

10 Sa 471/14
10 Ca 172/13
(ArbG München - Kammer Ingolstadt -)

Verkündet am: 26.11.2014

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

V.

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

F.

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. November 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Dick und die ehrenamtlichen Richter Bussek und Köppl

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 20.05.2014 – 10 Ca 172/13 – wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.**

- 2. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von drei Kündigungen.

Die Klägerin war bei dem Beklagten seit 01.10.2009 zunächst als Auszubildende tätig. Mit Arbeitsvertrag vom 26.06.2012 wurde die Klägerin beim Beklagten seit 01.07.2012 zu einem monatlichen Bruttoentgelt in Höhe von EURO 1.204,85 im Rahmen einer 30-Stunden-Woche beschäftigt.

Mit Schreiben vom 31.01.2013 kündigte der Beklagte die Klägerin ordentlich zum 28.02.2013. Unter dem 13.06.2013 erklärte der Beklagte zudem, eine fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung. Schließlich sprach der Beklagte mit Schreiben vom 07.03.2014 eine weitere ordentliche Kündigung zum 30.04.2014 aus.

Der Beklagte ist ein gemeinnütziger Verein, der als freier Träger verschiedene Projekte betreibt. Zu diesen Projekten gehören bzw. gehörten insbesondere die Projekte Jugendmigrationsdienst, internationales Kindertheater der Stadt I., I1, M., C. und K.

Bei dem Beklagten kommen in ganz erheblichem Umfang ehrenamtliche Mitarbeiter zum Einsatz. Grundlage dieses Einsatzes ist jedenfalls zum Teil eine schriftliche Vereinbarung für ehrenamtliche Betreuer. Der Beklagte legt hierzu drei Vereinbarungen vor, die nach dem Vortrag der Beklagten exemplarisch seien. In § 1 dieser Vereinbarungen ist unter anderem festgehalten:

„ ...

Er/Sie übernimmt diese Tätigkeit ehrenhalber, also unentgeltlich. Dieser Vertrag begründet kein arbeitsrechtliches Rechtsverhältnis. Es ergeben sich keine Ansprüche auf Übernahme in ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis.

§ 2 Weisungsrecht

Der/Die ehrenamtliche Tätige richtet sich bei der Erfüllung seiner/ihrer Tätigkeiten nach den Weisungen derjenigen Personen, die hierzu vom Auftraggeber ermächtigt worden ist. Die Einsatzzeit wird in beiderseitigem Einvernehmen festgelegt. Der/Die ehrenamtlich Tätige ist verpflichtet, die betriebliche Ordnung und die Hausordnung zu beachten. ...

§ 6 Aufwandsersatz:

Der Auftraggeber ersetzt dem/der ehrenamtlich Tätigen die Aufwendungen, die nach den Umständen für erforderlich gehalten werden konnten, insbesondere Kosten für Fahren, Verpflegungsmehrbedarf und Fachliteratur durch eine pauschale, monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von EURO 175,-. ...“

Die weiteren beiden vorgelegten Vereinbarungen weisen eine Aufwandsentschädigung von monatlich pauschal EURO 100,- vor. Zum Wortlaut der Vereinbarungen wird auf die Anlagen B 17 – B 19 (Bl. 459 ff. d. A.) verwiesen.

Ausweislich einer ärztlichen Bescheinigung vom 22.05.2013 wurde bei der Klägerin am 12.03.2013 eine Schwangerschaft festgestellt. Damals habe sich die Klägerin „in der rechnerisch sieben + vier Schwangerschaftswoche“ befunden. Am 22.03.2013 sei allerdings keine Schwangerschaft mehr festzustellen gewesen, was auf einen Spontanabort zurückzuführen sei. Wegen des genauen Wortlauts wird auf die ärztliche Bescheinigung vom 22.05.2013, Bl. 58 d. A., verwiesen. Der Beklagte erhielt eine Mitteilung über diese Schwangerschaft am 03.06.2013.

Über eine gemäß ärztlicher Bescheinigung am 21.05.2013 festgestellte erneute Schwangerschaft der Klägerin wurde der Beklagte am 17.06.2013 informiert.

Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass der Beklagte mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftige, weshalb das Kündigungsschutzgesetz greife. Insgesamt 114 namentlich im Einzelnen benannte Personen, würden Arbeitnehmervergütung erhalten. Am 01.04.2012 seien zwei neue Mitarbeiter, Frau D1 und Frau P1, eingestellt worden, was klar belege, dass eine betriebsbedingte Kündigung unwirksam sei. Alle diese Personen seien in die Berechnung zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes einzubeziehen. Entscheidend sei, dass für diese Personen ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf bestünde. Der Geschäftsbetrieb der Beklagten könne ohne sie - vor allem ohne die ehrenamtlichen Kräfte - nicht ansatzweise aufrechterhalten werden. Insoweit seien hier dieselben Grundsätze anzuwenden, wie sie sich aus dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts zum dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern ergeben. Zudem seien alle diese Personen weisungsgebunden. Zwei weitere Personen, Frau R1 und Frau D1 seien zusätzlich mit mehr als 30 Stunden pro Woche einzubeziehen, da sie zwar keinen Arbeitsvertrag mit der Beklagten hätten, allerdings in einem Projekt der Beklagten eingesetzt würden. Mit weiterem Schriftsatz führte die Beklagte aus, dass 102 Personen bei dem Beklagten „eingesetzt und beschäftigt“ seien. Die Schwangerschaft habe sie dem Beklagten noch rechtzeitig mitgeteilt.

Die Klägerin beantragte erstinstanzlich:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen des Beklagten vom 31.01.2013, vom 13.06.2013 und vom 07.03.2014 nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte ist der Auffassung, dass die bei ihm ehrenamtlich Tätigen nicht in die Berechnung der Mitarbeiterzahl zur Prüfung der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzge-

setzes aufzunehmen seien. Das gelte unabhängig davon, ob diese Personen eine Aufwandsentschädigung erhielten oder nicht. Personen, die nicht bei ihnen in einem Arbeitsverhältnis stünden, seien ebenso nicht hinzu zu rechnen. Darüber hinaus seien etliche Personen, die die Beklagte früher beschäftigt habe, zum Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin bereits ausgeschieden gewesen. Das betreffe die Personen N1, A1, K1, H1, K2, E1, B1, H2, K3 und K4. Frau R1 und Frau D1 seien nur 30 Stunden im Laden beschäftigt. Die Klägerin habe die bescheinigte Schwangerschaft jedenfalls zu spät mitgeteilt, weshalb der besondere Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes nicht greife.

Bezüglich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 08.02.2013, 22.02.2013, 26.03.2013, 05.04.2013, 06.06.2013, 17.06.2013, 07.11.2013, 29.11.2013, 16.01.2014, 22.01.2014, 27.01.2014, 22.01.2014, 27.02.2014, 14.03.2014, 04.04.2014, 10.04.2014, 15.04.2014, 29.04.2014, sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 27.02.2013, 24.07.2013 und 20.05.2014 verwiesen.

Mit Urteil vom 20.05.2014, der Klägerin zugestellt am 13.06.2014, hat das Arbeitsgericht München die Klage abgewiesen. Danach seien die Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäß §§ 1 ff. KSchG auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht anzuwenden. Bei dem Beklagten würden nicht mehr als zehn Arbeitnehmer im Sinne von § 23 KSchG beschäftigt. Dabei seien zwar die Arbeitnehmer zusätzlich zu berücksichtigen, die im Rahmen von Projekten bei der Beklagten beschäftigt würden, auch wenn ein Arbeitsvertrag mit einem Dritten bestünde. Die ehrenamtlich tätigen könnten hingegen nicht berücksichtigt werden, lediglich Arbeitnehmer. Es ergebe sich aus den Einlassungen der Parteien keine Anhaltspunkte dafür, dass die ehrenamtlich beim Beklagten tätigen Personen als Arbeitnehmer zu betrachten seien. Die Kündigung vom 31.01.2013 sei auch nicht gemäß §§ 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG i.V.m. § 134 BGB unwirksam. Dieser besondere Kündigungsschutz komme nicht zur Anwendung, weil der Klägerin die Schwangerschaft spätestens am 12.03.2013 bekannt gewesen sei, der Beklagte jedoch erst am 03.06.2013 hiervon unterrichtet wurde. Damit habe die Klägerin nicht innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Kündigung vom 31.01.2013 dem Beklagten ihre Schwangerschaft mitgeteilt. Ein Nachholen dieser Mitteilung erst zum 03.06.2013 sei nicht möglich, da die Klägerin nicht mitgeteilt habe, aufgrund welcher von ihr nicht zu vertretenden Umstände dies noch rechtzeitig gewesen sein soll.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung vom 23.06.2014 (Zugang beim Landesarbeitsgericht München am gleichen Tag) und begründete diese mit Schriftsatz vom 13.08.2014 (Zugang beim Landesarbeitsgericht München am gleichen Tag), den erstinstanzlichen Vortrag vertiefend, wie folgt:

Die ehrenamtlich Tätigen seien mit zu berücksichtigen, weil sie regelmäßig vom Beklagten eingesetzt würden. Das gelte auch für Honorarkräfte. Letzteres gelte vor allem für Herrn S1, der mit 0,5 anzusetzen sei. Es werde auch bestritten, dass Personen vor der Kündigung der Klägerin bei dem Beklagten ausgeschieden sind. In der mündlichen Verhandlung vom 05.11.2014 präzisierte die Klägerin dies dahingehend, dass Frau A1 im Laden gearbeitet habe und zum 30.09.2012 ausgeschieden sei. Auch Frau K1 habe im Laden gearbeitet und sei zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs ausgeschieden gewesen. Dasselbe gelte für den früheren Geschäftsführer, Herrn H1, der auch vorher ausgeschieden sei. Auch Frau B1 sei vor ihrer Kündigung ausgeschieden. Frau R1 und Frau D1 würden im Laden zu je 30 Stunden arbeiten. Der unterschiedliche erstinstanzliche Vortrag zur Anzahl der Beschäftigten bei der Beklagten (114 bzw. 102 Mitarbeiter) ergebe sich daraus, dass die 114 Namen einer Selbstdarstellung des Beklagten im Internet entnommen worden seien. Nachdem der Beklagte schriftsätzlich nur einen Teil der Namen bestätigt habe, bezüglich der weiteren Personen behaupte, diese allerdings nicht zu kennen, und nachdem man über weitere Informationen nicht verfüge, habe man sich im folgenden Vortrag auf die seitens des Beklagten eingeräumten Personen konzentriert.

Die ehrenamtlichen Mitarbeiter seien einzubeziehen, weil sie in den Geschäftsbetrieb des Beklagten eingegliedert seien, weil sie weisungsgebunden seien, weil für diese Personen ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf bestünde und weil sie sogar zum Teil Aufwandsentschädigung erhielten. Auch die Kündigung vom 31.01.2003 verstoße gegen § 9 MuSchG. Die Klägerin sei zum Zeitpunkt der Kündigung schwanger gewesen, was jedoch erst am 12.03.2013 festgestellt worden sei. Es sei ihr daher nicht möglich gewesen, die Schwangerschaft innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitzuteilen. Das Überschreiten der gesetzlichen Mitteilungsfrist sei für die ausgesprochene Kündigung nicht maßgeblich und von der Klägerin nicht zu vertreten.

Die Klägerin beantragt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts München, Kammer Ingolstadt, Az: 10 Ca 172/13, verkündet am 20.05.2014, zugestellt am 13.06.2014, wird aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen des Beklagten vom 31.01.2013, vom 13.06.2013 und vom 07.03.2014 nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor, dass er (nach Namen und Stundenanzahl im Einzelnen aufgelistet) zum Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin lediglich 3,75 Mitarbeiter beschäftigt habe. Ehrenamtliche Mitarbeiter seien nicht mit einzubeziehen, unabhängig davon, ob sie mit oder ohne Aufwandsentschädigung bei der Beklagten beschäftigt würden. Herr S1 sei lediglich Honorarkraft und deswegen nicht einzubeziehen. Dasselbe gelte im Ergebnis auch für Frau R1 und Frau D1, da sie bei der Aussiedlerarbeit beschäftigt würden. Im Übrigen würden die beiden zuletzt genannten gegebenenfalls mit einem Faktor von 0,75 zu berücksichtigen sein, da sie maximal 30 Stunden in der Woche arbeiten würden.

Im Hinblick auf das weitere Vorbringen im Berufungsrechtszug wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 13.08.2014 und 19.09.2014 sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.11.2014 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Klägerin ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet, weil das Arbeitsgericht zutreffend entschieden hat, dass das Kündigungsschutzgesetz in den §§ 1 ff. keine Anwendung findet, und dass die Kündigung vom 31.01.2013 nicht gegen §§ 9 MuSchG, 134 BGB verstößt.

1. Das Kündigungsschutzgesetz findet in den §§ 1 ff. auf die gegenständliche Kündigung keine Anwendung.

1.1 Nach § 23 Abs. 1, Satz 3 KSchG gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 – 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG nicht für Betriebe, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung beschäftigten beschäftigt werden. Dabei stellt das KSchG auf Arbeitsverhältnisse ab (vgl. zuletzt BAG vom 23.05.2013, 2 AZR 54/12, zitiert nach Juris). Es gilt nach ganz herrschender Meinung der allgemeine Arbeitnehmerbegriff (vgl. statt aller Volkening in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, herausgegeben von Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 23 KSchG, Rn. 16). Nach den vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsätzen ist entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft vor allem die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters. Danach ist derjenige Arbeitnehmer, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsor-

ganisation erbringt. Insoweit enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbstständig und deshalb persönlich abhängig ist dagegen der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. Zwar gilt diese Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbstständigen Handelsvertreters vom abhängig Beschäftigten kaufmännischen Angestellten. Über diesen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält die Vorschrift jedoch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist, zumal dies die einzige Norm ist, die dafür Kriterien enthält. Unterliegt also der Beschäftigte hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht, liegt ein Arbeitsverhältnis vor. Kann er im Wesentlichen die Arbeitsbedingungen frei gestalten, ist er ein freier Mitarbeiter (vgl. BAG vom 15.04.1993, 2 AZB 32/92, zitiert nach Juris).

Der Arbeitnehmer muss im Einzelnen darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten im Betrieb beschäftigt sind. Der Arbeitnehmer genügt regelmäßig dieser 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 darlegen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Behauptung des Arbeitnehmers entgegenstehen sollen. Tut er dies, ist es erneut Sache des Arbeitnehmers darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass der Schwellenwert überschritten ist (vgl. nochmals zuletzt BAG vom 23.05.2013, 2 AZR 54/12, zitiert nach Juris).

Bei Anwendung dieser Maßstäbe ergibt sich Folgendes:

1.2 Auszugehen ist zunächst von 3,75 Arbeitnehmerinnen, einschließlich der Klägerin, die auch vom Beklagten unstreitig gestellt werden. Das sind Herr C1 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5, Frau K5 mit dem Gewichtungsfaktor 0,75, Frau R2 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5, Herr H3 mit dem Gewichtungsfaktor 0,75, Frau S2 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5 und die Klägerin mit Gewichtungsfaktor dem 0,75.

1.3 Hinzu kommen Frau R1 und Frau D1, mit dem Gewichtungsfaktor je 0,75. Dabei handelt es sich zwar um Mitarbeiter der evangelischen Aussiedlerarbeit, allerdings werden sie bereits seit langem und dauerhaft bei dem Beklagten beschäftigt, was zu einer Anrechnung nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG führt. Die Beschäftigung zu 30 Stunden pro Woche ist nach der mündlichen Verhandlung vom 05.11.2014 mittlerweile unstrittig.

1.4 Nicht hinzuzuzählen sind dagegen die bei dem Beklagten tätigen ehrenamtlichen Kräfte. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist hier nicht allein entscheidend, dass sie in den Betrieb eingegliedert sind, dass sie weisungsgebunden sind im Hinblick auf die Ausübung der Tätigkeit (hierzu 1.4.1), dass sie einen dauerhaften Beschäftigungsbedarf abdecken (hierzu 1.4.2), und dass sie jedenfalls zum Teil Aufwandsentschädigung erhalten (hierzu 1.4.3), da sie nicht in persönlicher Abhängigkeit arbeiten (hierzu 1.4.4). Im Einzelnen:

1.4.1 Eine tatsächliche Eingliederung in die Betriebsabläufe und eine Weisungsgebundenheit im Rahmen der ehrenamtlichen Tätigkeit macht einen ehrenamtlich Tätigen nicht zum Arbeitnehmer. Auch der Einsatz von ehrenamtlichen Mitarbeitern muss in die Tätigkeit des Beklagten eingebettet und koordiniert werden. Ehrenamtliche Tätigkeit heißt nämlich nicht, dass die ehrenamtlich Tätigen beim Einsatz bei der Beklagten ohne weiteres tun und lassen können, was ihnen beliebt. Es besteht auch bei ehrenamtlich Tätigen grundsätzlich das Bedürfnis, diese anzuleiten und in die Abläufe einzubetten. So kann z.B. das Löschen eines Feuers durch eine ehrenamtlich tätige Feuerwehr nur dann gelingen, wenn sich die ehrenamtlich Tätigen in die Weisungsstrukturen bei der Brandbekämpfung begeben und sich danach richten. „Löschen nach Laune“ würde die Brandbekämpfung einer ehrenamtlich tätigen Feuerwehr dem Zufall überlassen. Nichts anderes gilt im Ergebnis für den Beklagten.

1.4.2 Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch nicht entscheidend, ob mit ehrenamtlich Tätigen ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird.

Richtig ist, zur Berechnung des Schwellenwerts nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sämtliche für den Betriebsinhaber weisungsgebundenen tätigen und in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer mitzuzählen, soweit mit diesen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf ab-

gedeckt wird. Dabei kann es sich auch um im Betrieb eingesetzte Leiharbeitnehmer handeln, soweit ihr Einsatz der den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnenden Beschäftigungslage entspricht (BAG v. 24.01.2013, 2 AZR 140/12, zitiert nach Juris). Das Gesetz spricht von „Arbeitnehmern“, die „im Betrieb beschäftigt werden“. Das zwingt nicht dazu ausschließlich in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehende Arbeitnehmer zu berücksichtigen. 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 (ausführlich BAG v. 24.01.2013, 2 AZR 140/12, zitiert nach Juris).

Dieser Gesichtspunkt erlaubt es aber nicht, entgegen dem klaren Wortlaut der Regelung, auf die Arbeitnehmereigenschaft zu verzichten und ehrenamtlich tätige Personen, die diese Tätigkeit nicht in persönlicher Abhängigkeit erbringen und damit keine Arbeitnehmer sind, in die Berechnung des Schwellenwertes einzubeziehen. Das Bundesarbeitsgericht hat hier eine verfassungskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs vorgenommen und nicht auf eine Arbeitnehmereigenschaft verzichtet. Das Kündigungsschutzgesetz dient dazu, Arbeitnehmer vor unberechtigten Kündigungen zu schützen. Ein solcher Schutz ist für ehrenamtlich Tätige, die diese Tätigkeit nicht in persönlicher Abhängigkeit erbringen, verfassungsrechtlich nicht geboten.

1.4.3 Im zu entscheidenden Fall kommt es auch nicht darauf an, ob die ehrenamtlich Tätigen eine (pauschalierte) Aufwandsentschädigung erhalten oder nicht. Eine Aufwandsentschädigung ist einer ehrenamtlichen Tätigkeit nicht grundsätzlich fremd und macht diese noch nicht zu einem Arbeitsverhältnis. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in § 3 Nr. 26 EStG Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten als Übungsleiter, Ausbilder, Erzieher, Betreuer oder vergleichbaren nebenberuflichen Tätigkeiten, aus nebenberuflichen künstlerischen Tätigkeiten oder der nebenberuflichen Pflege alter, kran-

ker oder behinderter Menschen im Dienst oder im Auftrag einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die in einem Mitgliedsstaat der europäischen Union oder in einem Staat belegen ist, auf den das Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, oder einer unter § 5 Abs. 1 Nr. 9 des KStG fallenden Einrichtung zur Förderung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke bis zur Höhe von insgesamt EURO 2.400,-- im Jahr steuerlich dadurch begünstigt, dass er sie steuerfrei lässt. Der Gesetzgeber geht daher nicht von einem Leitbild der ehrenamtlichen Tätigkeit aus, wonach diese stets oder regelmäßig entschädigungslos erfolgen müsse.

Diese Grenze wird hier bei 100,-- bzw. 175,-- EURO pro Monat nicht überschritten. Anhaltspunkte dafür, dass mit einer solchen pauschalierten Zahlung nicht nur der typische Aufwand abgegolten werden soll, dass letztlich also entgegen der Bezeichnung als Aufwandsentschädigung Entgelt für geleistete Arbeit gezahlt wird, sind von der Klägerin nicht vorgetragen, noch ersichtlich. Die überschaubare Höhe der Aufwandsentschädigung, die unterhalb der gesetzlichen Regelung im EStG liegt, legt das Gegenteil nahe. Vor diesem Hintergrund spräche auch eine stundenweise Berechnung der Entschädigung nicht durchgreifend für einen Entgeltcharakter für geleistete Arbeit. Es ist nicht sachwidrig, der Bemessung einer pauschalierten Aufwandsentschädigung die Anzahl der geleisteten Stunden zugrunde zu legen. Auch die Höhe der gezahlten Entschädigung pro Stunde (umgerechnet hier 5 €) spricht angesichts der überschaubaren monatlichen Höhe nicht durchgreifend dafür, dass damit nicht nur ein Ausgleich für typische Aufwendungen erfolgen soll.

1.4.4 Auch eine Gesamtschau der von der Klägerin vorgetragene Aspekte ergibt nicht, dass hier – entgegen der Bezeichnung als Ehrenamt – Arbeitsverhältnisse vorliegen. Bereits das Arbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 20.05.2014 (dort S. 8) zutreffend darauf hingewiesen, dass sich aus den Einlassungen der Parteien keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die ehrenamtlich bei dem Beklagten tätigen Personen als Arbeitnehmer zu betrachten seien. Eingliederung in die Betriebsabläufe und Weisungsgebundenheit im Rahmen der Tätigkeit bei dauerhaftem Beschäftigungsbedarf verbunden mit einer Aufwandsentschädigung in der hier gegenständlichen Höhe rechtfertigen auch bei einer Gesamtschau nicht die Annahme, dass hier in Wirklichkeit Arbeitsverhältnisse vorliegen. Weitere Aspekte werden von der Klägerin nicht vorgetragen.

1.4.5 Unerheblich ist, ob nun von 100, 102 oder 114 namentlich benannten Personen auszugehen ist, da sämtliche ehrenamtlich Tätige nicht einbezogen werden können.

1.5 Das Kündigungsschutzgesetz ist auch nicht dann anwendbar, wenn man Personen hinzurechnet, deren Ausscheiden vor Ausspruch der Kündigung gegenüber der Klägerin zwischen den Parteien umstritten ist und zusätzlich noch Herrn S1 einbezieht.

1.5.1 Einzubeziehen sind nicht Frau A1, Frau K1, Herr H1 und Frau B1, da die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 05.11.2014 deren Ausscheiden vor Ausspruch der Kündigung ihr gegenüber - entgegen dem insoweit pauschalen und unsubstantiierten Bestreiten bis dahin - eingeräumt hat.

1.5.2 Geht man mit der Klägerin davon aus, dass weitere Personen nicht ausgeschieden sind, sondern immer noch bei der Beklagten beschäftigt sind, dass man also die dementsprechende Behauptung der Klägerin mangels näherer Kenntnis der Umstände, die den Arbeitseinsatz von weiteren Mitarbeitern bei der Beklagten anbelangt, genügen lässt, dann ergibt sich folgendes:

Folgende Personen wären zusätzlich zu berücksichtigen: N1 mit dem Gewichtungsfaktor 1,0, K2 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5, E1 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5, H2 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5, K3 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5, K4 mit dem Gewichtungsfaktor 0,5. Bei Berücksichtigung dieser Personen mit dem jeweils dargelegten Faktor würde sich eine Mitarbeiterzahl von 8,75 Personen ergeben. Addiert man hierzu noch Herrn S1 hinzu, dessen Einordnung als Honorarkraft zwischen den Parteien streitig ist, und der nach dem Vortrag der Klägerin mit dem Gewichtungsfaktor 0,5 zu bewerten wäre, dann ergibt sich dennoch nicht, die erforderliche Mitarbeiterzahl von mehr als zehn Arbeitnehmer. Im Ergebnis kommt es daher nicht darauf an, ob die genannten Personen tatsächlich bei Zugang der Kündigung bereits ausgeschieden waren oder nicht und ob Herr S1 als Honorarkraft einzuordnen ist, wie der Beklagte vorträgt, oder nicht.

1.6 Nachdem § 1 KSchG mangels überschreiten des Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht anwendbar ist, kommt es nicht darauf an, ob die Kündigung durch

dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt ist.

2. Wie das Arbeitsgericht zu recht feststellt, verstößt die gegenständliche Kündigung vom 31.01.2013 nicht gegen §§ 9 MuSchG, 134 BGB. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird deshalb auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Die Berufungsbegründung wiederholt im Wesentlichen die Argumente, mit denen sich das Arbeitsgericht bereits zutreffend auseinandergesetzt hat. Dabei legt die Klägerin auch in der Berufungsbegründung nicht nachvollziehbar dar, aus welchen Gründen sie tatsächlich gehindert gewesen sein sollte, nach Feststellen der Schwangerschaft am 12.03.2013 dies dem Beklagten unverzüglich mitzuteilen. Dazu genügt es nicht, auf etwaige Motive zu verweisen, die die Klägerin gehabt haben mag, wie z.B. Unkenntnis der Rechtslage oder fehlenden Optimismus im Hinblick auf das Durchgreifen eines solchen Vorbringens. Entscheidend ist, dass die Klägerin erst rund drei Monate nach ihrer Kenntnis dem Beklagten die zum Kündigungszeitpunkt wohl bestandene Schwangerschaft mitgeteilt hat. Nachvollziehbare und berücksichtigungswerte Gründe für dieses Zögern werden nicht dargelegt. Der besondere Kündigungsschutz nach dem MuSchG greift daher nicht.

3. Die Klägerin hat auch keine weiteren Umstände dargelegt, die die Unwirksamkeit der Kündigung z.B. nach § 242 BGB oder nach § 612a BGB iVm. § 134 BGB begründen könnten. Der Hinweis der Klägerin, dass nach wie vor die Tätigkeit beim Beklagten verrichtet werde, die sie verrichtet habe, dass die Tätigkeit sogar ausgeweitet worden sei, und dass zusätzliche Kräfte tätig würden, genügt dazu nicht. Das begründet für sich gesehen nicht die Annahme, dass Motive, die von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden können, maßgeblich für den Ausspruch der Kündigung waren.

Die Berufung der Klägerin ist deshalb insgesamt unbegründet und zurück zu weisen.

III.

Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels hat die Klägerin zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

IV.

Zur Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG besteht kein Anlass, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Das gilt auch im Hinblick auf die Ausführungen zum Einbeziehen der ehrenamtlich Tätigen, bei der Berechnung des Schwellenwertes nach dem KSchG. Das Bundesarbeitsgericht verlangt in ständiger Rechtsprechung eine Arbeitnehmereigenschaft, die hier nicht gegeben ist.

Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 72a ArbGG) wird hingewiesen.

Dr. Dick

Bussek

Köppl