

2 Sa 94/14
41 Ca 5254/13
(ArbG München)

Verkündet am: 08.07.2014

Souli
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

1. C.
C-Straße, B-Stadt

2. E.
C-Straße, B-Stadt

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

zu 1-2:
Rechtsanwälte D.
D-Straße, B-Stadt

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waitz und die ehrenamtlichen Richter Bergmüller und Klessinger

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin und unter Zurückweisung ihrer Berufung im Übrigen wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 17.12.2013 - 41 Ca 5254/13 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 05.04.2013 beendet wurde.

Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 11.05.2009 weiter zu beschäftigen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Gerichtskosten die Klägerin und die Beklagte zu 2) jeweils zur Hälfte.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) trägt die Klägerin.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin trägt die Beklagte zu 2) die Hälfte.

Die übrigen außergerichtlichen Kosten tragen die Beklagte zu 2) und die Klägerin jeweils selbst.

3. Die Revision für die Beklagte zu 2) wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen vom 05.04.2013. Eine Kündigung erfolgte durch die Beklagten zu 1) und eine durch die Beklagten zu 2). Ferner begehrt die Klägerin hilfsweise die Weiterbeschäftigung als Bürokräft durch die Beklagten zu 2).

Die am 23.10.1963 geborene Klägerin schloss mit den Notaren C und CC am 11.05.2009 einen Arbeitsvertrag ab (Bl. 11 ff. d.A.). Seit dem 16.06.2009 arbeitete die Klägerin als Bürokräft in dem Notariat, das in der Rechtsform eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts betrieben wurde [Beklagte zu 1)].

Der Arbeitsvertrag enthält in seinem § 12 folgende Regelung zur Überleitung des Arbeitsverhältnisses bei Wechsel des Arbeitgebers

„1. Der Angestellten ist bekannt, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht ohne weiteres auf einen Nachfolger im Amt des Arbeitgebers bzw. eine neue Notarsozietät übergeht. Der Arbeitgeber verpflichtet sich jedoch, von sich aus nach Kräften darauf hinzuwirken, dass eine Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf den Nachfolger bzw. die Nachfolgesozietät zustande kommt.

2. Beide Vertragsteile sind jedenfalls schon jetzt damit einverstanden, dass das Arbeitsverhältnis mit dem jeweiligen künftigen Inhaber der Notarstelle fortgesetzt wird, wenn der Arbeitgeber sein Amt niederlegt oder aus einem sonstigen Grund nicht mehr ausübt, wenn er stirbt oder sein Amtssitz verlegt wird und wenn der Amtsnachfolger in das Arbeitsverhältnis eintritt. Dafür genügt es, dass der Nachfolger bzw. die Nachfolgesozietät das Arbeitsverhältnis mit dem bestehenden Inhalt oder mit einem Inhalt übernimmt, der dem entspricht, was für die ausgeübte Position üblich ist. Die Angestellte kann ihr Einverständnis in eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses innerhalb von einem Monat ab Kenntnis von der Person des Nachfolgers und des Inhalts der Übernahme widerrufen.

3. Kommt eine Überleitung nach Absatz 2 zustande, so bestehen die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit bis zum Eintritt des Nachfolgers bzw. der Nachfolgesozietät zwischen den gegenwärtigen Vertragsparteien, für die Zeit danach ausschließlich zwischen der Angestellten und dem Nachfolger bzw. der Nachfolgesozietät. Im Fall der Übernahme zu den üblichen Bedingungen entfallen über das Übliche hinausgehende Verpflichtungen nach dem bisher vereinbarten Vertragsinhalt für den Zeitraum ab der Übernahme auch im Verhältnis zum bisherigen Arbeitgeber.

4. Wird das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber bzw. seinen Erben zu dem Zeitpunkt oder zu einem späteren Zeitpunkt als jenem gekündigt, an dem er stirbt oder sein Amtssitz verlegt wird, so beendet die Kündigung das Arbeitsverhältnis gleichwohl dann nicht, wenn eine Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf den Amtsnachfolger zustande kommt; in diesem Fall scheiden lediglich der Arbeitgeber bzw. seine Erben zum Kündigungszeitpunkt aus.“

Mit Wirkung zum 31.01.2013 wurde Herr Notar a.D. C wegen Erreichens der gesetzlichen Altersgrenze auf sein Verlangen hin als Notar aus dem Dienst entlassen. Mit Wirkung zum 31.01.2013 schied er zugleich aus der Sozietät der Beklagten zu 1) aus. Sein Notar-Amt erlosch.

Herr Notar E wurde mit Wirkung zum 01.02.2013 zum Notar ernannt. Herr Notar CC und Herr Notar E verbanden sich zum Zwecke der weiteren gemeinsamen Berufsausübung zu einer Sozietät, die ebenfalls in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts betrieben wurde [Bekl. zu 2)].

Die Notare CC und E boten der Klägerin einen neuen Arbeitsvertrag an, datiert auf den 01.02.2013 (Bl. 14 ff. d.A.). Die Klägerin unterzeichnete diesen neuen Arbeitsvertrag nicht.

Gleichwohl erbrachte die Klägerin weiterhin - bis auf Zeiten der Arbeitsunfähigkeit aufgrund Erkrankung der Klägerin - ihre Arbeitsleistung auch nach dem 31.01.2013.

Mit Schreiben vom 05.04.2013 erhielt die Klägerin folgende Kündigung der Beklagten zu 1) (Bl. 21 d.A.):

„Kündigung Ihres Anstellungsvertrags

Sehr geehrte Frau A.,

hiermit kündigen wir den zwischen Ihnen und der Sozietät C CC bestehenden Anstellungsvertrag ordentlich zum nächstmöglichen Termin; dies ist der 31. Mai 2013. (...).“

Mit weiterem Schreiben vom 05.04.2013 erhielt die Klägerin eine vorsorgliche Kündigung der Beklagten zu 2) mit folgendem Inhalt (Bl. 22 d.A.):

„Kündigung Ihres Anstellungsvertrages

Sehr geehrte Frau A.,

hiermit kündigen wir vorsorglich einen etwaigen zwischen Ihnen und der Sozietät CC E bestehenden Anstellungsvertrag ordentlich zum nächstmöglichen Termin; dies ist der 15. Mai 2013. (...).“

Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage gegen die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) mit Klageschriftsatz vom 26.04.2013, beim Arbeitsgericht München am selben Tag per Fax eingegangen.

Die Klägerin hat schon in erster Instanz die Auffassung vertreten, beide Kündigungen vom 05.04.2013 seien unwirksam und nicht sozial gerechtfertigt.

Sie sei zunächst bei der Beklagten zu 1) als Büroangestellte beschäftigt gewesen, dann seit 01.02.2013 bei der Beklagten zu 2). Auch nach dem 31.01.2013 habe sie ihre Arbeitsleistung erbracht. Nur in der Zeit von 10.05.2013 bis 14.05.2013 sei sie arbeitsunfähig erkrankt gewesen.

Sie habe ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2) nicht abgelehnt. Sie habe einzig zu erkennen gegeben, dass sie für das Beschäftigungsverhältnis mit der Beklagten zu 2) den angebotenen Arbeitsvertrag nicht unterschreiben wolle, weil sie mit dessen Bedingungen nicht einverstanden gewesen sei. Der von der Beklagten zu 2) angebotene Arbeitsvertrag hätte sie von den Arbeitsbedingungen her (Arbeitszeit/Überstunden/Entlohnung) deutlich schlechter gestellt als ihr bisheriger Vertrag.

Die Kündigungen seien bereits nach § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam, da sie wegen des Betriebsüberganges ausgesprochen worden seien. Der Betriebsübergang stelle nicht nur die überwiegende, sondern die alleinige Ursache der Kündigungen dar. Die von der Beklagten zitierte Entscheidung des BAG (26.08.1999 - 8 AZR 827/98) sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, da es in dieser Entscheidung ausschließlich um ein Einzelnotariat gegangen sei. Vorliegend handele es sich jedoch um eine Notar-Sozietät. Die organisatorische Einheit Notariat sei nicht mit Erlöschen des Amtes des Notars C untergegangen. Vielmehr sei diese organisatorische Einheit durch Herrn CC nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch weitergeführt worden bis zum Eintritt von Herrn E. Die alte Sozietät habe am 31.01.2013 geendet, die neue sei mit dem 01.02.2013 begründet worden. Dabei seien etwa Mitarbeiter, Räume und Interieur übernommen worden. Auch das LAG Rheinland-Pfalz nehme in einem solchen Fall einen Betriebsübergang an (Urteil vom 06.10.2005 – 6 Sa 461/05.)

Jedenfalls bleibe der Notar CC der Arbeitgeber der Klägerin, da er zu keinem Zeitpunkt ausgeschieden sei.

Auch führe § 12 des Arbeitsvertrages der Klägerin mit der Beklagten zu 1) zur Übernahme des Arbeitsverhältnisses der Klägerin.

Die Klägerin hat in erster Instanz folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 05.04.2013 beendet wird.

2. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 05.04.2013 beendet wird.
3. Im Falle des Obsiegens mit den Anträgen zu 1) und/oder zu 2) wird die Beklagte zu 2) verurteilt, die Klägerin zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Bürokräft weiter zu beschäftigen.

Die Beklagten haben zur Begründung ihres Antrags auf Klageabweisung vorgetragen, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin sei aufgrund wirksamer Kündigungen beendet. Die bis zum 31.01.2013 existente Sozietät der Beklagten zu 1) sei nicht mehr existent, weil sie mit Ablauf des 31.01.2013 aufgelöst worden sei. Deshalb sei der seinerzeitige, dortige Arbeitsplatz der Klägerin ersatzlos weggefallen. Das seinerzeitige Arbeitsverhältnis der Klägerin mit den Beklagten zu 1) sei auf der Grundlage der Kündigung vom 05.04.2013 mit Wirkung zum 31.05.2013 beendet.

Ein Betriebsübergang liege nicht vor. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG v. 26.08.1999 - 8 AZR 827/98) sei davon auszugehen, dass die organisatorische Einheit „Notariat“ mit dem Austritt des Notares aus dem Amt erlösche. Auch fehle es in Konstellationen wie der vorliegenden an einem „Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 613a Abs. 1 BGB, denn die neue Errichtung und die Neuvergabe des Notaramtes erfolgten jeweils nicht durch Rechtsgeschäft. Vielmehr handele es sich bei der Errichtung einer Notarstelle um einen verwaltungsinternen Vorgang. Die Übertragung von Notarbefugnissen erfolge durch Hoheitsakt, nämlich einen begünstigenden Verwaltungsakt der Landesjustizverwaltung. Ein solches Verwaltungshandeln könne keinen rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB begründen.

Auch die Tatsache, dass Notar CC bereits in der Sozietät der Beklagten zu 1) tätig gewesen sei, stehe diesem Ergebnis nicht entgegen. Es liege insoweit keine Kontinuität im Sinne des Fortbestehens der arbeitsorganisatorischen Einheit vor. Mit Erlöschen des Amtes des Notars Herrn C zum 31.01.2013 sei nicht nur die abstrakt-organisations-rechtliche Einheit des Notariates C untergegangen, sondern zugleich auch die organisatorische Einheit der Sozietät der Beklagten zu 1) insgesamt. Dies ergebe sich aus den Besonderhei-

ten des Notaramtes. Die Notarstelle als solche sei nicht nachfolgefähig, weil sie nicht selbstständig ohne das Notaramt als höchstpersönliche Befugnis denkbar sei. Es bedürfe immer der Übertragung des Notaramtes durch Hoheitsakt. Daher sei die Sozietät der Beklagten zu 1) mit Wirkung zum 31.01.2013 aufgelöst worden. Zum 01.01.2013 sei sodann - durch die Notars-Ernennung von Herrn E - ein neues Notariat beziehungsweise eine neue Sozietät begründet worden, weil sich dann die Notare CC und E zum Zwecke der gemeinsamen Berufsausübung zu einer neuen arbeitsorganisatorischen Einheit verbunden hätten.

Auch § 12 des Arbeitsvertrages der Klägerin mit der Beklagten zu 1) vom 11.05.2009 führe zu keinem anderen Ergebnis. Insbesondere sehe § 12 nicht vor, dass es zu einer Anrechnung der Betriebszugehörigkeitszeiten der Klägerin zu Lasten der Beklagten zu 2) kommen solle. Eine solche Regelung sei auch rechtswirksam nicht möglich, da dies einen rechtsunwirksamen Vertrag zu Lasten Dritter darstelle.

Nachdem die Klägerin den Abschluss des neuen Arbeitsvertrages mit der Beklagten zu 2) verweigert habe, sei die Beklagte zu 1) gezwungen gewesen, das Arbeitsverhältnis der Klägerin betriebsbedingt zu kündigen. Das Erlöschen einer Organisation beziehungsweise die Stilllegung derselben stelle einen „betriebsbedingten Grund“ dar im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Bedingt durch den „Austritt“ des Notars C aus der Organisation der Beklagten zu 1) habe letztere die unternehmerische Entscheidung getroffen, das von der Beklagten zu 1) betriebene Notariat zu schließen. Eine Sozialauswahl sei nicht vorzunehmen gewesen, weil alle Arbeitsverhältnisse mit den Beklagten zu 1) betroffen gewesen seien. Rechtsfolge der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagten zu 1) vom 05.04.2013 sei gewesen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist am 31.05.2013 noch mit der Beklagten zu 1) weiter bestanden habe. Während der letzten Wochen des Laufes der Kündigungsfrist sei die Klägerin ohnehin arbeitsunfähig erkrankt gewesen – bei Bezug von Entgeltfortzahlung.

Mit der Sozietät der Beklagten zu 2) sei kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Klägerin habe das ihr seitens der Beklagten zu 2) mit Datum vom 01.02.2013 angebotene Arbeitsverhältnis verweigert, den entsprechenden Arbeitsvertrag nicht unterzeichnet und ein Arbeitsverhältnis mit den Beklagten zu 2) abgelehnt. Das Arbeitsvertragsangebot der

Beklagten zu 2) entspreche in inhaltlicher Hinsicht dem, was für die entsprechende Position üblich sei. Es handele sich um einen Musterarbeitsvertrag der Notarkasse B-Stadt. Alle anderen Mitarbeiter der ehemaligen Sozietät der Beklagten zu 1) hätten den angebotenen Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 2) in dieser Form abgeschlossen.

Zumindest aber sei ein etwaiges Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 2 durch deren Kündigung vom 05.04.2013 mit Wirkung zum 15.05.2013 beendet worden. Denn bezüglich der Beklagten zu 2) stehe der Klägerin kein allgemeiner Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz zu, da sie im Rahmen eines eventuell anzunehmenden Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2) die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt habe.

Mit Endurteil vom 17.12.2013 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Es hat seine Entscheidung damit begründet, die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1) vom 05.04.2013 sei sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG. Mit dem Ausscheiden eines Notars habe die organisatorische Einheit des Notariats geendet (BAG vom 26.08.1999 – 8 AZR 827/98 – NZA 2000, 371). Das Ausscheiden eines Notars führe zur Beendigung der Sozietät. Beim Zusammenschluss mehrerer Notare sei nur die Sozietät Arbeitgeber, nicht dagegen die einzelnen Notare. Beim Ausscheiden eines Notars erlösche die ursprüngliche Einheit. Der Eintritt eines neuen Notars führe zur Begründung einer neuen organisatorischen Einheit. Dies ergebe sich aus den Besonderheiten des Notaramtes. Die Notarstelle als solche sei nicht nachfolgefähig, weil sie nicht selbstständig ohne das Notaramt als höchstpersönliche Befugnis denkbar sei. Es bedürfe immer auch der Übertragung des Notaramtes, um die Rechtspflegeaufgaben erfüllen zu können. Mit dem Erlöschen der höchstpersönlichen Notarbefugnis des Notars C sei deshalb das bisherige Notariat der Beklagten zu 1) aufgelöst worden. Es liege eine Betriebsstilllegung vor, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes der Klägerin geführt habe. Unschädlich sei, dass die Kündigung erst nach der Stilllegung der Sozietät zum 31.01.2013 am 05.04.2013 erklärt wurde.

Die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 05.04.2013 sei auch nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Nach der angesprochenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts

vom 26.08.1999 könne dahinstehen, ob es sich bei einem Nur – Notariat angesichts der mit ihm verbundenen Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben überhaupt um einen Betrieb im Sinne des § 613a BGB handelt. Jedenfalls sei die organisatorische Einheit „Notariat“ mit der Entlassung des Notars C aus dem Amt erloschen. Die Notarstelle sei nicht nachfolgefähig, weil sie nicht selbstständig ohne das Notaramt als höchstpersönliche Befugnis denkbar sei. Es bedürfe immer der Übertragung des Notaramtes, um die Rechtspflegeaufgaben erfüllen zu können. Wesentliches Substrat des Notariats sei die höchstpersönliche Notarbefugnis. Weder aus der Übernahme des gesamten Personals noch aus der Übertragung von Geschäftsräumen und Büroinventar könne das Vorliegen eines Betriebsübergangs abgeleitet werden. Die sachlichen und persönlichen Betriebsmittel würden ohne die Notarbefugnis keinen funktionsfähigen Betrieb darstellen und seien somit lediglich Hilfsmittel zur Ausübung des Notariats. Außerdem fehle es an einem Rechtsgeschäft im Sinne von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Übertragung der Notarbefugnis erfolge durch einen Hoheitsakt, nämlich einen begünstigenden Verwaltungsakt der Landesjustizverwaltung. An den vom BAG aufgestellten Grundsätzen ändere sich nichts dadurch, dass einer der Notare bereits mit dem ausgeschiedenen Notar C im Rahmen der Sozietät der Beklagten zu 1) zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbunden hatte.

Schließlich führe § 12 des Arbeitsvertrages nicht zu einem anderen Ergebnis, denn die Regelung sei ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter.

Auch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 05.04.2013 sei wirksam. Auf diese Kündigung sei das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, denn die Klägerin sei noch keine sechs Monate beschäftigt gewesen (§ 1 Abs. 1 KSchG). Wegen des Fehlens eines Betriebsübergangs könne die vorherige Beschäftigungszeit nicht angerechnet werden.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen dieses den Klägerinvertretern am 10.01.2014 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung der Klägerin vom 07.02.2014, die am 10.03.2014 begründet worden ist.

Die Klägerin rügt, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts führe das Ausscheiden eines Notars nicht zur Beendigung der Sozietät. Vielmehr bleibe das Notariat erhalten, wenn – wie hier – ein Notar durchgängig tätig ist. In einem solchen Fall könne nicht von einer Zerschlagung der organisatorischen Einheit ausgegangen werden. Die Übertragung des Notaramts bedeute nicht, dass damit eine Notar-Sozietät betrieben werden könne. Dazu bedürfe es Räumlichkeiten, Inventar und Personal, dass Herr E bei seinem Eintritt in die Sozietät vorgefunden habe. Ab dem 31.01.2013 habe sich am Betrieb des Notariats außer dem Wechsel des einen Notars überhaupt nichts geändert. Es liege also keine Betriebsstilllegung, sondern ein Betriebsübergang dar. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz (Urteil vom 06.10.2005 – 6 Sa 461/05) habe zutreffend angenommen, dass die vom Arbeitsgericht zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dann nicht anwendbar ist, wenn das nur Notariat nicht in Form eines Einzelnotars, sondern in Form der Notarsozietät betrieben wird.

Die Klägerin stellt folgende Anträge:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 17.12.2013, Az. 41 Ca 5254/13 wird abgeändert.
- II. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 05.04.2013 beendet wird.
- III. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 05.04.2013 beendet wird.
- IV. Im Falle des Obsiegens mit den Anträgen zu II.) und/oder zu III.) werden die Beklagten zu 2) verurteilt, die Klägerin zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Bürokraft weiter zu beschäftigen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten das Urteil des Arbeitsgerichts in jeglicher Hinsicht für zutreffend. Die Rechtsprechung des BAG im Urteil vom 26.08.1999 gelte nicht nur für das Einzelnotariat, sondern auch für Notarsozietäten. Dagegen sei der vorliegende Fall nicht mit der Konstellation vergleichbar, über die das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz entschieden habe. In Rheinland-Pfalz könnten nämlich Notariate und Anwaltssozietäten verbunden sein, während sich in Bayern höchstens zwei Notare zu einer gemeinsamen Berufsausübung verbinden könnten.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Berufungsbegründung vom 10.03.2014, die Berufungserwiderung vom 11.04.2014 sowie die Sitzungsniederschrift vom 26.06.2014 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 64 Abs. 1, 2 c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist begründet, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 2) richtet. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist durch Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) übergegangen (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 05.04.2013 ist sozial nicht gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG; 1.). Dagegen ist die Berufung unbegründet, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 1) richtet, denn mit ihr bestand zum Zeitpunkt der Kündigung vom 05.04.2013 in Folge des Betriebsübergangs kein Arbeitsverhältnis mehr (2.).

1. Die Kündigung der Beklagten zu 2) hat das auf sie übergegangene Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.

a) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist zum 01.02.2013 durch Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) übergegangen (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB).

Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übergegangen ist, sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Zu diesem Tatsachen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebs-tätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen sowie die Dauer der eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit. Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein, also mit dem Wechsel der Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des

Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen (std. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts, z.B. Urteil vom 30.10.2008 – 8 AZR 397/07 – NZA 2009, 485).

Die oben genannten Tatsachen, die grundsätzlich die wirtschaftliche Einheit ausmachen, sprechen hier für einen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2). Die Rüge der Beklagten, die Klägerin sei ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen und habe die Einzelkriterien, die einen Betriebsübergang begründen könnten, nicht vorgetragen, ist unbegründet. Die Klägerin hat nämlich vorgetragen, nach dem 31.01.2013 habe sich am Betrieb des Notariats außer dem Wechsel des einen Notars überhaupt nichts geändert. Dieser Sachvortrag ist ausreichend, denn er umfasst hier alle Kriterien und der typische Betrieb eines Notariats ist gerichtsbekannt. Es wäre ein unnötiger Formalismus, wenn man von der Klägerin bezüglich jedes Kriteriums einen konkreten Tatsachenvortrag verlangen würde, etwa in der Weise, dass alle materiellen Betriebsmittel genannt werden und dann vorgetragen werden müsste, dass diese zunächst von der Beklagten zu 1) und dann von der Beklagten zu 2) genutzt wurden, oder dass die Mandate fortgeführt wurden. Die Klägerin hat auch vorgetragen, dass sie zunächst über den 31.01.2013 hinaus weiter tätig war und alle anderen Arbeitnehmer neue Arbeitsverträge mit der Beklagten zu 2) schlossen. Der damit umfassende Sachvortrag der Klägerin dazu, dass sich am Betrieb des Notariats außer dem Wechsel des einen Notars nicht geändert hat, gilt nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, denn die Beklagten haben hierzu nicht konkret vorgetragen, insbesondere nicht dazu, welche weiteren Änderungen es gegeben haben soll.

Das Ausscheiden des Notars C und der Eintritt des Notars E stehen der Wahrung der wirtschaftlichen Identität nicht entgegen. Die Kammer hat schon erhebliche Bedenken, ob bei einem Notariat mit nur einem Notar die höchstpersönliche Notarbefugnis (Notaramt) das wesentliche Substrat des Notariats darstellt und die Bestellung eines neuen Notars zur Amtsausübung deshalb auch dann nicht zu einem Betriebsübergang führt, wenn der neue Notar die Kanzlei und das Personal des aus dem Amt entlassenen Notars übernimmt (so BAG vom 26.08.1999 – 8 AZR 827/98 – NZA 2000, 371). Das Arbeitsgericht hat diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zutreffend wiedergegeben. Die Bedenken der Kammer beruhen darauf, dass mit der Annahme, wesentliches Substrat eines

Notariats sei die höchstpersönliche Notarbefugnis, auf ein Kriterium abgestellt und keine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Tatsachen vorgenommen wird.

Jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Notariat von zwei Notaren betrieben wird und nur ein Notar wechselt, kann ein Betriebsübergang auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorliegen, die das Notariat nach dem Ausscheiden eines Notars betreibt (ebenso LAG Rheinland-Pfalz vom 06.10.2005 – 6 Sa 461/05 – Juris). Selbst wenn man der höchstpersönlichen Notarbefugnis eine wesentliche Bedeutung beimisst, kann die Notarbefugnis eines Notars nicht das letztlich entscheidende Kriterium sein, das gegen einen Betriebsübergang sprechen soll, wenn die Notarbefugnis des anderen Notars erhalten bleibt. Die höchstpersönliche Notarbefugnis des Notars Dr. CC bestand über den 31.01.2013 hinaus fort. Dieser Umstand spricht ebenso wie die oben genannten Kriterien, die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für das Vorliegen eines Betriebsübergangs zu prüfen sind, für die Wahrung der wirtschaftlichen Identität. Der Notar CC ist durchgehend und ohne Änderung seiner Notarbefugnis in dem Notariat tätig geblieben.

Vor diesem Hintergrund kann die Kammer der Auffassung des Arbeitsgerichts und der Beklagten, die Beklagte zu 1) habe den Betrieb ihres Notariats zum 31.01.2013 stillgelegt bzw. die wirtschaftliche Einheit sei durch den Austritt eines Notars erloschen und bei Eintritt des neuen Notars sei eine neue organisatorische Einheit begründet worden, nicht folgen. Sie kann auch nicht mit dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 30.10.2008 – 8 AZR 397/07 – NZA 2009, 485) begründet werden. In diesem Urteil ist das Bundesarbeitsgericht bei Anwendung der oben angesprochenen Kriterien zu dem Ergebnis gelangt, die Anwaltskanzlei, in der die Klägerin beschäftigt war, sei ein betriebsmittelarmer Betrieb und für die Annahme eines Betriebsübergangs fehle es an der erforderlichen Übernahme des Personals der Anwaltskanzlei. Dagegen sagt das Bundesarbeitsgericht nicht, beim Ausscheiden eines Anwalts aus einer Anwaltskanzlei und dem Eintritt eines neuen Anwalts liege kein Betriebsübergang vor.

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2 ist auch nicht wegen des Fehlens eines Rechtsgeschäfts im Sinne von § 613 a Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Im Urteil vom 26.08.1999 (aaO) hat das Bundesarbeitsgericht angenommen, ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang liege nicht vor, da die Notarbefugnis durch einen Hoheits-

akt, nämlich einen begünstigenden Verwaltungsakt der Landesjustizverwaltung übertragen werde. Diese Entscheidung betrifft ein Notariat bestehend aus einem Notar und beruht auf der Annahme, die Notarbefugnis stelle das wesentliche Substrat des Notariats dar. Vorliegend kann jedoch aus den oben angeführten Gründen nicht angenommen werden, die Übertragung der Notarbefugnis durch Verwaltungsakt betreffe das wesentliche Substrat des Notariats. Vielmehr kann die Notarbefugnis eines Notars jedenfalls dann nicht mit dem Betrieb gleichgesetzt werden, wenn der andere Notar verbleibt. Ein Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft liegt nämlich nur dann nicht vor, wenn sich der Hoheitsakt auf die Übertragung des Betriebes bezieht.

Ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang von § 613 a BGB setzt keine unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen Erwerber und Veräußerer voraus. Die Übertragung kann durch ein Bündel von Rechtsgeschäften erfolgen. Erforderlich ist aber, dass der Erwerber auf vertraglicher Grundlage die Möglichkeit erwirbt, eine im Wesentlichen unveränderte Arbeitsaufgabe fortzuführen (BAG vom 26.08.1999 aaO). Hier wurde dem neuen Notar E die Fortführung des Notariats nicht allein durch die Übertragung der Notarbefugnis ermöglicht. Das Betreiben des Notariats zusammen mit dem Notar CC setzt vielmehr Vereinbarungen insbesondere zur Übertragung der Betriebsmittel, zur Übernahme des Personals sowie zur Fortführung der Mandantenbeziehungen voraus. Hierzu musste der Gesellschaftsvertrag zwischen den Notaren C und CC beendet und ein neuer Gesellschaftsvertrag zwischen den Notaren CC und E geschlossen werden. Diese Vereinbarungen stellen ein Rechtsgeschäft i.S.v. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

Selbst wenn man annehmen würde, der Verwaltungsakt der Übertragung der Notarbefugnis beziehe sich auf den Betrieb des Notariats, läge ein Rechtsgeschäft vor. Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist weit auszulegen. Der EuGH hat wiederholt festgestellt, dass der Umstand, dass der Übergang auf einseitigen Entscheidungen einer staatlichen Stelle und nicht auf einer Willensübereinstimmung beruht, die Anwendung der Richtlinie 77/187/EWG nicht ausschließt (zuletzt Urteil vom 06.09.2011 – C-08/10 Scattolon – NZA 2011,1077). Die Rechtsprechung des EuGH ist bei der Auslegung des § 613 a BGB zu berücksichtigen. Die Richtlinie 77/187/EWG hat ebenso wie § 613 a BGB den Zweck, die Arbeitnehmer bei einer Übertragung ihres Betriebs zu schützen. Mit diesem Zweck lässt sich eine Auslegung, nach der vorliegend keine rechtsgeschäftliche Übertragung vorliegt,

nicht zu vereinbaren. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Übertragung der Notarbefugnis ein begünstigender Verwaltungsakt ist und nur dann erfolgt, wenn der Notar dies wünscht.

b) Die Kündigung des auf die Beklagte zu 2) überangenen Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 05.04.2013 ist sozialwidrig. Unstreitig beschäftigt die Beklagte zu 2) in der Regel mehr 10 Arbeitnehmer i.S.v. § 23 Abs. 1 KSchG. Wegen des Übergangs des Arbeitsverhältnisses der Klägerin von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) hat ihr Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden (§ 1 Abs. 1 KSchG). Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, insbesondere nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Wie ausgeführt wurde der Betrieb des Notariats nicht stillgelegt, sondern von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) übertragen. Damit kann offenbleiben, ob eine am 05.04.2013 ausgesprochene Kündigung mit einer angeblich zum 31.10.2013 erfolgten Stilllegung des Betriebes begründet werden kann, wenn die Arbeitnehmerin – wie hier – über den behaupteten Zeitpunkt der Stilllegung hinaus beschäftigt wird.

c) Die Unwirksamkeit der Kündigung ergibt sich auch aus § 613 a Abs. 4 BGB. Sie erfolgte wegen des Betriebsübergangs.

Bei der Anwendung des § 613 a Abs. 4 BGB ist stets zu prüfen, ob es neben dem Betriebsübergang einen Grund gibt, der die Kündigung rechtfertigen kann. Eine Kündigung ist nicht schon dann nach § 613 a Abs. 4 BGB rechtsunwirksam, wenn der Betriebsübergang für die Kündigung ursächlich ist, sondern nur dann, wenn der Beweggrund für die Kündigung, das Motiv der Kündigung wesentlich durch den Betriebsinhaberwechsel bedingt ist (ErfK/Preis § 613 a BGB Rn 155 m.w.N. insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts).

Wie ausgeführt gibt es keinen betriebsbedingten Grund, der die Kündigung rechtfertigen könnte. Der Beweggrund für die Kündigung war letztlich der Betriebsübergang. Unstreitig bot die Beklagte zu 2) sämtlichen Arbeitnehmern eine Beschäftigung zu geänderten Bedingungen an. Die Klägerin war die einzige Arbeitnehmerin, die das neue Vertragsangebot nicht annahm. Deswegen wurde sie gekündigt.

2. Die Berufung der Klägerin ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 1) richtet. Zum Zeitpunkt der von der Beklagten zu 1) am 05.04.2013 ausgesprochenen Kündigung bestand schon kein Arbeitsverhältnis mehr zwischen ihr und der Klägerin. Vielmehr war das Arbeitsverhältnis – wie ausgeführt – zum 01.02.2013 auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Eine Kündigungsschutzklage ist aber nur dann begründet, wenn bei Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten bestanden hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO und einer entsprechenden Anwendung des § 92 ZPO. Bei dem hier vorliegenden Unterliegen eines von zwei Streitgenossen sind die Kosten analog § 92 ZPO nach Quoten zu verteilen, wobei Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten getrennt werden müssen (Zöller/Hergeth, ZPO, Rn 5 ff zu § 100).

IV.

Dieses Urteil ist für die Klägerin und die Beklagte zu 1) unanfechtbar. Die Beklagte zu 1) ist nicht beschwert und es gibt keinen Grund, für die Klägerin die Revision zuzulassen (§ 72 Abs. 2 ArbGG). Insoweit wird auf § 72 a ArbGG (Nichtzulassungsbeschwerde) hingewiesen.

Die Zulassung der Revision für die Beklagte zu 2) beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte zu 2) Revision einlegen.

Für die Klägerin und die Beklagte zu 1) ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Waitz

Bergmüller

Klessinger

Hinweis der Geschäftsstelle:

Das Bundesarbeitsgericht bittet, alle Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen.