

Aktenzeichen: 2 AZR 373/03
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Februar 2005
- 2 AZR 373/03 -

I. Arbeitsgericht
Herford

Urteil vom 11. September 2002
- 2 Ca 948/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 6. Februar 2003
- 8 Sa 1614/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Anwendung des KSchG - Kleinbetriebsklausel - Darlegungs- und Beweislast

Gesetz:

KSchG 23 Abs. 1

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 373/03
8 Sa 1614/02
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2005

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Schierle für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. Februar 2003 - 8 Sa 1614/02 - wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristgemäßen Kündigung.

Der Kläger war seit dem 16. Oktober 2001 bei der Schuldnerin, die seit März 2001 einen Betrieb für Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau betrieb, beschäftigt.

Beginnend mit März 2001 waren im Betrieb der Schuldnerin tätig:

Monat	Vollzeitkräfte	Geringfügig Beschäftigte	Auszubildende	Praktikanten
03/2001			2	6
04/2001			2	6
05/2001	2		2	1
06/2001	2		3	2
07/2001	3		3	3
08/2001	3		3	2
09/2001	3		4	2
10/2001	6		4	1
11/2001	6	1	4	2
12/2001	5	1	4	
01/2002	3		4	
02/2002	3		3	1
03/2002	3		3	2
04/2002	5		3	

Ab dem 15. April 2002 beschäftigte die Schuldnerin insgesamt sechs Vollzeitkräfte.



Mit Schreiben vom 31. Mai 2002, dem Kläger am 3. Juni 2002 zugegangen, kündigte die Schuldnerin das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 15. Juni 2002.

Am 22. August 2003 hat das Amtsgericht Bielefeld über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und den Beklagten zum Insolvenzverwalter bestellt.

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt und geltend gemacht, es liege kein Kündigungsgrund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG vor. Das Kündigungsschutzgesetz sei anwendbar, da der Betrieb zum Zeitpunkt der Kündigung mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt habe. Die Schuldnerin habe zusätzlich noch die Mitarbeiter T., R. und D. regelmäßig beschäftigt. Auch seien noch ein „A.“ und zwei weitere Frauen (Te. und K. V.) sowie eine Bürokräft russischer Herkunft bei der Berechnung der Mitarbeiterzahl zu berücksichtigen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Schuldnerin vom 31. Mai 2002 beendet worden ist.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags im Wesentlichen ausgeführt: Das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Die Schuldnerin habe regelmäßig nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt. Die Beschäftigtenzahlen in den Monaten Oktober und November 2001 sowie im Mai 2002 seien für den Betrieb nicht repräsentativ. Bei den von dem Kläger benannten Personen T., R. und D. handele es sich um Praktikanten, die auf der Grundlage eines Kooperationsvertrages zwischen der Schuldnerin und der Akademie Überlingen im Rahmen eines EU-Projektes für Sozialhilfeempfänger „Fit for work“ und nicht in einem Arbeitsverhältnis tätig geworden seien. Die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterin Te. und K. V. seien seit längerem beendet gewesen. Einen „A.“ gebe es genauso wenig wie eine Bürokräft russischer Herkunft. Im Übrigen sei die Kündigung sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe um sie gebeten. Er habe zur Arbeit keine Lust mehr gehabt und geäußert, bei diesem geringen Lohn könne er genauso gut von der Sozialhilfe leben.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 31. Mai 2002 beendet worden ist. Mit seiner Revision erstrebt der Be-



klagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) ausgegangen. Da der Beklagte einen Kündigungsgrund nicht substantiiert dargetan hat, ist die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG.

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine der Klage stattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kündigung vom 31. Mai 2002 sei sozialwidrig iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Es liege kein Kündigungsgrund vor. Nach der Schilderung des Geschäftsführers der Schuldnerin stehe fest, dass die Kündigung nicht auf Wunsch des Klägers erfolgt sei.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finde das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG seien nicht erfüllt. Im Zeitpunkt der Kündigung habe die Schuldnerin sechs Arbeitnehmer - ohne Praktikanten und Auszubildende - beschäftigt. Ob die Beschäftigtenzahl auch die regelmäßige sei, könne nur auf Grund eines Rückblicks auf die bisherige personelle Situation und einer Einschätzung der zukünftigen personellen Entwicklung festgestellt werden. Da sich aus der vergangenheitsbezogenen Betrachtung kein eindeutiger Befund ergebe, sei auch die zukünftige Entwicklung zu berücksichtigen. Über die zukünftig geplante bzw. die tatsächliche Entwicklung nach Ausspruch der Kündigung habe die Schuldnerin bzw. der Beklagte keine Angaben gemacht. Die Schuldnerin habe die Basis für ihre Behauptung, die Anzahl der regelmäßig Beschäftigten würde zukünftig nur über fünf Arbeitnehmer oder weniger betragen, nicht dargelegt. Die verbliebenen Unklarheiten gingen zu Lasten der Schuldnerin bzw. des Beklagten. Sie treffe nämlich die Darlegungs- und Beweislast für die Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis, jedoch nicht in allen Teilen der Begründung.



Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass die Kündigung vom 31. Mai 2002 rechtsunwirksam ist (§ 1 Abs. 1 KSchG), weil kein Kündigungsgrund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG gegeben ist.

I. Entgegen der Auffassung der Revision findet das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung. Die Kündigung vom 31. Mai 2002 ist an dessen Maßstäben zu messen. Die Voraussetzungen der sog. Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG sind nicht erfüllt.

1. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts über den allgemeinen Kündigungsschutz grundsätzlich nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden.

Für die Feststellung der Zahl der in der Regel Beschäftigten kommt es auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, nicht hingegen auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an (*Senat 31. Januar 1991 - 2 AZR 356/90 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 11 = EzA KSchG § 23 Nr. 11; zuletzt 22. Januar 2004 - 2 AZR 237/03 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 31 = EzA KSchG § 23 Nr. 26; BAG 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Treuepflicht Nr. 1; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 23 Rn. 16 b; KR-Weigand 7. Aufl. § 23 KSchG Rn. 37 mwN*). Da § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG für die Ermittlung der Betriebsgröße auf die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer abstellt, ist die Beschäftigungslage maßgebend, die im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist. Eine zufällige tatsächliche Beschäftigtenzahl zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs ist unbeachtlich. Deshalb bedarf es zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl grundsätzlich eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und einer Einschätzung seiner zukünftigen Entwicklung, wobei Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls nicht zu berücksichtigen sind (*Senat 31. Januar 1991 und 22. Januar 2004 - 2 AZR 356/90 - und - 2 AZR 237/03 - aaO; KR-Weigand 7. Aufl. § 23 KSchG Rn. 37 f.*).

2. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen für eine Geltung des Kündigungsschutzgesetzes (*4. Juli 1957 - 2 AZR 86/55 - BAGE 4, 203, 207; 9. September 1982 - 2 AZR 253/80 - BAGE 40, 145, 156; 18. Januar 1990*



- 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; 15. März 2001
- 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23; zusammenfassend von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 23 Rn. 28; APS/Moll 2. Aufl. § 23 KSchG Rn. 48 mwN). Ein solcher Vortrag gehört grundsätzlich zur Begründung der Klage. Dass ein Betrieb bis zu fünf Arbeitnehmern die Ausnahme ist und deshalb die Prozesspartei, die sich auf die Ausnahme beruft, die Beweislast trägt, folgt nicht zwingend aus dem Wortlaut der Norm und entspricht auch nicht den tatsächlichen Verhältnissen der deutschen Wirtschaft. Der Arbeitnehmer muss demnach im Einzelnen darlegen und ggf. beweisen, in einem Betrieb tätig zu sein, in dem in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt sind. Ob an dieser Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht mehr festzuhalten ist - wie das Landesarbeitsgericht meint -, weil der Satz 2 des § 23 Abs. 1 KSchG als Ausnahmetatbestand gefasst sei und der Arbeitgeber auch über die sachnäheren Informationen verfüge (s. hierzu insb. *Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis* 8. Aufl. Rn. 898; *ErfK/Ascheid* 4. Aufl. § 23 KSchG Rn. 25; *KR-Weigand* 7. Aufl. § 23 KSchG Rn. 54a; *Bader NZA* 1997, 905, 910 und *NZA* 1999, 64, 66; *Bepeler AuR* 1997, 94, 97; *Reinecke NZA* 1989, 583) oder ob dies etwa im Hinblick auf die gesetzlichen Änderungen durch das Arbeitsmarktreformgesetz vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I, S. 3002) in § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG nF geboten erscheint, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Auch unter Anwendung der Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung des Senats unterfällt das Arbeitsverhältnis des Klägers dem allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG. Nachdem der Kläger schlüssig auf die zum Kündigungszeitpunkt unstreitig vorhandenen sechs Arbeitnehmer hingewiesen hatte, hätte die Beklagte substantiiert zur regelmäßigen Betriebsgröße und Nichtanwendung des Kündigungsschutzgesetzes erwidern müssen.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt dem objektiven Gehalt der Grundrechte, hier des Art. 12 GG, im Verfahrensrecht eine hohe Bedeutung zu (*BVerfG* 27. Januar 1998 - 1 BvR 15/87 - *BVerfGE* 97, 169). Der Stellenwert der Grundrechte muss sich insbesondere in der Darlegungs- und Beweislastverteilung widerspiegeln. Im Kündigungsrecht dürfen deshalb keine unzumutbar strengen Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers gestellt werden (*Stahlhacke/Preis/Vossen aaO* Rn. 889; von *Hoyningen-Huene/Linck aaO* § 23 Rn. 28; *APS/Moll aaO* § 23 Rn. 48; s. auch *BAG* 23. März 1984 - 7 AZR 515/82 - *BAGE* 45, 259; 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23). Dies gilt um so mehr,



als der Arbeitgeber auf Grund seiner Sachnähe ohne weiteres substantiierte Angaben zum Umfang und zur Struktur der Mitarbeiterschaft und ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarungen machen kann (*ErfK/Ascheid aaO § 23 Rn. 25; von Hoyningen-Huene/Linck aaO § 23 Rn. 29*). Dementsprechend genügt der Arbeitnehmer regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Der Arbeitgeber muss dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen solche substantiierten Darlegungen des Arbeitnehmers sprechen (*Senat 18. Januar 1990 und 15. Januar 2001 - 2 AZR 355/89 - und - 2 AZR 151/00 - aaO*). Das bedeutet im Einzelnen, der Arbeitnehmer muss regelmäßig zumindest - ggf. durch konkrete Beschreibung der Personen angeben, welche mehr als fünf Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt im Betrieb beschäftigt sind. Sind im Kündigungszeitpunkt aber mehr als fünf Arbeitnehmer tätig und ist dies unstreitig oder vom Arbeitnehmer substantiiert dargelegt worden, erfordert es der Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, dass nunmehr der sachnähere Arbeitgeber erwidern und dazu die Tatsachen und Umstände substantiiert darlegen muss, aus denen sich ergeben soll, dass dieses Ergebnis zufällig ist und regelmäßig - bezogen auf die Vergangenheit und vor allem für die Zukunft - weniger Beschäftigte im Betrieb tätig waren bzw. wieder sein werden. Dies gilt umso mehr, als der Arbeitnehmer häufig weder über die vergangenen, länger als sechs Monate zurückliegenden Zeiträume - oft auf Grund einer nur kurzen Beschäftigungsdauer - aus eigener Kenntnis vortragen kann noch über die zukünftige, vom Arbeitgeber beabsichtigte Beschäftigungsentwicklung entsprechende Informationen haben wird. Etwas anderes wird nur in den Fällen anzunehmen sein, in denen die Kündigung zu einem Zeitpunkt zugeht, in dem im Betrieb fünf oder weniger Mitarbeiter beschäftigt werden. Zu einem entsprechenden substantiierten Sachvortrag des Arbeitgebers im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gehört dabei insbesondere eine Darstellung über das - zukünftige - betriebliche Beschäftigungskonzept.

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist von der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf das Arbeitsverhältnis der Parteien auszugehen.

aa) Zum Kündigungszeitpunkt waren im Betrieb der Schuldnerin unstreitig sechs Arbeitnehmer beschäftigt. Dies spricht für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Ferner spricht hierfür der Umstand, dass bereits im Herbst 2001 für zwei Monate der Schwellenwert überschritten worden war.



bb) Dass die Beschäftigtenzahl zum Kündigungszeitpunkt zufällig und nicht repräsentativ gewesen ist, hat die insoweit darlegungspflichtige Schuldnerin bzw. der Beklagte nicht im Einzelnen vorgetragen. Es fehlt vor allem an einem rechtserheblichen, substantiierten Sachvortrag zur zukünftigen beabsichtigten bzw. realen Beschäftigungsentwicklung. Allein aus der Vergangenheit lässt sich vorliegend kein sicherer Schluss ziehen, zum Kündigungszeitpunkt sei die Zahl der Beschäftigten zufällig und nicht repräsentativ gewesen. Dies gilt umso mehr, als der Betrieb der Schuldnerin erst seit gut einem Jahr existierte und sich noch im Aufbau befand, saisonale Schwankungen auf Grund des Geschäftsgegenstandes zu verzeichnen waren und schließlich der Schwellenwert bereits im Herbst 2001 überschritten worden war. Der Sachvortrag der Schuldnerin bzw. des Beklagten ist deshalb nicht ausreichend, um die sich aus der abgestuften Darlegungs- und Beweislast ergebenden Anforderungen an den Beklagten zu erfüllen. Der Beklagte hat weder die Zahlen der zukünftigen Beschäftigung nach dem Zugang der Kündigung benannt noch konkretisierbare Angaben über das betriebliche Konzept der Schuldnerin zum Kündigungszeitpunkt geliefert. Da der Beklagte bzw. die Schuldnerin ihrer abgestuften Darlegungspflicht nicht nachgekommen ist, war auf Grund des unstreitigen Sachverhalts und des schlüssigen Vorbringens des Klägers von der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auszugehen.

cc) Es bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen zu den vom Kläger weiter benannten Personen.

II. Die Beklagte hat einen Kündigungsgrund iSd. § 1 Abs. 2 KSchG nicht substantiiert dargelegt. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, nach den Einlassungen des Geschäftsführers der Schuldnerin in der mündlichen Verhandlung könne insbesondere nicht davon ausgegangen werden, die Kündigung sei auf Wunsch oder Verlangen des Klägers erfolgt. Der Beklagte hat insoweit keine rechtserhebliche Aufklärungsrüge erhoben.

III. Auch die weitere Rüge des Beklagten, das Urteil sei nicht von den gesetzlichen Richtern erlassen worden, führt nicht zur Begründetheit seiner Revision. Ein absoluter Revisionsgrund nach § 547 Nr. 1 bis 3 ZPO liegt nicht vor. Der ehrenamtliche Richter S. war vom Beklagten nicht erfolgreich abgelehnt worden. Ein absoluter Revisionsgrund nach § 547 Nr. 3 ZPO besteht nur im Fall einer begründeten Ablehnung eines Richters (*Zöller/Gummer ZPO 25. Aufl. § 547 Rn. 4*). Das Ablehnungsgesuch des Beklagten ist wirksam vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen worden. Nach



§ 49 Abs. 3 ArbGG findet gegen den Ablehnungsbeschluss des Landesarbeitsgerichts kein Rechtsmittel statt.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Rost

Schmitz-Scholemann

Eylert

Dr. Roeckl

K. Schierle

