

Aktenzeichen: 2 AZR 208/03
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Juni 2004
- 2 AZR 208/03 -

I. Arbeitsgericht
Braunschweig

Urteil vom 22. Februar 2002
- 3 Ca 441/01 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 29. Januar 2003
- 15 Sa 456/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche betriebsbedingte Kündigung

Gesetze:

KSchG § 1, ZPO § 50, NdsPersVG § 75 Abs. 1 Nr. 13

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Parallelsache zu: 2 AZR 216/03 bis 2 AZR 221/03



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 208/03
15 Sa 456/02
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Juni 2004

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

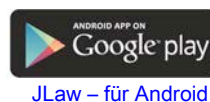
pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2004 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Schierle für Recht erkannt:



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



Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 29. Januar 2003 - 15 Sa 456/02 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Streitwert: 29.450,41 Euro.

Tatbestand

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen und in diesem Zusammenhang um die Frage, ob zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis besteht. Außerdem verlangt der Kläger, von der Beklagten zu 2) beschäftigt zu werden.

Die Beklagte zu 1) - über deren Rechtscharakter die Parteien streiten - ist das Institut für Erdöl- und Erdgasforschung (IfE), das bis zu seiner durch Gesetz erfolgten Auflösung seinen Sitz in Clausthal-Zellerfeld in Niedersachsen hatte. Beklagte zu 2) ist das Land Niedersachsen.

Der im Jahre 1949 geborene, verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger trat am 15. Dezember 1989 in die Dienste der Beklagten zu 1). Der Kläger ist promovierter und habilitierter Chemiker mit der Fachrichtung anorganische Chemie. Er war als Leiter der Forschungsabteilung „Chemie der Erdöl- / Erdgasgewinnung“ beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Bundesangestelltentarifvertrag Anwendung. Der Kläger erhielt zuletzt Vergütung nach der Vergütungsgruppe I a BAT.

Die Beklagte zu 1) ist aus dem im Jahr 1926 an der Technischen Hochschule Hannover errichteten Institut für Erdölforschung hervorgegangen. Dieses Institut wurde 1943 zum Reichsinstitut für Erdölforschung umgeschaffen und nach Kriegsende vom Land Niedersachsen, der Beklagten zu 2), verwaltet. Durch Beschluss des Niedersächsischen Landesministeriums (Kabinett) wurden ihm mit Wirkung vom 1. September 1956 die Rechte einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts verliehen. Ab 1977 wurde das Institut von Bund und Ländern gemeinsam finanziert, wobei die Beklagte zu 2) aufgrund der Sitzlandquote zuletzt rund 39 % des Zuschussbedarfs trug. Im Jahre 1997 wurde das Ausscheiden der Beklagten zu 1) aus der gemeinsamen Förderung beschlossen. Am 18. Mai 2001 verabschiedete der Niedersächsische Landtag das Gesetz über die Auflösung des Instituts für Erdöl- und Erdgasforschung (IfE-Auflösungsgesetz). Es hat folgenden Wortlaut:



„§ 1

Auflösung des Instituts für Erdöl- und Erdgasforschung

Das Institut für Erdöl- und Erdgasforschung in Clausthal-Zellerfeld wird mit Ablauf des 31.12.2001 aufgelöst.

§ 2

Abwicklung

(1) Die bis zum Zeitpunkt der Auflösung anfallenden Aufgaben der Abwicklung werden vom Institut für Erdöl- und Erdgasforschung wahrgenommen. Die nach diesem Zeitpunkt noch verbleibenden Aufgaben werden vom Land abgewickelt.

(2) Neue Beamtenverhältnisse dürfen nicht mehr begründet werden.

§ 3

Vermögen

Alle Vermögensgegenstände (einschließlich Forderungen und Verbindlichkeiten) des Instituts für Erdöl- und Erdgasforschung gehen zum Auflösungszeitpunkt auf das Land über.

§ 4

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.“

Bei der Beklagten zu 1) existierte neben drei Forschungsabteilungen eine Abteilung „Motorische Schmierstoffprüfung“ (MOT oder SB genannt). Diese Abteilung war im Wesentlichen mit der entgeltlichen Qualitätskontrolle beschäftigt. Mit Vertrag vom 25. September 2000 zwischen der Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) übernahm die Technische Universität Clausthal diese Abteilung nebst ihr zugeordneten Arbeitnehmern zum 1. Januar 2001, wobei die Beklagte zu 1) der Technischen Universität die Nutzung der Räumlichkeiten der Abteilung gestattete. Bei der Technischen Universität wurde die Abteilung in das Institut für Tribologie und Energieumwandlung eingegliedert.

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des IfE-Auflösungsgesetzes am 19. Mai 2001 waren von 53 Arbeitnehmern, die noch im Jahre 1998 im IfE beschäftigt worden waren, 11 Arbeitnehmer verblieben, darunter der Kläger. Mit Schreiben vom 13. Juni 2001 wandte sich der Direktor der Beklagten zu 1) an den einköpfigen Personalrat des IfE



zur Herstellung des Benehmens wegen der Auflösung des IfE auf Grund des IfE-Auflösungsgesetzes. Der Personalrat verweigerte das Benehmen mit Schreiben vom 27. Juni 2001. Mit Schreiben vom 5. Juli 2001 teilte der Direktor dem Personalrat mit, dass auf Grund des IfE-Auflösungsgesetzes das IfE gleichwohl aufgelöst werde.

Mit weiterem Schreiben vom 13. Juni 2001 hatte sich der Direktor der Beklagten 1) an den Personalrat wegen der beabsichtigten Kündigung der verbliebenen 11 Arbeitnehmer zum 31. Dezember 2001 gewandt. Mit Schreiben vom 27. Juni 2001 widersprach der Personalrat der Kündigung des Klägers. Gleichwohl sprach der Direktor namens der Beklagten zu 1) mit Schreiben vom 28. Juni 2001 gegenüber dem Kläger die ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 2001 aus.

Mit Schreiben vom 30. August 2001 beantragte der Direktor der Beklagten zu 1) erneut die Zustimmung des Personalrats zur Kündigung der verbliebenen 11 Arbeitnehmer, die der Personalrat mit Schreiben vom 12. September 2001 verweigerte. Daraufhin wandte sich die Beklagte zu 1) mit Schriftsatz vom 19. September 2001 an die Einigungsstelle, die mit Beschluss vom 24. September 2001 hinsichtlich des Klägers die Zustimmungsetzung verweigerte, weil sie nicht zuständig sei.

Am 25. September 2001 beschloss der Direktor und am 26./27. September 2001 beschloss das Kuratorium der Beklagten zu 1), dass die Kündigung des Klägers trotz Zustimmungsverweigerung der Einigungsstelle ausgesprochen werden sollte. Mit Beschluss vom selben Tag genehmigte das Kuratorium die Kündigung vom 28. Juni 2001 und beauftragte den Direktor, eine erneute Kündigung zum 31. März 2002 auszusprechen. Weiter ermächtigte es den Direktor, Lossagungserklärungen von einem etwaigen faktischen Arbeitsverhältnis des Klägers auszusprechen. Mit Schreiben vom 26. September 2001 sprach daraufhin der Direktor des IfE namens der Beklagten zu 1) eine vorsorgliche neue ordentliche Kündigung zum 31. März 2002 aus. Mit Schreiben vom 20. November 2001 sagten sich die Beklagten von einem etwaigen faktischen Arbeitsverhältnis mit dem Kläger los.

Der Kläger hält die beiden Kündigungen für unwirksam. Er ist der Auffassung, die Beklagte zu 2), nicht die Beklagte zu 1) sei von vornherein seine Arbeitgeberin gewesen. Die Beklagte zu 1) sei fehlerhaft errichtet worden und habe niemals Rechtsfähigkeit erlangt. Jedenfalls sei sein Arbeitsverhältnis, wenn es denn doch mit der Beklagten zu 1) bestanden habe, auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Dies sei durch Vermögensübernahme oder Betriebsübergang oder entsprechend den §§ 110, 261 des Niedersächsischen Beamtengesetzes erfolgt. Der Direktor des IfE sei nicht vertre-



tungsberechtigt gewesen. Betriebsbedingte Gründe lägen nicht vor, weil jedenfalls die Beklagte zu 2), die zumindest mittelbare Arbeitgeberin des Klägers gewesen sei, ihn weiterbeschäftigen könne. Es müsse der Rationalisierungsschutz-Tarifvertrag angewendet werden. Die Kündigung sei auch deshalb unwirksam, weil hinsichtlich der Abteilung MOT ein Teilbetriebsübergang stattgefunden habe, bei dem wegen willkürlicher Zuordnung von Arbeitnehmern zur Abteilung MOT die Sozialauswahl verletzt worden sei. Schließlich seien die Beteiligungsrechte des Personalrats nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die im Gesetz (§ 65 Abs. 3 Nr. 3 LPersVG Nds) vorgesehene Herausnahme der Wissenschaftler aus dem Zustimmungserfordernis sei zumindest für betriebsbedingte Kündigungen unwirksam. Jedenfalls sei die Herausnahme im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Er sei kein Wissenschaftler im Sinne des Gesetzes, weil er in seiner Tätigkeit beschränkt worden sei. Die Kündigung vom 28. Juni 2001 sei auch deshalb unwirksam, weil zu diesem Zeitpunkt noch kein Sozialplan vorgelegen habe und ein Sozialplan auch Maßnahmen zur Vermeidung von Kündigungen betreffe.

Der Kläger hat - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die ordentliche Kündigung vom 28. Juni 2001 (zum 31. Dezember 2001) nicht aufgelöst worden ist,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers auch nicht durch die weitere Kündigung vom 26. September 2001 (zum 31. März 2002) aufgelöst worden ist,
3. festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis über den 31. Dezember 2001 hinaus zu den bisherigen Arbeitsbedingungen des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 1) besteht,
4. hilfsweise, für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu Ziff. 1, die Beklagte zu 2) zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen bis zur Rechtskraft des Urteils weiterzubeschäftigen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagten sind der Auffassung, die Beklagte sei zu 1) sei als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts wirksam errichtet worden. Sehe man dies anders, so



folge daraus nicht, dass die Beklagte zu 2) Arbeitgeberin geworden, sondern lediglich, dass ein nur faktisches Arbeitsverhältnis entstanden sei, von dem sich die Beklagten deshalb vorsorglich losgesagt hätten. Das mit der Beklagten zu 1) begründete Arbeitsverhältnis sei nicht auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Die Kündigung sei wirksam. Der Direktor der Beklagten zu 1) sei vertretungsberechtigt gewesen. Jedenfalls sei aber die Kündigung vom 28. Juni 2001 vom Kuratorium genehmigt worden. Weder die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs noch die eines Teilbetriebsübergangs lägen vor. Ebenso wenig ergebe sich aus dem Auflösungsgesetz oder den §§ 110, 261 des Niedersächsischen Landesbeamtengesetzes ein Übergang des Arbeitsverhältnisses. Das Auflösungsgesetz habe die ersatzlose Schließung der Beklagten zu 1) angeordnet, die auch vollzogen worden sei. Die Aufgaben der Beklagten zu 1) würden nicht fortgeführt. Eine Gesamtrechtsnachfolge sei nicht eingetreten. Eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bestehe nicht. Da alle Arbeitsplätze weggefallen seien, habe eine Sozialauswahl nicht stattfinden können. Der Kläger sei als Abteilungsleiter "Anorganische Chemie" Wissenschaftler im Sinne des § 65 Abs. 3 Nr. 3 LPersVG Nds gewesen. Der Personalrat habe der Kündigung deshalb nicht zustimmen müssen. Auch aus den übrigen Ausführungen des Klägers ergebe sich nicht die Unwirksamkeit der Kündigungen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung - soweit im Revisionsverfahren von Interesse - wie folgt begründet: Die Beklagte zu 1) sei im Jahre 1956 wirksam als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet worden. Daran ändere das heutige Rechtsverständnis, nach dem eine solche Errichtung eines Gesetzes bedürfe, nichts. Durch das Auflösungsgesetz sei die Errichtung der Beklagten zu 1) bestätigt worden. Das liquidationslose Erlöschen der Beklagten zu 1) nach dem Auflösungsgesetz sei mit einer Gesamtrechtsnachfolge entsprechend dem in § 46 BGB geregelten Tatbestand der Übernahme des gesamten Vermögens durch den Fiskus ver-



bunden gewesen. Die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 28. Juni 2001 habe das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2001 beendet. Der Direktor der Beklagten zu 1) sei satzungsgemäß für den Ausspruch der Kündigung vertretungsberechtigt gewesen. Die Kündigung sei nicht aus personalvertretungsrechtlichen Gründen unwirksam. Da der Kläger Wissenschaftler sei, habe die ordentliche Kündigung nach § 65 Abs. 3 Nr. 3 LPersVG Nds nicht dem Mitbestimmungsverfahren unterlegen. Die Auffassung des Klägers, die Herausnahme von Wissenschaftlern aus dem Mitbestimmungsverfahren müsse auf tendenzbezogene Fälle beschränkt bleiben, sei zwar diskussionswürdig. Die Beklagte zu 1) habe aber auf die niedergelegte Gesetzeslage vertrauen dürfen. Ob die Beklagte zu 1) gegen § 75 Abs. 1 Nr. 13 des LPersVG Nds verstoßen habe und ob der Sozialplan unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zustande gekommen sei, könne offen bleiben, da etwaige Verstöße nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnten. Die vom Land Niedersachsen mit Gewerkschaften, Beamtenbund und Richterbund getroffene Vereinbarung nach § 81 LPersVG Nds hindere die Kündigung nicht, weil sie für die Beklagte zu 1) nicht gelte. Der Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte vom 9. Januar 1987 (TV-Rat) sei ebenfalls nicht anwendbar. Da kein Betriebsübergang vorliege, sei die Kündigung nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Die Kündigung sei sozial gerechtfertigt durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Der Betrieb sei stillgelegt worden. Die Beklagte zu 1) könne den Kläger nicht weiter beschäftigen. Ob die Beklagte zu 2) mittelbare Arbeitgeberin des Klägers gewesen und deshalb auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei ihr der Kündigung entgegenstehen könnten, könne dahin stehen. Der Kläger habe nicht konkret vorgetragen, wie er sich eine Beschäftigung bei der Beklagten zu 2) vorstelle. Das gelte selbst dann, wenn man berücksichtige, dass der Arbeitgeber sich auf fehlende Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungszeitpunkt dann nicht berufen könne, wenn er durch vorgezogene Stellenbesetzung treuwidrig den Wegfall geeigneter Beschäftigungsmöglichkeiten verhindert habe. Die vom Kläger insoweit erwähnten Stellen bei der Universität Clausthal (Bewerbung vom 28. Juni 2000) und Göttingen (Bewerbung vom 18. Mai 2000) seien Stellen der organischen Chemie gewesen. Der Kläger sei jedoch Anorganiker. Außerdem seien die Hochschulen berechtigt, die Stellen nach den Bedürfnissen ihres Lehrbetriebs auszuschreiben und zu besetzen. Soweit der Kläger auf C3- und C4-Professuren hingewiesen habe, sei dem entgegenzuhalten, dass kein Anspruch auf eine Beförderung bestehe. Schließlich mache der Kläger ohne Erfolg geltend, die Beklagte habe bei der Zuordnung von Arbeitnehmern zu der in die Universität eingegliederte Abteilung MOT soziale Gesichts-



punkte nicht ausreichend berücksichtigt. Der Kläger sei mit den dortigen Mitarbeitern entweder nicht vergleichbar oder, soweit Vergleichbarkeit in Betracht komme, sozial nicht schützenswerter als die betroffenen Mitarbeiter.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Die auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung der Parteifähigkeit (§ 50 ZPO, vgl. BAG 31. August 1983 - 4 AZR 104/81 -) ist hinsichtlich der Beklagten zu 1) unabhängig von der Frage gegeben, ob die Beklagte zu 1) - noch - rechtlich existent ist.

a) Für den Fall der Auflösung einer GmbH ist anerkannt, dass die Parteifähigkeit weder durch Auflösung noch durch Eintragung der Auflösung allein endet (*st. Rspr.* vgl. nur BAG 22. März 1988 - 3 AZR 350/86 - AP ZPO § 50 Nr. 6 = EzA ZPO § 50 Nr. 2; BGH 23. Oktober 1980 - IV a ZR 79/80 - WM 1980, 1431). Es entspricht vielmehr einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass eine aufgelöste juristische Person zum Zwecke der Schuldentilgung und Vermögensverteilung als fortbestehend zu behandeln ist (BGH 17. Oktober 1994 - II ZR 159/93 - WM 1995, 406). Ob bei vollständiger Vermögenslosigkeit oder bei liquidationslosem Erlöschen auf Grund Gesetzes die Parteifähigkeit grundsätzlich endet (vgl. dazu BGH 29. September 1981 - VI ZR 21/80 - WM 1981, 1387; BAG 9. Juli 1981 - 2 AZR 329/79 - BAGE 36, 125), kann offen bleiben, da der Kläger ein Klagebegehren verfolgt, an dem er selbst bei Vollbeendigung der Beklagten zu 1) ein schutzwertes Interesse hat. Von der rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung können weitere Ansprüche arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Natur abhängen (vgl. BAG 9. Juli 1981 - 2 AZR 329/79 - BAGE 36, 125).

b) Darüber hinaus ist im vorliegenden Fall die Parteifähigkeit der Beklagten zu 1) als Prozessvoraussetzung jedenfalls zu fingieren. Streiten nämlich die Parteien um die Existenz oder Parteifähigkeit eines Prozessbeteiligten oder um die Folgen des Erlöschens einer Partei oder ihrer Parteifähigkeit, so ist die Existenz bzw. Parteifähigkeit als Prozessvoraussetzung zu fingieren (BAG 31. August 1983 - 4 AZR 104/81 -; vgl. BGH 13. Juli 1993 - III ZB 17/93 - NJW 1993, 2943; Thomas/Putzo, ZPO 25. Aufl., Vorbem. § 253 Rn. 19, 20; Zöller/Vollkommer, ZPO, 23. Aufl. § 50 ZPO Rn. 4a ff). So liegt der Fall hier. Die Frage der rechtlichen Existenz der Beklagten zu 1), der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit sowie - gegebenenfalls - die weitere Frage, welche rechtliche



Qualität der im Gesetz vom 18. Mai 2001 vorgesehenen Auflösung der Beklagten zu 1) zukommt, kann das rechtliche Schicksal des Arbeitsverhältnisses beeinflussen. War die Beklagte zu 1) zu keinem Zeitpunkt als Rechtssubjekt existent, so kann mit ihr weder ein Arbeitsverhältnis bestanden haben, noch kann es von ihr wirksam gekündigt worden sein. Ist die Beklagte zu 1) - wie der Kläger geltend macht - mit dem 31. Dezember 2001 liquidationslos und ohne, dass eine Rechtsnachfolge stattfand, erloschen und sind aber zugleich, wie der Kläger meint, die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam, so muss auch für diesen Fall die von den Parteien erstrebte rechtskräftige Klärung des Schicksals seines Arbeitsverhältnisses möglich sein. Das Zivilprozessrecht sieht für die Klärung von Rechtsansprüchen stets einen Prozess mit mindestens zwei Parteien vor. Dementsprechend muss auch die Frage, ob eine der Parteien rechtlich existent ist, inter partes geklärt werden können, weil andernfalls eine mit materieller Rechtskraft ausgestattete Entscheidung dieser Frage überhaupt nicht möglich wäre.

2. Zulässigerweise nimmt die Klägerin sowohl die Beklagte zu 1) als auch die Beklagte zu 2) im Wege der subjektiven Klagehäufung in Anspruch. Der Zulässigkeit steht nicht im Wege, dass in Betracht kommt, der Kläger könne von Anfang an - auch - in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 2) gestanden zu haben und weiterhin stehen und lediglich hilfsweise auf dem Standpunkt steht, das Arbeitsverhältnis bestehe mit der Beklagten zu 1) fort. Insoweit handelt es sich nicht um eine unzulässige Eventualklage gegen die Beklagte zu 1).

a) Kündigt der bisherige Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und ist unklar, ob ein Betriebsübergang vorliegt, so kann der Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage zugleich gegen den alten Arbeitgeber und gegen den mutmaßlichen Betriebserwerber richten. Diese sind dann - einfache - Streitgenossen (*BAG 25. April 1996 - 5 AS 1/96 - AP ZPO § 59 Nr. 1; KR-Pfeiffer, 6. Aufl., § 613a BGB Rn. 207; ErfK-Preis, 4. Aufl., § 613a BGB Rn. 172; APS-Steffan § 613a BGB Rn. 222; HaKo-Mestwerdt, 2. Aufl., § 613a BGB Rn. 186 ff.; Müller-Glöge NZA 1999, 449*). Unzulässig ist dagegen nach überwiegender Auffassung auch in diesem Fall die sog. eventuelle subjektive Klagehäufung (*BAG 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - BAGE 73, 30; vgl. BGH 25. September 1972 - II ZR 28/69 - LM Nr. 1 zu § 1914 BGB; Müller-Glöge NZA 1999, 449*).

b) Indes haben die Vorinstanzen die Inanspruchnahme der Beklagten durch den Kläger zu Recht als unbedingt gegen beide Beklagte gerichtete Klage verstanden. Der



Kläger will, wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat, in erster Linie - rein punktuell - die Unwirksamkeit der Kündigungen, sodann - für den Fall des Obsiegens insoweit - den Bestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2) und hilfsweise - für den Fall, dass die Kündigungen unwirksam sind, ein Übergang jedoch nicht stattgefunden hat und die Beklagte zu 1) weiterhin rechtlich existent ist - den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 1) festgestellt wissen. Diese Sachanträge des Klägers stehen in einem objektiven, nicht jedoch subjektiven Eventualverhältnis. Die von dem Kläger begehrten Feststellungen sollen gegenüber beiden Beklagten getroffen werden. Auch für den Fall, dass die Beklagte zu 1) zu keinem Zeitpunkt seine Arbeitgeberin war, will der Kläger der Beklagten zu 1) gegenüber festgestellt wissen, dass sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2) besteht. Hierfür besteht, da die Beklagte zu 1) sich gegenteiliger Rechtspositionen berührt, auch ihr gegenüber ein Feststellungsinteresse. Das Rechtsverhältnis, das durch die begehrte Feststellung dem Streit entzogen werden soll, kann auch zwischen der Klagepartei und einem Dritten bestehen, wenn, wie hier, das Rechtsverhältnis für die Rechtsbeziehung der Parteien von Bedeutung ist (*BGH 19. Januar 2000 - IV ZR 57/99 - NZA 2000, 1122 mwN; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 256 Rn. 9*).

II. Die Klage ist unbegründet. Das mit der Beklagten zu 1) geschlossene Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 28. Juni 2001 beendet worden.

1. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte zu 1) sei als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts jedenfalls bis zum 31. Dezember 2001 existent gewesen und der Kläger habe - allein - zu ihr bis zu diesem Zeitpunkt in einem Arbeitsverhältnis gestanden, ist zutreffend.

a) Die Beklagte zu 1) war während des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Die insoweit von dem Kläger geltend gemachten Bedenken greifen nicht durch. Ob die Beklagte zu 1) schon vor 1956 als eigenständiges Rechtssubjekt bestand, kann offen bleiben. Jedenfalls durch den Beschluss des Niedersächsischen Landesministeriums vom 2. August 1956 wurde ihr wirksam die Eigenschaft einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts verliehen.

aa) Zwar wird in Rechtsprechung (*OVG Nordrhein-Westfalen 13./27. September 1979 - XVI A 2693/78 - OVGE 34, 201, 206*) und Literatur (*zB Ossenbühl VVDStRL Bd. 29, 137, 173 mwN*) teilweise angenommen, die Exekutive sei generell nicht berechtigt, Aufgaben ohne gesetzliche Ermächtigung an rechtsfähige Verwaltungsein-



heiten des öffentlichen Rechts zu übertragen. Nach anderer Auffassung bedarf jedoch die Errichtung, Änderung oder Auflösung rechtsfähiger Anstalten in Fällen „geringerer Bedeutung“ nach wie vor keiner gesetzlichen Grundlage (*Schmidt-Assmann FS Hans-Peter Ipsen S 333, 347 ff.; ähnlich Böckenförde Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung S 97; Erichsen/Knoke DÖV 1985, 53, 55*). Ob nach heutigem Rechtsverständnis die Gründung einer Anstalt des öffentlichen Rechts wie der Beklagten zu 1), nämlich einer Forschung treibenden Einrichtung, die keinerlei Eingriffszuständigkeit gegenüber Dritten hat, durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen müsste, kann dahinstehen, da die Gründung der Beklagten zu 1) durch Organisationsakt der Landesregierung im Jahr 1956 jedenfalls auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage erfolgen konnte.

bb) Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muss und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird (*BVerfG 28. Juni 1967 - 2 BvR 143/61 - BVerfGE 22, 114, 121*). Dem Erfordernis der Recht- und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann auch durch Gewohnheitsrecht Rechnung getragen werden (*BVerwG 17. März 1977 - VII C 59.75 - NJW 1977, 1838*).

cc) Die Befugnis zur Gründung rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts war im preußischen Verfassungsrecht Teil der Organisationsgewalt. Sie stand ursprünglich dem König zu und ging 1918 auf das Preußische Staatsministerium über. Sowohl unter der Geltung der Reichsverfassung von 1871 als auch der Weimarer Verfassung rechnete die Organisationsgewalt zum Zuständigkeitsbereich der Exekutive (*Baedeker Die Organisationsgewalt im Bund und der Vorbehalt des Gesetzes S 24*). Auf diesem - bis heute nachwirkenden - Verständnis fußend behielt sich das Niedersächsische Landesministerium, worunter gemäß der Definition in Art. 28 Abs. 2 VNV die Landesregierung als Kollegium zu verstehen ist, im Beschluss vom 31. März 1953 (Nds.MBl. 1953, 165) folgende Befugnisse vor:

- „a) Den Aufbau der Landesregierung, insbesondere die Abgrenzung der Geschäftsbereiche,
- b) den Aufbau der Landesverwaltung, soweit es sich
 - 1. um die Errichtung und die grundsätzliche Bestimmung des sachlichen Zuständigkeitsbereichs der Dienststellen,



2. um die Bestimmung des räumlichen Zuständigkeitsbereichs der der Landesregierung unmittelbar nachgeordneten zentralen und mittleren Dienststellen

handelt, unbeschadet einer abweichenden Regelung im Einzelfall,

- c) die Errichtung und die Bestimmung des Aufgabenbereichs der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des Landes.“

dd) Diese frühere Staatspraxis, die Errichtung von Sonderbehörden nicht dem Gesetzesvorbehalt zu unterwerfen, wurde soweit ersichtlich jedenfalls in Niedersachsen nicht beanstandet (*Korte/Rebe/Elster Verfassung und Verwaltung des Landes Niedersachsen 2. Aufl. S 321*). Neumann (*Die Vorläufige Niedersächsische Verfassung 2. Aufl. Art. 43 Rn. 4*) ging noch 1987 davon aus, die Inanspruchnahme der Organisationsgewalt im Beschluss vom 31. März 1953 durch die Niedersächsische Landesregierung sei auch im dortigen Umfang „zu Recht“ erfolgt. Damit konnte sich das Land Niedersachsen bei der Gründung der Beklagten zu 1) im Jahre 1956 jedenfalls noch auf die aus dem 19. Jahrhundert stammende Gewohnheit stützen, rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts durch Organisationsakt der Regierung zu gründen (vgl. *Geller/Kleinrahm/Fleck Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen 2. Aufl. Art. 77 Rn. 10a; Obermayer Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt S 60; Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1 10. Aufl. S 492 Fn. 4*).

ee) Dass die Gründung der Beklagten zu 1) von den beteiligten Kreisen allgemein anerkannt wurde, ergibt sich auch daraus, dass die vermeintlichen Gründungsfehler über viereinhalb Jahrzehnte hinweg von keiner Seite geltend gemacht wurden, obschon die Beklagte zu 1) in zahlreiche Rechtsbeziehungen sowohl zu Privatpersonen als auch zu rechtsfähigen Körperschaften und rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts eingetreten ist. Vielmehr gingen alle Beteiligten von der wirksamen Errichtung der Beklagten zu 1) aus. In die gleiche Richtung weist der Umstand, dass der Gesetzgeber des Auflösungsgesetzes als selbstverständlich die Existenz der Beklagten zu 1) vorausgesetzt und damit ihre Errichtung ohne förmliches Gesetz als rechtens angesehen hat.



b) Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand allein mit der Beklagten zu 1). Der Kläger stand bis zum 31. Dezember 2001 nicht - mittelbar - in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 2).

aa) Ein mittelbares Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer von einem Mittelsmann beschäftigt wird, der seinerseits selbst Arbeitnehmer eines Dritten ist, und die Arbeit mit Wissen des Dritten unmittelbar für diesen geleistet wird (*BAG 11. April 2000 - 9 AZR 94/99 - EzS 19/39; BAG 9. April 1957 - 3 AZR 435/54 - AP BGB § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis Nr. 2*). Dem Arbeitnehmer können Rechte gegen den Hauptarbeitgeber zustehen, wenn die Einschaltung des Mittelsmannes rechtsmissbräuchlich ist.

bb) Ein mittelbares Arbeitsverhältnis entfällt hier schon deshalb, weil es begrifflich voraussetzt, dass die das Arbeitsverhältnis vermittelnde Person Arbeitnehmer des Dritten ist und deshalb dessen Weisungsrecht unterliegt (*BAG 21. Februar 1990 - 5 AZR 162/89 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 57 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 32*). Die Beklagte zu 1) ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Damit kann sie persönlich keine Dienste erbringen, wie in § 613 Satz 1 BGB für den Arbeitnehmer vorausgesetzt ist.

2. Der Direktor der Beklagten zu 1) handelte bei Ausspruch der Kündigung vom 28. Juni 2001 nach § 6 Abs. 2 lit. d der IfE-Satzung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. März 1994, wonach er die Beklagte zu 1) gerichtlich und außergerichtlich vertrat, mit Vertretungsmacht. Es handelt sich, wie das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat, in § 6 Abs. 2 lit. d der Satzung um eine unbeschränkte Außenvollmacht. Indem die Zuständigkeit für den Beschluss über die Entlassung von Angestellten der Vergütungsgruppe Ia BAT dem Kuratorium vorbehalten war, war lediglich eine interne Begrenzung vorgesehen, die zwar das rechtliche „Dürfen“, nicht aber das rechtliche „Können“ betraf. Dieses Verständnis wird dem Sinn der Regelungen in § 5 und § 6 der Satzung gerecht. Die Stellung des Direktors ist darauf angelegt, als nach außen handelndes ausführendes Organ der Beklagten zu 1) zu fungieren, während das kompliziertere Abstimmungsverfahren ersichtlich nicht auf Außentätigkeit sondern auf internen Ausgleich etwa divergierender Sachinteressen zielt.

3. Die Kündigung vom 28. Juni 2001 ist nicht aus personalvertretungsrechtlichen Gründen unwirksam. Eine Zustimmung des Personalrats nach § 65 Abs. 2 Nr. 9, § 68 Abs. 1 NdsPersVG war nach § 65 Abs. 3 Nr. 3 NdsPersVG nicht erforderlich, weil der



Kläger überwiegend wissenschaftlich tätig und für seine Beschäftigung die Beurteilung der wissenschaftlichen Befähigung entscheidend war. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Landesarbeitsgericht, ohne dass der Kläger die von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffen hätte, bejaht. Konkrete inhaltliche Beschränkungen durch Entzug von Projekten oder sonstige Maßregeln hat der Kläger nicht geltend gemacht. Auf die Frage, ob die Beklagte die Darlegungslast für das Eingreifen des § 65 Abs. 2 Nr. 9 NdsPersVG trägt, kommt es entgegen der Auffassung der Revision nicht an. Dass die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, folgt aus dem unstreitigen Sachverhalt.

a) § 65 Abs. 3 Nr. 3 NdsPersVG verstößt nicht gegen § 108 Abs. 2 BPersVG, denn diese bundesrechtliche Vorschrift verwehrt es dem Landesgesetzgeber nicht, eine Mitwirkung der Personalvertretung an Kündigungen durch den Arbeitgeber nicht vorzusehen. In den Grenzen des § 104 Satz 1 BPersVG ist der Landesgesetzgeber frei zu regeln, für welche Gruppen von Beschäftigten besondere Bestimmungen gelten, welche Angelegenheiten im Einzelnen der Beteiligung der Personalvertretung unterliegen und in welcher Form die Beteiligung erfolgen soll. Weder der Kreis der Angelegenheiten, in denen die Personalvertretung zu beteiligen ist, noch Inhalt und Umfang der Beteiligungsrechte für bestimmte Angelegenheiten sind bundesrechtlich verbindlich festgelegt (*BVerfG 27. März 1979 - 2 BvL 2/77 - BVerfGE 51, 43 = AP BPersVG § 108 Nr. 1 zu B. I. und II. der Gründe*).

b) Auch die von der Revision als erforderlich angesehene teleologische Reduktion des § 65 Abs. 3 Nr. 3 NdsPersVG in Fällen, in denen die wissenschaftliche Tendenz für die Kündigung nicht maßgeblich ist, ist nicht geboten.

aa) Der Ausschluss der Beteiligungsrechte des Personalrats in den personellen Angelegenheiten der in § 65 Abs. 3 Nr. 3 NdsPersVG genannten Beschäftigten bezweckt den Schutz der Tendenzverwirklichung durch den Leiter der Dienststelle; er beruht auf einer an Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ausgerichteten verfassungspolitischen Grundentscheidung des Gesetzgebers (*vgl. Ballerstedt/Schleicher/Faber/Eckinger BayPVG Stand: November 2003 Art. 78 Rn. 16 f.; Dembowski/Ladwig/Sellmann Personalvertretung Niedersachsen Stand: Dezember 2003 § 65 Rn. 198; kritisch Fricke/Frohner/Ohnesorg/Otte/Reiche/Sommer/Fisahn NPersVG Basiskommentar § 65 Rn. 125*).



bb) Die teleologische Reduktion einer Norm gehört zu den allgemein anerkannten Auslegungsmethoden (*BVerfG 19. Juni 1973 - 1 BvL 39/69; 1 BvL 14/72 - BVerfGE 35, 263*). Wenn der Wortlaut eines Gesetzes über dessen Sinn und Zweck hinausgeht, kann eine einschränkende Auslegung geboten sein (*vgl. BVerf 29. Juli 2004 - 1 BvR 737/00 - ArbuR 2004, 350; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 210*). An einem solchen überschießenden Wortsinn fehlt es hier. Die Kündigung diene der Durchsetzung einer Tendenzentscheidung. Die - auch vom Kläger betriebene Forschung soll nicht weiter fortgeführt bzw. staatlich gefördert werden. Im vorliegenden Fall steht einer teleologischen Reduktion außerdem das vorrangige Interesse an Rechtssicherheit entgegen (*vgl. Larenz/Canaris aaO S 211*). Betriebsbedingten Kündigungen kann nicht grundsätzlich ein Tendenzbezug abgesprochen werden. Auch die hinter der Entscheidung, bestimmte Abteilungen oder Betriebe zu schließen, stehenden Überlegungen können tendenzbedingt sein (*vgl. Galperin/Löwisch BetrVG 6. Aufl. § 118 Rn. 80*), wie der vorliegende Fall zeigt. Dies lässt sich auch § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG entnehmen, der ersichtlich von einem Tendenzbezug der in §§ 106 ff. BetrVG geregelten Angelegenheiten, die häufig Grund für betriebsbedingte Kündigungen sind, ausgeht (*Poeche Mitbestimmung in wissenschaftlichen Tendenzbetrieben S 168*). Eine abgrenzbare Fallgruppe, bei der eine teleologische Reduktion erforderlich wäre, lässt sich nicht bilden. Eine komplexe Einzelfallprüfung zur Klärung der Frage, ob ein Fall der gebotenen teleologischen Reduktion vorliegt und damit entgegen dem Wortlaut der Vorschrift Beteiligungsrechte des Personalrats bestehen, würde zu Rechtsunsicherheit führen.

cc) Ein Mindestbestand personalvertretungsrechtlicher Beteiligung bei ordentlichen Kündigungen ist auch nicht verfassungsrechtlich geboten. Zwar sehen die Personalvertretungsgesetze anderer Bundesländer eine Beteiligung der Personalvertretung an beabsichtigten ordentlichen Kündigungen wissenschaftlich tätigen Personals, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß, vor (*vgl. zB § 81 LPersVG Rheinland-Pfalz: Beteiligung nur auf Antrag des Betroffenen; § 89 Abs. 1 PersVG Berlin: Beteiligung im Rahmen eines Mitwirkungsrechts der Personalvertretung*). Dem Landesgesetzgeber steht bei der Frage, in welcher Weise er einen Ausgleich zwischen den Rechten des Tendenzarbeitgebers und den Rechten der Arbeitnehmer schaffen will, ein weiterer Gestaltungsspielraum zu.

(1) Das Sozialstaatsprinzip verbietet es dem Landesgesetzgeber nicht, jegliche Beteiligung des Personalrats an Kündigungen einzelner Arbeitnehmergruppen auszu-



schließen (vgl. *BVerfG* 27. März 1979 - 2 BvL 2/77 - *BVerfGE* 51, 56; *Pelzner FS Rudolf Gmür* S 345, 349 f.; *Rob Mitbestimmung im Staatsdienst* S 207).

(2) § 65 Abs. 3 Nr. 3 NdsPersVG verstößt auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Bei Regelungen, die Personen verschieden behandeln, ist bei der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG im Einzelnen zu prüfen, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (*BVerfG* 30. Mai 1990 - 1 BvL 2/83, 9, 10/84, 3/85, 11, 12, 13/89, 4/90 - und - 1 BvR 764/86 - *BVerfGE* 82, 126, 146; *BAG* 16. März 2000 - 2 AZR 138/99 - *AP LPVG Sachsen-Anhalt* § 68 Nr. 1 = *EzA BPersVG* § 108 Nr. 1). Solche Gründe sind im Hinblick auf den verfolgten Zweck des Schutzes der Wissenschafts- und Kunstfreiheit zu bejahen (vgl. *Kübel Personalrat und Personalmaßnahmen* S. 371 ff.; *Pelzner FS Rudolf Gmür* S. 345, 349 f.).

4. Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass selbst ein zu Gunsten des Klägers unterstellter Verstoß gegen § 75 Abs. 1 Nr. 13 NdsPersVG, der die Herstellung des Benehmens ua. bei Auflösung von Dienststellen vorsieht, nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 28. Juni 2001 führen würde. Denn Folge eines solchen Verstoßes wäre unter den Voraussetzungen des § 63 Satz 2 NdsPersVG allenfalls ein Anspruch des Personalrats auf Rückgängigmachung der Maßnahme, dagegen nicht deren Unwirksamkeit (*Bieler/Müller-Fritzsche NdsPersVG* 10. Aufl. § 63 Rn. 7). Der Mitbestimmung des Personalrats kommt insoweit keine Bedeutung als Wirksamkeitsvoraussetzung für arbeitsrechtliche Maßnahmen zu (*Bieler/Müller-Fritzsche aaO* Rn. 8).

5. Die Kündigung der Beklagten zu 1) ist nicht wegen Verstoßes gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. Sie ist nicht, wie § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB verlangt, „wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils“ ausgesprochen worden.

a) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Technische Universität Clausthal die bisher von der Beklagten zu 1) betriebene Erforschung von Erdöl und Erdgas weder im Ganzen noch in Teilen weiterführt. Diese Feststellungen sind vom Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden und damit gem. § 559 Abs. 2 ZPO für den Senat bindend. Die nicht weiter substantiierten Behauptungen in der Revisionsbegründung, das beklagte Land zu 2) habe die gesamte Forschungseinrichtung der Beklagten zu 1) übernommen und führe die Forschungsaufgaben fort, sind unbeachtlich.



b) Die Kündigung vom 28. Juni 2001 ist im Übrigen schon deshalb nicht „wegen“ der Übernahme der Abteilung MOT nebst sieben Arbeitnehmern seitens der Technischen Universität Clausthal erfolgt, weil, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, der Kläger dieser Abteilung nicht angehörte.

6. Die Beklagte zu 1) hat mit ihrer Kündigung vom 28. Juni 2001 auch nicht gegen ein Kündigungsverbot nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB analog wegen der Gesamtrechtsnachfolge durch das beklagte Land verstoßen.

a) Die Beklagte zu 1) ist mit Ablauf des 31. Dezembers 2001 liquidationslos erloschen. Rechtsgrundlage hierfür war das Gesetz vom 18. Mai 2001, nach dem die Beklagte zu 1) wegen Einstellung ihrer Forschungstätigkeit ihre Existenz verlieren sollte. Nach § 3 des Auflösungsgesetzes gingen alle Vermögensgegenstände (einschließlich Forderungen und Verbindlichkeiten) des Instituts für Erdöl- und Erdgasforschung zum Auflösungszeitpunkt auf das Land über. Davon wäre auch das Arbeitsverhältnis des Klägers betroffen gewesen, falls es nicht zum 31. Dezember geendet hätte.

b) Dass der Übergang eines Arbeitsverhältnisses auch durch Gesetz angeordnet werden kann, ist allgemein anerkannt (*BAG 8. Mai 2001 - 9 AZR 95/00 - BAGE 97, 361; ErfK-Preis, 4. Aufl., § 613a BGB Rn. 58; KR-Pfeiffer, 6. Aufl., § 613a BGB Rn. 72; HaKo-Mestwerdt, 2. Aufl., § 613a BGB Rn. 43; Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 5. Aufl., § 613a BGB Rn. 6 ff.*). Umstritten ist lediglich die Frage, inwieweit bei einem gesetzlich angeordneten Übergang des Arbeitsverhältnisses die Vorschriften des § 613a BGB anzuwenden sind, insbesondere, ob der Arbeitnehmer dem Übergang widersprechen kann und ob aus Anlass des Übergangs ausgesprochene Kündigungen in entsprechender Anwendung des § 613a Abs. 4 BGB unwirksam sind (*vgl. BAG 8. Mai 2001 - 9 AZR 95/00 - BAGE 97, 361; ErfK-Preis, 4. Aufl., § 613a BGB Rn. 58; KR-Pfeiffer, 6. Aufl., § 613a BGB Rn. 73, 74; HaKo-Mestwerdt, 2. Aufl., § 613a BGB Rn. 43 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 5. Aufl., § 613a BGB Rn. 80*). Diese Frage kann hier jedoch dahin stehen. Denn das Auflösungsgesetz sah in erster Linie die Auflösung der Beklagten zu 1) vor. Übergehen sollten lediglich die Vermögensgegenstände, die nach Auflösung noch verblieben.

Die Beklagte zu 1) hat folglich nicht wegen des Übergangs gekündigt, sondern wegen der zum 31. Dezember 2001 erfolgten Stilllegung des Forschungsbetriebs.



e) Eine analoge Anwendung des § 613 Abs. 4 Satz 1 BGB lässt sich entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung auch nicht mit einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2) nach § 115 des Niedersächsischen Beamtengesetzes (NBG) iVm. §§ 110, 111 NBG analog begründen. Die nach § 261 NBG auch auf Angestellte und Arbeiter anwendbare Vorschrift des § 110 NBG regelt den Wechsel des Dienstherrn in Fällen der Eingliederung einer Körperschaft in eine andere, des Zusammenschlusses von Körperschaften, der Neubildung von Körperschaften und des Aufgabenübergangs. Keiner dieser Tatbestände ist im zu entscheidenden Fall erfüllt. Vielmehr wurde die Beklagte zu 1) aufgelöst. Ihre bisherigen Aufgaben werden nicht weitergeführt. Dieser Fall wird von § 110 NBG nicht erfasst.

7. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt, die der Weiterbeschäftigung des Klägers bei der Beklagten zu 1) entgegenstanden.

a) Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen gehört die Stilllegung des gesamten Betriebs durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber ist allerdings nicht gehalten, eine Kündigung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen. Es kommt auch eine Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung in Betracht. Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie ausgesprochen werden, wenn die betreffenden betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben. Solche greifbaren Formen liegen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungsstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben (*st. Rspr. des BAG zB 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; zuletzt 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128*).

b) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe im Kündigungszeitpunkt hinreichend greifbare Anhaltspunkte für eine Betriebsstilllegung vorlagen. Kündigungsgrund war die gesetzlich angeordnete Auflösung der Beklagten zu 1) und Einstellung der Forschungstätigkeit zum Jahresende 2001.



aa) Die im IfE-Auflösungsgesetz von dem für die Staatsführung verantwortlichen Parlament getroffene Entscheidung kann von den Gerichten nicht nachgeprüft werden; sie ist vielmehr als gegeben hinzunehmen (*vgl. BAG 28. November 1956 - GS 3/56 - BAGE 3, 245 zur parallelen Problematik der Stellenstreichung im Haushaltsplan*). In §§ 1, 2 Abs. 1 IfE-Auflösungsgesetz ist vorgesehen, dass die bis zur Auflösung der Beklagten zu 1) zum Jahresende 2001 noch anfallenden Aufgaben der Abwicklung von der Beklagten zu 1) wahrgenommen werden sollten. Da das Gesetz nur noch die Abwicklungsaufgaben erwähnt, ist klar gestellt, dass die Beklagte zu 1) ihre bisherigen Forschungsaufgaben nicht mehr weiterverfolgen sollte. Damit bestimmt das Gesetz eindeutig, dass die Beklagte zu 1) mit Jahresende 2001 aufhörte, rechtlich zu existieren (§ 1 IfE-Auflösungsgesetz), dass sie bis dahin ihre eigene tatsächliche Auflösung betreiben sollte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 IfE-Auflösungsgesetz) und dass die noch über diesen Zeitpunkt hinaus anfallenden Abwicklungsaufgaben von dem beklagten Land zu 2) zu übernehmen waren (§ 2 Abs. 1 Satz 2 IfE-Auflösungsgesetz), auf das alle Vermögensgegenstände einschließlich aller Rechte und Verpflichtungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) unmittelbar übergehen sollten (§ 3 IfE-Auflösungsgesetz). Eine Unwirksamkeit dieser gesetzlichen Regelungen wegen angeblicher Unbestimmtheit scheidet angesichts dieser klaren Regelung entgegen der Auffassung der Revision aus.

bb) Gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dass der Betrieb der Beklagten zu 1) entsprechend den Regelungen im IfE-Auflösungsgesetz tatsächlich zum 31. Dezember 2001 geschlossen wurde und eine Fortführung der Forschungseinrichtung tatsächlich nicht stattgefunden hat, hat der Kläger keine Verfahrensrügen erhoben. Die Beklagte zu 1) konnte im Kündigungszeitpunkt, in dem die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgebliche Entscheidung in Form des verabschiedeten und verkündeten IfE-Auflösungsgesetzes bereits getroffen war, davon ausgehen, dass der Kläger bis zum Jahresende nicht mehr benötigt würde.

8. Ob ein dringendes betriebliches Erfordernis, das zur Kündigung berechtigte, bei Vorhandensein eines vergleichbaren oder dem Kläger zumutbaren freien Arbeitsplatzes im unmittelbaren Landesdienst des beklagten Landes zu 2) zu verneinen wäre, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht offen gelassen.

a) Da die Beklagten die Vermittelbarkeit des Klägers in den unmittelbaren Landesdienst mangels freier Stellen bestritten haben, wäre es Aufgabe des Klägers gewe-



sen, konkrete Vorstellungen zur Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung zu äußern (*BAG 25. Februar 1988 - 2 AZR 500/87 - RZK I 5 c Nr. 26; 20. Januar 1994 - 2 AZR 489/93 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 8 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 74*). Erst dann wäre es gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG Sache der Beklagten zu 1) gewesen, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass ihr eine solche anderweitige Beschäftigung des Klägers nicht möglich oder zumutbar war.

b) Dass bei Zugang der Kündigung oder absehbar bis zum Kündigungsstermin eine einschlägige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger im unmittelbaren Landesdienst bestanden hätte, trägt der Kläger selbst nicht vor.

c) Nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei nicht deshalb unwirksam, weil die Technische Universität Clausthal den Kläger bei zwei Bewerbungen im Jahre 2000 nicht berücksichtigt hat. Zwar kann sich der Arbeitgeber nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht darauf berufen, es habe bei Zugang der Kündigung keine freie Stelle zur Verfügung gestanden, wenn er durch eine vorgezogene Stellenbesetzung gewissermaßen "uno actu" mit der Kündigung treuwidrig den Wegfall geeigneter Beschäftigungsmöglichkeiten verursacht (*st. Rspr. vgl. BAG 15. August 2002 - 2 AZR 195/01 - BAGE 102, 97*). Es ist jedoch weder ersichtlich, dass im Zeitpunkt der Ablehnung der Bewerbung des Klägers bereits hinreichend sicher absehbar war, dass sein Arbeitsplatz zum 31. Dezember 2001 entfiele, noch kann die Ablehnung der Bewerbung des Klägers als treuwidrig angesehen werden. Unstreitig handelte es sich um Stellen der organischen Chemie, während die Spezialqualifikation des Klägers die anorganische Chemie betrifft, wie das Landesarbeitsgericht, ohne dass der Kläger eine zulässige Verfahrensrüge erhoben hätte, für den Senat bindend festgestellt hat. Zutreffend ist auch die Würdigung des Berufungsgerichts, die vom Kläger erstmals in der Berufungsverhandlung angesprochenen C-3 und C-4-Professuren hätten eine Beförderung vorausgesetzt, worauf der Kläger keinen Anspruch hatte. Soweit er mit der Revision geltend macht, die Beklagte habe auch C-2-Professuren berücksichtigen müssen, behauptet er nicht, dass solche Stellen frei gewesen wären, abgesehen davon, dass es sich um unzulässigen neuen Vortrag handelt.

d) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte, wie der Kläger in den Vorinstanzen geltend gemacht hatte, im Zuge der Übertragung der Abteilung MOT den Kläger dieser Abteilung unter sozialen



Gesichtspunkten hätte zuordnen müssen, wird von der Revision nicht gerügt. Sie ist auch zutreffend.

9. Weitergehende Verpflichtungen der Beklagten zu 1), sich um eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger zu kümmern, ergeben sich auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung des TV Rat.

a) Eine direkte Anwendung des TV Rat scheidet aus. Die Stilllegung des Betriebs der Beklagten zu 1) stellt keine Rationalisierungsmaßnahme iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 TV Rat dar. Dort werden ua. wesentliche Änderungen der Arbeitsorganisation, worunter gemäß § 1 Unterabs. 2 lit. a TV Rat grundsätzlich auch die Auflösung einer Verwaltung/eines Betriebes fallen kann, als Rationalisierungsmaßnahmen im Sinne des Tarifvertrages definiert, wenn mit ihnen das Ziel einer rationelleren Arbeitsweise verfolgt wird. Dies ist bei der Stilllegung eines Betriebs bzw. der Auflösung einer Verwaltung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (17. März 1988 - 6 AZR 634/86 - BAGE 58, 31) nur der Fall, wenn durch die Stilllegung in einem anderen Betrieb eine rationellere Arbeitsweise bezweckt wird. Dies ist bei der Schließung des Betriebs der Beklagten zu 1) nicht der Fall. Die Schließung erfolgt nicht, weil die davon betroffenen Forschungsgebiete wirtschaftlich günstiger in anderen Instituten mitbearbeitet werden sollen, sondern die Beklagte zu 1) betreibt ihre Forschungen insgesamt nicht mehr und gibt damit ihren Betriebszweck ganz auf (vgl. *Hanau in Hanau/Ossenbühl Kündigungsschutz und Wissenschaftsfreiheit S. 7 f.*).

b) Ferner bestimmt die 2. Protokollnotiz zu § 1 Abs. 1 TV Rat, dass Maßnahmen, die unmittelbar durch eine von Dritten (insbesondere durch gesetzgeberische Maßnahmen) verursachte Aufgabeneinschränkung oder durch den Wegfall zweckgebundener Drittmittel veranlasst sind, nicht als Rationalisierungsmaßnahmen iSd. Unterabs. 1 von § 1 Abs. 1 TV Rat gelten. Wie schon das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, ist aber das nach Wegfall der Bund-Länder-Finanzierung ergangene IfE-Auflösungsgesetz und damit eine gesetzgeberische Maßnahme unmittelbare Ursache für die Schließung der Beklagten zu 1). Auch aus diesem Grund scheidet eine unmittelbare Anwendung des TV Rat aus.

c) Der Senat hat in seinem Urteil vom 27. Juni 2002 (- 2 AZR 367/01 - AP BAT § 55 Nr. 4 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 8) bei einem nach § 55 BAT unkündbaren Arbeitnehmer den öffentlichen Arbeitgeber für verpflichtet gehalten, vor Ausspruch einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung die in § 3 Abs. 2 bis 5 TV Rat



genannten Maßnahmen zu prüfen und ggf. zu ergreifen, bevor eine in Extremfällen trotz § 55 Abs. 2 Satz 1 BAT zulässige außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist nach § 626 Abs. 1 BGB ausgesprochen werden kann. Er hat dies damit begründet, dass der Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit einer derartigen Kündigung nicht unter das absinken darf, was die Tarifpartner in vergleichbaren Fällen für dem öffentlichen Arbeitgeber zumutbar halten. Diese Erwägungen sind auf den hier vorliegenden Fall eines ordentlich kündbaren Arbeitnehmers nicht übertragbar. Die Anforderungen des § 3 TV Rat gelten für die von der Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung weder im Wege der Analogie noch durch eine Übertragung der dieser Norm zu Grunde liegenden Wertungen.

10. Die Kündigung vom 28. Juni 2001 greift nicht - wie der Kläger meint - unzulässigerweise in dessen Grundrechte ein.

a) Die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Forschungsfreiheit gewährt keinen Schutz gegen die Auflösung der Forschungseinrichtung, denn die Aufrechterhaltung einer öffentlichen Forschungseinrichtung, bei der ein Forscher arbeitet, fällt nicht in den Schutzbereich seines Individualgrundrechts auf Wissenschaftsfreiheit (*BVerfG 10. März 1992 - 1 BvR 454/91, 1 BvR 470/91, 1 BvR 602/91, 1 BvR 616/91, 1 BvR 905/01, 1 BvR 939 bis 955/91, 1 BvR 957 bis 963/91, 1 BvR 1128/91, 1 BvR 1315 bis 1318/91, 1 BvR 1453/91 - BVerfGE 85, 360; Ossenbühl in Hanau/Ossenbühl Kündigungsschutz und Wissenschaftsfreiheit S. 80*). Außerdem wird der Arbeitnehmer gegen eine Kündigung allein durch das sachnähere Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (*Hanau in Hanau/Ossenbühl aaO S. 55*).

b) Aus der in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten freien Wahl des Arbeitsplatzes ergibt sich keine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz (*BVerfG 10. März 1992 aaO; BAG 17. Januar 1991 - 2 AZR 386/90 - RzK I 5 c Nr. 38*).

11. Auch Nr. 3.8 der Vereinbarung nach § 81 NdsPersVG über die sozialverträgliche Gestaltung der Verwaltungsreform (Nds.MBl. 1995 S 487) steht der Kündigung nicht entgegen. Die Vereinbarung gilt lediglich für Maßnahmen der Verwaltungsreform. Damit hat jedoch die Schließung der Beklagten zu 1) nichts zu tun.



III. Die Kosten der erfolglosen Revision fallen dem Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Bröhl Eylert Schmitz-Scholemann

Dr. Roeckl K. Schierle

