

# Zum Anspruch des Chefarztes auf Vergütung für ambulante Notfallbehandlungen<sup>1</sup>

Prof. Dr. jur. Winfried Boecken, LL.M. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Rechtsanwalt Dr. jur. Peter Kühn, Universität Konstanz

Zwei rechtskräftige, im Ergebnis divergierende Urteile des LAG Köln geben Anlass, der Frage nachzugehen, wem die kassenärztlichen Liquidationseinnahmen für ambulante Notfallbehandlungen zustehen – dem die Behandlungen ausführenden Chefarzt oder dem Krankenhausträger? Von entscheidender Bedeutung hierfür ist, ob es sich bei den ambulanten Behandlungen in Notfällen um arbeitsvertraglich geschuldete und damit nicht zusätzlich zu vergütende Hauptleistungspflichten des Chefarztes handelt oder ob die ambulanten Notfalleistungen im Rahmen einer genehmigten Nebentätigkeit ausgeführt wurden mit der Folge, dass die Vergütung dem Chefarzt zusteht.

## I. Einleitung

Während die 11. Kammer des LAG Köln in einer Entscheidung vom 11.4.2003 die kassenärztliche Vergütung abzüglich einer dem Grunde wie der Höhe nach unstreitig dem Krankenhausträger zustehenden Kostenerstattungspauschale dem Chefarzt zusprach,<sup>2</sup> kam die 7. Kammer desselben Gerichts im Jahre 2005 für einen anderen zwischen den denselben Parteien streitbefangenen Entscheidungszeitraum zu dem gegenteiligen Ergebnis.<sup>3</sup>

Der den genannten Entscheidungen zugrunde liegende Sachverhalt war in den wesentlichen Punkten identisch. Zwischen Krankenhausträger und Chefarzt bestand ein an das Vertragsmuster des Diözesan-Caritasverbandes angelehnter Dienstvertrag vom 1.2.1995, dessen für die vorstehend aufgeworfene Frage relevanten Regelungen in § 2 Abs.

2 betreffend den Umfang der dienstlichen Aufgaben des Chefarztes wie folgt lauten:

*„1. Der Arzt ist für die medizinische Versorgung der Kranken in seiner Abteilung verantwortlich. Er hat nach Maßgabe der vom Träger bestimmten Aufgabenstellung und Zielsetzung des Krankenhauses und seiner Abteilung alle ärztlichen Tätigkeiten, soweit sie nicht nach der jeweils gültigen Nebentätigkeitserlaubnis ausdrücklich zu den Nebentätigkeiten gehören, nach dem jeweils neuesten Stand der gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu besorgen.*

*Hierzu gehören insbesondere folgende Aufgaben:*

*(...)*

*c) die ambulante Behandlung in Notfällen,*

*(...).“*

Darüber hinaus enthielt § 16 Abs. 2 des Anstellungsvertrages eine Schriftformklausel, nach der „mündliche

Vereinbarungen keine Gültigkeit haben“ sollen.

Des Weiteren wurde dem Chefarzt am 1.2.1995 „die Erlaubnis zur Ausübung nachfolgender Nebentätigkeiten in seinem Fachgebiet“, „soweit diese Tätigkeiten nicht Dienstaufgaben sind“, eingeräumt, wobei im Folgenden unter anderem als Nebentätigkeit ausdrücklich genannt wird:

*„1.1 Ambulante Beratung und Behandlung im Krankenhaus (Sprechstuentätigkeit).*

*(...)“*

<sup>1</sup> Zugleich Besprechung der Urteile des LAG Köln vom 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v. und vom 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f. (Kurz wiedergabe m. Anm. Schäfer-Gözl/Langner).

<sup>2</sup> LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v.

<sup>3</sup> LAG Köln 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f. Eine höchstrichterliche Klärung der Problematik durch das BAG konnte nachgehend nicht erfolgen, da sich die eingelegte Revision auf andere Weise als durch Urteilspruch erledigte, siehe BAG 8.3.2006 - 5 AZR 564/05 - n.v.

Seit Beginn des Anstellungsverhältnisses rechnete der Krankenhausträger die Notfallleistungen gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (KÄV) ab und leitete die ausgekehrten Beträge abzüglich der Kostenerstattungspauschale stets widerspruchlos an den Chefarzt weiter. Diese Vorgehensweise erfolgte schon bei den Vorgängern des Chirurgie-Chefarztes und war auch bei den Chefarzten der anderen Abteilungen ständige Praxis. Nachdem bei einer Sachbearbeiterin des Krankenhausträgers infolge einer externen Schulungsveranstaltung Bedenken gegen die Abrechnungspraxis aufkamen, wurden die kassenärztlichen Liquidationseinnahmen für Notfallbehandlungen ab dem 4. Quartal 2000 nicht mehr an den Chefarzt abgeführt.

Die 11. Kammer des LAG Köln<sup>4</sup> kam zu dem Ergebnis, dass die kassenärztlichen Einnahmen aus den ambulanten Notfallbehandlungen dem Chefarzt zustünden. Auch die in § 2 des Arbeitsvertrages erfasste „ambulante Behandlung in Notfällen“ sei als „ambulante Behandlung“ im Sinne der Nebentätigkeitsgenehmigung anzusehen. Da sich Arbeitsvertrag und Nebentätigkeitsgenehmigung gegenseitig formal den Vorrang einräumten, liege ein nicht durch Auslegung zu lösender Widerspruch (so genannte Perplexität) zwischen den beiden Regelungswerken

vor. Mit Blick auf die so genannte Unklarheitenregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB, wonach Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) zu Lasten des Verwenders gehen, wurde die dem Chefarzt hinsichtlich der Vergütungsfrage günstigere Nebentätigkeitsgenehmigung als speziellere Regelung angesehen. Dies ergebe sich auch im Wege der Auslegung der Vereinbarungen gemäß § 133 BGB anhand des unter Berücksichtigung der jahrelangen Abrechnungspraxis zum Ausdruck gelangten Parteiwillens. Jedenfalls seien die Grundsätze der *falsa demonstratio non nocet* anzuwenden, wonach eine irrtümliche Falschbezeichnung der Geltung des übereinstimmend Gewollten nicht entgegensteht.

Anderer Auffassung als die 11. Kammer war zwei Jahre später die 7. Kammer des LAG Köln.<sup>5</sup> Dem Chefarzt stehe keine gesonderte Vergütung für die ambulanten Notfallbehandlungen zu. Diese seien nicht als Nebentätigkeit, sondern als Dienstaufgabe anzusehen und mit dem Gehalt abgegolten. Der Wortlaut der Regelungen sei klar und eindeutig. Die „ambulante Behandlung in Notfällen“ lasse sich nicht unter die „ambulante Beratung und Behandlung (Sprechstundentätigkeit)“ gemäß Nr. 1.1 der Nebentätigkeitsgenehmigung subsumieren. Jedenfalls liege keine im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 des Anstellungsvertrages „ausdrückliche“ Nennung der ambulanten Notfallbehandlungen in der Nebentätigkeitsgenehmigung vor. Eine besondere Vergütungsvereinbarung oder eine konkludente Vertragsänderung aufgrund eines übereinstimmenden Parteiwillens könne trotz der gegenteiligen jahrelangen praktischen Handhabung der Abrechnungspraxis schon wegen der Schriftformklausel in § 16 Abs. 2 des Arbeitsvertrages nicht angenommen werden.

Im Folgenden soll den damit angesprochenen Fragen über den Inhalt

und die Auslegung des Chefarzt-Vertrages nachgegangen werden. Zunächst erfolgt eine eingehende Beurteilung des Anspruchs des Chefarztes auf die Vergütung für ambulante Notfallbehandlungen ausgehend von Wortlaut und Systematik der getroffenen Vereinbarungen, auch unter Berücksichtigung AGB-rechtlicher Grundsätze.<sup>6</sup> Sodann wird der dogmatisch wie praktisch bedeutsamen Frage nachgegangen, ob und inwieweit die tatsächliche Durchführung eines Vertragsverhältnisses Rückschlüsse auf den von den Parteien vereinbarten und gewollten Inhalt des Vertrages zulässt und ob die dauerhafte Vertragspraxis geeignet ist, auch gegen den eindeutigen Wortlaut eines Arbeitsvertrages die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien zu bestimmen.<sup>7</sup> Daran anschließend wird auf die vereinbarte Schriftformklausel eingegangen.<sup>8</sup> Des Weiteren werden die seitens des Krankenhausträgers vorgebrachten sonstigen Einwände gegen die Einordnung der ambulanten Notfallbehandlungen als Nebentätigkeit untersucht.<sup>9</sup> Schließlich wird die Rechtsfigur der betrieblichen Übung näher betrachtet.<sup>10</sup>

Die Problematik ist wirtschaftlich von erheblicher Bedeutung. Das zeigt sich vorliegend schon daran, dass der Umfang der ambulanten Notfallbehandlungen bezogen auf die Gesamtheit aller ambulanten Einnahmen aus Nebentätigkeiten des Chefarztes ca. 65 vom Hundert beträgt.<sup>11</sup>

## II. Zur Frage eines Anspruchs auf Vergütung für ambulante Notfallbehandlungen

Von dem zwischen Chefarzt und Träger bestehenden Anstellungsvertrag<sup>12</sup> vom 1.2.1995 als Rechtsgrundlage für die arbeitsvertraglich auszu-tauschenden Hauptleistungspflichten ist die am gleichen Tage erteilte

4 LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v.  
 5 LAG Köln 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f.  
 6 Siehe dazu sogleich folgend II. 1.  
 7 Näher zur Vertragsauslegung unter Berücksichtigung des durch die dauerhafte praktische Vertragsdurchführung zum Ausdruck gelangenden Parteiwillens folgend unter II. 2.  
 8 Dazu folgend II. 3.  
 9 Siehe dazu unter II. 4.  
 10 Zur betrieblichen Übung siehe III.  
 11 In dem Rechtsstreit LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v. verlangte der Krankenhausträger über 95.000 EUR vom Chefarzt zurück.  
 12 Zu dessen Rechtsnatur als Arbeitsvertrag siehe noch folgend unter II. 1.



geordneter Oberbegriff anzusehen ist, welcher auch die ambulanten Notfallbehandlungen einschließt. Es handelt sich vielmehr um zwei verschiedene Arten ambulanter Tätigkeiten, die nicht in einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen. Ambulante Notfallbehandlungen und Sprechstundentätigkeit unterscheiden sich klar voneinander. Der Klammerzusatz „Sprechstundentätigkeit“ spricht somit unter dem Aspekt der Wortlaut- wie der systematischen Auslegung dagegen, die vom Chefarzt erbrachten ambulanten Notfallbehandlungen als Nebentätigkeit anzusehen. Zudem ist die „ambulante Behandlung in Notfällen“ in § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 3 lit. c) des Arbeitsvertrages explizit als Dienstaufgabe des Chefarztes aufgeführt. Auch dies steht einer Subsumtion derartiger Tätigkeiten unter den Begriff der „ambulanten Behandlung und Beratung (Sprechstundentätigkeit)“ im Sinne von Nr. 1.1 der Nebentätigkeitsgenehmigung entgegen. Denn es liegt keine „ausdrückliche“ Nennung der ambulanten Notfall-Behandlungen in der Nebentätigkeitsgenehmigung vor, wie es § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 des Anstellungsvertrages für den Eintritt der Vorrangwirkung der Nebentätigkeitsgenehmigung fordert. Den Ausführungen der 7. Kammer des LAG Köln<sup>24</sup> ist in diesem Punkt zuzustimmen. Die vom Chefarzt erbrachten ambulanten Behandlungen in Notfällen sind somit

nach Wortlaut wie Systematik der Regelungen als Dienstaufgabe im Sinne des Arbeitsvertrages und nicht als Nebentätigkeit anzusehen.

Vor diesem Hintergrund kann entgegen der Ansicht der 11. Kammer des LAG Köln<sup>25</sup> sogenannte Perplexität, das heißt, die auch durch Auslegung nicht zu beseitigende Widersprüchlichkeit mehrerer Regelungen, nicht angenommen werden. Im Übrigen würde die Rechtsfolge der Perplexität – Unwirksamkeit der Regelungen – nicht ohne Weiteres zu einem besonderen Vergütungsanspruch des Chefarztes für die Notfallbehandlungen führen.

Ferner führen auch die von der 11. Kammer des LAG Köln<sup>26</sup> hilfsweise bemühten Grundsätze der *falsa demonstratio non nocet* nicht weiter. Nach dieser Rechtsfigur gilt trotz einer irrtümlichen Falschbezeichnung das übereinstimmend von beiden Parteien Gewollte.<sup>27</sup> Eine Falschbezeichnung kann indes vorliegend nicht festgestellt werden. Vielmehr sind die Regelungen über die ambulanten Behandlungen in Notfällen hinreichend klar. Es handelt sich nach Wortlaut und Systematik der Vereinbarungen, wie gerade gezeigt, zunächst um eine arbeitsvertragliche Dienstaufgabe des Chefarztes.<sup>28</sup>

Fraglich ist, ob sich unter Berücksichtigung der Vorgaben zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nach §§ 305 ff. BGB eine von der soeben gefundenen Einord-

nung der ambulanten Notfallbehandlungen als Dienstaufgabe abweichende Einschätzung ergibt. Bei der Auslegung des vorformulierten Chefarztvertrages sind für den hier in Rede stehenden Bereich insbesondere der AGB-rechtliche Grundsatz der objektiven Auslegung und die sogenannte Unklarheitenregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu beachten.<sup>29</sup>

Zunächst muss der sachliche wie persönliche Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften eröffnet sein. Bei dem zu untersuchenden Anstellungsvertrag des Chefarztes, der sich an den Mustervertrag des Diözesan-Caritasverbandes anlehnt, handelt es sich um einen für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Vertrag, der dem Chefarzt als Vertragspartner vom Krankenhausträger als Klauselverwender gestellt wurde. Somit liegen AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vor.<sup>30</sup>

Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung<sup>31</sup> wurde mit Wirkung zum 1.1.2002 die frühere Bereichsausnahme der AGB-Kontrolle für Arbeitsverträge nach § 23 Abs. 1 AGBG a.F. gestrichen. Der angestellte Chefarzt ist nach allgemeiner Auffassung Arbeitnehmer, der Anstellungsvertrag mit dem Krankenhausträger ein Arbeitsvertrag.<sup>32</sup> Bei der Anwendung der AGB-Regelungen auf Arbeitsverträge sind gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“.<sup>33</sup>

22 Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2007, S. 160 ff.; MünchKomm-BGB/Busche, Band 1/1, 5. Aufl. 2006, § 133 Rdnr. 12, § 157 Rdnr. 3, jeweils m.w.N.

23 LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v.

24 LAG Köln 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f.

25 LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v.

26 LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v.

27 Näher Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2007, S. 162 f.; MünchKomm-BGB/Busche, Band 1/1, 5. Aufl. 2006, § 133 Rdnr. 14, 57, jeweils m.w.N.

28 Zur Berücksichtigung der abweichenden dauerhaften Vertragspraxis siehe noch folgend unter II. 2.

29 Allgemein zur AGB-Inhaltskontrolle des Chefarztvertrages Wern, Die arbeitsrechtliche Stel-

lung des leitenden Krankenhausarztes, 2004, S. 41 ff. m.w.N.

30 Zum Begriff der AGB siehe Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2007, S. 207 ff. Es wird mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vorliegend unterstellt, dass die Klauseln betreffend die Nebentätigkeit nicht zwischen Chefarzt und Träger individuell ausgehandelt worden sind. Andernfalls läge eine der AGB-Kontrolle von vornherein entzogene Individualabrede vor, § 305b BGB.

31 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I, S. 3138, 3187, 3188).

32 Arbeitnehmer ist nach der herkömmlichen Begriffsbestimmung, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und weisungsabhängig zur Leistung von Diensten an einen anderen verpflichtet ist. Nach gefestigter

Rechtsprechung des BAG (BAG 27.7.1961 - 2 AZR 255/60 - NJW 1961, 2085 f.; zuletzt etwa BAG 6.10.2005 - 2 AZR 362/04 - NZA-RR 2006, S. 416 ff.), der die ganz überwiegend vertretene Ansicht in der Literatur folgt (siehe nur AnwKommArbR/Schöne, 1. Aufl. 2007, § 611 BGB Rdnr. 104 m.w.N.), ist der mit dem Krankenhausträger geschlossene „Anstellungsvertrag“ als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, der Chefarzt mithin Arbeitnehmer. Näher zum Ganzen Peris, Die Rechtsbeziehung zwischen angestelltem Chefarzt und Krankenhausträger, 2002, S. 59 ff.; Wern, Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes, 2004, S. 9 ff.

33 Näher zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht AnwKommArbR/Hümmerich, 1. Aufl. 2007, Vor §§ 305-310 BGB Rdnr. 1 ff., § 310 BGB Rdnr. 24 ff.



Regelungen im Arbeitsvertrag und in der Nebentätigkeitsgenehmigung zunächst um eine Dienstaufgabe des Chefarztes handelte,<sup>43</sup> kommt doch aufgrund der dauerhaft abweichenden Praxis der Weiterleitung der Einnahmen an den Chefarzt zum Ausdruck, dass ambulante Notfallbehandlungen von den Beteiligten stets als gesondert zu vergütende Nebentätigkeit angesehen wurden.<sup>44</sup>

Zwar kann das nachträgliche Verhalten der Vertragspartner den bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Vertragserklärungen nicht mehr beeinflussen.<sup>45</sup> Es kann aber Anhaltspunkte für den tatsächlichen Willen der Vertragsparteien enthalten und somit für die Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB von Bedeutung sein.

Besteht ein Widerspruch zwischen der schriftlichen Vereinbarung und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages, so ist die letztere maßgebend. Denn aus der praktischen Handhabung lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien ausgegangen sind.<sup>46</sup> Es entspricht daher allgemeiner Auffassung und ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass eine übereinstimmende Vertragsanwendungspraxis im Zweifel auf einen übereinstimmenden Vertragswillen zurückgeht.<sup>47</sup>

Ein Rückschluss vom tatsächlich praktizierten auf den ursprünglich redlicherweise von den Parteien gewollten Vertragsinhalt lässt sich in einer Vielzahl von Fallgestaltungen ziehen. Insbesondere bei den sogenannten Statusfragen, das heißt, ob ein vom Dienstgeber Beschäftigter im Rechtssinne als Arbeitnehmer oder aber als freier Mitarbeiter bzw. Selbständiger anzusehen ist, ist anerkannt, dass nicht die gewählte Vertragsbezeichnung, sondern der tatsächlich praktizierte Geschäftsinhalt maßgeblich ist.<sup>48</sup> Sind danach die materiellen Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs<sup>49</sup> erfüllt, so ist die Arbeitnehmereigenschaft unabhängig von der Bezeichnung des Vertrages oder des Mitarbeiters gegeben.<sup>50</sup> Auch die Grundsätze der betrieblichen Übung, wonach einem Arbeitnehmer infolge mehrfacher Gewährung ein dauerhafter Anspruch auf die vertraglich nicht ausdrücklich vorgesehene Leistung seines Arbeitgebers eingeräumt wird, beruhen der Sache nach auf ähnlichen Erwägungen.<sup>51</sup> Bereits diese Beispiele zeigen, dass ein sich anhand der praktischen Vertragsdurchführung verdeutlichender Parteiwillen bei der Vertragsauslegung beachtlich ist.

Bezogen auf den hier in Frage stehenden Vertrag lässt die dauerhafte andersartige Vertragspraxis, die sich bei allen Chefarzten ausnahmslos wiederfindet, den Schluss zu, dass dem Chefarzt nach dem übereinstimmenden Willen der Vertrags-

schließenden die Liquidationseinnahmen für die ambulanten Notfallbehandlungen deshalb zukommen sollten, weil diese als **Nebentätigkeiten angesehen wurden**.<sup>52</sup> Es ist hingegen nicht anzunehmen, dass der Träger die Einnahmen für die ambulanten Notfallbehandlungen deshalb an den Chefarzt weitergeleitet hat, weil damit eine als arbeitsvertragliche Dienstaufgabe angesehene Tätigkeit zusätzlich vergütet werden sollte.<sup>53</sup> Dies liegt fern, weil insbesondere mit dem an den Chefarzt gezahlten Festgehalt<sup>54</sup> die arbeitsvertraglich geschuldeten Dienstaufgaben abgegolten sein sollen (siehe § 611 Abs. 1 BGB).

Die ambulanten Notfallbehandlungen wurden jedoch von den Vertragsparteien vorliegend nicht als Dienstaufgabe angesehen, sondern als Nebentätigkeit. Diese Einordnung bedeutet bezogen auf die Vergütung, dass dem Chefarzt ein gesonderter, vom Festgehalt nicht erfasster Anspruch zustehen musste, der durch die Weiterleitung der kassenärztlichen Einnahmen an ihn erfüllt wurde.

Somit ergibt die ständige Vertragsdurchführung, dass die ambulanten Notfallbehandlungen entgegen dem objektiven Aussagegehalt des Wortlauts der vertraglichen Vereinbarungen von den Parteien nicht mehr als mit dem (Fest-)Gehalt abgegoltene

44 LAG Köln 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f. prüft hingegen trotz der Einordnung der ambulanten Notfallbehandlungen als Dienstaufgabe das Zustandekommen einer gesonderten Vergütungsvereinbarung. Dies überzeugt nicht, da durch die Weiterleitung der Einnahmen an den Chefarzt gerade die Einordnung der Notfallbehandlungen als Nebentätigkeit zum Ausdruck gebracht wird. Die Konstruktion einer selbständigen Vergütungsvereinbarung für eine arbeitsvertragliche Dienstaufgabe wirkt künstlich.

45 BGH 24.6.1988 - V ZR 49/87 - NJW 1988, S. 2878, 2879 m.w.N.

46 St. Rspr., siehe nur BAG 13.1.1983 - 5 AZR 149/82 - NJW 1984, S. 1985, 1988 m.w.N.

47 BAG 29.7.2003 - 9 AZR 100/02 - NZA 2003, S. 1276, 1277; BAG 30.1.1991 - 7 AZR 497/89 - NZA 1992, S. 19, 20 ff.; BGH 16.10.1997 - IX ZR 164/96 - NJW-RR 1998, S. 259 f.; ebenso am Beispiel der betrieblichen Übung Bepler, Betriebliche Übungen - Ein erweiterter Rechtsprechungsbericht, RdA 2004, S. 226, 234; MünchArb/Richardi, Band 1, 2. Aufl. 2000, § 13 Rdnr. 17, 19, jeweils m.w.N.

48 Gleiches gilt etwa bei der Beurteilung von Vertretern selbständiger Handelsvertreter und persönlich abhängiger Handlungsgehilfen, siehe dazu BAG 13.1.1983 - 5 AZR 149/82 - NJW 1984, S. 1985, 1988 m.w.N.

49 Siehe zum Arbeitnehmerbegriff schon oben Fn. 32.

50 Siehe nur BAG 15.3.1978 - 5 AZR 819/76 - DB 1978, S. 1035, 1036 ff.; BAG 13.1.1983 - 5 AZR 149/82 - NJW 1984, S. 1985, 1988; BAG 15.6.1983 - 5 AZR 111/81 - NJW 1984, S. 2912; BAG 24.10.1990 - 6 AZR 37/89 - NZA 1991, S. 378, 380, jeweils m.w.N.

51 Zur betrieblichen Übung siehe noch ausführlich folgend unter III.

52 Zu den vom Krankenhausträger dagegen vorgebrachten Einwänden siehe unter II. 4.

53 Eben dies wird jedoch geprüft von LAG Köln 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f.

54 Zu weiteren Entgeltbestandteilen im Rahmen der Chefarzt-Vergütung siehe schon oben Fn. 20.



tragsfreiheit sowie zudem für den Bereich vorformulierter Verträge unter Hinweis auf den Vorrang der Individualabrede nach § 305b BGB zu kritisieren ist.<sup>65</sup>

Die 7. Kammer des LAG Köln differenziert in der Entscheidung vom 20.4.2005<sup>66</sup> bereits nicht zwischen einfacher und qualifizierter (doppelter) Schriftformklausel. Die Regelung in § 16 Abs. 2 des Arbeitsvertrages, wonach mündliche Vereinbarungen keine Gültigkeit haben sollen, ist eine einfache Schriftformklausel. Diese steht nach den vorstehenden Grundsätzen der Wirksamkeit einer konkludenten Vertragsänderung nicht entgegen, zudem ist die Aufhebung der Klausel selbst jederzeit formlos möglich. Ohne nähere Auseinandersetzung mit den Argumenten der ganz herrschenden Ansicht<sup>67</sup> wendet sich das LAG Köln gegen die Wirksamkeit einer formlosen Vertragsänderung unter Einschluss der Möglichkeit der Aufhebung der einfachen Schriftformklausel durch eine von dem ausdrücklich niedergelegten Vertragsinhalt abweichende mündliche oder konkludente Parteivereinbarung. In den Entscheidungsgründen finden sich lediglich Ausführungen dahingehend, dass eine Vereinbarung über eine mündliche Aufhebung der Schriftformklausel nur in eindeutigen Fällen, die keinen vernünftigen Zweifel übrig lassen, anerkannt werden könne, da eine Schriftformklausel gerade den Sinn habe, Rechtssicherheit zu gewährleisten und Beweisprobleme über den Inhalt mündlicher Absprachen auszuschließen. Dies müsse erst recht für nicht einmal mündlich ex-

pressis verbis, sondern konkludent geschlossene Vereinbarungen gelten. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es den Parteien eines Rechtsgeschäfts ausgehend von dem die Privatrechtsordnung tragenden Gedanken der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) im Rahmen der Vertragsfreiheit<sup>68</sup> freisteht, ein Geschäft formfrei abzuschließen. Der Grundsatz der Formfreiheit umfasst positiv die Möglichkeit der Festlegung einer bestimmten Form für ein Rechtsgeschäft sowie in negativer Hinsicht die Freiheit rechtsgeschäftlichen Handelns von Formvorgaben, soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle etwas anderes vorschreibt.<sup>69</sup> Das LAG Köln überbetont im Rahmen seiner knappen Begründung das Postulat der Rechtssicherheit und vernachlässigt dabei den Grundsatz der Vertragsfreiheit sowie den maßgeblichen Parteiwillen der Beteiligten, dem auf der Grundlage unserer Privatrechtsordnung zuallererst zur Geltung verholfen werden muss. Wenn sich die Vertragspartner, so wie hier, entsprechend der formlosen Absprache verhalten haben, spricht dies für die Annahme, sie hätten insoweit das Erfordernis der Schriftform beseitigen wollen.<sup>70</sup> Steht somit nach Vorstehendem die einfache Schriftformklausel in § 16 Abs. 2 des Arbeitsvertrages einer formlosen Vertragsänderung nicht entgegen, so kann einer konkludenten Vereinbarung aufgrund des sich anhand der Vertragspraxis zeigenden übereinstimmenden Parteiwillens dergestalt, dass die ambulanten Notfallbehandlungen als gesondert zu vergütende Nebentätigkeit anzusehen sind, nicht

aus Formgründen die Wirksamkeit abgesprochen werden.

#### 4. Zu den weiteren Einwänden des Krankenhausträgers

Auch die sonstigen Einwände des Krankenhausträgers gegen die Annahme einer Vertragsänderung betreffend die Einordnung der ambulanten Notfallbehandlungen als gesondert zu vergütende Nebentätigkeit greifen im Ergebnis nicht durch.

Insoweit wurde im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzungen zum Einen vorgebracht, die für die Gestaltung der Chefarzt-Dienstverträge zuständigen Entscheidungsträger, insbesondere die Geschäftsführer des Krankenhausträgers, hätten sich bis zum Jahr 2000 nie näher mit der Frage befasst, ob es sich bei den ambulanten Notfallbehandlungen um eine arbeitsvertragliche Dienstaufgabe oder um gesondert zu vergütende Nebentätigkeit des Chefarztes handelte. Daher fehle auf Seiten des Krankenhausträgers jegliches Regelungsbewusstsein, was der Annahme einer konkludenten Vertragsänderung entgegenstehe. Dies zeige sich auch daran, dass die ständige Abrechnungs- und Zahlungspraxis unmittelbar nach der Überprüfung im 3. Quartal 2000 geändert worden sei. Erst zu diesem Zeitpunkt sei ein Wille auf Seiten des Krankenhausträgers bezogen auf die Einstufung der ambulanten Notfallbehandlungen als Dienstaufgabe oder Nebentätigkeit überhaupt gebildet worden.

Dieser „Behauptung“<sup>71</sup> ist entgegenzuhalten, dass eine dauerhafte, gleichförmige übereinstimmende Vertragsanwendungspraxis nach all-

65 Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2007, S. 298; MünchKomm-BGB/Einsele, Band 1/1, 5. Aufl. 2006, § 125 Rdnr. 71; Roloff, Vertragsänderungen und Schriftformklauseln, NZA 2004, S. 1191, 1194 ff., jeweils m.w.N.

66 LAG Köln 20.4.2005 - 7 Sa 1306/04 - GesR 2007, S. 13 f.

67 Nachweise siehe oben Fn. 61.

68 Zur einfachrechtlichen Niederlegung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit siehe §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB.

69 Näher zum Grundsatz der Formfreiheit Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2007, S. 264 ff., 294 ff. m.w.N.

70 BGH 2.6.1976 - VIII ZR 97/74 - BGHZ 66, 378, 381 m.w.N. zur Senatsrechtsprechung.

71 Das LAG München wertet in seinem Urteil vom 15.1.1993 - 6 (9) Sa 381/91 - ArztR 1993, S. 241, 245, 246 f. m. zust. Anm. Dehong bezogen auf die gleiche Problematik den im dortigen Verfahren ebenfalls vorgebrachten Einwand, man habe von der bisherigen Handhabung nichts gewusst, unter Berufung auf die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 286 ZPO schlicht als Schutzbehauptung.

gemeiner Auffassung im Zweifel auf einen übereinstimmenden Vertragswillen zurückgeht.<sup>72</sup> Da aufgrund der vorbehaltlosen und widerspruchslösen Handhabung eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen eines Willens zum Abschluss eines Änderungsvertrages besteht,<sup>73</sup> wäre es Sache des Krankenhausträgers gewesen, einen gleichwohl fehlenden Vertragswillen darzulegen. Durch den bloßen Hinweis auf das angeblich fehlende Regelungsbewusstsein seitens der Geschäftsführer konnte weder die bestehende tatsächliche Vermutung erschüttert noch gar ein Beweis des Gegenteils geführt werden. Es ist anerkannt, dass rechtsgeschäftlich erhebliches Handeln auch durch schlüssiges Handeln erfolgen kann, dem aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Empfängers ein bestimmter Erklärungswert zukommt (§§ 133, 157 BGB).<sup>74</sup> Die stete Handhabung durch den Krankenhausträger spricht aus der Sicht eines Chefarztes vielmehr dafür, dass der Abrechnung und Weiterleitung der kassenärztlichen Liquidationseinnahmen gerade ein entsprechender Wille zur Vergütung der von Seiten des Chefarztes als Nebentätigkeit ausgeführten ambulanten Notfallbehandlungen zugrunde lag. **Es wäre Sache des Trägers gewesen, entgegen dieser aus dem dauerhaften und gleichförmigen Verhalten resultierenden tatsächlichen Vermutung den angeblich fehlenden rechtsgeschäft-**

**lichen Willen nachzuweisen.** Dabei wäre es im Übrigen nicht ausreichend gewesen vorzutragen, dass die Zahlungen an den Chefarzt irrtümlich erfolgt seien.<sup>75</sup> Denn ein rechtsgeschäftlich relevanter Wille zum Abschluss einer Vereinbarung kann auch dann vorliegen, wenn der Erklärende irrtümlich annimmt, zur Leistung verpflichtet zu sein. Anders wäre schon die Existenz der Irrtumsanfechtungsregelungen (insbesondere § 119 BGB) sowie der bereicherungsrechtlichen Vorschriften über die Rückforderung rechtsgrundlos erlangter Vermögensvorteile (§§ 812 ff. BGB) nicht zu erklären. Entscheidend für die Annahme einer Willenserklärung ist, ob dem Verhalten des Erklärenden aus der verobjektivierten Sicht des Empfängers ein auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichteter objektiver Erklärungsgehalt, getragen in subjektiver Hinsicht von einem Rechtsbindungswillen des Erklärenden, zukommt.<sup>76</sup> Dies ist, wie dargelegt, aus der entscheidenden Perspektive des Chefarztes der Fall.

Die Argumentation des Krankenhausträgers scheint zudem verschiedene Aspekte unzulässig zu vermischen. Die angeblich fehlende Kenntnis des Trägers von der möglichen ursprünglichen Rechtsgrundlosigkeit der Zahlungen ist zu unterscheiden von der Frage, ob die Weiterleitung der Gelder an den Chefarzt von ei-

nem rechtsgeschäftlich erheblichen Willen getragen war. Auf die positive Kenntnis davon, dass der Krankenhausträger allein nach dem objektiven Wortlaut der vertraglichen Regelungen über die ambulanten Notfallbehandlungen anfänglich nicht zu deren gesonderter Vergütung verpflichtet war, weil es sich dabei zunächst um arbeitsvertragliche Dienstaufgaben und nicht um Nebentätigkeit gehandelt hatte, kommt es vorliegend nicht an.<sup>77</sup> Es geht vielmehr darum, dass die Liquidationseinnahmen über den gesamten Vertragszeitraum stets wissentlich und willentlich vom Krankenhausträger an den Chefarzt weitergeleitet worden sind, der sie seinerseits als Vergütung für die erbrachten ambulanten Notfallbehandlungen ansehen musste und durfte.<sup>78</sup>

Zudem kann sich der Krankenhausträger auch deswegen nicht mit Erfolg auf ein bei den Geschäftsführern im Einzelfall möglicherweise fehlendes Regelungsbewusstsein berufen, weil es darauf unter einem weiteren Aspekt nicht ankommt. Nach den auf dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB<sup>79</sup> aufbauenden Grundsätzen der Wissenszurechnung bzw. Wissenszusammenrechnung<sup>80</sup> erfolgt eine Zurechnung von Wissen bzw. Kenntnissen<sup>81</sup> der die Abrechnung und Weiterleitung der Gelder tatsächlich ausführenden Sachbearbeiter zugunsten wie zulasten des Krankenhausträgers. Es besteht kein

72 Ausführlich dazu schon oben II. 2.

73 Allg. M., siehe nur BGH 16.6.1978 - V ZR 136/76 - DB 1978, S. 1831; BGH 17.1.1966 - II ZR 8/64 - NJW 1966, S. 286 f.; Palandt/Heinrichs, 66. Aufl. 2007, § 125 BGB Rdnr. 14a m.w.N.

74 Zu den Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen siehe schon oben II. 1.

75 Ausreichend wäre etwa eine substantiierte Einlassung des Krankenhausträgers dahingehend gewesen, dass die Zahlungen an die Chefarzte bewusst entgegen einer entsprechenden Anweisung seitens der Entscheidungsträger erfolgt seien. Entsprechender Vortrag unterblieb wohl vor allem deshalb, weil eine weisungswidrige Handhabung nicht vorlag, sondern die Abrechnung und Weiterleitung der Gelder an die Chef-

ärzte vielmehr im Einklang mit den Vorgaben des Trägers erfolgte.

76 Zu den in objektiver und subjektiver Hinsicht erforderlichen Bestandteilen einer Willenserklärung siehe im Einzelnen Boecken, BGB - Allgemeiner Teil, 2007, S. 127 ff. m.w.N.

77 Dieser Einwand mag zwar grundsätzlich in bereicherungsrechtlichen Rückforderungsprozessen von Bedeutung sein, da gemäß § 814 BGB nur die positive Kenntnis der Nichtschuld der Rückforderbarkeit einer rechtsgrundlosen Leistung entgegensteht, siehe MünchKommBGB/Lieb, Band 5, 4. Aufl. 2004, § 814 Rdnr. 10 ff. m.w.N.

78 Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist von der Redlichkeit des Chefarztes auszugehen, dem nicht ohne Weiteres die Kenntnis davon

unterstellt werden kann, dass der Krankenhausträger nach ursprünglicher Vertragslage nicht zur Abführung der Liquidationseinnahmen an ihn verpflichtet war.

79 Nach dieser Vorschrift kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

80 Näher dazu MünchKomm-BGB/Schramm, Band 1/1, 5. Aufl. 2006, § 166 Rdnr. 24 ff. m.w.N.

81 Neben der positiven Kenntnis sind insoweit auch Umstände erfasst, die der Betreffende hätte kennen können und müssen (sogenannte fahrlässige Unkenntnis, siehe dazu auch § 122 Abs. 2 BGB).

ernsthafter Zweifel daran, dass die kassenärztlichen Liquidationseinnahmen seitens der dafür zuständigen, vertretungsbefugten<sup>82</sup> Sachbearbeiter stets wissentlich und willentlich an den Chefarzt weitergeleitet worden sind. Zudem steht außer Frage, dass die Sachbearbeiter als Erfüllungsgehilfen des Krankenhausträgers im Sinne von § 278 S. 1 BGB anzusehen sind.<sup>83</sup> **Der Träger muss sich daher das Handeln sowie die Kenntnis der Sachbearbeiter der Abrechnungsabteilung zurechnen lassen.** Auf die Kenntnis der ebenfalls, wenngleich gegebenenfalls auf ranghöherer Stufe, vertretungsbefugten Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG) kommt es danach nicht entscheidend an.

Als weiterer Einwand wurde von Seiten des Krankenhausträgers vorgebracht, man habe nicht eine von den „sonst üblichen Gepflogenheiten“ bei der Chefarztvergütung bewusst abweichende Regelung treffen wollen, wie insbesondere die Verwendung des Mustervertrages des Diözesan-Caritasverbandes deutlich mache.

Auch diese Behauptung begegnet durchgreifenden Bedenken. Zwar mag der Schluss darauf, dass ein vorformulierter Mustervertrag typischerweise „übliche Gepflogenheiten“ widerspiegelt, noch grundsätzlich nachvollzogen werden können, wenngleich er undifferenziert und damit keineswegs zwingend er-

scheint. Doch spricht die Verwendung eines Vertragsmusters jedenfalls nicht dafür, dass in jedem einzelnen der vertraglich geregelten Punkte auch tatsächlich die üblichen Gepflogenheiten niedergelegt worden sind. Den Parteien steht die Möglichkeit offen, den vorformulierten Vertragstext durch individuell ausgehandelte Abreden zu verdrängen (siehe auch §§ 305 Abs. 1 S. 3, 305b BGB). Gerade Chefarztverträge enthalten trotz der Anlehnung an Vertragsmuster<sup>84</sup> typischerweise eine Vielzahl individuell ausgehandelter Arbeitsbedingungen.<sup>85</sup>

Des Weiteren trifft die empirisch unbelegte Einschätzung, dass die Einstufung ambulanter Notfallbehandlungen als chefarztliche Nebentätigkeit mit der entsprechenden Vergütungsfolge von den „sonst üblichen Gepflogenheiten“ abweicht, nach hiesigem Kenntnisstand nicht zu.<sup>86</sup> Zwar enthält der von der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG) als Beratungs- und Formulierungshilfe herausgegebene Muster-Chefarztvertrag, der in der Praxis wohl am gebräuchlichsten sein dürfte,<sup>87</sup> seit der geänderten 6. Aufl. 2002 keinen formularmäßigen Nebentätigkeitsbereich mehr und weist die ambulante Tätigkeit des Chefarztes dementsprechend zunächst als arbeitsvertragliche Dienstaufgabe aus.<sup>88</sup> Gleichwohl können die Parteien privatautonom etwas anderes vereinbaren, stellt doch die so genannte

Chefarztambulanz eine der klassischen Nebentätigkeiten des Chefarztes dar.<sup>89</sup> Es muss daher zumindest Spekulation bleiben, ob sich eine von den herkömmlichen Tätigkeitsbildern abweichende Vertragspraxis bezogen auf die Einordnung der ambulanten (Notfall-)Behandlungen als Nebentätigkeit tatsächlich bereits gebildet hat. Jedenfalls bis zum Jahr 2002<sup>90</sup> und damit im vorliegend untersuchten Vertragszeitraum scheint das Gegenteil wahrscheinlicher.

Auch der Rechtsgedanke des § 120 Abs. 1 S. 3 SGB V spricht gegen die Annahme des Trägers, dass es sich bei der gesonderten Vergütung von als Nebentätigkeit ausgeführten ambulanten Notfallbehandlungen um eine von den „üblichen Gepflogenheiten“ abweichende Praxis handelte. Nach dieser Regelung wird die den ermächtigten Krankenhausärzten zustehende kassenärztliche Vergütung für die von ihnen erbrachten ambulanten Krankenhausleistungen vom Krankenhausträger nach Abzug der Verwaltungskosten an die berechtigten Krankenhausärzte weitergeleitet. In Anlehnung an diese für ambulante ärztliche Leistungen ausdrücklich gesetzlich niedergelegte Vorgehensweise wurde vorliegend verfahren.<sup>91</sup> Der Einordnung ambulanter Notfallbehandlungen als chefarztliche Nebentätigkeit steht es dabei nicht entgegen, wenn im Außenverhältnis gegenüber der KÄV nicht der einzelne Chefarzt selbst, sondern

82 Es kann vorliegend dahinstehen, welche Art der Vertretungsmacht seitens der Mitarbeiter im Einzelfall vorlag, etwa eine als Untervollmacht erteilte Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB), oder ob sich eine Zurechnung lediglich aus Rechtscheinstatbeständen (§ 242 BGB) wie der Anscheins- oder Duldungsvollmacht ergibt.

83 Erfüllungsgehilfe ist nach der herkömmlichen Begriffsbestimmung, wer mit Wissen und Willen des Schuldners als dessen Hilfsperson in die Erfüllung einer dem Gläubiger gegenüber obliegenden Verbindlichkeit eingeschaltet ist, siehe nur MünchKomm-BGB/Grundmann, Band 2, 5. Aufl. 2006, § 278 Rdnr. 20 m.w.N.

84 Gebräuchlich ist etwa auch der von der Deut-

schen Krankenhausgesellschaft (DKG) als Beratungs- und Formulierungshilfe herausgegebene Muster-Chefarztvertrag (8. Aufl. 2007).

85 Peris, Die Rechtsbeziehung zwischen angestelltem Chefarzt und Krankenhausträger, 2002, S. 49.

86 Siehe beispielsweise zur gleichen Formulierung der Ziffer 1 der Nebentätigkeitsgenehmigung wie in vorliegendem Fall und zur Einordnung ambulanter Notfallbehandlungen aufgrund langjähriger Praxis gleichwohl wie hier als Nebentätigkeit die Entscheidung LAG München 15.1.1993 - 6 (9) Sa 381/91 -, ArztrR 1993, S. 241 ff., 246 f. m. zust. Anm. Debong.

87 So auch Peris, Die Rechtsbeziehung zwischen angestelltem Chefarzt und Krankenhausträ-

ger, 2002, S. 49; Wern, Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes, 2004, S. 41 m.w.N.

88 Kritisch zu dieser Änderung etwa Junghanns, ArztrR 2002, S. 172 ff., 176 f.; Baur, Chefarzte: Mustervertrag mit Arbeitgeberschlagseite, Deutsches Ärzteblatt 2002, A 1495 ff.

89 Siehe dazu schon oben eingangs unter II.

90 Dem Jahr der entsprechenden Änderung des DKG-Chefarzt-Vertragsmusters.

91 Allerdings erfasst die ohnehin abdingbare Regelung des § 120 Abs. 1 SGB V die Notfallabrechnung nicht, da diese auch nicht „ermächtigten“ Krankenhausärzten offen steht, worauf Andreas, ArztrR 1990, S. 148, 153 hinweist.



rechtlich anerkannt und wird vom Gesetzgeber zum Beispiel in § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG erwähnt.

Eine betriebliche Übung kann sich auf jede Arbeitsvertragsbedingung beziehen. Als arbeitsvertraglich regelbarer Anspruchsinhalt einer betrieblichen Übung kommt insbesondere auch das Arbeitsentgelt in Betracht, etwa bezogen auf Gratifikationen und Gehaltserhöhungen.<sup>105</sup> Die stets an den Chefarzt abgeführten kassenärztlichen Liquidationseinnahmen für die erbrachten ambulanten Notfallbehandlungen sind demnach tauglicher Regelungsgegenstand einer betrieblichen Übung.

Die persönliche Anwendbarkeit der Grundsätze der betrieblichen Übung setzt die für den Chefarzt zu bejahende Arbeitnehmereigenschaft<sup>106</sup> voraus. Im Hinblick darauf, dass bei allen Chefarzten der verschiedenen Krankenhausabteilungen, also bei einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern, stets eine entsprechende Abrechnungs- und Vergütungspraxis anzutreffen war, ist zudem auch ein hinreichender kollektiver Bezug gegeben.

Für die Anspruchsbegründung durch betriebliche Übung kommt es nach allgemeiner Meinung nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit Verpflichtungswillen gehandelt hat oder ob ein solcher Wille fehlte. Die Wirkung einer Willenserklärung oder eines bestimmten Verhaltens tritt im Rechtsverkehr schon dann ein, wenn der Erklärende aus der Sicht des Erklärungsempfängers einen auf eine

bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willen geäußert hat. Ob eine für den Arbeitgeber bindende betriebliche Übung aufgrund der Gewährung von Leistungen an seine Arbeitnehmer entstanden ist, muss deshalb danach beurteilt werden, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte (§ 242 BGB) und der Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften.<sup>107</sup> Zwar war sich der Krankenhausträger vorliegend der ursprünglichen Freiwilligkeit seiner Leistung möglicherweise nicht bewusst. Gleichwohl ist die Erkennbarkeit des arbeitgeberseitigen Verpflichtungswillens aus der allein maßgebenden Sicht des Chefarztes gegeben, da nicht nur stets bei ihm, sondern auch bei den Vorgängern und in allen anderen Abteilungen jahrelang die entsprechende Zahlung ohne jede Einschränkung erfolgte. Dies konnte nur dahingehend verstanden werden, dass sich der Arbeitgeber auch künftig zur Abführung der kassenärztlichen Liquidationseinnahmen für die ambulanten Notfallbehandlungen verpflichten wollte. Der seitens des Krankenhausträgers vorgebrachte Einwand, dass die maßgeblichen Entscheidungsträger zu keiner Zeit bis zur Änderung der Abrechnungspraxis im 4. Quartal 2000 mit der streitbefangenen Frage befasst gewesen seien und demzufolge ein Wille zur konkludenten Vertragsänderung nicht vorhanden ge-

wesen sei,<sup>108</sup> ist hier von vornherein unbeachtlich und steht einer betrieblichen Übung nicht entgegen. Wie oben dargelegt, kommt es nicht darauf an, ob ein Verpflichtungswille des Arbeitgebers tatsächlich besteht.

Nach Ansicht des BAG ist es zudem unerheblich, ob der Arbeitnehmer im Einzelfall den Inhalt der begünstigenden Regelungen im Detail tatsächlich zur Kenntnis genommen hatte.<sup>109</sup> Vielmehr erfolgt trotz der in §§ 133, 157 BGB zum Ausdruck gelangenden Maßstäbe<sup>110</sup> auch auf Seiten des Erklärungsempfängers nicht eine rein subjektive, sondern eine objektiv-typisierende Betrachtungsweise. Es ist somit nicht maßgeblich, ob der Chefarzt die Weiterleitung der kassenärztlichen Liquidationseinnahmen als zusätzliche, freiwillige arbeitgeberseitige Leistung angesehen hat oder nicht. Entscheidend ist, dass der Chefarzt davon ausgehen konnte und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch durfte (§ 242 BGB),<sup>111</sup> der Krankenhausträger wolle ihm diese Leistungen willentlich und dauerhaft verbindlich zukommen lassen. Infolge der jahrelangen vorbehaltlosen Handhabung wurde auf Seiten des Chefarztes der Eindruck erweckt, ihm stünde diese Leistung dauerhaft zu. Auch der Einwand des Krankenhausträgers, man habe nicht von der „an sich“ andersartigen Abrechnungspraxis und von den sonst „üblichen Gepflogenheiten“ bewusst abweichen wollen, trägt nicht. Vor dem Hintergrund, dass die Chefarztambulanz her-

103 Nach dieser Regelung kommt der Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat.

104 Nach der ergänzend zu beachtenden Theorie der Vertrauenshaftung steht der Grundsatz des Vertrauensschutzes (§ 242 BGB) des Arbeitnehmers im Vordergrund. Siehe dazu Seiter, Die Betriebsübung - zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft und von den Zu-rechnungsgründen rechtserheblichen Verhaltens im Privatrecht, 1967, S. 71, 109, 115; Cana-

ris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 254 ff., 260 ff., 386ff., jeweils m.w.N.

105 Ferner kommt als Gegenstand einer betrieblichen Übung auch der Bereich der betrieblichen Altersversorgung in Betracht, was der Gesetzgeber ausdrücklich in § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG anerkannt hat.

106 Siehe oben Fn. 32.

107 So die st. BAG-Rspr. und h. L., siehe nur BAG 28.6.2006 - 10 AZR 385/05 - NZA 2006, S. 1174, 1176; BAG 28.7.2004 - 10 AZR 19/04 - NZA 2004, S. 1152, 1153; BAG 4.5.1999 - 10 AZR 290/98 - NZA 1999, S. 1162, 1163; BAG 26.3.1997 - 10

AZR 612/96 - NZA 1997, S. 1007 f.; AnwKommArbR/Brors, 1. Aufl. 2007, § 611 BGB Rdnr. 674.

108 Siehe dazu schon ausführlich oben II. 4.

109 BAG 25.6.2002 - 3 AZR 360/01 - NZA 2003, S. 875; siehe auch BAG 28.6.2006 - 10 AZR 385/05 - NZA 2006, S. 1174, 1176, zu einer sogenannten Gesamtzusage des Arbeitgebers.

110 Näher zu den bei der Auslegung anzulegenden Maßstäben bereits oben II. 1.

111 Der Arbeitgeber kann etwa durch einen ausdrücklichen Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt deutlich machen, dass dem Arbeitnehmer die Vergünstigung nicht auch für die Zukunft verbindlich eingeräumt werden soll.



sicht, also mit vollem Erklärungsbe-  
wusstsein, herbeigeführt worden  
sei.<sup>125</sup>

Allein die bloße Behauptung des  
Krankenhausträgers, man habe nicht  
bewusst von den „üblichen Gepflogen-  
heiten“ abweichen wollen, führt  
nicht zur Annahme einer irrigen Be-  
triebsübung.<sup>126</sup> Die Abgrenzung von  
anspruchsbegründender betrieblicher  
Übung einerseits und bloß irri-  
gem arbeitgeberseitigen Normvoll-  
zug andererseits kann im Einzelfall  
Schwierigkeiten bereiten. Je weiter  
sich normüberschreitendes Verhal-  
ten des Arbeitgebers von einer dem  
Grunde nach für die betreffende  
Leistung bestehenden Rechtsgrund-  
lage entfernt oder gar ohne eine sol-  
che erfolgt, desto näher rückt auch  
die Erkennbarkeit des Abweichens  
der Leistungsgewährung vom ur-  
sprünglichen Vertragsinhalt für den  
Arbeitnehmer und damit die Annah-  
me einer irrigen Betriebsübung.<sup>127</sup>

Zwar ist die Rechtsprechung ten-  
denziell eher zurückhaltend bei der  
Bejahung von Ansprüchen aus ver-  
tragsgestaltender, rechtsbegründen-  
der betrieblicher Übung. Nicht sel-  
ten erfolgt jedoch eine ergebnisoffe-  
ne Billigkeitsrechtsprechung des  
BAG (§ 242 BGB), sodass in diesem  
Bereich ein gewisses Maß an Rechts-  
unsicherheit zu konstatieren ist.<sup>128</sup>  
Nach Teilen der Literatur<sup>129</sup> soll ein  
Anspruch aus betrieblicher Übung  
dann eher in Betracht kommen, wenn  
aufgrund getätigter Dispositionen  
des Leistungsempfängers bereits eine  
irreversible Lage eingetreten  
ist,<sup>130</sup> etwa bei einem kleineren/mitt-

leren Einkommen schon „jede Mark-  
verplant“ ist.<sup>131</sup> Billigkeitsgesichts-  
punkte allein sprechen möglicher-  
weise nicht entscheidend zugunsten  
des Chefarztes, wenngleich anzumer-  
ken ist, dass aus der relativen Höhe  
eines Arbeitseinkommens nicht dar-  
auf geschlossen werden darf, dieses  
sei nicht bereits zu einem Großteil  
verplant. Im Gegenteil können gera-  
de höhere Einkommen auch zu grö-  
ßeren und langfristigeren Dispositio-  
nen Anlass geben, deren gesteigertes  
wirtschaftliches Risiko sich bei teil-  
weisem Wegfall des Einkommens  
umso gravierender verwirklichen  
kann.

Vor dem Hintergrund, dass es für  
das Entstehen einer betrieblichen  
Übung auch nach der wohl herr-  
schenden Vertragstheorie maßgeb-  
lich auf die objektivierte Perspektive  
des Erklärungs- und Leistungsemp-  
fängers ankommt,<sup>132</sup> lautet vorlie-  
gend die Kernfrage unbeschadet von  
Billigkeitserwägungen vielmehr, ob  
die dauerhafte Weiterleitung der  
kassenärztlichen Liquidationsein-  
nahmen für die ambulanten Notfall-  
behandlungen einen für den typi-  
sierten Chefarzt ohne Weiteres er-  
kennbaren, offensichtlichen Fehler  
des Krankenhausträgers darstellt.  
Dies ist zu verneinen. Erst die inten-  
sive Auslegung der Regelungskom-  
plexe über die ambulanten Notfall-  
behandlungen führte zu der – gleich-  
wohl mit guten Gründen bestreitba-  
ren<sup>133</sup> – Ansicht, dass die  
kassenärztlichen Liquidationsein-  
nahmen hierfür an sich dem Kran-  
kenhausträger zustanden. Somit

kann von einem offensichtlichen, für  
einen Chefarzt ohne Weiteres er-  
kennbaren Fehler keine Rede sein.

Auch die von Bepler<sup>134</sup> entwickel-  
ten, im Einzelfall anzulegenden Kri-  
terien für die Abgrenzung von rechts-  
begründender vertragsgestaltender  
betrieblicher Übung und bloßer irri-  
ger Normanwendung stützen das ge-  
fundene Ergebnis. Als zu berücksich-  
tigende Gesichtspunkte werden ins-  
oweit angeführt die Art des wieder-  
holten Arbeitgeberverhaltens  
(Handeln oder Dulden/Unterlassen),  
dessen Dauer, die bei einer dauern-  
den Gewährspflicht erkennbar  
betroffenen Arbeitgeberinteressen,  
die Nähe der gewährten Vergünsti-  
gung zum arbeitsvertraglichen Aus-  
tauschverhältnis sowie die aus der  
Sicht des Arbeitnehmers für den Ar-  
beitgeber erkennbare Bedeutung  
der Vergünstigung für den Lebens-  
unterhalt des Arbeitnehmers und  
dessen eigene längerfristige Dispo-  
sitionen.

Die genannten Kriterien sprechen  
bezogen auf den vorliegenden Fall  
eher zugunsten einer betrieblichen  
Übung als für eine bloß irri-  
ge Normanwendung. In der gleichförmigen  
und stets widerspruchslösen Weiter-  
leitung der kassenärztlichen Einnah-  
men an den Chefarzt ist ein positives  
Tun des Trägers<sup>135</sup> zu sehen. Der Zeit-  
raum der in Rede stehenden Ver-  
tragspraxis erstreckte sich über zu-  
mindest mehr als fünf Jahre und war  
damit erheblich. Die an den Chefarzt  
weitergeleitete Vergütung für die  
ambulanten Behandlungen bezieht  
sich unmittelbar auf die Gegenleis-

124 BAG 16.4.2003 - 4 AZR 373/02 - EzA § 242 BGB  
2002 Betriebliche Übung Nr. 1 m.w.N.

125 So ausdrücklich BAG 23.4.2002 - 3 AZR 224/01  
- AP § 1 BetrAVG Berechnung Nr. 22 m. zust.  
Anm. Hennige, anders insoweit noch die dortige  
Vorinstanz.

126 Siehe dazu schon oben II. 4.

127 Dieses Spannungsverhältnis kommt bei der  
von Bepler, RdA 2004, S. 226, 234 aufgestellten  
Regel nicht hinreichend zum Tragen, wenn er  
als Abgrenzungsleitlinie von betrieblicher  
Übung und irrigem Normvollzug für den typi-  
schen Fall annimmt, dass eine eigenständige

Rechte begründende betriebliche Übung um-  
so eher anzunehmen sei, je weiter sich das wie-  
derholte Arbeitgeberverhalten von einer be-  
stehenden normativen Grundlage entferne.

128 Näher zur tendenziell divergierenden Recht-  
sprechung des Dritten und des Vierten Senats  
des BAG Bepler, RdA 2004, S. 226, 234 m.w.N.

129 Insbesondere der Anhänger der Vertrauenshaf-  
tungslehre, siehe dazu auch schon oben III. 1.

130 Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen  
Privatrecht, 1971, S. 295 f.

131 Singer, Neue Entwicklungen im Recht der Be-  
triebsübung - Die Rechtsprechung des Bundes-

arbeitsgerichts zur Vertragstheorie und zur  
Privilegierung öffentlicher Arbeitgeber, ZfA  
1993, S. 487, 511.

132 Siehe oben III. 1.

133 LAG Köln 11.4.2003 - 11 Sa 938/02 - n.v. nimmt  
sogar Perplexität der Regelungen und objektive  
Unklarheit im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB  
an, siehe dazu ablehnend oben II. 1.

134 RdA 2004, S. 226, 237.

135 Zur Zurechnung des Verhaltens der mit der  
Abrechnung befassten Sachbearbeiter siehe  
oben II. 4.

