

Aktenzeichen: 2 AZR 440/99
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 21. September 2000
- 2 AZR 440/99 -

I. Arbeitsgericht
Halle

Urteil vom 16. Juni 1998
- 5 Ca 2446/97 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 15. Juli 1999
- 9 Sa 894/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Satz 2; GG Art. 33 Abs. 4, Art. 28 Abs. 2;
BGB § 162; PersVG LSA §§ 61 Abs. 3, 67 Nr. 8; BPersVG § 108 Abs. 2

Leitsätze:

Die Organisationsentscheidung des öffentlichen Arbeitgebers, eine Angestelltenstelle, auf der hoheitliche Aufgaben erledigt werden, in eine Beamtenstelle umzuwandeln und mit einem Beamten zu besetzen, kann ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des bisherigen Stelleninhabers darstellen, wenn dieser die Voraussetzungen für eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis nicht erfüllt (im Anschluß an BAG Urteil 26. Februar 1957 - 3 AZR 278/54 - BAGE 4, 1).

Erfüllt der bisherige Stelleninhaber jedoch das Anforderungsprofil der neu geschaffenen Beamtenstelle, besteht kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des bisherigen Stelleninhabers. Der öffentliche Arbeitgeber kann sich nach dem in § 162 Abs. 1 und 2 BGB normierten Rechtsgedanken nicht darauf berufen, daß er die Stelle mit einem - möglicherweise aus seiner Sicht geeigneteren - externen Bewerber besetzt hat.

Der Besetzung der Stelle mit einem externen Bewerber steht es gleich, wenn der öffentliche Arbeitgeber dem bisherigen Stelleninhaber unwirksam gekündigt, dann eine Ersatzkraft eingestellt hat und diese Ersatzkraft nunmehr anstelle des bisherigen Stelleninhabers auf der neu geschaffenen Beamtenstelle zum Beamten ernannt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 440/99
9 Sa 894/98
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. September 2000

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Etzel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Fischermeier, die ehrenamtlichen Richter Walter und Heise für Recht erkannt:



Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 15. Juli 1999 - 9 Sa 894/98 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Halle vom 16. Juni 1998 - 5 Ca 2446/97 - abgeändert.

Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 29. März 1997, zugegangen am selben Tage, nicht aufgelöst worden ist.

Der Auflösungsantrag des Beklagten wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen !

Tatbestand

Der 1943 geborene Kläger (verheiratet, ein unterhaltsberechtigtes Kind) ist nach einem an der Karl-Marx-Universität Leipzig mit der Examensnote „gut“ abgeschlossenen Studium der Veterinärmedizin seit 1. Mai 1970 approbierter Tierarzt. Er ist berechtigt, die Berufsbezeichnungen „Fachtierarzt für öffentliches Veterinärwesen“ (Urkunde vom 28. Juli 1992) und „Fachtierarzt für Schweine“ (Urkunde vom 27. Juli 1993) zu führen. Er ist bei der Kreisverwaltung des beklagten Landkreises S tätig und seit Dezember 1992 in die Vergütungsgruppe I a BAT-O eingruppiert. Der Beginn seiner Beschäftigungszeit ist auf den 1. Mai 1970 festgesetzt. Zu diesem Zeitpunkt begann der Kläger seine Tätigkeit beim damaligen Rat des Kreises S, zunächst als Assistent einer staatlichen Tierarztpraxis, dann als Leiter einer solchen Praxis, später als Stellvertreter des Kreistierarztes und nach seiner Promotion im Dezember 1985 als Kreistierarzt beim Rat des Kreises S. Seit Oktober 1990 war der Kläger beim Beklagten als Leiter des Referates für tierärztliche Lebensmittelüberwachung im Dezernat Landwirtschaft des Veterinäramtes beschäftigt. Zu seinen Aufgaben gehörten neben der Vertretung des Leiters des Veterinäramtes die Schlacht tier- und Fleischbeschau, die Lebensmittelüberwachung und der Tierschutz. Zusätzlich waren dem Kläger zeitweise die Referatsleitung bzw. Aufgaben in der Tierseuchenbekämpfung übertragen. Ab 1. Januar 1993 nahm der Kläger kommissarisch die Aufgaben des Leiters des Veteri-



näramtes wahr. Nach einer Eingliederung des bis dahin eigenständig geführten Veterinärämtes in ein Amt „für Umwelt, Landwirtschaft und Veterinärwesen“ führte der Kläger ab April 1993 die Abteilung Veterinärwesen als Abteilungsleiter.

Mit Schreiben vom 12. Juli 1993 kündigte der Beklagte dem Kläger außerordentlich und gab als Kündigungsgrund an, der Kläger sei für das Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR (MfS) tätig geworden. Diese Kündigung ist rechtskräftig für unwirksam erklärt worden (*LAG Sachsen-Anhalt Urteil vom 23. August 1995 - 5 Sa 974/94 -*) mit der Begründung, ein Tätigwerden des Klägers für das MfS könne nicht festgestellt werden und die Erklärung des Klägers, weder offizieller noch inoffizieller Mitarbeiter des MfS gewesen zu sein, entspreche der Aktenlage. Ein vom Beklagten vornehmlich mit der Begründung, der Kläger habe sich an den Petitionsausschuß des Deutschen Bundestages gewandt, gestellter Auflösungsantrag ist vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen worden. Zwei weitere ordentliche Kündigungen des Beklagten vom 29. September 1994 und vom 19. Dezember 1994 sind von den Parteien übereinstimmend für gegenstandslos erklärt worden. Zwei betriebsbedingte Kündigungen des Beklagten vom 31. März 1995 und vom 16. Januar 1996 blieben ebenfalls erfolglos (*Urteile des LAG Sachsen-Anhalt vom 21. April 1997 - 7 Sa 407/96 - und - 7 Sa 425/96 -*). Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger seien jedenfalls im Kündigungszeitpunkt noch nicht weggefallen gewesen und bei der weiteren Kündigung handele es sich um eine unwirksame Wiederholungskündigung. Im vorliegenden Verfahren geht es um die sechste vom Beklagten dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung vom 29. März 1997 zum 30. September 1997. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 12. Juli 1993 schrieb der Beklagte am 24. Juli 1993 eine Stelle als „Amtstierarzt/-ärztin“ aus und stellte schließlich den bis dahin als praktischer Tierarzt außerhalb der Verwaltung tätigen K. als Amtstierarzt ein, der zusätzlich, wie zuvor der Kläger, Leitungsaufgaben als Abteilungsleiter wahrnahm. Schon ausweislich des Stellenplans 1993 des Beklagten war geplant, die zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse erforderlichen Angestelltenplanstellen in Beamtenplanstellen umzuwandeln. So sollte eine Amtstierarztstelle der Vergütungsgruppe I a in eine Beamtenstelle der Besoldungsgruppe A 15 umgewandelt werden. Im September 1993 beschloß der Kreistag des Beklagten, die Umwandlung nunmehr vorzunehmen und übertrug dem Landrat die Befugnis, die Stelleninhaber der im Stellenplan ausgewiesenen Beamtenstellen bei Feststellung der erforderlichen beamtenlaufbahnrechtlichen Voraussetzungen zu Beamten auf Probe zu ernennen. Der



Stellenplan 1994 wies deshalb eine Stelle der Besoldungsgruppe A 14 für einen Amtstierarzt aus und bezeichnete Herrn K. als Stelleninhaber. Seit 1. Februar 1995 wurden die Abteilungen „Landwirtschaft“ und „Veterinäramt“ zusammengelegt und der bisherige Abteilungsleiter „Landwirtschaft“ übernahm die Leitung der gesamten Abteilung, so daß Herr K. lediglich als Amtstierarzt weiterbeschäftigt wurde. Am 16. April 1996 schrieb der Beklagte amtsintern die im Stellenplan ausgewiesene Beamtenstelle des Amtstierarztes aus, nachdem schon zuvor ein Versuch des Beklagten, diese Stelle mit Herrn K. zu besetzen, nach einem gerichtlichen Hinweis auf Rechtsmängel des Besetzungsverfahrens nicht weiter verfolgt worden war. Auf die erneute Ausschreibung bewarben sich der Kläger und Herr K. Nach Bewerbungsgesprächen im Juli 1996 teilte der Beklagte dem Kläger mit, die Stelle werde mit Herrn K. besetzt. Das vom Kläger angerufene Verwaltungsgericht Halle lehnte die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ab (*Beschluß vom 20. Dezember 1996 - B 3 K 1204/96 -*). In dem Beschluß heißt es ua.:

„Selbst der Umstand, daß der Bewerber den mit dem streitbefangenen Dienstposten verbundenen Aufgabenbereich schon bislang u.U. - wie hier - sogar für längere Zeit wahrgenommen hat, bindet den Dienstherrn nicht in seiner Auswahlentscheidung. Anderes könnte nur dann in Betracht kommen, wenn die Besetzung der streitbefangenen Stelle notwendigerweise mit einer Verdrängung desjenigen Bediensteten einhergehen müßte, der bislang im Angestelltenverhältnis denselben Aufgabenbereich wahrgenommen hat. So liegen die Dinge hier jedoch nicht: Der Antragsteller wurde vom Antragsgegner in ein Beschäftigungsverhältnis übernommen. Ob dieses weiterbesteht oder nicht, muß in den anhängigen arbeitsgerichtlichen Verfahren geklärt werden. Sollte es sich hierbei herausstellen, daß das Beschäftigungsverhältnis nicht durch Kündigung beendet worden ist, so wird es Sache des Antragsgegners sein, für eine sachgerechte Aufgabenzuweisung an den Antragsteller zu sorgen. Da dieser nach den eigenen Angaben des Antragsgegners durchaus die für das Amt eines Amtstierarztes erforderliche Qualifikation besitzt, wird der Antragsgegner möglicherweise nicht umhin kommen, den Aufgabenbereich des Amtstierarztes auf den Antragsteller und den Beigeladenen aufzuteilen. Festzuhalten bleibt bei summarischer Prüfung, daß die vom Antragsgegner angestrebte Verbeamtung des Beigeladenen das Beschäftigungsverhältnis des Antragstellers und die damit verbundenen Rechtsfragen unberührt läßt.“

Am 19. März 1997 besetzte der Beklagte die ausgeschriebene Stelle mit dem Mitarbeiter K. und ernannte diesen unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Veterinärarzt z.A. Mit Schreiben vom 14. März 1997 ersuchte der Beklagte den



Personalrat um Zustimmung zur Kündigung des Klägers. Nachdem der Personalrat erklärt hatte, er äußere sich nicht zu der Kündigungsabsicht, kündigte der Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 29. März 1997 mit der Begründung, eine Angestelltenstelle der Vergütungsgruppe I a BAT-O, auf der der Kläger weiterbeschäftigt werden könne, weise der Stellenplan für das Haushaltsjahr 1997 nicht auf.

Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig. Er hat geltend gemacht, der Beklagte habe treuwidrig auf seinem Arbeitsplatz durch unbefristete Einstellung des Mitarbeiters K. einen Arbeitskräfteüberhang herbeigeführt. Auf die Ausweisung der nunmehr doppelt besetzten Planstelle als Beamtenstelle und deren Besetzung mit einem anderen Bewerber könne er sich nicht berufen. In Abweichung zur bisherigen Verwaltungsübung habe der Beklagte ohne erkennbaren Grund eine Stellenausschreibung vorgenommen. Nach dem entsprechenden Kreistagsbeschuß habe von vornherein festgestanden, daß Herr K. als Stelleninhaber zum Beamten auf Probe habe ernannt werden sollen. Mit der Ausschreibung habe der Beklagte nur den Schein eines ordnungsgemäßen Vorgehens wahren wollen. Hätte der Beklagte nicht die rechtswidrigen Kündigungen ausgesprochen, so wäre er - der Kläger - Stelleninhaber gewesen und deshalb mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Beamten ernannt worden, zumal er alle Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis erfülle. Die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung, zB auf einer Ende 1997 im Umweltamt freigewordenen Stelle, habe der Beklagte nicht geprüft. Auch sei der Personalrat nicht ordnungsgemäß über die Kündigungsgründe informiert worden.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 29. März 1997, zugegangen am selben Tage, nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung und darüber hinaus hilfsweise beantragt,

das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis gegen Zahlung eines Abfindungsbetrages, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mit Wirkung vom 30. September 1997 aufzulösen.

Der Kläger hat Zurückweisung des Auflösungsantrags beantragt.

Der Beklagte hat behauptet, der Arbeitsplatz des Klägers sei spätestens mit der Umsetzung des Kreistagsbeschlusses, die Stelle des Amtstierarztes mit einem



Beamten zu besetzen, entfallen. Die Möglichkeit, den Kläger auf einem anderen freien gleichwertigen Arbeitsplatz zu beschäftigen, sei nicht gegeben. Die Stellenausschreibung sei erfolgt, nachdem abzusehen gewesen sei, daß es für die Stelle zwei Bewerber geben werde. Die verschiedenen Kündigungen beruhten auf unterschiedlichen Kündigungsgründen. Aus ihnen könne nicht hergeleitet werden, daß es sich insgesamt um ein treuwidriges Vorgehen des Arbeitgebers handle. Aus den Beschlüssen des Kreistages habe sich nicht die zwingende Verpflichtung ergeben, den zuletzt auf der Angestelltenstelle tätigen Stelleninhaber zu verbeamen. Der Personalrat sei ordnungsgemäß über die Kündigungsgründe informiert worden.

Der Auflösungsantrag sei begründet. In seinem Schriftsatz vom 14. April 1999 werfe der Kläger ihm eine verwerfliche Gesinnung vor. Angesichts einer derartigen Behauptung und Beleidigung müsse zwingend davon ausgegangen werden, daß eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwartet werden könne.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter, der Beklagte hält in der Revisionsinstanz seinen Auflösungsantrag aufrecht.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Auch die sechste Kündigung des Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst.

I. Gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen keine Bedenken. Die mangelnde Postulationsfähigkeit des Gewerkschaftsvertreters, der den Kläger in der Berufungsinstanz vertreten hat, wird vom Beklagten in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dieser Frage lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

II. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefaßt - angenommen, die Entscheidung des Beklagten, die in seinem Stellenplan als Beamtenstelle ausgewiesene Planstelle des Amtstierarztes mit einem Beamten zu besetzen, sei als dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG anzusehen. Die Umsetzung



dieser Entscheidung stehe der weiteren Beschäftigung des Klägers beim Beklagten entgegen. Der Beklagte habe ebensowenig wie sein Mitbewerber K. Anspruch auf eine Ernennung zum Beamten gehabt. Gehe man davon aus, daß der Kläger nach Wegfall der Abteilungsleiterstelle im Jahre 1995 die Ausführung der amtstierärztlichen Aufgaben übernommen hätte, so habe der Beklagte bei seiner Auswahlentscheidung jedenfalls zu berücksichtigen gehabt, daß tatsächlich sowohl der Kläger als auch Herr K. die amtstierärztlichen Aufgaben wahrgenommen hätten. Auch ohne die Kündigungen wäre es möglich gewesen, daß sich auf die ausgeschriebene Stelle andere Mitarbeiter beworben hätten und der Kläger deshalb nicht zum Beamten ernannt worden wäre. Mit der Besetzung der im Stellenplan als Beamtenstelle ausgewiesenen Planstelle des Amtstierarztes mit Herrn K. sei jedenfalls das Bedürfnis des Beklagten für eine weitere Beschäftigung des Klägers entfallen. Andere freie oder demnächst freiwerdende gleichwertige Stellen für eine anderweitige Beschäftigung des Klägers seien nicht vorhanden gewesen.

III. Dem folgt der Senat nicht.

1. Die Kündigung ist nicht schon gemäß § 61 Abs. 3, § 67 Nr. 8 PersVG LSA iVm. § 108 Abs. 2 BPersVG unwirksam. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil ausgeführt, der Beklagte habe den Personalrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Rügen werden insoweit von der Revision nicht erhoben.

2. Der Kläger rügt jedoch zu Recht eine Verletzung des § 1 Abs. 2 KSchG.

a) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, geht es um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*ständige Rechtsprechung, vgl. BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209, 212; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - AP KSchG*



1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102). Danach hält das angegriffene Urteil den Revisionsangriffen nicht stand.

b) Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung iS der Vorschrift des § 1 Abs. 2 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (vgl. ua. BAG 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157; 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61). Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung - gleiches gilt für eine entsprechende Organisationsentscheidung des öffentlichen Arbeitgebers - nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (Senat 30. April 1987 - 2 AZR 184/86 - BAGE 55, 262; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - aaO).

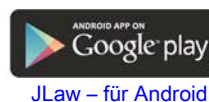
c) Im Ansatz zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Organisationsentscheidung des öffentlichen Arbeitgebers, eine bisher von einem Angestellten besetzte Stelle, auf der hoheitliche Aufgaben erledigt werden, als Beamtenstelle auszuweisen und die Besetzung dieser Stelle mit einem Beamten unter Umständen ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des bisher auf dieser Stelle beschäftigten Angestellten darstellen könne. Wird etwa auf einer Beamtenstelle ein Angestellter beschäftigt, der nicht die Voraussetzungen für eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis erfüllt, etwa auf einer Stelle für einen beamteten Lehrer ein Angestellter ohne entsprechende Lehrbefähigung, so kann es ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des Angestellten darstellen, wenn nunmehr die Besetzung der Stelle mit einem Beamten erfolgen soll und dem Angestellten deshalb gekündigt wird (BAG 26. Februar 1957 - 3 AZR 278/54 - BAGE 4, 1; 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - BAGE 46, 191; Neumann-Duesberg Anm. zu AP KSchG § 1 Nr. 23; Löwisch KSchG 8. Aufl. § 1 Rn. 328; Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer Handbuch des Kündigungsrechts 4. Aufl. 13 Rn. 43; HaKo-Gallner KSchG § 1 Rn. 705). Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (Art. 33 Abs. 4 GG). So ist etwa der Unterrichtsbedarf an Schulen in erster Linie



durch vollausgebildete Lehrer zu decken. Der öffentliche Arbeitgeber hat ein regelmäßig als dringend anzuerkennendes betriebliches Interesse daran, eine für hoheitliche Tätigkeiten eingerichtete Beamtenstelle auch mit einem entsprechend ausgebildeten Beamten zu besetzen. Das Recht des beklagten Landkreises als Selbstverwaltungskörperschaft, durch eine Organisationsentscheidung des zuständigen Selbstverwaltungsorgans zu bestimmen, welche hoheitlichen Aufgaben durch Beamte zu erledigen sind, ist zudem nach Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 87 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt verfassungsrechtlich geschützt.

d) Die zitierte Rechtsprechung ist jedoch nicht ohne weiteres, wie das Berufungsgericht offenbar meint, auf den Fall übertragbar, daß ein Angestellter bei einer Behörde hoheitliche Tätigkeiten verrichtet, seine Stelle später als Beamtenstelle ausgewiesen und anderweitig besetzt wird, obwohl der bisherige Stelleninhaber die Voraussetzungen für eine Berufung in das Beamtenverhältnis erfüllt (*Stahlhake/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis* 7. Aufl. Rn. 656; *Kiel/Koch Die betriebsbedingte Kündigung* Rn. 161; *Preis HAS Betriebsbedingte Kündigung* Rn. 79; *Berkowsky Die betriebsbedingte Kündigung* 4. Aufl. II. Kündigungsbegründende betriebliche Erfordernisse Rn. 21 ff.).

aa) Dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG können eine ordentliche Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn sie einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Eine unternehmerische Entscheidung des privaten Arbeitgebers bzw. eine entsprechende Organisationsentscheidung des öffentlichen Arbeitgebers zur Umstrukturierung des Betriebes oder einzelner Arbeitsplätze kann deshalb eine betriebsbedingte Kündigung nur dann sozial rechtfertigen, wenn durch die Umsetzung der Organisationsentscheidung des Arbeitgebers das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer entfällt und deshalb dessen Kündigung erforderlich wird. Auch wenn die Organisationsentscheidung selbst nur dahingehend zu überprüfen ist, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist, so unterliegt es stets der vollen Überprüfung, ob die Organisationsentscheidung tatsächlich ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Beschäftigungswegfall ist (*Senat 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 77; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - BAGE 81, 86*).



bb) Die Umwandlung einer Stelle im öffentlichen Dienst von einer Angestelltenstelle in eine Beamtenstelle hat zunächst keine Auswirkungen auf die Möglichkeiten, den mit den entsprechenden Arbeiten bisher beschäftigten Angestellten weiterzubeschäftigen. Beschäftigungsbedarf besteht nach wie vor. Der öffentliche Arbeitgeber kann eine betriebsbedingte Kündigung ohne weiteres dadurch vermeiden, daß er den betreffenden Angestellten, soweit er die Voraussetzungen zur Berufung in ein Beamtenverhältnis erfüllt, entweder zum Beamten ernennt oder ihn mit den schon bisher von ihm ausgeübten Tätigkeiten im Angestelltenverhältnis weiterbeschäftigt, was trotz der Umwandlung der Stelle in eine Beamtenstelle problemlos möglich ist. Der „Funktionsvorbehalt“ des Art. 33 Abs. 4 GG stellt lediglich das Strukturprinzip sicher, daß hoheitliche Aufgaben in der Regel durch Beamte wahrgenommen werden (*BVerfG BayVBl. 1988, 268, 269*). Der Besetzung einer Beamtenstelle durch einen Angestellten in einem Einzelfall steht diese Verfassungsnorm nicht entgegen.

cc) Für den Bereich der Privatwirtschaft hat der Senat bereits entschieden, daß die bloße Umgestaltung eines Arbeitsplatzes ohne Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung darstellt. Gestaltet der Arbeitgeber bei im wesentlichen gleichbleibender Tätigkeit einen Arbeitsplatz so um, daß dieser zu einer Beförderungsstelle wird, entfällt damit nicht ohne weiteres der bisherige Beschäftigungsbedarf. Der kündigungsschutzrechtliche Bestandsschutz gewährt dem Arbeitnehmer zwar regelmäßig keinen Anspruch auf Beförderung. Hat der Arbeitgeber jedoch für eine bestimmte Tätigkeit eine Einstellungsentscheidung getroffen und bleibt die Tätigkeit im wesentlichen bestehen, liegen allein aufgrund einer Umwidmung dieser Stelle in eine Beförderungsstelle keine dringenden betrieblichen Erfordernisse zur Kündigung vor; die abzudeckende Arbeitskapazität bleibt dieselbe (*Senat 10. November 1994 und 5. Oktober 1995 aaO*). Voraussetzung ist allerdings, daß der Arbeitnehmer seinen Fähigkeiten und seiner Vorbildung nach geeignet ist, die Arbeitsleistung auf dem umgestalteten Arbeitsplatz zu erbringen. Die Gestaltung des Anforderungsprofils unterliegt dabei der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers (*Senat 10. November 1994 und 5. Oktober 1995 aaO*).

Nichts anderes kann gelten bei der Umwandlung einer Angestelltenstelle in eine Beamtenstelle im öffentlichen Dienst. Entspricht das Anforderungsprofil der neu geschaffenen Beamtenstelle im wesentlichen dem der bisherigen Angestelltenstelle und erfüllt der bisherige Stelleninhaber dieses Anforderungsprofil, vor allem die beam-



tenrechtlichen Voraussetzungen für eine Beamtenernennung, so stellt allein die Umwandlung der Angestelltenstelle in eine Beamtenstelle kein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. § 1 Abs. 2 KSchG dar, das eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen könnte. Dem steht nicht entgegen, daß der bisherige Stelleninhaber keinen Anspruch auf eine Beamtenernennung hat. Einen Anspruch auf Beförderung hat auch ein vergleichbarer Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft nicht, wenn der Arbeitgeber seine Stelle bei im wesentlichen gleichbleibender Tätigkeit in eine Beförderungsstelle umwandelt. Bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG geht es nicht um einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Übertragung der Beamten- (Beförderung-)stelle, sondern nur darum, daß bei bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung vorliegt.

dd) Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung kann auch nicht, wie das Berufungsgericht meint, darin gesehen werden, daß sich der öffentliche Arbeitgeber entschließt, die neu geschaffene Beamtenstelle mit einem anderen Bewerber zu besetzen und nach dessen Beamtenernennung nunmehr für den bisherigen Stelleninhaber tatsächlich keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. Die Revision rügt insoweit zu Recht, daß ein solches Verhalten des Arbeitgebers einer unzulässigen Austausch Kündigung vergleichbar ist. Entschließt sich der Arbeitgeber trotz fortbestehender Beschäftigungsmöglichkeit, einen bisher beschäftigten Arbeitnehmer durch einen anderen zu ersetzen, so handelt es sich um eine gemäß § 1 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG unwirksame Austausch Kündigung (*BAG 26. September 1996 - 2 AZR 220/96 - BAGE 84, 209, 214; HK-Weller/Dorndorf 3. Aufl. § 1 Rn. 964*). Gegenüber dem bisherigen Stelleninhaber, der das Anforderungsprofil der neu geschaffenen Beamtenstelle erfüllt, kann sich der öffentliche Arbeitgeber nicht darauf berufen, daß er selbst durch eine anderweitige Besetzung der Stelle die Weiterbeschäftigung des Betroffenen unmöglich gemacht hat (*vgl. BAG 20. März 1997 - 8 AZR 829/95 - AP Einigungsvertrag Art. 20 Nr. 40 = EzA Einigungsvertrag Art. 20 Soziale Auswahl Nr. 4; 24. April 1997 - 8 AZR 117/95 - AP Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX Nr. 65 = EzA Einigungsvertrag Art. 20 Soziale Auswahl Nr. 3; 23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen [zVv.]*). Zwar hat der bisher im Angestelltenverhältnis mit bestimmten Aufgaben im öffentlichen Dienst Beschäftigte nach Umwandlung seiner Stelle in eine Beamtenstelle regelmäßig keinen Anspruch auf seine Ernennung als Beamter. Dies bedeutet jedoch nicht, daß der öffentliche Arbeitgeber eine Kündigung in der Weise vornehmen darf, daß er dem Angestellten, der für eine Besetzung der Beamtenstelle geeignet ist, betriebsbedingt kündigt, um die Stelle anderweitig



mit einem aus seiner Sicht besser geeigneten (etwa externen) Bewerber zu besetzen. Eine Kündigung, die einzig dem Zweck dient, vorhandene geeignete Arbeitnehmer durch etwa noch besser geeignete zu ersetzen, ist unzulässig (*BAG 20. März 1997 - 8 AZR 829/95 - aaO*).

ee) Eine sozialwidrige Kündigung liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber die neu geschaffene Beamtenstelle nicht mit einem externen Bewerber besetzt, sondern, nachdem er dem bisherigen Stelleninhaber zu Unrecht unter Freistellung von der Arbeit gekündigt hat, die mit dessen Arbeit beschäftigte Ersatzkraft zum Beamten ernannt. Dem Arbeitgeber ist die Berufung auf das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit aus dem in § 162 Abs. 1 und 2 BGB normierten Rechtsgedanken verwehrt, wenn er diesen Zustand selbst treuwidrig herbeigeführt hat. Dies kann der Fall sein, wenn er einen freien geeigneten Arbeitsplatz in Kenntnis einer Kündigungsschutzklage oder eines Wiedereinstellungsanspruchs anderweitig besetzt hat (*BAG 23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - zVv.*). Ein solcher Treuverstoß liegt hier vor: Im Zeitpunkt der Beamtenernennung stand der bisherige Stelleninhaber wegen der Unwirksamkeit der Kündigung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Er hatte also einen Anspruch auf Beschäftigung mit den Arbeiten, die auch Gegenstand der neu eingerichteten Beamtenstelle waren. Daß der Arbeitgeber diesen Beschäftigungsanspruch nicht erfüllt hat, kann er dem bisherigen Stelleninhaber nach Treu und Glauben nicht entgegenhalten (vgl. § 162 Abs. 2 BGB). Gegen die Gefahr, im Kündigungsschutzprozeß zu unterliegen und dann uU neben den bisherigen Stelleninhaber auch die Ersatzkraft beschäftigen zu müssen, hätte sich der Arbeitgeber in geeigneter Weise (zB durch befristeten Arbeitsvertrag mit der Ersatzkraft) absichern müssen. Dem bisherigen Stelleninhaber kann er jedenfalls nach Treu und Glauben nicht sein eigenes Verhalten, nämlich die unwirksame Kündigung und Freistellung entgegenhalten.

e) Nach diesen Grundsätzen stellte die Beamtenernennung des Mitarbeiters K. kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des Klägers dar. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war der Kläger schon seit Jahrzehnten beim Beklagten bzw. beim damaligen Rat des Kreises S als Tierarzt beschäftigt. Die Tätigkeit als Amtstierarzt war aber auch der Tätigkeitsbereich der neu geschaffenen Beamtenstelle. Trotz der teilweisen Umorganisation der Ämterzuständigkeiten kann deshalb nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, daß das Anforderungsprofil der Beamtenstelle, die der Beklagte mit dem Mitarbeiter K. besetzt hat, im wesentlichen dem der bisherigen Angestelltenstelle entsprach, die der Kläger innehatte. Ohne wesentliche



Änderung des Tätigkeitsbereichs hätte der Beklagte also den Kläger auch auf der neu geschaffenen Beamtenstelle - sei es als Beamter oder im Angestelltenverhältnis - weiterbeschäftigen können. Daß er dies genauso gesehen hat, ergibt sich schon daraus, daß er im gesamten Bewerbungsverfahren davon ausgegangen ist, daß der Kläger alle Voraussetzungen für eine Weiterbeschäftigung auf dieser Stelle erfüllte. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, daß aus seiner Sicht der Mitarbeiter K. als der geeignetere Bewerber erschien. Da rechtskräftig entschieden ist, daß die bisherigen fünf vom Beklagten ausgesprochenen Kündigungen rechtsunwirksam waren, steht fest, daß der Kläger als Inhaber der Angestelltenstelle anzusehen war, die der Beklagte in eine Beamtenstelle umgewandelt hat. Dann war der Beklagte aber verpflichtet, den Kläger, der dem Anforderungsprofil dieser Stelle entsprach, auf der Beamtenstelle zumindest im Angestelltenverhältnis weiterzubeschäftigen. Auch das zuständige Selbstverwaltungsorgan des Beklagten scheint dies nicht grundsätzlich anders gesehen zu haben. So war nach dem einschlägigen Beschluß des Kreistages nicht etwa eine Ausschreibung der neu geschaffenen Beamtenstellen vorzunehmen, es waren vielmehr die Stellen bei Vorliegen der erforderlichen beamtenlaufbahnrechtlichen Voraussetzungen mit den bisherigen Stelleninhabern zu besetzen. Der Beklagte hat insoweit lediglich seine Erfolgsaussichten in den Kündigungsschutzverfahren des Klägers falsch eingeschätzt und deshalb zu Unrecht nicht den Kläger, sondern den Mitarbeiter K. als Stelleninhaber angesehen. Ein irgendwie gearteter Vertrauensschutz im Hinblick auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen bestand für den Beklagten nicht. Dieser hätte etwa durch befristete Einstellung einer Ersatzkraft eine mögliche Doppelbesetzung des Dienstpostens verhindern können und müssen. Ob der erwähnte Kreistagsbeschluß nicht sogar eine Selbstbindung des Beklagten dahingehend bewirkt hat, den Kläger auf der Beamtenstelle unter Berufung in ein Beamtenverhältnis weiterzubeschäftigen, kann damit dahinstehen.

f) Eine Sozialauswahl zwischen dem Kläger und Herrn K. kam unter den gegebenen Umständen nicht in Betracht. Sie wäre im übrigen eindeutig zugunsten des Klägers ausgefallen.

g) Die Tatsache, daß der Kläger vor dem Verwaltungsgericht mit seinem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Besetzung der Beamtenstelle mit dem Mitarbeiter K. unterlegen ist, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Der Ausgang eines derartigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens entfaltet keine Bindungswirkung für einen Kündigungsschutzprozeß wie den vorliegenden. Die beamtenrechtli-



che bzw. arbeitsrechtliche Konkurrentenklage betrifft die Rechtswirksamkeit der durch den öffentlichen Arbeitgeber getroffenen Auswahlentscheidung. Dabei zielt die Konkurrentenklage regelmäßig nur auf eine Neubescheidung im Sinne von § 113 Abs. 5 VwGO bzw. eine Wiederholung der Auswahlentscheidung (*BAG 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165*). Schon wegen Zeitablaufs ist die Konkurrentenklage regelmäßig nicht zur endgültigen Durchsetzung der Rechte des Betroffenen geeignet, weil eine Erledigung der Hauptsache eintritt, wenn die erstrebte Wiederholung der Auswahlentscheidung gegenstandslos wird, weil das Bewerbungsverfahren durch die endgültige Besetzung der Stelle abgeschlossen ist (*BAG 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 244; BAG 2. Dezember 1997 aaO*). Im vorliegenden Kündigungsverfahren geht es auch gar nicht um die Frage, ob der Kläger einen im Wege einer beamtenrechtlichen Konkurrentenklage durchsetzbaren Anspruch auf seine Beamtenernennung hatte. Die Prüfung, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung vorlag, betrifft nur die Frage, ob eine Weiterbeschäftigung des Klägers in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich möglich war. War dies der Fall, so ist die Kündigung selbst dann sozialwidrig, wenn der Mitbewerber K. nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG als der geeignetere Bewerber anzusehen gewesen wäre. Von einer Bindungswirkung für das Kündigungsschutzverfahren geht auch das Verwaltungsgericht in seinem Beschluß vom 20. Dezember 1996 nicht aus, sondern klammert die Frage der Wirksamkeit einer gegenüber dem Kläger auszusprechenden Kündigung ausdrücklich aus seiner Prüfung aus.

IV. Da die Kündigung des Beklagten das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat, ist über den vom Beklagten hilfsweise gestellten und in der Revisionsinstanz ausdrücklich aufrechterhaltenen Auflösungsantrag zu entscheiden. Obwohl beide Vorinstanzen die Kündigung für wirksam erachtet und deshalb nicht über den Auflösungsantrag entschieden haben, kann der Senat insoweit abschließend entscheiden, da der Sachverhalt aufgrund des Akteninhalts feststeht, weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind und das Ergebnis eindeutig ist.

Der Beklagte stützt den Auflösungsantrag auf eine Passage in einem Schriftsatz des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers, in dem dem Beklagten eine „verwerfliche Gesinnung“ vorgeworfen wird. Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers nur aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. An den Auflösungsantrag des Ar-



beitgebers sind dabei strenge Anforderungen zu stellen (*BAG 5. November 1964 - 2 AZR 15/64 - BAGE 16, 285; BAG 16. Mai 1984 - 7 AZR 280/82 - BAGE 46, 42*). Das prozessuale Verhalten des Arbeitnehmers (zB Beleidigungen oder sonstige ehrverletzende Äußerungen gegenüber dem Arbeitgeber) kann durchaus einen Auflösungsgrund darstellen. Unzutreffende Rechtsausführungen in Schriftsätzen, etwa dergestalt, daß die Kündigung sittenwidrig sei oder gegen Treu und Glauben verstoße, sind allerdings durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt und können daher nicht als Auflösungsgrund herangezogen werden (*KR-Spilger 5. Aufl. § 9 KSchG Rn. 56*).

Die vom Beklagten beanstandete Passage aus dem Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 14. April 1999 ist, betrachtet man den Gesamtzusammenhang des Schriftsatzes, noch durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt. Es heißt dort:

Die Behauptung des Beklagten, der Vortrag des Klägers sei unschlüssig, ist nicht zutreffend. Der Kläger hat ausführlichst dargelegt, welches Verhalten des Beklagten als treuwidrig bezeichnet werden muß. Um Wiederholungen zu vermeiden wird insoweit voll inhaltlich auf den Schriftsatz des Klägers vom 20. Januar 1999 verwiesen. Im übrigen ergibt sich verwerfliche Gesinnung des Beklagten zwangsläufig aus dem geschilderten Vorgehen seinerseits.

Der Schriftsatz nimmt in betont sachlicher Form im wesentlichen nur auf bisheriges Vorbringen des Klägers Bezug. Selbst wenn man davon ausgeht, der Hinweis auf eine „verwerfliche Gesinnung“ zur Darlegung einer Treuwidrigkeit der Kündigung habe das zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderliche Maß überschritten und diese Entgleisung seines Prozeßbevollmächtigten sei dem Kläger zuzurechnen, reicht dies zur Rechtfertigung eines Auflösungsantrags nicht aus. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat sich insoweit sofort im nächsten Termin entschuldigt und der insgesamt äußerst sachlich geführte Prozeß rechtfertigt nicht die Befürchtung, eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei nicht mehr zu



erwarten. Die Beharrlichkeit, mit der der Beklagte die Entfernung des Klägers aus seinem Dienst betreibt, läßt im Gegenteil für die scharfe Formulierung des Prozeßbevollmächtigten des Klägers in seinem Schriftsatz vom 14. April 1999 ein gewisses Verständnis aufkommen.

Etzel Bröhl Fischermeier

J. Walter Heise



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)