

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 140/12  
4 Sa 713/10  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. Januar 2013

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und

Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Schierle und Dr. Niebler für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 27. Juli 2011 - 4 Sa 713/10 - im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, wie es die Berufung des Klägers zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und damit im Zusammenhang stehende Zahlungsansprüche. 1

Der Kläger war bei der Beklagten seit Juli 2007 als Hilfskraft beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 24. November 2009 zum 31. Dezember 2009. 2

Hiergegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag hat er die Zahlung von Urlaubsabgeltung, für den Fall des Obsiegens ua. die Zahlung von Annahmeverzugsentgelt für die Zeit von Januar bis Mai 2010 geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, im Betrieb der Beklagten finde das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Die Beklagte beschäftige dort mehr als zehn Arbeitnehmer. Das ergebe sich aus ihrem eigenen Lohnjournal. Es seien auch die bei ihr tätigen Leiharbeiter zu berücksichtigen. Diese würden wie eigene Arbeitnehmer im Betrieb eingesetzt. Die Kündigung sei zudem gemäß § 612a, § 242, § 134 BGB rechtsunwirksam. Da das Arbeitsverhältnis durch die 3

Kündigung nicht aufgelöst worden sei, schulde ihm die Beklagte Annahmeverzugslohn.

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt

4

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24. November 2009 nicht aufgelöst wurde;

hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.107,48 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2010 zu zahlen;

hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn näher bestimmte Beträge nebst Zinsen für den Zeitraum von Januar bis Mai 2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, bei ihr seien - einschließlich des Klägers - nur zehn Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Ihre Geschäftsführerin und die sich in Rente befindliche Firmengründerin seien keine weisungsgebundenen Arbeitnehmer. Der vom Kläger genannte Herr S sei nicht bei ihr beschäftigt, sondern bei der Firma seiner Ehefrau, die als Subunternehmerin für sie Transportleistungen erbringe. Die weiteren vom Kläger angeführten Namen könne sie nur teilweise bestimmten Personen zuordnen. Bei diesen handele es sich um Leiharbeiter. Diese wiederum seien bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht mitzuzählen. Die Kündigung sei auch nicht aus sonstigen Gründen rechtsunwirksam, insbesondere nicht wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot. Kündigungsgrund sei die „schlampige“ Arbeitsweise des Klägers gewesen. Er sei mit Schreiben vom 13. November 2009 einschlägig abgemahnt worden.

5

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung der beanspruchten Urlaubsabgeltung verurteilt. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Hauptbegehren und seinen von dessen Erfolg abhängigen Hilfsantrag weiter.

6

## Entscheidungsgründe

- Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Berufung des Klägers zurückgewiesen wurde, und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der bisherigen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht den betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nicht verneinen (*I.*). Ob das Kündigungsschutzgesetz tatsächlich Anwendung findet und ob auch dann die Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, steht noch nicht fest (*II.*) 7
- I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die im Betrieb eingesetzten Leiharbeiter seien bei der Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stünden. 8
1. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer nicht in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Berücksichtigte man allein die in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stehenden Arbeitnehmer, fände es im Streitfall keine Anwendung. Die Beklagte beschäftigte nicht mehr als zehn „eigene“ Arbeitnehmer. 9
2. Ob bei der Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auch die im Betrieb tätigen Leiharbeiter zu berücksichtigen sind, hat das Bundesarbeitsgericht bislang nicht entschieden. Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung ist die Auffassung vorherrschend, Leiharbeiter seien im Entleiherbetrieb bei der Bestimmung der Anzahl der Beschäftigten nicht zu berücksichtigen. Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass Leiharbeiter nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stünden (*KR/Bader 10. Aufl. § 23 KSchG Rn. 41; KR/Weigand 9. Aufl. § 23 KSchG Rn. 41; ErfK/Kiel 13. Aufl. § 23 KSchG Rn. 19; HaKo/Pfeiffer 4. Aufl. § 23 Rn. 23; KDZ/Deinert 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 31; LAG Berlin 30. Januar 2001*) 10

- 3 Sa 2125/00 - zu I 2 der Gründe; aA: HK-ArbR/Schubert 2. Aufl. 2010 § 23 KSchG Rn. 29; kritisch auch BTM/Backmeister 4. Aufl. § 23 KSchG Rn. 14).

3. Richtig ist, zur Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sämtliche für den Betriebsinhaber weisungsgebunden tätigen und in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer mitzuzählen, soweit mit diesen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird. Dabei kann es sich auch um im Betrieb eingesetzte Leiharbeiter handeln, soweit ihr Einsatz der den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnenden Beschäftigungslage entspricht. Dies ergibt die Auslegung der Bestimmung. 11

a) Der Wortlaut von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gibt keinen eindeutigen Aufschluss darüber, ob ausschließlich in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehende Arbeitnehmer oder auch Leiharbeiter mitzuzählen sind. 12

Das Gesetz spricht von „Arbeitnehmern“, die „im Betrieb beschäftigt werden“. Dies lässt sowohl ein Verständnis zu, wonach es sich um „eigene“ Arbeitnehmer des Betriebsinhabers handeln muss, als auch ein solches, demzufolge sämtliche Arbeitnehmer zählen, die in den Betrieb eingegliedert und dort in Weisungsabhängigkeit vom Betriebsinhaber tätig sind, unabhängig davon, ob sie zum Betriebsinhaber selbst in einem Arbeitsverhältnis stehen. Wäre das zuletzt genannte Verständnis zutreffend, wären „in der Regel beschäftigte“ Leiharbeiter mitzuzählen. Auch diese sind Arbeitnehmer, sind in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und dort diesem gegenüber weisungsgebunden tätig (BAG 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 19, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 8; 28. Juni 2000 - 7 AZR 45/99 - zu III 2 der Gründe, BB 2001, 98; 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - zu III 1 der Gründe, BAGE 67, 124; Schaub/Koch ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 120 Rn. 5). Dementsprechend ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Stammarbeitnehmers als sog. Austausch Kündigung unwirksam, wenn sein Arbeitsplatz anschließend mit einem Leiharbeiter besetzt werden soll (vgl. BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - zu II 2 d der Gründe, BAGE 84, 209). Beschäftigt der Arbeitgeber Leiharbeiter, um mit ihnen ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen abzudecken, kann 13

außerdem von freien Arbeitsplätzen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG auszugehen sein, auf denen sonst zur Kündigung anstehende Stammarbeitnehmer beschäftigt werden können (BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 30, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 21 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84).

b) Die Gesetzessystematik und der Regelungszusammenhang geben ebenso wenig Aufschluss über das zutreffende Verständnis. Zwar regelt § 1 KSchG den allgemeinen Kündigungsschutz im Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber. Das Kündigungsschutzgesetz betrifft damit nach seinem persönlichen Geltungsbereich allein die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien eines Arbeitsverhältnisses. Für seinen betrieblichen Anwendungsbereich knüpft § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG jedoch an die Größe des Betriebs gemessen an der Zahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer an. Es ist unter systematischen Gesichtspunkten nicht zwingend, dass auch damit nur „eigene“ Arbeitnehmer des Arbeitgebers und Betriebsinhabers gemeint sein können. Ein bestimmter vom Gesetzgeber innerhalb eines Gesetzeswerks verwandter Begriff kann im jeweiligen Regelungszusammenhang vielmehr eine unterschiedliche Bedeutung haben (vgl. nur BAG 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 19, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 8). Die Betriebsgröße, dh. die Anzahl der in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer muss sich deshalb nicht zwingend danach richten, wie viele Arbeitnehmer zum Betriebsinhaber selbst in einem Arbeitsverhältnis stehen und ihm gegenüber ggf. Kündigungsschutz beanspruchen können. Dies zeigt sich etwa daran, dass im Gemeinschaftsbetrieb auch die Arbeitnehmer des jeweils anderen Mitinhabers, obwohl sie nur zu diesem in einem Arbeitsverhältnis stehen, die Größe des Betriebs iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG mitbestimmen.

14

c) Aus der Entstehungsgeschichte der Norm lässt sich ein bestimmter Regelungswille des Gesetzgebers nicht ableiten. Soweit aus den Materialien ersichtlich, ist in den Gesetzgebungsverfahren weder zur aktuellen Bestimmung des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG noch zu den Vorläuferregelungen erörtert worden, ob Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb bei der Bestimmung der Betriebsgröße zu berücksichtigen sein können. Umgekehrt lässt sich aus dem Umstand,

15

dass dazu keine ausdrückliche Regelung getroffen ist, nicht schließen, ihre Berücksichtigung solle ausgeschlossen sein.

aa) Eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die der Gesetzgeber in seinen Willen aufgenommen haben könnte, gab es zu dieser Frage nicht. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht zu § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Fristen zur Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 angenommen, als „im Betrieb beschäftigte Angestellte“ im dortigen Sinne seien nur diejenigen Angestellten mitzuzählen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stünden (*BAG 16. Februar 1983 - 7 AZR 118/81 - zu II der Gründe, BAGE 41, 374*). Das Gesetz stelle nicht auf die Funktion ab, sondern auf den Status eines Angestellten, der ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber voraussetze (*BAG 16. Februar 1983 - 7 AZR 118/81 - aaO*). Dies lässt sich aber nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG übertragen. Die Bestimmungen betreffen verschiedene Regelungsbereiche. Der Statusbegriff des Angestellten spielt im Kündigungsschutzgesetz keine Rolle. Im Übrigen ist das Gesetz über die Fristen zur Kündigung von Angestellten 1983 außer Kraft getreten, so dass es bei den letzten Novellierungen von § 23 Abs. 1 KSchG im Jahr 2003 schon lange nicht mehr galt.

16

bb) Außerdem haben sich die Rahmenbedingungen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern infolge der zunächst sukzessiven Verlängerung und schließlich Abschaffung der Höchstdauer einer Überlassung verändert (*vgl. zur Rechtsentwicklung: Thüsing/Waas AÜG 3. Aufl. § 1 Rn. 9 ff.; Ulber AÜG 3. Aufl. Einleitung B Rn. 15 ff.*). Arbeitgeber mit zehn oder weniger eigenen Arbeitnehmern können mittlerweile einen ggf. weit höheren regelmäßigen Beschäftigungsbedarf durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern abdecken. Dabei kommt es nicht darauf an, welche Bedeutung der mit Wirkung vom 1. Dezember 2011 in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG aufgenommenen Formulierung zukommt, die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolge „vorübergehend“. Selbst wenn danach nur ein jeweils vorübergehender Einsatz der einzelnen Leiharbeitnehmer als Personen zulässig wäre, könnte durch ihren ständigen Austausch auch ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt werden.

17

- cc) Der Umstand, dass der Gesetzgeber des Jahres 2001 in § 7 Satz 2 BetrVG die Wahlberechtigung von Leiharbeitnehmern zur Wahl eines Betriebsrats im Entleiherbetrieb ausdrücklich geregelt hat, rechtfertigt keinen Umkehrschluss dahin, Leiharbeitnehmer seien, da es im Kündigungsschutzgesetz an einer vergleichbaren Regelung fehle, für die Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht zu berücksichtigen. Dass der Gesetzgeber Regelungsbedarf im Betriebsverfassungsrecht gesehen hat, besagt nichts darüber, aus welchen Gründen er im Kündigungsschutzgesetz eine Regelung unterlassen hat. 18
- dd) Aus § 14 Abs. 1 AÜG lässt sich für die Auslegung von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nichts ableiten. Nach dieser Bestimmung bleiben Leiharbeitnehmer zwar betriebsverfassungsrechtlich während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers. Gleichwohl ordnet § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG das Mitbestimmungsrecht des im Entleiherbetrieb gebildeten Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern nach § 99 Abs. 1 BetrVG an (*vgl. dazu BAG 23. Januar 2008 - 1 ABR 74/06 - Rn. 22, BAGE 125, 306*). Für einen Willen des Gesetzgebers, Leiharbeitnehmer seien bei der Bestimmung der Betriebsgröße des Entleiherbetriebs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht mitzuzählen, lässt sich dem nichts entnehmen. 19
- d) Die zutreffende Lesart von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG folgt aus dem Regelungszweck. Sinn und Zweck der Herausnahme von Kleinbetrieben aus dem allgemeinen Kündigungsschutz nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gebieten unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 GG ein Verständnis, wonach Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb bei der Bestimmung der Betriebsgröße insoweit mitzuzählen sind, wie ihr Einsatz einem „in der Regel“ vorhandenen Beschäftigungsbedarf entspricht. Es kommt dabei nicht entscheidend darauf an, für welche Zeitdauer der jeweils einzelne Leiharbeitnehmer im Betrieb eingesetzt ist. Auch dann, wenn auf einem Arbeitsplatz ständig wechselnde Leiharbeitnehmer eingesetzt werden, ist dieser, soweit er die regelmäßige Belegschaftsstärke kennzeichnet, zu berücksichtigen. 20



aa) § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG benachteiligt die Arbeitnehmer in Kleinbetrieben im Vergleich zu Arbeitnehmern in größeren Betrieben. Zwar sind sie nicht schutzlos Kündigungen ausgeliefert, die auf willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhen. Wo die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht greifen, werden die Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt. Soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme. Gleichwohl darf der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz nicht dazu führen, dass dem Kleinunternehmen praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden (*vgl. zu § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG idF v. 26. April 1985 BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 2 und B I 3 b cc der Gründe, BVerfGE 97, 169*).

21

bb) Die Benachteiligung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben bedarf wegen Art. 3 Abs. 1 GG der verfassungsrechtlichen Legitimation. Diese liegt darin, dass in Kleinbetrieben häufig eine enge persönliche Zusammenarbeit stattfindet, dass Kleinbetriebe regelmäßig eine geringere Finanzausstattung aufweisen, die sie häufig außerstande setzt, Abfindungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen oder weniger leistungsfähiges, weniger benötigtes oder auch nur weniger genehmes Personal mitzutragen, und dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, den Kleinbetrieb stärker als ein größeres Unternehmen belastet (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b bb und B II 4 b aa der Gründe, BVerfGE 97, 169; BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 48 = EzA KSchG § 23 Nr. 37; 19. April 1990 - 2 AZR 487/89 - zu II 2 a bb der Gründe, BAGE 64, 315*). Ggf. ist durch eine verfassungskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs sicherzustellen, dass nicht auch solchen Arbeitnehmern der allgemeine Kündigungsschutz entzogen wird, deren Beschäftigungsbetrieb bei objektiver Betrachtung gerade nicht die typischen Merkmale eines Kleinbetriebs im dargelegten Sinne aufweist (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu*

22

*B II 4 b bb der Gründe, aaO; vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 - Rn. 21, Rn. 25, aaO).*

cc) Danach ist es schon aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, bei der für die Bestimmung der Betriebsgröße zu berücksichtigenden Zahl von im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern nicht danach zu differenzieren, ob diese in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen oder nicht. Der Gesetzgeber hat die Grenze für einen Kleinbetrieb bei der Beschäftigung von zehn Arbeitnehmern im Betrieb gezogen. Diese Festlegung stellt eine Generalisierung dar, die grundsätzlich von der dem Gesetzgeber zukommenden Einschätzungsprärogative gedeckt ist (*vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B II 4 b aa der Gründe, BVerfGE 97, 169*). Rechtfertigt es danach die Beschäftigung von mehr als zehn Arbeitnehmern nicht mehr, den Betrieb aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes herauszunehmen, gilt dies sowohl für den Fall, dass mehr als zehn eigene Arbeitnehmer beschäftigt werden, als auch für den Fall, dass der weitere regelmäßige Beschäftigungsbedarf durch Leiharbeiter abgedeckt wird. Der Grad der persönlichen Zusammenarbeit, die Finanzausstattung des Betriebs und dessen Belastbarkeit durch erhöhten Verwaltungsaufwand hängen nicht davon ab, ob der Arbeitgeber regelmäßigen Beschäftigungsbedarf durch eigene Arbeitnehmer oder durch Leiharbeiter abdeckt. Es macht für die Bestimmung der finanziellen Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit des Entleihers keinen Unterschied, ob die Arbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmern oder mit Leiharbeitern besetzt sind. Leiharbeiter besetzen diese wie eigene Arbeitnehmer und unterliegen dem Weisungsrecht des Entleihers (*zu § 111 BetrVG vgl. BAG 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 19, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 8*). Durch den Einsatz von Leiharbeitern entstehen vergleichbare Personalkosten. Der Entleiher hat zwar den Leiharbeitern kein Arbeitsentgelt, er hat jedoch dem Verleihunternehmen das vereinbarte Entgelt für deren Überlassung zu entrichten. Auch die Erwägung, jenseits der Grenze von zehn Arbeitnehmern sei typischerweise nicht mehr von einer für Kleinbetriebe kennzeichnenden engeren persönlichen Zusammenarbeit auszu-

23

gehen, gilt unabhängig davon, ob die Beschäftigten eigene Arbeitnehmer oder Leiharbeiter sind.

dd) Da § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf die „in der Regel“ im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer abstellt, kommt es für die Betriebsgröße nicht auf die zufällige tatsächliche Anzahl der Beschäftigten [im Zeitpunkt des Kündigungszugangs] an. Maßgebend ist die Beschäftigungslage, die im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - zu B I 1 der Gründe, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 34 = EzA KSchG § 23 Nr. 28*). Zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bedarf es deshalb eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und einer Einschätzung seiner zukünftigen Entwicklung; Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls sind dabei nicht zu berücksichtigen (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - aaO; 22. Januar 2004 - 2 AZR 237/03 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 109, 215*). Dies gilt auch mit Blick auf Leiharbeiter. Werden diese zur Vertretung von Stammarbeitnehmern beschäftigt, zählen sie grundsätzlich nicht mit. Sie zählen - ebenso wenig wie vorübergehend beschäftigte eigene Arbeitnehmer - auch dann nicht mit, wenn sie nur zur Bewältigung von Auftragsspitzen eingesetzt werden, die den allgemeinen Geschäftsbetrieb nicht kennzeichnen. Dagegen sind sie mitzuzählen, soweit ihre Beschäftigung dem „Regelzustand“ des Betriebs entspricht, soweit also bestimmte Arbeitsplätze im fraglichen Referenzzeitraum stets mit Arbeitnehmern besetzt waren bzw. sein werden, sei es mit eigenen Arbeitnehmern des Betriebsinhabers, sei es, etwa nach deren Ausscheiden oder „immer schon“ mit (*wechselnden*) Leiharbeitnehmern.

24

II. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist nicht ausgeschlossen, dass die Kündigung der Beklagten vom 24. November 2009 der sozialen Rechtfertigung nach dem Kündigungsschutzgesetz bedarf. Die Beklagte beschäftigte im Zeitpunkt der Kündigung zehn eigene Arbeitnehmer und außerdem zumindest eine Leiharbeiterin. Feststellungen dazu, ob deren Einsatz auf einem regelmäßigen Beschäftigungsbedarf beruhte, hat das Landesarbeitsgericht - nach seiner Rechtsauffassung konsequent - nicht getroffen.

25

III. Die Sache war nach § 563 Abs. 1, Abs. 3 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht etwa deshalb abschließend selbst entscheiden, weil feststünde, dass die Kündigung unabhängig von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes rechtsunwirksam ist. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe keine Umstände dargelegt, die die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 242 BGB oder nach § 612a BGB iVm. § 134 BGB begründen könnten. Hiergegen hat der Kläger keine Verfahrensrügen erhoben. 26

IV. Bei der neuen Verhandlung wird das Landesarbeitsgericht den Parteien Gelegenheit zu geben haben, ergänzend zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes vorzutragen. Die Darlegungs- und Beweislast für die betrieblichen Geltungsvoraussetzungen nach § 23 Abs. 1 KSchG trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer (*BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 131/07 - Rn. 29, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 43 = EzA KSchG § 23 Nr. 33; 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 17 und 20, BAGE 127, 102*). Etwaigen Schwierigkeiten, die sich mangels eigener Kenntnismöglichkeiten ergeben, ist durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen (*BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 131/07 - Rn. 30, aaO; 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 26, aaO*). 27

Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass der betriebliche Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet ist, wird es weiter zu prüfen haben, ob die Kündigung vom 24. November 2009 gem. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist. 28

V. Von der Zurückverweisung umfasst sind die für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellten Anträge auf Zahlung von Annahmeverzugsentgelt für die Zeit von Januar bis Mai 2010. Der Anspruch hängt von der Wirksamkeit der Kündigung vom 24. November 2009 ab. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, die Kündigung vom 24. November 2009 habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst, und dem Kündigungsschutzantrag stattgeben, hat es seine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Urlaubsabgeltung aufzuheben und für gegenstandslos zu erklären (*vgl. BGH* 29

14. Dezember 1988 - IVa ZR 209/87 - zu IV der Gründe, BGHZ 106, 219). Anderenfalls verbleibt es bei deren Rechtskraft.

Kreft

Rinck

Rachor

Niebler

K. Schierle