

Aktenzeichen: 2 AZR 594/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 31. Juli 1986
- 2 AZR 594/85 -I. Arbeitsgericht
WiesbadenUrteil vom 20. Juni 1984
- 6 Ca 2408/84 -II. Landesarbeitsgericht
Frankfurt am MainUrteil vom 2. Mai 1985
- 3 Sa 987/84 -

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



Entscheidungsstichwort:

Massenentlassung - regelmäßige Arbeitnehmerzahl

Gesetz: KSchG 1969 § 17, § 18

Leitsätze:

1. Bei der Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl (§ 17 Abs 1 KSchG) ist auf den Zeitpunkt der Entlassung, d h der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, abzustellen. Maßgeblich ist jedoch nicht die tatsächliche Beschäftigtenzahl zu diesem Zeitpunkt, sondern die normale Beschäftigtenzahl des Betriebes, d h diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist.

2. Zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bedarf es grundsätzlich eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebes und einer Einschätzung der künftigen Entwicklung.

Im Falle einer Betriebsstillegung kommt jedoch nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Frage. Entscheidend ist dann, wann der Arbeitgeber noch eine regelmäßige Betriebstätigkeit entwickelt und wieviel Arbeitnehmer er hierfür eingesetzt hat (im Anschluß an BAGE 42, 1 = AP Nr 7 zu § 113 BetrVG 1972).



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

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

2 AZR 594/85

3 Sa 987/84 Frankfurt am Main

Verkündet am
31. Juli 1986

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 1986 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Mauer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil



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



des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main
vom 2. Mai 1985 - 3 Sa 987/84 - aufgehoben.

2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Re-
vision, an das Landesarbeitsgericht zurückver-
wiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der jetzt 56 Jahre alte Kläger trat am 8. Juni 1965 als
Offsetdrucker in die Dienste der Beklagten. Sein Monatslohn be-
lief sich zuletzt auf 2.825,55 DM brutto. Mit Schreiben vom
26. April 1984 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum
30. Juni 1984. Zur Begründung gab sie an, aus marktwirtschaft-
lichen und betriebswirtschaftlichen Gründen sei ihr ein "Weiter-
machen" nicht möglich; sie beabsichtige, die Produktion endgültig
auslaufen zu lassen, da sie außerstande sei, weitere Verluste zu
verkräften. Zum 30. Juni 1984 stellte sie ihre betriebliche Tä-
tigkeit ein.

Bei der Beklagten waren bei Ausspruch der Kündigung des Ar-
beitsverhältnisses des Klägers unstreitig 15 Arbeitnehmer be-
schäftigt. Hiervon hatte die Beklagte im März 1984 vier Arbeit-
nehmern zum 30. April und drei Arbeitnehmern zum 30. Juni 1984,
im April 1984 einem Arbeitnehmer zum 31. Mai 1984 und neben dem



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kläger noch einem Arbeitnehmer zum 30. Juni 1984 gekündigt. Zwei Arbeitnehmern hatte sie im Hinblick auf längere Kündigungsfristen zum 31. August bzw. 30. September 1984 gekündigt. Im Mai 1984 sprach sie einem weiteren Arbeitnehmer eine Kündigung zum 30. Juni 1984 aus. Zwei Arbeitnehmer hatten zum 30. April bzw. 31. Mai 1984 selbst gekündigt.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Sie sei ferner deswegen unwirksam, weil sie wegen Betriebsübergangs ausgesprochen worden sei (§ 613 a Abs. 4 BGB) und die Beklagte keine Massenentlassungsanzeige erstattet habe. Bei den sechs zum 30. Juni 1984 ausgesprochenen Kündigungen habe es sich um eine anzeigepflichtige Massenentlassung nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gehandelt. Im Betrieb der Beklagten seien noch weitere neun und somit insgesamt 24 Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt gewesen, nämlich Herr G als Auslieferungsfahrer, Herr A im Büro, ferner als mindestens seit Anfang 1983 bis April 1984 regelmäßig eingesetzte Aushilfskräfte Fräulein F sowie die Herren Sch und T im Fotosatz, Herr P im Büro sowie Frau H in der Buchbinderei, und schließlich noch zwei Reinemachefrauen. Die Beklagte hätte deshalb die sechs zum 30. Juni 1984 ausgesprochenen Kündigungen beim Arbeitsamt anzeigen müssen.

Zumindest hätte die Beklagte im Hinblick auf sein Lebensalter und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit wie bei einem Angestellten eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quar-



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



talsende einhalten müssen, weil die Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, die für ältere Arbeiter gegenüber der für Angestellte geltenden Regelungen in § 2 AngKSchG kürzere Kündigungsfristen vorschreibe, wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG verfassungswidrig sei.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 26. April 1984, zugegangen am 27. April 1984, nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie habe den Betrieb zum 30. Juni 1984 stillgelegt. Ihr gesamtes Inventar werde versteigert. Die Entlassung des Klägers sei auch nicht nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtig gewesen, weil sie einschließlich aller Aushilfen nur 19 Arbeitnehmer beschäftigt habe. Herr A sei als freier Mitarbeiter und Herr G als selbständiger Transportunternehmer für sie tätig gewesen. Die Fristenregelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB sei verfassungsgemäß.

Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Es hat angenommen, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt, da die Beklagte ernsthaft beabsichtige, den Betrieb zum 30. Juni 1984 stillzulegen. Der Kläger habe ferner nicht substantiiert vorgetragen, daß ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB erfolgt sei. Die Kündigung sei auch nicht wegen Unterlassung einer Massenentlassungsanzeige unwirksam. Der Kläger habe nicht nachgewiesen, daß die Beklagte im fraglichen Zeitpunkt (noch)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt habe. Zu den 15 unstreitig regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern seien aufgrund der Erörterungen im Gütetermin die beiden ständig, wenn auch nur stundenweise eingesetzten Reinemachfrauen hinzuzuzählen, ferner Herr P , ohne daß es hierzu noch eines besonderen Beweises bedurft hätte, da er letztmalig noch am 22. Mai 1984 gearbeitet habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne man möglicherweise noch die Zeugin H einbeziehen, da sie noch im Februar/März 1984 insgesamt 38,5 Stunden sowie im März/April 1984 noch 19 Stunden als Aushilfe in der Buchbinderei tätig gewesen sei. Schließlich werde noch zugunsten des Klägers unterstellt, daß Fräulein F zum Kreis der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer gehört habe. Die weiteren vier vom Kläger bezeichneten Personen könnten hingegen nach dem Beweisergebnis nicht mehr dazugerechnet werden. Der Zeuge A sei als freier Mitarbeiter, der Zeuge G als selbständiger Unternehmer für die Beklagte tätig gewesen. Der Zeuge T und Herr Sch könnten im April 1984 nicht mehr als regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer angesehen werden, selbst wenn sie es vorher gewesen sein sollten. Der Zeuge T sei im Februar und Herr Sch (mit 18 Stunden) im Februar/März 1984 letztmalig eingesetzt gewesen. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß Herr Sch erst ab Oktober 1983 als Aushilfe eingesprungen sei und im Dezember 1984/Januar 1985 20 Stunden sowie im Zeitraum Januar/Februar 1985 insgesamt 57 Stunden gearbeitet haben solle. Die Kündigung sei auch fristgerecht ausgesprochen worden, da gegen die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden.



Der Kläger hat in der Berufungsinstanz die Ansicht vertreten, auch der Zeuge T und Herr Sch seien als Arbeitnehmer anzusehen, da diese zuletzt im Februar 1984 für die Beklagte gearbeitet hätten. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß für sie Stechkarten geführt und auf dieser Grundlage die Arbeitszeiten errechnet worden seien. Dies sei ein deutliches Anzeichen für eine regelmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer. Auch der Zeuge A sei als Arbeitnehmer anzusehen, da er einen festen Arbeitsplatz zu festen Zeiten bei der Beklagten gehabt habe.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen 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 begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Es kann noch nicht abschließend beurteilt werden, ob die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers wegen Unterlassung einer Masseneinstellungsanzeige rechtsunwirksam ist.

A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Kündigung sei durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt und damit sozial gerechtfertigt, weil die Beklagte ihren Betrieb im Juni 1984 aus wirtschaftlichen Gründen stillgelegt habe und diese Entscheidung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

für das Gericht bindend sei. Die Kündigung sei auch nicht nach § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam, weil keine Betriebsstillegung stattgefunden habe, sondern das Inventar der Druckerei am 23. Juni 1984 versteigert worden sei.

Die Unwirksamkeit der Kündigung könne auch nicht aus einem Verstoß gegen die Anzeigepflicht des § 17 KSchG hergeleitet werden. Zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung am 26. April 1984 seien im Betrieb der Beklagten nicht "in der Regel" mehr als 20 Arbeitnehmer tätig gewesen. Der Kläger stelle zu Unrecht auf die Beschäftigtenzahl bei regelmäßigem Gang des Betriebes ab, weil der Betrieb der Beklagten sich damals bereits in der Abwicklungsphase befunden habe. Zwar seien in früheren Jahren mehr als 21 Arbeitnehmer beschäftigt worden. Ihre Zahl sei aber im ersten Halbjahr 1984 fortlaufend abgesunken, da die betriebliche Tätigkeit mit dem 30. Juni 1984 zu Ende gegangen sei. Nur in Einzelfällen seien Arbeitsverhältnisse, offenbar wegen längerer Kündigungsfristen bzw. wegen Befristung, bis zum 31. August bzw. 30. September 1984 fortgesetzt worden. Die übrigen Arbeitnehmer seien mit dem 30. Juni 1984 oder früher aus dem Dienst der Beklagten ausgeschieden. Eine nur vorübergehende Abnahme der Beschäftigtenzahl wäre zwar für die Ermittlung des Bestandes der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer unerheblich gewesen. Maßgeblich seien jedoch die Verhältnisse bei Zugang der Kündigung. Zu diesem Zeitpunkt könne nicht mehr von einem Regelbestand von mehr als 20 Arbeitnehmern ausgegangen werden. Die Beklagte möge zu Beginn des Jahres 1984 noch 21 Arbeitnehmer beschäftigt haben. Die Zahl der tatsächlich dort arbeitenden Personen sei jedoch



bereits bis zum 30. Juni 1984 auf zwei Personen abgesunken. Das "normale Maß" der Jahresbelegschaft könne hier nicht zur Annahme eines über 20 Personen hinausgehenden Arbeitnehmerbestandes führen, da ab 1. Juli 1984 keine Arbeitnehmer mehr in dem stillgelegten Betrieb hätten arbeiten können.

B. Diese Würdigung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

I. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt und auch nicht nach § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam, läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

II. Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Kündigung sei auch nicht wegen Unterlassung einer Massenentlassungsanzeige unwirksam, kann jedoch mit der von ihm gegebenen Begründung nicht gefolgt werden. Insoweit bedarf es noch weiterer Sachaufklärung.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers unwirksam ist, wenn die Beklagte die zum 30. Juni 1984 vorgenommenen Entlassungen nach § 17 KSchG dem Arbeitsamt hätte anzeigen müssen.

Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitsamt Anzeige zu erstatten, bevor er in einem Betrieb mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Nach § 18 KSchG werden Entlassungen, die nach § 17 KSchG



anzuzeigen sind, vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt nur mit Zustimmung des Landesarbeitsamtes wirksam. Unter "Entlassung" im Sinne dieser Vorschriften ist nicht schon die (ordentliche) Kündigung des Arbeitgebers, sondern erst die damit beabsichtigte Folge der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Unterbleibt die Anzeige des Arbeitgebers, so ist die einzelne Kündigung unwirksam, wenn sich der Arbeitnehmer auf diesen Verstoß beruft (Senatsurteil vom 6. Dezember 1973, BAG 25, 430 = AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1979; BAG Urteil vom 10. März 1984, BAG 38, 106 = AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969).

Im vorliegenden Fall hängt deshalb die Entscheidung über die Wirksamkeit der dem Kläger erklärten Kündigung allein von der streitig gebliebenen Frage ab, ob es sich bei dem Betrieb der Beklagten um einen Betrieb mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG handelt. Denn die übrigen Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen die §§ 17 ff. KSchG liegen vor. Die Beklagte hat zum 30. Juni 1984 einschließlich des Klägers sechs Arbeitnehmern gekündigt und somit innerhalb von 30 Kalendertagen mehr als fünf Arbeitnehmer entlassen. Sie dem Arbeitsamt keine Anzeige erstattet, und der Kläger hat sich in den Vorinstanzen auf einen Verstoß der Beklagten gegen diese Vorschriften berufen.

2. Maßgebender Zeitpunkt für die Bestimmung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des § 17 Abs. 1 KSchG ist der Zeitpunkt der Entlassung, d. h., nach den vorstehend



dargestellten Grundsätzen der Kündigungstermin, im vorliegenden Fall somit der 30. Juni 1984.

Das Berufungsgericht hat demgegenüber auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (Ende April 1984) abgestellt und sich hierfür auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juni 1976 (- 3 AZR 73/75 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Treuepflicht, zu I der Gründe) berufen. Diese Entscheidung hat jedoch die Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zum Gegenstand, der den Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes des Ersten Abschnitts des KSchG auf Betriebe beschränkt, in denen "in der Regel" fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung beschäftigt werden. Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit deswegen die Größenverhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung für maßgebend erachtet, weil das Kündigungsschutzgesetz für die Frage, ob es Anwendung findet, generell auf den Kündigungsvorgang als Gestaltungsakt abstellt. Diese Überlegungen können jedoch auf die Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG nicht übertragen werden. Hier geht es um die Anzeigepflicht des Arbeitgebers bei Massenentlassungen. Hierfür ist, wie ausgeführt, anders als bei der Frage der Anwendbarkeit des KSchG, nicht auf die Kündigung des Arbeitgebers, sondern auf die dadurch herbeigeführte tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Der Arbeitgeber muß die Anzeige somit nicht vor Ausspruch der Kündigung, sondern nur vor Beginn der Entlassung, d. h., vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und somit in der Regel vor Ablauf der Kündigungsfrist erstatten (so bereits zu § 15 KSchG a. F., Senatsurteil vom 3. Oktober 1963 - 2 AZR



160/63 - AP Nr. 9 zu § 15 KSchG, zu 4 a der Gründe; ebenso Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 17 Rz 51; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 17 Rz 31; KR-Gröninger, 2. Aufl., § 17 KSchG Rz 32, 75). Er wird allerdings im eigenen Interesse den Zeitpunkt der Anzeigeerstattung so wählen, daß die Entlassungen in die einmonatige Freifrist des § 18 Abs. 4 fallen, die regelmäßig nach dem Ende der mit Eingang der Anzeige beginnenden einmonatigen Sperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG beginnt und vor deren Ablauf die Entlassung durchgeführt werden muß, weil es sonst einer erneuten Anzeige bedarf (Herschel/Löwisch; Hueck; jeweils aaO; KR-Gröninger, aaO, § 17 KSchG Rz 75). Für die Bestimmung der Zahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer nach § 17 Abs. 1 KSchG ist somit auf den Zeitpunkt der Entlassungen abzustellen, um deren Anzeigepflicht es geht (h. M.; vgl. Herschel/Löwisch, aaO, § 17 Rz 26; KR-Gröninger, aaO, § 17 KSchG Rz 28; LAG Hamm, EzA § 17 KSchG Nr. 2).

3. Die Anzeigepflicht selbst hängt nach § 17 Abs. 1 KSchG von der Zahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer ab.

a) Diese Formulierung war bereits in früheren Rechtsvorschriften verwendet worden (§§ 5, 20, 56 AOG; StilllegungsVO; § 1 BAG 1920, §§ 8, 9 BetrVG 1952). Befindet sich, wie bereits erwähnt, in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG sowie in zahlreichen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Februar 1972, die für die Betriebsgröße auf die Beschäftigtenzahl abstellen und hieran bestimmte Rechtsfolgen knüpfen (insbesondere Betriebsratsfähigkeit, § 1; Größe des Betriebsrats, § 9; Mitbestimmung des Be-



etriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen, § 99; Pflicht des Arbeitgebers zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses, § 106; und Recht und Pflicht des Arbeitgebers über die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Unternehmen, § 100; Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, § 111, 112 a). Auch das Montan-Mitbestimmungsgesetz 1976 (§§ 1, 4, 9) sowie das Bundespersonalvertretungsgesetz (§§ 12, 16) bedienen sich dieses Ausdrucks. Im Hinblick auf die kontinuierliche Verwendung des Begriffs durch den Gesetzgeber ist für die Auslegung der betreffenden kündigungsschutzrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften von einem einheitlichen Begriffsinhalt auszugehen (vgl. BSG Urteil vom 9. September 1979 - 7 RAR 55/78 - SozR 7820, § 17 KSchG Nr. 2 sowie die herrschende Meinung im kündigungsrechtlichen Schrifttum: Herschel/Löwisch, aaO, § 17 Rz 26; Hueck, aaO, § 17 Rz 9; KR-Becker, aaO, § 23 KSchG Rz 24; KR-Gröninger, aaO, § 17 KSchG Rz 28; Landmann/Rohmer/Neumann, GewO I, vor § 133 g Rz 16; ferner Tschöpe, BB 1983, 1416; a. M. LAG Hamm, aaO, für § 17 KSchG und § 111 BetrVG).

b) Für die Bestimmung der Zahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer nach § 17 Abs. 1 KSchG ist somit, entsprechend der Auslegung der zitierten Vorschriften des BetrVG, grundsätzlich nicht die zufällige tatsächliche Beschäftigtenzahl zu dem für die Beurteilung maßgebenden Zeitpunkt zugrunde zu legen. Abzustellen ist vielmehr auf die Regelarbeitnehmerzahl. Dies ist auch nicht die durchschnittliche Beschäftigtenzahl eines bestimmten Zeitraums, sondern die normale Beschäftigtenzahl des Betriebes, d. h. diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im allge-



meinen kennzeichnend ist. Entscheidend ist die Beschäftigtenzahl bei regelmäßigem Gang des Betriebes. Zu ihrer Feststellung bedarf es deshalb grundsätzlich eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebes und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung. Zeiten außergewöhnlichen Geschäftsanfalls, z. B. Weihnachtsgeschäft, Jahresabschlußarbeiten sowie Zeiten kurzfristiger Geschäftsdrosslung z. B. in Ferienzeiten oder in der Nachsaison, sind nicht zu berücksichtigen (vgl. BAG 28, 203 = AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG 1972, zu III 3 c der Gründe; BAG 42, 1 = AP Nr. 7 zu § 113 BetrVG 1972, zu II 1 der Gründe; BSG, aaO; Herschel/Löwisch, aaO, § 17 Rz 26; Hueck, aaO, § 17 Rz 9 a; KR-Gröninger, aaO, § 17 KSchG Rz 28; aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Schrifttum: Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 1 Rz 129, m. w. N.).

c) Die vorstehend dargelegten Grundsätze können allerdings bei einer Betriebsstillegung nicht uneingeschränkt angewendet werden. In einem solchen Falle kann zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl nur ein Rückblick von dem nach der anzuwendenden Norm maßgeblichen Zeitpunkt, nach § 17 Abs. 1 KSchG somit vom Zeitpunkt der Entlassung, auf die bisherige Belegschaftsstärke in Frage kommen.

aa) Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat dies in dem Urteil vom 22. Februar 1983 (BAG 42, 1) für den Anwendungsbereich der §§ 111 bis 113 BetrVG angenommen, die nur für die Betriebe mit "in der Regel" mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern gelten (§ 111 Satz 1 BetrVG). Maßgebender Zeitpunkt für



die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist hier der Zeitpunkt, in dem die dem Betriebsrat in diesen Vorschriften eingeräumten Beteiligungsrechte entstehen. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber den Betrieb zum Jahresende 1977 stillgelegt und den Entschluß zu dieser Maßnahme nach seiner Darstellung Ende November des Jahres gefaßt. Bis einschließlich Juni waren in dem Betrieb stets mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Erst infolge einer wegen verschlechterter Auftragslage vorgenommenen Personalreduzierung sank die Beschäftigtenzahl ab Juli unter 21 Arbeitnehmer auf schließlich 13 Arbeitnehmer im November ab. Nach Ansicht des Ersten Senats ist diese verminderte Belegschaftsstärke bis November nicht mehr zu einer den Betrieb kennzeichnenden regelmäßigen Personalstärke geworden. Der Betrieb hatte im Oktober keinen Umsatz mehr gemacht und neue Aufträge waren nicht zu erwarten, so daß die gesamte Belegschaft mehrere Monate mehr oder weniger ohne Beschäftigung gewesen war. Deshalb konnte sich nach der Personalreduzierung auch nicht wenigstens für eine gewisse Zeit eine der verminderten Personalstärke angepaßte normale Betriebstätigkeit entwickelt haben und der verringerte Personalstand zur regelmäßigen Belegschaftsstärke geworden sein. Daher war auch im Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses im November noch von einer über 20 liegenden Regelarbeitnehmerzahl des Betriebes auszugehen, so daß die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach den §§ 111, 112 BetrVG vor der Stilllegung zu beachten waren. Entscheidend ist somit, daß in Fällen dieser Art in dem Zeitraum, in dem die Belegschaft weiter reduziert wird, nicht mehr von einem dieser verminderten Belegschaftsstärke entsprechenden regelmäßigen Gang oder normalen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zustand des Betriebes gesprochen werden kann.

Der Ansicht des LAG Hamm (aaO), bei Betriebsstillegungen sei im Anwendungsbereich der §§ 111 ff. BetrVG auf die Zahl der Arbeitnehmer abzustellen, die im Zeitraum eines Jahres vor der Stillegung normalerweise beschäftigt waren, kann nicht gefolgt werden. Sie wird den in einem solchen Zeitraum denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten nicht gerecht. Der Arbeitgeber kann zunächst das Ziel verfolgen, innerhalb eines Jahres durch stufenweisen Personalabbau den Betrieb zu sanieren, und sich erst später veranlaßt sehen, ihn stillzulegen. In diesem Fall wird zunächst die verminderte Belegschaftszahl zur regelmäßigen Belegschaftszahl und für die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt des Stillegungsbeschlusses maßgebend.

bb) Für die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl nach § 17 Abs. 1 KSchG kann nichts anderes gelten.

Auszugehen ist hier, wie ausgeführt, vom Zeitpunkt der Entlassung, d. h. grundsätzlich vom Termin der anzeigepflichtigen Kündigungen. Hatte der Arbeitgeber vorher zunächst eine Betriebseinschränkung geplant und den Betrieb mit entsprechend verminderter Belegschaft weitergeführt, so stellte diese die normale, den Betrieb kennzeichnende Belegschaftsstärke dar (so auch Hueck, aaO, § 17 Rz 9 b). Entschließt er sich später, den Betrieb endgültig stillzulegen, so ist diese Belegschaftszahl für die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl nach § 17 Abs. 1 KSchG maßgebend, auch wenn der Arbeitgeber in Ausführung



dieses Entschlusses das Personal nur stufenweise entläßt. Entgegen der Ansicht des LAG Hamm (aaO) kann deshalb auch die Rückschau nicht auf einen festen Zeitraum (zwei Monate) begrenzt werden. Entschließt sich der Arbeitgeber schon früher zur Stilllegung des Betriebes und entläßt er in Ausführung dieses Entschlusses stufenweise Personal, so stellt der zwei Monate vor dem Entlassungstermin noch vorhandene Personalbestand nicht mehr die normale Belegschaftsstärke dar. Das LAG Hamm verweist für seine Ansicht zu Unrecht auf das Senatsurteil vom 6. Dezember 1973 (BAG 25, 430). Der Senat hat es dort (zu II 2 a der Gründe) zwar für zulässig erachtet, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer innerhalb des 30-Tage-Zeitraums jeweils unter der Grenzzahl (nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht mehr als fünf Arbeitnehmer) zu halten und dadurch eine Anzeigepflicht zu vermeiden. Daraus kann jedoch nichts für die Bestimmung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl im Sinne dieser Vorschrift hergeleitet werden, weil es hier auf die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Belegschaftsstärke ankommt.

cc) Mit dieser Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG setzt sich der Senat auch nicht in Widerspruch zu dem Urteil des BSG vom 4. September 1979 (aaO). Nach dem dort beurteilten Sachverhalt war die Zahl der Arbeitnehmer in mehreren Jahren kontinuierlich von 46 auf 18 im August des letzten Jahres gesunken. Das BSG ist für die Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG von dem Grundsatz ausgegangen, neben dem Rückblick auf die Vergangenheit bedürfe es auch einer Einschätzung der künftigen Entwicklung des Betriebes. Es hat ausgeführt, nach dem Rückblick auf die Vergangenheit könne



für den Zeitpunkt der Entlassungen im August des letzten Jahres nur geschlossen werden, daß in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen seien. Die über mehrere Jahre laufende Entwicklung habe gezeigt, daß der Arbeitgeber kontinuierlich Arbeitsplätze abgebaut habe. Die Entwicklung spreche geradezu für eine sinkende Beschäftigtenzahl als Regelzustand. Im Zeitpunkt, als der Konkurs eröffnet worden sei, wie auch etwa vier Monate zuvor, sei für die Zukunft kein neuer Anstieg der Beschäftigtenzahl zu erwarten gewesen. Aus der Gesamtschau der Entwicklung des Betriebes müsse somit davon ausgegangen werden, daß dieser "in der Regel" nicht mehr als 20 Beschäftigte gehabt habe und die Entlassungen nicht anzeigepflichtig gewesen seien. Der in diesem Urteil mitgeteilte Sachverhalt läßt die Möglichkeit offen, daß der Arbeitgeber mit der verminderten Belegschaftsstärke jeweils eine regelmäßige Betriebstätigkeit entwickelt hat; das BSG sieht letztlich die sinkende Beschäftigungszahl als Regelzustand an. Deshalb liegt kein Widerspruch zu dem vom Ersten Senat in dem Urteil vom 22. Februar 1983 (BAG 42, 1) aufgestellten und vom erkennenden Senats übernommenen Grundsatz vor, daß für die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bei Betriebsstillegungen darauf abzustellen ist, ob es mit der (zunächst) verminderten Belegschaftszahl noch zu einer an diese angepassten normalen Betriebstätigkeit gekommen ist.

4. Die Anwendung der vorstehend dargestellten Grundsätze auf vorliegenden Fall ergibt, daß noch nicht abschließend beurteilt werden kann, ob die von der Beklagten zum 30. Juni 1984 vorgenommene Entlassung des Klägers nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG



anzeigepflichtig war und die Kündigung deshalb unwirksam ist.

a) Maßgebend für die Anzeigepflicht ist, ob am 30. Juni 1984 die regelmäßige Beschäftigtenzahl der Beklagten noch mehr als 20 Arbeitnehmer betragen hat. Die Beklagte hat den Betrieb zu diesem Termin stillgelegt. Somit ist entscheidend, bis zu welchem Zeitpunkt und mit welcher Belegschaftsstärke die Beklagte zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entwickelt hat. Diese und nicht die tatsächlich Ende Juni 1984 noch vorhandene, um die unstreitig zum 30. April und 31. Mai 1984 ausgeschiedenen sieben Arbeitnehmer verminderte Belegschaft stellt dann auch noch Ende Juni 1984 die dem Betrieb kennzeichnende normale Belegschaftsstärke dar. Das Berufungsgericht hat auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abgestellt und angenommen, von "einem Normalmaß der Jahresbelegschaft" von 20 Arbeitnehmern könne zu diesem Zeitpunkt nicht mehr ausgegangen werden, weil der Betrieb zwar Anfang des Jahres noch 21 Arbeitnehmer beschäftigt haben möge, die Zahl der tatsächlich Beschäftigten jedoch bis zum 30. Juni 1984 auf zwei Personen abgesunken sei und sich danach in dem stillgelegten Betrieb niemand mehr tatsächlich habe betätigen können. Das Berufungsgericht geht somit offenbar von einer durchschnittlichen Belegschaftszahl im ersten Halbjahr 1984 aus. Hierauf, wie auch auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, kommt es jedoch nicht an.

Maßgebend ist vielmehr, wann der Betrieb noch eine "normale Tätigkeit" entwickelt hat und welche Belegschaftsstärke zu diesem Zeitpunkt bestand. Nach dem Vortrag der Parteien in den Vorin-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stanzen spricht einiges dafür, daß eine regelmäßige Betriebstätigkeit noch bis zum März 1984 entwickelt worden ist. Der Kläger hat behauptet, er habe noch bis einschließlich dieses Monats in erheblichem Umfang Überstunden geleistet. Die Beklagte hatte - im Mai 1984 - vorgetragen, bis März 1984 noch mit Hochdruck versucht zu haben, möglichst viele Aufträge abzuwickeln. Da Kündigungsfristen einzuhalten gewesen seien, habe sie sich ein finanzielles Polster schaffen müssen, um ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern nachkommen zu können. Sie hat allerdings auch vorgetragen, sie habe regelmäßig nur 16 Arbeitnehmer beschäftigt und die Aushilfen H , P und S nur in Produktionsspitzenzeiten hinzugezogen. Sollte sie im März 1984 aus den angeführten Gründen zur Erzielung von Mehreinnahmen mehr Arbeitnehmer als in den vorausgegangenen Monaten und Jahren eingesetzt haben, um mehr Aufträge als gewöhnlich abwickeln zu können, so müßte die Zahl der Bewältigung dieser Produktionsspitze eingesetzten Arbeitnehmer außer Betracht bleiben.

b) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, wieviel Arbeitnehmer vor April 1984 tatsächlich bei der Beklagten beschäftigt waren. Es hat lediglich ausgeführt, die Beklagte habe in früheren Jahren mehr als 21 Arbeitnehmer beschäftigt und möge diese Anzahl auch noch zu Beginn des Jahres 1984 beschäftigt haben. Es hat die Feststellungen des Arbeitsgerichts nicht übernommen, daß teilweise aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und des Beweisergebnisses, teilweise aufgrund von Unterstellungen von einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von 20 Arbeitnehmern im Zeitpunkt der Kündigung ausgegangen ist. Die



Aushilfskräfte Sch und T hat es nicht zu diesem Personenkreis gezählt, weil sie nur bis Februar/März 1984 und nicht mehr zum Kündigungszeitpunkt tätig gewesen seien. Die Zeugen A und G hat es nicht als Arbeitnehmer angesehen. Der Kläger ist zuletzt von einer Zahl von 23 regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern ausgegangen, nachdem er in der Berufungsinstanz die Statusbeurteilung des Zeugen G durch das Arbeitsgericht nicht mehr beanstandet hat.

c) Nach dem Akteninhalt kann nicht ausgeschlossen werden, daß die regelmäßige Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt der Entlassung des Klägers 21 Arbeitnehmer betragen hat. Dem steht nicht entgegen, daß einige der in Betracht kommenden Personen nur als "Aushilfskräfte" tätig gewesen sind. Aushilfskräfte, die nur vorübergehend aus Anlaß eines kurzfristigen erhöhten Arbeitsanfalls oder zur Vertretung von ausgefallenen Arbeitnehmern beschäftigt werden, zählen nicht zu regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern. Nach dem Vortrag des Klägers sind die betreffenden Personen jedoch über Monate bzw. Jahre hinweg beschäftigt worden. Geschah dies, um zusätzlich zu den sonst beschäftigten Arbeitnehmern einen bei der Beklagten ständig aufgetretenen oder in regelmäßigen Abständen wiederkehrenden erhöhten Arbeitsanfall zu bewältigen, könnte es sich in Wahrheit um regelmäßig eingesetzte Teilzeitkräfte und schon deshalb um regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer handeln (vgl. für die Einbeziehung von Aushilfskräften in die regelmäßige Beschäftigtenzahl im übrigen BAG 28, 203 = AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG 1972, zu III 3 b der Gründe).



d) Der Rechtsstreit muß somit an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen werden, um ihm Gelegenheit zu geben, die nach den vor-
stehenden Ausführungen noch entscheidungserheblichen Feststel-
lungen zu treffen. Sollte es wiederum zu dem Ergebnis erlangen,
die Kündigung sei auch unter dem Gesichtspunkt der §§ 17, 18
KSchG wirksam, so wird es bei der Anwendung der verfassungswid-
rigen Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB zur Be-
rechnung der Kündigungsfrist für ältere Arbeiter den Senatsbe-
schluß vom 28. Februar 1985 (- 2 AZR 403/83 - AP Nr. 21 zu
§ 622 BGB) zu beachten haben.

Hillebrecht Triebfürst Dr. Weller

Peter Jansen Mauer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)