

Aktenzeichen: 2 AZR 115/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 14. März 1985

- 2 AZR 115/84 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 21. April 1983

Krefeld

- 3 Ca 3024/82 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 25. November 1983

Düsseldorf

- 5 (12) Sa 977/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Begriff des Betriebes - Kündigung eines Hausmeisters

Gesetz:

KSchG 1969 §§ 1, 23 Abs. 1 Satz 2; BGB § 626; ZPO § 554

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Hausverwaltung als Betrieb. Kündigungsschutz im
Kleinbetrieb. Zahl der Arbeitnehmer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 115/84

5 (12) Sa 977/83 Düsseldorf

Verkündet am
14. März 1985

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 14. März 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Mayr und Brocksiepe für Recht erkannt:



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



-2-

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 25. November 1983 - 5 (12) Sa 977/83 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger ist verheiratet und hat ein minderjähriges Kind. Beim Beklagten, der eine Häuserverwaltung betreibt, war er seit Oktober 1981 als Hausmeister mit einem Monatsverdienst von 1.700,-- DM brutto beschäftigt.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 1982 hat der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. Dezember 1982 gekündigt. Dagegen hat der Kläger am 14. Dezember 1982 Kündigungsschutzklage erhoben. Im Güutetermin am 10. Januar 1983 wurde dem mit seinem Prozeßbevollmächtigten selbst anwesenden Kläger vom Beklagten mit Anwaltsschriftsatz vom 10. Januar 1983 vorsorglich erneut fristlos gekündigt. Der Kläger, der schon im Güutetermin auch diese Kündigung angegriffen hat, rügte mit Schriftsatz vom 19. Januar 1983, daß dem Kündigungsschriftsatz keine Kündigungsvollmacht beigelegt war und erweiterte außerdem die Klage auf Abgeltung von 21 Überstunden.

Der Kläger hat geltend gemacht, der Beklagte habe im Zeitpunkt der Kündigung ihn und noch sieben weitere Personen, nämlich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

die Frauen Sch , B , Br und seine Tochter Be S sowie die Herren Schr , K sowie seinen Sohn D Scho als Arbeitnehmer beschäftigt. Nach dem mithin anwendbaren Kündigungsschutzgesetz sei daher die fristgemäße Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Ein Grund für die Kündigung habe nicht vorgelegen, da er seine Arbeitsleistungen immer ordnungsgemäß erbracht habe und der Beklagte die Häuserverwaltung seines Grundbesitzes - entgegen seiner Behauptung - nach wie vor selbst besorge. Auch die fristlose Kündigung sei mangels eines sie rechtfertigenden Grundes unwirksam. Nach Erhalt der fristgemäßen Kündigung sei er nicht unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben, da ihm von der Tochter des Beklagten, Be S , Urlaub gewährt worden sei. Seit dem 23. Dezember 1982 sei er arbeitsunfähig erkrankt gewesen.

Die 21 Überstunden, für die er eine Abgeltung von 210,-- DM verlange, habe er in der Zeit vom 7. Oktober 1982 bis 5. Dezember 1982 geleistet.

Der Kläger hat beantragt,

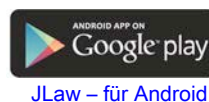
festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis bei dem Beklagten nicht aufgrund der Kündigung des Beklagten vom 6. Dezember 1982 zum 31. Dezember 1982 beendet ist;

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis auch nicht aufgrund der Kündigung, ausgesprochen mit Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten im Termin vom 10. Januar 1983, beendet worden ist;

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 210,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.



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



-4-

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt und vorgetragen, die fristgemäße Kündigung vom 6. Dezember 1982 sei schon deshalb rechtswirksam, weil er keine fünf Arbeitnehmer beschäftige und daher das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Bei Frau Sch , die seine Buchhaltung erledige und die ihre Arbeitszeit selbst bestimme, handele es sich um eine freie Mitarbeiterin. Frau B und Frau Br seien bei seiner Ehefrau im Haushalt beschäftigt. Seine Tochter Be S und sein Sohn D Scho seien bei ihm nicht beschäftigt. Sein Sohn sei freier Mitarbeiter. Abgesehen davon sei die fristgemäße Kündigung aber auch aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt, da er die eigene Verwaltung seines Grundbesitzes zum 31. Dezember 1982 aufgegeben und anderweitig vergeben habe. Auch den Hausmeistern Schr und K , die er nicht mehr benötige und nicht mehr beschäftigen könne, habe er deshalb gekündigt. Die Verwaltung seines Grundbesitzes habe er zunächst probeweise und dann ab 1. Januar 1983 der Gesellschaft D Scho /M H übertragen wollen. Für die Zeit ab 1. Oktober 1982 habe er deshalb seinem Sohn D Scho eine notarielle Vollmacht zur Erledigung aller seiner Geschäfte erteilt. Da es jedoch Schwierigkeiten gegeben habe, habe er Mitte Februar 1983 die seinem Sohn erteilte Vollmacht zurückgezogen und die Wohnungsverwaltung, die er bis 31. Dezember 1982 selbst betrieben habe, seiner Tochter übergeben.

Die fristgemäße Kündigung sei im übrigen auch deswegen gerechtfertigt, weil der Kläger seine Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt habe. Der Kläger habe seine Arbeiten nur schleppend und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-5-

mangelhaft erledigt. So sei der Kläger beispielsweise nicht einmal in der Lage gewesen, eine Wohnung ordnungsgemäß zu renovieren. Häufig habe er die Arbeit verweigert und den Anordnungen seines Sohnes D Scho keine Folge geleistet. Einen ihm Anfang Dezember 1982 erteilten Auftrag, eine Türe zur Reparatur in den Keller zu bringen, habe er dadurch erledigt, daß er die Türe aus dem vierten Stock in den Hof des Grundstückes hinuntergeworfen habe. Die Türe sei dadurch irreparabel beschädigt worden. Zur gleichen Zeit habe er die Anweisung, sämtliche Appartementschlüssel des Hauses Luisenstraße 153 in das Büro zu bringen, weil anderntags mit Handwerkern eine Besichtigung der Räume wegen fälliger Installationsarbeiten verabredet gewesen sei, nicht befolgt.

Die vorsorglich ausgesprochene fristlose Kündigung vom 10. Januar 1983 sei rechtswirksam, weil der Kläger unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei.

Ein Anspruch auf Überstundenbezahlung stehe dem Kläger nicht zu, da ihm die Ableistung von Überstunden grundsätzlich verboten worden sei. Der Kläger habe die angeführten Überstunden auch nicht geleistet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das erstinstanzliche Urteil abgeändert und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Beklagten weder durch die fristgemäße Kündigung vom 6. Dezember 1982 noch durch die fristlose Kündigung des



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



-6-

Beklagten vom 10. Januar 1983 aufgelöst worden ist. Im übrigen hat es die Berufung als unzulässig verworfen und die Revision bezüglich der Feststellungsklage zugelassen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis mit Recht angenommen, daß weder durch die fristgemäße Kündigung vom 6. Dezember 1982 noch durch die fristlose Kündigung vom 10. Januar 1983, die in der Revisionsinstanz allein noch im Streit sind, das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst worden ist.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung, da der Beklagte in seinem Betrieb, nämlich der Häuserverwaltung, die den Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes darstelle, in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftige. Regelmäßig habe der Beklagte in seinem Betrieb drei Hausmeister, nämlich den Kläger und die Hausmeister Schr und K , beschäftigt sowie zwei Putzfrauen. Unerheblich sei, daß der Beklagte als Vermieter den Lohn für die Putzfrauen auf die einzelnen Mietparteien umgelegt und diese auch nur an einigen Tagen der Woche Arbeitsleistungen erbracht haben. Zu berücksichtigen sei ferner die Tochter des Beklagten, Be S , die im Zusam-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-7-

menhang mit der Häuserverwaltung durchgehend Arbeiten für den Beklagten verrichtet habe und deshalb auch als Arbeitnehmerin des Beklagten angesehen werden müsse, zumal sie - wie vom Beklagten eingeräumt - im Jahre 1982 eine Steuerkarte eingereicht habe. Sie habe nicht nur eine kurzfristige sporadische Tätigkeit im Rahmen eines familiären Vertretungsverhältnisses ausgeübt. Dem stehe nicht entgegen, daß die Tochter seit etwa zwei bis drei Jahren eine selbständige Gewerbetreibende sei, da dieser Umstand eine daneben ausgeübte abhängige Beschäftigung nicht ausschließe. Die einen Arbeitnehmer kennzeichnende persönliche Abhängigkeit sei auch weder deshalb in Frage gestellt, weil die Tochter des Beklagten mit allumfassender Vollmacht ausgestattet war, noch weil sie wegen ihrer eigenen Firma wirtschaftlich unabhängig und auf die Arbeit bei ihrem Vater möglicherweise nicht angewiesen gewesen sei. Auch leitende Personen im Sinne von § 17 Abs. 5 Nr. 3 KSchG seien bei § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG mit einzubeziehen. Gleiches gelte für den Sohn D Scho , der seit 1980 bis Oktober 1982 beim Beklagten auf Lohnsteuerkarte gearbeitet habe. Auch er habe nicht im Rahmen eines familienrechtlichen Gefälligkeitsverhältnisses, sondern als Arbeitnehmer des Beklagten gearbeitet, den er bei den häufigen Abwesenheitszeiten sogar in vollem Umfange vertreten habe. Nicht zu berücksichtigen seien dagegen Frau B und Frau Br , die nicht in der Häuserverwaltung, sondern im Haushalt beschäftigt sind, wobei dahingestellt bleiben könne, ob insoweit der Beklagte oder seine Frau als Arbeitgeber fungiere. Fraglich sei, ob auch Frau Sch , die bei freier Arbeitszeiteinteilung jeweils dienstags und donnerstags die Buchhaltung führe und insoweit auch in die Betriebsorganisa-



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



tion eingegliedert sei, als Arbeitnehmerin des Beklagten angesprochen werden könne. Dies könne dahingestellt bleiben, da jedenfalls zum Zeitpunkt, zu dem sich der Beklagte zur Abgabe der Häuserverwaltung entschlossen habe, sieben Personen im Betrieb des Beklagten als Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt worden seien, die im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu berücksichtigen seien.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten der revisionsrechtlichen Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

1. Die Vorschriften des ersten Abschnittes über den allgemeinen Kündigungsschutz gelten gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht für Verwaltungen und Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden.

a) Bezüglich der vom Beklagten betriebenen Häuserverwaltung geht das Landesarbeitsgericht zunächst im Ergebnis zutreffend von dem Vorliegen eines Betriebes aus. Das KSchG enthält keine eigenständige Definition des Betriebes. Ausgangspunkt ist daher der in der Rechtsprechung und in der Rechtslehre entwickelte Betriebsbegriff, wonach unter einem Betrieb die organisatorische Einheit zu verstehen ist, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpfen (herrschende Meinung, vgl. BAG 1, 175 = AP Nr. 1 zu



§ 88 BetrVG; BAG Urteil vom 26. August 1971 - 2 AZR 233/70 - AP Nr. 1 zu § 23 KSchG 1969; BAG 40, 145, 155; KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 79 ff. und § 23 KSchG Rz 14 ff.). Wie aus dem Schutzzweck des Kündigungsschutzgesetzes folgt, ist dieser Betriebsbegriff jedoch im weitesten Sinne zu verstehen (BAG 40, 145, 155; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 23 Rz 3 a; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 128 I 3, S. 796). So interpretiert kann nicht zweifelhaft sein, daß die vom Beklagten betriebene Häuserverwaltung einen Betrieb im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG darstellt (BAG Urteil vom 9. September 1982 - 2 AZR 253/80 - BAG 40, 145 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Hausmeister, mit zust. Anm. von Jahnke, zu III 2). Dem Landesarbeitsgericht, das es allerdings in erster Linie auf den arbeitstechnischen Zweck abstellt, aber zum gleichen Ergebnis kommt, ist daher im Ergebnis beizupflichten.

b) Für die Bestimmung des betrieblichen Geltungsbereiches des allgemeinen Kündigungsschutzes kommen nach § 23 KSchG nur Personen in Betracht, die zu dem Inhaber des Betriebes in einem Arbeitsverhältnis stehen. Personen, die als freie Mitarbeiter, arbeitnehmerähnliche Personen oder mithelfende Familienangehörige im Rahmen familienrechtlicher Beziehungen zu dem Betriebsinhaber für den Betrieb tätig sind, sind dagegen nicht mitzuzählen (allgemeine Meinung; vgl. KR-Becker, 2. Aufl., § 23 KSchG Rz 19; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 23 Rz 6 ff.). Maßgebend für die Bestimmung der "in der Regel" vom Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, weil das Kündigungsschutzgesetz für die Frage, ob es Anwendung



findet, generell auf den Kündigungsvorgang als Gestaltungsakt abstellt (BAG Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Treuepflicht; Hueck, aaO, § 23 Rz 2; KR-Becker, aaO, Rz 24; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, § 23 Anm. 2). Darauf ist jedenfalls dann abzustellen, solange es sich bei normalem Betriebsverlauf erkennbar um die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnende Beschäftigungslage handelt (vgl. dazu Herschel/Löwisch, aaO, Rz 9; vgl. auch Tschöpe, BB 1983, 1416, 1418).

Das Landesarbeitsgericht hat demgegenüber auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem sich der Beklagte nach seiner Behauptung entschlossen hatte, die Häuserverwaltung abzugeben. Diese Auffassung des Landesarbeitsgerichts - die vorliegend das Ergebnis allerdings nicht beeinflußt hat - ist abzulehnen, da dieser Zeitpunkt manipulierbar und nicht immer genau fixierbar ist.

2. Arbeitnehmer ist derjenige, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist. Entsprechend diesem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff hat das Landesarbeitsgericht - unter Einschluß des Klägers - in sieben Fällen ein Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten als gegeben erachtet. Es hat, da der Beklagte in der Regel mehr als fünf, nämlich sieben Arbeitnehmer beschäftigte, im Streitfall deswegen die Anwendbarkeit des KSchG angenommen. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Die Revision rügt erfolglos, daß das Landesarbeitsgericht



bei der Ermittlung der Beschäftigungszahl außer dem Kläger und dem Hausmeister Schr auch den Hausmeister K mit in die Berechnung einbezogen hat, da dieser unbestritten erst im Oktober 1982 auf Probe eingestellt worden ist. Diese Rüge ist jedoch nicht begründet. Denn es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht angesichts der Beschäftigung von drei Hausmeistern im maßgeblichen Beurteilungszeitraum und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Rahmen seiner tatrichterlichen Sachverhaltswürdigung davon ausgeht, drei Hausmeister seien für die Erledigung der anfallenden Arbeiten regelmäßig benötigt worden; diese machten somit die "normale Hausmeisterbetriebsstärke" aus. Davon konnte das Landesarbeitsgericht um so eher ausgehen, als der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, der Beklagte habe - offenbar als Ersatz für die entlassenen Hausmeister - "drei Arbeitnehmer kurzfristig neu eingestellt". Der Beklagte hat auch nicht vorgetragen, die Einstellung des Hausmeisters K sei nur zur Abdeckung eines vorübergehenden erhöhten Arbeitsanfalles erfolgt. Die Einstellung von K "zur Probe" deutet im Gegenteil auf eine beabsichtigte Dauerbeschäftigung hin.

Die insoweit erhobene Rüge der mangelnden Sachaufklärung ist unzulässig - es fehlt die Angabe, welche Fragen hätten gestellt werden müssen und was die Partei darauf erwidert hätte (BAG Urteil vom 23. Februar 1962 - 1 AZR 49/61 - AP Nr. 8 zu § 322 ZPO) - jedenfalls aber unbegründet.

b) Das Landesarbeitsgericht hat ferner zutreffend "die beiden



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



Putzfrauen, auf die sich der Kläger nachträglich ebenfalls berufen hat," als Arbeitnehmerinnen des Beklagten berücksichtigt. Das wird von der Revision mit der Begründung angegriffen, es handele sich bei diesen beiden Frauen offenbar um die im Haushalt tätigen Frauen B und Br. Der Kläger habe sich im Termin vom 27. Juli 1983 aber lediglich auf eine Frau F berufen.

Diese Rüge greift ebenfalls nicht durch. Wie die Revision übersieht, hat der Kläger sich sowohl im Termin vom 27. Juli 1983 als auch im Termin am 4. November 1983 auf eine Frau F berufen, die - wie vom Beklagten zugestanden - einmal oder zweimal in der Woche das Haus Luisenstraße 146 putzt. Im Termin am 4. November 1983 hat der Kläger hingegen unwidersprochen auf zwei weitere im Betrieb des Beklagten tätige Putzfrauen verwiesen und Frau F hierfür als Zeugin benannt.

Das Landesarbeitsgericht hat die vom Kläger zunächst benannten Frauen B und Br, weil dem Haushalt zugehörig, als Arbeitnehmerinnen des Betriebes (Häuserverwaltung) eingeklammert. Daraus folgt, daß es sich bei den besagten "zwei Putzfrauen", die das Landesarbeitsgericht als Arbeitnehmerinnen im Betrieb des Beklagten berücksichtigt hat, um die vom Kläger später benannte Frau F und eine weitere, namentlich allerdings nicht genannte Person handelt. Zu diesem Ergebnis konnte das Landesarbeitsgericht aufgrund des Sachvortrags der Parteien auch kommen. Im übrigen geht es hierbei um eine Tatsachenfeststellung, die nur mit einem vom Beklagten nicht gestellten Tatbestandsberichtigungsantrag hätte bekämpft werden können (BAG



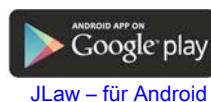
-13-

Urteil vom 9. Dezember 1955 - 1 AZR 531/54 - AP Nr. 2 zu § 7 KSchG; BAG Urteil vom 13. März 1964 - 1 AZR 100/63 - AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Im Ergebnis ist jedenfalls mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß im Betrieb des Beklagten ständig auch zwei Putzfrauen, wenn auch nur an einigen Tagen in der Woche, als Arbeitnehmerinnen beschäftigt werden.

c) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auch die Tochter des Beklagten, Be S, und dessen Sohn D Scho als Arbeitnehmer des Beklagten angesehen und in die Berechnung der Beschäftigten nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG mit einbezogen. Be und D Scho haben nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, ausgestattet mit umfassenden Vollmachten, im Zusammenhang mit der Hausverwaltung durchgehend Arbeiten für den Beklagten verrichtet. Unstreitig haben Be S im Jahre 1982 und D Scho für die Jahre 1980 bis Oktober 1982 auch eine Lohnsteuerkarte eingereicht. Auch wenn nicht feststeht, ob und inwieweit hierauf aus Anlaß der Tätigkeit beim Beklagten Eintragungen gemacht worden sind, folgt aus den geleisteten Arbeiten und namentlich auch aus der Abgabe der Lohnsteuerkarten mit hinreichender Deutlichkeit, daß die Parteien nach ihrem erkennbaren und insoweit auch maßgebenden Willen (vgl. dazu KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 34; BAG 25, 505 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit) nicht nur an die Erfüllung familienrechtlicher Verpflichtungen gedacht haben, sondern an die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten (vgl. dazu BAG Urteil vom



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



3. Oktober 1975 - 5 AZR 427/74 - AP Nr. 16 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Sofern die Abgabe der Lohnsteuerkarten nicht in Vollzug der mit Be und D Scho begründeten Arbeitsverhältnisse, sondern aus anderen Gründen erfolgt sein sollte, etwa um steuerliche Vorteile, in welcher Art auch immer, zu erlangen (legale Gründe sind eigentlich nicht ersichtlich), so hat dies der Beklagte im Rahmen seiner prozessualen Erklärungspflicht gemäß § 138 Abs. 1 ZPO jedenfalls nicht dargelegt und deutlich gemacht. Der Annahme eines Arbeitsverhältnisses steht auch nicht entgegen, daß sowohl Be als auch D Scho neben ihrer Tätigkeit beim Beklagten auch als Selbständige tätig sind; Be S als Gewerbetreibende und D Scho als Immobilienkaufmann. Dieser Umstand schließt, wie das Landesarbeitsgericht richtig gesehen hat, das Vorliegen von Arbeitsverhältnissen nicht aus (BAG 8, 47; ferner Neumann/Duesberg, AR-Blattei "Mehrfachbeschäftigung I und II").

3. Nach alledem ergibt sich, daß das Landesarbeitsgericht die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes zu Recht bejaht hat. Der Beklagte hat im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer in seinem Betrieb, der von ihm betriebenen Häuserverwaltung, beschäftigt. Davon ist auch dann auszugehen, wenn entsprechend dem Vortrag des Beklagten unterstellt wird, daß sein Sohn D Scho im Oktober 1982 - bis zu diesem Zeitpunkt lief die Lohnsteuerkarte - als Arbeitnehmer ausgeschieden ist, weil er von da ab zusammen mit seinem Geschäftspartner (Gesellschaft Scho /H) die Verwaltung des Grundbesitzes betreiben sollte. Auch dann verbleiben immer



noch sechs vom Beklagten regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer.

III. Zur Frage der Rechtswirksamkeit der fristgemäßen Kündigung mit Schreiben vom 6. Dezember 1982 zum 31. Dezember 1982 hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, daß diese weder im Hinblick auf betriebs-, noch im Hinblick auf personen- oder verhaltensbedingte Gründe sozial gerechtfertigt sei. Der Kündigung aus betrieblichen Gründen stehe schon der hier anwendbare § 613 a BGB entgegen. Unabhängig davon sei die Kündigung auch nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Wie sich aus dem Vortrag des Beklagten ergebe, sei der Gang der Dinge noch ungewiß gewesen. Der Beklagte habe die Verwaltung der Häuser nicht aus den Händen gegeben, sondern diese in den Monaten November/Dezember 1982 nur versuchsweise der Gesellschaft Scho /H übertragen wollen. Die Kündigung der Hausmeister sei auch erst zum 15. Februar 1983 beabsichtigt gewesen. Das Vorliegen betriebsbedingter Gründe werde auch durch die Neueinstellung von drei Hausmeistern durch den Beklagten nach Entlassung der früheren Hausmeister widerlegt. Tatsächlich sei die fristgemäße Kündigung des Klägers aus verhaltensbedingten Gründen erfolgt, jedoch seien auch insoweit keine die Kündigung rechtfertigenden Gründe feststellbar. Aus den einzigen substantiiert vorgetragenen Vorfällen, nämlich Beschädigung der Tür und Nichtabgabe der Schlüssel, die sich jeweils Anfang Dezember 1982 zugetragen haben, ließe sich für eine Kündigung allenfalls dann etwas herleiten, wenn der Kläger zuvor bereits wegen ähnlicher Vorkommnisse abgemahnt worden wäre. Dies sei jedoch nicht der Fall. Das diesbezügliche Vorbringen des Beklagten sei unsubstantiiert.



-16-

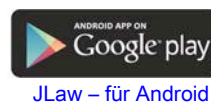
Die fristlose Kündigung scheitere bereits an § 626 Abs. 2 BGB. Jedenfalls habe der Beklagte die Voraussetzungen nicht schlüssig dargelegt.

IV. Auch diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts ist im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung, beizupflichten. Die fristgemäße Kündigung vom 6. Dezember 1982 zum 31. Dezember 1982 ist weder aus betriebsbedingten, noch aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt.

1. Die Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung ergibt sich entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts jedoch nicht schon aus § 613 a Abs. 4 BGB. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebsüberganges im Sinne des § 613 a BGB liegen nach dem Vortrag des Beklagten nicht vor. Der Beklagte hat - was vorliegend im Ergebnis allerdings auf eine Betriebsstillegung hinausläuft - lediglich beabsichtigt und angestrebt, die Häuserverwaltung zu seiner Entlastung an einen Dritten zu vergeben. So hat der Beklagte nach seiner Behauptung die Verwaltung seiner Häuser zunächst probeweise und dann ab 1. Januar 1983 der Gesellschaft D Scho /M H übertragen wollen, wegen Unzufriedenheit mit deren Tätigkeit schließlich aber seiner Tochter Be S ab 1. Februar 1983 die Häuserverwaltung übertragen. Darin liegt kein zur Anwendung des § 613 a BGB führender Betriebsübergang, weil der Beklagte die Hausverwaltung nicht einschließlich der dazu erforderlichen Betriebsmittel (Büro, Unterlagen) "übertragen", sondern an einen anderen Unternehmer



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



vergeben hat (vgl. BAG 27, 291; BAG Urteil vom 27. September 1984 - 2 AZR 309/83 - NZA 1985, 493 = ZIP 1985, 698 = DB 1985, 1399; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 18; MünchKomm-Schaub, BGB, § 613 a Rz 25 ff.; Oehmann/Bürger/Matthes, Handwörterbuch des Arbeitsrechts, 5. Aufl., Stichwort "Betriebsübergang"; Palandt, BGB, 44. Aufl., § 613 a Anm. 2).

2. Die fristgemäße Kündigung ist jedoch nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Davon geht das Landesarbeitsgericht zu Recht aus. Die Stilllegung eines Betriebes ist zwar der typische Fall einer betriebsbedingten Kündigung (BAG Urteil vom 16. September 1982 - 2 AZR 271/80 - AP Nr. 4 zu § 22 KO; BAG Urteil vom 23. März 1984 - 7 AZR 409/82 - ZIP 1984, 1524; BAG Urteil vom 27. September 1984 - 2 AZR 309/83 - NZA 1985, 493 = ZIP 1985, 698; Herschel/Löwisch, aaO, § 1 Rz 204; Hillebrecht, ZIP 1985, 257, 261), der Beklagte hat vorliegend aber nicht hinreichend substantiiert dargelegt, daß er bereits im Zeitpunkt der Kündigung am 6. Dezember 1982 ernsthaft und auch endgültig entschlossen war, den Betrieb durch Vergabe der Hausverwaltung an Dritte zum 31. Dezember 1982 stillzulegen. Der Stilllegungsentschluß des Beklagten hatte im Kündigungszeitpunkt jedenfalls noch keine greifbaren Formen angenommen, wie dies erforderlich wäre, damit er sich erfolgreich auf das Vorliegen betriebsbedingter Kündigungsgründe hätte berufen können (BAG, aaO; Hillebrecht, aaO). Das Landesarbeitsgericht weist in diesem Zusammenhang, und zwar unter Zugrundelegung des Vorbringens des Beklagten, zutreffend auf die Ungewißheit der Entwicklung im Kündigungszeitpunkt und darauf hin, daß der Beklagte im Jahre



1982 die Wohnungsverwaltung nicht endgültig abgegeben, sondern sie in den Monaten November und Dezember 1982 nur "versuchsweise" der Gesellschaft Scho /H überlassen hat. Gerade die nur versuchsweise Überlassung der Wohnungsverwaltung zeigt aber mit unabweisbarer Deutlichkeit, daß der Beklagte zum Kündigungszeitpunkt noch nicht endgültig zur Betriebsstillegung entschlossen war. Der Stilllegungsentschluß hatte jedenfalls noch keine derartigen greifbaren Formen angenommen, die den Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist als sehr wahrscheinlich erscheinen ließen (vgl. Hilbrecht, aaO, S. 262). Das Vorbringen des Beklagten, die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen, nämlich wegen Betriebsstillegung zum 31. Dezember 1982 ausgesprochen zu haben, wird zudem dadurch widerlegt, daß er den übrigen Hausmeistern erst zum 15. Januar 1983 und 25. Februar 1983 gekündigt hat (vgl. die Erklärung des Beklagten im Sitzungsprotokoll vom 17. Februar 1983, Bl. 34 VorA).

3. Schließlich ist die fristgemäße Kündigung zum 31. Dezember 1982 auch nicht aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt. Kündigungsrechtlich relevant sind lediglich die sich Anfang Dezember 1982 zugetragenen Vorfälle mit der Beschädigung einer Türe und der Nichtabgabe von Schlüsseln. Insoweit fehlt es jedoch, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausführt, an einer wirksamen vorherigen Abmahnung.

Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist bei Störungen im sogenannten Leistungsbereich in der Regel



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

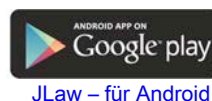


[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eine vorherige Abmahnung erforderlich (BAG 11, 278, 287 f.; 19, 351, 354; BAG Urteil vom 8. August 1968 - 2 AZR 348/67 - AP Nr. 57 zu § 626 BGB; KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 234 ff.; KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 96 ff.). Fehlt es an einer solchen Abmahnung, so ist eine auf Leistungsmängel gestützte ordentliche Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Von einer Abmahnung in diesem Sinne kann aber nur gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich und ernsthaft ermahnt und ihn auffordert, ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu ändern bzw. aufzugeben, verbunden mit dem Hinweis, daß andernfalls der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; KR-Hillebrecht, aaO, Rz 97 m. w. N.). Eine Abmahnung, die diesen Anforderungen entspricht und für die der Beklagte darlegungs- und beweispflichtig ist, liegt, wie letztlich auch die Ausführungen der Revision hierzu zeigen, nicht vor. Insbesondere kann eine Abmahnung in dem aufgezeigt erforderlichen Sinne nicht darin gesehen werden, daß dem Kläger - wie die Revision unter Hinweis auf den Schriftsatz vom 11. Januar 1983 vorträgt - wegen der Art der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben mehrfach angekündigt worden sei, bei Ausbleiben einer Besserung seiner Arbeiten würden diese an Firmen übertragen. Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht mangels einer substantiiert vorgetragenen konkreten Abmahnung zu dem Ergebnis kommt, daß die fristgemäße Kündigung auch nicht aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt ist.



-20-

V. Mit der in vollem Umfang eingelegten Revision wendet sich der Beklagte auch gegen die vom Landesarbeitsgericht getroffene Feststellung der Unwirksamkeit der am 10. Januar 1983 ausgesprochenen fristlosen Kündigung. Die Revisionsbegründung geht jedoch auf die fristlose Kündigung nicht ein; es wird nicht dargelegt, aus welchen Gründen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über die fristlose Kündigung für unrichtig gehalten wird. Insoweit ist daher die Revision wegen fehlender Begründung gemäß § 554 Abs. 3 ZPO unzulässig (BAG 2, 58; 6, 280; 11, 51; 13, 313; BAG Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR 1/75 - AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1953 Streitwertrevision; Grunsky, ArbGG, 4. Aufl., § 74 Rz 6; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 554 Rz 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 43. Aufl., § 554 Anm. 2). Einer Erörterung darüber, ob die fristlose Kündigung schon an § 626 Abs. 2 BGB oder aus anderen materiellen Gründen scheitert, hat daher zu unterbleiben.

VI. Aus den dargelegten Gründen war daher, wie geschehen, die Revision des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Hillebrecht -
zugleich für den durch
Urlaub an der Unterschrift
verhinderten Richter
Triebfürst

Dr. Röhsler

Mayr

Brocksiepe



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

