

1 Ca 784/20

Arbeitsgericht Augsburg

Im Namen des Volkes

ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit

Prozessbevollmächtigte/r:

DGB Rechtsschutz GmbH Büro Ulm
Weinhof 23, 89073 Ulm

- Kläger -

gegen

Firma

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

hat die 1. Kammer des Arbeitsgerichts Augsburg - Kammer Neu-Ulm - auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2021 durch den Direktor des Arbeitsgerichts ... und die ehrenamtlichen Richter ...und ...

für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen
2. Die Klagepartei trägt die Kosten des Rechtsstreits
3. Der Streitwert wird auf EUR 10.800,-- festgesetzt

Tatbestand:

Die Parteien streiten über eine ordentliche betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung.

Der Kläger (geboren am 30.12.1985) ist seit dem 1.10.2009 als Entwicklungsingenieur beschäftigt und erhielt zuletzt eine monatliche Bruttovergütung von EUR 1.604,-

Die Beklagte betreibt in ... eine Produktionsstätte für die klassische Fertigung von Lautsprechern für die Anwendung in Heim-HiFi-Boxen, Automobilen und in Produkten für die Beschallungstechnik. Der Schwerpunkt liegt dabei inzwischen in der Fertigung von Lautsprechern für die Automobilindustrie. Zu den Kunden zählen u.A. insbesondere BMW, VW, Opel, Bugatti und Rolls-Royce.

Im Juli 2020 beschäftigte die Beklagte in ... 48 Arbeitnehmer/-innen im Sinne des § 23 KSchG.

Die Beklagte, die früher als Fa. ...Gesellschaft mbH firmierte, wurde im November 2018 in den ...-Konzern übernommen. Muttergesellschaft der Beklagten ist die ...GmbH und Co. KGaA mit Sitz in Die Geschäftsführer sowohl der Beklagten als auch der Muttergesellschaft sind identisch.

Der Standort ... wird vor Ort von Herrn K. geleitet. Im Übrigen ergibt sich die maßgebliche Organisation der Beklagten und des Konzerns aus einem von der Klagepartei

eingereichten Organigramm (Bl. 111 der Akte = Anlage K 9) und der Darstellung im Schriftsatz vom 2.3.2021 (Bl. 105 d.A.).

In einer Pressemitteilung vom 22.8.2019 (Anlage B 1) heißt es auszugsweise (Bl. 25 d.A.):

„Der Entwicklungsstandort N... wird aufgegeben und zukünftig in ... integriert, ebenso Fertigungslinien aus“

Der Mietvertrag des Betriebsgeländes in ... war befristet bis zum 30.6.2021.

Die Beklagte trug sich mit dem Gedanken, den Betrieb zu schließen und lies sich deswegen von ihren nunmehrigen Prozessbevollmächtigten beraten.

Am 2.7.2020 fasste die Geschäftsführung der ...GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der ... GmbH & Co KGaA, den Beschluss, den Betrieb in ... zum 30.6.2021 endgültig stillzulegen und die ... Aktivitäten komplett an andere Stand-orte des ...-Konzerns zu vergeben. Dies ist in einem Beschluss dokumentiert (Anlage B 3 (Bl.30/31 d.A.), in dem es eingangs heißt:

„Die Geschäftsführung der ...GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der ...GmbH & Co KGaA, (die Gesellschaft)

- F.

- Sch.

hat am 02.Juli.2020 unter Verzicht auf die Einhaltung sämtlicher Form- und Fristvorschriften für die Einberufung und Abhaltung einer Beschlussfassung der Geschäftsführung der Gesellschaft folgenden Beschluss gefasst:“

Am 7.9.2020 wurde bei der Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsstelle ... Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG gestellt (Anlage B 5 = Bl. 77 ff.).

Darin ist zu „Angaben zu Unternehmen und Betrieb“ in Ziffer 11 angegeben „...GmbH & Co KH aA“ mit (in Ziffer 12) Hauptsitz „D.“

In Ziffer 16 ist zur Frage „Die Anzeige bezieht sich auf den Betrieb“ angegeben: „...-electroacoustic GmbH, ...“

In einem an die Muttergesellschaft gerichteten Schreiben der Bundesagentur für Arbeit, Donauwörth, vom 14.7.2020 (Anlage B 6 = Bl.84 d.A.) heißt es auszugsweise:

„Ihre Entlassungsanzeige für ...-electroacoustic GmbH, ... ist am 8.7.2020 vollständig eingegangen“

In einer Betriebsversammlung vom 9.7.2020 wurde allen Mitarbeitern ein Kündigungsschreiben zum 31.5.2021 übergeben.

Im Vorfeld hatte die Gewerkschaft IG-Metall geplant, am 10.7.2020 die Wahl eines Wahlvorstandes für eine durchzuführende Betriebsratswahl, abzuhalten. Nach Angaben der Klagepartei scheiterte dieses Vorhaben, da dem Vertreter der Gewerkschaft der Zugang zum Betriebsgelände verwehrt worden sei.

Zu einem nicht genau bekannten Zeitpunkt nach Übergabe der Kündigungen wurde dann ein dreiköpfiger Betriebsrat gewählt.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Kündigung sei betriebsbedingt sozial gerechtfertigt, da die Schließung des Betriebes und damit der Wegfall des Arbeitsplatzes der Klagepartei schon bei Ausspruch der Kündigung greifbare Formen angenommen gehabt habe. Das ergebe sich aus der Pressemitteilung, der unterbliebenen Verlängerung des Pachtvertrages, dem Stilllegungsbeschluss und der Massenentlassungsanzeige. Da allen Mitarbeitern gekündigt worden sei, habe keine Sozialauswahl vorgenommen werden müssen.

Der Kläger wendet sich mit vorliegender Klage gegen die Kündigung mit folgenden Argumenten:

Die Kündigungen seien willkürlich, da die Schließung des Betriebes wegen der beabsichtigten Betriebsratswahl erfolgt sei. Im Übrigen sei der Betrieb auch in der Corona-Krise rentabel gewesen. Da die Pachtverträge jeweils für die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen worden seien, hätte die Beklagte frühzeitig auf eine Verlängerung des Vertrages hinwirken können. Die Massenentlassungsanzeige sei fehlerhaft und damit unwirksam, da sie nicht von der Beklagten, sondern von der Konzernmutter abgegeben worden sei. Zudem enthalte sie in Ziffern 31 und 32 unzutreffende Angaben.

Letztlich sei die Kündigung auch wegen eines Betriebsüberganges erfolgt und damit unwirksam. Es seien komplette Produktionslinien veräußert worden und folgende Betriebsteile seien entweder schon an andere Konzernunternehmen verlagert oder sollten noch verlagert werden:

- Der Betriebsteil „Magnetspannfertigung“ für den Kunden S. sei im August 2020 auf den Betrieb „...-electronic GmbH“ in ... übergegangen.
- Der Betriebsteil „Hochtonfertigung“ sei am 2. und 3.2.2021 übergegangen auf die „...-electronic GmbH“ in....
- Für den Betriebsteil „Tieftonfertigung“ sei die Verlagerung für die Zeit von 19.4. – 2.5.2021 geplant mit einem Übergang auf die „...-electronic GmbH“ in
- Für den Betriebsteil „Fertigung BMW VSG Band IV“ sei die Verlagerung für die Zeit ab Juni 2021 geplant mit einem Übergang auf die „...-electronic GmbH“ in Limbach. Weiterhin befänden sich für BMW VSG Werke im Aufbau in Suhl/Thüringen und in Kunshan/China.
- Für den Betriebsteil „Lager“ sei die Verlagerung für die Zeit vom 29.3.2021 bis 18.4.2021 geplant mit einem Übergang auf die „...-electronic GmbH“ in

Bei dem Betrieb in ... handele es sich um einen Gemeinschaftsbetrieb mit dem Standort in D. In sachlicher und in organisatorischer Hinsicht seien beide Standorte, wie das Organigramm (Anlage K 9 = Bl. 111) zeige, eng und unübersichtlich verwoben. Die maßgeblichen Entscheider für alle Maßnahmen befänden sich am Standort in D. Die finanzielle Verflechtung verdeutliche sich u.A. auch darin, dass der Erlös des Verkaufes einer 100%igen Tochtergesellschaft der Beklagten (Fa E. GmbH) in Höhe von 1,3 Mio EUR unmittelbar als Darlehen an den Mutterkonzern weitergereicht worden sei und damit der Beklagte nicht mehr zur Verfügung stehe.

Der Kläger hat daher zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 9.7.2020 nicht beendet wird
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht.
3. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1 und/oder zu 2. wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Entwicklungsingenieur weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat vorgetragen, die Auswirkungen der Corona-Pandemie hätten den nicht zu beanstandenden Stilllegungsbeschluss noch weiter unterstützt. Da die Pandemie die Beklagte als Automobilzulieferer besonders hart getroffen hätte, habe man die Situation insgesamt neu bewerten müssen. Dies habe zu der nicht anzuzweifelnden unternehmerischen Entscheidung geführt, den Standort der Beklagten in ... zum 30.6.2021 vollständig stillzulegen. Die Umsetzung des Entschlusses habe zum Zeitpunkt der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen gehabt, wie sich aus dem dokumentierten Stilllegungsbeschluss, der unterbliebenen Verlängerung des Pachtvertrages und der Massenentlassungsanzeige ergebe. Im Juni 2021 solle ohne eigene Mitarbeiter der Rückbau des Betriebsgeländes erfolgen. Der Rückbau werde in Abstimmung mit dem Vermieter durch Drittfirmen erfolgen, da der Vermieter ohnehin den Abriss des Betriebsgebäudes der Beklagten beabsichtige .

Von einem Betriebsübergang könne auch nicht ausgegangen werden, da die Beklagte nur einzelne Fertigungslinien aus ... an andere Standorte von Unternehmen des ...-Konzerns verlagern werde. Die Fertigungslinien seien keine selbständigen Betriebs-teile im Sinne des § 4 Abs.1 BetrVG.

Da allen Mitarbeitern gekündigt worden sei, habe keine Sozialauswahl erfolgen müssen.

Die Beklagte hat gemeint, die Massentlassungsanzeige sei nicht zu bemängeln, da sie von einem Bevollmächtigten der Beklagten unterschrieben worden sei. Es sei klar, dass sich sowohl Massentlassungsanzeige wie auch der Stilllegungsbeschluss auf die Beklagte und damit auf den Betrieb in ... bezögen.

Die Ausführungen zum behaupteten Zusammenhang der Betriebsschließung mit der beabsichtigten Betriebsratswahl seien unsubstantiiert und unzutreffend. Dies gelte auch für die Behauptungen zu Betriebsübergängen.

Im Übrigen sei es unerheblich, ob ein Gemeinschaftsbetrieb vorliege. Mit Stilllegungsbeschluss sei ein evtl. bestandener Gemeinschaftsbetrieb aufgelöst worden, weshalb nach Ansicht des BAG keine konzernübergreifende Weiterbeschäftigung habe geprüft werden müssen.

Von einer weiteren Darstellung des Sachverhaltes wird abgesehen. Es wird Bezug genommen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird durch die Kündigung der Beklagten vom 9.7.2020 mit Ablauf des 31.5.2021 enden.

1. Die Klage ist unbegründet, da die Kündigung der Beklagten, gemessen an den auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nach §§ 1, 23 KSchG anzuwendenden Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes sozial gerechtfertigt ist, da dringende betriebliche Gründe der Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb entgegenstehen.

- a. Nach § 1 Abs. 2 S.1 KSchG ist eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, sozial gerechtfertigt. Bei betriebsbedingten Kündigungen ist die unternehmerische Entscheidung, die der ausgesprochenen Kündigung zugrunde liegt, von den Arbeitsgerichten nur darauf nachprüfbar, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Für die Umstände ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.
- b. Eine unternehmerische Entscheidung, den Betrieb zu schließen, kann danach eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. Die Kündigung ist dann auch nicht erst nach erfolgter Stilllegung sozial gerechtfertigt. Das Bundesarbeitsgericht (vgl. zuletzt etwa BAG 14.5.2020 – 6 AZR 235/19 – NZA 2020, 1092) erachtet es für eine zulässige Kündigung vor vollzogener Betriebsstilllegung als ausreichend, wenn die Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung, etwa der Beschluss zur Stilllegung des gesamten Betriebs, spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich dauerhaften Wegfall des Bedarfs an einer Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers führt. Dann muss der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss, den Betrieb stillzulegen, gefasst haben. Dem steht dann auch nicht entgegen, dass die gekündigten Arbeitnehmer nach der Planung des Arbeitgebers in der jeweiligen Kündigungsfrist noch für die Abarbeitung vorhandener Aufträge eingesetzt werden.

Erforderlich ist in diesen Fällen aber, dass die geplanten Maßnahmen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits „greifbare Formen“ angenommen haben (BAG 14.5.2020 a.a.O. in Rn. 91 m.w.N.) Davon kann nach dieser Rechtsprechung ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt.

- c. Im Streitfall erfolgte die Kündigung der Mitarbeiter, und damit auch der Klagepartei, wegen der Stilllegung des Betriebs in . Die Stilllegung des Betriebs soll zwar nach der unternehmerischen Konzeption erst zum 30.6.2021, dem Zeitpunkt an dem das Pachtverhältnis endet, abgeschlossen sein. Dem steht aber nicht entgegen, dass

zum Zeitpunkt der Kündigung am 9.7.2020 die Stilllegung schon greifbare Formen angenommen hatte, so dass die Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen erfolgte.

Es gilt vier stichhaltige Gesichtspunkte, die für die beabsichtigte Stilllegung zum 30.6.2021 sprechen.

- (1) Zunächst hatte die Beklagte schon in ihrer Pressemitteilung vom 22.8.2019 (Anlage B 1) nach Außen kundgetan, dass Änderungen für den Standort in beabsichtigt seien. Dass in diesem Zusammenhang noch keine beabsichtigte Stilllegung des Betriebs, sondern lediglich eine Integration von Fertigungslinien in ... nach ... erwähnt wird, steht der Annahme eines Indizes für bevorstehende Änderungen nicht entgegen. Sie deutet aber ebenfalls indiziell darauf hin, dass die endgültige Schließung nicht als willkürliche Maßnahme nach Einleitung einer Betriebsratswahl erfolgte, wie die Klagepartei mutmaßt.
- (2) Es steht fest, dass das Pachtverhältnis in ... zum 30.6.2021 endet und seitens der Beklagten keine Verlängerung beabsichtigt war oder nunmehr ist. Was der Eigentümer des Geländes nach dem 30.6.2021 mit dem Grundstück anfängt ist für die Entscheidung des Rechtsstreits ebenso bedeutungslos wie die Frage, ob die Beklagte das Pachtverhältnis hätte fortführen können. Zur unternehmerischen Freiheit gehört auch die Entscheidung, einen Betrieb zu schließen.
- (3) Unbestritten hat sich die Beklagte vor Ausspruch der Kündigungen rechtlich beraten lassen, wie bei einer Betriebsstilllegung arbeitsrechtlich vorzugehen sei.
- (4) Am 2.7.2020 haben die Geschäftsführer der GmbH, die zugleich Geschäftsführer der Muttergesellschaft sind, die Stilllegung des Betriebes beschlossen (Anlage B 3). Soweit vereinzelt in den Kündigungsschutzverfahren in den Kammerverhandlungen erörtert wurde, ob der Beschluss von der Geschäftsführung der ... GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der ... GmbH & Co KGaA zulässigerweise gefasst werden konnte, ist der Einwand unbeachtlich. Durch die Personenidentität der Geschäftsführer ist klar, dass beide entscheidungsbefugt waren. Im Übrigen ist der

formelle Beschluss nur einer der Hinweise für die beabsichtigte Stilllegung des Betriebes. Es kann keineswegs angenommen werden, dass von der Stilllegungsabsicht wegen eines eventuellen Formfehlers bei der schriftlichen Abfassung des Beschlusses Abstand genommen werden sollte.

- (5) Die Beklagte hat am 8.7.2020 gegenüber der Bundesagentur für Arbeit eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG erstattet (vgl. dazu nachfolgend unter I 2).
- d. Die genannten Anhaltspunkte belegen, dass die Stilllegung des Betriebes in ... schon zum Zeitpunkt der Kündigung am 9.7.2021 greifbare Formen angenommen hatte. Sie lassen darauf schließen, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt den endgültigen Entschluss gefasst hatte, den Betrieb zum 30.6.2021 zu schließen. Dazu mussten die Arbeitsverhältnisse aller Beschäftigten zum 31.5.2021, dem prognostizierten Zeitpunkt der Beendigung der Produktion in ... gekündigt werden. Ob die getroffene Entscheidung zusätzlich durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie gestützt wurde oder ob der Betrieb – wie die Klagepartei meint – unbeschadet der Pandemie rentabel war, ist vor dem Hintergrund der genannten Anhaltspunkte nicht mehr entscheidungserheblich.
- (1) An einem endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung kann es nach der Rechtsprechung des BAG (6 AZR 235/19, NZA 2020, 1092 ff .in Rn.91) aber etwa dann fehlen, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs oder von Teilen des Betriebs steht oder sich noch um neue Aufträge bemüht. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebs(teil)veräußerung darstellt. Wird ein Betriebsteil veräußert und der verbleibende „Restbetrieb“ stillgelegt, kommt es darauf an, ob der gekündigte Arbeitnehmer dem auf einen Erwerber übergehenden Betriebsteil zugeordnet war. Ist dies nicht der Fall, so kann die Stilllegung des „Restbetriebs“ einen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellen, wenn der Arbeitnehmer diesem Betriebsteil zugeordnet war.

- (2) Vorliegend kann aber nicht von einem Betriebsübergang oder von Teilbetriebsübergängen ausgegangen werden.

Ein Betriebsübergang oder ein Betriebsteilübergang i.S.d. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzen voraus, dass der Übergang eine auf Dauer angelegte, ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft (BAG 14.5.2020, NZA 2020, 1092 ff in, Rn. 58).

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/23/EG und damit der des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des BAG und des EuGH nur eröffnet, wenn sich die wirtschaftliche Einheit als hinreichend strukturierte und selbstständig organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck einordnen lässt. Die Identität einer wirtschaftlichen Einheit ergibt sich aus mehreren untrennbar zusammenhängenden Merkmalen wie dem Personal der Einheit, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Erforderlich ist zwangsläufig eine ausreichende funktionelle Autonomie, wobei sich der Begriff Autonomie auf die Befugnisse bezieht, die der Leitung der zur Einheit gehörenden Gruppe von Arbeitnehmern eingeräumt sind, um die Arbeit dieser Gruppe relativ frei und unabhängig zu organisieren und insbesondere Weisungen zu erteilen und Aufgaben auf die zu dieser Gruppe gehörenden untergeordneten Arbeitnehmer zu verteilen, ohne dass andere Organisationsstrukturen des Arbeitgebers dabei dazwischengeschaltet. Darauf, ob es sich dabei um ein „Unternehmen“, einen „Betrieb“ oder einen „Unternehmens-“ oder „Betriebsteil“ - auch iSd. jeweiligen nationalen Rechts - handelt, kommt es nicht an. Entscheidend ist nur, dass es sich um eine wirtschaftliche Einheit handelt (BAG 14.5.2020 a.a.O.).

Bei der vorliegenden Fallgestaltung scheidet die Annahme eines oder mehrerer Teilbetriebsübergänge aus. Denn nach der zitierten Rechtsprechung kommt es für einen Betriebs(teil)übergang entscheidend darauf an, dass die so verstandene wirtschaftliche Einheit ihre schon vor der Übernahme bestandene Identität „bewahrt“. Nur wenn eine wirtschaftliche Einheit bereits vor dem Übergang vorhanden ist, kann sich die Frage

der Wahrung ihrer Identität und damit die Frage eines Betriebs(teil)übergangs überhaupt stellen.

Vorliegend scheidet die Annahme eines Teilbetriebsüberganges schon daran, dass Klagepartei die sonach maßgebenden Tatsachen nicht schlüssig dargelegt und erläutert hat, was dies für ihren konkreten Arbeitsplatz bedeute.

Nach Allem ist festzuhalten, dass nicht von einem beabsichtigten Betriebsübergang ausgegangen werden kann, der der Annahme einer beabsichtigten Betriebsstilllegung entgegensteht.

- e. Die Kündigung ist auch nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl (§ 1 Abs.3 KSchG) unwirksam. Da die Sozialauswahl grundsätzlich auf Mitarbeiter des Betriebes beschränkt ist (BAG 2.6.2005 AP KSchG 1969 § 1 Nr.73) und alle Mitarbeiter des Betriebes in Neu-Ulm gekündigt wurden, musste die Beklagte keine Sozialauswahl vornehmen.

Eine abweichende Beurteilung wäre allenfalls dann in Betracht zu ziehen gewesen, wenn man mit der Klagepartei der Ansicht wäre, es handele sich bei der Beklagten um einen Gemeinschaftsbetrieb, da die Geschäftsleitung in Delbrück die Leistungsfunktion innehat.

Die Frage, ob ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt, muss im Streitfall nicht abschließend geklärt werden. Selbst wenn von einem Gemeinschaftsbetrieb auszugehen wäre, scheidet eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl in dem Zeitpunkt aus, in dem einer der Betriebe, die einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, stillgelegt wird (BAG 29.11.2007 AP Nr.95 zu § 1 KSchG 1969 Rn. 23 f.). Die "gemeinsame Klammer", die eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl veranlasst hat, ist – so das BAG - regelmäßig auch dann entfallen, wenn im Zeitpunkt der Kündigung der eine der Betriebe, die zusammen einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, zwar noch nicht stillgelegt ist, auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung, die bereits greifbare Formen angenommen hat, aber feststeht, dass er bei Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers stillgelegt sein wird.

Damit sind im Streitfall die Voraussetzungen für die Annahme einer unternehmensübergreifenden Sozialauswahl spätestens mit der Entscheidung, den Betrieb in Neu-Ulm zu schließen, entfallen.

- f. Die Kündigung ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Beklagte der Klagepartei gegenüber eine Änderungskündigung als milderes Mittel gegenüber der Beendigungskündigung hätte aussprechen müssen.

Der Ausspruch einer Änderungskündigung (§ 2 KSchG) kam jedoch nicht in Frage, weil die Beklagte dem Kläger allenfalls einen Arbeitsplatz an einem anderen Ort bei einem anderen Arbeitgeber hätte anbieten können. Ein Wechsel des Arbeitgebers entspricht jedoch nicht dem Schutzgedanken des § 2 KSchG, der Arbeitnehmer vor einseitigen Änderungen ihrer Vertragsbedingungen schützen will und den Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer einen geänderten Arbeitsvertrag vor Ausspruch einer Beendigungskündigung anzubieten. Die Beklagte konnte der Klagepartei aber keinen neuen Arbeitsvertrag bei einem neuen Vertragsarbeitgeber anbieten. Daher ist auch der Einwand der Klagepartei, dass an anderen Standorten neue Stellen ausgeschrieben und besetzt wurden und dass diese Mitarbeiter dann zur Einarbeitung nach ... entsandt wurden, emotional verständlich aber rechtlich ohne Bedeutung.

2. Die Kündigung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 17 KSchG unwirksam.

Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass die Kündigung der Klagepartei im Zuge einer nach § 17 Abs.1 und Abs.3 KSchG anzeigepflichtigen Massenentlassung erfolgte. Streit besteht darüber, ob die Formalien der Massenentlassungsanzeige gewahrt wurden, insbesondere, ob die Anzeige durch den Arbeitgeber i.S.v. § 17 Abs.3 KSchG erfolgte.

- a. Die Anzeige (Anlage B 5) genügt dem Schriftformerfordernis (§ 17 Abs.3 S.2 KSchG) und ist an die zuständige Bundesagentur in D. gerichtet.

- b. Entgegen der Ansicht der Klagepartei erfolgte die Anzeige auch durch den Arbeitgeber i.S.v. § 17 Abs.1 S.1 KSchG. Danach ist die Anzeige vom *Arbeitgeber*, also vom Inhaber des Betriebes (Vertragsarbeitgeber) zu erstatten. Der Arbeitgeber kann sich auch eines Bevollmächtigten bedienen, sich also vertreten lassen. Eine Anzeige durch einen Dritten, genügt indes nicht. Der Vertragsarbeitgeber bleibt auch dann zur Anzeige verpflichtet, wenn er von einem anderen Unternehmen beherrscht wird. Insoweit kommt Abs.3a deklaratorische Bedeutung zu (so auch Bayreuther in LKB, KSchG, § 17 Rn.109).
- c. Vorliegend hat die Beklagte, als Vertragsarbeitgeber die Anzeige erstattet. Auch wenn in Ziffern 11, 12 der Anzeige (Anlage B 5) als Unternehmensbezeichnung angegeben wurde „...GmbH & Co KGaA, Delbrück“ wird aus der Angabe in Ziffer 18 deutlich, dass es um den Betrieb der Beklagten in ... geht. Unmissverständlich geht es daher um den dortigen Betrieb.
- Die Erwähnung der Fa. ..GmbH & Co KG bedeutet nicht zwangsläufig, dass sie Antragsteller ist. Nach der Erklärung der Beklagten, ist die Fa. ...GmbH zur Erstattung der Anzeige von ihr als Vertreterin bevollmächtigt worden und selbst ein unterstelltes vollmachtloses Handeln sei , wenn nicht nach vorheriger Genehmigung erfolgt, dann doch durch (unbestrittene) nachfolgende Genehmigung. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass Personenidentität der vertretungsberechtigten Geschäftsführer beider Gesellschaften besteht und auch nach Darstellung der Klagepartei die maßgebenden Entscheidungsträger ihre Büros in D. haben. Auch die Bundesagentur für Arbeit hat mit ihrem Schreiben vom 14.7.2020 (Anlage B 6) bestätigt, dass die Massenentlassungsanzeige für die Beklagte eingegangen ist.
- ci. Der Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige steht auch nicht entgegen, dass in Ziffer 31 Mitarbeiter mit einer kürzeren gesetzlichen Kündigungsfrist nicht aufgeführt wurden, da die Beklagte allen Mitarbeitern unabhängig von der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.5.2021 gekündigt hat und sich dies auch aus der Anlage zur Massenentlassungsanzeige ergibt.

3. Die Kündigung ist auch nicht wegen der beabsichtigten Gründung eines Betriebsrats nach § 612 a BGB unwirksam. Abgesehen davon, dass dies wegen des individuellen Bezugs der Vorschrift für jeden einzelnen gekündigten Mitarbeiter voraussetzen würde, dass die Kündigung wegen der Beteiligung an einer Betriebsratswahl erfolgte, sind die Voraussetzungen für eine derartige schikanöse Vorgehensweise nicht hinreichend dargelegt. Im Schriftsatz vom 20.11.2020 geht die Klagepartei selbst davon aus, es liege der Verdacht sehr nahe, dass mit den Kündigungen der Gründung eines Betriebsrats zuvorgekommen werden sollte, um das Zustandekommen eines Sozialplanes zu verhindern. Zwar mögen die Umstände für einen derartigen Verdacht sprechen, weitere Folgerungen können daraus aber nicht abgeleitet werden. Insbesondere stünde auch die Gründung eines Betriebsrats nicht der Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung entgegen. Die unternehmerische Freiheit, wäre insoweit nur unter Beachtung der sich aus § 111 ff. BetrVG ergebenden betriebsverfassungsrechtlichen Einschränkungen möglich gewesen.
 4. Die Kündigung ist auch nicht gemäß § 613a Abs.4 BGB unwirksam, da wie zuvor (S.11) ausgeführt, nicht von einem Betriebs- oder Teilbetriebsübergang ausgegangen werden kann.
- II. Nach Allem ist festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 9.7.2020 mit Ablauf des 31.5.2021 aufgelöst werden wird. Damit ist der hilfsweise gestellte Weiterbeschäftigungsantrag nicht zur Entscheidung angefallen. Die Klage war mit der sich aus § 91 Abs.1 KSchG ergebenden Rechtsfolge abzuweisen. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 42 Abs.2 GKG i.V.m. § 3 ZPO.