

**Auflösungsvertrag: Auch der Vorgänger kann Zusammenarbeit beenden**

Grds. können Arbeitsgerichte Arbeitsverhältnisse auf Antrag des Arbeitgebers gegen Zahlung einer Abfindung auflösen, wenn zwar eine Kündigung sozial nicht gerechtfertigt ist, jedoch eine weitere, „den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit“ mit dem Beschäftigten nicht zu erwarten ist. Das BAG musste einen Fall klären, in dem die Mitarbeit einer Oberärztin eines Krankenhauses beendet werden sollte, wobei der Träger des Hospitals im Laufe der Kündigungsschutzklage wechselte. Darin sah das Gericht jedoch keinen Anlass, die Auflösung nicht weiter zu betreiben.

Quelle: Wolfgang Büser

**Kompetenzen eines Arbeitgebers hinsichtlich der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses im Falle des Ausspruchs der Kündigung vor dem Übergang des Betriebs; Begründung für diese Möglichkeiten des Arbeitgebers; Bedingung für die gerichtliche Auflösung eines Arbeitsverhältnisses; Grundlage für die Beurteilung der Begründetheit eines Antrages auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses; Grundkonzeption und Charakter des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG); Gründe für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses; Selbes von Hauptpartei und Streithelfer gestelltes Rechtsmittel als einheitliches Rechtsmittel**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 24.05.2005

**Aktenzeichen:** 8 AZR 246/04

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2005, 20206

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Berlin - 16.10.2003 - AZ: 37 Ca 5954/03

LAG Berlin - 29.01.2004 - AZ: 18 Sa 2189/03

**Rechtsgrundlagen:**

§ 9 Abs. 1 KSchG

§ 9 Abs. 2 KSchG

§ 265 ZPO analog

§ 325 ZPO analog

**Fundstellen:**

BAGE 114, 362 - 374

AiB 2007, 245 (amtl. Leitsatz)

AiB-newsletter 2005, 3-4 (Pressemitteilung)

ArbRB 2005, 194 (Kurzinformation)

ArbRB 2005, 331-332 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ArztR 2006, 93-97 (Urteilsbesprechung von RA Dr. Manfred Andreas)

AuA 2005, 430 (Kurzinformation)

AuR 2005, 227 (Volltext mit amtl. LS)

AuR 2005, 383

AUR 2005, 227 (Volltext mit amtl. LS)

AUR 2005, 383 (amtl. Leitsatz)

DB 2005, XVI Heft 35 (amtl. Leitsatz)

DB 2005, XX Heft 22 (Pressemitteilung)

DB 2005, 2082-2083 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

DStR 2005, XIV Heft 27 (Kurzinformation)

EzA-SD 12/2005, 3-4 (Pressemitteilung)

EzA-SD 18/2005, 5-7

FA 2005, 245 (Volltext mit amtl. LS)

FA 2005, 382 (Kurzinformation)

FStBay 2006, 375-378

GmbH-Report 2005, R251-R 251 (Pressemitteilung)

JuS 2005, XIV Heft 7 (Pressemitteilung)

justament 2005, 30 (Pressemitteilung)

MDR 2005, 1232 (amtl. Leitsatz)

NJ 2006, 96 (amtl. Leitsatz)

NWB 2006, 1440 (Kurzinformation)

NWB 2005, 2614-2615 (Kurzinformation)

NZA 2005, VIII Heft 11 (Kurzinformation)

NZA 2005, 1178-1182 (Volltext mit amtl. LS)

NZI 2006, 117-120 (Volltext mit amtl. LS)

NZI (Beilage) 2006, 48 (red. Leitsatz)

PfIR 2007, 97-98 (Kurzinformation)

SAE 2005, 299-300

schnellbrief 2005, 7-8 (Pressemitteilung)

---

## **BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 246/04**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Ein Arbeitgeber, der eine Kündigung vor einem Betriebsübergang ausgesprochen hat, ist trotz des Verlustes der Arbeitgeberstellung durch einen Betriebsübergang befugt, einen Auflösungsantrag zu stellen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Auflösungszeitpunkt zeitlich vor dem Betriebsübergang liegt.

### **Redaktioneller Leitsatz:**

1. Stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat es für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzusetzen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte.
2. Einem Auflösungsantrag steht nicht entgegen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien infolge des Betriebsübergangs beendet ist. Die Auflösung kann auch rückwirkend zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt beantragt werden.
3. Die an sich bei der Beurteilung eines Auflösungsantrags anzustellende Prognose kann bei einer zwischenzeitlich eingetretenen anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses naturgemäß nicht mehr erfolgen. Daher ist auf den Zeitraum zwischen dem Termin, zu dem die Kündigung gewirkt hätte, wenn sie sozial gerechtfertigt gewesen wäre, und dem Zeitpunkt der anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen.
4. Der Betriebsveräußerer bleibt befugt, aus eigenem Recht den Auflösungsantrag zu stellen, wenn der Betriebsübergang nach dem Kündigungszeitpunkt liegt. Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, bleibt für die gerichtliche Klärung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch nach dem Betriebsübergang passiv legitimiert.
5. Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 Kündigungsschutzgesetz kommen solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellte Aufgabe und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen.

### **Tenor:**

Auf die Revision des Beklagten und der Streithelferin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 29. Januar 2004 - 18 Sa 2189/03 - aufgehoben.

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

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten nur noch über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.
- 2 Die am 3. Februar 1953 geborene und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Klägerin war seit 1. Juni 1999 im Krankenhaus B, dessen Träger der Beklagte war, zuletzt als Oberärztin und erste

Stellvertreterin des Chefarztes der Abteilung, Dr. B, in der Abteilung für Innere Medizin beschäftigt. Ihr jährliches Bruttogehalt belief sich auf ca. 88.000,00 Euro. In dem Krankenhaus sind mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt.

- 3 Mit Schreiben vom 25. April 2002, das den Vermerk "Vertraulich, Persönlich" trug, wandte sich die Klägerin an das Vorstandsmitglied des Beklagten, Herrn Be. In dem Schreiben intervenierte die Klägerin gegen die Übernahme des damals auf der Basis eines befristeten Arbeitsvertrags in der Abteilung für Innere Medizin beschäftigten Assistenzarztes Dr. W in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Sie hielt jenen aus fachlichen und persönlichen Gründen für nicht qualifiziert. Es könne nicht Aufgabe der Arbeitgeberin sein, "Menschen mit Hypothekendarlehen und befristeten Arbeitsverträgen ein Auskommen zu bieten". Zugleich führte sie aus, dass "noch immer genug Kollegen i. S. von 'Altlasten'" beschäftigt seien, an die die Arbeitgeberin fest gebunden sei. Diese befänden sich zwar nicht mehr "in offener Opposition", seien jedoch im "passiven Widerstand". "Kollegen mit befristeten Arbeitsverträgen seien grundsätzlich wesentlich flexibler, einsatzbereiter und anspruchsloser". Die Arbeitgeberin bräuchte keine weiteren "'Häuptlinge', sondern 'Indianer', d. h. brave 'Parteisoldaten'/Mitarbeiter, die ihre Arbeit ... erledigen, ohne Anspruchshaltung, diszipliniert, dem gemeinsamen Erfolg verpflichtet". Die Klägerin monierte zudem die "(nicht nur aus ihrer Sicht) opportunistisch, intrigante Persönlichkeitsstruktur, mit devotem Obergewichtsverhalten und entsprechender Inversion" des Herrn Dr. W. Herr Dr. W wurde vom Beklagten dennoch zum 1. Juni 2002 in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen. Am 4. Juni 2002 informierte Herr Be die Verwaltungsdirektorin B über den Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 25. April 2002. Daraufhin fand ein Gespräch zwischen der Klägerin, Herrn Be, Frau B und einem weiteren Vertreter des Beklagten statt. Im Gesprächsverlauf wies die Klägerin auf Behandlungsfehler des Dr. W hin. Frau B äußerte gegenüber der Klägerin, es sei Sache der Geschäftsleitung, über die Entfristung eines Arbeitsvertrags zu entscheiden. Frau B hielt der Klägerin vor, den "Instanzenzug" übersprungen zu haben, indem sie sich nicht an ihre unmittelbaren Vorgesetzten, sondern direkt an den Vorstand des Beklagten gewandt habe.
- 4 Im Verlauf des Jahres 2002 äußerte die Klägerin mehrfach gegenüber verschiedenen Ärzten der Abteilung, "Material gegen Kollegen für den Tag X zu sammeln".
- 5 Im Herbst 2002 wurde Herr Dr. W zum Oberarzt befördert. Er sollte daraufhin gesondert vergütete Hintergrundbereitschaftsdienste übernehmen, die bislang im Wesentlichen allein von der Klägerin wahrgenommen worden waren. Die Klägerin versuchte mehrfach erfolglos mit Dr. B hierüber zu sprechen. Sie führte daraufhin ein Gespräch mit Frau B, in dem sie emotional angegriffen auftrat. Frau B bat die Klägerin, den Sachverhalt schriftlich darzulegen.
- 6 Am 19. November 2002 verfasste die Klägerin daraufhin ein an die Geschäftsleitung gerichtetes Schreiben. Sie sprach zunächst die Hintergrunddienste an und wies daraufhin, dass Herr Dr. W unter der Bedingung eingestellt worden sei, keinen Bereitschaftsdienst übernehmen zu müssen. Es gebe keinen Grund, an der bisherigen Praxis etwas zu ändern, zumal sie - die Klägerin - ausgesprochen kostengünstig sei. Im Folgenden erläuterte die Klägerin, dass die "Vehemenz, mit der an diesem Mann (W) wider fachliche und menschliche Qualifikation festgehalten" werde, sie und "nicht nur sie auf den Gedanken" brächte, dass "es letztlich nur 2 Dinge gebe, die in unserer Gesellschaft obsolet seien: Sex scheide aus, da Herr W weder für Männlein noch Weiblein primär sonderlich attraktiv sei. Also bliebe nur noch Geld und die Frage, wie sich jemand mit einer befristeten Stelle, einer Ehefrau mit befristeter Stelle und 2 Kindern ein Haus bauen könne. Es gehöre entweder eine nicht unerhebliche Portion Wahnsinn oder aber die sichere Gewißheit, auf alle Fälle übernommen zu werden, dazu. Komme man nun aus der Pharmaindustrie, wisse man, wie Studien gemacht würden und vor allem wie diese bezahlt würden und noch wichtiger, wie man an diese herankäme. Das sei bei Chefarzten im Allgemeinen als auch im Speziellen ein absoluter Trumpf und erspare 30minütige Pharma-Interviews für 65 Euro, von denen man unzählige machen müsse, um die für den Studienleiter anfallenden Honorare zu erhalten. ... Mit diesen Erkenntnissen habe sie Herrn B am 18.11.02 ... konfrontiert". Auf ihre spöttische Frage, "wieviel Herr W ihm denn in Aussicht gestellt" habe, sei Herr Dr. B aufgesprungen und habe gedroht handgreiflich zu werden. Dies habe die Klägerin veranlasst, hinter den Schreibtisch zu flüchten. In die Enge gedrängt, habe sie ihm für den Fall, dass er es wagen sollte, sie auch nur zu berühren, gedroht, ihn umzubringen.

Herrn Dr. B Reaktion habe bewiesen, "wie richtig sie mit ihrer Vermutung gelegen habe".

- 7 Nach einem Gespräch zwischen der Klägerin, Pastor L, Herrn Be und Frau B verfasste die Klägerin unter dem 18. Februar 2003 ein weiteres, nunmehr an den Chefarzt Dr. B gerichtetes Schreiben. Im Vorspann heißt es, dass die Klägerin Dr. B nunmehr schriftlich über bereits mündlich mitgeteilte Vorkommnisse und/oder Behandlungsfehler des Dr. W in Kenntnis setze und als Konsequenz eine umgehende Rückstufung des Dr. W in eine seinen Leistungen adäquate Arbeitsposition erwarte. Andernfalls werde sie noch am selben Tag weitere Schritte einleiten, zB als ersten Schritt das Schreiben der Geschäftsleitung, Frau B, sowie dem ärztlichen Leiter der Klinik zur Kenntnis geben. Es folgt eine Aufzählung von 13 Vorkommnissen/angeblichen Behandlungsfehlern des Dr. W ab Sommer 2002, wobei der Behauptung der Klägerin zufolge in vier Fällen Patienten zu Tode kamen und in weiteren neun Fällen geschädigt oder gefährdet wurden. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die von der Klägerin gegenüber Dr. W erhobenen Vorwürfe zutreffend sind.
- 8 Das Schreiben der Klägerin gelangte noch am 18. Februar 2003 an die Verwaltungsdirektorin B. Am 19. Februar 2003 fand ein Gespräch zwischen der Klägerin, Frau B, dem ärztlichen Leiter des Krankenhauses sowie Dr. B statt, in dem der Klägerin der Abschluss eines Aufhebungsvertrags angeboten wurde. Dies lehnte sie ab. Unmittelbar nach dem Gespräch stellte der Beklagte die Klägerin frei und erteilte ihr Hausverbot. Nach Anhörung der Mitarbeitervertretung kündigte der Beklagte der Klägerin fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. April 2003. Mit Schreiben vom 23. April 2003 und Schreiben vom 29. April 2003 kündigte der Beklagte der Klägerin erneut fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. Juni 2003 wegen des Verdachts, Unterlagen unterschlagen zu haben. Hinsichtlich der Kündigung vom 29. April 2003 hat die Klägerin die Anhörung der Mitarbeitervertretung nicht mehr bestritten.
- 9 Zum 9. Oktober 2003 wurde der Betrieb Krankenhaus B im Zuge einer Ausgliederung zur Neugründung in unveränderter Form und unter Beibehaltung aller organisatorischen Strukturen und aller Arbeitnehmer vom Beklagten auf die neu gegründete Krankenhaus B gGmbH, die Streithelferin, übertragen. Deren Geschäftsführerin wurde die bisherige Verwaltungsdirektorin des Krankenhauses, Frau B.
- 10 Im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht, der eine Woche später am 16. Oktober 2003 stattfand, hat der Beklagte - soweit hier von Interesse - erstmals beantragt,
- 11 das Arbeitsverhältnis der Parteien durch Urteil zum 30. Juni 2003 gegen die Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.
- 12 Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben und den Auflösungsantrag des Beklagten zurückgewiesen. Im Berufungsverfahren ist die Streithelferin dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetreten, hat ihrerseits - neben dem erstinstanzlich unterlegenen Beklagten - Berufung eingelegt und - soweit hier von Interesse - selbst beantragt,
- 13 das Arbeitsverhältnis der Parteien durch Urteil zum 30. Juni 2003 gegen die Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.
- 14 In der mündlichen Berufungsverhandlung hat die Streithelferin klargestellt, "dass die Berufung der Nebenintervenientin nur in dem durch die §§ 66 ff. ZPO gesteckten prozessualen Rahmen erfolgt".
- 15 Zur Begründung des Auflösungsantrags haben der Beklagte und die Streithelferin vorgetragen, es sei dem Beklagten nicht zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fortzusetzen. Von einer den Betriebszwecken dienlichen Zusammenarbeit sei nach dem 30. Juni 2003 und in Zukunft nicht mehr auszugehen. Insoweit sei auch von Bedeutung, dass die Klägerin das Krankenhaus häufig vor Kollegen als "Scheiß B" bezeichnet habe. Außerdem folge dies aus den eigenen Schreiben der Klägerin vom 25. April 2002, 19. November 2002 und vom 18. Februar 2003. Eine Loyalität gegenüber den Vorgesetzten sei schon deshalb nicht mehr zu erwarten gewesen, weil die Klägerin bei der Verfassung des Schreibens vom 25. April 2002 zwei Hierarchiestufen

übersprungen habe. Eine Zusammenarbeit mit Dr. B sei zudem auf Grund der Vorwürfe im Schreiben vom 19. November 2002 unmöglich. Außerdem habe die Klägerin Herrn Dr. B gedroht, ihn umzubringen. Diese Drohung sei in einem christlichen Krankenhaus ungeheuerlich. Auch habe die Klägerin ungerechtfertigt Patientenakten kopiert. Sie verfüge - nach ihrem eigenen Bekunden - über umfangreiches Material über Patientendaten und Behandlungsmethoden von Kollegen. Der Auflösungsantrag sei weiter begründet, weil sich aus den Schreiben der Klägerin vom 19. November 2002 und vom 18. Februar 2003 sowie deren Äußerung, Material für den Tag X zu sammeln, ergebe, dass eine weitere Zusammenarbeit mit Dr. W wie auch jedem anderen medizinischen Kollegen undenkbar sei. Frau B habe der Klägerin bereits im Verlauf des Gesprächs nach dem Schreiben vom 25. April 2002 vorgehalten, dass die Art und Weise des Schreibens nicht akzeptabel sei. Schließlich sei der Auflösungsantrag begründet, weil alle Kollegen der Inneren Abteilung nicht mehr bereit seien, mit der Klägerin zusammenzuarbeiten. Dies ergäbe sich aus einem von - fast - allen Assistenz- und Oberärzten unterzeichneten Schreiben vom 21. Oktober 2003, mit dem sich jene geweigert hätten, weiter mit der Klägerin zusammenzuarbeiten, dem Schreiben des Dr. B vom 23. Oktober 2003 sowie dem Inhalt der daraufhin geführten Einzelgespräche. Nahezu alle Kollegen hätten darauf hingewiesen, dass sich seit dem 30. Juni 2003 das Betriebsklima wesentlich zum Positiven verändert habe. Die fachlichen Vorwürfe der Klägerin seien unbegründet, dies habe auch ein von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegebenes medizinisches Gutachten ergeben.

- 16 Die Klägerin hat die Zurückweisung des Auflösungsantrags beantragt. Sie hat behauptet, insbesondere bei der Abfassung des Schreibens vom 18. Februar 2003 unter dem Gesichtspunkt ärztlicher Ethik, aus Fürsorge für die Patienten und zur Wahrung des Rufes des Krankenhauses keine andere Möglichkeit gesehen zu haben, als die Initiative zu ergreifen. Sie habe eine sachliche Auseinandersetzung über die gerügten Behandlungsmethoden erreichen wollen, um den medizinischen Qualitätsstandard zu wahren.
- 17 Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten und der Streithelferin einschließlich des Auflösungsantrags zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen der Beklagte und die Streithelferin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses weiter.

### Entscheidungsgründe

- 18 Die Revisionen des Beklagten und der Streithelferin sind begründet. Der Beklagte kann auch noch nach dem Betriebsübergang einen Auflösungsantrag stellen. Der Senat kann die geltend gemachten Auflösungsgründe und die Höhe der Abfindung jedoch nicht abschließend beurteilen. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

19 I.

Das Landesarbeitsgericht hat trotz Bedenken gegen die Aktivlegitimation den Antrag des Beklagten für zulässig gehalten, weil er im Falle der Begründetheit zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu einem vor dem Betriebsübergang gelegenen Zeitpunkt geführt hätte. Der Auflösungsantrag sei jedoch, ungeachtet dessen, auf welchen Sachverhalt er gestützt werde, unbegründet, da das Arbeitsverhältnis ab dem 9. Oktober 2003 nicht mehr zum Beklagten bestehe. Zu diesem Zeitpunkt habe der Beklagte infolge des inzwischen erfolgten Betriebsübergangs nicht mehr geltend machen können, eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin sei nicht zu erwarten. Durch den Wechsel der Arbeitgeberstellung verlören im Verhältnis zum bisherigen Arbeitgeber gesetzte Auflösungsgründe ihre Wirkung. Der Beklagte könne den Auflösungsantrag auch nicht damit begründen, eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zwischen dem Betriebserwerber und der Klägerin sei nicht zu erwarten. Selbst in entsprechender Anwendung der §§ 265, 325 ZPO sei insoweit keine Prozessführungsbefugnis des Beklagten gegeben. Das Arbeitsverhältnis sei auch nicht auf die Berufung der Streithelferin aufzulösen gewesen. Dies folge aus ihrer Rechtsstellung im Prozess, wonach sie lediglich berechtigt sei, Umstände vorzutragen, die die Fortsetzung der Zusammenarbeit zwischen dem Beklagten und der Klägerin als unzumutbar erscheinen lassen. Mit dem Vortrag, dass die Zusammenarbeit zwischen ihr und der Klägerin unzumutbar sei, sei sie dagegen nicht zuzulassen.

20 II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht in allen Punkten stand.

21 1.

Stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG . Gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das Gericht die gleiche Entscheidung auf Antrag des Arbeitgebers zu treffen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Das Gericht hat für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzusetzen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte.

22 Diese Regelung ist verfassungsgemäß(zuletzt: *BVerfG 22. Oktober 2004 - 1 BvR 1944/01 - EzA KSchG § 9 nF Nr. 49, zu II 2 der Gründe; Dieterich Anm. AR-Blattei ES 830 Nr. 33*) . Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin ist im Streitfall nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagte eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, denn er hat hilfsweise ordentlich gekündigt (vgl. *BAG 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 - RzK I 11a Nr. 16*) .

23 2.

Dem Auflösungsantrag des Beklagten steht weiter nicht entgegen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien infolge des Betriebsübergangs ohnehin beendet ist.

24 Nach allgemeiner Auffassung folgt aus § 9 Abs. 2 KSchG , wonach für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Zeitpunkt festzusetzen ist, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte, dass ein Antrag auf Auflösung nicht mehr gestellt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits aus anderen Gründen beendet war. Eine gerichtliche Auflösung kommt nur in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis zu dem gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Auflösungszeitpunkt noch bestanden hatte. Andernfalls kann durch das Urteil nichts mehr gestaltet werden (*BAG 20. März 1997 - 8 AZR 769/95 - BAGE 85, 330 = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 30 = EzA BGB § 613a Nr. 148, zu B II 4 b der Gründe; 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 - RzK I 11a Nr. 16, zu II 2 a der Gründe; vgl. auch 21. Januar 1965 - 2 AZR 38/64 - BAGE 17, 46 [BAG 21.01.1965 - 2 AZR 38/64] = AP KSchG § 7 Nr. 21, zu II 1 der Gründe; KR-Spilger § 9 KSchG Rn. 32; ErfK/Ascheid § 9 KSchG Rn. 11; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 9 Rn. 31; Löwisch/Spinner KSchG § 9 Rn. 27; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR § 9 KSchG Rn. 9; APS/Biebl § 9 KSchG Rn. 89*) .

25 Hat das Arbeitsverhältnis allerdings nach dem vom Gericht nach § 9 Abs. 2 KSchG festgesetzten Zeitpunkt, aber vor Erlass des Auflösungsurteils aus anderen Gründen (zB Tod des Arbeitnehmers, Erreichen der tariflich festgelegten Altersgrenze, weitere Kündigung) geendet, so steht dies einer gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Dagegen kann nicht eingewandt werden, dass die Auflösung eines schon beendeten Arbeitsverhältnisses logisch nicht möglich sei. Auf Grund der ausdrücklichen Regelung in § 9 KSchG kann die Auflösung nämlich auch rückwirkend zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt beantragt werden. Außerdem spricht für eine gerichtliche Auflösung in diesem Fall, dass andernfalls die Partei, die die Auflösung rechtzeitig und mit ausreichender sachlicher Begründung beantragt hat, durch eine längere Dauer des Prozesses ohne ihr Verschulden benachteiligt werden könnte (*herrschende Meinung BAG 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 - RzK I 11a Nr. 16; 21. Januar 1965 - 2 AZR 38/64 - BAGE 17, 46 [BAG 21.01.1965 - 2 AZR 38/64] = AP KSchG § 7 Nr. 21; KR-Spilger § 9 KSchG Rn. 34; ErfK/Ascheid § 9 KSchG Rn. 11; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 9 Rn. 53; APS/Biebl § 9 KSchG Rn. 87 f.; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR § 9 KSchG Rn. 9; aA Löwisch/Spinner KSchG § 9 Rn. 28; Stahlhacke/Vossen Rn. 1973*) .

- 26 Allerdings ist in diesen Fällen eine Ausnahme von dem sonst bei der Beurteilung des Auflösungsantrags maßgeblichen Zeitpunkt zu machen. Grundsätzlich ist die Begründetheit eines Auflösungsantrags nach den bei Erlass des Urteils vorliegenden Umständen zu prüfen (*BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 240/01 - BAGE 103, 100 [BAG 10.10.2002 - 2 AZR 240/01] = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 45 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 46, zu B II 2 b der Gründe; 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45, zu B II 2 b der Gründe; KR-Spilger § 9 KSchG Rn. 34, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen*). Die an sich bei der Beurteilung eines Auflösungsantrags anzustellende Prognose kann bei einer zwischenzeitlich eingetretenen anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses naturgemäß nicht mehr erfolgen. Daher ist auf den Zeitraum zwischen dem Termin, zu dem die Kündigung gewirkt hätte, wenn sie sozial gerechtfertigt gewesen wäre, und dem Zeitpunkt der anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen (*BAG 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 - RzK I 11a Nr. 16, zu II 3 b der Gründe*).
- 27 3.
- Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, dass der Beklagte den Auflösungsantrag auch noch nach dem Betriebsübergang stellen kann. Es fehlt ihm nicht an der Antragsberechtigung, da der Auflösungszeitpunkt zeitlich vor dem Betriebsübergang liegt.
- 28 a)
- Der Senat hat mit Urteil vom 20. März 1997 (- 8 AZR 769/95 - BAGE 85, 330 = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 30 = EzA BGB § 613a Nr. 148) entschieden, dass der Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang vor dem Auflösungszeitpunkt nach § 9 Abs. 2 KSchG, dem Ablauf der Kündigungsfrist, einen bislang noch nicht gestellten Auflösungsantrag mit Erfolg nur in einem Prozess gegen den ihm bekannten Betriebserwerber stellen könne. Die Passivlegitimation des Arbeitgebers für den Auflösungsantrag folge nicht automatisch dem bereits erhobenen Kündigungsschutzantrag. Der Auflösungsantrag stelle einen selbstständigen Antrag und ein eigenständiges prozessuales Institut des Kündigungsrechts dar, so dass auch bei entsprechender Anwendung der §§ 265, 325 ZPO keine Prozessführungsbefugnis gegeben sei. Ebenso wenig gebiete es der Schutzzweck des § 613a BGB, den Auflösungsantrag eines Arbeitnehmers mit Wirkung gegenüber dem Erwerber zuzulassen. Der Arbeitnehmer könne den Übergang des Arbeitsverhältnisses hinnehmen und abwarten, ob der Betriebserwerber eine Kündigung ausspreche und dann gegebenenfalls die Auflösung beantragen. Wolle er die Auflösung zugleich betreiben, müsse er den neuen Arbeitgeber in den Prozess einbeziehen oder dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen (*BAG 20. März 1997 - 8 AZR 769/95 - aaO, zu B II 4 d aa - cc der Gründe*).
- 29 b)
- Die Literatur ist dem weitgehend gefolgt und nimmt überwiegend an, dass der Auflösungsantrag nur im Rahmen eines auf den neuen Arbeitgeber zu erstreckenden Rechtsstreits gestellt werden könne (*KR-Spilger § 9 KSchG Rn. 34, 40; ErfK/Ascheid § 9 KSchG Rn. 11, 13; ErfK/Preis § 613a BGB Rn. 173; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR § 613a BGB Rn. 144; Boewer RdA 2001, 380, 398; Berscheid MDR 1998, 1129, 1130; vgl. auch KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 208; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 9 Rn. 31a; APS/Steffan § 613a BGB Rn. 255; Löwisch/Spinner KSchG § 9 Rn. 30; Löwisch/Neumann DB 1996, 474, 475; vgl. auch Gaul Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung § 23 Rn. 35 ff.; anders dagegen APS/Biebl § 9 KSchG Rn. 30, 31 sowie Keßler NZA-RR 2002, 1, 5, die den Auflösungsantrag gegen den bisherigen Arbeitgeber auch dann für möglich halten, wenn der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang zwar nicht widerspricht, der Betriebsübergang aber erst nach dem Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt).*
- 30 c)
- Hinsichtlich des Auflösungsantrags eines Arbeitgebers vertritt das Landesarbeitsgericht Köln (*15. Februar 2002 - 4 (2) Sa 575/01 - MDR 2002, 1323 im Anschluss an Löwisch/Neumann DB 1996, 474*) die Auffassung, dass der Erwerber die Auseinandersetzung über die Auflösung des



Arbeitsverhältnisses selbst führen könne. Ihn gem. § 265 Abs. 2 Satz 3 ZPO auf die gem. § 67 ZPO beschränkte Stellung eines einfachen Nebenintervenienten zu verweisen, sei unangemessen. Es verbleibe nur die Möglichkeit, dass der Erwerber dem Kündigungsschutzprozess als Partei beitrete. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Berlin (23. November 2001 - 8 Sa 545/01 -) ist dagegen bei dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers unabhängig von einem noch vor Antragstellung erfolgten Betriebsübergang für die Zulässigkeit des durch den Veräußerer gestellten Antrags allein auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Auflösung gemäß § 9 Abs. 2 KSchG abzustellen, denn der Arbeitgeber habe anders als der Arbeitnehmer keine rechtliche Handhabe, die Teilnahme des gekündigten Arbeitnehmers an einem Betriebsübergang zu verhindern.

31 d)

Der Betriebsveräußerer bleibt befugt, aus eigenem Recht den Auflösungsantrag zu stellen, wenn der Betriebsübergang nach dem Kündigungszeitpunkt liegt. Der Betriebsveräußerer verfolgt in diesem Fall nämlich nicht die Rechte des Betriebserwerbers, sondern die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welches bis zum Betriebsübergang bei ihm fortbestand. Würde man ihm im Hinblick auf den späteren Betriebsübergang und den damit verbundenen Verlust der Arbeitgeberstellung diese Möglichkeit absprechen, würde der Betriebsveräußerer allein wegen des Betriebsübergangs gezwungen, die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs zu erfüllen, obwohl ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war. Allein der Betriebsübergang würde in diesem Fall zu einem vom Gesetz nicht beabsichtigten Verlust des Auflösungsrechts, somit zu einer Rechtsschutzlücke führen. Würde man vom Arbeitgeber verlangen, dass er in diesem Fall den Auflösungsantrag vor dem Betriebsübergang stellt, was zur Anwendbarkeit des § 265 ZPO führen könnte, so verstieße dies gegen die ausdrücklich in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG vorgesehene Möglichkeit der rückwirkenden Antragstellung. Hinzu kommt, dass es der Arbeitgeber anders als der Arbeitnehmer nicht in der Hand hat, seine Aktivlegitimation dauerhaft zu erhalten, da er nicht mittels eines Widerspruchs den Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege eines Betriebsübergangs verhindern kann. Außerdem spricht für diese Lösung die praktische Handhabung. Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, bleibt für die gerichtliche Klärung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch nach dem Betriebsübergang passiv legitimiert, da auf den Betriebsübergang während des Prozesses die §§ 265, 325 ZPO entsprechende Anwendung finden (st. Rspr. BAG 18. März 1999 - 8 AZR 306/98 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 44 = EzA BGB § 613a Nr. 179). Insofern ist es auch sachgerecht den Prozess über die Auflösung zumindest in dem Fall, in dem der Betriebsübergang nach dem Auflösungszeitpunkt liegt, auch zwischen ihm und dem Arbeitnehmer fortzusetzen.

32 4.

Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, inwieweit Auflösungsgründe gegeben sind und in welcher Höhe eine Abfindung festzusetzen ist. Daher ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

33 a)

Nach der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes führt die Sozialwidrigkeit einer Kündigung zu deren Rechtsunwirksamkeit und zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz. Dieser Grundsatz wird durch § 9 KSchG unter der Voraussetzung durchbrochen, dass - bezogen auf den Auflösungsantrag des Arbeitgebers - eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht. Da hiernach eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur ausnahmsweise in Betracht kommt, sind an die Auflösungsgründe strenge Anforderungen zu stellen (BVerfG 22. Oktober 2004 - 1 BvR 1944/01 - EzA KSchG § 9 nF Nr. 49, zu II 3 b aa der Gründe; BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 240/01 - BAGE 103, 100 [BAG 10.10.2002 - 2 AZR 240/01] = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 45 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 46, zu B II 2 b der Gründe; 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45, zu B II 2 a der Gründe; KR-Spilger

34 b)

Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zu erwarten war, ist nach den Ausführungen unter II 2 angesichts der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund des Betriebsübergangs ohnehin sein Ende gefunden hat, der Zeitraum zwischen dem Ende der Kündigungsfrist und dem Betriebsübergang. Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG kommen solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellte Aufgabe und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien nicht erwarten lassen, müssen nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Es kommt lediglich darauf an, ob die objektive Lage im Auflösungszeitpunkt beim Arbeitgeber die Besorgnis aufkommen lassen konnte, dass die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer gefährdet ist. Unzutreffende Tatsachenbehauptungen, und zwar insbesondere, wenn sie den Tatbestand der üblen Nachrede oder gar Verleumdung erfüllen, sind grundsätzlich dazu geeignet, das Auflösungsbegehren des Arbeitgebers zu rechtfertigen. Als Auflösungsgrund geeignet sind aber auch etwa Beleidigungen, sonstige ehrverletzende Äußerungen oder persönliche Angriffe des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen (*BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 240/01 - BAGE 103, 100 [BAG 10.10.2002 - 2 AZR 240/01] = AP KSchG 1969 § 9 Nr. 45 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 46; 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45; KR-Spilger § 9 KSchG Rn. 55, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen*) . Als Auflösungstatsachen können auch solche Umstände geeignet sein, die die Kündigung selbst nicht rechtfertigen. Durch eine bloße Bezugnahme auf nicht ausreichende Kündigungsgründe genügt der Arbeitgeber jedoch noch nicht seiner Darlegungslast. Er muss vielmehr im Einzelnen vortragen, weshalb die nicht ausreichenden Kündigungsgründe einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit entgegenstehen sollen (*BVerfG 22. Oktober 2004 - 1 BvR 1944/01 - EzA KSchG § 9 nF Nr. 49, zu II 3 b aa der Gründe; KR-Spilger § 9 KSchG Rn. 58, jeweils mwN*) .

35 c)

Für die Entscheidung über den Auflösungsantrag bedarf es noch weiterer Sachverhaltsaufklärung. Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen:

36 Das Schreiben der Klägerin vom 18. Februar 2003 und ihre vorangegangenen Schreiben sind nicht nur vor dem Hintergrund der darin enthaltenen fortgesetzten negativen Äußerungen, auch tatsächlicher Art gegenüber Dr. W sowie gegenüber dem Chefarzt Dr. B zu würdigen, sondern auch mit Blick auf die von der Klägerin wiederholt getätigte Äußerung, sie sammle Material für den Tag X. Darauf hat sich der Beklagte ausdrücklich berufen. Durch das Schreiben vom 18. Februar 2003 hat die Klägerin zu erkennen gegeben, dass sie entsprechend ihren Äußerungen gezielt und, falls durch Dr. B untersagt, auch rechtswidrigerweise Material gegen missliebige Kollegen sammelt und ggf. auch um ihres eigenen Vorteils willen einsetzt. Wie sich dem Schreiben der Klägerin vom 19. November 2002 entnehmen lässt, mag ihre Abneigung gegen Dr. W maßgeblich damit zusammenhängen, dass dieser, zumindest befürchtetermaßen, ebenfalls Hintergrunddienste ableisten sollte, sich damit die Zahl der von der Klägerin geleisteten Dienste reduzieren und ihr Einkommen geschmälert würde. Es spricht einiges dafür, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 18. Februar 2003 nicht zum Wohle des Beklagten und der Patienten im Krankenhaus interveniert, sondern eigene Interessen verfolgt hat. Dagegen steht insbesondere, dass sie über ein halbes Jahr lang Material gegen Dr. W zusammengetragen hat. Ein derartig langes Zuwarten und damit Gewährenlassen des nach ihrer Auffassung unfähigen Dr. W konnte nicht im Interesse des Beklagten und insbesondere seiner Patienten liegen. Angesichts dieser Umstände mussten sowohl Dr. W als auch - einen entsprechenden Anlass vorausgesetzt - andere, der Klägerin missliebige Kollegen, damit rechnen, Zielscheibe einer derartigen Vorgehensweise zu werden, zumal die Klägerin bestimmte Kollegen als "Altlasten" ansieht, denen gegenüber Kollegen mit befristeten Arbeitsverträgen als "anspruchloser" aus Arbeitgebersicht vorzuziehen seien. Eine feindselige

Einstellung der Klägerin, die aus Sicht des Beklagten eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar erscheinen lassen konnte, bestand auch gegenüber ihrem Vorgesetzten Dr. B, dem sie im Hinblick auf die unbefristete Weiterbeschäftigung des Dr. W unsachliche, weil rein finanzielle Motive unterstellte, wofür sie keinerlei nachvollziehbare Tatsachengrundlagen dargelegt hat. In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht auch den Vorfall vom 18. November 2002 zu berücksichtigen haben. Weiter wird das Landesarbeitsgericht - auch im Hinblick auf die Höhe einer festzusetzenden Abfindung - zu prüfen haben, ob die Klägerin - wie von dem Beklagten behauptet - das Krankenhaus mehrfach vor Kollegen als "Scheiß B" bezeichnet hat. Schließlich sind auch die, von der Klägerin gegen die Auflösungsgründe erhobenen Einwände zu prüfen und zu bewerten.

**37 III.**

Die Revision der Streithelferin, die ausweislich des Antragswortlauts auf dasselbe Rechtsschutzziel wie die Revision des Beklagten gerichtet ist, ist nicht als selbstständiges Rechtsmittel anzusehen. Haben Hauptpartei und Streithelfer ein Rechtsmittel eingelegt, so handelt es sich um ein einheitliches Rechtsmittel, über das auch nur einheitlich entschieden werden kann (*BGH st. Rspr.*, zB 1. Juli 1993 - V ZR 235/92 - *NJW* 1993, 2944, zu II 1 der Gründe mwN).

**38**

Die Revisionsbegründung der Streithelferin lässt zwar Zweifel entstehen, ob sie tatsächlich dasselbe Rechtsschutzziel wie der Beklagte verfolgt. Sie hat aber in der Berufungsverhandlung erklärt, "dass die Berufung der Nebenintervenientin nur in dem durch die §§ 66 ff. ZPO gesteckten prozessualen Rahmen erfolgt". Deshalb besteht kein Anlass, dem mit dem ausdrücklich gestellten Revisionsantrag erklärten Rechtsschutzziel, welches sich ausdrücklich auf den Auflösungsantrag des Beklagten bezieht, einen anderen Sinn beizumessen, als es nach seinem Wortlaut hat (*vgl. auch BGH* 6. Dezember 1984 - VII ZR 64/84 - *NJW* 1986, 588 f., zu 3 der Gründe).

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.