

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 2 Sa 415/02

1 Ca 829/02 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 17.12.2002

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 17.12.2002 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 28.08.2002 - 1 Ca 829/02 - wird zurückgewiesen.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird auf Antrag des Klägers zum 30.09.2002 aufgelöst.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes in Höhe von 57.780 EUR zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Rechtsmittelbelehrung

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

## TATBESTAND

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit einer Kündigung, und damit im Zusammenhang stehend über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. Kernpunkt des Streits ist dabei die Frage, ob auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet.

Der Kläger ist am ...1942 geboren und seit dem 01.01.1972 durchgängig bei der Beklagten beziehungsweise deren Rechtsvorgängern als Steuerfachgehilfe beschäftigt. Das Bruttomonatsgehalt betrug zuletzt 7.350 DM.

Bis zum 31.12.2000 war der Kläger bei einer Steuerberatersozietät in Rechtsform einer GbR tätig, die aus A. von H., N. Ki. und dem Geschäftsführer der Beklagten bestand. Der Geschäftsführer der Beklagten kündigte die Sozietät zum 31.12.2000 und gründete die Beklagte, die seit dem 01.01.2001 eine Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft betreibt. Die Beklagte vereinbarte mit der H. Ho. und G. D. GmbH in L., an der sie 75 % der Gesellschaftsanteile hält, eine kooperative Zusammenarbeit (Bl. 30 d. A.). Mit der Sozietät A. H. und N. Ki. GbR vereinbarte er eine kooperative Bürogemeinschaft. Der Kläger wurde darüber unterrichtet, dass die Beklagte ihn übernehmen werde. Er solle seine Mandate behalten.

Die Beklagte beschäftigte im Februar 2002 unstrittig regelmäßig folgende Personen:

- Kläger: mit voller Arbeitszeit
- R. S.: mit voller Arbeitszeit
- H. I. : mit voller Arbeitszeit
- M. Bu. : mit 25 Stunden je Woche.

Außerdem war in den Büroräumen Frau Bö., die Ehefrau des Geschäftsführers der Beklagten, tätig, wobei deren Einordnung strittig ist. Frau Bö. erledigt für die Beklagte Tätigkeiten als Steuerfachgehilfin. Ihr ist ein fester Mandantenstamm zugewiesen. Ihre Arbeitszeit wird durch das Zeiterfassungssystem der Beklagten festgehalten. Der Urlaub, den sie bei der Beklagten beantragt, wird bezahlt. Sie kümmert sich zum Teil um den Einkauf von Büromaterialien und die Wartung der EDV-Anlage. Ferner bearbeitete der Steuerberater D., der einer der Geschäftsführer der Fa. Ho. und D. GmbH ist, mindestens 30 Stunden in der Woche Mandate für die Beklagte. Dabei hält er

sich in dem Büroräumen der Beklagten auf, was vom Zeiterfassungssystem der Beklagten erfasst wird. Herr D. ist ein ehemaliger Kollege des Klägers.

Der Kläger selbst war zuletzt nicht ausschließlich für die Beklagte tätig, sondern bearbeitete zu 51,5 % seiner Arbeitszeit Mandate der Sozietät von H. und Ki.. Die Weisungsbefugnis gegenüber dem Kläger stand dabei je nach dem zu bearbeitenden Fall entweder den Gesellschaftern von H. und Ki. oder dem Geschäftsführer der Beklagten zu.

Mit Schreiben vom 22.02.2002 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger fristgerecht zum 30.09.2002. Hiergegen hat sich der Kläger mit seiner Klage gewandt.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie des Inhaltes der angefochtenen Entscheidung wird auf das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom verwiesen, gegen das die Beklagte rechtzeitig Berufung eingelegt und diese begründet hat.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, sowohl Frau Bö. als auch Herr D. seien als freie Mitarbeiter anzusehen. Frau Bö. sei Geschäftsführerin von fünf Gesellschaften und verwalte zudem Immobilien der Herren von H., Ki. und ihres Ehemannes. Unter anderem aufgrund dieser Belastung arbeite Frau Bö. weniger als 20 Stunden die Woche für die Beklagte. Diese Stundenanzahl könne dem Zeiterfassungssystem der Beklagten entnommen werden. Hierzu hat die Beklagte eine Aufstellung nachgereicht, wonach Frau Bö. im Jahr 2001 1.028 Stunden gearbeitet hat. Unabhängig davon, dass Frau Bö. ihre Tätigkeiten für die Beklagte zum Großteil in den Räumlichkeiten der Beklagten erbringe, sei sie im Hinblick auf den Ort und die Zeit der Arbeit frei. So arbeite sie teilweise abends und des öfteren auch von zu Hause aus.

Bei der Mitarbeit von Herrn D. sei zwischen dem Außen- und Innenverhältnis der zwischen der Beklagten und der Ho. & D. GmbH geschlossenen Kooperationsvereinbarung zu unterscheiden. So stehe dieser zwischen den Gesellschaften abgeschlossene Vertrag in keinerlei Zusammenhang mit der Entscheidung, die der Beklagten gegenüber zu erbringenden Leistungen durch Herrn D. ausführen zu lassen. Nach dem Kooperationsvertrag habe Herr D. keine Rechte oder Pflichten, die ihn als Arbeitnehmer der Beklagten qualifizierten. Insbesondere unterliege er ausschließlich

dem Weisungsrecht der Ho. & D. GmbH. Zudem sei er nicht in die Arbeitsabläufe der Beklagten eingebunden, sondern übe seine Tätigkeit nur in den Räumlichkeiten der Beklagten aus, weil sich dort die zu bearbeitenden Unterlagen befänden. Darüber hinaus könne er über Arbeitsort und Arbeitszeit frei entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichtes Lübeck, Az. 1 Ca 829/02, vom 22.08.2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung zurückzuweisen,
2. das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen gerichtlich festzulegenden Abfindung, die jedoch einen Betrag in Höhe von EUR 60.000 nicht unterschreiten sollte, zum 31.12.2002 aufzulösen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, sowohl Frau Bö. als auch Herr D. seien als Arbeitnehmer anzusehen. Für Frau Bö. ergebe sich dies insbesondere aus ihrer umfassenden Eingliederung in den Arbeitsablauf bei der Beklagten. Sie arbeite vollschichtig, über 32 Stunden die Woche bei der Beklagten, und habe eine regelmäßige Arbeitszeit von 9 – 16 Uhr. Wie jeder andere Arbeitnehmer der Beklagten unterliege sie der Überprüfung durch das Zeiterfassungssystem. Sie sei bei der Beklagten praktisch die Büroleiterin. So erteile sie den anderen Mitarbeitern im gewissen Rahmen Weisungen und sei zuständig für die Besorgung von Büromaterialien sowie für die Wartung der sich im Büro befindlichen elektrischen Geräte.

Die Arbeitnehmerstellung des Herrn D. ergebe sich aus der besonderen Konstellation, in welcher die Ho. & D. GmbH zur Beklagten stehe. So sei Herr D. nur aus standesrechtlichen Gründen als Geschäftsführer der Ho. & D. GmbH eingesetzt. Die tatsächliche machtausfüllende Position über die Gesellschaft halte die Beklagte inne, was sich insbesondere dadurch zeige, dass die Beklagte 75 % der Stammeinlage erbracht habe und Herr D. zum streiterheblichen Zeitpunkt nicht alleinvertretungsbe-rechtigt gewesen sei. Da die Arbeitsauslastung bei der Ho. & D. GmbH nur minimal gewesen sei, arbeite Herr D. an vier Tagen die Woche für die Beklagte. Dabei unterliege er völlig dem Weisungsrecht des Geschäftsführers der Beklagten. Auch sei er wie jeder andere Arbeitnehmer der Beklagten in den Büroablauf integriert. Seine Ar-

beitszeiten würden durch das Zeiterfassungssystem festgehalten und er spreche den Urlaub mit der Beklagten ab.

Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm, dem Kläger nicht mehr zuzumuten. Nach dem erstinstanzlichem Urteil sei er in starkem Umfang Mobbing von Seiten der Beklagten ausgesetzt gewesen sei. Man habe ihm nicht nur eine Wiederaufnahme seiner Tätigkeiten faktisch unmöglich gemacht, sondern zudem ein Zeugnis erteilt, welches seiner Verantwortung und Leistung bei der Beklagten und ihren Rechtsvorgängern nicht im Ansatz gerecht werde.

Die Beklagte beantragt,

den Auflösungsantrag zurückzuweisen.

Sie erwidert, eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei dem Kläger nicht unzumutbar. Sie habe nicht böswillig versucht, die Arbeitsausführung des Klägers zu behindern. Vielmehr sei lediglich ein Teil der Arbeiten im Rahmen einer Umstrukturierung anderen Mitarbeitern übertragen worden. Man sei davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis nicht mehr lange Bestand haben würde.

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

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Die zulässige Berufung hat nicht Erfolg.

### **1.**

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Da die Beklagte Gründe für den Ausspruch der Kündigung nicht vorgetragen hat, ist sie wegen fehlender sozialer Rechtfertigung unwirksam, § 1 Abs. 1 KSchG.

Die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ergibt sich, da die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung regelmäßig mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigte, § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf das Urteil des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

Ergänzend wird folgendes ausgeführt:

Unstreitig zwischen den Parteien ist, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung regelmäßig zumindest 3,75 Arbeitnehmer i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG beschäftigte. Das Arbeitsgericht ist zutreffenderweise davon ausgegangen, dass außerdem Frau Bö. und Herr D. Arbeitnehmer i. S. d. Kündigungsschutzgesetzes sind.

Weder Frau Bö. noch Herr D. sind freie Mitarbeiter. Nach ständiger Rechtsprechung unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis vom dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Die Ausprägung zeigt sich insbesondere durch den Umfang der Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation (statt vieler: BAG Urteil vom 13.1.1983 - 5 AZR 149/82 - BAGE 41,247 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 26). Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis bezeichnen oder ausgestalten. Widersprechen sich vertragliche Vereinbarung und tatsächliche Ausführung, ist die tatsächliche Ausführung maßgebend für die Beurteilung. Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen (BAG Urteil vom 6.5.1998 - 5 AZR 347/97 - BAGE 88,327 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 66). Ein Arbeitsverhältnis ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Unternehmer innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann (BAG Urteil vom 16.2.1994 - 5 AZR 402/93 - EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 52). Das ist u.a. dann der Fall, wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang ohne Abschluss dahingehender Vereinbarung zur Arbeit herangezogen wird, ihm also die Arbeiten "zugewiesen" werden (BAG Urteil vom 16.3.1994 - 5 AZR 447/92 - EzA § 6121 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 53).

Die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Voraussetzungen, von denen das Eingreifen des Kündigungsschutzes abhängt, liegt beim Arbeitnehmer. Das gilt auch für die Beweislast des § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG soweit die Frage betroffen ist, ob der Betrieb mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt (Preis u. a. in Großkommentar zum Kündigungsrecht, § 23 KSchG Rdnr. 47ff. m. w. N.). Die Beweislast des Arbeitnehmers wird jedoch nach den Gesichtspunkten der Sachnähe und des Sphärengedankens eingeschränkt. Danach genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, in-

dem er schlüssig den Sachverhalt vorträgt, der sich aus seiner Sicht im Hinblick auf Arbeitnehmeranzahl und Betriebszugehörigkeit ergibt (BAG Urteil vom 18.1.1990 - 2 AZR 355/89 - AP Nr. 9 zu § 23 KSchG = EzA § 23 KSchG Nr. 9). Der Arbeitgeber hat hierzu im Einzelnen substantiiert vorzutragen, welche Umstände gegen das Erreichen der Schwellenzahl sprechen.

Danach hat das Arbeitsgericht Frau Bö. zutreffend als Arbeitnehmerin angesehen. Wenn es auch für die Zuordnung im konkreten Fall nicht ausschlaggebend ist, ist es doch als Indiz zu werten, dass die von Frau Bö. ausgeführte Tätigkeit als Steuerfachgehilfin typischerweise aufgrund der vom Steuerberater ausgeübten Weisungsbefugnis als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Auch ist im vorliegenden Fall Frau Bö. ein fester Mandantenstamm zur Bearbeitung zugewiesen. Insbesondere wird aus dem unstreitigen Sachvortrag deutlich, dass Frau Bö. umfassend in die Betriebsorganisation der Beklagten eingebunden ist. Organisatorische Abhängigkeit von den Einrichtungen des Auftraggebers oder die Notwendigkeit der arbeitsorganisatorischen Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern spricht für eine Eingliederung in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers und damit für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (BAG Urteil vom 13.8.1980 - 4 AZR 592/78 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37). Die Eingliederung zeigt sich u. a. dadurch, dass Frau Bö. ihre Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Beklagten an einem von dieser vollständig ausgestatteten Arbeitsplatz vornimmt. Sie übernimmt zudem zumindest teilweise die Besorgung von Büromaterialien und die Überwachung der Wartung der EDV-Anlage. Insbesondere aber wird die tägliche Arbeitszeit, wie bei allen andern Arbeitnehmern auch, in der Zeiterfassung der Beklagten festgelegt. Danach unterscheidet sich die Einbindung Frau Bö.s in die Arbeitsorganisation in keiner Weise von der der übrigen Arbeitnehmer der Beklagten. Sie hat zudem eine regelmäßige Arbeitszeit und erhält bezahlten Urlaub. Wenn die Beklagte vorbringt, Frau Bö. sei grundsätzlich frei, über Arbeitsort und Arbeitszeit selbst zu entscheiden, so reicht eine solche reine Behauptung nicht aus, um den schlüssigen Vortrag des Klägers zu erschüttern. Da sich die Beklagte nicht auf eine diesbezügliche vertragliche Vereinbarung stützen kann, ist hier der Entscheidung die vom Kläger vorgetragene praktische Handhabung zugrunde zu legen.

Unerheblich ist auch der Vortrag der Beklagten, Frau Bö. sei neben ihrer Tätigkeit als Steuerfachgehilfin Geschäftsführerin von fünf Gesellschaften und verwalte sowohl

das Immobilienvermögen ihres Ehemannes sowie das der Herren von H. und Ki.. Selbst wenn der von der Beklagten hierzu angegebene Arbeitsaufwand von 15 Stunden die Woche zutreffen sollte, bedeutete dies nicht, dass Frau Bö. freie Mitarbeiterin der Beklagten ist. Aus dem Umstand, dass eine Arbeitsleistung als Teilzeitarbeit erbracht wird, kann nicht gefolgert werden, dass ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegt. Zudem wäre es im Fall einer Vollzeitbeschäftigung weder rechtlich noch tatsächlich ohne Weiteres möglich, einer anderen oder auch freien Beschäftigung mit einem wöchentlichen Arbeitsaufwand von 15 Stunden nachzugehen. Demnach ist Frau Bö.s Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen.

Frau Bö. ist mit einem Wert von 0,75 als Arbeitnehmerin bei der Beklagten zu berücksichtigen. Ausweislich des von der Beklagten nachträglich beigebrachten Stundennachweises hat Frau Bö. im Jahr 2001 eine Jahresarbeitsleistung von 1.028 Stunden erbracht. Nach Abzug des gesetzlichen Mindesturlaubes von vier Wochen sind bei der Berechnung der wöchentlichen Arbeitszeit 48 Jahreswochen zugrunde zu legen. Danach ergibt sich eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 21,42 Stunden, so dass der Schwellenwert von 20 Stunden überschritten ist.

Ebenso ist Herr D. als Arbeitnehmer der Beklagten anzusehen. Der Hinweis der Beklagten, im Hinblick auf die Einordnung der Tätigkeit sei allein auf die gesellschaftsrechtliche Grundlage des Kooperationsvertrages zwischen der Ho. & D. GmbH und der Beklagten abzustellen, Herr D. sei schon auf Grund seiner ausschließlichen Unterstellung unter das Weisungsrecht der Ho. & D. GmbH nicht als Arbeitnehmer der Beklagten anzusehen, greift nicht. Für die rechtliche Einordnung einer Vertragsbeziehung sind grundsätzlich nicht die darin getroffenen Bezeichnungen ausschlaggebend. Dem typischerweise wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber soll nicht ermöglicht werden, durch gezielte vertragliche Formulierungen den Arbeitnehmerschutz des Arbeitsrechts auszuhebeln. Aus diesem Grund ist im Zweifel auf die praktische Durchführung des Vertrages abzustellen, denn insbesondere die praktische Handhabung lässt Schlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind (BAG Urteil vom 12.9.1996 - 5 AZR 104/95 - AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 122 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 60). Diese Wertung muss dabei nicht nur für den Fall gelten, dass durch direkte vertragliche Vereinbarung eines „freien Arbeitsverhältnisses“ zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die sich aus dem Arbeitsrecht ergebenden Schutzrechte umgangen werden,

sondern auch für den Fall, dass ein gesellschaftsrechtliches Konstrukt zu einer Aushebelung des Arbeitnehmerschutzes führt.

Aus diesem Grund ist zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft des Herrn D. nicht der zwischen der Beklagten und der Ho. & D. GmbH geschlossene Kooperationsvertrag zugrunde zu legen, sondern auf die tatsächliche Durchführung der Tätigkeiten des Herrn D. bei der Beklagten abzustellen. Die Arbeitnehmereigenschaft ergibt sich danach, wie auch bei Frau Bö., aus Art und Umfang der Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beklagten. So wird ihm, wie jedem anderen Arbeitnehmer der Beklagten auch, ein vollständig ausgestatteter Arbeitsplatz in den Räumlichkeiten der Beklagten zur Verfügung gestellt. Beginn und Ende sowie Umfang seiner Arbeitszeit werden von der Zeiterfassung der Beklagten erfasst. Auch der Urlaub wird zwischen Herrn D. und der Beklagten abgesprochen. Zudem ist die Beklagte dem Vortrag des Klägers, Herr D. erhalte sowohl die Mandate als auch seinen Arbeitsplan von der Beklagten zugewiesen, nicht substantiiert entgegengetreten. Der pauschale Hinweis auf das zwischen den Gesellschaften bestehende Auftragsverhältnis reicht nicht aus, um den Vortrag des Klägers zu erschüttern. Danach ist auch Herr D. als Arbeitnehmer der Beklagten zu qualifizieren.

Auch bei ihm ergibt sich auf Grund der von der Beklagten eingeräumten 30 Arbeitsstunden wöchentlich eine Berücksichtigung mit 0,75. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass der Kläger ebenfalls als voller Arbeitnehmer der Beklagten zu berücksichtigen ist, obwohl er überwiegend mit Mandaten der GbR von H. und Ki. befasst war, wobei insoweit die Beklagte ein Weisungsrecht nicht wahrnahm. Die Ausführungen des Arbeitsgerichtes hierzu sind, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht widersprüchlich. Die Überlassung der Arbeitskraft des Klägers an das Unternehmen von H. und Ki. ist nicht mit der Art der Überlassung vergleichbar, die zur Ableistung der Dienste des Herrn D. führt. Zwischen dem Kläger und der Beklagten bestand ein Arbeitsvertrag, der es ihr gestattete, dem Kläger andere Tätigkeiten zuzuweisen. Welcher Art das Vertragsverhältnis zwischen Herrn D. und der Ho. & D. GmbH ist, hat die Beklagte hingegen nicht dargelegt. Es ist nicht ersichtlich, dass die gesellschaftsrechtliche Weisungsbefugnis der Ho. und D. GmbH Herrn D. gegenüber so weit geht, dass diesem einseitig die Übernahme von Tätigkeiten bei der Beklagten hätten übertragen werden können. Dabei ist es unerheblich, ob Herr D. als Geschäftsführer der Ho. & D. GmbH oder als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter dieser

GmbH tätig ist. Denn die Bewertung seiner Beschäftigung als Arbeitnehmer bei der Beklagten folgt unmittelbar aus seiner Tätigkeit im Betrieb der Beklagten.

Damit waren bei der Beklagten zum streiterheblichen Zeitpunkt 5,25 und somit mehr als fünf Arbeitnehmer i. S. d. § 23 KSchG beschäftigt. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebes i. S. d. KSchG aufgrund der Kooperationsvereinbarung zwischen der Beklagten und der Steuerberatersozietät von H. und Ki. kommt es demnach nicht mehr an.

## 2.

Auf Antrag des Klägers ist das Arbeitsverhältnis zum Ablauf des 30.9.2002 aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung zu verurteilen, § 9 Abs. 1 KSchG.

Dem Kläger ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten. Die Unzumutbarkeit ergibt sich aus dem Verhalten der Beklagten nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens sowie aus der unangemessen schlechten Bewertung des Klägers in dem ihm ausgestellten Zeugnis.

Unstreitig hatte der Kläger in den letzten Wochen der Kündigungsfrist keine Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb der Beklagten mehr. Er war gezwungen, nutzlos an seinem Arbeitsplatz zu sitzen, ohne irgendwelche Tätigkeiten vornehmen zu können. Er konnte nicht auf das Computersystem zugreifen; es wurde zumindest ein Teil der Akten aus seinem Büro entfernt; ihm wurden Mandate entzogen und den Mandanten auf Nachfrage vereinzelt erklärt, dass der Kläger nicht mehr bei der Beklagten beschäftigt sei.

Weiterhin ergibt sich die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aus dem erteilten Zeugnis. Dieses wird seinen Qualifikationen und Tätigkeiten bei der Beklagten in keiner Weise gerecht. Seine Leistungen und sein Einsatz werden, trotz der langjährigen und bis dahin nicht beanstandeten Zusammenarbeit, als weit unterdurchschnittlich bewertet. Zudem wird nicht darauf eingegangen, dass dem Kläger insbesondere die Betreuung von Großmandaten zugeteilt war. Auch die übrigen Tätigkeitsbereiche sind nicht ausreichend im Zeugnis berücksichtigt worden.

Das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger im Zusammenhang mit der Kündigung und der Führung des Kündigungsrechtsstreits lässt eine starke Missachtung der Persönlichkeit des Klägers als Arbeitnehmer und als Mensch erkennen, die

es für den Kläger nicht zumutbar macht, sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortzusetzen.

Da das Arbeitsverhältnis bei sozialer Rechtfertigung der Kündigung zum 30.9.2002 geendet hätte, ist für die Auflösung gemäß § 9 Abs. 2 KSchG dieser Zeitpunkt zugrunde zu legen.

Als Abfindung ist ein Betrag in Höhe von 57.780 EUR auszuwerfen. Hierbei handelt es sich um den sog. Regelsatz in Höhe eines halben Monatsgehaltes pro Beschäftigungsjahr. Dieser ist angemessen, obwohl der Kläger bereits die Möglichkeit hätte, Rente in Anspruch zu nehmen. Dabei müsste er aber mit erheblichen Minderungen seiner Rente rechnen, so dass er hierauf nicht verwiesen werden kann. Da nicht als sicher davon ausgegangen werden kann, dass es dem Kläger gelingen wird, bis zum Eintritt in die Altersrente einen anderen Arbeitsplatz zu finden, ist der Verlust des Arbeitsplatzes in entsprechender Höhe auszugleichen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, wobei zu berücksichtigen war, dass der Kläger nur geringfügig unterlegen ist.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da hier nicht über die Arbeitnehmereigenschaft hinsichtlich einer bestimmten Tätigkeit oder Berufsgruppe zu entscheiden war, sondern eine untypische, sehr einzelfallgeprägte Sachverhaltskonstellation bewertet werden musste.

gez. ...

gez. ...

gez. ...