
Datum: 13.01.2005
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 Sa 1237/04
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2005:0113.5SA1237.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 3 Ca 10466/03
Normen: § 23 KSchG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
Ein als Ersatzkraft für einen ausscheidenden Mitarbeiter
eingestellter Arbeitnehmer ist bei der Zahl der "in der Regel
Beschäftigten" i. S. v. § 23 KSchG nicht zu berücksichtigen.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des
Arbeitsgerichts Köln vom 14.04.2004 - 3 Ca 10466/03 -
wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

1

Die nach dem Beschwerdewert an sich statthafte Berufung der Klägerin ist in gesetzlicher
Frist eingelegt und begründet worden, sie ist damit zulässig. Sie hat jedoch in der Sache
keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffender Begründung, der sich das

2

Berufungsgericht anschließt und die es sich zu Eigen macht, die Klage abgewiesen, weil die Klägerin gegenüber dem von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen, fristgerechten Kündigung vom 19.08.2003 zum 30.09.2003 keinen Kündigungsschutz genießt. Die Beklagte beschäftigte zu Zeitpunkt der Kündigung in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, so dass die Vorschriften des ersten Abschnittes Kündigungsschutzgesetzes gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht zur Anwendung kommen.

1) Zwischen den Parteien ist zunächst unstreitig, dass die Zahl von fünf Mitarbeitern, bezogen auf den Zeitpunkt der Kündigung (19.08.2003) und auch für die Monate August, September und Oktober 2003 der Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern nicht überschritten worden ist. Berücksichtigt man die im Wesentlichen unstreitigen Tatsachen, die sich aus der von der Beklagten im Berufungsverfahren überreichten Mitarbeiterübersicht (Anlage K 2 zum Schriftsatz vom 20.12.2004, Blatt 141 GA) ergeben, so waren im August 2003 – zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs bei der Klägerin – insgesamt 2 Arbeitnehmer (B und B) mit mehr als 30 Wochenstunden vollzeitbeschäftigt, das ergibt eine Anrechnung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG von 2, zwei Arbeitnehmer (T und die Klägerin) mit 30 Stunden und daher mit einem Faktor von je $0,75 = 1,5$ sowie weitere zwei Arbeitnehmer (S und K) mit nicht mehr als 20 Wochenstunden und daher mit einem Faktor von je $0,5 = 1$, so dass sich für diesen Zeitpunkt eine Mitarbeiterzahl von 4,5 ergibt. Diese Mitarbeiterzahl ist auch bis zum Ausscheiden der Klägerin am 30.09.2003 weiter maßgeblich, im Oktober sinkt die Mitarbeiterzahl sodann auf 3,75, sofern man die Klägerin nicht mitrechnet. Zu einer Mitarbeiterzahl von über fünf gelangt die Klägerin nur, indem sie die im November neu eingestellte Mitarbeiterin N H mit einem Faktor von 0,75 berücksichtigen will. Diese Auffassung wird indessen vom Berufungsgericht nicht geteilt.

3

Bei der Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bedarf es zur Ermittlung der für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnenden regelmäßigen Beschäftigtenzahl bezogen auf den Kündigungszeitpunkt eines Rückblicks auf die bisherige personelle Situation und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung (BAG vom 31.01.1991 – 2 AZR 356/90 - = AP Nr. 11 zu § 23 KSchG 1969). Grundsätzlich kommt es für die Feststellung der Zahl der in der Regel Beschäftigten auf die Größenverhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an, was der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur entspricht. Allerdings ist die zufällige tatsächliche Beschäftigtenzahl zu diesem Zeitpunkt dann unbeachtlich, wenn die Beschäftigungslage, wie sie im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist, hiervon abweicht (BAG a.a.O.). Legt man insoweit die Verhältnisse vor Ausspruch der Kündigung und für die Zeit nach dem Kündigungszugang zu Grunde, so ergibt sich, dass bereits geraume Zeit vor dem Ausspruch der Kündigung, nämlich seit Ende Juli 2003 die Betriebsgröße unter die Schwellenzahl des § 23 KSchG gesunken war und in der Folgezeit diesen Schwellenwert, wie sich aus der von der Beklagten vorgelegten Mitarbeiterübersicht ergibt, nie wieder überschritten hat. Ein als Ersatzkraft für einen ausscheidenden Mitarbeiter eingestellter Mitarbeiter ist bei der Zahl der "in der Regel Beschäftigten" nicht zu berücksichtigen, ein Doppelzählen findet nicht statt, wie aus einem Vergleich mit der Regelung des § 21 Abs. 7 BErzGG zu ersehen ist. Diese Vorschrift enthält einen allgemeinen gültigen Rechtsgedanken des Inhalts, dass bei der Ermittlung der sog. Regelarbeitnehmerzahl entweder nur der Arbeitnehmer, der endgültig oder vorübergehend aus dem Betrieb ausscheidet, oder aber die für ihn eingestellte Ersatzkraft mitgezählt wird (LAG Hamm vom 03.04.1997 – 4 Sa 693/96 - = AP Nr. 15 zu § 23 KSchG 1969). In gleicher Weise ist vorliegend die weit nach dem Ausscheiden der Klägerin eingestellte Arbeitnehmerin H nicht zusätzlich zu der Klägerin zu berücksichtigen, weil sie an der Mitarbeiterzahl, wie sie für den Betrieb kennzeichnend ist, nichts ändert. Denn weder zum Zeitpunkt der Einstellung

4

der Frau H im November 2003 noch zum Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin im August 2003 lag die Zahl der im Betrieb der Beklagten tatsächlich Beschäftigten über dem Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern, weil entweder die Klägerin oder die neu eingestellte Arbeitnehmerin zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht beschäftigt worden sind.

Nach allem musste daher die Berufung der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 zurückgewiesen werden. 5

Rechtsmittelbelehrung 6

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde als Rechtsbehelf, § 72 a ArbGG, wird hingewiesen. 7

(Rietschel) (König) (Hejtmanek) 8