

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Anwendbarkeit des KSchG
3. Die "in der Regel Beschäftigten"
4. Arbeitnehmer und ihr Zählwert
5. "Alter" und "neuer" Kündigungsschutz
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Abgrenzung § 1 Abs. 1 /§ 23 Abs. 1 KSchG
 - 6.2 "Alt-" und "Neu-Arbeitnehmer" - 1
 - 6.3 "Alt-" und "Neu-Arbeitnehmer" - 2
 - 6.4 "Alt-" und "Neu-Arbeitnehmer" - 3
 - 6.5 Beschäftigtenzahl
 - 6.6 Betrieb - nicht Unternehmen
 - 6.7 Betriebsbegriff
 - 6.8 Darlegungs- und Beweislast - 1
 - 6.9 Darlegungs- und Beweislast - 2
 - 6.10 Darlegungs- und Beweislast - 3
 - 6.11 Durchbrechung des Schwellenwerts
 - 6.12 Entfernte Betriebsstätten
 - 6.13 EU-Arbeitnehmerbegriff?
 - 6.14 Gemeinschaftsbetrieb
 - 6.15 In der Regel Beschäftigte
 - 6.16 Leiharbeitnehmer

Information

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber nimmt so genannte Kleinbetriebe vom KSchG -Anwendungsbereich aus. Die Arbeitnehmer sind in diesen Betrieben zwar **in einem sozialen Mindestmaß** vor Kündigungen geschützt. Das KSchG ist jedenfalls nach § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG in Betrieben unanwendbar, in denen **bis zum 31.12.2003** nicht mehr als fünf Arbeitnehmer und ab dem 01.01.2004 nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind. Was trotzdem nicht vergessen werden darf: Die KSchG -Bestimmungen über die rechtzeitige Klageerhebung und die Folgen verpasster Klagefristen gelten auch für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben.

Praxistipp:

Für die Anwendbarkeit des KSchG entscheiden Arbeitnehmerzahl und Arbeitszeit der Arbeitnehmer. Behauptet der Arbeitgeber im Kündigungsrechtsstreit, dass sein Betrieb gar nicht in den KSchG -Anwendungsbereich fällt, muss er das im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast unter Beweis stellen. Dabei helfen ihm sorgfältig aufbewahrte Arbeitsverträge, eine gründliche Dokumentation der tatsächlichen Arbeitszeiten und schließlich auch Lohnjournale, aus denen sich die jeweils vergütete Arbeitszeit ergibt.

§ 23 Abs. 1 KSchG stellt auf die Zahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer ab. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist der Zeitpunkt der Kündigung. Im Rahmen einer **Gesamtschau** ist rückwärts- und

vorwärtsblickend festzustellen, welche Personalsituation für den Betrieb prägend ist. Das Gleiche gilt für die Arbeitszeit der Mitarbeiter - wo es auf die "**regelmäßige**" **Arbeitszeit** ankommt. Ein besonderes Problem ist der Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung **nach altem Recht Kündigungsschutz** hatten, ihn aber wegen der von fünf auf zehn heraufgesetzten Arbeitnehmerzahl ab dem 01.01.2004 verloren haben. Ihr **Bestandsschutz** bleibt nur, wenn die fünf Arbeitnehmer, die ihnen bisher zum Kündigungsschutz verhalfen, weiterhin beschäftigt sind.

2. Anwendbarkeit des KSchG

Das KSchG ist **nicht auf jeden** Betrieb anzuwenden. Die Vorschriften des ersten Abschnitts - die §§ 1 bis 14 KSchG - gelten mit Ausnahme

- der §§ 4 bis 7 KSchG (Anrufung des Arbeitsgerichts, Zulassung verspäteter Klagen , verlängerte Anrufungsfrist , Wirksamwerden der Kündigung) und
- des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG (außerordentliche Kündigung)

nicht für

- Betriebe und
- Verwaltungen,

in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

In Betrieben und Verwaltungen, in denen in der Regel **zehn oder weniger Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des Ersten KSchG -Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 KSchG und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG nicht

- für Arbeitnehmer, deren **Arbeitsverhältnis erst nach dem 31.12.2003 begonnen** hat;
- zudem sind diese Arbeitnehmer bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen (§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG).

Bis einschließlich 31.12.2003 galt im KSchG -Recht eine Mindestbetriebsgröße von mehr als fünf Arbeitnehmern. Unter anderem zur **Entlastung des Mittelstands** wurde die Mindestarbeiterzahl **von fünf auf zehn** angehoben. Arbeitnehmer, die bis zum 31.12.2003 beschäftigt waren, können ihren früheren Kündigungsschutz unter Umständen behalten (s. dazu Gliederungspunkt 5.). Seit dem 01.01.2004 neu eingestellte Arbeitnehmer haben dagegen nur in Betrieben Kündigungsschutz, die die 10er-Grenze überschreiten (s. dazu Gliederungspunkt 4.).

3. Die "in der Regel Beschäftigten"

Das KSchG spricht von "*in der Regel*" beschäftigten Arbeitnehmern . Das bedeutet, dass im **Zeitpunkt der Kündigung** nicht *genau* mehr als 5/10 Arbeitnehmer beschäftigt sein müssen. "*In der Regel*" bedeutet: Es muss eine Aussage darüber getroffen werden, welche **Beschäftigtenzahl** für den Betrieb **im Allgemeinen kennzeichnend** ist. Das verlangt

- eine **Rückschau** auf die bisherige und
- eine **Vorschau** auf die zukünftige Personalsituation (LAG Rheinland-Pfalz, 28.07.2010 - 7 Sa 405/09 - mit Hinweis auf BAG, 31.01.1991 - 2 AZR 356/90).

Maßgeblich ist der Tag der Kündigung. Der 2-jährige **Referenzzeitraum** beginnt regelmäßig ein Jahr vor diesem Zeitpunkt und endet ein Jahr danach.

Beispiel

Die GmbH P möchte sich von Mitarbeiter L trennen. Seine 2-monatige Kündigungsfrist endet am 30.06. Die Kündigung muss spätestens am 30.04 erklärt sein. Der Referenzzeitraum reicht vom 01.05. des

Vorjahres bis zum 30.04. des Folgejahres. Im Januar und im Februar des laufenden Jahres hat sich die GmbH P bereits von den Mitarbeitern D und G getrennt. Beider Kündigungen waren betrieblich veranlasst. Wären D und G noch im Betrieb, hätte L Kündigungsschutz. Die Rückschau gibt ein klares Ergebnis: Frau D und Herr G gehörten zu den "in der Regel" Beschäftigten. Soweit es die Vorschau betrifft, muss die Geschäftsführung klar machen, dass die Stellen von D und G dauerhaft weggefallen sind und es auch nicht beabsichtigt ist, sie in in den nächsten zwölf Monaten wieder zu besetzen. Dann gehören beide nicht mehr zu den "in der Regel" Beschäftigten und Herr L kann sich nicht auf KSchG-Kündigungsschutz berufen.

Es passiert häufig, dass **Arbeitgeber** bei der Berechnung ihrer Beschäftigtenzahl mehr oder weniger bewusst einige Mitarbeiter überhaupt nicht mitzählen. Sie gehen erst gar nicht davon aus, dass mitarbeitende Familienangehörige Arbeitnehmer i.S.d. KSchG sind, zählen 450-Euro-Jobber als ihre "Aushilfen" ohnehin nicht zum Personal und vernachlässigen auch schon mal gerne Arbeitnehmerinnen, die Mutterschutz haben oder in Elternzeit sind.

Beispiel:

T, die Schwester des Geschäftsführers P, arbeitet jeden zweiten Samstag fünf Stunden in der Buchhaltung. W, die gute Fee des Hauses, putzt als 450-Euro-Kraft von montags bis freitags jeden Abend eine Stunde die Chefetage und Vollzeitkraft V nimmt seit mehreren Monaten Elternzeit. Auch wenn T und W nur eine Wochenarbeitszeit von 2,5 (T) und 5 (W) Stunden haben: Sie zählen beide nach § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG jeweils mit 0,5 und dürfen nicht vergessen werden. Auch V ist mitzuzählen, obwohl sie gerade nicht aktiv ist. Hat die GmbH P die drei Mitarbeiterinnen bei L's Kündigung im oberen Beispiel nicht mitgezählt, sind das genau die 2,0 Arbeitnehmer, die Herr L noch für seinen KSchG-Kündigungsschutz benötigt.

Zu den "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmern können übrigens auch Leiharbeiter gehören, die auf Stellen eingesetzt werden, für die der Arbeitgeber sonst eigene Mitarbeiter beschäftigen müsste.

4. Arbeitnehmer und ihr Zählwert

Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG zählen nicht - wie beispielsweise in § 8 Abs. 7 TzBfG beim Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit - nach Köpfen. Bei Feststellung der Zahl beschäftigter Arbeitnehmer nach den Sätzen 2 und 3 des § 23 Abs. 1 KSchG sind Teilzeitkräfte mit einer regelmäßigen **Wochenarbeitszeit** von

- **nicht mehr als 20 Stunden** mit **0,5** und
- **nicht mehr als 30 Stunden** mit **0,75**

zu berücksichtigen (§ 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG). Ab einer regelmäßigen Arbeitszeit von **mehr als 30 Stunden** zählt jeder Arbeitnehmer mit **1,0**.

Beispiel:

W betreibt seit dem 15.05.2005 einen Musikalienhandel, in dem inzwischen 13 Mitarbeiter tätig sind:

- fünf Vollzeitkräfte mit einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden,
- drei Teilzeitkräfte mit mehr als 20 Wochenstunden und
- fünf Teilzeitkräfte mit bis zu 20 Wochenstunden.

W's Mitarbeiter zählen nach § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG wie folgt:

- die fünf Vollzeitkräfte mit 5,0,
- die drei Teilzeitkräfte mit mehr als 20 Wochenstunden mit 2,25,
- die fünf Teilzeitkräfte mit bis zu 20 Wochenstunden mit 2,5.

W beschäftigt zwar nach Köpfen gezählt 13 Arbeitnehmer. Nach § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG werden diese 13 Arbeitnehmer aber wegen ihrer individuellen Arbeitszeit nur mit insgesamt 9,25 berücksichtigt. W könnte noch eine weitere 0,5- oder eine 0,75-Kraft einstellen. Jede weitere Einstellung führt in seinem Betrieb zur Anwendung des KSchG .

Bei **Ermittlung der Arbeitszeiten** kann man sich zunächst an den in den Arbeitsverträgen vereinbarten Zeiten orientieren. Rein tatsächlich passiert es oft, dass die ursprünglich vereinbarte Arbeitszeit sowohl nach oben als auch nach unten hin verändert wird. **Maßgeblich** ist dann nicht die Arbeitszeit auf dem Papier, sondern **die tatsächlich gearbeitete**.

Praxistipp:

§ 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG stellt auf die "regelmäßige"Arbeitszeit der beschäftigten Teilzeitmitarbeiter ab. Hier sind - wie bei der Zahl der "in der Regel" Beschäftigten - ebenfalls eine Rück- und eine Vorschau anzustellen. Auch hier sollte jeweils ein 2-jähriger Referenzzeitraum gewählt werden, der ein Jahr vor dem beabsichtigten Tag der Kündigung beginnen und ein Jahr danach enden sollte. Damit werden saisonale Schwankungen oder besondere Auftragspitzen ausgeglichen.

Da der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des KSchG trägt, muss er auch die **Arbeitszeit** seiner "in der Regel" beschäftigten Mitarbeiter darlegen. Auch hier gilt eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast** - man kann nämlich nicht davon ausgehen, dass ein gekündigter Arbeitnehmer die tatsächlichen Arbeitszeiten seiner Kollegen kennt. Also muss der **auf Stufen eins** nur behaupten, dass die beschäftigten Arbeitnehmer von ihrer Zahl und dem Umfang ihrer Arbeitszeit die KSchG -Anforderungen erfüllen. Danach ist es **auf Stufe zwei** Sache des Arbeitgebers, darzulegen und unter Beweis zu stellen, dass er nicht die erforderliche Mitarbeiterzahl hat, weil seine Leute nur in einem zeitlichen Umfang tätig sind, der nach § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG nicht zu mehr als 10,00 beziehungsweise 5,00 Arbeitnehmern führt

5. "Alter" und "neuer" Kündigungsschutz

Will ein Arbeitnehmer, der **bis zum 31.12.2003** nach der **5-Arbeitnehmer-Regel** Kündigungsschutz hatte, seinen Kündigungsschutz behalten, müssen im Zeitpunkt seiner Kündigung **nach dem 31.12.2003** fünf Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sein, deren Arbeitsverhältnis schon am 31.12.2003 bestand (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07).

Hintergrund der Regelung ist folgender: Arbeitnehmer hatten nach dem alten KSchG in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung des § 23 Abs. 1 KSchG Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen , wenn sie in einem Betrieb arbeiteten, in dem in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt waren. Dann kam **mit dem 01.01.2004** die Neufassung des § 23 Abs. 1 KSchG und es sollten nur noch Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel **mehr als zehn Arbeitnehmer** Kündigungsschutz haben.

Da es allgemein als ungerecht empfunden wurde, wenn Arbeitnehmer ihren bisherigen Kündigungsschutz nur deswegen verlieren, weil die Zahl der zu berücksichtigenden Mitarbeiter von fünf auf zehn heraufgesetzt wird, hat der Gesetzgeber **für so genannte "Alt-Arbeitnehmer"** in § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG einen **Bestandsschutz** verankert. Dieser Bestandsschutz greift aber nicht bedingungslos:

- wer am 31.12.2003 keinen Kündigungsschutz hatte, weil er in einem Betrieb mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern beschäftigt gewesen ist, bekommt nach dem 31.12.2003 keinen Kündigungsschutz, wenn ab dem 01.01.2004 neue Mitarbeiter eingestellt werden und dadurch nur die 5er-, aber nicht die 10er-Grenze überschritten wird;
- wer am 31.12.2003 nach der 5er-Regelung bereits Kündigungsschutz hatte, verliert diesen Kündigungsschutz nicht allein wegen der auf 10 geänderten Mindest-Arbeitnehmerzahl;
- wer am 31.12.2003 **nach der 5er-Regelung Kündigungsschutz** hatte, behält ihn nach dem 31.12.2003 - aber nur dann, wenn die fünf Arbeitnehmer, die am 31.12.2003 beschäftigt waren und ihm zum Kündigungsschutz verhalfen, im Zeitpunkt der Kündigung nach dem 31.12.2003 weiterhin im Betrieb beschäftigt sind.

Beispiel:

Die GmbH N hat sich über die Jahre hinweg nach vorne entwickelt. Die Aufträge wurden mehr, die Mitarbeiter ebenfalls. L hatte am 31.12.2003 Kündigungsschutz, weil die GmbH N zu diesem Zeitpunkt "in der Regel" mehr als fünf Arbeitnehmer - nämlich mit Udo zusammen genau sechs - beschäftigte. Wie in Kleinbetrieben üblich, haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein enges persönliches Verhalten zueinander. Beschäftigungen sind hier mehr auf Dauer angelegt. K, ein Kollege L's aus den ganz frühen N's Zeiten, bekommt Ende 2010 die Idee, sich doch noch "irgendwie selbst zu verwirklichen." K kündigt zum 31.12.2010 und macht sich selbstständig. Für ihn stellt die GmbH gleich am 01.01.2011 W ein. Mit K's Ausscheiden hat L jedoch seinen nach der 5er-Regelung fortbestehenden Kündigungsschutz verloren. Nun kann er nur noch nach der 10er-Regelung Kündigungsschutz haben.

Sobald ein Betrieb, in dem Arbeitnehmer nach der 5er-Regelung Kündigungsschutz hatten, seit dem 31.12.2003 die **10er-Grenze überschritten** hat, ist die **Bestandsschutzregelung** für "Alt-Arbeitnehmer" **überflüssig**. Dann haben alle vor dem 01.01.2004 beschäftigten Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach der Neuregelung, weil sie ja jetzt in einem Betrieb mit mehr als zehn Arbeitnehmern arbeiten. Fällt die Mitarbeiterzahl wieder auf zehn oder darunter, besteht nach den oben beschriebenen Grundsätzen Bestandsschutz.

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigungsschutz und Betriebsgröße **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

6.1 Abgrenzung § 1 Abs. 1 / § 23 Abs. 1 KSchG

Der Erste KSchG -Abschnitt findet - Territorialprinzip - nur auf Betriebe Anwendung, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen. Damit ist die Berücksichtigung von Arbeitnehmern, die in einem ausländischen Betrieb des Arbeitgebers, der eine Zweigniederlassung in Deutschland hat, arbeiten, bei der Berechnung der Mindestarbeitnehmerzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen. Aber: "Im Gegensatz zu § 23 Abs. 1 KSchG stellt § 1 Abs. 1 KSchG ... nicht auf die jeweiligen Verhältnisse im Betrieb ab, sondern erweitert seinen Anwendungsbereich auf das gesamte Unternehmen des Arbeitgebers" - mit dem Erfolg, dass Beschäftigungszeiten im ausländischen Betrieb bei der Dauer der gesetzlichen Wartezeit - "in demselben Betrieb oder Unternehmen" - mitzuzählen sind (BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 476/10).

6.2 "Alt-" und "Neu-Arbeitnehmer" - 1

"1. Der Erste Abschnitt des KSchG findet gemäß § 23 Abs. 1 KSchG nur Anwendung, wenn im Betrieb zum Kündigungszeitpunkt entweder mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind oder mehr als fünf (Alt-)Arbeitnehmer, die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. 2. Bei der Berechnung des abgesenkten Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zählen nur die (Alt-)Arbeitnehmer, die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. Ersatzeinstellungen für ausgeschiedene (Alt-)Arbeitnehmer werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt" (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05 - Leitsätze 1. und 2.).

6.3 "Alt-" und "Neu-Arbeitnehmer" - 2

"Der Erste Abschnitt des .. [KSchG] findet nach § 23 Abs. 1 KSchG nur Anwendung, wenn im Betrieb zum Kündigungszeitpunkt in der Regel entweder mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind, oder aber mehr als fünf 'Alt-Arbeitnehmer', die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. Diese 'gespaltene' Anwendung des .. [KSchG] im Kleinbetrieb folgt aus dem Zusammenwirken der Regelungen von § 23 Abs. 1 Satz 2 und § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG" (BAG, 23.10.2008 - 131/07 - mit Hinweis auf BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05).

6.4 "Alt-" und "Neu-Arbeitnehmer" - 3

Da § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf das "Arbeitsverhältnis" abstellt und kein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis verlangt, ist es zulässig, bei Beurteilung der Frage, "wann das Arbeitsverhältnis, das die Zugehörigkeit zum Betrieb vermittelt, 'begonnen hat', rechtliche Unterbrechungen außer Acht zu lassen und vorangegangene Vertragsbeziehungen mit in den Blick zu nehmen." "Der abgesenkte Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG kann auch dann maßgeblich sein, wenn es nach dem 31. Dezember 2003 zwar rechtliche Unterbrechungen des zuvor begründeten Arbeitsverhältnisses gegeben hat, der Arbeitnehmer aber - zusammen mit einer ausreichenden Anzahl anderer 'Alt-Arbeitnehmer - ununterbrochen in den Betrieb eingegliedert war" (BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12 - Leitsatz).

6.5 Beschäftigtenzahl

Bei Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG kommt es auf die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnende Beschäftigtenzahl an, die durch einen **Rückblick** auf die bisherige Personalsituation und eine **Vorausschau** auf die zukünftige Entwicklung bestimmt wird (BAG, 31.01.1991 - 2 AZR 356/90). Der gekündigte Arbeitnehmer zählt dabei selbstverständlich mit BAG, 22.01.2004 - 2 AZR 237/03 - und das sogar dann, wenn sein Arbeitsplatz aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung dauerhaft wegfallen soll).

6.6 Betrieb - nicht Unternehmen

§ 23 Abs. 1 KSchG stellt beim betrieblichen KSchG-Anwendungsbereich auf die Größe des Betriebs ab - nicht auf die Größe des Unternehmens . Das "ist verfassungsrechtlich unbedenklich, solange dadurch nicht angesichts der vom Arbeitgeber geschaffenen konkreten Organisation die gesetzgeberischen Erwägungen für die Privilegierung des Kleinbetriebs bei verständiger Betrachtung ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer führte" (s. dazu BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87 u. BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08). Allein der Umstand, dass sich ein Unternehmen in mehrere **kleine - organisatorisch selbstständige - Einheiten** gliedert, reicht nicht aus, um den Betriebsbezug des Schwellenwerts aufzuknacken. Will man den Betriebsbezug durchbrechen, muss eine "alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung" vorgenommen und die Frage geprüft werden, "ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel nach Maßgabe des allgemeinen Betriebsbegriffs unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck [in diesem Fall] (noch) gerecht wird (BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 - mit Hinweis auf BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08 u. BAG, 13.06.2002 - 2 AZR 327/01).

6.7 Betriebsbegriff

Soweit § 23 Abs. 1 KSchG "Betriebe" anspricht, ist damit der allgemeine arbeitsrechtliche Betriebsbegriff gemeint. § 23 Abs. 1 KSchG will den besonderen Bedürfnissen kleinerer Betriebe Rechnung tragen - wobei die damit einhergehende Schlechterstellung der in diesen Betrieben beschäftigten Mitarbeiter sachlich gerechtfertigt ist. Die besondere Lage eines Arbeitgebers in Kleinbetrieben zeigt sich durch eine persönliche Zusammenarbeit, eine geringe Finanzausstattung und eine begrenzte Verwaltungskapazität des Unternehmens. Aber: "Die Anwendung des .. [KSchG] auf einen Kleinbetrieb ist - in verfassungskonformer Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG - nicht stets schon dann geboten, wenn der betreffende Betrieb nicht sämtliche oder einen Kleinbetrieb typischerweise prägenden Merkmalen tatsächlich aufweist" (BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08 - Leitsatz).

6.8 Darlegungs- und Beweislast - 1

Die Kündigung eines Arbeitnehmers muss nur dann i.S.d. § 1 Abs. 1 u. Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn der Betrieb des Arbeitgebers in den von § 23 Abs. 1 KSchG vorgezeichneten Anwendungsbereich des KSchG fällt. Und weil der Arbeitnehmer die **fehlende soziale Rechtfertigung** seiner Kündigung im Kündigungsrechtsstreit geltend machen muss, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des KSchG . "Bleibt [allerdings] auch nach Beweiserhebung unklar, ob die für den Kündigungsschutz erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist, geht dieser Zweifel zu Lasten des Arbeitnehmers" (LAG Rheinland-Pfalz, 10.07.2008 - 11 Sa 157/08).

6.9 Darlegungs- und Beweislast - 2

Der Arbeitnehmer trägt bei seiner Kündigungsschutzklage die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die betrieblichen Voraussetzungen für die Anwendung des KSchG - § 23 KSchG - erfüllt sind. An seine Darlegungs- und Beweislast dürfen jedoch keine allzu hohen **Anforderungen** gestellt werden. Es reicht **auf der ersten Stufe** (= abgestufte Darlegungs- und Beweislast) schon aus, wenn der Arbeitnehmer einfach nur behauptet, dass sein Arbeitgeber mehr als zehn Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG beschäftigt. Dann muss der Arbeitgeber **auf der zweiten Stufe** unter Beweisantritt darlegen, dass und warum er in der Regel nur zehn oder weniger Mitarbeiter beschäftigt. Danach ist der Arbeitnehmer wieder dran und muss auf der dritten Stufe dem Vortrag des Arbeitgebers entgegentreten (LAG Rheinland-Pfalz, 28.07.2010 - 7 Sa 405/09).

6.10 Darlegungs- und Beweislast - 3

Glaut ein Arbeitnehmer, seine **Kündigung** sei sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 1 u. Abs. 2 KSchG), hat er mit einer Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht nur dann Erfolg, wenn das **KSchG auf sein Arbeitsverhältnis anwendbar** ist. Der betriebliche KSchG-Anwendungsbereich wird in § 23 Abs. 1 KSchG festgelegt. Im Arbeitgeberbetrieb müssen also in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer (bis 31.12.2003: mehr als fünf) beschäftigt werden. Für **die betrieblichen Geltungsvoraussetzungen** des § 23 Abs. 1 KSchG trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 - mit dem Hinweis, dass bei Schwierigkeiten des Arbeitnehmers in der Beweisführung, die sich aus fehlenden Kenntnismöglichkeiten ergeben, die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast (s. dazu auch BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12) anzuwenden sind).

6.11 Durchbrechung des Schwellenwerts

Solange die **Beweggründe des Gesetzgebers** für die Privilegierung von Kleinbetrieben bei verständiger Würdigung durch die vom Arbeitgeber geschaffene konkrete Organisation nicht ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen **Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer** führt, ist der in § 23 Abs. 1 KSchG verankerte Betriebsbezug verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (s. dazu BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87 - sowie BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 u. BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08). Selbst der Umstand, dass sich ein Unternehmen in mehrere kleine, organisatorisch verselbstständigte Einheiten gliedert und dort insgesamt mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden, rechtfertigt keine Durchbrechung des Betriebsbezugs des Schwellenwerts. Wäre es anders, würde das auf eine vom Gesetzgeber nicht gewollte generelle Gleichsetzung von Betrieb und Unternehmen hinauslaufen - was vom BVerfG nur in Einzelfällen, die dem gesetzgeberischen **Leitbild** nicht entsprechen - für möglich gehalten wird (BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 427/16 - mit Hinweis auf BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 u. BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08).

6.12 Entfernte Betriebsstätten

Btreibt ein Arbeitgeber zwei räumlich voneinander entfernte - hier: 400 km - Niederlassungen , von denen eine der Haupt-, die andere der Nebenbetrieb ist, dann kann im Kündigungszeitpunkt davon ausgegangen werden, dass ein einheitlicher Betrieb vorliegt. Hier ist dann bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG auf die Gesamtzahl der Arbeitnehmer aus Haupt- und Nebenbetrieb abzustellen. "Im Unterschied zu § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG differenziert § 23 KSchG nicht zwischen Betrieben und räumlich entfernten Betriebsteilen, die als selbstständige Betriebe im Sinn des .. [BetrVG] gelten. Die räumliche Einheit ist kündigungsschutzrechtlich kein entscheidendes Abgrenzungsmerkmal, weil es wesentlich auf die **Leitung des Betriebs** ankommt, der es obliegt, die Einzelheiten der arbeitstechnischen Zwecksetzung zu regeln" (LAG Rheinland-Pfalz, 08.11.2012 - 10 Sa 224/12).

6.13 EU-Arbeitnehmerbegriff?

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG beschränkt seine **Fiktion** – den Ausschluss der §§ 1 bis 13 KSchG ("die Vorschriften dieses Abschnitts") "für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist" – ausdrücklich auf den angesprochenen Bereich. Die **Einschränkung** gilt nicht für § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG . Da der allgemeine Kündigungsschutz nach §§ 1 , 23 KSchG nicht unionsrechtlich bestimmt ist, ist hier **der nationale Arbeitnehmerbegriff** maßgeblich. Und trotzdem: Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, den Arbeitnehmerbegriff des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH auszudehnen. Und das gilt unabhängig davon, ob sie im Ausnahmefall als

Arbeitnehmer beschäftigt werden (BAG, 27.04.2021 – 2 AZR 540/20) .

6.14 Gemeinschaftsbetrieb

KSchG -Kündigungsschutz kann auch in einem Gemeinschaftsbetrieb bestehen. Ein Gemeinschaftsbetrieb ist anzunehmen, "wenn mehrere Unternehmen aufgrund einer Vereinbarung im Rahmen einer gemeinsamen Arbeitsorganisation unter einer einheitlichen Leitungsmacht identische oder auch verschiedene arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgen. Die einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Nicht erforderlich ist, dass die beteiligten Unternehmen eine Vereinbarung über ihre Zusammenarbeit ausdrücklich geschlossen haben, sondern es reicht aus, wenn sich eine solche konkludent aus den näheren Umständen ergibt. Hiervon ist auszugehen, wenn der Kern der Arbeitgeberfunktion im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird" (LAG Berlin-Brandenburg, 11.02.2010 - 25 Sa 2061/09).

6.15 In der Regel Beschäftigte

"1. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 ... über Massenentlassungen ist dahin auszulegen, dass Arbeitnehmer mit einem für eine bestimmte Zeit oder Tätigkeit geschlossenen Vertrag zu den Arbeitnehmern gehören, die im Sinne dieser Bestimmung 'in der Regel' in dem betreffenden Betrieb beschäftigt sind. 2. Im Hinblick auf die Feststellung, ob eine 'Massenentlassung' im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59 vorliegt und diese damit anwendbar ist, ist die in Unterabs. 2 dieser Bestimmung enthaltene Voraussetzung, dass 'die Zahl der Entlassungen mindestens 5 beträgt', dahin auszulegen, dass sie sich nicht auf Beendigungen des Arbeitsvertrags bezieht, die **einer Entlassung gleichgestellt** werden, sondern nur auf Entlassungen im eigentlichen Sinne. 3. Die Richtlinie 98/59 ist dahin auszulegen, dass es unter den Begriff 'Entlassung' im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie fällt, wenn ein Arbeitgeber einseitig und zulasten des Arbeitnehmers aus nicht in dessen Person liegenden Gründen eine erhebliche **Änderung der wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrags** vornimmt" (EuGH, 11.11.2015 - C-422/14 - Leitsätze - Spanien).

6.16 Leiharbeiternehmer

Bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind "sämtliche für den Betriebsinhaber weisungsgebunden tätigen und in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer mitzuzählen" - wenn der Arbeitgeber mit ihnen den regelmäßigen Beschäftigungsbedarf abdeckt. Das Gesetz spricht allgemein nur " Arbeitnehmer" an, die im Betrieb "beschäftigt werden." Das bedeutet: "Bei der Bestimmung der Betriebsgröße i.S.v. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind im Betrieb beschäftigte Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem '**in der Regel**' vorhandenen Personalbedarf beruht" (BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12 - Leitsatz).