

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 77/21

5 Ca 1234 c/20 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



Urteil

◀ Mdt. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Kiel		
19. AUG. 2021		
Bedigt	Fristen + Termine	Bearbeitet

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Kläger/Berufungskläger -

Proz.-Bev.: Rechtssekretäre Klein u. a. DGB Rechtsschutz GmbH,
Büro Kiel, Legienstraße 22, 24103 Kiel

gegen

24103 Kiel

- Beklagte/Berufungsbeklagte -

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte .

hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 5. Kammer - durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht und den ehrenamtlichen Richter als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter als Beisitzer auf die mündliche Verhandlung vom 22.07.2021

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 4. Februar 2021, Az. 5 Ca 1234 d/20, abgeändert und
 - a. festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 2020 nicht aufgelöst worden ist;
 - b. die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Account Manager/Übersetzer weiterzubeschäftigen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes.

Der jetzt 40-jährige verheiratete und vier Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit dem 01.11.2005 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt, zuletzt als Projekt Manager mit einem Monatsgehalt von 3.890,00 € brutto bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35,00 Stunden. Das jüngste Kind des Klägers, die fünfjährige Tochter, ist mit einem GdB von 80 schwerbehindert. Aufgrund des hohen Pflegebedarfs arbeitet die Ehefrau des Klägers nur im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses.

Die S. Group kaufte 2018 die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die im Februar 2020 auf den jetzigen Namen umfirmierte. Im Zuge der sodann erfolgten Umstrukturierungen sprachen folgende Arbeitnehmer bereits 2019 Eigenkündigungen aus:

zum 31.03.2019
zum 31. 03.2019
zum 15.05.2019
zum 31.10.2019
zum 15.11.2019

Wegen dieser Personalabgänge schrieb die Beklagte bereits im Jahr 2019 Stellenanzeigen für Projektmanager aus. Ehemalige Mitarbeiter bzw. Geschäftsführer der Beklagten gründeten Ende 2019/Anfang 2020 das Unternehmen O. eG, welches in direktem Wettbewerb zur Beklagten steht. Aufgrund dessen schieden so-dann folgende Arbeitnehmer durch Eigenkündigung aus und wechselten zur O. eG:

zum 15.02.2020
zum 29.02.2020 (ehem. GF)
zum 31.03.2020
zum 31.03.2020 (ehem. GF'in)
zum 31.03.2020

Auch im Januar, Oktober und November 2020 schaltete die Beklagten Stellenanzeigen. Im Juli 2020 beschäftigte die Beklagte folgende Arbeitnehmer mit folgender vertraglich geschuldeter Arbeitszeit:

Kläger	Vollzeit (35 Std/wo.)
M. M.	Vollzeit
J. U.	Vollzeit
M. N.	Vollzeit
S. P.	Vollzeit
G. S.	Vollzeit
N. D.	Vollzeit
M.C.	Vollzeit (seit 01.04.2020)
I. M.	Vollzeit (seit 15.04.2020)
B. F.	18 Std/Wo.
I. W.	20 Std/Wo.

Mit Schreiben vom 28.07.2020 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2020.

Hiergegen hat der Kläger am 12.08.2020 vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben. Das Kündigungsschutzgesetz sei anwendbar. Die Beklagte habe regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Die Arbeitnehmerin B. F. arbeitete zwischenzeitlich wieder in Vollzeit. Zudem sei die Kündigung treuwidrig, da es sich um eine reine Austausch Kündigung handele. Seine Aufgaben habe die neu eingestellte Arbeitnehmerin I. M. übernommen.

Wegen des weiteren, insbesondere streitigen Vorbringens der Parteien in erster Instanz sowie deren erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen.

Rückwirkend zum 15.12.2020 wurde die Arbeitszeit der Arbeitnehmerin F. auf 24 Stunden aufgestockt. Zum Januar 2020 stellte die Beklagte für den Vertrieb A. C. in Vollzeit ein.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 04.02.2021 die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung, da die Beklagte zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt habe. Unstreitig habe die Beklagte bei Ausspruch der Kündigung inklusive des Klägers rechnerisch nur zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Die Arbeitnehmerin F. sei nur mit 0,5 zu berücksichtigen. Der Kläger habe weder substantiiert dargelegt noch unter Beweis gestellt, dass sie regelmäßig mehr als 20 Wochenstunden gearbeitet habe. Die Geschäftsführerin der Beklagten zähle nicht zu den nach § 23 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigenden Arbeitnehmern. Der Kläger habe auch nicht darzulegen vermocht, dass die Beklagte in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt habe. Die Unterschreitung des Schwellenwertes sei vorliegend keine zufällige Momentaufnahme. Die Arbeitnehmerzahl habe sich ohne Zutun und Planung der Beklagten bis Ende März 2020 (Umstrukturierung, Gründung eines Konkurrenzunternehmens) reduziert. Die Anzahl der Arbeitnehmer habe sich auch trotz der Stellenausschreibung bis zum Kammerverhandlung am 04.02.2021

nicht auf mehr als zehn Arbeitnehmer erhöht. Gegenteiliges habe der Kläger nicht vorgebracht.

Die Kündigung sei auch nicht wegen Sittenwidrigkeit iSd. § 138 Abs. 1 BGB oder nach Treu und Glauben iSd. § 242 BGB rechtsunwirksam. Die Beklagte habe nachvollziehbar dargelegt, dass der Arbeitsbedarf für den Bereich des Projektmanagers durch Kundenabgänge sowie als Folge der Pandemie zurückgegangen sei. Diesen Vortrag habe der Kläger nicht widerlegt. Die Kündigung sei auch nicht deshalb treuwidrig, weil die Beklagte das Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme missachtet habe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Die von der Beklagten angeführte Kundenbindung sei ein beachtenswertes Motiv. Desgleichen der Umstand, dass die Beklagte den Kläger für den Verlust eines von ihm betreuten Kunden verantwortlich gemacht habe.

Gegen dieses ihm am 01.03.2021 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24.03.2021 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 03.06.2021 am 11.05.2021 begründet.

Der Kläger trägt vor,

die Beklagte habe bei Ausspruch der Kündigung regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Das Arbeitsgericht habe insoweit die Darlegungslast verkannt. Der Arbeitgeber trage hinsichtlich des geringeren Zählfaktors einer Teilzeitkraft vollumfänglich die Darlegungslast (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.04.2016 - 10 AZR 887/15 -). Die Beklagte habe den tatsächlichen Beschäftigungsumfang der Arbeitnehmerinnen F. und W. nicht dargelegt, weder durch Vorlage der Lohnabrechnungen noch der Meldungen zur Sozialversicherung. Infolgedessen seien diese Arbeitnehmerinnen mit dem Zählfaktor 1 oder zumindest 0,75 zu rechnen. Ungeachtet dessen ergebe sich aber auch aus der Rückschau, dass die Beklagte in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftige. Die vermeintliche Unterschreitung des Schwellenwertes sei lediglich eine zufällige Momentaufnahme. Denn in der Vergangenheit sei der Schwellenwert deutlich überschritten gewesen. Denn die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter D., G., S., K. und N. seien erst kurz vor Ausspruch der streitigen Kündigung beendet worden. Diese Personalabgänge seien nicht auf die Corona-Pandemie oder das bereits in 2019 gegründete Konkurrenzunternehmen zurückzuführen. Auch die Stellenanzeigen würden belegen, dass

die Beklagte auch in Zukunft mit einer größeren Beschäftigtenanzahl plane. Seit Januar 2021 beschäftige die Beklagte zusätzlich den Arbeitnehmer A. C., obgleich sie noch im Kammertermin vom 04.02.2021 behauptet hatte, keine Neueinstellungen vorgenommen zu haben. Bei der Beklagten handele es sich nicht um einen typischen Kleinbetrieb, sondern um ein weltweit agierendes Unternehmen mit mehreren 1.000 Arbeitnehmern. Ungeachtet dessen verstoße die Kündigung aber auch gegen Treu und Glauben und sei sittenwidrig. Dies ergebe sich daraus, dass die Beklagte ihm mit einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren und nicht der erst 2020 eingestellten und noch in der Probezeit befindlichen Mitarbeiterin C. gekündigt habe. Letztere sei auch deutlich jünger als er und habe keine Kinder. Dies sei willkürlich und weder durch Kundenabgänge noch durch die Pandemie zu begründen. Einen Umsatzrückgang habe die Beklagte nicht darzulegen vermocht.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 04.02.2021, Az. 5 Ca 1234 d/20, abzuändern und

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28.07.2020 nicht beendet worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Account Manager/Übersetzer weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Bei der Anzahl der zehn Beschäftigten zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs habe es sich nicht um eine zufällige Momentaufnahme gehandelt, sondern um eine den unternehmerischen Kapazitäten der Beklagten entsprechende Personalstärke. Sie, die Beklagte, habe die Personalabgänge weder „eingepplant“ noch abgewartet, damit die Personalstärke unter den Schwellenwert des § 23 KSchG falle, um den Kläger (ohne Kündigungsschutz) kündigen zu können. Die nicht geplante Reduzierung der Anzahl der Beschäftigten sei ausschließlich aus betriebs-

wirtschaftlichen Gründen gehalten worden und habe den regelmäßigen Personalbedarf wiedergegeben. Sie habe der Auftragslage sowie der Größe des Kundenstammes entsprochen. Aufgrund der erheblich eingebrochenen Umsätze, was sowohl auf die pandemiebedingten Einschränkungen als auch den Kundenabgang zurückzuführen gewesen sei, sei sie, die Beklagte, darauf angewiesen gewesen, dringend Neuakquise zu betreiben und Unterstützung für den Vertrieb zu suchen. Deshalb habe sie die Stellenanzeigen geschaltet. Dies habe zur Einstellung des A. C. geführt, der die Assistenz im Vertrieb übernommen habe. Ferner habe die Mitarbeiterin F. ihre Arbeitszeit zum 01.12.2020 von 18 auf 24 Wochenstunden aufgestockt. Diese kurzzeitige Änderung der Personalstärke bedeute, dass sie, die Beklagte, aktuell zufällig mit 10,25 Mitarbeitern besetzt sei. Diese aktuelle Personalstärke gebe aber nicht den regelmäßigen Personalbedarf wieder. Denn bereits in Kürze werde die Mitarbeiterin S. für eine neue Stelle in den USA aus dem Unternehmen ausscheiden. Die Kündigung sei auch nicht sittenwidrig. Vielmehr seien – wie das Arbeitsgericht seiner Entscheidung zutreffend zugrunde gelegt habe – betriebsbedingte Gründe ursächlich für die Kündigung des Klägers gewesen. Mangels Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes habe es keiner Sozialauswahl bedurft. Ungeachtet dessen hätte die Kündigung der Mitarbeiterin C. möglicherweise zu einem weiteren Kundenverlust geführt. Der Mitarbeiterin C. sei es in kurzer Zeit gelungen, eine Kundenbindung aufzubauen, mit einem erneuten Wechsel des jeweiligen Projektbetreuers hätte sie, die Beklagte, einen Kundenverlust riskiert. Zudem sei durch den Verlust des vom Kläger betreuten Großkunden, M. GmbH, die Notwendigkeit weiterer Anstellungen mangels zu betreuender Kunden entfallen. Die Kündigung des Klägers sei mithin nicht aus willkürlichen Gründen ausgesprochen worden.

In der Berufungsverhandlung hat die Beklagte beantragt, ihr Schriftsatznachlass dazu zu gewähren, dass die Beklagte auch zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigte.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Inhalte der Berufungsbegründung und Berufungserwiderung sowie der Sitzungsniederschrift vom 22.07.2021 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 lit. c ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

Die Berufung hat auch in der Sache selbst Erfolg, da sie begründet ist.

I. Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete nicht durch die ordentliche Kündigung vom 28.07.2020 zum 31.12.2020. Auch zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigung beschäftigte die Klägerin „in der Regel“ mehr als zehn Arbeitnehmer, sodass der Geltungsbereich des § 1 Abs. 1 und 2 KSchG nicht durch § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG ausgeschlossen war (1.). Die Kündigung war offensichtlich sozialwidrig gemäß § 1 Abs. 2 und 3 KSchG iVm. § 23 Abs. 1 KSchG (2.).

1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet das Kündigungsschutzgesetz, insbesondere § 1 KSchG, Anwendung.

a) Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gelten in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, für Arbeitnehmer - wie den Kläger -, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat, die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit 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).

aa) Für die Feststellung der Zahl der in der Regel Beschäftigten kommt es auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, nicht hingegen auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an. Da § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG für die Ermittlung der Betriebsgröße auf die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer abstellt, ist die Beschäftigungslage maßgebend, die im Allgemeinen für den

Betrieb kennzeichnend ist. Eine zufällige tatsächliche Beschäftigtenzahl zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs ist unbeachtlich. Deshalb bedarf es zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl grundsätzlich eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und einer Einschätzung seiner zukünftigen Entwicklung, wobei Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BAG, Urt. v. 24.05. 2005 - 2 AZR 373/03 -, Rn. 21, mwN., juris; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 05.11.2019 - 6 Sa 205/15 -, Rn. 50, juris).

bb) Der Arbeitnehmer trägt für das Überschreiten des Schwellenwertes gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 bzw. Satz 3 KSchG die Beweislast. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungslast Rechnung zu tragen (BAG, Urt. v. 02.03.2017 - 2 AZR 427/16 -, Rn. 12, mwN., juris). Es ist darauf zu achten, dass an die Erfüllung der Darlegungslast durch den Arbeitnehmer keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Insbesondere muss sich der Stellenwert der Grundrechte in der Darlegungs- und Beweislastverteilung widerspiegeln. Dies gilt umso mehr, als der Arbeitgeber aufgrund seiner Sachnähe ohne Weiteres substantiierte Angaben zum Umfang und zur Struktur der Mitarbeiterschaft und ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarungen machen kann. Dementsprechend dürfen vom Arbeitnehmer keine Darlegungen verlangt werden, die er mangels eigener Kenntnismöglichkeit nicht erbringen kann. Der Arbeitnehmer genügt deshalb regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er - entsprechend seiner Kenntnismöglichkeiten - die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und die ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Der Arbeitgeber muss dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen die Darlegungen des Arbeitnehmers sprechen (BAG, Urt. v. 31.08.2008 - 2 AZR 131/07 -, Rn. 30, mwN., juris; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 05.11.2019 - 6 Sa 205/15 -, Rn. 51, juris).

b) Hieran gemessen beschäftigte die Beklagte auch zum Zeitpunkt des Ausspruchs der hier streitigen Kündigung vom 28.07.2020 mehr als zehn Arbeitnehmer, obgleich Ende Juli 2020 rechnerisch mit dem Kläger bei der Beklagten nur zehn Arbeitnehmer beschäftigt waren.

aa) Dabei geht auch die Berufungskammer - wie das Arbeitsgericht - davon aus, dass die Arbeitnehmerinnen F. und W. Ende Juli 2020 bei der Ermittlung der Beschäftigtenanzahl nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nur mit dem Zählerfaktor 0,5 zu bewerten waren. Insoweit kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen auf Seite 8, 2. Absatz, verwiesen werden. Der Kläger hat auch in der Berufungsinstanz nicht darzulegen vermocht, dass die Arbeitnehmerin F. zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits vollzeitbeschäftigt war. Entgegen der Auffassung des Klägers trägt auch nicht die Arbeitgeberin hinsichtlich des geringeren Zählerfaktors einer Teilzeitkraft vollumfänglich die Beweislast. Der gegenteiligen Auffassung des Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg in der Entscheidung vom 28.04.2016, Az. 10 Sa 887/15, kann nicht gefolgt werden. Diese Entscheidung ist vom Bundesarbeitsgericht aufgehoben worden. Danach trägt der Arbeitnehmer für das Überschreiten des Schwellenwertes gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 bzw. Satz 3 KSchG die Beweislast. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungslast Rechnung zu tragen (BAG, Urt. v. 02.03.2017 – 2 AZR 427/16 –, Rn. 12, juris). Der Arbeitnehmer trägt mithin grundsätzlich nicht nur für die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast, sondern bei Teilzeitkräften auch für den Umfang ihrer tatsächlichen Beschäftigung und damit für den Zählerfaktor gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.

bb) Indessen war die Beschäftigtenanzahl Ende Juli 2020 nicht maßgeblich für die regelmäßige Anzahl der bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer. Die Beklagte beschäftigte noch im ersten Quartal des Jahres 2020 unstreitig mehr als zehn Arbeitnehmer. Auch in 2019 beschäftigte sie unstreitig deutlich mehr als zehn Arbeitnehmer. Dies ergibt sich bereits durch die Personalabgänge infolge der fünf Eigenkündigungen in 2019 und fünf Eigenkündigungen in 2020, die unstreitig nicht in Gänze durch Neueinstellungen ausgeglichen wurden. Auch nach der Kündigung des Klägers beschäftigte die Beklagte unstreitig mehr als zehn Arbeitnehmer. So vereinbarte die Beklagte mit der Arbeitnehmerin F. unstreitig eine Aufstockung ihrer Arbeitszeit auf 24 Wochenstunden mit Wirkung zum 01.12.2020. Zudem stellte die Beklagte den Mitarbeiter O. zum 01.01.2021 in Vollzeit auf die bereits in 2019 geschaltete Stellenanzeige

neu ein. Außerdem hat die Beklagte infolge der zahlreichen Eigenkündigungen un-
streitig Stellenanzeigen veröffentlicht. Hierzu hat sie vorgetragen, dass sie einen er-
heblichen Umsatzrückgang gehabt habe, der sowohl auf die pandemiebedingten Ein-
schränkungen als auch den Kundenabgang zurückzuführen gewesen sei, sodass sie
darauf angewiesen sei, dringend Neuakquise zu betreiben und Unterstützung für den
Vertrieb zu suchen. Hieraus wird deutlich, dass die Beklagte ihren im zweiten Quartal
2020 - soweit ersichtlich - erstmals unter den Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 3
KSchG gesunkenen Personalstand wieder anheben wollte. Das Absinken des Perso-
nalbestands auf gerade zehn Arbeitnehmer war keine, etwa einem Umsatzrückgang
oder einer Umstrukturierung geschuldeten, bewusste Entscheidung der Beklagten.
Vielmehr sank der Personalstand unter den Schwellenwert, weil zahlreiche Arbeitneh-
mer nach dem Betriebsübergang selbst gekündigt hatten und einige dieser Arbeitneh-
mer sodann ein Konkurrenzunternehmen gründeten. Der Rückblick auf die bisherige,
bis zum ersten Quartal 2020 andauernde regelmäßige Beschäftigtenzahl, die deutlich
über zehn lag, sowie die Tatsache, dass die Beklagte ausweislich der infolgedessen
geschalteten Stellenanzeigen zukünftig den gesunkenen Personalstand wieder auf-
stocken wollte, belegt, dass die Beklagte auch zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kün-
digung vom 28.07.2020 in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer iSv. § 23 Abs. 1
Satz 3 KSchG beschäftigte. Die Beklagte hat gerade nicht schlüssig vorgetragen, dass
sie ihr Unternehmenskonzept durch die nicht geplanten und damit zufälligen zehn Ei-
genkündigungen dahingehend geändert habe, auch künftig dauerhaft nur noch mit
zehn Beschäftigten arbeiten zu wollen. Hiergegen sprechen eindeutig die zahlreichen
vom Kläger eingereichten Stellenanzeigen der Beklagten von Januar 2020, Oktober
2020, November 2020 sowie Januar 2021, die die Einschätzung rechtfertigen, dass
der zukünftige Personalstand der Beklagten wieder den Schwellenwert von zehn Ar-
beitnehmern überschreiten wird. Dieser Wille wird letztlich auch durch die Ex-Post-
Betrachtung bestätigt. Die Beklagte beschäftigt mittlerweile unstreitig wieder 10,25 Ar-
beitnehmer und überschreitet somit den Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.

c) Dementsprechend genoss der Kläger zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitge-
genständlichen Kündigung aufgrund der Dauer seines Arbeitsverhältnisses sowie der
regelmäßigen Anzahl der Beschäftigten der Beklagten von mehr als zehn Kündigungss-
chutz iSv. § 1 Abs. 1 und 2 KSchG iVm. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.

d) Der Beklagten war auch kein Schriftsatznachlass für die Tatsache zu gewähren, dass der Betrieb der Beklagten zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigte. Die Voraussetzungen des § 283 Satz 1 ZPO liegen hier nicht vor. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht der Partei einen Schriftsatznachlass gewähren, wenn diese sich in der mündlichen Verhandlung auf Vorbringen des Gegners nicht erklären kann, weil es ihr nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt worden ist. Im gesamten Kündigungsschutzverfahren war stets unstreitig, dass im Betrieb der Beklagten der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nur durch die in 2019 und 2020 erfolgten zehn Eigenkündigungen unterschritten wurde. Es war unstreitig, dass die Beklagte bis zum ersten Quartal 2020 regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigte. Für die ausgeschiedenen zehn Mitarbeiter stellte die Beklagte im April 2020 nur zwei neue Arbeitnehmerinnen ein. Ausgehend von den zehn (Zählfaktor) Mitarbeitern, die die Beklagte Ende Juli 2020 unstreitig beschäftigte, und den zuvor erfolgten acht Eigenkündigungen, für die keine neuen Arbeitnehmer eingestellt wurden, beschäftigte die Beklagte zu Beginn der Eigenkündigungswelle 18 Mitarbeiter. Zudem war im gesamten Verfahren streitig, wie viele Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen die Beklagte zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung „in der Regel“ beschäftigte. Hierzu hat die Beklagte aus ihrer Sicht umfangreich vorgetragen. Eines weiteren Schriftsatznachlasses bedurfte es mithin nicht.

2. Die Kündigung vom 28.07.2020 ist gemäß § 1 Abs. 2 und 3 KSchG nicht sozial gerechtfertigt und hat somit nicht das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.12.2020 beendet.

a) Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb weiterbeschäftigt werden kann, § 1 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 b) KSchG. Sofern eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen wird, ist sie gemäß § 2 Abs. 3

KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

b) Die für die soziale Rechtfertigung der Kündigung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat hierzu nichts vorgetragen, sondern sich mit ihrer Rechtsverteidigung ausschließlich auf den fehlenden Kündigungsschutz des Klägers berufen. Mit Auflagenbeschluss vom 31.08.2020 hatte das Arbeitsgericht der Beklagten bereits unter Fristsetzung aufgegeben, zu den Gründen, die zum Ausspruch der Kündigung geführt haben, vorzutragen. Weder erstinstanzlich noch im Berufungsverfahren ist die Beklagte dieser Auflage - auch nicht als Hilfsargumentation - nachgekommen.

Die soziale Rechtfertigung der Kündigung ergibt sich auch nicht aus dem Akteninhalt als solcher. Eine betriebsbedingte Kündigung wäre bereits an der getroffenen Sozialauswahl gescheitert. Infolge seiner Beschäftigungszeit und seiner Unterhaltspflichten wäre der Kläger unzweifelhaft sozial schutzwürdiger gegenüber der sich noch in der Probezeit befindlichen und mit ihm aufgrund der ausgeübten Tätigkeit auch unstreitig vergleichbaren Arbeitnehmerin C. gewesen.

Dem Akteninhalt lassen sich auch keine Tatsachen entnehmen, die auch nur im Ansatz eine personenbedingte oder verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen vermochten. Krankheitsbedingte Fehlzeiten oder sonstige personenbedingte Gründe, die eine Kündigung sozial rechtfertigen könnten, ergeben sich aus der Akte in keiner Weise. Das Gleiche gilt für verhaltensbedingte Gründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Der E-Mail-Korrespondenz der Parteien vom 02.03.2020 (Anl. B 4 zum Schriftsatz der Beklagten vom 30.11.2020) lässt sich zwar entnehmen, dass die Geschäftsführerin in Bezug auf ein bestimmtes Projekt mit der Arbeitsweise des Klägers nicht zufrieden war. Indessen führt die hierin geäußerte Kritik - zumal ohne vorherige einschlägige Abmahnung - nicht zu einer sozialen Rechtfertigung der Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen. Die Beklagte hat die Anlage B 4 auch nur zum Beleg der ausgeübten Tätigkeit des Klägers als „Production Manager“ und nicht als „Account Manager/Übersetzer“ zur Akte gereicht.

II. Nach alledem war unter Abänderung des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils der Klage stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Ein gesetzlich begründbarer Anlass zur Zulassung der Revision lag nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.

Die Vorsitzende
gez. Otten-Ewer

gez. Drückler

gez. Mahler