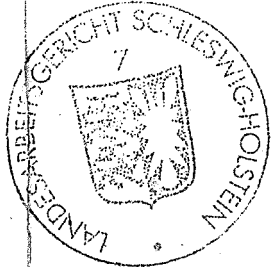


Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 139/20
3 Ca 717 c/19 ArbG Kiel
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



Mit. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Kiel	
29. OKT. 2020	
Erladigt	Fristen + Terminen Beantworteturteil..

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Proz.-Bev.:

gegen

- Klägerin/Berufungsbeklagte -

**Proz.-Bev.: Rechtsskretäre Dr. Botor und Klein DGB Rechtsschutz GmbH,
Büro Kiel, Legienstraße 22, 24103 Kiel**

Hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 3. Kammer -

für Recht erkannt:

1. Das Versäumnisurteil vom 05.08.2020 wird aufrechterhalten.
2. Hinsichtlich der Kosten erster Instanz bleibt es bei der erstinstanzlichen Kostenentscheidung. Die Kosten der Berufung einschließlich der durch die Säumnis entstandenen Kosten 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 in der Berufungsinstanz nur noch darüber, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund fristgemäßer Kündigung der Beklagten vom 27.08.2019 zum Ablauf des 31.03.2020 wirksam beendet worden ist und in diesem Zusammenhang über die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, vor allem mit Blick auf die Anzahl sog. Alt-Arbeitnehmer/innen.

Die Klägerin ist am 28.12.1959 geboren und seit dem 13.12.1993, also seit mehr als 26 Jahren, bei der Beklagten als Verkäuferin - zuletzt mit einem monatlichen Bruttoentgelt von EUR 1.234,70 bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 30,00 Stunden - beschäftigt.

Die Beklagte betreibt eine Videothek, im Folgenden „Filmverleih“ genannt, in der sie im Standort DVDs verkauft und verleiht. Von den ehemals mehreren Standorten besteht heute nur noch ein Standort, nämlich in der Deliusstraße 9. Mit den Schließungen der weiteren Standorte wechselte die Klägerin ebenfalls die Standorte. Mit der Schließung der weiteren Standorte ging die Zahl der Mitarbeiter zurück.

Neben dem Filmverleih existiert noch die Firma „Filmexpress Online“, in der online ein Versandhandel mit Filmen betrieben wird, im Folgenden „Filmexpress“ genannt. Zu dieser Firma gehört auch der Antiquitätenladen „Peters Hof“, der 2015 gegründet wurde.

Gesellschafter des „Filmverleih“ sind die Brüder U und J, und zwar U zu 90% und J zu 10%. Uwe Peter ist des weiteren alleiniger Inhaber des „Filmexpress“, der heute in einer Werkshalle in der Harnsstr. 2a ansässig ist. Zuvor bis ca. Mitte 2019 wurden insoweit von den beiden Firmen noch Räumlichkeiten in der Deliusstraße 3-5, Deliusstraße 7 und Deliusstraße 11 genutzt.

Mit Wirkung zum 31.05.2019 verkleinerte die Beklagte ihr Geschäft von 1.200 m² auf 200 m². Sie trennte sich zum 31.05.2019 von mehreren Mitarbeiterinnen.

Im Zuge dessen erklärte der Gesellschafter der Beklagten, Herr Uwe Peter, am 31.05.2019 gegenüber der Klägerin mündlich, das Arbeitsverhältnis fristlos beenden zu wollen. Die Unwirksamkeit dieser Kündigung wurde im vorliegenden Verfahren erstinstanzlich mit Urteil vom 18.02.2020 rechtswirksam festgestellt.

Unter dem 27.08.2019 sprach die erstinstanzlich nicht anwaltlich vertretene Beklagte eine fristgemäße Kündigung zum 31.12.2019 aus (Anl. K 1 im verbundenen Verfahren 3 Ca 1156c/19). Dort heißt es:

„Umwandlung der fristlosen Kündigung zum 31.05.2019 in eine fristgerechte Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Ihnen und der Firma Video Film GbR.

*Sehr geehrte Frau Z,
leider sehen wir uns gezwungen, das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen fristgerecht zum Ablauf des 31.12.2019 zu kündigen. It*

Es steht zwischenzeitlich außer Streit, dass die Kündigungsfrist erst am 31.03.2020 endet.

In Bezug auf die Arbeitsverhältnisse, die die Beklagte und auch der „Filmexpress“ eingegangen sind, existieren keinerlei schriftliche Arbeitsverträge und auch keine Aufhebungsverträge oder schriftliche Mitteilungen über etwaige vertragliche Veränderungen. Auch wurde in der Regel nicht schriftlich gekündigt.

Unstreitig beschäftigte die Beklagte am 31.05.2019 und auch am 27.08.2019 folgende Arbeitnehmer/innen mit **mindestens** folgendem Beschäftigungsumfang:

Altarbeitnehmer/innen

Nr.	Name	Eintritt	Betrieb	Wert	
1.		1993	Filmverleih	0,75	
2.		1996	Filmverleih	0,50	
3.		1989	Filmverleih	0,50	
4.		1999	Filmverleih	0,50	

5.		1998	Filmverleih	0,50	
	Zwischensumme			2,75	

Unstreitig haben noch folgende langjährig tätige Arbeitnehmer/innen mit **mindestens** folgendem Beschäftigungsumfang ein Beschäftigungsverhältnis, wobei streitig ist, ob mit „Filmverleih“ oder mit „Filmexpress“

Nr.	Name	Eintritt	Betrieb	Wert	
1.		1987	Filmverleih oder Filmexpress ?	1,0 oder 0,75, 0,5	
2.		1999	Filmexpress/Peters Hof	0,50	
3.		1986	Filmexpress/Peters Hof	0,50 oder 1,0	
4.		1986	Filmexpress/Peters Hof	0,50	
	Zwischensumme				

Unstreitig standen am 31.05.2019 noch folgende, nach dem 01.01.2004 eingetretene Arbeitnehmer/innen mit **mindestens** folgendem Beschäftigungsumfang in einem Beschäftigungsverhältnis zu einer der beiden Firmen, wobei streitig ist, ob sie vorliegend mitzuzählen sind:

Nr.	Name	Eintritt	Betrieb	Wert	unklar
1.			Filmverleih	0,5	Kündigung zum 31.05.2019?
2.			Filmverleih	0,5	Kündigung zum 31.05.2019?
3.			Filmverleih	0,5	Kündigung zum 31.05.2019?
4.			Filmverleih	0,5	Kündigung zum 31.05.2019?
5.			Filmverleih oder Filmexpress	0,5 oder 1,0?	
6.			Filmexpress	0,5	

7.			Filmexpress	0,5	
8.		1992/ oder unterbrochen?	Filmverleih	1,0 oder 0,5	
	Zwischensumme				

Die Klägerin hat stets behauptet, auch der Gesellschafter J stehe in einem langjährigen und ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Beklagten. Ebenso sei F seit 1987 bei der Beklagten „Filmverleih“ angestellt. Ebenso sei Herr Ju mit einem Arbeitskraftanteil von 0,5, als Arbeitnehmer des „Filmverleih“ zu berücksichtigen. Es seien mehr als fünf sog. „Alt-Arbeitnehmer“ i.S.v. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG beschäftigt. Insgesamt seien jedenfalls mehr als zehn Arbeitnehmer in Vollzeit beschäftigt. Dies ergebe sich auch aus der Äußerung des Gesellschafters gegenüber der Kieler Nachrichten (Anl. K 4). Zum 31.05.2019 seien keine Arbeitnehmerinnen ersatzlos ausgeschieden. Bei den Firmen „Filmexpress“ nebst „Peters Hof“ und „Filmverleih“ handele es sich um einen gemeinsamen Betrieb. Dass die Beklagten tatsächlich den Betrieb schließen wollten, sei nicht endgültig entschieden.

Die nicht anwaltlich vertretene Beklagte hat in erster Instanz behauptet, zur Zeit der Kündigung seien neben der Klägerin nur eine Ganztagskraft, eine Halbtagskraft und zwei geringfügig Beschäftigte angestellt gewesen. Es sei geplant, den Filmverleih in ca. 6 Wochen dauerhaft zu schließen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 18.02.2020 der Klage - soweit hier von Bedeutung - stattgegeben. Das ist im Wesentlichen mit der Begründung geschehen, der Vortrag der Klägerin zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes gelte als zugestanden, da die Beklagte auf das substantiierte Vorbringen der Klägerin nicht substantiiert reagiert habe. Auch fehle jeglicher substantiierte Vortrag zum Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung und zum dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfes. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Tatbestand, Anträge und Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

Gegen diese der Beklagten am 31.03.2020 zugestellte Entscheidung hat sie am 28.04.2020 Berufung eingelegt, die nach Fristverlängerung bis zum 02.07.2020 am 20.06.2020 begründet wurde.

Die nunmehr anwaltlich vertretene Beklagte ergänzt und vertieft im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie trägt konkret zu den seitens der Klägerin aufgelisteten Beschäftigten und zum Fehlen eines Gemeinschaftsbetriebes vor.

In der Berufungsverhandlung vom 05.08.2020 hat die Beklagte keinen Antrag gestellt, so dass auf Antrag der Klägerin ein die Berufung zurückweisendes Versäumnisurteil erging. Dieses Urteil wurde der Beklagten am 10.08.2020 zugestellt. Hiergegen hat sie am 16.08.2020 Einspruch eingelegt, der sofort begründet wurde.

Die Beklagte meint, das Kündigungsschutzgesetz sei nicht anwendbar. Sie behauptet, bei Ausspruch der Kündigung vom 27.08.2019 habe sie weder mehr als 5 Alt-Arbeitnehmer/innen noch insgesamt mehr als 10 Arbeitnehmer/innen beschäftigt. U.a. trägt sie vor, Herr J sei nur Gesellschafter, aber nicht angestellt. F und Frau C seien Arbeitnehmer von „Filmexpress“, außerdem treffe die von der Klägerin behauptete Arbeitszeit nicht zu. Frau B sei keine Alt-Arbeitnehmerin., da das Arbeitsverhältnis rund 15 Monate lang unterbrochen gewesen sei. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass sie zum 01.01.2020 die Arbeitszeit auf eine geringfügige Beschäftigung reduziert habe. Die Arbeitnehmerinnen H, K, L und Ka seien vor Ausspruch der Kündigung zum 31.05.2019 ersatzlos ausgeschieden. Weitere Personen seien nicht bei „Filmverleih“ beschäftigt gewesen. Ein Gemeinschaftsbetrieb mit „Filmexpress“ werde nicht geführt. Die Arbeitnehmer/innen von „Filmexpress“ seien daher nicht mit zu berücksichtigen.

Die Beklagte beantragt:

Das Versäumnisurteil vom 5. August 2020 zum Az. 3 Sa 139/20 wird aufgehoben und das Urteil des Arbeitsgerichtes Kiel vom 18. Februar 2020 zum Az. 3 Ca 717 c/19 wird insoweit abgeändert, als festgestellt worden ist, dass das

Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 27. August 2019 aufgelöst worden ist und die Klage wird insoweit abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

das Versäumnisurteil vom 05.08.2020 aufrechtzuerhalten.

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Sie behauptet ergänzend, auch der Rentner Herr B sei nahtlos regelmäßig weiterhin im „Filmverleih“ im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses tätig. Das Arbeitsverhältnis von Frau B sei nicht unterbrochen gewesen, so dass sie zu den Alt-Arbeitnehmerinnen zähle. Eine spätere Arbeitszeitreduzierung sei unbeachtlich. Es werde bestritten, dass die zum 31.05.2019 gekündigten Arbeitnehmerinnen ersatzlos ausgeschieden seien. U sei bei „Filmverleih“ angestellt, Frau C arbeite für beide Firmen und Frau Uh habe tatsächlich eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden. Unter Darlegung von Einzelheiten behauptet die Klägerin, „Filmexpress“ und „Filmverleih“ führten einen Gemeinschaftsbetrieb.

Hinichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle verwiesen.

Das Gericht hat Beweis erhoben über die Vertragsverhältnisse, den jeweiligen Vertragsarbeitgeber, den Umfang der jeweiligen Stundenzahl, etwaige Vertragsunterbrechungen und eine betriebsübergreifende Zusammenarbeit mit der Firma „Filmexpress“ durch Vernehmung der Zeugen (7 Zeugen) Bezüglich des Inhaltes des Beweisbeschlusses und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 07.10.2020 verwiesen.

Entscheidungsgründe

1. Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden (§§ 64, 66 Abs. 1 ArbGG).

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet, so dass auch das in zweiter Instanz erlassene zurückweisende Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten war. Auch unter Berücksichtigung des umfassenden neueren Vortrags der Beklagten in der Berufungsinstanz hat das Arbeitsgericht im Ergebnis zu Recht der Klage stattgegeben.

Die Kündigung der Beklagten vom 27.08.2019 hat das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht wirksam beendet. Das Kündigungsschutzgesetz ist auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin anwendbar. Die Beklagte führt mit der Firma „Filmexpress“ einen Gemeinschaftsbetrieb. Das steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest. Unter Berücksichtigung der langjährigen und ununterbrochenen Beschäftigungsverhältnisse handelt es sich bei der Beklagten vor diesem Hintergrund um einen sogenannten „Altbetrieb“, in dem am 31.12.2003 mehr als fünf regelmäßige Beschäftigte tätig waren. Die Arbeitsverhältnisse der maßgeblichen Altarbeitnehmer/innen sind in der Folgezeit nicht unterbrochen worden. Die Zahl der regelmäßig beschäftigten Altarbeitnehmer/innen betrug auch zum Zeitpunkt der Kündigung mehr als fünf. Vor diesem Hintergrund kommt es u.a. nicht darauf an, ob die zum 31.05.2019 ausgeschiedenen Neuarbeitnehmer/innen mitzuzählen sind. Ein Kündigungsgrund im Sinne des § 1 KSchG ist nicht vorgetragen, die Kündigung ist daher sozialwidrig. Das Arbeitsverhältnis besteht über den 31.03.2020 hinaus fort.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Kündigung vom 27.08.2019 eine eigenständige neue Willenserklärung darstellt, weil mit ihr nach dem Wortlaut des Kündigungsschreibens lediglich „die fristlose Kündigung zum 31.05.2019 in eine fristgerechte Kündigung zum 31.12.2019 umgewandelt“ werden sollte. Selbst wenn diese „neue“ Kündigung als neue Willenserklärung ausgelegt werden könnte, ist ein Kündigungsgrund im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG nach wie vor nicht dargetan.

2. Auf das seit mehr als 26 Jahren bestehende Arbeitsverhältnis findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Die Beklagte beschäftigte bei konkreter Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten ihrer unternehmerischen Zusammenarbeit mit der Firma „Filmexpress“ zum Kündigungszeitpunkt regelmäßig mehr als fünf sogenannte „Alt-Arbeitnehmer/innen“ im Sinne des § 23

Abs. 1 KSchG. Die Firmen „Filmverleih“ und „Filmexpress“ bilden einen Gemeinschaftsbetrieb.

3. Sowohl in Bezug auf die Feststellung der maßgeblichen Beschäftigtenzahl als auch in Bezug auf die Feststellung des Vorliegens eines Gemeinschaftsbetriebs ist vorliegend auf den Monat Mai 2019 und die Zeit davor abzustellen.

a) Zur Berechnung des maßgeblichen Schwellenwertes bedarf es eines Rückblicks auf die bisherige Beschäftigtenzahl. Dabei ist - auch zur Verhinderung von Missbräuchen und zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse - entscheidend, ob ein Personalabbau auf einer einheitlichen unternehmerischen Entscheidung beruht. Auf eine Zufallszahl kommt es nicht an (SAG vom 08.10.2009 - 2 AZR 654/08 - Rz. 15 m.w.N.).

b) Die unternehmerische Entscheidung zum Personalabbau ist ca. im Mai 2019 gefallen. Die Klägerin hat am gleichen Tag die formunwirksame fristlose mündliche Kündigung erhalten, wie - nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme - diverse ihrer Kolleginnen, nämlich am 31.05.2019. Jedenfalls in diesem Zeitfenster und davor führte die Beklagte auch mit „Filmexpress“ einen Gemeinschaftsbetrieb. Die Beklagte hat im Rahmen des laufenden Kündigungsschutzprozesses ihre formunwirksame Kündigung vom 31.05.2019 nur bestätigt und am 27.08.2019 in eine schriftliche fristgemäße Kündigung „umgewandelt“. Eine eigenständige neue unternehmerische Entscheidung zum Personalabbau liegt nach Überzeugung der Kammer der Kündigung nicht zugrunde.

4. Die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ergibt sich aus Folgendem:

a) Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG genießen Arbeitnehmer/innen in Betrieben, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer/innen beschäftigt werden, keinen allgemeinen Kündigungsschutz. Nach Satz 3 des § 23 Abs. 1 KSchG in der seit dem 01.04.2004 geltenden Fassung gilt das Kündigungsschutzgesetz in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer/innen beschäftigt werden, nicht für Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat. Diese sind bei der Feststellung der Zahl der Beschäftigten nicht zu berücksichtigen. Waren

damit in einem sogenannten „virtuellen Altbetrieb“ bis 31.12.2003 mehr als fünf Arbeitnehmer/innen beschäftigt, greift die Bestandsschutzregelung des § 23 Abs. 1, Satz 3 Halbsatz 2 KSchG. Ist die Anzahl der Alt-Arbeitnehmer/innen nach dem 31.12.2003 auf fünf oder darunter gesunken, erlischt der Alt-Kündigungsschutz auch für diese Gruppe. Kündigungsschutz entsteht bei Neueinstellungen erst dann wieder, wenn nunmehr der Schwellenwert von mehr als zehn Arbeitnehmer/innen überschritten wird (vgl. BAG v. 23.05.2013 - 2 AZR 54/12, - Juris). Unwesentliche Unterbrechungen sind unbeachtlich.

b) Führt ein Arbeitgeber mehrere Betriebe, die zwar bei Einzelbetrachtung den Schwellenwert gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 4 KSchG unterschreiten, in denen aber insgesamt eine solche Anzahl von Arbeitnehmer/innen beschäftigt ist, dass dieser Wert überschritten ist, kann dieses zur Anwendbarkeit des 1. Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes führen, wenn es sich um einen sogenannten „Gemeinschaftsbetrieb“ handelt. Liegt ein gemeinsamer Betrieb vor, sind die von den beteiligten Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer bei der Ermittlung der nach § 23 Abs. 1 KSchG maßgebenden Arbeitnehmerzahl zusammenzurechnen (BAG a.a.O, Rz 28 m.w.N.). Ergibt sich die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, hat das zur Folge, dass eine Kündigung dann auch sozial gerechtfertigt iSd. KSchG sein muss, also ein überprüfbarer Kündigungsgrund vorliegen muss.

c) Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts u.a. auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Die einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt nicht. Vielmehr müssen die Funktionen des Arbeitgebers institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden (BAG v. 11.02.2004 - 7 ABR 27/03, Rz -14, BAG v. 09. 02 2000 - 7 ABR 21/98 -, zu

Bl der Gründe; BAG v. 31.05.2000 - 7 ABR 78/98 - aaO, zu B III 1 der Gründe; BAG v. 21.02.2001 - 7 ABR 9/00). Nach § 1 Abs. 2 BetrVG in der seit dem 28. Juli 2001 geltenden Fassung des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung vom 23. Juli 2001 wird ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden (BAG v. 11.02.2004, 7 ABR 27/03, Rz. 15). Greifen die Vermutungstatbestände nicht ein, besteht dennoch ein gemeinsamer Betrieb, wenn sich mehrere Unternehmen - ausdrücklich oder konkludent - zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden haben. Dabei kann auf die Existenz einer Führungsvereinbarung aus den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles geschlossen werden (BAG a.a.O., Rz. 16; BAG v. 24. 01.1996 - 7 ABR 10/95 m.w.N.).

d) Vor diesem rechtlichen Hintergrund steht zur Überzeugung des Berufungsgerichts nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter Würdigung der konkreten betrieblichen Gegebenheiten fest, dass die Beklagte, also die Firma „Filmverleih“, mit der Firma „Filmexpress“ einen gemeinsamen Betrieb führt.

aa) Maßgeblich ist vorliegend der Zeitraum um den Zugang der Kündigung und die davorliegende gelebte Praxis. Für die Beurteilung der Wirksamkeit dieser Kündigung kann nicht darauf abgestellt werden, welche Änderungen ggf. später im Laufe der Auseinandersetzungen und des gerichtlichen Verfahrens herbeigeführt wurden.

bb) Bereits die Tatsache, dass der Geschäftsführer U ausweislich des Artikels der „Kieler Nachrichten“ vom 14.08.2019 (Anlage K 4) in dem Bericht über die Videothek „Film-P“ no h selbst kundgetan hat, „Film-P“ sei zum 01.07.2019 umgezogen und er beschäftigte „heute zwölf Angestellte, spricht gegen eine tatsächlich gelebte Trennung von „Filmverleih“ und „Filmexpress“.

cc) Auch der Fakt, dass Personenidentität des Geschäftsführers der Firma „Filmverleih“, Herrn U, mit dem Geschäftsführer der Firma „Filmexpress“ besteht, lässt vorliegend unter Berücksichtigung der Einzelfallkontellationen auf eine einheitliche Leitung beider Firmen in personellen und sozialen Angelegenheiten schließen.

U ist zu 90% Gesellschafter der Firma „Filmverleih“ und im Übrigen Alleininhaber der Firma „Filmexpress“ - inklusive des Antiquitätenhandels „P Hof“. Sein Bruder J ist nur (noch) mit 10% als Gesellschafter an der Beklagten

„Filmverleih“ beteiligt und nach dem durch die Beweisaufnahme bei der Kammer entstandenen Eindruck inhaltlich nicht maßgeblich in die Leitung der Beklagten involviert. Es war ihm noch nicht einmal möglich, sein eigenes bezogenes „Gehalt“, seinen rentenversicherungsrechtlich relevanten Beschäftigungsverlauf sowie sonstige Details der Ausübung einer etwaigen „Leitungsbefugnis“ seinerseits näher zu beschreiben. Die Kammer ist nach den Angaben aller Zeugen davon überzeugt, dass U in allen wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten der Beschäftigten beider Firmen der Hauptansprechpartner war.

dd) Zudem spricht die gemeinsame Buchführung der Arbeitnehmerin Frau Uh für beide Firmen für eine organisatorische Vereinheitlichung. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Frau Uh sozialversicherungsrechtlich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mal bei „Filmverleih“, mal bei „Filmexpress“, dann wieder ab 01.02.2019 bei „Filmverleih“ angemeldet war, aber stets für die Buchführung beider Firmen zuständig blieb und gleichbleibend Hauptansprechpartnerin für den Steuerberater war. Sie machte auch nur vage Angaben über eine etwaige „Aufgabenveränderung“ im Zusammenhang mit der Veränderung der firmenrechtlichen Zugehörigkeiten. Eine Aufgabenveränderung im Zusammenhang mit dem „Rüberwechseln“ am 01.12.2014 zu „Filmexpress“ hat sie in ihrer Aussage ausschließlich mit einem Aufgabenzuwachs infolge des Ausscheidens vieler Menschen verbunden. Für die organisatorische Vereinheitlichung spricht weiter, dass nach den Aussagen des Steuerberaters, des Zeugen Schmidt, anders als in zurückliegenden Zeiten sich jedenfalls in den letzten Jahren die Firma „Filmverleih“ der Firma „Filmexpress“ auch keine wechselseitigen Rechnungen mehr für personalübergreifende Tätigkeiten gestellt haben.

ee) Dass die beiden Firmen jedenfalls bis zur streitbefangenen Kündigung Räumlichkeiten in der Deliusstraße gemeinsam genutzt haben, steht ebenfalls zur Überzeugung der Kammer fest. Etwaige spätere Ortsveränderungen sind unbeachtlich. Selbst im Rahmen des zweitinstanzlichen anwaltlichen Vorbringens der Beklagten verblieb es bis zur Berufungsverhandlung am 07.10.2020 bei Unklarheiten, wann

welche Firma bis wann in welchen Räumlichkeiten der Deliusstraße in Kiel agierte bzw. agiert haben soll.

ff) Auch der kontinuierliche sozialversicherungsrechtliche Wechsel der Beschäftigten der beiden Firmen „Filmverleih“ und „Filmexpress“ ohne Papierform und ohne ausweisbare Tätigkeitsveränderungen belegt nach der Überzeugung der Kammer die gemeinsame Betriebsführung. Auffällig ist, dass selbst der eigene zweitinstanzliche Vortrag der Beklagten vielfach wechselte oder nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in der Papierform die steuerrechtliche Behandlung der Arbeitnehmer/innen anders war, als tatsächlich gelebt und tatsächlich vorgetragen. Keiner der sieben vernommenen Zeugen hatte eine konkrete Erklärung für die jeweilige unterschiedliche Anbindung an die beiden Firmen. Ganz besonders auffällig wird die Vermischung beider Firmen in puncto der Beschäftigten Frau B deren Beschäftigungsverhältnis entgegen dem eigenen Vorbringen der Beklagten keine Lücke aufweist, vielmehr nur eine vorübergehende „Ummeldung“ zur Firma „Filmexpress“, die selbst der Geschäftsführer der Beklagten seinem eigenen Prozessbevollmächtigten nicht kommuniziert hat oder kommunizieren konnte. Jedenfalls wird letzteres zu Gunsten des Herrn U und seines Prozessbevollmächtigten angenommen.

Die Vermischung beider Firmen zeigt sich auch in Bezug auf Herrn F. Es fehlt jegliche Erklärung für die Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses, das nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme trotz anderslautendem eigenen Vortrag der Beklagten zwei Jahre -jedenfalls auf dem Papier - unterbrochenen gewesen sein soll. Aus dem Vorgenannten und dem Ergebnis der gesamten Beweisaufnahme wird die Verwobenheit der Personalangelegenheiten beider Firmen deutlich.

gg) Für eine einheitliche Leitung spricht weiter, dass es im Zusammenhang mit den in den zurückliegenden Jahren vorgenommenen, in der Beweisaufnahme detailliert dargelegten sozialversicherungsrechtlichen Ummeldungen keinerlei Arbeitsverträge, keinerlei neue Arbeitsverträge, keinerlei schriftliche Änderungsvereinbarungen und keinerlei Kündigungsschreiben gibt. All das spricht dafür, dass nur auf dem sozialversicherungs- und steuerrechtlichem Papier Firmenzugehörigkeiten festgelegt waren. Bestätigt wird das nach der Überzeugung der Kammer noch durch die Nahtlosigkeit

der Veränderungen der jeweiligen „Betriebszugehörigkeitszeiten“ zur jeweils anderen Firma und durch die Tatsache, dass die Mitarbeiter/innen über etwaige Änderungen ihrer konkreten Arbeit infolge Vertragswechsels nichts Konkretes berichteten. Nicht zuletzt verdeutlicht auch der Inhalt des KN-Artikels vom 14.08.2019 die Nichtexistenz einer Trennung des Personals von „Filmverleih“ und Filmexpress“.

hh) Die Beweisaufnahme hat auch ergeben, dass der Betriebszweck der Firma „Filmverleih“ und der Firma „Filmexpress“ kontinuierlich vermischt wurde und in Bezug auf die Erreichung desselben keine Trennung erfolgte. Das Personal wurde firmenübergreifend eingesetzt und vorrangig vom Geschäftsführer U sowohl in Bezug auf den tatsächlichen Einsatz als auch in Bezug auf die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Anbindung bedarfsorientiert gesteuert. Filme wurden und werden da angekauft, wo sie über den Kunden ankommen. Die Anbieter kommen nach Aussage der Zeugin C „Filmverleih“. U entscheidet, ob sie zum „Filmverleih“ oder zum „Filmexpress“ sollen. Die Filme werden dann nach Aufbereitung nach Aussage der Zeugin an diese weitergeleitet. Bei Bedarf wurden Filme, die unter „Filmverleih“ geführt wurden, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme über „Filmexpress“ verkauft. Als Kaufpreis der Firma „Filmexpress“ erfolgte teilweise eine Gutschrift auf dem Kunden-Ausleih-Konto bei der Firma „Filmverleih“. Die Schleifmaschine(n) sind nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme (u.a. Zeuginnen B, C der Firma „Filmexpress“ zugeordnet worden, werden aber zumindest regelmäßig auch von Arbeitnehmerinnen der Beklagten „Filmverleih“ bedient. Sie stehen bei „Filmverleih“, die Aufbereitung erfolgt für beide Firmen. Es wird von bestimmten Arbeitnehmer/innen (u.a. B, P) für beide Firmen geschliffen, unabhängig vom Vertragsarbeitgeber. Rechnungsstellungen der Firmen untereinander erfolgen dafür nicht. Es wurde auch im Übrigen - mindestens bei akut(er)em Bedarf und mindestens auch zeitnah zur streitigen Kündigung - Personal ausgetauscht, wie u.a. die Zeugin C bestätigt hat. Wenn sie dann bei „Filmverleih“ eingesprungen ist, hat sie nach eigenen Angaben, wenn keine Kunden zu bedienen waren, vor Ort beim „Filmverleih“ auf dem Laptop für „Filmexpress“ online weiter recherchiert.

ii) U.a. aus all diesen Gründen ergibt sich nach der Überzeugung der Kammer eine einheitliche Betriebsführung auf Basis einer konkludenten Führungsvereinbarung.

Auf eine weitere Aufklärung einer etwaigen Verzahnung des Kassensystems, auf die Art und Weise der Festlegung der Verkaufspreise, die Vergabe von Barstrichcodes und Lagernummern sowie auf die Etikettenfarbe beider Firmen und wer diese wann vergibt und registriert, sowie darauf, bei wem die insoweit jeweils agierenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gerade sozialversicherungstechnisch geführt werden, kommt es vorliegend nach Überzeugung der Kammer nicht mehr an. Damit sind alle Arbeitnehmer/innen beider Firmen in Bezug auf die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes gemeinschaftlich zu betrachten.

5. Vor diesem Hintergrund ist die Anzahl der regelmäßigen Beschäftigten zu berechnen.

a.) Das Gesetz stellt auf die regelmäßige Beschäftigtenzahl 9b, d.h. auf die normale Beschäftigtenzahl. Die zufällige tatsächliche Beschäftigtenzahl ist unbeachtlich. War bisher der Schwellenwert überschritten, genießen die Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz, auch wenn der Arbeitgeber künftig und beginnend mit einer konkreten Kündigung die Beschäftigtenzahl absenken will (KR-Bader, Rz. 37f zu § 23 KSchG m.w.N.). Gleiches muss gelten, soweit der Arbeitgeber den Arbeitsumfang einzelner Beschäftigter infolge der beabsichtigten Betriebseinschränkung künftig ändern will. Auch das kann sich nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt einer Beendigungskündigung einer anderen Arbeitnehmerin auswirken.

b) Damit muss in Bezug auf die streitbefangene Kündigung vorliegend Folgendes unberücksichtigt bleiben:

aa) Es ist unbeachtlich, dass das Arbeitsverhältnis der Zeugin B vom 01.08.2015 bis zum 31.10.2016 sozialversicherungsrechtlich der Firma „Filmexpress“ zugeordnet war. Tatsächlich war das Arbeitsverhältnis nach Angaben der Zeugin nicht unterbrochen und ist aufgrund der o.g. Ausführungen zum Gemeinschaftsbetrieb einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis zuzuordnen. Es ist außerdem unbeachtlich, dass sich die Arbeitszeit der Arbeitnehmerin Barthel mit Wirkung ab 01.01.2020 auf 16 Stunden im Monat reduziert hat. Insoweit fehlt schon jegliches ein-

lassungsfähige Vorbringen der Beklagten, wann die Arbeitszeitreduzierung vereinbart worden sein soll. Dazu wäre aber Vortrag ihrerseits nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast erforderlich gewesen. Auf den gerichtlichen Hinweis vom 23.07.2020 wird Bezug genommen.

Bei Kündigung der Klägerin war die Zeugin seit 1992 ununterbrochen in Vollzeit tätig. Auffällig war, dass die Zeugin auf Befragen des Gerichts davon gesprochen hat, sie habe eine Kündigung zum 31.12.2019 erhalten, aber nicht sagen konnte, wann das war. Es fällt auch auf, dass die Zeugin auf Nachfrage des Gerichts ein Kündigungsschreiben der Beklagten erwähnte, deren Existenz die Beklagte selbst nicht behauptet hat. Den Nachfragen des Gerichts wich die Zeugin nach Überzeugung der Kammer augenscheinlich aus. Die Beklagte hingegen hatte selbst unspezifisch vorgetragen, die Klägerin habe ab dem 01.01.2020 ihre Arbeitszeit reduziert (Ss. v. 20.6.2020, S.8):

bb) Weiter kann der Vortrag der Beklagten, Frau Bi habe in 2019 real deutlich unter 20 Stunden gearbeitet, keine Berücksichtigung finden. Die Klägerin hat seit Beginn des vorliegenden Rechtsstreits vorgetragen, Frau Bi sei mit 1,0 AKA zu berücksichtigen, was bedeutet, sie arbeite mehr als 30 Stunden wöchentlich. Dem ist die Beklagte in Bezug auf den Umfang der Arbeitszeit zunächst nicht entgegengetreten. Sie hat vielmehr erstmals mit Schriftsatz vom 16.08.2020 ohne zeitliche Untergliederung zu einer jahresdurchschnittlichen Arbeitsleistung vorgetragen, die unter 1,0 liegen soll. Es fehlt jeglicher Vortrag, ab wann welche Arbeitszeit vertraglich vereinbart gewesen sein soll und wann eine solche getroffen worden sein soll. Insoweit hat die Beklagte ihrer der abgestuften Darlegungslast geschuldeten substantiierten Vortragslast nicht genügt. Ihr Vorbringen ist nicht einlassungsfähig.

6. Es ergibt sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, dass bereits die Berücksichtigung der in einem ununterbrochenen Beschäftigungsverhältnis stehenden Alt-Arbeitnehmerinnen der beiden Firmen „Filmverleih“ und „Filmexpress“ vorliegend zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes führt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Behauptung der Beklagten, das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin Barthel sei für die Zeit vom 01.08.2015 bis zum 01.11.2016 unterbrochen gewesen,

nicht zutrifft. Frau B war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für dieses Zeitfenster ohne Vertragsunterbrechung und ohne wesentliche Tätigkeitsveränderung nur der Firma „Filmexpres i“ zugeordnet.

111.

Altarbeitnehmer/innen

Nr.	Name	Eintritt	Betrieb	Wert	Anmerkung
1.		1993	Filmverleih.	0,75	
2.		1996	Filmverleih	0,50	seit 1.2.2019 reduziert auf unter 20 Stunden
3.		1989	Filmverleih	0,50	
4.		1999	Filmverleih	0,50	
5.		1998	Filmverleih	0,50	
6.		1992	Filmverleih	1,00	Zeit ab 1.1.2020 unbeachtlich
7.		1999	Film express/ Peters Hof	0,50	
8.		1986	Film express/ Peters Hof	1,0	
9.		1986	Film express/ Peters Hof	0,50	
	Summe			5,75	

7. Es kann daher dahingestellt bleiben, wie viele Neu-Arbeitnehmer/innen die Beklagte und die Firma „Filmexpress“ bei Zugang der Kündigung beschäftigte und wer insoweit welcher Firma zuzuordnen ist. Weiter kann dahingestellt bleiben, ob der Mit-gesellschafter F insoweit mitzuzählen ist, der nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme entgegen beiderseitigen Vorbringens angesichts seiner tatsächlich nachgewiesenen Aushilfstätigkeit mit 0,5 zu veranschlagen wäre. Es kommt auch nicht mehr darauf an, ob die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zum 31.05.2019 ersatzlos ausgeschiedenen Neu-Arbeitnehmerinnen H , Kö, Ka und L mitzuzählen sind. Ebenso wenig ist noch entscheidungserheblich, ob der von der Klägerin aufgeführte Herr K tatsächlich schon zum

31.10.2018 bei „Filmverleih“ ausgeschieden ist, wozu sich die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht geäußert hat. Letztendlich wirkt sich auch nicht aus, dass der Zeuge Bräkow und auch der Gesellschafter J nicht bzw. nicht mehr, wie von der Klägerin behauptet, bei der Beklagten oder der „Filmexpress“ angestellt waren.

8. Mit Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 KSchG ist die Kündigung unwirksam. Die Beklagte hat nach wie vor weder eine konkrete unternehmerische Entscheidung zum dauerhaften Wegfall des Arbeitsplatzes vorgebracht noch die behauptete dauerhafte Schließung hinreichend dargetan. Auch in zweiter Instanz gibt es dazu keinen Vortrag.

9. Aus den genannten Gründen ist die Berufung unbegründet. Das Versäumnisurteil vom 05.08.2020 war aufrechtzuerhalten. Der Klage ist im Ergebnis zu Recht stattgegeben worden. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 331, 344 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.