

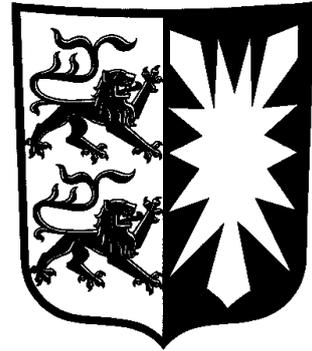
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 SaGa 5/16

1 Ga 29 b/16 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 08.11.2016

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 08.11.2016 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Antragstellers/Verfügungsklägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 13. Oktober 2016, Az. 1 Ga 29 b/16, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Antragsteller/Verfügungskläger.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben.

Tatbestand

Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren über die Genehmigung von Nebentätigkeiten.

Der 49-jährige Verfügungskläger (künftig: Kläger) ist bei der Verfügungsbeklagten (künftig: Beklagte) seit dem 01.04.2008 als Oberarzt in der Medizinischen Klinik I, Abteilung Nephrologie unter der Leitung des Klinikdirektors Prof. Dr. J. S. im Universitätsklinikum S. H., C. L. tätig. Der Kläger ist dabei sowohl in der medizinischen Krankenversorgung als auch in Forschung und Lehre tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft einzelvertraglicher Bezugnahme der Tarifvertrag für Ärzte und Ärztinnen an Universitätskliniken in der jeweils geltenden Fassung (TV-Ärzte) Anwendung. Soweit hier von Belang enthält der TV-Ärzte folgende Regelung:

„§ 5 Nebentätigkeit

- (1) Für Nebentätigkeiten der Ärzte finden die Bestimmungen, die für die Beamten des jeweiligen Landes jeweils gelten, sinngemäß Anwendung.
...“

Das Landesbeamtengesetz Schleswig-Holstein (LBG) enthält u. a. folgende Regelungen zu Nebentätigkeiten:

„§ 73 Verbot einer Nebentätigkeit

- (1) Soweit durch die Nebentätigkeit die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen zu besorgen ist, ist ihre Übernahme einzuschränken oder ganz oder teilweise zu untersagen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Nebentätigkeit
1. nach Art und Umfang die Arbeitskraft so stark in Anspruch nimmt, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der dienstlichen Pflichten behindert werden kann,
 2. die Beamtin oder den Beamten in einen Widerstreit mit den dienstlichen Pflichten bringen kann,
 3. in einer Angelegenheit ausgeübt wird, in der die Behörde, der die Beamtin oder der Beamte angehört, tätig wird oder tätig werden kann,
 4. die Unparteilichkeit oder Unbefangenheit der Beamtin oder des Beamten beeinflussen kann,
 5. zu einer wesentlichen Einschränkung der künftigen dienstlichen Verwendbarkeit der Beamtin oder des Beamten führen kann,
 6. dem Ansehen der öffentlichen Verwaltung abträglich sein kann.
- Die Voraussetzung des Satzes 2 Nr. 1 gilt in der Regel als erfüllt, wenn die zeitliche Beanspruchung durch eine oder mehrere Nebentätigkeiten acht Stunden in der Woche überschreitet.

- (2) Schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeiten sowie die mit Lehr- oder Forschungsaufgaben zusammenhängende selbstständige Gutachtertätigkeit von wissenschaftlichem Hochschulpersonal sind nur einzuschränken oder ganz oder teilweise zu untersagen, wenn konkrete Gefahr besteht, dass bei ihrer Ausübung dienstliche Pflichten verletzt werden.
- (3) Nach ihrer Übernahme ist eine Nebentätigkeit einzuschränken oder ganz oder teilweise zu untersagen, soweit bei ihrer Übernahme oder Ausübung dienstliche Pflichten verletzt werden.

...

§ 78 Verordnungsermächtigung

Die zur Ausführung der §§ 70 bis 77 notwendigen Vorschriften über die Nebentätigkeit der Beamtinnen und Beamten erlässt die Landesregierung durch Verordnung. In ihr kann insbesondere bestimmt werden,

1. welche Tätigkeiten als öffentlicher Dienst im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind oder ihm gleichstehen,
2. welche Tätigkeiten als Ehrenämter im Sinne des § 70 Abs. 4 anzusehen sind,
3. ob und inwieweit eine im öffentlichen Dienst ausgeübte Nebentätigkeit vergütet wird oder eine erhaltene Vergütung abzuführen ist,
4. unter welchen Voraussetzungen die Beamtin oder der Beamte bei der Ausübung der Nebentätigkeit Einrichtungen, Personal oder Material des Dienstherrn in Anspruch nehmen darf und in welcher Höhe hierfür ein Entgelt an den Dienstherrn zu entrichten ist; das Entgelt kann pauschaliert und in einem Prozentsatz des aus der Nebentätigkeit erzielten Bruttoeinkommens festgelegt werden und bei unentgeltlich ausgeübter Nebentätigkeit ganz oder teilweise entfallen;
5. dass die Beamtin oder der Beamte verpflichtet werden kann, nach Ablauf eines jeden Kalenderjahres der oder dem Dienstvorgesetzten die ihr oder ihm zugeflossenen Entgelte und geldwerten Vorteile aus Nebentätigkeiten anzuzeigen.“

Die Landesregierung Schleswig-Holstein erließ die Landesverordnung über die Nebentätigkeit der im Hochschulbereich tätigen Beamtinnen und Beamten vom 02.06.2009 (HNtVO, GVOBl. 2009, 338) sowie die Durchführungshinweise zum Nebentätigkeitsrecht vom 21.09.2015 (Amtsbl. SH 2015, 1134). Letztere enthalten u. a. folgende Hinweise:

5 Wie läuft das Anzeigeverfahren ab?

Die Anzeige ist rechtzeitig, d. h. mindestens einen Monat vor Aufnahme der Nebentätigkeit (vergleiche § 75 LBG) auf dem Dienstweg mit allen erforderlichen Angaben und Unterlagen an die zuständige Personaldienststelle zu richten ... Über die Einschränkung oder Untersagung einer Nebentätigkeit soll innerhalb eines Monats entschieden werden. Die Frist beginnt, wenn alle erforderlichen Unterlagen vorgelegt wurden. Eine schriftliche Mitteilung der Personaldienststelle erfolgt nur,

- wenn die angezeigte Nebentätigkeit eingeschränkt oder ganz oder teilweise untersagt wird,

- ...

...

Haben Sie nach Ablauf eines Monats keine Verbotsverfügung erhalten, können Sie davon ausgehen, dass gegen die Übernahme der Nebentätigkeit keine Bedenken bestehen. Sie sind damit berechtigt, die angezeigte Nebentätigkeit zu übernehmen.“

Im Universitätsklinikum L. finden daneben die Vorläufigen Richtlinien des Universitätsklinikums L. über Drittmittel (einschl. Spenden), Beratungstätigkeiten in Nebentätigkeit sowie Belohnungen und Geschenke - Drittmittel-Richtlinien vom 09.01.2001 - Anwendung (Bl. 82 ff. d. A.) mit u. a. folgender Regelung:

§ 10 Beratungs- und Vortragstätigkeiten in Nebentätigkeit

- (1) Eine Beamtentätigkeit für private Unternehmen, die Beschäftigte in Nebentätigkeit ausüben wollen, ist zu versagen, wenn die Besorgnis besteht, dass durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Nebentätigkeit die Unparteilichkeit oder die Unbefangenheit der oder des Beschäftigten beeinflussen kann (s. § 81 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 4 LBG). Dieser Versagungsgrund liegt bei Beratungstätigkeiten im Regelfall vor, wenn
 - die Beratungstätigkeit nicht nachvollziehbar ist (sog. Scheingeschäft)
 - das vereinbarte Honorar nicht im angemessenen Verhältnis zum Arbeitsaufwand für die Beratungstätigkeit steht,
 - die Beratungstätigkeit in direktem oder indirektem Zusammenhang mit Beschaffungen des UKL steht. Dabei ist zu beachten:
 Unterhält das Unternehmen, das den/die Bedienstete/n für eine Beratungstätigkeit gewinnen will, in dessen/deren Arbeitsbereich Geschäftsbeziehungen zum UKL, ist unter Angabe der von der Einrichtung beim Unternehmen bezogenen Produkte darzulegen, inwieweit der Antragsteller / die Antragstellerin an der Produktwahl beteiligt ist, Gleiches gilt, wenn ein Grund für die Annahme besteht, dass sich dieses Unternehmen in absehbarer Zeit als Bewerber in einem Vergabeverfahren des UKL im Arbeitsbereich des Antragstellers / der Antragstellerin beteiligen will.
- (2) Vorstehende Grundsätze gelten entsprechend bei Vortragstätigkeiten für private Unternehmen, die von Beschäftigten des Universitätsklinikums in Nebentätigkeit erbracht werden.
- (3) Eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter darf auf einer Dienstreiseveranstaltung eine wissenschaftliche Vortragstätigkeit in Nebentätigkeit ausüben und hierfür unter vorstehenden Voraussetzungen ein angemessenes Honorar annehmen.
 Sofern die Vortragstätigkeit nicht in Nebentätigkeit ausgeübt wird, darf die oder der Beschäftigte ein angemessenes Honorar für das Universitätsklinikum annehmen. Das Honorar ist an das Universitätsklinikum abzuführen und gem. § 71 b Abs. 7 HSG für die Durchführung von Hochschulaufgaben (Forschung) zu verwenden.
- (4) Im Übrigen finden die Bestimmungen des Nebentätigkeitsrechts Anwendung.“

Zur Behandlung bestimmter Krankheiten stehen in der Medizinischen Klinik I, Nephrologie, auch hochpreisige Medikamente zur Verfügung, etwa das Medikament S.® (E.) von der Firma A. P. GmbH und das Medikament J.® (T.) von der Firma O. P. . Die Anwendung des Medikaments S.® kann pro Patient 18.000,00 € bis 24.000,00 € kosten. S.® kommt jedoch in der Regel nur bei einer extrem seltenen Erkrankung (ca. 1 von 1 Millionen Menschen) zur Anwendung. Die Kosten für die Anwendung des Wirkstoffs T. können pro Patient und Jahr 22.000,00 € bis 25.000,00 € betragen.

Auf einer Board-Besprechung vom 13.04.2016 verständigten sich die Oberärzte und die Klinikleitung der Nephrologie darauf, dass hinsichtlich der Behandlung von Patienten mit den besonders teuren Medikamenten S.® und J.® ca. alle vier Wochen ein TMA-Board (S.®) und ca. alle vier Wochen ein ADPKD-Board (J.®) abgehalten wird, auf welchen die beteiligten Oberärzte gemeinsam abstimmen, bei welchen Patienten in welchem Umfang das jeweilige Medikament eingesetzt wird (Bl. 108 ff. d. A.). Weiter wurde auf dieser Besprechung erörtert, dass extern finanzierte Reisen zur Sicherung der Transparenz nicht eigenständig sondern nur nach Rücksprache mit Prof. Dr. S. angenommen werden sollen und die Einnahmen aus Vertragshonoraren ab einem Betrag von über 5.000,00 €/Jahr auf Drittmittelkonten gutgeschrieben werden.

Der Kläger betreut bei der Beklagten als Oberarzt auch die Nephrologische Ambulanz. Im Jahr 2014 lag der Umsatz des von der Firma A. P. GmbH produzierten Medikaments S.® auf der Nephrologischen Ambulanz bei 1.318.604,23 €, im Jahr 2015 bei 3.310.538,37 € und im Jahr 2016 bei 2.564.264,43 €. Der Gesamtumsatz des Medikamentes S.® der gesamten Medizinischen Klinik I, Nephrologie lag im Jahr 2014 bei 2.322.987,90 €, im Jahr 2015 bei 3.501.315,09 € und im Jahr 2016 bei 2.783.096,62 € (Bl. 103 d. A.).

Im Jahr 2014 betreute der Kläger in den ersten drei Quartalen des Jahres auch die Station ... CN. Auf der Station .. CN lag der Umsatz mit Medikamenten der Firma O. P. GmbH im Jahr 2010 bei 4.125,97 €, im Jahr 2012 bei 2.876,63 €, im Jahr 2013 bei

6.725,03 €, im Jahr 2014 bei 20.199,91 € und im Jahr 2016 bisher 3.894,69 € (vgl. Anlage AG 3).

Von Januar bis Juli 2016 übte der Kläger an vier Tagen Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit den Firmen A. P. und O. P. aus. Ob weitere Nebentätigkeitstage des Klägers in 2016 im Zusammenhang mit den genannten Firmen stehen, ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 09.06.2016 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie ihm Nebentätigkeiten, insbesondere für die Pharmafirmen A. P. G. GmbH und O. P. GmbH bis auf weiteres nicht mehr genehmigen werde, da nicht transparent sei, inwieweit eine Interessenkollision zwischen der Tätigkeit des Klägers als Oberarzt des UKSH und den Interessen der Pharmafirmen vorliege (Bl. 27 d. A.). Der Kläger erwiderte mit Schreiben vom 29.07.2016 und teilte der Beklagten mit, dass er in Beschaffungsentscheidungen für Medikamente nicht involviert sei, Therapieentscheidungen für hochpreisige Medikamente der betreffenden Pharmafirmen in der Regel von anderen Kollegen gefällt bzw. gemeinsam besprochen würden und seine Kollegen inklusive des kommissarischen Klinikdirektors Vorträge gegen Entgelt und Ähnliches ohne konkrete Gegenleistung von den genannten Pharmafirmen nach entsprechender Genehmigung getätigt hätten.

In der ADPKD-Board-Besprechung vom 21.06.2016 legte der Kläger trotz ausdrücklicher Nachfrage nicht offen, dass er zumindest zwei weitere Patienten mit J.®, d. h. dem Wirkstoff T., behandelte.

Mit Erstanzeige vom 26.07.2016 zeigte der Kläger gegenüber der Beklagten die beabsichtigte Annahme und Durchführung mehrerer Nebentätigkeiten an, u. a. eine ca. sechsstündige „Referenten-/Vortragstätigkeit Experten-Kolleg ADPKD“ bei der „O. P. GmbH“ am 12.11.2016 für ein Honorar von ca. 1.200,00 € nebst Auslagenersatz von ca. 500,00 € (Bl. 189 d. A.). Nach mehrfacher telefonischer Nachfrage des Klägers untersagte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 15.09.2016 die mit Erstanzeige vom 26.07.2016 angezeigten Nebentätigkeiten (Bl. 26 d. A.). Mit Anwaltschreiben vom 23.09.2016 forderte der Kläger die Beklagte nochmals auf, ihm die

Genehmigung für die beantragten Nebentätigkeiten zu erteilen. Die Untersagung vom 15.09.2016 sei unwirksam. Die beantragte Vortragstätigkeit unterliege § 73 Abs. 2 LBG, für deren Untersagung eine konkrete Gefahr einer Dienstpflichtverletzung vorliegen müsse. Diese liege hier nicht vor.

Am 07.10.2016 hat der Kläger vor dem Arbeitsgericht einen entsprechenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Der Kläger hat vorgetragen,

von seiner Arbeitszeit entfallen etwa 1/3 auf den Bereich Forschung und Lehre und 2/3 auf die medizinische Krankenversorgung. Bei dem in zweiter Instanz allein noch streitgegenständlichen Experten-Kolleg vom 12.11.2016, auf welchem er, der Kläger, als einer von mehreren Referenten aus seiner beruflichen Praxis referiere, handele es sich um eine Zusammenkunft und eine Veranstaltung für ärztliche Kollegen. Die für ein bestimmtes Krankheitsbild spezialisierten Ärzte würden jeweils den anderen Teilnehmern ihre neuen Erkenntnisse mitteilen. In der ADPKD-Board-Besprechung am 21.06.2016 habe er, der Kläger, die zwei weiteren von ihm mit T. behandelten Patienten nicht vorgestellt, da er auf eine Vorstellung dieser Patienten nicht hinreichend vorbereitet gewesen sei und daher eine Vorstellung aus seiner Sicht keinen Sinn gehabt hätte. Ein Verfügungsanspruch sei gegeben. Die Beklagte sei gemäß § 73 Abs. 2 LBG nicht berechtigt, ihm die angezeigte Nebentätigkeit vom 12.11.2016 zu untersagen. Eine konkrete Gefahr einer Dienstpflichtverletzung bei Ausübung der Nebentätigkeit sei nicht gegeben. Ungeachtet dessen gelte die Nebentätigkeit als genehmigt, da die Beklagte auf seinen Antrag über einen Monat lang nicht reagiert habe. Das Vorliegen des Verfügungsgrundes folge aus der zeitlichen Lage der angezeigten Nebentätigkeit.

Zur Glaubhaftmachung hat der Kläger an Eides statt versichert, Therapieentscheidungen für hochpreisige Medikamente der hier strittigen Pharmafirmen, für die er Vorträge halten möchte, würden in der Regel nicht von ihm alleine getroffen, sondern bezüglich des Medikaments J.® von anderen Kollegen in einer speziellen Sprechstunde gefällt oder bei S.® jedenfalls gemeinsam besprochen (Bl. 51 f. d. A.).

Der Kläger hat beantragt,

1. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung - der Dringlichkeit wegen ohne mündliche Verhandlung und durch den Vorsitzenden/die Vorsitzende allein - aufzugeben, dem Antragsteller
 - b) die Referenten-Beratertätigkeit und Teilnahme des Klägers am 25.10.2016 beim A. B. O. in F. a. M.,
 - c) die Referenten-/Vortragstätigkeit und Teilnahme des Klägers am Experten-Kolleg ADPKD am 12.11.2016 in F. a. M.

zu dulden;

hilfsweise

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung - der Dringlichkeit wegen ohne mündliche Verhandlung und durch den Vorsitzenden/die Vorsitzende allein - aufzugeben, dem Antragsteller

- b) die Referenten-/Beratertätigkeit und Teilnahme des Klägers am 25.10.2016 beim A. B. O. in F. a. M.,
- c) die Referenten-/Vortragstätigkeit und Teilnahme des Klägers am Experten-Kolleg ADPKD am 12.11.2016 in F. a. M.

zu gestatten;

2. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen eine vorstehende Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 € anzudrohen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen,

ein Versagungsgrund habe vorgelegen. Der Kläger habe im Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 30.07.2016 an acht Tagen Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit den Firmen A. P. und O. P. ausgeübt und noch weitere sechs bis acht Tage für Nebentätigkeiten für diese Pharmafirmen verplant. Der Umsatz der von diesen Pharmafirmen hergestellten Medikamente S.® (A. P.) und J.® (O. P.) sei in den durch den Kläger als Oberarzt betreuten klinischen Bereichen auffallend hoch. Zudem habe der Kläger auf dem ADPKD-Board vom 21.06.2016 widerrechtlich nicht mitgeteilt, dass er zwei weitere Patienten mit dem Medikament J.® behandelte. Die-

se Indizien rechtfertigten die Besorgnis, dass zwischen dem hohen Medikamentenumsatz auf den durch den Kläger als Oberarzt betreuten klinischen Bereichen und der Nebentätigkeit für die das Medikament J.® produzierende Pharmaunternehmen ein Zusammenhang bestehe und somit ihre dienstlichen Interessen beeinträchtigt sein könnten, da die Unparteilichkeit bzw. Unbefangenheit des Klägers bei Behandlungs- und Beschaffungsentscheidungen nicht sichergestellt sei. Ihre Untersagungsentscheidung sei daher nicht ermessensfehlerhaft. In Anbetracht der generellen Versagung vom 09.06.2016, für die genannten Pharmafirmen Nebentätigkeiten auszuüben habe der Kläger auch nicht darauf vertrauen können, dass seine Anträge vom 26.07.2016 positiv entschieden werden würden.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 13.10.2016 die Anträge in vollem Umfang zurückgewiesen. Bei der beantragten Nebentätigkeit vom 12.11.2016 handele es sich nicht um eine privilegierte Nebentätigkeit i. S. v. § 73 Abs. 2 LBG. Vortragstätigkeiten seien nur dann erfasst, wenn sie eine schriftstellerische, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit zum Gegenstand hätten. Denn diese Privilegierung fuße auf Art. 5 Abs. 3 GG. Aufgrund der Eigenart der Medizin als stark praxisorientierte, angewandte Wissenschaft, sei diese im Bereich der Nebentätigkeiten nur bedingt mit den Grundlagenwissenschaften vergleichbar. Es ist demnach jede Nebentätigkeit dahingehend zu überprüfen, ob sie ihrem Tätigkeitsinhalt nach schwerpunktmäßig dem Bereich Forschung und Lehre oder eher dem Bereich Anwendungserfahrung in der Praxis der Krankenversorgung zuzuordnen sei. Dabei sei diese Grenzziehung im Einzelfall schwierig und aufgrund des grundgesetzlich gewährleisteten Schutzes im Zweifel von einer Tätigkeit mit wissenschaftlichem Schwerpunkt auszugehen. Die hier strittige Vortragstätigkeit sei schwerpunktmäßig im Bereich der Krankenversorgung angesiedelt und nicht im Bereich Forschung und Lehre. Der Kläger wolle mit seinem Vortrag in erster Linie Anwendungserfahrungen aus seiner Praxis in der Krankenversorgung gegenüber weniger spezialisierten Ärzten vermitteln. Die Untersagung der Nebentätigkeit sei gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LBG begründet. Es sei nicht ausgeschlossen, dass die Beauftragung des Klägers durch das Pharmaunternehmen O. Einfluss auf dessen fachliche Entscheidung haben kann, wann ein von dieser Firma produziertes Medikament angewendet werde und diese Entscheidung nicht ausschließlich von medizinischen, sondern auch von fachfremden Erwägungen

getragen werde. Denn auf der Station .. CN sei es nur unter Leitung des Klägers von Januar bis Oktober 2014 zu einem weit überdurchschnittlichen Anstieg des Umsatzes mit Medikamenten des Herstellers O. P. gekommen. Zudem habe der Kläger auf der ADPKD-Board-Besprechung vom 21.06.2016 verschwiegen, dass er zwei weitere Patienten mit T. behandelte. Diese Umstände rechtfertigten auch eine Untersagung nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 LBG wegen der Gefahr, dass der Kläger bei seinen Entscheidungen über die Verwendung des Medikaments J.® (O. P.) nicht mehr unparteilich oder unbefangen sei. Dem stehe auch nicht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz entgegen, weil andere Kollegen des Klägers in größerem Umfang Nebentätigkeiten für die genannten Pharmafirmen ausgeübt hätten. Es sei nicht ersichtlich, dass hinsichtlich dieser Kollegen neben ihrer grundsätzlichen Beteiligung an Behandlungs- und Beschaffungsentscheidungen weitere Indizien für eine mögliche Interessenkollision vorlägen, so wie es beim Kläger der Fall sei. Schließlich könne sich der Kläger nicht mit Erfolg auf die Durchführungshinweise zum Nebentätigkeitsrecht berufen, wobei dahingestellt bleiben könne, ob diese überhaupt Bindungswirkung entfalten würden. Aufgrund des Schreibens vom 09.06.2016 hätte der Kläger wissen können, dass die angezeigte Nebentätigkeit grundsätzlich nicht genehmigt werden würde.

Gegen das ihm am 20.10.2016 zugestellte Urteil hat der Kläger am 17.10.2016 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am 21.10.2016 begründet. Die Parteien haben übereinstimmend den Antrag und Hilfsantrag zu Ziff. 2 a) betreffend die beantragte Nebentätigkeit am 25.10.2016 in der Berufungsverhandlung für erledigt erklärt.

Der Kläger wiederholt und vertieft

seinen erstinstanzlichen Vortrag. Die Beklagte hätte seiner Entscheidung § 73 Abs. 2 LBG zugrunde legen müssen. Vortragstätigkeit sei gleichgestellt mit u. a. wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit. Dies ergebe sich aus der Verknüpfung mit dem Bindewort „oder“. Die Vortragstätigkeit von wissenschaftlichem Personal sei stets privilegiert und unterstelle ggf. den Bezug zur Wissenschaft. Dies gelte insbesondere für Mediziner, da es hier den Dreiklang von Forschung, Lehre und Krankenversorgung gebe. Forschung und Lehre ohne Krankenversorgung sei gar nicht

möglich. Bei der Teilnahme am Experten-Kolleg ADPKD handele es sich um eine Fortbildungsveranstaltung. Es würden in der Praxis erworbene Erkenntnisse sowie wissenschaftliche Kenntnisse referiert. Es sei vor diesem Hintergrund auch nicht zulässig, die Privilegierung des § 73 Abs. 2 LBG davon abhängig zu machen, wo der Schwerpunkt der Vortragstätigkeit anzusiedeln sei, da im Bereich der Medizin die Wissenschaft unmittelbar mit der Praxis zusammenhänge. Es lägen aber auch keine Verbotsgründe gemäß § 73 Abs. 1 LBG vor. Eine Beeinträchtigung dienstlicher Interessen sei durch die Vortragstätigkeit nicht zu besorgen. Es seien keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Nebentätigkeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Wirkungen auf die dienstlichen Interessen entfalten könnten. Insbesondere könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass er in 2014 als leitender Oberarzt auf der Station .. CN tätig gewesen sei und auf der ADPKD-Besprechung vom 21.06.2016 nicht über einzelne mit T. behandelte Patienten gesprochen worden sei. Die meisten Patienten mit unklaren Hyponatriämien würden in der Notaufnahme identifiziert und sodann auf die Station ..CN (Nephrologie) und .. B (Endokrinologie/Nephrologie/Allgemeine Innere) verlegt. Ein hoher Medikamentenverbrauch in der durch ihn betreuten Ambulanz könne schon deshalb nicht vorliegen, da alles über entsprechende Rezepte erfolge und keine Medikamente für diese ambulante Therapie eingekauft würden. Dies gelte sowohl für das Medikament S.® als auch für J.® der Firma O.. Der hohe Verbrauch von T. (S.®9) im Jahr 2014 auf der Station .. CN sei nicht durch ihn verursacht worden, sondern durch den Klinikleiter Prof. S. bei der Behandlung eines Privatpatienten im Rahmen von fünf Stationsaufenthalten. Dementsprechend könne diesbezüglich auch nicht auf eine irgendwie geartete Wahrscheinlichkeit einer möglichen Interessenkollision mit der Dienstpflicht geschlossen werden. Die Entscheidung zur hochpreisigen J.-Therapie bei Patienten in den ADPKD-Sprechstunden treffe allein die Assistenzärztin Dr. C. Ohne Vorbereitung mit den Patientengrunddaten inklusive Scores der drei von ihm mit J.® behandelten ADPKD-Patienten wäre eine fundierte Aussage zur Therapie am 21.06.2016 nicht sinnvoll gewesen. Ungeachtet dessen gelte die Genehmigung für die hier strittige Vortragstätigkeit nach Ziff. 5 der Durchführungshinweise zum Nebentätigkeitsrecht als erteilt. Gemäß § 5 TV-Ärzte würden diese auch für ihn gelten. Hieran ändere auch die generelle Untersagungsverfügung der Beklagten vom 09.06.2016 nichts. In diesem Schreiben habe die Beklagte keine grundsätzlichen Versagungsgründe

genannt, sondern nur auf eine angebliche Intransparenz hingewiesen. Diesem vermeintlichen Einwand sei er, der Kläger, indessen mit seinem Antwortschreiben vom 29.07.2016 entgegnetreten, ohne dass die Beklagte hierauf nochmals reagiert habe. Die Beklagte habe seine Teilnahme mithin zu dulden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 13.10.2016, Az. 1 Ga 29 b/16, abzuändern und

der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die Referenten-/Vortragstätigkeit und Teilnahme des Verfügungsklägers am Experten-Kolleg ADPKD am 12.11.2016 in F. a. M. zu dulden;

hilfsweise

der Verfügungsbeklagten im Wege der Einstweiligen Verfügung aufzugeben, dem Verfügungskläger die Referenten-/Vortragstätigkeit und Teilnahme am Experten-Kolleg ADPKD am 12.11.2016 in F. a. M. zu gestatten;

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Der streitgegenständliche Antrag gehe über die beantragte Teilnahme hinaus. Dort habe er nur für eine Referenten- und Vortragstätigkeit die Genehmigung bzw. Duldung beantragt. Zudem habe er den für die Nebentätigkeit zugrundeliegenden Vertrag nicht vorgelegt. Auch die zu erwartende Vergütung habe er nicht konkret, sondern nur schätzungsweise angegeben. Das gleiche gelte für die weiteren geldwerten Vorteile. Seite zwei des Antragsformulars habe er gar nicht ausgefüllt. Der Antrag selbst sei mithin nicht ansatzweise prüffähig gewesen. Ungeachtet dessen habe sie den Antrag zu Recht abgelehnt. Die Nebentätigkeit beschränke sich nicht nur auf eine Vortragstätigkeit, sondern auch auf einen Erfahrungsaustausch mit Medizinern mit dem Ziel weiteren Erkenntnisgewinns. Ziel des Experten-Kollegs in Form einer Gesprächsveranstaltung sei eher die Bewerbung der Produkte der Fa. O. P. GmbH. Die Vortragstätigkeit des Klägers habe aber auch keinen wissenschaftlichen Bezug i. S. d. § 73 Abs. 2 LBG. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehe die Gefahr, dass durch die beantragte Nebentätigkeit am 12.11.2016 dienstliche Inte-

ressen gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LGB beeinträchtigt werden könnten. Es bestehe sogar der begründete Verdacht einer strafbaren Handlung gemäß § 299a StGB. Bereits die Höhe der geldwerten Vorteile (1.700,00 € für sechs Stunden) belege den Verdacht, dass der Kläger nicht nur angemessen für die Teilnahme an dem Expertenkolleg vergütet werde, zumal der Kläger weder exakt den Zeitumfang noch die konkrete Höhe der Vergütung angegeben habe. Auch die nachhaltige Zusammenarbeit mit dem Pharmaunternehmen O. belege den von ihr gehegten Verdacht. Im Jahr 2015 habe der Kläger nach seiner eigenen Veröffentlichung von der O. Einnahmen in Höhe von ca. 18.000,00 € erhalten. Insgesamt habe er 2015 aus vergleichbaren Nebentätigkeiten ca. 36.500,00 € und bis heute im Jahr 2016 ca. 28.000,00 € erzielt. Diese Beträge lägen weit über den Einnahmen, die ein Oberarzt im UKSH mit Nebentätigkeiten erzielen könne (durchschnittlich bis zu 5.000,00 €). Der Kläger habe seine exorbitant hohen Einkünfte aus Nebentätigkeiten auch verschleiert, indem er die Seite 2 des Antrags gerade nicht ausgefüllt habe. Entgegen der Behauptung des Klägers sei er auch kein Spezialist für die Behandlung von ADPKD-Patienten. Bemerkenswert sei auch, dass der Kläger entgegen den Weisungen des Klinikdirektors, drei ADPKD-Patienten selbst behandelt und nicht an Frau Dr. C abgegeben habe, sondern diesen Umstand auch auf der Boardbesprechung vom 21.06.2016 verschwiegen habe. Auch der Versagungsgrund gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 LGB liege hier vor. Das hohe Honorar, das der Kläger von der Fa. O. erhalte, sei geeignet, dessen Unparteilichkeit und Unbefangenheit bei der Medikamentenwahl zu beeinflussen. Sie, die Beklagte, habe den Antrag vom 26.07.2016 auch nicht stillschweigend genehmigt, denn sie habe dem Kläger bereits am 21.06.2016 mitgeteilt, dass sie diesbezügliche Nebentätigkeiten nicht mehr genehmigen werde. Die Beklagte bestreitet zudem, dass der strittige Antrag vor dem 15.08.2016 bei ihr eingegangen sei. Zudem habe bei Abgabe des Antrags Prof. Dr. S. dem Kläger bereits mitgeteilt, dass dem Kläger Genehmigungen für Nebentätigkeiten für die Fa. O. nicht erteilt werden könnten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt ihrer wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 08.11.2016 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist dem Beschwerdewert nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b; 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 ZPO.

In der Sache selbst hat die Berufung keinen Erfolg, da sie unbegründet ist.

Das Arbeitsgericht hat die Klage sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu Recht abgewiesen. Die mit Formularantrag vom 26.07.2016 beantragte Nebentätigkeit gilt nicht bereits als erteilt und ist somit auch nicht durch die Beklagte zu dulden (1.). Der Kläger hat aber auch keinen Anspruch auf Gestattung der beantragten Nebentätigkeit vom 12.11.2016 (2.).

1. Der Hauptantrag ist unbegründet. Dem Kläger steht kein Anspruch auf Duldung der Nebentätigkeit am 12.11.2016 gemäß § 5 Abs. 1 TV-Ärzte i. V. m. §§ 70 ff., 75 Abs. 2 LBG sowie den Durchführungshinweisen zum Nebentätigkeitsrecht zu. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagten die Nebentätigkeitsanzeige vom 26.07.2016 an diesem Tag oder zumindest zeitnah zugegangen ist. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass die Beklagte die Monatsfrist für die Untersagung der Nebentätigkeit gemäß § 75 Abs. 2 LBG hat verstreichen lassen.

a) Die Durchführungshinweise hinsichtlich des Anzeigeverfahrens für Nebentätigkeiten konkretisieren insoweit § 75 Abs. 2 LBG. Der Dienstherr soll innerhalb eines Monats nach Eingang der Nebentätigkeitsanzeige nebst allen erforderlichen Unterlagen darüber entscheiden, ob er die Nebentätigkeit einschränken oder in Gänze untersagen will und dies dem Beschäftigten schriftlich mitteilen. Sofern der Mitarbeiter nach Ablauf eines Monats keine entsprechende Verbotsverfügung erhält, kann er davon ausgehen, dass gegen die Übernahme der Nebentätigkeiten seitens des Arbeitgebers keine Bedenken bestehen, sodass er berechtigt ist, die angezeigte Nebentätigkeit zu übernehmen.

b) Die Voraussetzungen einer stillschweigenden Duldung der Nebentätigkeit liegen hier indessen nicht vor. Zwar hat die Beklagte erst mit Schreiben vom 15.09.2016 dem Kläger die Ausübung der hier strittigen Nebentätigkeit verboten und damit die Monatsfrist des § 75 Abs. 2 LGB versäumt. An die Versäumung der Monatsfrist sind keine ausdrücklichen Rechtsfolgen geknüpft, insbesondere nicht diejenige, dass der Dienstherr bzw. Arbeitgeber nach Fristablauf die Nebentätigkeit nicht mehr einschränken oder untersagen darf. Hiergegen spricht bereits § 73 Abs. 3 LBG. Danach hat der Dienstherr auch nach Übernahme der Nebentätigkeit diese einzuschränken oder ganz oder teilweise zu untersagen, soweit bei ihrer Übernahme oder Ausübung dienstliche Pflichten verletzt werden. Wenn aber selbst nach Übernahme der Nebentätigkeit diese noch eingeschränkt oder untersagt werden darf, gilt dies erst Recht auch für den vorliegenden Fall der Überschreitung der Monatsfrist. Nichts anderes ist den Durchführungshinweisen zum Nebentätigkeitsrecht zu entnehmen. Hiernach kann der Beschäftigte davon ausgehen, dass gegen die Übernahme der Nebentätigkeit keine Bedenken bestehen, falls er binnen einen Monats keine Verbotsverfügung erhält. Er ist dann berechtigt, die angezeigte Nebentätigkeit zu übernehmen. Hierbei handelt es sich indessen um eine interne Verwaltungsvorschrift, die grundsätzlich nicht Gesetzesrecht außer Kraft setzen kann. Häufig enthalten Verwaltungsvorschriften Maßstäbe zur Ausübung des der Verwaltung durch Gesetz zustehenden Ermessens. Bei den Untersagungsgründen in § 73 Abs. 1 Satz 2 LBG handelt es sich indessen um unbestimmte Rechtsbegriffe, die gerichtlich voll nachprüfbar sind. Dem Dienstherrn ist insoweit kein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung in § 73 Abs. 1 Satz 1 LBG „ist ... zu untersagen“ und nicht „kann ... untersagt werden“. Soweit der Dienstherr bzw. Arbeitgeber auch nach der Monatsfrist feststellt, dass durch die Nebentätigkeit die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen zu besorgen ist, hat er diese Nebentätigkeit noch nachträglich zwingend zu untersagen, ein Ermessen steht ihm insoweit nicht zu. Durch eine verspätete Einschränkung- oder Untersagungsverfügung macht sich der Dienstherr bzw. Arbeitgeber indessen eventuell schadensersatzpflichtig, wenn der Beschäftigte die Nebentätigkeit angenommen und bereits Auslagen (Hotelbuchung, Fahrkarte etc.) getätigt hat.

Ungeachtet dessen konnte der Kläger aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles trotz Ziff. 5 letzter Absatz der Durchführungshinweise zum Nebentätigkeitsrecht auch nicht davon ausgehen, dass die Beklagte aufgrund seiner Nebentätigkeitsanzeige vom 26.07.2016 die Ausübung dieser Nebentätigkeit für unbedenklich hält und sich nicht auf Versagungsgründe gemäß § 73 Abs. 1 LBG beruft. Denn die Beklagte hatte dem Kläger bereits mit Schreiben vom 09.06.2016 unmissverständlich mitgeteilt, dass sie keine Reisen, Vorträge oder andere Aktivitäten in Zusammenhang u. a. mit der Firma O. P. GmbH genehmigen werde. Zur Begründung führte sie aus, dass es weiterhin intransparent sei, inwieweit eine Kollision mit der Tätigkeit des Klägers als Oberarzt und den Interessen dieser Pharmafirma gerade vor dem Hintergrund etwaiger Beschaffungsentscheidungen vorliege. Der Kläger konnte mithin von vornherein nicht damit rechnen, dass die Beklagte gleichwohl die Ausübung der Nebentätigkeit für die Fa. O. duldet. Das Gegenteil ist der Fall. Die Beklagte hatte ihm bereits im Vorwege mit Schreiben vom 09.06.2016 mitgeteilt, dass sie bis auf weiteres grundsätzlich alle künftigen Nebentätigkeiten für die Fa. A. und O. untersagen werde. Vorliegend handelt es sich mithin um einen atypischen Verfahrensablauf, sodass der Kläger nicht von einer stillschweigenden Genehmigung oder Duldung seiner angezeigten Nebentätigkeit ausgehen durfte. Die Beklagte hat dem Kläger gegenüber auch in der Folgezeit nicht zu erkennen gegeben, dass sie an ihrer ablehnenden Haltung vom 09.06.2016 nicht weiter festhält. Der Kläger musste mithin auch nach Ablauf von einem Monat nach der Nebentätigkeitsanzeige damit rechnen, dass ihm diese seitens der Beklagten untersagt wird.

2. Aber auch der Hilfsantrag ist nicht begründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die angezeigte Nebentätigkeit für den 12.11.2016 dem Kläger zu gestatten. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Hilfsantrag bereits wegen einer mangelhaften Nebentätigkeitsanzeige unbegründet ist. Denn die Nebentätigkeit kann dem Kläger schon aus anderen Gründen nicht erteilt werden. Bei der strittigen Nebentätigkeit handelt es sich nicht um eine privilegierte Nebentätigkeit i. S. v. § 73 Abs. 2 LGB (a). Entgegen der Auffassung des Klägers lag auch ein begründeter Versagungsgrund nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und Nr. 4 LGB i. V. m. Ziff. 6 der Durchführungshinweise zum Nebentätigkeitsrecht sowie § 10 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Drittmittel-Richtlinien vor (b).

a) Die vom Kläger beantragte Nebentätigkeit unterliegt nicht der Privilegierung gemäß § 73 Abs. 2 LBG. Nach dieser Vorschrift sind schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeiten der Beschäftigten sowie die mit Lehr- und Forschungsaufgaben zusammenhängende selbstständige Gutachtertätigkeit von wissenschaftlichem Hochschulpersonal nur einzuschränken oder ganz oder teilweise zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass bei ihrer Ausübung dienstliche Pflichten verletzt werden. Diese Privilegierung bestimmter Nebentätigkeiten ist dadurch begründet, dass sich der Beschäftigte bei seiner Ausübung neben dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) auf das Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) und die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen kann (Seeck in LGB Schl.-H. Kommentar, 11. Nachl., 3. zu § 73). Es kann dahingestellt bleiben, ob aufgrund der Verknüpfung der geschützten Nebentätigkeiten mit dem Wort „oder“ jedwede Vortragstätigkeit unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 GG der Privilegierung unterliegt oder nur solche mit künstlerischem oder wissenschaftlichem Bezug (Art. 5 Abs. 3 GG). Denn vorliegend betrifft die angezeigte Nebentätigkeit unstreitig nicht nur einen reinen Vortrag. Hiergegen spricht bereits die vom Kläger angegebene Dauer der Nebentätigkeit von ca. sechs Stunden. Privilegierte Vortragstätigkeit i. S. v. § 73 Abs. 2 LBG ist das (reine) Halten von Vorträgen und Referaten, welche in zeitlicher Hinsicht regelmäßig begrenzt sind und erfahrungsgemäß nicht länger als einen halben Tag (vier Stunden) dauern (Seeck in LGB Schl.-H. Kommentar, 11. Nachl., 3.1 zu § 73). Hiervon unterscheidet sich die aktive Teilnahme an einem sogenannten Experten-Kolleg. Bei einem Experten-Kolleg handelt es sich in der Regel um eine Podiumsdiskussion mit Experten, die in eher kurzen (Impuls-)Referaten ihre Statements abgeben und sodann in eine Diskussion mit den Teilnehmern treten bzw. deren Fragen beantworten. Dies steht auch in Einklang mit den Einlassungen des Klägers. Danach handele es sich um eine Fortbildungsveranstaltung auf dem Fachgebiet ADPKG. Die weniger erfahrenen Kollegen sollten von dem vermittelten Expertenwissen profitieren. Der Kläger selbst hat auch nicht behauptet, dass er am 12.11.2016 einen sechsständigen Vortrag halten will. Vielmehr hält er auf dem Expertenseminar einen Vortrag von kürzerer (wie lange?) Dauer und steht im Übrigen den Seminarteilnehmern für weitergehende Fragen zur Verfügung. Eine nebenberufliche Fortbildungstätigkeit welcher Art auch immer unterliegt indes-

sen nicht der Privilegierung des § 73 Abs. 2 LGB, sondern ist im Hinblick auf deren Zulässigkeit nach den Maßstäben des § 73 Abs. 1 LGB zu prüfen (Seeck in: LGB Schl.-H. Kommentar, 11. Nachl., 3.1 zu § 73).

b) Die Beklagte ist aber auch nicht verpflichtet, die angezeigte Nebentätigkeit für den 12.11.2016 zu gestatten. Vielmehr hat die Beklagte diese Nebentätigkeit zu Recht mit Schreiben vom 15.09.2016 untersagt.

aa) Nach der in § 73 Abs. 1 Satz 1 LBG geregelten Generalklausel ist die Übernahme einer Nebentätigkeit einzuschränken oder ganz oder teilweise zu untersagen, soweit durch die Nebentätigkeit die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen zu besorgen ist. Dabei ist die Besorgnis der Beeinträchtigung dienstlicher Interessen dann gegeben, wenn nach den Umständen des konkreten Einzelfalles eine Beeinträchtigung dienstlicher Interessen voraussichtlich eintreten wird. Dies ist der Fall, wenn bei verständiger Würdigung der gegenwärtig erkennbaren Umstände unter Berücksichtigung der erfahrungsgemäß zu erwartenden Entwicklung eine Beeinträchtigung dienstlicher Interessen wahrscheinlich ist, wenn ein vernünftiger Grund für die Annahme besteht, dass eine solche Beeinträchtigung voraussichtlich eintreten wird (BVerfWG, Urt. v. 30.06.1976 - VI C 46.74 -, juris). Die Beeinträchtigung muss nicht in hohem Maße wahrscheinlich sein, andererseits reichen abstrakte und generelle Gesichtspunkte nicht aus (BVerfWG, Urt. v. 25.02.1990 - 2 C 10/89 -, juris; Seeck in: LGB Schl.-H. Kommentar, 11. Nachl., 2.1 zu § 73). Dem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber steht im Falle der Besorgnis der Beeinträchtigung dienstlicher Interessen kein Ermessen zu. Vielmehr muss er in diesen Fällen die Nebentätigkeit einschränken oder gar untersagen. Dies ergibt sich bereits aus dem eindeutigen Wortlaut „soweit ... ist ihre Übernahme ... zu untersagen“. Ein Verbot der Übernahme der Nebentätigkeit muss z. B. dann ausgesprochen werden, wenn sie den Mitarbeiter in Widerstreit mit seinen dienstlichen Pflichten bringen kann, § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LGB. Das Gleiche gilt, wenn zu besorgen ist, dass die Ausübung der Nebentätigkeit die Unparteilichkeit oder Unbefangenheit des Beschäftigten beeinflussen kann, § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 LBG. Zur dienstlichen Pflicht eines Arztes zählen u. a. die medizinische Behandlung von Patienten und damit auch die Verordnung von Medikamenten allein von dem jeweils festgestellten Krankheitsbild und der medizinisch erforderlichen The-

rapie abhängig zu machen. Wenn indessen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich der Arzt bei der Verordnung von Medikamenten nicht ausschließlich von der Therapieerforderlichkeit, sondern zudem von sachfremden, mit der Nebentätigkeit zusammenhängenden Erwägungen leiten lassen könnte, muss diese untersagt werden. Gerade die Möglichkeit, für ein Pharma-Unternehmen eine vergütete Nebentätigkeit ausüben zu können, deren Medikamente der Arzt im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeiten regelmäßig verordnet, birgt die Gefahr, dass er dieses Medikament nicht ausschließlich unter therapeutischen Gesichtspunkten sondern auch deshalb (vermehrt) verordnet, um auch weiterhin lukrative Einladungen zu Vortragstätigkeiten von diesem Pharma-Unternehmen zu erhalten. Eine derartige Motivlage für die Verordnung von Medikamenten verletzt augenscheinlich die dienstlichen Interessen.

bb) Hieran gemessen war die Beklagte vorliegend nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, dem Kläger die beantragte Nebentätigkeit zu untersagen.

(1) Aus Sicht der Kammer kommt es jedoch weniger darauf an, ob durch die Übernahme von Nebentätigkeiten für die Fa. O. P. GmbH eine Beeinträchtigung der dienstlichen Interessen schon deshalb zu besorgen ist, weil sich der Kläger hierdurch möglicherweise wegen einer Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gemäß § 299a StGB strafbar gemacht haben könnte. Nach dieser seit dem 04.06.2016 in Kraft getretenen Strafnorm macht sich u. a. ein Arzt strafbar, wenn er im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil als Gegenleistung dafür annimmt, dass er bei der Verordnung von Arzneimitteln einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt. Angesichts des Umstands, dass beide Parteien übereinstimmend im Berufungstermin vorgetragen haben, dass es derzeit auf dem Markt kein vergleichbares Medikament wie J.® mit dem Wirkstoff T., das von einem anderen Pharmaunternehmen hergestellt wird, gibt, erscheint es eher unwahrscheinlich, dass vorliegend der Tatbestand des § 299a StGB durch die Zusammenarbeit des Klägers mit der Pharma-Firma O. verwirklicht sein könnte. Indessen ist nicht ausgeschlossen, dass andere Wettbewerber Medikamente mit anderen Wirkstoffen vertreiben oder an dessen Entwicklung arbeiten, die zu ähnlich guten Therapieergebnissen bei der Behandlung von ADPKD-Patienten führen wie der Wirkstoff T. der Fa. O..

(2) Eine zu besorgende Interessenkollision zwischen der beantragten Nebentätigkeit und den dienstlichen Verpflichtungen des Klägers folgt jedenfalls aus einem anderen Umstand. Unstreitig stellt die Fa. O. P. GmbH das sehr teure Medikament J.® mit dem Wirkstoff T. her, das der Kläger regelmäßig den von ihm behandelten ADPKD-Patienten verabreicht. Der Kläger behandelt nicht nur die Patienten, sondern stellt auch die dahingehende Diagnose und schlägt auf der ADPKD-Board-Besprechung die aus seiner Sicht erforderliche Therapie bzw. Behandlung vor. Schon hierdurch besteht die abstrakte Gefahr einer Einflussnahme auf die Verordnung des Medikaments J.® der Pharmafirma O.. Es liegt im vorliegenden Fall aber nicht nur eine abstrakte Gefährdung vor. Sondern das Verhalten des Klägers auf der ADPKD-Board-Besprechung vom 21.06.2016 begründet konkret die Besorgnis der Beeinträchtigung dienstlicher Interessen. Der Kläger hat trotz ausdrücklicher Nachfrage auf dieser Teambesprechung der Oberärzte und des Klinikdirektors nicht offen gelegt, dass er zwei weitere Patienten mit dem Medikament J.® behandelt. Er hat auch in der Berufungsinstanz keine plausible Erklärung für dieses Verschweigen geliefert. Er hat sich nur darauf versteift, dass allein die Assistenzärztin Dr. C. die Entscheidungen zu den hochpreisigen J.-Therapien treffe und dass eine gemeinsame Besprechung der Prozedere am 21.06.2016 gerade nicht erfolgt sei. Zudem sei er auf die konkrete Darlegung der Therapie seiner ADPKD-Patienten auf der Grundlage von fundierten Patientendaten nicht vorbereitet gewesen. Dies begründet aber nicht, warum er diese zwei oder drei Patienten, die er unstreitig bereits mit J.® behandelt hat, trotz ausdrücklicher Nachfrage nicht offen gelegt hat. Dieses Verhalten legt aus Sicht der Beklagten zumindest die Wahrscheinlichkeit nahe, dass der Kläger Patienten mit dem Medikament J.® behandelt, um entsprechende Fallstudien im Bereich der ADPKD-Indikation zu haben, um wiederum als Referent von der Fa. O. eingeladen zu werden. Die konkrete Besorgnis der Beeinträchtigung dienstlicher Interessen ist mithin gegeben. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Klinikdirektor vorgegeben hat, dass die ADPKD-Patienten federführend durch die Assistenzärztin Dr. C. zu betreuen sind. Diese Weisung untergräbt der Kläger jedoch, wenn er auf dem ADPKD-Board bewusst nicht mitteilt, dass er weitere Patienten mit dem Medikament J.® behandelt.

Hinzu kommt, dass der Kläger trotz der Einwände der Beklagten auch in dem vorliegenden Verfahren nicht konkret dargelegt hat, welchen konkreten Inhalt die immerhin sechsstündige Nebentätigkeit hat. Es ist nicht ersichtlich, welchen zeitlichen Umfang und welches konkrete Thema sein Vortrag hat, und wie sich im Übrigen seine Teilnahme an dem Experten-Kolleg gestaltet. Die Beklagte kann aufgrund des Inhalts der Nebentätigkeitsanzeige vom 26.07.2016 nicht beurteilen, ob es sich - wie die Beklagte vermutet - um eine reine Werbeveranstaltung der Fa. O. für das Medikament J.® bzw. den Wirkstoff T. handelt. In diesem Falle wäre indessen die Nebentätigkeit gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 LBG zu versagen. Der bei der Beklagten angestellte Kläger darf sich nicht zur „Werbeikone“ eines Pharmaunternehmens machen, sondern ist zur Unparteilichkeit verpflichtet.

3. Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge des § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG zurückzuweisen.

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben, § 72 Abs. 4 ArbGG.

gez. ...

gez. ...

gez. ...