

Aktenzeichen: 2 AZR 317/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 10. November 1983

- 2 AZR 317/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 26. Januar 1982

Elmshorn

- 2 c Ca 1797/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 27. Mai 1982

Schleswig-Holstein

- 3 Sa 91/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigungsschutz im Kleinbetrieb - Soziale Auswahl

Gesetz:

KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl, § 23; BGB § 117, § 611
Abhängigkeit

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Bestätigung des Senatsurteils vom 9. Juni 1983 - 2 AZR 494/81 -, zur Veröffentlichung vorgesehen; zur Frage der Verpflichtung des Arbeitgebers, im Rahmen der sozialen Auswahl einem sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer eine Vertragsänderung anzubieten, um für ihn durch Entlassung eines sozial besser gestellten Arbeitnehmers dessen Stelle freimachen zu können.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 317/82

3 Sa 91/82 Schleswig-Holstein

Verkündet am
10. November 1983

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 10. November 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Brenne für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 27. Mai 1982 - 3 Sa 91/82 - wird zurückgewiesen.



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



2. Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

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 Beklagte ist die Ehefrau und Alleinerbin des während des Revisionsverfahrens verstorbenen Facharztes für Urologie Dr. Edmund B (Erblasser). Die am 5. Januar 1954 geborene, verheiratete Klägerin war in dessen Praxis seit 1. April 1975 als Arzthelferin zunächst ganztags und seit 1. Januar 1978 halbtags, und zwar ausschließlich vormittags, gegen ein Monatsgehalt von zuletzt 1.122,-- DM brutto beschäftigt.

Im Jahre 1981 ging die Zahl der Behandlungen in der Praxis insgesamt von 4.284 im 1. Quartal auf 3.754 im 3. Quartal, die Zahl der Neubehandlungen in denselben Zeiträumen von 250 auf 189 zurück. In der Praxis waren zu diesem Zeitpunkt neben der Klägerin drei unverheiratete Arzthelferinnen ganztags sowie eine Putzfrau stundenweise beschäftigt. Die Beklagte half bei Abrechnungen und sonstigen Büroarbeiten mit. Sie hatte mit ihrem Ehemann einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen.

Am 11. September 1981 kündigte der Erblasser das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristgerecht zum 31. Dezember 1981. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der am 21. September 1981 bei Gericht eingegangenen Klage. Sie hat geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, und beantragt festzu-



-3-

stellen, daß ihr Arbeitsverhältnis mit dem Erblasser durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei.

Der Erblasser hat Klageabweisung beantragt. Er hat in erster Linie eingewandt, das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin keine Anwendung, weil in seiner Praxis nur fünf Arbeitnehmerinnen einschließlich der Klägerin beschäftigt seien. Seine Ehefrau sei nur als mithelfende Familienangehörige tätig. Sie erstelle nach seinen Angaben jeweils zum Quartalsende die Abrechnungen. Hierfür benötigten sie beide jeweils an zwei Wochenenden einige Stunden. Im übrigen erledige seine Ehefrau noch die laufenden Überweisungen und ähnliche Büroarbeiten. Der schriftliche Arbeitsvertrag sei formell ausschließlich aus steuerlichen Gründen abgeschlossen worden.

Die Kündigung sei aber auch aus dringenden betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt. Infolge des Rückgangs der Behandlungen sei nur noch Arbeit für drei vollbeschäftigte Arzthelferinnen vorhanden. Um den Praxisbetrieb aufrecht zu erhalten, müßten sie jedoch ganztags einsetzbar sein. Zwei Helferinnen müßten ständig auch nachmittags, die dritte Helferin müsse als Ersatz für Ausfallzeiten wegen Urlaubs, Krankheit oder aus sonstigen Gründen zur Verfügung stehen. Die Klägerin sei aber nur bereit, vormittags zu arbeiten. Sie habe ihm gegenüber lediglich geäußert, im nächsten Jahr könne es sich ergeben, daß sie an zwei Nachmittagen in der Praxis sein könne. Hiermit sei ihm jedoch nicht gedient.

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



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



Die Klägerin hat erwidert, die Beklagte sei im Hinblick auf den schriftlichen Arbeitsvertrag als Arbeitnehmerin anzusehen, so daß insgesamt mehr als fünf Arbeitnehmerinnen in der Praxis beschäftigt gewesen seien. Die Angaben des Erblassers über die Zahl der Behandlungen würden nicht bestritten. Hieraus ergebe sich, daß die Praxis tatsächlich eine leicht rückläufige Tendenz aufweise. Drei Vollzeitkräfte seien jedoch auch jetzt noch mindestens erforderlich. Der Erblasser habe die Pflicht zur sozialen Auswahl verletzt, da sie die längste Betriebszugehörigkeit aufweise. Sie habe sich nach Ausspruch der Kündigung bereit erklärt, auch ganztags zu arbeiten, da ihr Ehemann wegen Änderung seiner beruflichen Tätigkeit nicht mehr mittags nach Hause komme. Der Erblasser hätte sie von sich aus schon vor Ausspruch der Kündigung fragen müssen, ob sie nunmehr zu einer Ganztagsarbeit bereit sei.

Der Erblasser hat entgegnet, für ihn habe kein Grund zu der Annahme bestanden, die Klägerin werde in Zukunft ganztags arbeiten. Erstmals in der Güteverhandlung vom 8. Oktober 1981 habe sie sich hierzu bereiterklärt. Sie sei im übrigen auch sozial besser gestellt als ihre Kolleginnen, weil sie verheiratet sei.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



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

Die Revision ist unbegründet. Das angefochtene Urteil ist im Ergebnis richtig, weil die Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin genieße trotz der nach § 23 Abs. 1 KSchG ausreichenden Zahl von sechs Arbeitnehmern in der Praxis des Erblassers nicht den allgemeinen Kündigungsschutz, weil sie, die Putzfrau und die Beklagte im Hinblick auf ihre die betriebsübliche Wochenarbeitszeit nicht überschreitende Gesamtarbeitszeit nur als eine Arbeitnehmerin im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG anzusehen seien. Mit dieser Begründung kann das angefochtene Urteil jedoch nicht gehalten werden, weil bei der Ermittlung der für die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach jener Vorschrift erforderlichen Beschäftigtenzahl alle im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den zeitlichen Umfang ihrer Tätigkeit mitzuzählen sind. Dies hat der Senat in dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom 9. Juni 1983 - 2 AZR 494/81 - (zu B der Gründe) entschieden und eingehend begründet. Hierauf wird verwiesen.

B. Das angefochtene Urteil beruht jedoch nicht auf diesem Rechtsfehler, weil es sich aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO).

I. Sind für die Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mitzuzählen, so waren im Zeitpunkt der Kündigung, der für die Bestimmung der



nach jener Vorschrift erforderlichen Beschäftigtenzahl maßgebend ist (Senatsurteil vom 9. Juni 1983, aaO, zu A II 1 der Gründe), in der Praxis einschließlich der Klägerin sechs Arbeitnehmer beschäftigt. Die Klägerin kann daher den allgemeinen Kündigungsschutz des § 1 KSchG in Anspruch nehmen. Wie zwischen den Parteien unstreitig ist, waren die Klägerin, ihre drei Kolleginnen sowie die Putzfrau als Arbeitnehmerinnen in der Praxis beschäftigt. Das Berufungsgericht hat aber zu Recht angenommen, daß auch die Beklagte Arbeitnehmerin ihres Ehemannes gewesen ist.

1. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, wenn der Erblasser mit der Beklagten einen rechtsgültigen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, um hierdurch die damit verbundenen legitimen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Vorteile in Anspruch zu nehmen, müsse die Ehefrau in jeder Beziehung, also auch im Rahmen des § 23 KSchG, rechtlich als Arbeitnehmerin angesehen werden.

2. Dieser Ansicht ist im Ergebnis beizupflichten.

Mit dem Einwand, der Arbeitsvertrag sei nur formell aus steuerlichen Gründen abgeschlossen worden, will die Beklagte geltend machen, es handele sich um ein Scheingeschäft, das nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig sei, so daß sie nach dem wahren Sachverhalt lediglich als mithelfende Familienangehörige in der Praxis in dem vorgetragenen Umfang tätig gewesen sei.

Wie der Senat ebenfalls in dem vorstehend zitierten Urteil



im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 36, 84. 87 f.; ferner BGHZ 67, 334) ausgeführt hat, liegt ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen. Das unterscheidende Kriterium liegt also darin, ob die Parteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Erfolgs ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachtet haben. Deshalb spricht es gegen den Scheincharakter eines Rechtsgeschäfts, wenn der mit ihm erstrebte Zweck nur bei Gültigkeit des Rechtsgeschäfts erreicht werden kann.

Bei Anwendung dieser Grundsätze reicht der Sachvortrag der Beklagten nicht aus, die Annahme eines zwischen ihr und ihrem Ehemann nur zum Schein abgeschlossenen Arbeitsvertrages zu rechtfertigen. Danach hat die Beklagte tatsächlich eine der Praxis zugute kommende Tätigkeit verrichtet. Daß sie nach ihrer Darstellung die Abrechnungen auf die Angaben ihres Ehemannes hin und nicht selbständig erstellt hat, ist für die Frage ihres Arbeitnehmerstatus ebenso so unerheblich wie der zeitliche Umfang ihrer Tätigkeit. Wesentlich ist, daß tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht worden sind. Auch wenn hierfür eine die üblichen Sätze übersteigende Vergütung vertraglich festgelegt worden sein sollte, rechtfertigt dies noch nicht den Schluß, daß die Parteien in Wahrheit keine vertragliche Bindung eingehen wollten. Verfolgte der Erblasser den Zweck, Steuern zu sparen, so konnte er



diesen nur bei Bestehen eines wirksamen Arbeitsvertrages erreichen, und dieser Umstand spricht, wie ausgeführt, gegen den Scheincharakter des Arbeitsvertrages.

II. Nach dem festgestellten Sachverhalt erweist sich die Kündigung des Erblassers jedoch als sozial gerechtfertigt, so daß die Klage von den Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden ist.

1. Das Berufungsgericht hat zu Beginn der Entscheidungsgründe seines Urteils ausgeführt, die Kündigung wäre bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes sozial ungerechtfertigt, weil der Erblasser trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse bei der Auswahl der Klägerin soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hätte. Auch als Halbtagskraft wäre die Klägerin mit den ganztagsbeschäftigten Arzthelferinnen vergleichbar. Da sie die längste Betriebszugehörigkeit aufweise, hätte der Erblasser ihr nicht kündigen dürfen, ohne ihr zuvor eine Vollbeschäftigung anzubieten.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

2. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß für die Kündigung dringende betriebliche Erfordernisse vorgelegen haben (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG).

Der Erblasser hat im einzelnen vorgetragen, daß wegen des



- 9 -

Rückgangs der Behandlungen die Beschäftigungsmöglichkeit für eine Halbtagskraft und damit gerade der Arbeitsplatz der Klägerin weggefallen sei, weil die näher geschilderten Verhältnisse in der Praxis die Beschäftigung von drei Ganztagskräften erforderlich gemacht hätten. Hiervon geht auch die Klägerin aus. Somit liegt nach dem unstreitigen Sachverhalt für die Kündigung ein außerbetrieblicher Grund, nämlich Arbeitsmangel vor, der sich in der Praxis dahin ausgewirkt hat, daß für die Weiterbeschäftigung der gekündigten Klägerin kein Bedürfnis mehr vorhanden war. Danach bestand für die Kündigung ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG (vgl. BAG 31, 158 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 1 der Gründe).

3. Der Meinung des Berufungsgerichts, die Kündigung sei gleichwohl sozial ungerechtfertigt, weil der Erblasser bei der Auswahl der Klägerin soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt habe (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG), kann jedoch nicht beigespflichtet werden.

a) Die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG erstreckt sich innerhalb des Betriebes nur auf Arbeitnehmer, die ihrer Tätigkeit nach miteinander vergleichbar sind (vgl. BAG Urteil vom 4. Dezember 1959 - 1 AZR 382/57 - AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; Senatsurteil vom 7. August 1979 - 2 AZR 575/77 - nicht veröffentlicht, zu II 4 b, aa der Gründe, m.w.N.; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 347, 348). Von der Art der Tätigkeit her war die Klägerin zwar mit den übrigen Arzthelferinnen vergleich-



bar, nicht dagegen hinsichtlich der Dauer und insbesondere der Lage ihrer Arbeitszeit, weil sie nach ihrem Arbeitsvertrag nur die Hälfte der betriebsüblichen Arbeitszeit von 40 Stunden und ausschließlich vormittags zu arbeiten hatte. Wie sich aus ihrem Vorbringen ergibt, waren für diese Regelungen jedenfalls auch private Gründe mitbestimmend gewesen, weil ihr Ehemann damals mittags nach Hause kam. Um sie in den Kreis der für eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten in Betracht kommenden Helferinnen einzubeziehen, war somit eine entsprechende Änderung ihrer Arbeitsbedingungen erforderlich.

b) Dies hat das Berufungsgericht gesehen. Es hat jedoch zu Unrecht angenommen, der Erblasser hätte der – nach seiner Auffassung gegenüber den Kolleginnen sozial schutzwürdigeren – Klägerin eine Vertragsänderung anbieten müssen.

aa) Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in dem Urteil vom 4. Dezember 1959 (aaO) die Ansicht vertreten, der Arbeitgeber verletze die Pflicht zur sozialen Auswahl nicht, wenn er nicht von sich aus an einen sozial schlechter gestellten Arbeitnehmer herantritt, um diesen zur Vertragsänderung zu bewegen, damit für ihn dann durch die Entlassung eines sozial besser gestellten Arbeitnehmers dessen Stelle freigemacht werden kann (zustimmend: Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 125; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 348). Er hat ausdrücklich offengelassen, ob der Arbeitgeber nicht auch bei einem solchen Sachverhalt das Arbeitsverhältnis unter geänderten Bedingungen dann fortsetzen muß, wenn der Arbeitnehmer an ihn mit einem entsprechenden Angebot herorgetreten ist. Nach



A. Hueck (Anm. zu dieser Entscheidung, aaO) ist eine solche Pflicht des Arbeitgebers jedenfalls dann zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer nicht bei Ausspruch der Kündigung oder unmittelbar danach zu erkennen gibt, einen Arbeitsplatz zu veränderten Bedingungen zu übernehmen. Bietet der Arbeitnehmer in diesem unmittelbaren Zusammenhang mit der Kündigung seine Weiterarbeit zu veränderten Bedingungen an, so besteht nach der Rechtsprechung des Senats (BAG 25, 278 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969, zu III 2 a der Gründe) eine entsprechende Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers für den allerdings nicht die soziale Auswahl, sondern die Betriebsbedingtheit der Kündigung betreffenden Fall, daß eine Versetzung auf einen freien oder demnächst frei werdenden Arbeitsplatz mit anderen Arbeitsbedingungen möglich ist.

bb) Die angeschnittenen Fragen bedürfen im Streitfall keiner grundsätzlichen Entscheidung. Im Entscheidungsfall war der Erblasser bereits deshalb nicht verpflichtet, von sich aus an die Klägerin wegen einer Weiterbeschäftigung als Ganztagskraft heranzutreten, weil das zunächst begründete Vollzeitarbeitsverhältnis einvernehmlich in ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit ausschließlicher Beschäftigung an Vormittagen umgewandelt worden war, hierfür jedenfalls auch in der Privatsphäre der Klägerin liegende Gründe maßgebend waren und die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag den Erblasser vor Ausspruch der Kündigung nicht davon unterrichtet hatte, künftig zu einer Ganztagsarbeit bereit und in der Lage zu sein. Aber auch die Voraussetzungen, unter denen nach den vorstehend dargestellten Überlegungen eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen in Betracht zu ziehen



-12-

wäre, liegen nicht vor. Der Erblasser hat vorgetragen, die Klägerin habe auch nicht im Zusammenhang mit der zunächst am 11. September 1981 mündlich ausgesprochenen und dann mit Schreiben vom selben Tag bestätigten Kündigung eine dahingehende Erklärung abgegeben; ihre gegenteilige Behauptung erscheine erstmals in ihrem Schriftsatz vom 9. Dezember 1981. In diesem Schriftsatz hatte die Klägerin lediglich vorgetragen, sie habe sich ausdrücklich zur Ganztagsarbeit bereit erklärt, ohne den Zeitpunkt dieser Erklärung näher zu fixieren. In ihrem Schriftsatz vom 18. Januar 1982 hat sie auf den Schriftsatz der Gegenseite vom 18. Dezember 1981 erwidert, ihre Bereitschaft "nach Ausspruch der Kündigung" erklärt zu haben. Sie hat jedoch weder einen konkreten Zeitpunkt angegeben noch Beweis für ihre Behauptung angeboten. Da es sich um eine die Verletzung der sozialen Auswahlpflicht begründende Tatsache handelt, war die Klägerin hierfür darlegungs- und beweispflichtig (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG). Dieser Darlegungslast ist sie nicht nachgekommen. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Erblasser erwarten durfte, die Klägerin habe an der für die Weiterbeschäftigung erforderlichen Vertragsänderung kein Interesse.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Hautmann

Brenne



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

