

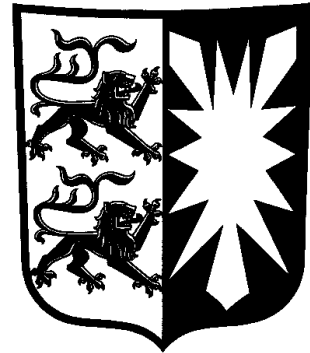
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 466/11

5 Ca 1083 b/11 ArbG Kiel
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.04.2012

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.04.2012 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Kiel vom 27. Oktober 2011, Az. 5 Ca 1083 b/11, abgeändert und die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt der Kläger.
3. Die Revision wird für den Kläger zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: 0361 2636-2000 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile

sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers durch Betriebsübergang auf die Beklagte (erstinstanzlich: Beklagte zu 2) übergegangen ist.

Der 49-jährige Kläger war ausweislich des Arbeitsvertrages vom 30.06.2005 seit dem 01.07.2005 als Staplerfahrer bei der Fa. St. K. GmbH (erstinstanzlich: Beklagte zu 1,

künftig: SKK) beschäftigt. Bei der SKK handelte es sich um einen reinen Hafenumschlagbetrieb, der im Februar 2005 als 65. Vermögensvorrats-Gesellschaft P. mbH gegründet und im Mai 2005 umbenannt wurde in St. K. GmbH. Die SKK übernahm Mitte 2005 den Hafenumschlagbetrieb der Fa. B. T. K. GmbH (künftig: BTK) und war fortan als Subunternehmerin – wie zuvor die BTK - ausschließlich für den Personaldienstleister B. T. K. International GmbH (künftig: BTKI) tätig. Letztere hatte einen Wareneinlagerungsvertrag mit der Fa. TS S. E. GmbH (künftig: TS E.) geschlossen. Die TS E. importierte im Wesentlichen Ferroalloy, welches für die Stahlherstellung benötigt wird, aus Osteuropa. Die Einlagerung fand in zwei großen Lagerhallen statt, die sich auf einem im Erbbaurecht der TS E. stehenden Hafengelände befanden. Die BTKI hatte die Hallen nebst einer Remise von der TS E. gepachtet und die SKK als ihre Subunternehmerin damit beauftragt, die zuvor von Drittunternehmen von den einlaufenden Schiffen gelöschten Ferroalloy-Container in die Lagerhallen bis zum weiteren Abtransport ein- und auszulagern. Ihren Gesamtumsatz bestritt die SKK zu ca. 90 % mit dem Umschlag der Ferroalloy-Container. Daneben führte sie als Subunternehmerin der BTKI Umschlagstätigkeiten für Holz und Stückgut für insgesamt 42 weitere Unternehmen aus, die Geschäftsbeziehungen zu der TS E. unterhielten. Die für die Einlagerungstätigkeiten notwendigen Geräte und Fahrzeuge (Kräne, Tugmaster, Reachstaker und Gabelstapler) stellte die TS E. der SKK aufgrund eines Mietvertrages zur Verfügung.

Die TS E. stellte den Ferroalloy-Import mit Wirkung zum 31.12.2010 ein, sodass seit diesem Zeitpunkt diesbezüglich keine Umschlagstätigkeiten für die SKK anfielen. Schließlich kündigte die TS E. die Einlagerungsverträge mit der BTKI, sodass wiederum die BTKI den Werkvertrag mit der SKK zum 30.06.2011 kündigte. Sowohl die BTKI als auch die SKK stellten ihre Geschäftstätigkeiten zum 30.06.2011 ein.

Im Mai 2011 informierte die SKK den Kläger über einen möglichen Betriebsübergang und bot ihm den Abschluss eines Aufhebungsvertrages an. Soweit hier von Belang enthält das Schreiben Folgendes (Bl. 8 - 10 d. A.).

„Die B. T. K. International GmbH („BTKI“) wird ihren Betrieb zum 30.06.2011 stilllegen und ihr gesamtes Anlagevermögen zum Stichtag 01.07.2011 an die S. GmbH & Co. KG („S.“), vertreten durch deren Komplementärin S. K. Verwal-

tungs-GmbH, K., vertreten durch den Geschäftsführer , Herrn Dr. D. C., geschäftsansässig B. 1, 24... K. veräußern. Die BTKI wird daher zukünftig keine Aufträge an die St. K. GmbH („SKK“) erteilen können, so dass auch die SKK ihren Betrieb zum 30.06.2011 stilllegen wird. Die bisher von der SKK bzw. BTKI ausgeführten Aufträge sollen nach dem Willen der S. künftig durch die S. K. St. GmbH („St.“), vertreten durch den Geschäftsführer Herrn J. D., geschäftsansässig Sch. 1, 24... K, ausgeführt werden. Es ist bislang nicht entschieden, ob die St. versucht, die Aufträge im eigenen Namen zu akquirieren oder ob die S. versuchen wird, die Aufträge selbst zu akquirieren, um dann die St. als Subunternehmer einzusetzen.

Die S. und die St. sind nur bereit einzelne bereits vorgewählte Arbeitnehmer der SKK und/oder BTKI zu übernehmen. Die Übernahme weiterer Arbeitnehmer lehnen sie ab.

Weder die SKK noch die BTKI können nach der Betriebsstilllegung noch Arbeitnehmer beschäftigen, weil keine Arbeit mehr vorhanden ist, die verteilt werden könnte. Die SKK und die BTKI werden daher allen ihren Arbeitnehmern betriebsbedingt kündigen. ...

Es ist angesichts der aufgeführten Konstellation fraglich, ob ein Betriebsübergang vorliegt und wer Betriebsübernehmerin ist. Im Hinblick auf die BTKI spricht wenig dafür, dass die S. durch Übernahme des gesamten Anlagevermögens Betriebsübernehmerin ist. Auch im Hinblick auf die SKK spricht wenig dafür, dass die beabsichtigte Übernahme der bestehenden Aufträge der SKK durch die St. oder die S. dazu führt, dass - je nachdem wer Auftragnehmerin wird – die St. oder die S. Betriebsübernehmerin ist.

...“

Der Kläger lehnte den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ab woraufhin die SKK das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger durch Schreiben vom 27.05.2011 kündigte.

Die TS E. stellte ihre Geschäftstätigkeit in K. ein und veräußerte das Erbbaurecht mit Wirkung zum 01.07.2011 an die Firma S. K. GmbH & Co. KG (künftig: S. K.), die Muttergesellschaft der Beklagten. Bei der Beklagten handelt es sich um einen bereits langjährig im K. Hafen bestehenden Umschlagbetrieb, der über eigene Betriebsmittel wie Reachstaker, Tugmaster, Trailer und Gabelstapler verfügt. Sie beschäftigte Mitte 2011 rund 40 Mitarbeiter. Einziger Auftraggeber der Beklagten ist die Fa. S. K., deren alleinige Gesellschafterin die Stadt K. ist.

Die TS E. veräußerte nahezu ihr gesamtes Betriebsvermögen an die Fa. S. K. Teile dieses Betriebsvermögens, so u. a. einen Kran, hatte die Fa. TS E. zuvor der SKK im Rahmen des Mietvertrages zur Nutzung überlassen. Es ist zwischen den Parteien streitig, ob die Fa. S. diesen einen Kran der Beklagten bereits ab dem 01.07.2011 zur

Nutzung überließ oder erst ab Ende Januar 2012. Weiteres von der Fa. TS E. an die Fa. S. veräußertes Betriebsvermögen wird von der Beklagten unstreitig nicht genutzt. Auch die zwei Mafis (gummibereifte Plattformen), die die TS E. der Fa. S. K. übertragen hatte, werden nicht von der Beklagten genutzt. Die zuvor im Eigentum der Fa. E. stehenden Trailer, die an die SKK vermietet waren, wurden weder an die Fa. S. noch an die Beklagte veräußert und werden daher von der Beklagten nicht genutzt. Die zuvor von der SKK von der Fa. TS E. angemieteten drei Reachstaker und fünf Tugmaster waren von der Fa. TS E. geleast. Weder die Fa. S. noch die Beklagte traten in die betreffenden Leasingverträge ein und übernahmen folglich diese Transportfahrzeuge nicht. Die Beklagte übernahm indessen unstreitig von der SKK bzw. der Fa. TS E. sieben Gabelstapler, indem sie in die betreffenden Leasingverträge eintrat. Hierdurch erhöhte die Beklagte ihren bisherigen Bestand an Gabelstaplern von 16 auf 23.

Die Fa. S. K. beabsichtigt, auf dem Erbbaugrundstück einen Kreuzfahrtterminal einzurichten und zu betreiben. Des Weiteren soll in den vorhandenen zwei Hallen Papier aus Skandinavien und dem Baltikum umgeschlagen werden.

Der Kläger hat am 15.06.2011 vor dem Arbeitsgericht Kiel Kündigungsschutzklage gegen die SKK und die Beklagte erhoben und beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der SKK vom 27.05.2011 aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass die Beklagte in die Rechte und Pflichten des zwischen dem Kläger und der SKK bestehenden Arbeitsverhältnisses eingetreten ist;
3. die Beklagte zu verurteilen, für den Fall des Obsiegens mit dem Klagantrag zu 1. den Kläger zu den bisherigen Bedingungen als Hafearbeiter weiterzubeschäftigen.

Die SKK und die Beklagte haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des streitigen Parteivorbringens, wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Der Kündigungsschutzantrag sei begründet. Die Kündigung vom 27.05.2011 sei sozialwidrig, weil der Hafenumschlagbetrieb der SKK nicht stillgelegt, sondern auf die Beklagte übergegangen sei. Die Beklagte habe keinen Beweis dafür angeboten, dass der Betrieb tatsächlich zum 31.12.2010 stillgelegt worden sei. Ferner habe der Kläger Anspruch auf Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis mit Wirkung ab dem 01.07.2011 zu unveränderten Bedingungen mit der Beklagten fortbestehe. Der Betrieb der SKK sei auf die Beklagte übergegangen. Bei dem Betrieb der SKK habe es sich nicht um einen reinen Dienstleistungsbetrieb gehandelt, sondern um einen Betrieb, der zur Durchführung seiner Dienstleistungen bestimmter Gebäude und beweglicher Güter von nennenswertem Umfang bedürfe. Diese materiellen Aktiva hätten zuvor in der Nutzung der SKK gestanden und würden nunmehr von der Beklagten genutzt. Die Beklagte lagere die Umschlaggüter wie zuvor die SKK in den zwei Hallen auf dem Erbbaugrundstück ein und bediene sich für die Umschlagarbeiten der zuvor von der SKK angemieteten sieben Gabelstapler. Zudem habe die Beklagte vier zuvor bei der SKK angestellte Hafenwerker übernommen. Es komme nicht darauf an, dass die materiellen Aktiva nicht im Eigentum der SKK oder der Beklagten stünden. Jedenfalls setze die Beklagte das gleiche Geschäft fort, wie die SKK, nämlich das Umschlaggeschäft. Es komme auch nicht entscheidend darauf an ob bisher Holz und nunmehr zukünftig Papier umgeschlagen werden solle. Sowohl die SKK als auch die Beklagte unterhielten Stauereibetriebe. Das Be-, Um- und Entladen der Schiffe, das Ein- und Auslagern sei ohne die Kaianlagen, die Hallen und die Remise sowie die Kräne, die Tugmaster und Reachstaker nicht möglich. Ohne diese Betriebsmittel könne der Auftrag nicht ausgeführt werden. Es komme auch nicht entscheidend auf die Übernahme von Personal und Führungskräften an. In betriebsmittelgeprägten Betrieben sei die Übernahme von Personal nur ein Element zur Feststellung des Betriebsübergangs. Die Beklagte habe den Betriebsübergang nicht widerlegt. Der Übergang sei auch durch Rechtsgeschäft erfolgt. Dabei habe die Rechtsprechung die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts zur Vermeidung von Umgehungsgeschäf-

ten minimalisiert. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers sei mit der Übernahme der wirtschaftlichen Einheit zum 01.07.2011 erfolgt.

Gegen dieses ihr am 21.11.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 06.12.2011 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am 29.12.2011 begründet.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Das Arbeitsgericht habe zwar die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Annahme eines Betriebsübergangs zutreffend zitiert, habe indessen im Rahmen der zu treffenden Gesamtabwägung nur zwei singuläre Kriterien herangezogen und sei somit zu einer falschen Subsumtion gelangt. Das von der SKK genutzte und im Eigentum der TS E. gestandene materielle Betriebsvermögen bestehend aus Kränen, Reachstaker, Tugmastern etc. sei gerade nicht in ihrer Gesamtheit auf die Beklagte übergegangen. Sie sei nur in die Leasingverträge der TS E. betreffend die sieben Gabelstapler, die zuvor von der SKK genutzt worden seien, eingetreten. Es sei mithin frei erfunden, dass sie, die Beklagte, das bisherige materielle Aktiva der SKK übernommen habe. Da sie bereits seit Jahrzehnten als Umschlagunternehmen im K. Hafen tätig sei, habe sie bereits über die hierfür erforderlichen Betriebsmittel wie Kräne, Reachstaker, Tugmaster etc. verfügt. Zudem habe das Arbeitsgericht verkannt, dass die Kaianlagen in öffentlicher Hand standen und stünden. Sie könnten von allen im Hafen tätigen Umschlagfirmen genutzt werden. Die beiden Hallen seien durch den Kauf des Erbbaurechts nicht in ihr, sondern ins Eigentum der Fa. S. K. gelangt. Hierdurch habe diese ihre Lagerkapazitäten lediglich erweitert. Auch das immaterielle Betriebsvermögen der SKK, d. h. das sog. Knowhow, sei nicht auf sie übergegangen. Ihr einziger Auftraggeber sei nach wie vor die Fa. S. K.. Sie habe weder die bisherige Organisationsstruktur der SKK noch deren Hauptbelegschaft übernommen. Vielmehr habe ihre Muttergesellschaft, die Fa. S. K., sich durch Erwerb des Erbbaugrundstücks zusätzliche Lagerflächen verschafft, wodurch der Fa. S. K. möglich sei, deren bisherigen und ggfs. Neukunden in größerem Umfang Lagerflächen anzubieten, was wiederum dazu führe, dass die Fa. S. K., sie, die Beklagte, in verstärktem Umfang beauftrage, Umschlagarbeiten durchzuführen. Von der Übernahme einer bestehenden Organisationsstruktur könne keine Rede sein. Von den zuvor bei der SKK an-

gestellten zwölf gewerblichen Arbeitnehmern habe sie unstreitig lediglich vier gewerbliche Hafenerwerber neu eingestellt und damit ihren bisherigen Mitarbeiterstamm von 43 auf 47 aufgestockt. Sie, die Beklagte, habe auch nicht die Kunden- und Lieferantenbeziehungen der SKK bzw. BTKI übernommen. Die entscheidenden Kunden der BTKI, die Firmen E. M., D. L. GmbH und U. L. S. L./P. hätten ihre Vertragsbeziehungen zur BTKI gekündigt. Mit diesen Kunden habe die BTKI 80 % ihres Gesamtumsatzes in den Jahren 2009/2010 erwirtschaftet. Diesen massiven Umsatzverlust habe die BTKI nicht zu kompensieren vermocht, was letztlich zur Betriebsstilllegung der BTKI und deren Subunternehmerin SKK geführt habe. Von den verbleibenden 27 Kunden der SKK unterhalte die Fa. S. nur acht Geschäftskontakte. Es habe mithin kein Betriebsübergang von der SKK auf ihren Betrieb stattgefunden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 27.10.2011, Az. 5 Ca 1083 b/11 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Vorliegend handele es sich nicht nur um eine bloße Funktionsnachfolge. Unstreitig seien die Gabelstapler als Betriebsmittel von der SKK auf die Beklagte übergegangen. Zudem nutze die Beklagte ebenso wie die SKK die gleichen Lagerflächen. Die Beklagte habe auch Teile der Belegschaft von der SKK übernommen und wickle mit diesen zuvor von der SKK durchgeführte Auftragsverhältnisse weiter ab. Aus dem Unterrichtungsschreiben der SKK vom 04.05.2011 ergebe sich bereits, dass genauso wie der damalige Betrieb der Subunternehmerin BTK, der ausschließlich für die BTKI tätig geworden sei, im Jahr 2005 auf die Subunternehmerin SKK gemäß § 613 a BGB übergegangen sei, die wiederum ausschließlich für die BTKI tätig gewesen sei, sodann Mitte 2011 derselbe Hafenumschlagbetrieb der SKK nunmehr auf die als Subunternehmerin der Fa. S. K. tätigen Beklagten übergegangen sei. Letztlich habe sich vorliegend das gleiche „Bäumchenwechsledich“-Spiel wiederholt. Die Produktionsfaktoren der SKK seien auf die Beklagte übertragen worden, wobei die funktionelle Verknüpfung beibehalten worden sei. Die Beklagte führe im Auftrag der Fa. S. K. Umschlagarbeiten aus und

nutze dabei die zuvor von der SKK genutzten Anlagen und Betriebsmittel. Die Beklagte nutze neben dem Kran der Stadt K. den ehemals von der TS E. der SKK zur Verfügung gestellten Kran. Aus einer Pressemitteilung vom 30.01.2012 ergebe sich, dass die Fa. S. K. über „zwei leistungsstarke Kräne und direktem Gleisanschluss“ verfüge (Bl. 213 d. A.). Zudem habe sich die erstinstanzliche Behauptung der Beklagten, dass das Holzeinlagerungsgeschäft zum Jahresende 2011 auslaufe, nicht bewahrheitet. Im Newsletter der Fa. S. K. von Januar 2012 stehe, dass die beiden Lagerhallen „derzeit vorwiegend mit Forstprodukten ausgelastet“ seien. Im gleichen Artikel hebe die Fa. S. K. hervor, dass sie 30.000 m² Hallenfläche erworben habe, die „völlig neue Möglichkeiten für den Umschlag – etwa von Forstprodukten –,“ eröffne. Die Fa. S. K. habe das materielle Betriebsvermögen der SKK, welches sich aus den Kränen, Reachstaker, Tugmastern etc. zusammensetze, als auch deren Geschäftsbeziehungen zu Kunden übernommen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 19.04.2012 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c, 66 Abs. 1 ArbGG, 519 ZPO.

Auch in der Sache selbst hat die Berufung Erfolg, da sie begründet ist.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist nicht von der SKK auf die Beklagte übergegangen. Die streitgegenständliche Kündigung vom 27.05.2011 verstieß nicht gegen § 613a BGB und war wegen der unstreitig erfolgten Betriebsstilllegung der SKK, d. h. der Beklagten zu 1) in erster Instanz, sozial gerechtfertigt (I.). Dass die SKK ihren Stauereibetrieb mit Wirkung ab dem 30.06.2011 eingestellt hat, wird vom Kläger nicht in Abrede gestellt. Der Betrieb der SKK ist stillgelegt worden und nicht auf die Beklagte übergegangen (II.).

I. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts war die Kündigung vom 27.05.2011 gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, da die SKK ihre Betriebs-tätigkeit endgültig eingestellt hat.

1. Das Arbeitsgericht hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Betriebsstilllegung dann nicht vorliegt, wenn der Betriebsinhaber beabsichtigt, seinen Betrieb zu veräußern. Die Veräußerung des Betriebs allein ist – wie sich aus der Wertung des § 613a BGB ergibt – keine Stilllegung, weil die Identität des Betriebs gewahrt bleibt und lediglich ein Betriebsinhaberwechsel stattfindet. Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich gegenseitig aus. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme auch objektiv als Betriebsstilllegung und nicht etwa als Betriebsveräußerung darstellt, weil die für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Gegenstände einem Dritten überlassen werden sollten, der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung bewertet (BAG, Urt. v. 09.02.1994 – 2 AZR 666/93 -, AP Nr. 105 zu § 613a BGB; BAG, Urt. v. 26.05.2011 - 8 AZR 37/10 -, NZA 2011, 1143 ff.).

a) Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen gemäß § 1 Abs. 2 KSchG gehört die Betriebsstilllegung durch den Arbeitgeber. Bei der Betriebsstilllegung handelt es sich um den vornehmlichen Grund, um eine betriebsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen. Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen. Der Arbeitgeber muss endgültig entschlossen sein, den Betrieb stillzulegen (BAG, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01 -, a.a.O.). Demgemäß ist von einer Betriebsstilllegung auszugehen, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Mietverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen kann, ver-

äußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt (BAG, Urt. v. 22.05.1997 – 8 AZR 101/96 -, AP Nr. 154 zu § 613a BGB),

b) Ist in einem Kündigungsrechtstreit streitig, ob im Zeitpunkt der Kündigung ein Betriebsübergang oder eine Betriebsstilllegung beabsichtigt war, hängt die Darlegungs- und Beweislast davon ab, ob sich der Arbeitnehmer im Rahmen des Prozesses darauf beruft, der Betrieb sei von dem bisherigen Arbeitgeber nicht stillgelegt, sondern an einen neuen Inhaber übertragen worden und ihm sei aus diesem Grund gekündigt worden oder ob er nur den Unwirksamkeitsgrund des § 613a Abs. 4 BGB geltend macht. In letzterem Fall hat der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen, dass ihm wegen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs gekündigt worden ist. Im Kündigungsschutzverfahren nach § 1 Abs. 2 KSchG hat demgegenüber der Arbeitgeber vorzutragen und nachzuweisen, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Fehlt es daran, ist der Kündigungsschutzklage stattzugeben, ohne dass es der Feststellung bedarf, dass der tragende Beweggrund für die Kündigung ein Betriebsübergang ist (BAG, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01 -, AP Nr. 237 zu § 613a BGB; BAG, Urt. v. 26.05.2011 - 8 AZR 37/10 -, a.a.O.).

2. Hieran gemessen hatte die SKK bereits erstinstanzlich substantiiert und unbestritten vorgetragen, dass sie ihren Betrieb zum 30.06.2011 stilllegen wird bzw. stillgelegt hat, weil sie ab dem 01.07.2011 keine Aufträge mehr von ihrer einzigen Auftraggeberin, der BTKI, erhalten werde. Unstreitig hatte die BTKI den Werkvertrag mit der SKK zu diesem Zeitpunkt gekündigt und unstreitig hatte auch die Fa. TS E. den Mietvertrag mit der SKK betreffend den Kran, die Tugmaster, Reachstaker, Mafis und Gabelstapler mit der SKK gekündigt. Ferner hatte die SKK auch allen ihren Arbeitnehmern gekündigt. Die SKK betreibt seit dem 30.06.2011 bis heute auf dem Ostuferhafen unstreitig keinen Stauereibetrieb mehr. Die Fa. TS E. ist auch nicht pauschal und in Gänze in den Mietvertrag mit der Fa. TS E. über den Kran, die Tugmaster, Reachstaker, Mafis und Gabelstapler eingetreten, sondern nur in den Leasingvertrag betreffend die sieben Gabelstapler, den die Fa. TS E. abgeschlossen hatte. Vielmehr hat die Fa. TS E. wesentliche Teile ihres Anlagenvermögens und somit auch Teile der zuvor von der SKK genutzten Geräte und Fahrzeuge nicht an die Beklagte, sondern an die Fa. S. veräußert. Auch hat die Beklagte unstreitig nicht die

Hauptbelegschaft und insbesondere kein Verwaltungspersonal mit dem für den Betrieb einer Stauerei erforderlichen Knowhow von der SKK übernommen. Bei Ausspruch der Kündigung konnte die Beklagte mithin zu Recht davon ausgehen, dass zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung eine Beschäftigung in ihrem Betrieb nicht mehr möglich sein werde.

Etwas anderes lässt sich auch dem Informationsschreiben vom 04.05.2011 nicht entnehmen. Hierbei handelt es sich um eine vorsorgliche Information nach § 613a Abs. 5 BGB, wobei von vornherein die SKK keinen Einfluss darauf hatte, was aus dem von ihr genutzten materiellen Betriebskapital werden würde, da diese Betriebsmittel unstreitig gerade nicht in ihrem, der SKK, Eigentum standen. Die SKK selbst ist bei Ausspruch der Kündigung gerade nicht von einem Betriebsübergang ausgegangen. In dem Informationsschreiben hat sie ausdrücklich erklärt, dass wenig dafür spreche, dass die Fa. S. „durch Übernahme des gesamten Anlagevermögens Betriebsübernehmerin (sei). Auch im Hinblick auf die SKK (spreche) Weniges dafür, dass die beabsichtigte Übernahme der bestehenden Aufträge der SKK durch die St. oder die S. dazu (führe), dass – je nachdem wer Auftragnehmerin (werde) – die St.g oder die S. Betriebsübernehmerin (sei).“

Die SKK ist ihrer Darlegungslast zur Betriebsstilllegung insoweit in ausreichendem Maße nachgekommen.

II. Der Annahme einer Betriebsstilllegung steht auch nicht entgegen, dass der Betrieb der SKK entgegen der geplanten Betriebsstilllegung dann doch auf die Beklagte übergegangen ist. Dies ist nicht der Fall.

1. § 613a BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber voraus.

a) Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit

übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehört als Teilaspekt der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen, wie z. B. ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden oder den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Dabei darf eine Einheit nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden; insoweit ist zwischen reiner Auftragsnachfolge und Betriebsübergang zu unterscheiden. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht bei (ständige Rspr.: vgl. nur BAG, Urt. v. 26.05.2011 – 8 AZR 37/10 -, a.a.O. m. w. Rspr.-Nachw.).

b) In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen. Der Umstand, dass die von dem neuen Unternehmer übernommenen Betriebsmittel nicht seinem Vorgänger gehörten, sondern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, schließt den Betriebsübergang nicht aus. Auch ist im Fall einer Auftragsneuvergabe die Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer (EUGH, Urt. v. 15.12.2005 – C-232/04 und C-233/04 – [Güney-Görres], zit. n. Juris; BGH, Urt. v. 13.06.2006 – 8 AZR 271/05 -, AP Nr. 305 zu § 613a BGB). Hingegen stellt die bloße

Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR196/98 – AP Nr. 190 zu § 613a BGB).

c) Im Rahmen des § 613a BGB gelten die allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätze. Danach hat jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm darzulegen und im Streitfall zu beweisen. Sofern der Arbeitnehmer – wie vorliegend – den angeblichen Betriebserwerber auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Anspruch nimmt, muss er darlegen und beweisen, dass der Betrieb oder Betriebsteil aufgrund eines Rechtsgeschäfts auf diesen übergegangen ist. Legt er hierbei dar, dass der in Anspruch genommene Betriebserwerber die wesentlichen Betriebsmittel nach Einstellung des Geschäftsbetriebs des bisherigen Inhabers verwendet, um einen gleichartigen Geschäftsbetrieb zu führen, so spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass dies aufgrund eines Rechtsgeschäfts i. S. v. § 613a BGB geschieht (BAG, Urt. v. 15.05.1985 - 5 AZR 276/84 -, AP Nr. 41 zu § 613a BGB; LAG Köln, Urt. v. 22.07.2010 - 7 Sa 146/10 -, zit. n. Juris; ErfK/Preis, 12. Aufl., Rn. 177 zu § 613a BGB).

2. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsgrundsätze hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger nicht darzulegen vermocht, dass die Beklagte den ehemaligen Stauereibetrieb von der SKK übernommen hat.

a) Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem seinerzeit im Jahre 2005 erfolgten Betriebsübergang der ehemaligen BTK auf die SKK. Dabei verkennt der Kläger maßgeblich, dass zum damaligen Zeitpunkt die SKK eigens gegründet worden ist, um den operativen Bereich des Stauereibetriebs der stillgelegten BTK zu übernehmen. Die BTKI, die die Verwaltung des Stauereibetriebs führte und somit die Einlagerungsverträge mit den Kunden abschloss und das Stückgut (Ferroalloy-Container und Holz) in die von ihr angepachteten Lagerhallen bis zum Weitertransport aufnahm, kündigte seinerzeit sämtliche Werkverträge und Mietverträge mit der BTK, die die Wareneinlagerung mit den bei ihr angestellten Hafentarifern unter Verwendung der angemieteten Geräte und Fahrzeuge operativ durchführte, und schloss sodann eins zu eins die Werkverträge und Mietverträge betreffend die säch-

lichen Betriebsmittel mit der SKK neu ab. Die SKK übernahm als neue Subunternehmerin den Auftrag der BTKI und zusätzlich auch die sächlichen Betriebsmittel (Kräne, Tugmaster, Reachstaker, Gabelstapler), die zuvor von der BTK genutzt wurden.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der Fallkonstellation im Jahre 2005 maßgeblich.

b) Bei der SKK handelte es sich unstreitig nicht um ein reines Dienstleistungsunternehmen, sondern um einen Betrieb, der zur Durchführung seiner Dienstleistung zwingend auf bewegliche Güter von nennenswertem Umfang angewiesen ist.

Für den Transport der Ferroalloy-Container und der mit Holzstämmen beladenen Mafis von den Kaianlagen zu den Lagerhallen der BTKI war die SKK nicht nur auf Hafenarbeiter, sondern auch auf schwere Geräte und Fahrzeuge zwingend angewiesen. Allein durch Manpower waren die Transportarbeiten nicht zu bewältigen. Unstreitig hatte die SKK die hierfür erforderlichen Kräne, die Tugmaster, Reachstaker, Mafis und Gabelstapler von der Fa. TS E., Auftraggeberin der BTKI, angemietet. Bei der SKK handelte es sich mithin um ein sogenanntes betriebsmittelreiches Unternehmen.

aa) Von dem materiellen Betriebskapital der SKK hat die Beklagte indessen am 01.07.2011 unstreitig nur sieben Gabelstapler in der Form übernommen, dass sie in die entsprechenden Leasingverträge der Fa. TS E. eingetreten ist. Im Verhältnis zu dem gesamten der SKK zur Verfügung stehenden Betriebsmittel, stellten diese sieben Gabelstapler unstreitig nicht den wesentlichen und prägenden Anteil dar. Dies behauptet der Kläger auch nicht.

bb) Soweit der Kläger behauptet, die Beklagte habe zudem einen Kran über die Fa. S. von der TS E. zum 01.07.2011 übernommen, hat sie diesen bestrittenen Vortrag nicht unter Beweis gestellt. Die Beklagte hat letztlich unwiderlegt behauptet, dass die Fa. S. zwar einen der zwei im Eigentum der TS E. stehenden Kräne von dieser gekauft habe, dass der gekaufte Kran jedoch defekt gewesen sei und der Beklagten deshalb nicht habe zur Verfügung gestellt werden können. Zum Beweis des Gegen-

teils kann sich der Kläger auch nicht mit Erfolg auf eine entsprechende Pressemitteilung der Fa. S. berufen, aus der hervorgeht, dass die Fa. S. über „zwei leistungsstarke Kräne“ verfügt. Diese Pressemitteilung datiert vom 30.01.2012. Der Kläger hat gerade nicht dargelegt und bewiesen, dass die Fa. S. ihrer im operativen Geschäft tätigen Tochtergesellschaft, d. h. der Beklagten, bereits zum Zeitpunkt des angeblichen Betriebsübergangs Mitte 2011 einen zweiten Kran zur Verfügung gestellt hat. Der eine Kran stand bereits seit je her im Eigentum der Fa. S., den diese ihrer Tochtergesellschaft, der Beklagten, aber auch anderen am Hafen tätigen Stauerei- und Umschlagbetrieben (entgeltlich) zur Verfügung stellte. Dass die Fa. S. betrieb den von der TS E. gekauften Kran sogleich am 01.07.2011 in Betrieb nahm und der Beklagten zur Verfügung stellte, ist streitig. Die Beklagte hat schon erstinstanzlich vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass der von der Fa. TS E. gekaufte Kran defekt gewesen sei und daher der Beklagten nicht zur Verfügung gestellt werden konnte. Der darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat die gegenteilige Behauptung in der Berufungserwiderung indessen nicht unter Beweis gestellt, obgleich die Beklagte auch in der Berufungsbegründung auf Seite fünf unten / Seite sechs oben nochmals Beweis dafür angeboten hatte, dass ausschließlich die zuvor von der SKK genutzten sieben Gabelstapler nunmehr von ihr durch Eintritt in die entsprechenden Leasingverträge genutzt würden. Der auf Seite sieben der Berufungserwiderung benannte Zeuge F. sollte nur bekunden, dass die SKK (erstinstanzlich: Beklagte zu 1) neben den im Eigentum der Stadt K. bzw. der Fa. S. stehenden Kran auch einen weiteren, von der TS E. angemieteten Kran beim Entladen von Deckstransporten nutzte. Ob aber auch die Beklagte (erstinstanzlich: Beklagte zu 2) ab dem 01.07.2011 einen ehemals im Eigentum der Fa. TS E. stehenden Kran nahtlos von der SKK übernommen und weiterhin ununterbrochen genutzt hat, hat der Kläger nicht unter Beweis gestellt. Der strittigen Pressemitteilung vom 30.01.2012 ist gerade nicht zu entnehmen, seit wann die Fa. S. den zweiten leistungsstarken Kran in Betrieb genommen und der Beklagten zur Verfügung gestellt hat.

cc) Die Beklagte war auf die Übernahme der materiellen Betriebsmittel der SKK auch nicht angewiesen. Sie verfügte unstreitig bereits über eigene Tugmaster, Reachstaker und 16 Gabelstapler. Dies hatte die Beklagte bereits unbestritten in erster Instanz mit Schriftsatz vom 04.10.2011 (Seite 2 f.) sowie mit der Berufungsbegründung vom

28.12.2012 (Seite 6) vorgetragen. Dabei ist es völlig unerheblich, ob die Beklagte selbst Eigentümerin dieser bereits vorhandenen Betriebsmittel ist, diese geleast oder von ihrer Muttergesellschaft, der Fa. S., gemietet hat. Denn unstrittig verfügte zum Zeitpunkt des vermeintlichen Betriebsübergangs (01.07.2011) die Beklagte über die erforderlichen Betriebsmittel, um den Werkvertrag mit der Fa. S. nach wie vor erfüllen zu können.

dd) Entgegen der Ansicht des Klägers sind aber auch die Lagerhallen nicht von der SKK auf die Beklagte übergegangen. Die zwei strittigen Lagerhallen nebst Remise zählten gerade nicht zu den Betriebsmitteln der SKK. Der Betriebszweck der SKK bestand nicht in dem Stauen, d. h. Be- und Entladen der Schiffe, und der Einlagerung der Waren, sondern ausschließlich im Stauen der Waren. Die ehemalige BTK (Rechtsnachfolgerin der C.) hatte sich bereits geteilt in die zwei selbstständigen Betriebsbereiche BTK (gewerblicher Stauereibetrieb) und BTKI (verwaltungsmäßiger Stauereibetrieb mit dem Geschäftsziel, Be- und Entladeverträge mit den Reedereien über die Einlagerung von Waren abzuschließen, wobei der operative Bereich der Be- und Entladung outgesourct und auf die BTK übertragen wurde). Die BTKI hatte die SKK als Rechtsnachfolgerin der BTK damit beauftragt, die von Drittfirmen gelöschten Waren vom Pier abzuholen und in die Lagerhallen sowie aus den Lagerhallen heraus zu den Eisenbahnwaggons zu transportieren. Die Einlagerungsverträge hatte ausschließlich die BTKI abgeschlossen. Ihren Auftraggebern gegenüber war sie verpflichtet, die entsprechenden Waren nicht nur zu löschen bzw. zu stauen, sondern auch einzulagern. Demgegenüber war die SKK als Subunternehmerin der BTKI verpflichtet, die im Rahmen des Stauereibetriebs erforderlichen Transporte mittels Reachstaker, Tugmaster, Gabelstapler etc. zu übernehmen. Der Bereich der Einlagerung selbst, ist bei der BTKI geblieben. Sie war Pächterin der Lagerhallen und hat diese auch nicht weiterverpachtet an die SKK.

Die Beklagte hat die beiden Lagerhallen und die Remise unstrittig weder von der TS E. noch von der BTKI übernommen. Vielmehr hat die Fa. TS E. das Erbbaugrundstück, auf dem sich diese beiden Hallen und die Remise befinden, an die Fa. S. verkauft. Auch die Fa. S. hat die Lagerhallen unstrittig nicht an die Beklagte verpachtet,

sondern nutzt diese selbst, um ihren Kunden weitere, d. h. zusätzliche Lagerkapazitäten anbieten zu können.

c) Da es sich bei der Fa. SKK um einen sogenannten betriebsmittelreichen Betrieb handelte, scheidet ein Betriebsübergang bereits dann aus, wenn der vermeintliche Erwerber gerade nicht wesentliche und damit das Gewerbe prägende Teile der materiellen Aktiva vom bisherigen Inhaber übernimmt.

aa) Ungeachtet dessen hat die Beklagte aber auch unstreitig keine wesentlichen Teile des Personals, insbesondere kein Verwaltungspersonal, und deshalb auch nicht die immateriellen Betriebsmittel wie „Know-How“ bzw. „Goodwill“, also die Einführung des Unternehmens auf den Markt, von der SKK übernommen. Von den ehemals bei der SKK angestellten zwölf gewerblichen Arbeitnehmern hat die Beklagte nur vier Hafenerwerber neu eingestellt und damit ihren Mitarbeiterstamm von 43 auf 47 aufgestockt. Verwaltungs- und Führungspersonal der SKK hat die Beklagte unstreitig nicht übernommen. Es kann mithin keine Rede davon sein, dass die Beklagte die Hauptbelegschaft der SKK übernommen hat. Gegenteiliges behauptet der Kläger auch nicht.

bb) Bei der Beklagten handelt es sich nämlich um ein bereits seit Jahren am Ostufer tätiges und damit etabliertes Umschlagunternehmen. Es stand in Konkurrenz zur stillgelegten SKK. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall nachhaltig von der Fallkonstellation im Jahre 2005. Nach Stilllegung der BTK im Jahre 2005 wurde die SKK gegründet und übernahm sodann von der BTKI die Lösch- und Transportaufträge. Die SKK hatte nicht nur das von der BTK genutzte materielle Betriebskapital sondern auch die Betriebsorganisation der BTK insgesamt übernommen, insbesondere hat sie den Werkvertrag betreffend den Warentransport von der BTKI eins zu eins erhalten. Damit hat die SKK den „Goodwill“ der BTK, also die Einführung auf dem Markt, übernommen. Sie ist insbesondere in die einzige Kundenbeziehung der BTK, d. h. den Werkvertrag mit der BTKI, nahtlos eingetreten.

Vorliegend bestand aber schon eine langjährige Kundenbeziehung zwischen der Beklagten und der Fa. S.. Seit Jahrzehnten führt die Beklagte die Lösch- und Transportarbeiten für die Fa. S. aus. Sie bedurfte keiner Markteinführung mehr.

d) Für einen Betriebsübergang spricht auch nicht, dass die Beklagte in Kunden- oder Lieferantenbeziehungen der SKK eingetreten ist.

aa) Unstreitig hat die Beklagte nach wie vor nur einen einzigen Kunden, nämlich die Fa. S.. Die Beklagte fungiert seit Jahrzehnten als deren Subunternehmerin und führt ausschließlich für diese den Hafenumschlag und Warentransport durch. Natürlich profitiert die Beklagte, die ausschließlich das operative Geschäft der Stauerei durchführt, davon, wenn die Fa. S. weitere Lagerhallen übernimmt und somit zusätzliche Einlagerungsverträge akquiriert. Indessen hat die Beklagte selbst keinen Einfluss darauf.

bb) Ungeachtet dessen ist aber auch die Fa. S. nicht in die wesentlichen Kundenbeziehungen der ehemaligen BTKI, d. h. der einzigen Auftraggeberin der ehemaligen SKK, eingetreten. Die Beklagte hatte bereits erstinstanzlich und auch in der Berufungserwiderung vorgetragen, dass die BTKI und die SKK im Wesentlichen von dem Ferroalloy-Geschäft „lebten“. Mit dem Umschlag und der Einlagerung der Ferroalloy-Container erwirtschafteten sie unstreitig ihren ganz überwiegenden Umsatz. Unbestritten hat die Beklagte in der Berufungserwiderung vorgetragen, dass die drei namentlich benannten Hauptkunden der BTKI die Vertragsbeziehungen gekündigt hatten. Das ehemals mit der Fa. TS E. bestehende Ferroalloy-Geschäft wird aber unstreitig weder von der Fa. S. noch von der Beklagten fortgesetzt. Zudem hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, dass der Holzumschlag insgesamt nur ca. 20 % des Gesamtumsatzes ausmache. Von den verbleibenden weiteren 27 Kundenkontakten der BTKI zu Holzlieferanten habe die Fa. S. nur acht Geschäftskontakte aufgenommen.

Da der Umschlag und die Einlagerung der Ferroalloy-Container mithin den prägenden Anteil des Stauereibetriebs der BTKI und deren Subunternehmerin, der SKK,

war, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Fa. S. als Muttergesellschafterin der Beklagten, in die Geschäftsbeziehungen der BTKI eingetreten sei.

3. Dementsprechend ist es dem Kläger mithin nicht gelungen, schlüssig darzulegen und zu beweisen, dass der allein operativ tätige Stauereibetrieb der SKK auf die Beklagte gemäß § 613a BGB übergegangen ist.

III. Nach alledem war der Berufung stattzugeben und unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Revision wurde für den Kläger wegen rechtsgrundsätzlicher Bedeutung zugelassen, § 72 Abs. 2 ArbGG.