

Aktenzeichen: 2 AZR 180/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 19. April 2007
- 2 AZR 180/06 -

I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 3. Februar 2005
- 34 Ca 11716/04 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 12. Januar 2006
- 2 Sa 430/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Personalrat

Gesetze:

BGB §§ 626, 174, 164; BayPVG Art. 77, 80 Abs. 4; BAT §§ 54, 55

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 180/06
2 Sa 430/05
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. April 2007

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholeermann sowie die ehrenamtlichen Richter Schierle und Gans für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 12. Januar 2006 - 2 Sa 430/05 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist. 1

Der am 9. September 1956 geborene Kläger war seit 1983 beim beklagten Freistaat angestellt und arbeitete als Oberarzt für Anästhesie im Klinikum. Seit 2001 war er teilzeitbeschäftigt mit einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit, die sich auf seinen Wunsch zuletzt auf dienstags von 13.00 bis 16.38 Uhr und freitags von 7.30 bis 14.00 Uhr verteilte. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Bestimmungen des BAT Anwendung. 2

Das Klinikum war bis 2003 ein Staatsbetrieb des beklagten Freistaats. Mit „Verordnung über das Klinikum der Technischen Universität München als Anstalt des öffentlichen Rechts“ (Klinikumsverordnung) vom 20. Juni 2003 wurde es in eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts überführt (§ 1 Abs. 1 MRIKlinV). Die Klinikumsverordnung enthält ua. folgende Regelungen: 3

„§ 6

Organe

Organe des Klinikums sind der Aufsichtsrat, der Klinikumsvorstand und die Klinikumskonferenz.

...

§ 9

Klinikumsvorstand

(1) Dem Klinikumsvorstand gehören an

1. der Ärztliche Direktor als Vorsitzender,
 2. der Verwaltungsdirektor,
 3. der Pflegedirektor,
 4. der Dekan der Fakultät der Medizin (Dekan).
- (2) Der Klinikumsvorstand gibt sich eine Geschäftsordnung.



...

§ 10

Aufgaben des Klinikumsvorstands und seiner Mitglieder

Für die Aufgaben des Klinikumsvorstands und seiner Mitglieder finden die entsprechenden Vorschriften des BayHSchG in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Für den Verwaltungsdirektor gilt Art. 52g Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 1 BayHSchG in Bezug auf die Stellung als Beauftragter für den Haushalt des Klinikums sinngemäß.

...

§ 14

Personal

(1) Aus Anlass der Errichtung der Anstalt werden folgenden Regelungen getroffen:

1. Die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer im Sinn von Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayHSchG (sonstige Mitarbeiter) sowie die Ausbildungsverhältnisse der Auszubildenden, die in den in der **Anlage 1** aufgeführten Einrichtungen beschäftigt sind, gehen mit In-Kraft-Treten dieser Verordnung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 auf das Klinikum über. Betriebsbedingte Kündigungen aus Anlass der Errichtung der Anstalt sind ausgeschlossen. ...

(2) Im Übrigen wird Folgendes bestimmt:

1. Bei einem unmittelbaren Wechsel eines Arbeitnehmers oder Auszubildenden vom Freistaat Bayern zum Klinikum werden die beim Freistaat Bayern zurückgelegten Zeiten einer Beschäftigung so angerechnet, wie wenn sie beim Klinikum zurückgelegt worden wären. Die beim Klinikum zurückgelegten Zeiten werden bei einer Neueinstellung beim Freistaat Bayern so berücksichtigt, wie wenn sie beim Freistaat Bayern zurückgelegt worden wären.
2. Für die Arbeitnehmer des Klinikums nimmt der Klinikumsvorstand und für die Mitglieder des Klinikumsvorstands der Aufsichtsrat die Arbeitgeberfunktion wahr.
3. Dem Klinikum wird die Dienstherrenfähigkeit gemäß Art. 3 Nr. 3 des Bayerischen Beamtengesetzes (BayBG) verliehen. Oberste Dienstbehörde im Sinn von Art. 4 Abs. 1 BayBG ist der Klinikumsvorstand. Für diesen ernennt der Verwaltungsdirektor die Beamten des Klinikums. Für die Beamten des Klinikums, die Mitglieder des Klinikumsvorstandes sind, nimmt der Vorsitzende des Aufsichtsrats die Aufgaben der obersten Dienstbehörde, des Dienstvorgesetzten sowie der für die Ernennung der zuständigen Stelle wahr.
4. Die Professoren im Beamten- oder Angestelltenverhältnis



im Sinn von Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayHSchG (Professoren) sowie die Beamten und Arbeitnehmer im Sinn von Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayHSchG (wissenschaftliche Mitarbeiter) verbleiben beim Freistaat Bayern. Gehört zu den Aufgaben dieses Personals nach der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses oder der Funktionsbeschreibung der Stelle eine Tätigkeit in der Krankenversorgung oder in sonstigen Bereichen des Klinikums, wird es auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und dem Klinikum diesem zur Dienstleistung zur Verfügung gestellt. Das Klinikum wird verpflichtet, dieses Personal zu beschäftigen. In der Vereinbarung ist insbesondere auch die vollständige Erstattung der Personalkosten durch das Klinikum zu regeln. Die Vereinbarung bedarf der Genehmigung durch das Staatsministerium im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen.

...

Am 11. Dezember 2003 schlossen der beklagte Freistaat, vertreten durch die Technische Universität München, und das Klinikum einen Personalgestellungsvertrag. Dieser enthält ua. folgende Regelungen:

4

„Präambel:

...

Dagegen verbleibt das in § 14 Abs. 2 Nr. 4 MRIKlinV genannte Personal (Professoren und wissenschaftliche Mitarbeiter) beim Freistaat Bayern. Gehört zu den Aufgaben dieses Personals nach der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses oder der Funktionsbeschreibung der Stelle eine Tätigkeit in der Krankenversorgung oder in sonstigen Bereichen des Klinikums, wird es auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und dem Klinikum diesem zur Dienstleistung zur Verfügung gestellt, die Einzelheiten der Personalgestellung werden durch diesen Vertrag geregelt.

§ 1

Bereitstellung von wissenschaftlichem Personal für das Klinikum

1. Der Freistaat Bayern stellt nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen dem Klinikum die Dienste der in § 14 Abs. 2 Nr. 4 genannten Professoren und wissenschaftlichen Mitarbeiter zur Verfügung, wenn diese nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses oder der Funktionsbeschreibung der Stelle verpflichtet sind, Aufgaben in der Krankenversorgung oder in sonstigen Bereichen des Klinikums (z. B. öffentliches Gesundheitswesen, Aus-, Fort- und Weiterbildung) zu übernehmen.
2. Das Klinikum verpflichtet sich, dieses Personal zu be-



schäftigen.

§ 2

Zuständigkeiten, Haftung, Dienstverfindungen

1. Dienstherr/Arbeitgeber; Dienstvorgesetzter
Der Freistaat Bayern ist Dienstherr und Arbeitgeber des überlassenen Personals und ist insbesondere verpflichtet, für die rechtzeitige Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen. Er bleibt für alle personellen/status berührenden Angelegenheiten zuständig und verantwortlich. Dienstvorgesetzter bzw. Vertreter des Arbeitgebers ist der Ärztliche Direktor, soweit nicht eine andere Zuständigkeit begründet ist. Dieser ist insbesondere berechtigt, über Arbeitszeiten, Arbeitsabläufe, Einsatzfelder, Art und Weise der zu erbringenden Arbeit, Urlaubsabwesenheit und alle sonstigen beamten- und tarifrechtlichen Belange zu entscheiden. Er ist auch im vollen Umfang für die Überwachung der Arbeitsleistung des Personals verantwortlich.

...

Seit 2001 führen die Parteien Auseinandersetzungen über vom Kläger beantragte Genehmigungen wegen einer Nebentätigkeit als niedergelassener Arzt. Der beklagte Freistaat verweigerte eine Genehmigung wegen bestehender Interessenkollision. Eine Kündigung wegen vom Kläger dennoch ausgeübter Nebentätigkeiten vom 25. April 2003 wurde am 25. Juni 2003 vergleichsweise für gegenstandslos erklärt. Am selben Tage erteilte der beklagte Freistaat dem Kläger eine Abmahnung. Zwei weitere Kündigungen vom 17. Juli 2003 wurden rechtskräftig für unwirksam erklärt.

5

Am 30. März 2004 stellte der Kläger erneut einen Antrag auf Genehmigung einer Nebentätigkeit als niedergelassener Vertragsarzt. Der beklagte Freistaat beschied den Antrag nicht, sondern schickte ihn - nach bestrittener Behauptung der Beklagten - dem Kläger wegen formeller Mängel zurück.

6

Am 21. Juni 2004 wurde der Personalrat des Klinikums zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers zum 31. Juli 2004, hilfsweise mit Auslauffrist zum 31. März 2005 wegen fortgesetzter nicht genehmigter Nebentätigkeit beteiligt. Das Anhörungsschreiben ist vom Personalleiter des Klinikums unterzeichnet. Der Personalrat nahm mit Schreiben vom 23. Juni 2004 Stellung.

7

Mit Schreiben vom 30. Juni 2004 wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich zum 31. Juli 2004, hilfsweise mit Auslauffrist zum 31. März 2005 gekündigt. Das Kündigungsschreiben ist auf Briefpapier des „Klinikums der Technischen Uni-

8



versität - Anstalt des öffentlichen Rechts" durch den „Ärztlichen Direktor Univ. Prof. Dr. J. R. S" erstellt worden.

Der Kläger hat sich gegen diese Kündigung gewandt. Er hat das Vorliegen eines Kündigungsgrundes bestritten. Sein letzter Nebentätigkeitsgenehmigungsantrag sei ihm nicht zur Ergänzung zurückgeschickt worden. Insoweit sei auch der Personalrat unzutreffend unterrichtet worden. Es bestehe kein Grund, die Nebentätigkeitsgenehmigung zu versagen. Die Kündigung sei auch schon aus formalen Gründen unwirksam. Der Ärztliche Direktor des Klinikums sei zur Kündigung nicht befugt. Das Klinikum sei nicht sein Arbeitgeber. Der Ärztliche Direktor habe die Kündigung nicht für den beklagten Freistaat ausgesprochen. Weder aus dem Schreiben noch aus den sonstigen Umständen ergebe sich ein solcher Wille. Zudem sei der falsche Personalrat beteiligt worden; der Personalrat des Klinikums sei nicht für Kündigungen von Mitarbeitern des beklagten Freistaats zuständig.

9

Der Kläger hat zuletzt beantragt

10

festzustellen, dass die vom Beklagten mit Schreiben des Ärztlichen Direktors des Klinikums der Technischen Universität München vom 30. Juni 2004 ausgesprochene außerordentliche und auch die mit dem genannten Schreiben hilfsweise ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit einer sozialen Auslauffrist zum 31. März 2005 unwirksam ist.

Der beklagte Freistaat hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags ausgeführt: Wegen der ungenehmigten Nebentätigkeit des Klägers liege ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vor. Der Ärztliche Direktor sei für ihn, den beklagten Freistaat, kündigungsberechtigt gewesen. Der Kläger habe ohne weiteres erkennen können, dass der Ärztliche Direktor für den beklagten Freistaat gekündigt habe. Da der Kläger an das Klinikum abgeordnet gewesen sei, sei der Personalrat des Klinikums zur Kündigung angehört worden. Mit ihm sei das zuständige Gremium beteiligt und auch inhaltlich zutreffend unterrichtet worden.

11

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen die Klage teilweise abgewiesen und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der hilfsweise ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist zum 31. März 2005 geendet hat. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des der Klage insgesamt stattgebenden Urteils des Arbeitsgerichts.

12



Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die 13
hilfsweise erklärte außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist zu Recht
für wirksam angesehen und die Klage insoweit abgewiesen.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die vom Beklagten ausgespro- 14
chene außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist vom 30. Juni 2004 habe das Ar-
beitsverhältnis der Parteien zum 31. März 2005 beendet. Der beklagte Freistaat sei bei
Ausspruch der Kündigung wirksam durch den Ärztlichen Direktor des Klinikums vertre-
ten worden. Die Vertretungsbefugnis ergebe sich aus dem Personalgestellungsvertrag
zwischen dem beklagten Freistaat und dem Klinikum. Es sei unerheblich, dass die
Kündigung nicht ausdrücklich im Namen des beklagten Freistaats erklärt worden sei.
Aus den Umständen der Kündigung folge, dass sie für ihn erklärt worden sei. Die vom
Kläger nach vorangegangener Abmahnung und trotz fehlender Genehmigung ausge-
übten Nebentätigkeiten seien ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung.
Der beklagte Freistaat habe die Nebentätigkeitsgenehmigung zu Recht versagt. Es
hätten für eine Versagung dienstliche Interessen vorgelegen. Die außerordentliche
Kündigung mit Auslauffrist sei auch verhältnismäßig.

Mit dem Personalrat des Klinikums sei der zuständige Personalrat angehört 15
worden. Nach den einschlägigen personalvertretungsrechtlichen Vorschriften sei die
Personalvertretung zu beteiligen, die den Beschäftigten repräsentiere. Bei einer dauer-
haften Abordnung wie hier sei der Personalrat der Einsatzdienststelle für personelle
Einzelmaßnahmen zuständig. Deshalb sei der Personalrat für das Klinikum zu betei-
ligen gewesen. Dass er nicht vom Ärztlichen Direktor als Leiter der Dienststelle, sondern
vom Personalleiter unterrichtet worden sei, stehe einer wirksamen Beteiligung nicht
entgegen. Der Personalrat habe dieses der ständigen Übung entsprechende Verfahren
nicht gerügt. Die ihm im Anhörungsschreiben mitgeteilten Informationen seien inhaltlich
ausreichend.

B. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts stimmt der Senat im Ergebnis 16
und in wesentlichen Teilen der Begründung zu.



- I. Die Kündigung vom 30. Juni 2004 ist für den beklagten Freistaat ausgesprochen worden. 17
- Der Ärztliche Direktor des Klinikums hat das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem beklagten Freistaat als dessen Vertreter für diesen gekündigt. Er hat die Kündigung weder im eigenen Namen noch im Namen der öffentlichen rechtlichen Anstalt „Klinikum“ ausgesprochen. 18
1. Der Ärztliche Direktor kann sowohl das Klinikum der Technischen Universität München als Anstalt des öffentlichen Rechts als auch den beklagten Freistaat vertreten. Es liegt ein Fall der sog. Doppelvertretung vor. 19
- a) Der Ärztliche Direktor vertritt zum einen das Klinikum der Technischen Universität München als Anstalt des öffentlichen Rechts. Ihm ist die Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktionen für die mit dem Klinikum in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer übertragen worden. Die Arbeitgeberfunktion für die sonstigen Mitarbeiter des Klinikums iSv. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayHSchG, deren Arbeitsverhältnisse auf das Klinikum als Anstalt des öffentlichen Rechts nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 Klinikumsverordnung übergegangen sind, sind nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 Klinikumsverordnung dem Klinikumsvorstand zugewiesen. Nach § 9 Abs. 1 Klinikumsverordnung ist der Ärztliche Direktor Vorsitzender des Klinikumsvorstands. Nach § 10 Klinikumsverordnung iVm. Art. 52g Abs. 3 BayHSchG vertritt er das Klinikum (*vgl. Reich Bayerisches Hochschulgesetz 4. Aufl. Art. 52g Rn. 16*). 20
- b) Zum anderen vertritt der Ärztliche Direktor auch den beklagten Freistaat in dessen Arbeitgeberfunktion. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung iVm. § 2 Nr. 1 Satz 3 Personalgestellungsvertrag vom 11. Dezember 2003 vertritt er den beklagten Freistaat, soweit das wissenschaftliche Personal iSv. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayHSchG (Professoren) und Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayHSchG (wissenschaftliche Mitarbeiter), dessen Arbeitsverhältnisse nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung beim beklagten Freistaat verblieben sind, betroffen ist. 21
- c) Vertritt somit der Ärztliche Direktor sowohl das Klinikum als auch den beklagten Freistaat in deren Arbeitgeberfunktion und kommen deshalb mehrere Vertretene in Betracht, in deren Namen der Vertreter die Willenserklärung abgegeben haben kann, so ist in entsprechender Anwendung des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB die Willenserklärung des Vertreters gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung aller Umstände 22



auszulegen (BGH 17. Dezember 1987 - VII ZR 299/86 - NJW-RR 1988, 475, zu 1 a der Gründe; 12. Juli 2000 - VIII ZR 99/99 - NJW 2000, 3344, 3345).

Dabei ist für die Auslegung der mit Schreiben vom 30. Juni 2004 vom Ärztlichen Direktor erklärten außerordentlichen Kündigung entscheidend, wie der Kläger die Kündigungserklärung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Der innere Wille des Erklärenden ist nicht maßgebend (BGH 5. Oktober 1961 - VII ZR 207/60 - BGHZ 36, 30; 5. Juli 1990 - IX ZR 10/90 - NJW 1990, 3206; BAG 12. Januar 1994 - 5 AZR 41/93 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 43 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 30). 23

2. Die insoweit vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des Kündigungsschreibens vom 30. Juni 2004 ist frei von Rechtsfehlern. 24

a) Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Auslegung dieses Schreibens als einer sogenannten nichttypischen Willenserklärung den Tatsachengerichten obliegt und in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt dahin überprüfbar ist, ob eine gebotene Auslegung überhaupt vorgenommen und die Rechtsvorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen richtig angewendet worden sind sowie ob ein Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegt bzw. ob wesentlicher Auslegungstoff nicht herangezogen worden ist (BAG 25. Februar 1998 - 2 AZR 279/97 - BAGE 88, 131). 25

b) Das Landesarbeitsgericht hat darauf verwiesen, dass das Kündigungsschreiben auf Briefpapier des Klinikums der Technischen Universität München und damit für die Anstalt des öffentlichen Rechts abgegeben zu sein scheint. Dieser Umstand spricht, worauf die Revision zu Recht hinweist, zunächst für ein Handeln des Ärztlichen Direktors für diese Anstalt. 26

c) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts lässt sich für die Auslegung des Kündigungsschreibens nichts aus dem früheren Kündigungsschreiben vom 25. April 2003 gewinnen. Das Landesarbeitsgericht verkennt, dass zum Zeitpunkt der Kündigung vom 25. April 2003 weder die Klinikumsverordnung vom 20. Juni 2003 noch der Personalgestellungsvertrag abgeschlossen und auch das Klinikum noch nicht als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet worden war. Im April 2003 konnten sich Zweifel an der Arbeitgeberstellung noch gar nicht ergeben. Bei Ausspruch der späteren Kündigung vom 17. Juli 2003 hingegen war zwar die Klinikumsverordnung bereits wirksam und dem Kläger auch bekannt, der Personalgestellungsvertrag aber noch nicht 27



abgeschlossen, so dass sein Arbeitgeber nach wie vor der beklagte Freistaat und nicht die neu errichtete Anstalt des öffentlichen Rechts war.

d) Das Landesarbeitsgericht konnte aber beachten, dass der Ärztliche Direktor potentiell für zwei juristische Personen als Vertreter auftreten konnte und damit ein Fall eines Doppelvertreters vorliegt. In einem solchen Fall wird die Willenserklärung dem Vertretenen zugerechnet, dessen Bereich sie eindeutig zuzurechnen ist (vgl. *MünchKommBGB/Schramm 5. Aufl. § 164 Rn. 25*). Dies ist hier - wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat - zweifelsfrei der beklagte Freistaat. Nur mit ihm bestand ein Arbeitsverhältnis. Nur dieses konnte und sollte durch die Kündigungserklärung vom 30. Juni 2004 beendet werden. Auch der Kläger hat die Kündigungserklärung vom 30. Juni 2004 als eine des beklagten Freistaats verstanden und die Klage folgerichtig ausschließlich gegen diesen, in seiner Eigenschaft als Vertragsarbeitgeber erhoben. 28

II. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht weiter angenommen, dass der Ärztliche Direktor des Klinikums nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung iVm. § 2 Nr. 1 des Personalgestellungsvertrags zwischen dem Beklagten und dem Klinikum vom 11. Dezember 2003 befugt war, das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem beklagten Freistaat zu kündigen. 29

1. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung verbleiben die Professoren im Angestelltenverhältnis iSv. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayHSchG beim beklagten Freistaat. Allerdings werden sie, soweit zu ihren Aufgaben nach der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses eine Tätigkeit in der Krankenversorgung oder in sonstigen Bereichen des Klinikums gehört, auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem beklagten Freistaat und dem Klinikum diesem zur Dienstleistung zur Verfügung gestellt. Zu dieser Personengruppe nach Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayHSchG zählt nach Art. 127 Abs. 2 BayHSchG unstreitig der Kläger als Oberarzt. 30

2. Die Einzelheiten der gesetzlich vorgesehenen Personalgestellung werden durch den am 11. Dezember 2003 zwischen dem beklagten Freistaat, vertreten durch die Technische Universität München, und dem Klinikum abgeschlossenen Personalgestellungsvertrag geregelt. Nach § 2 Nr. 1 bleibt der beklagte Freistaat Arbeitgeber des überlassenen Personals und ist verpflichtet, für die rechtzeitige Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen. Daneben regelt § 2 Nr. 1 Satz 2 des Personalgestellungsvertrags, dass der beklagte Freistaat für alle personel- 31



len und Status berührenden Angelegenheiten zuständig und verantwortlich bleibt. Nach § 2 Nr. 1 Satz 3 des Personalgestellungsvertrags ist der Ärztliche Direktor Vertreter des Arbeitgebers, soweit nicht eine andere Zuständigkeit begründet ist. Der Ärztliche Direktor ist insbesondere berechtigt, über Arbeitszeiten, Arbeitsabläufe, Einsatzfelder, Art und Weise der zu erbringenden Arbeit, Urlaubsabwesenheiten und alle sonstigen beamten- und tariflichen Belange zu entscheiden, und ist in vollem Umfang für die Überwachung der Arbeitsleistung des Personals verantwortlich.

3. Damit folgt eine Kündigungsbefugnis des Ärztlichen Direktors nicht direkt aus der Klinikumsverordnung (§ 14 Abs. 2 Nr. 4), da das im Klinikum beschäftigte wissenschaftliche Personal iSv. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 BayHSchG beim beklagten Freistaat verbleibt. Die Klinikumsverordnung regelt die Dienst- und Arbeitsverhältnisse dieses Personenkreises grundsätzlich abweichend von den sonstigen Arbeitnehmern, die nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 Klinikumsverordnung im Wege der gesetzlich angeordneten Gesamtrechtsnachfolge vom beklagten Freistaat auf das Klinikum als Anstalt des öffentlichen Rechts übergegangen sind. Von diesem Übergang bleibt das wissenschaftliche Personal ausgenommen. Ihr Arbeitgeber bleibt nach wie vor der beklagte Freistaat. 32
4. Mit der durch die Klinikumsverordnung angeordneten vertraglichen Ausgestaltung der Personalgestellung ist aber dem Ärztlichen Direktor die Vertreterfunktion für den beklagten Freistaat als Arbeitgeber wirksam zugewiesen worden. 33
- a) Durch die Regelung des § 2 Nr. 1 Satz 3 des Personalgestellungsvertrags wird dem Ärztlichen Direktor die Vertretung des beklagten Freistaats für das dem Klinikum überlassene wissenschaftliche Personal übertragen. Als Vertreter des Arbeitgebers, dh. des beklagten Freistaats, steht ihm in dieser Eigenschaft auch die Kündigungsbefugnis für die von § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung erfassten Personen zu. 34
- b) Zwar bestimmt Satz 3 auch, dass diese Vertreterfunktion nur besteht, soweit nicht eine andere Zuständigkeit begründet ist. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich hieraus auch im Zusammenspiel mit den folgenden Sätzen des Personalgestellungsvertrags kein Anhaltspunkt für eine fehlende Befugnis des Ärztlichen Direktors, Kündigungen von Arbeitsverhältnissen des von § 14 Abs. 2 Nr. 4 der Klinikumsverordnung erfassten wissenschaftlichen Personals auszusprechen. Die folgenden beiden Sätze regeln zwar Fragen, die im Rahmen von Personalgestellungsverträgen 35



regelmäßig dem „Entleiher“ übertragen sind. Ihm soll insbesondere das uneingeschränkte Direktionsrecht hinsichtlich der Einzelheiten der Arbeitsleistung zustehen. Er soll eigenverantwortlich den Einsatz der gestellten Arbeitnehmer und Beamten koordinieren können. Davon zu trennen sind die statusrechtlichen Fragen, die Satz 3 regelt. Der beklagte Freistaat als juristische Person muss, um im Rechtsverkehr handlungsfähig zu sein, von einer natürlichen Person vertreten werden. Der Freistaat als solcher kann keine Rechtshandlungen vornehmen. Der Zusatz, „soweit nicht eine andere Zuständigkeit begründet ist“, bezieht sich nicht auf eine andere Zuständigkeit nach dem Personalgestellungsvertrag. Der Personalgestellungsvertrag enthält, was auch von der Revision insoweit nicht in Zweifel gezogen wird, keine andere Zuständigkeitsregelung. Gemeint sind vielmehr andere durch Gesetz oder Verordnung begründete Zuständigkeiten, wie sie etwa Art. 52d BayHSchG (in der bis 31. Mai 2006 geltenden Fassung) oder § 8 der Klinikumsverordnung vorsehen. Danach ist für die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Klinikumsvorstands sowie die Ausgestaltung der Verträge dieses Personenkreises der Aufsichtsrat zuständig. Dies bedeutet zugleich, dass der Ärztliche Direktor insoweit keine Vertretungsbefugnis und damit auch keine Befugnis zur Kündigung der Rechtsverhältnisse dieses Personenkreises hat.

III. Die Kündigung ist vom Kläger auch nicht nach § 174 Satz 1 BGB unverzüglich mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurückgewiesen worden. 36

1. Nach § 174 Satz 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Das Zurückweisungsrecht ist nach § 174 Satz 2 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber demjenigen, gegenüber dem das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll, die Bevollmächtigung (vorher) mitgeteilt hat. Folge der Zurückweisung iSd. § 174 Satz 1 BGB ist - unabhängig vom Bestehen einer Vollmacht - die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts; eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus (*Senat 10. Februar 2005 - 2 AZR 584/03 - AP BGB § 174 Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 174 Nr. 3, zu B I 1 der Gründe; BAG 20. September 2006 - 6 AZR 82/06 - Rn. 33, AP BGB § 174 Nr. 19 = EzA BGB 2002 § 174 Nr. 5*). 37

2. Eine Unwirksamkeit der Kündigung vom 30. Juni 2004 kommt nach § 174 Satz 1 BGB schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger die Wirksamkeit der Kün- 38



digung zu keinem Zeitpunkt mit der mangelnden Vorlage einer Vollmachtsurkunde in Abrede gestellt hat. Er hat nur die Kündigungsbefugnis des Ärztlichen Direktors an sich verneint und damit das Vorliegen einer wirksamen Bevollmächtigung bezweifelt, nicht aber deren Nachweis gefordert.

IV. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, die Wirksamkeit der Kündigung des Beklagten nach § 55 Abs. 1, § 54 Abs. 1 BAT zu beurteilen. Da zur Zeit der Kündigung die Voraussetzungen der sog. tariflichen Unkündbarkeit (§ 53 Abs. 3 BAT) vorlagen, konnte dem Kläger nur noch aus in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigen Gründen gekündigt werden (§ 55 Abs. 1 BAT). 39

1. Der in § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1 BAT und inhaltsgleich in § 626 Abs. 1 BGB verwandte Rechtsbegriff des wichtigen Grundes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Anwendung durch die Tatsachengerichte kann im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter diese Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (*st. Rspr. Senat 31. Januar 1996 - 2 AZR 158/95 - BAGE 82, 124, zu II 4 der Gründe; 17. Juni 1998 - 2 AZR 599/97 -, zu II 2 b der Gründe; 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - AP BGB § 626 Nr. 150 = EzA BGB § 626 nF Nr. 177, zu B II 1 der Gründe*). 40

2. Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle hält das angegriffene Urteil stand. Das Verhalten des Klägers rechtfertigt die Annahme eines wichtigen Grundes zur Kündigung. 41

Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Übernahme von Nebentätigkeiten außerhalb des öffentlichen Dienstes nach § 11 BAT iVm. Art. 73 BayBG grundsätzlich einer vorherigen Genehmigung bedarf. Der Kläger hat über eine solche nicht verfügt. Sein Verhalten verletzt damit seine vertraglichen Pflichten in erheblichem Maße und stellt einen wichtigen Grund iSd. § 54 Abs. 1 BAT, § 626 Abs. 1 BGB dar. Diese zutreffende Würdigung des Landesarbeitsgerichts wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen, sondern sogar ausdrücklich auf Seite 7 der Revisionsbegründung eingeräumt. 42



3. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht mit seiner Entscheidung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht verletzt. 43

Der Beklagte war weder verpflichtet vor Ausspruch der Kündigung vom 30. Juni 2004 den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Nebentätigkeitsgenehmigung vom 30./31. März 2004 zu bescheiden noch ihn auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit hinzuweisen oder ihn - erneut - abzumahnen. 44

a) Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel erschöpft sind, das in der bisherigen Form nicht mehr haltbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die außerordentliche Kündigung ist nur zulässig, wenn sie die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima-ratio) für den Kündigungsberechtigten ist. Darüber hinaus gilt im Kündigungsschutzrecht allgemein der Grundsatz, dass eine Beendigungskündigung, gleichgültig ob sie auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt ist, und gleichgültig ob sie als ordentliche oder außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird, als äußerstes Mittel erst in Betracht kommt, wenn keine Möglichkeit zu einer anderweitigen Beschäftigung, unter Umständen auch zu schlechteren Arbeitsbedingungen, besteht (*st. Rspr. seit BAG 20. Oktober 1954 - 1 AZR 193/54 - BAGE 1, 117; 9. Juli 1998 - 2 AZR 201/98 - EzA BGB § 626 Krankheit Nr. 1, zu II 1 der Gründe*). Als mildere Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung werden nach dieser Rechtsprechung angesehen zB Abmahnung, Versetzung, Umsetzung, außerordentliche Änderungskündigung oder ordentliche Kündigung (*Senat 30. Mai 1978 - 2 AZR 630/76 - BAGE 30, 309; 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 7 = EzA BGB § 626 nF Nr. 156, zu II 4 b der Gründe*). Die Rechtsprechung geht dabei davon aus, dass es sich um alternative Gestaltungsmittel des Arbeitgebers handelt, die geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck mit einem milderen Mittel zu erreichen (*KR-Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 251 mwN*). 45

b) Der Beklagte war gleichwohl nicht verpflichtet, den Kläger vor Ausspruch der Kündigung vom 30. Juni 2004 erneut abzumahnen. 46

aa) Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt das sog. Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht Sanktion für die Vertragspflichtverletzung, sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (*Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 =* 47



EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 296). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen (ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 297). Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (Staudinger/Preis BGB 1995 § 626 Rn. 109). Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 300). Die Abmahnung ist insoweit notwendiger Bestandteil bei der Anwendung des Prognoseprinzips.

Sie ist zugleich aber auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Staudinger/Preis BGB 2002 § 626 Rn. 105; Schlachter NZA 2005, 433, 435). Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren (Staudinger/Preis BGB 2002 § 626 Rn. 105; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1172; Gotthardt Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform Rn. 304 ff.; KR-Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 256; Schlachter NZA 2005, 433, 437). Nach dieser Norm ist eine Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig. Eine vorherige Abmahnung ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann (Senat 18. Mai 1994 - 2 AZR 626/93 - AP BPersVG § 108 Nr. 3 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 31) oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (Senat 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30, zu B II 5 der Gründe; 1. Juli 1999 - 2 AZR 676/98 - AP BBiG § 15 Nr. 11 = EzA BBiG § 15 Nr. 13, zu II 2 a der Gründe; Staudinger/Preis BGB 2002 § 626 Rn. 118). Ähnliches ergibt sich aus § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach dem § 323 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung findet. Nach § 323 Abs. 2 BGB ist eine Fristsetzung bzw. damit auch eine Abmahnung entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig ver-

48

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



weigert oder besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt bzw. eine Kündigung rechtfertigen (*Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68, zu B III 2 b aa der Gründe*).

bb) Gemessen hieran brauchte der beklagte Freistaat vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung den Kläger nicht erneut abzumahnern. Mit Schreiben vom 25. Juni 2003 hatte der Ärztliche Direktor den Kläger wegen einer entsprechenden Pflichtverletzung bereits abgemahnt. Der Kläger war schon zuvor trotz Untersagung einer nebenberuflichen vertragsärztlichen Tätigkeit mit Schreiben vom 26. November 2002 zumindest bis zum 25. April 2003 einer solchen nachgegangen. Diesen Vorwurf hatte der Beklagte Freistaat bereits zuvor zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung vom 25. April 2003 herangezogen. In dem über die Wirksamkeit dieser Kündigung geführten Rechtsstreit wurde die Kündigung im Vergleichswege für gegenstandslos erklärt. Bereits am 4. Juli 2003 ist der Kläger aufgefordert worden, sich bis 11. Juli 2003 zu dem Vorwurf zu äußern, er sei weiter vertragsärztlich tätig. Mit zwei Schreiben des Ärztlichen Direktors vom 17. Juli 2003 wurde dann das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Beklagten neuerlich außerordentlich mit Ablauf des Monats August 2003 sowie ordentlich zum 31. März 2004 gekündigt. Beide Kündigungen wurden vom Beklagten mit der Begründung ausgesprochen, der Kläger übe eine nicht genehmigte Nebentätigkeit aus.

49

Der Kläger war durch den Ausspruch der Abmahnung vom 25. Juni 2003, die bereits zuvor ausgesprochene Kündigung vom 25. April 2003 und die nachfolgend ausgesprochenen Kündigungen vom 17. Juli 2003 nachhaltig gewarnt, dass der Beklagte nicht gewillt war, seine nicht genehmigte Nebentätigkeit hinzunehmen. Der Kläger hatte ausreichend Zeit, sein Verhalten entsprechend anzupassen. Einer erneuten Abmahnung bedurfte es nicht.

50

c) Der Beklagte war aus Verhältnismäßigkeitsgründen auch nicht verpflichtet, den Kläger vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung vom 30. Juni 2004 nochmals auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit seiner vertragsärztlichen Tätigkeit hinzuweisen oder den Antrag vom 30. März 2004 sachlich vor Ausspruch der Kündigung zu bescheiden.

51



aa) Die Kündigung verstößt nicht deshalb gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil der beklagte Freistaat den Kläger nicht auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit seiner Nebentätigkeit hingewiesen hat. Darauf musste er den Kläger nicht nochmals ausdrücklich hinweisen. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, bereits mit Schreiben vom 26. November 2002 habe der Beklagte den Kläger auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit seiner Tätigkeit nach Art. 73 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BayBG hingewiesen und ihm die beantragte Nebentätigkeitsgenehmigung für eine vertragsärztliche Tätigkeit versagt. Die Revision hat gegen diese tatsächliche Feststellung des Landesarbeitsgerichts insoweit keine Rügen erhoben. Sie verhält sich mit keinem Wort dazu, weshalb der Kläger am 30./31. März 2004, gerade einmal 16 Monate später, nunmehr bei ansonsten unveränderter Sach- und Rechtslage davon ausgehen können, die vertragsärztliche Tätigkeit sei nunmehr genehmigungsfähig. Dies gilt umso mehr, als zwischen den Parteien zu diesem Zeitpunkt noch ein Kündigungsrechtsstreit anhängig war, der am folgenden bzw. übernächsten Tag, dem 1. April 2004 durch Urteil abgeschlossen werden sollte und auch abgeschlossen wurde. Der Kläger war sowohl durch die von ihm wohl nicht angefochtene Versagung der Nebentätigkeitsgenehmigung für eine vertragsärztliche Tätigkeit durch Schreiben vom 26. November 2002, die Kündigung vom 25. April 2003, die Abmahnung vom 25. Juni 2003 als auch die Kündigungen vom 17. Juli 2003 hinreichend darüber informiert, dass der Beklagte die Nebentätigkeit als nicht genehmigungsfähig und ihre gleichwohl erfolgte tatsächliche Ausübung als schwerwiegenden Pflichtenverstoß ansieht.

52

bb) Ebenso wenig brauchte der Beklagte den Antrag vom 30./31. März 2004 vor Ausspruch der Kündigung sachlich zu bescheiden.

53

Der Kläger hat seine vertragsärztliche Tätigkeit bereits seit geraumer Zeit ausgeübt. Dafür spricht schon das Schreiben des Direktors der Klinik für Anaesthesiologie vom 13. März 2001. Danach hat der Kläger mit Schreiben vom 30. Januar 2001 eine Nebentätigkeitsgenehmigung beantragt, die ihm mit Schreiben vom 26. November 2002, soweit es die vertragsärztliche Tätigkeit angeht, versagt wurde. Der Hinweis der Revision, die Nebentätigkeitsgenehmigung sei mit dem Hinweis „derzeit nicht genehmigungsfähig“ abgelehnt worden, verfängt deshalb nicht. Ausweislich des im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Schreibens wurde lediglich die Nebentätigkeit bzgl. Beratungs- und Kontrolltätigkeit für verschiedene Unternehmen als derzeit nicht genehmigungsfähig eingestuft und dies deshalb, weil der Antrag hierzu keine ausreichenden Angaben enthielt. Dem Kläger wurde mitgeteilt, er müsse für jedes ein-

54



zelne Unternehmen detaillierte und vollständige Angaben machen. Erst im folgenden Absatz befasst sich das Schreiben mit der Genehmigung der Wahrnehmung von Praxisvertretungen niedergelassener Ärzte sowie der ärztlichen Tätigkeit in eigener Praxis. Dieser Teil wurde im Hinblick auf eine Interessenkollision unbedingt negativ beschieden. Deshalb konnte vom beklagten Freistaat auch unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit nicht verlangt werden, den erneuten Antrag noch einmal sachlich zu bescheiden, soweit keine Änderungen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht eingetreten sind. Im Übrigen hat der Kläger auch nach Untersagung der Nebentätigkeit bzw. Versagung der Nebentätigkeitsgenehmigung keinerlei Anstrengungen unternommen, diese Nebentätigkeiten einzustellen. Er hat auch nicht vorgetragen, den neuerlichen Antrag von Ende März 2003 wegen veränderter Umstände gestellt zu haben. Er hat nicht einmal behauptet, die Nebentätigkeit sei nunmehr - aus welchen Gründen auch immer - genehmigungsfähig.

d) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene umfassende Interessenabwägung greift die Revision nicht an. Da das Landesarbeitsgericht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und gewürdigt hat, ist ein revisionsrechtlich relevanter Fehler nicht erkennbar. 55

V. Die Kündigung ist auch nicht wegen fehlerhafter Personalratsbeteiligung unwirksam. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 56

1. Der Kläger ist nicht als „Professor“ von der Vertretung durch den Personalrat ausgenommen. Eine Beteiligung des Personalrats war nicht entbehrlich. 57

a) Nach Art. 4 Abs. 4 lit. a) BayPVG gelten die in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 sowie Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bayerischen Hochschullehrergesetzes (BayHSchLG) genannten Personen nicht als Beschäftigte iSd. Bayerischen Personalvertretungsgesetzes. Der Kläger ist nach Art. 127 Abs. 2 BayHSchG zwar „Professor“ iSd. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayHSchG, nicht aber Professor nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 BayHSchLG. „Professor“ in diesem Sinn ist nur ein Hochschullehrer nach Art. 9 ff. BayHSchLG. Der Begriff des „Professors“ wird in Art. 9 BayHSchLG im dienstrechtlichen Sinn verwandt (vgl. *Reich Bayerisches Hochschullehrergesetz 2. Aufl. Art. 2 Rn. 1*) und umschreibt die den Professoren übertragenen Aufgaben. Danach haben Professoren iSd. Norm die ihrer Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft und Kunst, Forschung und Lehre in ihren Fächern nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses in eigener Verantwortung wahrzunehmen. Dementsprechend 58



gehört zum Begriff des Professors im Sinne des bayerischen Hochschullehrergesetzes, dass er Lehrveranstaltungen im Rahmen des Hochschulbetriebs abhält.

b) Das Landesarbeitsgericht hat hierzu zwar keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen. Auf Grund der Teilzeittätigkeit des Klägers als Oberarzt im Klinikum für Anästhesie spricht aber nichts für eine Tätigkeit in der Lehre. Dem gesamten Parteivorbringen lässt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass der Kläger während seiner Tätigkeit als Oberarzt in der Lehre tätig war. 59

2. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass vor Ausspruch der Kündigung der beim Klinikum gebildete Personalrat nach Art. 77 Abs. 3 BayPVG zu beteiligen war. 60

a) Nach Art. 77 Abs. 3 BayPVG ist der - zuständige - Personalrat vor fristlosen Entlassungen und außerordentlichen Kündigungen anzuhören. Er hat die Möglichkeit, spätestens innerhalb von drei Arbeitstagen schriftlich unter Angabe der Gründe dem Dienststellenleiter etwaige Bedenken gegen die Kündigung mitzuteilen. Eine Kündigung ist nach Art. 77 Abs. 4 BayPVG unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. 61

Nach Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BayPVG wirkt der - zuständige - Personalrat bei der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber mit. Dieses Beteiligungserfordernis gilt auch für eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist (*BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10*). Der Personalrat kann nach Satz 2 der Norm Einwendungen gegen die Kündigung unter bestimmten Voraussetzungen erheben. Für das Mitwirkungsverfahren gilt Art. 72 BayPVG. 62

b) Zuständig ist der Personalrat, dessen Dienststelle zur Entscheidung über die personelle Angelegenheit befugt ist (Art. 80 Abs. 1 BayPVG). 63

aa) In Angelegenheiten, in denen eine übergeordnete Dienststelle zur Entscheidung befugt ist, ist an Stelle des Personalrats die bei der zuständigen Dienststelle gebildete Stufenvertretung zu beteiligen (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 BayPVG). Maßgebend ist demnach nicht, welcher Dienststelle der betroffene Arbeitnehmer angehört, sondern allein, welche Dienststelle die Entscheidung mit Außenwirkung treffen kann. Die Entscheidungskompetenz der Dienststelle ihrerseits ergibt sich aus den Gesetzen, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und Einzelverfügungen. Trifft danach eine übergeordnete Dienststelle die Entscheidung, ist die bei ihr bestehende Stufenver- 64



tretung zu beteiligen. Das gilt auch, wenn die übergeordnete Dienststelle eine Angelegenheit in zulässiger Weise an sich zieht (*BAG 14. Dezember 1994 - 7 ABR 14/94 - AP BPersVG § 82 Nr. 1, zu B II 2 b der Gründe; Senat 22. August 1996 - 2 AZR 5/96 - BAGE 84, 29, zu II 2 a der Gründe*).

bb) Für den Fall der Auflösung einer Dienststelle ohne Zuordnung des bisher dort beschäftigten Arbeitnehmers zu einer neuen Dienststelle, ist grundsätzlich die bei der obersten Dienstbehörde gebildete Stufenvertretung zu beteiligen. Der Senat hat entschieden, dass dies auch gilt, wenn für die Kündigung ausnahmsweise nicht die oberste Dienstbehörde, sondern eine andere Dienststelle zuständig ist, bei der der Arbeitnehmer jedoch nicht beschäftigt ist. Ist auf Grund entsprechender Vorschriften die Entscheidungsbefugnis für Kündigungen wegen Auflösung einer Dienststelle auf eine andere Dienststelle übertragen worden, durch deren Personalrat der zu kündigende Arbeitnehmer aber nicht repräsentiert wird, so ist bei der Kündigung die Stufenvertretung zu beteiligen (*so für § 82 Abs. 5 BPersVG: Senat 26. Oktober 1995 - 2 AZR 629/94 - BAGE 81, 192; 22. August 1996 - 2 AZR 5/96 - BAGE 84, 29*). Der jeweilige Personalrat repräsentiert nur die Beschäftigten, die zu der Dienststelle - bzw. bei Stufenvertretungen, die zum Geschäftsbereich der Behörde - gehören, bei der er gebildet worden ist. Der Grundsatz der Repräsentation, auf dem die Legitimation des Personalrats beruht, schließt eine Beteiligung eines Personalrats an Maßnahmen aus, die Beschäftigte einer Dienststelle betreffen, die zu ihm nicht wahlberechtigt waren (*vgl. Senat 31. August 1989 - 2 AZR 453/88 - AP LPVG Schleswig-Holstein § 77 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 75*). Wahlberechtigt sind nur die in eine Dienststelle tatsächlich eingegliederten Beschäftigten (*vgl. Art. 13 BayPVG*). Dies entspricht dem Repräsentationsprinzip (*vgl. dazu auch Ballerstedt/Schleicher/Faber Bayerisches Personalvertretungsgesetz Stand Januar 2007 Art. 80 Rn. 14 f.*).

cc) Entsprechendes folgt aus der Regelung des Art. 80 Abs. 4 Satz 1 BayPVG. Nach Art. 80 Abs. 4 Satz 1 BayPVG ist in Angelegenheiten, in denen eine andere als die Körperschaft, der die Dienststelle angehört, zur Entscheidung berufen ist, der Personalrat der Dienststelle zu beteiligen, auf die oder deren Beschäftigte sich die Maßnahme erstreckt.

(1) Über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers als mitbestimmungspflichtige Angelegenheit entscheidet nicht die Dienststelle, also das Klinikum als Anstalt öffentlichen Rechts, sondern der beklagte Freistaat als Vertragsarbeitgeber des

65

66

67



Klägers, vertreten durch den Ärztlichen Direktor des Klinikums. Art. 80 Abs. 4 BayPVG setzt voraus, dass die entscheidende Dienststelle einer anderen Körperschaft angehört als die Dienststelle, auf deren Beschäftigten sich die Maßnahme erstreckt. Für diesen Fall ordnet die Norm an, den Personalrat der Dienststelle zu beteiligen, auf deren Beschäftigte sich die Maßnahme erstreckt.

(2) Dies ist im Entscheidungsfall der Personalrat des Klinikums. Der Kläger ist Beschäftigter der Dienststelle Klinikum. Zwar steht er nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung in keinem Arbeitsverhältnis mit der die Dienststelle tragenden Anstalt des öffentlichen Rechts, sondern mit dem beklagten Freistaat. Hierauf kommt es aber, worauf das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang zutreffend hingewiesen hat, nicht an. Die Frage der Beschäftigteneigenschaft zu einer Dienststelle richtet sich nicht danach, ob das Arbeitsverhältnis mit dem Rechtsträger der Dienststelle, also mit dem Klinikum als Anstalt des öffentlichen Rechts, oder dem beklagten Freistaat besteht. Maßgeblich ist die Wahlberechtigung nach Art. 13 BayPVG. Dies folgt aus dem Repräsentationsprinzip. Danach ist die Personalvertretung zu beteiligen, die den von der Maßnahme betroffenen Beschäftigten repräsentiert (*Schelter/Seiler Bayerisches Personalvertretungsgesetz 3. Aufl. Art. 80 Rn. 1, 14; Aufhauser/Warga/Schmitt-Moritz Bayerisches Personalvertretungsgesetz 4. Aufl. Art. 80 Rn. 10*).

68

(3) Der Kläger war zum Personalrat der Dienststelle „Klinikum“ wahlberechtigt. Nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayPVG sind alle Beschäftigten der Dienststelle wahlberechtigt. Beschäftigte iSd. Bayerischen Personalvertretungsgesetzes sind nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayPVG Beamte, Angestellte und Arbeiter einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Diese Beschäftigten müssen in einem Dienstverhältnis, Arbeitsverhältnis oder Ausbildungsverhältnis mit einem in Art. 1 BayPVG bezeichneten Rechtsträger stehen (*BVerwG 20. Mai 1992 - 6 P 4.90 - BVerwGE 90, 194; Schelter/Seiler Bayerisches Personalvertretungsgesetz 3. Aufl. Art. 4 Rn. 3*).

69

(4) Der Kläger steht in einem Arbeitsverhältnis zum beklagten Freistaat. Zwar besteht kein Arbeitsverhältnis mit der Dienststelle Klinikum bzw. der sie tragenden Anstalt des öffentlichen Rechts. Gleichwohl war der Kläger zum Personalrat des Klinikums wahlberechtigt. Er gehört unstreitig zu dem von Art. 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung erfassten Personenkreis und war im Klinikum eingesetzt. Das Klinikum war seine Dienststelle im personalvertretungsrechtlichen Sinn. Daran hat auch die Errichtung der Anstalt des öffentlichen Rechts nichts geändert. Auch danach wurde er wie bisher als Oberarzt im Klinikum beschäftigt. Mit Inkrafttreten der Klinikumsverordnung

70



am 1. Juli 2003 wurde das Klinikum zu einer eigenen Anstalt des öffentlichen Rechts und konnte damit als juristische Person auch Arbeitgeberfunktion wahrnehmen. Diese oblag zuvor der Technischen Universität München als Körperschaft des öffentlichen Rechts bzw. dem beklagten Freistaat selbst. Dies ändert aber nichts daran, dass der Kläger weiterhin zum Personalrat des Klinikums wahlberechtigt war und blieb.

dd) Das gleiche Ergebnis folgt auch aus Art. 13 Abs. 2 Satz 1 BayPVG. Danach ist, wer zu einer Dienststelle abgeordnet ist, in ihr wahlberechtigt, sobald die Abordnung länger als drei Monate dauert. Im gleichen Zeitpunkt verliert er das Wahlrecht bei seiner alten Dienststelle. Auch nach Errichtung des Klinikums als Anstalt des öffentlichen Rechts war der Kläger im Rahmen seines mit dem beklagten Freistaat bestehenden Arbeitsverhältnisses ausschließlich im Klinikum tätig. Seine Tätigkeit für das Klinikum erfolgte ab dem Zeitpunkt der Errichtung der Anstalt auf Grundlage von § 14 Abs. 2 Nr. 4 Klinikumsverordnung. Ab diesem Zeitpunkt war er - nach wie vor - nur für das Klinikum tätig. Seine Situation entsprach damit der eines nach § 12 BAT abgeordneten Arbeitnehmers. Folgerichtig wäre er spätestens mit Ablauf des 30. September 2003 auch nach Art. 13 Abs. 2 Satz 1 BayPVG zum Personalrat des Klinikums wahlberechtigt gewesen. Er wird daher zu Recht von diesem Personalrat repräsentiert.

3. Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt nicht aus dem Umstand, dass der Personalleiter des Klinikums und nicht der Ärztliche Direktor oder der Verwaltungsdirektor als Leiter der Dienststelle das Anhörungsverfahren beim Personalrat des Klinikums eingeleitet hat (Art. 7 Abs. 1 Satz 4 BayPVG).

a) Die Einleitung des Beteiligungsverfahrens durch einen gemäß Art. 7 BayPVG nicht zugelassenen Vertreter führt nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit einer Kündigung. Die Unwirksamkeitsfolge sieht Art. 77 Abs. 4 BayPVG nur für eine Nichtbeteiligung des Personalrats vor. Nicht jeder Fehler bei der Beteiligung des Personalrats steht seiner Nichtbeteiligung gleich.

b) Wird das Anhörungsverfahren des Personalrats von einem Vertreter eingeleitet, der unabhängig von einer Verhinderung des Dienststellenleiters ihn nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen vertreten konnte, kann dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Die gesetzlichen Vertretungsregelungen sollen sicherstellen, dass dem Personalrat nicht ständig wechselnde Verhandlungspartner gegenüberreten, deren (Entscheidungs-)Kompetenzen fraglich sein können. Der Leiter der Dienststelle soll im Interesse des sozialen Friedens veranlasst werden, sich nicht nur mit den Aufgaben



der Dienststelle nach außen, sondern auch mit den internen Problemen seiner Mitarbeiter zu beschäftigen, zumal bei Einschaltung der Behördenspitze möglicherweise raschere und sachgerechtere Lösungen gefunden werden können. Personalentscheidungen sollen nicht nur routinemäßig von einem Sachbearbeiter erledigt werden (vgl. Senat 26. Oktober 1995 - 2 AZR 743/94 - AP BPersVG § 79 Nr. 8).

Den für den Dienststellenleiter handelnden Beauftragten als kompetenten Gesprächspartner zu akzeptieren oder nicht, hat aber in jedem Fall der Personalrat in der Hand. Er kann den Mangel der Vertretung nicht nur sofort erkennen, sondern ist auch verfahrensrechtlich in der Lage, ihn unverzüglich zu rügen, wenn er dies will. Unterlässt er dies und nimmt er zur beabsichtigten Kündigung nur aus anderen Gründen - abschließend - Stellung, verliert er sein Rügerecht und kann den Vertretungsmangel nicht mehr nachträglich beanstanden (ebenso BVerwG 26. August 1987 - 6 P 11.86 - BVerwGE 78, 72). Ein möglicher Vertretungsmangel ist dann nicht nur im Verhältnis zwischen Dienststelle und Personalrat, sondern auch im Außenverhältnis unbeachtlich und zwar nicht nur in Fällen der Mitbestimmung, sondern auch in denen der Mitwirkung des Personalrats (Senat 26. Oktober 1995 - 2 AZR 743/94 - AP BPersVG § 79 Nr. 8; 27. Februar 1997 - 2 AZR 513/96 - AP LPVG Rheinland-Pfalz § 82 Nr. 1).

75

c) Der Personalrat hat im Entscheidungsfall zu keinem Zeitpunkt, insbesondere nicht innerhalb der Äußerungsfrist des Art. 77 Abs. 3 Satz 3 BayPVG, gerügt, der Personalleiter des Klinikums, Herr H, hätte das Beteiligungsverfahren nicht einleiten dürfen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Revision auch nicht mehr.

76

4. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht entschieden, dass der Personalrat auch in der Sache weder fehlerhaft angehört noch das Mitwirkungsverfahren bzgl. der außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist fehlerhaft durchgeführt worden ist.

77

a) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (zB 4. August 1975 - 2 AZR 266/74 - BAGE 27, 209; 5. Februar 1981 - 2 AZR 1135/78 - AP LPVG NW § 72 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 47) und der einhelligen Auffassung in der Literatur (KR-Etzel BPersVG 8. Aufl. §§ 72, 79, § 108 Abs. 2 Rn. 53 ff.; Dietz/Richardi BPersVG § 79 Rn. 137 ff.), dass eine Kündigung nicht nur unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Personalrat überhaupt zu beteiligen, sondern auch dann, wenn er ihn nicht richtig beteiligt hat. Die Beteiligung des Personalrats dient in erster Linie dem Zweck, ihm Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers vorzubringen und auf den Kündigungsentschluss des

78



Arbeitgebers - auch im Rahmen einer Erörterung nach Art. 72 Abs. 1 BayPVG - Einfluss zu nehmen. Der Arbeitgeber hat, um dem Sinn und Zweck der Beteiligung vor einer Kündigung zu entsprechen, den Personalrat über seine Kündigungsabsicht zeitnah so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Arbeitnehmers und über die Kündigungsgründe für seine Stellungnahme ein eigenes Bild machen und überlegen kann, ob er Einwendungen iSv. Art. 77 Abs. 1 Satz 2 BayPVG geltend machen will.

b) Gemessen hieran ist die mit Schreiben vom 21. Juni 2004 erfolgte Beteiligung des Personalrats inhaltlich nicht zu beanstanden. 79

aa) Die Revision macht lediglich geltend, die Information des Personalrats sei sachlich fehlerhaft, weil im Schreiben an den Personalrat ausgeführt werde, der Kläger habe mit Schreiben vom 30. März 2004 einen Antrag auf Ausübung einer vertragsärztlichen Tätigkeit gestellt. Wegen des zum Zeitpunkt des Eingangs des Antrags noch laufenden Kündigungsschutzrechtstreits und der fehlenden Abzeichnung des Antrags durch den Vorgesetzten des Klägers sei der Antrag an den Kläger zurückgeschickt worden mit der Bitte, ihn ordnungsgemäß einzureichen. Eine erneute Beantragung sei nicht erfolgt. Diese Ausführungen seien unvollständig, weil der beklagte Freistaat nicht dargetan habe, ob dem Kläger dieses Schreiben auch tatsächlich zugegangen bzw. zugestellt worden sei. 80

Damit rügt der Kläger keine relevante Informationspflichtverletzung durch den beklagten Freistaat bei der Einleitung des personalvertretungsrechtlichen Beteiligungsverfahrens. Der Personalrat ist nicht unvollständig informiert worden. Der beklagte Freistaat hat gegenüber dem Personalrat nicht behauptet, der Kläger habe das Schreiben, mit dem er gebeten worden sei, den Antrag formgerecht neu einzureichen, tatsächlich erhalten und daraus weitere Schlüsse gezogen. Er hat sich darauf beschränkt, die objektiv richtigen Tatsachen, namentlich die Antragstellung des Klägers, die Rücksendung des Antrags und die erneute fehlende Beantragung mitzuteilen. Es sind keine Umstände ersichtlich und werden vom Kläger auch nicht behauptet, dass dem Beklagten bei Einleitung des Beteiligungsverfahrens bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, das als Einwurf-Einschreiben versandte Schreiben habe seinen Empfänger nicht erreicht. 81

bb) Der beklagte Freistaat hat die Kündigung auch nicht auf eine fehlende Beantragung einer Nebentätigkeit gestützt, sondern auf den Umstand, dass der Kläger trotz der Untersagung einer vertragsärztlichen Tätigkeit, einer entsprechender Abmahnung 82



und auf diesen Sachverhalt gestützte - unwirksame - Kündigungen gleichwohl eine solche Tätigkeit ausgeübt hat. Für diesen Kündigungsvorwurf ist die Auslassung des tatsächlichen Zugangs des Schreibens vom 7. April 2004 unerheblich.

c) Die hilfsweise erklärte außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist ist schließlich nicht wegen eines Mitwirkungsverfahrensfehlers unwirksam (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BayPVG). 83

Der Personalrat des Klinikums ist nicht nur zu einer außerordentlichen Kündigung, sondern auch zu einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist beteiligt worden. Im Schreiben an den Personalrat vom 21. Juni 2004 ist er ausdrücklich - zu einer rein vorsorglich und hilfsweise - beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist zum 31. März 2005 zur Mitwirkung aufgefordert worden. Der Personalrat hat mit Schreiben vom 23. Juni 2004 abschließend - und damit auch für das Mitwirkungsverfahren - Stellung genommen. Einwendungen mit einem Bezug zu den in Art. 77 Abs. 1 Satz 2 BayPVG genannten Tatbeständen hat er nicht geltend gemacht. Der beklagte Freistaat musste demnach auch nicht das weitere Mitwirkungsverfahren nach dem BayPVG durchführen. 84

VI. Die Kosten der erfolglosen Revision hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO der Kläger zu tragen. 85

Rost

Schmitz-Scholemann

Eylert

Schierle

Gans



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

