



## Mandanteninfo 02/2013: Kündigungsschutz: Leiharbeitnehmer und Größe des Betriebs

### Bundesarbeitsgericht:

[Urteil vom 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 \(Presseerklärung\)](#)

**Bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 KSchG sind auch Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.**

Nach [§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG](#) gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Einfacher gesagt: Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen zählen! Das hat das Bundesarbeitsgericht jetzt entschieden und knüpft dabei an eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom [27. Januar 1998 \(1 BvL 15/87\)](#) zur „Kleinbetriebsklausel“ des § 23 KSchG an. Das Bundesverfassungsgericht hatte die sogenannte „Kleinbetriebsklausel“ als mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt (die damals noch für Betriebe bis zu fünf regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern galt): Wegen der in Kleinbetrieben typischerweise engen persönlichen Zusammenarbeit, insbesondere wegen persönlicher Mitarbeit des Arbeitgebers im Betrieb, sowie der geringeren Finanzausstattung und Verwaltungskapazität des Unternehmens sprächen gute Gründe dafür, dem Arbeitgeber eines Kleinbetriebs freiere Hand bei der Ausübung seines Kündigungsrechts einzuräumen, als ihm die allgemeinen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes erlaubten. Karlsruhe hatte aber gleichzeitig eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes angemahnt: Der kündigungsschutzrechtliche Betriebsbegriff sei im Wege verfassungskonformer Auslegung auf solche Einheiten zu beschränken, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmt ist.

Das Bundesarbeitsgericht hatte dann mit einem [Urteil vom 28.10.2010 \(2 AZR 392/08\)](#) entschieden, dass es für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf einen Kleinbetrieb nicht schon genügt, dass ein Unternehmen mehrere Kleinbetriebe unterhält und deren Beschäftigtenzahlen zusammengerechnet den Schwellenwert des § 23 KSchG überschreiten. Die Zahlen der in den einzelnen Einheiten Beschäftigten dürften jedenfalls dann, wenn es sich tatsächlich um organisatorisch hinreichend verselbstständigte Einheiten und deshalb um selbstständige Betriebe handelt, nicht automatisch zusammengerechnet werden. Nur wenn es an dieser Verselbstständigung fehle (die Leiter der einzelnen Einheiten etwa keine nennenswerten Personalkompetenzen hätten), könne es auf die Gesamtzahl aller Beschäftigten des Unternehmens ankommen. Die neue Entscheidung des BAG stellt jetzt klar, dass jedenfalls auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzte Leiharbeitnehmer bei der Beschäftigtenzahl eines Betriebes mitzurechnen sind und schränkt damit Missbrauchsmöglichkeiten zumindest teilweise ein. Die Begründung in der Presseerklärung des BAG: Der Zweck der Kleinbetriebsklausel rechtfertige es nicht, danach zu unterscheiden, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.

Auf die genaue Begründung des BAG darf man gespannt sein. Bislang ist nur die Presseerklärung veröffentlicht, die Urteilsgründe liegen noch nicht vor. Nachdem die üblichen Kommentatoren der Arbeitgeberseite in der Fachpresse wegen der BAG-Entscheidung bereits den „Wirtschaftsstandort Deutschland“ gefährdet sehen und bei nächster Gelegenheit die Sache vor das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe bringen wollen, wird das BAG sicher größtes Augenmerk auf eine auch verfassungsrechtlich abgesicherte Begründung seiner Entscheidung legen.