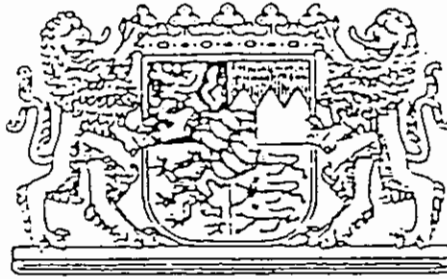


Ausfertigung

4 Sa 625/98
6a Ca 15368/97
(München)

Verkündet am:
13. Juli 2000



zurück von dem Besitzer

26.7.00, 311,00

Souli, RHS
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDEsarBEITSGERICHT MÜNCHEN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

hat die vierte Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. Oktober 1999 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Harraeus sowie die ehrenamtlichen Richter Gunter Rieden und Marie-Luise Bock für Recht erkannt:

Zustellung obigen Urteils
erfolgte von amtswegen

an Pres. Adv. Dr. ...

an ...

3800

1.9.00

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts München vom 21.4.98 - 6a Ca 15368/97 - geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin DM 633.527,52 nebst 4% Zinsen aus DM 117.042,27 seit 1.6.1996, aus DM 405.203,12 seit 1.3.1998 und aus DM 111.282,13 seit 1.9.1999 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Zwischen den Parteien ist im Berufungsverfahren streitig, ob die Klägerin von der Beklagten eine Entschädigung von DM 633.527,52 für entgangenen Nebenverdienst in der Zeit vom 1.10.1995 bis 31.12.1997 beanspruchen kann.

Die am 5.6.1943 geborene Klägerin ist seit 1981 als Ärztin bei der Beklagten, die einen Blutspendedienst betreibt und daraus gewonnene Blutkonserven an Krankenhäuser vertreibt, beschäftigt. Seit 1.10.1987 leitet die Klägerin als Chefärztin das Institut des Beklagten in . In dem schriftlichen Dienstvertrag vom 11.12.1987 (Bl. 10/13 d. A.) war eine Vergütung nach Vergütungsgruppe I a BAT vereinbart. In Ziffer VII des Dienstvertrages ist unter 2. geregelt, dass der Klägerin gestattet ist, gegen eigene Rechnung ärztliche Nebentätigkeit auszuüben. Dazu ist unter Ziffer 2.1 näher bestimmt, dass ärztliche Nebentätigkeit, die in direkter Verbindung mit Blutkonserven und Blutderivaten durchgeführt wird, sowie die Kassenabrechnung für die vorgenannte Nebentätigkeit, grundsätzlich im jeweiligen Institut abgewickelt werden müsse. Für die Benutzung von Räumen, Personal, Material und/oder Geräten sind an die Beklagte 22% (seit 1.4.1990 erhöht auf 30%) der Bruttoeinnahmen monatlich abzuführen. Für die Erledigung von Schreibarbeiten hatte die Klägerin auf eigene Kosten zu sorgen.

Die genannte Nebentätigkeit wird von den Parteien als Auswertung von "Kreuzproben", die Labortätigkeit als "Kreuzlabor" bezeichnet. Es handelt sich um ein immunologisch-hämatologisches Speziallabor, in welchem Verträglichkeitsprüfungen durchgeführt werden, zu denen die anfordernden Krankenhäuser mit ihren haus-eigenen Labors nicht in der Lage sind. Insoweit hat die Beklagte eine Art Monopolstellung zur Bereitstellung passender Transfusionen für spezielle Fälle. Unstreitig war es weder rechtlich noch tatsächlich erforderlich, dass die Klägerin ständig und höchstpersönlich die Untersuchungen und das Ablesen der Ergebnisse der Laborauswertungen durchführen musste. Sie war nach den gesetzlichen Bestimmungen und den Regelungen des Arzneimittelrechts nur zu entsprechender Organisation und Kontrolle verpflichtet. Ist eine konkrete Arbeitsweise und eine zutreffende Auswahl des Personals im "Kreuzlabor" gewährleistet, dann hat der Laborleiter nur noch der Überwachungs- und Kontrollpflicht zu genügen. Die Werte selbst werden von den medizinisch-technischen Assistenten/Assistentinnen abgelesen; diese wiederum werden von den beteiligten Assistenzärzten überprüft. Während des Urlaubs oder sonstiger Verhinderungen der Chefärzte läuft das "Kreuzlabor" weiter, wobei der jeweilige Chefarzt die anfallenden Leistungen mit den Krankenhäusern und Kliniken, die als Auftraggeber für die Untersuchungen in Frage kommen, privat abrechnet und daraus lediglich 30% an die Beklagte abzuführen hat.

Nachdem die zuständige staatliche Aufsichtsbehörde, , mit Schreiben vom 8.8.94 und dann nochmals mit Schreiben vom 11.9.1995 in Bezug auf das Institut in eine Mängelliste übermittelt hatte, entband die Beklagte mit Schreiben vom 21.9.1995 (Bl. 14/15 d. A.) die Klägerin, die seit 20.7.1995 arbeitsunfähig krank war, von der Leitung des Instituts in und erteilte ihr ein Hausverbot. Mit Schreiben vom 25.9.1995 (Bl. 16/17 d. A.) sprach die Beklagte unter Hinweis auf das Schreiben vom 11.9.1995 eine ausserordentliche Änderungskündigung aus, verbunden mit dem Angebot an die Klägerin, nunmehr als Oberärztin in dem Institut in unter Beibehaltung der bisherigen Vergütung, aber unter Wegfall der Nebentätigkeitsgenehmigung, tätig zu werden. Die Klägerin lehnte dieses Änderungsangebot ab.

Mit Schreiben vom 17.10.1995 (Bl. 18/19 d. A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis höchst vorsorglich ordentlich zum 30.6.1996, erneut verbunden mit dem Angebot, künftig als Oberärztin im Institut in tätig zu werden. Dieses Änderungsangebot nahm die Klägerin mit Schreiben vom 6.11.1995 unter

dem Vorbehalt an, dass die Kündigung nicht sozialwidrig oder aus anderen Gründen unwirksam sei.

Das von der Klägerin angerufene Arbeitsgericht München stellte durch Endurteil vom 11.4.1996 (32 Ca 15315/95) fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 25.9.1995 nicht aufgelöst worden sei und dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung vom 17.10.1995 unwirksam sei. Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil wurde mit Endurteil des Landesarbeitsgerichts München vom 13.5.1997 (6 Sa 713/96) rechtskräftig zurückgewiesen. Ab 2.1.1998 wurde der Klägerin wieder ihre alte Funktion als Leiterin des Instituts in übertragen.

Zwischen den Parteien entstand Streit, ob und in welcher Höhe die Klägerin für den Zeitraum vom 1.10.1995 bis 31.12.1997 ihr Gehalt und insbesondere eine Entschädigung für die entgangenen Nebeneinkünfte aus dem "Kreuzlabor" beanspruchen könne. Vor ihrer Suspendierung hatte die Klägerin 1995 im Monatsdurchschnitt Bruttoeinkünfte von DM 28.943,08 erzielt. Unter Abzug restlicher Zahlungseingänge nach November 1995 und der 30%igen Abführung für Juli bis September 1995 (dazu Anlage K 10 = Bl.27 d. A.) forderte die Klägerin vom Beklagten für die Zeit vom 1.11.1995 bis 28.2.1998 eine Entschädigung von DM 522.245,39 zuzüglich Verzugszinsen und erhob insoweit Klage zum Arbeitsgericht München.

Das Arbeitsgericht München hat mit Teilurteil vom 21.4.1998 diese Klageforderung mit der Begründung abgewiesen, die vom Beklagten am 25.9.1995 und 17.10.1995 ausgesprochenen Änderungskündigungen stellten keine schuldhaften Pflichtverletzungen dar und begründeten deshalb auch keine Schadensersatzverpflichtung aus positiver Vertragsverletzung gegenüber der Klägerin wegen der entgangenen Nebeneinkünfte.

Gegen das ihr am 9.6.1998 zugestellte Teilurteil, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe wegen des sonstigen Sach- und Streitstandes erster Instanz und der rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts im Einzelnen Bezug genommen wird, hat die Klägerin am 22.6.1998 Berufung eingelegt und diese am 21.7.1998 begründet. Sie macht geltend, dass das Erstgericht die Rechtslage grob verkannt habe, denn die Einnahmeausfälle habe die Beklagte unmittelbar nach § 615 Satz 1 BGB zu ersetzen. Das ärztliche Liquidationsrecht sei nämlich Teil der Vergütung für die Tätigkeit im dienstlichen Aufgabenbereich und somit Lohnbestandteil. Wegen

des unberechtigten Hausverbots und der Kündigungen habe die Beklagte die Klägerin an der Erbringung ihrer ärztlichen Nebentätigkeit gehindert, weshalb sie unmittelbar aus § 615 BGB die entgangenen Einnahmen aus Privatliquidation zu erstatten habe. Was für Chefarzte an Krankenhäusern gelte, gelte auch für das Liquidationsrecht der Klägerin. Vorsorglich bestünden auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, denn eine unberechtigte Kündigung stelle eine solche positive Vertragsverletzung dar. Spätestens nach Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils hätte die Beklagte erkennen können und müssen, dass ihre Kündigungen insbesondere wegen fehlender Abmahnung unwirksam seien.

Die Höhe der entgangenen Nebeneinkünfte berechnet die Klägerin nunmehr anders. Die Beklagte hatte nach der Suspendierung der Klägerin zunächst als kommissarischen Leiter des Instituts bestellt und ihm das Privatliquidationsrecht für Leistungen des "Kreuzlabors" überlassen. Er erzielte im Zeitraum vom 1.10.1995 bis 30.4.1996 DM 174.477,40 netto. Anschließend war vom 1.5.1996 bis 31.12.1997

von der Beklagten als Leiter des Instituts eingesetzt. Dieser erzielte vom 1.5.1996 bis 31.12.1997 aus dem "Kreuzlabor" Einnahmen von DM 504.088,55. Die Klägerin macht nunmehr geltend, dass bei vertragsgerechtem Verhalten der Beklagten ihr diese Einnahmen zugeflossen wären. Darauf lasse sie sich die ihr selbst noch zugeflossenen Restzahlungen und die offene 30%ige Abführung für Juli bis September 1995 (Anlage K 10) anrechnen, so dass sich für sie entgangene Nebeneinnahmen von DM 633.527,52 errechnen, die ihr die Beklagte nebst Verzugszinsen nachzuzahlen habe.

Die Klägerin und Berufungsklägerin stellt folgende Anträge:

1. Das Teilurteil des Arbeitsgerichts München vom 21.4.98 wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin DM 633.527,52 nebst 7,1% Zinsen aus DM 117.042,27 seit 1.6.1996, 7,1% Zinsen aus DM 405.203,12 seit 1.3.1998 und 7,1% Zinsen aus DM 111.282,13 seit 1.9.1999 zu bezahlen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Beklagte bestreitet, dass das Liquidationsrecht Teil der Vergütung der Klägerin im Sinne der Rechtsprechung zu den Chefärzten sei. Die Tätigkeit als Leiterin des Instituts sei mit der Vergütung nach VergGr. I a des BAT abgegolten. Der Klägerin sei lediglich eine Nebentätigkeit gestattet worden. Auch der rechtliche Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung sei nicht einschlägig. Er komme überhaupt nur in Frage, wenn die gesetzlich normierten Fälle der Leistungsstörung (Unmöglichkeit und Verzug) nicht gegeben seien.

Im Übrigen sei dem Erstgericht zu folgen, dass der Beklagte mit dem Ausspruch der Kündigungen jedenfalls nicht schuldhaft haftungsbegründend gehandelt habe. Schließlich werde darauf hingewiesen, dass die Klägerin nach den von ihr vorgelegten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im gesamten Zeitraum als weitgehend arbeitsunfähig beurteilt gewesen sei. Das Verlangen der Klägerin laufe auf eine "Kapitalisierung des Krankenstandes" hinaus. Deshalb sei sie aus gesundheitlichen und persönlichen Gründen nicht in der Lage gewesen, weiterhin Erträge aus der Nebentätigkeit zu erzielen. Im Übrigen sei sie dazu auch rechtlich nicht in der Lage gewesen, weil sie aufgrund der ausgesprochenen Änderungskündigung, die sie unter Vorbehalt angenommen habe, verpflichtet gewesen wäre, in zu arbeiten. Es sei ihr dann aber unmöglich gewesen, parallel dazu in

ihre Nebentätigkeit im Rahmen der sogenannten Kreuzproben auszuüben und die dortigen Mitarbeiter zu führen und zu kontrollieren. Schließlich müsse sich die Klägerin anrechnen lassen, was sie an Einnahmen aus einer ebenfalls genehmigten Nebentätigkeit in einem in betriebenen Privatlabor für z.B. die Erstellung von Gutachten zur Feststellung von Vaterschaften erzielt habe.

Die Klägerin hat erwidert, dass es für ihre Ersatzansprüche wegen der entgangenen Honorare aus der Nebentätigkeit im Kreuzlabor nicht darauf ankomme, inwieweit sie in dem fraglichen Zeitraum arbeitsunfähig gewesen sei, weil sie während ihrer Abwesenheit jeweils unstreitig vertreten worden wäre und gleichwohl berechtigt geblieben wäre, persönlich die Honorare abzurechnen. Im Übrigen könne sich die Beklagte auf die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit nicht berufen, weil sie ab 1.7.1996 der Klägerin lediglich einen Arbeitseinsatz als Oberärztin am Institut in zugebilligt habe. Angesichts einer seinerzeit bestehenden Wirbelsäulenerkrankung seien die täglichen, mehrstündigen Fahrten zwischen und aber dem Gesundheitszustand der Klägerin abträglich gewesen, was der Beklagten auch durch eine amtsärztliche

Begutachtung vom 10.9.1996 (Anlage B 3 = Bl. 105 d. A.) bekannt gewesen sei. Im Übrigen habe die Beklagte die in diesem Gutachten empfohlene Arbeitsplatzausstattung mit einem ergonomisch günstigen Schreibtischstuhl, einem Stehpult und einer Stehhilfe nicht angeschafft, so dass eine Tätigkeit am Institut in wegen der gesundheitlichen Einschränkungen nicht möglich gewesen sei. Eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes im streitigen Zeitraum komme deshalb nicht in Frage, weil die Klägerin aus ihrer gutachterlichen Tätigkeit im Privatlabor keine höheren, sondern ebenfalls verringerte Einkünfte erzielt habe als in der Vergangenheit, wozu sie sich zum Nachweis auf eine Bestätigung ihres Steuerberaters vom 22.12.1997 (Anlage K 24 = Bl. 186 d. A.) beziehe. Die Beklagte meint dazu, dass die Klägerin zahlenmäßige Angaben über die Einnahmen machen müsse.

Wegen weiterer Einzelheiten des Tatbestands wird auf die in der Berufungsinstanz eingereichten Schriftsätze der Klägerin vom 16.7.1998, 18.5.1999, 16.8.1999, 27.9.1999, 12.10.1999, der Beklagten vom 15.9.1998, 7.6.1999 und 21.9.1999 und den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

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

Die zulässige Berufung ist begründet. Entgegen der Rechtsansicht des Arbeitsgerichts ist die Klage in vollem Umfang begründet, soweit die Klägerin von der Beklagten den entgangenen Verdienst aus der ihr zu Unrecht entzogenen Nebentätigkeit im sog. Kreuzlabor des Instituts in fordert.

Allerdings kommt hierfür als Rechtsgrundlage weder ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung noch ein Vergütungsanspruch gem. §§ 615 Satz 1, 611 BGB in Betracht (a. A. LAG Hamm, 18.7.1991 LAGE § 615 BGB Nr. 29), sondern ein Schadensersatzanspruch aus § 325 Abs. 1 BGB wegen von der Beklagten zu vertretender Unmöglichkeit.

1. Zu Recht macht die Klägerin nämlich geltend, dass das ihr vertraglich eingeräumte Liquidationsrecht für die im sog. Kreuzlabor erbrachten Leistungen Bestandteil ihrer Vergütung für die Leitung des Instituts ist. Dafür spricht, dass die Klägerin die mit den Kreuzproben verbundenen Leistungen nur in dem von ihr genutzten Institut er-

bringen durfte und dass sie dafür das nachgeordnete ärztliche und nichtärztliche Personal des Instituts einsetzen und die Laborräume nutzen durfte und musste. Weiter lag die Durchführung der Blutuntersuchungen im Interesse der Beklagten, weil nur so die von der Beklagten verkauften Blutkonserven und Blutderivate zu vertreiben waren. Als Auftraggeber kamen Krankenhäuser, Kliniken und (Beleg-)Ärzte in Frage, die selbst die notwendigen Blutuntersuchungen nicht durchführen konnten. Bei dieser Sachlage stand es deshalb nicht im Belieben der Klägerin, Leistungen für das Kreuzlabor abzulehnen, wollte sie nicht die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten schädigen. Die Beklagte räumt deshalb im Schriftsatz vom 21.9.1999 auch ein, dass sie die der Klägerin als Nebenbetätigung überlassenen Aufgaben nach Ziffer 2.1 des Dienstvertrages auch selbst durchführen könnte. Damit handelt es sich zwangsläufig um notwendige Institutsaufgaben, die die Klägerin zu organisieren hat und die sie lediglich persönlich mit dem Auftraggeber abrechnen darf.

Es kommt hinzu, dass die tarifliche Vergütung nach dem BAT ohne zusätzliche Einnahmen aus dem Liquidationsrecht im Regelfall nicht als angemessene Honorierung eines Arztes in einer jedenfalls den Chefärzten an Krankenhäusern vergleichbaren Leitungsfunktion angesehen wird, die eine entsprechende berufliche Spezialisierung, Qualifizierung und Erfahrung voraussetzt. Das zeigt sich auch an der Gesamtvergütung der Klägerin, die aus den Liquidationen für Leistungen des Kreuzlabors die dreifachen Einkünfte gegenüber dem Tarifgehalt erhielt. Das Bundesarbeitsgericht hat deshalb die Einnahmen von Chefärzten an Krankenhäusern aus der Liquidationsbefugnis als besondere Form der Vergütung bezeichnet, wobei dieser rechtlichen Würdigung nicht entgegensteht, dass Dritte die Honorare zahlen (BAG vom 4.5.1983, AP Nr. 12 zu § 611 BGB BAT-Krankenhaus-Vertrag unter I 1 b der Gründe m.w.N.). Für die Klägerin kann angesichts gleichartiger Fachgestaltung nichts anderes gelten.

2. Zwar gehört deshalb die Nutzungsmöglichkeit von Personal und Sachmitteln des "Kreuzlabors" und die damit verbundene Liquidationsbefugnis als Vergütungsbestandteil zum Synallagma des Dienstvertrags der Parteien (BAG vom 4.5.83 a.a.O.), jedoch folgt daraus der Anspruch für Zeiten, in denen die Beklagte der Klägerin zu Unrecht die Möglichkeit der Erzielung dieser "Zusatzeinkünfte" genommen hat, nicht aus § 615 Satz 1 BGB; denn die Beklagte schuldet nicht die Honorare als solche als Arbeitslohn im Sinne von §§ 611 Abs. 1, 615 Satz 1 BGB.

Vielmehr hat die Beklagte durch die unberechtigten Kündigungen der Klägerin die Erzielung dieser Einkünfte unmöglich gemacht. Insoweit ist die Fallgestaltung rechtlich vergleichbar mit dem unberechtigten Entzug der Nutzungsmöglichkeit eines PKW's, auf dessen Bereitstellung auch zur privaten Nutzung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber einen arbeitsvertraglichen Anspruch hat. Auch für diese Fälle nimmt das BAG an, dass die Überlassung eines PKW Vergütungscharakter habe und daher im Synallagma des Arbeitsvertrages stehe (BAG vom 16.11.1995, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Sachbezüge = NJW 1996, 1771; BAG 27.5.1999 - 8 AZR 415/98 - AP Nr. 12 zu § 611 BGB Sachbezüge = NJW 1999, 3507). Unterbleibe die Zurverfügungstellung des PKW, so liege ein Fall von Unmöglichkeit vor, den der Arbeitgeber zu vertreten habe und für den er gemäß §§ 325 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB den Arbeitnehmer in Geld zu entschädigen habe.

Diese Rechtsgrundsätze gelten auch für den streitbefangenen Zeitraum im Verhältnis der Parteien. Mit dem Entzug der Leitungsfunktion, verbunden mit dem Verbot, Personal und Einrichtung des Kreuzlabors zu nutzen und die dort anfallenden Leistungen weiterhin zu liquidieren, ist diese von der Beklagten geschuldete Leistung unmöglich geworden. Die Ausübung der Nebenbentätigkeit mit Liquidationsbefugnis ist nach der Natur der Sache derartig an die Zeit gebunden, dass ein sog. absolutes Fixgeschäft vorlag. Die jeweils aktuell zu erbringenden Laboruntersuchungen und das daraus resultierende Liquidationsrecht sind derart zeitgebunden, dass sie nicht mehr nachgeholt werden können (vgl. BAG vom 16.11.95 a.a.O. zu I 2 der Gründe).

3. Die im streitbefangenen Zeitraum eingetretene Unmöglichkeit hat die Beklagte gemäß § 276 BGB zu vertreten; denn sie hat der Klägerin vorsätzlich die Möglichkeit zur Erzielung der Liquidationshonorare entzogen. Auf die Beweggründe hierfür kommt es nicht an. Wie durch die rechtskräftige Feststellung, dass die Kündigungen unwirksam waren, feststeht, bestand während des gesamten Zeitraums die vertragliche Verpflichtung der Beklagten nach Abschnitt VII Ziff. 2.1 des Dienstvertrages fort. Das gilt entgegen der Ansicht der Beklagten auch für den Zeitraum ab 1.7.1996, ab dem die Klägerin die Änderungskündigung vom 17.10.1995 unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen hatte; denn mit der rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt war, gilt die Änderungskündigung gem. § 8 KSchG als von Anfang an rechtsunwirksam. Das hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer einen An-

spruch hat, so gestellt zu werden, als habe er ununterbrochen zu den alten Bedingungen gearbeitet (KR-Rost 5. A. § 8 KSchG Rz. 9). Es führt zur rückwirkenden Wiederherstellung der alten Arbeitsbedingungen (Hueck/von Hoyningen-Huene KSchG 12. § 2 Rz. 97).

4. Wegen der von der Beklagten zu vertretenden Unmöglichkeit kann die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 325 Abs. 1 BGB verlangen. Er richtet sich auf das positive Interesse. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich eintretenden Vermögenslage. Die Klägerin ist damit so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn die Beklagte den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte (BAG vom 16.11.95 a.a.O. zu I 4 der Gründe). Da wegen des Fixschuldcharakters eine Nachholung der Vertragsverpflichtungen nicht möglich ist, hat die Entschädigung gem. § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu erfolgen (BAG a.a.O.). Im Falle der Klägerin ist gem. § 252 BGB der entgangene Verdienst zu ersetzen.

- a) Die seit 20.7.1995 eingetretene Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ist für den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Nebenverdienstes ohne rechtliche Bedeutung. Ausschlaggebend für die rechtliche Beurteilung ist insoweit, ob die Klägerin die Nebentätigkeit in Person (persönlich) zu leisten hatte (vgl. § 613 BGB). Bestünde eine die persönliche Leistungserbringung ausschließende Dienstunfähigkeit, so wäre wegen des Fixschuldcharakters der Dienstleistung der Klägerin die Leistung unmöglich, ohne dass sie dies zu vertreten hätte. Sie hätte dann aber auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 Abs. 1 BGB). Ansprüche auf Entgelt bestünden dann nur nach § 3 EFZG bzw. den entsprechenden vertraglichen oder tarifvertraglichen Regelungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Die Klägerin macht aber zu Recht geltend, dass sie sich im Bereich der Nebentätigkeit des Kreuzlabors im Verhinderungsfall vertreten lassen durfte und dies regelmäßig geschehen sei, ohne dass ihre Liquidationsbefugnis der in ihrer Abwesenheit erbrachten Leistungen beeinträchtigt war. Das hat die Beklagte unstreitig gestellt. Diese Handhabung entspricht einer weitgehenden Praxis bei den Wahlleistungen der Chefarzte von Krankenhäusern. Auch hier wird angenommen, dass der Honoraranspruch des Chefarztes nicht dadurch entfällt, dass er an der persönlichen Erbringung der ärztlichen Leistung verhindert ist, weil er

in diesem Fall durch den Oberarzt zulässig und üblicherweise vertreten werde (vgl. statt aller Staudinger/Richardi BGB 1999 § 613 Rz. 10). Hatte also die Klägerin die Dienstleistung der Überwachung und Kontrolle des Kreuzlabors nicht in Person zu erbringen, so wären ihr die Nebeneinkünfte daraus trotz ihrer Erkrankung zugeflossen, wenn ihr die Beklagte diese Aufgabe nicht vertragswidrig seit 21.9.1995 entzogen hätte. Deshalb hat die Beklagte den Verdienstausfall zu ersetzen.

- b) Zu erwägen wäre allenfalls eine ergänzende Vertragsauslegung für den Fall einer besonders langdauernden, krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Voraussetzung wäre eine Regelungslücke im Vertrag, weil die Parteien an einen bestimmten regelungsbedürftigen Punkt nicht gedacht haben (Palandt/Heinrichs BGB 59. A. § 157 Rz. 3). Nimmt man das an, so wäre auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, nachdem keine passende gesetzliche Regelung besteht (Palandt/Heinrichs a.a.O. Rz. 6,7). Angesichts der Bedeutung der beruflichen Position und der Höhe der Nebeneinkünfte, die den Lebenszuschnitt der Klägerin und ihre wirtschaftlichen Dispositionen wesentlich prägen, müsste wohl bei der Abwägung der Interessen von der Aufrechterhaltung der vollen Nebeneinkünfte bei nur schicksalhaft langwieriger Erkrankung für mindestens ein Jahr ausgegangen werden. Damit wäre aber auch nach dieser rechtlichen Erwägung mindestens bis zum Sommer 1996 der volle Verdienstausfall zu ersetzen.

Für die Zeit danach aber kann nicht mehr von einer Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für eine Tätigkeit am Institut in _____ ausgegangen werden, wenn die Beklagte ihr die ergonomisch richtige Büroausstattung zur Verfügung gestellt hätte. Das ergibt sich aus dem Brief der Klägerin vom 20.6.1996 (Anl. B 1 = Bl. 41 d. A.), dem amtsärztlichen Gutachten vom 10.9.1996 (Anl. B 3 = Bl. 105 d. A.) und dem ärztlichen Attest des die Klägerin behandelnden orthopädischen Facharztes vom 14.1.1997 (Anl. K 25 = Bl. 187 d. A.). Ihnen ist die Einschätzung gemeinsam, dass die von der Beklagten seinerzeit abverlangte Tätigkeit im Institut in _____ angesichts der gesundheitlichen Belastungen durch die langen Fahrten nach _____ und der fehlenden laufenden therapeutischen Behandlung von der Klägerin gesundheitlich nicht bewältigt werden kann, weshalb sie konsequenterweise für eine Tätigkeit in _____ für arbeitsunfähig beurteilt wurde.

Nur vorübergehend vom 28.10.1996 bis 3.11.1996 war sie sogar dazu in der Lage, weiß sie in dieser Woche tatsächlich in gearbeitet hat. Die Berufungskammer ist aufgrund der ärztlichen Beurteilungen davon überzeugt, dass die Klägerin ab Sommer 1996 ohne nennenswerte Unterbrechungen gesundheitlich in der Lage gewesen wäre, ihre Tätigkeit am Institut in auszuüben. Damit aber hätte sie in der fraglichen Zeit auch die Einkünfte aus der Nebentätigkeit im Kreuzlabor erzielt und es bleibt dabei, dass allein der vertragswidrige Entzug dieser Tätigkeit durch die Beklagten für den Verdienstaussfall ursächlich war.

5. Der Höhe nach ist gem. § 252 BGB der entgangene Gewinn zu ersetzen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Hierzu stellt die Klägerin im Berufungsverfahren zu Recht auf die Honorareinnahmen ab, die aus der genannten Tätigkeit den von der Beklagten eingesetzten kommissarischen Institutsleitern abzüglich des 30%-igen Anteils der Beklagten zugeflossen sind; denn es ist am ehesten wahrscheinlich, dass die Honorare in gleicher Höhe der Klägerin zugeflossen wären, wenn sie weiter selbst die Nebentätigkeit wahrgenommen hätte. Die Leistungen des Kreuzlabors sind, anders als eine reine ärztliche Gutachter-tätigkeit, erkennbar weniger an die Person des Institutsleiters und seine spezielle persönliche Qualifikation gebunden als vielmehr an die fachliche und technische Ausstattung des Instituts, so dass nicht zu erwarten war, dass bei Anwesenheit der Klägerin etwa weniger Untersuchungen angefallen wären als während der kommissarischen Leitung durch die beiden Kollegen. Maßgeblich sind deshalb die Honorareinkünfte von vom DM 174.477,40 und von :
 von DM 504.088,55, die der Beklagte - jedenfalls mindestens in dieser Höhe - im Schriftsatz vom 21.9.1999 zugestanden hat. Abzuziehen sind die nach der Suspendierung 1995 noch erzielten Nebeneinkünfte von DM 18.308,60, nämlich DM 26.155,13 abzüglich 30%, und der an die Beklagte für Juli bis September 1995 noch abzuführende 30%ige Anteil von DM 26.729,83, so dass die gesamte Entschädigung, wie von der Klägerin zuletzt beantragt, DM 633.527,52 beträgt.

Hiervon ist kein Abzug wegen anderweitiger Einkünfte vorzunehmen. Zwar ist es im Ansatz richtig, dass sich die Klägerin im Wege der Vorteilsausgleichung andere Einkünfte, die sie infolge der Arbeitsfreistellung seitens der Beklagten im

streitbefangenen Zeitraum hatte, hätte anrechnen lassen müssen. Dafür kommen Einkünfte aus ihrem Privatlabor allerdings nur in Betracht, wenn sie den Durchschnitt der Zeit vor September 1995 überschritten. Die Klägerin hat solche höheren Einkünfte verneint und sich zum Beweis auf die schriftliche Bestätigung ihres Steuerberaters vom 22.12.1997 (Anlage K 24 - Bl. 186 d. A.) berufen. Unabhängig von der Beweislast sieht es die Berufungskammer dadurch als erwiesen an (§ 286 ZPO), dass die Klägerin aus dem Privatlabor in den Jahren 1996 und 1997 keine höheren Einnahmen erzielt hat als zuvor. Der die Bestätigung unterzeichnende Steuerberater bekundet, dass er die Auskunft aufgrund der ihm vorliegenden Buchhaltungsunterlagen erteilte, also aufgrund einschlägiger Tatsachenfeststellungen, und dass er die Auskunft "zur Vorlage bei Ihrem Rechtsanwalt" erteilte, also sich bewusst ist, dass seine Angaben im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung verwendet werden sollen. Die Berufungskammer hält deshalb die Angaben für glaubhaft und ausreichend geeignet, sie von der inhaltlichen Richtigkeit der Angaben zu überzeugen.

Eine weitergehende Auskunftspflicht der Klägerin hält die Berufungskammer für nicht veranlasst. Für die rechtliche Beurteilung, ob anrechenbarer anderer Verdienst vorliegt, ist es ohne Bedeutung, wie hoch die jährlichen Nebeneinkünfte aus dem Privatlabor zahlenmäßig sind, wenn sie nur im streitbefangenen Zeitraum nicht höher waren als in der Vergangenheit. Damit ist das schutzwürdige Interesse der Klägerin zu respektieren, die Höhe dieser erlaubten Nebeneinkünfte auch gegenüber der Beklagten zu verschweigen.

6. Auf die Klageforderung hat die Beklagte ab der Rechtshängigkeit der jeweils eingeklagten Teilansprüche die gesetzlichen Prozesszinsen von 4% gem. §§ 290, 281 Abs. 1 BGB zu zahlen. Die von der Klägerin geforderten Zinsen von 7,1% sind unbegründet; denn insoweit ist der Verzug der Beklagten mit der Zahlung des entgangenen Verdienstes nicht kausal. Aus dem vorgelegten Darlehensvertrag (Anl. K 29 = Bl. 196/197 d. A.) ergibt sich, dass es sich um ein durch eine Grundschuld abgesichertes Baudarlehen handelt mit einem Tilgungsbeginn ab 1.1.1995 und einer Zinsfestschreibung bis 30.11.2003, dessen Zinsverpflichtungen lange vor der Entstehung der hier streitigen Schadensersatzansprüche entstanden sind. Damit sind die Zahlungsrückstände der Beklagten für die Darlehensaufnahme und die Darlehenszinsen nicht ursächlich. Auch sieht Ziff. 4 des Darlehensvertrags keine vorzeitige Tilgung vor, so dass die Zahlungsrückstände der Beklagten für die von der Klägerin zu leistenden Zinsen ohne Einfluss sind. Deshalb bleibt es

bei den gesetzlichen Zinsen. Wegen der weitergehenden Zinsen bleiben Klage und Berufung erfolglos.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 2 ZPO.

7. Die Berufungskammer misst den aufgetretenen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung bei und hat deshalb gem. § 72 Abs. 2 ArbGG für die Beklagte die Revision zugelassen.

Rechtmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist deshalb für die Beklagte die Revision gegeben. Sie muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach seiner Zustellung beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

schriftlich eingelegt und innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung schriftlich begründet werden.

Die Revisions- und Revisionsbegründungsschrift müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Harraeus

Bock



Versicht auf die Ausfertigung mit der Urk.
München, den 31.07.00 19...
Der Urkundebrante der Geschäftsstelle
des Landesarbeitsgerichts München

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in 7-facher Ausfertigung einzureichen.