

## ALLGEMEINER KÜNDIGUNGSSCHUTZ NACH DEM KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ

### A. Prüfungssystematik:

1. Arbeitnehmer in Betrieben mit **in der Regel mehr als zehn** Arbeitnehmern, ausschließlich der Auszubildenden, genießen nach sechs Monaten ununterbrochener Beschäftigung in demselben Betrieb oder Unternehmen, Kündigungsschutz gegen sozial ungerechtfertigte Kündigungen nach § 1 KSchG.

2. Eine Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Bitte vergleichen Sie hierzu unsere Ausführungen zu den einzelnen Kündigungsgründen.

### B. Grundsätzliches zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes:

#### **Schwellenwerte des § 23 KSchG**

Die Vorschriften des ersten Abschnittes des KSchG (Allgemeiner Kündigungsschutz) gelten gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG nicht für Betriebe und Verwaltungen, in denen i.d.R. fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden. In Betrieben und Verwaltungen, in denen i.d.R. zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des ersten Abschnittes mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat. Diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bis zur Beschäftigung von i.d.R. zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen.

a) Schwellenwert bei Arbeitnehmern, die am 31.12.2003 bereits angestellt waren:

Der Schwellenwert für Arbeitnehmer, die bereits am 31.12.2003 bei ihrem Arbeitgeber beschäftigt waren, ist unverändert, d.h. es müssen mehr als fünf Arbeitnehmer dem Betrieb angehören. Zu beachten ist, dass die ab dem 01.01.2004 erfolgten Neueinstellungen bei der Feststellung der Schwellenzahl i.S.v. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG so lange nicht berücksichtigt werden dürfen, bis eine Anzahl von zehn Arbeitnehmern erreicht ist. Es ist jedoch für die Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG unerheblich, ob ein Arbeitnehmer am 31.12.2003 seine Wartezeit vollendet hatte.

b) Schwellenwert bei Arbeitnehmern, die ab 01.01.2004 angestellt wurden:

Arbeitnehmer, die ab dem 01.01.2004 eingestellt worden sind, genießen erst dann den allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG, wenn der Schwellenwert von zehn Mitarbeitern überschritten wird, also rechnerisch mindestens 10,25 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Neu eingestellte Mitarbeiter in Betrieben mit mindestens 10,25 Arbeitnehmern genießen daher Kündigungsschutz. Neu eingestellte Mitarbeiter in Betrieben mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern erlangen keinen Kündigungsschutz, es sei denn, der Schwellenwert wird aufgrund der Neueinstellung(en) überschritten (Bauer/Krieger, DB 2004, 651). Wenn in einem Betrieb mit mehr als zehn Arbeitnehmern die Arbeitnehmerzahl auf zehn Arbeitnehmer oder weniger fällt, so verlieren die in einem solchen Betrieb für nach dem 31.12.2003 eingestellten Arbeitnehmer ihren Kündigungsschutz.

### **Bestimmung der Regelarbeitnehmerzahl**

Für die Frage, ob der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist, kommt es also auf die Zahl der i.d.R. beschäftigten Arbeitnehmer im Betrieb an.

Ausschlaggebend ist dabei die Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, nicht hingegen diejenige zu dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis beendet wird.

Entscheidend ist weiter die Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer bei normaler Betriebstätigkeit. Ziel dieser gesetzlichen Regelung ist es, auf die Beschäftigungslage abzustellen, die im Allgemeinen für den Betrieb maßgeblich ist, während die zufällige tatsächliche Beschäftigtenzahl zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs unbeachtlich sein soll. Ermittelt wird die Beschäftigtenzahl für den Betrieb dann durch einen Rückblick auf die personelle Situation in der Vergangenheit unter Einbeziehung der künftigen Entwicklung. Folglich kommt es nicht auf die Anzahl der Mitarbeiter an, die am Tag des Zugangs der Kündigung zufällig beschäftigt sind. Vielmehr sind u.a. auch die vom Arbeitgeber gleichzeitig oder in zeitlichem Zusammenhang gekündigten Arbeitnehmer bei der Ermittlung der Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Auch der gekündigte Arbeitnehmer selbst ist stets mitzuzählen, selbst wenn der Arbeitgeber sich entschieden hat, den bis dahin vom gekündigten Arbeitnehmer besetzten Arbeitsplatz nicht neu zu besetzen oder den Betrieb gar ganz stillzulegen.

Bei der Berechnung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer werden Aushilfen, die zur Vertretung von erkrankten Arbeitnehmern oder zur Bewältigung eines vorübergehenden erhöhten Arbeitsbedarfes eingestellt worden sind, nicht mitgezählt. Umgekehrt ist es unerheblich, wenn wegen eines kurzfristigen

Auftragsrückganges vorübergehend mit einer geringeren Arbeitnehmerzahl gearbeitet wird (Küttner/Eisemann, Kündigungsschutz, Rn. 55).

Im Hinblick auf Arbeitsverhältnisse, die nur vorübergehend ruhen, etwa aufgrund von Zivil-, Wehrdienst oder Mutterschaft, gilt der Rechtsgedanke des § 21 Abs. 7 BEEG (BAG, 31.01.1991 – 2 AZR 356/90, AP Nr. 11 zu § 23 KSchG). Mit dieser Bestimmung wird sichergestellt, dass bei der Ermittlung der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer nur der Elternzeitberechtigte oder die für ihn eingestellte Ersatzkraft mitgezählt wird, wenn die Anwendung arbeitsrechtlicher Gesetze von der Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer abhängt (BAG, 31.01.1991 – 2 AZR 356/90, AP Nr. 11 zu § 23 KSchG). Der Arbeitnehmer im ruhenden Arbeitsverhältnis wird danach nur dann nicht mitgezählt, wenn eine Ersatzkraft für ihn eingestellt ist (BAG, 31.01.1991 – 2 AZR 356/90, AP Nr. 11 zu § 23 KSchG). Entsprechendes gilt seit dem 01.07.2008 gem. § 6 Abs. 4 Satz 1 PflegeZG für den Einsatz von Ersatzkräften während der kurzzeitigen Verhinderung eines Arbeitnehmers i.S.v. § 2 Abs. 1 PflegeZG bzw. während der Pflegezeit gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG.

Im Betrieb tätige Leiharbeiter sind bei der Bestimmung der Betriebsgröße i.S.v. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG dann zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem "in der Regel" bestehenden Personalbedarf basiert (BAG, 24.01.2013 – 2 AZR 140/12 – Leitsatz, NZA 2013, 726). Zur Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind nämlich sämtliche für den Betriebsinhaber weisungsgebunden tätigen und in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer mitzuzählen, soweit mit diesen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird (BAG, 24.01.2013 – 2 AZR 140/12 – Rn. 11). Dabei kann es sich auch um im Betrieb eingesetzte Leiharbeiter handeln, soweit ihr Einsatz der den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnenden Beschäftigungslage entspricht (BAG, 24.01.2013 – 2 AZR 140/12 – Rn. 11).

Nicht mitzuzählen bei der Ermittlung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmerzahl bleiben Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende sowie Personen, die aufgrund eines Werkvertrages tätig sind oder arbeitnehmerähnliche Personen (ErfK/Kiel, § 23 KSchG Rn. 19). Geschäftsführer werden grds. ebenfalls nicht berücksichtigt (LAG HM, 21.07.1988, LAGE KSchG § 23 Nr. 3; LAG Rheinland-Pfalz, 10.07.2008 – 11 Sa 157/08, BeckRS 2008, 56174; ErfK/Kiel, § 23 KSchG Rn. 19). Sollte ein Geschäftsführer im Ausnahmefall als Arbeitnehmer anzusehen sein (vgl. hierzu BAG, 26.05.1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, 988), wäre er aber auch zu berücksichtigen.

Nicht mitgerechnet werden gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten. In diesem Zusammenhang kann die Legaldefinition des § 1 Abs. 1 BBiG zur Auslegung herangezogen werden. Zur Berufsbildung zählt die Berufsausbildung i.S.v. § 1 BBiG, die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung. Allerdings sind Umschüler bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl zu berücksichtigen, wenn ihre Umschulung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt (KR/Weigand, § 23 KSchG Rn. 43).

Das Gleiche gilt für sog. Anlernlinge, Praktikanten und Volontäre (ErfK/Kiel, § 23 KSchG Rn. 18).

Aushilfsmitarbeiter sind zu berücksichtigen, wenn eine bestimmte Anzahl solcher Arbeitnehmer regelmäßig für den Zeitraum von mindestens 6 Monaten im Jahr in der Vergangenheit beschäftigt worden sind und auch mit einer derartigen Beschäftigung in Zukunft gerechnet werden kann (BAG, 12.10.1976 – 1 ABR 1/76, AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG).

### **Berechnungsmodus für Teilzeitbeschäftigte**

Bei der Ermittlung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind alle Teilzeitbeschäftigten je nach dem Umfang ihrer Beschäftigung zu berücksichtigen. Nach Maßgabe von § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG werden Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit dem Faktor 0,5 und Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 30 Stunden mit dem Faktor 0,75 berücksichtigt. Arbeitnehmer mit mehr als 30 Stunden werden mit dem Wert 1,0 gezählt. Gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG findet der erste Abschnitt des KSchG (Allgemeiner Kündigungsschutz) Anwendung, wenn sich eine nach dem Arbeitszeitvolumen berechnete Arbeitnehmerzahl von mindestens 10,25 ergibt. Für die Fälle nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG muss sich mindestens eine Arbeitnehmeranzahl von 5,25 ergeben.

Bei der Ermittlung des Schwellenwertes ist grds. auf die vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit abzustellen. Diese ergibt sich regelmäßig aus dem Arbeitsvertrag. Vorübergehende Abweichungen von der vereinbarten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit bleiben unbeachtet. Weicht allerdings die regelmäßige Arbeitszeit in tatsächlicher Hinsicht von der arbeitsvertraglichen Regelung ab, so ist die tatsächliche geleistete regelmäßige Arbeitszeit maßgeblich. Das Gleiche gilt, wenn eine arbeitsvertragliche Regelung im Hinblick auf die zu leistende Arbeitszeit völlig fehlt. Bei Bedarfsarbeitsverhältnissen i.S.d. §§ 12, 13 TzBfG ist nach h.M. entsprechend der Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 2 TzBfG auf die im Jahresdurchschnitt geleistete Arbeitszeit abzustellen.

## **Betriebsbegriff**

Nach dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 KSchG kommt es auf die Arbeitnehmerzahl in dem Betrieb an, in dem der Arbeitnehmer angestellt ist. Das KSchG verfügt über keine eigenständige Definition des Betriebsbegriffes. Es kommt daher grds. der allgemeine Betriebsbegriff zur Anwendung (BAG, 03.06.2004 – 2 AZR 386/03, NZA 2004, 1380). Ein Betrieb ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mithilfe von materiellen oder immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfes erschöpfen (BAG, 18.01.1990 – 2 AZR 355/89, DB 1991, 500). Da mit einem Betrieb jedoch mehrere Zwecke verfolgt werden können, ist in erster Linie auf die Einheit der Organisation und nicht auf die Einheit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung abzustellen. Erforderlich ist ein Leitungsapparat, um insb. in personellen und sozialen Angelegenheiten wesentliche Entscheidungen selbstständig treffen zu können (BAG, 15.03.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831).

Ein Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne setzt keine räumliche Einheit voraus (BAG, 15.03.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831). Somit ist eine Betriebsstätte (auch Filiale, Geschäfts- und Zweigstelle), die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt gelegen ist, bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG dem Hauptbetrieb hinzuzurechnen, wenn die wesentlichen Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten im Hauptbetrieb getroffen werden (BAG, 15.03.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831).

Zu den maßgeblichen Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten gehören nach den Ausführungen des BAG die Erteilung von Abmahnungen, der Ausspruch von Kündigungen sowie die Wahrnehmung des Direktionsrechts (BAG, 15.03.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831, 832).

Maßgeblich ist also, ob das Personal zentral verwaltet wird oder ob jede Einheit selbstständig darüber entscheidet, ob Arbeitnehmer eingestellt oder entlassen werden.

## **Standort des Betriebes in Deutschland**

Der allgemeine Kündigungsschutz findet nur Anwendung, soweit das Arbeitsverhältnis deutschem Recht unterliegt (BAG, 03.06.2004 – 2 AZR 386/03, NZA 2004, 1380). Der Betrieb bzw. die Verwaltung müssen in Deutschland liegen und die Schwellenwerte müssen durch die Arbeitnehmer im Inland erfüllt werden (BAG, 17.01.2008 – 2 AZR 902/06, NZA 2008, 872–876 = DB 2008, 1501 f.). Unterhält ein ausländisches Unternehmen in Deutschland eine Niederlassung, werden die im

Ausland tätigen Arbeitnehmer nicht für die Mindestbeschäftigtenzahl beachtet, die gem. § 23 Abs. 1 KSchG erforderlich ist (LAG Schleswig Holstein v. 18.02.2004, NZA-RR 2004, 630). Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn die Betriebsstätten im In- und Ausland einen gemeinsamen Betrieb bilden, von dem der eine Teil im Ausland und der andere Teil im Inland liegt und die Mindestbeschäftigtenzahl erst durch die in dem ausländischen Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer überschritten wird (BAG, 09.10.1997 – 2 AZR 64/97, NZA 1998, 141).

Befindet sich in Deutschland lediglich eine juristische Person in Form einer sog. "Briefkastenfirma", die jedoch weder eine betriebliche Struktur aufweist noch über nennenswerte Leitungsfunktionen des Geschäftsführers verfügt, handelt es sich um keinen Betrieb i.S.d. § 23 KSchG und die Arbeitnehmer, die mit der juristischen Person Arbeitsverträge abgeschlossen haben, genießen keinen allgemeinen Kündigungsschutz (BAG, 03.06.2004 – 2 AZR 386/03, NZA 2004, 1380).

### **Fortbestand des allgemeinen Kündigungsschutzes im Fall des Betriebsüberganges**

Im Fall eines Betriebsüberganges bleibt dem Arbeitnehmer der ggf. beim Veräußerer bestehende Kündigungsschutz gem. § 613 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann erhalten, wenn der Betrieb des Erwerbers die erforderliche Mindestanzahl von Arbeitnehmern aufweist. Das Erreichen des Schwellenwertes nach § 23 Abs. 1 KSchG und der dadurch ausgelöste Kündigungsschutz sind kein Recht des übergehenden Arbeitsverhältnisses.

### **Beweislast**

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des ersten Abschnittes des KSchG gelten die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast (BAG, 26.06.2008 – 2 AZR 264/07). Der Arbeitnehmer kommt regelmäßig seiner Darlegungslast nach, wenn er die Tatsachen und die ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt, die für ein Überschreiten der entsprechenden Arbeitnehmerzahl i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG sprechen. Der Arbeitgeber muss dann gem. § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen darlegen, welche rechtserheblichen Umstände gegen den substantiierten Vortrag des Arbeitnehmers sprechen (BAG v. 15.03.2001 BAG, 26.06.2008 – 2 AZR 264/07).

Daraus folgt, dass der Arbeitnehmer regelmäßig – ggf. durch konkrete Benennung der Personen – angeben muss, welche – mehr als zehn (bis 31.12.2003 mehr als fünf) – Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt im Betrieb des Arbeitgebers angestellt waren.

Waren im Kündigungszeitpunkt mehr als zehn (bzw. bis 31.12.2003 mehr als fünf) Arbeitnehmer beschäftigt und ist diese Zahl unstreitig oder vom Arbeitnehmer substantiiert dargelegt worden, hat der Arbeitgeber nach dem Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast aufgrund seiner Sachnähe zu erwidern und die Tatsachen und Umstände substantiiert darzulegen, die nach seiner Sicht dafür sprechen, dass die vom Arbeitnehmer vorgetragene Überschreitung der Schwellenzahl zufällig ist und tatsächlich regelmäßig – bezogen auf die Vergangenheit und vor allem auf die Zukunft – weniger Beschäftigte im Betrieb tätig waren bzw. sein werden (BAG, 26.06.2008 – 2 AZR 264/07).