

**2 Sa 143/03**

2 Ca 6364/02

(Nürnberg)



**LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG**

IM NAMEN DES VOLKES

# URTEIL

in dem Rechtsstreit

**A...**

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

1) **B...**

2) **C...**

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

**wegen Kündigung**

Die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **W e r n e r** und die ehrenamtlichen Richter Jülicher und Hendl aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2003

**für Recht erkannt:**

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 15.01.2003, Az.: 2 Ca 6364/02, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand:**

Der Kläger wendet sich gegen eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung vom 27.06.2002 zum 31.10.2002 und begehrt hilfsweise eine Abfindungszahlung für den Verlust des Arbeitsplatzes.

Der Kläger war seit 21.10.1991 bei der Firma B... GmbH als Lagerarbeiter beschäftigt. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 25.06.2002 wegen Betriebsstilllegung ordentlich zum 31.10.2002.

Erstinstanzlich hat der Kläger die Klage ausschließlich gegen die Firma B... GmbH gerichtet und folgende Anträge zur Entscheidung gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.06.2002 nicht aufgelöst wird.

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag zu Ziff. 1 der Klage:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch EUR 12.550,45.

Das Arbeitsgericht hat mit dem am 15.01.2003 verkündeten Endurteil die Klage abgewiesen und ausgeführt, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt, da der Arbeitsplatz durch die unternehmerische Entscheidung zur Betriebsstilllegung entfallen sei. Die Kündigung sei auch nicht gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam, da der Kläger die tatsächlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nicht hinreichend substantiiert unter Beweistritt dargestellt habe. Auch ein Anspruch auf Zahlung

einer Abfindung bzw. eines Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 3 BetrVG bestehe nicht. Nach dem unstreitigen Parteivortrag habe es im Betrieb der Beklagten in Nürnberg jedenfalls ab 01.06.2002 keinen Betriebsrat mehr gegeben. Im Übrigen wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

In der Berufung verfolgt der Kläger die Kündigungsschutzklage und hilfsweise den Anspruch auf Zahlung einer Abfindung weiter. Außerdem richtet er in der zweiten Instanz die Klage auch gegen die Firma C..., die Alleingesellschafterin der Beklagten zu 1) ist.

Der Kläger bringt in der Berufung vor, die Beklagte zu 2), die Firma C... sei in das Verfahren mit einbezogen worden, da der Geschäftsbetrieb in Nürnberg zumindest vorübergehend eingestellt worden sei und eine Zustellung an die Nürnberger Adresse zeitweise nicht möglich gewesen sei. Das Arbeitsgericht hätte hinsichtlich des geltend gemachten Nachteilsausgleichsanspruchs Beweis erheben müssen. Der Kläger habe explizit bestritten, dass eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten zu 1) vorgelegen habe. Der Kläger habe nicht zugestanden, dass die Beklagte zu 2) eine diesbezügliche wirksame Unternehmerentscheidung habe treffen können. Hinsichtlich der Kündigung sei unter Beweisantritt vorgebracht worden, dass die Kündigung aufgrund eines bevorstehenden Betriebsübergangs auf die Firma D... ausgesprochen worden sei, weshalb das Arbeitsgericht unzutreffend angenommen habe, die tatsächlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs seien nicht hinreichend substantiiert unter Beweisantritt dargelegt worden. Im Übrigen wird auf die Berufungsgründung vom 03.06.2003 Bezug genommen.

#### **Der Kläger stellt in der Berufung folgende Anträge:**

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 15.01.2003, Az. 2 Ca 6364/02, dem Kläger zugestellt am 03.02.2003, wird aufgehoben.
2. In Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 15.01.2003 wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten zu 1 vom 27.06.2002 nicht aufgelöst worden ist.
3. Hilfsweise werden die Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch EUR 12.550,45.

#### **Die Beklagten beantragen**

die Zurückweisung der Berufung.

Sie tragen vor, die Einbeziehung der Beklagten zu 2) in das Berufungsverfahren sei unzulässig. Zwischen dem Kläger und der Berufungsbeklagten zu 2) habe zu keiner

Zeit ein Prozessrechtsverhältnis bestanden. Der Kläger hätte die Möglichkeit gehabt, im Wege der Klageerweiterung erstinstanzlich die Beklagte in das Verfahren einzu beziehen. Im Berufungsverfahren sei dies unzulässig.

Ungeachtet dessen könne der Kläger auch in materiell-rechtlicher Hinsicht mit seiner Berufung weder gegen die Beklagte zu 1) noch gegen die Beklagte zu 2) durchdringen. Der pauschalen und unzutreffenden Behauptung des Klägers, bereits Ende Mai 2002 habe die Beklagte zu 1) Übernahmeverhandlungen mit der Firma D... geführt, sei im Schriftsatz vom 02.01.2003 auf Seiten 6 und 7 detailliert und unter Beweisanspruch entgegengetreten worden. Nach wie vor liege der Betrieb der Berufungsbeklagten zu 1) seit Juli 2002 still. Er sei nicht an die Firma D... vermietet worden und werde auch nicht an diese vermietet. Das Betriebsgebäude werde auch weiterhin über Monate hinweg unvermietbar sein. Dies deshalb, weil infolge Leerstehens durch Betriebsstilllegung während der letzten Frostperiode im Winter die Heizungsleitungen geplatzt seien und sich zunächst unbemerkt Tausende von Litern Wasser im Obergeschoss, Erdgeschoss und den Kellerräumen angesammelt hätten. Zwischenzeitlich sei die "E...", ein Fischvermarkter, an die Alleingesellschafterin herangetreten, um das Betriebsgebäude käuflich zu erwerben, abzureißen und ein neues Gebäude zu errichten. Falls es zu einem Verkauf komme, könne von einem Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB insoweit keine Rede sein, die Fischbranche sei nicht die Obst- und Gemüsebranche.

Das Arbeitsgericht habe zu Recht den Hilfsantrag auf Nachteilsausgleich abgewiesen, da zum Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses vom 24.06.2002 bei der Beklagten zu 1) unstrittig kein Betriebsrat bestanden habe.

Im Übrigen wird wegen der weiteren Ausführungen der Beklagten zu 1) und 2) auf die Berufungserwiderung vom 03.06.2003 verwiesen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung bleibt ohne Erfolg.

1. Hinsichtlich der Berufung gegen die Beklagte zu 1) bestehen keine Zulässigkeitsbedenken. Die Einbeziehung der Firma C... als Berufungsbeklagte zu 2) ist unzulässig. Ob eine Parteierweiterung im Berufungsrechtszug erfolgen kann, ist umstritten (vgl. Putzo in Thomas-Putzo ZPO 25. Aufl. Vorbem. vor § 50 Rz. 26 m.w.N.; Foerste in Musielak ZPO 3. Aufl. § 263 Rz. 24 m.w.N.). Putzo (a.a.O.) führt an, dass wegen der funktionellen Zuständigkeit der Rechtsmittelgerichte ein neues Prozessrechtsverhältnis in der höheren Instanz nicht begründet werden darf. Soweit er für eine andere Auffassung den BGH zitiert, ist daraus nicht zu entnehmen, dass der BGH die Parteierweiterung in der zweiten Instanz ohne weitere Voraussetzungen als zulässig erachtet, vielmehr führt der BGH in der auch bei Putzo zitierten Entscheidung vom 18.03.1997 - Az.: XI ZR 34/96 = NJW 1997, 2885 aus: "Die Ausdehnung des Rechtsstreits auf einen weiteren Beklagten erst in der Berufungsinstanz hat Ausnahmecharakter und ist deshalb nur dann zulässig, wenn der neue Beklagte zustimmt oder die Verweigerung der Zu-

stimmung rechtsmissbräuchlich ist." Diese vom BGH aufgeführten Voraussetzungen liegen nicht vor, da die neue Beklagte zu 2) der Klageerweiterung auf sie nicht zugestimmt hat und ihre Verweigerung auch nicht rechtsmissbräuchlich ist. Im Übrigen verweist Greger in Zöller ZPO 24. Aufl. § 263 Rz. 19 darauf hin, dass nach der ZPO-Reform eine Parteiänderung nach dem Rechtsgedanken von § 533 Nr. 2 ZPO n.F. kaum noch möglich sei, da zur Aktiv- bzw. Passivlegitimation in der Regel neue Tatsachenfeststellungen erforderlich sein dürften.

2. Die Berufung ist, soweit sie zulässig ist, unbegründet.

- a. Soweit der Kläger auch in zweiter Instanz bestreitet, dass eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten zu 1) vorgelegen habe und weiter vorträgt, die Beklagte zu 2) habe eine wirksame Unternehmerentscheidung nicht treffen können, so kann dem klägerischen Vorbringen nicht gefolgt werden. Unstreitig ist jedenfalls, dass die nunmehrige Zweitbeklagte Alleingesellschafterin der Beklagten zu 1) ist. Diese war deshalb zuständig für den Stilllegungsbeschluss des Betriebes in Nürnberg. Eine Kopie des Stilllegungsbeschlusses hat die Beklagte bereits erstinstanzlich vorgelegt. Die tatsächliche Umsetzung des Stilllegungsbeschlusses ist nicht in Zweifel zu ziehen. Der Darstellung der Beklagten, dass die Räumlichkeiten in Nürnberg nicht an die Konkurrenzfirma D... vermietet werden, ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich ausgeführt, dass lediglich ein Interesse der Firma D... bestanden hatte, die Räumlichkeiten zu pachten und ein erneuter Kontakt der Firma D... mit der Beklagten zu 2) in der 46. Kalenderwoche 2002 damit endete, dass die von der Firma D... gewünschte Anmietung endgültig abgelehnt worden sei. Weiter hat der Kläger auch im Termin vom 18.11.2003 sich nicht dazu eingelassen, dass der Betrieb seit Juli 2002 stillliege und wegen der Schäden aus der Frostperiode des Winters 2002/2003 auf Monate hinaus eine Vermietungsmöglichkeit nicht bestehe.
- b. Auch einen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Kläger nicht substantiiert dargestellt. Ein Betriebsübergang im Sinn von § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit als einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung voraus. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Wesentliches Kriterium des Betriebsübergangs ist, dass die Geschäftstätigkeit der betreffenden Einheit im Wesentlichen unverändert tatsächlich fortgeführt wird (vgl. z.B. BAG vom 20.06.2002 - EzA BGB § 613 a Nr. 211 zu II 3 b der Gründe). Der Kläger hat sich nicht einmal in der mündlichen Verhandlung vom 18.11.2003 zum Vorbringen der Beklagten eingelassen, der Betrieb liege immer noch seit Juli 2002 und somit mehr als 15 Monate still. Es fehlt jeglicher Ansatzpunkt für die Annahme eines Betriebsübergangs.

- c. Auch ein Anspruch auf Abfindung gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG ist nicht gegeben. Zum Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses am 24.06.2002 bestand unstreitig kein Betriebsrat. Voraussetzung für die Beteiligungsrechte nach den § 111 f. BetrVG ist jedoch das Bestehen eines Betriebsrats zum Zeitpunkt der geplanten Betriebsänderung (vgl. BAG Beschluss vom 28.10.1992 - Az. 10 ABR 75/91 = AP Nr. 63 zu § 112 BetrVG 1972). Im Übrigen wäre im Falle eines Betriebsübergangs das Arbeitsverhältnis des Klägers gar nicht beendet worden, sodass schon insoweit nicht ersichtlich ist, worauf er den Anspruch auf Nachteilsausgleich wegen Verlust des Arbeitsplatzes stützen könnte, wenn ein Betriebsübergang vorliegen würde.

Da das Arbeitsgericht zu Recht die Klage abgewiesen hat, war die Berufung des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Gegen diese Entscheidung ist die Revision nicht zugelassen (§ 72 ArbGG). Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird hingewiesen (§ 72 a ArbGG).

**Werner**, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

**Jülicher**, Ehrenamtlicher Richter

**Hendl**, Ehrenamtlicher Richter