Roos Nelskamp & Partner

Rechtsanwälte Fachanwälte

Fon: 0228 945 91-0
Fax: 0228 945 91-11
roos@roos-nelskamp.de
www.roos-nelskamp.de

Rechtsanwalt Dr. jur. Christoph Roos und Heiner Fey[1]

# Voraussetzungen und Grenzen der Nebentätigkeit eines Medizincontrollers

in Kooperation mit myDRG®

## I. Einleitung

Dieser Beitrag will untersuchen, welche arbeitsrechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen für die Ausübung einer Nebentätigkeit bei Mitarbeitern im Medizincontrolling bestehen. Einleitend soll der Begriff der Nebentätigkeit und dessen Stellung im arbeitsvertraglichen Gefüge dargestellt werden. Sodann sei der Frage nachgegangen, ob ein Genehmigungserfordernis für die Nebentätigkeit besteht und daran anschließend, wo die Grenzen für eine solche liegen. In engem Zusammenhang mit den Grenzen der Nebentätigkeit steht die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten sowohl Arbeitgeber, als auch Arbeitnehmer bei pflichtwidrigem Verhalten der jeweils anderen Vertragspartei zur Verfügung stehen. Der Beitrag schließt mit Hinweisen für die Praxis ab. Wird fortan allein der Begriff des Medizincontrollers verwand, so sind freilich alle Mitarbeiter im Bereich des Medizincontrollings damit gemeint.

## II. Begriff und arbeitsvertragliche Bedeutung

Eine Nebentätigkeit übt derjenige aus, der demselben oder einem dritten Arbeitgeber seine Arbeitskraft außerhalb des Hauptarbeitsverhältnisses zur Verfügung stellt. Die Nebentätigkeit kann in Form eines Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrages ausgeübt werden. Sofern Mitarbeiter aus dem Medizincontrolling ihre hauptberuflichen Fertigkeiten auf dem Markt anbieten, wird dies regelmäßig in Form eines Dienstvertrages erfolgen, indem sie einen Dienst- oder Arbeitsvertrag mit einem anderen Krankenhaus selbst, oder mit einem Dritten abschließen, für den sie ihre Dienste einem anderen Krankenhaus anbieten. An dieser Stelle sei mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen, dass die arbeitsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze, die primär dem Schutz des Arbeitnehmers dienen, auf das der Nebentätigkeit zu Grunde liegende Beschäftigungsverhältnis nur dann Anwendung finden, wenn der nebentätige Medizincontroller einen Arbeitsvertrag schließt. Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen gelten nicht, wenn ein Medizincontroller als freier Unternehmer am Markt auftritt, seien die Dienste auch durch einen Dritten vermittelt.

---

[1]Der Autor Dr. Christoph Roos ist Fachanwalt für Sozialrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der bundesweit tätigen Sozietät Roos Nelskamp & Partner in Bonn
Der Autor Heiner Fey ist Diplomjurist, wissenschaftlicher Mitarbeiter von Dr. Christoph Roos, Krankenpfleger und klinische Kodierfachkraft

## III. Genehmigungserfordernis

Grundsätzlich bedarf es für die Ausübung einer Nebentätigkeit keiner Genehmigung durch den Arbeitgeber, denn im Rahmen eines Arbeitsvertrages verpflichtet sich der Arbeitnehmer nur zur Leistung der versprochenen Dienste (§ 611 Abs. I BGB), nicht jedoch dazu, dem Arbeitgeber seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Eine Genehmigungspflicht ist gesetzlich nur für Beamte vorgeschrieben.

### 1. Grundsatz der Anzeigepflicht

Jedoch besteht zumeist eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber eine Nebentätigkeit anzuzeigen. Für Arbeitnehmer die dem TVöD unterliegen, ist etwa in § 3 Abs. III TVöD geregelt:

> „Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet sind, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechtigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. [..]“

Wegen der Vielzahl an Tarifverträgen und der möglicherweise divergierenden Regelungen ist der für den Betroffenen im Einzelfall geltende auf eine entsprechende Anzeigepflicht hin zu untersuchen, von der jedoch in der Regel ausgegangen werden kann. Wenn ein Mitarbeiter des Medizincontrolling plant, die Nebentätigkeit wiederholt auszuüben, so sollte es genügen, wenn er dies einmal anzeigt, dabei aber ausdrücklich auf die Absicht der wiederholten Ausübung hinweist.

### 2. Reaktionen des Arbeitgebers

Die beiden Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers (*Untersagung* und *Auflagen*) auf die schriftliche Anzeige haben gemeinsam, dass sie nicht willkürlich ausgesprochen werden dürfen. Der Arbeitgeber muss im konkreten Einzelfall prüfen, ob seine Reaktion auf eine bestimmte Gefährdungslage (der *arbeitsvertragliche Pflichten des Arbeitnehmers* und der *berechtigten Interessen des Arbeitgebers*) verhältnismäßig ist. Der Arbeitgeber muss konkret darlegen, welche Gefährdung er durch die Aufnahme einer Nebentätigkeit befürchtet, warum er eine Auflage oder Untersagung ausspricht und warum diese nach seiner Ansicht geeignet, erforderlich und angemessen sei, um eben einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses zu begegnen.

#### a) Auflagen

Auflagen kann der Arbeitgeber dann machen, wenn zu besorgen ist, dass durch die Nebentätigkeit die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten gefährdet oder seine berechtigten Interessen beeinträchtigt werden. Auflagen stellen gegenüber einer vollständigen Untersagung freilich das mildere Mittel dar und sind vorzuziehen, wenn sie ebenso effektiv zu einer Beseitigung der Gefährdung führen.

Als Beispiel für eine Auflage wegen Gefährdung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers ist denkbar, dass ein Arbeitnehmer nur eine bestimmte Anzahl an Tagen der Nebentätigkeit nachgehen darf. So kann gewährleistet werden, dass der Erholungszweck von Freizeit oder Urlaub nicht verfehlt wird. Beide dienen der Erhaltung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers, die er seinem Arbeitgeber vertraglich schuldet.

Beispiel für eine Auflage wegen Gefährdung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers sei, dass der Arbeitgeber die Aufnahme der Nebentätigkeit in einem bestimmten Umkreis untersagt, da diese eine Wettbewerbshandlung darstellen würde. Dazu sogleich mehr.

**b) Untersagung**

Begründen bestimmte Umstände eine Gefährdung für das Arbeitsverhältnis, die Auflagen nicht mehr zulassen, werden diese regelmäßig zu einer Untersagung der Nebentätigkeit führen.

**aa) Gesetzlicher Untersagungsgrund**

Den wohl bedeutsamsten gesetzlichen Untersagungsgrund stellt eine Nebentätigkeit in Konkurrenz zum Hauptarbeitgeber in dar, der geeignet sein kann, dessen berechtigte Interessen zu gefährden. Dieses Wettbewerbsverbot folgt aus der allgemeinen arbeitsrechtlichen Treuepflicht in Verbindung mit § 242 BGB.

Im Bereich des Medizincontrolling ist die Abgrenzung schwierig, wann eine Wettbewerbssituation besteht und ab wann nicht mehr. Für die Differenzierung sollte darauf abgestellt werden, ob der Hauptarbeitgeber ein Grund-, Regel-, Schwerpunkt- oder Maximalversorger ist. Der Einzugsbereich von Grundversorgern ist regelmäßig kleiner, als der von Maximalversorgern. Zudem konkurrieren die einzelnen Versorgungsstufen nicht nur horizontal, sondern auch vertikal miteinander, sofern sich deren Versorgungsangebot deckt. So konkurrieren etwa ein Maximal- und ein Grundversorger hinsichtlich einer allgemeinen chirurgischen Versorgung, aber nicht mehr hinsichtlich einer spezialisierten kardiochirurgischen Versorgung, die nur der Maximalversorger anbieten wird.

Bei der Abgrenzung, sind Gemeinde-, Kreis- oder Landesgrenzen wenig hilfreich, denn zwei nah an einer Kreisgrenze belegene Schwerpunktversorger mit gleichen Schwerpunkten konkurrieren über die Kreisgrenze hinweg. Hinweise könnte die Krankenhausbedarfsplanung geben, denn diese zeigt im Idealfall auf, welche Krankenhäuser die nächsten Konkurrenten sind. Dieses Mittel erscheint aber deshalb wenig praktikabel, weil es sich um Landespläne handelt und aus ihnen nicht unmittelbar ersichtlich wird, wie die Konkurrenzsituation jenseits der Landesgrenze aussieht. Es ist also auch hier eine gründliche Einzelfallabwägung vorzunehmen.

Selbst wenn zwischen zwei Krankenhäusern ein Konkurrenzverhältnis besteht, kann eine Untersagung der Nebentätigkeit nur dann erfolgen, wenn der Arbeitnehmer eine unmittelbare Wettbewerbstätigkeit ausübt. Schuldet beispielsweise ein Chirurg arbeitsvertraglich allein Leistungen als Medizincontroller, so sollte es trotz der ärztlichen Tätigkeit in beiden Fällen allenfalls eine mittelbare Wettbewerbshandlung darstellen, wenn er in einem anderen Krankenhaus Dienste in der chirurgischen Ambulanz macht. Auflagen und Untersagung dürften in dieser Konstellation regelmäßig unzulässig sein. Eine Wettbewerbssituation entsteht erst dann, wenn einem dritten Krankenhaus eben

die Kenntnisse und Fertigkeiten angeboten werden, die der Hauptarbeitgeber aus seinem arbeitsvertraglichen Anspruch heraus abruft. Eine Wettbewerbssituation ist also stets dann anzunehmen, wenn ein Medizincontroller die Dienste, die er seinem Hauptarbeitgeber schuldet, ebenfalls einem dritten Krankenhaus anbietet, dass wegen Versorgungsstufe und Versorgungsangebot im einzelnen, in einem Konkurrenzverhältnis zum Hauptarbeitgeber steht. Nur dann ist eine Untersagung zulässig.

#### bb) Vertragliches Nebentätigkeitsverbot

Ein Nebentätigkeitsverbot kann einzelvertraglich vereinbart werden. Daran muss der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse haben, für das er (auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren) darlegungs- und beweispflichtig ist. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Arbeitgeber die oben dargestellten Verhältnismäßigkeitserwägungen vorzunehmen und darzulegen hat. Gelingt ihm das nicht, so ist das vertragliche Nebentätigkeitsverbot unwirksam und der Arbeitnehmer muss die Nebentätigkeit „nur" anzeigen.

#### cc) Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge

In diesen kann ein Nebentätigkeitsverbot nicht vereinbart werden, denn es handelt sich um die Regelung von Individualrechten des Arbeitnehmers, die einer Regelung in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen nicht zugänglich sind. Insofern fehlt den Betriebs- und Tarifpartnern die Normsetzungsbefugnis. Es ist jedoch zu beachten, dass die Anzeigepflicht sehr wohl angeordnet werden kann. Diese ist im Einzelfall stets zu prüfen.

## IV. Pflichtverletzungen

### 1. Sanktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer abmahnen, wenn er der Verpflichtung eine Nebentätigkeit anzuzeigen nicht entspricht. Das gilt auch für den Fall, dass eine wirksame arbeitsvertragliche Klausel besteht, die die vorherige Genehmigung vor Aufnahme der Nebentätigkeit anordnet.
Verletzt der Arbeitnehmer durch die Ausübung der Nebentätigkeit arbeitsvertragliche Pflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis in erheblichem Umfang, so kann eine verhaltensbedingte Kündigung – in der Regel nach vorheriger Abmahnung – gerechtfertigt sein. In diesem Zusammenhang relevante Fallgruppen sind die Ausübung einer Konkurrenztätigkeit oder die Nebentätigkeit während krankheitsbedingter Abwesenheit. In Ausnahmefällen kann auch eine fristlose Kündigung in Betracht kommen. Allerdings kann der Arbeitgeber eine Kündigung auf ein unberechtigt erteiltes Nebentätigkeitsverbot nicht stützen.

### 2. Rechtsschutz des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer kann Feststellungsklage zum Arbeitsgericht erheben, wenn zwischen ihm und dem Arbeitgeber Streit darüber besteht, ob eine bestimmte Nebentätigkeit aufgenommen werden darf. Besteht ein vertragliches Nebentätigkeitsverbot, so kann der Arbeitnehmer ferner im Wege der

Leistungsklage auf Erteilung einer Genehmigung zur Ausübung einer bestimmten Nebentätigkeit klagen.

## V. Hinweise für die Praxis

Der wohl eingängigste Hinweis ist der, dass der Arbeitnehmer die beabsichtigte Nebentätigkeit vor Beginn derselben dem Arbeitgeber schriftlich anzeigen sollte. Im Interesse des Rechtsfriedens sollten sich die Arbeitsvertragsparteien auf die Anzeige (schriftlich) darüber einigen, in welchem „Radius" der Arbeitnehmer wegen unmittelbarer Wettbewerbstätigkeit nicht tätig werden darf. Dabei sollte der Arbeitnehmer den Kreis der konkurrierenden Krankenhäuser möglichst großzügig, der Arbeitgeber möglichst eng ziehen.