

Aktenzeichen: 2 AZR 131/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 23. Oktober 2008
- 2 AZR 131/07 -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 20. September 2005
- 8 Ca 11740/04 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 23. November 2006
- 5 Sa 2267/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Kleinbetriebsklausel - Darlegungslast - Kündigungsfrist -
Zusammenrechnung von Beschäftigungszeiten

Gesetze:

KSchG § 23 Abs. 1; BGB § 622 Abs. 2

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 131/07
5 Sa 2267/05
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Oktober 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

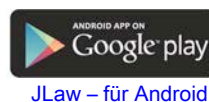
pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht



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



Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Dr. Sieg für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 23. November 2006 - 5 Sa 2267/05 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen und die Dauer der einzuhaltenden Kündigungsfrist. 1

Die 1955 geborene Klägerin war seit dem 1. Juni 1992 in der Rechtsanwaltskanzlei F tätig. Ihr Arbeitsverhältnis ging später auf die Rechtsanwaltskanzlei W C F über. Dort umfasste ihr Tätigkeitsbereich zuletzt die Assistenz für Herrn F. 2

In der Rechtsanwaltskanzlei WCF waren ursprünglich auch die Partner der Beklagten, B, H und S als Rechtsanwälte tätig. Diese beschlossen sich zum 1. September 2003 zu einer neu zu gründenden Rechtsanwaltsgesellschaft in der Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft zusammenzuschließen und schieden zum 31. August 2003 aus der Rechtsanwaltskanzlei WCF aus. Die von ihnen in der Rechtsanwaltskanzlei WCF betreuten Mandanten entschieden sich aufgrund einer durchgeführten Befragung mehrheitlich für eine Fortführung des jeweiligen Mandatsverhältnisses mit der neu zu gründenden Rechtsanwaltsgesellschaft, welche nach außen unter der Bezeichnung „H P“ auftrat. 3

Die Klägerin schied aufgrund eines Aufhebungsvertrags zum 31. August 2003 aus der Rechtsanwaltskanzlei WCF aus und wurde ab 1. September 2003 von „H P“ als Assistentin/Sachbearbeiterin beschäftigt. Ihr 13mal jährlich zu zahlendes Bruttomonatsgehalt betrug 5.810,00 Euro. 4



Grundlage hierfür bildete ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 30. Juni 2003, der ua. folgende Regelung enthält:

„...“

8. Das Arbeitsverhältnis ist mit einer Frist von 3 Monaten zum Quartalsende **kündbar**. Im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers findet der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes unabhängig von der Anzahl der bei „H P“ regelmäßig Beschäftigten Anwendung.

...“

Neben der Klägerin nahmen am 1. September 2003 noch drei weitere, zuvor in der Rechtsanwaltskanzlei WCF beschäftigte Arbeitnehmerinnen eine Tätigkeit bei „H P“ auf. F bezog zum 1. September 2003 in den Räumlichkeiten von „H P“ ein Büro und übte dort zunächst eine eigene freiberufliche Tätigkeit aus.

In der Zeit vom 1. September 2003 bis in das Jahr 2005 waren bei „H P“ außer der Klägerin folgende Arbeitnehmer beschäftigt:

Name	Eintritt	Austritt	Umfang
Hi	01.09.2003	-	Vollzeit
M	01.09.2003	-	Vollzeit
D	01.09.2003	31.12.2003	Vollzeit
P	01.12.2003	31.12.2004	Vollzeit
Sc	01.07.2004	30.09.2005	Vollzeit
He	01.01.2004	-	Vollzeit
C	15.07.2004	-	Vollzeit
G	01.01.2004	31.03.2004	Vollzeit
N	01.01.2005/ 01.02.2005	-	Vollzeit
O	01.03.2004	-	Teilzeit (20 Wochenstunden)
R	01.09.2003	31.03.2005	Teilzeit (nicht mehr als 20 Wochenstunden)
Pa	01.01.2004	31.12.2004	Teilzeit (nicht mehr als 20 Wochenstunden)
Ba	01.06.2005	-	Vollzeit



Die Beschäftigung weiterer Personen als Arbeitnehmer ist streitig.

7

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2004 und vom 28. Dezember 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. März 2005. Mit weiteren Schreiben vom 11. April 2005 und 8. September 2005 kündigte sie das Arbeitsverhältnis vorsorglich fristlos. Jeweils zeitgleich wurde das Arbeitsverhältnis ordentlich bzw. außerordentlich auch durch „Rechtsanwälte H P“ sowie jeweils einzeln durch die Rechtsanwälte B, H und S gekündigt.

8

Die Klägerin hat sich mit ihrer sowohl gegen die Beklagte als auch gegen „Rechtsanwälte H P“ sowie jeweils einzeln gegen die Rechtsanwälte B, H und S gerichteten Kündigungsschutzklage gegen die ordentlichen Kündigungen vom 10. Dezember 2004 und 28. Dezember 2004 gewandt. Die außerordentlichen Kündigungen hat sie in einem getrennt geführten Rechtsstreit angegriffen. Sie hat - soweit noch von Interesse - geltend gemacht: Die Kündigungen seien nach § 1 KSchG unwirksam. Im Betrieb der Beklagten seien zuletzt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt worden. Jedenfalls seien am 31. Dezember 2003 und auch später, unter Berücksichtigung erfolgter Ersatzeinstellungen, regelmäßig mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Neben den unstreitig beschäftigten Arbeitnehmern seien auch „scheinselbstständige“ Mitarbeiterinnen, beispielsweise die bereits ab 1. September 2003 bis zu ihrer Festanstellung im Juni 2005 zeitweise tätige Sekretärin Ba sowie die vom 1. September 2003 bis 31. Dezember 2003 zeitweise tätige Mitarbeiterin Ge beschäftigt worden. Unabhängig davon sei das Kündigungsschutzgesetz aufgrund der Regelung zu Nr. 8 des Arbeitsvertrags anzuwenden. Die vertragliche Abrede habe dazu gedient, der Klägerin für den Fall ihres Ausscheidens aus betrieblichen Gründen eine durch F persönlich zugesagte Abfindung für die in der Rechtsanwaltskanzlei WCF geleisteten Dienstjahre zu sichern. Diese Zusage dürfe nicht durch vorgeschobene Gründe unterlaufen werden. Eine „betriebsbedingte“ Kündigung im Sinne der getroffenen Vereinbarung liege bereits dann vor, wenn es an nachvollziehbaren Gründen im verhaltens- oder personenbedingten Bereich, wie hier, fehle. Im Übrigen sei die Kündigungsfrist nicht eingehalten. Aufgrund eines Teilbetriebsübergangs sei von einer Betriebszugehörigkeit seit dem 1. Juni 1992 auszu-

9



gehen. Die Beklagte führe die bei der Rechtsanwaltskanzlei WCF gebildete Abteilung „Private Clients“ als identische wirtschaftliche Einheit in Form eines Gemeinschaftsbetriebs mit F fort. Anhaltspunkt hierfür sei die geschaffene gemeinsame Bürostruktur mit flexiblem Arbeitseinsatz aller Beschäftigten; die Klägerin sei nämlich sowohl für die Rechtsanwältin B als auch für Rechtsanwalt F tätig geworden. Am Standort Fr der Rechtsanwaltskanzlei WCF sei im Bereich „Private Clients“ nur noch eine „Associate“ tätig. Im Übrigen stelle jeder einzelne Rechtsanwalt einer Anwaltskanzlei mit den von ihm betreuten Mandaten einen übergangsfähigen Betriebsteil dar.

Die Klägerin hat - soweit noch von Bedeutung - beantragt

10

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 10. Dezember 2004 noch durch die Kündigung vom 28. Dezember 2004 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags die Auffassung vertreten: Weder die gesetzlichen noch die vertraglichen Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes lägen vor. Die gesetzlich erforderliche Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer sei nicht erreicht. Die von der Klägerin als „scheinselbständig“ bezeichneten Personen seien keine Arbeitnehmer der Beklagten. Frau Ba sei vor ihrer Festanstellung als selbständige Sekretärin in verschiedenen Unternehmen tätig gewesen. Sie habe stets nach Zeitaufwand unter Ausweisung der Umsatzsteuer abgerechnet. Eine betriebsbedingte Kündigung iSv. Nr. 8 des Arbeitsvertrags liege nicht vor. Die Kündigung sei vielmehr nach Abmahnung vom 19. Juni 2004 wegen nachhaltiger Störung des Betriebsfriedens und eines von der Klägerin gezeigten respektlosen Verhaltens gegenüber Mitarbeitern der Beklagten und den Rechtsanwälten B und S als Vorgesetzte ausgesprochen worden. Ein Teilbetriebsübergang habe nicht stattgefunden.

11

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Nach erfolgter Klarstellung, dass jedenfalls im Zeitpunkt

12



des Kündigungsausspruchs die Partnerschaftsgesellschaft Arbeitgeberin der Klägerin war, hat die Klägerin die Revision bezüglich der „Rechtsanwälte H P“ und der Rechtsanwälte B, H und S in deren erklärtem Einverständnis zurückgenommen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Kündigungsschutzbegehren nur noch gegen die Partnerschaftsgesellschaft weiter. Einen zunächst erhobenen Weiterbeschäftigungsantrag hat sie zuletzt nicht mehr aufrecht erhalten.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

13

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die ordentliche Kündigung vom 10. Dezember 2004 sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt unwirksam. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung seien bei der Beklagten nicht mehr als fünf Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 3 KSchG beschäftigt gewesen, deren Arbeitsverhältnis bereits am 31. Dezember 2003 begründet gewesen sei. Zu den insoweit insgesamt 4,5 berücksichtigungsfähigen Arbeitnehmern zählten die vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmerinnen Hi, M, P und die Klägerin sowie die teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin R. Die Arbeitnehmer D, G, Sc, He, C, N, O und Pa blieben außer Betracht. Sie seien entweder erst nach dem 31. Dezember 2003 eingestellt worden oder seien bereits vor dem Zugang der Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Frau Ba und Frau Ge seien nicht zu berücksichtigen. Die Klägerin selbst habe diese Mitarbeiterinnen als „scheinselbstständig“ bezeichnet und angemerkt, sie seien auch bei der Rechtsanwaltskanzlei WCF tätig. Nachdem die Beklagte bestritten habe, dass es sich bei den genannten Personen um Arbeitnehmer der Beklagten gehandelt habe, hätte die Klägerin näher vortragen müssen, inwieweit die Selbständigkeit dieser Personen nur „zum Schein“ bestanden habe. Die Beklagte habe am 10. Dezember 2004 auch nicht mehr als zehn Arbeitnehmer sondern lediglich 8,5 Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG beschäftigt. Es handele sich

14



um die vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer Hi, M, P, Sc, He, C und die Klägerin sowie die teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer O, R und Pa. Voraussetzung für das Eingreifen des vertraglich vereinbarten Kündigungsschutzes sei der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung. Daran fehle es. Das Bestreiten der von der Beklagten im Einzelnen vorgetragenen verhaltensbedingten Gründe reiche nicht aus. Die Kündigungsfrist sei gewahrt. Die Rechtsanwälte B, H und S hätten weder als Einzelanwälte noch in ihrer Gesamtheit einen Betriebsteil der Rechtsanwaltskanzlei WCF ausgemacht. Welchen Teilzweck sie dort erfüllt hätten, sei nicht erkennbar und ergebe sich auch nicht aus dem Schlagwort „Private Clients“. So sei die Rechtsanwältin B steuerrechtlich orientiert und Rechtsanwalt H überwiegend mit Notariatsangelegenheiten befasst gewesen. Im Übrigen mache die Person eines einzelnen Rechtsanwalts noch keine „organisatorische Einheit“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsübergang aus.

B. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung in vollem Umfang stand. 15

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die ordentliche Kündigung vom 10. Dezember 2004 mit Ablauf des 31. März 2005 aufgelöst worden. 16

I. Einer Überprüfung der Kündigung vom 10. Dezember 2004 steht nicht entgegen, dass die gegen die fristlose Kündigung vom 11. April 2005 erhobene Kündigungsschutzklage der Klägerin durch das inzwischen rechtskräftige Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 23. November 2006 (5 Sa 2268/05) abgewiesen worden ist. Da der Termin der fristlosen Kündigung nach dem in den ordentlichen Kündigungen vom 10. Dezember 2004 und 28. Dezember 2004 bestimmten Kündigungstermin zum 31. März 2005 liegt, fehlt der im Streitfall erhobenen Kündigungsschutzklage das Rechtsschutzinteresse nicht. Gegenstand der vorliegenden Kündigungsschutzklage ist allein die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien zu dem in der angegriffenen Kündigung bestimmten Termin (*sog. punktueller Streitgegenstandsbegriff*, vgl. bspw. Senat 12. Mai 2005 - 2 AZR 426/04 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 53 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 70 mwN). 17



Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Landesarbeitsgericht die gegen die fristlose Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage mit der Begründung abgewiesen hat, das Arbeitsverhältnis sei bereits durch die vorausgehende ordentliche Kündigung vom 10. Dezember 2004 mit Ablauf des 31. März 2005 beendet worden. Mit einer klageabweisenden Entscheidung im Kündigungsrechtsstreit steht lediglich mit Rechtskraftwirkung fest, dass über den durch die im Streit stehende Kündigung bestimmten Zeitpunkt hinaus kein Arbeitsverhältnis besteht. Die jeweilige Begründung einschließlich der Beurteilung der Vorfrage, ob das Arbeitsverhältnis durch eine frühere Kündigung zu einem davor liegenden Zeitpunkt aufgelöst worden ist, nimmt an der Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Urteils im Kündigungsschutzprozess nicht teil (s. auch BAG 15. Januar 1991 - 1 AZR 96/90 -; KR/Friedrich 8. Aufl. § 4 KSchG Rn. 252; allgemein zur Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Urteils MünchKommZPO/Gottwald 3. Aufl. § 322 Rn. 101 mwN).

18

II. Die Beklagte war im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen vom 10. Dezember 2004 und vom 28. Dezember 2004 Arbeitgeberin der Klägerin. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Partnerschaftsgesellschaft nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe vom 25. Juli 1994, BGBl. I S. 1744). Gemäß § 7 Abs. 2 PartGG iVm. § 124 HGB kann die Partnerschaftsgesellschaft unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie vor Gericht klagen und verklagt werden. Sie ist daher richtige Partei der erhobenen Kündigungsschutzklage (vgl. Senat 1. März 2007 - 2 AZR 525/05 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 76).

19

III. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes nach § 23 Abs. 1 KSchG nicht vorliegen und die Kündigung damit nicht kraft Gesetzes auf ihre soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG zu überprüfen ist. Die gemäß § 23 Abs. 1 KSchG maßgeblichen Schwellenwerte wurden nicht erreicht.

20

1. Der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes findet nach § 23 Abs. 1 KSchG nur Anwendung, wenn im Betrieb zum Kündigungszeitpunkt in

21



der Regel entweder mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind, oder aber mehr als fünf „Alt-Arbeitnehmer“, die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. Diese „gespaltene“ Anwendung des Kündigungsschutzes im Kleinbetrieb folgt aus dem Zusammenwirken der Regelungen von § 23 Abs. 1 Satz 2 und § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG (vgl. im Einzelnen Senat 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - BAGE 119, 343, 346 ff. mwN).

2. Bei der Klägerin handelt es sich um eine „Alt-Arbeitnehmerin“, da ihr Arbeitsverhältnis bereits am 31. Dezember 2003 bestanden hat. Für die Anwendung des abgesenkten Schwellenwerts nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entscheidend, ob für die am 31. Dezember 2003 beschäftigten Arbeitnehmer persönlich der Kündigungsschutz einschlägig ist, also zu diesem Zeitpunkt bereits die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt war (vgl. APS/Moll 3. Aufl. § 23 KSchG Rn. 32a; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 23 Rn. 29; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 23 Rn. 17; KR/Weigand 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 33b; Bader NZA 2004, 65, 67; Löwisch BB 2004, 154, 161; Quecke RdA 2004, 86, 103). Dies folgt auch aus dem Zusammenspiel von § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG und § 23 Abs. 1 Satz 3 1. Halbsatz KSchG (Bader aaO; Löwisch aaO). Das Kündigungsschutzgesetz gilt für die am 31. Dezember 2003 beschäftigten Arbeitnehmer unverändert (Senat 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - BAGE 119, 343, 346). Maßgeblich für den abgesenkten Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG und den hiernach gewährleisteten Bestandsschutz ist der am Stichtag 31. Dezember 2003 bestehende „virtuelle“ Altbetrieb mit seiner im Kündigungszeitpunkt noch vorhandenen Belegschaftsstärke (vgl. Senat 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - BAGE 119, 343, 346 f.).

3. Allerdings zählen bei der Berechnung des abgesenkten Schwellenwerts des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nur die „Alt-Arbeitnehmer“, die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. Diejenigen Arbeitsverhältnisse, die nach dem 31. Dezember 2003 begründet wurden, werden nicht berücksichtigt. Dies gilt auch dann, wenn für ausgeschiedene „Alt-Arbeitnehmer“ andere Arbeitnehmer eingestellt worden sind. Derartige Ersatz-

22

23



einstellungen sind für die Berechnung des abgesenkten Schwellenwerts unbeachtlich. Dies hat der Senat bereits in seinem den Parteien bekannten Urteil vom 21. September 2006 (- 2 AZR 840/05 - BAGE 119, 343) entschieden und das gefundene Ergebnis sowohl aus dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 3 2. Halbsatz KSchG, als auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuregelung hergeleitet. Die Rechtsprechung des Senats zur Behandlung von Neueinstellungen im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat im Übrigen in der Literatur weithin Zustimmung gefunden (*KR/Weigand 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 33b; Hergenröder EWiR 2007, 345; Insam/Zöll DB 2007, 694; Niklas NZA 2006, 1395; Zundel NJW 2006, 3467, 3469*).

4. Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei auf den Streitfall angewandt. 24

a) Am 31. Dezember 2003 waren unstreitig bei der Beklagten die Arbeitnehmerinnen Hi, M, D, P, R sowie die Klägerin beschäftigt. Die Arbeitnehmerin D ist bereits am 31. Dezember 2003 ausgeschieden. Auf die ab dem 1. Januar 2004 vorgenommenen Neueinstellungen kommt es nicht an. Da die unstreitig mit nicht mehr als 20 Wochenstunden teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin R gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG nur mit 0,5 zu berücksichtigen ist, waren zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung lediglich noch 4,5 berücksichtigungsfähige „Alt-Arbeitnehmer“ im Betrieb beschäftigt. 25

b) Der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist auch nicht deshalb überschritten, weil die bereits vor dem 31. Dezember 2003 im Betrieb der Beklagten zu Aushilfszwecken tätigen Mitarbeiterinnen, die die Klägerin als „Scheinselbständige“ bezeichnet hat, als Arbeitnehmer der Beklagten zu berücksichtigen gewesen wären. Die Klägerin hat sich in der Revision allein noch darauf berufen, das Landesarbeitsgericht habe aus rechtlich nicht haltbaren Erwägungen die Mitarbeiterinnen Ba und Ge nicht berücksichtigt. Einen Rechtsfehler hat die Klägerin damit jedoch nicht aufgezeigt. 26



- aa) Die Mitarbeiterin Ge wäre selbst dann nicht bei der Feststellung der Zahl der am 10. Dezember 2004 beschäftigten „Alt-Arbeitnehmer“ mitzuzählen, wenn es sich tatsächlich um eine Arbeitnehmerin der Beklagten gehandelt hätte. Sie war nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin lediglich bis zum 31. Dezember 2003 bei „H P“ tätig. 27
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat unter Berücksichtigung des wechselseitigen Vorbringens der Parteien auch die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin zur Beurteilung der Tätigkeit der bis zum 1. Juni 2005 lediglich zeitweise beschäftigten Mitarbeiterin Ba nicht überspannt. 28
- (1) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats zu § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in § 23 Abs. 1 KSchG geregelten betrieblichen Geltungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes (*vgl. etwa 9. September 1982 - 2 AZR 253/80 - BAGE 40, 145, 156; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23; 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 34 = EzA KSchG § 23 Nr. 28; zuletzt: 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - EzA KSchG § 23 Nr. 32*). § 23 KSchG beschreibt eine Anspruchsvoraussetzung. Der Arbeitnehmer kann nur bei Überschreitung des Schwellenwerts die fehlende soziale Rechtfertigung geltend machen. Auch hat der Gesetzgeber den Wortlaut des § 23 KSchG trotz verschiedентlicher Neuregelungen im hier maßgeblichen Punkt unverändert gelassen, obwohl ihm die seit Jahrzehnten bestehende bisherige Rechtsprechung bekannt war. Schließlich verlangt der Gesichtspunkt der Sachnähe des Arbeitgebers, was die grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast anbelangt, kein anderes Ergebnis (*vgl. im Einzelnen Senat 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - aaO*). 29
- (2) Der Senat hat zugleich deutlich gemacht, dass etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen ist. Es ist darauf zu achten, dass an die Erfüllung der Darlegungslast durch den Arbeitnehmer keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (*vgl. Senat 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - EzA KSchG § 23 Nr. 32*). Insbesondere muss sich der Stellenwert der 30



Grundrechte in der Darlegungs- und Beweislastverteilung widerspiegeln (s. auch BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169, 179; Senat 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23). Dies gilt umso mehr, als der Arbeitgeber aufgrund seiner Sachnähe ohne Weiteres substantiierte Angaben zum Umfang und zur Struktur der Mitarbeiterschaft und ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarungen machen kann. Dementsprechend dürfen vom Arbeitnehmer keine Darlegungen verlangt werden, die er mangels eigener Kenntnismöglichkeit nicht erbringen kann. Der Arbeitnehmer genügt deshalb regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er - entsprechend seiner Kenntnismöglichkeiten - die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und die ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Der Arbeitgeber muss dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen die Darlegungen des Arbeitnehmers sprechen (Senat 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - und 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - beide aaO; zuletzt: 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - aaO). Bei einer entsprechenden Handhabung des Verfahrensrechts ist hinreichend sichergestellt, dass der durch die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes gewährleistete Sozialschutz nicht leer läuft. Entgegen der Auffassung der Revision verlangt Art. 30 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2000 C 364/15), wonach jeder Arbeitnehmer nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigten Entlassungen hat - ungeachtet der Frage derzeitigen rechtlichen Wirkungen der Grundrechtscharta (vgl. dazu ErfK/Dieterich 9. Aufl. Einl. GG Rn. 115) -, keine abweichende Bewertung.

(3) Auch unter Beachtung dieser Anforderungen an die Behauptungslast der Klägerin ist indes die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe ihrer Verpflichtung zur Darlegung der Arbeitnehmereigenschaft der Mitarbeiterin Ba nicht genügt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 31

Die Klägerin hat zur Tätigkeit der Frau Ba vorgetragen, es sei den Partnern der Beklagten nach der Kündigung des mit der Klägerin bestehenden 32



Arbeitsverhältnisses gelungen, die seit vielen Jahren - zuletzt noch im April/Mai 2005 - in der Rechtsanwaltskanzlei WCF tätige freiberufliche Sekretärin Ba „abzuwerben“ und seit dem 1. Juni 2005 als Ersatz für die Klägerin einzustellen. Als freiberufliche Mitarbeiterin sei Frau Ba ua. bei der Kanzleieröffnung eingesetzt worden. Außerdem habe sie die Klägerin und andere Mitarbeiter mehrfach bei Urlaub und sonstiger Abwesenheit vertreten, insbesondere in den Zeiten vom 22. September bis 10. Oktober 2003, von Mitte Januar bis Ende Februar 2004, vom 17. bis 31. Mai 2004, vom 6. bis 24. September 2004 und vom 4. bis 22. Oktober 2004. Die Ausführungen der Beklagten, wonach Frau Ba bis zum 31. Mai 2005 Dienste für verschiedene Unternehmen aus unterschiedlichen Bereichen, nämlich der Steuerberatung/Wirtschaftsprüfung, Handwerk, Architektur/Immobilien und Rechtsanwaltskanzleien erbracht und ihre Tätigkeit gegenüber der Beklagten nach Zeitaufwand unter Ausweis der Umsatzsteuer abgerechnet habe, hat die Klägerin nicht bestritten. Sie ist diesen lediglich mit dem Einwand entgegengetreten, sie könne aus eigener Kenntnis keinerlei Aussagen zum Status von im Betrieb tätigen Personen machen. Darin liegt aber keine hinreichende Auseinandersetzung mit den von der Beklagten vorgetragenen Tatsachen, insbesondere mit dem Vorbringen bzgl. der nur aus-hilfsweisen Beschäftigung der Mitarbeiterin Ba und den eine Selbständigkeit indizierenden Angaben zur Vergütung nach Rechnungsstellung, Abführung von Umsatzsteuer und ihres Tätigwerdens für mehrere Auftraggeber. Hinzu kommt, dass die Klägerin selbst die Tätigkeit der Frau Ba als „freiberuflich“ bezeichnet und sie nicht bestritten hat, dass Frau Ba jedenfalls bis zum 1. Juni 2005 ihre Dienste im Rahmen einer von ihr gewollten Selbständigkeit am Markt angeboten hat. Wenn das Landesarbeitsgericht deshalb davon ausgegangen ist, die Klägerin hätte nähere Angaben dazu machen müssen, inwieweit die Selbständigkeit der Frau Ba nur zum „Schein“ bestehe, hat es die Anforderungen an die Substantiierungslast der Klägerin nicht überspannt und seinen ihm zukommenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraum nicht verletzt. Dass die Klägerin im Rahmen ihrer Kenntnismöglichkeiten überhaupt nicht in der Lage gewesen wäre, die äußeren Umstände der Tätigkeit von Frau Ba bei der Beklagten - etwa bei Abwesenheit anderer Mitarbeiter - näher zu



beschreiben, hat sie selbst nicht behauptet. Diese Umstände liegen jedenfalls nicht ohne Weiteres auf der Hand.

cc) Danach kann der Senat es dahinstehen lassen, ob Frau Ba überhaupt regelmäßig beschäftigt war, da sie nur aus Anlass eines vermehrten Arbeitsanfalls (Kanzleieröffnung) bzw. zur Vertretung von Stammpersonal eingesetzt wurde. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergeben sich insoweit keine Anhaltspunkte für eine im Betrieb der Beklagten sechs Monate im Kalenderjahr überschreitende Tätigkeit (vgl. dazu nur BAG 12. Oktober 1976 - 1 ABR 1/76 - BAGE 28, 203, 211; 16. November 2004 - 1 AZR 642/03 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 58 = EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 2; APS/Moll 3. Aufl. § 23 KSchG Rn. 29b; KR/Weigand 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 39).

33

c) Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, wonach im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 10. Dezember 2004 bei der Beklagten nicht mehr als zehn Arbeitnehmer iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG, sondern lediglich 8,5 Arbeitnehmer beschäftigt waren, greift die Revision nicht an. Rechtsfehler sind auch insoweit nicht zu erkennen.

34

IV. Entgegen der Auffassung der Revision führt die unter Nr. 8 des Arbeitsvertrags getroffene Vereinbarung nicht dazu, die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes unabhängig von der Anzahl der bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer anzuwenden.

35

1. Die umstrittene Regelung zu Nr. 8 des Arbeitsvertrags wurde nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auf Wunsch der Klägerin in den Arbeitsvertrag aufgenommen. Es ist zudem unstreitig, dass die Formulierung auf einem Entwurf der Klägerin beruht. Die Auslegung der vorliegenden, individuellen und damit atypischen Vertragsabrede ist grundsätzlich Sache des Tatsachengerichts und in der Revision nur in Grenzen nachprüfbar. Der Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt allein, ob die Rechtsvorschriften über die Auslegung, §§ 133, 157 BGB, richtig angewandt worden sind, ob der Tatsachenstoff vollständig verwertet worden oder dabei gegen Denkgesetze

36



und Erfahrungssätze verstoßen wurde (*st. Rspr. BAG 21. November 2002 - 6 AZR 77/01 - EzA BGB 2002 § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 2; 26. Mai 1992 - 9 AZR 27/91 - AP HGB § 74 Nr. 63 = EzA HGB § 74 Nr. 54*) oder eine gebotene Auslegung unterlassen worden ist (*BAG 18. Februar 1992 - 9 AZR 611/90 - AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 115 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 98*).

2. Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand. Ein revisibler Auslegungsfehler liegt nicht vor. 37

a) Das Landesarbeitsgericht hat sich am Wortlaut der Vereinbarung orientiert und ausgeführt, Voraussetzung für das Eingreifen der für die Klägerin günstigen Regelung sei eine betriebsbedingte Kündigung. Für ein hiervon abweichendes Verständnis ergäben sich nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts aus dem Vertragstext keine Anhaltspunkte. Es hat damit zugleich die von der Klägerin befürwortete Auslegung verneint, wonach von einer „betriebsbedingten Kündigung“ bereits dann auszugehen sein soll, wenn vom Arbeitgeber vorgebrachte personen- oder verhaltensbedingte Gründe nicht vorliegen. 38

b) Die Auslegung ist nicht zu beanstanden. Der Wortlaut der Regelung ist hinreichend klar. Er stellt für das Eingreifen des Kündigungsschutzes nach dem Ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes auf das Vorliegen einer „betriebsbedingten“ Kündigung ab. Die mit der Regelung verbundenen Interessen beider Vertragsparteien stehen dem nicht entgegen. Die von der Klägerin angeführte, gewollte Verstärkung ihrer kündigungsrechtlichen Stellung ist nicht zu verkennen. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass sich die Rechtsanwälte B, H und S nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen „vehement geweigert“ hatten, eine den Vorstellungen der Klägerin entsprechende umfassende „soziale Besitzstandswahrung“ in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Wollte man, wovon die Klägerin ausgeht, eine „betriebsbedingte Kündigung“ im vertraglich gemeinten Sinne bereits dann annehmen, wenn der Arbeitgeber „andere berechtigte Gründe“ im Sinne von verhaltens- oder personenbedingten Gründen nicht nachvollziehbar vorträgt, liefe dies im Ergebnis darauf hinaus, die vom Arbeitgeber geltend gemachten 39



Kündigungsgründe einer rechtlichen Überprüfung hinsichtlich ihrer Tragfähigkeit zu unterziehen. Dies wäre mit dem unstreitig erklärten Willen von „H P“ als vertragsschließender Partei kaum vereinbar. Auch der von der Klägerin in den Vorinstanzen behauptete, allerdings umstrittene Zweck der Vereinbarung, einen ihr durch F im Fall ihres Ausscheidens aufgrund betriebsbedingter Gründe zugesagten Abfindungsanspruch zu sichern, spricht - als wahr unterstellt - nicht gegen das gefundene Ergebnis, sondern eher für eine strikt am Wortlaut orientierte Auslegung.

c) Zu Unrecht meint die Revision, die Vereinbarung sei mit dem gefundenen Auslegungsergebnis inhaltsleer und könne denkgesetzlich keinen Bestand haben. 40

Die Klägerin macht selbst geltend, sie habe vor willkürlichen und „betriebsbedingt motivierten Kündigungen“ geschützt sein sollen. Der von Verfassungs wegen gebotene Schutz vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen wird außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) vermittelt (vgl. Senat 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92, 96 f.). Im Hinblick hierauf bedurfte es keiner besonderen, vertraglichen Vereinbarung. Der Verweis auf die Regelungen des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes unter Nr. 8 des Arbeitsvertrags war geeignet, die kündigungsrechtliche Position der Klägerin bei einer auf „betriebsbedingte“ Gründe gestützten Kündigung, insbesondere im Hinblick auf eine dann vorzunehmende soziale Auswahl, zu verstärken. 41

d) Nicht zu übersehen ist, dass das gefundene Auslegungsergebnis zu Beweiswierigkeiten auf Seiten der Klägerin führt, da sie nach allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der für sie günstigen Tatsache einer auf betriebsbedingte Gründe gestützten Kündigung trägt. Dies ist jedoch zum einen der von der Klägerin selbst gewählten Formulierung geschuldet. Zum anderen kann möglichen Schwierigkeiten im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast hinreichend Rechnung getragen werden. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, die 42



Klägerin habe Indizien für einen durch betriebsbedingte Gründe motivierten Kündigungsentschluss nicht vorgetragen, wird von der Revision nicht angegriffen. Eine Verfahrensrüge liegt insoweit nicht vor. Soweit sich die Klägerin in der Revision erstmals auf eine Verschlechterung des „Geschäfts der Beklagten“ beruft, kann dies als neuer Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung mehr finden.

V. Außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes liegende Gründe, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnten, hat die Klägerin weder geltend gemacht, noch sind derartige Unwirksamkeitsgründe unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien ersichtlich. 43

VI. Die Kündigung vom 10. Dezember 2004 hat das Arbeitsverhältnis auch fristgerecht zum 31. März 2005 beendet. 44

1. Die Kündigung wahrt die zwischen den Parteien unter Nr. 8 des Arbeitsvertrags vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. 45

2. Eine unzulässige Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB liegt nicht vor. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin hat in dem Betrieb oder Unternehmen der Beklagten im Kündigungszeitpunkt noch nicht einmal zwei Jahre bestanden. 46

Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass die Beschäftigungszeiten der Klägerin bei der Rechtsanwaltskanzlei F und der Rechtsanwaltskanzlei WCF bei der Berechnung der gesetzlichen Kündigungsfrist keine Berücksichtigung finden können. 47

a) Eine Zusammenrechnung von Beschäftigungszeiten im Anwendungsbereich des § 622 Abs. 2 BGB erfolgt entsprechend den Grundsätzen der Rechtsprechung des Senats zur Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG. Danach sind Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen, wenn ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen besteht (*Senat 18. September 2003 - 2 AZR 330/02 - AP BGB § 622 Nr. 62 = EzA BGB 2002 § 622 Nr. 2 mwN*). Bei einem Betriebsübergang findet eine 48



Anrechnung von Beschäftigungszeiten wegen des mit § 613a BGB verbundenen Schutzzwecks statt (*vgl. Senat 18. September 2003 - 2 AZR 330/02 - aaO; 27. Juni 2002 - 2 AZR 270/01 - BAGE 102, 58*).

b) Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Eine Einheit darf allerdings nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität der Einheit ergibt sich auch aus den anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (*st. Rspr. BAG im Anschluss an EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Süzen] EuGHE I 1997, 1259; 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20, 28; 27. Oktober 2005 - 8 AZR 45/05 - AP BGB § 613a Nr. 293 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 43*). In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung ihrer Identität ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen Auftragnehmer (Funktionsnachfolger) keinen Betriebsübergang dar (*vgl. BAG*

49

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



27. Oktober 2005 - 8 AZR 45/05 - aaO; EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler] EuGHE I 2003, 14023).

c) Dies gilt auch für den Teilbetriebsübergang. Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit erforderlich (BAG 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - EzA BGB § 613a Nr. 209; 27. Oktober 2005 - 8 AZR 45/05 - AP BGB § 613a Nr. 293 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 43). Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten, also beim Veräußerer organisatorisch verselbständigt waren (vgl. bspw. BAG 11. Dezember 1997 - 8 AZR 729/96 - BAGE 87, 303, 305 f.; 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210; 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - aaO; 27. Oktober 2005 - 8 AZR 45/05 - aaO). Ein Betriebsteil geht damit nur dann über, wenn dessen sächliche oder immaterielle Betriebsmittel übertragen werden oder der nach der Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des dort beschäftigten Personals weiter beschäftigt wird.

50

d) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen eines Teilbetriebsübergangs bereits deshalb verneint hat, weil es an der Übertragung einer übergangsfähigen, in der Rechtsanwaltskanzlei WCF organisatorisch verselbständigten Einheit fehlt.

51

aa) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe nicht dargetan, dass es sich bei der von ihr bezeichneten Abteilung „Private Clients“ der Rechtsanwaltskanzlei WCF um einen Betriebsteil gehandelt habe, wird von der Revision nicht mehr angegriffen. Sie lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, dass aus

52



den Ausführungen der Klägerin nicht ersichtlich wird, welcher abgrenzbare Teilzweck im Rahmen des betrieblichen Gesamtzwecks der Rechtsanwaltskanzlei WCF durch die vermeintliche Einheit „Private Clients“ verfolgt worden sein soll. Die Klägerin hat keine Tatsachen oder Indizien vorgetragen, aus denen sich Anknüpfungspunkte für identitätsstiftende Merkmale eines möglichen Betriebsteils „Private Clients“ ergeben könnten. Angesichts des Fehlens derartiger Angaben konnten auch keine Feststellungen dazu getroffen werden, ob unter Berücksichtigung der Beschäftigung einzelner, zuvor bei der Rechtsanwaltskanzlei WCF tätiger Mitarbeiterinnen von einer Weiterbeschäftigung des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des in der von der Klägerin bezeichneten Organisationseinheit beschäftigten Personals auszugehen wäre.

bb) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Landesarbeitsgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass bereits jeder einzelne Anwalt allein im Zusammenhang mit den von ihm betreuten Klienten eine organisatorische Einheit im Sinne der Rechtsprechung zu § 613a BGB darstelle und die „Mitnahme“ der Mandanten und der diesbezüglich zugeordneten Akten und Daten bei einer Weiterführung der „eigenen“ Kanzlei einen Betriebsteilübergang begründe. Die unmittelbare Fortführung einer dienstleistungsbezogenen Tätigkeit, bei der es auf sächliche Mittel und Kapitalausstattung, Personal oder Ähnliches nicht ankomme, sei ein Betriebsteilübergang.

53

Dieser Ansatz widerspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach dem innerhalb einer Anwaltssozietät das Mandatsverhältnis in der Regel nicht allein mit dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt, sondern mit allen, der Sozietät angehörenden Anwälten (vgl. BGH 6. Juli 1971 - VI ZR 94/69 - BGHZ 56, 355, 358 ff.; 5. November 1993 - V ZR 1/93 - BGHZ 124, 47, 48) bzw., soweit die Sozietät als (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Rechtsverkehr teilnimmt und das Mandatsverhältnis begründet, unmittelbar mit dieser besteht (vgl. auch BGH 17. September 2008 - IV ZR 343/07 - FamRZ 2009, 37).

54

Hinzu kommt, dass im Streitfall schon nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin sowohl Rechtsanwältin B als auch Rechtsanwalt S während ihrer

55



Tätigkeit in der Rechtsanwaltskanzlei WCF keine Mandatsträger, sondern als angestellte Rechtsanwälte lediglich „Zuarbeiter“ waren. Jedenfalls bei Beachtung dieses Umstands lässt sich auch aus der Betreuung bestimmter Mandate in der Rechtsanwaltskanzlei WCF durch die späteren Partner der Beklagten kein Anknüpfungspunkt dafür entnehmen, der Arbeitsbereich der Partner der Beklagten in der Rechtsanwaltskanzlei WCF sei dort bereits eine teilbetrieblich organisierte, verselbständigte Struktur iSd. § 613a Abs. 1 BGB gewesen, die in der Rechtsanwaltskanzlei „H P“ fortgeführt worden sei.

Schließlich spricht auch gegen einen Teilbetriebsübergang, dass sich die Beklagte stets auf eine Veränderung der Betriebsorganisation in der neu gegründeten Rechtsanwaltskanzlei berufen hat. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Sie hat vielmehr selbst geltend gemacht, die Beklagte hätte eine eigene Bürostruktur mit flexiblem Arbeitseinsatz geschaffen, von der sie auch betroffen gewesen sei. 56

VII. Da die Kündigungsschutzklage hinsichtlich der Kündigung vom 10. Dezember 2004 unbegründet ist, bedarf es keiner weiteren Entscheidung mehr zur Wirksamkeit der Kündigung vom 28. Dezember 2004. 57

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 58

Rost

Eylert

Berger

Sieg

Baerbaum



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)