



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn I.-K. L., L. str. 11 c, C.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte X. Partnerschaft von Rechtsanwältinnen, G. wall 63, E.,

g e g e n

die Firma T. GmbH in Liquidation, vertreten durch den Liquidator E. T., C. straße 15 - 17, F.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B. u. a.,
i/F. Unternehmensverband e. V.,
S. str. 9, F.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 23.03.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsitzenden sowie die ehrenamtliche Richterin Clemens und die ehrenamtliche Richterin Schmidt-Wefels

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 04.08.2010 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten vom 30.03.2010 unwirksam ist.

Im übrigen wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Die Revision wird zugelassen.

GRÜNDE:

A. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit. Das Arbeitsgericht hat die Kündigung für rechtmängelfrei erachtet und einen (wegen tariflicher Unkündbarkeit des Klägers erforderlichen) wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB angenommen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Die Beklagte ist ein Unternehmen des C.-Konzerns. Seit März 2011 befindet sie sich in Liquidation. Der C.-Konzern besteht aus der C. Holding GmbH und derzeit fünf operativen Tochtergesellschaften, nämlich der C. Beratung GmbH (nachfolgend: C.), C. Technik GmbH, C. Service GmbH, der C. Software GmbH sowie C. Vertriebs- und Projekt GmbH (VP). Gesellschafter der Unternehmensgruppe sind die Betriebskrankenkassen, die Innungskrankenkassen, die DAK-Unternehmen Leben, HEK, hkk, die Knappschaft und der Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen. Der C.-Konzern ist Full-Service-Anbieter im IT-Markt der gesetzlichen Krankenversicherungen. Die Gesellschafter von C. sind zugleich deren Kunden. Daneben hat der C.-Konzern in geringem Umfang weitere Krankenkassen als Kunden.

Die Beklagte übernahm mit ihrer Gründung im Jahr 2008 die J. West eG. Diese war ihrerseits eine privatrechtliche Ausgründung der Abteilung/Arbeitsgemeinschaft J. West des Landesverbandes der Betriebskrankenkassen Nordrhein-Westfalen (LV BKK) und hatte zum 01.01.2000 die damals in der Abteilung J. West des LV BKK beschäftigten Mitarbeiter übernommen, darunter den Kläger.

Der am 22.05.1953 geborene Kläger war zum 01.04.1982 in die Dienste des LV BKK getreten. Der Kläger ist verheiratet und hat einen 25jährigen Sohn, der behindert ist und von seinen Eltern betreut wird.

Der Kläger war in der Funktion des Bereichsleiters bei der Beklagten an deren Standort F. im Bereich „Fachberatung“ beschäftigt.

Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem LV BKK fanden kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit und vertraglicher Bezugnahme der BAT und der diesen übernehmende BAT/BKK (§ 2) sowie die ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge Anwendung. Anlässlich des Übergangs zur J. West eG wurde den Beschäftigten im Überleitungstarifvertrag die uneingeschränkte Fortgeltung des BAT/BKK zugesagt. Am 15.11.2004 kam es bei der J. West eG zum Abschluss eines Firmentarifvertrages (FirmenTV-J.). Dieser schreibt in § 23 Abs. 2 die Unkündbarkeitsregelung des § 53 Abs. 3, § 55 BAT fort. § 23 Abs. 3 FirmenTV-J. schließt Änderungskündigungen zum Zwecke der Herabgruppierung aus. Zum 01.01.2010 wurden für sämtliche Unternehmen des C.-Konzerns und so auch für die Beklagte ein Überleitungstarifvertrag sowie ein Manteltarifvertrag geschlossen (MTV-C.). In § 10 MTV-C. ist bestimmt, dass die Beschäftigten einer Gesellschaft vorübergehend in der Betriebsstätte einer anderen Gesellschaft eingesetzt werden können. Im MTV-C. ist ein Sonderkündigungsschutz („tarifliche Unkündbarkeit“) nicht mehr vorgesehen.

Bei der Beklagten existierten – neben dem administrativen Bereich Postwesen/ Telefonvermittlung – die Bereiche „KV-Dienste“ (Beitragseinzug [zu Ende März 2010 endgültig aufgegeben]), „Informatik“ (Administration der von den Kunden angemieteten Datenleitungen bis zu den Anwenderarbeitsplätzen der Kunden [Standardoberfläche, Software]) und die „Fachberatung“, dem Einsatzfeld des Klägers. Die Tätigkeit der Fachberatung bestand im Wesentlichen in der über das Ticketsystem dem einzelnen Mitarbeiter zugeteilten Bearbeitung von Anfragen, Störmeldungen und anderen Anliegen des Kunden (Krankenkasse), namentlich der Beratung, Unterstützung und Behandlung von Fehlern in der betreuten Software für die Basissoftware ISKV bzw. iskv 21 c sowie weiterer Produkte, ferner in der Durchführung von Schulungen bei den Kunden insbes. bei Einführung ergänzender Produkte (zB. Wilken-Software Finanzbuchhaltung) und in der Erstellung von Informationen.

Die Beklagte unterhielt neben ihrem Hauptbetrieb in F. die Standorte L., N. und I.. Zum 30.06.2009 schloss sie den Standort L. mit ca. 63 Arbeitnehmern, im Laufe des Jahres 2009 die beiden anderen Standorte. Am Betriebssitz F. unter-

hielt sie Rechenzentren in der L. Straße und C. Straße. Für die dortigen Anlagen (Unix-Server, Terminal-Server, Windows-Server) und sonstige EDV-Hardware (PC, Drucker) war der Bereich Informatik zuständig, ebenso für die Administration der angemieteten Datenleitungen und die Netzwerküberwachung. Auf den Servern der Beklagten waren die Versichertendaten der Kunden und sonstigen Kundendaten sowie die Software gespeichert und für die Kunden ständig zugriffsbereit.

Im Jahre 2008 begann die Beklagte damit, Kunden auf die Umstellung auf die neue Krankenkassensoftware iskv 21 c vorzubereiten, die von der C. Software GmbH entwickelt war. Hierzu bildete die Beklagte das dem Bereich Fachberatung zugeordnete Projektteam Cenit 21 c mit einer Kernmannschaft von 4 Mitarbeitern. Tatsächlich stellte die Beklagte lediglich einen ihrer Kunden, die BKK Pfaff, auf iskv 21 c um; im übrigen blieb es bei der teilweise monatelangen Vorbereitung von Kunden auf die neue Krankenkassensoftware iskv 21 c. Die Umstellung selbst wurde bei diesen Kunden dann von C., soweit die Kunden zu ihr gewechselt waren, durch das Roll-Out-Center 21 c (S.) vorgenommen.

C., die sich im selben Marktsegment wie die Beklagte betätigt, war neben der klassischen Fachberatung ebenfalls damit befasst, ihre Kunden von ISKV auf iskv 21 umzustellen. Um die Aktivitäten der Beklagten und C. auf diesem Gebiet zu bündeln, wurde das C. zugeordnete S. gebildet, das von einer C.-Mitarbeiterin, Frau H., und ihrem Vertreter, dem Mitarbeiter der Beklagten Herrn B., geleitet wurde. Im S. wurden die Cenit 21 c-Mitarbeiter der Beklagten und ca. acht Mitarbeiter der C. zusammengeführt. In der Folgezeit wuchs die Zahl der im S. eingesetzten Mitarbeiter auf 47 an, wobei im wesentlichen Mitarbeiter der Fachberatung der Beklagten rekrutiert wurden, nachdem aufgrund erheblicher Kundenverluste für diese der Beschäftigungsbedarf in der klassischen Fachberatung der Beklagten zurückgegangen war.

Die Beklagte hatte bezogen auf die Bereiche Fachberatung und Informatik bis zum 31.12.2009 52,44 % ihres Vertragsvolumens (Kunden) verloren. Bis 31.12.2010 gab sie weitere 39,7 % ab. Nach dem 01.01.2011 sind ihr noch

7,87 % verblieben. Die Kunden gingen ganz überwiegend Dienstleistungsverträge mit C. ein. Soweit die Vertragslaufzeiten der Kundenverträge ausliefen, hatte die Beklagte keine Anschlussverträge mehr akquiriert. In acht bis neun Fällen schlossen Kunden mit der Beklagten und C. Umstellungsverträge, aufgrund derer die Kunden vorzeitig von der Beklagten zu C. wechselten, um später von ISKV auf iskv 21 c umgestellt zu werden.

Im Zuge der Schließung des Standortes L. wechselten 12 Arbeitnehmer, die dem Bereich Fachberatung zugeordnet waren, zur C. Beratung GmbH an deren Standort M..

Ein Wechsel von Mitarbeitern der Beklagten zu C. im/zum S. fand dergestalt statt, dass Mitarbeiter sich mit Erfolg auf eine ausgeschriebene Stelle entweder im Zuge einer betriebsbedingten Kündigung seitens der Beklagten bewarben oder hiernach durch Eigenkündigung oder Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten lösten. Dabei kam es regelmäßig zu keiner Unterbrechung ihrer Arbeitstätigkeit, weil entweder der vereinbarte Auflösungszeitpunkt mit der Arbeitsaufnahme bei C. abgestimmt war oder der Mitarbeiter während der Kündigungsfrist im Wege der (fortgesetzten) „Konzernleihe“ bereits bei C. eingesetzt wurde. Die Neueinstellung bei C. erfolgte unter Anrechnung der bisherigen Besitzstände.

Am 14.12.2009 vereinbarten die Beklagte und der bei ihr gebildete Betriebsrat hinsichtlich der Aufgabe des Geschäftsfeldes KV-Dienste, des Bereichs Informatik am Standort F. und der Schließung des Standortes I. einen Interessenausgleich mit einer 111 Arbeitnehmer benennenden Namensliste und einen Sozialplan. Am 18.12.2009 sprach die Beklagte die nach dem Interessenausgleich vorgesehenen Kündigungen aus.

Am 08./10.03 03.2010 beschloss die Beklagte die Schließung auch des Restbetriebs in F. und die komplette Einstellung der eigenen operativen Geschäftstätigkeit zum 30.06.2010. Tatsächlich beauftragte sie bereits ab dem 15.03.2010

C. damit, die den Kunden geschuldeten Vertragsleistungen „als Subunternehmerin“ zu erbringen. Dazu überspielte sie bis zum 15.03.2010 die Kundendaten der Bereiche Fachberatung und Informatik auf den Server von C. N.. In der Folgezeit gab sie die abgeschalteten Unix-Server zur Verschrottung. Ein Teil der Geräte wurde verlagert, das Rechenzentrum L. Straße aufgegeben. Im Rechenzentrum C. Straße blieben noch ca. die Hälfte der Terminal-Server in Betrieb. Die verbliebenen Server wurden bzw. werden schrittweise abgebaut.

Nach schriftlicher Anhörung des Betriebsrats am 22.03.2010 erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 30.03.2010, dem Kläger am Folgetag zugegangen, die außerordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen mit sozialer Auslaufzeit zum 31.10.2010. Am 20.04.2010 hat der Kläger beim Arbeitsgericht Essen Klage eingereicht.

Er hat die Unwirksamkeit der Kündigung im Hinblick auf seine tarifliche Unkündbarkeit reklamiert, die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats und die Betriebsbedingtheit der Kündigung bestritten, die (im Wege der Konzernleihe mögliche) Weiterbeschäftigung bei anderen Konzernunternehmen geltend gemacht und mit dem Vortrag, dass Beklagte und C. einen gemeinsamen Betrieb geführt hätten, die Sozialauswahl beanstandet. Die Kündigung sei, so hat der Kläger gemeint, wegen Betriebsveräußerung erfolgt. Er bezieht sich hierfür u.a. auf diverse Schriftstücke und behauptet, dass 16 Mitarbeiter der Fachberatung ein gezieltes Einstellungsangebot der C. erhalten hätten.

Die Parteien haben im Einzelnen zum Wechsel von Mitarbeitern, Kunden, der Außerbetriebsetzung, Verlagerung und weiteren Nutzung von Servern, Kundendaten und Software vorgetragen.

Die Beklagte hat auf den Vortrag des Klägers entgegnet, dass es sich bei dem Wechsel von Kunden zu C. um bloße Auftragsnachfolge handele. Ihre bisherige, mit eigenen Arbeitnehmern ausgeführte Betriebstätigkeit in der Fachberatung habe sie endgültig zum 15.03.2010 eingestellt. Damit sei die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger entfallen. Eine Handvoll Mitarbeiter sei

im Wege der Konzernleihe an sie zur Abwicklung des Geschäftsbetriebes vor allem bei den KV-Dienste ausgeliehen worden. Sie habe keinen Gemeinschaftsbetrieb mit C. geführt; lediglich seien im Wege der Konzernleihe Mitarbeiter bei C. eingesetzt gewesen. Die Beklagte hat weiterhin einen Betriebsteilübergang in Abrede gestellt: Die Unix-Server als wesentliches sächliches Betriebsmittel seien nicht von C. übernommen worden. Diese habe auch nur eine Minderzahl der Mitarbeiter der Fachberatung (und Informatik) eingestellt (10 von 26) und dann mit anderen Arbeitsaufgaben (im S.) betraut.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch deren Kündigung vom 30.03.2010 nicht mit Ablauf des 31.10.2010 endet, sondern über diesen Zeitpunkt hinaus ungekündigt fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 04.08.2010 die Klage abgewiesen. Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift der Kläger das Urteil, auf das hiermit zur ergänzenden Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und unter Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens an. Er beantragt die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Stattgabe der Klage mit dem erstinstanzlichen Antrag. Die Beklagte verteidigt das Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen sowie auf die in der Verhandlung am 23.04.2011 protokollierten Erklärungen verwiesen.

B. Die Berufung hat teilweise Erfolg. Die Kündigung vom 30.03.2010 ist rechtsunwirksam, so dass der in diesem Punkt der begründeten Klage stattzugeben ist. Soweit der Kläger – auch nach dem gerichtlichen Hinweis vom 21.03.2011 sowie in der Kammerverhandlung – an dem Begehren festgehalten, ein zur Beklagten fortbestehendes Arbeitsverhältnis festzustellen, ist die Klage als derzeit unzulässig abzuweisen.

I. Die Kündigungsschutzklage ist teilweise unzulässig.

1. Ziel der Kündigungsschutzklage im Allgemeinen und auch hier ist zunächst die Feststellung, dass die von der beklagten Partei erklärte Kündigung unwirksam ist. Die herrschende Rechtsmeinung (BAG 18.04.2002 – 8 AZR 346/01 – Rn. 31 f., BAG 26.06.2008 – 6 AZN 648/07 - Rn. 14, BAG 24.08.2006 – 8 AZR 574/05 – Rn. 25 f., BAG 30.10.2008 – 8 AZR 54/07 – Rn. 14, ErfK/Kiel, 11. Aufl., § 4 KSchG Rn. 32; krit. SPV/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 10. Aufl., Rn. 1839) beschränkt den Streitgegenstand freilich nicht auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung („Kündigungskomponente“), sondern erstreckt ihn auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien sowohl im Kündigungszeitpunkt als noch zum Kündigungstermin („Bestandskomponente“).

Das Arbeitsgericht hat die Klage als „normale“ Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG verstanden und ausgehend davon, dass es hierfür keines besonderen Feststellungsinteresses bedarf, in der Sache beschieden.

Dem stimmt die Kammer hinsichtlich der „Kündigungskomponente“ des Klagebegehrens zu, nicht jedoch hinsichtlich der „Bestandskomponente“.

2. Dass nach herrschender Meinung die Bestandskomponente Bedingung und Gegenstand der Kündigungsschutzklage ist, gründet im Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG und in dem (gemäß § 7 KSchG) für die Gewährung von Rechtsschutz erforderlichen Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der Kün-

digung. Dieses Interesse fehlt typischerweise, wenn der Kündigende im Kündigungszeitpunkt nicht Arbeitgeber und also nicht kündigungsberechtigt ist oder wenn der Streit darum, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis zum Kündigungsstermin auflöst, wegen eines zwischenzeitlich eingetretenen Beendigungstatbestandes nicht mehr der Klärung von Rechtsfolgen für die Gegenwart oder die Zukunft dienen kann. Folgerichtig wird dem Kündigungsschutzkläger im Standardfall abverlangt, dass er die Bestandskomponente seines Antrages darzulegen hat (BAG 15.12.2005 – 8 AZR 202/05 – Rn. 37 f., vgl. auch BAG 24.06.2004 – 2 AZR 215/03 – Rn. 27 f, Hamacher/Nübold Antragslexikon Arbeitsrecht, Seite 81; krit. zum Ganzen: SPV/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 10. Aufl., Rn. 2019 f./ 2043).

In Betriebsübergangsfällen liegen die Dinge anders. Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass das Arbeitsverhältnis automatisch vom bisherigen Arbeitgeber auf den neuen Arbeitgeber übergeht und es ungewiss sein kann, ob und zu welchem Zeitpunkt sowohl in tatsächlicher Hinsicht als auch nach rechtlicher Würdigung des Gerichts ein Betriebsübergang stattgefunden hat. Des Weiteren ist offen, ob die Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613 a Abs. 5 und 6 BGB rückwirkend die Arbeitgeberstellung verändern wird. Nach Auffassung der Kammer würden hier die Anforderungen an das Feststellungsinteresse nach § 4 Satz 1 KSchG und an die Begründetheit der Kündigungsschutzklage überspannt, wenn dem Kläger in dieser Konstellation noch die zusätzliche Darlegung abverlangt würde, dass der Kündigende, der sich der Arbeitgeberstellung berüht hat, im Kündigungszeitpunkt der wirkliche Arbeitgeber gewesen sei und das Arbeitsverhältnis mit ihm noch zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt bestanden habe. Deshalb bedarf die herrschende Streitgegenstandstheorie in Betriebsübergangsfällen der Modifizierung (Kammer 29.04.2009 – 12 Sa 1551/08 – Rn. 31 f.). Maßstab bleibt die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegen die Kündigung. Hierbei ist die Inanspruchnahme des (mutmaßlichen) Betriebserwerbers, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, ebenso einzubeziehen wie die Respektierung des Widerspruchsrechts nach § 613 a Abs. 5 und 6 BGB. Schließlich ist zu beachten, dass das Urteil im Kündigungsschutzprozess, soweit es den thematisierten Betriebsübergang im Rahmen der Prüfung von § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB oder § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG abhandelt, sich

lediglich über eine Vorfrage erhält, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt (BAG 04.03.1993 – 2 AZR 207/92 – Rn. 20) und daher etwa der vom Arbeitnehmer in Anspruch genommene „Erwerber“ einwenden kann, dass entgegen der gerichtlichen Annahme im Kündigungsschutzprozess kein Betriebsübergang stattgefunden habe.

Hiernach besteht ein auf die Kündigungskomponente fokussiertes Feststellungsinteresse des Arbeitnehmers. Dieses Gesetzesverständnis entspricht der Maxime, dass die Feststellungsklage zu ihrer Zulässigkeit lediglich voraussetzt, dass der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht, wobei eine solche Gefährdung in der Regel schon darin liegt, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet oder er sich eines eigenen Rechts gegenüber dem Kläger berührt, und dass das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen; dabei steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen, dass ein Urteil im streitigen Verfahren nur zwischen den Parteien wirkt und keine Bindungswirkung für einen gegen den mutmaßlichen Erwerber geführtes Verfahren auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses hat (BGH 14.04.2010 – IV ZR 135/08 – Rn. 8 f.; vgl. auch LAG Hamm 28.05.1998 – 8 Sa 2257/97 – Rn 49/50 = NZA-RR 1999, 71). Der prozessökonomische Charme, mit der Kündigung gleich den Bestand des Arbeitsverhältnisses und die Person des wirklichen Arbeitgebers zu klären, versagt in Betriebsübergangsfällen. Die Kündigungsschutzklage muss dies auch nicht unbedingt leisten und ist nach Auffassung der Kammer bei „Betriebsaufgabekündigungen“ des Veräußeres allemal verzichtbar (nachfolgend zu B II 1 b).

Der Wortlaut des Kündigungsschutzgesetzes schließt die Zulässigkeit der Klage, mit der der Arbeitnehmer lediglich die Unwirksamkeit der Kündigung ohne Feststellung des zum Kündigenden bestehenden Arbeitsverhältnisses geltend macht, nicht aus. Zum einen gibt es selten einen eindeutigen Wortlaut:

„Was er sagt, ist nicht das Gemeinte, und was er meint, ist unsagbar“ (M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum*, 1844). Zum anderen geht aus § 7 KSchG i.V.m. § 4 Satz 1 KSchG hervor, dass der mit der Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit verfolgte Zweck der Anrufungsfrist die fristgerechte Erhebung der Kündigungsschutzklage z.B. gegen eine vorsorgli-

che Nachkündigung selbst dann erfordert, wenn das zwischen Arbeitnehmer und Kündigendem begründete Arbeitsverhältnis beendet sein könnte (vgl. Hako/Gallner, 3. Aufl., § 4 KSchG Rn. 65, KR/Friedrich, 9. Aufl., § 4 KSchG, Rn. 14). Daher ist z. B. auch eine vorsorglich erklärte weitere Kündigung innerhalb der Zweiwochenfrist anzugreifen.

3. Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben.

a) Ausgangspunkt hat zu sein, dass § 613 a Abs. 1 BGB zwingend den automatischen Übergang der Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnisses, die zum Zeitpunkt des Übergangs des Unternehmens bestanden haben, auf den Erwerber vorsieht. Der Arbeitnehmer ist allerdings befugt, dem Übergang seines Arbeitsvertrags auf den Erwerber zu widersprechen. Die Rechtsfolgen des Widerspruchs werden durch das nationale Recht geregelt (EuGH 26.05.2005 – C-478/03 Celtec – Rn. 37 f., EuGH 24.01.2002 – C-51/00 Temco – Rn. 35 f.; BAG 30.10.1986 – 2 AZR 101/85 – Rn. 36 [45]). Das Widerspruchsrecht nach § 613 a Abs. 5 und 6 BGB wird als Gestaltungsrecht in Form eines Rechtsfolgenverweigerungsrecht definiert. Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück (BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 – Rn. 39 ff.).

Anzumerken ist, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach der EGRL 2001/23 automatisch eintritt und kein frist- oder formgebundenes „Fortsetzungsverlangen“ des Arbeitgebers voraussetzt. Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist die sich aus nationalem Recht ergebende Verwirklichungsproblematik (BAG 25.10.2007 – 8 AZR 989/06 – Rn. 33, BAG 27.01.2011 – 8 AZR 326/09 - Pressemitteilung Nr. 9/11).

b) Demnach kann, solange im Betriebsübergangsfall das Widerspruchsrecht nicht ausgeübt oder verwirkt ist, im Rahmen der Kündigungsschutzklage die Feststellung eines im Kündigungszeitpunkt und zum Kündigungstermin bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht getroffen werden und also Klageziel nur die Prüfung der Kündigung auf ihre Unwirksamkeit sein. Insoweit steht nichts

entgegen, die Kündigung rechtlich auch unter dem Gesichtspunkt „Betriebsübergang“ zu prüfen (a. A. BAG 15.12.2005 – 8 AZR 202/05 – Rn. 37).

c) Will der Arbeitnehmer gleichwohl gemäß dem „normalen“ Klageantrag nach § 4 KSchG ein mit dem bisherigen Arbeitgeber im Kündigungstermin bestehendes Arbeitsverhältnis festgestellt wissen, ist im Hinblick auf den eigenen Prozessvortrag, dass vor diesem Termin ein Betriebsübergang eingetreten sei, kein Rechtsschutzinteresse an dieser Feststellung gegeben. Daher ist insoweit die Klage derzeit unzulässig und abzuweisen. Eine Teilabweisung kann unterbleiben, wenn im Einzelfall die Auslegung des Klageantrages ergibt, dass der Kläger lediglich die Unwirksamkeit der Veräußererkündigung festgestellt wissen will (LAG Düsseldorf 12.07.2010 – 14 Sa 162/10 – n.v., zu I 1). Denn gibt etwa der (insolvente) Arbeitgeber die eigene Betriebsführung auf und kündigt deswegen, hat für den Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage mit dem Ziel, das Arbeitsverhältnis zu ihm (und nicht zum Erwerber) fortsetzen wollen, oft geringe Erfolgsaussicht und perspektivisch wenig Nutzen (vgl. Kammer 29.04.2009 – 12 Sa 1551/08 – Rn. 83). Umgekehrt kann es in Betriebsübergangsfällen aber auch sein, dass der Kündigungsschutzkläger ein Interesse an der Feststellung eines im Zeitpunkt des Kündigungszugangs sowie zum Kündigungstermin bestehenden Arbeitsverhältnisses hat, weil er nicht zu dem Erwerber übergehen will und dementsprechend schon im Prozess gegen den Veräußerer den Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses (§ 613 a Abs. 6 Satz 2 BGB) zum Ausdruck bringt (dazu BAG 14.05.1998 – 8 AZR 418/96 – Rn. 30), was im Abschluss eines Auflösungsvergleichs deutlich werden kann (LAG Düsseldorf 23.06.2005 – 11 Sa 483/05 – Juris Rn. 40 ff. = DB 2005, 2696).

Ungeachtet dieser „Wahlmöglichkeit“ besteht in Betriebsübergangsfällen durchweg ein rechtliches Interesse des Klägers an der Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung, denn damit hindert der Kläger den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion nach § 7 KSchG. Sodann bleibt es ggf. seiner Klage gegen den Erwerber vorbehalten, den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu klären. Weil die Sachentscheidung im Kündigungsschutzprozess lediglich über die Kündigung ergeht und nicht über die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs verhält,

ist der Arbeitnehmer nicht daran gehindert, die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB oder § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG wegen Betriebsübergangs geltend zu machen (anders BAG 15.12.2005 – 8 AZR 202/05 – Rn. 37 f.: un schlüssig bzw. unbegründet).

Wenn der Arbeitnehmer nach dem Obsiegen mit dem Fortsetzungsverlangen und anschließender Belehrung gemäß § 613 a Abs. 5 BGB dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widerspricht, stünde das Urteil im Kündigungsschutzprozess, das die Klage hinsichtlich des nach dem behaupteten Betriebsübergang bis zum Kündigungstermin bestehenden Arbeitsverhältnisses als unzulässig abgewiesen hat, aus dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses hergeleiteten Ansprüchen gegen den bisherigen Arbeitgeber nicht entgegen.

d) Bei streitigem Betriebsübergang ist es für den Arbeitnehmer durchweg sinnvoll, neben der gegen den Veräußerer gerichteten Klage auf Unwirksamkeit der Kündigung den Erwerber auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verklagen (Hamacher/Nübold, Antragslexikon Arbeitsrecht, Seite 82, Hako/ Gallner § 4 KSchG Rn. 101/105), dies insbesondere dann, wenn er primär zum Erwerber wechseln und nicht beim Veräußerer bleiben will. Denn wegen der Übergangsautomatik nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB hat er mit dem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess noch nicht den Anspruch auf Weiterbeschäftigung und Vergütung geklärt und durchgesetzt. Die Inanspruchnahme auch des (mutmaßlichen) Erwerbers hat im Wege der unbedingten subjektiven Klagehäufung zu geschehen. Demgegenüber sind sowohl die alternative wie auch die eventuelle subjektive Klagehäufung unzulässig (BAG 11.12.1997 – 8 AZR 729/96 – Rn. 36, BAG 23.02.2010 – 2 AZR 959/08 – Rn. 35, Kammer 29.07.2005 – 12 Sa 484/05 – Rn. 14).

Anzumerken ist, dass die isoliert gegen Veräußerer und Erwerber geführten Prozesse keine „paradoxen Resultate“ zeitigen. Denn würde das Gericht im Kündigungsschutzprozess rechtskräftig die Unwirksamkeit der Kündigung feststellen und dies mit einem Betriebsübergang begründen, handelte es sich dabei lediglich um eine Vorfrage, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt (BAG 04.03.1993 – 2 AZR 207/92 – Rn. 20), so dass im nachfolgenden Fortset-

zungsprozess gegen den Erwerber die Klage mit der Begründung abgewiesen werden kann, dass kein Betriebsübergang vorliege.

e) Ist es dem Kläger um den ungekündigten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber zu tun, zwingt die ganz herrschenden Rechtsauffassung ihn dazu, die vom Veräußerer ausgesprochene Kündigung zu beseitigen, weil andernfalls das Arbeitsverhältnis im gekündigtem Zustand auf den Erwerber übergehe (zB. BAG 23.09.1999 – 8 AZR 614/08 – Rn. 21, ErfK/Preis, § 613 a BGB Rn. 68, MünchKomm BGB/Müller-Glöge, 5 Aufl. 2009, § 613 a BGB Rn. 83, Hako/Mestwerdt, § 613a BGB Rn. 34).

Dem stimmt die Kammer zu, falls der Veräußerer die Kündigung „aus anderen Gründen“ (§ 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB) erklärt hätte und es wegen § 7 KSchG unerlässlich wäre, diese Kündigung zu beseitigen. Hat hingegen der Veräußerer die Kündigung damit begründet, den von ihm geführten Betrieb aufzugeben, reicht es zur Verfolgung des Klageziels, in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zum Erwerber zu stehen, nach Dafürhalten der Kammer aus, dass der Arbeitnehmer den Erwerber auf Fortsetzung verklagt. Denn die Betriebsaufgabekündigung des Veräußerers ist, wie aus der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 613 a Abs. 4 BGB folgt, gegenüber dem Erwerber relativ unwirksam (LAG Düsseldorf 25.08.2010 – 12 Sa 703/10 – Juris Rn. 31, 29.04.2009 – 12 Sa 1551/08 – Juris Rn. 42 ff., 18.02.2009 – 12 Sa 1544/08 – Juris = NZA-RR 2009, 414 = LAGE Nr. 26 zu § 613a BGB 2002). Ist in dieser Konstellation die Kündigungsschutzklage gegen den Veräußerer letztlich überflüssig, entfällt gleichwohl hierfür nicht das Feststellungsinteresse, solange die Belehrung nach § 613 a Abs. 5 BGB aussteht und der Widerspruch nach § 613 a Abs. 6 BGB möglich ist (Kammer 29.04.2009 – 12 Sa 1551/08 – Juris Rn. 34).

f) Aus demselben Grund kommt es für die Zulässigkeit und Begründetheit der auf die Kündigungskomponente beschränkten Kündigungsschutzklage nicht darauf an, ob der Betriebsübergang nach oder vor dem Kündigungszugang stattgefunden hat (vgl. BAG 24.06.2004 – 2 AZR 215/03 – Rn. 27,

Hako/Gallner, 3. Aufl., § 4 KSchG Rn. 107, KDZ/Däubler/Zwanziger, KSchR, 7. Aufl., § 613a BGB Rn. 141, Hamacher, Antragslexikon Arbeitsrecht, Seite 121).

Bleibt schon wegen des Widerspruchsrechts nach § 613 a Abs. 6 BGB das rechtliche Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Veräußerer bestehen, kann dahinstehen, ob das Feststellungsinteresse im Einzelfall auch damit begründet werden könnte, dass die Entscheidung über die Kündigung erwarten lässt, dass hierdurch eine gesicherte Grundlage für die Anerkennung des mit einem gegen den Betriebserwerber auf ungekündigte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erhobenen Verlangens geschaffen wird (vgl. BAG 22.01.1958 – 4 AZR 560/55 – AP Nr. 12 zu § 256 ZPO).

4. Dass es dem Kläger um die Unwirksamkeit der Kündigung vom 30.03.2010 geht, ist zweifelsfrei. Er reklamiert mehrere Unwirksamkeitsgründe (fehlerhafte Betriebsratsanhörung, tarifliche Unkündbarkeit, Sozialauswahl, Betriebsübergang).

Ausgehend von seinem Vortrag, wonach der Betriebsteil Fachberatung spätestens zum 01.04.2010 auf die C. Beratung GmbH übergegangen sei, könnte das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten vor der Kündigung, insbes. bereits zum 15.03.2010 geendet haben (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB). Daher ist unter diesem Aspekt weder ersichtlich noch vom Kläger dargelegt, dass er an der impliziten Feststellung, dass im Kündigungszeitpunkt sowie zum Kündigungstermin zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, derzeit ein rechtliches Interesse hat. Das Feststellungsinteresse gegenüber dem Veräußerer hinsichtlich der Bestandskomponente kann erst entstehen, wenn der Arbeitnehmer entweder gegenüber dem Erwerber mit dem Verlangen nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses scheitern würde oder dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber widerspräche.

Damit ist die Klage teilweise als derzeit unzulässig abzuweisen.

II. Die Kündigung vom 30.03.2010 ist mangels wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksam.

1. Der Kläger ist gemäß § 53, § 55 Abs. 2 BAT (§ 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD) wie auch gemäß § 23 Abs. 2 FirmenTV-J. unkündbar.

a) Im Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem LV BKK war die Anwendung des BAT vereinbart. Nach zutreffender höchstrichterlicher Spruchpraxis (BAG 17.11.2010 – 4 AZR 391/09 – Rn. 22 f., BAG 29.08.2007 – 4 AZR 767/06 – Rn. 17; ferner ErfK/Preis, 11. Aufl. § 613a BGB Rn. 127) kann die Bezugnahme auf das Tarifwerk einer bestimmten Branche über ihren Wortlaut hinaus nur dann als große dynamische Verweisung (= Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich/betrieblich geltenden Tarifvertrag) ausgelegt werden, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt. Das gilt insbesondere für eine Bezugnahme Klausel, in der auf den Flächentarifvertrag für den öffentlichen Dienst und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge verwiesen worden ist. Im Streitfall sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass die damaligen Parteien eine große dynamische Bezugnahme Klausel vereinbaren wollten. Vielmehr indizieren das Überleitungsschreiben des LV BKK vom 02.12.1999 und die Vertragsänderung vom 27.03.2000 den Willen, die arbeitsvertragliche Inbezugnahme des BAT beizubehalten. Infolge des Betriebsteilübergangs auf die J. West eG trat diese gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in die arbeitsvertraglich begründeten Rechte und Pflichten des LV BKK ein. Das Verhältnis des vertraglich in Bezug genommenen BAT zum FirmenTV-J. und MTV C. bestimmt sich nach dem tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG (vgl. BAG 22.20.2008 – 4 AZR 784/07 – Rn. 17/34). Der Frage, ob die mit der Ersetzung des BAT durch den TVöD entstandene nachträgliche Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dergestalt zu schließen ist, dass die Parteien den TVöD in Bezug genommen hätten (vgl. BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08 – Rn. 45, BAG 19.05.2010 – 4 AZR 796/08 – Rn. 30 ff.), braucht im Streitfall wegen § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD und des Umstandes, dass keine Änderungskündigung zur Beurteilung steht, nicht nachgegangen zu werden.

Da der Kläger aufgrund seiner Beschäftigungszeit und seines Alters gem. § 53 Abs. 3 BAT unkündbar ist, konnte er nur noch gem. § 55 Abs. 1 BAT aus einem in seiner Person liegenden Grund fristlos gekündigt werden.

b) Unabhängig hiervon ist der Kläger nach § 23 Abs. 2 FirmenTV-J. tariflich unkündbar. Der Tarifvertrag fand bis zu seiner Ablösung durch den MTV-C. aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Zwar sieht der seit dem 01.01.2010 geltende MTV-C. keinen Sonderkündigungsschutz für langjährig beschäftigte Mitarbeiter vor, so dass – im Unterschied zu den Unkündbarkeitsvorschriften des BAT/BKK sowie des FirmenTV-J. – der Arbeitnehmer lediglich durch den allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutz vor unberechtigten Kündigungen geschützt ist. Die Tarifänderung ist jedoch unwirksam, weil sie den Sonderkündigungsschutz nach § 23 Abs. 2 FirmenTV-J. vollständig abgeschafft und sich nicht damit begnügt hat, bereits bislang normierte Ausnahmetatbestände zu modifizieren (vgl. BAG 17.10.2007 – 4 AZR 812/06 – Rn. 27).

2. Die vom Kläger erworbene Unkündbarkeit nach § 55 BAT oder § 23 Abs. 2 FirmenTV-J. hat zur Konsequenz, dass die außerordentliche Beendigungskündigung aus betriebsbedingten Gründen ausdrücklich und uneingeschränkt ausgeschlossen ist. Gleichwohl nimmt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an, dass in seltenen Extremfällen dem tariflich unkündbaren Angestellten des öffentlichen Dienstes nach § 626 BGB unter Gewährung einer notwendigen Auslaufzeit außerordentlich betriebsbedingt gekündigt werden könne (BAG 24.06.2004 – 2 AZR 215/03 – Rn. 51, BAG 08.04.2003 – 2 AZR 355/02 – Rn. 27, BAG 27.02.2002 – 2 AZR 367/01 – Rn. 20). Diese Rechtsprechung kommt mit ihren auf den öffentlichen Dienst bezogenen Erwägungen (vgl. BAG 28.10.2010 – 2 AZR 688/09 – Rn. 33) nicht ohne weiteres der Beklagten zugute, die nicht dem öffentlichen Dienst angehört. Denn es liegt im Rahmen tarifautonomer Rechtsetzung, wenn die Tarifvertragsparteien in der Privatwirtschaft den Arbeitgeber mit organisatorisch und finanziell weitreichenden Bindungen wie dem Verbot der betriebsbedingten Kündigung belasten. Diese tarifliche

Gestaltungsmacht hat sich im Überleitungstarifvertrag vom 22.11.1999 und dem FirmenTV-J. manifestiert.

Der Fortbestand der Entgeltzahlungspflicht bei entfallenen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten macht dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum Erreichen der Inanspruchnahme der vorgezogenen Rente (Vollendung des 63. Lebensjahres) nicht ohne weiteres „unzumutbar“, wenn – wie hier der Kläger – der Arbeitnehmer im Kündigungstermin das 58. Lebensjahr bereits vollendet hat. Dem kann die Beklagte nicht ein „sinnentleertes Arbeitsverhältnis“ entgegenhalten, wenn sie es selbst gewesen ist, die durch ihr unternehmerisches Handeln das Arbeitsvertragsverhältnis in die Sinnkrise geführt hat.

3. Selbst wenn man das Fehlen von Beschäftigungsmöglichkeiten über viele Jahre als kündigungsrelevanten Umstand anerkennt, muss – für die Annahme eines an sich wichtigen Grund iSv. § 626 BGB – hinzutreten, dass der Arbeitgeber trotz aller Bemühungen keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten selbst nach entsprechender Umschulung geschaffen konnte bzw. kann und eine im Kündigungszeitpunkt gestellte fundierte Prognose ergeben hat, dass auch in weiterer Zukunft Beschäftigungsmöglichkeiten ausbleiben. Dies hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen. Es reicht nicht aus, dass er wie bei der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung zunächst nur darlegt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei infolge des Wegfalls seines Arbeitsplatzes nicht mehr möglich, und dann die Darlegung des Arbeitnehmers abwartet, wie dieser sich seine Weiterbeschäftigung an anderer Stelle im Betrieb oder Unternehmen vorstellt. Vielmehr hat der Arbeitgeber das Fehlen jeglicher, auch anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten darzulegen. Das umfasst den nachhaltigen Versuch, eine Weiterbeschäftigung zumindest bei anderen Unternehmen des Konzerns zu ermöglichen (BAG 08.04.2003 – 2 AZR 355/02 – Rn. 27, BAG 24.06.2004 – 2 AZR 215/03 – Rn. 54, 61).

4. Gemessen hieran ist die Beklagte darlegungspflichtig geblieben.

a) Zwar hat sie die eigene operative Geschäftstätigkeit im März 2010 auf den Geschäftsfeldern Informatik und Fachberatung aufgegeben und C. als Subunternehmerin beauftragt. Diese Organisationsentscheidung mag als Teil der Unternehmenspolitik von den Arbeitsgerichten nicht zu korrigieren sein. Wird jedoch unternehmerische Entscheidungsfreiheit so ausgeübt, dass trotz eines nicht unerheblichen Kundenbestandes und entsprechenden Beratungsbedarfs weit über den Kündigungstermin hinaus die Arbeiten nicht mehr durch eigene (unkündbare) Mitarbeiter erledigt, sondern sehenden Auges fremdvergeben werden, kann damit dem Arbeitsverhältnis des unkündbaren Mitarbeiters nicht die Grundlage entzogen und ein wichtiger Kündigungsgrund konstruiert werden.

b) Des Weiteren hat die Beklagte nicht dargelegt, dass es an vorübergehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in anderen Konzerngesellschaften fehlte. Gerade weil zwischen den Gesellschaften des C.-Konzerns im Wege des Konzernverleihs stattfindet und durch § 10 MTV-C. tariflich legitimiert wird, liegt nahe, dass der Kläger bei Arbeitskräftebedarf etwa infolge Fluktuation oder Ausfällen bei Krankheit, Urlaub usw. bei der C., die das klassische Beratungsgeschäft fortführt oder bei der VP, die inzwischen von C. nach § 613 a Abs. 1 BGB von C. den „Betriebsteil S.“ übernommen hat, einsetzbar wäre. Der Kläger mag nicht wie bisher als „Bereichsleiter“ beschäftigt werden können. Er muss jedoch bereit sein, unter angemessener Berücksichtigung seiner Interessen einem anderweitigen Einsatz zuzustimmen (§ 10 MTV-C.) und daran mitwirken, der Beklagten erweiterte Einsatzmöglichkeiten zu eröffnen. Erst wenn er sich geweigert hätte, selbst bei einer nach § 23. 2.1 TV-J. unabweisbaren Vertragsänderung das Arbeitsverhältnis mit einer anderer Gesellschaft fortzusetzen, könnte der eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung rechtfertigende „Extremfall“ eingetreten sein (vgl. § 23. 2.5 TV-J.).

c) Außerdem wird aus dem Vorbringen der Beklagten nicht erkennbar, dass sie für den Fall der bei ihr entfallenen dauerhaften Weiterbeschäftigungsmöglichkeit versucht hat, den Kläger bei anderen Konzerngesellschaft, namentlich bei C., unterzubringen (vgl. BAG 24.06.2004 – 2 AZR 215/03 – Rn. 56, vgl.

BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08 – Rn. 45). Nach dem Zwischenzeugnis (Bl. 82 GA) ist der Kläger qualifiziert, belastbar und weiterbildungsbereit. Damit drängt sich auf, dass er sowohl in der klassischen Fachberatung (bei C.) als auch im S. (bei VP) einsetzbar wäre. Diese Vermittlungsbemühungen musste die Beklagte nachhaltig unternehmen und insbesondere gegenüber C., der sie Kunden und Kundendaten zur konzernintern alleinigen Fortführung des Beratungsgeschäfts überließ und sie zuletzt als Subunternehmerin beauftragte, darauf dringen, als „Gegenleistung“ die tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zu übernehmen. Vor Erfüllung dieser Obliegenheiten ist die außerordentliche Kündigung eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers nicht rechens. Andernfalls wäre es im Konzern möglich, dass sich eine Gesellschaft durch Betriebsstilllegung der älteren unkündbaren Arbeitnehmer entledigt und einer anderen Gesellschaft die Ausweitung ihrer Geschäftstätigkeit mit jüngeren, womöglich leistungsfähigeren und tariflich niedriger eingestufteten Mitarbeitern ermöglicht.

d) Fehlt es schon aus den vorgenannten Erwägungen an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, erübrigen sich Überlegungen, ob in einem infolge unternehmerischen Handelns „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnis die gleichwohl „im Extremfall“ ermöglichte außerordentliche Kündigung zu ihrer Verhältnismäßigkeit voraussetzt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als Kompensation für den Verlust der tariflichen oder vertraglichen Unkündbarkeit (bis zum Erreichen der Altersgrenze) eine nach § 315 Abs. 3 BGB angemessene, die beiderseitige Interessenlage ausgleichende Abfindung anbietet.

II. Scheitert die Kündigung vom 30.03.2010 schon an § 626 Abs. 1 BGB, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob die Kündigung auch nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB nichtig wäre. Die Kammer hat nur das Folgende zu bemerken.

1. a) Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 17.06.2003 – 2 AZR 134/02 – Rn. 19, BAG 27.09.2007 – 8 AZR 941/06 – Rn. 35) kann ein Betriebsübergang nur dann zur Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB führen, wenn (1) die ihn ausmachenden Tatsachen zum

Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest greifbare Formen angenommen haben und (2) der Betriebsübergang die überwiegende Ursache der Kündigung bildet; der Betriebsübergang müsse Beweggrund für die Kündigung sein. Dabei sei ausschließlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen (BAG 16.05.2002 – 8 AZR 319/01 – Rn. 82). Für die Unterscheidung, ob „wegen“ eines Betriebsübergangs oder wegen einer Betriebsstilllegung gekündigt worden sei, komme es nicht darauf an, wie bisheriger Arbeitgeber diesen Vorgang rechtlich bewerte; maßgebend sei, ob der der Kündigungssachverhalt bei einer "objektiven Wertung" als Betriebsstilllegung oder Betriebsveräußerung zu qualifizieren ist (vgl. BAG 28.04.1988 – 2 AZR 623/87 – Rn. 52/53, BAG 27.09.2007 – 8 AZR 941/06 – Rn. 32 BAG 28.05.2009 – 8 AZR 273/08 – Rn. 30; zur Maßgeblichkeit der objektiv-tatsächlichen Fortführungsmöglichkeit bereits EuGH 15.06.1988 – 101/87 BORK – Rn. 18).

b) Die Kammer hält die Beurteilung des inkriminierten Vorgangs anhand der objektiven Faktoren für zutreffend. Eine Wortlautauslegung, die aus dem Merkmal „wegen“ (§ 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB) auf die subjektive Vorstellung des Arbeitgebers im Kündigungszeitpunkt abstellt, verbietet sich aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 613 a Abs. 4 BGB (Kammer 25.08.2010 – 12 Sa 703/10 – Juris Rn. 31, 29.04.2009 – 12 Sa 1551/08 – Juris Rn. 47 = ArbuR 2009, 369 Ls., 18.02.2009 – 12 Sa 1544/08 – Juris Rn. 58 ff = NZA-RR 2009, 414 = LAGE Nr. 26 zu § 613a BGB 2002; vgl. auch AnwK-ArbR/Hauck, 2. Aufl., § 613 a BGB Rn. 145). Indem § 613 a Abs. 4 Satz 1 KSchG den objektiven Befund genügen lässt, erübrigt sich die Gewissenserforschung des Arbeitgebers bei Kündigungsausspruch.

Anzumerken ist, dass die Kammer den Tatbestand des § 613 a Abs. 4 BGB auch im Falle eines nach der Kündigung eintretenden Betriebsübergangs als erfüllt ansieht. Die in Satz 1 normierte Kontinuitätsgarantie verbietet es dem alten wie dem neuen Arbeitgeber, den Betriebsübergang zur Selektion der hier von betroffenen Arbeitnehmer zu nehmen. Der Betriebsübergang selbst ist kein Ersatz für etwaige Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen und dient nicht der Auslese (BAG 20.03.2003 – 8 AZR

97/02 Juris Rn. 20, BAG 26.05.1983 – 2 AZR 477/81 – Rn. 42). Vielmehr bezweckt die Richtlinie, „soweit wie möglich die Fortsetzung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber in unveränderter Form (zu) gewährleisten, um eine Verschlechterung der Lage der betroffenen Arbeitnehmer allein aufgrund des Übergangs zu verhindern“ (EuGH 26.05.2005 – C-478/03 Celtec – Rn. 26, vgl. EuGH 27.11.2008 – C-396/07 Juuri – Rn. 23, 28 f.).

Weil die EGRL 2001/23/EG vom 12.03.2001 und dementsprechend § 613 a BGB den Arbeitnehmer aufgrund des Betriebsübergangs weder besser noch schlechter stellen wollen, bleibt es Veräußerer und Erwerber unbenommen, im Zuge des Betriebsübergangs Restrukturierungsmaßnahmen und Personalabbau vorzunehmen. Sie sind dann durch § 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB aber angehalten, das nationale Kündigungsschutzrecht zu beachten, also insbesondere die Vorgaben des § 1 KSchG zur Betriebsbedingtheit und zur Sozialauswahl oder Sonderkündigungsschutz zu wahren (BAG 12.07.1990 – 2 AZR 39/90 – Rn. 38, BAG 18.07.1996 – 8 AZR 127/94 – Rn. 14).

c) Im Streitfall kann dahinstehen, ob ein „unerwartet“ nach der Kündigung eintretender Betriebsübergang die Veräußer-Kündigung hinfällig macht (vgl. zur ähnlichen Problemlage nach § 15 Abs. 4 KSchG: BAG 23.04.1980 – 5 AZR – Rn. 41, KR/Etzel, 9. Aufl., § 15 KSchG Rn. 108). Denn im Kündigungszeitpunkt (Ende März 2010) war aufgrund der objektiven und der Beklagten auch bekannten Faktoren von einem Betriebsteilübergang auf die C. auszugehen.

2. Für die Prüfung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, hat das Arbeitsgericht zum richtigen Ausgangspunkt genommen, dass ein sog. „7-Punkte-Katalog“ entwickelt worden ist und dabei zwischen betriebsmittelintensiven und betriebsmittelarmen (dienstleistungsgeprägten) Betrieben unterschieden wird. Diese Kriterien kann man, ohne auf das im erstinstanzlichen Urteil (dort Seite 13 f.) erwähnte unveröffentlichte Urteil des Arbeitsgerichts Mönchengladbach zurückzugreifen, der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesarbeitsgerichts entnehmen.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BAG 17.12.2009 – 8 AZR 1010/08 – Rn. 20) setzt ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB die Wahrung der Identität einer auf gewisse Dauer angelegten, hinreichend strukturierten und selbständigen wirtschaftlichen Einheit voraus. Die Wahrung der Identität kann sich aus dem Übergang sachlicher und immaterieller Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräften, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden herleiten. Eine bloße Funktionsnachfolge, bei der nur die Tätigkeit ausgeübt oder die Funktion am Markt übernommen wird, ohne Übernahme der Betriebsmittel oder der Belegschaft, reicht nicht aus. Zu den Kriterien für die Bestimmung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit gehören insbesondere

- (1) die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes,
- (2) der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter,
- (3) der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs,
- (4) die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber,
- (5) der etwaige Übergang der Kundschaft sowie
- (6) der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten
- (7) und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

Diese Kriterien sind allerdings nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit erfüllt sind, sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen (EuGH 20.01.2011 – C-463/09 CLECE – Rn. 34).

In diesem Zusammenhang ist an folgende Aspekte zu erinnern:

a) Das Erfordernis der Gesamtbewertung unter Heranziehung des „7-Punkte-Katalogs“ hat auch nach dem EuGH-Urteil vom 12.02.2009 (– C-466/07 Klarenberg –) Bestand. Das Urteil stellt – vor dem Hintergrund einer zuvor gegenläufigen BAG-Rechtsprechung (dazu LAG Düsseldorf 29.01.2010 – 9 Sa 303/07 – Juris Rn. 54 f.) – allerdings klar, dass der Betriebsübergang nicht

die Beibehaltung der konkreten Organisation des Betriebsveräußerers beim Erwerber erfordert, sondern dass die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung der verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren ausreicht (dazu BAG 17.12.2009 – 8 AZR 1010/08 – Rn. 21, BAG 28.05.2009 – 8 AZR 273/08 – Rn. 52). In diesem Licht ist maßgebend, ob der Erwerber die operativen Ressourcen des „übernommenen“ Betriebs oder Betriebsteils weiter nutzt und daher das Identitätsmerkmal „Funktionalität und Nutzung der bisherigen Einheit“ in seinem Betrieb gewahrt ist (Kammer 29.04.2009 , a.a.O., Juris Rn. 77, vgl. BAG 25.06.2009 – 8 AZR 258/09 – Rn. 44). Das Klarenberg-Urteil ändert nichts an dem "7-Punkte-Katalog" (EuGH 29.07.2010 – C 151/09 UGT-FSP – Rn. 27 [36]).

b) Bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten kann der Umstand, ob ein wesentlicher Teil des Personals vom Erwerber weiterbeschäftigt wird, Gewicht gewinnen (EuGH 20.01.2011 – C-463/09 CLECE – Rn. 39 ff., BAG 21.05.2008 – 8 AZR 481/07 – Rn. 28-30). Eine übergangsfähige Einheit muss nicht unbedingt bedeutsame materielle oder immaterielle Betriebsmittel umfassen; vielmehr liegen in bestimmten Wirtschaftszweigen diese Betriebsmittel oft nur in ihrer einfachsten Form vor, und es kommt dort im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an (EuGH 13.09.2007 – C-458/05 Jouini – Rn. 32). Indessen schließt die bloße Feststellung, dass kein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen wurde, auch bei dienstleistungsgeprägten Betrieben nicht die Annahme eines Betriebsteilübergangs aus (Junker, SAE 2010, 243). Noch weniger ist eine rein quantitative Betrachtung angebracht, die auf den „überwiegenden“ Teil der Belegschaft abstellt. Dies gilt vor allem dann, wenn es nicht um die Übertragung von Betriebsmitteln „in ihrer einfachsten Form“, um leicht und ohne großen Kostenaufwand ersetzbare Arbeitsmittel (PC, Telefon, Arbeitstisch, Regale) oder um von externen Anbietern erhältliche Betriebsmittel geht, sondern um qualifizierte Betriebsmittel. Daher kann gerade bei IT-Dienstleistungen die Trennung zwischen betriebsmittelintensiv und betriebsmittelarm zu kurz greifen (Gaul/Ludwig DB 2011, 302), dies insbesondere dann, wenn die betriebliche Wertschöpfung auf exklusiven Vertriebsrechten, Lizenzen, Software-Programmen, Datenbeständen und auf verfestigten Kundenbe-

ziehungen beruht (vgl. EuGH 07.03.1996 – C-171/94 Merckx und Neuhuys – Rn. 18-30 [26]; ferner BAG 28.04.1988 – 2 AZR 623/87 – Rn. 40) und die Geschäftstätigkeit in unveränderter Art z.B. mit Hilfe eines Teils der Kernbelegschaft des bisherigen Arbeitgebers, der seine unternehmerische Tätigkeit einstellt und anschließend liquidiert wird, unter „Übergabe“ der Kundschaft ohne Unterbrechung durch den Erwerber fortgeführt wird (vgl. EuGH 07.03.1996 – C-171/94 Merckx und Neuhuys – Rn. 20 f./23). Ein solcher Befund setzt nicht eine zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ausdrücklich getroffene Vereinbarung voraus. Es genügt eine stillschweigende Übereinkunft, die sich aus Elementen einer praktischen Zusammenarbeit ergeben würde und die darauf abzielt, dem Erwerber die Aufnahme einer identische Tätigkeit zu ermöglichen (EuGH 13.09.2007 – C-458/05 Jouini – Rn. 26).

In diesem Zusammenhang ist bezogen auf den Vortrag der Beklagten, dass ihre Beschäftigten nach Bewerbung auf ausgeschriebene Stellen von C. eingestellt worden seien, zu bemerken, dass es nicht darauf ankommt, „ob die Übernahme von Personal „im Rahmen der zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbarten vertraglichen Übertragung erfolgt oder ob sie auf einer einseitigen Entscheidung des früheren Inhabers, die Arbeitsverträge des übergegangenen Personals zu kündigen, gefolgt von einer einseitigen Entscheidung des neuen Inhabers, im Wesentlichen dasselbe Personal zur Erfüllung derselben Aufgaben einzustellen, beruht“ (EuGH 20.01.2011– C-463/09 CLECE – Rn. 37).

c) Die bloße Auftragsnachfolge (Funktionsnachfolge) erfüllt nicht die Voraussetzung eines Betriebsübergangs (BAG 13.12.2007 – 8 AZR 927/06 – Rn. 13, BAG 22.01.2009 – 8 AZR 158/07 – Rn. 16 ff./23, BAG 25.06.2009 – 8 AZR 258/08 – Rn. 27, AnwK-ArbR/Hauck, 2. Aufl., § 613a BGB Rn. 72). Anders liegen die Dinge, wenn – was bei dienstleistungsgeprägten Betrieben von besonderer Bedeutung ist – immaterielle Betriebsmittel wie Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Kundenstamm und etwaige Kundenlisten, Know-how und die Einführung des Unternehmens am Markt übernommen worden sind und der Erwerber langfristig angelegte Kundenbeziehungen des Veräußerers nutzen

kann, um selbst werbend tätig zu sein (BAG 22.01.1998 – 8 AZR 243/95 – Rn. 31).

3. Gemessen hieran hält die Kammer dafür, dass der Betriebsteil Fachberatung der Beklagten auf C. iSv. § 613 a BGB übergegangen ist.

a) Bei der „Fachberatung“ handelte es sich um einen Betriebsteil. Ein solcher ist gegeben, wenn eine Teilorganisation vorliegt, in der sachlich und organisatorisch abgrenzbare arbeitstechnische Teilzwecke erfüllt werden, bei denen es sich auch um bloße Hilfsfunktionen handeln kann (BAG 23.20.2008 – 2 AZR 131/07 – Rn. 50 mwN.). Die Fachberatung war sachlich, organisatorisch und personell abgegrenzt von den Bereichen KV-Dienste, Informatik und Post/Telefonvermittlung. Sie hatte einen eigenen Abteilungsleiter mit ihm nachgeordneten Bereichsleitern und Mitarbeitern.

Weil hier nicht erheblich, kann dahinstehen, ob die zum S. abgestellten Mitarbeiter der „Fachberatung“ oder ob sie einer davon abzugrenzenden Organisationseinheit zuzuordnen sind (vgl. EuGH 21.10.2010 – C-242/09 Albron Catering – Rn. 29-31). Für die Annahme, dass das S. nicht zur Fachberatung gehört, spricht die funktionell und personell enge Wechselbeziehung zwischen der klassischen Fachberatung und dem S., dagegen der Umstand, dass das S. mit der Umstellung der Krankenkassen auf iskv 21 c einen sachlich und organisatorisch abgrenzbare arbeitstechnische Teilzweck erfüllte, eine eigene personelle Leitung iS. eines „Gemeinschaftsbetriebsteils“ erhielt und zuletzt die Übernahme des S. durch VP offenbar als Betriebsteilübergang abgewickelt worden ist.

b) Sächliche Arbeitsmittel der Beschäftigten wie PC, Telefon oder Arbeitstisch sind unbedeutend. Gleiches gilt für die Räumlichkeiten bzw. den Standort (F.). Hingegen sind die diversen Server in ihrer Vielzahl von Bedeutung. Diese reduziert sich allerdings in dem Maße, in dem die Geräte technisch „veralten“ oder ihre Verwendbarkeit etwa aufgrund der Änderung des Betriebssystems oder neuer Software abnimmt und ihre Veräußerung als Gebrauchtgeräte keinen oder wenig Ertrag verspricht. Dies gilt offenbar für die Unix-Server, die we-

der in der Unternehmensgruppe noch auf dem freien Markt Abnehmer fanden und verschrottet wurden. Anders verhält es sich mit dem am Standort F. verbliebenen und betriebenen Servern. Diese hatten als Betriebsmittel für die Beklagte bzw. für die C. (als Subunternehmerin) einige Bedeutung, weil und solange sie der Erfüllung von Vertragspflichten gegenüber den Kunden dienten. Zwar war das Rechenzentrum C. straÙe dem Bereich Informatik zugeordnet. Jedoch sind, was im Abschluss der Kundenverträge ebenso zum Ausdruck kommt wie in dem unter dem 15.03.2010 geschlossenen Dienstleistungsvertrag, Fachberatung und Informatik arbeitstechnisch stark verknüpft, so dass die Verfügbarkeit der Hardware und der Zugriff auf die dort hinterlegten Kundendaten und auf die Software zur Erbringung der Beratungstätigkeit unerlässlich ist. Der Umstand, dass mit der Aufgabe des Rechenzentrums L. straÙe und der Abschaltung von Servern C. mit der Erbringung der Serverleistungen befasst wurde und bis zum 15.03.2010 die Kundendaten überspielt wurden, ermöglichte C. die nahtlose Fortsetzung der Geschäftstätigkeit „Fachberatung“.

c) Die Beklagte verfügte über bedeutsame immaterielle Betriebsmittel. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die gelistete „Stammkundschaft“, also Krankenkassen, die durch Verträge und aufgrund ihrer Gesellschafterstellung mit der Beklagten als C.-Konzerntochter verbunden waren und zu denen eine langfristige Geschäftsbeziehung z.T. schon aus „J.-Zeiten“ bestand. Indem die Beklagte die Datenbestände der Kunden verwaltete und die ihr seitens der C. Software GmbH zur Verfügung gestellte Software ISKV nutzen konnte, hatte sie eine Marktstellung, mit der sie sich gegenüber C. und der ITSC I. behauptete und ihre Kundschaft auch ihm Fall ablaufender Vertragslaufzeiten binden konnte.

Wenn die Beklagte sich aus dem Marktgeschehen zurückzog, de facto ihre Kunden nicht mehr umwarb und deren Akquisition durch die C. förderte bzw. zuließ, ist dies ein starkes Indiz für eine Betriebsteilveräußerung. Der aus dem Wechsel von Kunden zur C. erklärbare Umsatzverlust und daraus resultierende Arbeitsrückgang ist die natürliche Konsequenz. Dass (wenige) Kunden zum Mitbewerber ITSC I. abwanderten, ist unerheblich. Es ist ein im Wirtschaftsleben übliches Geschehen, dass Kunden verloren gehen und Umsätze einbre-

chen. Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs hängt nicht davon ab, dass das Umsatz- und Auftragsvolumen oder die Kundenzahl unverändert bleibt oder der abgebende Betrieb „schwarze Zahlen“ schreibt. Dass ein Unternehmen in wirtschaftlich desaströser Lage oder insolvent ist, hat auf die Anwendbarkeit des § 613 a BGB keinen Einfluss.

Die Beklagte stellte – abgesehen von der BKK Pfaff – ihre Kunden nicht auf die neue Krankenkassensoftware iskv 21 c um, sondern überließ diese Geschäftstätigkeit C.. Indem die Beklagte bei der Umstellung vorbereitend tätig war und sich im Cenit 21 c und S. einbrachte, bereitete sie C. den Boden für die Kundenübernahme. Damit belegt der Umstand, dass die Beklagte iskv 21 c nicht mehr vertrieb, die konzerninterne Steuerung des sukzessiven Wechsels der Kundschaft von Beklagter zu C.. Ein marktgerechtes unternehmerisches Verhalten der Beklagten hätte darin bestanden, die Kunden an sich zu binden und selbst die Kunden auf iskv 21 c umzustellen. In der Gesamtschau fand somit eine einvernehmliche schrittweise Überleitung aller Kundenbeziehungen statt. Dies dokumentieren weiter die Umstellungsverträge ebenso wie die Unterstützung von C. im S., durch im Wege der Konzernleihe überstelltes Personal und terminlich abgestimmte Aufhebungsverträge.

Die Beauftragung von C. mit der subunternehmerischen Erfüllung der Vertragspflichten gegenüber der verbliebenen Kundschaft ist ebenfalls darauf angelegt, die Kunden langfristig dem Konzern zu erhalten.

d) C. hat einen wesentlichen Teil der Belegschaft der Beklagten übernommen.

(11) Indem für die Übertragung des Unternehmens- oder Betriebsteils ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass der Betriebserwerber die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (BAG 17.12.2009 – 8 AZR 1010/08 – Rn. 17, Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak 26.10.2010 – C-4633/09 CLECE – Rn. 69 ff.), kommt es darauf an, die maßgebenden „Pro-

duktionsfaktoren“ in ihrer funktionellen Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zu ermitteln. Bei der Beklagten und C. sind dies nicht eingespielte Teams oder eine Arbeitsorganisation, deren Funktionstüchtigkeit durch bestimmte Führungspersonen gewährleistet wird. Vielmehr muss im Prinzip der einzelne „Fachberater“ über das notwendige know-how verfügen. Wenn bei bzw. vor seiner Arbeitsausführung mögliche Defizite zutage treten, kann er sich etwa an den Bereich Informatik wenden oder Hilfe bei der C. Software GmbH erhalten. Weil – wovon mangels anderen Parteivortrages auszugehen ist – in der Fachberatung kaum arbeitsteilig in Gruppen bzw. Teams gearbeitet wurde und deren Abteilungs- oder Bereichsleiter nicht Träger eines speziellen know-how waren, ist die Übernahme der Organisationsstruktur der Beklagten und von Leitungspersonen des Bereichs Fachberatung unbedeutend. Die prägenden Produktionsfaktoren bestehen vielmehr darin, dass der einzelne „Fachberater“ durch sein know-how und dem organisatorisch gewährleisteten Zugriff auf Kundendaten, Software und EDV-System sowie auf Unterstützung durch andere Bereiche oder Konzerngesellschaften die Beratung des im Ticketsystems zugeordneten Kunden am PC und Telefon erbringen konnte (und musste).

(22) Der Betriebsteilübergang scheitert nicht daran, dass die Mitarbeiter der Fachberatung und Informatik in der Mehrzahl nicht von C. übernommen wurden. Dieser Vorgang mag begründet sein in schlichtem Personalüberhang der Beklagten, organisatorischen Effizienzmängeln oder bei C. generierten Synergie- und Rationalisierungseffekten (vgl. EuGH 07.03.1996 – C-171/94 Merckx und Neuhuys – Rn. 24-26 f.).

e) Die unterbrechungslose Betreuung der Kunden (Krankenkassen) durch C. als neue Vertragspartnerin oder als Subunternehmerin ist starkes Indiz für einen Betriebs(teil)übergang. So stellt nach zutreffender Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs den Umstand, dass bei identischer Geschäftstätigkeit die Arbeiten ohne Unterbrechung oder Änderung in der Art und Weise ihrer Durchführung ständig fortgesetzt worden sind, eines der gängigsten Merkmale von Unternehmensübergängen dar (EuGH 02.12.1999 – C-234/98 Allen u.a. Rn. 33).

f) Die Beklagte vermag mit ihrem Vortrag und dem mit C. unter dem 15.03.2010 geschlossenen Dienstleistungsvertrag keine „schlichte Auftragsnachfolge“ darzustellen. Die Annahme echter Subunternehmertätigkeit setzt eine hinreichend klare und saubere Trennung der Betriebsmittel voraus. Das gilt namentlich dann, wenn der Auftraggeber eigene Betriebsmittel dem Auftragnehmer zur Ausführung der vertraglich übernommenen Dienste vorübergehend überlässt. Gerade bei konzernrechtlicher oder unternehmerischer Verbundenheit der beteiligten Unternehmen deutet die amorphe Überlassung aller Betriebsmittel darauf hin, dass eine wirtschaftliche Einheit übergehen soll, damit die vorhandenen und miteinander verknüpften Produktionsfaktoren für dieselbe oder einer gleichartige wirtschaftliche Tätigkeit genutzt werden können. Das trifft auf den vorgelegten Vertrag vom 15.03.2010 zu, der unbefristet geschlossen wurde (§ 12) und die Gesamtheit der überlassenen Dienstleistungsfaktoren nicht konkret bezeichnet (Bl. 535 – 540 GA.). Vor dem Hintergrund, dass umfangreich das Instrument der Konzernleihe eingesetzt, Personalwechsel durch terminlich abgestimmte Aufhebungsverträge ermöglicht, von anderen Konzerngesellschaften Unterstützung geleistet und die Zugriffsmöglichkeit auf Kundendaten (durch Überspielung vor Vertragsbeginn) eröffnet wird oder Windows-Server der C. Technik GmbH überlassen werden, wertet die Kammer die kurzfristig zwischen dem 08.03. beschlossene und am 15.3.2010 umgesetzte Einschaltung von C. als Betriebsteilübergang. Der Dienstleistungsvertrag vom 15.03.2010 erscheint daher im Licht der Kontinuitätsgarantie von Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 EGRL 2001/23 und ihrer möglichst weiten Anwendung (Junker SAE 2010, 242) als Camouflage der Übernahme der Identität der wirtschaftlichen Einheit „Fachberatung“ bei gleichzeitigem, als Betriebsstillegung der Beklagten dargestellten Abbau von Personal.

5. Nach allem hat C. die Identität der bisher bei der Beklagten bestehenden wirtschaftlichen Einheit „Fachberatung“ übernommen (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieser nach den objektiven Umständen gegebene Befund wird bestätigt durch die zuvor vorgenommene Schließung der Standorte L., N. und I.. Diese Maßnahme lag wie die im Interessenausgleich vom 14.12.2009 behandelte

Aufgabe der Bereiche KV-Dienste und Informatik auf der Linie der Übertragung der gesamten Geschäftstätigkeit der Beklagten auf C.. Dass die Übertragung nicht zu einem Fixtermin, sondern sukzessiv-fließend stattfand, ist ohne signifikante Bedeutung. „Ein Unternehmensübergang (ist) ein rechtlich und tatsächlich komplexes Vorhaben, dessen Durchführung eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann“ (EuGH 02.12.1999 – C-234/98 Allen u.a. – Rn. 32). Mag die Beklagte im Dezember 2009 noch beabsichtigt haben, die ihr verbliebenen Kunden durch eigenes Personal der Fachberatung bis zum Ende der jeweiligen Vertragslaufzeiten zu betreuen, so ist objektiv die Änderung dieses Vorhabens im März 2010 lediglich die vorgezogene Durchführung des letzten Abschnitts der Betriebsübertragung auf C..

6. Der Umstand, dass die Beklagte es zum 15.03.2010 aufgab, mit eigenen Mitarbeitern den Betriebsteil Fachberatung, dem der Kläger zugeordnet war, weiterzuführen, und dass fortan C. die wirtschaftliche Einheit als „Dienstleisterin“ übernahm, führt nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Kündigung im Verhältnis der Parteien.

a) Die Beklagte war zwar infolge des zuvor eingetretenen Betriebsübergangs im Kündigungszeitpunkt nicht mehr Arbeitgeberin; sie kann aber im Falle des Widerspruchs rückwirkend in diese Stellung wieder einrücken.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann das Kündigungsverbot des § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB auch dann eingreifen, wenn – wie hier am 31.03.2010 – die Kündigung nach dem Betriebsübergang ausgesprochen wird. Indessen liege für die Kündigung ein betriebsbedingter Grund iSv § 1 Abs. 2 Satz 1 KSch) vor, wenn sie nicht wegen eines Betriebsübergangs, sondern wegen geplanter oder schon vollzogener Stilllegung ausgesprochen werde (BAG 27.10.2005 – 8 AZR 568/04 – Rn. 37 f., vgl. Staudinger/Annuß, BGB [2011], § 613 a Rn. 379). Vorliegend ist freilich der Betriebsteil Fachberatung nicht stillgelegt worden, sondern auf C. übergegangen. Das Bundesarbeitsgericht lässt in diesem Fall wegen der Erkenntnis, dass Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung sich systematisch ausschließen, den betriebsbedingten Kündi-

gungsgrund entfallen (BAG 25.06.2009 – 8 AZR 258/08 – Rn. 25). Dieser Argumentationsduktus würde für den vorliegenden Fall bedeuten, dass die Kündigung vom 30.03.2010 „wegen Betriebsveräußerung“ erfolgt sein könnte und dann das Arbeitsverhältnis der Parteien (nach Rückfall gemäß § 613 a Abs. 6 BGB) nicht aufgelöst hätte.

Die Kammer präferiert ein anderes Gesetzesverständnis (LAG Düsseldorf 29.04.2009 – 12 Sa 1551/08 – Juris Rn. 94, LAG Düsseldorf 25.08.2010 – 12 Sa 703/10 – Juris Rn. 28). § 613 a Abs. 4 KSchG bezweckt die Absicherung des Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Erwerber, nicht den Erhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem betriebslos gewordenen Veräußerer (EuGH 26.05.2005 – C-478/03 Celtec – Rn. 26, EuGH 27.11.2008 – C-396/07 Juuri – Rn. 28 EuGH 11.06.2009 – C-561/07 Kommission/Italien – Rn. 35, EuGH 12.03.1998 – C-319/94 Dethier Équipement – Rn. 34, EuGH 25.07.1991 – C-362/89 D'Urso – Rn. 19, vgl. EuGH 12.11.1998 – C-399/96 Europièces – Rn. 39, 07.03.1996 – C-171/94 Merckx, Neuhuys – Rn. 35). Dieser Befund beschränkt, was die Unwirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Veräußerer anbelangt, den praktischen Anwendungsbereich § 613 a Abs. 4 Satz 1 KschG, denn die Kündigung, die auf die bloße Tatsache des Übergangs des Unternehmens gestützt wird (etwa um den Arbeitnehmer zu schikanieren oder um einer Absprache mit dem Erwerber zu genügen), dürfte eher selten sein. Meist wird die Kündigung des bisherigen Arbeitgebers wegen Aufgabe des eigenen Betriebs und des damit verbundenen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit erfolgen, sei es, dass er entweder den Betrieb selbst stilllegt, sei es, dass er nach einer etwaigen Veräußerung im Falle eines vom Arbeitnehmer erhobenen Widerspruchs ohne Betrieb da stünde (vgl. BAG 17.06.2003 – 2 AZR 134/02 – Juris Rn. 19, BAG 24.05.2005 – 8 AZR 398/04 – Juris Rn. 15, 16 [27]). Für die Kündigung des Veräußerers liegt dann grundsätzlich ein betriebsbedingter Grund vor.

c) Der Kläger könnte sich daher gegenüber C., nicht jedoch gegenüber der Beklagten auf die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB berufen.

C. Die Kosten des Rechtsstreits sind nach § 92 Abs. 1 ZPO zu verteilen

Die Kammer hat der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher für die Parteien die Revision an das Bundesarbeitsgericht zugelassen, § 72 Abs. 2 ArbGG.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien

REVISION

eingelegt werden.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

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

eingelegt werden.

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

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

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Ver-

bände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

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

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

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Plüm

Clemens

Schmidt-Wefels