

15 Sa 207/13
2 Ca 1970/12
Arbeitsgericht Mönchengladbach

Ausfertigung



Verkündet am 19.Dez.2013

Lambertz
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn Dr. [REDACTED]

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Klostermann u. a.,
Kortumstr. 100, 44787 Bochum,

g e g e n

die [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: [REDACTED]
[REDACTED]

hat die 15. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 19.12.2013
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Stoltenberg als
Vorsitzende sowie den ehrenamtlichen Richter Windfuhr und den
ehrenamtlichen Richter Hartmann

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Mönchengladbach vom 19.12.2012 – 2 Ca 1970/12 – wird kosten-
pflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten zuletzt noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Änderungskündigung.

Der [REDACTED] Kläger ist auf Grundlage des schriftlichen Anstellungsvertrages vom 06.08.2003 (vgl. Bl. 5 ff. d.A.) bei der Beklagten, die Trägerin des [REDACTED] Krankenhauses [REDACTED] ist, als Chefarzt der medizinischen Klinik seit dem 01.05.2004 beschäftigt und leitete die Klinik für innere Medizin ausschließlich. In § 3 Ziff. 1 seines Anstellungsvertrages war u. a. bestimmt worden:

„Der Chefarzt ist verantwortlich für die gesamte ärztlich gebotene Untersuchung, Behandlung und Beratung aller stationär behandelten Patienten seiner Klinik. ...“

Zur Vergütung für die Tätigkeit im dienstlichen Aufgabenbereich war in § 6 des Anstellungsvertrages u. a. bestimmt worden:

1. Der Chefarzt erhält Bezüge nach Gruppe A15 der Besoldungsgruppe des Landes Nordrhein-Westfalen in der jeweils gültigen Fassung.
2. ...
3. Der Chefarzt erhält
 - a) das Liquidationsrecht für die gesondert berechenbaren wahlärztlichen Leistungen bei denjenigen Kranken, die diese Leistungen gewählt, vereinbart und in Anspruch genommen haben;
 - b) ...
4. [REDACTED] übernimmt keine Gewähr für den Umfang der Inanspruchnahme, gesondert berechenbarer wahlärztlicher Leistungen und für die Höhe und für den Eingang der Ein-

nahmen des Chefarztes aus der Einräumung des Liquidationsrechtes nach Abs. 3; bei Rückgang entsprechender Liquidationseinkünfte entstehen keine Ausgleichsansprüche.“

In § 13 des Anstellungsvertrages war unter der Überschrift „Organisationsrecht/Entwicklungsklausel“ geregelt worden:

„1. [REDACTED] hat das Recht, nach vorheriger Anhörung des Chefarztes strukturelle und organisatorische Änderungen im Krankenhaus vorzunehmen, d.h.:

a) Den Umfang der Abteilung/Klinik sowie Zahl und Aufteilung der Betten in dieser Abteilung zu ändern; [REDACTED] ist verpflichtet, den Abteilungsumfang und/oder die Bettenzahl zu ändern, wenn der Krankenhausplan bzw. Gesetzgeber eine entsprechende Änderung vorsieht.

b) Nach Anhörung des Chefarztes:

Die Ausführung bestimmter Leistungen von der Abteilung/Klinik ganz oder teilweise abzutrennen und anderen Fachabteilungen (Kliniken), Funktionsbereichen, Instituten, Untersuchungs- oder Behandlungseinrichtungen oder Ärzten zuzuweisen;

c) weitere selbständige Fachabteilungen (Kliniken), Funktionsbereiche oder Institute – auch gleicher Fachrichtung – im Krankenhaus neu einzurichten, zu unterteilen, abzutrennen oder zu schließen;

d) weitere Ärzte – auch gleicher Fachrichtung – als leitende Abteilungsärzte einzustellen oder als Belegärzte zuzulassen.

2. Werden durch solche strukturellen und/oder organisatorischen Maßnahmen Vertragsgrundlagen für den Chefarzt wesentlich beeinträchtigt, so sind die hierdurch berührten Vertragsbestimmungen, insbesondere die finanziellen Bestimmungen, unter Wahrung der Ausgewogenheit neu zu regeln. Dem Chefarzt stehen keine Entschädigungsansprüche zu, wenn er nach der Maßnahme 65 % seiner bisherigen durchschnittlichen Vergütung erreicht.“

Für die Einrichtung der Beklagten, die Mitglied der Diakonie im Rheinland ist, findet das Kirchengesetz über die Bildung von Mitarbeitervertretungen in kirchli-

chen Dienststellen in der evangelischen Kirche im Rheinland (im Folgenden MVG-EKiR) Anwendung.

Mit Schreiben vom 28.06.2012 (vgl. Bl. 25 d.A.) hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 30.09.2012, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin, gekündigt und dem Kläger gleichzeitig angeboten, das Arbeitsverhältnis zu den sich aus dem in Ablichtung auf Bl. 26 zur Akte gereichten Änderungsangebot ergebenden Bedingungen, nämlich als Chefarzt der medizinischen Klinik I – Allgemeine Innere, Diabetologie, Gastroenterologie, Hämato-/Onkologie – weiter zu beschäftigen.

Der Kläger hat das Änderungsangebot der Beklagten mit Schreiben vom 03.07.2012 unter dem Vorbehalt der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung angenommen.

Der Kläger rügt die ordnungsgemäße Beteiligung der Mitarbeitervertretung.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die ordentliche Änderungskündigung der Beklagten vom 28.06.2012 zum 30.09.2012, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin, unwirksam ist;
2. falls der Kläger mit dem Feststellungsantrag zu 1. obsiegt, die Beklagte zu verpflichten, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen auch über den 30.09.2012 hinaus als Chefarzt der Medizinischen Klinik des Ev. Krankenhauses [REDACTED] weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Mitarbeitervertretung sei mit Schreiben der Beklagten vom 26. Juni 2012 zur beabsichtigten betriebsbedingten Änderungskündigung des Klägers angehört worden und habe keine Stellung genommen. Sie hat ein von der Mitarbeitervertretung an die Beklagte gerichtetes Schreiben vom 27.06.2012 in Fotokopie vorgelegt (Bl. 290 d. A.).

Sie hat vorgetragen, seit der Umstellung des Krankenhaus-Entgeltsystems auf Fallpauschalen sei die Leistungsentwicklung der von dem Kläger geleiteten Abteilung negativ. Vor diesem Hintergrund habe sich die Beklagte für die Einrichtung mehrerer Kliniken an Stelle der bisherigen Klinik für Innere Medizin ent-

schieden. Die bisherige medizinische Klinik solle als medizinische Klinik I mit den Bereichen Allgemeine Innere, Diabetologie, Gastroenterologie und Hämato-/Onkologie fortgeführt und um die Medizinische Klinik II für den Bereich Kardiologie ergänzt werden. Die Medizinische Klinik I solle dem Kläger übertragen und von ihm verantwortet werden. Die Medizinische Klinik II habe eigentlich bereits zum 01. Oktober 2012 durch die Dres. [REDACTED] geleitet werden sollen, die derzeit noch die ortsansässige kardiologische Gemeinschaftspraxis führen würden. Die baulichen Maßnahmen zur Einrichtung einer kardiologischen Station hätten sich indes verzögert. Daher habe der Betrieb der Abteilung noch nicht vollständig aufgenommen werden können. Langfristig sei geplant, die Gemeinschaftspraxis in ein noch zu errichtendes Facharzt-Zentrum zu verlegen und hier einen Linksherzkatheder-Messplatz zur gemeinsamen Nutzung mit der Beklagten einzurichten. Die bislang vorhandenen 122 Planbetten in der Medizinischen Klinik I würden auf 77 Betten für die Medizinische Klinik I sowie 45 Betten auf die Medizinische Klinik II aufgeteilt. Die Wahlleistungsstation solle gleichmäßig mit jeweils 12 Betten pro Klinik aufgeteilt werden. Die Intensiveinheit solle interdisziplinär genutzt werden. Mit der klinikübergreifenden Dienstplanung werde ein Oberarzt betraut und unmittelbar dem Geschäftsführer unterstellt. Dieses Konzept sei dem Aufsichtsrat der Beklagten in seiner Sitzung vom 12.06.2012 zur Zustimmung vorgelegt und von diesem gebilligt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Hinblick auf den Antrag zu Ziff. 1. stattgegeben und diesbezüglich im Wesentlichen ausgeführt, dass gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG eine Maßnahme, die – wie hier – der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliege, erst vollzogen werde, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliege oder kirchenrechtlich ersetzt worden sei. Die Mitarbeitervertretung habe der ordentlichen Änderungskündigung des Klägers nicht zugestimmt. Die streitgegenständliche ordentliche Änderungskündigung gelte auch nicht als von der Mitarbeitervertretung nach Maßgabe von § 38 Abs. 3 MVG als gebilligt, da der Eintritt dieser Fiktion nur durch das Verstreichenlassen einer Frist von zwei Wochen erreicht werden könne, was vorliegend gerade nicht geschehen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil (Bl. 299 ff. d. A.) Bezug genommen.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verweist die Beklagte darauf, dass für die Einrichtung der Beklagten nicht das fälschlich zunächst beim Arbeitsgericht eingereichte MVG-EKD, sondern das MVG-EKiR Anwendung finde. Nach § 44 MVG-EKiR habe die Mitarbeitervertretung bei der ordentlichen Änderungskündigung des Klägers nicht beteiligt werden müssen. Nach dieser Bestimmung finde eine Beteiligung in Personalangelegenheiten der Mitarbeitervertretung nicht bei leitenden Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen statt, sofern diese Personen nach Dienststellung und Dienstvertrag im Wesentlichen

eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehmen, die ihnen regelmäßig wegen der Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung der Einrichtung im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen würden. Das Verständnis des § 44 Abs. 2 MVG-EKiR weiche von der ähnlich lautenden Formulierung des § 5 Abs. 3 BetrVG ab. Denn im Geltungsbereich des Mitarbeitervertretungsgesetzes für die Einrichtungen der evangelischen Kirche im Rheinland – so auch die Beklagte – zählten auch Chefärzte zu Mitarbeitern, die dem Beteiligungsrecht der Mitarbeitervertretung entzogen seien. Dies sei gängige Praxis aller Einrichtungen und sei auch bei der Beklagten früher nicht anders gehandhabt worden. Selbst dann aber, wenn man davon ausgehen wolle, § 38 MVG-EKiR finde in vollem Umfang Anwendung, sei das Zustimmungsverfahren im Zeitpunkt der Kündigung vollständig abgeschlossen gewesen. Die Mitarbeitervertretung sei unter Angabe aus Sicht der Beklagten tragenden Gründe zur Kündigung angehört worden. Sie habe daraufhin mitgeteilt, sich umfassend informiert zu fühlen. Einen weiteren Informationsbedarf habe sie nicht gehabt. Mit ihrem Schreiben vom 27.06.2012 habe sie auch zum Ausdruck bringen wollen, keine weitere Stellungnahme mehr in der Sache abzugeben. Des Weiteren trägt die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Einzelnen zu der hier streitgegenständlichen unternehmerischen Entscheidung und ihrer Umsetzung vor und nimmt auch zur These des Klägers, dass die Beklagte ihr unternehmerisches Konzept im Anschluss an die streitbefangene Kündigung aufgegeben habe und nunmehr eine andere Planung verfolge, Stellung.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 19. Dezember 2012 (2 Ca 1970/12) teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verweist darauf, dass das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend festgestellt habe, dass die Kündigung bereits deshalb unwirksam sei, weil die Mitarbeitervertretung der Kündigung nicht zugestimmt habe und die Zustimmung auch nicht fingiert worden sei. Die Erklärung der Mitarbeitervertretung in ihrem Schreiben vom 27.06.2012 stelle keine Zustimmung zu der in Rede stehenden Änderungskündigung dar. Offensichtlich sei die Beklagte auch

davon ausgegangen, dass es keiner Zustimmung der Mitarbeitervertretung, sondern allenfalls der Anhörung bedurft habe. Insofern habe sie das Schreiben der Mitarbeitervertretung auch nicht als Zustimmung auffassen können – unabhängig davon, dass es als solches nicht zu verstehen sei.

Zu der von der Berufungskammer aufgeworfenen Frage der Erforderlichkeit einer Änderungskündigung im vorliegenden Fall trägt der Kläger wie folgt vor:

Ausweislich der vertraglichen Regelung sei der Kläger als Chefarzt der Klinik für Innere Medizin eingestellt worden. Das Gebiet der „Inneren Medizin“ umfasse nach der Definition der Weiterbildungsordnung auch das Gebiet der Kardiologie. Dem Umfang des zur Leitung übertragenen Zuständigkeits- und Verantwortungsbereiches, hier der Medizinischen Klinik und damit dem gesamten Gebiet „Innere Medizin“ folge das Liquidationsrecht für die gesondert berechenbaren wahlärztlichen Leistungen. Der Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich als auch das Leistungsspektrum stünden in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vergütung in Form der Liquidationsberechtigung. Die Aufteilung der bisherigen, von ihm allein verantwortlich geleiteten Medizinischen Klinik in mehrere Zuständigkeits- und Verantwortungsbereiche unter Leitung weiterer leitender Ärzte habe zwangsläufig und unmittelbar eine Reduzierung seiner Vergütung zur Folge, indem ihm die Liquidationseinnahmen für die abgetrennten Leistungsbereiche genommen würden. Das Liquidationsrecht sei wesentlicher Teil seiner Vergütung. Die Parteien hätten die Einräumung des Liquidationsrechtes als unverzichtbaren Bestandteil einer angemessenen Gesamtvergütung und damit als Hauptbestandteil der Gegenleistung der Beklagten für die Wahrnehmung der Aufgaben und Verantwortung durch den Kläger angesehen. Der – teilweise – Entzug des Liquidationsrechtes als Vergütungsbestandteil sei selbstverständlich von dem arbeitgeberseitigen Direktionsrecht gemäß § 106 GewO nicht – auch nicht als mittelbare Folge – gedeckt. Die Entwicklungsklausel in § 13 des Arbeitsvertrages stelle eine Erweiterung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechtes und nicht seine Begrenzung dar. Die echte Direktionsrechtserweiterung – über die Befugnis des § 106 GewO hinaus – sei bestimmten Restriktionen unterworfen und damit kontrollfähig und kontrollbedürftig, insbesondere auch im Hinblick auf die Transparenz der Klausel im Lichte der §§ 307 ff. BGB. Die Kontrollmaßstäbe seien ähnlich wie bei Widerrufsvorbehalten. So sei die Klausel ohne nachvollziehbare, transparente Änderungsgründe unzulässig und damit unwirksam. Derartige Klauseln seien nach überwiegender Auffassung unangemessen, da die Einschränkung der Tätigkeit und die Einschränkung der Vergütung doppelt belastend wirkten. Direktionsrechtsklauseln, die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, die Hauptabrede einseitig zu verändern, seien nur nach Maßstab der strengen Anforderungen der Rechtsprechung zu Leistungsbestimmungsrechten zulässig, die vorliegend jedoch nicht eingehalten worden seien mit der Folge, dass die Erweiterung des Direktionsrechtes in Form der vertraglichen Entwicklungsklausel unzulässig und damit unwirksam sei.

Schließlich trägt der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens zu der nach seiner Meinung fehlenden Umsetzung der hier streitgegenständlichen Unternehmerentscheidung vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist statthaft und zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht der Klage in dem hier noch streitgegenständlichen Umfang stattgegeben.

I.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG vom 26.01.2012 – 2 AZR 102/11 –; BAG vom 25.04.2013 – 2 AZR 110/12 – Rz. 30) zu „überflüssigen“ Änderungskündigungen steht einer Klagestattgabe vorliegend nicht entgegen. Danach ist eine nach Annahme des Änderungsangebotes unter Vorbehalt erhobene Klage nach § 4 Satz 2 KSchG angesichts ihres Streitgegenstands unbegründet, wenn der Arbeitgeber schon nach den bestehenden Vertragsbedingungen rechtlich in der Lage ist, die im „Änderungsangebot“ genannten Änderungen durchzusetzen. Darauf, ob er sein Direktionsrecht tatsächlich bereits (wirksam) ausgeübt hat, kommt es in diesem Falle nicht an. Es genügt, dass er es wahrnehmen könnte.

Vorliegend bedurfte es des Ausspruchs einer Änderungskündigung.

1. Das vertragliche Weisungsrecht der Beklagten umfasst nicht die Befugnis, den Kläger nur noch als Chefarzt der Medizinischen Klinik I mit den im Änderungsangebot diesbezüglich genannten (reduzierten) Fachgebieten zu beschäftigen und auch die Nebentätigkeitserlaubnis sowie die des Nutzungsvertrages vom 06.08.2008 nur noch auf diese Gebiete zu beziehen und ihm den Bereich Kardiologie damit zu entziehen. Bei den hier streitgegenständlichen Änderungen handelt es sich um eine Änderung der bestehenden Vertragsbedingungen, die die Beklagte nur im Wege einer Änderungskündigung durchsetzen kann.

a) Zunächst ist durch Auslegung der Inhalt der vertraglichen Regelungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu ermitteln. Festzustellen ist, ob ein bestimmter Tätigkeitsinhalt vertraglich festgelegt worden ist. Fehlt es an einer Festlegung des Inhaltes der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag, ergibt sich der Umfang der Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO (BAG vom 28.08.2013 – 10 AZR 733/12 – Rz. 18, 20). Auf die Zulässigkeit einer darüber hinaus vereinbarten Anpassungs- oder Entwicklungsklausel kommt es dann nicht an.

b) Nach Auffassung der Kammer ist der Arbeitsvertrag des Klägers vom 06.08.2003 dahingehend auszulegen, dass mit der Übertragung der Verantwortung und den Aufgaben „seiner Klinik“ auf den Kläger die seinerzeit gegebenen Fach- und Tätigkeitsbereiche und die diesbezügliche Abteilungsstruktur verbindlich festgelegt worden ist, d.h. zu den maßgeblichen Vertragsbedingungen zählen sollten. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem vergleichbaren Fall (BAG vom 28.05.1997 – 5 AZR 125/96 – Rz. 40) allerdings angenommen, dass die von dem Chefarztvertrag dieses Falles betroffenen Fachgebiete und die diesbezügliche Regelung keine vertragliche Zusicherung einer dauerhaften Erhaltung dieser Tätigkeitsbereiche enthalte und auch eine Abteilungsstruktur nicht fest vereinbart, sondern nur der damalige Aufgabenkreis des Klägers beschrieben worden sei. Als einziges Argument für die diesbezügliche Auslegung wird insoweit angeführt, dass anderenfalls für Maßnahmen, die auf die dortige Entwicklungs- und Anpassungsklausel gestützt wären, nur ein minimaler Anwendungsbereich verbliebe. In seiner Entscheidung vom 13.03.2003 (6 AZR 557/01 – Rz. 25, 26) prüft das Bundesarbeitsgericht erst gar nicht, ob die vertraglichen Vereinbarungen eine verbindliche Festlegung enthalten, die Abänderungen im Wege des Direktionsrechts nicht zulassen, sondern setzt diesen Tatbestand als gegeben voraus. Die dort zugrunde liegende Entwicklungsklausel hat es als eine Vereinbarung angesehen, die die Grenzen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts festlegt. Nach Auffassung der Kammer wird den Besonderheiten von Chefarztverträgen damit nicht ausreichend Rechnung getragen.

aa) Die Besonderheit von Chefarztverträgen liegt vor allem darin, dass die Chefarzte den maßgeblichen Anteil ihres diesbezüglichen Einkommens in aller Regel aus den Liquidationsrechten beziehen – als Teil ihrer Vergütung, wie es auch hier in § 6 des Anstellungsvertrages geregelt ist. Es handelt sich dabei um eine vom Arbeitgeber eingeräumte Erwerbschance (vgl. dazu BAG vom 15.09.2011 – 8 AZR 846/09 –), die der Chefarzt quasi in eigener unternehmerischer Betätigung wahrnehmen kann (als „unternehmerähnlicher“ Beschäftigter – so bezeichnet von Bauer/von Medern in NZA 2010, S. 1233 ff.).

Der Vertrag eines Chefarztes, der einen maßgeblichen Anteil seiner Vergütung aus Liquidationseinnahmen bezieht, beinhaltet Elemente, die teilweise schon

gesellschaftsrechtliche (§ 705 BGB) Züge oder auch Elemente eines Pachtvertrages tragen, jedenfalls aber erheblich vom Normalfall eines Arbeitsvertrages abweichen. Das Augenmerk muss deshalb bei der Auslegung eines solchen Vertragswerkes insbesondere auch darauf gerichtet sein, wie diese für einen normalen Anstellungsvertrag eher untypische „quasi unternehmerische“ Zusammenarbeit ausgestaltet worden ist (noch weit entfernter von einem „normalen“ Anstellungsverhältnis ist hier im Übrigen wohl die „Chefarztkonstruktion“, welche im Hinblick auf die Klinik II beklagten gewählt worden ist).

Dabei dürften Reputation und Verdienstmöglichkeiten für einen Chefarzt, der mit einem Krankenhausträger ein Vertragsverhältnis eingeht, in der Regel von ganz erheblicher Bedeutung sein, weshalb es seinen Interessen zuwiderlaufen dürfte, wenn er sich auf ein Vertragswerk einlässt, welches nicht die dafür maßgeblichen, bei Einstellung vorgefundenen Bedingungen verbindlich festschreibt, sondern diese in die einseitige Abänderungsbefugnis des Arbeitgebers im Wege des § 106 GewO stellt, mag deren Ausübung nach der Rechtsprechung auch gewisse Grenzen gesetzt sein.

Dabei sind das Fachgebietsspektrum, die Leitungsaufgaben und die organisatorische Struktur bei einer Klinik, wie der hier in Rede stehenden, einer arbeitsvertraglichen Festlegung auf den bei der Einstellung bestehenden „status quo“ angesichts einer insoweit in aller Regel anzunehmenden Beständigkeit bzw. Konstanz durchaus zugänglich, anders als es im Rahmen einer unternehmerischen Betätigung der Fall wäre, die – wegen der Art des Betätigungsfeldes bzw. aufgrund äußerer Gegebenheiten – einem ständigen Wandel und ständigen Veränderungen mit entsprechendem Anpassungsbedarf unterliegt, bei der im Rahmen der Übertragung diesbezüglicher Leitungsaufgaben die arbeitsvertragliche Festlegung auf einen bestimmten Arbeitsbereich und inhaltliche Konkretisierung desselben kontraproduktiv sein könnte. Auf Seiten des Krankenhausträgers dürfte es deshalb in aller Regel kein Problem sein, sich auf inhaltliche Festlegungen der hier in Rede stehenden Art einzulassen und diese als verbindliche Arbeitsvertragsbedingung mit dem Chefarzt zu vereinbaren, mit der Folge, dass es bei einem entsprechenden Änderungsbedarf u. U. einer Änderungskündigung zu dessen Umsetzung bedarf.

Theoretisch und rechtlich denkbar ist zwar auch, dass ein Krankenhausträger im Rahmen eines Chefarztvertrages mit Liquidationsrechten eine „Garantie“ gibt im Hinblick auf die Beibehaltung des bei Vertragsschluss bestehenden „status quo“, indem er auf die Ausübung bestimmter Befugnisse seiner unternehmerischen Organisationsfreiheit gegenüber dem Chefarzt im Vertrag verbindlich verzichtet (zu dieser Möglichkeit vgl. BAG vom 16.02.2012 – 8 AZR 98/11 – Rz. 23). Eine so weitgehende Bindung arbeitgeberseits dürfte indes wohl kaum jemals vorkommen, würde einem künftigen Änderungsbedarf und der insoweit

notwendigen Flexibilität dann doch nicht mehr angemessen Rechnung getragen werden können.

bb) Der hier streitgegenständliche Vertrag als auch die Nebentätigkeitserlaubnis und der Nutzungsvertrag vom 06.08.2003 deuten ihrem Wortlaut nach darauf hin, dass in die Zuständigkeit des Klägers nicht nur ein rahmenmäßig umschriebenes Aufgaben- bzw. Fachbereichsspektrum gestellt worden ist und innerhalb der Bandbreite dieses Spektrums eine arbeitgeberseitige Konkretisierung bzw. Änderung nach § 106 GewO möglich bleiben sollte. In vielen Bestimmungen und so insbesondere auch in § 3 Ziff. 1 des Anstellungsvertrages, der die Verantwortlichkeit des Chefarztes betrifft, als auch im Nutzungsvertrag in § 1 Ziff. 1, der den Umfang der Bereitstellung von Personal, Räumen, Einrichtungen und Material für den dem Chefarzt übertragenen Nebentätigkeitsbereich betrifft, ist die Rede von „seiner Klinik“, was natürlich keine Eigentumsübertragung, aber eine „feste“ vertraglich bindende Zuständigkeits- und Kompetenzzuweisung indiziert, als auch eine fest umrissene, verbindlich festgelegte Einnahmequelle, nämlich die Liquidationserlöse aus „seiner Klinik“.

cc) Eine diesbezügliche einseitige Abänderungsbefugnis ist in anderen Regelungen der Verträge nicht als vereinbart anzusehen. So ist in § 6 Ziff. 4 des Anstellungsvertrages oder in Ziff. 5 der Nebentätigkeitserlaubnis nur eine (klarstellende) Regelung zum „unternehmerischen Risiko“ des Klägers enthalten, indem die Beklagte in diesen Bestimmungen darauf verweist, dass sie keine Gewähr für den Umfang der Liquidationseinnahmen übernimmt. Anders als in dem vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in der Entscheidung vom 15.10.2010 (9 S 1935/10 – Rz. 8) entschiedenen Fall ist in dem hier in Rede stehenden Vertrag gerade nicht bestimmt worden, dass abgesehen von der Nichtübernahme einer Gewähr für den Umfang der gesonderten berechenbaren ärztlichen Leistungen und für Höhe und Eingang der Einnahmen aus der Ausübung des Liquidationsrechts entsprechendes auch bei organisatorischen Maßnahmen nach einer vereinbarten Entwicklungs- und Anpassungsklausel gelten solle.

Auch in der in § 13 des Anstellungsvertrages enthaltenen Entwicklungsklausel ist ein Recht der Beklagten zu einseitiger Änderungsbefugnis im Wege des Direktionsrechts nach § 106 GewO nicht enthalten. In § 13 sind lediglich eine Vielzahl organisatorischer Maßnahmen benannt, die an sich ohnedies unter die unternehmerische Organisationsfreiheit fallen und damit Rechte der Beklagten beinhaltet, die ihr auch ohne ausdrückliche arbeitsvertragliche Vereinbarung zustehen. Deren Erwähnung macht nur dann Sinn, wenn man zugrunde legt, dass die Parteien den Zuständigkeits- und Nebentätigkeitsbereich verbindlich festgelegt haben. Nur in diesem Falle nämlich besteht ein Klarstellungsbedarf dahingehend, dass die bei Vertragsschluss zugrunde gelegten Klinik- bzw. Ab-

teilungsstrukturen und auch die als Vergütungsbestandteil anzusehenden Verdienstchancen des Klägers durch Liquidationseinnahmen der Höhe nach nicht unabänderlich sind, d.h. eine „Garantie“ für deren Beibehaltung in dem bei Vertragsschluss gegebenen Umfang beklagenseits nicht übernommen werden sollte.

Einen weitergehenden Aussagegehalt vermag die Kammer der Entwicklungsklausel nicht zu entnehmen. Die in § 13 im Einzelnen benannten „strukturellen und organisatorischen Änderungen im Krankenhaus“ setzen entsprechende Unternehmerentscheidungen voraus (in deren Freiheit sich die Beklagte trotz der besonderen Vereinbarungen in diesem Chefarztvertrag in keinsten Weise beschränkt sehen will), ohne dass insoweit dann auch geregelt worden wäre, ob, wann und in welchem Umfang zu welcher arbeitsrechtlichen Maßnahme derartige Unternehmerentscheidungen berechtigen sollen. Denkbar ist insoweit, dass die in § 13 genannten Maßnahmen organisatorische Entscheidungen betreffen, zu deren Umsetzung überhaupt keine arbeitsrechtlichen Maßnahmen gegenüber dem Kläger erforderlich sind, weil es sich bei den organisatorischen Änderungen um solche handelt, die die Rechte und Pflichten des Klägers überhaupt nicht tangieren. Denkbar ist des Weiteren, dass es sich um Organisationsentscheidungen der Beklagten handelt, zu deren Umsetzung der in § 106 GewO gesteckte Rahmen ausreicht. Schließlich kann es sich um organisatorische Maßnahmen handeln, für deren Umsetzung es eines von § 106 GewO nicht mehr gedeckten Eingriffs bzw. einer Änderung der bestehenden vertraglichen Vereinbarung bedarf, d.h. insoweit eine Änderungskündigung erforderlich wäre. Zu denken ist insoweit an erhebliche Erweiterungen oder Einschränkungen des bisherigen Aufgabenspektrums des Chefarztes (mit oder ohne Erweiterungen oder Einschränkungen der Liquidationsmöglichkeiten); Entzug von Kompetenzen bzw. deren Aufteilung unter mehreren Chefarzten etc.

Nicht geregelt wurde entsprechend auch, unter welchen Voraussetzungen organisatorische Änderungsentscheidungen der Beklagten zu arbeitsvertraglichen Maßnahmen gegenüber dem Kläger berechtigen sollen, wobei die wohl weitreichendste Befugnis diejenige wäre, eine organisatorische Änderung zum Anlass zu nehmen, die bisherigen Aufgabeninhalte und/oder Kompetenzen und/oder Liquidationsbefugnisse zu überdenken und ohne unmittelbare Abänderungsnotwendigkeit zu ändern, und die restriktivste Befugnis diejenige wäre, nur solche Änderungen gegenüber dem Kläger vorzunehmen, die unabweislich notwendig sind, um die organisatorische Maßnahme umsetzen zu können.

Auch § 13 Ziff. 2 enthält keine diesbezügliche Regelung – nicht einmal eine Begrenzung auf das für eine evtl. Änderung zulässige Maß ist darin normiert. Im Gegenteil: Selbst wenn eine Änderung zu einem vergütungsrechtlichen Nachteil des Klägers führt, der mehr als 35 % seiner bisherigen durchschnittlichen Ver-

gütung ausmacht, enthält diese Regelung keine Bestimmung zur Durchführbarkeit einer diesbezüglichen arbeitsrechtlichen Maßnahme, sondern setzt diese als gegeben voraus, d.h. geregelt wird nur die Frage evtl. finanzieller Kompensation für den Fall, dass eine diesbezügliche arbeitsrechtliche Maßnahme greift, nicht aber auch, mit welchen Mitteln sie gegenüber dem Kläger durchsetzbar wäre.

Im Ergebnis bleibt festzustellen, dass die hier in Rede stehende Entwicklungsklausel selbst noch keine Regelung zu den Befugnissen und den einzelnen arbeitsrechtlichen Maßnahmen enthält, die im Falle einer der dort genannten organisatorischen Änderungsmaßnahmen erforderlich werden könnten. So gesehen gibt es auch nichts, was eine AGB-Kontrolle unterzogen werden könnte bzw. bei anderer Sichtweise nur etwas, was eine AGB-Kontrolle bereits mangels hinreichender Transparenz nach § 307 BGB nicht standhalten würde. Letzteres entspricht im Übrigen auch der Sichtweise der Beklagten, die vorliegend – insoweit zu Recht – eine Änderungskündigung ausgesprochen hat.

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil angenommen, dass die streitgegenständliche Änderungskündigung unwirksam sei, weil die Mitarbeitervertretung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Die insoweit vom Arbeitsgericht (fälschlicherweise) zugrunde gelegten Bestimmungen des MVG (§§ 38 Abs. 1 Satz 2, 42 lit. b) 41 Abs. 3) entsprechen denjenigen des richtigweise anzuwendenden MVG-EKiR.

Eine Zustimmung der Mitarbeitervertretung nach § 38 Abs. 1 MVG-EKiR zur hier streitgegenständlichen Änderungskündigung liegt unstreitig nicht vor. Auch eine Billigung nach § 38 Abs. 1 MVG-EKiR ist vorliegend nicht anzunehmen, wie so bereits das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat. Daran ändert auch der Inhalt des nunmehr im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgelegten Anhörungsschreibens der Beklagten vom 26.06.2012 nichts. Im Gegenteil: Ausweislich dieses Anhörungsschreibens wurde die Mitarbeitervertretung nicht um Zustimmung zu der geplanten Änderungskündigung ersucht, sondern nur um Stellungnahme gebeten. Von daher hatte sie auch keinen Anlass, über eine Zustimmungserteilung zu beraten und ggf. eine solche zu beschließen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von der durch die Beklagte im Rahmen der Berufungsbegründung in Bezug genommene Entscheidung des BAG vom 24.06.2004 (2 AZR 461/03) und dem dort zugrunde liegenden Sachverhalt. In dem vom BAG entschiedenen Fall ging es um eine „bloße“ Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG und die Frage, wann von einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats ausgegangen werden kann, nicht aber, wie vorliegend, um die Einholung einer Zustimmung und die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie als erteilt gilt, sofern sie denn überhaupt nach § 38 Abs. 2 MVG-EKiR beantragt wurde, wie es vorliegend bereits nicht der Fall war.

Letzteres liegt hier wohl darin begründet, dass die Beklagte der Auffassung ist, dass der Kläger dem § 44 Abs. 2 MVG-EKiR unterfalle, wie sie so auch im Rahmen der Berufungsbegründung vertreten hat. Nach dieser Bestimmung findet eine Beteiligung in Personalangelegenheiten nicht statt bei leitenden Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen, wenn diese Person nach Dienststellung und Dienstvertrag im Wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnimmt, die ihr regelmäßig wegen deren Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung der Einrichtung im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden. Eine Begründung der Beklagten dafür, dass und inwiefern der Kläger die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, d.h. ein entsprechender diesbezüglicher Tatsachenvortrag, fehlt jedoch ganz. Diesbezüglich wurde lediglich darauf verwiesen, dass es „gängige Praxis“ aller Einrichtungen im Geltungsbereich des Mitarbeitervertretungsgesetzes für die Einrichtungen der evangelischen Kirche im Rheinland sei, dass auch Chefärzte zu den Mitarbeitern gezählt würden, die dem Beteiligungsrecht der Mitarbeitervertretungen entzogen seien – was auch bei der Beklagten früher nicht anders gehandhabt worden sei. Dies allein ersetzt den für eine Herausnahme des Klägers nach § 44 Abs. 2 MVG-EKiR erforderlichen Sachvortrag jedoch nicht. Der Berufung der Beklagten konnte nach alledem kein Erfolg beschieden sein.

II.

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels hat die Beklagte zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

III.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG für die Beklagte zuzulassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

REVISION

eingelegt werden.

ür die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

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

Die Revisionschrift **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 Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.

Dr. Stoltenberg



Windfuhr

Hartmann

Ausgefertigt:

[Handwritten signature]
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle