

Mandanteninfo März 2013

Kündigungsschutz in Kleinbetrieben – Leiharbeitnehmer zählen mit

Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.

BAG, Urt. v. 24.01.2013, Az. 2 AZR 140/12
(Leitsatz vom Verfasser)

Beschäftigte in kleineren Betrieben sind im Fall einer Kündigung Arbeitnehmer zweiter Klasse. Denn nach § 23 Abs. 1 Satz 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gilt das KSchG für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer **nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer** – und zwar in Vollzeit, Teilzeitbeschäftigte zählen nur anteilig – **beschäftigt werden**. Der Arbeitgeber eines kleineren Betriebs mit nicht mehr als 10 (Vollzeit-)Beschäftigten kann somit **ohne Angabe von Gründen** eine Kündigung aussprechen. Er muss lediglich die Kündigungsfrist einhalten. Auf diese Weise konnten bislang Arbeitgeber auch langjährig Beschäftigte billig loswerden. Das wird künftig schwieriger werden.

Mit Urteil vom 24.01.2013 – 2 AZR 140/12 – hat das BAG ein Urteil verkündet, das in Kleinbetrieben, die auch Leiharbeitnehmer einsetzen, den eigenen Arbeitnehmern zum Kündigungsschutz verhelfen kann.

Im konkreten Fall ging es um einen Betrieb, in dem **10 eigene Arbeitnehmer und mehrere Leiharbeitnehmer** beschäftigt waren. Dem Kläger wurde nach mehr als 2 Jahren Betriebszugehörigkeit ohne Angabe von Gründen fristgerecht gekündigt. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Zur Begründung führten sie an, Leiharbeitnehmer stünden nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten (Entleiher) und könnten daher bei der Anzahl der Arbeitnehmer i.S.d. § 23 KSchG nicht berücksichtigt werden. Das BAG hat die Urteile aufgehoben, weil es die Anwendbarkeit des KSchG für möglich erachtet.

Sinn und Zweck der Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ist die dort häufig enge persönliche Zusammenarbeit. Kleinbetriebe verfügen darüber hinaus vielfach nur über vergleichsweise geringe finanzielle Mittel. Außerdem würde nach Auffassung des BAG der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belasten. **Verstärkt sich der Inhaber eines Kleinbetriebs allerdings regelmäßig durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern, findet er sich strukturell in einer ver-**

Stefan Bell¹
Regine Windirsch^{1,2}
Sigrid Britschgi^{1,3}
Christopher Koll¹
Maike Grolms
Wiebke Christoph
Ingrid Heinlein⁴

Rechtsanwälte und
zugleich Fachanwälte für
¹ Arbeitsrecht
² Sozialrecht
³ Familienrecht
⁴ VRLAG a.D.

Marktstraße 16
40213 Düsseldorf
Tel. (02 11) 863 20 20
Fax (02 11) 863 20 222
info@fachanwaltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen
BLZ 300 700 24
Konto 477 455 005

St.-Nr. 5103/5013/0229

Kooperation mit folgenden
Kanzleien für Arbeitsrecht

Berlin
Hummel · Kaleck

Bremen
Sieling · Winter · Dette · Nacken

Dortmund
Stein, Woerner, Rogalla

Frankfurt a.M.
Büdel · Bender
franzmann.geilen.brückmann

Freiburg
Anwaltsbüro im Hegarhaus

Hamburg
Müller-Knapp · Hjort · Wulff

Hannover
Fricke · Klug

Konstanz
Wiritsch

Mannheim
Dr. Growe & Kollegen

München
Bell · Helm · PartnerInnen

Nürnberg
Manske & Partner

Stuttgart
Bartl & Weise

Wiesbaden
Schütte & Kollegen

Kooperation in Zivil- und Strafrecht
Düsseldorf
Kanzlei Tim Engels

gleichbaren Situation mit Betrieben, in denen mit mehr als zehn direkt eingestellten Beschäftigten gearbeitet wird. Dies rechtfertigt keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.

Entscheidend ist daher, ob der Arbeitgeber **regelmäßig** Leiharbeitnehmer einsetzt, um seinen tatsächlichen Personalbedarf abzudecken. Ist dies der Fall, sind diese bei der Anzahl der Arbeitnehmer i.S.d. § 23 KSchG zu berücksichtigen. Übersteigt die Summe direkt eingestellter Arbeitnehmer und eingesetzter Leiharbeitnehmer die Anzahl von 10 Beschäftigten, kommt das KSchG zur Anwendung, so dass sich der Arbeitgeber nur bei Vorlage eines triftigen Kündigungsgrundes von einem seiner direkt eingestellten Beschäftigten trennen kann.

Fraglich ist allerdings, wen die **Darlegungs- und Beweislast** dafür trifft, dass im Betrieb regelmäßig Leiharbeitnehmer eingesetzt werden und in welcher Anzahl. Muss dies der Arbeitgeber oder der gekündigte Arbeitnehmer beweisen?

Diese Frage ist bereits nach der bisherigen Rechtslage umstritten. Nach Auffassung einiger Landesarbeitsgerichte (u.a. LAG Hamm, Urteil vom 6.2.2003 - 8 Sa 1614/02) muss der Arbeitgeber vortragen, dass er zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt. Begründet wird diese Auffassung u.a. nachvollziehbar damit, dass der Arbeitgeber eine größere Sachnähe zur Gestaltung seiner Arbeitsverhältnisse und der zeitlichen Ausgestaltung ihres Umfangs hat. Das BAG vertritt demgegenüber in ständiger Rechtsprechung (vgl. u.a. Urteil vom 23.10.2008 – 2 AZR 131/07) die Auffassung, dass der Arbeitnehmer darlegen und beweisen müsste, dass im Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Der größeren Sachnähe des Arbeitgebers könne nach Auffassung des BAG dadurch Rechnung getragen werden, dass etwaige Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast aufgefangen werden könnten. Das heißt: Hat der Arbeitnehmer die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und äußeren Umstände vorgetragen, muss der Arbeitgeber im nächsten Schritt im Einzelnen erklären, welche Umstände gegen den Vortrag des Arbeitnehmers sprechen. Mit diesen Einwendungen des Arbeitgebers muss sich dann wieder der Arbeitnehmer konkret auseinandersetzen.

Ob das BAG an dieser Beweislastregel auch für die Frage einer regelmäßigen Abdeckung des Personalbedarfs durch Leiharbeitnehmer festhält, muss abgewartet werden.

Fazit

Das Urteil stärkt die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (AN) in sog. Kleinbetrieben und ist sehr zu begrüßen. Ob es allerdings tatsächlich etwas bringt, hängt entscheidend davon ab, ob bzw. in welchem Umfang die gekündigten AN darlegen und beweisen müssen, dass tatsächlich „in der Regel“ Leiharbeitnehmer beschäftigt werden. Dennoch ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung gelungen, die Frage der Beweislast wird nun von den Gerichten zu prüfen sein. Unterstützung können auch AN in Kleinbetrieben durch ihre Gewerkschaft erhalten - sofern sie denn organisiert sind.