3 Ca 1474/09

Verkündet am 22. Januar 2010

Licopoli
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

ARBEITSGERICHT SOLINGEN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

hat die 3. Kammer des Arbeitsgerichts Solingen
auf die mündliche Verhandlung vom 22.01.2010
durch den Direktor des Arbeitsgerichts Maercks
als Vorsitzenden
sowie die ehrenamtliche Richterin Denker-Giesselbach
und den ehrenamtlichen Richter Drewe

für R e c h t erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung vom 29.06.2009 sozial ungerechtfertigt ist.

2. Es wird festgestellt, dass der Widerruf der Nebentätigkeitserlaubnis durch das Schreiben vom 25.11.2009 unwirksam ist.

3. Es wird festgestellt, dass die Kündigung des Nutzungsvertrages vom 25.11.2009 unwirksam ist.

4. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

5. Streitwert: 80.000,00 €

Tatbestand:

Der am 16.11.1957 geborene Kläger, der verheiratet ist und ein Kind hat, ist ausweislich des Dienstvertrages vom 08.12.2000 (Kopie Bl. 8 ff. d. Akten) als „Leitender Abteilungsarzt der Chirurgie" (§ 2 des Dienstvertrages) für die Beklagte, die Träger eines [redacted] ist, tätig. Sein Aufgabengebiet „umfasst die Krankenhausbehandlung aller Kranken der Abteilung für Chirurgie einschließlich der Beratung und Behandlung von Kranken seines Fachgebietes in anderen Abteilungen des Krankenhauses" (§ 3 des Dienstvertrages).

In § 12 des Dienstvertrages („Organisationsrecht") ist geregelt:

1. Der Krankenhausträger behält sich unbeschadet eines eventuellen Kündigungsrechts das Recht vor, gebotene strukturelle oder organisatorische Änderungen nach Anhörung des Leitenden Abteilungsarztes vorzunehmen und zu diesem Zweck

   a) den Umfang der Abteilung sowie Zahl und Aufteilung der Betten in der Abteilung zu ändern,
   b) die Ausführung bestimmter Leistungen von der Abteilung ganz oder teilweise abzutrennen und anderen Fachabteilungen, Funktionsbereichen, Instituten, Untersuchungs- und Behandlungseinrichtungen oder Ärzten zuzuweisen.
   c) weitere selbständige Fachabteilungen, Funktionsbereiche oder Institute im Krankenhaus – auch gleicher Fachrichtung – neu einzurichten , zu unterteilen, abzutrennen oder zu schließen;

d) weitere Ärzte – auch gleicher Fachrichtung – als Leitende Abteilungsärzte einzustellen, sofern dies sachlich geboten ist.

2. Werden durch solche organisatorischen Maßnahmen die Vertragsgrundlagen wesentlichen beeinträchtigt, so sind hierdurch berührten Vertragsbedingungen unter Beachtung des Grundsatzes der Vertragstreue neu zu regeln, soweit die gesetzlichen Vorschriften eine Anpassung zulassen.

   Eine wesentliche Beeinträchtigung liegt nicht vor, solange die kalenderjährlichen Einnahmen des Leitenden Abteilungsarztes wenigsten 60 % der durchschnittlichen kalenderjährlichen Vergütung gemäß § 5 Abs. 1 und § 5 Abs. 2 Nr. 2.1. berechnet nach dem Durchschnitt der letzten 5 Kalendermonate, erreichen; in keinem Fall darf jedoch die Vergütung aus § 5 Abs. 1 unterschritten werden. Einwirkungen, die unmittelbar auf zwingende Maßnahmen des Gesetz- oder Verordnungsgebers zurückgehen, bleiben unberücksichtigt.

3. Bestandteil dieses Vertrages ist der Gesellschaftervertrag des Krankenhauses (Satzung), der dem Leitenden Abteilungsarzt zur Einsicht vorgelegen hat.

Ausweislich einer dem Kläger unter dem 09.06.2001 Nebentätigkeitserlaubnis (Kopie Bl. 88 ff. d. Akten) wurden dem Kläger als Nebentätigkeiten erlaubt:

1. Ambulante Beratung und Behandlung (Sprechstundentätigkeit);
2. D-Arzttätigkeit
3. Nichtstationäre Gutachtertätigkeit
4. Konsiliarische Beratung anderer Ärzte (Konsilium i.S. der Nummer 60 des Gebührenverzeichnisses der GOÄ).

Entsprechend dem Nutzungsvertrag vom 09.06.2001 (Kopie Bl. 90 ff. der Akten) hat der Kläger der Beklagten, die durch die Nebentätigkeit entstehenden Kosten für die Inanspruchnahme von Räumen, Einrichtungen und Personal zu erstatten.

Der Kläger erzielte auf diesen Vertragsgrundlagen monatlich einen Verdienst in Höhe von 35.000,00 EUR bis 40.000,00 EUR.

Mit Schreiben vom 29.06.2009 (Kopie Bl. 19 ff. d. Akten) hat die Beklagte das „bestehende Arbeitsverhältnis auf der Grundlage des Dienstvertrages vom 08.12.2000 gemäß § 11 Abs. 2 ordentlich mit Wirkung zum 31.12.2009" gekündigt. Zugleich hat sie dem Kläger eine „Weiterbeschäftigung als Chefarzt der Unfallchirurgischen Fachabteilung der [redacted] mit Wirkung ab dem 01.01.2010 ..." angeboten.

Im Zusammenhang damit hat die Beklagte mit Schreiben vom 25.11.2009 (Kopie Blatt 80 der Akten) die Nebentätigkeitserlaubnis vom 09.06.2001 widerrufen und den Nutzungsvertrag vom 09.06.2001 zum 31.12.2009 gekündigt. Zugleich hat sie dem Kläger eine neue, sich auf die Unfallchirurgie beschränkende Nebentätigkeitserlaubnis erteilt und ihm den Abschluss eines hierauf abgestimmten neuen Nutzungsvertrages angeboten.

Hintergrund dieser Maßnahme ist eine vom Aufsichtsrat der Beklagten am 25.06.2009 beschlossene Unterteilung der chirurgischen Abteilung in selbständige Fachabteilungen mit den Schwerpunkten Unfallchirurgie einerseits und Allgemein- und Viszeralchirurgie andererseits mit jeweils einem leitenden Arzt.

Der Betriebsrat ist ausweislich des Schreibens vom 26.06.2009 (Kopie Bl. 68 d. Akten) unterrichtet worden und hat ausweislich des Schreibens vom 26.06.2009 (Kopie Bl. 70 d. Akten) der Änderungskündigung zugestimmt.

Der Kläger hat mit Schreiben vom 03.07.2009 (Kopie Bl. 72 d. Akten) der Änderung der Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt, dass diese nicht sozial ungerechtfertigt ist, zugestimmt.

Mit seiner am 13.07.2009 eingereichten und mit Schriftsatz vom 10.12.2009 (Bl. 77 ff. d. Akten) wegen des Widerrufs der Nebentätigkeitserlaubnis und der Kündigung des Nutzungsvertrages erweiterten Klage wehrt der Kläger sich gegen die Änderungskündigung vom 29.06.2009.

Der Kläger hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt.

Er ist der Ansicht, es fehle schon deshalb an einem Kündigungsgrund, da die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, die Abteilung Chirurgie in zwei Fachabteilungen aufzuspalten. Er verweist darauf, dass ausweislich § 16 des Krankenhausgestaltungsgesetzes NRW (KHGG NRW; Bl. 108 ff. d. Akten) die Art der Abteilungen mit ihrer Planbettenzahl und ihren Behandlungsplätzen Teil des Feststellungsbescheides über die Aufnahme in den Krankenhausplan sei. Gemäß § 16 Abs. 2 KHGG NRW bedürfe es für die Aufteilungsentscheidung der Beklagten daher der Zustimmung der zuständigen Behörde (gemäß § 1 der Krankenhauszuständigkeitsverordnung vom 11.11.2008 ist dies die Bezirksregierung). Da diese Zustimmung fehle, gäbe es auch keine wirksame Aufteilungsentscheidung.

Wenn die Beklagte statt von „Aufteilung" von „Unterteilung" spreche, so müsse sie sich entgegenhalten lassen, dass sie dann den Betriebsrat nicht korrekt informiert habe. Schließlich sei im Schreiben vom 26.06.2009 von einer „Teilung der Chirurgie in die Allgemeinchirurgie und die Unfallchirurgie" die Rede. Im Übrigen sei insoweit auch zu bemängeln, dass nur von einer „Allgemeinchirurgie" die Rede sei, nicht aber von „Allgemein- und Viszeralchirurgie".

Wenn die Abteilung aufgeteilt werde, so sei es jedenfalls nicht zwingend erforderlich, einen weiteren Chefarzt einzustellen. Die von der Beklagten

gewünschte Spezialisierung könne auch durch Einstellung eines Leitenden Oberarztes für die Viszeralchirurgie, der dem Kläger als alleinigen Chefarzt dann unterstände, umgesetzt werden.

Die Aufteilungsmaßnahme sei daher mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar.

Der Kläger verweist darauf, dass 60 % aller vom Kläger erbrachten Leistungen allgemeinchirurgischer Art seien, so dass seine durch die Änderung der Arbeitsbedingungen bedingte Beschränkung des Privatliquidationsrechtes zu entsprechend um 60 % verringerten Einnahmen aus stationärer Privatliquidation führen.

Der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung vom 29.06.2009, zugegangen am selben Tage, sozial ungerechtfertigt und rechtswirksam ist;
2. festzustellen, dass der Widerruf der Nebentätigkeitserlaubnis durch das Schreiben der Beklagten vom 25.11.2009 zum 31.12.2009 unwirksam ist und
3. festzustellen, dass die Kündigung des Nutzungsvertrages vom 25.11.2009 mit Wirkung vom 31.12.2009 unwirksam ist.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte verweist darauf, dass sie aufgrund rückläufiger Leistungsentwicklung der chirurgischen Hauptfachabteilung, die sich sowohl in den im Schriftsatz vom13.11.2009 (Bl.54 ff. d. Akten), auf den verwiesen wird, aufgeführten Fallzahlen als auch den DRG-Umsätzen (DRG = Diagnosis Related Groups – Diagnose bezogene Fallgruppen; Punktwerte im Schriftsatz

vom 13.11.2009) widerspiegeln, gezwungen sei, zu reagieren. Durch die Fachabteilung Allgemein-Viszeralchirurgie mit einem neuen Chefarzt würden sich zusätzliche Patienten gewinnen lassen.

Die getroffene Entscheidung sei auch krankenhausplanerisch ohne Relevanz, so dass es einer Zustimmung der zuständigen Behörde nicht bedürfe. Insoweit verweist die Beklagte auf § 31 Abs. 2 KHHG NRW („der Träger des Krankenhauses hat für jede Abteilung mindestens eine Abteilungsärztin oder einen Abteilungsarzt zu bestellen ..."). Im Hinblick auf die Formulierung „mindestens" sei die Beklagte befugt, innerhalb der chirurgischen Hauptfachabteilung zwei gleichberechtigte Abteilungsärzte einzusetzen.

Die angestrebte Änderung der Arbeitsbedingungen sei für den Kläger auch nicht unzumutbar. Es sei nicht richtig, dass der Kläger 60 % der Privatliquidationseinnahmen aus allgemein chirurgischen Fällen erwirtschafte. Nach den Feststellungen der Beklagten liege der Bestandteil der Honorareinnahmen des Klägers im allgemein- und viszeralchirurgischen Bereich durchschnittlich bei 100.000,00 EUR pro Kalenderjahr. Zwar verliere der Kläger diesen Bereich, er könne dies aber durch einen verstärkten Einsatz im verbleibenden Bereich Unfallchirurgie kompensieren.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und den Übrigen Akteninhalt, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist begründet.

Die von der Beklagten erklärte Änderungskündigung ist rechtsunwirksam. Im Hinblick darauf, dass das Arbeitsverhältnis somit zu den alten Bedingungen

fortbesteht, durfte die Beklagte auch die Nebentätigkeitserlaubnis nicht widerrufen und den Nutzungsvertrag nicht kündigen.

Es kann dahinstehen, ob die Anhörung des Betriebsrates den Anforderungen des § 102 Betriebsverfassungsgesetz genügt. Ebenfalls dahinstehen kann, ob die von der Beklagten getroffene Entscheidung zustimmungspflichtig gemäß § 16 Abs. 2 KHHG-NRW ist, und falls ja, ob die fehlende Zustimmung auch eine Unwirksamkeit der Änderungskündigung zur Folge hätte.

Auch die Regelung in § 12 des Arbeitsvertrages ist für die Frage der Wirksamkeit der Änderungskündigung ohne Bedeutung ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine „wesentliche Beeinträchtigung" im Sinne des zweiten Absatzes von § 12 Ziffer 2 des Arbeitsvertrages vorliegt oder nicht.

Soweit § 12 des Arbeitsvertrages darauf abzielt, der Beklagten die Befugnis einzuräumen durch einseitige Maßnahmen, die vertraglichen Rechte des Klägers einseitig zu seinem Nachteil zu ändern, ist die Regelung nämlich unwirksam, da sie gegen die zwingende Vorschrift des § 2 KSchG verstößt.

§ 2 KSchG regelt, dass Änderungen des Arbeitsvertrages, soweit über sie kein Einvernehmen besteht, nur mittels Änderungskündigung durchsetzbar sind. Die Regelung ist Ausdruck des Grundsatzes, dass geschlossene Verträge für beide Seiten bindend sind und nicht einseitig zu Lasten einer Seite geändert werden können. Dieser Grundsatz würde durchbrochen, wenn die Beklagte entsprechend § 12 des Vertrages unter den dort genannten Voraussetzungen das Recht hätte, einseitig den Aufgabenbereich des Klägers mit finanziellen Einbußen bis zu der in § 12 des Vertrages geregelten Grenze zu ändern.

Für die von der Beklagten erklärte Änderungskündigung fehlt es an einer sie rechtfertigenden Unternehmerentscheidung und somit an einem betriebsbedingten Grund im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG.

Nach der gefestigten Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit können sich dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG aus inner- oder außerbetrieblichen Umständen ergeben. Zu den innerbetrieblichen Umständen gehören vor allem Rationalisierungsmaßnahmen, die sich in einer Organisationsänderung niederschlagen, die den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten zur Folge hat. Zu den außerbetrieblichen Umständen zählt vor allem der Auftragsrückrang. In jedem Fall geht dem Wegfall von Arbeitsplätzen aber eine unternehmerische Entscheidung voraus, die den veränderten Bedingungen Rechnung trägt. Diese unternehmerische Entscheidung ist von den Arbeitsgerichten hinzunehmen, soweit es sich nicht m unsachliche oder willkürliche Entscheidungen des Unternehmers handelt.

Keine nur entsprechend beschränkt überprüfbare Unternehmerentscheidung ist allerdings die Kündigungsentscheidung selber. Zwar kann der Arbeitgeber frei darüber entscheiden, wie er seinen Betrieb organisiert und wie viele Arbeitnehmer er mit welchen Tätigkeiten beschäftigt, dies hat aber nicht zur Folge, dass die Kündigungsentscheidung selber nur eingeschränkt überprüfbar ist, sondern nur, dass die vom Arbeitgeber darzulegenden und zu beweisenden strukturellen Veränderungen im Betrieb, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers überhaupt – oder bei einer Änderungskündigung – zu den bisherigen Bedingungen entgegenstehen, nur eingeschränkt überprüfbar sind.

Die von der Beklagten zur Begründung der Kündigung dargelegte Unternehmerentscheidung beschränkt sich darauf, dass sie den Kläger nicht mehr zu den alten Bedingungen beschäftigen will. Strukturell ändert sich nichts. Weder fallen Arbeitsaufgaben weg, noch kommen neue Arbeitsaufgaben hinzu. Die Aufgaben, die der neue Chefarzt wahrnehmen soll, hat bisher der Kläger wahrgenommen, sodass sich die Entscheidung der Beklagten darauf beschränkt, dass bisher vom Kläger wahrgenommene Aufgaben in Zukunft durch einen anderen wahrgenommen werden sollen.
„Eine Änderungskündigung zu dem Zweck, den Arbeitnehmer mit einer anderen Arbeitsaufgabe als bisher zu betrauen, obwohl diese nicht weggefallen ist, ist in

der Regel nicht sozial gerechtfertigt" (Berkowski, Die betriebsbedingte Kündigung, § 11, Rnr. 96).
Die Beklagte kann ihr Ziel, dem Kläger einen Teil der Aufgaben, die sie ihm gemäß § 3 des Vertrages übertragen hat, wegzunehmen und diese durch einen weiteren Chefarzt ausführen zu lassen, nur im Einvernehmen mit dem Kläger durchsetzen.

Der Klage war demgemäß in vollem Umfang zu entsprechen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die zugleich nach § 63 Abs. 2 GKG erfolgte Streitwertfestsetzung aus §§ 42 Abs. 4 GKG, 3 ff. ZPO. Da die Einnahmen des Klägers aus der Nebentätigkeit in den nach § 42 Abs. 4 GKG festzusetzenden Streitwert eingeflossen sind, hat die Kammer keine Notwendigkeit gesehen, die Anträge zu 2 und 3 gesondert streitwerterhöhend zu berücksichtigen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

B e r u f u n g

eingelegt werden.

Die Berufung muss

innerhalb einer N o t f r i s t * von einem Monat

beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Ludwig-Erhard-Allee 21, 40227 Düsseldorf, Fax: 0211 7770 2199 eingegangen sein.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.

Die Berufungsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere

Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.
Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.

Maercks

ausgefertigt

[illegible]
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Arbeitsgericht
B
Solingen