

Aktenzeichen: 2 AZR 176/90
Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 26. September 1990
- 2 AZR 176/90 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 11. April 1989
Hamm - 2 Ca 1426/88 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 12. Januar 1990
Hamm - 18 Sa 856/89 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Kündigungsschutz in Kleinbetrieben - Besitzstandsklausel des
§ 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG

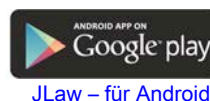
Gesetz: KSchG 1969 § 23 Abs. 1 Satz 4

Leitsatz:

§ 23 Abs 1 Satz 4 KSchG gilt nicht für Arbeitnehmer, die zwar am 1. Mai 1985 in einem nach den §§ 1 bis 14 KSchG geschützten Arbeitsverhältnis standen, diesen Bestandsschutz aber unabhängig von der durch Art 3 Nr 2 b BeschFG 1985 erfolgten Ausklammerung der geringfügig Beschäftigten aus anderen betrieblichen Gründen verlassen haben (hier: Verringerung der Arbeitnehmerzahl durch Ausscheiden am 1. Mai 1985 vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer nach diesem Stichtag).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 176/90

18 Sa 856/90 Hamm

Verkündet am
26. September 1990

Noll,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 26. September 1990 durch den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Richter Triebfürst als Vorsitzenden, die Richter Dr. Ascheid und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bächle und Dr. Wolter für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. Januar 1990 - 18 Sa 856/89 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten in der Revision nur noch darüber, ob eine ordentliche Änderungskündigung der Beklagten vom 10. Oktober/13. Dezember 1988 und eine vorsorgliche ordentliche Beendigungskündigung der Beklagten vom 13. Dezember 1988 wirksam sind.

Die am 30. Januar 1937 geborene, verheiratete Klägerin ist seit 1. April 1975 als Teilzeitkraft mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 24 Stunden im Betrieb der Beklagten tätig. Ihr Bruttomonatsgehalt betrug zuletzt 1.460,-- DM.

Zum Zeitpunkt des Eintritts der Klägerin betrieb die Beklagte in H einen Tapetenmarkt, und zwar in drei Filialen: H , W ; B und H -He .

Am 1. Mai 1985 beschäftigte die Beklagte in den drei Filialen einschließlich der Klägerin insgesamt 12 Arbeitnehmer, und zwar als Vollzeitkräfte die Arbeitnehmer R , Su , B



und F , als Verkäuferinnen mit 24 Wochenstunden die Klägerin und die Arbeitnehmer L , H , Br , Fi , M , G und S .

Zum 30. September 1985 gab die Beklagte die Filiale in H -He auf. Zu diesem Zeitpunkt schieden aus: der vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer F sowie die Teilzeitarbeitnehmerinnen L , H , Fi , M , S und G . Es verblieben drei Vollzeitkräfte (R , Su , B) und zwei Teilzeitbeschäftigte mit 24 Wochenstunden: die Klägerin und die Verkäuferin Br . Die Arbeitnehmer R , Su und die Klägerin waren in der Filiale W , die Arbeitnehmer B und Br in der Filiale B tätig.

Ab Frühjahr 1986 setzte die Beklagte in den zwei verbliebenen Filialen Aushilfen ein. Über den Umfang der Tätigkeit dieser Personen streiten sich die Parteien.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 1988, das die Klägerin am 12. Oktober 1988 erhielt, teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie könne das Arbeitsverhältnis unter den gegenwärtigen Bedingungen nicht fortführen. Sie bot ihr eine an die betrieblichen Bedürfnisse angepasste flexible Arbeitszeit von 24 Wochenstunden an, die auch eine Tätigkeit an Nachmittagen und in der Filiale B umfaßte. Die genaue jeweilige Arbeitszeit und der genaue Arbeitsort sollte der Klägerin mindestens vier Tage im voraus mitgeteilt werden.



- 4 -

Am 13. Dezember 1988 erklärte die Beklagte, sie halte die Änderungskündigung vom 10. Oktober 1988 als ordentliche Änderungskündigung aufrecht und kündige vorsorglich das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. Juni 1989. Sie berief sich darauf, sie müsse in der Filiale B einen weiteren Arbeitnehmer einstellen, da die Klägerin sich weigere, in B tätig zu sein. Damit entfalle die Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin.

Die Klägerin hat die Änderung der Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt angenommen, daß sie sozial gerechtfertigt sei.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Kündigungen seien unwirksam. Das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Neben ihr und den Arbeitnehmern R, Su, B und Br beschäftige die Beklagte ständig Aushilfen und habe dies auch in der Vergangenheit so getan. So seien in der Filiale W die Arbeitnehmerinnen Sch (ab 24. Oktober 1988 in der Filiale B) und M und in der Filiale B die Arbeitnehmerinnen M (ausgeschieden am 24. Oktober 1988) und P tätig gewesen. Vorher seien die Mitarbeiterinnen Sc (1. Januar 1986 bis 30. September 1987) und Schl als Aushilfen beschäftigt gewesen. Die Aushilfen M und P bzw. nach dem 24. Oktober 1988 die Aushilfen Sch und P hätten sich hierbei einen Arbeitsplatz geteilt, den sie wechselseitig besetzt hätten.

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



Gründe, die eine Änderung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten rechtfertigen können, hätten nicht vorgelegen. Sie weigere sich auch nicht, in der Filiale B zu arbeiten, wenn die Änderung des Arbeitsverhältnisses insoweit sozial gerechtfertigt sei.

Außerdem habe die Beklagte Gesichtspunkte der sozialen Auswahl verletzt.

Die Klägerin hat, soweit revisionsrechtlich von Bedeutung, beantragt,

1. festzustellen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen durch Schreiben vom 10. Oktober 1988 zum 30. Juni 1989 unwirksam sei und daß das Arbeitsverhältnis über den 30. Juni 1989 zu unveränderten Bedingungen weiter fortbestehe;
2. festzustellen, daß die erklärte Änderungskündigung durch das Schreiben vom 13. Dezember 1988, zugegangen am 21. Dezember 1988, zum 30. Juni 1989 unwirksam sei und daß das Arbeitsverhältnis über den 30. Juni 1989 hinaus zu unveränderten Bedingungen weiter fortbestehe;
3. festzustellen, daß die erklärte Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch Schreiben vom 13. Dezember 1988, zugegangen am 21. Dezember 1988, zum 30. Juni 1989 unwirksam sei und daß das Arbeitsverhältnis über den 30. Juni 1989 hinaus weiter fortbestehe.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat geltend gemacht, das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Seit dem 30. September 1985 beschäftige sie nur noch fünf Arbeitnehmer. Der Vortrag der Klägerin sei unzutreffend. Die von ihr benannten Arbeitnehmerinnen Sch und M seien ab Frühjahr 1986 nur im Bedarfsfalle bei urlaubsbedingter und krankheitsbedingter Abwesenheit eines regel-



mäßig Beschäftigten eingesetzt worden, beide hätten dabei arbeitstäglich nicht länger als drei Stunden gearbeitet. Auch Frau P sei erst seit Frühjahr 1986 aushilfsweise halbtags an wenigen Wochentagen tätig, ohne daß die Grenze von 45 Arbeitsstunden pro Monat erreicht werde.

Die Kündigung sei darüber hinaus sozial gerechtfertigt, denn sie habe aus wirtschaftlichen Gründen den Betrieb einschränken müssen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Schlußurteil abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet.

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

Die Revision ist nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen habe die Beklagte als Vollzeitarbeitnehmer die Herren R , Su und B sowie als Teilzeitkräfte mit 24 Wochenstunden die Klägerin und die Arbeitnehmerin Br beschäftigt. Die von der Klägerin weiter benannten Arbeitnehmerinnen arbeiteten alle nicht 10 Stunden wöchentlich. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG. Diese Vorschrift habe zur Folge, daß nur diejenigen Arbeitnehmer in Kleinbetrieben, die bereits am 1. Mai 1985 in



einem kündigungsschutzrechtlich geschützten Arbeitsverhältnis standen, auch nach dem 1. Mai 1985 den allgemeinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen könnten, obwohl ihr Kleinbetrieb wegen Ausklammerung der geringfügig beschäftigten Teilzeitarbeitnehmer nicht mehr unter den betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fiel. Die Klägerin habe am 1. Mai 1985 Kündigungsschutz genossen, als die Beklagte damals zwölf Arbeitnehmer beschäftigt habe. Durch die Entlassung von sieben Arbeitnehmern zum 30. September 1985 habe die Klägerin ihren Kündigungsschutz verloren. Die Einstellung von Aushilfskräften ab 1986 richte sich allein nach § 23 Abs. 1 KSchG n. F. und verbessere nicht den nicht mehr vorhandenen Kündigungsschutz der Klägerin.

II. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. In tatsächlicher Hinsicht hat der Senat von den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auszugehen. Danach beschäftigte die Beklagte einschließlich der Klägerin am 1. Mai 1985 zwölf Arbeitnehmer, ohne daß hierbei ein Arbeitnehmer darunter gewesen wäre, der wöchentlich unter zehn Stunden oder monatlich weniger als 45 Stunden gearbeitet hätte (§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG n. F.). Neben Vollzeitbeschäftigten waren vielmehr einschließlich der Klägerin nur solche Teilzeitbeschäftigten tätig, die wöchentlich 24 Stunden arbeiteten. Durch die Schließung der Filiale in H -He verringerte sich zum 30. September 1985 die Zahl dieser Arbeitnehmer auf nur noch



fünf. Alle ab 1986 zusätzlich beschäftigten Arbeitnehmer arbeiteten höchstens zehn Stunden wöchentlich und nicht mehr als 45 Stunden monatlich.

2. Wie das Landesarbeitsgericht aufgrund dieses Sachverhaltes zutreffend ausgeführt hat, genießt die Klägerin keinen Kündigungsschutz. Auf das Arbeitsverhältnis ist § 23 Abs. 1 Satz 1 bis 3 KSchG n. F. anzuwenden, ohne daß die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG zugunsten der Klägerin zur Anwendung käme.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 43, 80 = AP Nr. 2 zu § 23 KSchG 1969; Urteil vom 21. Juni 1983 - 7 AZR 11/83 - unveröffentlicht) und nach herrschender Meinung in der Literatur (vgl. KR-Becker, 2. Aufl., § 23 KSchG Rz 20, m.w.N.) zu § 23 Abs. 1 KSchG a. F. waren Arbeitnehmer mit einer verkürzten Tages-, Wochen- oder Monatsarbeitszeit (Teilzeitbeschäftigte) bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl mitzuberechnen, sofern sie sich in einem Dauerarbeitsverhältnis zum Inhaber des Kleinbetriebes befanden.

b) Durch Art. 3 Nr. 2 b BeschFG 1985 wurde § 23 Abs. 1 Satz 2 neu gefaßt, außerdem wurden die Sätze 3 und 4 eingefügt.

In der Begründung zur Gesetzesvorlage wurde unter Berufung auf die BAG Rechtsprechung u. a. ausgeführt (vgl. BT-Drucks. 10/2102 S. 29), Buchstabe b solle die Einstellung von Teilzeitbeschäftigten erleichtern. Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, die das BAG zuletzt mit seinem



Urteil vom 9. Juni 1983 (DB 1983, 2473) bestätigt habe, seien bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl selbst solche Teilzeitarbeitnehmer voll mitzuzählen, deren Arbeitszeit nur sehr gering sei. Vielfach werde es von Arbeitgebern mit Betrieben, deren Arbeitnehmerzahl geringfügig unter der in § 23 Abs. 1 Satz 2 des KSchG genannten Grenze liege, als ein Hemmnis für die Einstellung weiterer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer empfunden, daß bei der Feststellung der Beschäftigtenzahl Teilzeitarbeitnehmer selbst bei nur geringfügiger Arbeitszeit voll als Arbeitnehmer mitgezählt würden. Durch die Änderung des § 23 Abs. 1 des KSchG solle in solchen Betrieben die Bereitschaft zur Schaffung zusätzlicher Teilzeitarbeitskräfte erhöht werden. Die in § 23 Abs. 1 KSchG enthaltene Ausnahme für Kleinbetriebe beruhe auf den besonders engen persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, die in diesen Betrieben in der Regel bestünden. Dies lasse, nicht zuletzt auch wegen der Folgewirkungen auf den Kündigungsschutz der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, eine grundsätzliche Differenzierung zwischen vollzeitbeschäftigten und teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern bei der Bestimmung der Arbeitnehmerzahl nicht gerechtfertigt erscheinen. Dagegen sei es gerechtfertigt, jene teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl nicht mitzurechnen, die wegen ihrer geringfügigen Arbeitsleistung für die Betriebsgröße kaum eine Rolle spielten. Deshalb sollten künftig bei der Feststellung der Arbeitnehmerzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG entsprechend der in § 1 Abs. 3 Nr. 2 LohnFG enthaltenen Regelung die Arbeitnehmer nicht mitgerechnet werden, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich nicht mehr als zehn Stunden und monatlich nicht mehr



als 45 Stunden betrage. Damit sollten Anreize für die Schaffung zusätzlicher Teilzeitarbeitsplätze gegeben werden, ohne daß jedoch in den Kündigungsschutz eingegriffen werde, der im Zeitpunkt des Inkrafttretens insbesondere auch für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer bestehe. Dies sei schon aus Gründen der Bestandswahrung notwendig. Deshalb bestimme die Vorschrift, daß die Rechtsstellung der im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer unberührt bleibe.

c) Nach Becker (KR-Becker, 3. Aufl., § 23 KSchG Rz 20 b) hat die gesetzliche Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG zur Folge, daß nur diejenigen Arbeitnehmer in Kleinbetrieben, die bereits am 1. Mai 1985 in einem kündigungsschutzrechtlich nach Maßgabe der §§ 1 bis 14 KSchG geschützten Arbeitsverhältnis standen, auch nach dem 1. Mai 1985 den allgemeinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen können, obgleich der Kleinbetrieb wegen der Ausklammerung der geringfügig Beschäftigten seit dem 1. Mai 1985 nicht mehr unter den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsrechts fällt (ebenso Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, Stand Januar 1988, § 23 KSchG Anm. 2: Wer also am 1. Mai 1985 im Hinblick auf § 1 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 Satz 2 a. F. KSchG Kündigungsschutz genoß, verliert diesen durch die Neuregelung nicht). In Übereinstimmung hiermit hat der erkennende Senat in dem zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmten Urteil vom 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - entschieden, daß diese Besitz-



standsregelung nicht für Arbeitnehmer gilt, die am 1. Mai 1985 noch nicht die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt hatten.

d) Wie beide Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, beinhaltet § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG eine Bestandsschutzklausel nur in Bezug auf die Neuregelung in § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG, nicht aber in Bezug auf betriebliche Änderungen überhaupt.

3. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist es wesentlich, daß die Klägerin sich am 30. September 1985 rechtlich in einer kündigungsschutzlosen Lage befand, und zwar sowohl unter Anwendung von § 23 Abs. 1 a.F. KSchG als auch unter Anwendung von § 23 Abs. 1 n. F. KSchG. Der damalige Verlust des Kündigungsschutzes, die damalige Rechtsstellung der Klägerin ist also nicht durch die gesetzliche Neuregelung geschaffen worden. Daß die Beklagte nunmehr Aushilfen eingestellt hat, die von der Neufassung des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG n. F. nicht erfaßt werden, berührt die ursprüngliche Rechtsposition der Klägerin nicht. Nach dem Anliegen des Gesetzgebers sollte aus beschäftigungspolitischen Erwägungen die Rechtsstellung von Arbeitnehmern in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht nicht verbessert werden. Die Rechtsauffassung der Klägerin, aus § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG folge, daß § 23 Abs. 1 a. F. KSchG für alle Arbeitnehmer, die am 1. Mai 1985 Kündigungsschutz nach § 23 Abs. 1 a. F. KSchG erlangt hätten, unver-



ändert weiter anzuwenden sei, ist nicht zutreffend. Das Gesetz spricht von einer am 1. Mai 1985 innegehabten Rechtsstellung, verbietet aber nicht eine Verschlechterung dieser Rechtsstellung aus anderen als den im Gesetz genannten Gründen.

Triebfürst

Bitter

Dr. Ascheid

Dr. Bächle

Wolter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)