oktober 1989 Mitglied des Hamburger Verbandes Leitender Krankenhausärzte e.V. ist, schloß am 10. Oktober 1988 mit der Freien und Hansestadt Hamburg einen Arbeitsvertrag, auf Grund dessen er seit November 1988 als Leitender Krankenhausarzt am Krankenhaus B. beschäftigt wird. In dem Arbeitsvertrag ist ua. bestimmt:

„Herr Prof. Dr. S. wird ab 1.11.88 auf unbestimmte Zeit nach Maßgabe des Tarifvertrages zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Leitenden Krankenhausärzte in der jeweiligen Fassung (geschlossen durch die Freie und Hansestadt Hamburg und den Verband Leitender Krankenhausärzte e.V.) als

Leitender Krankenhausarzt

eingestellt.

...

Für die Nebentätigkeit der Leitenden Krankenhausärzte finden bis zum Abschluß eines Tarifvertrages über die Nebentätigkeiten Leitender Krankenhausärzte die für die Beamten der Freien und Hansestadt Hamburg geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung.

Dasselbe gilt für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Material und Personal des Krankenhauses.

Nach Abschluß eines Tarifvertrages über die Nebentätigkeit Leitender Krankenhausärzte wird dieser in der jeweiligen Fassung Bestandteil dieses Vertrages.“



In einem Tarifvertrag zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Leitenden Krankenhausärzte (Grundlagentarifvertrag - kurz: GTV) vom 16. Dezember 1975 haben die Freie und Hansestadt Hamburg einerseits und der Hamburger Verband Leitender Krankenhausärzte e.V. andererseits ua. bestimmt, unter welchen Voraussetzungen den Leitenden Krankenhausärzten eine Nebentätigkeit gestattet ist. Dieser Tarifvertrag ist nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses am 30. Juni 1993 gekündigt worden, ohne daß ein neuer an seine Stelle getreten ist. Dieselben Tarifvertragsparteien haben am 26. November 1979 den „Tarifvertrag über die Nebentätigkeit der Leitenden Krankenhausärzte“ (NTV) abgeschlossen. Dort ist unter § 2 vereinbart:

- „(1) Für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Material und Personal des Krankenhauses entrichten die Leitenden Krankenhausärzte sowie die Wissenschaftlichen Angestellten ein angemessenes Nutzungsentgelt an das Krankenhaus. ...
- (2) Berechnungsgrundlage für das Nutzungsentgelt ist die Bruttovergütung; Bruttovergütung ist die Gesamtheit aller in dem jeweiligen Kalendervierteljahr (§ 3) tatsächlich für die in Nebentätigkeit erbrachten Leistungen erzielten Einnahmen. ...
- (4) Für das Nutzungsentgelt und für die nach Absatz 3 Satz 2 abzuführenden Sachkosten ist ein Gesamtpauschalbetrag zu entrichten. Der Gesamtpauschalbetrag wird auf 20 v. H. der Bruttovergütung festgesetzt.“

Der NTV befand sich bei Antritt des Arbeitsverhältnisses im Zustand der Nachwirkung. Er war am 30. Juni 1984 gekündigt worden.

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat den Beklagten seit seiner Einstellung dazu angehalten, für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Material und Personal des Krankenhauses bei der stationären Versorgung von Patienten 25 vH des Bruttoeinkommens aus dieser Nebentätigkeit abzuführen. Sie stützte sich dazu auf die für beamtete Krankenhausärzte erlassene Inanspruchnahme- und Entgelt-Verordnung (IEVO) in der Fassung vom 15. Dezember 1987. Am 15. März 1994 beschloß der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg eine Änderung der Verordnung (*Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Teil I S 85*). Darin ist mit Wirkung zum 1. April 1994 der Entgeltsatz wie folgt heraufgesetzt worden:



„§ 5

- (1) Das Entgelt im Sinne von § 4 für die Inanspruchnahme im ärztlichen und zahnärztlichen Bereich der Krankenhäuser und der für das Gesundheitswesen zuständigen Behörde umfaßt bei
1. stationären (voll-, teil-, vor- und nachstationären) Patienten
 - a) die Kostenerstattung nach § 11 Absatz 3 der Bundespflegesatzverordnung vom 21. August 1985 (Bundesgesetzblatt I Seite 1666), zuletzt geändert am 21. Dezember 1992 (Bundesgesetzblatt I Seite 2266, 2311), in der jeweils geltenden Fassung und
 - b) einen Vorteilsausgleich in Höhe von 17 vom Hundert (v. H.) des nach Abzug der Gebührenminderung nach § 6 a Absatz 1 Satz 1 der Gebührenordnung für Ärzte in der Fassung vom 10. Juni 1988 mit der Änderung vom 21. Dezember 1992 (Bundesgesetzblatt I 1988 Seiten 819, 1590; 1992 Seiten 2266, 2327) in der jeweils geltenden Fassung ... sich ergebenden Bruttoeinkommens aus der Nebentätigkeit,
 2. anderen als stationären Leistungen
 - a) eine Kostenerstattung in Höhe von 20 v. H. und
 - b) einen Vorteilsausgleich in Höhe von 15 v. H. des Bruttoeinkommens aus der Nebentätigkeit.

§ 13

Übergangsregelung

Für die vor dem 1. Januar 1993 zur gesonderten Berechnung wahlärztlicher oder wahlzahnärztlicher Leistungen bei stationären Patienten berechtigten Beamten gilt anstelle von § 5 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 2 folgendes:

1. Bei Leistungen, die in der Zeit vom Inkrafttreten dieser Verordnung bis zum 31. Dezember 1995 für stationäre Patienten erbracht werden, beträgt das Entgelt (Kostenerstattung und Vorteilsausgleich) 35



v. H. des Bruttoeinkommens aus der Nebentätigkeit.
...

Der Beklagte teilte der zuständigen Abrechnungsstelle im August 1994 mit, daß er die vom Senat beschlossene Erhöhung des Abgabensatzes auf 35 vH für unzulässig halte und weiterhin 25 vH zahlen werde.

Mit dem Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser (LBKHG) vom 11. April 1995 (*Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Teil I S 77*) hat die Freie und Hansestadt Hamburg mit Wirkung zum 1. Mai 1995 die Klägerin als landesunmittelbare vollrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet. In § 17 dieses Gesetzes ist zur Überleitung des Personals bestimmt:

- „(1) Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes gehen die Arbeitsverhältnisse der bisher beim LBK und beim LBW tätigen Arbeitnehmer auf den LBK Hamburg über. Betriebsbedingte Kündigungen durch die Anstalt LBK Hamburg im Zusammenhang mit der Überleitung der Arbeitsverhältnisse sind unzulässig. Der LBK Hamburg übernimmt sämtliche Arbeitgeberrechte und -pflichten des LBK und des LBW. Er trägt dafür Sorge, daß die Rechtsstellung der übergeleiteten Beschäftigten und die von ihnen erworbenen Besitzstände infolge der Umwandlung in eine Anstalt öffentlichen Rechts nicht eingeschränkt werden (Bestandssicherungsklausel).

...

- (5) Der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach Absatz 1 ist den Arbeitnehmern unverzüglich nach der Verkündung dieses Gesetzes in schriftlicher Form mitzuteilen. In die Mitteilung sind die Bestandssicherungsklausel und die Verpflichtungen der Freien und Hansestadt Hamburg und des LBK Hamburg gemäß Absätzen 2 bis 4 aufzunehmen. Über die Verpflichtung zur Bestandssicherung nach Absatz 1 und die Verpflichtungen nach den Absätzen 2 bis 4 hinaus werden weitere Rechte und Pflichten durch dieses Gesetz nicht begründet.“

Die Klägerin teilte dem Beklagten den Übergang des Arbeitsverhältnisses mit und forderte ihn im Juni, September, Oktober 1995 sowie im Januar 1996 auf, das Nebentätigkeitsentgelt entsprechend dem erhöhten Satz abzuführen. Mit der am 8. Mai 1996 erhobenen Klage hat die Klägerin den noch offenen Restbetrag für die Zeit von April 1994 bis Ende März 1996 gerichtlich geltend gemacht.



Sie hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 28.987,92 DM nebst 4 % Zinsen auf 17.622,47 DM seit dem 13. Oktober 1995, auf weitere 3.536,72 DM seit dem 26. Januar 1996, auf weitere 3.974,41 DM seit dem 21. März 1996 und auf weitere 3.855,32 DM seit dem 16. Juli 1996 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei nicht aktiv legitimiert. Das Arbeitsverhältnis habe nicht ohne seine Zustimmung auf die Klägerin übergehen können. Im übrigen schulde er nach § 2 Abs. 4 NTV lediglich ein Nutzungsentgelt in Höhe von 20 % der Bruttovergütung. Die Überzahlung hat er mit der Widerklage geltend gemacht und beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 15.467,76 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 26. März 1997 zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben. Die von dem Beklagten eingelegte Anschlußberufung hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte weiterhin seine erstinstanzlich gestellten Sachanträge.

Entscheidungsgründe

I. Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Die Klägerin ist mit ihrer Errichtung am 1. Mai 1995 Arbeitgeberin des Beklagten geworden. Sie hat Anspruch auf die geltend gemachte Nachzahlung von Entgelt aus der in Nebentätigkeit erbrachten wahlärztlichen Leistung bei stationären Patienten.

1. Die Klägerin ist im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Arbeitgeberin des Beklagten geworden, ohne daß es dazu einer Zustimmung des Beklagten bedurft hätte.

a) Die mit der Freien und Hansestadt Hamburg begründeten Arbeitsverhältnisse der im Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK) tätigen Arbeitnehmer sind nach § 17



Abs. 1 des Gesetzes zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser (LBKHG) vom 11. April 1995 (*Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Teil I S 77*) mit Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. Mai 1995 auf die nach § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes errichtete gemeinnützige Anstalt „Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts -“ übergegangen. Der Beklagte war zum Zeitpunkt der Errichtung der Klägerin im Krankenhaus B. tätig. Dieses Krankenhaus gehörte zum Landesbetrieb Krankenhäuser. Sein Arbeitsverhältnis ist deshalb von der Überleitungsanordnung des § 17 LBKHG erfaßt worden. Nach dem Erlöschen der haushaltsrechtlich geregelten Betriebsform eines Landesbetriebs für den Landesbetrieb Krankenhäuser (§ 1 Abs. 2 Satz 1 LBKHG) und seit der Errichtung der Klägerin (§ 1 Abs. 1 LBKHG) am 1. Mai 1995 (§ 21 LBKHG) besteht das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fort.

b) Die landesgesetzliche Überleitung von Arbeitsverhältnissen auf eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

aa) Die Freie und Hansestadt Hamburg hat die Gesetzgebungskompetenz zu der in § 17 Abs. 1 LBKHG getroffenen Regelung. Denn nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verliehen worden sind. Zwar hat der Bund nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG das Recht, Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder über die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst der Länder stehenden Personen zu erlassen. Von dieser Kompetenz hat aber der Bund, soweit es die Überleitung von Arbeitsverhältnissen des öffentlichen Dienstes betrifft, nicht Gebrauch gemacht.

bb) Die Übertragung des Vermögens und der Verbindlichkeiten des Landesbetriebs Krankenhäuser auf die gemeinnützige Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK Hamburg, § 1 LBKHG) verstößt nicht gegen Bundesrecht (vgl. Art. 31 GG). Entgegen der Auffassung der Revision ist sie mit den Vorschriften des UmwG vom 28. Oktober 1994 (*BGBI. I S 3210*) vereinbar.

Der Bund hat zwar für Gebietskörperschaften abschließend in § 168 UmwG geregelt, wie im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge Betriebe auf Träger privaten Rechts übertragen werden können. Mit der Errichtung der Klägerin hat die Freie und Hansestadt Hamburg aber eine andere Art der Ausgliederung gewählt als sie § 168 UmwG vorsieht. Sie hat den Landesbetrieb Krankenhäuser nicht auf einen Träger privaten, sondern auf einen Träger öffentlichen Rechts übertragen. Diese vom



Landesgesetzgeber in § 1 LBKHG vollzogene Ausgliederung fällt deshalb nicht in den Geltungsbereich des UmwG. Sie verstößt auch nicht gegen die in § 1 Abs. 1 UmwG enthaltene Beschränkung auf die in diesem Gesetz zugelassenen Umwandlungsarten. Der Bundesgesetzgeber hat 1994 bei der Bereinigung des Umwandlungsrechts nicht in die Kompetenzen der öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften eingegriffen, ihre Betriebe auf Anstalten des öffentlichen Rechts zu übertragen. Das zeigt schon der in § 168 UmwG zugunsten des Landesrechts aufgenommene Vorbehalt.

cc) § 17 Abs. 1 LBKHG verstößt nicht gegen die in § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB getroffene bundesrechtliche Regelung des Betriebsübergangs, zu der auch das im Wege der Rechtsfortbildung geschaffene Widerspruchsrecht gehört.

Die Arbeitnehmer haben nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei einem Betriebsübergang im Sinne von § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB das Recht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen (vgl. BAG 2. Oktober 1974 - 5 AZR 504/73 - BAGE 26, 301; 21. Mai 1992 - 2 AZR 449/91 - BAGE 70, 238). Von der Aufnahme eines Widerspruchsrechts hat der Hamburgische Landesgesetzgeber bewußt abgesehen. In der Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft vom 7. Februar 1995 (Drucks. 15/2793 S 8) wird das damit begründet, daß keine maßgebliche Änderung der Trägerschaft wie bei einer Privatisierung eintrete; denn die Freie und Hansestadt Hamburg bleibe Träger des LBK Hamburg. Der landesrechtliche Ausschluß des Widerspruchsrechts verstößt nicht gegen Bundesrecht. Ein Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt den Übergang eines Betriebs „durch Rechtsgeschäft“ voraus. Vom sachlichen Geltungsbereich der Norm sind daher Betriebsübergänge ausgenommen, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes oder eines sonstigen Hoheitsaktes vollzogen werden (BAG 10. März 1982 - 5 AZR 839/79 - AP KVLG § 104 Nr. 1; 18. Februar 1976 - 5 AZR 616/74 - AP Saarland UniversitätsG Nr. 1 = EzA BGB § 613 a Nr. 5; 6. September 1978 - 4 AZR 162/77 - AP BGB § 613 a Nr. 13 = EzA BGB § 613 a Nr. 20; 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BAGE 92, 251). So ist es hier.

c) Die Revision rügt erfolglos, aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Arbeitnehmerschutzes sei der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Klägerin von der Zustimmung des Beklagten abhängig.

Zwar schützt Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG auch das Recht des Arbeitnehmers, den gewählten Arbeitsplatz beizubehalten (vgl. BVerfG 8. Juli 1997 - 1 BvR 1243/95,



1247/95, 744/96 - BVerfGE 96, 152, 163). Die Revision verkennt jedoch, daß mit der beanstandeten Personalüberleitung nicht in diese Freiheit eingegriffen wird. Dem Beklagten bleibt der bisherige Arbeitsplatz beim Krankenhaus B. unverändert erhalten. Wie der Hamburger Senat zutreffend in seiner Mitteilung an die Bürgerschaft ausgeführt hat, tritt eine Änderung nur insoweit ein, daß anstelle der Gebietskörperschaft nunmehr eine rechtsfähige Anstalt die Arbeitgeberfunktion wahrnimmt. Die ursprüngliche Vertragspartei, die Freie und Hansestadt Hamburg, wird - anders als bei einer Privatisierung - nicht vollständig von ihrer vertraglichen Bindung befreit, sondern haftet für die Verbindlichkeiten der neuen Arbeitgeberin (sog. Gewährträgerhaftung).

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Klägerin verstößt auch nicht gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG) oder das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG). Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in älteren Entscheidungen mehrfach daran erinnert, die persönliche Würde des Arbeitnehmers verbiete, ihn wie einen Vermögensgegenstand einem anderen Rechtsträger zuzuordnen (*BAG 2. Oktober 1974 - 5 AZR 504/73 - BAGE 26, 301; 6. Februar 1980 - 5 AZR 275/78 - AP BGB § 613 a Nr. 21 mit ablehnender Anm. von Herschel = EzA BGB § 613 a Nr. 26*). Ob diesen Erwägungen für Betriebsübergänge nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB zutreffend sind, bedarf keiner Stellungnahme. Jedenfalls für gesetzlich angeordnete Organisationsänderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes, wie sie hier vollzogen worden sind, können sie keine Gültigkeit beanspruchen. Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg hat mit dem LBKHG die bisherige haushaltsrechtliche Organisationsform aufgehoben und durch die Rechtsform der „Anstalt öffentlichen Rechts in Trägerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg“ ersetzt. Die damit verbundenen Rechtsfolgen sind trotz Übernahme der Arbeitgeberfunktion nicht vergleichbar mit einem Arbeitgeberwechsel, wie er bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Betriebs an einen privaten Rechtsträger stattfindet. Denn die Freie und Hansestadt Hamburg bleibt weiterhin als Anstaltsträgerin gegenüber dem Beklagten verpflichtet. Insbesondere haftet sie ihm nach § 3 Abs. 2 LBKHG unbeschränkt, wenn und soweit die Befriedigung aus dem Vermögen der Klägerin nicht zu erlangen ist.

2. Das Landesarbeitsgericht ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, der Beklagte schulde der Klägerin für April 1994 bis Ende März 1996 28.987,92 DM nebst Verzugszinsen. Das Landesarbeitsgericht hat das zutreffend damit begründet, die arbeitsvertragliche Inbezugnahme der für die Beamten der Freien und Hansestadt Hamburg geltenden Nebentätigkeitsbestimmungen berechnete die Klägerin, entsprechend



§ 13 Nr. 1 der Verordnung zur Änderung der Inanspruchnahme- und Entgeltverordnung vom 15. März 1994 35 vH des Bruttoeinkommens aus der Nebentätigkeit für wahlärztliche Leistungen bei stationären Patienten vom Beklagten zu fordern.

a) Der Formulararbeitsvertrag vom 10. Oktober 1988 verweist in zulässiger Weise auf die für die Nebentätigkeiten der Beamten jeweils geltenden Bestimmungen der IEVO.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Verweisung auf beamtenrechtliche Vorschriften zulässig, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang steht und hinreichend bestimmt ist (*ständige Rechtsprechung zu den tarifvertraglichen Verweisungen vgl. nur: BAG 28. März 1990 - 4 AZR 619/89 - AP BAT §§ 22, 23 Lehrer Nr. 26; 21. November 1996 - 6 AZR 222/96 - AP BAT § 2 SR 2 d Nr. 1, zu II 1 der Gründe; 23. Februar 2000 - 10 AZR 1/99 - AP BAT §§ 22, 23 Lehrer Nr. 80 zVv auch in der Amtlichen Sammlung, zu II 1 der Gründe mwN*). Diese Voraussetzungen sind entgegen der Rüge der Revision erfüllt.

Unerheblich ist, daß die IEVO im Arbeitsvertrag nicht bezeichnet ist. Durch die Formulierung „Dasselbe gilt für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Material und Personal des Krankenhauses“ wird hinreichend deutlich, daß für die gestattete Nebentätigkeit von angestellten Ärzten in gleicher Weise wie von beamteten Ärzten ein Entgelt für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Material und Personal des Dienstherrn gezahlt werden soll.

bb) Der Wortlaut und die Begleitumstände sprechen dafür, daß der Beklagte die arbeitsvertragliche Verweisung so verstanden haben muß, er habe nach Maßgabe der für Beamte geltenden Bestimmungen für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Material und Personal des Krankenhauses nach dem in der IEVO festgesetzten Satz einen Teil seines Bruttoeinkommens aus Nebentätigkeit zu zahlen. Denn der Beklagte hat von der Aufnahme seiner Beschäftigung an stets den in der IEVO vom 15. Dezember 1987 festgesetzten Satz von 25 vH des Bruttoeinkommens aus Nebentätigkeit gezahlt. Demgegenüber sieht der vom Beklagten für anwendbar gehaltene NTV in § 2 Abs. 4 nur einen Pauschalbetrag für das Nutzungsentgelt in Höhe von 20 vH der Bruttovergütung vor. Die langjährige vorbehaltlose Zahlung des höheren Entgeltsatzes läßt keinen anderen Schluß zu, als daß auch der Beklagte davon ausgegangen ist, der nachwirkende NTV vom 26. November 1979 sei nicht maßgeblich.



cc) Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, die arbeitsvertragliche Verweisung beziehe sich auf die IEVO in ihrer jeweiligen Fassung.

Der Wortlaut des Arbeitsvertrages enthält zwar keine Jeweiligkeitsklausel. Das ist aber auch unschädlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann bei fehlender Angabe einer konkreten datumsmäßig festgelegten Fassung des in Bezug genommenen Tarifvertrages angenommen werden, er solle in der jeweiligen Fassung Anwendung finden (*BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 - BAGE 67, 330 = AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20, zu B II 1 b der Gründe mit insoweit zustimmender Anm. Hanau/Kania*). Für die Verweisung auf beamtenrechtliche Bestimmungen gilt nichts anderes. Die Rechtsprechung geht insoweit davon aus, daß die dynamische Verweisung sachgerechter als eine statische Verweisung auf einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Rechtszustand sei (*vgl. BAG 16. August 1988 - 3 AZR 61/87 - AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 8 = EzA BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 2, zu 2 b der Gründe; zuletzt 22. Februar 2000 - 3 AZR 39/99 - AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 13 = EzA BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 3, zu B I der Gründe*). Hätten hier die Vertragsschließenden eine statische Verweisung gewollt, hätte es mehr als nahe gelegen, nicht pauschal auf die allgemein für Beamte geltenden Bestimmungen, sondern auch eine konkrete Rechtsnorm in einer bestimmten Fassung zu verweisen. Zu berücksichtigen ist auch, daß mit dieser vertraglichen Verweisung die Freie und Hansestadt Hamburg bemüht war, soweit nicht eine unmittelbar und zwingend geltende tarifliche Regelung eingreift, eine dauerhafte Gleichstellung der angestellten Krankenhausärzte mit den beamteten Krankenhausärzten zu erreichen. Dieser Zweck ist nur mit einer dynamischen Verweisung zu erreichen. Das verkennt die Revision.

b) Die Revision rügt erfolglos eine Verletzung von § 4 Abs. 5 TVG. Die Arbeitsvertragsparteien haben mit der Verweisung auf die für Beamten geltenden Bestimmungen eine vom nachwirkenden NTV abweichende wirksame andere Abmachung getroffen.

Bei Abschluß des Arbeitsvertrages war der Beklagte nicht Mitglied einer Tarifvertragspartei. Die Arbeitsvertragsparteien konnten deshalb frei von tarifvertraglichen Inhaltsnormen Vereinbarungen treffen. Der spätere Verbandsbeitritt des Beklagten hat an dieser Rechtslage nichts geändert. Der NTV war bereits 1984 gekündigt worden. Seine Rechtsnormen galten daher nach § 4 Abs. 5 TVG nur so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt wurden. Ein Arbeitsverhältnis wie das des Be-



klagen, das erst in diesem Stadium der Nachwirkung begründet worden ist, unterfiel deshalb auch nicht dem nachwirkenden Tarifvertrag (vgl. 29. Januar 1975 - 4 AZR 218/74 - BAGE 27, 22; 22. Juli 1998 - 4 AZR 403/97 - BAGE 89, 241, zu 2 der Gründe; Erfk/Schaub 2. Aufl. § 4 TVG Rn. 75; aA Wank in Wiedemann TVG 6. Aufl. § 4 Rn. 330 ff.).

c) Die in Bezug genommenen Bestimmungen der IEVO sind nicht durch die 1989 mit dem Beitritt zum Hamburger Verband der Leitenden Krankenhausärzte e.V. bewirkte unmittelbare und zwingende Geltung des GTV verdrängt worden. Der GTV enthält keine konstitutive Verweisung auf den Inhalt des nachwirkenden NTV.

Die einschlägige Bestimmung des GTV enthält zu der Frage der Nebentätigkeit in § 5 folgende Regelung:

„§ 5

Nebentätigkeit ist den Leitenden Krankenhausärzten sowie den Wissenschaftlichen Angestellten im Rahmen der zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Hamburger Verband Leitender Krankenhausärzte e.V. vereinbarten Tarifverträge über die Nebentätigkeit der Leitenden Krankenhausärzte vom 10. Juli 1974 und vom 16. Dezember 1975 und der diese ändernden, ergänzenden oder ersetzenden Tarifverträge gestattet.“

Der Formulierung „Nebentätigkeit ist ... im Rahmen der ... vereinbarten Tarifverträge über die Nebentätigkeit ... gestattet“ kann nicht entnommen werden, daß der Inhalt der in Bezug genommenen Tarifverträge unmittelbar und zwingend kraft dieser Verweisung gelten soll. Die Verwendung des Wortes „gestattet“ weist auf einen bestehenden Rechtszustand hin, ohne selbst ein Recht zu begründen. Es fehlen im übrigen Anhaltspunkte dafür, daß die Tarifvertragsparteien beide Tarifverträge als Einheit behandelt wissen wollen. Das wird gewöhnlich in Tarifverträgen durch Formulierungen wie zB „Bestandteil dieses Tarifvertrages“ deutlich gemacht. Da keine derartige Verbindung zwischen GTV und NTV zum Ausdruck gebracht worden ist, reicht die bloße Verweisung des GTV auf den NTV nicht aus, um den in § 2 Abs. 4 NTV festgesetzten Gesamtpauschalbetrag für das Nutzungsentgelt bei Nebentätigkeit in den GTV einzubeziehen. Das Bundesarbeitsgericht hat das bereits für den vergleichbaren Fall der Verweisung eines Manteltarifvertrages auf die Gehälter der Lohn- und Gehaltstarifverträge entschieden (BAG 2. März 1988 - 4 AZR 595/87 - BAGE 57, 374, 378 ff.). Dem schließt sich der erkennende Senat an.



d) Das Landesarbeitsgericht hat die Höhe des vom Beklagten für die Nebentätigkeit abzuführenden Satzes des Entgelts aus dem Bruttoeinkommen zutreffend mit 35 vH aus der IEVO in der Fassung der Änderungsverordnung vom 15. März 1994 entnommen.

aa) Für den Beklagten, der vor dem 1. Januar 1993 zur Berechnung wahlärztlicher Leistungen bei stationären Patienten berechtigt war, ist vom 1. April 1994 an das für die Nebentätigkeit abzuführende Entgelt (Kostenerstattung und Vorteilsausgleich) auf 35 vH des Bruttoeinkommens aus der Nebentätigkeit festgesetzt worden (§ 13 Nr. 1 IEVO).

bb) Die Erhöhung des für die genehmigte Nebentätigkeit zu zahlenden Entgelts (Kostenerstattung und Vorteilsausgleich) ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (*vgl. nur 11. Oktober 1990 - 2 C 46.88 - BVerwGE 87, 1, 9 f.; 2. September 1999 - 2 C 22.98 - BVerwGE 109, 283, 289*) ist für die Überprüfung entscheidend, ob das festgesetzte Nutzungsentgelt der Höhe nach angemessen ist. Das ist es, wenn es in einer ausgewogenen Relation zu der aus der Nebentätigkeit bezogenen Vergütung steht. Das Nutzungsentgelt soll nämlich einen Ausgleich für die Vorteile schaffen, die dem Beamten wirtschaftlich zugute kommen, weil er nicht auf eigenes Risiko Hilfsmittel anzuschaffen und zu unterhalten hat und auch nicht die Arbeitskraft des Personals vergüten muß. Dieser Nutzungsvorteil soll durch das Nutzungsentgelt abgeschöpft werden (*vgl. BVerwG 16. November 2000 - 2 C 35/99 - ZBR 2001, 179*). Das BVerwG hat bisher einen Vom-Hundert-Satz von 35 stets als angemessen angesehen (*11. Oktober 1990, aaO und 2. September 1999, aaO*).

Der Senat sieht keinen Anlaß davon abzuweichen. Da angestellte und beamtete Krankenhausärzte hinsichtlich ihrer Nebentätigkeit arbeitsvertraglich gleichgestellt werden sollen, müssen für Beamte und für die Angestellten gleiche Maßstäbe gelten (*vgl. BAG 21. November 1996 - 6 AZR 222/96 - AP BAT § 2 SR 2 d Nr. 1, zu II 1 der Gründe*). Besondere Umstände des Einzelfalles, die auf eine Unangemessenheit des festgesetzten Entgeltsatzes hindeuten, sind nicht ersichtlich. Das Landesarbeitsgericht hat das schon festgestellt. Davon ist auszugehen. Die Revision hat insoweit keine Rüge erhoben.

Ergänzend bleibt noch darauf hinzuweisen, daß bereits Art. 26 Satz 1 bis 3 Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 ein gesetzliches Recht des Ar-



beitgebers zur Erhöhung der Nutzungsentgelte eingeführt hatte (vgl. Senat 20. Januar 1998 - 9 AZR 547/96 - BAGE 87, 341; 22. Januar 1997 - 5 AZR 441/95 - BAGE 85, 67).

3. Der Beklagte hat die Geldschuld, mit der er nach Fälligkeit in Verzug geraten ist (§ 284 Abs. 2 BGB), mit 4 vH für das Jahr zu verzinsen (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB aF).

4. Die Widerklage des Beklagten ist unbegründet. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß der Beklagte 35 vH aus dem Bruttoeinkommen der Nebentätigkeit schuldet. Mit den abgeführten 25 vH hat er nicht zuviel geleistet.

II. Der Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Der Vorsitzende Richter
am Bundesarbeitsgericht
Leinemann ist wegen
Urlaubs an der Unterschrifts-
leistung verhindert

Reinecke

Düwell

Düwell

Fr. Holze

Klosterkemper

