

Aktenzeichen: 2 AZR 494/81

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 9. Juni 1983

- 2 AZR 494/81 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 5. März 1981

Wuppertal

- 5 Ca 4430/80 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 23. September 1981

Düsseldorf

- 6 (4) Sa 486/81 -

Für die Amtliche Sammlung:	Ja	} auszugsweise
Für die Fachpresse:	: Ja	

Entscheidungsstichwort:

Kündigungsschutz im Kleinbetrieb, Zahl der Arbeitnehmer

Gesetz:

KSchG 1969 § 23; BGB § 117, § 242 Rechtsmißbrauch,
§ 611 Abhängigkeit

Leitsatz:

Bei der Ermittlung der für die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG erforderlichen Beschäftigtenzahl sind alle im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den zeitlichen Umfang ihrer Tätigkeit mitzuzählen.



2. AZR 494/81

6 (4) Sa 486/81 Düsseldorf

Verkündet am
9. Juni 1983

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 9. Juni 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Holzmann und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. September 1981 - 6 (4) Sa 486/81 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war bei der Beklagten, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, seit Anfang Juli 1979 als Isolierer mit einem Monatseinkommen von ca. 2.800,-- DM brutto beschäftigt. Neben ihm waren im Betrieb im Jahre 1980 drei weitere Isolierer tätig. Der Isolierer B ist am 9. Dezember 1980 aufgrund eigener Kündigung ausgeschieden. Weiterhin werden von der Beklagten Frau Anneliese Bö sowie die Ehefrau des Geschäftsführers in einem zwischen den Parteien streitigen Umfang beschäftigt. Frau Bö ist halbtags zusätzlich für eine andere Firma tätig. Nach den für sie angelegten Gehaltskontoblättern wurden für die sieben Monate Mai bis November des Jahres 1979 sowie für die zwölf Monate des Jahres 1980 durchschnittlich elf und für die vor der Berufungsverhandlung liegenden acht Monate des Jahres 1981 durchschnittlich sieben Arbeitsstunden im Monat abgerechnet. Die Beklagte führte pauschal 10 % Lohnsteuer ab. Die Ehefrau des Geschäftsführers wurde als Halbtagskraft geführt.

Mit Schreiben vom 10. Dezember 1980 hat die Beklagte dem Kläger ordentlich zum 31. Dezember 1980 gekündigt. Mit der am 18. Dezember 1980 bei Gericht eingegangenen Klage wehrt sich der Kläger gegen diese Kündigung, die nach seiner Auffassung sozial ungerechtfertigt ist. Er hat beantragt festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten hierdurch nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie wendet ein, ihr Betrieb falle nicht unter den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes, weil sie regelmäßig nur fünf Arbeitnehmer beschäftige. Zur Begründung hat sie vorgetragen:

Frau Bö erledige nur die Lohnabrechnungen einschließlich der damit zusammenhängenden Korrespondenz. Sie sei als freie Mitarbeiterin im Jahr durchschnittlich acht Stunden monatlich tätig. Während ihrer Anwesenheit im Büro nehme sie auch eingehende Telefongespräche entgegen. Dabei sei sie in der Zeiteinteilung frei und auch an keine sachlichen Weisungen gebunden. Sie verrichte ihre Tätigkeit regelmäßig im Büro des Geschäftsführers und bearbeite lediglich während des Winterhalbjahres einmal die Schlecht-

- 3 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

wettergelderstattungsanträge zu Hause. Sie sei bisher immer zur Arbeit erschienen, wenn dies erforderlich gewesen sei. Die Ehefrau des Geschäftsführers nehme die während seiner Abwesenheit eingehenden Telefongespräche entgegen.

Die Beklagte hat weiter vorsorglich zur sozialen Rechtfertigung ihrer Kündigung betriebs- und verhaltensbedingte Gründe geltend gemacht.

Der Kläger hat erwidert, Frau Bö sei regelmäßig mehr als acht Stunden im Monat im Betrieb tätig und an die Weisungen des Geschäftsführers gebunden. Neben der Lohnabrechnung versehe sie den Telefondienst und erledige alle anfallende Korrespondenz. Die Ehefrau des Geschäftsführers sei mindestens halbtags beschäftigt. Die von der Beklagten geltend gemachten Kündigungsgründe lägen nicht vor.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte mit Schriftsatz ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 11. Mai 1981 dem Kläger vorsorglich eine fristlose Kündigung ausgesprochen. Der Kläger hat daraufhin die Feststellung begehrt, daß sein Arbeitsverhältnis durch beide Kündigungen der Beklagten nicht aufgelöst worden sei.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine bisher gestellten Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, weil entgegen seiner Ansicht im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung der Beklagten für das Arbeitsverhältnis der Parteien zugunsten des Klägers der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG galt und deshalb zunächst noch geprüft werden muß, ob diese Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

A. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, daß zur Zeit der ordentlichen Kündigung der Beklagten in ihrem Betrieb in der Regel sechs Arbeitnehmer beschäftigt waren.

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

I. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts über den allgemeinen Kündigungsschutz nicht für Verwaltungen und Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden. Für die Bestimmung des betrieblichen Geltungsbezugs des allgemeinen Kündigungsschutzes kommen demnach 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 (allg.M.; vgl. KR-Becker, § 23 KSchG Rz 19; Herschel/Steinmann, KSchG, § 21 Rz 1). Das Berufungsgericht hat somit zu Recht geprüft, ob die Zeugin Bö und die Ehefrau des Geschäftsführers als Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt sind. Wäre dies für eine der beiden zu verneinen, so wäre bereits deshalb die für das Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes erforderliche Mindestzahl von sechs Arbeitnehmern nicht erreicht.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Zeugin Bö sei Arbeitnehmerin der Beklagten, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsgericht hat hierzu in tatsächlicher Hinsicht festgestellt:

Die Zeugin habe seit längerer Zeit regelmäßig für die Beklagte gegen Entgelt die anfallenden Lohnabrechnungsarbeiten erledigt, und zwar nur in geringfügigem Umfang zu Hause, im übrigen im Büro des Geschäftsführers. Sie habe diese Tätigkeit bisher noch nie ohne Grund abgelehnt. Die zeitliche Lage ihrer Tätigkeit, deren Umfang durch die betrieblichen Notwendigkeiten vorgegeben sei, habe sie jeweils mit dem Geschäftsführer abgesprochen. Der Geschäftsführer könnte ihr aufgrund dieser Vertragsgestaltung Weisungen erteilen, wenn sich dies als notwendig erweisen sollte, möge er von diesem Recht auch keinen oder nur in ganz geringem Umfang Gebrauch gemacht haben.

An diese Feststellungen ist der Senat gemäß § 561 ZPO gebunden. Der hiervon abweichende Vortrag der Beklagten in der Revisionsbeantwortung, die Zeugin habe ihre Tätigkeit zu Hause und nur unregelmäßig ausgeübt, sie habe im wesentlichen nur die

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

Schlechtwettergeldabrechnungen erledigt und hätte auch jederzeit ihre Tätigkeit einstellen können, enthält keine Verfahrensrüge, weil weder dargelegt wird, welche Rechtsnorm das Berufungsgericht bei seinen gegenteiligen Feststellungen verletzt haben soll noch die Tatsachen – etwa bestimmte Bekundungen der Zeugin – bezeichnet werden, die einen Verfahrensmangel ergeben könnten (§ 554 Abs. 3 Nr. 3 ZPO).

b) Aufgrund dieses Sachverhalts hat das Berufungsgericht die Zeugin als Arbeitnehmerin der Beklagten angesehen. Es hat ausgeführt, die Zeugin sei in den Betrieb eingegliedert gewesen und habe regelmäßig fremdbestimmte Büroarbeiten ausgeführt. Es sei unerheblich, daß sie in geringfügigem Umfang auch zu Hause gearbeitet und der Geschäftsführer von seinem Weisungsrecht bisher keinen Gebrauch gemacht habe. Entscheidend sei, daß er dies aufgrund der Vertragsgestaltung erforderlichenfalls tun konnte. Daß die zeitliche Lage der Arbeit mit dem Geschäftsführer abgesprochen werde, sei gerade bei Teilzeitbeschäftigten nicht ungewöhnlich. Da die Zeugin diese Tätigkeit längere Zeit regelmäßig verrichtet und sie noch nie ohne Grund verweigert habe, könne sie entgegen der von ihr in der Vernehmung geäußerten Ansicht die Tätigkeit auch nicht jederzeit einstellen, sondern sei zu der Arbeit in dem bisher ausgeübten Umfang rechtlich verpflichtet. Liege somit ein Arbeitsverhältnis vor, so sei der nach ihrer Aussage mit der Beklagten vereinbarte Verzicht auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaub nichtig und für die Qualifizierung ihres Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis ohne Bedeutung.

Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Maßgeblich für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet. Arbeitnehmer ist danach derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, daß ein Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Eine fachliche Weisungsgebundenheit tritt häufig hinzu, ist aber nicht immer typisch. Zu berücksichtigen ist vor allem die Eigenart der jeweiligen

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

- 6 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Tätigkeit (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. BAG 30, 163, 168 f. = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 und 2 der Gründe; BAG Urteil vom 13. Januar 1983 - 5 AZR 149/82 - zur Veröffentlichung bestimmt, zu B II 1 und 2 der Gründe).

An diese Grundsätze hat sich das Berufungsgericht gehalten. Es hat die Eigenart der von der Zeugin auszuübenden Tätigkeit berücksichtigt, die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie regelmäßig jeden Monat sowie ganz überwiegend im Betrieb ausgeübt wird, ihr Umfang durch die betrieblichen Notwendigkeiten vorgegeben und die Zeugin auch zu ihrer Ausübung in diesem Umfang verpflichtet ist. Damit ist sie hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort im wesentlichen dem Weisungsrecht der Beklagten unterworfen. Daß die Arbeitszeit innerhalb eines Monats jeweils mit dem Geschäftsführer abgesprochen wird, hat das Berufungsgericht mit Recht für unerheblich angesehen, da es sich nur um die Konkretisierung der jeden Monat zu erbringen Arbeitsleistung handelt und die Zeugin auch insoweit jedenfalls nicht einseitig die zeitliche Lage ihrer Arbeit bestimmen kann. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Weisungsrecht im übrigen beziehen sich ersichtlich auf die fachliche Weisungsgebundenheit. Ihr kommt auch im vorliegenden Fall geringere Bedeutung als Anknüpfungsmerkmal für die Arbeitnehmereigenschaft zu, da die Zeugin, wie sich aus ihrer Aussage ergibt, infolge ihrer früheren Tätigkeit spezielle Fachkenntnisse in der Abwicklung von Lohnabrechnungsarbeiten in einem Betrieb des Bau- bzw. Baunebengewerbes, insbesondere hinsichtlich des Schlechtwettergeldes, besitzt. Entgegen dem Vortrag der Revisionsbeklagten erledigt die Zeugin nicht im wesentlichen nur die Schlechtwettergeldabrechnung. Denn nach den durch die Eintragungen in den Gehaltskonten bestätigten tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat sie auch in den nicht in die Schlechtwetterperiode fallenden Monaten für die Beklagte regelmäßig gearbeitet. Daß die Zeugin wirtschaftlich von der Beklagten unabhängig ist, konnte das Berufungsgericht außer Betracht lassen, weil dieser Umstand für die Arbeitnehmereigenschaft ebensowenig maßgebend ist wie die Absprache, daß keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und auch kein Urlaub gewährt werde.

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

2. Auch die Ehefrau des Geschäftsführers zählt zu den Arbeitnehmern der Beklagten. Insoweit kann dem Berufungsgericht allerdings nur im Ergebnis gefolgt werden.

- a) Der Geschäftsführer der Beklagten hat in der Berufungsverhandlung erklärt, seine Ehefrau sei lediglich mit der Entgegennahme während seiner Abwesenheit eingehender Telefongespräche beauftragt gewesen. Er habe sie als Halbtagskraft geführt, um einen entsprechenden Betrag steuerlich als Gehalt absetzen zu können. Nachdem er ihr fristgerecht gekündigt habe, beziehe sie Arbeitslosengeld. Diese Erklärungen hat das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils und damit für die Revisionsinstanz bindend festgestellt (§ 561 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat angenommen, es habe sich offensichtlich um ein Scheinarbeitsverhältnis gehandelt, das der Geschäftsführer nur deshalb buchmäßig geführt habe, um Steuern zu hinterziehen und seine Ehefrau in den Genuß von Arbeitslosengeld zu bringen. Denn die von ihr tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung, nämlich die Annahme der Telefongespräche in Abwesenheit des Geschäftsführers und der Zeugin Bö habe in keinem Verhältnis zu der für sie in Ansatz gebrachten Vergütung einer Halbtagskraft gestanden. Jedoch könne sich ein Arbeitgeber, der auf diese Weise ein Arbeitsverhältnis manipulierte, nicht auf die Nichtigkeit des Scheingeschäfts berufen, soweit es um die Zahl der Beschäftigten als Voraussetzung für den allgemeinen Kündigungsschutz gehe.
- b) Diese Begründung vermag das angefochtene Urteil in diesem Punkt nicht zu tragen.

Hat die Beklagte mit der Ehefrau ihres Geschäftsführers nur zum Schein einen Arbeitsvertrag geschlossen, so ist dieser gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Die Ehefrau des Geschäftsführers war dann als mithelfende Familienangehörige und somit nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG im Betrieb tätig. Mit der Würdigung, die Beklagte könne sich auf diese Rechtsfolge nicht berufen, will das Berufungsgericht der Beklagten eine unzulässige Rechtsausübung vorwerfen. Das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitete Verbot der unzulässigen Rechtsausübung erstreckt sich zwar auch auf die Ausnutzung von Rechtslagen. Der hier in Betracht kommende Tatbestand des widersprüchlichen Verhaltens setzt jedoch voraus, daß für den Vertrags-

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

- 8 -



partner ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder daß sonstige Umstände die Rechtsausübung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Wenn die Ehefrau des Geschäftsführers tatsächlich nur in dem eingeschränkten Umfang für den Betrieb tätig gewesen ist, wie es auch das Berufungsgericht festgestellt hat, so mußte dem kein Arbeitsvertrag zugrunde liegen. Eine solche Tätigkeit kann auch aufgrund familienrechtlicher Beziehungen ausgeübt werden. Allein im Hinblick auf die tatsächliche Mitarbeit in diesem Umfang konnte der Kläger somit nicht darauf vertrauen, zusammen mit der Ehefrau des Geschäftsführers sei im Betrieb eine für die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes ausreichende Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt. Daß sie in den Büchern und gegenüber den Behörden als Arbeitnehmerin geführt wurde, ist unerheblich, weil dies kein wesentliches Kriterium für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist und der Kläger auch nicht behauptet, daß er hiervon gewußt habe. Der Beklagten könnte somit nur Rechtsmißbrauch vorgeworfen werden, wenn sie den Kläger etwa unter ausdrücklichem Hinweis auf die Möglichkeit, den allgemeinen Kündigungsschutz zu erlangen, zum Eintritt in den Betrieb bewogen hätte.

c) Das angefochtene Urteil stellt sich in diesem Punkt jedoch aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

Ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundene Rechtswirkung nicht eintreten lassen wollen. Das unterscheidende Kriterium liegt also darin, ob die Parteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Erfolges 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 (BGHZ 36, 84, 87 ff.; vgl. ferner BGHZ 67, 334).

Bei Anwendung dieser Grundsätze reichen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus, die Annahme eines zwischen der Beklagten und der Ehefrau ihres Geschäftsführers nur



zum Schein abgeschlossenen Arbeitsvertrages zu rechtfertigen. Auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Ehefrau des Geschäftsführers eine dem Betrieb zugute kommende Arbeitsleistung erbracht hat. Daß nur ein Arbeitsverhältnis vorgetäuscht wurde, um Steuern zu hinterziehen, folgert das Berufungsgericht allein aus dem Mißverhältnis zwischen dem Umfang der Arbeitsleistung und der für sie angesetzten Vergütung als Halbtagskraft, deren Höhe im übrigen nicht festgestellt ist. Werden jedoch tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht, so können die Parteien grundsätzlich das Entgelt frei vereinbaren. Auch wenn dieses die üblichen Gehälter übersteigt, rechtfertigt dieser Umstand allein noch nicht den Schluß, daß die Parteien in Wahrheit keine arbeitsvertragliche Bindung eingehen wollten. Verfolgte der Geschäftsführer den Zweck, Steuern zu sparen und seiner Frau Rechte aus der Arbeitslosenversicherung zukommen zu lassen, so konnte er dies nur bei Bestehen eines wirklichen Arbeitsvertrages erreichen, und dieser Umstand spricht, wie ausgeführt, gegen den Scheincharakter des Arbeitsvertrages.

II. Der Ansicht des Berufungsgerichts, auch der Isolierer B sei in den Kreis der im Zeitpunkt der Kündigung in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG einzubeziehen, ist zuzustimmen.

1. Nach allgemeiner Meinung ist maßgebender Zeitpunkt für die in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG vorausgesetzte Beschäftigtenzahl der Zugang der Kündigung, weil das Kündigungsschutzgesetz für die Frage, ob es Anwendung findet, generell auf den Kündigungsvorgang als Gestaltungsakt abstellt (vgl. BAG Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Treuepflicht, zu I der Gründe; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 23 Rz 2; KR-Becker, § 23 KSchG Rz 24; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, Stand: September 1982, § 23 Anm. 2). Wird deshalb mehreren Arbeitnehmern, die bisher ständig beschäftigt wurden, gleichzeitig gekündigt, und sinkt erst durch ihr Ausscheiden die Zahl der ständig Beschäftigten auf fünf oder weniger ab, so waren im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen noch "in der Regel" mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, und das Kündigungsschutzgesetz findet auf diese Kündigungen Anwendung.

2. Im Entscheidungsfall waren sowohl der Kläger als auch der Isolierer B bis zu ihrem Ausscheiden unstreitig ständig im Betrieb beschäftigt, so daß sich die hauptsächlich umstrittene



- 10 -

und höchststrichterlich noch ungeklärte Frage nicht stellt, unter welchen Voraussetzungen nicht ständig Beschäftigte, etwa Aus-
hilfskräfte, dennoch als "in der Regel" Beschäftigte anzusehen
sind (vgl. dazu Auffarth/Müller, KSchG, § 1 Anm. 15 ff.; Frey,
RdA 1960, 246, 251; Herschel/Steinmann, aaO; Hueck, aaO, § 23
Rz 2, § 17 Rz 9 ff.; KR-Becker, aaO Rz 24; Rohlfing/Rewolle/Bader,
aaO; IAG Mannheim, BB 1956, 306, 307). Hinsichtlich des Isolie-
rers B erscheint dies vielmehr nur deshalb fraglich, weil er
bereits vor dem - von den Vorinstanzen nicht festgestellten -
Zeitpunkt des Zugangs der mit Schreiben vom 10. Dezember 1980
erklärten Kündigung der Beklagten, nämlich am 9. Dezember, aus-
geschieden war. Nach dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils
wiedergegebenen Vortrag des Geschäftsführers der Beklagten hatte
der Isolierer B am 9. Dezember selbst gekündigt, worauf
die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart
wurde. Die Beklagte hat weiter vorgetragen, wegen starken Umsatz-
rückgangs seien drastische Personaleinsparungen erforderlich
geworden und deshalb sowohl der Kläger wie B nicht mehr
ersetzt worden. Hieraus ergibt sich, daß auch das Ausscheiden
des Isolierers B in innerem Zusammenhang mit den betrieb-
lichen Gründen stand, die die Beklagte zur Entlassung des Klägers
bewogen haben. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht den Auf-
lösungsvertrag mit B sowie die zeitlich unmittelbar nach-
folgende Kündigung des Klägers als eine einheitliche Personalmaß-
nahme angesehen und die Rechtslage hinsichtlich der Anwendung des
§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG wie im Falle gleichzeitig ausgesprochener
Kündigungen der Beklagten beurteilt.

B. Der Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger genieße trotz
der nach § 23 Abs. 1 KSchG ausreichenden Zahl von Arbeitnehmern
im Betrieb der Beklagten nicht den allgemeinen Kündigungsschutz,
weil die Zeugin Bö und die Ehefrau des Geschäftsführers im
Hinblick auf ihre die betriebsübliche Wochenarbeitszeit von
40 Stunden nicht überschreitende Gesamtarbeitszeit nur als ein
Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG anzusehen
seien, kann dagegen nicht zugestimmt werden.

I. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht im wesentlichen wie
folgt begründet:

- 11 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Bei einer am Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausgerichteten Auslegung sei nicht rein numerisch von der Zahl der Arbeitnehmer, sondern der Zahl der ständig besetzten "Arbeitsplätze" auszugehen. Der Gesetzgeber habe die Beschränkung des betrieblichen Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes unter dem Gesichtspunkt der Größe und der wirtschaftlichen Bedeutung des Betriebes vorgenommen. Bei der als Abgrenzungskriterium gewählten Zahl der regelmäßig Beschäftigten dürfte er von vollbeschäftigten Arbeitskräften ausgegangen sein, so daß nach seiner Vorstellung die Zahl der Beschäftigten der Zahl der vorhandenen Vollarbeitsplätze entsprochen habe. Die Größe und die wirtschaftliche Bedeutung eines Betriebes werde jedoch nicht verändert, wenn ein Vollarbeitsplatz in mehrere Teilarbeitsplätze aufgespalten werde. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer seien deshalb jeweils bis zu der betriebsüblichen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zusammenzurechnen. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn Arbeitsplätze, wie etwa bei der Beschäftigung von Reinigungskräften, aus technischen oder funktionsmäßigen Gründen nicht während der gesamten betriebsüblichen Arbeitszeit besetzt zu werden pflegten.

II. Auch zu dieser Frage liegen noch keine höchstrichterlichen Entscheidungen vor. Nach der in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum herrschenden Meinung sind alle regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den zeitlichen Umfang ihrer Tätigkeit bei der Ermittlung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG mitzuberücksichtigen (LAG Düsseldorf, DB 1970, 1280; LAG Hamm, DB 1979, 119; LAG Schleswig-Holstein, DB 1972, 1927; Hueck, aaO, § 23 Rz 3; KR-Becker, aaO Rz 20; Rohlfing/Rewolle/Bader, aaO, § 23 Anm. 2; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., S. 696; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 452; Wenzel, MDR 1977, 454). Die entgegengesetzte Auffassung des angefochtenen Urteils wird vertreten von den Arbeitsgerichten Hagen (DB 1977, 589) und Wuppertal (DB 1981, 1575) sowie von Eilers (BB 1964, 760). Während das angefochtene Urteil sowie Eilers Arbeitsplätze, die im Betrieb generell nicht während der gesamten betriebsüblichen Arbeitszeit besetzt zu werden pflegen, wie z.B. diejenigen von Reinigungs-



- 12 -

kräften, als "Vollarbeitsplätze" ansehen, berücksichtigen die beiden Arbeitsgerichte ohne jede Einschränkung Teilzeitbeschäftigte nur im Verhältnis ihrer Arbeitszeit zur betriebsüblichen Vollarbeitszeit.

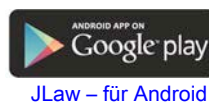
III. Für die herrschende Meinung spricht zunächst der Gesetzeswortlaut. Der Gesetzgeber verwendet in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG (früher § 21 KSchG) den Begriff des Arbeitnehmers ohne jede Einschränkung hinsichtlich des zeitlichen Umfangs der Beschäftigung. Personen, die für andere Dienste in persönlicher Abhängigkeit leisten, wurden aber auch schon zur Zeit des Inkrafttretens des Kündigungsschutzgesetzes im Jahre 1951 ohne Rücksicht auf den zeitlichen Umfang ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmer angesehen. Auch war die Teilzeitbeschäftigung schon vor der konjunkturbedingten Verknappung der Arbeitskräfte seit vielen Jahrzehnten eine bewährte Dauereinrichtung, insbesondere im Handel, im Gaststättengewerbe und im Dienstleistungssektor, somit in Gewerbezweigen, in denen Kleinbetriebe besonders häufig sind (vgl. Becker, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, 1970, S. 56, 57; Seiter/Kaemmerer/Röhrle, Teilzeitarbeit, 1971, S. 15). Die Annahme des Berufungsgerichts, der Gesetzgeber dürfte wohl von vollbeschäftigten Arbeitnehmern ausgegangen sein, entbehrt daher einer tatsächlichen Grundlage. Wenn der Gesetzgeber für die Abgrenzung des betrieblichen Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes allein den Begriff des Arbeitnehmers verwendet hat, so spricht dies dafür, daß er ihn mit dem von Wissenschaft und Rechtsprechung gegebenen Bedeutungsinhalt verwenden wollte. Dies gilt umso mehr, als er denselben Begriff auch für die Umschreibung des persönlichen Geltungsbereichs des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes verwendet hat und unter den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG nach allgemeiner Meinung auch die teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer fallen (vgl. BAG Urteil vom 21. Dezember 1967 - 2 AZR 2/67 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Wartezeit; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 23; Hueck, aaO, § 1 Rz 8 und 39). Denn es ist anzunehmen, daß ein in demselben Gesetz synonym verwendeter Begriff auch denselben Bedeutungsinhalt haben soll.

IV. Auch der Normzweck vermag die vom Berufungsgericht vertretene Auslegung nicht zu rechtfertigen.

- 13 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend ausführt, wollte der Gesetzgeber den besonderen Verhältnissen der Kleinbetriebe Rechnung tragen, weil der Inhaber eines solchen Betriebes durch den Zwang zur Fortsetzung eines ihm nicht mehr erwünschten Arbeitsverhältnisses infolge der wesentlich engeren Zusammenarbeit persönlich und vielfach auch finanziell schwerer belastet wird als der Inhaber eines Groß- oder Mittelbetriebes. In seinen weiteren Ausführungen hebt das Berufungsgericht jedoch zu einseitig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Betriebes ab und folgert daraus, es sei nach Arbeitsplätzen und nicht rein numerisch nach der Zahl der Arbeitnehmer abzugrenzen. Zwar haben auch wirtschaftliche Gesichtspunkte, insbesondere die Belastung mit hohen Abfindungen, bei der Gesetzesberatung eine Rolle gespielt (vgl. die ausführliche Darstellung der Gesetzesgeschichte bei Rohlfing/Rewolle/Bader, aaO). Jedoch waren für die Ausnahmeregelung vornehmlich die engen persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem Kleinbetrieb maßgebend, die jedoch allein von der Belegschaftsgröße und nicht von der Wirtschaftskraft des Betriebes abhängen. Nach Ansicht des Senats ist deshalb auch für die Frage, ob ein von mehreren Arbeitgebern einheitlich geführter Betrieb vom Kündigungsschutz ausgenommen ist, auf die Zahl der in diesem Betrieb Tätigen und nicht auf die Zahl der Arbeitnehmer abzustellen, die derjenige Arbeitgeber beschäftigt, mit dem der Arbeitsvertrag des gekündigten Arbeitnehmers besteht und gegen den sich die Kündigungsschutzklage richtet. Denn das personale Element der engen Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist allein von der Belegschaftsgröße des Betriebes abhängig (Urteil vom 4. Juli 1957 - 2 AZR 86/55 - AP Nr. 1 zu § 21 KSchG, zu 2 der Gründe). Wenn der Gesetzgeber somit allein die Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer als Abgrenzungskriterium für die Ausnahme bestimmter Betriebe vom allgemeinen Kündigungsschutz verwendet, so spricht dies dafür, daß er entscheidend auf dieses personale Element abgestellt hat.

2. Die herrschende Meinung wird ferner durch die Absicht des Gesetzgebers bestätigt, den Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes möglichst klar anhand formaler Kriterien zu bestimmen. Aus diesem Grund hat er durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. August 1969 (BGBl. I S. 1106) den Erwerb des



allgemeinen Kündigungsschutzes gemäß § 1 Abs. 1 KSchG von dem sechsmonatigen ununterbrochenen rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht, weil die frühere Gesetzesfassung, die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine ununterbrochene sechsmonatige tatsächliche Beschäftigung voraussetzte, eine Rechtsunsicherheit darüber herbeigeführt hatte, wenn die Beschäftigung nur unerheblich unterbrochen war (vgl. BAG 28, 176 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit, zu I 2 a der Gründe). Dem widerspricht es aber, auf den weder gesetzlich noch in Wissenschaft und Rechtsprechung einheitlich umschriebenen Begriff des Arbeitsplatzes abzustellen, zumal dann, wenn weiter noch zwischen "Vollarbeitsplätzen" und üblicherweise nicht während der gesamten betriebsüblichen Arbeitszeit besetzten Arbeitsplätzen unterschieden werden soll. Im übrigen ist das Berufungsgericht auch inkonsequent, wenn es für den Grundsatz, es müsse auf Vollarbeitsplätze abgestellt werden, wirtschaftliche Gesichtspunkte ins Feld führt, jedoch üblicherweise nur kürzere Zeit besetzte Arbeitsplätze wie diejenige von Reinigungskräften voll berücksichtigt. Für eine solche Differenzierung bietet das Gesetz keine Stütze.

3. Zu Unrecht verweist das Berufungsgericht für seine im Hinblick auf den Normzweck vom Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung auf den zu § 77 Abs. 2 BetrVG 1952 ergangenen Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 1. Dezember 1961 - 1 AZR 15/60 - (AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1952). Nach dieser Vorschrift muß der Aufsichtsrat von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit mit mehr als 500 Arbeitnehmern gemäß § 76 BetrVG 1952 zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt sein. Nach Meinung des Ersten Senats soll für die Bestimmung der nach dem BetrVG 1952 maßgebenden Betriebsgröße grundsätzlich von der Zahl der ständig besetzten Arbeitsplätze auszugehen sein. Der Gesetzgeber habe insoweit auf die Größe und wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Unternehmen abgestellt. Diese Eigenschaften eines Unternehmens bestimmten sich jedoch nach dem Arbeitsanfall, den ständig besetzten Arbeitsplätzen oder den Arbeitspensen. Diese Argumentation kann jedenfalls nicht auf die Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG übertragen werden, weil für den Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht ausschließlich

wirtschaftliche Gründe, sondern zumindest mit gleichem Gewicht auch die allein durch die Belegschaftszahl bestimmten persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer maßgebend sind.

V. Zugunsten der Auslegung des Berufungsgerichts lassen sich auch in der Entstehungsgeschichte des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG keine Anhaltspunkte finden. Weder dem auf den sog. Hattenheimer Entschließungen (vgl. RdA 1950, 63) beruhenden Entwurf eines Bundeskündigungsschutzgesetzes der Bundesregierung (BT-Drucks. I/2090, abgedruckt in RdA 1951, 58 ff.) noch den Beratungsergebnissen des Ausschusses für Arbeit (vgl. BT-Drucks. I/2384) oder den Plenumsdiskussionen des Bundestags während der zweiten und dritten Lesung des Kündigungsschutzgesetzes (vgl. 156. und 159. Sitzung des Bundestags, Sitzungsberichte S. 6210 bis 6220 und S. 6357 bis 6366) ist eine Stellungnahme zu der hier interessierenden Frage, ob bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten zu differenzieren ist, zu entnehmen, obwohl der persönliche wie betriebliche Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes Gegenstand heftiger parlamentarischer Kontroversen war, die schließlich in einer Kompromißentscheidung ihren Abschluß fanden (vgl. Rohlfing/Rewolle/Bader, aaO).

VI. Soweit das Berufungsgericht seine im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut stehende Auslegung darauf gestützt hat, der historische Gesetzgeber habe nur vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer berücksichtigen wollen, weil im Jahre 1951 das Problem der Teilzeitarbeit noch nicht aktuell gewesen sei, hat es in der Sache eine nach seiner Ansicht durch die Entwicklung der Teilzeitarbeit nachträglich entstandene verdeckte Gesetzeslücke angenommen und den nach seinem Wortsinn zu weiten Begriff des Arbeitnehmers im Wege der teleologischen Reduktion entsprechend eingeschränkt (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 315, 362, 364, 377). Für eine solche richterliche Rechtsfortbildung fehlt es, wie vorstehend ausgeführt (unter III), bereits an den vom Berufungsgericht angenommenen tatsächlichen Gegebenheiten in der Entwicklung der Teilzeitarbeit. Sie ist den Gerichten aber auch deshalb verwehrt, weil der Gesetzgeber in der Folgezeit das Ziel verfolgt hat, den Kündigungsschutz zu erweitern, indem er den im engen sachlichen Zusammenhang mit dem betrieblichen



Geltungsbereich stehenden persönlichen Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes zunächst durch die Herabsetzung des Mindestalters des geschützten Arbeitnehmers von 20 auf 18 Jahre durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz und schließlich durch die völlige Abschaffung einer Mindestaltersgrenze durch das Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 5. Juli 1976 (BGBl. I S. 1769) erweitert hat. Die mehrfachen Änderungen des KSchG und ihre jeweiligen Zielsetzungen sprechen eindeutig gegen die Annahme einer durch die neuere Entwicklung geschaffenen verdeckten Regelungslücke hinsichtlich der nur teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer.

C. Aus den vorstehend dargelegten Gründen folgt, daß der Kläger für die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 10. Dezember 1980 den allgemeinen Kündigungsschutz des § 1 Abs. 2 KSchG in Anspruch nehmen kann. Das Berufungsgericht muß daher zunächst die Prüfung nachholen, ob diese Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Dies macht die Zurückverweisung der Sache erforderlich. Sollte das Berufungsgericht insoweit zu einem dem Kläger günstigen Ergebnis gelangen, wird es auch die Wirksamkeit der vorsorglich erklärten fristlosen Kündigung der Beklagten zu prüfen haben.

Hillebrecht - zugleich für den
durch Urlaub an der Unterschrift
verhinderten Richter Professor
Dr. Röhler

Triebfürst

Holzmann

Dr. Bächle



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)