

# BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 615/13

11 Sa 45/12

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

- Kammern Freiburg -

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

5. Juni 2014

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juni 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesar-

beitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Schierle und Dr. Niebler für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 20. Juni 2013 - 11 Sa 45/12 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg - Kammern Offenburg - vom 28. Februar 2012 - 5 Ca 141/11 - insoweit abgeändert, wie es der Änderungsschutzklage gegen die Beklagte stattgegeben hat:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung. 1

Die Beklagte ist Trägerin eines Herzzentrums in Baden-Württemberg. 2  
Der Kläger ist bei ihr und ihrer Rechtsvorgängerin seit 1994 als ärztlicher Direktor und leitender Chefarzt beschäftigt.

In dem zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und dem Kläger geschlossenen „Dienstvertrag“ vom 1. Februar 1994 ist ua. bestimmt: 3

#### **„§ 6 Durchführung der Dienstaufgaben**

...

(2) Gesondert berechenbare wahlärztliche Leistungen erbringt der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt nach Maßgabe der GOÄ in der jeweils gültigen Fassung oder nach freier, vorher schriftlich vereinbarter Honorarvereinbarung.

...

### **§ 8 Vergütung im dienstlichen Aufgabenbereich und Einräumung des Liquidationsrechts**

(1) Der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt erhält für seine Tätigkeit im dienstlichen Aufgabenbereich Bezüge, die wie folgt gegliedert sind:

- a. ...
- b. ...
- c. ...

(2) Der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt erhält

- a. das Liquidationsrecht für die gesondert berechenbaren wahlärztlichen Leistungen bei denjenigen Kranken, die diese Leistungen gewählt, mit dem Krankenhaus vereinbart und in Anspruch genommen haben;
- b. ...

(3) Der Krankenhausträger übernimmt keine Gewähr für den Umfang der Inanspruchnahme gesondert berechenbarer wahlärztlicher Leistungen und für die Höhe und für den Eingang der Einnahmen des ärztlichen Direktors und leitenden Chefarztes aus der Einräumung des Liquidationsrechtes nach Abs. 2; bei Rückgang entsprechender Liquidationseinkünfte entstehen keine Ausgleichsansprüche.

...

### **§ 10 Nutzungsentgelt (Kostenerstattung und Vorteilsausgleich im dienstlichen Aufgabenbereich)**

(1) Der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt ist verpflichtet, an den Krankenhausträger ein Nutzungsentgelt (Kostenerstattung) zu zahlen. Die Einzelheiten bestimmen sich nach folgenden Absätzen.

(2) Kostenerstattung im dienstlichen Aufgabenbereich wird in der Weise vereinbart, daß der Arzt für die liquidationsberechtigten Leistungen (§ 8 Abs. 2) den bei der Ermittlung der Selbstkosten im Kosten- und Leistungsnachweis nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und der Bundespflegesatzverordnung in der jeweils gültigen Fassung oder nach den diese Regelungen ergänzenden oder ersetzenden Bestimmungen einzusetzenden Kostenabzug an den Krankenhausträger zu erstatten hat.

Die Kostenerstattung beträgt derzeit ...

...

(4) Für die Einräumung des Liquidationsrechts leistet der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt dem Krankenhausträger keinen Vorteilsausgleich. An Stelle eines Vorteilsausgleichs stellt der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt 10 % seiner (...) Bruttohonorareinnahmen in einen Mitarbeiterpool ein. Der Anteil des Krankenhausträgers an Zuführungen in den Mitarbeiterpool ist in dessen Ermessen gestellt.

Der hier in Rede stehende Mitarbeiterpool bezieht sich auf die nachgeordneten ärztlichen Mitarbeiter des ärztlichen Direktors und der Abteilung des leitenden Chefarztes. Die Führung des Mitarbeiterpools obliegt dem ärztlichen Direktor und leitenden Chefarzt; die Zuwendungsmodalitäten werden im Benehmen mit dem Krankenhausträger festgelegt.“

Mit Bescheid des Regierungspräsidiums vom 18. Mai 2009 wurde das Herzzentrum gemäß § 7 Abs. 1 und Abs. 4 des Landeskrankenhausgesetzes (LKHG) iVm. § 8 Abs. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 in den Krankenhausplan des Landes Baden-Württemberg aufgenommen. In der Zeit davor hatte die Beklagte die Klinik als Vertragskrankenhaus iSv. § 108 Nr. 3 SGB V betrieben.

4

Die Parteien verhandelten in der Folge über eine Anpassung des Dienstvertrags des Klägers an die in den §§ 34 ff. LKHG vorgesehene Beteiligung ärztlicher Mitarbeiter an den Liquidationserlösen. Sie schlossen im Januar 2011 einen Nachtrag zum Dienstvertrag, der als Frist für eine mögliche Änderungskündigung zum Zwecke dieser Anpassung sieben Monate zum Monatsende bestimmte, sofern die Kündigung bis zum 28. Februar 2011 ausgesprochen würde.

5

Mit Schreiben vom 17. Februar 2011, dem Kläger zugegangen am 27. Februar 2011, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 30. September 2011. Zugleich bot sie dem Kläger an, es ab dem 1. Oktober 2011 unter Änderung von § 10 des Dienstvertrags vom 1. Februar 1994 fortzusetzen. In § 10 sollte den bisherigen Bestimmungen folgender Absatz 5 angefügt werden:

6

„Abweichend von Abs. (4) führt der ärztliche Direktor und leitende Chefarzt an Stelle eines Vorteilsausgleichs zur Sicherstellung einer angemessenen Beteiligung der anderen Krankenhausärzte (ärztlichen Mitarbeiter) Beträge nach Maßgabe der §§ 34 ff. des Landeskrankenhausgesetzes Baden-Württemberg (LKHG) in Verbindung mit der Verordnung über die Mitarbeiterbeteiligung nach dem Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG-MAVO) in der jeweils gültigen Fassung bzw. der diese Regelungen ergänzenden oder ersetzenden Bestimmungen ab, soweit diese Vorschriften auf das Krankenhaus Anwendung finden. Der Krankenhausträger zieht die abzuführenden Beträge vom ärztlichen Direktor und leitenden Chefarzt ein und führt sie dem nach Maßgabe der vorgenannten Vorschriften eingerichteten Pool (Mitarbeiterpool) zu. Das Nähere, insbesondere im Hinblick auf die Führung des Mitarbeiterpools und die Verteilung der Mittel aus dem Mitarbeiterpool an die ärztlichen Mitarbeiter, bestimmt sich nach den in Satz 1 genannten gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften.“

Der Kläger nahm das Änderungsangebot mit Schreiben vom 2. März 2011 unter dem Vorbehalt seiner sozialen Rechtfertigung an. Mit der vorliegenden Klage hat er sich rechtzeitig gegen die Änderung seiner Arbeitsbedingungen gewandt. Der Kläger hat gemeint, die Beklagte sei nicht berechtigt, den Dienstvertrag an die §§ 34 ff. LKHG anzupassen. Die ihm angetragenen Änderungen seien unverhältnismäßig. Außerdem sei das Änderungsangebot nicht hinreichend bestimmt. Im Übrigen sei die Kündigung unwirksam, weil der Betriebsrat nicht angehört worden sei. Nach den ihm eingeräumten Kompetenzen sei er kein leitender Angestellter gewesen. Überdies habe die Beklagte die Kündigungsfrist nicht eingehalten. 7

Der Kläger hat beantragt 8  
festzustellen, dass die Änderung seiner Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 17. Februar 2011 sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, sie sei verpflichtet, die §§ 34 ff. LKHG im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger umzusetzen. Da dieser sich einer vertraglichen Anpassung verwei- 9

gert habe, sei die Änderungskündigung erforderlich gewesen. Das unterbreitete Änderungsangebot beschränke sich auf die Umsetzung der zwingenden gesetzlichen Vorgaben. Eine Anhörung des Betriebsrats sei nicht erforderlich gewesen. Der Kläger sei aufgrund seines Arbeitsvertrags und der tatsächlich eingeräumten Kompetenzen leitender Angestellter gewesen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Die Klage ist unbegründet. Die Änderungskündigung der Beklagten vom 17. Februar 2011 ist wirksam. Sie hat die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien entsprechend dem unterbreiteten Änderungsangebot mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2011 ergänzt. 11

I. Die nach der unter Vorbehalt erklärten Annahme des Änderungsangebots erhobene Änderungsschutzklage ist nicht schon deshalb unbegründet, weil die Änderungskündigung „überflüssig“ gewesen wäre (vgl. dazu BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 25/11 - Rn. 18 ff.; 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - Rn. 12, BAGE 140, 328). Die dem Kläger angetragene Ergänzung des Dienstvertrags galt im Verhältnis zwischen den Parteien nicht schon ungeachtet einer Vertragsänderung. 12

1. Mit der Änderungskündigung verfolgt die Beklagte das Ziel, den Kläger nach Maßgabe der §§ 34 ff. LKHG und der Verordnung über die Mitarbeiterbeteiligung nach dem Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG-MAVO) vertraglich zur Beteiligung der nachgeordneten ärztlichen Mitarbeiter an seinen Liquidationserlösen zu verpflichten - soweit denn diese Vorschriften auf das Krankenhaus Anwendung finden. 13

2. Die Begründung einer solchen vertraglichen Pflicht erforderte eine Vertragsänderung. 14
- a) Nach § 34 Abs. 1, § 35 Abs. 2 Satz 1 LKHG vom 15. Dezember 1986 (*GBI. S. 425*) in der ab dem 20. Oktober 2007 geltenden Fassung (*GBI. 2008 S. 13*) sind von den im stationären Bereich liquidationsberechtigten leitenden Ärzten bis zu 40 vH ihrer Nettoliquidationserlöse zum Zweck einer Beteiligung der nachgeordneten ärztlichen Mitarbeiter an den erzielten Einkünften abzuführen. Das Nähere wird gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 LKHG durch Rechtsverordnung der Landesregierung bestimmt. § 1 Abs. 2 der auf dieser Grundlage erlassenen LKHG-MAVO vom 21. Dezember 1987 (*GBI. S. 735*) sieht vor, dass jenseits eines jährlichen Freibetrags von 21.000,00 Euro und gestaffelt nach der Höhe der Liquidationserlöse 20 bis 50 vH, höchstens jedoch 40 vH des jährlichen Nettoliquidationserlöses abzuführen sind. § 35 Abs. 4 LKHG bestimmt, dass die liquidationsberechtigten Ärzte ihre abzuführenden Beträge jährlich abrechnen. Sie haben ihren Liquidationserlös dem Krankenhausträger unaufgefordert offen zu legen und auf Verlangen weitere Auskünfte zu geben. § 36 LKHG regelt die Verteilung der angesammelten Mittel durch einen vom Krankenhausträger zu bildenden Verteilungsausschuss. 15
- b) Der Kläger war nach § 10 Abs. 4 des Dienstvertrags vom 1. Februar 1994 bislang verpflichtet, 10 vH der Bruttohonorareinnahmen aus dem ihm eingeräumten Liquidationsrecht in einen von ihm geführten Pool zugunsten seiner nachgeordneten ärztlichen Mitarbeiter einzuzahlen. Nach Maßgabe der §§ 34 ff. LKHG hätte er einen deutlich höheren Anteil an seinen Erlösen an einen von der Beklagten und einem Verteilungsausschuss gehaltenen Pool abführen müssen. 16
- c) Dazu war er im Verhältnis zur Beklagten ohne eine Vertragsänderung nicht verpflichtet. 17

aa) Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LKHG gilt zwar das Gesetz und gelten damit auch die §§ 34 ff. LKHG unmittelbar für alle Krankenhäuser, die nach dem Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze in der Fassung vom 10. April 1991 (*Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG, BGBl. I S. 887*) öffentlich gefördert werden. Voraussetzung hierfür ist nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KHG, dass das Krankenhaus in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen ist. Das ist bei dem von der Beklagten betriebenen Herzzentrum mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 der Fall. Auch der Dienstvertrag des Klägers ist vom Anwendungsbereich der §§ 34 ff. LKHG nicht ausgenommen. Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 LKHG ist mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der erstmaligen Einführung einer gesetzlichen Mitarbeiterbeteiligung bestimmt, dass nur die Erfüllung von Verträgen, die vor dem 1. Januar 1976 abgeschlossen wurden, durch die §§ 34 bis 37 nicht berührt wird. Der Dienstvertrag der Parteien wurde erst im Jahre 1994 geschlossen.

18

bb) Die arbeitsvertraglichen Pflichten der liquidationsberechtigten Ärzte mit Verträgen im Anwendungsbereich der §§ 34 ff. LKHG werden aber durch das Gesetz nicht unmittelbar gestaltet (*vgl. Wern Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes S. 153, 154; Quaas/Zuck Medizinrecht 2. Aufl. § 15 Rn. 22; Genzel/Degener-Hencke in Laufs/Kern Handbuch des Arztrechts 4. Aufl. § 87 Rn. 62; Wern in Weth/Thomae/Reichold Arbeitsrecht im Krankenhaus 2. Aufl. Teil 5 B Rn. 14; v. Harbou/Scharpf NZA 2008, 333, 336; A. W. Bender in HK-AKM Stand April 2005 3690 Mitarbeiterbeteiligung Rn. 23, 37; Sieper in Bold/Sieper LKHG BW § 34 Rn. 5, 6*). Das LKHG dient der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser im Interesse einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung (*vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 LKHG; § 1 Abs. 2 Satz 2 KHG*). Es setzt die Vorgaben des KHG auf Landesebene um und gestaltet diese näher aus (*vgl. Bruns ArztR 2003, 204, 205 f.*). Als ein die staatliche Investitionsförderung ausgestaltendes Gesetz regelt es allein das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Krankenhausträger und Staat. Das gilt auch für die Mitarbeiterbeteiligung an Liquidationserlösen gemäß §§ 34 ff. LKHG. Auch diese verfolgt das in § 1 LKHG formulierte Ziel, eine bedarfsgerechte und

19

medizinisch zweckmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sicherzustellen (vgl. *Diets LKHG BW Stand 1988 § 34 Nr. 1*). Dass die §§ 34 ff. LKHG nicht unmittelbar privatrechtsgestaltend wirken, sobald ein Krankenhaus öffentlich gefördert wird, zeigt nicht zuletzt § 37a LKHG. Diese Bestimmung gestattet es, von den Regelungen der §§ 34 bis 36 LKHG über die Beteiligung der nachgeordneten ärztlichen Mitarbeiter abzuweichen, wenn wahlärztliche Leistungen nicht nur von leitenden Krankenhausärzten, sondern auch vom Krankenhaus selbst gesondert berechnet werden. Der Träger einer neu in den Krankenhausplan aufgenommenen Klinik muss demnach nicht zwangsläufig das Modell der Mitarbeiterbeteiligung gemäß §§ 34 bis 36 LKHG in den Verträgen der liquidationsberechtigten Ärzte umsetzen. Er kann sich dafür entscheiden, wahlärztliche Leistungen zumindest teilweise selbst gesondert zu berechnen. In diesem Fall kann er versuchen, die Anpassung der Verträge der bisher allein liquidationsberechtigten Ärzte nach Maßgabe eines von den §§ 34 bis 36 LKHG abweichenden Beteiligungsmodells zu erreichen.

II. Die Änderungsschutzklage ist unbegründet, weil die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß dem Angebot vom 17. Februar 2011 sozial gerechtfertigt ist. Sie ist auch nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam. 20

1. Die dem Kläger mit der Änderungskündigung angetragene Ergänzung der vertraglichen Vereinbarungen ist iSv. § 2 iVm. § 1 Abs. 2 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Die Beklagte war nach der Aufnahme des Herzzentrums in den Krankenhausplan des Landes verpflichtet, eine finanzielle Beteiligung der ärztlichen Mitarbeiter an den Liquidationserlösen des Klägers entsprechend §§ 34 ff. LKHG sicherzustellen, soweit diese Bestimmungen auf das Zentrum Anwendung finden. Würde sie den Kläger zu arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterbeschäftigen, die dazu im Widerspruch stehen, verstieße sie gegen ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten aus dem LKHG. Die dem Kläger angetragene Änderung entfernt sich vom bisherigen Vertragsinhalt nicht weiter als zur Anpassung an das LKHG erforderlich. Das Angebot der Beklagten ist hinreichend bestimmt. 21

- a) Eine Änderung der Arbeitsbedingungen iSv. § 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn das Änderungsangebot des Arbeitgebers durch Gründe iSd. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist und sich darauf beschränkt, solche Änderungen vorzusehen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (*BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 24; 20. Juni 2013 - 2 AZR 396/12 - Rn. 16*). 22
- aa) Ein dringendes betriebliches Änderungserfordernis iSv. §§ 2, 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG kommt in Betracht, wenn das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Bedingungen entfallen ist. Dies kann auf Umständen beruhen, die einem Wegfall der Geschäftsgrundlage gleichkommen. In diesem Fall können die dafür geltenden Grundsätze zu berücksichtigen sein (*zur Anpassung von Altverträgen an die Kostenerstattungspflicht nach § 11 Abs. 1 Satz 1 der Bundespflegesatzverordnung vom 21. August 1985 vgl. BAG 25. Februar 1988 - 2 AZR 346/87 - zu A III 3 b der Gründe, BAGE 57, 344; vgl. ferner Besgen/Wallhäuser Krankenhausarbeitsrecht Kapitel 4 Rn. 51; A. W. Bender in HK-AKM Stand April 2010 3420 Liquidationsrecht Rn. 42*). Das Kündigungsrecht ist zwar gegenüber einer Anpassung nach § 313 BGB *lex specialis* (*BAG 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 32; 12. Januar 2006 - 2 AZR 126/05 - Rn. 29*). Das bedeutet aber nicht, dass Tatbestände, die zu einer Störung oder dem Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt haben, in kündigungsrechtlicher Hinsicht außer Betracht bleiben müssten. Derartige Sachverhalte sind im Rahmen der §§ 2, 1 Abs. 2 KSchG zu würdigen (*BAG 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - aaO*). Nach § 313 BGB ist ein Vertrag anzupassen, wenn sich Umstände, die zu seiner Grundlage geworden sind, schwerwiegend verändert haben. Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen einer Vertragspartei vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (*BAG 11. Juli 2012 - 2 AZR 42/11 - Rn. 32; 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 34; BGH 8. Februar 2006 - VIII ZR 304/04 - zu II 1 a der Gründe*). Voraussetzung für eine Vertragsanpassung ist, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die 23

Änderung vorausgesehen hätten, und einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (*BAG 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - aaO; vgl. auch 29. Januar 2008 - 3 AZR 42/06 - Rn. 58*). Auch Gesetzesänderungen können die Geschäftsgrundlage eines Vertrags so verändern, dass Leistung und Gegenleistung nicht mehr in dem zuvor vereinbarten Verhältnis stehen und die vertraglichen Absprachen nach den Regeln über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage anzupassen sind (*BAG 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - aaO; 25. Juli 1990 - 5 AZR 394/89 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 65, 290*). Das gilt gleichermaßen, wenn sich die für die Anwendbarkeit gesetzlicher Bestimmungen maßgeblichen Umstände grundlegend geändert haben.

bb) Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise akzeptieren muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beurteilen. Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle vorgesehenen Änderungen vorliegen. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung. Die angebotenen Änderungen dürfen sich von deren Inhalt nicht weiter entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist (*BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 24; 20. Juni 2013 - 2 AZR 396/12 - Rn. 17*). 24

cc) Das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot muss konkret gefasst, dh. eindeutig bestimmt, zumindest bestimmbar sein (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 396/12 - Rn. 18; 29. September 2011 - 2 AZR 523/10 - Rn. 29*). Für den Arbeitnehmer muss ohne Weiteres klar sein, welche Vertragsbedingungen zukünftig gelten sollen (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 396/12 - aaO; 29. September 2011 - 2 AZR 523/10 - aaO*). 25

- b) Danach ist die Änderungskündigung vom 17. Februar 2011 aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt iSv. §§ 2, 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. 26
- aa) Bei Vertragsschluss im Jahre 1994 unterlag die Klinik nicht dem LKHG. Sie wurde zu dieser Zeit als Krankenhaus mit Versorgungsvertrag gemäß § 108 Nr. 3 SGB V betrieben. Geschäftsgrundlage der bisherigen vertraglichen Regelungen der Parteien zum Liquidationsrecht des Klägers war dementsprechend, dass das LKHG auf das von der Beklagten getragene Herzzentrum keine Anwendung fand. Hierauf baute der Geschäftswille der Vertragsparteien auf. Anderenfalls hätten diese nicht entgegen §§ 34 ff. LKHG eine Pflicht des Klägers zur Abführung eines Anteils in Höhe von lediglich 10 vH seiner Liquidationserlöse an einen ausschließlich von ihm zu führenden Mitarbeiterpool geregelt. 27
- bb) Diese Geschäftsgrundlage ist weggefallen, seitdem das von der Beklagten getragene Herzzentrum den Bestimmungen des LKHG unterfällt. 28
- (1) Die Beklagte ist seit diesem Zeitpunkt verpflichtet sicherzustellen, dass die gesetzlich vorgesehene Mitarbeiterbeteiligung, soweit die §§ 34 ff. LKHG auf das Krankenhaus Anwendung finden, in den Verträgen mit ihren liquidationsberechtigten Ärzten - erforderlichenfalls durch Änderungskündigung - umgesetzt wird (vgl. *Quaas/Zuck Medizinrecht 2. Aufl. § 15 Rn. 24 mwN*). Das Regierungspräsidium kann gemäß § 39 Abs. 2 LKHG überprüfen, ob das Krankenhaus seinen Verpflichtungen zur Mitarbeiterbeteiligung gemäß §§ 34 ff. LKHG nachkommt und widrigenfalls die erforderlichen Anordnungen treffen. Der Beklagten drohte überdies die Inanspruchnahme auf Zahlung von Schadensersatz durch die nachgeordneten Ärzte, würde sie die gesetzlichen Vorgaben zur Mitarbeiterbeteiligung im Verhältnis zu den liquidationsberechtigten Ärzten nicht umsetzen. Zwar sind die Krankenhausträger gemäß § 53 Abs. 1 Satz 3 LKHG nur verpflichtet, bestehende Verträge „im Rahmen der vertraglichen Möglichkeiten“ den gesetzlichen Bestimmungen anzupassen. Diese Bestimmung findet auf das Vertragsverhältnis mit dem Kläger aber keine Anwendung. Sie betrifft ausschließlich Verträge, die vor dem 1. Januar 1976 29

geschlossen wurden. Diese werden nach § 53 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 LKHG von den §§ 34 bis 37 LKHG nicht berührt.

(2) Die den Krankenhausträgern in §§ 34 ff. LKHG auferlegte Verpflichtung, eine Mitarbeiterbeteiligung in der dort vorgesehenen Form sicherzustellen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. 30

(a) Die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser ist gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. In diesem Bereich haben nach Art. 72 Abs. 1 GG die Länder die Gesetzgebungskompetenz, soweit der Bund von seiner - gemäß Art. 72 Abs. 2 GG an nähere Voraussetzungen geknüpften - Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG umfasst die Einkünfte des Personals, soweit es um Fragen der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser geht (*Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts 3. Aufl. § 135 Rn. 269; Pestalozza in v. Mangoldt/Klein GG 3. Aufl. Art. 74 Rn. 1394; Stettner in Dreier GG 2. Aufl. Art. 74 Rn. 95*). Dazu gehört die Mitarbeiterbeteiligung gemäß §§ 34 ff. LKHG. Auch diese zielt auf eine wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser unter Gewährleistung einer bedarfsgerechten Versorgung der Patienten durch eine reibungslose, vertrauensvolle und kollegiale Zusammenarbeit des ärztlichen Personals (*vgl. BVerfG 7. November 1979 - 2 BvR 513/73 ua. - zu C II 1 a der Gründe, BVerfGE 52, 303; Dietz LKHG BW Stand 1988 § 34 Nr. 1*). Der Bund hat mit dem KHG und dem Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz - KHEntgG) vom 23. April 2002 (*BGBl. I S. 1412*) keine abschließenden Regelungen zur Krankenhausfinanzierung getroffen. Das KHG regelt lediglich die Grundsätze der Investitionsförderung, das Nähere wird gemäß § 11 KHG durch Landesrecht bestimmt. Nach § 19 Abs. 5 KHEntgG werden durch die Vorschriften zur Kostenerstattung in § 19 Abs. 1 bis Abs. 4 KHEntgG anderweitige Abgaben der liquidationsberechtigten Ärzte nicht berührt. 31

(b) Die gesetzliche Verpflichtung der Krankenhausträger, eine Mitarbeiterbeteiligung an Liquidationserlösen gemäß §§ 34 ff. LKHG sicherzustellen, soweit diese Vorschriften Anwendung finden, verletzt die liquidationsberechtigten Ärzte nicht in ihren Grundrechten. 32

(aa) Ihre Erwerbschancen aus dem Liquidationsrecht unterfallen als solche schon dem Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG nicht. Der Eigentumsschutz nach Art. 14 GG umfasst lediglich das Erworbene und seine freie Verfügbarkeit. Bloße Gewinnchancen fallen nicht unter Art. 14 GG (vgl. BVerfG 18. März 1970 - 2 BvO 1/65 - zu B II 3 a der Gründe, BVerfGE 28, 119; 20. April 1966 - 1 BvR 20/62 ua. - zu II 5 der Gründe, BVerfGE 20, 31). Auch die Auferlegung von Geldleistungspflichten lässt die Garantie des Eigentums grundsätzlich unberührt (BVerfG 18. März 1970 - 2 BvO 1/65 - aaO; 14. Mai 1968 - 2 BvR 544/63 - zu C III der Gründe, BVerfGE 23, 288). Ein Verstoß gegen Art. 14 GG kann allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Geldleistungspflichten den Pflichtigen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen, also eine Konfiskation darstellen würden (BVerfGE 14. Mai 1968 - 2 BvR 544/63 - aaO; 24. Juli 1962 - 2 BvL 15/61 ua. - zu B II 5 a der Gründe, BVerfGE 14, 221). Das ist bei der gesetzlichen Mitarbeiterbeteiligung an Liquidationseinkünften nach §§ 34 ff. LKHG nicht der Fall. Dem liquidationsberechtigten Arzt verbleiben danach mindestens 60 vH seiner Nettoliquidationserlöse zuzüglich des jährlichen Freibetrags von 21.000,00 Euro. 33

(bb) Soweit die Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG bzw. die Vertragsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG betroffen sind, weil Plankrankenhäuser - solange sie nicht auch selbst wahlärztliche Leistungen gesondert berechnen - das Liquidationsrecht ihren leitenden Ärzten nur nach Maßgabe der §§ 34 ff. LKHG einräumen dürfen, ist dies durch vernünftige, auf das Gemeinwohl bedachte Erwägungen gerechtfertigt und bedeutet keine unzumutbare oder übermäßig belastende Auflage (zur finanziellen Beteiligung der ärztlichen Mitarbeiter an Liquidationseinnahmen leitender Ärzte nach § 20 des Landesgesetzes zur Reform des Krankenhauswesens in Rheinland-Pfalz vom 29. Juni 1973 vgl. BVerfG 7. November 1979 - 2 BvR 513/73 ua. - zu C II 2 a 34

der Gründe, BVerfGE 52, 303). Das Ziel, eine Steigerung der Leistungsfähigkeit der öffentlich geförderten Krankenhäuser auch dadurch sicherzustellen, dass befähigtem ärztlichen Nachwuchs durch einen Einkommensausgleich in Bezug auf die Liquidationseinnahmen ein höherer Anreiz für die Tätigkeit im Krankenhaus geboten wird, hat Vorrang gegenüber dem Interesse der liquidationsberechtigten Ärzte an ungeschmälernten Einnahmen (vgl. BVerfG 7. November 1979 - 2 BvR 513/73 ua. - aaO). Unbeschadet der herausgehobenen und verantwortlichen Stellung der leitenden Ärzte tragen auch die nachgeordneten Ärzte in erheblicher Weise zu einer bedarfsgerechten medizinischen Versorgung bei (vgl. BVerfG 7. November 1979 - 2 BvR 513/73 ua. - zu C II 1 a der Gründe, aaO). Leitende Ärzte könnten ihre Aufgabe nicht ohne die Hilfe ihrer ärztlichen Mitarbeiter erfüllen, sei es, dass diese im liquidationsberechtigten Bereich mit tätig sind, sei es, dass sie im allgemeinen Bereich die Voraussetzungen dafür schaffen, dass der liquidationsberechtigte Bereich ärztlich versorgt werden kann (vgl. Begründung des Entwurfs eines Krankenhausgesetzes für das Land Baden-Württemberg vom 12. Februar 1974, LT-Drs. 6/4390 S. 19 f.; v. Harbou/Scharpf NZA 2008, 333, 334; Luxenburger Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte S. 370). So entsprach es schon bisher der standesrechtlichen Pflicht der liquidationsberechtigten Ärzte, die nachgeordneten Ärzte angemessen an ihren Liquidationseinkünften zu beteiligen (BVerfG 7. November 1979 - 2 BvR 513/73 ua. - aaO). § 36 Abs. 4 LKHG sieht überdies ausdrücklich einen Rückfluss aus dem Mitarbeiterpool an den Chefarzt vor, sofern durch eine Verteilung der angesammelten Mittel an die ärztlichen Mitarbeiter ein offensichtliches Missverhältnis zu Leistung und Einkommen der liquidationsberechtigten Ärzte entsteht. Durch diese Regelung werden Härten für die abführungsverpflichteten Ärzte vermieden (Ungerer in Dietz LKHG BW Stand September 2008 § 36 Nr. 5).

cc) Das Festhalten am unveränderten Vertrag mit dem Kläger war der Beklagten angesichts dessen nicht zumutbar. Der bisherige Dienstvertrag sah in § 10 Abs. 4 eine Pflicht zur Abführung von lediglich 10 vH der Liquidationseinkünfte des Klägers an einen von ihm zu führenden Mitarbeiterpool vor. Das stand - soweit diese Bestimmungen nach Aufnahme des von der Beklagten

35

getragenen Herzzentrums in den Landeskrankenhausplan auf das Zentrum Anwendung finden - nicht mehr im Einklang mit der gemäß §§ 34 ff. LKHG vorgesehenen Mitarbeiterbeteiligung. Die Beklagte war als Trägerin eines öffentlich geförderten Krankenhauses zu einer entsprechenden Anpassung der vertraglichen Rahmenbedingungen des dem Kläger eingeräumten Liquidationsrechts verpflichtet.

dd) Die dem Kläger angetragene Änderung der Arbeitsbedingungen ist nicht unverhältnismäßig. Sie entfernt sich - unter Berücksichtigung der gesetzlichen und vertraglichen Risikoverteilung - nicht weiter von der bisherigen vertraglichen Regelung, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist. 36

(1) Das Änderungsangebot beschränkt sich auf eine Ergänzung der vertraglichen Regelungen um die gesetzlich nach §§ 34 ff. LKHG vorgesehenen Maßgaben zur Mitarbeiterbeteiligung, soweit diese auf das Herzzentrum Anwendung finden. Damit ist dem Umstand Rechnung getragen, dass die Voraussetzungen für die Geltung der §§ 34 ff. LKHG auch wieder entfallen können. So könnte die Klinik aus dem Krankenhausplan wieder gestrichen werden. Unabhängig davon könnte die Maßgeblichkeit der §§ 34 bis 36 LKHG für die Mitarbeiterbeteiligung entfallen, falls die Voraussetzungen für ein anderes Beteiligungsmodell nach § 37a LKHG geschaffen würden. 37

(2) Soweit die §§ 34 ff. LKHG auf das Krankenhaus Anwendung finden, sollen mit der dem Kläger angetragenen Ergänzung der Vertragsbedingungen ausschließlich die gesetzlichen Vorgaben umgesetzt werden. Die Beklagte hat dem Kläger keine darüber hinaus gehenden Änderungen angetragen. Seine Ansprüche auf die von seinen Liquidationserlösen unabhängige Grundvergütung und die Gewinnbeteiligung werden nicht berührt. Ebenso verbleibt es dabei, dass der Kläger an die Beklagte - neben den an den Mitarbeiterpool abzuführenden Beträgen - keinen Vorteilsausgleich zahlen muss. 38

- (3) Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit musste sich die Beklagte nicht auf ein weniger einschneidendes Änderungsangebot beschränken. 39
- (a) Allerdings wäre auch eine Änderung der bisher allein den leitenden Ärzten eingeräumten Liquidationsrechte in Betracht gekommen. Die Beklagte als Krankenhausträger hätte wahlärztliche Leistungen künftig zumindest teilweise selbst gesondert berechnen können. In diesem Fall wäre nach § 37a LKHG eine von den Regelungen der §§ 34 ff. LKHG abweichende Mitarbeiterbeteiligung an den Einkünften der leitenden Ärzte aus wahlärztlichen Leistungen möglich gewesen (*vgl. zu den näheren Voraussetzungen Ungerer in Dietz LKHG BW Stand September 2008 § 37a Nr. 2*). Die Beklagte war jedoch in ihrer Entscheidung frei, wahlärztliche Leistungen weiterhin nicht selbst gesondert zu berechnen. Ob ein Modellwechsel mit Blick auf die bisher den leitenden Ärzten eingeräumten Liquidationsrechte überhaupt umsetzbar gewesen wäre, kann deshalb dahinstehen. Im Zeitpunkt der Änderungskündigung lagen die Voraussetzungen nach § 37a LKHG für eine von den §§ 34 bis 36 LKHG abweichende Regelung über die Beteiligung der ärztlichen Mitarbeiter - auch nach dem Vorbringen des Klägers - nicht vor. 40
- (b) Die Beklagte war nicht verpflichtet, dem Kläger zum Ausgleich für die höhere Beteiligung der Mitarbeiter einen finanziellen Ausgleich zu gewähren. 41
- (aa) Die gesetzliche Verteilungsregelung ist klar. Die ärztlichen Mitarbeiter sollen an den Erlösen der leitenden Chefarzte beteiligt werden. Eine Verpflichtung der Krankenhausträger, sich hieraus ergebende Mindereinnahmen der liquidationsberechtigten Ärzte finanziell auszugleichen, sehen die §§ 34 ff. LKHG nicht vor. Damit wäre zudem die Gefahr einer Kostensteigerung verbunden, die dem Ziel einer wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser zuwiderliefe. 42
- (bb) Aus der vertraglichen Risikoverteilung folgt nichts anderes. Die Beklagte hat nach § 8 Abs. 3 des Dienstvertrags vom 1. Februar 1994 eine Gewähr für die Höhe der Liquidationserlöse des Klägers ausdrücklich nicht übernommen. Bei einem Rückgang entstehen keinerlei Ausgleichsansprüche des Klägers. 43

Diese Regelung betrifft zwar unmittelbar nur den Umfang der Inanspruchnahme gesondert berechenbarer wahlärztlicher Leistungen durch die Patienten sowie die Höhe und den Eingang der Einnahmen, nicht auch die Höhe der an die Mitarbeiter abzuführenden Anteile. Dazu haben die Parteien vielmehr in § 10 Abs. 4 des Dienstvertrags eine eigene Regelung getroffen. Dem Vertrag ist aber umgekehrt nicht etwa zu entnehmen, es habe die Beklagte das Risiko zu tragen, dass eine gesetzliche Pflicht zu einer höheren Beteiligung der ärztlichen Mitarbeiter an den Liquidationserlösen des Klägers zur Anwendung käme. Der Ausschluss von Ausgleichsansprüchen in § 8 Abs. 3 und die Formulierung in § 10 Abs. 2 des Dienstvertrags, die Kostenerstattung betrage „derzeit“ eine bestimmte Höhe, sprechen vielmehr für die Vorstellung der Parteien, es solle ggf. der Kläger das Risiko einer Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen des Liquidationsrechts tragen. Sie haben dies offenbar lediglich insoweit ausdrücklich geregelt, wie ihnen die Möglichkeit von Veränderungen bewusst war. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Regelung in § 10 Abs. 4 Satz 3 des Dienstvertrags. Danach war der Anteil der Beklagten an Zuführungen in den Mitarbeiterpool in ihr Ermessen gestellt und freiwillig. Entgegen der Auffassung des Klägers folgt daraus gerade nicht, dass die Beklagte ihm im Falle einer gesetzlichen Erhöhung der abzuführenden Liquidationsanteile einen Ausgleich zu leisten habe.

(cc) Soweit das Landesarbeitsgericht auf die Vorteile verwiesen hat, die sich für die Beklagte durch die Aufnahme des Herzzentrums in den Krankenhausplan ergeben, ist ein Ausgleich aus diesen Mitteln ausgeschlossen. Die öffentliche Förderung ist gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 LKHG zweckgebunden und dient nicht dem Ausgleich von Mindereinnahmen der liquidationsberechtigten Ärzte. Eine Übernahme der vom Kläger an den Mitarbeiterpool abzuführenden Anteile aus den Fördermitteln kommt nicht in Betracht. 44

(dd) Die Kostenerstattung für die nach § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 der Bundespflegesatzverordnung (BPfIV) in der bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung nicht pflegesatzfähigen Kosten nach § 10 Abs. 2 des Dienstvertrags ist unabhängig von der Höhe der Mitarbeiterbeteiligung. Der Kläger kann deshalb 45

auch hieraus keinen Ausgleichsanspruch ableiten. Die Kostenerstattung mindert gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 LKHG lediglich ihrerseits seine Nettoliquidationseinkünfte, aus denen die Mitarbeiterbeteiligung zu berechnen ist.

(ee) Soweit sich die Beklagte mit dem kardiologischen Chefarzt auf einen finanziellen Ausgleich geeinigt hat, hat der Kläger eine Ungleichbehandlung bezogen auf das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot nicht dargelegt. Die Beklagte hat mit diesem Arzt eine einvernehmliche Regelung erst getroffen, nachdem sie auch ihm gegenüber eine Änderungskündigung ausgesprochen hatte. Soweit der Kläger eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu dem weiterhin beschäftigten Chefanästhesisten geltend macht, handelt es sich um neuen Sachvortrag. Damit kann er gemäß § 559 Abs. 1 ZPO im Revisionsverfahren nicht mehr gehört werden.

46

ee) Die Grundsätze zur sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung, mit der eine Entgeltreduzierung herbeigeführt werden soll (*vgl. dazu BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 396/12 - Rn. 31; 26. Juni 2008 - 2 AZR 139/07 - Rn. 20*), sind im Streitfall nicht maßgeblich. Die Beklagte erstrebt nicht die Herabsetzung einer eigenen Leistung. Bei den Liquidationserlösen des Klägers handelt es sich um Leistungen der Patienten bzw. ihrer Versicherer (*vgl. Ungerer in Dietz LKHG BW Stand September 2008 § 34 Nr. 3*). Die Beklagte hat dem Kläger lediglich das Recht eingeräumt, diese Leistungen selbst abzurechnen und zu liquidieren. Selbst wenn das Verschaffen dieser Verdienstmöglichkeit nach den Vereinbarungen der Parteien eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende „Vergütung“ für die vom Kläger zu erbringende Hauptleistung sein sollte (*zur Bedeutung der vertraglichen Vereinbarungen für den Entgeltcharakter des Liquidationsrechts vgl. BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 34; 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - zu II 1 b der Gründe; Wern Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes S. 194 f.; ErfK/Preis 14. Aufl. § 611 BGB Rn. 518*), soll das Liquidationsrecht als solches durch die Änderungskündigung nicht beschränkt werden. Diese soll lediglich den gesetzlichen Abführungspflichten, soweit sie auf das Krankenhaus Anwendung finden, auch im Vertragsverhältnis der Parteien Geltung verschaffen.

47

- ff) Das Änderungsangebot ist hinreichend bestimmt. Die arbeitsvertragliche Pflicht des Klägers zur Abführung der Liquidationserlöse soll den Regelungen der §§ 34 ff. LKHG und der LKHG-MAVO entsprechen, soweit diese Bestimmungen auf das Krankenhaus Anwendung finden. Das Angebot macht damit hinreichend deutlich, welche Arbeitsbedingungen künftig gelten sollen. Es unterliegt auch keinem Zweifel, dass der mit diesem Inhalt vorgesehene § 10 Abs. 5 des Dienstvertrags für die Dauer der Anwendbarkeit der §§ 34 ff. LKHG an die Stelle der Regelung in § 10 Abs. 4 des Dienstvertrags treten soll. 48
2. Die Änderung der Arbeitsbedingungen ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG rechtsunwirksam. Dies gilt unabhängig davon, inwiefern die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer Änderungskündigung auch im Rahmen einer bloßen Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG der Überprüfung unterliegt. Der Betriebsrat musste im Streitfall nicht beteiligt werden. Der Kläger war leitender Angestellter iSv. § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG und damit kein Arbeitnehmer iSd. § 5 Abs. 1 BetrVG. 49
- a) Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG ist leitender Angestellter, wer nach seinem Arbeitsvertrag und seiner Stellung im Unternehmen oder Betrieb regelmäßig Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und für die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst. 50
- b) Voraussetzung für die Wahrnehmung einer unternehmerischen (Teil-)Aufgabe in diesem Sinne ist es, dass dem leitenden Angestellten rechtlich und tatsächlich ein eigener und erheblicher Entscheidungsspielraum zur Verfügung steht und er kraft seiner leitenden Funktion maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensführung ausübt. Dieser nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG erforderliche Einfluss auf die Unternehmensführung kann darin bestehen, dass der leitende Angestellte selbst die Entscheidungen trifft, aber auch darin, dass er kraft seiner Schlüsselposition Entscheidungsvoraussetzungen schafft, an denen die Unternehmensleitung nicht vorbeigehen kann. Der maßgebliche 51

Einfluss fehlt, wenn der Angestellte nur bei der rein arbeitstechnischen, vorbestimmten Durchführung unternehmerischer Entscheidungen eingeschaltet wird, etwa im Rahmen von Aufsichts- oder Überwachungsfunktionen. Erforderlich ist im Übrigen, dass die unternehmerische Aufgabenstellung mit Entscheidungsspielraum die Tätigkeit des leitenden Angestellten prägt, dh. als deren Schwerpunkt bestimmt (*BAG 5. Mai 2010 - 7 ABR 97/08 - Rn. 13*). Ob ein Chefarzt nach diesen Grundsätzen leitender Angestellter iSv. § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Erforderlich ist, dass er nach dem Arbeitsvertrag und der tatsächlichen Stellung in der Klinik der Leitungs- und Führungsebene zuzurechnen ist und unternehmens- oder betriebsleitende Entscheidungen entweder selbst trifft oder maßgeblich vorbereitet (*BAG 5. Mai 2010 - 7 ABR 97/08 - Rn. 17*).

c) Diese Voraussetzungen waren beim Kläger gegeben. Aufgrund seiner Stellung als ärztlicher Direktor des Herzzentrums übte er maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensführung aus. Er gehörte neben dem kaufmännischen Direktor der obersten Leitungsebene unterhalb der Geschäftsführung an. Der Kläger war nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Dienstvertrags nicht nur in der ihm als Chefarzt unterstellten Abteilung, sondern im gesamten Krankenhaus verantwortlich für einen geordneten Dienstbetrieb im ärztlichen Bereich und die allgemeine Hygiene. Er hatte nach § 4 Abs. 3 des Dienstvertrags, sofern erforderlich, an den Sitzungen des Verwaltungsrats teilzunehmen und die Beklagte in ärztlichen Angelegenheiten zu beraten. Diese war nach § 2 Abs. 1 Satz 3 des Dienstvertrags verpflichtet, Entscheidungen, die andere Bereiche betrafen, in seinem Benehmen zu treffen. Gemäß § 7 Abs. 1 des Vertrags hatte sie auch bei der Erstellung des Stellenplans das Benehmen mit dem Kläger herzustellen. Dass das Vertragsverhältnis tatsächlich anders durchgeführt worden wäre, hat der Kläger nicht behauptet. Die unternehmerische Führung des Krankenhauses war danach ohne dessen maßgebliche Mitwirkung nicht möglich, selbst wenn er unternehmens- oder betriebsleitende Entscheidungen nicht allein treffen konnte. Auf das Maß seines Einflusses bei konkreten Personalmaßnahmen kommt es daneben nicht an.

52

- III. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die gesetzliche und vertragliche Kündigungsfrist sei gewahrt, greift der Kläger nicht an. Für eine Fristunterschreitung gibt es auch objektiv keine Anhaltspunkte. Die Kündigung zum 30. September 2011 verbunden mit dem Angebot einer Weiterbeschäftigung zu den geänderten Bedingungen ab 1. Oktober 2011 ist dem Kläger am 27. Februar 2011 zugegangen. Damit ist die im Nachtrag vom 28. Januar 2011 vertraglich vereinbarte Frist von sieben Monaten zum Monatsende eingehalten. 53
- IV. Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO der Kläger zu tragen. 54

Kreft

Koch

Rachor

K. Schierle

Niebler