

F Anwendbarkeit des KSchG und das Problem mit der Darlegungslast

NÄGELE, § 23 Abs.1 KSchG – Darlegungs- und Beweislast, ArbRB 2005 S. 18 – 19

wesentliche BAG - Entscheidungen zu dieser Frage :

BAG vom 04.07.1957 – 2 AZR 86/55 – in AP Nr. 1 zu § 21 KSchG 1951 (gemeinsamer Betrieb)

BAG vom 23.03.1984 - 7 AZR 515/82 – in NZA 1984 S. 88 – 89 (gemeinsamer Betrieb)

BAG vom 18.01.1990 – 2 AZR 355/89 – in NZA 1990 S. 977 – 979 (gemeinsamer Betrieb)

BAG vom 15.01.2001 – 2 AZR 151/00 – in NZA 2001 S. 831 – 833 (Kleinbetrieb)

BAG vom 22.01.2004 – 2 AZR 237/03 – in NZA 2004 S. 479 – 481 (Schwellenwert bei Entscheidung, künftig den betroffenen Arbeitsplatz nicht mehr zu besetzen – Vorinstanz : LAG Köln vom 22.11.2002 – 11 Sa 342/02)

BAG vom 24.02.2005 – 2 AZR 373/03 – in NZA 2005 S. 764 – 766 (Kleinbetrieb – keine definitive Aussage zu Änderungen durch Reform zum 01.01.2004; Vorinstanz LAG Hamm vom 06.02.2003 – 8 Sa 1614/02)

I Ausgangslage

Bis zum 31.12.2003 musste man einheitlich davon ausgehen können, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes grundsätzlich beim Arbeitnehmer liegt. Er hat diejenigen Tatsachen vorzutragen, aus denen sich ableiten lässt, dass der in § 23 KSchG jeweils festgelegte Schwellenwert für die Anwendbarkeit der Bestimmungen überschritten wird.

Gerade mit dem Eintritt der Neuregelung des Schwellenwerts zum 01.01.2004 ist erneut die Frage aufgeworfen worden, ob sich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Sachnähe von Arbeitnehmer und Arbeitgeber und des nunmehr zweigleisigen Verfahrensablaufs bei Kündigung gegenüber zwei Arbeitnehmern mit unterschiedlich langen Beschäftigungszeiten aber aus gleichen Gründen, eine Veränderung hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast ergeben kann.

§ 23 KSchG- Geltungsbereich

(1) Die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts gelten für Betriebe und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts, vorbehaltlich der Vorschriften des § 24 für die Seeschiffahrts-, Binnenschiffahrts- und Luftverkehrsbetriebe. Die Vorschriften des ersten Abschnitts gelten mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Betriebe und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden. In Betrieben und Verwaltungen, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach den Sätzen 2 und 3 sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen.

(2) Die Vorschriften des Dritten Abschnitts gelten für Betriebe und Verwaltungen des privaten Rechts sowie für Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden, soweit sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Sie gelten nicht für Seeschiffe und ihre Besatzung

Beispielsfälle:

Fall 1 :

In der Peter Voss Spedition oHG kommt es zu erheblichen wirtschaftlichen Turbulenzen, die die Kündigungen gegenüber 2 der 8 Arbeitnehmer unumgänglich erscheinen lassen.

Karl Mertens ist seit dem 01. Juni 2003 im Lager beschäftigt. Armin König ist seit dem 01. Februar 2004 in der Rechnungsbearbeitung tätig. Beiden wurde gekündigt. Beide reichen Kündigungsschutzklage ein.

Problem in der Praxis:

Mit dem Jahreswechsel 2003 zu 2004 kommt es kleineren Betrieben zu einem 2-Klassen-Kündigungsschutz.

Während Karl Mertens gem. § 23 Abs. 1 S.2 KSchG seinen mit Ablauf der ersten 6 Monate seiner Beschäftigung noch im Jahr 2003 erlangten allgemeinen Kündigungsschutz auch ohne Erreichen der neuen Schwellenwertzahl von 10 Arbeitnehmern über den 31.12.2003 behält,

kann Armin König nach § 23 Abs.1 S.3 KSchG trotz einer zurückgelegten Wartezeit von weit mehr als 6 Monaten in Ermangelung der erforderlichen Anzahl von mehr als 10 Arbeitnehmern die Bestimmungen des KSchG nicht zu seinen Gunsten bemühen.

Fall 2 :

In der Alfred Strauch oHG sind derzeit 11 Personen tätig. 2 Arbeitnehmer arbeiten dabei 38,5 Stunden/Wo.. Vier weitere Arbeitnehmer leisten 25 Stunden/Wo., drei Arbeitnehmer sind mit 19 Stunden/Wo. beschäftigt und schließlich arbeiten zwei Arbeitnehmern mit 10 Stunden/Wo..

Die Geschäftsleitung entschließt sich zur Entlassung von zwei Arbeitnehmern. Franz Alt und Hermann Glück erhalten ihre Kündigung. Beide erheben Kündigungsschutzklage. Franz Alt ist bereits seit Gründung der Firma im Jahr 1992 tätig gewesen, während Hermann Glück erst im Oktober 2004 eingestellt wurde.

Können sich bei der Arbeitnehmer auf die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes mit Erfolg berufen ?

Problemstellung :

Es kommt entscheidend darauf an, in welchem Umfang die teilzeitbeschäftigten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen den für die beiden Mitarbeiter individuell festzulegenden Schwellenwert für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes in der Addition überschreiten.

Für Franz Alt gelten noch die Bestimmungen, wie sie bis zum 31. Dezember 2003 zum Tragen gekommen sind. Dies bedeutet, dass sich der Schwellenwert nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG noch nach einer Beschäftigtenzahl von in der Regel fünf Arbeitnehmern richtet. Ab 5,5 Arbeitnehmern gilt das KSchG. Also kann sich Franz Alt zur Überprüfung der Wirksamkeit der ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung auf das KSchG berufen. (Es wird hier davon ausgegangen, dass alle AN bis auf Herrn Glück am 31.12.2003 bereits länger als 6 Monate im Betrieb tätig waren.)

Gem. § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG gilt für die Berechnung der Anzahl der Arbeitnehmer:

2 Vollzeitarbeitnehmer	=	2 x 1,0	=	2,0
4 x 25 Stunden/Wo.	=	4 x 0,75	=	3,0
3 x 19 Stunden/Wo.	=	3 x 0,5	=	1,5
2 x 10 Stunden/Wo.	=	2 x 0,5	=	<u>1,0</u>
				7,5 AN

Demgegenüber kann sich Hermann Glück auf Grund seines Eintritts im Kalenderjahr 2004 nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes deshalb nicht berufen, weil für ihn der Schwellenwert bei 10,0 Arbeitnehmern liegt.

Gerade hier fängt im Bereich von Teilzeitbeschäftigten die Hauptschwierigkeit der Führung eines Kündigungsschutzprozesses für den Arbeitnehmer an, der in aller Regel über die genaue Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse seiner Kolleginnen und Kollegen keine eigene Kenntnis hinsichtlich der Arbeitsvertragsformulierung hat. Wie ist es mit der Darlegungs- und Beweislast in solchen Fällen bestellt ?

Fall 3 :

In der Martina Müller Bäckerei arbeiten seit Jahren 6 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Die letzte betriebliche Auswertung führte zu dem unternehmerischen Entschluss, auf Dauer mit nur noch 5 Beschäftigten auszukommen. Frau Helga Schütte erhält als die bislang unbequemste Arbeitnehmerin die Kündigung.

Sie klagt gegen die Kündigung. Im Verlauf des Prozesses streitet ihre Arbeitgeberin ab, dass sich Frau Schütte auf die Bestimmungen des KSchG berufen könne.

Problemstellung :

Was bedeutet für die hier gekündigte Helga Schütte die Formulierung „ in denen in der Regel“ in den Sätzen 2 und 3 des § 23 Abs.1 KSchG ?

Zählt die Zukunft mehr als die zurückliegende Zeit ?

Nachdem das LAG Köln im November 2002 (22.11.2002 – 11 Sa 342/02) für eine Überraschung gesorgt hatte, in dem es dem gekündigten 6. Arbeitnehmer die Möglichkeit abschnitt, sich auf die Bestimmungen des KSchG berufen zu können, hat nun das BAG in seiner auch schon wieder über 1 Jahr alten Entscheidung (22.01.2004 – 2 AZR 237/03 – NZA 2004 S. 479 – 481) die LAG Köln – Entscheidung aufgehoben.

Auch dann wenn der Arbeitsplatz des gekündigten 6. Arbeitnehmer in Zukunft nicht mehr besetzt werden soll, kann sich der gekündigte 6. Arbeitnehmer des Schutzes der Bestimmungen des KSchG sicher sein, sofern in seiner Person die Voraussetzungen erfüllt waren.

II Lösungsansatz

Ausgehend von der systematischen Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen und der sprachlichen Fassung kommen einige Instanzgerichte nach der Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes zu der Überzeugung, dass diese auch in Zukunft auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast Auswirkungen haben kann in Prozessen, in denen es um die Frage der Festlegung des Vorliegens eines Kleinbetriebes geht.

Geht man nämlich mit dem **LAG BERLIN** (Entscheidung vom 28.10.1994 - 6 Sa 95/94 - in Betriebsberater 1995 Seite 784) und dem **LAG HAMM** (Urteil vom 6.2.2003 - 8 Sa 1614/02) den Weg der Betrachtung des **Verhältnisses von Regel und Ausnahme**, gelangt man **bei § 23 Abs. 1 KSchG** zu folgendem Ergebnis:

Abs. 1 Satz 1 spricht den **Regelfall** an, **dass Kündigungsschutz** für einen Betrieb **zum Tragen kommt**. Demgegenüber nimmt § 23 Abs. 1 **Satz 2**

KSChG eine **Ausnahme** vor, nach der für sogenannte **Kleinbetriebe** die Vorschriften nicht gelten soll.

Hieraus ließe sich ableiten, dass es zunächst Sache des Arbeitnehmers ist, die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes durch Vortrag von Tatsachen darzulegen und nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast immer konkreter in der Darlegung zu fassen und schließlich Beweis dafür anzubieten.

Demgegenüber wäre es dann Sache des Arbeitgebers die Ausnahme, nämlich das Vorliegen eines Kleinbetriebes durch entsprechenden Tatsachenvortrag zu untermauern. Nach der Sphärentheorie, wie sie in anderen Bereichen zum Tragen kommt, wäre dies auch ein gangbarer Weg. In aller Regel ist es nämlich vor dem Hintergrund von § 23 Abs. 1 Satz 4 KSChG in Verbindung mit den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes für einen Arbeitnehmer heute immer schwieriger geworden, konkret den Arbeitszeitumfang und damit die Einordnung seiner Kolleginnen und Kollegen im Betrieb in die Berechnungsformel des Kündigungsschutzgesetzes zum Schwellenwert korrekt vorzunehmen. Dies erscheint umso problematischer dann, wenn der sich auf den Kündigungsschutz berufende Arbeitnehmer selbst nur Teilzeit arbeitet und daher die übrigen Arbeitnehmer nur in beschränkten zeitlichen Abschnitten tatsächlich im Betrieb sieht. Hier taucht ein echtes Problem in der Darlegungs- und Beweislast auf.

Für eine Neuinterpretation könnte auch die **Tatsache** sprechen, **dass** erst ab 1.5.1985 in § 23 KSChG eine **Regelung zur anteiligen Berücksichtigung von in Teilzeit Beschäftigtenarbeitnehmern** enthalten ist, **während** die grundlegende **Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1957** (4.7.1957 - 2 AZR 86/55 in AP Nr. 1 zu § 21 KSChG 1951) **stammt**, wonach die volle Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitnehmer auferlegt wurde.

III bislang kein Einschwenken des BAG auf diese Linie

Die vorzitierte Entscheidung des LAG Hamm wurde zwar vom **BAG am 24.2.2005** (2 AZR 373/03 - u. a. veröffentlicht in NZA 2005 Seite 764 bis 766) überprüft. Zur erhofften Klarstellung bezüglich einer Veränderung der Darlegungs- und Beweislast ist es jedoch im Urteil nicht gekommen, da das BAG - wie leider sooft - einen Weg gefunden hat, zu einer Lösung zu gelangen, ohne auf das rechtlich interessante Problem verbindlich eingehen zu müssen.

In den Gründen unter B I 2. führt das **BAG** aus, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats der **Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen** für eine Geltung des Kündigungsschutzgesetzes trägt. Ein solcher Vortrag gehöre grundsätzlich zur Begründung der Klage.

Dass ein Betrieb bis zu fünf Arbeitnehmern die Ausnahme ist und deshalb die Prozesspartei, die sich auf die Ausnahme beruft, die Beweislast trägt, folge nicht zwingend aus dem Wortlaut der Norm und entspreche auch nicht den tatsächlichen Verhältnissen der deutschen Wirtschaft. ... **Ob an dieser Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht mehr festzuhalten ist - wie das Landesarbeitsgericht meint -, weil der Satz 2 des § 23 Abs. 1 KSchG als Ausnahmetatbestand gefasst sei und der Arbeitgeber auch über die sachnäheren Informationen verfüge, oder ob dies etwa im Hinblick auf die gesetzlichen Änderungen durch das Arbeitsmarktreformgesetz vom 24. Dezember 2003 (BGBl I S. 3002) in § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG n. F. geboten erscheint, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.** Auch unter Anwendung der Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung des Senats unterfällt das Arbeitsverhältnis des Klägers dem allgemeinen Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes. Nachdem der Kläger schlüssig auf die zum Kündigungszeitpunkt unstreitig vorhandenen 6 Arbeitnehmer hingewiesen hatte, hätte die Beklagte substantiiert zu regelmäßigen Betriebsgröße und Nichtanwendung des Kündigungsschutzgesetzes erwidern müssen.

Das BAG führt in seiner Entscheidung noch einmal auf, wie es sich die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast vorstellt:

(1) Der Arbeitnehmer muss regelmäßig zumindest - gegebenenfalls durch konkrete Beschreibung der Personen - angeben, welche mehr als fünf Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt im Betrieb beschäftigt sind.

(2) Sind im Kündigungszeitpunkt aber mehr als fünf Arbeitnehmer tätig und ist dies unstreitig oder vom Arbeitnehmer substantiiert dargelegt worden, erfordert es der Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, dass nunmehr der sachnähere Arbeitgeber erwidern und dazu die Tatsachen und Umstände substantiiert darlegen muss, aus denen sich ergeben soll, dass dieses Ergebnis zufällig ist und regelmäßig - bezogen auf die Vergangenheit und vor allem für die Zukunft - weniger Beschäftigte im Betrieb tätig waren bzw. wieder sein werden.

Dies gilt umso mehr, als der Arbeitnehmer häufig weder über die vergangenen, länger als sechs Monate zurückliegenden Zeiträume - oft auf Grund einer nur kurzen Beschäftigungsdauer - aus eigener Kenntnis vortragen kann noch über die zukünftige, vom Arbeitgeber beabsichtigte Beschäftigungsentwicklung entsprechende Informationen haben wird.

(3) Etwas anderes wird nur in den Fällen anzunehmen sein, in denen die Kündigung zu einem Zeitpunkt zu geht, in dem im Betrieb fünf oder weniger Mitarbeiter beschäftigt werden. Zu einem entsprechenden substantiierten Sachvortrag des Arbeitgebers im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gehört dabei insbesondere eine Darstellung über das - zukünftige - betriebliche Beschäftigungskonzept.