

Aktenzeichen: 5 AZR 616/87

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 14. September 1988

- 5 AZR 616/87 -

I. Arbeitsgericht

Köln

Urteil vom 18. April 1987

- 12 Ca 7988/85 -

II. Landesarbeitsgericht

Köln

Urteil vom 7. Juli 1987

- 11 (4) Sa 738/86 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Arbeitsfreistellung und Nebentätigkeit

Gesetz:

BGB § 133, §§ 157, 280, 325, 611, § 611 Arzt-Krankenhaus-Vertrag;
ZPO §§ 286, 561 Abs. 2, § 717 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 616/87

11 (4) Sa 738/86 Köln

Verkündet am
14. September 1988

Clobes,

Reg.-Hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

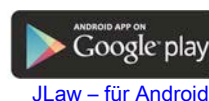
pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 14. September 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Dr. Olderog sowie die ehrenamtlichen Richter Fischer und Arntzen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Köln vom 7. Juli 1987



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 11/4 Sa 738/86 - insoweit aufgehoben, wie es den Beklagten zur Zahlung von 20.936,33 DM nebst 4 % Zinsen verurteilt, die Widerklage abgewiesen und über die Kosten entschieden hat.

2. Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte dem Kläger den Nebentätigkeitsverdienst ersetzen muß, der dem Kläger dadurch entgangen ist, daß der Beklagte ihn ab 3. Juni 1985 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. September 1985 von der Arbeitsleistung freigestellt hat.

Der Kläger war bei dem Beklagten vom 1. April 1976 bis zum 30. September 1985 als Abteilungsarzt im Range eines Chefarztes in der allgemeinen Psychiatrie der Landesklinik V tätig. Das Arbeitsverhältnis endete durch fristgerechte Kündigung seitens des Beklagten (LAG Köln, Urteil vom 19. Dezember 1985 - 8 Sa 1000/85 -).

Nach dem Arbeitsvertrag der Parteien vom 11. Januar 1983 sollen, soweit im Vertrag nicht anders geregelt, die Vorschriften



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) gelten. Weiter heißt es im Arbeitsvertrag u. a. wie folgt:

"§ 2 Vergütung

Der Abteilungsarzt erhält für seine Tätigkeit im dienstlichen Aufgabenbereich eine jeweils den Brutto-Dienstbezügen eines Beamten in der Besoldungsgruppe B 2 BBO entsprechende Vergütung.

§ 10 Nebentätigkeit

- (1) Dem Abteilungsarzt wird die Erlaubnis erteilt, folgende Nebentätigkeiten auszuüben:
- a) stationäre Behandlung solcher Patienten, die gesondert berechenbare ärztliche Leistungen durch den Abteilungsarzt ausdrücklich schriftlich wünschen,
 - b) ambulante Beratung und Behandlung von Patienten in der Klinik außerhalb der kassenärztlichen Versorgung,
 - c) ambulante Beratung und Behandlung von Kassenpatienten, soweit und solange Institutsverträge mit der Kassenärztlichen Vereinigung nicht bestehen,
 - d) privatärztliche Gutachtertätigkeiten,
 - e) gelegentliche Konsiliartätigkeiten außerhalb der Rheinischen Landesklinik.
- (2) Durch diese Nebentätigkeiten darf die Erfüllung der hauptamtlichen Aufgaben nicht beeinträchtigt werden.
- (3)

§ 11 Inanspruchnahmeentgelt

- (1) Die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Personal oder Material der Rheinischen Landesklinik wird für die in § 10 Abs. 1 aufgeführten Nebentätigkeiten in dem erforderlichen Umfang genehmigt.
- (2) Für die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Personal und Material der Rheinischen Landesklinik ist ein Entgelt zu entrichten und zwar:
- a) Bei stationärer Beratung und Behandlung von Patienten, die gesondert berechenbare ärztliche Leistungen in Anspruch nehmen:



Ein Pauschalsatz von 30 v.H.

- b) Bei ambulanter Beratung und Behandlung von Privat- und Kassenpatienten, einschließlich Vorsorgeuntersuchungen, bei Gutachter- und Konsiliartätigkeit:

Ein Pauschalsatz von 20 v.H.

Die Pauschalbeträge sind bezogen auf den in Rechnung gestellten Brutto-Liquidationsbetrag zu entrichten.

- (3) Für die Berechnung der Nutzungsentgelte erstellt der Abteilungsarzt prüfungsfähige Einnahmeübersichten.
- (4) Gutachterliche Äußerungen, Untersuchungen, Erteilen von Bescheinigungen, mit denen der Abteilungsarzt dienstlich beauftragt wird, gelten als Diensthandlung, die ohne besondere Entschädigung ausgeführt werden.

Im Jahre 1984 schloß der Kläger mit einem pharmazeutischen Unternehmen eine Vereinbarung über die klinische Prüfung des Einsatzes eines bestimmten (seit mehreren Jahren im Handel befindlichen) Medikaments (Depot-Neuroleptikum). Diese Prüfung sollte in zwei Phasen durchgeführt werden; sie betraf jeweils 30 chronisch schizophrene Patienten. Die erste Phase sollte bis zum 31. Juli 1984, die zweite bis zum 31. Januar 1985 laufen. Für die erste Phase erhielt der Kläger aufgrund schriftlicher Vereinbarung mit dem Unternehmen im Juli 1984 einen Betrag von 15.000,-- DM.

Aufgrund von Patientenbeschwerden über angeblich unzulässige Medikamentenversuche wurde das Verhalten des Klägers in dienstrechtlicher und fachlicher Hinsicht von einer Beschwerdekommision des Beklagten untersucht. Im Rahmen dieser Untersuchung machte der Kläger über die Durchführung der Feldstudie und die



ihm von dem Unternehmen gezahlte Vergütung unrichtige Angaben. So erklärte er wahrheitswidrig, er erhalte für die zweite Phase, für die nach dem Vertrag mit dem Unternehmen eine weitere Zahlung von 15.000,-- DM vorgesehen war, kein Geld und verwies dabei auf ein Schriftstück, das er vordatiert hatte und das er später vernichtete.

Kurze Zeit darauf veröffentlichte eine Illustrierte einen Artikel, der die angeblichen Medikamentenversuche des Klägers zum Inhalt hatte. Es kam zu staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen gegen den Kläger. Noch im November 1985 wurden die angeblichen Medikamentenversuche in der regionalen und auch überregionalen Presse erörtert.

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 29. Mai 1985 fristgerecht zum 30. September 1985 und stellte den Kläger ab 3. Juni 1985 von der Arbeitsleistung frei. Im Hinblick hierauf bat der Kläger noch am gleichen Tage um Bestätigung, daß bis zum 30. September 1985 der Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate einschließlich der durchschnittlich anfallenden Gutachtergebühren weitergezahlt werde. Der Beklagte sagte jedoch nur die Weiterzahlung der monatlichen Bruttovergütung von zuletzt etwa 8.000,-- DM zu.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Beklagte sei verpflichtet, ihm für die Zeit vom 3. Juni bis zum 30. September 1985 über die vereinbarte Vergütung hinaus auch Ersatz für die wegen der Freistellung nicht zu erzielenden Nebeneinkünfte zu



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

leisten. Ein wesentlicher Teil seiner Nebeneinnahmen ergebe sich aus Gutachten für Behörden und Gerichte über die Patienten der eigenen Abteilung. In anderen Fällen müsse die Schuldfähigkeit geprüft werden. Die Höhe der Nebeneinkünfte sei abhängig von der Anzahl der in der Abteilung behandelten Patienten.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn
27.200,-- DM brutto zuzüglich 6 % Zinsen seit
dem 1. August 1984 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, ihm sei vom Tage der Freistellung an nicht mehr zuzumuten gewesen, dem Kläger die Ausübung von Nebentätigkeiten in Räumen der Landesklinik zu ermöglichen. Vom Ausspruch einer fristlosen Kündigung habe er nur aus sozialen Gründen Abstand genommen. Er sei aber berechtigt gewesen, den Kläger zu suspendieren. Darüber hinaus hat der Beklagte in der Berufungsinstanz unter Berufung auf § 717 Abs. 2 ZPO vorgetragen, der Kläger sei verpflichtet, den an seinen früheren Prozeßbevollmächtigten im Hinblick auf das Urteil erster Instanz überwiesenen Betrag von 3.862,92 DM zurückzuzahlen. Der Beklagte hat deshalb widerklagend beantragt,

den Kläger zu verurteilen, an ihn 3.862,92 DM nebst
4 % Zinsen seit dem 1. August 1986 zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Er hat behauptet, das dem Widerklageantrag entsprechende Geld habe er nicht erhalten.



Das Arbeitsgericht hat dem Kläger einen Zahlungsanspruch in Höhe von 7.465,32 DM zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers im wesentlichen stattgegeben und den Beklagten verurteilt, an den Kläger 20.936,33 DM zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er die Abweisung der Klage und das Ziel seiner Widerklage weiterverfolgt.

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

Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Es kann gegenwärtig noch nicht abschließend beurteilt werden, ob dem Kläger ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zusteht. Die Sache bedarf vielmehr weiterer Aufklärung.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger könne vom Beklagten aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verzuges (§ 286 Abs. 2 BGB) Ersatz für die wegen der Freistellung nicht erzielbaren Nebeneinnahmen verlangen. Es hat weiter angenommen, der vom Beklagten zu ersetzende Schaden sei der Höhe nach nicht dadurch begrenzt, daß der Kläger nur zu zehn Überstunden in der Arbeitswoche berechtigt gewesen sei.

1. Das Landesarbeitsgericht hat den Arbeitsvertrag der Parteien dahin ausgelegt, daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, dem

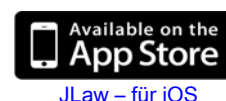


JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Kläger im Rahmen des hierfür Erforderlichen die räumlichen, sachlichen und personellen Mittel zur Erzielung von Nebeneinkünften entsprechend § 10 Abs. 1 des Arbeitsvertrages zur Nutzung zur Verfügung zu stellen und den erforderlichen Zugang zu den Patienten, die zu begutachten seien, zu gestatten. Diese Verpflichtung des Beklagten folge aus Sinn und Zweck der Rechtsbeziehungen der Parteien unter Berücksichtigung der §§ 10 und 11 des Arbeitsvertrages. Abreden dieser Art entsprächen der Sonderstellung leitender Ärzte in Krankenhäusern. Die vertraglich vereinbarte Möglichkeit zur Erstellung privatärztlicher Gutachten müsse ebenso beurteilt werden wie die vertraglich eingeräumte Liquidationsbefugnis. Im Falle des Klägers hänge die Erteilung von Gutachteraufträgen durch Dritte vom Zugang zu den räumlichen, persönlichen und sachlichen Arbeitsmitteln des Arbeitgebers sowie von dem Zugang zu den Patienten ab. Der Beklagte habe dem Kläger daher nicht nur die Annahme seiner Dienste als leitender Arzt geschuldet, sondern habe ihm daneben – zumindest als vertragliche Nebenpflicht – auch die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Personal der Klinik ermöglichen müssen, soweit dies zur Erzielung der Nebeneinkünfte erforderlich war, sowie den Zugang zu den Patienten gestatten müssen.

Soweit in diesen Ausführungen tatsächliche Feststellungen enthalten sind, ist der Senat hieran nach § 561 Abs. 2 ZPO gebunden, da der Beklagte Verfahrensrügen im Sinne von § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO nicht erhoben hat. Im übrigen ist die Auslegung des Arbeitsvertrages der Parteien revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts be-



achten die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB; sie verstoßen auch nicht gegen die Denkgesetze oder gegen Erfahrungssätze.

2. Das Landesarbeitsgericht hat ein Recht des Beklagten, dem Kläger den Zugang zu den Patienten seiner Abteilung und zu den Einrichtungen und persönlichen Mitteln der Klinik zu verweigern, verneint. Der Beklagte habe sich insoweit auf Unzumutbarkeit berufen und gemeint, eine Verweigerung lasse sich daraus ableiten, daß ihm bei Ausspruch der Kündigung ein Recht zur fristlosen Entlassung nach § 626 Abs. 1 BGB zugestanden habe, das er nur aus sozialen Gründen nicht ausgeübt habe. Ein Recht zur fristlosen Kündigung habe dem Beklagten aber nicht mehr zur Seite gestanden, weil die Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei Ausspruch der Kündigung bereits verstrichen gewesen sei. Auch der weitere Vortrag des Beklagten, der Kläger habe durch sein Verhalten das erforderliche Vertrauensverhältnis gestört, habe ihm nicht das Recht gegeben, dem Kläger den Zugang zur Klinik zu verweigern. Für die vergleichsweise kurze Dauer der Kündigungsfrist könne nicht davon ausgegangen werden, daß das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien so weit gestört gewesen sei. Im übrigen seien tatsächliche Umstände, die darauf schließen lassen könnten, daß für die Dauer der Kündigungsfrist vergleichbare Pflichtverletzungen erwartet werden müßten, nicht ersichtlich.

Bei dieser Abwägung der vom Beklagten - für die (wegen Zeitablaufs und fehlender Nachholbarkeit eingetretene) Unmöglichkeit seiner Leistung (§ 325 Abs. 1 Satz 1 oder § 280 BGB) - zu vertretenden Umstände hat das Landesarbeitsgericht jedoch we-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen (§ 286 ZPO).

II. 1. Es kann dahinstehen, ob die Ermöglichung des Zugangs zu den zu begutachtenden Patienten und die Bereitstellung von Einrichtungen und persönlichen Mitteln der Klinik eine Haupt- oder nur eine Nebenpflicht des Beklagten aus dem Arbeitsvertrag der Parteien darstellt. Um diese Verpflichtung verweigern zu dürfen, wäre es für den Beklagten erforderlich gewesen, sich in gleicher Weise auf Umstände zu berufen, die ihn berechtigt hätten, die Weiterbeschäftigung des Klägers abzulehnen und ihn von der Arbeitsleistung freizustellen.

2. Im Falle der Freistellung von der Arbeitsleistung (Suspensionierung) kommt der Arbeitgeber dann nicht in Annahmeverzug, wenn er berechtigt ist, die Arbeitsleistung deswegen abzulehnen, weil ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung der dem Arbeitnehmer zuzurechnenden Umstände nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (BAGE GS 3, 66, 74 f. = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG, zu II 2 der Gründe; BAGE 28, 233, 245 f. = AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972, zu B II 2 a der Gründe). Der Arbeitgeber kann die Arbeitsleistung nicht bei jedem Verhalten des Arbeitnehmers, das zur fristlosen Kündigung berechtigt, ablehnen. Vielmehr wird der Annahmeverzug nur bei besonders groben Vertragsverstößen und dann ausgeschlossen, wenn bei der Annahme der Leistung Rechtsgüter des Arbeitgebers gefährdet werden (BAG Urteil vom 29. Oktober 1987 - 2 AZR 144/87 - NZA 1988, 465, zu A III 2 a, m.w.N.).



III. Im Streitfall hat der Kläger die Vertrauensgrundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen der Parteien durch sein Verhalten während der dienstrechtlichen Untersuchungen des Beklagten auf das schwerste erschüttert, wie das Landesarbeitsgericht im Urteil des Kündigungsrechtsstreits vom 19. Dezember 1985 - 8 Sa 1000/85 - ausgeführt hat. Das Landesarbeitsgericht hat im angefochtenen Urteil angenommen, für die vergleichsweise kurze Dauer der Kündigungsfrist seien weitere Vertrauensverstöße durch vergleichbare Pflichtverletzungen nicht zu erwarten gewesen. Dabei hat es allerdings die weiteren Umstände, die zur Freistellung des Klägers von der Arbeitsleistung und weiter zur Verweigerung des Zuganges zur Klinik geführt haben, nicht berücksichtigt.

Bei Ausspruch der Kündigung war die Unruhe, die in der Öffentlichkeit durch Presseverlautbarungen über die Feldstudie des Klägers entstanden war, noch keineswegs abgeklungen. Noch im November 1985 wurde in regionalen und überregionalen Zeitungen von Medikamentenversuchen auch in der Klinik des Beklagten berichtet, wie sich aus den vom Kläger zu den Akten gereichten entsprechenden Fotokopien (Bl. 97, 98 der erstinstanzlichen Akten) ergibt. Die Unruhe war durch den Kläger mitverursacht, weil er dem Beklagten über die Art der Durchführung seiner Arbeit unzutreffende Angaben gemacht und auf diese Weise verhindert hatte, daß der Beklagte den Medienberichten klarstellend entgegentreten konnte. Unter diesen Umständen bedarf es daher für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits der Aufklärung, wie weit das Ansehen und der gute Ruf der vom Beklagten getragenen Landesklinik gefährdet waren, wenn der Beklagte dem Kläger für die Zeit der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Suspendierung (Juni bis September 1985) Zutritt zur Klinik gewährt hätte. Bei entsprechender Rufgefährdung der Klinik ist es nicht auszuschließen, daß der Beklagte sich mit Recht hätte weigern dürfen, dem Kläger die Durchführung seiner Nebentätigkeit durch Zutritt zur Klinik und damit zu den Patienten zu erlauben. Das ist aufzuklären.

IV. Vorsorglich für den Fall, daß das Landesarbeitsgericht ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten nicht bejahen sollte, sei zur Frage des Umfangs einer möglichen Schadenersatzpflicht des Beklagten noch folgendes ausgeführt. Eine Berufung des Beklagten darauf, der Umfang der Nebentätigkeit des Klägers habe zehn Stunden in der Woche nicht übersteigen dürfen, wäre - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - als unerheblich anzusehen. Die Begründung ergibt sich aus der vom Landesarbeitsgericht vorgenommenen Auslegung des § 10 Abs. 2 des Arbeitsvertrages der Parteien.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Dr. Olderog

Der ehrenamtliche Richter
Fischer ist durch Urlaubs-
abwesenheit verhindert zu
unterschreiben.

Dr. Thomas

Arntzen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

