

4 Sa 643/11
25 Ca 64/11
(ArbG München)

Verkündet am: 08.12.2011

Hömberg
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

G.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Sch.

gegen

Freistaat Bayern

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. F.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtlichen Richter Dr. Karpa und Brandhuber

- 2 -

für Recht erkannt:

- I. **Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 29. Juni 2011 - 25 Ca 64/11 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**

- II. **Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Der Kläger macht den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem beklagten Freistaat über den Zeitpunkt eines gesetzlich angeordneten Arbeitgeberwechsels hinaus geltend.

Der am 00.00.0000 geborene Kläger war auf der Grundlage zunächst des schriftlichen befristeten Arbeitsvertrages vom 31.08.1995 (Bl. 9/10 d. A.) seit 01.09.1995 und sodann gemäß weiterem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 23.02.1996 (Bl. 11/12 d. A.) ab 16.06.1996 unbefristet beim Beklagten tätig. Er war im Krankentransportdienst des Klinikums der L.-Universität München eingesetzt. Nach seinen Angaben hat er zuletzt eine Vergütung in Höhe von 0.000,00 € brutto/Monat erhalten.

Durch Gesetz über die Universitätsklinika des Freistaates Bayern (Bayerisches Universitätsklinikagesetz – BayUniKlinG -) vom 23.05.2006, in Kraft getreten zum 01.06.2006 (BayGVBl. 2006, S. 285 f), wurden die Kliniken der Universitäten Erlangen-Nürnberg, Regensburg, Würzburg und - hier - München als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts des Freistaates Bayern verselbstständig, die hierdurch gleichzeitig in die Rechte und Pflichten der bisherigen Klinika als Staatsbetriebe i. S. v. Art. 26 der Bayerischen Haushaltsordnung (BayHO) eintraten. In diesem Gesetz ist weiter bestimmt, dass mit dessen Inkrafttreten die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aus der Gruppe der sonstigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen gemäß der Bestimmungen

des Bayerischen Hochschulgesetzes sowie die Ausbildungsverhältnisse auf das jeweilige Klinikum im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge übergehen und für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Auszubildenden die für den Freistaat Bayern jeweils einschlägigen tarifvertraglichen und sonstigen Bestimmungen gelten, wobei die beim Beklagten zurückgelegten Beschäftigungszeiten vom Klinikum angerechnet werden (Art. 14 Abs. 1 Zfn. 1 und 2 und Abs. 2 Zf. 1 f BayUniKlinG).

Das Klinikum der Universität München kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 31.08.2010 (Bl. 62 d. A.) ordentlich zum 31.03.2011. Hierüber ist ein Kündigungsschutzprozess beim Arbeitsgericht München rechtshängig, in dem nach den Ausführungen der Parteien hier dem hiesigen Beklagten der Streit verkündet wurde. Nach den Einlassungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren ist dieses Kündigungsschutzverfahren im Hinblick auf die vorliegende Feststellungsklage nunmehr ausgesetzt. Weiter seien zwischen den Parteien erstinstanzlich andere Rechtsstreitigkeiten anhängig. Mit der vorliegenden Klage mit, beim Arbeitsgericht München am 04.01.2011 eingegangenem, Klageschriftsatz vom 02.01.2011 macht der Kläger den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten unter Berufung darauf geltend, dass ihm ein Widerspruchsrecht gegen den durch das Bayerische Universitätsklinikagesetz angeordneten Rechtsträgerwechsel entsprechend § 613 a BGB zustehen müsse, dieses Gesetz insbesondere wegen Ausschlusses eines solchen Widerspruchsrechts verfassungswidrig, auch europarechtswidrig sei und gegen einfachgesetzliches Bundesrecht verstoße. Dem tritt der Beklagte u.a. unter Berufung darauf entgegen, dass der vom Kläger zuletzt angezogene Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25.01.2011 zum Gesetz über die Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg vom 01.07.2005 (1 BvR 1741/09) hier keine Anwendung finde - im Übrigen die Feststellungsklage des Klägers - prozessual - verwirkt sei, der Kläger bis zuletzt keinen Widerspruch gegen den Rechtsträgerwechsel erhoben und diesem bzw. der Wirksamkeit des Bayerischen Universitätsklinikagesetzes weder verfassungs- noch europarechtliche Überlegungen sonst bzw. ein Verstoß gegen das Umwandlungsgesetz entgegenstünden.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im Ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Arbeitsgerichts München vom 29.06.2011, das dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 01.07.2011 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses die Klage in der Sache mit der Begründung abgewiesen hat, dass das Bayerische

Universitätsklinikagesetz weder gegen das Grundgesetz noch gegen Bundesrecht noch gegen Europarecht verstoße. Weder sei das Grundrecht der Berufsfreiheit des Klägers gem. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt - wenngleich der Kläger durch den Arbeitgeberwechsel in seiner Berufsfreiheit betroffen sei, sei dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da es anders als im hessischen Fall nicht Ziel des Bayerischen Universitätsklinikagesetzes gewesen sei, eine Privatisierung des Universitätsklinikums zu ermöglichen und zu fördern, der Kläger auch nach wie vor bei einem öffentlichen Arbeitgeber beschäftigt sei, weshalb die gesetzliche Überleitung seines Arbeitsverhältnisses auf das Klinikum der Universität München auch ohne Gewährung eines Widerspruchsrechts verhältnismäßig sei - noch liege ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG oder gegen § 613 a BGB - vom sachlichen Anwendungsbereich letzterer Norm seien Betriebsübergänge im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ausgeschlossen -, ebenso wenig gegen § 168 UmwG oder gegen Europarecht vor, da die Richtlinie 2001/23/EG nicht die Einräumung eines Widerspruchsrechts i. S. d. § 613 a Abs. 6 BGB verlange und der Kläger eine Kündigungsmöglichkeit nach § 626 BGB habe, wenn er nicht für den neuen Arbeitgeber arbeiten wolle.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 05.07.2011, am 07.07.2011 beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, zu deren Begründung er gleichzeitig vorgetragen hat, dass die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts abschließend in § 613 a BGB und in § 168 UmwG geregelt seien, weshalb der Landesgesetzgeber einen Widerspruch nicht ausschließen habe können und die landesgesetzliche Überleitung von Arbeitsverhältnissen gegen diese einfachgesetzlichen Vorschriften, ebenso gegen das Grundgesetz und gegen europarechtliche Bestimmungen, verstoße. Das Unternehmen Klinikum der Universität München als nicht-selbstständige wirtschaftliche Einrichtung des Beklagten sei ein spaltungsfähiges Unternehmen i. S. v. §§ 123 ff UmwG, weshalb der Landesgesetzgeber nicht befugt sei, eine gegen die damit anwendbare Vorschrift des § 324 UmwG verstoßende landesgesetzliche Vorschrift zu erlassen und im Ergebnis das Widerspruchsrecht auszuschließen - andernfalls wäre die entsprechende Vorschrift des Bayerischen Universitätsklinikagesetzes nach Art. 31 GG nichtig. Solches ließe sich nur dann vermeiden, wenn diese landesgesetzliche Vorschrift grundgesetzkonform interpretiert und deshalb den Beschäftigten bei der ehemals unselbstständigen Einrichtung Klini-

kum der Universität München ein Widerspruchsrecht entsprechend § 613 a BGB eingeräumt würden - wie dies etwa durch das baden-württembergische Gesetz über die Universitätsklinik Freiburg, Heidelberg, Tübingen und Ulm i. d. F. vom 15.09.2005 verfassungsgemäß geschehen sei. Dort sei ausdrücklich das Widerspruchsrecht nach § 613 a BGB unberührt gelassen. Hier werde jedoch unverhältnismäßig stark in die Berufsausübungsfreiheit eingegriffen, ohne dass dies durch das Vorliegen überragender Gesichtspunkte des Gemeinwohls gerechtfertigt wäre. Um die Funktionsfähigkeit der Klinik aufrechtzuerhalten, müsse nicht das gesamte vorhandene Personal weiter dort tätig bleiben. Der Ausschluss des § 613 a BGB führe faktisch zu einem grundgesetzlich verbotenen Arbeitszwang. Auch sei Art. 3 GG tangiert, da nicht erkennbar sei, weshalb die nicht-wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmer übergeleitet worden, die wissenschaftlich Beschäftigten von einer Überleitung dagegen ausgenommen seien. Die Lehr- und Forschungsfreiheit könne auch in einem Dienstverhältnis zu einer selbstständigen Anstalt des öffentlichen Rechts verwirklicht werden. Aus diesen Gründen habe das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 25.01.2011 das hessische Landesgesetz mit der Überführung der rechtlich unselbstständigen Universitätskliniken Gießen und Marburg in eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts wegen auch dortigen Fehlens eines Widerspruchsrechts analog § 613 a BGB für verfassungswidrig erklärt. Diese Entscheidung treffe ebenso auf die vorliegende Fallgestaltung zu. Der Beklagte habe bei Erlass des Bayerischen Universitätsklinikgesetzes ausdrücklich eine Privatisierung angekündigt und dort bereits das entsprechende rechtliche Instrumentarium hierzu eingestellt. Der Anspruch auf Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613 a BGB durch den Kläger sei auch nicht verwirkt, da solches erst ab dem Zeitpunkt in Betracht kommen könne, zu dem der Gesetzgeber nachträglich ein Widerspruchsrecht gewähre. Auch widerspreche der Ausschluss eines Widerspruchsrechts im Bayerischen Universitätsklinikgesetz europarechtlichen Vorschriften, insbesondere der Richtlinie 2001/23/EG. Der deutsche Text des Art. 1 Nr. 1 a dieser Richtlinie sei falsch übersetzt und deshalb in deren Anwendungsbereich zu Unrecht lediglich zivilrechtliche Rechtsgeschäfte aufgenommen worden, weshalb hoheitliche Verwaltungsentscheidungen nicht von dieser Richtlinie erfasst wären. Das Klinikum trete nach wie vor eindeutig als staatliche Behörde auf, was sich aus deren Briefkopf und Handeln nach außen ergebe. Deshalb sei Klage gegen den hiesigen Beklagten zur Entfernung einer Abmahnung aus den Personalakten des Klägers eingereicht worden. Der Kläger wer-

de nach wie vor durch den Beklagten vergütet. Nachdem der Kläger nicht über sein Widerspruchsrecht informiert worden sei, sei dessen Ausübung nach wie vor möglich.

Der Kläger beantragt:

- I. Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 29.06.2011 wird aufgehoben.*
- II. Es wird festgestellt, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten auch über den 1. Juni 2006 ein Arbeitsverhältnis besteht.*

Der Beklagte trägt zur Begründung seines Antrags auf Zurückweisung der Berufung unter Verteidigung der Ausführungen des Arbeitsgerichts vor, dass der Klage bereits das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehle, da dies auf eine von der Prozessordnung nicht gedeckte Gutachtentätigkeit des Gerichts hinauslaufe unter Berücksichtigung dessen, dass der Kläger mit Schriftsatz vom 09.09.2010 eine Kündigungsschutzklage mit dem Begehren eingereicht habe festzustellen, dass die vom Klinikum der Universität München, Anstalt des öffentlichen Rechts, ausgesprochene außerordentliche Kündigung vom 31.08.2010 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst habe - erst unter dem 02.01.2011 habe der Kläger dann auch die vorliegende Feststellungsklage gegen den Freistaat Bayern erhoben. Damit fehle es am notwendigen Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Feststellungsklage und darüber hinaus wegen Vorrangs der Leistungsklage am besonderen Feststellungsinteresse. Darüber hinaus sei das Begehren der Feststellung eines zwischen dem Kläger und dem Beklagten über den 01.06.2006 hinaus bestehenden Arbeitsverhältnisses prozessual verwirkt, da der Kläger im Vorfeld seiner Kündigungsschutzklage gegen das Klinikum der Universität München nach Ausspruch dessen Kündigung mit Schreiben vom 31.08.2010 zunächst mangelnde Vertretungsmacht des bei der Kündigung Handelnden reklamiert habe und damit noch vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Klinikum der Universität München ausgegangen sei. In der Sache sei der Kläger zu Unrecht der Auffassung, ihm stehe ein Widerspruchsrecht analog § 613 a BGB zu, zumal er ersichtlich nach wie vor keinen „Widerspruch“ in diesem Sinn erklärt habe. Tragende Erwägung für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.01.2011 sei die Privatisierungsentscheidung des hessischen Landesgesetzgebers hinsichtlich der Univer-

sitätsklinik Gießen und Marburg gewesen, weil mit dem Verlust eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers stärker als beim Wechsel von einem privaten Arbeitgeber zu einem anderen solchen die vom Arbeitnehmer getroffene Berufswahlentscheidung berührt werde - was hier gerade nicht zutrefte, da das BayUniklinG vom 23.05.2006 zu keinem Zeitpunkt von Privatisierungsüberlegungen und -gestaltungen geprägt gewesen sei, im Gegenteil. Die in Art. 3 dort geregelte Gewährträgerschaft, die Finanzierung in Art. 4, die dort vorgesehene Rechtsaufsicht und die gesamte Gestaltung dieses Gesetzes machten überdeutlich, dass auch nach Gründung der Anstalt des öffentlichen Rechts die Stellung des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers erhalten geblieben sei. Der Hinweis des Klägers auf § 168 UmwG sei verfehlt, da dieser ausschließlich eine privatisierende Umwandlung erfasse, wovon hier nicht die Rede sein könne. Ebenso wenig könne § 302 UmwG herangezogen werden. Hinsichtlich des § 324 UmwG sei festzustellen, dass es hier um Fragen der Gesamtrechtsnachfolge im Arbeitsrecht gehe, was vorliegend nicht gegeben sei, weil das Bayerische Universitätsklinikagesetz keine Privatisierung anstrebe. Der Kläger verkenne Art. 3 GG grundlegend. Auch ein Ausschluss des § 626 Abs. 1 BGB ergebe sich nicht aus diesem Gesetz. Die vom Kläger nunmehr angezogene Abmahnung durch das Klinikum der Universität München vom 29.05.2007 weise als Absender und Verantwortlichen eindeutig dieses aus. Ebenso wenig liege ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben vor, was sich aus der vom Kläger geschätzten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.01.2011 näher ergebe.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Zweiten Rechtszug im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 05.07.2011, vom 21.07.2011, vom 09.08.2011 und vom 16.08.2011 sowie auf ihre ergänzenden Einlassungen im Rahmen ihrer Parteienanhörung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren gemäß der entsprechenden Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 24.11.2011 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

- 8 -

I.

Die gem. § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend und in der Begründung überzeugend entschieden - worauf zunächst Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG) -, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers gem. Art. 14 Abs. 1 BayUniKlinG vom 23.05.2006 zum 01.06.2006 auf das Klinikum der Ludwig-Maximilians-Universität München als dadurch errichteter rechtsfähiger Anstalt des öffentlichen Rechts des Freistaates Bayern als eigenständiger juristischer Person und neuem Arbeitgeber des Klägers übergegangen ist. Dieses Gesetz verstößt weder gegen einfaches höherrangiges (Bundes-)Recht noch gegen Verfassungsrecht oder gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht.

Im Hinblick auf die Berufungsangriffe wird lediglich ergänzend auf Folgendes hingewiesen:

1. Weder die Klagebefugnis noch ein etwaiges Recht des Klägers zur Erhebung eines „Widerspruchs“ gegen den durch Gesetz angeordneten Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf das Klinikum der Universität München waren verwirkt (der Beklagte scheint in seiner Berufungsbeantwortung offensichtlich, irgendwie, beides geltend machen zu wollen):

Zwar können sowohl die Möglichkeit der Inanspruchnahme materiell-rechtlicher Rechtspositionen durch den Berechtigten als auch die Möglichkeit zu deren gerichtlicher Klärung als eigenständiger Befugnis verwirken (vgl. näher zuletzt etwa BAG, U. v. 25.11.2010, 2 AZR 323/09, NJW 2011, S. 1833 f - Rzn. 20 f, m. w. N. -).

Wie der Beklagte insoweit zu Recht ausgeführt hat, stellt die Verwirkung einen Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) dar. Mit ihr aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ausgeschlossen, Rechte illoyal verspätet geltend zu machen. Ein Recht darf nicht mehr ausgeübt werden, wenn seit der Möglichkeit, es in Anspruch zu nehmen, längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und zusätzlich besondere Umstände gegeben sind, die die verspätete Inanspruchnahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete aus dem Verhalten des Berechtigten bei objektiver Betrachtung entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde; der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten eines Berechtigten in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde (ständ. Rechtsprechung des BAG).

Aufgrund des Zeitabstands zwischen der Überleitung des Arbeitsverhältnisses des Klägers vom Beklagten zum Klinikum der Universität München kraft Gesetzes mit Wirkung vom 01.06.2006 und dem Zeitpunkt der Geltendmachung dieses Umstands durch den Kläger - Klageerhebung Anfang 2011 = etwa 4 ½ Jahre später – mag zwar das Zeitmoment des Verwirkungstatbestands im prozessualen oder auch materiell-rechtlichen Sinne als gegeben angesehen werden. Der Beklagte trägt jedoch auch nicht ansatzweise irgendwelche zusätzlichen Gründe dafür vor, weshalb er – nicht etwa nur das rechtlich selbstständige Universitätsklinikum - annehmen hätte dürfen, dass der Kläger ein Recht zur Geltendmachung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zu ihm bzw. die Erhebung eines Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts Klinikum der Universität München nicht mehr geltend machen werde. Auch begründet der Beklagte mit keinem Wort, weshalb er sich auf das Fehlen einer entsprechenden, prozessualen oder auch materiell-rechtlichen, Geltendmachung eingerichtet gehabt hätte und weshalb ihm nunmehr ein unzumutbarer Nachteil hierdurch entstehen sollte.

2. Das Bayerische Universitätsklinikagesetz vom 23.05.2006 ist wirksam. Es verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

a) Dieses Gesetz verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mit dem vom Kläger angezogenen Beschluss vom 25.01.2011 (1 BvR 1741/09, u. a. in NZA 2011, S. 400 f, bzw. NJW 2011, S. 1427 f) die Regelung unter § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 des Hessischen Landesgesetzes über die Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg vom 16.06.2005 nach näherer Maßgabe der Gründe dieses Beschlusses als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar angesehen - ebenso damit das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 18.12.2008, 8 AZR 692/07, sowie das vorausgegangene Urteil des Hessischen LAG vom 25.07.2007, 2 Sa 641/07 - , wobei der Landesgesetzgeber lediglich zur Neuregelung verpflichtet wurde.

Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass durch den Wechsel in der Person des Arbeitgebers - zunächst durch das Hessische Uniklinikgesetz vom 26.06.2000 über die Errichtung rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts als neuer Rechtsträger der Uniklinika Frankfurt, Gießen und Marburg und sodann durch weiteres Gesetz über die Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg vom 16.06.2005 als neuer Anstalt des öffentlichen Rechts - die dortige Beschwerdeführerin - Krankenschwester und Klinikumsangestellte - in ihrer Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG betroffen gewesen sei, weil dies einen Eingriff in ihr Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes durch Versetzung aus dem Landesdienst in den Dienst des Universitätsklinikums unmittelbar kraft Gesetzes dargestellt habe. Dieser Eingriff lasse sich zugunsten der nicht-wissenschaftlichen Arbeitnehmer nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung der Versetzungs-/Überleitungsbestimmung dieses Gesetzes durch Einräumung eines Widerspruchsrechts entsprechend § 613 a Abs. 6 BGB oder eines Rückkehrrechts kompensieren, da - wie das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 18.12.2008 (8 AZR 692/07) insoweit zutreffend festgestellt habe - eine solche widerspruchsgewährende Auslegung dieser Bestimmungen des Hessischen Uniklinikgesetzes der dort niedergelegten bewussten Entscheidung des Landesgesetzgebers widersprechen würde, was eine verfassungskonforme andere Auslegung ausschließe (vgl. BVerfG, aaO, Rzn. 71 f und 78).

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses durch die entsprechende, ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer ausschließende, Bestimmung des Hessischen Uni-

klinikgesetzes scheitere nicht an der - gegebenen - grundsätzlichen Berechtigung des Landesgesetzgebers, die Universitätsklinik zu privatisieren, als solcher. Weiter sei die Erleichterung der Privatisierung durch Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts mit der Intention der Sicherung der medizinischen Versorgung der Bevölkerung und des Erhalts der Forschung und Lehre in beiden dortigen Uniklinikeinrichtungen zunächst nicht zu beanstanden, da dem durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Schutz der freien Wahl des Vertragspartners mit dem in dieser landesgesetzlichen Bestimmung garantierten Recht zur, auch außerordentlichen, Eigenkündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer hinreichend Rechnung getragen sei.

Allerdings sei diese Beschneidung der Privatautonomie der Arbeitnehmer zur Erleichterung der Privatisierung den Arbeitnehmern deshalb unzumutbar, weil sie diesen ein erhebliches Maß des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes entziehe. Der Gesetzgeber müsse das Grundrecht der Arbeitnehmer auf freie Wahl des Arbeitsplatzes bei einem ohne ihren Willen erfolgenden Arbeitgeberwechsel grundsätzlich schützen, zumindest dann, wenn der Arbeitgeberwechsel unmittelbar kraft Gesetzes von einem öffentlich-rechtlichen zu einem privaten Arbeitgeber führe bzw., wenn es sich lediglich um einen Zwischenschritt zu einer beabsichtigten und klar absehbaren Privatisierung des Arbeitgebers handle - dann stelle die gleichzeitig gesetzlich ausgeschlossene Möglichkeit, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Land geltend machen zu können, eine unverhältnismäßige Beschränkung des durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesses der betroffenen Arbeitnehmer an der Beibehaltung des gewählten Vertragspartners dar. Das Land trete in einem solchen Privatisierungsprozess auch in einer Doppelrolle auf: zum einen als bisheriger Arbeitgeber, zum anderen als Gesetzgeber, der sich unmittelbar durch Gesetz aus der Arbeitgeberstellung löse und sich dadurch den arbeitsvertraglichen Pflichten entziehe, was den aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer aushöhle und gerade durch den Wechsel von einem öffentlich-rechtlichen zu einem privaten Arbeitgeber auch die Berufswahlentscheidung berühre, da dieser bei der Abwägung der typischen Vor- und Nachteile der Beschäftigung in einem öffentlich-rechtlich geprägten Arbeitsverhältnis zugrunde liege (vgl. BVerfG, aaO, Rzn. 90 f).

Hieraus ergibt sich, auf der Hand liegend, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit des Hessischen Uniklinikgesetzes entscheidungserheblich aus

der in diesem Gesetz niedergelegten konkreten Privatisierungsperspektive abgeleitet hat. Das Bundesverfassungsgericht hat dort eindeutig erkennen lassen, dass es anders entschieden hätte, wenn mit der rechtlichen Verselbstständigung der Uniklinika durch Gesetz nur ein Rechtsträgerwechsel innerhalb des öffentlichen Bereichs erfolgt wäre, keine Privatisierung(sperspektive): Bei der Überleitung von Beschäftigten einer Gebietskörperschaft etwa auf eine Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts „darf der Gesetzgeber berücksichtigen, dass dem Arbeitnehmer bei Fortbestand der übrigen arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten nicht nur der Arbeitsplatz erhalten bleibt, sondern er auch weiterhin `im öffentlichen Dienst` beschäftigt bleibt“ (BVerfG, aaO, Rz. 94).

Letzteres - und damit die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit in diesem Sinn - liegt hier vor: Im BayUniKlinG vom 23.05.2006 ist weder unmittelbar noch mittelbar, auch nicht inzident oder subkutan, eine Privatisierungsperspektive enthalten oder angelegt oder nur erkennbar. Die bloße Behauptung des Klägers in seiner Berufungsbegründung, dass „der Beklagte bei Erlass des Bayerischen Universitätsklinikagesetzes ausdrücklich eine Privatisierung angekündigt“ habe und dort bereits „das entsprechende rechtliche Instrumentarium zur Privatisierung eingestellt“ worden sei, bleibt - auch nach dem folgenden Bestreiten des Beklagten hierzu - gänzlich abstrakt und unsubstanziert und damit unachvollziehbar: Weder ist in irgendeiner Weise erkennbar, dass in das BayUniKlinG wenigstens inzident bereits irgendein „Instrumentarium zur Privatisierung“ eingestellt sei – wo ?, wie ? - noch wird die streitige Behauptung der bei Inkrafttreten oder Verabschiedung dieses Gesetzes gegebenen (öffentlichen) Ankündigung einer solchen Intention auch nur ansatzweise näher ausgeführt oder wäre sonst, etwa gerichtsbekannt, gegeben. Es handelt sich damit ersichtlich um Behauptungen ins Blaue hinein.

Andere verfassungsrechtliche Bedenken gegen die materiell-rechtliche oder formelle - etwa die Gesetzgebungsbefugnis des bayerischen Landesgesetzgebers betreffende – Rechtswirksamkeit des BayUniKlinG bestehen nicht.

Es liegt auch kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vor, weil die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Gruppe der nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen sowie die Ausbildungsverhältnisse, anders als die Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen im Beamten- und Angestelltenverhältnis i. S. d. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayHSchG sowie die wissenschaftlichen Mit-

arbeiter und Mitarbeiterinnen, nicht beim Freistaat Bayern verblieben sind (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 4 BayUniKlinG): Wie das Bundesarbeitsgericht in der zit. Entscheidung vom 18.12.2008 (aaO) näher ausgeführt hat, folgt allein aus einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Fallgruppen noch keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG. Die unterschiedliche Behandlung ist sachlich dadurch gerechtfertigt, dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter nach den landesrechtlichen Bestimmungen Mitglieder der Hochschule sind und sich insoweit auf Art. 5 Abs. 3 GG als individuelles Grundrecht berufen können. Auch gewährt der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG keinen weitergehenden Schutz als denjenigen nach Art. 12 Abs. 1 GG (vgl., zur Vermeidung von Wiederholungen, näher wiederum BAG, aaO, Rzn. 66 f, m. w. N. insbesondere zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung).

b) Deshalb kann unter Zugrundelegung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 25.01.2011 (aaO) nicht von der Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Universitätsklinikgesetzes vom 23.05.2006 ausgegangen werden - dieses muss damit nicht etwa im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht bzw. dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof (Art. 92 i. V. m. Art. 65 BV) vorgelegt werden.

3. Es liegt auch kein Verstoß des Bayerischen Universitätsklinikgesetzes gegen einfaches Bundesrecht vor.

a) Dieses - somit als verfassungsgemäß anzusehende - bayerische Gesetz sieht kein Widerspruchsrecht gegen den Übergang der Arbeitsverhältnisse wie in § 613 a Abs. 6 BGB vor. Ein solches Gestaltungsrecht wird dort nicht erwähnt, weshalb angesichts der Anlehnung einzelner Bestimmungen dieses Gesetzes an § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB im Übrigen davon auszugehen ist, dass der Landesgesetzgeber bewusst kein Widerspruchsrecht normieren wollte (vgl. BAG, U. v. 18.12.2008, aaO, Rz. 28, m. w. N.). Ebenso wenig kommt, schon mangels Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke, die Möglichkeit einer analogen Anwendung des Widerspruchsrechts in § 613 a Abs. 6 BGB in Betracht (vgl. BAG, aaO, Rzn. 31 f, m. w. N.).

b) Die damit fehlende Einräumung eines Widerspruchsrechts verstößt nicht gegen § 613 a Abs. 6 BGB als gegenüber dem Landesrecht vorrangiges Bundesrechts (Art. 31 GG).

§ 613 a BGB findet tatbestandlich nur Anwendung bei Vorliegen eines Betriebsübergangs „durch Rechtsgeschäft“. Deshalb sind von dessen Anwendungsbereich Betriebsübergänge, die - wie durch das Bayerische Universitätsklinikagesetzes vom 23.05.2006 (dort Art. 1 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2) - im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unmittelbar kraft Gesetzes erfolgen, ausgenommen (vgl. BAG, aaO, Rzn. 35 f) - was das Bundesverfassungsgericht im angezogenen Beschluss vom 25.01.2011 ausdrücklich als aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden bezeichnet hat.

c) Das Bayerische Universitätsklinikagesetz bezweckt mit der, bewussten, Nichteinräumung eines Widerspruchsrechts entgegen der Ansicht des Klägers auch keine unzulässige „Umgehung“ des § 613 a Abs. 6 BGB - mit welcher Rechtsfolge in diesem Fall auch immer -: Wie das Bundesarbeitsgericht in der zit. Entscheidung vom 18.12.2008 (aaO, Rz. 37) ebenfalls bereits näher ausgeführt hat - worauf wiederum zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird -, enthält § 613 a Abs. 6 BGB keinen über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 613 a BGB hinausgehenden Rechtssatz oder inzidenten Ausschluss einer Betriebsübertragung außerhalb eines Rechtsgeschäfts und damit der gesetzlichen Widerspruchsmöglichkeit gem. § 613 a Abs. 6 BGB.

d) Die einschlägigen Regelungen des Bayerischen Universitätsklinikagesetzes verstoßen auch nicht gegen § 168 UmwG als wiederum vorrangiges Bundesrechts:

Wie das Bundesarbeitsgericht ebenfalls bereits in der zit. Entscheidung vom 18.12.2008 (aaO, Rzn. 40 f) klargestellt hat - dem sich das Landesarbeitsgericht wiederum uneingeschränkt anschließt und hierauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt -, will das Umwandlungsgesetz nicht alle Fälle der Umwandlung regeln und äußert sich zu Umstrukturierungen im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht. Die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit von Ausgliederungen ist nicht im Umwandlungsgesetz geregelt, sondern richtet sich nach dem maßgeblichen Bundes- oder Landesgesetz, was in § 168 UmwG dadurch klargestellt wird, dass einer Ausgliederung im Übrigen das für

den Zusammenschluss „maßgebende Bundes- oder Landesrecht ... nicht entgegenstehen“ dürfe.

e) Damit stehen auch bundesgesetzliche Bestimmungen als höherrangiges Recht oder sonstige Rechtsprinzipien - § 242 BGB - der durch das Bayerische Universitätsklinikagesetz gesetzlich angeordneten Übertragung des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf das Klinikum der Universität München als Anstalt des öffentlichen Rechts nicht entgegen.

4. Die durch das Bayerische Universitätsklinikagesetz unmittelbar angeordnete Überleitung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer, darunter des Klägers, auf das Klinikum der Universität München verstößt auch nicht gegen europäisches Recht, wie der Kläger schließlich geltend macht:

Wie das Bundesarbeitsgerichts im zit. Urteil vom 18.12.2008 (aaO, Rzn. 71 und 72, m. w. N.) ebenfalls bereits ausführlich und überzeugend näher ausgeführt hat - was das Bundesverfassungsgericht im angezogenen Beschluss vom 25.01.2011 (aaO, Rzn. 110 f) als verfassungsrechtlich unbedenklich gewürdigt hat -, ist die Betriebsübergangsrichtlinie (Richtlinie 2001/23/EG) nur auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar (dort Art. 1 Abs. 1 a) - was hier im Falle der landesgesetzlich unmittelbar angeordneten Übertragung nicht der Fall ist. Selbst wenn die Betriebsübergangsrichtlinie auch auf Sachverhalte anzuwenden wäre, bei denen der Betriebs- bzw. Unternehmensübergang durch einen Rechtssatz - Gesetz wie hier - bewirkt wird, würde dies nicht die Einräumung eines Widerspruchsrechts i. S. d. § 613 a Abs. 6 BGB verlangen, wie oben bereits ausgeführt ist. Ein solches Recht zum Widerspruch mit dem Ziel der Herbeiführung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsabgeber wurde auch vom Europäischen Gerichtshof nicht postuliert.

5. Damit kann die Berufung des Klägers keinen Erfolg haben.

III.

Der Kläger hat damit die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen gem. § 72 a ArbGG der Kläger hingewiesen wird, zulassen sollte.

Burger

Dr. Karpa

Brandhuber