

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 107/10  
2 Sa 92/08  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. Juni 2011

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

1.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte zu 1.,

2.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter zu 2.,

3.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte zu 3.,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und Burr für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. Juni 2009 - 2 Sa 92/08 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten zu 1. gegenüber der Klägerin ausgesprochenen Kündigung und darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen ist. 1

Seit 1996 war die Klägerin in der von der Beklagten zu 1. betriebenen allgemein-internistischen Arztpraxis in S als Arzthelferin tätig. Dort waren zwei Arbeitnehmer beschäftigt. Die Klägerin befand sich bis zum 12. September 2008 in Elternzeit. 2

Am 10. April 2007 vollendete die Beklagte zu 1. ihr 68. Lebensjahr. Damit hätte ihre Kassenzulassung geendet. Die kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg räumte ihr eine Kulanzzzeit bis 30. Juni 2007 ein. Zu diesem Termin gab die Beklagte zu 1. ihre Arztpraxis auf. Am 2. Juli 2007 schloss sie mit der Beklagten zu 3. einen Kaufvertrag. Zweck dieses Vertrages war die Übertragung der Kassenzulassung von der Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 3. Zu diesem Zwecke war im Kaufvertrag die Übertragung von geringwertigen Gegenständen der Arztpraxis vereinbart, weil die Kassenzulassung allein aus rechtlichen Gründen nicht veräußert werden darf. Diese 3

Vorgehensweise erfolgte mit Kenntnis der kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg. Zum fraglichen Zeitpunkt bestand im Landkreis B eine Überversorgung mit Hausärzten. Deshalb konnte eine kassenärztliche Zulassung für die Beklagte zu 3. nur durch „Übertragung“ einer anderen bereits bestehenden Zulassung erfolgen. Die kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg stand für diese „Übertragung“ vermittelnd zur Verfügung. Der Zulassungsausschuss erteilte dann mit Wirkung ab 1. Oktober 2007 der Beklagten zu 3. die Kassenzulassung. Diese ist in der Arztpraxis des Beklagten zu 2. in B angestellt. Dieser erhielt aufgrund der Kassenzulassung der Beklagten zu 3. ein erweitertes Kassenbudget und gab deshalb die formal der Beklagten zu 3. erteilte Kassenzulassung zurück bzw. erklärte den Verzicht auf diese.

Die Praxisräume der Beklagten zu 1. wurden im Spätherbst des Jahres 2007 veräußert und werden seitdem als Wohnung genutzt. Das Praxisinventar wurde zum Teil entsorgt und im Übrigen im Keller des Privathauses der Beklagten zu 1. gelagert. Dort werden auch die Patientenakten verwahrt. Der auf die Arztpraxis der Beklagten zu 1. zugelassene Pkw wird nunmehr zu Privatzwecken durch die Beklagte zu 1. genutzt. 4

Am 13. Juni 2007 beantragte die Beklagte zu 1. die Zulassung der Kündigung der Klägerin gemäß § 18 Abs. 1 BEEG. 5

Mit Bescheid vom 17. März 2008 traf das Regierungspräsidium Stuttgart folgende Entscheidung: 6

„...Für den Fall, dass kein Betriebsübergang nach § 613 a Bürgerliches Gesetzbuch - BGB - stattgefunden hat, wird die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Frau M ausnahmsweise zugelassen ...“

In der Begründung dieser Entscheidung heißt es ua.: 7

„Die Arztpraxis in der S wird aus Altersgründen zum 30.06.2007 aufgelöst.

Beiden dort zuletzt beschäftigten Mitarbeiterinnen wurde gekündigt. Das Praxisinventar und die Patientenakte wurden nicht veräußert. Die Praxisräume wurden zwischenzeitlich verkauft und werden künftig zu Wohnzwecken genutzt. Aufgrund eines Vertrages, welcher mit der kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg,

Albstadtweg 11, 70567 Stuttgart, abgestimmt wurde, wurde der Praxis Dres. med. St und S, B die kassenärztliche Zulassung verkauft und ein erweitertes Budget zugestanden.

Der Vertragsarztsitz ist untergegangen, eine Fortführung einer Kassenarztpraxis auf dem Arbeitsgebiet der Antragstellerin und in den seitherigen Praxisräumen ist ausgeschlossen, ein Betriebsübergang hat nicht stattgefunden.

Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach Ablauf der Elternzeit besteht für Frau M nicht mehr.

Frau M befindet sich bis 12.09.2008 in Elternzeit.

Frau M wurde zu dem Antrag gehört.

Nach ihrer Meinung hat ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB stattgefunden.

...

Nach den Bestimmungen der Verwaltungsvorschrift zu § 18 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz hat die Behörde davon auszugehen, dass ein besonderer Fall im Sinne des Gesetzes insbesondere dann gegeben ist, wenn nach Prüfung des Antrages feststeht, dass der Betrieb, in dem die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, stillgelegt wird und die Arbeitnehmerin nicht in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann.

Das Vorbringen des Arbeitgebers wurde überprüft. Da die Praxis aus Altersgründen zum 30.06.2007 geschlossen wurde, besteht nach Beendigung der Elternzeit keine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung für Frau M. Somit wird ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 BEEG anerkannt.

Anhaltspunkte dafür, dass der vorliegende Fall außerhalb des o.g. Regelfalles liegt, sind nicht ersichtlich. Demnach liegt hier ein besonderer Fall im Sinne vorgenannter Bestimmungen vor, der die Zulassung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Frau M ausnahmsweise rechtfertigen kann.

Nach Abwägung der beiderseitigen Interessen gelangt das Regierungspräsidium Stuttgart zu der Auffassung, dass im vorliegenden Einzelfall die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausnahmsweise zugelassen wird.

Die Zulässigerklärung ergeht unbeschadet der Wirksamkeit der Kündigung nach allgemeinem Arbeits(vertrags)- und/oder Kündigungsschutzrecht.

Da nur die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit feststellen können, ob ein Betrieb stillgelegt bzw. auf einen anderen Inhaber gemäß § 613 a BGB übergegangen ist, wurde die Zustimmung zur Kündigung nur für den Fall, dass kein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB stattgefunden hat, erteilt.“

Mit Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2008 ließ die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 30. Juni 2008, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin kündigen. 8

Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam, weil sie nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung der Zulässigkeitserklärung ausgesprochen worden sei. Diese Frist hätte die Beklagte zu 1. in entsprechender Anwendung des § 88 Abs. 3 SGB IX einhalten müssen. Außerdem sei der Zulässigkeitsbescheid des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 17. März 2008 unwirksam, weil er unter der Bedingung erfolgt sei, dass eine Betriebsstilllegung und kein Betriebsübergang vorliege. Letztlich macht die Klägerin geltend, es sei ein Betriebsübergang von der Beklagten zu 1. auf die Beklagten zu 2. und 3. erfolgt, so dass ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen sei. 9

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 10

es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht durch von Frau Rechtsanwältin Ma namens der Beklagten zu 1. mit Schreiben vom 16. Mai 2008 erklärte Kündigung mit dem 31. August 2008 oder zu einem anderen Zeitpunkt geendet hat,

und

dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin gemäß § 613a BGB auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen ist.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. 11

Sie meinen, die formalen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Kündigung lägen vor und bestreiten, dass die Arztpraxis der Beklagten zu 1. als Betrieb gemäß § 613a BGB auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen sei. 12

So seien außer der Kassenzulassung keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel der Arztpraxis übertragen worden.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die von der Beklagten zu 1. ausgesprochene Kündigung nicht zum 30. Juni 2008, sondern erst zum 31. August 2008 geendet hat. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. 13

Die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter, während die Beklagten die Zurückweisung der Revision beantragen. 14

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Ihr Arbeitsverhältnis ist durch die von der Beklagten zu 1. ausgesprochene Kündigung zum 31. August 2008 beendet worden. 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin durch die Beklagte zu 1. sei nicht aus formalen Gründen rechtsunwirksam. So müsse bei einer nach § 18 Abs. 1 BEEG zugelassenen Kündigung die Monatsfrist des § 88 Abs. 3 SGB IX zwischen Zulässigkeitsklärung und Kündigungserklärung nicht gewahrt werden. Der Bescheid gemäß § 18 Abs. 1 Satz 3 BEEG des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 17. März 2008, mit welchem die Kündigung zugelassen worden sei, sei bestandskräftig. Er sei nicht unter der Bedingung erteilt worden, dass eine Betriebsstilllegung und kein Betriebsübergang vorliege. Es liege auch kein Betriebsübergang vor, welcher die Kündigung, für die das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar sei, unwirksam machen könnte. Der Sachvortrag der Klägerin lasse nicht den Schluss zu, die von der Beklagten zu 1. betriebene Vertragsarztpraxis sei auf die Beklagten zu 2. und 3. iSd. § 613a BGB übergegangen. Unstreitig seien die 16

bisherigen Praxisräume in Wohnräume umgewandelt worden. Das veraltete Praxisinventar sei entsorgt bzw. von der Beklagten zu 1. privat mitgenommen worden. Letztlich sei auch weder Personal noch Patientenstamm von den Beklagten zu 2. und 3. übernommen worden; so sei insbesondere auch die Patientenkartei nicht auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen. Dies hätte auch keinen Sinn gemacht, weil deren Praxis etwa 10 km von derjenigen der Beklagten zu 1. entfernt liege. Die öffentlich-rechtliche Kassenzulassung iSd. § 103 Abs. 4 SGB V könne nicht übertragen werden.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 17

Die zulässige Feststellungsklage gegen die Beklagte zu 1. ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 1. ist durch deren ordentliche Kündigung vom 16. Mai 2008 zum 31. August 2008 beendet worden. 18

I. Die für die formelle Wirksamkeit der Kündigung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG erforderliche Zulässigkeitsklärung der zuständigen obersten Landesbehörde liegt vor. 19

Mit Bescheid vom 17. März 2008 hat das Regierungspräsidium Stuttgart entschieden, dass „für den Fall, dass kein Betriebsübergang nach § 613 a Bürgerliches Gesetzbuch - BGB - stattgefunden hat“, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin „ausnahmsweise zugelassen“ wird. Damit hat die zuständige oberste Landesbehörde die Zulassung der streitgegenständlichen Kündigung bestandsfest erteilt. Die von der Klägerin geltend gemachten Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Zulässigkeitsklärung greifen bereits deshalb nicht, weil es sich bei der Entscheidung vom 17. März 2008 um einen bestandskräftigen Verwaltungsakt handelt. Da eine Nichtigkeit dieses Bescheides nicht in Betracht zu ziehen ist, hätte seine Wirksamkeit nur in einem Widerspruchsverfahren und ggf. im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten nachgeprüft werden können. An den bestandskräftigen Verwaltungsakt des Regierungspräsidiums Stuttgart sind die Arbeitsgerichte deshalb gebunden (vgl. BAG 20. Januar 2005 - 2 AZR 500/03 - AP BErzGG § 18 Nr. 8 = EzA BErzGG 20

§ 18 Nr. 7). Dieser Bescheid ist entgegen der Meinung der Klägerin im Übrigen auch nicht unter einer unzulässigen Bedingung erteilt worden. Beantragt - wie im Streitfalle - ein Arbeitgeber die Zulässigkeitsklärung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG mit der Begründung, sein Betrieb sei zu einem bestimmten Zeitpunkt stillgelegt worden, darf die zuständige oberste Landesbehörde die Zulässigkeitsklärung nicht mit der Begründung verweigern, es liege ein Betriebsübergang vor. Ob ein solcher gegeben ist, unterliegt in Streitfällen einzig der Entscheidungsbefugnis der Gerichte für Arbeitssachen. Würde die zuständige oberste Landesbehörde die beabsichtigte Kündigung deshalb nicht für zulässig erklären, weil nach ihrer Meinung ein Betriebsübergang - und damit zwangsläufig keine Betriebsstilllegung (*vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20*) - erfolgt ist, liefe das auf eine Rechtsverweigerung für den Arbeitgeber hinaus. Würde dieser ohne Zulässigkeitsklärung kündigen, wäre die Kündigung allein wegen Verstoßes gegen § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG nichtig (§ 134 BGB), selbst wenn in einem Kündigungsschutzprozess die Gerichte für Arbeitssachen eine Betriebsstilllegung bejahen und damit einen Betriebsübergang verneinen würden. Dieses Ergebnis lässt sich nur vermeiden, wenn die zuständige Behörde und nachfolgend die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit - allenfalls abgesehen von Evidenzfällen - allein auf die Absicht der Kündigung eines in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers wegen der behaupteten Betriebsstilllegung abstellen. Sie haben dabei insbesondere auch nicht die allein den Gerichten für Arbeitssachen obliegende Prüfung vorzunehmen, ob aufgrund eines vom Arbeitnehmer behaupteten Betriebsübergangs überhaupt noch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem die Zulässigkeitsklärung beantragenden Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer besteht und die beabsichtigte Kündigung möglicherweise deshalb ins Leere geht, weil das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung bereits auf den Betriebserwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen ist. Eine dem Antrag des Arbeitgebers entsprechende Zulässigkeitsklärung ergeht vorsorglich. Sie entfaltet rechtliche Wirkung nur dann, wenn die Gerichte für Arbeitssachen im Streitfalle rechtskräftig nicht vom Vorliegen eines Betriebsübergangs ausgegangen sind (*vgl.*



*OVG für das Land Nordrhein-Westfalen 21. März 2000 - 22 A 5137/99 - AP BErzGG § 18 Nr. 5 = EZA BErzGG § 18 Nr. 5).* Diese Rechtslage wollte das Regierungspräsidium Stuttgart durch seine Formulierung: „Für den Fall, dass kein Betriebsübergang nach § 613 a Bürgerliches Gesetzbuch - BGB - stattgefunden hat“ im Bescheid vom 17. März 2008 klarstellen, wie sich ua. aus der Begründung der Entscheidung ergibt, in der es ua. heißt: „Da nur die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit feststellen können, ob ein Betrieb stillgelegt bzw. auf einen anderen Inhaber gemäß § 613 a BGB übergegangen ist, wurde die Zustimmung zur Kündigung nur für den Fall, dass kein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB stattgefunden hat, erteilt.“

Damit stellt sich die Entscheidung der obersten Landesbehörde als ein grundsätzlich zulässiger „vorsorglicher Verwaltungsakt“ dar (*vgl. BVerwG 15. Dezember 1988 - 5 C 67.85 - BVerwGE 81, 84 = EZA SchwbG 1986 § 15 Nr. 6).*

21

Schutzwürdige Interessen der Klägerin und der Beklagten zu 1. stehen einer vorsorglich erteilten Zulässigkeitsklärung nicht entgegen. Liegt nämlich kein Betriebsübergang vor, entspricht die Zulässigkeitsklärung dem Gesetz, welches im Falle einer Betriebsstilllegung grundsätzlich die Kündigung zulässt. Wäre hingegen ein Betriebsübergang auf die Beklagten zu 2. und 3. ab Juli 2007 zu bejahen, hätte dies zur Folge, dass die von der Beklagten zu 1. am 16. Mai 2008 ausgesprochene Kündigung ins Leere ginge und nicht zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen würde (*vgl. BAG 27. September 2007 - 8 AZR 941/06 - BAGE 124, 159 = AP BGB § 613a Nr. 332 = EZA BGB 2002 § 613a Nr. 86).* Einen Arbeitsgerichtsprozess mit den angenommenen Betriebsübernehmern, dh. den Beklagten zu 2. und 3., kann die Klägerin ohnehin nicht vermeiden, wenn diese - wie im Streitfalle - das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit ihr bestreiten (*vgl. OVG für das Land Nordrhein-Westfalen 21. März 2000 - 22 A 5137/99 - AP BErzGG § 18 Nr. 5 = EZA BErzGG § 18 Nr. 5).*

22

II. Die Kündigung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil sie nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Zulässigkeitsbescheides des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 17. März 2008 erklärt worden ist. 23

Da sich die Klägerin zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung in Elternzeit befand, bedurfte die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses der Zulassung durch die zuständige oberste Landesbehörde (§ 18 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BEEG), dh. im Streitfalle durch das Regierungspräsidium Stuttgart (§ 1 Abs. 2 VO der Landesregierung und des Sozialministeriums über die Zuständigkeiten nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz vom 14. Februar 2007 in der bis zum 31. März 2011 geltenden Fassung). § 18 BEEG sieht keine Frist vor, binnen derer die zugelassene Kündigung nach Zugang des Zulassungsbescheides erklärt werden muss. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass entgegen der Ansicht der Klägerin § 88 Abs. 3 SGB IX, der bei der Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen eine Frist von einem Monat bestimmt, für die Zulässigkeitsklärung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG nicht entsprechend anzuwenden ist. 24

Zunächst ist der Wortlaut des § 18 BEEG eindeutig. Nach diesem wird die Einhaltung einer Frist nicht verlangt. Würde eine solche gefordert, widerspräche dies dem eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers. Diesem war nämlich zum Zeitpunkt des Erlasses des BEEG vom 5. Dezember 2006 die Frist des am 1. Juli 2001 in Kraft getretenen § 88 Abs. 3 SGB IX bekannt. Für eine unbewusste oder planwidrige Regelungslücke sind keine Anhaltspunkte gegeben. Dies folgt zum einen daraus, dass der Gesetzgeber für die Kündigung eines Arbeitnehmers während der Elternzeit eine (*an § 9 MuSchG angelehnte*) grundsätzlich andere Regelung getroffen hat als für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers. So spricht § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG davon, dass die Kündigung „ausnahmsweise ... für zulässig erklärt“ werden kann, während § 85 SGB IX bestimmt, dass die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen „der vorherigen Zustimmung“ bedarf. Des Weiteren sieht § 86 SGB IX, anders als § 18 BEEG eine Mindestkündigungsfrist für die Kündigung von schwerbehinderten Menschen vor. Außerdem enthalten 25

die §§ 87, 88 SGB IX Verfahrensregeln, welche für die Zulässigkeitsklärung nach § 18 BEEG nicht vorgesehen sind. Die Gerichte sind nicht befugt, sich über diese gesetzgeberische Entscheidung im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie hinwegzusetzen. Sie dürfen in diesem Fall lediglich eine Rechtmäßigkeitskontrolle vornehmen (*BAG 2. März 2006 - 8 AZR 124/05 - BAGE 117, 184 = AP BGB § 419 Funktionsnachfolge Nr. 25 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 48*). Somit verbietet sich ein Normverständnis, das im Widerspruch zu dem erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers steht. Ein solches darf nicht einmal im Wege verfassungskonformer Auslegung begründet werden (*BVerfG 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - EzA GG Art. 12 Nr. 48*).

Dies entspricht auch der Meinung in der Literatur, soweit sie die vorliegende Problematik behandelt (*ErfK/Gallner 11. Aufl. § 18 BEEG Rn. 14; DFL/Böck 3. Aufl. § 18 BEEG Rn. 8; nach AnwK-ArbR/Osnabrügge 2. Aufl. § 18 BEEG Rn. 31 sollte der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich nach Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung aussprechen, da nicht „auszuschließen“ sei, dass Gerichte § 88 Abs. 3 SGB IX entsprechend heranziehen*). 26

III. Die Kündigung ist nicht nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB deshalb unwirksam, weil sie wegen eines Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils ausgesprochen worden ist. 27

Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, ist die von der Beklagten zu 1. betriebene Arztpraxis nicht im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 BGB auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen. 28

1. Bei der revisionsrechtlichen Überprüfung des landesarbeitsgerichtlichen Urteils hat der Senat von den Tatsachenfeststellungen des Berufungsurteils auszugehen, weil gegen diese keine durchgreifenden Revisionsangriffe von der Klägerin erhoben worden sind (§ 559 Abs. 2 ZPO). 29

Die Klägerin rügt, das Landesarbeitsgericht hätte sich nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO „genaue Kenntnis vom Inhalt der Kaufverträge“ zwischen der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 3. sowie zwischen der Beklagten zu 3. und dem Beklagten zu 2. „verschaffen“ müssen. Nur so hätte das Be- 30

rufungsgericht prüfen können, „ob die in dem Kaufvertrag bezeichneten Gegenstände Indiz oder Merkmal für einen Betriebsübergang darstellen“. In einem weiteren Schritt hätte geprüft werden müssen, „ob diese Gegenstände nur zum Schein angegeben wurden und es sich bei den zwischen den Beklagten geschlossenen Verträgen ... um Scheinverträge handelt“. Außerdem hätte der Klägerin Kenntnis über die Vertragsinhalte verschafft werden müssen, um sie in die Lage zu versetzen, substantiiert zu den Voraussetzungen des Betriebsübergangs bzw. zum Übergang der Betriebsmittel vortragen zu können.

Der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß des Landesarbeitsgerichts gegen § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO liegt nicht vor. 31

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer, der sich auf die Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 613a Abs. 4 BGB beruft, darzulegen, und ggf. zu beweisen, dass die Kündigung wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen wurde und demzufolge auch, dass überhaupt ein Betriebsübergang vorgelegen hat (*vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98; 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210; 5. Dezember 1985 - 2 AZR 3/85 - AP BGB § 613a Nr. 47 = EzA BGB § 613a Nr. 50*). 32

Dieser Darlegungs- und Beweislast genügt die Klägerin nicht dadurch, dass sie die Vorlage der sich im Besitz der Beklagten befindlichen Kaufverträge bezüglich der Arztpraxis gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO beantragt und behauptet, aus diesen Verträgen ergebe sich, welche Gegenstände von der Beklagten zu 1. auf die Beklagten zu 2. und 3. übergegangen seien und ob diese Gegenstände nur zum Schein veräußert worden seien. Das Gericht darf nämlich die Urkundenvorlegung nicht zum Zwecke bloßer Informationsgewinnung anordnen, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrages der darlegungs- und beweispflichtigen Partei anordnen (*vgl. BGH 15. Juni 2010 - XI ZR 318/09 - WM 2010, 1448*). § 142 ZPO dient nicht dazu, einer Partei die Darlegungslast dadurch zu erleichtern, dass das Gericht eine Ausforschung betreibt. Dieses ist deshalb nicht gehalten, auf den Vortrag einer Partei, weiterer, die Schlüssigkeit der 33

Klage herbeiführender Sachvortrag befinde sich in beim Prozessgegner verfügbaren Urkunden, die Vorlage derselben anzuordnen (*vgl. BGH 14. Juni 2007 - VII ZR 230/06 - MDR 2007, 1188*).

2. Zutreffend nimmt das Landesarbeitsgericht an, die Klägerin habe einen Übergang der von der Beklagten zu 1. betriebenen Arztpraxis auf die Beklagten zu 2. und 3. iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht dargelegt. 34

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 diesen 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 Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen sowie die Dauer der evtl. Unterbrechung der Betriebstätigkeit. 35

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 (*vgl. BAG 30. Oktober 2008 - 8 AZR 397/07 - AP BGB § 613a Nr. 358 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 103*). 36

3. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat kein Betriebsübergang stattgefunden. Die von der Beklagten zu 1. allein betriebene Arztpraxis stellte 37

eine wirtschaftliche Einheit dar. Deren Zweck war darauf gerichtet, für Patienten medizinische Dienstleistungen zu erbringen. Um diese ärztlichen Tätigkeiten zu erledigen, bedurfte die Beklagte zu 1. einer Organisation, welche diesem Betriebszweck diene. Erforderlich waren dazu Mitarbeiter, wie die Klägerin, welche nachgeordnete Personaldienstleistungen, wie Empfangs- und Telefondienst, Schreibarbeiten und die Beklagte zu 1. unterstützende medizinisch-technische Tätigkeiten verrichteten. Weiter gehörten dazu Betriebsmittel (*zB Büro-, Wartezimmer Einrichtung, Patientenkartei, medizinische Untersuchungs- und Behandlungsgeräte sowie vor allem Praxisräume*). Trotz dieser materiellen Betriebsmittel, ohne die eine Arztpraxis nicht betrieben werden kann, steht die Patientenbetreuung durch den Arzt und die nichtärztlichen Praxismitarbeiter im Mittelpunkt der betrieblichen Tätigkeit. So ist die gesamte Organisation einer von einem Arzt allein betriebenen Praxis auf die Person des Arztes zugeschnitten, insbesondere auf dessen individuelle ärztliche Arbeitsweise. Hinzu kommt, dass Patienten eine Arztpraxis häufig deshalb aufsuchen, weil sie dem dort tätigen Arzt besonderes Vertrauen entgegenbringen oder dessen Sachkunde oder Fähigkeiten schätzen und weil sie sich von ihm und seinen Mitarbeitern gut betreut fühlen. Damit wird die Arbeit einer Arztpraxis in der Regel durch die dort tätigen Personen, nicht durch die vorhandenen Betriebsmittel geprägt. Ausnahmen von diesem Grundsatz können dann vorliegen, wenn eine Arztpraxis vor allem durch die vorhandenen medizinischen Geräte und weniger durch die dort tätigen Ärzte geprägt ist und die Praxis vor allem wegen der medizinischen Untersuchungs- bzw. Behandlungsgerätschaften aufgesucht wird (*zB radiologische oder nuklearmedizinische Praxen*). Eine solche Ausnahme ist im Streitfalle jedoch nicht gegeben, weil die Beklagte eine allgemein-internistische Praxis betrieben hatte.

Zur Erreichung des Betriebszweckes der Arztpraxis kam es deshalb im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. Die materiellen und immateriellen Betriebsmittel spielten nur eine untergeordnete Rolle. Es handelte sich demnach um einen betriebsmittelarmen Betrieb, bei dem es auf ein „eingespieltes Mitarbeiterteam“ und die Fachkenntnisse dieser Mitarbeiter ankommt. Ein solcher Betrieb kann zwangsläufig unter Aufrechterhaltung seiner

38

Identität nur dann von einem Betriebserwerber fortgeführt werden, wenn dieses Mitarbeiterteam übernommen wird, weil dieses beim betriebsmittelarmen Betrieb identitätsbildend ist (vgl. BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27). An einer solchen Übernahme des Praxispersonals durch die Beklagten zu 2. und 3. fehlt es.

Eine von obigen Grundsätzen abweichende Beurteilung ist auch nicht aus anderen Gründen geboten. So hat das Landesarbeitsgericht für den Senat bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO) festgestellt, dass weder die Patientenkartei noch sonstiges Praxisinventar oder die Praxisräume übernommen worden sind. 39

4. Letztlich dienten die zwischen den Beklagten getroffenen Vereinbarungen nur dem „Verkauf der kassenärztlichen Zulassung“, der als solcher nach § 103 Abs. 4 SGB V rechtlich nicht möglich ist, weil nur die Arztpraxis als solche Gegenstand des Privatrechtsverkehrs ist und durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann (vgl. BSG 29. September 1999 - B 6 KA 1/99 - BSGE 85, 1). 40

IV. Die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung war nicht daraufhin zu überprüfen, ob sie sozial gerechtfertigt iSd. § 1 KSchG ist. Da in der Arztpraxis in der Regel nicht die von § 23 Abs. 1 Satz 2 bis Satz 4 KSchG geforderte Mindestzahl von Arbeitnehmern beschäftigt war, findet § 1 KSchG auf die Kündigung keine Anwendung. 41

C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. 42

Hauck

Böck

Breinlinger

Volz

Burr