

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 2 Sa 401/09
3 Ca 745 a/09 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.01.2010



als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.01.2010 durch die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 19.08.2009 – 3 Ca 745/09 – teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 9.828,40 EUR brutto abzüglich 1.482,67 EUR netto nebst Jahreszinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB auf einen Betrag i. H. v.

- 1.528,40 EUR seit dem 01.07.2009,
- 3.005,35 EUR seit dem 01.08.2009,
- 4.644,19 EUR seit dem 01.09.2009,
- 6.666,86 EUR seit dem 01.10.2009,
- 8.188,74 EUR seit dem 01.11.2009 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte zu 46 % und der Kläger zu 54 %.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

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

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit einer fristgerechten Kündigung und Zahlungsansprüche.

Der Kläger ist am1966 geboren und seit dem 01.08.1983 bei der Beklagten zunächst als Auszubildender, dann als Verkäufer und zuletzt als stellvertretender Marktleiter beschäftigt. Die monatliche Bruttovergütung betrug zuletzt 2.075,00 Euro. Dem Arbeitsverhältnis lag zuletzt der schriftliche Arbeitsvertrag (Bl. 6 + 7 d. A.) zugrunde. Nachdem die Parteien vorab über einen möglichen Wechsel des Klägers zur Firma O. ergebnislos verhandelt hatten, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 30.04.2009 (Bl. 10 d. A.) das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristgerecht zum 30.11.2009. Diese Kündigung hat der Kläger am 20.05.2009 mit Klage angegriffen. Mit Schreiben vom 28.05.2009 (Bl. 57 d.A.) stellte die Beklagte den Kläger widerrufen von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Der Kläger erhielt Erholungsurlaub für die Zeit vom 20.07.2009 bis 08.08.2009. Die Beklagte wies den Kläger mit Schreiben vom 15.07.2009 (Bl. 70 d.A.) auf die Möglichkeit einer befristeten Beschäftigung bei der B. P. GmbH & Co. KG in N. hin und teilte mit, sie werde eine Anrechnung unterlassenen Verdienstes vornehmen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte, die für sich genommen ein Kleinbetrieb im Sinne von § 23 KSchG ist, sei als Gemeinschaftsbetrieb mit der P. B. Verwaltungsgesellschaft mbH, der Baustoffhandel P., der J. und E. H. P. Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH sowie der Firma O. B. P. GmbH & Co. KG anzusehen. Er hat vorgetragen, gemeinsamer Verwaltungssitz aller Firmen, auch der Beklagten, sei die N. Straße 85 in N.. Die Beklagte diene den gesamtwirtschaftlichen Zwecken der P. Gruppe. Sie sei in diese Gruppe vollständig integriert. Die gesamte Administration für die Verkaufsstelle in der U. Straße werde über die Zentralverwaltung der P. Gruppe abgewickelt. Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten sei Herr G., der zugleich Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der O. B. P. GmbH & Co. KG sei. Er nehme in dieser Funktion die Personalleitungsaufgaben für beide Betriebe persönlich wahr. Auch die Rechnungsstellung für die Beklagte erfolge zentral durch die Firma P. in der N. Straße. Die Buchhaltung

für die Beklagte und für den Baustoffhandel P. würden zentral und einheitlich in der N. Straße in N. von denselben Mitarbeitern erledigt, ebenso sei das „Lohnbüro“ zentralisiert, nämlich bei der J. und E. H. P. Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH in der O. Straße. Die Lieferantenabrechnungen für die Beklagte würden gemeinsam mit den Lieferantenabrechnungen für den P. Baustoffhandel von der P. B. Verwaltungsgesellschaft mbH in der N. Straße erledigt, ebenso die Kundenrechnungen und die Kassenabrechnung. Fuhrparkleiter für die Fahrzeuge der Beklagten und der Firmen P. sei Herr O., und auch die Botengänge für Bank und Post zweimal wöchentlich würden in Personalunion für die Beklagte und den P. Baustoffhandel von Herrn Sch. erledigt. Auslieferungsfahrten würden von der Firma O. B. P. GmbH & Co. KG für die Beklagte mit erledigt. Der Hausmeister dieser Firma werde auch bei Umbauten bei der Beklagten an der Inneneinrichtung eingesetzt, ebenso wie bei Personalengpässen von krankheitsbedingtem Mitarbeiterausfall Ersatzpersonal von der Firma O. B. P. GmbH & Co. KG bei der Beklagten zum Einsatz komme. Auch die EDV der Beklagten sei mit der EDV der Firma P. B. Verwaltungsgesellschaft mbH direkt vernetzt. Hieraus ergebe sich, dass die Beklagte mit den Firmen O. B. P. GmbH & Co. KG, dem P. Baustoffhandel und der P. B. Verwaltungsgesellschaft sowie der J. und E. H. P. Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH auf das Engste verwoben sei, und zwar nicht nur in verwaltungsmäßiger Hinsicht, sondern auch im operativen Bereich. Dementsprechend sei die Beklagte auch in der Presse aufgetreten, etwa in einem Buch aus Anlass des 100-jährigen Firmenjubiläums, in dem auch die Beklagte mit aufgezählt sei und sämtliche Mitarbeiter des Gemeinschaftsbetriebes am Ende alphabetisch aufgeführt würden, also auch der Kläger. Jedenfalls aber beruhe seine, des Klägers, Kündigung auf willkürlichen oder sachfremden Motiven. Er, der Kläger, werde hier durch einen neu hereingeholten Nachfolgemitarbeiter, Herrn K., ersetzt, ohne dass es hierfür zwingende Gründe gebe. Damit sei das Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme, das ein Arbeitgeber auch im Kleinbetrieb gegenüber seinen Mitarbeitern zu berücksichtigen habe, verletzt. Schließlich habe die Beklagte für den Monat Juni 2009 zu Unrecht lediglich über 944,27 Euro brutto abgerechnet; ihm, dem Kläger, stehe jedoch laufendes Entgelt in Höhe von insgesamt 2.022,67 Euro brutto sowie Urlaubsgeld in Höhe von 450,00 Euro brutto monatlich zu. Von daher müsse ihm die Beklagte auch noch die Differenz für den Monat Juni 2009 zahlen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30.04.2009 nicht zum 30.11.2009 beendet wird,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger über den 30.11.2009 hinaus zu unveränderten Bedingungen als stellvertretenden Marktleiter weiter zu beschäftigen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.528,40 Euro brutto nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 147 BGB seit dem 01.07.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, es sei zwar richtig, dass sie Teil einer Firmengruppe sei, die von Mitgliedern der Familie P. maßgeblich beherrscht werde. Dabei sei jedoch bereits festzustellen, dass der Bereich Baustoffhandel ausschließlich von dem Stamm Horst P. als Eigner gehalten werde und lediglich im Bereich Baumärkte die Stämme Horst P. und Jürgen P. gemeinsam Anteile an den dort anzusiedelnden Gesellschaften hielten. Allein die Zugehörigkeit zu einer Firmengruppe oder einem Konzern reiche jedoch nicht aus, um einen gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen zu begründen. Allein der Umstand, dass die verschiedenen Unternehmen der Gruppe im Bereich Baustoffhandel für Groß- und Endverbraucher tätig seien, führe jedoch noch nicht dazu, dass Unternehmen mit gleichgerichtetem oder ähnlichem Unternehmenszweck die Zusammenarbeit in einer Weise verdichtet hätten, dass man von einer gemeinsamen Zweckerfüllung im Rahmen eines gemeinsamen Betriebes ausgehen könne. Insbesondere gebe es keine gemeinsame Aufgabenerfüllung im operativen Bereich. Das eigentliche Kerngeschäft werde von der Beklagten unabhängig betrieben, lediglich bestimmte Servicedienstleistungen seien fremdvergeben worden. Dabei spiele es jedoch keine Rolle, ob man unabhängige Dritte mit solchen Leistungen beauftrage und diese mit diesen abrechne oder ob solche Aufgaben im Konzern außerhalb beauftragt würden. Das wesentliche operative Geschäft würde im Übrigen auch nicht von Herrn G. als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten

gesteuert; vielmehr oblägen die Führung des Betriebes im Alltagsgeschäft, insbesondere die Warendispositionen, der Einkauf, der Verkauf und die Personaldisposition dem Marktleiter vor Ort (Beweis: Zeugnis A. K.). Der Marktleiter treffe diese Entscheidung völlig unabhängig von der Warenwirtschaft anderer Unternehmen der P. Gruppe, unterhalte eigene Kundenbeziehungen zu Lieferanten und organisiere auch den Verkauf, die Werbung und ähnliches selbständig. Wichtige Personalentscheidungen würden zwar von Herrn G. als Geschäftsführer genehmigt; diese Entscheidungen würden jedoch unabhängig von der Personalentwicklung und -steuerung in anderen Unternehmen der Gruppe getätigt, so dass ein gemeinsamer, koordinierter Personaleinsatz in keiner Weise stattfinde. Dies werde auch vom Kläger nicht substantiiert dargestellt. Ausgegliedert seien lediglich Servicebereiche, deren eigene Vorhaltungen sich mit Blick auf den vergleichsweise kleinen Umfang des Betriebes nicht lohnen würden. So sei die Buchhaltung, die man auch an einen Steuerberaterbüro hätte vergeben können, der Hinrich P. Baustoff- und Holzhandel GmbH & Co. KG übertragen worden, ebenso die Ausfertigung der Rechnungen, die Lieferantenabrechnungen und die Kundenrechnungen sowie Kassenabrechnungen. Diese Leistungen würden der Beklagten dann von der beauftragten Gesellschaft in Rechnung gestellt, wie dies auch beauftragte Servicedienstleister außerhalb der P. Gruppe tun würden. Auch die Lohnabrechnung sei fremdvergeben worden, und zwar an die J. und E. H. P. Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH. Sie, die Beklagte, verfüge nicht über einen eigenen Fuhrpark, sondern die Anlieferung von Waren erfolge direkt über die Lieferanten. Dies werde nicht mit anderen Gesellschaften der P. Gruppe koordiniert. Lediglich im Ausnahmefall komme es dazu, dass Fahrzeuge aus dem Fuhrpark der P. Gruppe unter wirtschaftlicher Betrachtung für die Beklagte eingesetzt würden; auch diese Leistungen würden dann jeweils in Rechnung gestellt. Ebenso könne von gemeinsamer Ausführung von Auslieferungsfahrten nicht die Rede sein, denn Kundenauslieferungen seien bei der Beklagten als Abholmarkt die Ausnahme. Falls dies nötig sei, werde dies bei der Hinrich P. Baustoff- und Holzhandel GmbH & Co. KG in Auftrag gegeben, wie man auch alternativ einen Spediteur hätte beauftragen können. Von einem gemeinsamen Personaleinsatz könne man nicht schon deshalb sprechen, wenn ein- oder zweimal im Jahr der Hausmeister der O. B. P. GmbH & Co. KG kleinere Reparaturarbeiten ausführe. Aus den Ausführungen des Klägers ergebe sich nicht, dass und warum die Beklagte nur eine reine Verkaufsstelle und

damit reiner Bestandteil einer größeren Einheit (welcher?) sein sollte. Eine organisatorische Verbundenheit lasse sich auch nicht aus einer behaupteten Vernetzung der EDV herleiten; vielmehr halte sie, die Beklagte, ein eigenes, von den anderen Gruppen Gesellschaften unabhängiges Warenwirtschaftssystem vor. Lediglich die Wartungsarbeiten für dieses System seien an die Hinrich P. Baustoff- und Holzhandel GmbH & Co. KG fremdvergeben. Wenn man in der Firmengruppe ein Zusammengehörigkeitsgefühl pflege und dementsprechend auch im Jubiläumsbuch der Kläger neben allen anderen Mitarbeitern der Gruppe aufgeführt werde, ändere dies an den gesellschaftsrechtlichen und operativen Gegebenheiten, die einen Gemeinschaftsbetrieb gerade ausschließen, nichts. Eine willkürliche Kündigung, die im Kleinbetrieb allein angreifbar sei, sei hier nicht gegeben, denn es habe sich um eine Austausch Kündigung gehandelt, die dadurch begründet sei, dass die Umsatz- und Ergebniszahlen des Marktes unter Leitung des Klägers, die dieser im Jahre 2005 übernommen habe, über Jahre hinweg zurückgegangen seien oder zumindest stagniert hätten. Um diesen Negativtrend umzudrehen und den Markt langfristig wieder in eine akzeptable Umsatz- und Gewinnsituation zurückzuführen, habe sie, die Beklagte, dann Herrn K. eingestellt.

Der Zahlungsantrag des Klägers sei unbegründet, denn der Kläger habe während des bestehenden Annahmeverzuges die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit bei der B. P. GmbH & Co. KG, die ihm von dieser Gesellschaft aus der P. Gruppe angeboten worden sei, böswillig unterlassen. Die Beklagte verweist dazu auf den Schriftwechsel zwischen den Prozessbevollmächtigten (Ablichtungen Bl. 57 bis 75 d. A.).

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 19.08.2009, auf das hinsichtlich der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, die Klage abgewiesen. Gegen dieses am 10.09.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger am 12.10.2009 Berufung eingelegt und diese am 10.11.2009 begründet.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt er vor, das Arbeitsgericht habe die Voraussetzungen für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs falsch gesehen. Die Beklagte sei mit Unternehmen der P.-Gruppe aufs Engste verwoben, auch im operativen Bereich. Die administrative Verflechtung sei unstrittig und bereits ausreichend. Er, der Kläger, habe bestritten, dass die

Dienstleistungen für die Beklagte in Rechnung gestellt werden. Es könne auch nicht darauf abgestellt werden, ob Leistungen der P.-Gruppe für die Beklagte auch durch Dritte erbracht werden könnten. Dies habe keinerlei Aussagewert. Die Beklagte werde tatsächlich von der P.-Gruppe als eine unter mehreren Baumarktfilialen geführt. Eine Eigenständigkeit bestehe nicht. Die Arbeitgeberfunktion werde einheitlich ausgeübt. Das sei unstrittig. Insbesondere gebe es keine getrennten Leitungsstrukturen. Die Beklagte selbst sei nur mit minimalem Personalbestand ausgestattet, und zwar mit den Mitarbeitern, die vor Ort für die Bedienung der Kunden erforderlich seien. Mit dem Personalstamm von drei Vollzeitmitarbeitern und einer Teilzeitmitarbeiterin lasse sich ein Baumarkt nicht betreiben. Deshalb erfolge bei Bedarf ein Einsatz von Mitarbeitern der O. Baumarkt GmbH & Co. KG zur Verstärkung. Es treffe auch nicht zu. Dass kontinuierlich die Dienstleistungen der P.-Gruppe für die Beklagte in Rechnung gestellt werden. Dies möge vereinzelt geschehen sein, sei aber nicht der Regelfall. Für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs sei nicht ein gemeinsames Warenwirtschaftssystem erforderlich. Zudem habe die Beklagte von der Fa. O. B. P. GmbH & Co. KG Waren zum Weiterverkauf bezogen, und zwar zu einem Einkaufspreis, der der O. B. P. GmbH & Co. KG eine auskömmliche Marge beschert habe. Die Beklagte sei mit einem Einkaufspreis in solcher Höhe belastet worden, wie er gegenüber Fremdlieferanten niemals akzeptiert worden wäre.

Sollte dennoch nicht von einem Gemeinschaftsbetrieb auszugehen sein, sei zu berücksichtigen, dass die Kündigung auch entsprechend den höchstrichterlichen Grundsätzen zum Kündigungsschutz im Kleinbetrieb unwirksam sei. Insoweit habe er bereits erstinstanzlich umfassend vorgetragen. Er habe sich nichts zuschulden kommen lassen. Die Beklagte habe sich aus nicht nachvollziehbaren Gründen von ihm trennen wollte und habe eine Austauschündigung vorgenommen. Soweit sich die Beklagte darauf bezogen habe, dass ein - angeblicher - Umsatzrückgang vom Kläger zu verantworten sei und es deshalb gerechtfertigt gewesen sei, ihm zu kündigen, sei er dem bereits entgegen getreten.

Die Beklagte könne ihm auch nicht entgegenhalten, dass er die in der O. B. P. GmbH & Co. KG angebotene Stelle nicht angenommen habe. Wenn kein Gemeinschaftsbetrieb bestehe, sei er nicht verpflichtet, in dem noch laufenden Arbeitsverhältnis als stellvertretender Marktleiter mit der Beklagten zur Vermeidung freistellungsbedingter wirtschaftlicher Nachteile der Beklagten eine Position als Lagerarbeiter bei der O. B.

P. GmbH & Co. KG anzunehmen. Er habe seine Weigerung, den minderwertigen Job bei der O. B. P. GmbH & Co. KG anzunehmen, nicht damit begründet, dass Letztere nicht zum Gemeinschaftsbetrieb gehöre, sondern damit, dass er zum einen von der Beklagten nur widerruflich freigestellt wurde und in erster Linie damit, dass das Direktionsrecht der Beklagten es nicht decke, ihn, der als stellvertretender Baumarktleiter seit Jahren tätig war und über Jahre hinweg sogar die kommissarische Leitung des Baumarktes inne hatte, als einfachen Lagerarbeiter einzusetzen. Eine derartige Degradierung wäre nur unter den Umständen, unter denen eine Änderungskündigung gerechtfertigt sein könnte, hinzunehmen.

Über die bereits erstinstanzlich geforderten Zahlungsbeträge hinaus verlange er nunmehr auch Vergütung für die Monate Juli bis Oktober 2009.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster zum Aktenzeichen 3 Ca 745/09 vom 19. August 2009 abzuändern und

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30.04.2009 nicht zum 30.11.2009 beendet wird ,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger über den 30.11.2009 hinaus zu unveränderten Bedingungen als stellvertretenden Marktleiter weiterzubeschäftigen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger EUR 9.828,40 brutto abzüglich EUR 1.482,67 netto nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB auf einen Betrag in Höhe von
 - EUR 1.528,40 seit dem 01.07.2009,
 - auf EUR 3.005,35 seit dem 01.08.2009,
 - auf EUR 4.644,19 seit dem 01.09.2009,
 - auf EUR 6.666,86 seit dem 01 .10.2009
 - und auf EUR 8.188,74 seit dem 01.11.2009zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, ein gemeinsamer Betrieb könne nicht angenommen werden. Die verschiedenen Gesellschaften der P. Gruppe verfolgten nicht gemeinsame Zwecke. Kernaufgabe der Beklagten sei der Vertrieb von Waren rund um das Thema Bau und Garten. Diese nehme sie eigenständig wahr. Eine Abstimmung oder auch Personalsteuerung durch andere Gruppengesellschaften finde nicht statt. Daran ändere sich auch nichts durch die Auslagerung von Serviceaufgaben im Randbereich. Eine Verflechtung im operativen Bereich ergebe sich hierdurch nicht. Es würden lediglich Kostenvorteile genutzt.

Die gemeinsame Zweckverfolgung ergebe sich auch nicht darauf, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH Herr C. G. auch in anderen Konzerngesellschaften Geschäftsführerfunktion ausübe. Die Personenidentität begründe nicht eine gemeinsame Führung. Zu berücksichtigen sei auch, dass Herr C. G. nicht persönlich haftender Gesellschafter der O. B. P. GmbH & Co. KG sei. Er sei auch nicht Komplementär. Unzutreffend sei, dass die B. P. GmbH & Co KG an die Beklagte Waren zu einem Einkaufspreis weitergebe, der gegenüber Fremdfirmen nicht akzeptiert würde. Der Kläger könne sich auch nicht auf Treuwidrigkeit der Kündigung berufen. Ansprüche aus Annahmeverzug seien nicht gegeben. Der Kläger habe Gehaltsabzüge hinzunehmen, da er anderweitigen Verdienst böswillig nicht erzielt habe. Ihm seien entsprechende Angebote unterbreitet worden.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat nur teilweise Erfolg.

Der Kläger kann weder Feststellung verlangen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden ist noch Weiterbeschäftigung als stellvertretenden Marktleiter. Er hat jedoch Anspruch auf Zahlung der vollen Vergütung für die Dauer der Kündigungsfrist.

1. Auf das Arbeitsverhältnis findet das Kündigungsschutzgesetz nicht Anwendung, da der Markt, in dem der Kläger beschäftigt war, Kleinbetrieb i.S. des § 23 Abs. 1 KSchG ist und dieser Markt nicht mit anderen Märkten der Muttergesellschaft der Beklagten einen gemeinsamen Betrieb bildet.

Die Größe des Marktes, in dem der Kläger beschäftigt war, d.h. die geringe Anzahl der Arbeitnehmer in dem Baumarkt, ist zwischen den Parteien unstrittig. Strittig ist, ob die Beklagte mit der P. B. Verwaltungsgesellschaft mbH, der Baustoffhandel P., der J. und E. H. P. Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH sowie der Firma O. B. P. GmbH & Co. KG einen gemeinsamen Betrieb bildet mit der Folge, dass die Schwelle des § 23 KSchG überschritten würde.

Voraussetzung eines gemeinsamen Betriebes ist, dass sich zwei oder mehrere Unternehmen zur gemeinsamen Führung eines Betriebs - zumindest konkludent – rechtlich verbunden haben, so dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird. Hierzu gehört ein einheitlicher betriebsbezogener Leitungsapparat (st. Rspr., z.B. BAG Urteil vom 16.02.2006 - 8 AZR 211/05 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47). Es führen also verschiedene Arbeitgeber den Betrieb gemeinsam. Werden Betriebsmittel und Arbeitnehmer nicht zusammengefasst, liegt ein gemeinsamer Betrieb nicht vor (LAG Düsseldorf Urteil vom 03.11.2008 – 14 Sa 1034/08 – LAG BetrVG 2001 § 1 Nr. 2; BAG Beschluss vom 13.08. 2008 - 7 ABR 21/07 - DB 2009,184 = NZA-RR 2009,255). Die Erbringung bestimmter Dienstleistungen wie Personalverwaltung und Vergütungsabrechnung durch ein Unternehmen für die gesamte Firmengruppe reicht nicht aus, auch nicht zusammen mit der Personenidentität in der Unternehmensleitung (LAG Düsseldorf a.a.O.).

Der Kläger hat dies nicht ausreichend substantiiert dargelegt. Es reicht nicht aus, dass er behauptet, Arbeitnehmer anderer Märkte seien auch bei der Beklagten eingesetzt worden. Zumindest hätte eine Konkretisierung nach Datum oder Ereignis und Häufigkeit erfolgen müssen. Somit lässt sich nicht feststellen, dass eine gemeinsame Verwaltung des Personals erfolgt. Zudem kann dem Vorbringen des Klägers nicht

entnommen werden, mit welchen Märkten genau eine gemeinsame Personalführung stattfinden soll.

Die Kündigung ist auch nicht wegen Treuwidrigkeit, § 242 BGB, unwirksam. Die Voraussetzung, dass sie aus Gründen, die nicht von § 1 KSchG erfasst sind, Treu und Glauben verletzt, liegen nicht vor. Das KSchG hat die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht, abschließend geregelt. § 242 BGB ist daher nur eingeschränkt anwendbar (KR-Weigand, Rn. 56 b zu § 23 KSchG m.w.N.). Das durch langjährige Beschäftigung entstandene Vertrauen erfordert, dass der Grund für die Kündigung auch angesichts der Betriebszugehörigkeit einleuchten muss. Sowohl der Grund, die Marktleiterposition zur Verbesserung der Umsatzsituation neu zu besetzen noch der in der Berufungsverhandlung angeführte Grund, die Zusammenarbeit des Klägers mit dem neuen Marktleiter sei nicht reibungslos gewesen, sind Gesichtspunkte, die auch unter Berücksichtigung der langjährigen Beschäftigungszeit des Klägers die Kündigung rechtfertigen.

Auch Gesichtspunkte, die eine Sittenwidrigkeit, § 138 BGB, begründen, sind nicht ersichtlich. An derartige Gründe ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ist die Kündigung bereits nicht treuwidrig, kommt auch eine Sittenwidrigkeit nicht in Betracht.

Die Berufung ist daher hinsichtlich der Kündigung zurückzuweisen.

2. Der Kläger hat aber Anspruch auf Zahlung seiner Vergütung für die Dauer der Kündigungsfrist in uneingeschränkter Höhe. Der Anspruch folgt aus dem Arbeitsvertrag, § 611 BGB. Der Kläger muss sich nicht anrechnen lassen, was er durch eine Beschäftigung bei der B. P. GmbH & Co. KG hätte erzielen können, § 615 S. 2 BGB.

Die Beklagte hatte den Kläger nach Ausspruch der Kündigung für die Dauer der Kündigungsfrist widerruflich freigestellt. Diese Erklärung der Beklagten muss nach dem Wortlaut des Schreibens so verstanden werden, dass die Beklagte – widerruflich – die weitere Arbeitsleistung des Klägers ablehnte. Damit geriet sie in Annahme-

verzug. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, der Kläger habe böswillig anderweitigen Erwerb unterlassen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand im streitbefangenen Zeitraum noch fort. Es war mithin Aufgabe der Beklagten als Arbeitgeberin, dem Kläger eine Tätigkeit zuzuweisen. Ein Angebot der Arbeitsleistung gegenüber der Beklagten war nicht erforderlich.

Der Kläger war für die Dauer des – noch – unangefochten bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht verpflichtet, die ihm von der Beklagten für die B. P. GmbH & Co. KG angebotene Tätigkeit aufzunehmen. Nach dem Arbeitsvertrag (Bl. 6 d.A.) war der Kläger lediglich verpflichtet, auf Anordnung der Marktleitung auch andere Arbeiten zu übernehmen sowie sich in andere Abteilungen des Betriebs versetzen zu lassen. Die Parteien haben damit den Umfang des Direktionsrechts der Beklagten beschrieben, mehr nicht. Die Beschäftigung des Klägers im B. P. GmbH & Co. KG sollte aber zu geänderten Bedingungen mit Abschluss eines befristeten Vertrages erfolgen. Dies war nicht vom Direktionsrecht der Beklagten gedeckt. Die Beklagte verhält sich widersprüchlich, wenn sie einerseits gegenüber dem Kläger die Auffassung vertritt, der Kläger sei bei ihr in einem Kleinbetrieb, nicht in einem Gemeinschaftsbetrieb, beschäftigt, andererseits meint, der Kläger sei auch während des Arbeitsverhältnisses gehalten, eine Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber aufzunehmen. Die Beklagte war in der Lage, den Kläger zu beschäftigen. Eine Notlage bestand nicht. Der Versuch der Beklagten, auf diese Weise die Einhaltung der Kündigungsfrist zu umgehen, ist treuwidrig.

Der Kläger hat daher Anspruch auf Nachzahlung der Vergütung des der Höhe nach unstreitigen Differenzbetrages. Die angefochtene Entscheidung ist insoweit abzuändern und die Beklagte zu verurteilen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO.

Anlass für die Zulassung der Revision besteht nicht.