

Aktenzeichen: 2 AZR 356/90

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 31. Januar 1991
- 2 AZR 356/90 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 18. Januar 1990
- 38 Ca 373/89 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 31. Mai 1990
- 7 Sa 25/90 -

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



Entscheidungsstichwort:

Verhaltensbedingte Kündigung - regelmäßige Beschäftigtenzahl

Gesetz:

KSchG §§ 1, 4, 7, 13, § 23 Abs. 1 Satz 2; BErzGG § 21 Abs. 7

Leitsatz:

Bei der Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) bedarf es zur Ermittlung der für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnenden regelmäßigen Beschäftigtenzahl - bezogen auf den Kündigungszeitpunkt - eines Rückblicks auf die bisherige personelle Situation und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung (im Anschluß an BAGE 42, 1 = AP Nr. 7 zu § 113 BetrVG 1972).



2 AZR 356/90

7 Sa 25/90 Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
31. Januar 1991

Noll,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

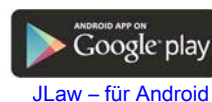
pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Januar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Beckerle und Dr. Bobke-von Camen für Recht erkannt:

- 2 -



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



Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Berlin vom 31. Mai 1990
- 7 Sa 25/90 - wird auf ihre Kosten zurückgewie-
sen.

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 Klägerin war seit Juni 1988 als Zahntechnikerin in der
von den Beklagten betriebenen Zahnarztpraxis gegen eine Vergütung
von zuletzt 4.000,-- DM brutto monatlich beschäftigt. Außer der
Klägerin waren in der Zeit von Ende 1988 bis Mitte 1990 folgende
Arbeitnehmer in dieser Zahnarztpraxis tätig:

Herr S , Zahntechniker, vom 1. Oktober 1988
bis 30. April 1989,

Herr W , Zahntechniker, bis 31. März 1989,

Frau M , Helferin, beschäftigt seit 1982,
seit 24. Januar 1989 im Erziehungsurlaub, ausge-
schieden am 31. Januar 1990,

Frau R , Helferin, beschäftigt seit 1. März
1989,

Frau H , Helferin, 1989 ganzjährig
beschäftigt,

Frau B , Helferin, 1989 ganzjährig
beschäftigt,

Herr M , Zahntechniker, seit 1. November
1989,

Frau Sc , Helferin, seit 1. April 1990,

Frau Ha , Putzfrau, 1989 ganzjährig
beschäftigt, 45-Stunden-Vertrag und

Frau A , Zahntechnikerin, seit 15. Juli 1989.



Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung vom 7. September 1989, die die Beklagten hilfsweise auch ordentlich zum 31. Dezember 1989 ausgesprochen haben. Die Beklagten begründen diese Kündigung damit, die Klägerin habe trotz Abmahnungen vom 22. Juni, 15. August und 24. August 1989 wiederholt die ihr erteilten Anweisungen zur rechtzeitigen Ausführung zahntechnischer Arbeiten nicht beachtet und die ihr übertragenen Aufgaben nicht fristgerecht erledigt. Mit ihrer erst am 6. Oktober 1989 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageschrift hat die Klägerin die fristlose Kündigung mit der Begründung, die im Kündigungsschreiben genannten Gründe seien nicht zutreffend, als unwirksam angegriffen.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung, weil die Beklagten in der Regel nicht mehr als fünf Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG beschäftigten. Frau M könne nicht mitgezählt werden, weil sie seit Januar 1989 im Erziehungsurlaub sei; Frau Ha könne wegen ihrer geringfügigen Beschäftigung ebenfalls nicht mitgezählt werden. Die Helferin Sc sei nur als Ersatz für Frau R, die wegen Schwangerschaft ausfalle, eingestellt worden. Zur Zeit der Kündigung seien daher nur sie, Frau R, Frau H, Frau B und Frau A, mithin nur fünf Arbeitnehmerinnen im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG tätig gewesen.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß ihr Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 7. September 1989



nicht fristlos beendet worden sei, sondern bis zum 31. Dezember 1989 fortbestanden habe.

Die Beklagten haben sich mit ihrem Klageabweisungsantrag darauf berufen, zur Zeit der Kündigung seien in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten bei ihnen tätig gewesen, so daß die nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist erhobene Feststellungsklage keinen Erfolg haben könne, §§ 7, 13 KSchG. Nach ihrer Auffassung sei Frau M bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG mitzuzählen. Sie, die beklagten Zahnärzte, gingen nämlich von dem Konzept einer Mindestbeschäftigung von zwei Zahntechnikern sowie je zwei Zahnarzthelferinnen für jeden Arzt aus. Schon im Oktober 1989 sei eine weitere Kraft gesucht, am 20. November 1989 aber nur eine Auszubildende eingestellt worden. Im Januar 1990 sei durch Annoncen eine weitere Helferin und eine Stuhlassistentin gesucht worden. Letzteres hat die Klägerin mit Nichtwissen bestritten.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt und ist dabei von einer Beschäftigtenzahl von fünf Arbeitnehmern ausgegangen und hat einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB für eine außerordentliche Kündigung nicht anerkannt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagten um Zurückweisung der Revision bitten.



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

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von der Geltung des KSchG (§§ 1, 23 Abs. 1 Satz 2) ausgegangen, so daß die der Klägerin gegenüber ausgesprochene Kündigung wegen Versäumung der 3-Wochen-Frist (§§ 13, 4, 7 KSchG) als wirksam gilt.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 7. September 1989 gelte als von Anfang an rechtswirksam, weil die Kündigung nicht gemäß §§ 4, 7, 13 KSchG innerhalb von drei Wochen durch eine Klage beim Arbeitsgericht angegriffen worden sei. Der Betrieb der Beklagten sei von der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes nicht ausgeschlossen. Denn in der Regel würden nicht fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt. Bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl sei nämlich die Zahnarzthelferin M mitzuzählen, weil sie - auch wenn sie zur Zeit der Kündigung sich in Erziehungsurlaub befunden habe - bei den Beklagten in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Frau R sei auch nicht etwa als Ersatzkraft für die in Erziehungsurlaub befindliche Frau M eingestellt worden, wie sich allein daraus ergebe, daß sie unbefristet und nicht etwa für die Dauer des Erziehungsurlaubs der Frau M eingestellt worden sei. Für eine Einstellung der Frau R als zusätzliche Kraft spreche auch, daß Frau M erst im Dezember 1989 erklärt habe, sie wolle das Arbeitsverhältnis zu Ende Januar 1990 beenden, und daß das Arbeitsverhältnis

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



mit Frau R bereits zu einem Zeitpunkt aufgenommen worden sei,
als von einem Ausscheiden der Frau M noch nichts bekannt
war.

II. Dem stimmt der Senat im Ergebnis und teilweise in der
Begründung zu.

1. Zutreffend ist zunächst der rechtliche Ausgangspunkt des
Landesarbeitsgerichts, daß es für die Feststellung der Zahl der
in der Regel Beschäftigten im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG
auf die Größenverhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung
ankommt. Dies entspricht der einhelligen Meinung in Rechtspre-
chung und Literatur (vgl. BAG Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR
73/75 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Treuepflicht, zu I der Gründe;
Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 23 Rz 9; Hueck, KSchG,
10. Aufl., § 23 Rz 2; KR-Becker, 3. Aufl., § 23 Rz 24; Nipperdey,
Freundesgabe für Fritz Knapp, 1955, S. 44, 46). Wie dabei aber zu
berücksichtigen ist, stellt § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG für die Er-
mittlung der Betriebsgröße auf die Zahl der in der Regel von dem
Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer ab. Nur in diesem Rahmen
ist also der Zugangszeitpunkt maßgebend, worauf Herschel/Löwisch
(aaO) zutreffend hinw. n. Sinn dieser gesetzlichen Regelung ist
es nämlich, auf die Beschäftigungslage abzustellen, die im all-
gemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist, während die zufällige
tatsächliche Beschäftigtenzahl zum Zeitpunkt des Kündigungszu-
gangs unbeachtlich sein soll.

2. Die in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG enthaltene Formulierung "in
der Regel" war bereits in § 1 BRG 1920 und in §§ 5, 20 und 56



AOG enthalten, wie sie auch heute noch in § 17 Abs. 1 KSchG sowie in §§ 1, 9, 99, 106, 110, 111 Abs. 1 Satz 1, 115, 116 BetrVG, in der Abschnittsüberschrift vor § 133 g GewO sowie in §§ 1, 4, 9 MitbestG 1976 enthalten ist. Angesichts des insofern identischen Wortlauts sind diese Bestimmungen einheitlich auszulegen (vgl. BAGE 28, 203, 211 f. = AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG 1972, zu III 3 c der Gründe; BAGE 42, 1, 8 = AP Nr. 7 zu § 113 BetrVG 1972, zu II 1 der Gründe; BAG Urteil vom 19. Juli 1983 - 1 AZR 26/82 - BB 1983, 2118; Urteil vom 31. Juli 1986 - 2 AZR 594/85 - AP Nr. 5 zu § 17 KSchG 1969 und für eine tarifliche Klausel: Urteil vom 25. Februar 1987 - 4 AZR 209/86 - AP Nr. 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel; Frey, RdA 1960, 246, 251; Hueck, aaO, § 17 Rz 9; KR-Becker, aaO, § 23 Rz 24; Landmann/Rohmer/Neumann, GewO, Stand Januar 1979, Vor § 133 g Rz 16). Zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bedarf es deshalb nach der zitierten Rechtsprechung eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebes und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung.

a) Für den Streitfall bedeutet dies, daß für die Zeit der Kündigung vom 7. September 1989 von einer Beschäftigtenzahl von zumindest sechs Arbeitnehmern auszugehen ist. Frau Ha kann allerdings nicht mitgezählt werden, weil ihre Arbeitszeit monatlich 45 Stunden nicht übersteigt (§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG). Neben den zwei Zahntechnikerinnen (Klägerin und Frau A) beschäftigten die Beklagten regelmäßig vier Arzthelferinnen.

aa) Was die Zahntechniker angeht, ergibt sich dies schon aus der vergangenheits- und zukunftsbezogenen Betrachtungsweise, wonach



Anfang 1989 neben der Klägerin noch die Techniker W und S (bis 31. März 1989 bzw. 30. April 1989) beschäftigt waren. Die entsprechenden Behauptungen der Beklagten hat die Klägerin nicht mehr bestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO), nachdem die Gehaltsabrechnungen für diese Personen vorgelegt worden sind. Nach dem Ausscheiden der Klägerin aufgrund der Kündigung haben die Beklagten auch mit Wirkung vom 1. November 1989 wieder einen Zahn-techniker eingestellt, nämlich Herrn M . Mit ihm und Frau A blieb es daher bei der Beschäftigung von zwei Technikern.

bb) Ähnlich verhalten sich die Umstände bei den Zahnarthelferinnen. Mitte 1989 waren neben der in Erziehungsurlaub befindlichen Frau M Frau R , Frau H und Frau B ecker als Arzthelferinnen für die Beklagten tätig. Die Revision rügt, mit der Berücksichtigung der in Erziehungsurlaub befindlichen Frau M habe das Landesarbeitsgericht § 23 KSchG zu Unrecht dahin interpretiert, die betreffenden Arbeitnehmer müßten nur "in einem Arbeitsverhältnis stehen". Es braucht nicht vertieft zu werden, ob dem Landesarbeitsgericht in dieser Auffassung zu folgen ist (vgl. dazu Hueck, aaO, § 17 Rz 9 a; siehe auch Eilers, BB 1964, 760). Denn bei der Regelbeschäftigung kommt es auf die normale Beschäftigtenzahl an, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist (BAG Urteil vom 19. Juli 1983 - 1 AZR 26/82 - BB 1983, 2118). Dazu hatten die Beklagten in den Vorinstanzen darauf hingewiesen, im Hinblick auf die Praxis mit zwei Zahnärzten benötige jeder von ihnen zwei Helferinnen, wie dies in einer Zahnarztpraxis auch üblich sei. Dieses Konzept wird durch die Beschäftigungssituation



bei den Beklagten verdeutlicht. Nach den für das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO) hat Frau M erst Ende Dezember 1989 erklärt, sie wolle das Arbeitsverhältnis zu Ende Januar 1990 beenden. Soweit die Revision meint, das Landesarbeitsgericht habe aufklären müssen, ob diese Erklärung tatsächlich erst Ende Dezember 1989 erfolgt sei, liegt eine ordnungsgemäße formelle Rüge nicht vor. Die Beklagten hatten dazu vorgetragen, der Einsatz der Frau M sei noch bei einem Gespräch am 17. Oktober 1989 nach ihrem Erziehungsurlaub vorgesehen gewesen. Dies wie auch die unstreitige Tatsache, daß Frau R nicht etwa nach Antritt des Erziehungsurlaubs von Frau M für diese als Ersatz eingestellt worden ist (§ 21 Abs. 7 BErzGG, vgl. dazu noch unter II 2 b), spricht dafür, daß von einer normalen Beschäftigtenzahl von vier Arzthelferinnen auszugehen ist.

Dies wird schließlich auch noch dadurch belegt, daß unter Einbeziehung einer zukunftsbezogenen Betrachtungsweise unstreitig ab 1. April 1990 eine weitere Arzthelferin, nämlich Frau Sc eingestellt worden ist. Diese Personalstärke (mindestens sechs Arbeitnehmer) war demnach für den Betrieb der Beklagten im allgemeinen kennzeichnend, wobei es nicht darauf ankommt, ob im Betrieb ununterbrochen sechs Arbeitnehmer effektiv tätig waren. So hat auch der Erste Senat bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl nach § 111 BetrVG (Urteil vom 19. Juli 1983 - 1 AZR 26/82 - aaO) Arbeitnehmerinnen, die lediglich aus Gründen des Mutterschutzes zeitweise nicht im Betrieb arbeiteten, bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl mit berücksichtigt. Geht eine Arbeitnehmerin in Erziehungsurlaub, wird jedenfalls die Beschäftigtenzahl nach § 23

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



Abs. 1 Satz 2 KSchG dadurch - jedenfalls regelmäßig - dann nicht verändert, wenn vor und nach dem Erziehungsurlaub der Betrieb mit der gleichen Beschäftigtenzahl unverändert ausgestattet ist.

b) Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Regelung in § 21 Abs. 7 BErzGG. Mit dieser Bestimmung wird sichergestellt, daß bei der Ermittlung der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer nur der Erziehungsurlaubsberechtigte oder die für ihn eingestellte Ersatzkraft mitgezählt wird, wenn die Anwendung arbeitsrechtlicher Gesetze von der Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer abhängt (vgl. KR-Weller, 3. Aufl., § 21 BErzGG Rz 32). Damit soll also u.a. gewährleistet werden, daß bei einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von z. B. fünf Arbeitnehmern, von denen eine Person in Erziehungsurlaub ist und für die (zusätzlich) eine Ersatzkraft eingestellt worden ist, die Kleinbetriebsklausel in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG trotz einer Zahl von nunmehr sechs Arbeitnehmern weitergilt. Der Erziehungsurlaubsberechtigte wird nur in diesem Falle nicht mitgezählt. Der Gesetzgeber geht auch hier als maßgeblich von der Personalstärke aus, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist. Da vorliegend unstreitig ist, daß Frau R nicht als Ersatzkraft für Frau M eingestellt worden ist, sind beide bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl mitzuzählen.

Hillebrecht

Triebfürst

Bitter

Beckerle

Dr. Bobke



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

