

**Kündigung: Das Entscheidungsdatum über die Betriebsaufgabe ist entscheidend**

Ein Arbeitgeber, der mehrere Mitarbeiter entlassen will, muss das bei der Arbeitsagentur ankündigen, wenn er in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Fasst ein Unternehmer mit weniger als 21 Mitarbeitern den Entschluss, seinen Betrieb stillzulegen und alle Beschäftigten zu entlassen, so können diese ihre Kündigung wegen der fehlenden Anzeige bei der Agentur für Arbeit nur dann verhindern, wenn sie nachweisen, dass der Arbeitgeber auch bei früheren Entlassungen (als hier noch mehr als 20 Mitarbeiter zum Unternehmen gehörten) schon seine Stilllegungsabsicht hegte (was hier allerdings nicht gelang, weil der Arbeitgeber glaubhaft machte, dass eine in der Vergangenheit ausgesprochene Entlassung nur den Zweck hatte, Personalkosten zu sparen.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung; Soziale Rechtfertigung einer Kündigung bei Betriebstilllegung; Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erstattung einer Anzeige beim Arbeitsamt vor einer Entlassung; Maßgeblichkeit der Beschäftigungszahl im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs und der Beschäftigungszahl im Zeitpunkt der tatsächlichen Vollziehung der Entlassung; Bestimmung der für die Anzeigepflicht maßgeblichen Beschäftigungszahl; Notwendigkeit eines Abstellens auf die Regelanzahl; Darlegungslast und Beweisspflichtigkeit für die tatsächlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht; Anspruch auf Abfindung als Nachteilsausgleich**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 24.02.2005

**Aktenzeichen:** 2 AZR 207/04

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2005, 14825

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Hessen - 12.02.2004 - AZ: 11 Sa 1537/02

BAG - 10.02.2005 - AZ: 2 AZR 207/04

**Rechtsgrundlagen:**

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG

§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG

§ 138 Abs. 2 ZPO

§ 113 BetrVG

§ 111 S. 1 BetrVG

**Fundstellen:**

ArbRB 2005, 228 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuA 2005, 497-498 (Volltext mit amtl. LS)

AuR 2005, 343 (amtl. Leitsatz)  
AUR 2005, 343 (amtl. Leitsatz)  
BAGReport 2005, 324-327  
DB 2005, 1570-1571  
DB 2005, 1524 (amtl. Leitsatz)  
DB 2005, 1576-1578 (Volltext mit amtl. LS)  
EzA-SD 13/2005, 7  
FA 2005, 285  
FA 2005, 286 (Kurzinformation)  
NJW 2005, XII Heft 30 (Kurzinformation)  
NJW-Spezial 2005, 325-326 (Kurzinformation)  
NZA 2005, 766-769 (Volltext mit amtl. LS)  
SAE 2006, 75-79  
schnellbrief 2005, 4  
ZBVR online 2005, 10 (red. Leitsatz)  
ZIP 2005, 1330-1334 (Volltext mit red. LS)

---

## **BAG, 24.02.2005 - 2 AZR 207/04**

### **Redaktioneller Leitsatz:**

1. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitsamt (jetzt: Agentur für Arbeit) Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.
2. Hinsichtlich der maßgeblichen Regelanzahl der Beschäftigten ist im Stilllegungsfall, auch bei einem sukzessiven Vorgehen des Arbeitgebers mit mehreren Entlassungswellen, auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entfaltet wurde.
3. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des überwiegenden Teils eines Jahres beschäftigt werden.
4. Der Arbeitnehmer muss sowohl die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer als auch die Zahl der entlassenen Arbeitnehmer im Streitfall beweisen.

### **Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 12. Februar 2004 - 11 Sa 1537/02 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

### **Tatbestand**

- 1 Der Kläger macht die Unwirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen Kündigung geltend und begehrt hilfsweise Zahlung von Nachteilsausgleich.

- 2 Der Kläger trat 1991 als Maurer in die Dienste der Beklagten, die ein Bauunternehmen betrieb und zuletzt etwa 20 Arbeitnehmer beschäftigte.
- 3 Am 31. Januar 2002 teilte der Inhaber der Beklagten den Mitarbeitern auf einer Versammlung mit, er habe am 15. Januar 2002 beschlossen, den Betrieb zum 31. Oktober 2002 stillzulegen.
- 4 Am 25. Februar 2002 hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung der Arbeitnehmer an. Dem Betriebsrat wurde eine Liste mit Namen von 21 Arbeitnehmern übergeben. Darin war auch die Ehefrau des Inhabers der Beklagten, Frau R, aufgeführt. Deren Arbeitsverhältnis war bereits im Herbst 2001 zum 28. Februar 2002 gekündigt worden. Ferner war der am 30. August 1983 geborene Auszubildende J auf der Liste vermerkt. Das Arbeitsverhältnis mit Herrn J war zum 15. Februar 2002 beendet worden. Der Betriebsrat widersprach den Kündigungen mit Schreiben vom 1. März 2002 und verlangte den Abschluss eines Sozialplans, was die Beklagte ablehnte. Eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG unterblieb.
- 5 Nicht auf der Liste enthalten war Herr L. Dieser war von 1997 bis 2001 wie folgt für die Beklagte tätig:
- 6
  9. April 1997 - 31. Oktober 1997
  17. August 1998 - 18. Dezember 1998
  14. April 1999 - 30. November 1999
  3. April 2000 - 30. November 2000
  17. April 2001 - 12. Oktober 2001
- 7 Im Jahre 2002 wurde Herr L nicht mehr von der Beklagten beschäftigt.
- 8 Mit Schreiben vom 19. März 2002 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. Oktober 2002.
- 9 Der Kläger hält die Kündigung wegen unterlassener Massenentlassungsanzeige für unwirksam und verlangt hilfsweise Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG . Die Beklagte habe im fraglichen Zeitraum sowohl iSv. § 17 KSchG als auch iSv. § 111 BetrVG mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Sowohl Frau R als auch Herr J seien bei der Berechnung des Schwellenwerts in § 17 KSchG zu berücksichtigen. Die Behauptung der Beklagten, zum Zeitpunkt der Kündigung von Frau R sei der Stilllegungsbeschluss noch nicht gefasst worden, bestreitet der Kläger. Die Beschäftigung des Kranführers Herrn L sei für den Betrieb der Beklagten prägend gewesen, weshalb er sowohl im Rahmen von § 17 KSchG als auch von § 111 BetrVG mitzuzählen sei.
- 10 Der Kläger hat, soweit noch von Interesse, beantragt,
- 11
  1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 19. März 2002 nicht aufgelöst worden ist,
- 12
  2. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen als Nachteilsausgleich gem. § 113 Abs. 3 BetrVG an den Kläger eine Abfindung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens in Höhe von 11.872,30 Euro.

- 13 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.
- 14 Sie hält die Kündigung für wirksam. Einer Massenentlassungsanzeige habe es nicht bedurft. Weil bereits im Herbst 2001 die wirtschaftliche Lage der Beklagten bedenklich gewesen sei, habe sie Frau R gekündigt, um Kosten zu sparen. Frau R sei in der Verwaltung tätig gewesen, wo wegen des kontinuierlichen Auftragsrückgangs auch weniger Arbeit angefallen sei. Die Betriebsstilllegung sei damals noch nicht beschlossen gewesen. Herr L sei seit 1997 aus sozialen Gründen jeweils vorübergehend beschäftigt worden. Er sei nur zum Teil als Kranführer, im Übrigen bei Hilfsleistungen eingesetzt worden, wenn in den Sommermonaten Aushilfen benötigt worden seien. Schon im Jahre 2001 sei ersichtlich gewesen, dass Herr L im Jahre 2002 nicht beschäftigt würde. Hätte im Herbst 2001 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Herrn L bestanden, so hätte die Beklagte es damals bereits gekündigt.
- 15 Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung eines Nachteilsausgleichs in Höhe von 11.872,30 Euro verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten und unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren ebenso weiter wie den Antrag auf Zahlung von Nachteilsausgleich.

### Entscheidungsgründe

16 Die Revision hat keinen Erfolg.

17 **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei auf Grund der unstreitig erfolgten Betriebsstilllegung sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG . Die Entlassung sei auch nicht wegen des - ebenfalls unstreitigen - Unterbleibens einer Massenentlassungsanzeige unwirksam. Im Betrieb der Beklagten seien nicht, wie § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KSchG fordere, in der Regel mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt. Frau R sei nicht mitzuzählen gewesen, weil ihr bereits vor dem Stilllegungsbeschluss, nämlich im September 2001 gekündigt worden sei. Der Kläger habe den entsprechenden konkreten Vortrag der Beklagten zwar bestritten. Das sei jedoch nicht ausreichend, weil er für die Voraussetzungen der Anzeigepflicht darlegungsbelastet sei. Herr L sei bei Berücksichtigung der arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung des § 17 KSchG ebenfalls nicht mitzuzählen gewesen. Er habe bereits seit Oktober 2001 dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestanden. Der Kläger könne auch nicht Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 3 BetrVG fordern. Die Betriebsstilllegung sei keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG gewesen, weil es sich bei der Beklagten nicht um ein Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern gehandelt habe. Frau R sei bereits nach § 5 Abs. 2 Ziff. 5 BetrVG nicht als Arbeitnehmerin im Sinne des BetrVG anzusehen. Zur Bestimmung der Anzahl der in der Regel beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer sei, was nicht ständig beschäftigte Mitarbeiter betreffe, auf § 9 BetrVG zurückzugreifen. Insoweit müsse eine Beschäftigungszeit von mindestens sechs Monaten im Jahr vorliegen. Da Herr L diese Beschäftigungszeit im Jahre 2001 nicht erreicht habe, sei er nicht mitzuzählen.

18 **B.**

Dem stimmt der Senat im Ergebnis und im Wesentlichen auch in der Begründung zu.

19 **I.**

Dass die Kündigung nicht sozialwidrig iSv. § 1 KSchG ist, hat das Landesarbeitsgericht ersichtlich zu Recht angenommen. Die Revision stellt das auch nicht in Abrede.

20 **II.**

Die Beklagte hat durch die Unterlassung der Anzeige nicht gegen § 17 KSchG verstoßen.

21 1.

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitsamt (jetzt: Agentur für Arbeit) Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass hinsichtlich der Entlassungen zum 31. Oktober 2002 keine Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG bestand. Die Beklagte hat nicht mehr als 20 Arbeitnehmer "entlassen".

22 a)

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Senats ist für die Anzeigepflicht nicht die Beschäftigungszahl im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs, sondern in dem der tatsächlichen Vollziehung der Entlassung maßgebend (18. September 2003 - 2 AZR 79/02 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14 = EzA KSchG § 17 Nr. 11; 13. April 2000 - 2 AZR 215/99 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13 = EzA KSchG § 17 Nr. 9 jeweils mwN) . Die Regelung der §§ 17 , 18 KSchG dient in erster Linie arbeitsmarktpolitischen Zwecken. Der Arbeitsverwaltung soll die Möglichkeit erhalten bleiben, rechtzeitig Maßnahmen zur Vermeidung oder wenigstens zur Verzögerung von Belastungen des Arbeitsmarktes einzuleiten und für die anderweitige Beschäftigung der Entlassenen zu sorgen ( BAG 6. Dezember 1973 - 2 AZR 10/73 - BAGE 25, 430; 14 [BAG 24.01.1973 - 4 AZR 104/72] . August 1986 - 2 AZR 683/85 - RzK I 8 b Nr. 8; entsprechend zu der Vorgängerregelung von § 15 KSchG (1951) Senat 6. November 1958 - 2 AZR 354/55 - BAGE 7, 4 ) . Dieser arbeitsmarktpolitische Zweck wurde bereits in der Gesetzesbegründung zu den §§ 15 , 16 KSchG 1951 betont (RdA 1951, 58 ff. <61, 65> ) . Damit knüpft die Anzeigepflicht an die tatsächliche Entlassung, also das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis, nicht aber an den Ausspruch der Kündigung an. Diese Auffassung ist auf breite Zustimmung gestoßen (KR-Weigand 7. Aufl. § 17 KSchG Rn. 32, 53; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 17 Rn. 15; ErfK-Ascheid 4. Aufl. § 17 KSchG Rn. 12; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 953, 956; Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 6. Aufl. § 17 KSchG Rn. 13; HaKo-Pfeiffer KSchG 2. Aufl. § 17 Rn. 25; Henssler/Willemsen/Kalb-Pods Arbeitsrecht KSchG § 17 Rn. 8 ff.) .

23 b)

Wie dem Tatbestandsmerkmal "in der Regel" zu entnehmen ist, kommt es für den betrieblichen Geltungsbereich nicht auf die Anzahl der im konkreten Zeitpunkt der Entlassung beschäftigten Arbeitnehmer an. Es ist - wie etwa auch bei den Regelungen von § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG und § 111 Satz 1 BetrVG - auf die Regelanzahl abzustellen. Dies ist nicht die durchschnittliche Beschäftigtenzahl in einem bestimmten Zeitraum, sondern die normale Beschäftigtenzahl des Betriebs, dh. diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen, also bei regelmäßigem Gang des Betriebs kennzeichnend ist. Erforderlich ist ein Rückblick auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung, wobei Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls nicht zu berücksichtigen sind. Im Fall einer Betriebsstilllegung ist eine Vorausschau nicht möglich; dann kommt nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht (vgl. für § 23 KSchG : BAG 22. Januar 2004 - 2 AZR 237/03 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 31 = EzA KSchG § 23 Nr. 26) . Im Stilllegungsfall ist auch bei einem sukzessiven Vorgehen des Arbeitgebers mit mehreren Entlassungswellen der Zeitpunkt maßgeblich, in dem zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entfaltet wurde. Die durch die Entlassungen jeweils reduzierten Belegschaftsstärken können auf Grund der vorherigen Stilllegungsentscheidung nicht mehr kennzeichnend für die regelmäßige Beschäftigtenzahl sein. Sie sind nur noch Stufen der Auflösung des Betriebs. Etwas anderes gilt jedoch, wenn mehreren aufeinanderfolgenden Personalreduzierungsmaßnahmen kein einheitlicher Stilllegungsentschluss zugrunde liegt, sondern wenn der endgültigen Stilllegung zunächst eine oder mehrere Betriebseinschränkungen voraus gingen. Wird der Betrieb zunächst mit entsprechend verminderter Belegschaftsstärke fortgeführt, wird diese zu der normalen, den Betrieb kennzeichnenden. Dafür ist kein bestimmter Mindestzeitraum erforderlich (Senat 31. Juli 1986 - 2 AZR 594/85 - AP KSchG

1969 § 17 Nr. 5 = EzA KSchG § 17 Nr. 3; 8. Juni 1989 - 2 AZR 624/88 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 6 = EzA KSchG § 17 Nr. 4; vgl. die entsprechende Rechtsprechung des Ersten Senats zu § 111 BetrVG , etwa 9. Mai 1995 - 1 ABR 51/94 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 33 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 30; 8. Juni 1999 - 1 AZR 695/98 - ) .

24 2.

Diese Maßstäbe hat das Landesarbeitsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt und sie ohne revisiblen Rechtsfehler angewandt.

25 a)

Die Entlassung von Frau R wurde bereits Ende Februar 2002 wirksam. Gleichwohl wäre Frau R bei der Bestimmung der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer mitzuzählen, wenn sie Teil der durch die Betriebsstilllegung verursachten Entlassungswelle wäre. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch für den Senat bindend festgestellt, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Frau R bereits mehrere Monate vor dem im Januar 2002 getroffenen Stilllegungsbeschluss, nämlich im September 2001, gekündigt hatte. Die Entlassung von Frau R beruhte damit nicht auf dem Stilllegungsbeschluss. Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Schwellenwerte in § 17 KSchG ist - wie auch im Falle des § 111 BetrVG - die unternehmerische Entscheidung, also das zugrunde liegende Konzept des Arbeitgebers (Henssler/Willemsen/Kalb-Pods Arbeitsrecht § 17 KSchG Rn. 11; vgl. zu § 111 BetrVG : BAG 8. Juni 1999 - 1 AZR 696/98 - EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 46 ) . Von dieser unternehmerischen Entscheidung war Frau R nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht mehr betroffen.

26 b)

Die Revision rügt insoweit, das Landesarbeitsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht mit der Begründung als zutreffend ansehen dürfen, der Kläger habe die entsprechenden Behauptungen nicht hinreichend substantiiert bestritten. Der Kläger rügt damit die seiner Auffassung nach gegebene Verkennung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 17 Abs. 1 KSchG . Diese Rüge geht fehl.

27 aa)

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Arbeitnehmer darlegungs- und gegebenenfalls beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht nach § 17 KSchG . Er muss also sowohl die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer als auch die Zahl der entlassenen Arbeitnehmer im Streitfall beweisen (22. März 2001 - 8 AZR 565/00 - AP GG Art. 101 Nr. 59 = EzA GG Art. 101 Nr. 5; 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70; vgl. APS-Moll Kündigungsrecht 2. Aufl. KSchG § 18 Rn. 51; HaKo-Pfeiffer KSchG 2. Aufl. § 17 Rn. 24) .

28 bb)

Allerdings ist für den nach § 23 Abs. 1 KSchG maßgeblichen Schwellenwert umstritten, ob nicht - im Gegensatz zur wohl überwiegenden Ansicht (vgl. auch BAG 23. März 1984 - 7 AZR 515/82 - BAGE 45, 259; zuletzt Senat 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - ) - dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt werden sollte, dass die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht vorliegen (vgl. LAG Hamm 6. Februar 2003 - 8 Sa 1614/02 - LAGE § 23 KSchG Nr. 22, 7 - 9 mit zust. Anm. Gravenhorst;

29 cc) Diese zu § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG geführte Auseinandersetzung gibt jedoch keinen Anlass, die Frage der Darlegungslast für den Fall des § 17 KSchG anders als bisher zu beurteilen.

30 (1)

Einer der wesentlichen Gründe, aus denen im Fall des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG der Arbeitgeber nach dieser Ansicht die Darlegungslast tragen soll, besteht darin, dass die Norm als Ausnahmetatbestand formuliert ist. Das ist bei § 17 KSchG nicht der Fall. Außerdem kann der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch dann, wenn der Arbeitgeber die Anzeige im Fall des § 17 Abs. 1 KSchG unterlassen hat, nur dann festgestellt werden, wenn der Arbeitnehmer sich auf die Unzulässigkeit der Entlassung beruft ( BAG 22. März 2001 - 8 AZR 565/00 - AP GG Art. 101 Nr. 59 = EzA GG Art. 101 Nr. 5; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 17 Rn. 29 mwN; Kittner/

31 (2)

Richtig ist allerdings, dass der Arbeitnehmer im Unterschied zum Arbeitgeber aus Gründen der größeren Sachnähe in der Regel über keine genaueren Kenntnisse der Tatsachen verfügen wird, aus denen die Anzeigepflicht folgt. Dem kann jedoch dadurch entsprochen werden, dass keine überzogenen Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers gestellt werden. Der Arbeitnehmer genügt auch im Rahmen des § 17 Abs. 1 KSchG in der Regel seiner Darlegungslast, wenn er die äußeren Umstände schlüssig darlegt, die für die Annahme sprechen, dass die betreffenden Schwellenwerte erreicht werden. Hat der Arbeitnehmer schlüssig derartige äußere Umstände vorgetragen, so hat der Arbeitgeber hierauf gemäß § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu erklären, aus welchen rechtserheblichen Umständen folgen soll, dass der Schwellenwert nicht erreicht wird. So kann er zu einzelnen Personen vortragen, dass sie etwa nicht Arbeitnehmer oder bereits gekündigt waren (vgl. für die Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebes im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG : BAG 23. März 1984 - 7 AZR 515/82 - BAGE 45, 259) .

32 c)

Diesen Anforderungen genügt die Würdigung des Landesarbeitsgerichts. Der Kläger hatte vorgetragen, Frau R sei zu den entlassenen Arbeitnehmern zu zählen. Er durfte sein Vorbringen insoweit pauschal halten und auf das beschränken, was ihm bekannt war. Es war demnach ausreichend, dass er sich auf die im Februar 2002 erstellte Liste bezog. Die Beklagte ist dem jedoch im Einzelnen entgegengetreten und hat ausgeführt, dass, wann und warum Frau R schon vor dem Stilllegungsbeschluss gekündigt worden war. Nunmehr durfte der Kläger sich nicht auf schlichtes Bestreiten beschränken. Er hätte vielmehr seinerseits dem Vorbringen der Beklagten konkret entgegengetreten und Beweis anbieten müssen. Damit war er auch, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht gesehen hat, nicht überfordert. Er hätte, wenn dies denn seinem Kenntnisstand entsprochen hätte, vortragen können, Frau R sei nicht wie behauptet, sondern gar nicht oder später oder zwar im September 2001, aber im Rahmen eines einheitlichen Stilllegungsbeschlusses gekündigt worden. Er hätte hierfür ua. Frau R als Zeugin anbieten können. Das ist nicht geschehen.

33 d)

Zu Recht hat auch das Landesarbeitsgericht - insoweit Bezug nehmend auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts - den Arbeitnehmer L bei der Frage, ob der Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG erreicht ist, nicht mitgezählt.

34 aa)

Aus dem Zweck des § 17 KSchG , die Arbeitsverwaltung in die Lage zu versetzen, nach Möglichkeit der Belastung des Arbeitsmarktes durch Massenentlassungen zu begegnen, ergibt sich, dass es auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem der nicht weiterbeschäftigte Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Das war bei dem Arbeitnehmer L bereits im Oktober 2001 der Fall, also mehrere Monate vor dem Stilllegungsbeschluss und ein Jahr vor dem Stilllegungstermin.

35 3.

Selbst wenn man unter "Entlassung" iSv. § 17 KSchG entgegen der Rechtsprechung des Senats nicht die tatsächliche Beendigung der Beschäftigung, sondern den Ausspruch von Kündigungen verstünde (so für Art. 2 bis 4 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998: EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - BB 2005, 331; vgl. dazu Bauer/Krieger/Powietzka DB 2005, 445; Nicolai NZA 2005, 206), so wäre der Schwellenwert hier schon deshalb nicht erreicht worden, weil die Kündigung gegenüber Frau R bereits im Herbst 2001 erklärt wurde und Herr L nicht gekündigt worden ist.

**36 III.**

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Abfindung als Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Betriebsstilllegung sei nicht sozialplanpflichtig gewesen, weil die Belegschaft des Unternehmens nicht mehr die nach § 111 Satz 1 BetrVG erforderliche Stärke von in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmer aufgewiesen habe. Unzweifelhaft war Frau R nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG bei der Berechnung der Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen. Ebenso wenig ist jedoch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts zu beanstanden, dass auch Herr L insoweit nicht mitgezählt werden durfte (vgl. BAG 16. November 2004 - 1 AZR 11/04 -).

**37 1.**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. 10. Dezember 1996 - 1 ABR 43/96 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 37 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 33; 9. Mai 1995 - 1 ABR 51/94 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 33 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 30, zu B II 1 der Gründe) ist bei der Ermittlung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer von dem Zeitpunkt auszugehen, in dem die fraglichen Beteiligungsrechte entstehen. Das ist im Fall der Betriebsstilllegung der Stilllegungsbeschluss, der hier Mitte Januar 2002 gefasst worden ist. Allerdings ist für die Bestimmung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl nicht entscheidend, wie viele Arbeitnehmer dem Unternehmen zufällig zu dieser Zeit angehören. Vielmehr ist eine wertende Gesamtwürdigung notwendig, bei der die Personalstärke maßgebend ist, die für das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist. Dies erfordert regelmäßig sowohl einen Rückblick als auch eine Prognose. Im Fall der Stilllegung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils kann allerdings im Allgemeinen nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht kommen (vgl. BAG 10. Dezember 1996 - 1 ABR 43/96 - aaO; 9. Mai 1995 - 1 ABR 51/94 - aaO, zu B II 1 der Gründe).

**38 2.**

Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des überwiegenden Teils eines Jahres beschäftigt werden (vgl. zu § 9 BetrVG BAG 12. Oktober 1976 - 1 ABR 1/76 - BAGE 28, 203, 211 [BAG 12.10.1976 - 1 ABR 1/76], zu III 3 b der Gründe; 25. November 1992 - 7 ABR 7/92 - BAGE 72, 12, 25, zu B III der Gründe; DKK-Schneider BetrVG § 9 Rn. 9; Fitting BetrVG § 9 Rn. 15, 16; Kreutz GK-BetrVG § 9 Rn. 11; Thüsing in Richardi BetrVG § 9 Rn. 12; vgl. zu § 17 BPersVG BAG 29. Mai 1991 - 7 ABR 27/90 - BAGE 68, 84, 90, zu B II 2 b der Gründe; vgl. zu § 23 KSchG LAG Hamm 3. April 1997 - 4 Sa 693/96 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 15). Dies gilt auch bei Saisonbetrieben, die jeweils für einige Wochen oder Monate im Jahr einen erhöhten Arbeitskräftebedarf haben. Die für diese Zeit vorübergehend eingestellten Arbeitnehmer zählen nicht zu den in der Regel Beschäftigten (vgl. Fitting aaO § 1 Rn. 274; Kraft GK-BetrVG § 1 Rn. 67; Richardi BetrVG § 1 Rn. 122). Etwas Anderes gilt lediglich für reine Kampagnebetriebe, die überhaupt nur während eines Teils des Jahres arbeiten. In diesen ist die Beschäftigtenzahl während der Kampagne maßgebend (vgl.

**39 3.**

Beim Begriff der "in der Regel" Beschäftigten handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. BAG 10. Dezember 1996 - 1 ABR 43/96 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 37 = EzA BetrVG 1972



§ 111 Nr. 33, zu B II 2 a der Gründe) . Bei dessen Anwendung ist nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum die revisionsgerichtliche Kontrolle eingeschränkt (vgl. BAG 2. April 1996 - 1 AZR 743/95 - AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 34 = EzA BetrVG 1972 § 95 Nr. 29, zu I 2 b aa der Gründe; 10. Dezember 1996 aaO; BGH 13. November 1997 - X ZR 132/95 - BGHZ 137, 162, 173 [BGH 13.11.1997 - X ZR 132/95] = AP ArbNErfG § 12 Nr. 5, zu B I 2 der Gründe; Zöller/Gummer ZPO 24. Aufl. § 546 Rn. 12 mwN) . Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob das Berufungsgericht den unbestimmten Rechtsbegriff richtig erkannt, bei der Subsumtion des Einzelfalls beibehalten, nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und alle erheblichen Umstände berücksichtigt hat (BAG 10. Dezember 1996 aaO) .

40 4.

Diesen Anforderungen genügt die Würdigung des Landesarbeitsgerichts. Herr L war nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts seit 1997 jeweils in den Sommermonaten bei der Beklagten beschäftigt, damit der vorübergehend vermehrte Arbeitsanfall bewältigt werden konnte. Er gehörte damit nicht zu den ständig beschäftigten Arbeitnehmern und wäre nur dann mitzuzählen gewesen, wenn er normalerweise während des größten Teils des Jahres beschäftigt worden wäre. Das war jedoch nach der Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht der Fall. Herr L war seit 1997 in zwei von fünf Jahren für weniger als sechs Monate, in drei Jahren etwas länger für die Beklagte tätig. Wenn das Landesarbeitsgericht sich bei dieser Lage auf die Berücksichtigung der Beschäftigungszeit im Jahre 2001, in dem die Beschäftigungsdauer unter 6 Monaten lag, beschränkt hat, ist dies entgegen der Auffassung der Revision nicht zu beanstanden. Denn jeder andere - also längere und weiter zurückliegende - Zeitraum wäre dem zuletzt bei der Beklagten herrschenden "normalen" Beschäftigungsstand weniger nah gekommen. Abgesehen davon ergäbe sich auch dann kein eindeutig zu Gunsten des Klägers sprechendes Bild: Würde man die letzten drei Jahre zugrunde legen, so überwögen zwar die Jahre mit über sechsmonatiger Beschäftigung. Griffe man aber die letzten vier Jahre heraus, ergäbe sich ein ungefährer Gleichstand. Rechnete man hingegen die vollen Beschäftigungsmonate der letzten fünf Jahre zusammen und dividierte sie durch die Anzahl der Jahre, so sänke die durchschnittliche Beschäftigungszeit der der Stilllegung vorausgehenden fünf Jahre auf etwas unter ein halbes Jahr.

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt In dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.