

Aktenzeichen: 2 AZR 582/09
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 9. September 2010
- 2 AZR 582/09 -

I. Arbeitsgericht
Oldenburg

Urteil vom 21. Juli 2008
- 2 Ca 18/08 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 9. Juni 2009
- 13 Sa 1609/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Einschränkung der ordentlichen Kündigung
nach AVR

Gesetze:

BGB §§ 80 ff., 174, 180, 181, 242, 615; KSchG § 1 Abs. 2; NStiftG § 20;
AVR § 2 Abs. 1, §§ 15, 16

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 582/09

13 Sa 1609/08

Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. September 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

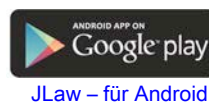
pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Pitsch 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 Niedersachsen vom 9. Juni 2009 - 13 Sa 1609/08 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten auf betriebliche Gründe gestützten Kündigung. 1

Der Kläger trat im Jahre 1984 als leitender Arzt der Abteilung Anästhesiologie und Intensivpflege in die Dienste der Beklagten. Der Dienstvertrag verweist auf die Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (*im Folgenden: AVR*) in der jeweils gültigen Fassung. 2

Die Beklagte ist eine im 19. Jahrhundert gegründete katholische Stiftung bürgerlichen Rechts, die bis Ende 2007 ein Krankenhaus, ein Altenheim und eine Sozialstation betrieb. Organe der Beklagten sind nach ihrer Satzung das Kuratorium und der Vorstand. Satzungsgemäß vertritt der Vorstand die Beklagte gerichtlich und außergerichtlich und übt die personalrechtlichen Befugnisse für alle Mitarbeiter aus, soweit dies nicht dem Kuratorium obliegt. Das Kuratorium bestellt, beaufsichtigt und entlässt die Vorstandsmitglieder und ist nach § 8 Abs. 2 der Satzung für Abschluss, Änderung und Beendigung von Verträgen mit Chefärzten zuständig. 3

Mit Beschluss vom 4. Dezember 2004 übertrug das Kuratorium dem Vorstand in Person von Herrn K mit Wirkung zum 31. Dezember 2004 auch die Zuständigkeit für den Abschluss, die Änderung und die Beendigung von Verträgen mit Chefärzten. Herr K war damit berechtigt, diese Aufgaben ohne Zustimmung des Kuratoriums wahrzunehmen und entsprechende Erklärungen 4



abzugeben. Dieser Beschluss wurde kirchenoberlich genehmigt. Ob er auch dem Kläger bekannt wurde, ist streitig.

Die Beklagte gründete Ende 2007 für die drei Bereiche Krankenhaus, Altenheim und Sozialstation jeweils eigenständige gemeinnützige GmbHs. Für den Krankenhausbetrieb wurde die S gGmbH (*im Folgenden: Krankenhaus GmbH*) gegründet. Hierbei handelt es sich um eine 100-prozentige Tochter der Beklagten. Sie übernahm mit Wirkung vom 1. Januar 2008 den Krankenhausbetrieb.

Mit Schreiben vom 12. November 2007 unterrichtete die Beklagte den Kläger über den geplanten Betriebsübergang auf die Krankenhaus GmbH zum 1. Januar 2008. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 3. Dezember 2007 und lehnte eine Beschäftigung bei der Krankenhaus GmbH ab. Unter dem 18. Dezember 2007 bot die Beklagte die Fortsetzung der Tätigkeit bis zum 30. Juni 2008 bei der Krankenhaus GmbH an, wobei sie Arbeitgeberin bleibe. Gleichzeitig erklärte die Krankenhaus GmbH, sie übernehme für Ansprüche aus der Arbeitsleistung ab 1. Januar 2008 die gesamtschuldnerische Haftung. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2007 lehnte der Kläger das Beschäftigungsangebot ab. Auf ein weiteres Angebot vom 3. Januar 2008 ging der Kläger nicht ein und erbrachte nach dem 31. Dezember 2007 keine Arbeitsleistungen mehr.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2007 beteiligte die Beklagte die Mitarbeitervertretung. Die Mitarbeitervertretung teilte der Beklagten am 20. Dezember 2007 mit, sie werde sich zur Kündigung nicht äußern. Daraufhin wurde dem Kläger am 27. Dezember 2007 das von Herrn K unterzeichnete Kündigungsschreiben ausgehändigt. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2007 wies der Kläger die Kündigung mangels Nachweises einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung zurück.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe die Kündigung nach § 174 BGB zu Recht zurückgewiesen. Eine Bevollmächtigung des Herrn K sei ihm nicht bekannt gewesen. Außerdem sei die Übertragung der Kündigungsbe-
rechtigung auf Herrn K unwirksam. Die Kündigung sei nicht begründet. Die



Beklagte habe ihn an die Krankenhaus GmbH abordnen können. Darüber hinaus sei die Kündigung auch mangels ordnungsgemäßer Beteiligung der Mitarbeitervertretung unwirksam. Für Januar 2008 schulde die Beklagte Vergütung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.

Der Kläger hat beantragt

9

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 18. Dezember 2007 nicht aufgelöst worden ist, sondern über den 30. Juni 2008 hinaus fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn als Vergütung für Januar 2008 einen Betrag von 11.899,66 Euro brutto nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung für wirksam gehalten. Herr K sei zu ihrem Ausspruch bevollmächtigt gewesen. Das sei den Mitarbeitern bekanntgegeben worden. Außerdem habe Herr K mit Chefärzten arbeitsvertragliche Vereinbarungen, darunter auch Auflösungsverträge abgeschlossen. Mit dem Kläger habe er den zweiten und dritten Nachtrag zum Dienstvertrag vereinbart. Der Kläger habe sich auch in weiteren arbeitsrechtlichen Belangen an Herrn K gewandt. Eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bestehe nicht mehr. Vergütung für Januar 2008 schulde sie nicht, da der Kläger die ihm angebotene Beschäftigung abgelehnt habe.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

11



Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung vom 18. Dezember 2007 hat das Arbeitsverhältnis wirksam aufgelöst (*I.*). Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung für Januar 2008 (*II.*). 12
- I. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst. 13
1. Die Mitarbeitervertretung wurde vorschriftsmäßig beteiligt. 14
- a) Sie ist mit Schreiben vom 18. Dezember 2007 ordnungsgemäß angehört worden. Die Kündigungsart ist im Anhörungsschreiben ausreichend bezeichnet. Die Beklagte hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Kündigung nach § 15 Abs. 1 AVR beabsichtigt sei. Auch die Kündigungsgründe hat die Beklagte dargelegt. Nach den nicht mit einer ordnungsgemäßen Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Mitarbeitervertretung der Beklagten mitgeteilt, sie werde sich zur Kündigung nicht äußern. Darin liegt die abschließende Stellungnahme der Mitarbeitervertretung. 15
- b) Entgegen der Revisionsbegründung ist die auf den 18. Dezember 2007 datierte Kündigung nicht vor der Stellungnahme der Mitarbeitervertretung ausgesprochen worden. Sie wurde dem Kläger nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts erst am 27. Dezember 2007 übergeben. Ob die Beklagte ihren Kündigungswillen schon vor Abschluss des Anhörungsverfahrens gebildet hatte, kann dahinstehen. Entscheidend ist, dass die Beklagte den Kündigungswillen nicht vor Abschluss des Beteiligungsverfahrens verwirklicht hatte (*Senat 28. September 1978 - 2 AZR 2/77 - zu III 5 der Gründe, BAGE 31, 83*). 16
- c) Einer Mitteilung von Familienstand und Kinderzahl bedurfte es nicht, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat. Eine Auswahl nach 17



sozialen Gesichtspunkten kam mangels vergleichbarer Mitarbeiter erkennbar nicht in Betracht.

2. Herr K war berechtigt, die Kündigung zu unterzeichnen. 18
- a) Die Kündigung war nicht nach § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Herr K handelte nicht ohne Vertretungsmacht. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 6 1. Spiegelstrich der Satzung hat zwar das Kuratorium die Aufgabe der Beendigung von Verträgen mit Chefärzten. Indes hat das Kuratorium durch Beschluss vom 4. Dezember 2004 Herrn K ermächtigt, diese Aufgabe wahrzunehmen und entsprechende Erklärungen abzugeben. Der Beschluss ist wirksam. Er wurde am 7. Dezember 2004 kirchenoberlich genehmigt. Er bezog sich auch nicht lediglich auf die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2005. Vielmehr galt nach dem Beschluss die Ermächtigung jeweils für ein weiteres halbes Jahr weiter, wenn nicht zwei Monate vor Fristablauf eine Kündigung erfolgen würde. Der Ausspruch einer solchen Kündigung ist nicht festgestellt. Schließlich bedurfte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht der kirchlichen Genehmigung. Nach der Satzung bedarf die Änderung, nicht aber die Beendigung von Dienstverträgen mit leitenden Ärzten der Genehmigung der Kirchenbehörde. Genehmigungsbedürftig wäre nur eine Kündigung der Herrn K erteilten Vollmacht gewesen. 19
- b) Der Beschluss stand weder in Widerspruch zu §§ 80 ff. BGB noch zu den Vorschriften des Niedersächsischen Stiftungsgesetzes (*im Folgenden: NStiftG*). 20
- aa) Die stiftungsrechtlichen Vorschriften der §§ 80 ff. BGB in Verbindung mit den vereinsrechtlichen Vorschriften, auf die § 86 BGB verweist, enthalten keine zwingenden Regelungen zur Verteilung der Aufgaben auf die Stiftungsorgane. In § 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BGB ist lediglich bestimmt, dass die Satzung die Bildung eines Vorstands vorsehen muss. Dem tut die Satzung Genüge. 21



- bb) Gleiches gilt für die Regelungen des NStiftG. Auch dort findet sich keine konkrete Aufgabenzuteilung. Überdies ist die Beklagte eine kirchliche Stiftung. Damit können nach § 20 Abs. 2 NStiftG kirchliche Vorschriften vorgehen. Nach § 20 Abs. 2 Satz 5 NStiftG tritt die Aufsicht durch die zuständige Kirchenbehörde an die Stelle der staatlichen Stiftungsaufsicht. Die kirchliche Aufsicht hat den Beschluss vom 4. Dezember 2004 genehmigt. 22
- c) Ebenfalls nicht durchdringen kann der Kläger mit dem Einwand, zu einer wirksamen Bevollmächtigung des Vorstands habe eine Befreiung von § 181 BGB erteilt werden müssen. Ein In-Sich-Geschäft liegt nicht vor. 23
- d) Die Vollmachtserteilung stellt entgegen der Auffassung des Klägers keine Änderung des Dienstvertrags dar, der er hätte zustimmen müssen. Eine Bevollmächtigung führt lediglich zur rechtlichen Vertretung (*vgl. § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB*), nicht aber zu einem Wechsel des Rechtsinhabers. Zwar bestimmt § 2 Abs. 2 des Dienstvertrags, dass Dienstvorgesetzter des Klägers das Kuratorium der Beklagten ist. Damit ist aber kein Ausschluss der Vollmachtserteilung für Kündigungen verbunden, sondern lediglich die Zuweisung des Weisungsrechts an eine bestimmte Hierarchie-Ebene geregelt, wodurch gleichzeitig die hierarchische Anbindung des Klägers für den Vollzug des Arbeitsverhältnisses sichergestellt ist. 24
3. Die Kündigung ist nicht nach § 174 Satz 1 BGB unwirksam. 25
- a) Zwar liegen die Voraussetzungen des § 174 Satz 1 BGB vor. Herrn K war durch Beschluss des satzungsmäßig zuständigen Organs eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt worden. Der Kläger hat die Kündigung auch unverzüglich iSd. § 174 Satz 1 BGB zurückgewiesen. 26
- b) Die Zurückweisung war jedoch nach § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Herr K war in eine Stellung berufen, die üblicherweise mit dem Kündigungsrecht verbunden ist. Dies steht der Mitteilung von der Bevollmächtigung gleich (*st. Rspr., Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1*). 27



Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; 11. Juli 1991 - 2 AZR 107/91 - AP BGB § 174 Nr. 9 = EzA BGB § 174 Nr. 9; 30. Mai 1972 - 2 AZR 298/71 - BAGE 24, 273).

aa) Herr K hat seit dem Jahr 2005 in Vollzug der ihm übertragenen Vollmacht Dienstverträge, Nachträge zu Dienstverträgen und Auflösungsverträge, auch mit Chefärzten, abgeschlossen. Darunter waren auch auf den Kläger bezogene Erklärungen, wie etwa der zweite und dritte Nachtrag zum Dienstvertrag vom 13. Juni 2005 und 16. Mai 2007. Dass eine andere Person als Herr K in der Zeit seit dem Jahre 2005 arbeitsrechtlich maßgebliche Fragen für die Beklagte verhandelt hätte, ist nicht ersichtlich. 28

bb) Daneben hat Herr K auch weitere Vorgänge mit dem Kläger besprochen bzw. wurde vom Kläger darauf angesprochen. So hat sich der Kläger mit Schreiben vom 4. April 2006 gemeinsam mit einem weiteren Chefarzt bezüglich der Besetzung der Anästhesieabteilung an Herrn K gewandt. Am 30. Juni 2006 führte der Kläger mit Herrn K ein Gespräch wegen des vorzeitigen Ruhestands/der Teilzeittätigkeit des Chefarztkollegen. Im Jahr 2007 führten beide ein Gespräch über einen Antrag des Klägers auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrags. Der Kläger ist Herrn K als dem Ansprechpartner für sämtliche arbeitsrechtlichen Belange begegnet und erkannte ihn auch als solchen an. Aufgrund dieser Gesamtumstände ist die Würdigung gerechtfertigt, dass Herr K seit dem Jahre 2005 eine Stellung einnahm, die üblicherweise mit der Kündigungsvollmacht verbunden ist. Auf die streitige Frage, ob der Kläger ohnehin aufgrund des Aushangs einer Mitteilung Anfang 2005 von der Bevollmächtigung Kenntnis hatte, kommt es nicht an. 29

4. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nach § 15 Abs. 1 AVR, § 1 Abs. 2 KSchG wirksam aufgelöst. 30

a) Die nach § 15 Abs. 1 AVR zulässige Kündigung ist keine außerordentliche Kündigung, für die es eines wichtigen Grundes bedurft hätte, sondern eine ordentliche Kündigung aus betrieblichem Anlass. Für sie gelten neben den in 31



§ 15 Abs. 1 AVR genannten Voraussetzungen die in § 1 KSchG aufgestellten Erfordernisse.

aa) Dass es sich um eine ordentliche Kündigung handelt, die auch im Fall einer im Übrigen bestehenden ordentlichen Unkündbarkeit unter den in § 15 AVR genannten Voraussetzungen möglich sein soll, folgt aus dem Wortlaut der Norm sowie der Systematik der AVR. Die Vorschrift des § 14 AVR enthält ausweislich ihrer Überschrift Regelungen zur „ordentlichen Kündigung“. Nach § 14 Abs. 5 AVR ist die ordentliche Kündbarkeit ausgeschlossen, „soweit nicht § 15 etwas anderes bestimmt“. Dies zeigt, dass die ordentliche Kündigung gerade nicht ausgeschlossen, sondern in den Grenzen des § 15 AVR zulässig ist. Der Wortlaut des § 15 Abs. 1 AVR, der eine „Sonderregelung“ aufstellt, gibt keinerlei Hinweis auf eine außerordentliche Kündigung. Im Kontrast hierzu steht § 16 AVR, der gesondert die „außerordentliche Kündigung“ jeweils sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 bei Vorliegen eines wichtigen personen- oder verhaltensbedingten Grunds zulässt. Insoweit kann auch der Teil des § 15 Abs. 1 AVR, der auf eine Kündigung nach § 16 Abs. 2 AVR Bezug nimmt („... kann ... außer nach § 16 Abs. 2 gekündigt werden ...“), nicht zu der Annahme führen, § 15 Abs. 1 AVR regle eine außerordentliche Kündigung. Vielmehr zeigt die Vorschrift zwei unterschiedliche Alternativen auf, nach denen ein grundsätzlich unkündbarer Arbeitnehmer gekündigt werden kann: Entweder - ordentlich - nach § 15 Abs. 1 AVR bei betrieblich veranlasster fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen wesentlicher Einschränkung/Auflösung der Einrichtung oder - außerordentlich - nach § 16 Abs. 2 AVR bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Verhalten oder in der Person des Mitarbeiters.

bb) Die Auffassung, aufgrund des ähnlichen Wortlauts von § 15 AVR und § 55 BAT müsse § 15 AVR als Regelung eines außerordentlichen Kündigungsrechts verstanden werden (*LAG Köln 1. März 2010 - 5 Sa 1191/09 - zu I 2 a der Gründe*), berücksichtigt nicht ausreichend die systematischen Unterschiede zwischen den Kündigungsregeln in §§ 53 ff. BAT und §§ 14 ff. AVR. § 53 Abs. 3 BAT regelt die Unkündbarkeit, § 54 BAT die außerordentliche Kündigung und § 55 BAT enthält Regelungen für unkündbare Angestellte. Nach § 55 Abs. 1

32

33



BAT ist - vergleichbar: § 16 Abs. 2 AVR - eine fristlose Kündigung bei in der Person oder im Verhalten liegendem wichtigen Grund möglich. § 55 Abs. 2 Satz 1 BAT hingegen - und dies ist der maßgebliche Unterschied zu § 15 Abs. 1, § 16 AVR - legt fest, dass andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, den Arbeitgeber nicht zur Kündigung berechtigen. Eine solche Vorschrift fehlt gerade in den AVR (vgl. zu der ähnlichen Regelung in § 25 MTV *Berufsbildungswerk des DGB idF vom 1. Dezember 2003: Senat 2. Februar 2006 - 2 AZR 58/05 - Rn. 26 f., BAGE 117, 53*).

b) Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 AVR sind gegeben. 34

aa) Die Einrichtung, in der der Kläger beschäftigt war, ist aufgelöst worden. 35

Der Begriff der Einrichtung iSd. § 2 Abs. 1 AVR erfasst alle organisatorischen Einheiten mit caritativer Zielsetzung in kirchlicher Trägerschaft, in denen Mitarbeiter aufgrund von Dienstverträgen tätig sind (*Beyer/Papenheim Arbeitsrecht der Caritas Stand September 2010 Allgemeiner Teil § 2 Rn. 11*). Zur Auslegung des Begriffs kann auch auf § 1 Abs. 1 Mitarbeitervertretungsordnung für das Bistum Münster vom 14. November 1996 (*MAVO Münster*) zurückgegriffen werden, wonach der Oberbegriff der „Einrichtung“ sowohl Dienststellen, Einrichtungen als auch sonstige selbständig geführte Stellen umfasst (*Beyer/Papenheim aaO § 15 Rn. 8*). Es handelt sich um einen Sammelbegriff für alle denkbaren Organisationseinheiten kirchlicher und karitativer Art wie Krankenhäuser, Heime, Betreuungseinrichtungen etc. (*Frey/Coutelle/Beyer MAVO 5. Aufl. § 1 Rn. 5*). Vom Begriff der Einrichtung ist der des Rechtsträgers zu unterscheiden, der eine oder mehrere Einrichtungen haben kann (*Frey/Coutelle/Beyer aaO Rn. 6*). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts betrieb die Beklagte neben dem Krankenhaus, in dem der Kläger tätig war, auch ein Altenheim und eine Sozialstation. Bei der Organisationseinheit „Krankenhaus“ handelt es sich somit um eine Einrichtung iSd. § 15 Abs. 1 AVR. Da die Beklagte diese nicht weiter betreibt, liegt eine „Auflösung“ vor. Entgegen der Auffassung des Klägers kann es hierbei auch nicht darauf ankommen, dass die Einrichtung wegen des Betriebsübergangs von einem anderen Rechtsträger



weiter betrieben wird. Die Dienstgeberin des Klägers betreibt die Einrichtung „Krankenhaus“ nicht mehr, womit innerhalb des maßgeblichen Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagter die „Auflösung“ einer Einrichtung vorliegt.

bb) Ob die Auflösung dieser Einrichtung zweckmäßig war, ist von den Arbeitsgerichten nur begrenzt nachprüfbar, nämlich darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*st. Rspr., Senat 18. September 2008 - 2 AZR 560/07 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 89 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 162*). Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmerentscheidung der Beklagten der Missbrauchskontrolle nicht standhalten würde, sind nicht gegeben.

c) Die Kündigung ist nicht mangels sozialer Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten entgegenstehen, bedingt ist. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts stand im Kündigungszeitpunkt fest, dass aufgrund der nicht zu beanstandenden Unternehmerentscheidung, die Einrichtung auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen, eine Weiterbeschäftigung des Klägers bei der Beklagten nicht möglich war. Eine Sozialauswahl entfällt wegen der vollständigen Übertragung des Betriebs.

II. Der Kläger hat keinen Vergütungsanspruch für Januar 2008. Es kann offenbleiben, ob die Beklagte in dieser Zeit in Annahmeverzug war (*vgl. zu den Voraussetzungen: BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 - BAGE 115, 216*). Jedenfalls muss sich der Kläger die Vergütung anrechnen lassen, die zu erzielen er böswillig iSd. § 615 Satz 2 Alt. 3 BGB unterlassen hat.

1. Nach § 615 Satz 2 Alt. 3 BGB kommt es insoweit darauf an, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (*Art. 12 GG*) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der



Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben (BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - BAGE 121, 133).

2. Die Beklagte hatte den Kläger aufgefordert, die selbe Arbeit wie bisher zu denselben Bedingungen zu Gunsten der GmbH zu leisten. Sie hat damit vertragsgemäße Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber angeboten. Warum dies nicht zumutbar gewesen sein soll, ist nicht erkennbar. Der Kläger wusste, dass er in dem selben Krankenhausbetrieb die selben Tätigkeiten wie bisher ausüben konnte. Aus den Angebotsschreiben der Beklagten war ersichtlich, dass der Betriebsübernehmer auf die Weiterarbeit des Klägers angewiesen war. Der Kläger hatte somit keinen berechtigten Anlass anzunehmen, dass die Arbeitsbedingungen sich nachteilig ändern sollten. Aus dem anderweitigen Erwerb hätte der Kläger genau das Einkommen erzielt, das er nun aus Annahmeverzug, also ohne Arbeitsleistung erbracht zu haben, verlangt.

III. Der Kläger hat als unterlegene Partei die Kosten der Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

Kreft

Berger

Schmitz-Scholemann

Krichel

Pitsch



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

