

Aktenzeichen: 8 AZR 406/99
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 25. Mai 2000
- 8 AZR 406/99 -

I. Arbeitsgericht
Hildesheim

Urteil vom 22. September 1998
- 2 Ca 67/98 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 31. Mai 1999
- 5 Sa 2389/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang und Umwandlung - Kreiskrankenhaus

Gesetz:

**BGB § 613 a, § 626; UmwG § 131, § 168, § 171, §§ 301 ff., § 321, § 324;
KSchG § 15; BetrVG § 102; BPersVG § 108; NPersVG § 49, § 65 Abs. 2
Nr. 9, § 68, § 80; AÜG § 1 Abs. 2; BAT §§ 53 ff.**

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Teilweise Parallelsache zu - 8 AZR 416/99 - Senatsurteil vom 25. Mai 2000, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 406/99
5 Sa 2389/98
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Mai 2000

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Ascheid, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und Prof. Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Scholz und Hickler für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 31. Mai 1999 - 5 Sa 2389/98 - aufgehoben.



Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen !

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung des Beklagten.

Der im Jahre 1952 geborene Kläger, ein Facharzt für Allgemeinmedizin, war seit 1982 im Kreiskrankenhaus C als Arzt beschäftigt. Er war Mitglied des dortigen Personalrats und Mitglied des beim Beklagten gebildeten Gesamtpersonalrats. Das Arbeitsverhältnis richtete sich gem. § 2 des schriftlichen Arbeitsvertrags nach den Vorschriften des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT).

Im Februar 1997 beschloß der Kreistag, das Kreiskrankenhaus in eine GmbH umzuwandeln. Am 19. Dezember 1997 wurde der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet. Mit Schreiben vom 23. Dezember 1997, dem der Entwurf eines Personalüberleitungsvertrages beigelegt war, teilte der Beklagte dem Kläger mit, dessen Arbeitsverhältnis gehe mit Wirkung vom 1. Januar 1998 auf die GmbH über. Am 29. Dezember 1997 widersprach der Kläger schriftlich einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses und bat um „Weiterbeschäftigung auf der zum 01.01.98 im Gesundheitsamt frei werdenden Stelle“. Noch am selben Tage teilte der Beklagte mit, das Arbeitsverhältnis werde über den 31. Dezember 1997 hinaus beim Beklagten fortgesetzt, der Kläger werde zunächst, längstens bis zur Eintragung der GmbH in das Handelsregister, weiterhin im Krankenhaus C eingesetzt. Der Beklagte erklärte ferner, die Verwaltung könne sich vorstellen, den Kläger auf der vakanten Stelle im Gesundheitsamt zu beschäftigen, die Entscheidung liege aber in der Zuständigkeit des Kreisausschusses. Der Kläger hatte sich bereits im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung im September 1997 auf die betreffende Stelle beworben. Deren Anforderungsprofil war wie folgt umschrieben worden:

- „- Medizinaloberrätin/Medizinaloberrat (Besoldungsgruppe A 14)
- Funktion der/des stellvertretenden Amtsärztin/Amtsarztes im Gesundheitsamt
- Promovierte Fachärztin/promovierter Facharzt für öffentliches Gesundheitswesen mit mehrjähriger ÖGD-Erfahrung



- Führung der Zusatzbezeichnung „Umweltmedizin“ sowie EDV-Kenntnisse sind besonders vorteilhaft.“

Am 30. Dezember 1997 unterzeichneten die gesetzlichen Vertreter des Beklagten und der Geschäftsführer der errichteten, aber noch nicht in das Handelsregister eingetragenen Krankenhaus C GmbH (künftig: GmbH) folgende „Nutzungsüberlassungsabrede“:

„Der Kreistag des Landkreises H hat beschlossen, daß der Landkreis den Regiebetrieb Kreiskrankenhaus C als Gesamtheit im Wege der Ausgliederung nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes auf die „Krankenhaus C GmbH“ gegen Gewährung eines Geschäftsanteils überträgt.

Der Landkreis und die in Gründung befindliche GmbH (nachfolgend GmbH) sind übereingekommen, daß die GmbH bereits zum 01.01.98 die betriebliche Verantwortung für das Krankenhaus übernimmt. Dadurch wollen sich Landkreis und GmbH so stellen, als ob die Ausgliederung rechtlich und wirtschaftlich bereits zum 01.01.98 wirksam würde. Demgemäß überläßt der Landkreis der GmbH mit Wirkung zum 01.01.98, 0 Uhr, (Stichtag) das gesamte bewegliche und unbewegliche Aktiv- und Passivvermögen des Regiebetriebes Kreiskrankenhaus C zum Betrieb im eigenen Namen. Der Landkreis überläßt den Betrieb, wie er steht und liegt mit allen dazugehörigen Verträgen, Konzessionen, Erfahrungen, Verbindlichkeiten usw. Zum Stichtag gehen die tatsächliche Sachherrschaft und die Verkehrssicherungspflicht über. Die GmbH tritt mit wirtschaftlicher Wirkung zum 01.01.98 - wenn es möglich und wirtschaftlich vertretbar ist, auch mit rechtlicher Wirkung zum genannten Zeitpunkt - in alle laufenden Verträge einschließlich Vertragsangebote des Landkreises H bzw. des Kreiskrankenhauses C ein.

Ein Nutzungsentgelt wird nicht vereinbart.“

Der „Personalüberleitungsvertrag“ vom 12. Januar 1998 zwischen denselben Vertragsparteien enthält folgende Bestimmungen:

„§ 1

Gegenstand des Vertrages

- (1) Der Landkreis hat den Regiebetrieb Kreiskrankenhaus C (im folgenden „Kreiskrankenhaus“ genannt) gemäß § 168 Umwandlungsgesetz (UmwG) im Wege der Ausgliederung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt. Der vorliegende Vertrag regelt die Überleitung der beim Kreiskrankenhaus Beschäftigten im Rahmen der Ausgliederung.
- (2) Die Gesellschaft verpflichtet sich, die bei dem Kreiskrankenhaus tätigen Betriebsangehörigen weiter zu beschäftigen und die versorgungsberechtigten ehemaligen Bediensteten sowie ihre Hinterbliebenen zu versorgen. Die Namen der betroffenen Personen ergeben sich aus der Anlage zu diesem Vertrag.



- (3) Landkreis und Gesellschaft sind sich darüber einig, daß dem genannten Personenkreis durch die Überleitung keine Rechtsnachteile entstehen dürfen. Im einzelnen gelten die nachfolgenden Regelungen.

§ 2

Eintritt in die Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverträge sowie in sonstige Regelungen

- (1) Die Gesellschaft tritt in alle Dienst- und Arbeitsverträge mit den Beschäftigten des Kreiskrankenhauses ein, für die am Stichtag (§ 6) bei dem Kreiskrankenhaus ein Beschäftigungsverhältnis besteht.
- (2) Die Gesellschaft tritt in alle Ausbildungsverträge der Auszubildenden ein, für die am Stichtag bei dem Kreiskrankenhaus ein Ausbildungsverhältnis besteht.
- (3) Die Gesellschaft tritt in die bei dem Kreiskrankenhaus am Stichtag geltenden Tarifverträge ein.
- (4) Sie tritt ferner in die Regelungen der Dienstvereinbarungen ein. Die Gesellschaft ist bereit, hierüber nach Bildung eines Betriebsrates im Rahmen des rechtlich Zulässigen Betriebsvereinbarungen abzuschließen.
- (5) Die Gesellschaft tritt für den Landkreis in die Mietverträge der beim Kreiskrankenhaus Beschäftigten ein. Die Betroffenen erhalten hierüber eine gesonderte Mitteilung.
- (6) Treten Beschäftigte, die am Stichtag beim Kreiskrankenhaus tätig waren und von der Gesellschaft übernommen werden, später unmittelbar wieder in den Dienst des Landkreises, so wird die Beschäftigungszeit bei der Gesellschaft nach Maßgabe des BAT bzw. des BMT-G als beim Landkreis verbracht behandelt.

Inwieweit in derartigen Fällen bezüglich der betrieblichen Altersversorgung eine einheitliche Beschäftigungszeit gegeben ist, bestimmt sich nach der jeweils gültigen Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder.

- (7) Betriebsbedingte Kündigungen von Beschäftigten als Folge von Rationalisierungen, die im unmittelbaren sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Rechtsformänderung stehen, sind ausgeschlossen. Ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang mit der Rechtsformänderung besteht nicht mehr, wenn die betriebsbedingte Kündigung nach dem 31.12.1999 ausgesprochen wird.
- (8) Die Gesellschaft wird die Ziele des Niedersächsischen Gleichberechtigungsgesetzes (NGG) eigenverantwortlich beachten.



§ 3

Mitgliedschaft im kommunalen Arbeitgeberverband

Die Gesellschaft wird die Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband Niedersachsen mit Wirkung ab dem Stichtag beantragen.

§ 4

Versorgung

- (1) Die Gesellschaft tritt der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) mit Wirkung ab dem Stichtag bei. Sollte die VBL einen hiervon abweichenden Beginn der Mitgliedschaft fordern, ist eine solche abweichende Begründung des Mitgliedsverhältnisses zulässig, wenn eine lückenlose Versicherung der Arbeitnehmer bei der VBL gewährleistet ist und den Beschäftigten hierdurch auch sonst keine Versorgungs Nachteile entstehen. Sie wird die am Stichtag dort versicherten Betriebsangehörigen in der bisherigen Weise im Rahmen der Satzungsvorschriften der VBL weiter versichern.
- (2) Die Gesellschaft erstattet dem Landkreis die Aufwendungen, die dieser aufgrund der bei ihm verbleibenden Verpflichtungen zur Gewährung von Ruhegeld und Hinterbliebenenversorgung sowie ähnlichen Leistungen hinsichtlich der bis zum Stichtag ausgeschiedenen Betriebsangehörigen und ihren Hinterbliebenen hat, wenn und soweit das Kreiskrankenhaus die Versorgungslast bisher getragen hat. Schuldnerin der Berechtigten bleibt der Landkreis.

§ 5

Erstattung des Personalaufwandes

Die Gesellschaft erstattet dem Landkreis alle etwaigen unmittelbaren und mittelbaren Aufwendungen für Beschäftigte des Kreiskrankenhauses sowie für frühere Mitarbeiter und ihre Hinterbliebenen, insbesondere anteilige Verwaltungskosten, die auf die für Rechnung der Gesellschaft getätigten Leistungen entfallen.

§ 6

Stichtag

Stichtag im Sinne dieses Vertrages ist der 01.01.1998, 0 Uhr.

§ 7

Übergangsbestimmungen

Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, daß der am Stichtag amtierende Personalrat des Kreiskrankenhauses bis zur Konstituierung eines Betriebsrates, längstens für die Dauer von sechs Monaten



ab dem Stichtag, für den auf die Gesellschaft übergegangenen Krankenhausbetrieb die Rechte und Pflichten eines Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz wahrnimmt.

Der Personalrat wird von den Vertragspartnern für befugt angesehen, die erforderlichen Maßnahmen zur Einleitung von Betriebsratswahlen, insbesondere die Bestellung des Wahlvorstandes bereits vor dem Zeitpunkt des Übergangs des Krankenhausbetriebes auf die Gesellschaft als neuem Rechtsträger zu ergreifen und dabei die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes einschließlich der dazu erlassenen Wahlordnung anzuwenden.

§ 8

Betriebsverfassungsrecht

Die Gesellschaft bezieht die Einschränkung der Mitbestimmung bei personellen Maßnahmen (§ 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) ausschließlich auf folgende Beschäftigungsgruppen:

- a) Leitende Ärztinnen/Ärzte
- b) Oberärztinnen/Oberärzte
- c) Funktionsärztinnen/Funktionsärzte
- d) Verwaltungsleitung
- e) Pflegedienstleitung,

soweit nicht rechtliche Bestimmungen entgegenstehen.

§ 9

Schlußbestimmungen

- (1) Sollten Tatbestände durch diesen Vertrag nicht geregelt sein, so verpflichten sich Landkreis und Gesellschaft, eine Vereinbarung zu treffen, die den Grundsätzen dieses Vertrages entspricht.
- (2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein, so wird davon die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Landkreis und Gesellschaft verpflichten sich, für diesen Fall eine Neuregelung zu treffen, die dem gewollten Zweck entspricht. Im Falle von Lücken gilt diejenige Bestimmung als vereinbart, die dem entspricht, was nach Sinn und Zweck dieses Vertrages vernünftigerweise vereinbart worden wäre, hätte man die Angelegenheit von vornherein bedacht.

§ 10

Änderung und Aufhebung der Rechte der Beschäftigten

Rechte, die den übergeleiteten Beschäftigten durch diesen Vertrag eingeräumt werden, können ohne deren Zustimmung weder aufgehoben noch abgeändert werden.“



Am 26. Januar 1998 wurden die Beschäftigten des Krankenhauses über ihr Widerspruchsrecht gegen die Überleitung des Arbeitsverhältnisses und über mögliche arbeitsrechtliche Folgen eines Widerspruchs unterrichtet. Es wurde eine Erklärungsfrist für den Widerspruch ebenso wie für die Rücknahme eines etwa schon erfolgten Widerspruchs auf den 20. Februar 1998 festgelegt.

Am 23. Februar 1998 beschloß der Kreisausschuß, die Stelle im Gesundheitsamt nicht mit dem Kläger zu besetzen. Der Kläger ist nicht Facharzt für öffentliches Gesundheitswesen, besitzt keine mehrjährige Erfahrung im öffentlichen Gesundheitsdienst und führt nicht die Zusatzbezeichnung „Umweltmedizin“. Der Kreisausschuß entschied sich dafür, vorrangig an dem Anforderungsprofil gemäß der Ausschreibung festzuhalten. Der Beklagte gab dem Kläger bis zum 26. Februar 1998 Gelegenheit, den Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses zurückzunehmen, um eine Kündigung zu vermeiden. Der Kläger erklärte, er halte an dem Widerspruch fest.

Daraufhin entschied der Beklagte, dem gem. § 53 Abs. 3 BAT ordentlich nicht mehr kündbaren Kläger außerordentlich zu kündigen. Er beteiligte den bei ihm gebildeten Personalrat entsprechend den Vorschriften des Niedersächsischen Personalvertretungsgesetzes über die Mitbestimmung bei ordentlichen Kündigungen. Dieser stimmte der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung am 13. Mai 1998 zu. Mit Schreiben vom 19. Mai 1998, dem Kläger am 5. Juni 1998 zugegangen, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit einer sozialen Auslauffrist zum 31. Dezember 1998.

Erst im September 1998 wurde die GmbH in das Handelsregister eingetragen.

Mit dem am 17. Juni 1998 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger geltend gemacht, die Kündigung sei unwirksam. Da insgesamt drei Arbeitnehmer widersprochen hätten, habe eine Rumpfbetriebsabteilung bestanden, die nicht stillgelegt worden sei. Der Beklagte hätte ihn anderweitig beschäftigen können, ihm die Ausbildung zum Facharzt für öffentliches Gesundheitswesen ermöglichen und notfalls das Anforderungsprofil der vakanten Stelle senken müssen. Die Grundsätze der sozialen Auswahl seien verletzt. Zudem hätte der Beklagte den Personalrat des Kreiskrankenhauses und den Gesamtpersonalrat beteiligen müssen. Diese Vertretungsorgane hätten weiterhin bestanden. Demgegenüber könne die Personalvertretung nicht an Maßnahmen gegenüber Arbeitnehmern beteiligt werden, die nicht zu ihrer Wählerschaft gehörten.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 19. Mai 1998 zum 31. Dezember 1998 beendet worden sei.



Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, der Betrieb des Kreiskrankenhauses sei am 1. Januar 1998 auf die GmbH übergegangen. Deshalb könne er den Kläger dort nicht mehr einsetzen. Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit habe nicht bestanden. Die Facharztanerkennung für öffentliches Gesundheitswesen hätte mindestens drei Jahre in Anspruch genommen, eine entsprechende Weiterbildung wäre unzumutbar gewesen. Eine soziale Auswahl sei entbehrlich, weil der Kläger dem Übergang des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund widersprochen habe. Vergleichbare Arbeitnehmer habe es im übrigen gar nicht gegeben. Die Zuständigkeit des Personalrats des ehemaligen Kreiskrankenhauses sowie des Gesamtpersonalrats sei für die infolge ihres Widerspruchs bei dem Beklagten verbliebenen Arbeitnehmer mit Ablauf des Jahres 1997 entfallen. Das Übergangsmandat des Personalrats bis zur Betriebsratswahl im Juni 1998 habe nur zugunsten der Mitarbeiter der Krankenhaus GmbH bestanden. Ein Gesamtpersonalrat existiere seit Dezember 1997 nicht mehr.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Kündigung sei unwirksam, weil der Beklagte nicht den weiterhin bestehenden und zuständigen örtlichen Personalrat des Kreiskrankenhauses beteiligt habe. Die Wirkungen der Ausgliederung des Regiebetriebs Kreiskrankenhaus seien gemäß den §§ 171, 131 UmwG erst mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister im September 1998 eingetreten. Wie sich aus der Nutzungsüberlassungsabrede ergebe, habe der Beklagte dies auch gewußt. Da der von der Ausgliederung erfaßte Teil des Vermögens einschließlich der Verbindlichkeiten des Beklagten erst mit der Eintragung im Handelsregister auf die GmbH übergegangen sei, sei auch der Betriebsübergang erst zu diesem Zeitpunkt erfolgt (§ 324 UmwG). Weder die Nutzungsüberlassungsabrede noch der Personalüberleitungsvertrag hätten einen Betriebsübergang auf die Vor-GmbH bereits zum 1. Januar 1998 bewirken können. Falls derartige Wirkungen beabsichtigt gewesen seien, wären sie als Verstoß gegen die §§ 131, 171



UmwG nichtig (§ 134 BGB). Im übrigen belege der Umstand, daß der Beklagte am 29. Dezember 1997 den weiteren Einsatz des Klägers im Krankenhaus habe anordnen können, den Fortbestand seines Bestimmungsrechts hinsichtlich des Personaleinsatzes.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Der Betrieb Kreiskrankenhaus ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts am 1. Januar 1998 durch Rechtsgeschäft auf die in Gründung befindliche GmbH übergegangen (§ 613 a BGB).

a) Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung von deren Identität fortführt. Ob ein im wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei dem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Zu den maßgeblichen Tatsachen hierfür zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit. Der Übergang durch Rechtsgeschäft erfaßt alle Fälle einer Fortführung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen vertraglicher oder sonst rechtsgeschäftlicher Beziehungen, ohne daß unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (*ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. nur 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - AP BGB § 613 a Nr. 197 = EzA BGB § 613 a Nr. 187, zu I 3 a, c der Gründe mwN*).

Diese Voraussetzungen waren im Streitfall am 1. Januar 1998 erfüllt. Die Vor-GmbH hat zu dem genannten Zeitpunkt den Krankenhausbetrieb mit allen materiellen und immateriellen Betriebsmitteln einschließlich der vorhandenen Organisation übernommen und die Betriebstätigkeit ohne Unterbrechung im eigenen Namen unverändert weitergeführt. Sie hat die Arbeitnehmer weiterbeschäftigt und alle Vertrags- und Rechtsbeziehungen übernommen. Das beruhte auf der Nutzungsüberlassungsabrede vom 30. Dezember 1997 und dem im Entwurf vorliegenden Personalüberleitungsvertrag. Die wenigen Arbeitnehmer, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprochen hatten, arbeiteten im Krankenhaus vorläufig weiter. Der Beklagte hat die betriebliche Tätigkeit vollständig eingestellt. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen deshalb auch für die Annahme eines gemeinschaftlichen Betriebs zwischen dem Beklagten und der Vor-GmbH keinerlei Anhaltspunkte. Die Mitteilung vom 29. Dezember 1997, der Kläger werde vorläufig weiterhin im Krankenhaus eingesetzt, belegt nicht, daß der Beklagte noch nach dem 31. Dezember 1997 über den Personaleinsatz

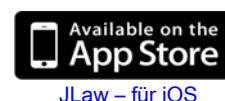


bestimmen konnte. Sie zeigt nur, daß die Vor-GmbH entsprechend der Einigung mit dem Beklagten alle Betriebsangehörigen weiterzubeschäftigen hatte. Die betriebliche Leitungsmacht bezüglich der Tätigkeit des Klägers im Krankenhaus lag unabhängig von der fortbestehenden Arbeitgeberstellung des Beklagten bei der Übernehmerin. Das konnte auch die in Gründung befindliche GmbH sein, die als Vor-GmbH bereits handlungsfähig war (vgl. nur Scholz/Schmidt GmbHGesetz 9. Aufl. § 11 Rn. 21 ff., 27 ff.; Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz 15. Aufl. § 11 Rn. 3, 4 ff. jeweils mwN).

b) Bisheriger Inhaber des Betriebs kann auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein (vgl. zuletzt *Senatsurteil 27. April 2000 - 8 AZR 260/99 - nv. [Truppenübungsplatz]*, zu II 1 b der Gründe; *Senatsurteile 30. Juni 1994 - 8 AZR 544/92 - BAGE 77, 174, 180 ff. [Wohnungswirtschaft einer Gemeinde]*; *27. Oktober 1994 - 8 AZR 687/92 - AP Einigungsvertrag Art. 13 Nr. 10 [Tierpark]*, zu B III der Gründe; *7. September 1995 - 8 AZR 928/93 - AP BGB § 613 a Nr. 131 = EzA BGB § 613 a Nr. 136 [Schule]*, zu B III der Gründe; *20. März 1997 - 8 AZR 856/95 - BAGE 85, 312, 320 f. [Rundfunk]*; *23. September 1999 - 8 AZR 750/98 - nv. [Erziehungshilfeeinrichtung]*, zu 3, 4 a der Gründe; *KR-Pfeiffer 5. Aufl. § 613 a BGB Rn. 39 b; Resch AuR 2000, 87*). In Betracht kommt ein rechtsgeschäftlicher Übergang auf einen anderen öffentlichen oder auf einen privaten Rechtsträger. Dem Betriebsübergang steht nicht entgegen, daß der öffentliche Rechtsträger Alleingesellschafter der Übernehmerin ist. Über die Frage des Gemeinschaftsbetriebs der öffentlichen Hand mit privaten Unternehmen ist nicht zu entscheiden. Vielmehr geht es um die Privatisierung einer öffentlichen Einrichtung auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge.

c) Der Streitfall unterscheidet sich insbesondere dadurch von den bisher entschiedenen Fällen einer Privatisierung, daß der Übergang des Betriebs im Zusammenhang mit einer Umwandlung nach dem UmwG steht. Die Umwandlung steht dem Betriebsübergang am 1. Januar 1998 freilich nicht entgegen.

aa) Eine formwechselnde Umwandlung gem. §§ 301 bis 304 UmwG, auf die § 613 a BGB keine Anwendung findet (vgl. *Trümner PersR 1993, 473, 475*) liegt nicht vor; denn eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts wird als solche nicht umgewandelt. Vielmehr handelt es sich um einen Fall des § 168 UmwG. Danach kann die Ausgliederung eines Unternehmens, das von einer Gebietskörperschaft betrieben wird, aus dem Vermögen der Körperschaft zur Aufnahme durch eine Kapitalgesellschaft oder zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft erfolgen, wenn das maßgebende Bundes- oder Landesrecht einer Ausgliederung nicht entgegensteht. Die Wirkung der Ausgliederung besteht im Übergang des ausgegliederten Teils des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger (§ 131 Abs. 1 Nr. 1



UmwG). Sie tritt gem. § 171 *UmwG* mit der Eintragung der Ausgliederung oder des neuen Rechtsträgers in das zuständige Register ein. Diese Voraussetzung war erst im September 1998 erfüllt.

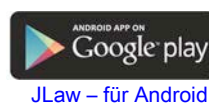
bb) Die §§ 171, 131 *UmwG* betreffen die Zuordnung des Eigentums und des Vermögens. Für den Betriebsübergang kommt es hierauf nicht an. Maßgebend für den Betriebsübergang ist nur, daß die als wirtschaftliche Einheit organisierten materiellen, immateriellen und personellen Mittel tatsächlich im eigenen Namen genutzt werden. Schon deshalb sind Tatbestand und Zeitpunkt einer Umwandlung von Tatbestand und Zeitpunkt eines Betriebsübergangs unabhängig. Die Umwandlung ist nicht der gegenüber dem Betriebsübergang speziellere Tatbestand. Eine beabsichtigte und in die Wege geleitete Umwandlung schließt nicht aus, daß ein Betrieb oder Betriebsteil schon vor Vollendung der Umwandlung gem. § 613 a BGB durch Rechtsgeschäft übertragen und durch einen neuen Inhaber fortgeführt wird. In Betracht kommt etwa eine Verpachtung oder - wie hier - Nutzungsüberlassung. Das bestätigt § 324 *UmwG*, nach dem § 613 a Abs. 1 und 4 BGB durch die Wirkungen der Eintragung einer Spaltung unberührt bleibt. Das kann nur bedeuten, daß die Voraussetzungen des § 613 a BGB auch im Umwandlungsfall selbständig zu prüfen sind (*im Ergebnis ebenso ErfK/Preis § 324 UmwG Rn. 6; Schaub Arbeitsrechts-Handbuch 8. Aufl. § 117 VI 3 S 1017, 9. Aufl. § 117 II 2 Rn. 10 ff. = S 1178 f., § 117 VII 2 Rn. 94 = S 1191 f.; Bachner/Köstler/Trittin/Trümner Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung 1997 S 121 ff., 126 f.; Mengel Umwandlungen im Arbeitsrecht 1997 S 72 ff., 79 f., 80 ff.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels BetrVG 19. Aufl. § 111 Rn. 44*). Die Wirkung der Umwandlung kann auch noch nach erfolgtem Betriebsübergang eintreten.

2. Der Kläger konnte dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses durch Betriebsübergang widersprechen. Folge seines Widerspruchs vom 29. Dezember 1997 war, daß das Arbeitsverhältnis nicht am 1. Januar 1998 auf die neue Inhaberin des Betriebs übergang, sondern weiterhin zu dem Beklagten bestand (*vgl. nur Senat 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196, 199 f., 201 f.*). Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers besteht aus den vom Senat wiederholt dargelegten Gründen (*zuletzt 19. März 1998 aaO*) auch bei einer privatisierenden Umwandlung, dh. wenn Ausgliederung und Betriebsübergang zeitlich zusammenfallen (*zweifeln Schaub aaO 9. Aufl. § 117 VII 8 c Rn. 119 = S 1196*). Wird der Betriebsübergang schon vor der Ausgliederung vollzogen, gilt nichts anderes.

3. Da das Arbeitsverhältnis des Klägers auf Grund des Widerspruchs bei dem Beklagten verblieben ist, war die Personalvertretung des Krankenhauses vor Ausspruch der Kündigung nicht zu beteiligen.



- a) Zugunsten des Klägers kann angenommen werden, daß die Personalvertretung des Krankenhauses beim Übergang des Krankenhauses auf den privaten Rechtsträger kraft Gesetzes oder gem. § 7 des Personalüberleitungsvertrags im Amt blieb und die Rechte und Pflichten eines Betriebsrats besaß. Der Streitfall erfordert keine nähere Stellungnahme des Senats zum allgemeinen Übergangsmandat des Personalrats bei Privatisierung (*vgl. hierzu nur Frohner PersR 1995, 99, 104; Fitting/Kaiser/Heither/Engels aaO § 21 Rn. 42 ff., 52, § 130 Rn. 13 ff. jeweils mwN*).
- b) Jedenfalls war der Kläger seit dem 1. Januar 1998 nicht mehr Mitglied des Vertretungsorgans des Krankenhauses. Er war aufgrund seines Widerspruchs nicht mehr Arbeitnehmer des Inhabers des Krankenhausbetriebes und nicht mehr Betriebsangehöriger. Mitglieder des Vertretungsorgans können nur solche Personen sein, die Arbeitnehmer des Betriebsinhabers sind und dem Betrieb angehören. Daß der Kläger im Wege der Abordnung dem neuen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen war, genügt nicht. Eine Unwirksamkeit der Arbeitnehmerüberlassung (*zB nach § 1 Abs. 2 AÜG*) ist nicht ersichtlich. Insbesondere war die Überlassung nicht gewerbsmäßig (*vgl. hierzu nur BAG 16. März 2000 - 2 AZR 196/99 - nv., zu 3 der Gründe mwN*). Die Spaltung eines Betriebs nach § 321 UmwG lag nicht vor. Der Krankenhausbetrieb blieb als solcher unverändert; Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer konnten weiter von demselben Vertretungsorgan wahrgenommen werden. Das Auseinanderfallen von Arbeitsverhältnis und Personalratsamt beruhte allein auf dem Widerspruch des Klägers. Deshalb kann der Kläger aus § 321 UmwG nichts für sich herleiten.
- c) Das Krankenhaus war nicht mehr Betrieb oder Dienststelle des Beklagten, stellte auch keinen Gemeinschaftsbetrieb dar. Der Kläger war zwar weiterhin dort beschäftigt und eingegliedert. Er arbeitete aber auf Grund einer Einigung zwischen dem Beklagten und der neuen Betriebsinhaberin auf der Basis einer Arbeitnehmerüberlassung. Der Beklagte, der weiterhin sein Arbeitgeber war, hatte ihn mit seiner Zustimmung abgeordnet.
- d) Der Arbeitgeber hat bei der Kündigung eines Arbeitnehmers Vertretungsorgane von Betrieben, bei denen er nicht wenigstens Mitinhaber ist, nicht zu beteiligen. Die Entscheidung über die Kündigung sowie die Mitwirkung des Vertretungsorgans werden nicht von der Tätigkeit im Beschäftigungsbetrieb bestimmt. Vielmehr geht es um die Rechtsstellung des Arbeitnehmers gegenüber seinem Vertragspartner. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe können sich nur aus der Verletzung des Arbeitsvertrags, personenbedingte Gründe nur aus der gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden vertraglichen Arbeitspflicht ergeben, dringende betriebliche Erfordernisse nur auf den Betrieb des Vertragsarbeitgebers beziehen. Die Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 2 BetrVG sind sinnvoll nur von dem Betriebsrat geltend zu



machen, der dem Vertragspartner des Arbeitnehmers gegenübersteht. Nur der Betriebsrat im Betrieb des Arbeitgebers kann den Schutzzweck des § 102 BetrVG angemessen realisieren (vgl. für Leiharbeiter zB ErfK/Eisemann § 5 BetrVG Rn. 6; Kraft GK-BetrVG 6. Aufl. § 5 Rn. 22; Fitting/Kaiser/Heither/Engels aaO § 5 Rn. 78). Der Ausnahmefall des § 321 UmwG lag, wie ausgeführt, gerade nicht vor. Dabei kommt es nicht darauf an, daß auch bei dem Beklagten selbst eine Personalvertretung gebildet war.

III. Die Kündigung ist nicht aus sonstigen personalvertretungsrechtlichen Gründen unwirksam.

1. Der Beklagte hat den bei ihm gebildeten Personalrat ordnungsgemäß beteiligt.

a) Der Beklagte hat, obwohl er wegen des besonderen tariflichen Kündigungsschutzes des Klägers eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit ausgesprochen hat, den Personalrat zutreffend wie bei einer ordentlichen Kündigung beteiligt (vgl. BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10, 22, zu II 5 der Gründe).

b) Fehler im Beteiligungsverfahren sind nicht ersichtlich, werden vom Kläger auch nicht konkret geltend gemacht. Der zuvor ausführlich unterrichtete Personalrat hat der Kündigung in seiner Sitzung vom 13. Mai 1998 zugestimmt und dies dem Beklagten am 14. Mai 1998 mitgeteilt (vgl. §§ 65 Abs. 2 Nr. 9, 68 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 NPersVG). Der Beklagte hat dann mit Schreiben vom 19. Mai 1998 gekündigt.

2. Der Gesamtpersonalrat war vor Ausspruch der Kündigung nicht zu beteiligen.

a) Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 BPersVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern der Personalvertretungen der Zustimmung der zuständigen Personalvertretung. Gehört ein Arbeitnehmer mehreren Personalvertretungen als Mitglied an, so bedarf es zu seiner außerordentlichen Kündigung der Zustimmung dieser Vertretungen (vgl. BVerwG 8. Dezember 1986 - 6 P 20.84 - NJW 1987, 2601). Ob der Gesamtpersonalrat nach dem 1. Januar 1998 noch bestand oder ob die Voraussetzungen für seine Errichtung entfallen waren (vgl. Bieler/Müller-Fritzsche Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz 9. Aufl. § 49 Rn. 9), kann dahinstehen; denn die Personalratsbeteiligung hatte wie bei einer ordentlichen Kündigung zu erfolgen (oben III 1 a), für die § 108 Abs. 1 Satz 1 BPersVG nicht gilt.

b) Für eine Zuständigkeit des Gesamtpersonalrats gem. § 80 NPersVG ist nichts ersichtlich. Unabhängig davon, ob der Gesamtpersonalrat über den 31. Dezember 1997 hinaus bestanden hat, lag keine Maßnahme vor, für die die Gesamtdienststelle zuständig war und die nicht nur den Bereich der Stammdienststelle betraf.



IV. Der Senat kann über die materiellrechtliche Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung nicht abschließend entscheiden.

1. Die Kündigung ist nicht gem. § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam. Kündigt der bisherige Betriebsinhaber einem Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, weil für ihn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestehe, so handelt es sich nicht um eine nach § 613 a Abs. 4 BGB unzulässige Kündigung (*BAG 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - BAGE 82, 316, 326, zu IV 1 der Gründe; BAG 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 7 = EzA SchwbG 1986 § 21 Nr. 10, zu B III der Gründe*).

2. Der Beklagte hat zutreffend eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist ausgesprochen.

a) Dem Kläger kam der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 2 Satz 1 KSchG nicht mehr zu. Vielmehr hatte er zum Zeitpunkt der Kündigung den nachwirkenden Kündigungsschutz gem. § 15 Abs. 2 Satz 2 KSchG.

b) Gleichwohl wäre nach § 15 Abs. 4 KSchG eine ordentliche Kündigung geboten gewesen. Zwar lag nicht die Stillegung eines Betriebs vor. § 15 Abs. 4 KSchG findet aber entsprechende Anwendung auf den Fall des Betriebsübergangs, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht (*BAG 18. September 1997 - 2 ABR 15/97 - BAGE 86, 298, 305 ff., zu C II 2 a, b der Gründe; Otto EWiR 1998, 707; für direkte Anwendung Annuß DB 1999, 798, 799; aA KR-Etzel 5. Aufl. § 15 KSchG Rn. 86*). Für den Übergang einer Betriebsabteilung gilt § 15 Abs. 5 KSchG entsprechend, wenn der dort beschäftigte Arbeitnehmer widerspricht. Auch in diesem Falle entfällt auf Dauer jede Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer in der betreffenden Betriebsabteilung. Der Arbeitnehmer ist vorrangig in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen. Ist dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich, ist die Kündigung entsprechend § 15 Abs. 4 KSchG zulässig.

c) Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die §§ 53 ff. BAT jedenfalls kraft einzelvertraglicher Bezugnahme Anwendung. Danach gilt folgendes:

§ 53 Ordentliche Kündigung

...

- (3) Nach einer Beschäftigungszeit (§ 19 ohne die nach § 72 Abschn. A Ziff. I berücksichtigten Zeiten) von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des vierzigsten Lebensjahres, ist der Angestellte unkündbar.

§ 54 Außerordentliche Kündigung



- (1) Der Arbeitgeber und der Angestellte sind berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grunde fristlos zu kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.
- (2) Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muß dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.

§ 55 Unkündbare Angestellte

- (1) Dem unkündbaren Angestellten (§ 53 Abs. 3) kann aus in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden.
- (2) Andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, berechtigen den Arbeitgeber nicht zur Kündigung. In diesen Fällen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jedoch, wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dienstlichen Gründen nachweisbar nicht möglich ist, zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe kündigen.

...

Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate zum Schluß eines Kalendervierteljahres.

Lehnt der Angestellte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den ihm angebotenen geänderten Vertragsbedingungen ab, so gilt das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist als vertragsgemäß aufgelöst (§ 58).

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte der Kläger zum Kündigungszeitpunkt das 40. Lebensjahr vollendet und eine berücksichtigungsfähige Beschäftigungszeit von 15 Jahren zurückgelegt. Er war deshalb nach § 53 Abs. 3 BAT „unkündbar“. Nach § 55 Abs. 1 BAT konnte ihm aus personen- oder verhaltensbedingten wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden. Demgegenüber bestimmt § 55 Abs. 2 Satz 1 BAT, daß andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, nicht zur Kündigung berechtigen.

d) Gleichwohl ist die außerordentliche Kündigung mit Auslaufrfrist nicht von vornherein unwirksam.



aa) Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in einer Reihe von Entscheidungen gegen den tariflichen Ausschluß jeglicher ordentlichen und außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers aus dringenden betrieblichen Erfordernissen Bedenken erhoben. Danach ist vorrangig geboten, im Wege der Auslegung der Tarifregelung unabdingbare Kündigungsmöglichkeiten zu erhalten (vgl. BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10, 14 ff.; 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3, zu II 4 der Gründe; 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - aaO, zu B II der Gründe). Jedoch erscheint eine Auslegung der zitierten Vorschriften des BAT dahingehend, eine ordentliche Kündigung oder eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit sei jedenfalls in Fällen der klaren Unmöglichkeit einer Beschäftigung gestattet, kaum möglich. Die Tarifvertragsparteien haben gegenüber den besonders geschützten Arbeitnehmern jede Beendigungskündigung ausgeschlossen, unabhängig davon, ob eine irgendwie sinnmachende Beschäftigung noch möglich ist.

bb) Der völlige tarifliche Ausschluß der Beendigungskündigung auch bei einem wichtigen betriebsbedingten Kündigungsgrund dürfte gegen die zwingende Vorschrift des § 626 Abs. 1 BGB verstoßen und deshalb keinen Bestand haben. Unabhängig von dem Prüfungsmaßstab der Kündigung im einzelnen können die Tarifvertragsparteien nicht eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bestimmen, wenn dessen Fortsetzung aus besonderen Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unzumutbar geworden ist. Unmögliches oder Unzumutbares kann von niemandem verlangt werden (vgl. nur Kiel/Koch Die betriebsbedingte Kündigung Rn. 535 ff.). Die Frage ist nur, wann diese Voraussetzung vorliegt.

cc) Jedenfalls für den Fall des Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang und Umwandlung greift der völlige Ausschluß der betriebsbedingten Beendigungskündigung nicht. Der besondere Kündigungsschutz soll dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz erhalten, nicht Umwandlungen und Betriebsübergänge verhindern. Die Möglichkeit des Arbeitnehmers, seinen bisherigen Arbeitsplatz bei einem anderen Arbeitgeber zu behalten und dasselbe Arbeitsverhältnis bei diesem fortzuführen, ist bei der Anwendung des tariflichen Kündigungsschutzes zu berücksichtigen. Dem Anliegen des Tarifvertrags wird durch die Rechtsfolge des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB dergestalt Rechnung getragen, daß der widersprechende Arbeitnehmer nicht vor jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus betriebsbedingten Gründen geschützt werden muß.

dd) Da die außerordentliche Kündigung deshalb auch unter Berücksichtigung des Tarifrrechts nicht völlig ausgeschlossen werden konnte, hat der Beklagte zutreffend eine außer-



ordentliche Kündigung mit einer Auslauffrist entsprechend der längsten Kündigungsfrist nach den §§ 53 Abs. 2, 55 Abs. 2 Satz 5 BAT ausgesprochen.

3. Das Landesarbeitsgericht muß noch prüfen, ob die Kündigung aus wichtigem Grund gemäß den §§ 54, 55 BAT, 626 BGB gerechtfertigt ist.

a) Eine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 54 Abs. 2 BAT, § 626 Abs. 2 BGB kommt nicht in Betracht, da es sich bei dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für einen „unkündbaren“ Arbeitnehmer um einen Dauertatbestand handelt (*BAG 17. September 1998 aaO, zu II 3 der Gründe mwN*).

b) Die Kündigung ist auch nicht etwa deshalb unwirksam, weil der Beklagte bereits am 10. März 1998 aus demselben Grund gekündigt hatte. Denn der Beklagte hat die streitgegenständliche Kündigung nach gerichtlichem Hinweis ausgesprochen, weil der Personalrat bei der ersten Kündigung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden war. Allein aus diesem Grund hat das Arbeitsgericht die frühere Kündigung (rechtskräftig) für unwirksam erklärt.

c) Die Möglichkeit der Abordnung zu dem Übernehmer steht einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht entgegen. Dem bisherigen Inhaber des Betriebs ist es - unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit - nicht zumutbar, seine Arbeitnehmer auf Dauer dem Übernehmer des Betriebs zu überlassen und damit die Arbeitsverhältnisse auf eigene Rechnung fortzuführen. Das würde letztlich den Sinn und Zweck des Betriebsübergangs bzw. der Umwandlung vereiteln.

d) Der Senat kann nicht selbst prüfen, ob die außerordentliche Kündigung nach dem anzuwendenden strengen Prüfungsmaßstab (*vgl. BAG 12. August 1999 aaO, zu B II 2, 3 der Gründe*) gerechtfertigt war. Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kann dem Arbeitgeber insbesondere dann unzumutbar sein, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin das Gehalt weiterzahlen müßte, obwohl er zB wegen Betriebsstillegung für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr hat. Jedoch muß der Arbeitgeber mit allen zumutbaren Mitteln eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers versuchen. Hierzu zählen auch zumutbare Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen. Da der Sachverhalt insoweit nicht ausreichend aufgeklärt ist, sieht der Senat von näheren Hinweisen ab, wie weit die Obliegenheit des Arbeitgebers gegenüber dem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer im einzelnen geht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß der Kläger den Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes erst durch seinen Widerspruch ausgelöst hat. Gleichwohl erscheint eine Übernahme in das Gesundheitsamt des Beklagten, ggf. auch nach entsprechender Fortbildung, nach dem Vortrag des Klägers nicht ohne weiteres unzumutbar. Auf den Unterschied zwischen Betriebsabteilung (*vgl. hierzu BAG 28. Oktober 1999 - 2 AZR 437/98 - EzA KSchG*



§ 15 nF Nr. 48, zu II 1 bis 5 der Gründe), Betrieb und Dienststelle kommt es jedenfalls nicht an. Der Beklagte hatte jede zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit auszuschöpfen.

e) Das Erfordernis einer sozialen Auswahl entfiel nicht wegen des Widerspruchs des Klägers. Der Kläger hat eine fehlerhafte soziale Auswahl bisher aber nicht dargelegt. Der Beklagte hat vorgetragen, vergleichbare Arbeitnehmer seien nicht beschäftigt gewesen. Dem ist der Kläger nicht konkret entgegengetreten.

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

Dr. Scholz

Hickler



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)