Für das Nachschlagewerk !
Zur Veröffentlichung !

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-

Gesetz: 3. Sparverordnung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Sicherung der Währung und öffentlichen Finanzen vom 19. März 1949 - GVBl NRhWf 1949, 29 - § 10.

Rechtssatz: Die Anordnung, dass die Klinikdirektoren die ihnen aus der persönlichen Behandlung von Patienten der I. und II. Klasse zufliessenden, 10.000 DM übersteigenden Honorarbeträge in Höhe von 50 % an die Landeshauptkasse (Stadthauptkasse) abzuführen haben, ist nicht nichtig, soweit das dem beamteten Arzt gewährte Recht auf Eigenliquidation einen Teil der Bezüge für die hauptamtliche Tätigkeit als beamteter Chefarzt enthält und die angeordnete Abführung weder ihrer Höhe nach noch mangels Vorliegens einer Zusicherung in wohlerworbene Beamtenrechte eingreift.

Aktenzeichen: III ZR 147/50
Urteil des BGH vom 19. Juni 1952 LG Detmold

III ZR 147/50

Verkündet am 19.Juni 1952
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Landesverbandes L[redacted], vertreten durch den Verbandsvorsteher in D[redacted],

Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt JR Dr.S[redacted] -

g e g e n

den Chefarzt Dr. med. habil. Bodo M[redacted],
D[redacted], Landeskrankenhaus, H[redacted]strasse,

Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Möhring -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1952 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Riese und der Bundesrichter Prof. Dr. Keiß, Dr. Pagendarm, Dr. Gelhaar und Dr. Kotberg
für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landesverbandes wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts in Detmold vom 7. November 1950 aufgehoben.
Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

Der Kläger ist Chefarzt der Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe bei dem vom Beklagten betriebenen Krankenhaus in Detmold. Er wurde am 13. Januar 1947 durch die Lippische Landesregierung als Widerrufsbeamter in das Beamtenverhältnis übernommen und aus der Besoldungsgruppe A 2 c 2 besoldet. In einem Schreiben der L[redacted] Landesregierung an den Kläger vom 18. Februar 1947 wurde ihm unter Ziffer 1 die Berechnung des Besoldungsdienstalters mitgeteilt und ihm bekanntgegeben, "das Landeskrankenhaus habe Anweisung erhalten, ihm Bezüge nach dem festgesetzten Besoldungsdienstalter vom 1. Januar 1947 an zu zahlen". Alsdann heisst es in Ziffer 2:

> "Daneben haben Sie das Recht, bei Kranken der I. und II. Verpflegungsklasse der gynäkologischen Abteilung
> a) für Operations- und Sonderleistungen ärztliche Gebühren im Rahmen der Preugo zu berechnen. .....,
> b) bei nicht operierten Kranken eine Behandlungsgebühr anzufordern. .....
>
> Die in Ansatz gebrachten Gebühren werden durch die Kasse des Landeskrankenhauses eingezogen und nach Abzug von 10 % aller Einnahmen aus Operationen und Sonderleistungen Ihrem Konto überwiesen. Bei der Festsetzung des Abzuges von 10 % handelt es sich um eine vorläufige Regelung. Wir behalten uns eine endgültige einheitliche Regelung für sämtliche Chefärzte vor.
> Die ärztlichen Gebühren für ambulante Leistungen fliessen voll in die Kasse des Landeskrankenhauses."

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

In Ziffer 3 ist bestimmt:

> "Zugleich wird Ihnen hierdurch die Genehmigung erteilt, eine private konsultative Sprechstundenpraxis zu betreiben."

Unter Berufung auf § 10 der 2. SparVO der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Sicherung der Währung und öffentlichen Finanzen vom 19. März 1949 (GVBl NRhWf 1949, 29) - im folgenden kurz: 3. SparVO genannt - hat der beklagte Landesverband 50 % des jährlich 10.000 DM übersteigenden Betrages der fraglichen Gebühren des Klägers seit Erlass der 3. SparVO einbehalten und hat an den Kläger nur die restlichen 50 % ausgezahlt.

Der Kläger hält die 3. SparVO im ganzen und insbesondere die Vorschrift des § 10 für rechtsungültig. Er ist der Ansicht, dass infolgedessen die Einbehaltung eines höheren Prozentsatzes als 10 % seiner Liquidationseinnahmen der gesetzlichen Grundlage entbehre.

Er hat beantragt,
festzustellen,
dass der beklagte Landesverband nicht berechtigt ist, auf Grund der 3. SparVO von den dem Kläger aus Nebentätigkeit zufliessenden Bruttoeinnahmen 50 % des 10.000 DM jährlich übersteigenden Betrages einzubehalten.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er ist der Auffassung, dass die Klage wegen Fehlens eines Feststellungsinteresses abzuweisen sei, da der Kläger jeder-

zeit Leistungsklage erheben könne. Zur Sache selbst ist er der Auffassung, dass die 3. SparVO und auch ihr § 10 rechtsgültig seien.

Das Landgericht hat die Rechtsgültigkeit des § 10 der 3. SparVO verneint und der Feststellungsklage stattgegeben. Der beklagte Landesverband hat gegen dieses Urteil unter Vorlage der Einwilligungserklärung des Klägers Sprungrevision eingelegt. Er begehrt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils Klageabweisung. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Der beklagte Verband ist durch Gesetz über den Landesverband L[redacted] vom 5. November 1948 (GVBl NRhWf 1929, 1949 269) als Körperschaft des öffentlichen Rechts errichtet worden. Er wird gemäss § 7 Abs 2 Satz 1 des Gesetzes durch seinen Verbandsvorsteher und nicht durch den jeweiligen Regierungspräsidenten in D[redacted] vertreten, wie das Landgericht im Anschluss an die Angaben in der Klageschrift über das Vertretungsverhältnis angenommen hat. Im Einvernehmen mit den Parteien war die Parteivertretung des Beklagten im Kopf des Urteils daher entsprechend zu berichtigen.

2.) Hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtswegs sind Rügen im Revisionsrechtszug nicht erhoben worden. Jedoch ist die Zulässigkeit des Rechtswegs in jedem Verfahrensabschnitt, auch noch im Revisionsrechtszug, von Amts we-

gen zu prüfen.

Der Kläger vertritt die Auffassung, der Beklagte behalte Beträge ein, die dem Kläger auf Grund bürgerlich-rechtlicher Verträge gegen die Patienten zuständen, vom Beklagten aber für ihn eingezogen würden. Der Beklagte vertritt demgegenüber die Ansicht, dass die Ansprüche gegen die Patienten ihm zuständen und von ihm dem Kläger in gewisser Höhe als Entgelt für dessen dienstliche Tätigkeit überlassen seien. Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem Sachvortrag des Klägers, von dem auszugehen ist, die eine oder die andere Rechtsauffassung zutrifft. Handelt es sich um Entgelte für dienstliche Tätigkeit des Klägers als Beamten, so ist dafür gemäss Art 129 Abs 1 Satz 4 WeimVerf der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben (RGHZ 2, 273). Selbst wenn es sich um Ansprüche handeln würde, die vom Beklagten für den Kläger nur eingezogen und an ihn abzuführen wären, so würde die Verrechnungsverpflichtung entweder ein vermögensrechtlicher Anspruch sein, der sich aus dem Beamtenverhältnis ergäbe; für solche Ansprüche, auch soweit sie auf im Rahmen des Beamtenverhältnisses getroffenen Zusicherungen beruhen (RGZ 129, 89), ist ebenfalls durch Art 129 Abs 1 Satz 4 WeimVerf der Rechtsweg eröffnet. Oder aber diese Verrechnungsbefugnis würde auf einer bürgerlich-rechtlichen Vereinbarung der Parteien beruhen; dann wäre der Rechtsweg ohne weiteres gegeben.

3.) Soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis (§ 142 DBG) handelt, ist ein Vorbescheid nach § 143 DBG erforderlich und zwar auch

für eine Feststellungsklage (RGZ 91, 28), wie sie hier erhoben ist. Wenn auch das Landgericht zu diesem Punkt keine Ausführungen gemacht hat und die Parteien insoweit Beanstandungen nicht erhoben haben, so ist das Vorliegen eines Vorbescheides (§ 143 DBG) als Prozessvoraussetzung auch im Revisionsrechtszug von Amts wegen zu prüfen.

Jedoch bedarf es in diesem Zusammenhang noch nicht der Prüfung, ob es sich um vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis (§ 142 DBG) oder um privatrechtliche Ansprüche handelt, weil die Voraussetzungen des § 143 DBG hier erfüllt sind.

Die erste im § 143 Abs 1 Satz 1 DBG für die Zulässigkeit des Rechtsweges geforderte Voraussetzung, nämlich dass die oberste Dienstbehörde den Anspruch abgelehnt oder innerhalb von sechs Monaten, nachdem ihr ein entsprechender Antrag zugegangen ist, nicht entschieden hat, ist dadurch erfüllt, dass der Vertreter der für den Vorbescheid zuständigen Behörde den Antrag auf Klageabweisung gestellt hat, weil der von ihm gestellte Klageabweisungsantrag als Vorbescheid ausreichend ist (vgl das insoweit in BGHZ 3, 1 ff nicht abgedruckte Urteil des Senats vom 28. Juni 1951 - III ZR 6/50 - Seite 14). Dabei kann es sogar dahingestellt bleiben, ob der Regierungspräsident gemäss § 8 der Durchführungsverordnung zum Deutschen Beamtengesetz für die Kommunalbeamten vom 2. Juli 1937 (RGBl I, 729) in Verbindung mit § 15 des Gesetzes über den Landesverband L[redacted] vom 5. November 1948 (GVBl NRhWf 1949, 269), oder, wie der Kläger nach seinem Schriftsatz vom 29. Mai 1952 auf Seite 2 anzunehmen scheint, der jeweilige Vertreter des Landesverbandes oberste Dienstbehörde ist.

Denn beide Stellen begehren - der Regierungspräsident als angeblicher Vertreter des Beklagten vor Änderung des Rubrums, der Verbandsvorsteher als Vertreter des Landesverbandes nach Änderung des Rubrums - Klageabweisung, haben also Erklärungen abgegeben, die nach § 143 DBG für die Eröffnung des Rechtsweges ausreichen.

Auch die Sechs-Monats-Frist des § 143 Abs 1 Satz 2 DBG ist gewahrt. Die Parteien haben zur Gewissheit des Senats erklärt, dass vor Erhebung der Klage weder ein Vorbescheid nach § 143 DBG ergangen ist, noch der Kläger einen unbeschieden gebliebenen Antrag auf Erlass eines Vorbescheides gestellt hat.

Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ist daher für die Klage auf jeden Fall gegeben.

4.) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage sind im Revisionsrechtszug nicht geltend gemacht worden. Die Ausführungen des Landgerichts lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Vielmehr ist auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zulässigkeit einer Feststellungsklage trotz der Möglichkeit der Erhebung einer entsprechenden Leistungsklage dann zu bejahen, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt einer gesunden Prozessökonomie zu einer sachgemässen, weil einfacheren Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (BGHZ 2, 250), Voraussetzungen, die hier offensichtlich gegeben sind."

II.

1.) In der Sache selbst prüft das Landgericht die Rechtsgültigkeit des § 10 der 3. SparVO. Es gelangt entgegen der Ansicht des Klägers zu dem Ergebnis, dass die 3. SparVO als Ganzes nicht aus formellen Gründen rechtsunwirksam ist. Dagegen hält es in materieller Hinsicht die Einzelvorschrift des § 10 SparVO, aus der der Beklagte sein Recht zur 50 %-igen Einbehaltung gewisser Liquidationsbezüge des Klägers herleitet, für rechtsungültig. Während der Kläger annimmt, § 10 SparVO überschreite die in § 27 Abs 2c UmstG erteilte Ermächtigung, weil er nicht beamtenrechtliche Fragen regele, sondern in vertragliche Grundlagen eingreife, weil er ferner nicht die Entschädigungsfrage für die Inanspruchnahme öffentlicher Hilfsmittel regele, sondern die Anordnung einer Honorarbeteiligung unter dem Deckmantel der Entschädigung für die Inanspruchnahme öffentlicher Hilfsmittel und damit eine neue Form der Besteuerung einführe, und weil er deshalb nicht Sparmassnahmen ergreife, sondern neue Einnahmequellen erschliesse, lässt das Landgericht diese Fragen unentschieden. Es geht vielmehr davon aus, § 10 enthalte nicht eine Abgabe für die Inanspruchnahme öffentlicher Hilfsmittel, sondern eine Sonderbelastung für die in Betracht kommenden beamteten Ärzte. Das folgert es daraus, dass in § 10 nicht auf die individuellen Verhältnisse abgestellt, sondern allgemein eine Abgabe von 50 % des Bruttoeinkommens bestimmt werde, dass für Einkommen bis DM 10.000,- eine solche Abgabe nicht angeordnet, sondern eine aus sozialen Gründen wie bei der Einkommensteuer erfolgte Staffelung der Abgabe vorgesehen worden sei, und endlich daraus, dass der zuständige Finanzmini-

ster zur Begründung der Höhe der Abgabe von 50 % keine Ermittlungen über die Höhe der tatsächlich entstehenden Unkosten angestellt, sondern einfach eine Pauschale festgesetzt habe, die alsdann nur als Sonderabgabe aufgefasst werden könne. Da von dieser Sonderabgabe nur die beamteten Ärzte, nicht aber andere Staatsbürger mit gleichem Einkommen betroffen seien, sieht das Landgericht § 10 der SparVO wegen Verstosses gegen den Gleichheitsgrundsatz für rechtsungültig an.

2.) Die Revision vertritt demgegenüber die Ansicht, dass die Gerichte nicht nachzuprüfen hätten, ob die 3. SparVO sich im Rahmen des § 27 Abs 2c UmstG halte, weil mit der Zustimmung der Militärregierung von dieser authentisch festgestellt worden sei, dass die SparVO sich im Rahmen der ihr von der Militärregierung erteilten Ermächtigung halte. Vor allem aber wendet die Revision sich dagegen, dass die Gerichte befugt seien, die SparVO daraufhin zu prüfen, ob sie gegen einen Grundsatz des allgemeinen Rechts, hier des sogenannten Gleichheitsgrundsatzes, verstosse. Sie vertritt endlich die Auffassung, den Gleichheitsgrundsatz habe die Verordnung nicht verletzt; sie leitet das vor allem aus der rechtlichen Beurteilung der Stellung des nicht freiberuflichen, sondern beamteten Krankenhausarztes zum Krankenhausträger her.

Dem hält der Kläger entgegen, die Beachtung der Ermächtigungsgrenze sei auch bei einer auf Grund des § 27 Abs 2c UmstG ergangenen Verordnung vom Gericht zu prüfen, besonders auch hinsichtlich der Beachtung des Gleichheits-

grundsatzes. Vor allem diesen Grundsatz sieht der Kläger in Übereinstimmung mit dem Landgericht für verletzt an. Darüber hinaus vertritt er in der Revisionserwiderung die Ansicht, die 3. SparVO überschreite die Ermächtigungsgrundlage des § 27 Abs 2c UmstG auch deshalb, weil sie sich nicht auf die Regelung beamtenrechtlicher Verhältnisse beschränke, sondern auch die nicht beamteten Ärzte und die Einnahmen aus freiberuflichen, nicht dem Beamtenverhältnis zuzuordnenden Nebentätigkeiten erfasse. Endlich vertritt der Beklagte die Ansicht, dass die Landesregierung durch § 10 der 3. SparVO, nicht etwa auf Grund des § 27 Abs 2c UmstG selbständig eine neue Regelung getroffen habe, sondern in der irrigen Annahme, die Verordnung vom 18. April 1939 bilde eine wirksame Ermächtigungsgrundlage, geglaubt habe, die in Rede stehende gesetzliche Regelung treffen zu können. Die Verordnung vom 18. April 1939 habe jedoch nur zu einer Unkostenpauschalisierung, nicht zu einer Beteiligung der Krankenhäuser an den Honoraren der Ärzte ermächtigt, § 10 der SparVO regele aber nicht nur die Unkostenpauschalisierung, sondern enthalte eine Honorarbeteiligung; er sei deshalb nicht durch die Ermächtigung der Verordnung vom 18. April 1939 gedeckt und sei daher nichtig.

Wenn die Verordnung vom 18. April 1939 die Grundlage für § 10 der 3. SparVO bilden würde, so wäre in der Tat nur darauf abzustellen, ob § 10 der SparVO sich im Rahmen der durch jene Verordnung erteilten Ermächtigung hält. Dass bei einer Verordnung, die auf Grund der in einem deutschen Gesetz erteilten Ermächtigung zum Erlass von Verordnungen ergangen ist, das Gericht nachzuprüfen hat, ob die

Verordnung sich im Rahmen der erteilten Ermächtigung hält, ist in Rechtsprechung und Schrifttum unstreitig und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

a) Um die Auffassung des Klägers, § 10 SparVO finde seine Ermächtigungsgrundlage nicht in § 27 Abs 2c UmstG, sondern in der Verordnung über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer vom 18. April 1939 (RGBl I, 797), zu würdigen, bedarf es der Kenntnis des Rechtszustandes bezüglich der Nebentätigkeit von beamteten Ärzten, insbesondere der beamteten Krankenhausärzte und der Direktoren der Universitätskliniken, wie er bei Erlass der 3. SparVO bestand. Das Deutsche Beamtengesetz, das unter Nebentätigkeit der Beamten die Ausübung eines Nebenamts, wie die einer Nebenbeschäftigung versteht (§ 10), gibt nur einige allgemeine Grundsätze über die Nebentätigkeit. Hinsichtlich der hier interessierenden Nebentätigkeit der beamteten Ärzte kommen in Betracht: die Verpflichtung des Beamten auf Anordnung seiner obersten Dienstbehörde, Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst zu übernehmen (§ 10 Abs 1) sowie die Notwendigkeit der dienstherrlichen Genehmigung zur Übernahme eines Nebenamtes und zur Übernahme einer Nebenbeschäftigung gegen Vergütung (§ 10 Abs 2); dagegen ist nach § 11 "eine schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeit der Beamten sowie die mit der Lehr- und Forschungstätigkeit zusammenhängende Gutachtertätigkeit von Lehrern an öffentlichen Hochschulen und von Beamten an wissenschaftlichen Instituten und Anstalten nicht genehmigungspflichtig"; nach § 14 wird "das Nähere über die Nebentätigkeit der Beamten durch

Verordnung geregelt; dabei wird auch bestimmt, ob und inwieweit der Beamte die für eine Nebentätigkeit gezahlte Vergütung abzuführen hat".

Auf Grund dieser Ermächtigung ist die Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten vom 6. Juli 1937 (RGBl I, 753) ergangen. Nach Ziff 1 "schliesst die Pflicht des Beamten zur vollen Hingabe seiner Arbeitskraft an den Dienstherrn grundsätzlich die Übernahme von Nebentätigkeiten aus". Alsdann werden Richtlinien dafür gegeben, wann Genehmigungen für Nebentätigkeiten nicht erteilt werden. Ziff 2 bestimmt, dass nach § 10 Abs 2 Nr 2 DBG jede Tätigkeit als Nebenbeschäftigung anzusehen ist, bei der durch Arbeitsleistung eine Vergütung erzielt wird. Nach Ziff 6 kann ärztlichen, tierärztlichen und zahnärztlichen Beamten, auch Lehrern an öffentlichen Hochschulen, die Ausübung der P r i v a t p r a x i s aus dienstlichen Gründen oder mit Rücksicht auf örtliche Belange genehmigt werden. In Ziff.11 bis 13 werden Regelungen getroffen über die Vergütungen für ein Nebenamt oder eine Nebenbeschäftigung im öffentlichen Dienst (grundsätzlich keine Vergütung; Ausnahme für Lehr- und Prüfungstätigkeit sowie für besondere Fälle; Beschränkung der Vergütung auf den Höchstbetrag von 1800 DM, jedoch ohne Beschränkung für die Lehrtätigkeit an öffentlichen Hochschulen und für Prüfungsgebühren; Ablieferungspflicht in gewissem Umfang von Entschädigungen für Nebentätigkeit als Organ von Gesellschaften, soweit der Beamte diese Tätigkeit auf Vorschlag seines Dienstherrn übernommen hat). Es ist weiter vorgesehen, dass für die Nebentätigkeit der Hochschullehrer (Ziff 20) und

für die der beamteten Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte (Ziff 21) zusätzliche Vorschriften erlassen werden.

Auf Grund dieses Vorbehalts bestimmte die Verordnung über die Nebentätigkeit der beamteten Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte vom 3. Mai 1938 (RGBl I, 501), dass für diese Ärzte, "wenn sie ausserhalb ihres hauptamtlichen Aufgabenkreises ärztliche ..... Verrichtungen leisten, für die nach den Gebührenordnungen Gebühren zu zahlen sind", die Beschränkungen der Verordnung vom 6. Juli 1937 über die Höhe der Vergütungen nicht anzuwenden sind. Ferner wurden die Fachminister ermächtigt, Anweisungen zu erlassen "wegen der Entschädigung, welche die genannten Beamtengruppen für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen bei Ausübung einer Nebentätigkeit an den Träger der Einrichtungen bezw. den Dienstherrn zu leisten haben". Diese Regelung erfolgte für die beamteten Ärzte in dem Runderlass des Reichsministers des Inneren vom 29. Juli 1938 (RMinBl IV 1938, 1277). Bei der Bemessung der Beträge, die beamtete Krankenhausärzte für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen bei Ausübung einer Nebentätigkeit an die Träger der Einrichtungen abzuführen haben, ist danach von dem Umfang der Nebentätigkeit und dem Mass der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtungen auszugehen. Dabei sind ferner die gesamten Anstellungsbedingungen des Arztes zu berücksichtigen. Die zu zahlenden Beträge sind auf mindestens 5 % höchstens auf 20 % der Einnahmen aus der Nebentätigkeit festzusetzen. Ausdrücklich wird hervorgehoben, dass andere Kürzungen der den beamteten Krankenhausärzten aus ihrer Nebentätigkeit zufliessenden Einnahmen nicht erfolgen dürfen.

Hinsichtlich des in der Verordnung vom 6. Juli 1937 gemachten Vorbehalts über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer erging die Verordnung vom 18. April 1939 (RGBl I, 797). Ziff 1 bestimmt, dass die Gutachtertätigkeit, wenn die Erstattung von Gutachten im Zusammenhang mit der Lehr- und Forschungstätigkeit steht, nicht genehmigungsbedürftig ist. In Ziff 5 wird den Direktoren der Universitätskliniken gestattet, Kranke der I. und II. Verpflegungsklasse privat zu behandeln und für die Behandlung ein besonderes Honorar zu fordern, sofern die Kranken die persönliche Behandlung durch den Direktor der Klinik besonders wünschen; nach Ziff 6 wird ihnen die Ausübung freier Sprechstundenpraxis in gewissem Umfang gestattet; über den Bereich der Ziff 5 und 6 hinaus wird ihnen jedoch die Ausübung der Privatpraxis nicht gestattet. Soweit bei der Gutachtertätigkeit und der ärztlichen Behandlung staatliche Einrichtungen, staatliches Personal und staatliches Material in Anspruch genommen werden, haben die Gutachter bezw. Klinikdirektoren nach Ziff 2 Abs 1 und Ziff 8 einen bestimmten Hundertsatz der ihnen aus ihrer Tätigkeit zufliessenden Vergütungen an die Staatskasse abzuführen. Die Höhe des Hundertsatzes bestimmt nach Ziff 9 der Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung. Dieser hat entsprechende Bestimmungen im Runderlass über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer und der Beamten im Bereich der Verwaltungen für Wissenschaft und Volksbildung vom 25. April 1939 (Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung 1939, 277) getroffen. Für Gutachtertätigkeit wird bei Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen, staatlichen Personals und staatlichen Materials eine Entschädigung von 5 % der Gutachterge-

festgesetzt; daneben sind Sonderbestimmungen getroffen für den Fall, dass staatliches Personal überwiegend für die Gutachtertätigkeit in Anspruch genommen wird. Unter Ziff B I 11 wird bestimmt, dass die Klinikdirektoren, die durch die persönliche Behandlung der Patienten I. und II. Klasse sowie aus der sonstigen ärztlichen Nebentätigkeit zufliessenden Bruttoeinnahmen 30.000 RM jährlich ungekürzt behalten, von den 30.000 RM übersteigenden Einnahmen bis einschliesslich 50.000 RM 5 %, von den 50.000 RM übersteigenden Einnahmen 10 % abzuführen haben. - Die Ziffern B I 11 und 12 dieses Runderlasses wurden, nachdem ihre Rechtsgültigkeit in Zweifel gezogen war, durch den nicht veröffentlichten Erlass des Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 26. März 1942 - Wa Nr 579 (b) - mit Wirkung vom 1. Januar 1941 ausser Kraft gesetzt, weil "nunmehr in Aussicht genommen sei, die Gebührenregelung für die Universitätskliniken reichseinheitlich neu zu ordnen und in diesem Zusammenhang auch die Frage der Entschädigung des Staats für Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen usw. bei Ausübung von Privatpraxis durch die Klinikdirektoren zu berücksichtigen".

Nach dieser bei Erlass der 3. SparVO bestehenden Rechtslage konnte den beamteten Krankenhausärzten, die nicht Direktoren von Universitätskliniken und nicht Hochschullehrer waren, Gutachtertätigkeit (§ 11 DBG in Verbindung mit Ziff 2 der Verordnung vom 6. Juli 1937 - RGBl I, 753 -) und "die Ausübung der Privatpraxis aus dienstlichen Gründen oder mit Rücksicht auf örtliche Belange" (Ziff 6 der Verordnung vom 6. Juli 1937) genehmigt werden. Für Nebenbeschäftigungen im öffentlichen Dienst

waren ihnen bei gewissen Tätigkeiten ausserhalb ihres hauptamtlichen Aufgabenkreises in Abweichung von Ziff 11 und 12 der Verordnung vom 6. Juli 1937 die Gebühren ohne Kürzungen zu zahlen (Ziff 1 der Verordnung vom 3. Mai 1938 - RGBl I, 501 -). Soweit ihnen im Einzelfall Nebentätigkeiten erlaubt waren, hatten sie für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen bei Ausübung der Nebentätigkeit an die Träger der Einrichtungen Beträge zu zahlen, die zwischen 5 und 20 % der Einnahmen festzusetzen waren (Erlass vom 29. Juli 1938 - RMinBl IV 1938, 1277 -). - Die Direktoren der Universitätskliniken bedurften zur Erstattung von Gutachten über Fragen ihres Fachgebiets, soweit sie Hochschullehrer waren (Ziff 1 der Verordnung vom 18. April 1939 - RGBl I, 797 -) und zur privaten Behandlung der Patienten I. und II. Klasse ihrer Kliniken sowie zur Ausübung der freien Sprechstundenpraxis (Ziff 5 und 6 der Verordnung vom 18. April 1939) keiner Genehmigung im Einzelfall. Sie hatten, soweit sie als Gutachter sich staatlicher Hilfsmittel bedienten, 5 % Entschädigung von ihren Gutachtergebühren an die Staatskasse abzuführen. Für die Inanspruchnahme staatlicher Hilfsmittel bei ihrer ärztlichen Privattätigkeit brauchten sie dagegen nach Aufhebung (Erlass vom 26. März 1942 - abgedruckt bei Köhnen-Wirth: Die Sparverordnungen des Landes Nordrhein-Westfalen als Anlage 9 -) der einschlägigen Bestimmungen (Ziff B I 11 des Erlasses vom 25. April 1939 - Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung 1939, 277 -) keine Beträge abzuführen.

Durch § 10 Abs 1 der 3. SparVO wird der Runderlass vom 26. März 1942 "ausser Kraft gesetzt". Nach Abs 2 sind "die Bestimmungen in Abschnitt B I Ziff 11 des Runderlasses vom 25. April 1939 mit der folgenden Änderung anzuwenden:

> "Übersteigen die den Klinikdirektoren aus der persönlichen Behandlung von Patienten der I. und II. Klasse sowie die sonstigen aus Nebentätigkeit zufliessenden Bruttoeinnahmen 10.000 DM, so sind 50 v.H. des übersteigenden Betrags an die Landes-Hauptkasse (Stadthauptkasse) abzuführen.
>
> Als Nebentätigkeit im Sinne vorstehender Bestimmungen gilt nur eine Beschäftigung, die mit der Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen im Zusammenhang steht."

In Abs 3 werden die von den als Gutachtern tätigen Hochschullehrern für die Benutzung staatlicher Einrichtungen abzuführenden Entschädigungen auf 10 % der Gutachtergebühren festgesetzt. Nach Ziff 6 finden die Vorschriften "auf die Klinikdirektoren anderer öffentlicher Einrichtungen, sowie auf deren Chefärzte und sonstige leitende Ärzte Anwendung, denen durch Vereinbarung oder gewohnheitsrechtlich ein Liquidationsrecht zugestanden ist".- Dazu ist in den Durchführungsbestimmungen vom 1. Juli 1949 (MinBlNRhWf 1949, 667) zu § 10 SparVO bestimmt, dass dessen Regelung auch für Angestellte gilt (Abschnitt I); in Abschnitt III Abs 1 wird angeordnet, dass bei städtischen Klinikdirektoren, "die auf Grund ihrer besonderen Anstellungsverträge keine Bezüge nach der Reichsbesoldungsordnung oder nach der TOA haben, oder deren Bezüge hinter diesen Sätzen zurückbleiben, der ungekürzt verbleibende Mindestbetrag von 10.000 DM sich um den Betrag erhöht, der nach dem Reichsbesoldungsrecht

oder der TOA dem Klinikdirektor bei hauptamtlicher Anstellung zustehen würde"; nach Abschnitt III 3 bleiben Sonderregelungen mit höheren Ablieferungspflichten für die gegenwärtigen Rechtsträger und deren Nachfolger unberührt.

b) Die Revisionserwiderung des Klägers vertritt nun die Ansicht, die Landesregierung sei bei Erlass der Sparverordnung offenbar der Ansicht gewesen, es bedürfe nur der Aufhebung des Erlasses vom 26. März 1942, um die von einer eigenen Rechtsgrundlage getragene Bestimmung B I Ziff 11 des Erlasses vom 25. April 1939 wieder aufleben zu lassen. Daraus ergebe sich, dass die Landesregierung nicht etwa auf Grund des § 27 Abs 2c UmstG selbständig eine neue Regelung getroffen habe, sondern in der irrigen Annahme, die Verordnung vom 18. April 1939 bilde eine wirksame Ermächtigungsgrundlage, geglaubt habe, die in Rede stehende gesetzliche Regelung treffen zu können. Die Bestimmung B I Ziff 11 des Erlasses vom 25. April 1939 sei aber nicht von der Ermächtigungsgrundlage der Verordnung vom 18. April 1939 gedeckt, so dass jetzt die in § 10 SparVO getroffene Regelung einer gesetzlichen Ermächtigung ermangele. Dieser Mangel könne auch nicht dadurch geheilt werden, dass die Landesregierung vielleicht die Möglichkeit gehabt hätte, sich auf Grund des § 27 Abs 2c UmstG eine selbständige Rechtsgrundlage für den Erlass einer den Inhalt des § 10 deckenden Verordnung zu schaffen. In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen des überreichten Urteils des Landgerichts Köln vom 23. November 1951 - 9 O 79/50 - S 27-29 Bezug genommen. Der vom Beklagten vertretenen Rechtsansicht

kann nicht gefolgt werden.

Richtig ist allerdings, dass durch die Aufhebung des Erlasses vom 26. März 1942 die durch jenen Erlass aufgehobenen Bestimmungen des Erlasses vom 25. April 1939 nicht ohne weiteres wieder aufleben. Dazu bedürfte es vielmehr erst des Erlasses von Bestimmungen, die den aufgehobenen Bestimmungen inhaltsgleich sind. Würde § 10 SparVO gegen diese Grundregel verstossen, so würde ein Wiederaufleben der beseitigt gewesenen Bestimmungen des Erlasses vom 25. April 1939 nicht erfolgt sein, und es bedürfte nicht des Eingehens darauf, ob die in § 10 SparVO erfolgte Neufassung des Erlasses vom 25. April 1939 mit der Ermächtigungsgrundlage jener Bestimmung übereinstimmt. Es bedurfte aber auch keiner Prüfung, ob § 10 SparVO sich im Rahmen der Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG hält. Denn § 10 SparVO stiesse ins Leere, wenn er sich mit der Aufhebung des aufhebenden Erlasses vom 26. März 1942 begnügen und alsdann nur den Inhalt des angeblich wieder hergestellten Erlasses vom 25. April 1939 modifizieren wollte.

Mithin kann § 10 Abs 2 SparVO, der besagt, dass die Bestimmungen in Abschnitt B I Ziff 11 des Runderlasses vom 25. April 1939 mit bestimmten Änderungen anzuwenden sind, nur dann eine rechtliche Bedeutung haben, wenn durch einen über die Aufhebung des aufhebenden Erlasses vom 26. März 1942 hinausgehenden Akt die Wiederanwendbarkeit der Bestimmungen zu B I Ziff 11 des Runderlasses vom 25. April 1939 konstitutiv bestimmt werden sollte. Ob die Bestimmung so gewollt ist, kann nicht mit

dem Landgericht daraus hergeleitet werden, dass die die Sparverordnung erlassende Landesregierung den Runderlass vom 25. April 1939 als rechtsbeständig angesehen hätte. Entscheidend sind in erster Linie der Wortlaut und der Zusammenhang des § 10 SparVO. Dabei fällt auf, dass in Abs 3 bei den von den Gutachtern zu zahlenden Entschädigungen gesagt ist, dass die einschlägigen Bestimmungen des Runderlasses vom 25. April 1939 "folgende Fassung erhalten", während bei den Abgaben der Klinikdirektoren davon die Rede ist, die einschlägigen Bestimmungen des Runderlasses vom 25. April 1939 seien "mit der folgenden Änderung anzuwenden". Während hinsichtlich der Gutachterzahlungen von dem Fortgelten des Runderlasses ausgegangen wird und dieser nur eine andere Fassung erhält, begnügt die Sparverordnung sich hinsichtlich der Zahlungen der Klinikdirektoren nicht mit einer Änderung der Fassung, sondern bestimmt daneben, dass die Bestimmung B I Ziff 11 "anzuwenden" sei. Damit hat der Wille des Gesetzgebers genügenden Ausdruck gefunden, dass in Zukunft diese durch den Erlass vom 26. März 1942 aufgehobenen Bestimmungen wieder anzuwenden sind. Der Gesetzgeber begnügt sich also nicht mit der Aufhebung des aufhebenden Erlasses vom 26. März 1942, sondern gibt seinem Willen über die Anwendbarkeit der Bestimmungen zu B I Ziff 1 förmlichen Ausdruck. Da es nicht Aufgabe des Gesetzgebers ist, rechtliche Folgerungen seiner Gesetzgebung, hier der Aufhebung des aufhebenden Erlasses vom 26. März 1942, festzustellen, sondern Recht zu setzen, ist davon auszugehen, dass er in § 10 Abs 2 SparVO durch den Ausdruck, "der Runderlass vom 25. April 1949 zu B I Ziff 11 ist anzuwenden", diese Ziffer des Runderlasses konstitutiv in Kraft setzen wollte.

Eine solche Möglichkeit hatte er, auch ohne den vollen Wortlaut jener Bestimmung zu wiederholen. Der materielle Inhalt der Sparverordnung lässt sich insoweit durch die Verweisung auf den Erlass vom 25. April 1939 zweifelsfrei erkennen. Bedenken könnten sich höchstens daraus ergeben, dass die Sparverordnung auf einen anderen Gedankeninhalt Bezug nimmt. Diese Bedenken könnten ihre Begründung im Fehlen einer ordnungsmässigen Gesetzes- bezw. Verordnungsverkündung finden. Jedoch hat auch das Reichsgericht (RGZ 111, 123/129) die spätere Rechtfertigung früher erlassener Gesetze durch später erfolgte Gutheissung ohne Wiederholung des alten Gesetzestextes für wirksam angesehen.

Steht damit fest, dass § 10 Abs 2 SparVO konstitutiv die Bestimmungen zu B II Ziff 11 des Runderlasses vom 25. April 1939 wieder hat aufleben lassen wollen, so ist damit jedoch noch nicht zu den Ausführungen von N[redacted] (S 13 seines Gutachtens) Stellung genommen, ob der Gesetzgeber diese Befugnis aus den Ermächtigungsgrundlagen der jenem Runderlass zu Grunde liegenden Verordnung vom 18. April 1939 oder aus § 27 Abs 2c UmstG hergenommen hat. Insoweit mag allerdings der auch von N[redacted] und dem Landgericht K[redacted] erwähnte Satz gelten, dass die Nichtigkeit einer Verordnung nicht dadurch geheilt wird, dass dem Verordnungsberechtigten neben dem Verordnungsrecht, auf das er sich stützt und das den Inhalt der Verordnung nicht deckt, ein konkurrierendes Verordnungsrecht zusteht, das den Inhalt decken würde (Jacobi in Handbuch des Staatsrechts von Anschütz-Thoma Bd 2, 255). Es ist jedoch unbegründet, anzunehmen, der Gesetzgeber der Sparverordnung habe seine Befugnis zum

Erlass der in § 10 SparVO getroffenen Regelung aus den früheren reichsrechtlichen Verordnungen hergeleitet. Bereits äusserlich deutet die Aufnahme in die ausdrücklich auf § 27 Abs 2c UmstG gestützte Sparverordnung darauf hin, dass der Gesetzgeber seine Befugnis zur Regelung aus § 27 Abs 2c UmstG herleiten wollte. Hätte er seine Befugnis aus den früheren reichsrechtlichen Bestimmungen herleiten wollen, so bedurfte er auch zur Aufhebung des aufzuhebenden Erlasses vom 26. März 1942 nicht der Ermächtigung durch das Umstellungsgesetz, vielmehr ergab sich diese Ermächtigung bereits aus den reichsrechtlichen Vorschriften, weil insoweit an die Stelle der Reichsfachminister die Landesfachminister getreten waren. Aber auch aus dem Zusammenhang ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber über die früheren Ermächtigungen hinausgehen wollte. So ist z.B. die in § 10 Abs 6 SparVO in Verbindung mit §§ 41, 42 SparVO ausgesprochene Ausdehnung der Regelung auf angestellte, aber nicht beamtete Ärzte (Abschnitt I der Durchführungsbestimmungen zu § 10 SparVO) nicht auf Grund der bisherigen reichsrechtlich erteilten Ermächtigungen zulässig, sondern - wenn überhaupt - dann nur auf Grund der Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG. Inhaltlich greift die neue Regelung aber nicht nur in die Erlasse des Reichsministers für Wissenschaft usw. vom 25. April 1939 und vom 26. März 1942, also in Erlasse eines durch Ziff 9 der Verordnung vom 18. April 1937 ermächtigten Fachministers ein, sondern auch in die Verordnung vom 3. Mai 1938 über die Nebentätigkeit der beamteten Ärzte usw., also in eine auf Grund der Ermächtigung in Ziff 21 der Verordnung vom 6. Juli 1937 ergangene Verordnung. Auch daraus ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber des § 10 SparVO die Ermächtigungsbefugnis nicht aus den gleichen Ermäch-

tigungsgrundlagen herleiten kann und will, auf Grund deren der Erlass vom 25. April 1939 ergangen war. Dem gesamten Inhalt und Aufbau nach wollte § 10 SparVO zwar die Grundlinien des vorgefundenen Systems über die Nebentätigkeit der Direktoren der Universitätskliniken und der beamteten Krankenhausärzte übernehmen; er wollte aber inhaltlich für alle beamteten und angestellten Krankenhausärzte eine übereinstimmende Regelung hinsichtlich der Abführung von Einnahmen aus den Nebentätigkeiten treffen, soweit die Nebentätigkeiten mit der Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen im Zusammenhang stehen. Der Gesetzgeber der Sparverordnung nimmt im übrigen auch nicht auf die verschiedenen reichsrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen der bisherigen reichsrechtlichen Regelung Bezug. Mithin muss angenommen werden, dass er die Ermächtigungsgrundlage für § 10 SparVO geradeso wie hinsichtlich der übrigen Bestimmungen der Sparverordnung allein in § 27 Abs 2c UmstG sieht, zumal er diese Ermächtigungsgrundlage in der Einleitung der Sparverordnung allein angeführt hat. Dieses Ergebnis deckt sich mit der vom Landgericht veranlassten Stellungnahme der Landesregierung Nordrhein-Westfalen über Sinn, Bedeutung und Ermächtigungsgrundlage des § 10 SparVO (vgl dort insbesondere S 12 und 13).

Einer Untersuchung darüber, ob der Erlass vom 25. April 1939 zu R I Ziff 11 mit der Ermächtigungsgrundlage jenes Erlasses, nämlich der Verordnung vom 18. April 1939, vereinbar ist oder nicht, bedarf es daher nicht.

4.) Baut somit § 10 SparVO allein auf der Ermächtigungsgrundlage des § 27 Abs 2c UmstG auf, so bedarf es zunächst der Prüfung, ob die Einhaltung dieser in einem Gesetz der Besatzungsmacht erteilten Ermächtigung durch die Gerichte nachprüfbar ist.

Durch Art 3 des KRG Nr 13 ist den deutschen Gerichten zwar untersagt, die Gültigkeit eines Gesetzes oder einer Verordnung der Besatzungsmächte zu verneinen. Eine Verordnung, die nicht auf ausdrückliche bindende Weisung, sondern nur mit Ermächtigung der Besatzungsmächte ergangen ist, enthält jedoch nicht Besatzungsrecht, sondern deutsches Recht und kann daher von den deutschen Gerichten auf ihre Gültigkeit überprüft werden (OGHZ 1, 87/91/; Bad StGH VerwRspr 2, 129/130/; BayVerfGH ÖVerw 1950, 470/476/; OVG Hamburg DVerw 1951, 48; Stödter, Deutschlands Rechtslage 1948 S 215; Baur, Richterliches Prüfungsrecht und Besatzungsrecht in DRZ 1950, 105).

Diese Überprüfung bezieht sich zunächst darauf, ob die Sparverordnung in der erforderlichen Form ergangen ist. Insoweit hat der Senat die auch vom Kläger im ersten Rechtszug aufgeworfene Frage, ob die Verordnung deshalb ungültig ist, weil sie nicht von allen Mitgliedern der Regierung unterschrieben worden ist, bereits in BGHZ 2, 117/127/ dahin entschieden, dass zu diesem Punkt die gelegentlich auch in Rechtsprechung und Schrifttum geäusserten formellen Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der Sparverordnung unbegründet sind.

Weiter ist die Überprüfung mindestens bei der hier allein interessierenden Dritten Sparverordnung aber auch in der Richtung nötig, ob der Gesetzgeber der Sparverordnung sich innerhalb der durch § 27 Abs 2c UmstG gegebenen Ermächtigungsgrenzen gehalten hat. Dem kann nicht damit begegnet werden, dass die Militärregierung die Sparverordnung genehmigt hat. Diese Genehmigung der Sparverordnung seitens der Militärregierung erstreckt sich nur auf die Prüfung, ob die Belange der Besatzungsmacht durch die zur Genehmigung vorgelegte Verordnung nicht gefährdet wurden. Sie bedeutet dagegen nicht die Erklärung, dass die genehmigten Gesetze und Verordnungen sich auch innerhalb der Zuständigkeits- und Ermächtigungsgrenzen hielten, wie sich aus dem Schreiben der Militärregierung an das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. März 1949 anlässlich der Genehmigung der drei Sparverordnungen des Landes Nordrhein-Westfalen ergibt. Dort heisst es in deutscher Übersetzung:

> "Es muss zunächst darauf hingewiesen werden, dass die Genehmigung der Veröffentlichung dieser Verordnungen in keiner Weise die Militärregierung hinsichtlich der Frage der Rechtmässigkeit dieser Verordnungen berührt. Unsere und andere in Frage kommenden Abteilungen des hiesigen Hauptquartiers hegen beträchtliche Zweifel, ob § 27 des Gesetzes Nr 63 eine ausreichende rechtliche Handhabe für sämtliche Bestimmungen dieser Verordnungen bietet, besonders hinsichtlich der ersten Verordnung, die Massnahmen erfasst, die vornehmlich in das Gebiet der Entnazifizierung gehören. Den Gerichten bleibt die Entscheidung über die Frage überlassen, ob gegebenenfalls auf Grund dieser Verordnung getroffene Massnahmen der Anfechtung unterliegen. Die Gerichte sollen in der Entscheidung dieser Fragen in keiner Weise durch die Tatsache beeinträchtigt

sein, dass die Militärregierung die Verkündung dieser Verordnung gestattet hat."

Es bedarf daher des Eingehens auf die verschiedenen Umstände, in denen der Kläger eine Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage sieht.

III.

1.) Die Ansicht des Klägers, § 10 Abs 6 in Verbindung mit §§ 41, 42 SparVO verstosse deshalb gegen die Ermächtigungsgrundlage des § 27 Abs 2c UmstG, weil er die Bestimmungen über die Abführung von 50 % der Einnahmen aus Nebentätigkeit auch auf die nicht beamteten, also die angestellten Klinikdirektoren, Chefärzte und sonstigen leitenden Ärzte ausdehnt, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Kläger meint, § 27 Abs 2c UmstG gebe nur "auf dem Gebiete des Beamtenrechts, insbesondere des Besoldungs- und Versorgungsrechts" die Möglichkeit, Massnahmen zu treffen; die Regelung der Verhältnisse von Ärzten als Angestellten sei keine Regelung "auf dem Gebiete des Beamtenrechts" (gleicher Ansicht: Zusammenstellung bei Schmelcher in "Das Krankenhaus" 1951; z.B. LAG Hamm vom 29. September 1949 - I Sa 389/49; LAG Düsseldorf vom 3. Januar 1950 - 3 Sa 457/49; LG Köln im überreichten Urteil vom 23. November 1951 - 9 O 79/51 -). Der Kläger zieht daraus im Gegensatz zu dem angeführten Urteil des Landgerichts Köln die Folgerung, dass in Anwendung des § 139 BGB damit die ganze Bestimmung des § 10 SparVO rechtsungültig sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar ist der Rechtsgedanke des § 139 BGB, dass bei Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig

ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, auch auf das öffentliche Recht (RGZ 133, 206/217; S 51 des insoweit in BGHZ 3, 1 ff nicht abgedruckten Urteils des Senats vom 28. Juni 1951 - III ZR 6/50) und insbesondere auf Gesetze anzuwenden (RGZ 134, 1/15; das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des Senats vom 28. Februar 1952 - III ZR 69/51 - auf S 62). Selbst wenn aber die Ausdehnung der Sparverordnung auf die Verhältnisse der Angestellten rechtsungültig wäre, so ist nach Anlass und Inhalt der Sparverordnung doch anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Sparverordnung und insbesondere die Bestimmung des § 10 auch dann für Beamte und insbesondere für beamtete Ärzte getroffen haben würde, wenn er Angestellte und insbesondere angestellte Ärzte nicht erfasst hätte, denn er wollte erkennbar möglichst grosse Einsparungen vornehmen und würde sich daher auch, wenn Einsparungen bei Angestellten und insbesondere angestellten Ärzten nicht möglich gewesen wären, mit Einsparungen bei den Beamten bezw. den beamteten Ärzten begnügt haben.

Eine Nichtigkeit der gesamten Sparverordnung oder des gesamten § 10 der SparVO würde sich daher selbst dann nicht ergeben, wenn die Ausdehnung des § 10 auf die Angestellten und insbesondere die angestellten Ärzte rechtsungültig gewesen wäre. Da der Kläger aber unstreitig beamteter Arzt ist, könnte, selbst aus der Unanwendbarkeit der Sparverordnung auf Angestellte bezw. angestellte Ärzte, nicht die Unanwendbarkeit auf den Kläger hergeleitet werden.

2.) Der Kläger erblickt eine Ermächtigungsüberschreitung hinsichtlich des § 10 SparVO weiter darin, dass dieser in die Einnahmen aus freiberuflicher, nicht dem Beamtenverhältnis zugeordneter Nebentätigkeit eingreife. Er geht davon aus, dass entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten die Ansprüche aus Behandlung der Patienten der I. und II. Verpflegungsklasse nicht dem Krankenhausträger zuständen, der diese Ansprüche den Ärzten zur Selbstliquidation als Teil des Entgelts für die im Rahmen ihres Beamtenverhältnisses ausgeübte Tätigkeit überlasse, sondern dass das Entgelt für die gestattete Nebenbeschäftigung dem Arzt aus eigenem Recht zustehe. Die Ansprüche des Arztes seien der Sphäre des Beamtenrechts entzogen; sie seien rein privatrechtliche Ansprüche. Die Gestaltung ihrer Höhe könnte also, da es sich nicht um beamtenrechtliche Ansprüche handle, niemals auf Grund des § 27 Abs 2c UmstG eine Änderung erfahren, denn es handle sich bei der Inanspruchnahme dieses Teils des Entgelts im Gegensatz zur Abführung gewisser Beträge als Entschädigung für die Inanspruchnahme der Hilfsmittel des Krankenhauses nicht mehr um eine Massnahme auf dem Gebiet des Beamten-, Besoldungs- oder Versorgungsrechts, sondern schlechthin um eine Massnahme, durch welche die privatrechtlichen Bezüge des Klägers geschmälert würden.

Der Kläger beruft sich zugleich auf das von ihm überreichte Gutachten von Prof. P[redacted], K[redacted]. P[redacted] macht geltend, auch auf Grund des besonderen Gewaltverhältnisses des Staates seinen Beamten gegenüber könne der Staat an den Beamten nur Forderungen richten, die sich aus dem Wesen des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuever-

hältnisses ergäben; sobald sich ein Verlangen des Staates ausserhalb dieser Grenzen bewege, werde der Beamte nicht mehr als solcher, sondern lediglich in seiner Eigenschaft als Bürger betroffen. Der Dienstherr dürfe zwar die Erteilung der Genehmigung zur Ausübung von Nebentätigkeiten von Bedingungen und Auflagen abhängig machen; er dürfe aber bei Ausübung seines Ermessens anlässlich der Entscheidung über die Gestattung einer Nebentätigkeit nicht willkürlich verfahren, indem er anlässlich einer derartigen Genehmigung durch eine Auflage Forderungen durchzusetzen versuche, die er sonst nicht erreichen könne. Ebenso sei der Gesetzgeber, wenn er seine Befugnis aus seiner gesetzgeberischen Zuständigkeit für das Gebiet des Beamtenrechts herleite, gebunden. Zu einem Eingriff ausserhalb jener Grenze sei der Gesetzgeber in die Verhältnisse einer Person, auch wenn sie Beamter sei, nur befugt, wenn ihm für weitere Gebiete als das Beamtenrecht die gesetzgeberische Funktion zustehe. Hieran ermangele es aber im vorliegenden Fall, da die Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG sich nur "auf das Gebiet des Beamtenrechts" beziehe.

Im Hinblick auf das zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits bestehende Rechtsverhältnis bedarf es keiner grundsätzlichen Entscheidung, ob die vom Kläger oder die vom Beklagten vertretene Auffassung über die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen Arzt, Krankenhausträger und Patienten, insbesondere über die Rechtsnatur der Behandlungskosten zutrifft, die dem an einem Krankenhaus tätigen Arzt mit eigenem Liquidationsrecht zufliessen. Aus dem gleichen Grunde erübrigt sich auch eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der von [redacted] vertretenen Ansicht.

Bei der vom Kläger im Krankenhaus des Beklagten ausgeübten Tätigkeit handelt es sich nämlich um eine aus der Anstellung als Chefarzt sich ergebenden Haupttätigkeit des Klägers und zwar gleichgültig, ob sie sich auf Patienten der III. Verpflegungsklasse oder auf solche der I. oder II. Klasse bezieht. Der Kläger ist auf Grund seiner Anstellung zur Betreuung der Patienten aller Verpflegungsklassen verpflichtet, wobei es allerdings seiner pflichtmässigen Entscheidung überlassen bleibt, wieweit er die Behandlung, insbesondere die etwa erforderlichen Operationen, selbst vornimmt. Diese Verpflichtung zur ärztlichen Betreuung erstreckt sich auf alle in das Krankenhaus aufgenommenen Patienten und ist nicht etwa vom Willen des Klägers abhängig. Wenn dem Kläger das Recht zugestanden ist, hinsichtlich der Patienten der I. und II. Klasse selbst zu liquidieren, so ist ihm dieses Recht nicht etwa als ein Entgelt für "private" ärztliche Tätigkeit zugebilligt worden. Das ergibt sich daraus, dass dieses Liquidationsrecht nicht davon abhängig ist, ob er tatsächlich selbst tätig wird. Vielmehr kann er auch dann persönlich liquidieren, wenn die ihm unterstellten anderen in dem Krankenhaus beschäftigten Ärzte tätig geworden sind. Sein Liquidationsrecht ist auch nicht davon abhängig, dass er selbst mit den Patienten einen Vertrag abgeschlossen hat. Vielmehr kann er nach dem Inhalt des Anstellungsschreibens vom 18. Februar 194/ auch dann selbst liquidieren, wenn der Patient nur einen Vertrag mit dem Krankenhaus geschlossen hat. Diese Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und Krankenhaus zeigt, dass es sich bei der genannten Tätigkeit des Klägers im Krankenhaus um eine einheitliche, aus seiner Anstellung als Chefarzt sich ergebende Haupttätigkeit handelt. Nur die Entschädigung des Klägers für seine Chefarzttätigkeit ist anders als sonst bei Beamten üblich geregelt. Der Kläger erhält einmal

die in dem Besoldungsgesetz festgelegten Bezüge nach der Besoldungsgruppe A 2 c 2; "daneben" hat er bei Patienten der I. und II. Klasse ein eigenes Liquidationsrecht. Zu dem feststehenden Gehalt tritt also eine veränderliche Entschädigung hinzu. Dass es sich auch insoweit um eine Entschädigung für die Haupttätigkeit aus dem Beamtenverhältnis handelt, wird noch dadurch bestätigt, dass "die ärztlichen Gebühren für ambulante Leistungen voll", d. h. sowohl von den zahlenden, wie von den Kassenpatienten "in die Kasse des Landeskrankenhauses fliessen". Das Anstellungsschreiben vom 18. Februar 1947 unterscheidet des weiteren auch scharf zwischen dem Liquidationsrecht des Klägers hinsichtlich der Patienten der I. und II. Klasse und der "privaten konsultativen Sprechstundenpraxis". Zum Betreiben dieser Sprechstundenpraxis - als Nebentätigkeit - wird dem Kläger ausdrücklich die Genehmigung erteilt.

Die Tätigkeit des Klägers im Krankenhaus des Beklagten stellt sich daher, auch soweit dem Kläger das Recht zur eigenen Liquidation zusteht, als Erfüllung der aus dem Beamtenverhältnis geschuldeten dienstlichen Tätigkeit dar. Nach den Anstellungsbedingungen des Klägers liegt einerseits, auch soweit dem Kläger ein Eigenliquidationsrecht gewährt ist, keine private, sondern eine dienstliche Tätigkeit des Klägers vor. Ob die Tätigkeit des Chefarztes in Bezug auf die Behandlung derjenigen Kranken, bei denen er selbst liquidieren darf, rechtlich auch anders und zwar als reine Privattätigkeit des Chefarztes gestaltet werden kann, wie N[redacted] meint, ist daher nach der Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses des Klägers für den vorliegen-

den Fall ohne rechtliche Bedeutung. Andererseits handelt es sich nicht um eine Nebentätigkeit (§ 10 DBG: Nebenamt oder Nebenbeschäftigung), sondern um die dienstliche Haupttätigkeit des Klägers. Auch § 10 SparVO unterscheidet zwischen den "aus der Behandlung von Patienten der I. und II. Klasse und den aus Nebentätigkeiten zufliessenden Einnahmen", ordnet also die Behandlung der Patienten I. und II. Klasse gerade nicht als Nebentätigkeit ein. Liegt daher eine Nebentätigkeit nicht vor, so kommt es nicht darauf an, ob die Genehmigung einer Nebentätigkeit, wie P[redacted] meint, nicht von der Abgabe eines Gebührenanteils an den Dienstherrn abhängig gemacht werden kann. Der rechtlichen Würdigung der gesamten Tätigkeit des Klägers im Krankenhaus als Erfüllung seiner hauptamtlichen Dienstpflichten steht auch nicht der Umstand entgegen, dass der Kläger einen Teil seiner Patienten, die er zunächst in der ihm als Nebentätigkeit genehmigten privaten konsultativen Sprechstundenpraxis behandelt hat, in das Krankenhaus zur weiteren Behandlung einweist. Selbst wenn nach den zwischen Kläger und Krankenhaus etwa getroffenen ausdrücklichen Absprachen oder bereits aus dem Sinn und Zweck des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses - Verpflichtung des Klägers zur vollen Hingabe seiner Arbeitskraft (Ziff 1 der VO über die Nebentätigkeit der Beamten vom 6. Juli 1937) und darin liegend zugleich das Verbot ärztlicher Tätigkeit in einer anderen (eigenen oder fremden) Klinik auszuüben, jedoch mit der Möglichkeit, seine Einnahmen durch Heranziehung zahlender Patienten zu vermehren - eine Verpflichtung des Krankenhauses besteht, diese vom

Kläger eingewiesenen bisher privaten Patienten des Klägers aufzunehmen, so ändert das nichts daran, dass der Kläger nach Aufnahme dieser Patienten in das Krankenhaus auch ihnen gegenüber auf Grund seines Anstellungsverhältnisses als Chefarzt verpflichtet ist, da der mit dem Krankenhaus abgeschlossene Vertrag der Patienten auch in diesem Falle sich in nichts von den seitens anderer vom Kläger nicht eingewiesener Patienten abgeschlossenen Verträgen des hier allein interessierenden Krankenhauses des Beklagten unterscheidet. Denkbar wäre allerdings, dass der Kläger mit Patienten, hinsichtlich deren er das Eigenliquidationsrecht hat, Vereinbarungen trifft, die Patienten über den Rahmen der ihm aus seiner dienstlichen Stellung als Chefarzt obliegenden Verpflichtung hinaus (etwa auch bei unbedeutenden, regelmässig vom Oberarzt vorzunehmenden Eingriffen) persönlich zu behandeln. Auch wenn nach dem zwischen ihm und dem Beklagten bestehenden Rechtsverhältnis eine solche private Vereinbarung - selbst gegen Honorierung - zulässig sein sollte, so handelt es sich dabei doch nur um eine Vereinbarung, die darauf geht, dass der Kläger sich verpflichtet, von seinem Ermessen, wieweit er den Patienten selbst behandeln will, einen bestimmten nach seinem Anstellungsverhältnis nicht verbotenen Gebrauch zu machen. Diese Vereinbarung ändert also an seinem Tätigwerden als Chefarzt und damit an seinem Tätigwerden aus seiner Dienststellung heraus nichts. Auch diese Tätigkeit erfolgt daher in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten und verwandelt nicht etwa seine gesamte Tätigkeit diesen Patienten gegenüber in eine reine Privattätigkeit. Auch hier unterscheidet sich der vom Patienten mit dem Krankenhaus abgeschlossene Vertrag ebenfalls nicht

von den mit anderen Patienten abgeschlossenen Verträgen. Vereinbart der Kläger mit dem Patienten in einem solchen Fall die Zahlung eines höheren Honorars im Hinblick auf die von ihm übernommene Verpflichtung, selbst tätig zu werden, so kann dieser Honorarzuschlag rechtlich nicht anders beurteilt werden, als das Honorar, bei dem der Chefarzt nach pflichtmässigem Ermessen die Behandlung im wesentlichen auch anderen Krankenhausärzten überlassen darf, weil dieser Honorarzuschlag nicht für eine private Tätigkeit des Chefarztes, sondern als Entschädigung für eine bestimmte, aber nach dem Anstellungsverhältnis nicht verbotene Ausübung seines Ermessens über den Umfang seiner dienstlichen Tätigkeit gezahlt wird. Er muss daher gerade-so wie sein gewöhnliches Honorar als ein Teil der ihm für seine Tätigkeit als Chefarzt gewährten Bezüge beurteilt werden.

Diese Beurteilung des Rechtsverhältnisses des Klägers wird auch der besonderen Stellung eines Chefarztes gerecht, dessen Tätigkeit nicht nur die ärztliche Leitung des Krankenhauses, sondern in erster Linie die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit selbst umfasst. Es wird bei dieser Auslegung auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die als Chefärzte gesuchten hochqualifizierten Ärzte nicht in einer dem Umfang und der Verantwortung ihrer ärztlichen Tätigkeit entsprechenden Weise durch die festen und starren Besoldungen als Beamte entschädigt werden können. Gerade deshalb wird bei denjenigen Ärzten, die als beamtete Chefärzte angestellt werden, zu dem verhältnismässig niedrigen festen Gehalt ein veränderlicher, dem Umfang der jeweiligen ärztlichen Tätigkeit angepasster Satz hinzuge-

fügt durch Gewährung des Eigenliquidationsrechts. Der beamtete Chefarzt hat durch diese Regelung einerseits die Vorteile eines beamteten Arztes (festes Gehalt; gegebenenfalls Pensionsfähigkeit), andererseits wird er praktisch hinsichtlich des Liquidationsrechts den freien nicht beamteten Ärzten durch Gewährung des Eigenliquidationsrechts für die Patienten bestimmter Verpflegungsklassen im wesentlichen gleichgestellt.

Ist daher die gesamte vom Kläger im Krankenhaus ausgeübte Tätigkeit nicht als private Tätigkeit, sondern als Erfüllung der ihm obliegenden Dienstpflichten anzusehen und stellt auch das Recht des Klägers, in gewissem Umfang selbst zu liquidieren, sich als eine Vergütung für seine dienstliche Tätigkeit dar, so handelt es sich bei der in § 10 SparVO festgesetzten Abgabe eines Teils der ihm auf Grund des Liquidationsrechts zufliessenden Honorars - eine Abgabe von den aus genehmigter Sprechstundenpraxis anfallenden Honoraren ist nicht angeordnet - um die Regelung seiner Bezüge aus seiner Tätigkeit als Beamter. Eine solche Regelung enthält aber "Massnahmen auf dem Gebiet des Beamtenrechts, insbesondere des Besoldungsrechts", wird also ihrem Gegenstand nach von der in § 27 Abs 2c UmstG erteilten Ermächtigung gedeckt.

Die Frage, ob die Anordnung einer Abgabe von Honoraren die den Chefärzten, nicht wie dem Kläger für dienstliche Tätigkeit, sondern für private Nebentätigkeit zufallen, ebenfalls zu den in § 27 Abs 2c UmstG genannten "Massnahmen auf dem Gebiete des Beamten- und des Besoldungsrechts" gehört, bedarf hier nicht nur im Hinblick

auf die Anstellungsbedingungen des Klägers keiner Entscheidung, sondern auch im Hinblick auf die allgemein zu stellende Frage nach der Rechtsgültigkeit des § 10 SparVO. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Anordnung von Abzügen hinsichtlich solcher Honorare aus privater Nebentätigkeit nicht zu den Massnahmen auf dem Gebiete des Beamten- und Besoldungsrechts gehörte, zu denen § 27 Abs 2c UmstG ermächtigt, so würde in diesem Falle § 10 SparVO nicht in vollem Umfang rechtsunwirksam sein. Vielmehr würde, wie oben zu Ziff III 1 so auch hier zu prüfen sein, ob der Gesetzgeber die Sparverordnung und insbesondere deren § 10 auch dann erlassen haben würde, wenn er die Honorare aus "privaten" Nebentätigkeiten nicht mit Abgaben belasten konnte. Diese Frage ist zu bejahen, denn der Gesetzgeber wollte erkennbar möglichst grosse Einsparungen vornehmen. Er würde sich mit Abgaben von den aus dienstlicher Tätigkeit anfallenden Honoraren begnügt haben, wenn er keine rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, Abgaben auch von den aus privater Nebentätigkeit anfallenden Honoraren zu erheben. Eine solche Trennung zwischen den einzelnen Honorargruppen lässt sich praktisch auch durchführen, denn § 10 SparVO unterscheidet selbst zwischen Honorareinnahmen aus der Behandlung der Patientien der I. und II. Klasse und den Honoraren aus Nebentätigkeiten; die Honorare aus der privaten Behandlung von Patienten wären dann der Gruppe der Honorare aus privater Nebentätigkeit zuzuzählen. Keinesfalls würde eine derartige Beurteilung der Honorare aus privater Behandlung von Patienten die Rechtsunwirksamkeit des ganzen § 10 SparVO zur Folge haben.

Demnach ist davon auszugehen, dass § 10 SparVO sich seinem Gegenstand nach im Rahmen der durch § 27 Abs 2 UmstG gewährten Ermächtigung hält und insoweit nicht wegen Ermächtigungsüberschreitung nichtig ist.

IV.

1.) Die Regelung des § 10 SparVO hält sich aber, soweit sie den Kläger betrifft, auch ihrem materiellen Inhalt nach im Rahmen der in § 27 Abs 2 UmstG erteilten Ermächtigung, soweit sie die Herabsetzung von Gehaltsbezügen betrifft. Die Landesregierungen sind durch § 27 Abs 2 UmstG ermächtigt, materielles Gesetzesrecht auf dem Gebiet des Beamten- und Besoldungsrechts zu setzen; sie können dabei mindestens insoweit vom Reichs- und Landesrecht abweichen, als es sich nicht um Verfassungsrecht handelt. Sie könnten daher auch eine Herabsetzung der Besoldung vornehmen, mindestens soweit sie damit nicht in wohlerworbene Rechte des Beamten im Sinne des etwa noch fortgeltenden Art 129 Abs 1 Satz 3 WeimVerf eingreifen.

Art 129 Abs 1 Satz 3 verleiht aber, wie RGZ 134, 1 (8 f, 11-13) zutreffend ausführt, dem Beamten keine neuen Rechte als wohlerworbene; er bestimmt nicht den Inhalt der wohlerworbenen Rechte, sondern er hält sie nur in dem Umfang aufrecht, in dem sie erworben worden sind. Welche Rechte als wohlerworbene anzusehen sind, richtet sich nach Art und Inhalt des jeweiligen Rechtes selbst. Dieser Inhalt wird aber durch die Gesetze bestimmt, welche diese Rechte begründen, d. h. für das

Recht des Beamten auf die ihm zustehenden Dienstbezüge durch die jeweiligen Besoldungsgesetze. Gewähren diese dem Beamten nur ein beschränktes - insbesondere nur ein widerrufliches - Recht auf Dienstbezüge, so ist auch nur dieses beschränkte Recht ein "wohlerworbenes" im Sinne des Art 129, sofern nicht etwa durch die Beschränkung des Rechts eine Gehaltsverkürzung ermöglicht wird, welche die wesentlichen Grundlagen des Berufsbeamtentums verletzt, vor allem den der Amtsstellung angepassten standesgemässen Unterhalt schmälert (RG aaO S 14 f).

Für den Kläger bestand nach den z. Zt. des Erlasses der 3. Sparverordnung für ihn in Betracht kommenden Besoldungsbestimmungen die Regelung, dass Änderungen der durch die Besoldungsgesetze geregelten Dienstbezüge usw. und der Einreihung der Beamten in die Besoldungsgruppen durch einfaches Reichs- bezw. Landesgesetz erfolgen konnten. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Besoldungsverhältnisse des Klägers z. Zt. des Erlasses der Sparverordnung zu beurteilen waren nach L[redacted] Landesrecht, weil der Kläger am 13. Januar 1947, also vor der am 21. Januar 1947 in Kraft getretenen Vereinigung des Landes Lippe mit dem Lande Nordrhein-Westfalen (MilRegVO Nr 77 in ABl MilReg BrZ 411), zum Widerrufsbeamten des Landes L[redacted] ernannt worden ist, oder nach dem im Lande Nordrhein-Westfalen geltenden Besoldungsrecht, weil inzwischen das Land L[redacted] durch die genannte Militärregierungs-Verordnung mit dem Lande Nordrhein-Westfalen vereinigt worden war. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob durch die inzwischen erfolgte Schaffung des Landesverbandes L[redacted] als einer Körperschaft des öffentlichen Rechts auf dessen Be-

amten und damit auch auf den Kläger das Besoldungsrecht der Landesbeamten oder das der kommunalen Beamten anzuwenden ist. Sämtliche in Betracht kommenden Besoldungsgesetze sehen nämlich die Änderung der Besoldungsbezüge ausdrücklich mit dem gleichen Wortlaut wie § 39 des Reichsbesoldungsgesetzes vom 16. Dezember 1927 (RGBl I, 349) vor: Für die Landesbeamten aus den früheren preussischen Gebietsteilen ergibt sich das aus der mittelbaren Anwendung des § 39 RBesG über das Preussische Gesetz über die Angleichung der Besoldung der unmittelbaren Staatsbeamten an die Besoldung der Reichsbeamten vom 17. Januar 1936 (PrGS 1936, 3); für die Landesbeamten aus dem früheren L[redacted] Gebietsteil ist das durch den mit § 39 RBes wörtlich übereinstimmenden § 36 des L[redacted] Besoldungsgesetzes vom 10. März 1928 (L[redacted] GS 1928, 507) bestimmt; für die kommunalen Beamten ergibt sich das aus der Anwendung des mit § 39 RBesG inhaltsgleichen § 39 PrBesG bezw. des ebenfalls mit § 39 RBesG wörtlich übereinstimmenden § 36 des L[redacted] Besoldungsgesetzes und zwar mittelbar über § 43 PrBesG bezw. § 39 des L[redacted] BesG. Der Gesetzgeber behält sich also Änderungen der Besoldung (auch zu Ungunsten bestimmter Beamtengruppen) vor.

Auf Grund dieser in Betracht kommenden Besoldungsgesetze konnten dem Kläger daher ohne Verletzung wohl erworbener Beamtenrechte durch einfaches Gesetz nicht nur seine festen Bezüge als Regierungsrat, sondern auch der Teil seiner Bezüge, der in der Gewährung des Eigenliquidationsrechtes für Patienten der I. und II. Verpflegungsklasse bestand, gekürzt werden, weil auch die Gewährung des Liquidationsrechts auf diesen Besoldungsgesetzen beruhte

(§ 15 RBesG; §§ 12 bis 14 PrBesG; §§ 15, 16 L[redacted] BesG).

Durch § 10 der 3. SparVO konnten also feste wie veränderliche Bezüge des Klägers herabgesetzt werden. Insoweit liegt mithin eine Überschreitung der Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG nicht vor.

2.) Stellen demnach die festen und die veränderlichen Bezüge der Ärzte auf Grund der hier in Betracht kommenden Besoldungsgesetze keine wohlerworbenen Rechte im Sinne des Art 129 Abs 1 Satz 3 WeimVerf schlechthin dar, so könnte die Gewährung bestimmter Zusicherungen an den Kläger möglicherweise solche wohlerworbenen Rechte haben entstehen lassen, in die auf Grund der Ermächtigung des § 27 UmstG vielleicht nicht eingegriffen werden könnte. Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung.

Einerseits sind dem Kläger keinerlei Zusicherungen gegeben worden. Ihm ist in den Anstellungsbedingungen nicht das Recht eingeräumt worden, im Krankenhaus eine Privattätigkeit zu entfalten, sondern ihm ist nur ein Eigenliquidationsrecht zugestanden worden, dieses aber wiederum nicht beschränkt auf solche Patienten, die er selbst behandelt, sondern hinsichtlich aller Patienten der I. und II. Verpflegungsklasse. Oben wurde bereits ausgeführt, dass der Kläger auch dann, wenn er bei Patienten der I. und II. Klasse selbst tätig wird und selbst liquidiert, immer in Ausübung seiner hauptamtlichen Dienstobliegenheiten als Chefarzt tätig wird. Es könnte also höchstens in Frage kommen, ob dem Kläger eine Zusicherung dahin ge-

geben ist, dass er das Eigenliquidationsrecht für die ganze Dauer seiner Anstellung ungeschmälert behalten sollte. Gegen eine solche Zusicherung scheint zunächst die Wendung in dem Einstellungsschreiben zu sprechen: "Bei der Festsetzung des Abzuges von 10 % handelt es sich um eine vorläufige Regelung. Wir behalten uns eine endgültige einheitliche Regelung für sämtliche Chefärzte vor". Jedoch dürfte sich diese Regelung nur auf die pauschale Bemessung des Unkostenentgelts für die Benutzung der Einrichtungen und Hilfsmittel des Krankenhauses beziehen, die nach dem Erlass über die Nebentätigkeit beamteter Ärzte vom 29. Juli 1938 zwischen 5 und 20 % der Honorareinnahmen betragen konnten, weil es damals nicht üblich war, dass eine Beteiligung des Krankenhauses an den Honoraren über den Unkostenbeitrag hinaus verlangt wurde. Spricht so das Anstellungsschreiben zwar nicht gegen die Vereinbarung einer Zusicherung, so lässt es aber auch nicht erkennen, dass eine solche Zusicherung gewollt war. Bei der damaligen Rechtslage konnte nur durch ein Gesetz, das die Besoldung herabsetzte, eine Schmälerung des Eigenliquidationsrechtes erfolgen. Dass die gesetzliche Möglichkeit der Herabsetzung der Besoldung bei der Anstellung des Klägers ausgeschlossen werden sollte, ist aus dem Anstellungsschreiben nicht ersichtlich. Ein Eingriff in ein wohlerworbenes Recht des Klägers aus Zusicherung kann also in der Kürzung der Bezüge des Klägers durch § 10 der 3. SparVO nicht gefunden werden.

Andererseits bedarf es auch im Hinblick auf die allgemeine Rechtsgültigkeit des § 10 SparVO nicht der Prüfung, ob ein solcher zugesicherter Ausschluss der Herabsetzungsmöglichkeit überhaupt rechtswirksam zugesichert werden konnte und ob eine solche Zusicherung ein wohlerworbenes Beamtenrecht enthält. Selbst wenn gegenüber Ärzten mit solchen Zusicherungen § 10 SparVO einer Ermächtigungsgrundlage entbehren würde, so könnte er zwar diesen Ärzten gegenüber rechtsungültig sein; damit wäre aber noch nicht gesagt, dass er auch allen anderen beamteten Ärzten gegenüber rechtsungültig wäre. Vielmehr ist nach dem oben Erörterten anzunehmen, dass der Gesetzgeber § 10 SparVO auch dann erlassen hätte, wenn er die Ärzte mit solchen Zusicherungen nicht erfassen konnte.

Auch insoweit liegt daher eine zur Nichtigkeit führende Überschreitung der Ermächtigungsgrundlagen des § 27 Abs 2c UmstG nicht vor.

3.) Ist sonach die Herabsetzung der festen wie veränderlichen Teile der Bezüge des Klägers zulässig und steht dieser Herabsetzung auch keine Zusicherung hinsichtlich des Rechtes auf Eigenliquidation entgegen, so könnte sich aus dem Umfang der Herabsetzung der Bezüge ein Eingriff in wohlerworbene Rechte ergeben. Wie das Reichsgericht (RGZ 134, 1/14/157) überzeugend ausgeführt hat, wird das wohlerworbene Recht des Beamten auf Aufrechterhaltung der Eigenschaft als Beamter verletzt, wenn die Grundlage des Rechtes dadurch entzogen wird, dass Art und Umfang der Herabsetzung der Bezüge dem Beamten die Aufrechterhaltung einer seiner Stellung entsprechenden Lebensführung unmöglich machen würde.

Jedoch führt die Abgabe von 50 % der Honorare aus der Behandlung der Patienten I. und II. Verpflegungsklasse nicht zu einer solchen unzulässigen Herabsetzung des Einkommens des Klägers. Bei der Beurteilung darf nicht nur auf die Bezüge an Honoraren allein abgestellt werden, vielmehr sind die festen und veränderlichen Bezüge des Klägers zusammenzuzählen, weil sie nur in ihrer Gesamtheit die dem Kläger als Beamten gewährten Bezüge umfassen. Damit wird die Sonderstellung des beamteten Chefarztes mit eigenem Liquidationsrecht gegenüber der Stellung anderer Beamten, die nur auf die festen Bezüge aus der Besoldungsordnung angewiesen sind, gerade durch die angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts, der der Senat folgt, voll gewahrt, weil bei der Prüfung, ob durch das Maß der Herabsetzung der Bezüge den Chefärzten die Aufrechterhaltung einer ihrer Stellung entsprechenden Lebensführung unmöglich gemacht wird, immer die durch die Gewährung des Rechts auf Eigenliquidation bedingte Sonderstellung der Chefärzte berücksichtigt werden muss. Ferner ist zu beachten, dass die Regelung des § 10 3.SparVO zugleich die Entschädigung für die Benutzung der Krankenhauseinrichtungen mitumfasst. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass der in dem Anstellungsschreiben vorläufig vorgesehene Entschädigungssatz für diese Nutzungen von 10 % nach dem eigenen Vortrag des Klägers niedrig bemessen ist und deshalb der Kläger im Hinblick auf den im Anstellungsvertrag gemachten Änderungsvorbehalt mit einer Heraufsetzung auf die in der Verordnung über die Nebentätigkeiten der beamteten Ärzte vom 29. Juli 1938 bestimmte Höchstgrenze von 20 % rechnete. Endlich ist zu beachten, dass diese Nutzungsentschädigung von 10 bis 20 % von den

Gesamthonorarbezügen des Klägers ohne Freigrenze zu zahlen gewesen wäre, während die durch die 3. Sparverordnung angeordneten Abzüge nur von den 10.000 DM übersteigenden Honoraren zu leisten sind. Vergleicht man so die Gesamtbezüge des Klägers vor und nach Anwendung des § 10 SparVO miteinander, so ergibt sich eine Minderung seiner Bezüge durch die Sparverordnung um etwas mehr als 10 %. Es verbleiben ihm neben seinen Bezügen als Regierungsrat 10.000 DM aus den Honoraren und von den weiteren Honoraren nochmals 50 %. Auch absolut gesehen verbleiben ihm jährlich etwa 29.000 bis 30.000 DM gegenüber früher 33.000 bis 34.000 DM. Durch eine solche Herabsetzung wird ihm nicht die Aufrechterhaltung einer seiner Stellung entsprechenden Lebensführung unmöglich gemacht, zumal nach § 10 Abs 5 3. SparVO die abzuführenden Honorarbezüge "zur Verstärkung der persönlichen, sachlichen und allgemeinen Verwaltungsaufgaben der Institute und Krankenhausanstalten zu verwenden sind". Diese Ausgaben hat der Kläger nach seinem eigenen Vortrag bisher z. T. selbst aus seinem Honorar bestritten, während sie jetzt vom Beklagten aus den Abführungsbeträgen getragen werden, dem Kläger also nicht mehr zur Last fallen.

Die Höhe der Kürzungen der Bezüge des Klägers verstösst daher nicht gegen wohlerworbene Rechte des Klägers. Selbstverständlich wirken diese Kürzungen bei Chefärzten, die höhere Honorareinnahmen als der Kläger aus dem Eigenliquidationsrecht haben, sich relativ und absolut ungünstiger aus. Jedoch macht bei dem Umfang solcher höherer Gesamtbezüge auch eine stärkere Herabsetzung die Aufrechterhaltung einer der Stellung dieser Ärzte entsprechenden

Lebensführung im allgemeinen nicht unmöglich. Sie führt zwar zu einer gewissen Nivellierung der Einnahmen, lässt aber vor allem durch das Belassen von 50 % der Honorare doch noch eine die entsprechende Lebensführung sichernde Unterscheidung in den Gesamtbezügen eintreten. Selbst wenn in Einzelfällen bei ganz besonderer Höhe dieser Honorare ein Eingriff in wohlerworbene Rechte sich ergeben sollte, so würde dieser Eingriff die Nichtigkeit des § 10 SparVO nicht schlechthin für alle Fälle, auch für die zur Folge haben, in denen ein solcher Eingriff nicht vorläge. Vielmehr liesse sich die etwaige Ermächtigungsüberschreitung auf die Fälle jener Eingriffe beschränken. Es ist zudem nach dem bereits oben Ausgeführten anzunehmen dass der Gesetzgeber die Verordnung auch ohne solche die Ermächtigung etwa überschreitende Eingriffe gewollt hat, weil es ihm erkennbar darauf ankam, in möglichst weitgehendem Maße Einsparungen zu ermöglichen.

Auch aus der Höhe der Herabsetzung der Bezüge ergibt sich daher nicht die Nichtigkeit des § 10 SparVO.

4.) Der Kläger hat im ersten Rechtszug in Übereinstimmung mit dem Gutachten N[redacted] (S 12, 13) eine Ermächtigungsüberschreitung auch deshalb angenommen, weil § 10 SparVO keine Einsparungen, sondern nur die Erschliessung neuer Einnahmequellen enthalte. Er meint, § 27 Abs 2c UmstG enthalte eine Zweckbeschränkung; nur für solche Massnahmen sei die Grundlage gegeben, die "zur Sicherung der Währung und der öffentlichen Finanzen geboten erscheinen". Diese Zweckbestimmung könne zwar grundsätzlich sowohl durch Sparen wie durch Erschliessen neuer Einnahmequellen verwirklicht werden; jedoch könne die Ermächtigung in Verbindung mit der Beschränkung auf "Massnahmen auf dem Gebiete des Beamtenrechts"

nur eine Ausgabenersparung, dagegen keine Erschliessung oder Vermehrung von Einnahmequellen umfassen, da Beamte "der Allgemeinheit Geld kosten, aber als solche dem Staat Geld zu bringen nicht imstande seien" und weil das Erschliessen neuer Einnahmequellen zur Aufgabe der Steuer- und sonstigen Wirtschaftsgesetzgebung, nicht aber der Beamtengesetzgebung gehöre.

Richtig ist zwar, dass im allgemeinen durch Änderung des Beamtenrechts neue Einnahmequellen nicht geschaffen werden können. Ausnahmen sind aber sehr wohl denkbar; so werden auch durch Änderungen auf dem Gebiete des Beamtenrechts neue Einnahmequellen etwa durch eine Bestimmung eröffnet, dass Beamte, die die für ihre Tätigkeit anfallenden Gebühren als Teil ihres Gehalts ganz oder teilweise für sich behalten dürfen (§ 15 RBesG), nunmehr Teile dieser ihnen bisher zustehenden Gebühren an den Dienstherrn abführen müssen. Das gleiche muss auch für die hier streitigen Honorareinnahmen aus dem Recht auf Eigenliquidation gelten. Soweit daher auf dem Gebiet des Beamtenrechts neue Einnahmequellen erschlossen werden können, ist nicht ersichtlich, warum insoweit die Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG überschritten sein sollte. Die Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG umfasst vielmehr alle Massnahmen auf dem Gebiet des Beamten- und Besoldungsrechts, mindestens soweit sie nicht in wohlerworbene Beamtenrechte eingreifen.

N[redacted] (Gutachten S 13) meint weiter, § 10 SparVO diene gemäss Abs 5 nicht der Entlastung des Etats, sondern "der Verstärkung der persönlichen, sachlichen und

allgemeinen Verwaltungsausgaben der Institute und Krankenanstalten" und falle daher aus der Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG heraus. Wenn aber diese Verstärkung der Verwaltungsaufgaben der Krankenhäuser nicht erfolgen würde, so könnte sehr wohl die Möglichkeit bestehen, dass die öffentlich-rechtlichen Krankenhausträger zusätzliche Mittel zur Behebung der allgemein bekannten, aus den Kriegs- und Nachkriegszeiten herrührenden ungenügenden Ausstattung und Instandhaltung der Krankenhäuser aufwenden müssten. Im Hinblick auf diese Möglichkeit kann die in § 10 SparVO getroffene Regelung objektiv geeignet sein, der Sicherung der Währung und der öffentlichen Finanzen zu dienen. Damit ist aber den Voraussetzungen des § 27 Abs 2c UmstG genügt, denn die Grenze der Ermächtigung des § 27 Abs 2c UmstG liegt hinsichtlich der Sicherung der Währung und der öffentlichen Finanzen nicht bei der objektiven Nützlichkeit oder Eignung einer Massnahme für diesen Zweck, sondern darin, ob die Massnahme der Landesregierung im Hinblick auf diesen Zweck geboten erschienen ist und erscheinen konnte (BGHZ 2, 117/129; 324/329; Urteil des erkennenden Senats vom 11. Oktober 1951 - III ZR 75/51 - S 7 und 8).

Auch insoweit ist daher die Ermächtigungsgrundlage des § 27 Abs 2c UmstG ebenfalls nicht überschritten.

5.) Das angefochtene Urteil sieht § 10 SparVO deshalb als nichtig an, weil er gegen den Gleichheitsgrundsatz verstosse. Die Ungleichheit erblickt es darin, dass § 10 nicht den Unkostenfaktor für die Inanspruchnahme der Krankenhaushilfsmittel durch den Arzt regele, sondern

eine Abgabe von Honorar enthalte und damit einen Eingriff, der in das Einkommen anderer Gruppen von Personen mit gleich hohem Einkommen nicht erfolge. Diese Bestimmung stelle daher eine Sonderbelastung, eine Sonderbesteuerung der beamteten Krankenhausärzte dar. Den gleichen Standpunkt nimmt auch N[redacted]in seinem Gutachten (S 14) ein. Er erblickt die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ferner darin, dass die "Regelung des Unkostenfaktors" nur "den Deckmantel für eine Honorarbeteiligung" enthalte. Diese Ausführungen werden von der Revision angegriffen.

Es bedarf hier keiner Entscheidung der Frage, ob der Gleichheitsgrundsatz sich auch an den Gesetzgeber richtet. Es bedarf auch weiter nicht der Entscheidung der Streitfrage (vgl Zusammenstellung bei Mallmann DRZ 1950, 411), ob der Gleichheitsgrundsatz nur verletzt ist, wenn weder Willkür noch Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl BGHZ 2, 117/130) oder schon dann, wenn "gleichliegende Tatbestände, die aus der Natur der Sache heraus und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit klar eine gleichartige Behandlung erfordern ohne zureichenden sachlichen Grund und ohne ausreichende Orientierung an der Idee der Gerechtigkeit vom Gesetzgeber ungleich behandelt werden" (BayVerfGH Rspr Bay Verw-uVerfGer 1, 64/79; 2, 45/47; 127/139). Einigkeit besteht jedenfalls darüber: Der Gleichheitsgrundsatz darf nicht dahin verstanden werden, dass alles gleich behandelt werden müsse; die in der Sache liegenden Verschiedenheiten können vielfach eine verschiedene rechtliche Behandlung auch durch den Gesetz-

geber rechtfertigen und erfordern (BGHZ 2, 117/130/). Auch kann das Gericht nicht seine politisch-sachlichen Erwägungen an die Stelle der davon etwa abweichenden politisch-sachlichen Erwägungen des Gesetzgebers setzen. Insoweit ist auch nach der den Gleichheitsgrundsatz weiter ausdehnenden Ansicht "äusserste Zurückhaltung" geboten (BayVerfGH Rspr Bay Verw-uVerfGer 2, 45/47/).

Hier handelt es sich um die Regelung von Fragen, die mit dem Beamtenverhältnis auf das Engste zusammenhängen. Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass diese Verhältnisse anders behandelt werden können als die von Personen, die neben ihrer regelmässigen zivilen Tätigkeit Nebentätigkeiten ausüben. Die Tätigkeit hinsichtlich der das Recht auf Eigenliquidation gewährt wird, stellt sich, wie oben ausgeführt wurde, gerade als die hauptamtliche Beamtentätigkeit dar. Insofern unterscheidet sie sich von reiner privater Nebentätigkeit eines Beamten, deren Ausübung im Belieben des Beamten steht. Der Umstand, dass die Sparverordnungen sich nur auf beamtete und angestellte Ärzte bei öffentlichen Dienststellen, möglicherweise sogar nur auf beamtete derartige Ärzte bezieht, bedeutet ebenfalls keine Ungleichheit. Zwar treffen die in der Sparverordnung angeordneten Abführungen von Teilen der Honorare nicht alle, sondern nur die beamteten Ärzte. Insoweit aber teilen die beamteten Ärzte das gleiche Los mit allen Beamten, in deren Ansprüche durch die Sparverordnung eingegriffen wird. Sicherung der Finanzen und der Währung konnte in erster Linie durch Einsparungen verwirklicht werden, und deshalb hat der Besatzungsgesetzgeber

in einer durch das deutsche Gericht nicht nachprüfbaren Weise vor allem Eingriffe in die Ansprüche der Beamten für zulässig erklärt. Allerdings treffen die angeordneten Abführungen die beamteten Ärzte in besonders starkem Umfang, und zwar absolut gesehen allgemein in einem stärkeren Umfang als die für die anderen Beamten angeordneten Abzüge. Jedoch bleiben den beamteten Ärzten auch nach diesen Abgaben an die Krankenhausträger noch Einkünfte, die erheblich über dem Durchschnitt der Einkünfte aller Beamten liegen, da ihnen neben dem Gehalt noch 10.000 DM aus dem Nebeneinkommen ungeschmälert und von den 10.000 DM übersteigenden Honoraren immerhin die Hälfte verbleibt. Es verstösst aber nicht gegen den Gleichheitssatz, wenn dem höher besoldeten Beamten absolut und relativ höhere Abzüge als dem geringer besoldeten Beamten auferlegt werden. In welchem Umfang der Gesetzgeber die nach seiner Auffassung nötigen "Einsparungen" auf die einzelnen Beamtengruppen verteilt, muss seinem Ermessen überlassen bleiben, mindestens solange er dabei nicht in wohlerworbene Beamtenrechte (RGZ 134, 1/I4/157) eingreift. Gerade bei dieser Verteilung auf die einzelnen Beamtengruppen darf das Gericht nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Gesetzgebers setzen. Die Art der Abgaben ist hier nicht nur nach der Höhe, sondern auch in ihrer Form vom Gesetzgeber abgewogen. Die Abgaben kommen der Ausstattung der Einrichtung sachlicher wie personeller Art der Krankenhäuser zustatten und führen so praktisch zur Aufrechterhaltung bezw. Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit dieser Anstalten, die letztlich aber wiederum den die Abgaben leistenden Chef-

Ärzten zugute kommt und ihnen die Möglichkeit schafft, auf Grund der alsdann gesicherten Ausstattung der Krankenhäuser eine umso erfolgreichere Tätigkeit unter entsprechender Vermehrung auch ihrer eigenen Honorareinnahmen aus dem Recht zur Eigenliquidation auszuüben. Gerade diese Wechselwirkung zwischen Tätigkeit des Arztes und Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser lässt das Vorgehen des Gesetzgebers bei Auswahl und Gestaltung der Abgabepflicht der beamteten Ärzte als abgewogen und von sachlichen Erwägungen bestimmt erkennen. Dem kann nicht mit Nipperdey (S 14 seines Gutachtens) entgegengehalten werden, dass die Ausstattung der Krankenhäuser Aufgabe der Allgemeinheit sei, und die Heranziehung der Ärzte daher eine Sonderbelastung der Ärzte im Interesse der Allgemeinheit darstelle. Es ist nicht so, dass die Allgemeinheit die für die Krankenhäuser bisher gezahlten Zuschüsse im Hinblick auf die angeordneten Abgaben der Ärzte in Zukunft nicht mehr zahlt; vielmehr bleibt es insoweit auch für die Zukunft bei den Zuschüssen der Allgemeinheit zugunsten der Krankenhäuser. Die Abgaben der Ärzte dienen nur zusätzlich der Ausstattung der Krankenhäuser. Es handelt sich mithin nicht um eine Sonderbesteuerung der beamteten Ärzte, sondern um eine Kürzung ihrer Bezüge, die der Sonderstellung dieser beamteten Ärzte gerade dadurch angepasst ist, dass sie der Erhöhung der Leistungsfähigkeit dieser Ärzte und damit letztlich sogar der Erhaltung und Erhöhung der ihnen auf Grund des Eigenliquidationsrechts zufallenden Honorare zugutekommt.

Ob die von der Sparverordnung getroffene Regelung zweckmässig ist oder ob sie etwa dazu führen könnte, dass die wirklich überragenden ärztlichen Fachkräfte sich von den durch öffentlich-rechtliche Träger betriebenen Krankenhäusern abwenden und damit den Ruf dieser Krankenhäuser mindern, und ob durch diese Regelung möglicherweise sogar die gerade in solchen Krankenhäusern besonders gepflegte Förderung der Wissenschaft und der Ausbildung des ärztlichen Nachwuchses vernachlässigt werden könnte, ist vom Gericht nicht zu prüfen. Auch insoweit handelt es sich um Ermessensentscheidungen, die allein dem Gesetzgeber vorbehalten sind und die das Gericht grundsätzlich hinnehmen muss, es sei denn, dass sie gegen gesetzliche Bestimmungen oder übergesetzliches Recht, wie etwa den Gleichheitsgrundsatz, verstossen.

Eine Ungleichartigkeit schafft allerdings die Sparverordnung dadurch, dass sie allgemein für alle beamteten Ärzte die gleiche Abgabepflicht von 50 % für die hier in Betracht kommenden Einnahmen festsetzt, gleichgültig, ob die Ärzte etwa im Hinblick auf die Möglichkeit des Selbstliquidierens überhaupt kein oder ein niedrigeres als das durchschnittliche Beamtengehalt anderer beamteter Ärzte in gleichen Stellungen beziehen. Nach dem Wortlaut der Sparverordnung müssen auch diese Ärzte die Abgaben in gleicher Weise wie andere Ärzte von den 10.000 DM übersteigenden Einnahmen aus Nebentätigkeit leisten, obgleich sie nicht, wie die besoldeten Ärzte, daneben noch ihr Gehalt beziehen. Diese Unbilligkeit, von der im übrigen der Kläger nicht betroffen wird, da er ein regel-

rechtes Gehalt bezieht, ist aber durch die Ausführungsbestimmungen zu § 10 Abschnitt III Abs 1 ausdrücklich beseitigt, da für solche Ärzte, die "auf Grund ihrer besonderen Anstellungsverträge keine Bezüge nach der Reichsbesoldungsordnung oder nach der TOA haben oder deren Bezüge hinter diesen Sätzen zurückbleiben, sich der verbleibende Mindestbetrag von 10.000 DM um den Betrag erhöht, der ihnen nach dem Reichsbesoldungsrecht oder der TOA bei hauptamtlicher Anstellung zustehen würde".

Ein Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz ist daher in der Regelung des § 10 SparVO nicht zu erblicken.

Mithin hält § 10 der 3. SparVO sich im Rahmen der durch § 27 Abs 2c UmstG erteilten Ermächtigung und ist daher nicht wegen Überschreitung dieser Ermächtigung nichtig.

V.

Der Senat geht also nach dem Ausgeführten davon aus, dass § 10 SparVO gerade keine "Regelung des Unkostenfaktors", sondern praktisch die prozentuale Beteiligung der Krankenhäuser an den für die ärztliche Behandlung zu zahlenden Honoraren bedeutet. N[redacted] (Der Krankenhausarzt 1949, 4/167) vertritt die Ansicht, dass eine prozentuale Beteiligung des Krankenhausträgers an dem Honorarerlös der freiliquidierenden Ärzte insoweit gegen die guten Sitten verstosse und daher gemäss § 138 Abs 1 BGB nichtig sei, als diese prozentuale Beteiligung den tat-

sächlichen Unkostenfaktor aus der Inanspruchnahme der Krankenhausapparatur anlässlich der freiberuflichen Tätigkeit des Chefarztes übersteige. N[redacted] leitet das aus der Rechtsprechung, insbesondere der des Reichsgerichts, über die Unsittlichkeit des Praxisverkaufs des Arztes bezw. des Anwalts, des Empfehlungsvertrages unter Ärzten bezw. Anwälten über Empfehlung gegen Entgelt und der Vereinbarung eines Erfolgshonorars unter Anwälten her. Aus dieser Rechtsprechung ergebe sich der Grundsatz, dass es im Allgemeininteresse liege, die Gestaltung der Vertragsbeziehungen der freiberuflich tätigen Ärzte und Anwälte in ihrem Verhältnis zum Patienten bezw. Klienten von Einflüssen freizuhalten, die letztlich praktisch auf eine Belastung des Patienten und Klienten hinausliefen. Diese Gefährdung bestehe aber durch die prozentuale Honorarbeteiligung des Krankenhausträgers, denn dem Arzt werde dadurch ein Teil seines "gerechten Lohnes" genommen und er in die Versuchung gebracht oder ihm sogar ein Recht gegeben, die seitens des Krankenhauses geschehene Belastung auf den Patienten weiter abzuwälzen. Das genüge aber, um die Honorarbeteiligung als unsittlich erscheinen zu lassen.

Die Ausführungen N[redacted] können auf den hier vorliegenden Fall unmittelbar schon deshalb nicht angewandt werden, weil der Kläger auch hinsichtlich der Gebiete für die ihm das Eigenliquidationsrecht zusteht, keine freiberufliche Tätigkeit ausübt, sondern auch insoweit die ihm aus seinem Amt obliegenden Dienstverpflichtungen erfüllt. Aber selbst wenn die Erwägungen N[redacted] auf die Rechtsverhältnisse des Klägers und auf die

Abführung eines Teils der Honorare an den Dienstherrn übertragen werden könnten, so würde sich daraus nicht die Nichtigkeit des § 10 SparVO wegen Verstosses gegen die guten Sitten ergeben.

Während N[redacted] seine Erwägungen vor allem darauf aufbaut, dass Nichtigkeit dann vorliege, "wenn der Vertrag dem Arzt unverhältnismässig schwere Belastungen auferlegt, infolge deren zu befürchten ist, dass er darauf angewiesen sein werde, unter Ausserachtlassung der Interessen seiner Patienten die Erzielung besonders hoher Einnahmen anzustreben" (vgl bei Praxisverkauf RGZ 115, 172/174), weist Molitor (Krankenhausarzt und Chefarzt S 67-69) mit Recht darauf hin, dass der Sinn des Verbotes des Verkaufs einer ärztlichen Praxis der sei, "dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und dem seine Hilfe suchenden Publikum nicht dadurch gestört werden solle, dass ein Arzt an seine Stelle einen anders gearteten und vielleicht weniger Vertrauen verdienenden Arzt als Nachfolger unterschieben könnte", ein Fall, der zwar bei einem Praxisverkauf unter Ärzten vorliegen kann, der aber nicht bei jedem Praxisverkauf und insbesondere dann nicht vorzuliegen braucht, wenn nicht der Arzt, sondern dessen Witwe der Verkäufer der Praxis ist (vgl RGZ 153, 280/286). Gerade dieses zweite in der neueren Rechtsprechung besonders herausgestellte Moment des Vertrauensmissbrauchs scheidet für das Verhältnis zwischen Chefarzt und Krankenhausträger völlig aus und wird durch die Einführung einer Honorarbeteiligung überhaupt nicht betroffen, weil ein Wechsel in der Person des Arztes nicht erfolgt (Molitor aaO S 68/69). Insoweit ist daher

die Übertragung der Grundsätze hinsichtlich des Praxisverkaufs auf die Honorarbeteiligung des Krankenhausträgers überhaupt nicht möglich und führt daher auch nicht zur Beurteilung einer solchen Honorarbeteiligung als unsittlich. Aus den gleichen Erwägungen scheidet aber auch die Anwendung der Grundsätze über den Empfehlungsvertrag aus. Die Grundsätze über das Verbot eines Erfolgshonorars bei Anwälten sind ihrem Wesen nach schon deshalb auf den Arzt nicht anwendbar, weil der Rechtsanwalt nur wegen seiner Eigenschaft "als Organ der Rechtspflege" "die erforderliche Freiheit gegenüber seinem eigenen Mandanten wahren muss"(RGZ 142, 70/73), ein Moment, das für das Verhältnis Arzt - Patient nicht in Betracht kommt.

Die Gefahr, dass der Arzt in Hinblick auf die "Honorarbeteiligung" des Krankenhauses seine Honorare möglichst hoch ansetzt, ist im vorliegenden Fall bereits dadurch gemindert, dass dem Kläger nicht schlechthin ein freies Liquidationsrecht gewährt ist, sondern dass ihm gewisse Richtlinien für die Bemessung seiner Honorare gegeben sind. Ausserdem würde ein beamteter Arzt gegen seine Dienstpflichten verstossen, wenn er im Hinblick auf die zulässige Kürzung seiner Bezüge durch den Dienstherrn seine Honorare im Rahmen des Eigenliquidationsrechts zum Ausgleich für diese erlaubten Kürzungen willkürlich höher festsetzen würde. Der ihm zustehende "gerechte Preis" wird durch die Honorarbeteiligung des Dienstherrn nicht beschnitten, denn nach den Anstellungsbedingungen und den in Betracht kommenden Besoldungsgesetzen ist der Dienstherr gerade in der Lage, die Gesamtbezüge der beamteten

Ärzte entsprechend den jeweiligen Verhältnissen herabzusetzen. Selbst wenn diese Herabsetzung durch Anordnung der Abgabe eines Teils der Honorare aus amtlicher Tätigkeit erfolgt, so stellen diese verkleinerten Gesamtbezüge immer noch einen "gerechten Preis" für die Tätigkeit dieses Arztes in seiner Eigenschaft als Beamter dar, wozu aber auch gerade die Tätigkeit zählt, für die er selbst liquidieren darf.

Endlich könnte die Unsittlichkeit einer Honorarbeteiligungsvereinbarung generell daraus hergeleitet werden, dass ein gesellschaftlicher Zusammenschluss zwischen einem Nichtarzt und einem Arzt in der Form, "dass der Nichtarzt an dem Liquidationserlös des Arztes wegen Zurverfügungstellung materieller Mittel seinerseits anteilig teilnimmt", mit den ärztlichen Standespflichten unvereinbar wäre. Jedoch liegt ein solches Verhältnis zwischen dem Arzt und einem nur finanziell beteiligten Nichtarzt bei den Beziehungen zwischen Chefarzt und Krankenhaus keinesfalls schlechthin vor. N[redacted] selbst weist (Der Krankenhausarzt 1949 S 4/1/7) darauf hin, dass sowohl die Chefärzte und Ärzte einerseits wie die Krankenhäuser andererseits "auf dem grossen Sektor der Volksgesundheit eine wichtige und insoweit konkurrenzlose Gemeinschaftsaufgabe ausüben". Er spricht von einem dadurch entstehenden "engen Kontakt zwischen Chefärzten und Krankenhäusern" und bezeichnet "Krankenhaus und Chefarzt als in wechselseitige Berührung tretende Komponenten von Vertragsbeziehungen". N[redacted] (aaO S 9) spricht davon, es sei nicht zu verkennen, dass die Einführung der eigen-

liquidierenden Tätigkeit des Chefarztes im Krankenhaus für diesen namentlich in der neueren Zeit infolge der technischen Vervollkommnung der Krankenhäuser oft sehr wichtig sei und auch einen beachtlichen wirtschaftlichen Wertfaktor darstelle. Arzt und Krankenhaus sind daher nicht in völlig voneinander abweichender Art, der Arzt durch Gewährung ärztlicher Hilfe, das Krankenhaus nur durch finanzielle Aufwendungen, an der Herbeiführung des erstrebten Zieles der Gesundung des Patienten beteiligt; vielmehr übt auch das Krankenhaus in gewissem Umfange eine in seiner Wichtigkeit nicht zu unterschätzende Aufgabe bei der Pflege der Gesundheit aus. Es erscheint daher in keiner Weise standeswidrig, wenn die beiden an der Gesundheitspflege beteiligten Teile (Arzt und Krankenhaus) an dem Honorar beteiligt werden, jedenfalls dann, wenn die Erzielung dieses Honorars gerade mit darauf beruht, dass der Arzt die Krankenhausapparatur benützen kann.

Für den jeweils in Betracht kommenden Einzelfall könnte die Unsittlichkeit der Honorarbeteiligung aus deren Höhe hergeleitet werden. Etwas derartiges ist aber hinsichtlich der in § 10 SparVO angeordneten Sätze bisher nicht geltend gemacht worden. Dabei ist zu beachten, dass nach der Regelung der Sparverordnung dem eigenliquidierenden Chefarzt zunächst Honorareinnahmen bis zu 10.000 DM ohne Abzug verbleiben. Darüberhinaus beträgt der Abzug 50 %, d. h. also, dass auch von den darüber hinausgehenden Beträgen dem Chefarzt die Hälfte der Liquidation verbleibt. Hinzu tritt das Gehalt des Chefarztes. Der Chefarzt behält also einen ganz erheblichen Anteil an den Honorareinnahmen.

Im übrigen kommt es nicht allein auf die Höhe dieser Abzüge an, sondern auch darauf, aus welchen Motiven diese Abzüge erfolgen (RGZ 150, 1 ff). Dazu ergibt sich aus § 10 Ziff 5 SparVO, dass die an den Dienstherrn abzuführenden Einnahmen "zur Verstärkung der persönlichen, sachlichen und allgemeinen Verwaltungsaufgaben der Institute und Krankenhausanstalten zu verwenden sind". Gerade wenn es dem Krankenhaus aus technischen Gründen nicht möglich ist, seine Leistungen auch nach Massgabe gewisser persönlicher Faktoren von den Patienten bezahlen zu lassen, sondern wenn die Bezahlung im Verhältnis zwischen Krankenhaus und Patient "stets einen tarif- und taxmässigen Umfang annehmen muss", so erscheint es doch nicht unbillig, wenn das Krankenhaus diese sich aus technischen Schwierigkeiten ergebende Unmöglichkeit der Honorierung nach Massgabe gewisser persönlicher Faktoren sich dadurch verschafft, dass es sich gerade in solchen Fällen einen prozentualen Anteil an dem Honorar seines Chefarztes zahlen lässt, der seinerseits in der Lage ist, diese persönlichen Faktoren bei seiner Honorargestaltung zu berücksichtigen (vgl Beispiel bei Nipperdey aaO S 12: Magenoperation bei der indischen Prinzessin für 5000 DM und gleiche Operation bei dem Amtsgerichtsrat für 300 DM). Mithin entfällt auch das für die Unsittlichkeit erforderliche subjektive Moment.

Auch wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs 1 BGB) ist § 10 SparVO daher nicht nichtig.

Mithin ist die Bestimmung des § 10 SparVO rechtsgültig. Der beklagte Landesverband zieht daher dem Kläger auf Grund dieser Bestimmung erlaubterweise von den 10.000 DM übersteigenden Honoraren aus seiner zum Selbstliquidieren berechtigenden Tätigkeit (Krankenhausbehandlung der Patienten I. und II. Verpflegungsklasse) 50 % ab.

Deshalb ist die Klage unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Senatspräsident Prof.Dr.Riese
ist beurlaubt und an der
Unterschrift verhindert.

Meiß Meiß Dr. Pagendarm

Dr.Gelhaar Dr.Rotberg