

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 19. Dezember 2019
- 6 AZR 23/19 -
ECLI:DE:BAG:2019:191219.U.6AZR23.19.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 21. Juni 2018
- 2 Ca 3089/18 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 29. November 2018
- 11 Sa 603/18 -

Entscheidungsstichwort:

Untersagung einer Nebentätigkeit gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L

Leitsatz:

Nach § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen eine entgeltliche Nebentätigkeit untersagen oder diese mit Auflagen versehen. Diese Bestimmung ist verfassungskonform. Die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer ist bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L und bei der Rechtsanwendung im Einzelfall zu berücksichtigen.

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 23/19

11 Sa 603/18
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Dezember 2019

URTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtliche Richterin Kammann und den ehrenamtlichen Richter Köhler für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 29. November 2018 - 11 Sa 603/18 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechtigung des Klägers, einer bezahlten Nebentätigkeit nachzugehen. 1

Die Beklagte ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie soll als kassenärztliche Vereinigung die ambulante medizinische und psychotherapeutische Versorgung der Einwohner im Gebiet Nordrhein sicherstellen. Zu ihren Aufgaben gehört es, die Qualität der ärztlichen Leistungen zu sichern, das Honorar mit den Vertragsärzten abzurechnen, deren Interessen gegenüber den Krankenkassen zu vertreten sowie den ärztlichen Bereitschaftsdienst zu organisieren. Zudem bietet sie den Vertragsärzten betriebswirtschaftliche Beratung von der Gründung einer Praxis bis zu deren Verkauf an. Die sog. Niederlassungsberatung umfasst zB Praxiswertermittlung, Liquiditäts-, Investitions- und Kostenanalysen sowie Beratung beim Praxismarketing. Der Kläger ist bei der Beklagten als Niederlassungsberater in der Bezirksstelle D beschäftigt. 2

Auf das Arbeitsverhältnis findet aufgrund vertraglicher Vereinbarung der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) vom 12. Oktober 2006 Anwendung. § 3 Abs. 4 TV-L lautet auszugsweise wie folgt: 3

„(4) ¹Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. ²Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. ³Für

Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst kann eine Ablieferungspflicht nach den Bestimmungen, die beim Arbeitgeber gelten, zur Auflage gemacht werden.“

Die Beklagte hat zudem am 1. Juni 2016 eine sog. Compliance-Richtlinie erlassen. Diese enthält ua. folgende Regelungen: 4

„4. Vermeidung und Offenlegung von Interessenkonflikten

Für den Umgang mit möglichen Interessenkonflikten gilt Folgendes:

a) Persönliche Beziehungen

Wird dem für eine Sache zuständigen Bearbeiter/der Bearbeiterin ein persönlicher Bezug (z.B. Verwandtschaftsverhältnis, Freundschaft, Bekanntschaft) bekannt, teilt er/sie dies gegenüber dem/der jeweiligen Vorgesetzten mit, so dass die Zuständigkeit auf eine/n andere/n Mitarbeiter/in übertragen werden kann.

...

c) Nebentätigkeit

Die Ausübung einer Nebentätigkeit ist anzuzeigen. Hierbei wird das Bestehen eines Interessenkonfliktes geprüft. ...“

Mit Anzeige vom 16. März 2018 informierte der Kläger die Beklagte über die zum 1. Juni 2018 beabsichtigte Aufnahme einer Nebentätigkeit. Er wolle im Umfang von sechs Stunden wöchentlich für eine monatliche Vergütung von 450,00 Euro brutto für seine Lebensgefährtin allgemeine Bürotätigkeiten verrichten. Diese betreibt in E eine ärztliche Praxis und betreut auch Kassenpatienten. Die Stadt E gehörte am 1. Juni 2018 noch nicht zum Zuständigkeitsbereich des Klägers in seiner Funktion als Niederlassungsberater. 5

Mit Schreiben vom 18. April 2018 untersagte die Beklagte mit Zustimmung des Personalrats diese Nebentätigkeit und hielt ihren Standpunkt auch aufrecht, nachdem der Kläger die Erforderlichkeit der Unterstützung seiner Lebensgefährtin mit deren gesundheitlicher Situation begründet hatte. Aus objektiver Sicht eines Dritten könne ein Interessenkonflikt mit der Tätigkeit als Nie- 6

derlassungsberater nicht ausgeschlossen werden. Andere Vertragsärzte könnten eine Bevorzugung der Praxis der Lebensgefährtin des Klägers vermuten.

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Untersagung der Nebentätigkeit gewandt. Hierfür bestehe kein Grund iSv. § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L. Eine Untersagung setze bei verfassungskonformem Verständnis voraus, dass eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Arbeitgebers wahrscheinlich sei. Eine solche Wahrscheinlichkeit habe die Beklagte nicht dargelegt. Sie sei auch nicht prognostizierbar. Die beabsichtigte Unterstützung seiner Lebensgefährtin bei allgemeinen Bürotätigkeiten (Rechnungswesen, Materialbeschaffung, Botendienste, Organisation des Wäschedienstes) könne andere Vertragsärzte nicht benachteiligen und auch keinen entsprechenden Anschein erwecken. Es bestehe kein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Niederlassungsberater. Die Verwaltungsaufgaben bezögen sich auf Privatpatienten. Da er weder öffentlich noch in den Praxisräumen in Erscheinung trete, könnten andere Vertragsärzte von der Nebentätigkeit keine Kenntnis erlangen. Selbst wenn diese in einem Einzelfall seinen Zuständigkeitsbereich als Niederlassungsberater berühre, könne kein Interessenkonflikt entstehen. Die Methodik der Praxisbewertungen sei beispielsweise strikt vorgegeben und nicht anfällig für Manipulationen. Zwischen den Vertragsärzten bestehe bezüglich der Kassenpatienten auch kein Wettbewerb im klassischen Sinne.

Aufgrund der Regelung in der Compliance-Richtlinie sei zudem davon auszugehen, dass die Beklagte die Möglichkeit privater Beziehungen und den Wechsel von Zuständigkeiten als ausreichendes Mittel angesehen habe, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Die Untersagung der Nebentätigkeit sei daher als stärker belastendes Mittel unverhältnismäßig.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, dass er berechtigt ist, allgemeine Bürotätigkeiten in Nebentätigkeit in der Arztpraxis Dr. U - Ärztin, Hautärztin (Dermatologin), E - ab dem 1. Juni 2018 außerhalb der für ihn bei der Beklagten maßgeblichen Arbeitszeit und für wöchentlich sechs Stunden auszuüben;

hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag,

festzustellen, dass er berechtigt ist, allgemeine Bürotätigkeiten in der Arztpraxis Dr. U - Ärztin, Hautärztin (Dermatologin), E - außerhalb der für ihn bei der Beklagten maßgeblichen Arbeitszeit und für wöchentlich sechs Stunden und außerhalb der Praxisräume von Frau Dr. U als Nebentätigkeit auszuüben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie dürfe die angezeigte Nebentätigkeit untersagen, weil diese objektiv geeignet sei, ihre berechtigten Interessen zu beeinträchtigen. Hierfür bedürfe es keiner bestimmten Wahrscheinlichkeit, eine abstrakte Eignung reiche aus. Eine solche sei hier gegeben. Es sei nicht auszuschließen, dass ein anderer Vertragsarzt von der Nebentätigkeit des Klägers Kenntnis erlange. Deren Inhalt und Umfang könne er dann nicht einschätzen und ggf. vermuten, dass die Beratung der Beklagten nicht völlig neutral sei, weil der Kläger in der Praxis einer Konkurrentin beschäftigt sei. Deshalb könne die Nebentätigkeit Zweifel am Ruf der Beklagten als objektiv und unbeeinflusst handelnde Institution wecken. Dieses Misstrauen könne auch dann entstehen, wenn die eigene Beratung aufgrund der Zuständigkeitsregelungen oder der Compliance-Richtlinie durch einen anderen Niederlassungsberater als den Kläger erfolge. Im dicht bebauten Ruhrgebiet gingen die Vertragsärzte über die Grenzen der Städte oder Kreise hinaus Kooperationen ein und konkurrierten um Patienten.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Im Revisionsverfahren haben die Parteien unstreitig gestellt, dass der Kläger nunmehr auch für die Vertragsärzte der Beklagten in E zuständig ist.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen die Abweisung der Klage zu Recht zurückgewiesen. Der Kläger ist nicht berechtigt, die angezeigte Nebentätigkeit auszuüben. 12

I. Die Klage ist zulässig. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. 13

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn die Klagepartei ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (sog. Elementenfeststellungsklage). Ein Feststellungsinteresse ist jedoch nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann. Die Rechtskraft der Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen um denselben Fragenkomplex ausschließen (*BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 260/18 - Rn. 17 mwN*). 14

2. Vorliegend handelt es sich um eine Elementenfeststellungsklage, welche geeignet ist, den Streit der Parteien über die angezeigte Nebentätigkeit insgesamt zu beseitigen. Der Kläger wendet sich gegen die Untersagung der angezeigten Nebentätigkeit und stellt in Abrede, dass die Beklagte hierzu gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L berechtigt ist. Dem Klageziel entspricht deshalb ein auf die Feststellung der Berechtigung zur Ausübung der angezeigten Nebentätigkeit gerichteter Antrag. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus der Untersagung der Nebentätigkeit durch die Beklagte (*BAG 24. März 2010 - 10 AZR 66/09 - Rn. 12, BAGE 134, 43; 28. Februar 2002 - 6 AZR 357/01 - zu I der Gründe*). 15

II. Die Klage ist unbegründet. Die Beklagte hat dem Kläger die Ausübung von Bürotätigkeiten für die Arztpraxis seiner Lebensgefährtin nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 TV-L gegen Entgelt zu Recht untersagt. Eine solche Nebentätigkeit ist geeignet, berechnigte Interessen der Beklagten im Tarifsinne zu beeinträchtigen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Tätigkeit innerhalb oder außerhalb der Praxisräume ausgeübt würde. Sowohl Haupt- als auch Hilfsantrag haben daher keinen Erfolg. 16

1. Mit Inkrafttreten des TV-L wurden die Regelungen bezüglich der Ausübung von Nebentätigkeiten reformiert. Nach § 11 Satz 1 des Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) waren für die Nebentätigkeit eines Angestellten die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß anzuwenden. Diese Verweisung wurde mit § 3 Abs. 4 TV-L aufgehoben und das Nebentätigkeitsrecht im öffentlichen Dienst insoweit vom Beamtenrecht grundsätzlich abgekoppelt (*vgl. BeckOK TV-L/Kutzki Stand 1. September 2016 TV-L § 3 Rn. 31; Conze/Karb/Wölk Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst 5. Aufl. Allgemeine Arbeitsbedingungen Rn. 134; zur Weitergeltung der beamtenrechtlichen Bestimmungen für die Nebentätigkeit von Ärzten vgl. § 3 Abs. 12 Satz 1 TV-L idF von § 41 Nr. 2 bzw. § 42 Nr. 2 TV-L*). Die zu § 11 BAT ergangene Rechtsprechung kann daher auf § 3 Abs. 4 TV-L nicht übertragen werden. Im Gegensatz zu den Regelungen des Beamtenrechts (*vgl. §§ 99 ff. BBG sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorgaben, zB Art. 81 BayBG oder § 49 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 LBG NRW*) bedarf die Ausübung einer Nebentätigkeit nach § 3 Abs. 4 TV-L nicht der Erlaubnis des Arbeitgebers. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes - im Gegensatz zu Beamten - ihre Arbeitskraft dem Arbeitgeber grundsätzlich nur im vertraglich geschuldeten Maße zur Verfügung stellen müssen (*vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 42 Rn. 3, 13; Wank Nebentätigkeit S. 60 mit Kritik an § 11 BAT*). 17

2. Nach § 3 Abs. 4 TV-L besteht nunmehr ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. In der Regel genügt nach § 3 Abs. 4 Satz 1 TV-L die Anzeige der Nebentätigkeit. Nur im Ausnahmefall ist der öffentliche Arbeitgeber gemäß § 3 18

Abs. 4 Satz 2 TV-L berechtigt, die Nebentätigkeit zu untersagen oder mit Auflagen zu versehen. Dies gilt dann, wenn die Nebentätigkeit geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. § 3 Abs. 4 TV-L stellt die Untersagung einer Nebentätigkeit somit nicht in das freie Ermessen des Arbeitgebers, sondern ermöglicht in Streitfällen den Gerichten den verfassungsrechtlich geforderten Ausgleich der Interessen beider Vertragsparteien im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls.

a) Die rechtfertigungslose Untersagung einer Nebentätigkeit wäre ebenso wie ein generelles Verbot mit der nach Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit der Beschäftigten nicht zu vereinbaren. 19

aa) Das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als „Beruf“ zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. Es konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab (*BVerfG 5. Mai 1987 - 1 BvR 981/81 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 75, 284*). 20

bb) Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist eröffnet. Beruf iSd. Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage (*BVerfG 8. Juni 2010 - 1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07 - Rn. 85, BVerfGE 126, 112*). Dazu gehört auch ein Zweitberuf (*BVerfG 16. März 2004 - 1 BvR 1778/01 - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 110, 141*; vgl. bereits *BVerfG 4. November 1992 - 1 BvR 79/85 ua. - BVerfGE 87, 287*; offengelassen von *BVerfG 1. September 2008 - 2 BvR 1872/07 - Rn. 20*) und damit die Freiheit, eine nebenberufliche Tätigkeit zu ergreifen (*BAG 26. Juni 2001 - 9 AZR 343/00 - zu I 1 b cc der Gründe mwN, BAGE 98, 123*; *MHdB ArbR/Germelmann 4. Aufl. Bd. 2 § 155 Rn. 68*; *BeckOK Grundgesetz/Ruffert Stand 15. Mai 2019 GG Art. 12 Rn. 42*; *MüKoBGB/Spinner 8. Aufl. § 611a Rn. 245*; vgl. auch *Liebscher öAT 2018, 246*). Dies berücksichtigt, dass auch Nebentätigkeiten einen Beitrag zur Lebensgrundlage leisten (vgl. *Manssen in v. Mangoldt/*

Klein/Starck GG 7. Aufl. Art. 12 Rn. 38; Kämmerer in v. Münch/Kunig GGK 6. Aufl. Art. 12 Rn. 19; Wieland in Dreier GG-Kommentar Bd. I 3. Aufl. Art. 12 Rn. 42).

cc) Die Untersagung einer Nebentätigkeit durch den Arbeitgeber kann deshalb grundsätzlich nur wirksam sein, wenn dieser ein berechtigtes Interesse daran hat (*ErfK/Schmidt 20. Aufl. GG Art. 12 Rn. 34; AR/Spelge 9. Aufl. Art. 12 GG Rn. 21; vgl. auch Däubler TVG/Ulber 4. Aufl. Einleitung Rn. 336 ff.*). Das Interesse des Arbeitnehmers an der Ausübung der Nebentätigkeit und das Interesse des Arbeitgebers an der Unterlassung der Nebentätigkeit sind gegeneinander abzuwägen und soweit wie möglich zum Ausgleich zu bringen (*vgl. BAG 24. März 2010 - 10 AZR 66/09 - Rn. 25, BAGE 134, 43*).

b) § 3 Abs. 4 TV-L wird diesen Anforderungen gerecht. Die bloße Anzeigepflicht der Beschäftigten nach § 3 Abs. 4 Satz 1 TV-L schränkt ihre Berufsfreiheit inhaltlich nicht ein. Zwar sieht § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L für die Untersagung der Nebentätigkeit seinem Wortlaut nach keine Interessenabwägung vor. Das dargestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis verlangt jedoch bei verfassungskonformer Auslegung die Berücksichtigung der Interessen beider Arbeitsvertragsparteien. Der öffentliche Arbeitgeber kann die angezeigte Nebentätigkeit nur untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn dafür die in den beiden Alternativen des § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L näher bezeichneten berechtigten Interessen vorliegen. Diese Tatbestandsmerkmale sind wiederum im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen (*vgl. hierzu BAG 27. Juli 2016 - 7 AZR 276/14 - Rn. 26 ff., BAGE 156, 8*). Die so ermittelten Belange des Arbeitgebers sind dann gegen die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers abzuwägen. Es besteht daher keine Veranlassung, § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L zum Schutz der Berufsfreiheit der Beschäftigten generell die Durchsetzung zu versagen (*zum Schutzauftrag der Gerichte für Arbeitssachen nach Art. 1 Abs. 3 GG vgl. BAG 19. Dezember 2019 - 6 AZR 563/18 - Rn. 18 ff.*). Ob eine Untersagung oder Einschränkung der angezeigten Nebentätigkeit nach § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L gerechtfertigt ist, haben die Gerichte für Arbeitssachen vielmehr im jeweiligen

Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen beider Arbeitsvertragsparteien zu beurteilen.

3. Hier ist die angezeigte Nebentätigkeit unstreitig nicht geeignet, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers iSv. § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 TV-L zu beeinträchtigen. Sie ist jedoch unabhängig davon, ob sie inner- oder außerhalb der Praxisräume ausgeübt würde, geeignet, das öffentliche Ansehen der Beklagten zu beschädigen. Eine Möglichkeit für den Kläger, die beabsichtigte entgeltliche Nebentätigkeit ohne eine potentielle Rufschädigung der Beklagten, zB unter Auflagen, auszuüben, besteht nicht. Die Beklagte darf daher auch bei Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Klägers diesem die angezeigte Nebentätigkeit gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 TV-L untersagen. 24

a) § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 TV-L setzt die objektive Eignung der angezeigten Nebentätigkeit für eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Arbeitgebers voraus. Insoweit muss der Arbeitgeber eine Prognose treffen, die wie jede Prognose naturgemäß mit Unsicherheiten behaftet ist (*vgl. BVerfG 16. Mai 2012 - 1 BvR 96/09 ua. - Rn. 25*). Ein hohes Maß der Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung in absehbarer Zeit wird darum nicht verlangt (*Howald in Burger TVöD/TV-L 3. Aufl. § 3 Rn. 31; Steinherr in Sponer/Steinherr TV-L Stand März 2008 § 3 Rn. 179; vgl. zu § 3 TVöD-AT BeckOK TVöD/Stier Stand 1. September 2016 TVöD-AT § 3 Rn. 32*). Es genügt die nicht fernliegende, objektiv nachvollziehbare Gefahr einer Beeinträchtigung berechtigter Arbeitgeberinteressen (*vgl. Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen TV-L Stand März 2007 Teil B 1 § 3 Rn. 86*). Bei der zu erstellenden Prognose darf der Arbeitgeber allerdings nicht von unrealistischen Umständen ausgehen, welche die Annahme einer potentiellen Beeinträchtigung bei objektiver Betrachtung konstruiert erscheinen lassen. Im Streitfall trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Eignung der Nebentätigkeit für eine solche Beeinträchtigung seiner berechtigten Interessen (*Bredemeier/Neffke/Gerretz TVöD/TV-L 5. Aufl. TV-L § 3 Rn. 6 iVm. TVöD § 3 Rn. 41; Müller öAT 2013, 205, 207*). 25

b) Welche Interessen des Arbeitgebers als berechtigt iSv. § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 TV-L anzusehen sind, bedarf der Prüfung im Einzelfall. 26

- aa) Die Tarifnorm enthält keinen Katalog von Versagungsgründen wie § 99 Abs. 2 Satz 2 BBG. Dessen Auflistung kann ebenso wie die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften des Beamtenrechts nicht herangezogen werden (*Bredemeier/Neffke/Gerretz TVöD/TV-L 5. Aufl. TV-L § 3 Rn. 6 iVm. TVöD § 3 Rn. 33; aA Steinherr in Sponer/Steinherr TV-L Stand März 2008 § 3 Rn. 176 ff.*). Zum einen stellt § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 TV-L im Gegensatz zu beamtenrechtlichen Vorschriften nicht auf die „Besorgnis“ einer Beeinträchtigung „dienstlicher“ Interessen des Arbeitgebers ab. Zum anderen haben sich die Tarifvertragsparteien, wie dargelegt, bei der Schaffung von § 3 Abs. 4 TV-L bewusst von der Bezugnahme auf das Beamtenrecht gelöst. Eine Orientierung an beamtenrechtlichen Vorgaben wäre hiermit nicht vereinbar. 27
- bb) Zudem sind die berechtigten Interessen abhängig vom jeweiligen Arbeitgeber. Dies sind zwar typischerweise einzelne Bundesländer. Der vorliegende Fall zeigt jedoch, dass der TV-L über eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel auch in einem Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber zur Anwendung kommen kann. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Beeinträchtigung berechtigter Interessen“ ist dann bezogen auf diesen Arbeitgeber anzuwenden. 28
- cc) Berechtigte Interessen des Arbeitgebers sind im Regelfall beeinträchtigt, wenn sich Nebentätigkeiten der Beschäftigten negativ auf die Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit auswirken (*vgl. zu § 5 Abs. 2 AVR-Caritas BAG 28. Februar 2002 - 6 AZR 357/01 - zu II 1 der Gründe; HWK/Thüsing 8. Aufl. § 611a BGB Rn. 528*). Durch die Übernahme einer Nebentätigkeit darf die Integrität des Arbeitgebers nicht in Frage gestellt werden (*vgl. BAG 18. September 2008 - 2 AZR 827/06 - Rn. 26*). Zu berücksichtigen sind deshalb typischerweise Umstände, die das Verhältnis des Arbeitgebers zu anderen Beschäftigten, Geschäfts-/Vertragspartnern, sein öffentliches Erscheinungsbild, sein Auftreten gegenüber Dritten (Kunden, Bürger) oder seine Wahrnehmung als öffentliche Verwaltung bzw. öffentlicher Arbeitgeber betreffen können (*vgl. Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TV-L Teil II Stand August 2011 § 3 Rn. 249*). 29

c) Hiervon ausgehend ist die Beklagte nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 TV-L zur Untersagung der angezeigten Nebentätigkeit berechtigt. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Die beabsichtigte Nebentätigkeit des Klägers in der Praxis seiner Lebensgefährtin ist geeignet, das Ansehen der Beklagten bei ihren Kunden und das Vertrauen der Vertragsärzte in die Unabhängigkeit der von ihr angebotenen Beratung zu beeinträchtigen. Das Interesse des Klägers an der Ausübung der entgeltlichen Nebentätigkeit muss demgegenüber zurücktreten. 30

aa) Unabhängig vom Ort ihrer Verrichtung kann nicht ausgeschlossen werden, dass andere Vertragsärzte von einer entgeltlichen Nebentätigkeit des Klägers in dieser Praxis, zB durch gemeinsame Lieferanten oder private Kontakte, Kenntnis erlangten. Dies entspricht allgemeiner Lebenserfahrung und bedarf keines Beweises durch die Beklagte. Ein anderer Vertragsarzt hätte dann voraussichtlich zwar keine nähere Kenntnis vom Inhalt der Nebentätigkeit. Dies ist aber nicht entscheidend. Entscheidend ist, dass der andere Vertragsarzt bzw. sogar mehrere Vertragsärzte als Kunden der Beklagten den Eindruck gewinnen könnten, dass die Beklagte nicht die erforderliche Neutralität gegenüber den Vertragsärzten aufweist. Dies gilt auch angesichts des Umstands, dass der Kläger und die Praxisinhaberin in einer persönlichen Beziehung stehen und daher ohnehin ein Näheverhältnis besteht. Eine entgeltliche Nebentätigkeit, welche der Kläger in Kenntnis und mit Billigung der Beklagten ausübte, würde eine andere Qualität aufweisen, weil sie einen Bezug zur beruflichen Tätigkeit des Klägers hätte und damit auch die Beklagte betreffen würde. Jede Form einer entgeltlichen Nebentätigkeit eines Niederlassungsberaters, der die Beklagte nach außen repräsentiert, für eine andere Arztpraxis kann den Eindruck entstehen lassen, dass die Beklagte eine besondere berufliche Nähe ihrer Niederlassungsberater zu einzelnen Ärzten hinzunehmen bereit ist. Damit ist zwangsläufig das Risiko verbunden, dass andere Vertragsärzte die Objektivität der Beratung durch Vertreter der Beklagten anzweifeln. Auf die inhaltliche Ausgestaltung der Beratungstätigkeit und die konkrete Konkurrenzsituation kommt es dabei nicht an. 31

bb) Es ist auch ohne Belang, ob sich die Praxis seiner Lebensgefährtin im Zuständigkeitsbereich des Klägers befindet oder nicht. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angeführt, dass im Rahmen der Beratung von Praxisübernahmen und Kooperationsvereinbarungen ein solcher Bezug jederzeit entstehen kann. Dies gilt auch bezüglich der Beratung zur überörtlichen Patientengewinnung. Folglich ist die in Ziff. 4 Buchst. a der Compliance-Richtlinie vom 1. Juni 2016 bezüglich der Vermeidung von Interessenkonflikten vorgesehene Umverteilung der Zuständigkeit in der hier vorliegenden Fallgestaltung nicht geeignet, die Beeinträchtigung der Interessen der Beklagten auszuschließen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob und ggf. inwieweit die sog. Compliance-Richtlinie eine Selbstbindung der Beklagten herbeigeführt hat. 32

cc) Die Beklagte hat auch keine Möglichkeit, die Nebentätigkeit mit Auflagen zu versehen, welche als milderer Mittel gegenüber der Untersagung den Interessen des Klägers gerecht würden. Die von der Revision angesprochenen Möglichkeiten, die Nebentätigkeit auf außerhalb der Praxisräume auszuübende Tätigkeiten zu beschränken oder den Kläger zu verpflichten, Stillschweigen über die Ausübung der Nebentätigkeit zu bewahren, sind für den Schutz des Rufs der Beklagten ebenso wenig geeignet wie die Beschränkung der Nebentätigkeit auf Privatpatienten. Solche Einschränkungen könnten die Kenntnisnahme von der Nebentätigkeit durch andere Vertragsärzte nicht ausschließen. Zudem kann die Beklagte nicht darauf verwiesen werden, dass eine Nebentätigkeit gleichsam im Verborgenen ausgeübt würde. Die Integrität des Arbeitgebers zeigt sich auch darin, dass kein Anlass für die Geheimhaltung von Nebentätigkeiten besteht. Hinsichtlich der Beschränkung auf Privatpatienten ist zudem nicht erkennbar, dass die Praxisorganisation - bis auf Rechnungstellungen - zwischen Privat- und Kassenpatienten hinreichend getrennt ist. 33

dd) In der Gesamtabwägung ist das Interesse des Klägers an der Ausübung der angezeigten Nebentätigkeit nicht als schwerwiegender anzusehen. Da der Kläger nach dem Tarifvertrag nicht gehindert ist, seiner Lebensgefährtin unentgeltlich zur Seite zu stehen, beschränkt sich sein Interesse an der Ausübung der angezeigten Nebentätigkeit auf die damit verbundene Verdienstmög- 34

lichkeit. Dieses begrenzte finanzielle Interesse muss gegenüber dem Interesse der Beklagten als Körperschaft des öffentlichen Rechts an der Wahrung ihrer öffentlichen Integrität zurücktreten.

III. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 35

Spelge

Heinkel

Krumbiegel

Kammann

Köhler