

Aktenzeichen: 2 AZR 362/04
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 6. Oktober 2005
- 2 AZR 362/04 -

I. Arbeitsgericht
Mannheim Kammer Heidelberg

Urteil vom 28. April 2003
- 10 Ca 302/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg (Mannheim)

Urteil vom 23. März 2004
- 14 Sa 92/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist

Gesetze:

BAT § 53 Abs. 3, § 55; BGB §§ 626, 624; GmbHG § 37 Abs. 3; TV-Rat
§ 2; TzBfG § 15 Abs. 4

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 362/04

14 Sa 92/03

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
6. Oktober 2005

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Röder und Dr. Niebler 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 der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 23. März 2004 - 14 Sa 92/03 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist. | 1 |
| Die Beklagte betreibt eine der größten deutschen Lungenfachkliniken, in der Lungen- und Lungentumorerkrankungen behandelt werden. | 2 |
| Der am 25. August 1940 geborene Kläger ist Facharzt für Pathologie sowie für Molekular-Biologie und medizinische Informatik. Er war Chefarzt der pathologischen Abteilung, in der unter ihm noch fünf nichtärztliche Mitarbeiter beschäftigt waren. Das mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der LVA Baden, am 1. Oktober 1985 begründete Arbeitsverhältnis ging 1999 im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Die LVA Baden ist die einzige Gesellschafterin der Beklagten. Dem Arbeitsverhältnis liegt der schriftliche Arbeitsvertrag vom 1. Juli 1985 zu Grunde, in dem die Geltung des BAT sowie der diesen ergänzenden und ändernden Tarifverträge vereinbart worden war. Der Kläger erhielt zuletzt eine Vergütung nach der VergGr. Ia BAT. Er ist mit einem Grad von 50 schwerbehindert. | 3 |
| Im Jahr 2001 beschloss die Geschäftsführung der Beklagten, die Abteilung Pathologie zum 31. Dezember 2001 aufzulösen. Am 14. Dezember 2001 stimmte der Aufsichtsrat der Schließung mit der Maßgabe zu, alle nichtärztlichen Mitarbeiter innerhalb der Klinik umzusetzen und die Pathologieleistungen ab 1. Januar 2002 vom Universitätsklinikum H erbringen zu lassen. Ferner stimmte er der „durch die Betriebsteilstilllegung notwendig gewordenen Kündigung von Professor K zum 30.06.2002 unter Wahrung einer 6-monatigen Kündigungsfrist zu“. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Beklagten sieht für die Einstellung und Entlassung von Chefarzten eine Zustimmung des Aufsichtsrats ausdrücklich vor. | 4 |



Ab dem 18. Dezember 2001 wurde der Kläger vom Dienst freigestellt. Seit dem 1. Januar 2002 werden die pathologischen Untersuchungen durch Angestellte des pathologischen Institutes des Universitätsklinikums H - teils in den Räumen der Beklagten - ausgeführt. Die fünf nichtärztlichen Mitarbeiterinnen der Abteilung Pathologie werden bei der Beklagten anderweitig eingesetzt. 5

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis erstmals mit Schreiben vom 18. Dezember 2001 außerordentlich mit Auslauffrist zum 30. Juni 2002. Hierzu hatte sie den Betriebsrat mit Schreiben vom 18. Dezember 2001 angehört. Aus dieser Kündigung leitete sie keine Rechte mehr her, nachdem sie am 9. Januar 2002 von der Schwerbehinderung des Klägers erfahren hatte. 6

Am 11. Januar 2002 beantragte die Beklagte beim Landeswohlfahrtsverband Baden die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers mit Auslauffrist. Mit Schreiben vom 14. Januar 2002 hörte sie den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist zum 30. September 2002 an. Der Betriebsrat stimmte der Kündigung mit Schreiben vom 16. Januar 2002 zu. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 24. Januar 2002, der Beklagten am 25. Januar 2002 zugegangen, stimmte auch der Landeswohlfahrtsverband der Kündigung zu. 7

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 28. Januar 2002 das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich mit Auslauffrist zum 30. September 2002. 8

Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger geltend gemacht, es sei kein Extremfall gegeben, der die tariflich ausgeschlossene betriebsbedingte Kündigung ausnahmsweise rechtfertigen könne. Für die Übertragung der pathologischen Leistungen auf das Universitätsklinikum H bestehe kein sachliches Bedürfnis. Die Beklagte habe sich auch nicht ausreichend bemüht, ihn anderweitig unterzubringen. Die Kündigung weise schließlich formelle Mängel auf. Die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten. Der Aufsichtsrat der Beklagten habe der zweiten, nunmehr streitgegenständlichen Kündigung nicht zugestimmt. Er habe auch keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers gehabt. 9

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - beantragt 10

festzustellen, dass die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Januar 2002 das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht aufgelöst hat.



Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags hat sich die Beklagte auf die Schließung der Abteilung Pathologie berufen. Die bisherige hauseigene „Ein-Mann-Pathologie“ genüge nicht mehr den aktuellen medizinischen Anforderungen. Auch eine teilweise Weiterbeschäftigung des Klägers mit pathologischen Leistungen sei ausgeschlossen. Das ortsansässige Institut für Pathologie der Universität H habe die Leistungen nur ganz oder gar nicht übernehmen wollen. Ein anderer geeigneter Dienstleister habe aus fachlich-medizinischen Gründen nicht zur Auswahl gestanden. Eine anderweitige Unterbringung des hochspezialisierten Klägers sei nicht möglich gewesen. Ein Einsatz als Lungenpathologe komme nur in ganz wenigen Einrichtungen in Betracht. Die Kündigung weise keine formellen Fehler auf. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats habe nur interne Wirkung. Die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten worden.

11

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

12

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

13

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung leide an keinen formellen Mängeln. Die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten worden. Auch ohne eine ausdrückliche Zustimmung des Aufsichtsrats sei die Kündigung wirksam. Die Satzung der Beklagten beinhalte nur eine gesellschaftsinterne Beschränkung. Gegenüber Dritten habe sie keine rechtliche Wirkung. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, Umsetzungs- und Unterbringungsmöglichkeiten entsprechend dem Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte (nachfolgend TV-Rat) zu prüfen. Beim Kläger handle es sich um einen hochspezialisierten Pathologen. Deshalb sei nicht erkennbar, dass er mit Erfolg anderweitig hätte untergebracht werden können. Ein extremer Ausnahmefall, der eine tariflich an sich ausgeschlossene betriebsbedingte außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne, liege jedoch nicht vor. Zwar sei die Entscheidung über die Fremdver-

14



gabe der Leistungen grundsätzlich Teil der unternehmerischen Freiheit der Beklagten. Angesichts der ordentlichen Unkündbarkeit des Klägers müsse sie sich jedoch entgegenhalten lassen, sie habe sich ohne erkennbare sachliche Gründe für die Aufgabe der seit 1985 praktizierten „Ein-Mann-Pathologie“ noch vor der Ende 2005 anstehenden Pensionierung des Klägers entschieden. Auf wirtschaftliche Gründe berufe sie sich selbst nicht; medizinisch zwingende Gründe für die Entscheidung seien nicht hinreichend dargelegt.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis, jedoch nicht in allen Teilen der Begründung. 15

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung vom 28. Januar 2002 16
habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht zum 30. September 2003 beendet, hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

I. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Kündigung sei nicht 17
wegen einer fehlerhaften Beteiligung des Aufsichtsrats der Beklagten unwirksam. Zwar hat der Aufsichtsrat lediglich der ersten Kündigung zum 30. Juni 2002 zugestimmt. Gleichwohl war die streitgegenständliche Kündigung vom 28. Januar 2002 wegen der fehlenden Zustimmung des Aufsichtsrats nicht unwirksam. Das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung im Außenverhältnis. Es handelt sich nur um eine interne Geschäftsverteilungsregelung zwischen dem kündigungsberechtigten Geschäftsführer und dem Mitwirkungsorgan Aufsichtsrat.

1. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Beklagten sieht eine Zustimmung 18
des Aufsichtsrats zur Einstellung und Entlassung von Chefärzten vor. Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung gegenüber Dritten. Das gilt insbesondere für die Fälle, in denen die Zustimmung der Gesellschafter oder eines Organs der Gesellschaft für einzelne Geschäfte erforderlich ist (*Senat 28. April 1994 - 2 AZR 730/93 - AP BGB § 626 Nr. 117 = EzA GmbHG § 37 Nr. 1*). Der Dritte soll sich bei einer Überprüfung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers keine Gedanken machen müssen, ob dieser internen Schranken unterliegt und deshalb die vertretene Arbeitgeberin das einseitige Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen muss (*Senat 29. Oktober 1992 - 2 AZR 460/92 - AP BGB § 174 Nr. 10 = EzA BGB § 174 Nr. 10*). Der Geschäftsführer ist zwar verpflichtet, sich an die interne Bindung zu halten, sie beschränkt aber nicht seine Vertretungsbefugnis nach außen (*Scholz-Schneider GmbHG*



9. Aufl. § 35 Rn. 23; vgl. auch BAG 14. November 1984 - 7 AZR 133/83 - BAGE 47, 179). Damit ist es nicht zu vereinbaren, wenn die Kündigung von einer wirksamen Zustimmung des Aufsichtsrats der Beklagten abhängt. Ob etwas anderes in Missbrauchsfällen gilt (*Baumbach/Hueck/Zöller GmbHG* 17. Aufl. § 37 Rn. 25 ff.; *Scholz-Schneider aaO* Rn. 123 ff.), kann vorliegend dahingestellt bleiben, da ein solcher Missbrauchsfall offensichtlich nicht vorliegt.

2. Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Rahmens kommt es entgegen der Auffassung des Klägers nicht darauf an, dass der Aufsichtsrat zur Kündigung vom 28. Januar 2002 nicht erneut beteiligt wurde und er - wie der Kläger behauptet hat - bei seiner Zustimmung zur Kündigung keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers hatte. 19

II. Die außerordentliche Kündigung ist auch nicht wegen Versäumung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB rechtsunwirksam. Die Frist ist gewahrt, weil es sich beim Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit eines „unkündbaren“ Arbeitnehmers um einen Dauertatbestand handelt (*Senat 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 828 ff.; KR-Fischermeier 7. Aufl. § 626 BGB Rn. 329*). 20

III. Die Kündigung ist auch nicht wegen einer unzureichenden Unterrichtung nach dem TV-Rat unwirksam. 21

1. Selbst wenn die Beklagte die von der vorgesehenen Rationalisierung voraussichtlich betroffenen Arbeitnehmer nicht rechtzeitig vor deren Durchführung unterrichtet hätte, würde ein möglicher Verstoß gegen die Verpflichtung nach § 2 Abs. 3 TV-Rat allenfalls Schadenersatzansprüche auslösen (*Ramdohr/Bauer/Crisolli/Tiedtke/Adam Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst Stand April 2005 Teil Va TV Rationalisierungsschutz § 2 Erl. 8*). Eine Informationspflichtverletzung führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Schadenersatzansprüche sind vom Kläger vorliegend nicht geltend gemacht worden. 22

2. Soweit § 2 Abs. 1 TV-Rat die rechtzeitige und umfassende Unterrichtung der zuständigen Betriebsvertretung sowie eine Beratung mit dieser regelt, stellt § 2 Abs. 2 TV-Rat nur klar, dass die Beteiligungsrechte der Betriebsvertretung zu beachten sind und vom TV-Rat nicht berührt werden. Die Tarifregelung schränkt weder die Beteili- 23



gungsrechte ein, noch erweitert sie sie (*Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Mai 2005 Teil VI Rationalisierungsschutz TV 1987 Erl. 7*).

IV. Die Kündigung ist auch nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 24
Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört worden.

Der Kläger hat weder bestritten, dass die Beklagte den Betriebsrat vor Aus- 25
spruch der streitgegenständlichen Kündigung angehört hatte, noch hat er, nachdem die
Beklagte die Betriebsratsanhörung geschildert hat und die schriftlichen Anhörungsun-
terlagen vorgelegt hat, konkrete Beanstandungen erhoben. Legt der Arbeitgeber eine
ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung im Detail schlüssig dar, ist es im Rahmen der
abgestuften Darlegungslast Sache des Arbeitnehmers, nunmehr konkret zu beanstan-
den, in welchen Punkten er die Betriebsratsanhörung für fehlerhaft hält (*BAG 20. Ja-
nuar 2000 - 2 AZR 378/99 - BAGE 93, 255; 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - AP BetrVG
§ 102 Nr. 114 = EzA BGB § 626 nF Nr. 179; zuletzt 23. Juni 2005 - 2 AZR 193/04 -
EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 12*). Dieses ist vorliegend nicht erfolgt.

V. Das Landesarbeitsgericht hat aber im Ergebnis zu Recht angenommen, dass 26
die Kündigung gegen § 55 Abs. 2 BAT verstößt und deshalb unwirksam ist. Ein Ver-
stoß liegt zum einen schon deshalb vor, weil auch nach der Umorganisation das Ar-
beitsverhältnis noch nicht dauerhaft sinnentleert war, und zum anderen, weil die Be-
klagte auch keine ausreichenden Bemühungen zur Weiterbeschäftigung und Unter-
bringung des Klägers dargetan hat.

1. Kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme ist auf das Arbeitsverhältnis der BAT in 27
seiner jeweils gültigen Fassung anzuwenden. Nach § 53 Abs. 3 BAT ist der Kläger
ordentlich unkündbar, da er bei Ausspruch der Kündigung länger als 15 Jahre bei der
Beklagten bzw. der Rechtsvorgängerin beschäftigt war und das 40. Lebensjahr vollendet
hatte.

2. Gemäß § 55 Abs. 1 BAT kann einem nach § 53 Abs. 3 BAT ordentlich un- 28
kündbaren Angestellten nur aus einem in seiner Person oder seinem Verhalten liegen-
den wichtigen Grund fristlos gekündigt werden. Nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT be-
rechtigen andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse,
die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, den Arbeitgeber nicht
zur Kündigung. Damit wird zwar die außerordentliche Beendigungskündigung aus be-
trieblichen Gründen nach § 626 BGB nicht für jeden denkbaren Fall ausgeschlossen.
Allerdings ist eine außerordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen gegen-
über einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer grundsätzlich nicht nach § 626 Abs. 1



BGB möglich. Dem Arbeitgeber ist es, wenn aus betrieblichen Gründen die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für alle bzw. für einzelne Arbeitnehmer entfällt, selbst im Insolvenzfall zumutbar, die Kündigungsfrist einzuhalten. Führt dies zu Vergütungsansprüchen der Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs, ohne dass der Arbeitgeber eine Verwendungsmöglichkeit für die Arbeitskraft des Arbeitnehmers hat, verwirklicht sich darin lediglich das unternehmerische Risiko des Arbeitgebers (*BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28; Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2*). Es sind aber extreme Ausnahmefälle denkbar, in denen im Rahmen des § 55 BAT eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit notwendiger Auslaufrist nach § 626 BGB in Betracht kommen kann. Ist das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis auf Dauer sinnentleert, weil eine Arbeitsleistung nicht mehr erbracht werden kann und deshalb auf unzumutbar lange Zeit Vergütung ohne Gegenleistung gezahlt werden müsste, ist der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist gerechtfertigt („Heizer auf der E-Lok“, vgl. *Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10, 15; 25. Oktober 2001 - 2 AZR 216/00 - EzA BGB § 626 Änderungskündigung Nr. 2; Bröhl FS Schaub S. 55, 65 ff.; ders. Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist S. 158; Kiel NZA Beil. 1/2005, 18, 19; Oetker ZfA 2001, 287, 332 ff.; ErfK/Müller-Glöge 5. Aufl. § 626 BGB Rn. 235; Kania/Kramer RdA 1995, 287, 288 ff.; APS-Kiel 2. Aufl. § 626 BGB Rn. 318a mwN; KR-Fischermeier 7. Aufl. § 626 BGB Rn. 57 ff. mwN*). Dem Arbeitgeber soll nichts Unmögliches oder evident Unzumutbares abverlangt werden (*BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10*).

Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist nach § 626 BGB gegenüber einem nach § 55 BAT aus betriebsbedingten Gründen unkündbaren Angestellten des öffentlichen Dienstes sind erheblich. Schon nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine ordentliche Kündigung nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen und nur dann möglich, wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, ggf. nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen, auf einem anderen freien Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebiets nicht erfolgen kann. Für eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist müssen die Anforderungen deutlich darüber hinausgehen. Der Arbeitgeber hat das Betriebsrisiko zu tragen. Da § 55 Abs. 2 Unte-

29



rabs. 1 Satz 1 BAT an sich auch die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung aus wichtigem Grund ausschließt und den Arbeitgeber insoweit auf eine Änderungskündigung zum Zweck der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe verweist, wird damit das Arbeitsverhältnis eines älteren und langfristig beschäftigten Angestellten im öffentlichen Dienst dem Beamtenverhältnis angenähert. Deshalb kann nur in extremen Ausnahmefällen eine Kündigungsmöglichkeit auf Grund von betriebsbedingten Erfordernissen im Anwendungsbereich des § 55 BAT in Betracht kommen. Dabei kann nicht jede Umorganisation oder Schließung einer Teileinrichtung mit einem Wegfall von Arbeitsplätzen im öffentlichen Dienst entgegen § 55 BAT zu einer außerordentlichen Kündigung mit einer notwendigen Auslaufzeit führen (*vgl. zuletzt BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*).

Als Mindestvoraussetzung für die Rechtfertigung einer wirksamen außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit muss der öffentliche Arbeitgeber zumindest die Bemühungen aufgebracht und umgesetzt haben, die die Tarifpartner im Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte vom 9. Januar 1987 (TV-Rat) für den Wegfall der Arbeitsplätze infolge von Rationalisierungsmaßnahmen ausdrücklich vorgesehen haben. Damit haben die Tarifvertragsparteien Wertungsmaßstäbe für vergleichbare Fälle aufgestellt, die auch bei der Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB nicht unbeachtet bleiben dürfen (*BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*).

Dementsprechend trägt der Arbeitgeber die Darlegungslast für die Unmöglichkeit einer Weiterbeschäftigung und seine mindestens den Anforderungen des TV-Rat entsprechenden Bemühungen. Ihn trifft die Pflicht, mit allen zumutbaren Mitteln, ggf. auch durch eine entsprechende Umorganisation und das Freimachen geeigneter gleichwertiger Arbeitsplätze, eine Weiterbeschäftigung - ggf. auch bei anderen Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes - zu versuchen (*BAG 6. November 1997 - 2 AZR 253/97 - NZA 1998, 833; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*). Das Fehlen jeglicher, auch anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten zählt bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit schon zum wichtigen Grund iSv. § 626 BGB und ist deshalb vom Arbeitgeber darzulegen (*Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 2; BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - aaO; Gusek Die Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer S. 66; Bröhl aaO S. 159*).

30

31



3. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lässt sich schon kein extremer Ausnahmefall feststellen, in dem eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist des tariflich ordentlich unkündbaren Klägers gerechtfertigt wäre. Zwar ist der Arbeitsplatz des Klägers infolge der Umorganisation weggefallen. Gleichwohl liegt noch kein auf unzumutbare Dauer sinnentleertes Arbeitsverhältnis vor. 32

a) Die Beklagte hat unstreitig die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Abteilung Pathologie stillzulegen und die von ihr erledigten Arbeiten nunmehr fremd zu vergeben und ausführen zu lassen. Spätestens seit dem 1. Januar 2002 ist diese Entscheidung umgesetzt worden. Mit seinem Einwand, für die Fremdvergabe der pathologischen Leistungen gebe es keinen sachlichen Grund und sie führe auch zu einer verschlechterten Patientenversorgung, zieht der Kläger diese Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der getroffenen Organisationsentscheidung der Beklagten in Zweifel. Die unternehmerische Organisationsentscheidung kann jedoch von den Gerichten für Arbeitssachen nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung und Zweckmäßigkeit überprüft werden, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71; - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61 und - 2 AZR 456/98 - BAGE 92, 79; 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31; zuletzt 16. Dezember 2004 - 2 AZR 66/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 133 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 136*). 33

Dies gilt auch in den Fällen, in denen von der Organisationsmaßnahme ein tariflich ordentlich unkündbarer Angestellter betroffen ist. Auch hier verbleibt es dabei, dass die Organisationsentscheidung nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt (*Senat 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; Kiel NZA Beil. 1/2005, 18, 22*). Deshalb sind Erwägungen, ob der Arbeitgeber von Outsourcing-Maßnahmen absehen muss, die dem unkündbaren Arbeitsverhältnis die Grundlage entziehen, grundsätzlich - mit Ausnahme von Missbrauchsfällen (*vgl. hierzu Senat 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209; 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31*) - abzulehnen (*aA Däubler FS Heinze S. 121, 127*). Dies gilt auch für die Forderung nach einer „Modifikation“ der unternehmerischen Organisationsentscheidung. Dem Arbeitgeber kann eine betriebliche Organisationsänderung nicht mit dem Hinweis verwehrt werden, die Fremdvergabe einer bestimmten Tätigkeit dürfe nur insoweit gehen, als noch unkündbare Arbeitnehmer beschäftigt werden (*LAG Berlin 3. April 2001 - 3 Sa 2778/00 - RzK I 6f Nr. 27; Kiel NZA Beil. 1/2005, 18, 22*). Durch eine entsprechende gerichtliche Grenzziehung würde die vom Arbeitgeber be- 34



absichtigte unternehmerische Organisationsentscheidung nicht nur kontrolliert, sondern ihr ggf. auch eine andere Gestalt gegeben. Der Arbeitgeber dürfte bestimmte Leistungen nicht oder nicht vollständig nach außen vergeben und müsste die bisherige Betriebsorganisation ganz oder teilweise für einen bestimmten Zeitraum beibehalten, nämlich solange, wie bei ihm tariflich unkündbare Arbeitnehmer beschäftigt würden. Wenn aber die unternehmerische Organisationsentscheidung als „Fixpunkt“ hingenommen und ihre Vorgaben nicht verändert werden sollen (*Senat 27. September 2001 - 2 AZR 246/00 - EzA KSchG § 2 Nr. 41*), kann dem Arbeitgeber nicht vorgegeben werden, wann und wie viele Arbeitsplätze er nur fremd vergeben darf bzw. wie viele Arbeitsplätze er im Betrieb weiter vorzuhalten hat.

Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung der Beklagten offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist, sind vorliegend nicht ersichtlich. Auch wenn die Fremdvergabe der pathologischen Leistungen ohne erkennbare Sachzwänge erfolgt sein sollte, folgt daraus noch nicht eine Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür der Organisationsentscheidung. Dies gilt umso mehr, als bei der Fortführung der haus-eigenen Pathologie ein nicht unerheblicher finanzieller Mehraufwand gegeben ist. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erlauben auch nicht die Annahme, das Konzept der Beklagten zielt allein darauf ab, den Kläger „los zu werden“ und dies mit einer unternehmerischen Entscheidung zu begründen. Dies hat der Kläger auch in der Revision nicht behauptet.

35

b) Auch bei Akzeptierung der von der Beklagten getroffenen unternehmerischen Entscheidung liegen jedoch in Bezug auf den Kläger noch nicht die Voraussetzungen eines extremen Ausnahmefalles vor, in dem bei tariflich ausgeschlossener ordentlicher Kündigung eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist ausgesprochen werden kann.

36

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist nicht auf unzumutbare Dauer sinnentleert.

37

aa) Zwar ist der bisherige Arbeitsplatz des Klägers als Chefarzt der Pathologie spätestens zum 31. Dezember 2001 wegen der betrieblichen Umorganisation und Teilbetriebsstilllegung entfallen. Bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres des Klägers wäre die Beklagte gezwungen, das Arbeitsverhältnis der Parteien ggf. bis zum August 2005 aufrechtzuerhalten und für fast drei Jahre die Vergütung weiter zu entrichten, ohne eine entsprechende Gegenleistung im Rahmen der vertraglich vereinbarten Beschäftigung als Pathologe zu erhalten. Der

38



Beklagten wird damit aber noch nicht dauerhaft etwas evident Unzumutbares bzw. Unmögliches abverlangt.

bb) Unter Berücksichtigung des maximalen Zeitraums zwischen einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist zum 30. September 2002 und einem Ausscheiden des 65-jährigen Klägers im August 2005 auf Grund der tarifvertraglichen Altersgrenze (§ 60 Abs. 1 BAT) ist es der Beklagten im Hinblick auf den besonderen tarifvertraglichen Kündigungsschutz zuzumuten, das Arbeitsverhältnis ggf. bis dahin fortzusetzen. Die mögliche 35-monatige Vergütungszahlung ohne Gegenleistung stellt noch keinen „unzumutbar langen Zeitraum“ im Sinne der genannten Rechtsprechung dar. Dass dieser Zeitraum allein nicht ausreichen kann, um zu Gunsten des Arbeitgebers ein auf Dauer sinnentleertes Arbeitsverhältnis annehmen zu können, verdeutlicht die Wertung des § 624 BGB bzw. jetzt § 15 Abs. 4 TzBfG. Danach steht (nur) dem Arbeitnehmer nach Ablauf von fünf Jahren bei langfristigen Verträgen ein Kündigungsrecht zu. Die Norm soll eine überlange Bindung des Arbeitnehmers an das Arbeitsverhältnis verhindern und durch die Einräumung eines Kündigungsrechts der persönlichen Freiheit des Arbeitnehmers dienen (*BAG 19. Dezember 1991 - 2 AZR 363/91 - BAGE 69, 171; 24. Oktober 1996 - 2 AZR 845/95 - BAGE 84, 255*).

39

Es kann dahinstehen, ob aus diesen Bestimmungen im Umkehrschluss folgt, dass der Gesetzgeber den Arbeitgeber nicht im gleichem Maß als schutzbedürftig angesehen hat und er sich deshalb ohne weiteres auf Lebenszeit binden bzw. eine längere als 5-jährige Bindung und das damit verbundene Risiko nicht ohne weiteres einen Kündigungsgrund iSd. § 626 BGB darstellen kann. Jedenfalls kann bei einer noch verbleibenden Vertragsbindung von deutlich unter fünf Jahren regelmäßig nicht von einer unzumutbar langen Bindung ausgegangen werden (*vgl. auch Walker Anm. zu EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 2; APS/Kiel § 626 BGB Rn. 318 e ff.*). Zwar muss der Arbeitgeber auch die Arbeitsverhältnisse von tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern wirksam beenden können, wenn er etwa seinen Beruf und seine Unternehmenstätigkeit (ganz oder teilweise) aufgeben will. Seine Privatautonomie beinhaltet aber auch das Recht, sich vertraglich zu verpflichten. Er kann sich auch langfristig binden, wie § 624 BGB zeigt. Durch die für das Arbeitsverhältnis vereinbarte Unkündbarkeitsregelung geht der Arbeitgeber in Wahrnehmung seiner Freiheitsrechte ein erhöhtes wirtschaftliches Risiko ein. Die Unsicherheit über den künftigen Arbeitsbedarf gehört zu dem von ihm zu tragenden Wirtschafts- und Betriebsrisiko (*s. BAG 24. Juni*

40



2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5; Preis/Hamacher in: FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz S. 245, 256). Ohne zusätzliche besondere Gründe, die hier nicht vorgetragen worden sind, kann bei einer noch verbleibenden Vertragsdauer von deutlich unter fünf Jahren grundsätzlich noch kein auf Dauer sinnentleertes Arbeitsverhältnis angenommen werden (vgl. auch Preis/Hamacher aaO S. 254; Staudinger/Preis BGB § 624 Rn. 7).

cc) Es kommt daher letztlich nicht entscheidend darauf an, ob der Kläger nicht auch noch nach der Umorganisation anderweitig hätte eingesetzt werden können. Die Beklagte hat allerdings auch nicht hinreichend ihre ausreichenden Bemühungen für seine Weiterbeschäftigung oder seine Unterbringung dargelegt.

41

(1) Bei der außerordentlichen Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber mit allen zumutbaren Mitteln eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses versuchen. Besteht noch irgendeine Alternative, um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, diese andere Möglichkeit zu wählen. Erst wenn alle Lösungsversuche gescheitert sind, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit Auslauf- frist vorliegen (Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2). Gerade in den vom Arbeitgeber zu verlangenden Bemühungen, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen, konkretisiert sich der wesentliche Unterschied zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauf- frist (so auch Bitter/Kiel FS Schwerdtner S. 13, 24). Dabei bilden die Grundsätze, wie sie die Tarifpartner im TV-Rat für einen Wegfall des Arbeitsplatzes infolge von Rationalisierungsmaßnahmen ausdrücklich vereinbart haben, die Grundlage dafür, welche Bemühungen dem Arbeitgeber auf jeden Fall zumut- bar sind (§ 3 TV-Rat). Der Arbeitgeber muss substantiiert darlegen, weshalb eine an- derweitige Beschäftigung unter Berücksichtigung dieser Grundsätze nicht in Betracht kommt.

42

(2) Die Beklagte hat schon nicht ausreichend dargetan, dass eine Unterbringung des Klägers beim pathologischen Institut des Universitätsklinikums H, dem Auftrag- nehmer, nicht möglich gewesen ist. Soweit sie darauf verweist, dass die Universität H nur zu einer vollständigen Übernahme der pathologischen Untersuchungen und Befun- dungen bereit gewesen sei, reicht ihr Vortrag nicht aus. Danach war es der Beklagten lediglich unmöglich, einen Teil der in ihrer Abteilung Pathologie zu leistenden Tätigkei-

43



ten zurückzuhalten, um den Kläger selbst weiterbeschäftigen zu können. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass sich das Universitätsklinikum H geweigert hätte, den Kläger zB im Rahmen eines Personalgestellungsvertrags zu beschäftigen. Darüber hinaus wäre es der Beklagten im Rahmen der Personalgestellung auch zuzumuten gewesen, etwaige Vergütungsdifferenzen zu übernehmen (*Senat 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - BAGE 102, 40 zur Personalgestellung; vgl. auch BAG 8. August 1963 - 5 AZR 395/62 - BAGE 14, 294, 301*). Entsprechende Bemühungen und Aktivitäten zur Unterbringung des Klägers im Rahmen der Auftragsvergabe hat die Beklagte nicht dargelegt.

(3) Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, ob und bei welchen Trägern sie überhaupt versucht hat, den Kläger „unterzubringen“. Wenn sich der Kläger darauf beruft, die Beklagte habe es unterlassen, mit pathologischen Instituten der Kliniken im näheren Umkreis in M, L, K oder D zu verhandeln und eine Unterbringung zu versuchen, reicht es nicht aus, wenn die Beklagte ihre Unterbringungsverpflichtung mit dem Hinweis auf die bisherige Stellung und Tätigkeit des Klägers verneint. Dies verkennt die Darlegungslast der Beklagten. Da das Fehlen jeglicher, auch anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit notwendiger Auslaufrfrist schon zum wichtigen Grund iSv. § 626 BGB zählt und deshalb vom Arbeitgeber darzulegen ist, hätte es ihr oblegen, konkret darzutun, weshalb die aufgeführten pathologischen Institute für einen Unterbringungsversuch nicht in Betracht kamen.

44

Es handelt sich bei diesen zwar um Institute bzw. Kliniken, bei denen von einer gesellschaftsrechtlichen, insbesondere einer konzernrechtlichen bzw. konzernähnlichen Verbindung nicht ausgegangen werden kann (*vgl. zur konzernbezogenen Suche im Allgemeinen Rost FS Schwerdtner S. 169, 176*). Damit wird aber nicht unzulässigerweise die „Arbeitgebergrenze“ überschritten. Vielmehr hat der Arbeitgeber dem nach § 55 BAT unkündbaren Arbeitnehmer eine vertragliche Beschäftigungsgarantie gegeben. Er muss deshalb alles irgendwie Mögliche tun, um diese Garantie einzuhalten. § 3 Abs. 4 TV-Rat hält den Arbeitgeber in diesem Zusammenhang für verpflichtet, sich um einen Arbeitsplatz bei einem anderen Arbeitgeber (des öffentlichen Dienstes) zu bemühen (*Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*). Das Gleiche muss vorliegend gelten. Die Beklagte ist trotz ihrer Ausformung als „gemeinnützige“ GmbH gesellschaftsrechtlich mit der LVA Baden verbunden und wendet den BAT an.

45



Die Beklagte hätte deshalb konkret aufzeigen müssen, weshalb ein Versuch, eine Beschäftigung des Klägers bei anderen Arbeitgebern als ihren Kooperationspartnern sicherzustellen, nicht möglich bzw. unzumutbar war. Dies gilt umso mehr, als bereits das Arbeitsgericht die fehlenden Unterbringungsbemühungen der Beklagten in seinem Urteil moniert hatte. Soweit die Beklagte anmerkt, der Kläger sei ein hochspezialisierter Lungenpathologe, der nur in ganz wenigen spezialisierten Einrichtungen beschäftigt werden könne und deshalb seine Weitervermittlung nur in eine Lungenfachklinik in Frage gekommen wäre, wird die Reichweite möglicher Verschaffungsbemühungen des Arbeitgebers nach dem TV-Rat falsch beurteilt. Bereits § 55 Abs. 2 Satz 2 BAT lässt die Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe und damit schlechtere Arbeitsbedingungen zu, wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Bedingungen nicht mehr möglich ist (*vgl. hierzu auch Senat 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - BAGE 102, 40*). § 3 Abs. 3 TV-Rat sieht zudem vor, dass der Arbeitgeber, wenn er keinen Arbeitsplatz iSd. § 3 Abs. 2 TV-Rat - und damit keinen gleichwertigen Arbeitsplatz - zur Verfügung hat, verpflichtet ist, einen anderen Arbeitsplatz anzubieten. Auch hieraus wird deutlich, dass der Arbeitgeber sich um Arbeitsplätze bis zur Grenze des § 3 Abs. 6 TV-Rat bemühen muss, die der bisherigen Stellung des Arbeitnehmers nicht entsprechen. Dementsprechend fehlt es an einem substantiierten Vortrag der Beklagten, dass ein anderweitiger Einsatz des Klägers als Arzt statt als Chefarzt einer pathologischen Abteilung unmöglich gewesen sei.

46

(4) Dies gilt umso mehr, als die Beklagte auch nicht vorgetragen hat, ob sie einen Einsatz des Klägers als Molekular-Biologe oder in der medizinischen Informatik bei sich oder einer anderen Institution geprüft hat und warum dieser nicht in Betracht gekommen ist. Da der Kläger auch Facharzt für Molekular-Biologie und medizinische Informatik ist, war es an der Beklagten, entsprechende Weiterbeschäftigungs- und Einsatzmöglichkeiten zu prüfen und in Erwägung zu ziehen. Ein Einsatz des Klägers in anderen medizinischen Bereichen erscheint nicht ausgeschlossen, weshalb erst recht nicht ohne weiteres von einem dauerhaft sinnentleerten Arbeitsverhältnis ausgegangen werden kann. Unerheblich ist der Vortrag der Beklagten, in ihrem Betrieb sei die Stelle des Leiters des molekularbiologischen Laboratoriums besetzt. Zum einen folgt aus dem Umstand noch nicht, dass sie mögliche betriebliche Umsetzungsmöglichkeiten nicht hätte weiter prüfen und ggf. diese Position hätte freimachen müssen. Zum anderen hätte sie auch die weiteren, besonderen Qualifikationen des Klägers zum Anlass nehmen müssen, in anderen Kliniken bzw. Instituten nach solchen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu suchen.

47



- (5) Das Landesarbeitsgericht hat die Anforderungen an die Darlegungslast der Beklagten insoweit verkannt. Einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht, um der Beklagten nach einem Hinweis gemäß § 139 ZPO Gelegenheit zu geben, unter Berücksichtigung der ihr obliegenden Darlegungslast weiter vorzutragen (*vgl. hierzu Senat 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3*), bedarf es aber schon deshalb nicht, weil - wie vorstehend ausgeführt - selbst bei Fehlen einer anderweitigen Einsatzmöglichkeit angesichts eines zu überbrückenden maximalen Zeitraums von 35 Monaten nicht von einem auf unzumutbare Dauer sinnentleerten Arbeitsverhältnis ausgegangen werden kann. Unabhängig davon war der Beklagten auch auf Grund der Entscheidung des Arbeitsgerichts sowie der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des Senats vom 8. April 2003 (- 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2) bekannt, welcher Vortrag für die Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist zu verlangen ist. 48
- VI. Da die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist bereits wegen fehlenden wichtigen Grundes unwirksam ist, bedarf es keiner weiteren Thematisierung möglicher anderer Unwirksamkeitsgründe. 49
- C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. 50

Rost

Schmitz-Scholemann

Eylert

Röder

Niebler



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

