

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 5 Sa 367/12

1 Ca 2031 c/11 ArbG Kiel  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 13.06.2013

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 13.06.2013 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 18.10.2012 - Az.: 1 Ca 2031 c/11 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

-----

#### **Rechtsmittelbelehrung**

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

### Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.

Der am ....1968 geborene Kläger ist verheiratet, drei Kindern zum Unterhalt verpflichtet und seit dem 22.03.2006 einem Schwerbehinderten gleichgestellt. Der Kläger absolvierte seit dem Jahr 1984 bei der Beklagten eine Ausbildung zum Bauschlosser und wurde sodann von der Beklagten mit Wirkung ab dem 28.08.1987 als „Bauschlosser im Bereich FK in K.“ eingestellt (Arbeitsvertrag vom 28.08.1987, Bl. 7 f. d. A.). Die Abkürzung „FK“ bezeichnet den Bereich Überwasserschiffbau bzw. Handelsschiffbau bei der Beklagten. Die Kürzel „MF“, „HU“, „FU“ sowie derzeit „TU“ standen bzw. stehen für den Bereich Unterwasserschiffbau bzw. U-Bootbau. Das Monatsgehalt des Klägers betrug zuletzt € 3.315,89.

Der Kläger war zunächst bis 1996 in der Schiffsschlosserei im Überwasserschiffbau eingesetzt und arbeitete anschließend dort als Schiffbauer. Im März 2005 musste sich der Kläger einer Bandscheibenoperation mit anschließender Rehabilitation unterziehen. Anschließend wurde er aufgrund gesundheitlicher Probleme auf die Stelle eines Lageristen im Lager des Überwasserschiffbaus (Kostenstelle: 1607) versetzt. Ab dem 01.06.2010 wurde der Kläger im Lager des Stahlschiffbaus (Abteilung TUS) im Unterwasserschiffbau (im Folgenden: Lager TUS) eingesetzt. Zur gleichen Zeit herrschte im Bereich des Lagers im Überwasserschiffbau im größeren Umfang Kurzarbeit. Im Lager TUS werden die Teile für die stahlschiffbauliche Fertigung von U-Booten, d. h. im Wesentlichen die in der Brennerei zugeschnittenen Stahlplatten, bereitgestellt. Dort arbeiteten die Mitarbeiter D., K. und W.. Die Mitarbeiter D. und K. wurden zeitgleich mit der Umsetzung des Klägers in andere Abteilungen abgeordnet. Neben dem Lager TUS existiert im Bereich Unterwasserschiffbau noch ein Zentrallager (Abteilung TUP). Dort arbeiten 35 Mitarbeiter auf dem Niveau ausgebildeter Lagerfachkräfte.

Wegen fehlender Aufträge im Überwasserschiffbau traf die Beklagte die unternehmerische Entscheidung, sich zukünftig primär auf den Unterwasserschiffbau zu konzent-

rieren. In Umsetzung dieser Unternehmerentscheidung verkaufte sie mit Kaufvertrag vom 13.04.2010 den Bereich Überwasserschiffbau (ehemals H. G. GmbH, im Folgenden: Betriebsteil G.) mit Wirkung zum 01.09.2011 an die A. D. M. K. GmbH (im Folgenden: A. K.). Im Hinblick auf die Übertragung des Betriebsteils G. auf die A. K. vereinbarten die Betriebsparteien am 13.07.2010 einen Interessenausgleich (Bl. 41 ff. d. A.). In § 1 Interessenausgleich legten die Betriebsparteien fest, welche Arbeitsplätze von dem Betriebsteilübergang betroffen sind, insgesamt 180 Arbeitsplätze, und darunter vier Arbeitsplätze der Kostenstelle 1607 (Lageristen im Lager Überwasserschiffbau). Ausweislich der Protokollnotizen zum Interessenausgleich wurde der ursprünglich geplante Vollzugstag (Ablauf des 31.08.2010) mit Wirkung zum Ablauf des 31.10.2011 verschoben.

Die Beklagte unterrichtete den Kläger schriftlich im Juli 2011 über die bevorstehende Übertragung. Mit Schreiben vom 29.07.2011 widersprach der Kläger – zusammen mit weiteren 16 Mitarbeitern – dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A. K. (Bl. 40 d. A.). Vom 01.08. bis zum 26.09.2011 hatte der Kläger Urlaub. Nach Urlaubsrückkehr meldete sich der Kläger am 29.08.2011 im Lager TUS, wurde jedoch mit Schleifarbeiten in einer anderen Abteilung betraut. Ab dem 30.08. bis zum 23.09.2011 war der Kläger arbeitsunfähig krank und wurde sodann ab dem 24.09.2011 von der Arbeit freigestellt.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 19.09.2011 zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Wegen des Inhaltes des Anhörungsschreibens nebst Anlagen wird auf Bl. 36 - 39 d. A. verwiesen. Der Betriebsrat erklärte am 26.09.2011, dass er sich als abschließend gehört betrachte und gab keine weitere Stellungnahme ab. Nach Zustimmung des Amtes für Familie und Soziales der Landeshauptstadt K.. kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 25.10.2011 das Arbeitsverhältnis zum 31.05.2012. Der Kläger wurde bis zum Ablauf der Kündigungsfrist widerruflich von der Arbeitsleistung freigestellt.

Am 14.11.2011 hat der Kläger vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger hat gemeint,  
er sei vom Betriebsübergang nicht betroffen gewesen. Er habe von Juli 2010 bis zu seiner Freistellung im Lager TUS des Unterwasserschiffbaus gearbeitet. Er sei am 29.08.2011 nur kurzfristig für Schleifarbeiten in eine andere Abteilung geschickt worden. Von einem nur befristeten Einsatz im Lager TUS sei nicht die Rede gewesen. Vielmehr sei er als Ersatz für Herrn D. ins Lager TUS versetzt worden, der seinerseits dauerhaft in die Arbeitsvorbereitung versetzt worden sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei er auch mit den Lageristen im Bereich des Lagers TUS (Unterwasserschiffbau) vergleichbar. Er verfüge über die körperliche und geistige Eignung, besitze einen Führerschein für Flurförderfahrzeuge und funkgesteuerte Krane, er beherrsche das LFS-System zu 100 %. Das Bedienen von Transportleitsystemen sei Teil seiner Tätigkeit, genauso das Be- und Entladen von Fahrzeugen und Anhängern. Als ausgebildeter Schlosser könne er auch Bandsägen bedienen. Die Einarbeitungszeit für die im Übrigen gestellten Anforderungen betrage für den Kläger somit deutlich unter sechs Monaten. Zudem hat der Kläger die getroffene Sozialauswahl gerügt. Er sei mit sämtlichen Lageristen des Unterwasserschiffbaus, insbesondere Herrn S. W. und Herrn S. K. vergleichbar, da die Beklagte ihn sowohl im Überwasserschiffbau als auch im Unterwasserschiffbau eingesetzt habe. Sie könne sich damit nicht mehr auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag berufen. Schlussendlich habe sich die Beschäftigungssituation bei der Beklagten auch verbessert. Es seien freie Arbeitsplätze vorhanden, denn die Beklagte setzte Leiharbeitnehmer als Schlosser (= Konstruktionsmechaniker Ausrüstungstechnik), Maschinenschlosser (= Industriemechaniker Maschinenbau- & Systemtechnik) und Rohrschlosser (= Anlagenmechaniker Versorgungstechnik) ein. Als gelernter Bauschlosser könne er diese Arbeiten ebenfalls verrichten. Gesundheitliche Einschränkungen stünden dem nicht entgegen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 25.10.2011 – zugegangen am 25.10.2011 – nicht aufgelöst ist, sondern über den 31.05.2012 fortbesteht;

2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1 bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu 1 als Lagerist weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet,

der Arbeitsplatz des Klägers sei infolge des Betriebsteilübergangs, dem er widersprochen habe, weggefallen. Der Kläger sei ausschließlich für den Bereich Überwasserschiffbau eingestellt worden, sodass ein Einsatz im Unterwasserschiffbau nicht vom Direktionsrecht gedeckt sei. Aus diesen Gründen scheide auch eine Sozialauswahl mit den Lageristen im TUS Lager aus. Ungeachtet dessen sei er mit diesen Lageristen wegen fehlender SAP-Kenntnisse auch nicht vergleichbar. Der Einsatz des Klägers im Lager TUS ab Juni 2010 sei nur vorübergehend gewesen, da seinerzeit im Lager des Überwasserschiffbaus Kurzarbeit herrschte. Dies sei ihm so auch mitgeteilt worden. Zudem habe er dort auch nur einfache Arbeiten wie das Ein- und Auslagern von Bauteilen, die Wareneingangsprüfung und das Einlagern von Unterlieferantenmaterial ausgeführt. Der Lagerist D. sei nur vorübergehend an die Abteilung Arbeitsvorbereitung ausgeliehen worden. Jetzt sei er wieder im Lager TUS tätig und nehme nur noch teilweise Aufgaben in der Arbeitsvorbereitung wahr. Ein freier Arbeitsplatz im Lager TUS sei mithin nicht vorhanden. Einen zusätzlichen Beschäftigungsbedarf für einen Lageristen im U-Bootbau bestehe nicht. Folglich sei der Kläger ab Juli 2011 nicht mehr im U-Bootbau eingeplant gewesen. Er habe an einer Schweißschulung teilnehmen sollen. Der Kläger könne auch nicht aufgrund seiner Ausbildung zum Bauschlosser anderweitig eingesetzt werden. Diesen Ausbildungsberuf gebe es nicht mehr. Bauschlosser seien früher vorrangig im Handelsschiffbau eingesetzt worden, da dort im größeren Umfang einfache Metallkonstruktionen (Geländer, Fenster und Leitern) anzufertigen waren. Die Tätigkeit der Schlosser, Rohrschlosser und Maschinenschlosser sei sehr viel komplexer. Ungeachtet dessen könne der Kläger auch aus gesundheitlichen Gründen infolge seines erlittenen Bandscheibenvorfalles die Tätigkeit eines Schlossers nicht mehr wahrnehmen. Dies ergebe sich aus der betriebsärztlichen Stellungnahme vom 15.08.2012 (Bl. 157 f. d. A.). Auch im Zentrallager (Abteilung TUP) könne der Kläger nicht eingesetzt werden. Dort

würden 35 Mitarbeiter auf dem Niveau ausgebildeter Lagerfachkräfte arbeiten. Es bedürfe einer Einarbeitungszeit von mindestens 1,5 Jahren.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage mit Urteil vom 18.10.2012 stattgegeben. Die streitgegenständliche Kündigung sei sozialwidrig. Der Betriebsteilübergang habe nicht zum Wegfall des klägerischen Arbeitsplatzes geführt. Der Kläger sei aufgrund der im Arbeitsvertrag vereinbarten Zuweisung zum Überwasserschiffbau nur formell vom Betriebsteilübergang betroffen, tatsächlich sei er dort zum Zeitpunkt des Übergangs indessen seit mehr als einem Jahr nicht beschäftigt worden. Der Betriebsteilübergang sei mithin nicht kausal für den Wegfall des klägerischen Arbeitsplatzes im Lager TUS geworden. Die Beklagte habe auch nicht substantiiert dargelegt, dass zwischen den Parteien nur ein befristeter Einsatz im Lager TUS vereinbart worden sei. Es komme auch nicht darauf an, ob der Kläger habe damit rechnen müssen, wieder in den Überwasserschiffbau zurückzukehren. Rein tatsächlich habe der Kläger zuletzt seit mehr als einem Jahr im Lager TUS gearbeitet. Der Betriebsteilübergang und der Widerspruch des Klägers hätten daher nicht kausal werden können für einen Arbeitskräfteüberhang bei der Beklagten. Die Beklagte habe aber auch nicht substantiiert dargelegt, dass der zuletzt besetzte Arbeitsplatz im Lager TUS entfallen sei. Insbesondere habe die Beklagte nicht vorgetragen, in welchem Umfang der Zeuge D. nunmehr wieder im Lager TUS arbeite, da dieser unstreitig auch weiterhin in der Arbeitsvorbereitung arbeite. Die Beklagte könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie den Kläger aufgrund der arbeitsvertraglichen Klausel kraft Direktionsrecht nicht im Unterwasserschiffbau einsetzen könne. Der im Jahr 1988 geschlossene Arbeitsvertrag sei nicht mehr maßgeblich. Beide Parteien hätten das Arbeitsverhältnis über Jahre hinweg anders ausgeübt als vereinbart. Unstreitig sei der Kläger seit langem nicht mehr als Bauschlosser beschäftigt worden. Auf die strittigen Fragen vorhandener freier und vergleichbarer Arbeitsplätze sowie der Sozialauswahl komme es nicht mehr an.

Gegen dieses ihr am 15.11.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 23.11.2012 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 15.02.2013 am 15.02.2013 begründet.

Die Beklagte wiederholt

und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Das angefochtene Urteil beruhe auf einer fehlerhaften Würdigung des Sachverhalts. Der klägerische Einsatz im Lager TUS sei einvernehmlich und im Interesse des Klägers nur vorübergehend gewesen. Folglich sei der Kläger bis zuletzt dem Überwasserschiffbau zugeordnet gewesen. Er sei buchhalterisch nach wie vor auf der Kostenstelle 1607 geführt worden. Es habe weder eine Vertragsänderung noch eine dauerhafte Versetzung in den Unterwasserschiffbau gegeben. Vielmehr habe der Zeuge K. dem Kläger zur Minderung der sozialen Nachteile aus der Kurzarbeit das Angebot unterbreitet, anstelle in Kurzarbeit zu gehen vorübergehend im Lager TUS zu arbeiten. Dabei sei beiden Seiten bewusst gewesen, dass der dortige Einsatz aufgrund des Kaufvertrages vom 13.04.2010 mit dem Betriebsübergang des Bereichs Überwasserschiffbau auf die A. Kiel enden würde. Das Angebot des vorübergehenden Einsatzes im Unterwasserschiffbau habe der Kläger konkludent angenommen. Der Kläger sei nur bis Ende Juli 2011 tatsächlich im Lager TUS tätig gewesen. Nach Urlaubsrückkehr am 29.08.2011 habe sie eine weitere Beschäftigung des Klägers im Lager TUS abgelehnt und ihn in einer anderen Abteilung mit Schleifarbeiten betraut. Danach sei er ab dem 30.08.2011 krank gewesen und danach freigestellt worden. Der Kläger sei mithin zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs gar nicht mehr tatsächlich im Lager TUS beschäftigt gewesen. Ungeachtet dessen komme es im Rahmen des Betriebsübergangs auch nicht auf die tatsächliche Beschäftigung sondern auf die organisatorische Zugehörigkeit des Arbeitsplatzes an. Es sei auch kein freier Arbeitsplatz bzw. Beschäftigungsbedarf im Lager TUS vorhanden. Der dortige Einsatz des Klägers sei durch einen Ringtausch möglich geworden. Die qualifizierten Lageristen D. und G. seien wegen kapazitätsbedingter Unterauslastung im Lager TUS vorübergehend in anderen Bereichen eingesetzt worden, sodass die Beschäftigung des Klägers mit Hilfstätigkeiten möglich gewesen sei. Erst zum 01.01.2012 sei der Zeuge G. ins Lager TUS zurückgekehrt. Wegen der auftragsbedingt ohnehin geringen Auslastung im Lager TUS sei für den Kläger kein Ersatz eingestellt worden. Von Anfang September 2011 bis Ende 2012 sei dort ein Arbeitskräfteüberhang zu verzeichnen. Dies ergebe sich aus der graphischen Darstellung der Anlage B10 (Bl. 244 d. A.).

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 18.10.2012, Az. 1 Ca 2031 c/11, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt

das angefochtene Urteil. Sein Einsatz im Lager TUS sei gerade nicht vorübergehend gewesen, da von Anfang an unklar gewesen sei, wann dieser beendet werden sollte. Es habe keine konkrete Vereinbarung geben, bis wann sein Einsatz im Lager TUS befristet werden sollte. Er habe im Lager TUS auch nicht nur Hilfsarbeiten verrichtet. Dass er die SAP nicht vollends beherrsche, liege nur daran, dass die Beklagte ihm eine entsprechende Schulung verwehrt habe.

Die Berufungskammer hat Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, der Erste Werker K. habe dem Kläger bei Beginn seiner Tätigkeit im TUS Lager erklärt, dass sein dortiger Einsatz nur vorübergehend sei, durch Vernehmung des Zeugen K.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 13.06.2013 verwiesen.

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 13.06.2013 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist an sich statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und rechtzeitig sowie ordnungsgemäß begründet worden, §§ 66 Abs. 1 und Abs. 2 c), 64 Abs. 6 ArbGG, 519 Abs. 2, 520 ZPO.

I. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Beru-

fungskammer fest, dass der klägerische Arbeitsplatz nicht durch den Betriebsteilübergang in Wegfall geraten ist. Der Kläger war zum Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs nicht mehr dem Betriebsteil Überwasserschiffbau zugeordnet (1.). Die Beklagte hat nicht darzulegen vermocht, dass der Arbeitsplatz des Klägers im TUS Lager weggefallen ist (2.).

Der Kündigungsschutzantrag des Klägers ist begründet. Die streitgegenständliche Kündigung vom 25.10.2011 ist nicht durch dringende betriebliche Gründe gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt.

1. Durch den unstreitig mit Wirkung zum 01.09.2011 gemäß § 613a Abs. 1 BGB vollzogenen Betriebsteilübergang des Bereichs Überwasserschiffbau auf die A. K. ist der Arbeitsplatz des Klägers nicht weggefallen. Der Betriebsteilübergang ist nicht kausal geworden für den Wegfall des klägerischen Arbeitsplatzes.

a) Eine Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen, die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einen Grund zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung abgeben können, gehören die Stilllegung des gesamten Betriebs, einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber (BAG, Urte. v. 27.09.2007 – 8 AZR 941/06 -, juris).

Der Arbeitsplatz entfällt auch dann, wenn der Arbeitnehmer einem Betriebsteilübergang widersprochen hat. Ein Betriebsteilübergang i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt, dass die Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit gewahrt bleibt. Eine wirtschaftliche Einheit besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen, die auf Dauer angelegt wirtschaftliche Tätigkeit mit eigener Zielsetzung ausüben soll. Handelt es sich nach diesen Grundsätzen um einen Betriebs(-teil)übergang, betrifft er nur Arbeitnehmer, die in den übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert waren. Es genügt nicht, dass sie Tätigkeiten für den übertragenen Teil verrichteten, ohne in dessen Struktur eingebunden ge-

wesen zu sein (st. Rspr., vgl. nur: BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 948/08 -, juris). Durch den Widerspruch des Arbeitnehmers gemäß § 613a Abs. 6 BGB wird der Eintritt der Rechtsfolgen des § 613a BGB verhindert. Das Arbeitsverhältnis besteht so dann mit dem Arbeitgeber/Veräußerer fort, obgleich der Arbeitsplatz auf den Erwerber des Betriebsteils übergegangen und damit beim Arbeitgeber/Veräußerer weggefallen ist.

Einer betriebsbedingten Kündigung steht § 613 a Abs. 4 BGB nicht entgegen. Diese Vorschrift schützt nur vor einer Kündigung wegen des Betriebsübergangs, greift aber nicht ein, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat und der Betriebsveräußerer das Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit für den widersprechenden Arbeitnehmer wegen des Betriebsübergangs geltend macht (BAG, Urt. v. 24.02.2000 – 8 AZR 167/99 -, juris).

**b)** Hieran gemessen ist der dem Kläger zum Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs zugewiesene Arbeitsplatz nicht durch den Betriebsteilübergang bei der Beklagten weggefallen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger bereits seit Juni 2010 nicht mehr dem Lager im Überwasserschiffbau zugeordnet war. Er hatte kraft einvernehmlicher Zuweisung seit dem 01.06.2010 einen Arbeitsplatz im TUS Lager und war damit dem Bereich Unterwasserschiffbau zugeordnet. Für einen nur befristeten Einsatz im Unterwasserschiffbau hat die Beklagte den Beweis nicht erbracht.

**aa)** Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, gehen nach dieser Bestimmung die zur Zeit des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den neuen Inhaber über. Geht lediglich ein Betriebsteil auf einen anderen Inhaber (hier: A. K.) über, wie dies vorliegend für den Bereich des Überwasserschiffbaus der Beklagten der Fall war, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer dem entsprechenden Betriebsteil zum Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs angehört, damit sein Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergeht (LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.05.2004 – 9 (14) Sa 1691/03 -, juris; BAG, Urt. v. 25.09.2003 – 8 AZR 446/02 -, juris). Im Umkehrschluss folgt daraus aber auch, dass der Widerspruch des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB nur dann zum Wegfall seines

Arbeitsplatzes beim „alten“ Arbeitgeber führt, wenn er, der Arbeitnehmer, dem übergebenen Betriebsteil zugeordnet war. Der Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsteilübergang auf die A. K. ist mithin nur dann kausal für den Wegfall seines Arbeitsplatzes bei der Beklagten geworden, wenn er zum Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs dem Überwasserschiffbau zugeordnet worden wäre.

**bb)** Dies ist vorliegend indessen nicht der Fall. Der Kläger war seit Juni 2010 dem Bereich Unterwasserschiffbau zugeordnet. Die Zuordnung zu einem Arbeitsbereich obliegt grundsätzlich kraft seiner unternehmerischen Organisationsgewalt bzw. dem Direktionsrecht gemäß § 106 GewO dem Arbeitgeber.

**(1)** Hiergegen kann die Beklagte auch nicht mit Erfolg einwenden, dass der Kläger ausweislich des zugrunde liegenden Arbeitsvertrages ausschließlich für den Bereich Unterwasserschiffbau eingestellt worden sei. Dies ist zwar richtig, schließt indessen eine einvernehmlich ausdrückliche oder konkludente Änderung des Arbeitsbereichs nicht aus. Vorliegend ist der Kläger mit Wirkung ab dem 01.06.2010 aus dem Lager im Überwasserschiffbau, in welchem Kurzarbeit herrschte und ein Arbeitsbedarf für den Kläger nicht mehr vorhanden war, abgezogen und ihm ein Arbeitsplatz im TUS Lager, d. h. im Bereich des Unterwasserschiffbaus, zugewiesen worden. Die Beklagte hat dem Kläger mithin lange vor dem vollzogenen Betriebsteilübergang einen Arbeitsplatz im Bereich des Unterwasserschiffbaus zugewiesen. Der Kläger war mit dieser Zuweisung eines neuen Arbeitsbereichs auch einverstanden, sodass von einer konkludenten Änderung des ursprünglich vereinbarten Arbeitsbereichs auszugehen ist.

**(2)** Dem steht auch nicht entgegen, dass der Kläger dem Betriebsübergang mit Schreiben vom 29.07.2011 gemäß § 613a Abs. 6 BGB widersprochen hat. Der Widerspruch war lediglich eine Reaktion auf die zuvor erfolgte Unterrichtung der Beklagten gemäß § 613a Abs. 5 BGB. Insbesondere vermag der Widerspruch nichts an der Zuordnung des Klägers zum Bereich Unterwasserschiffbau zu ändern. Vielmehr ging der Widerspruch vor dem Hintergrund, dass der Kläger dem Bereich Überwasserschiffbau längst nicht mehr angehört „ins Leere“.

**(3)** Die Beklagte hat nicht bewiesen, dass der Einsatz des Klägers im TUS Lager von vornherein nur befristet – längstens bis zum Betriebsteilübergang – war.

Insbesondere belegt nicht der Umstand einen nur vorübergehenden Einsatz des Klägers im TUS Lager, dass dieser Ende August 2011 buchhalterisch nach wie vor unter der Kostenstelle 1607, d. h. derjenigen im Lager des Überwasserschiffbaus, geführt wurde. Denn unstreitig war der Kläger seit Juni 2010 nicht mehr in diesem Bereich beschäftigt. Die Zuordnungsentscheidung des Arbeitgebers hat nichts mit der personalverwaltungsmäßigen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses zu tun. Soweit sich die Beklagte durch diese buchhalterische Verfahrensweise vorbehalten haben sollte, den Kläger je nach Beschäftigungsbedarf im TUS Lager, spätestens zum Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs in den Bereich des Überwasserschiffbaus zurückzubeordern, handelt es sich hierbei um einen geheimen Vorbehalt, den sie gerade nicht mit dem Kläger kommunizierte. Die Wirksamkeit der konkludenten (dauerhaften) Einigung der Änderung des Einsatzbereiches, d. h. den Einsatz des Klägers mit Wirkung ab dem 01.06.2010 im Unterwasserbereich, wird durch einen etwaigen geheimen Vorbehalt nach § 116 BGB nicht berührt.

**(4)** Die mit Wirkung zum 01.06.2010 getroffene einvernehmliche Zuordnung des Klägers zum Bereich Unterwasserschiffbau ist auch nicht wegen fehlender Beteiligung des Betriebsrats unwirksam. Die Beklagte verkennt insoweit den Unterschied zwischen der individualrechtlichen bzw. arbeitsvertraglichen und der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene einer Versetzung. Die Befugnis des Arbeitgebers zur Versetzung kann sich aus seinem Direktionsrecht oder aus einer einvernehmlichen oder mittels Änderungskündigung erzwungenen Vertragsänderung ergeben. Vorliegend haben die Parteien konkludent einvernehmlich den ursprünglich vereinbarten Arbeits- bzw. Einsatzbereich des Klägers dahingehend geändert, dass er ab dem 01.06.2010 im Bereich Unterwasserschiffbau arbeitet. Nachfolgend bzw. vorliegend zeitgleich hat die Beklagte dem Kläger den Arbeitsplatz im TUS Lager tatsächlich zugewiesen. Hierdurch wurde die einvernehmliche Versetzungsvereinbarung tatsächlich umgesetzt. Das Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG knüpft nicht an die zugrundeliegende schuldrechtliche Versetzungsregelung als Rechtsgeschäft, sondern an die tatsächliche Zuweisung des anderen Arbeitsbereichs als Realakt an (Fitting,

BetrVG, 26. Aufl., Rn. 120 zu § 99). Aus diesem Grunde wird die einvernehmliche Änderung des Einsatzbereichs nicht dadurch nichtig, dass der Betriebsrat zur Versetzung nicht angehört worden ist. Für eine einvernehmliche Vertragsänderung zum Zwecke der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs ist die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung oder ihre gerichtliche Ersetzung als solche keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Die §§ 99 ff. BetrVG enthalten im Unterschied zu § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass eine mitbestimmungswidrig durchgeführte Versetzung mit der Unwirksamkeit der zu ihrer Durchsetzung ausgesprochenen Änderungskündigung bzw. abgeschlossenen Änderungsvertrages einherginge (vgl. BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 2 AZR 491/09 -, juris). Vielmehr kann der Betriebsrat im Falle der Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte nach § 99 Abs. 1 BetrVG einen Antrag nach § 101 BetrVG auf Aufhebung der personellen Maßnahme stellen.

**(5)** Schlussendlich hat die Beklagte auch nicht zu beweisen vermocht, dass die einvernehmliche Zuweisung eines Arbeitsplatzes im TUS Lager und damit die Zuordnung zum Unterwasserschiffbau übereinstimmend nur von vorübergehender Dauer sein sollte. Die Beklagte hat sich diesbezüglich auf den Zeugen K., den ersten Werker im TUS Lager, berufen. Der Zeuge K. hat indessen die Behauptung der Beklagten gerade nicht bestätigt, er, der Zeuge, habe dem Kläger vor dessen Einsatz im TUS Lager ausdrücklich gesagt, dass es sich nur um einen befristeten Einsatz als Ersatzkraft für den anderweitig abgeordneten Mitarbeiter D. handele und er, der Kläger, folglich nach Rückkehr des Mitarbeiters D. wieder in den Handelsschiffbau zurückkehren sollte. Vielmehr hat der Zeuge auch auf mehrfache Nachfrage ausgesagt, dass er mit dem Kläger über die Dauer seines Einsatzes im TUS Lager überhaupt nicht geredet habe. Er habe ihm lediglich Arbeit zugewiesen.

Die Beklagte hat mithin nicht bewiesen, dass sie dem Kläger mit dessen Einverständnis nur befristet einen Arbeitsplatz im TUS Lager zugewiesen hat. Vielmehr musste der Kläger gerade vor dem Hintergrund, dass im Bereich des Handelsschiffbaus keine Arbeit mehr vorhanden war und dort Kurzarbeit herrschte, davon ausgehen, dass die Beklagte ihn dauerhaft in den U-Bootbereich, wo offenbar Arbeitsbedarf herrschte, übernimmt. Die Kammer nimmt der Beklagten auch nicht ab, dass sie

den Kläger rein aus altruistischen Gründen, um ihm etwas Gutes zu tun, einvernehmlich ins TUS Lager versetzte, damit dieser nicht in Kurzarbeit gehen musste. Da die Kurzarbeit im Handelsschiffbau unstreitig zum 31.03.2011 endete, hätte sie den Kläger spätestens dann wieder zurückversetzen müssen. Vielmehr steht zu vermuten, dass die Beklagte den Kläger nur deshalb bat, künftig im U-Bootbereich und dort im TUS Lager zu arbeiten, weil dort auch ein entsprechender Beschäftigungsbedarf vorhanden war. Die Beklagte hat nicht den Beweis erbracht, dass sie (welcher Mitarbeiter?) dem Kläger von Anfang an mitgeteilt habe, dass er nur vorübergehend im U-Bootbereich eingesetzt werde. Der Zeuge K. hat dem Kläger gegenüber eine derartige Erklärung jedenfalls nach dem eindeutigen Ergebnis der Beweisaufnahme nicht abgegeben.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Zeuge K. das Arbeitsangebot des Klägers nach dessen Widerspruch vom 29.07.2011 und anschließender Urlaubsrückkehr am 29.08.2011 abgelehnt und ihn an dessen „personalführende Stelle“ verwiesen hat. Zu jenem Zeitpunkt war der Kläger bereits kraft konkludenter Vertragsänderung dem Unterwasserschiffbau zugeordnet. Mit Blick auf den unmittelbar bevorstehenden Betriebsteilübergang war die hierin enthaltene mögliche „Rückversetzung“ des Klägers zum Überwasserschiffbau rechtsmissbräuchlich gemäß § 242 BGB. Zu jenem Zeitpunkt arbeitete der Kläger bereits aufgrund einer einvernehmlichen und nicht befristeten Versetzung im Bereich des Unterwasserschiffbaus. Kraft einvernehmlicher Zuordnungsentscheidung gehörte er dem Unterwasserschiffbau an. Im Übrigen hat die Beklagte noch nicht einmal substantiiert dargelegt, dass der Kläger am 29.08.2011 tatsächlich nach eineinviertel Jahren erstmals wieder im Bereich des Überwasserschiffbaus gearbeitet hat. Vielmehr steht lediglich fest, dass der Kläger mit Schleifarbeiten betraut worden ist. In welchem Bereich diese Arbeiten erfolgten, konnte nicht geklärt werden. Ungeachtet dessen reicht es für Betriebsteilübergang nicht aus, dass ein Beschäftigter einer nicht übertragenen Betriebsabteilung (hier: Unterwasserschiffbau) für einen einzigen Tag unmittelbar vor dem Betriebsteilübergang Tätigkeiten für den übertragenen Betriebsteil (hier: Überwasserschiffbau) verrichtet hat (LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.05.2004 - 9 (14) Sa 1691/03 -, juris).

Demzufolge ist der Übergang des Betriebsteils Überwasserschiffbau auf die A. K. nicht kausal geworden für den behaupteten Wegfall des klägerischen Arbeitsplatzes.

**2.** Die Beklagte hat aber auch nicht dargelegt, dass der Arbeitsplatz des Klägers im TUS Lager durch außerbetriebliche Umstände weggefallen ist. Sie hat sich hilfsweise darauf berufen, dass seit September 2011 bis Ende 2012 ein von der geringen Auftragslage bedingter Arbeitskräfteüberhang im Bereich des TUS Lager zu verzeichnen gewesen sei.

**a)** Im Kündigungsschutzprozess hat der darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber vorzutragen, durch welche außer- oder innerbetrieblichen Umstände der Beschäftigungsbedarf für den zu kündigenden Arbeitnehmer entfallen ist. Ein derartiger außerbetrieblicher Grund ist (nur) dann als Kündigungsgrund geeignet, wenn durch ihn ein Überhang an Arbeitskräften herbeigeführt wird, durch den unmittelbar oder mittelbar das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Nicht erforderlich ist, dass der Wegfall eines ganz bestimmten Arbeitsplatzes dargetan wird; genügend - aber auch erforderlich - ist die Darlegung eines kausalen Zusammenhanges zwischen dem behaupteten außerbetrieblichen Umstand und einem Überhang an Arbeitskräften. Von Auftragsmangel kann dann gesprochen werden, wenn die für den jeweiligen Betrieb vorhandenen Aufträge auch bei sinnvoller innerbetrieblicher Disposition nicht ausreichen, um die vorhandene sächliche und personelle Kapazität des Betriebes auszulasten. Um einen Auftragsmangel feststellen zu können, muss man also einen Größenvergleich zwischen der gegebenen Arbeitskapazität des Betriebes und dem Volumen des Auftragsbestandes vornehmen (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.12.2003 – 10 Sa 1087/03 -, juris).

**b)** Diesen Darlegungsanforderungen hat die Beklagte auch in der Berufungsbeurteilung nicht entsprochen. Sie hat zwar dargelegt, dass im TUS Lager die Stahlplatten für die Fertigung der U-Boote bereitgestellt würden, die dann in der Brennerei „zugeschnitten“ und anschließend zu Baugruppen zusammengeschweißt würden. Die geringe Auftragslage ab September 2011 habe sich mithin auch unmittelbar auf den schwindenden Arbeitskräftebedarf in der Brennerei und im TUS Lager ausgewirkt. Diesbezüglich hat sich die Beklagte auf die graphische Darstellung der Anlage

B10 berufen. Die grau schraffierte Fläche zeige die Belastung, somit die Anzahl an benötigten Fertigungsstunden, also Arbeitsstunden, und damit auch Zulieferkapazität aus dem TUS Lager beschrieben sei. Die gestrichelte Linie (angepasste Kapazität) beschreibe die tatsächlich im Bereich Brennerei und Lager zur Verfügung stehenden Mitarbeiterstunden exklusive derjenigen Mitarbeiter, die in andere Abteilungen verliehen worden oder im Urlaub seien. Hieraus folge, dass ab September 2001 bis Ende 2012 prognostisch und tatsächlich zwischen ein und drei Mitarbeitern zu viel im TUS Lager vorhanden gewesen seien.

Die Beklagte hat indessen schriftsätzlich zur konkreten Auftragsentwicklung zwischen Juni 2010 und Ende 2012 keine konkreten Angaben gemacht. Insbesondere lässt sich ihrem Vortrag nicht entnehmen, dass es überhaupt im Unterwasserschiffbau einen Auftragschwund gegeben und inwieweit sich dieser auf den Arbeitskräftebedarf im TUS Lager ausgewirkt hat. Ein kausaler Zusammenhang zwischen Auftragsrückgang und Arbeitskräfteüberhang wurde gerade nicht aufgezeigt. Die graphische Darstellung in der Anlage B10 ersetzt einen konkreten, mit Zahlen belegten und damit nachvollziehbaren Sachvortrag nicht. Die Kammer ist auch nicht verpflichtet, sich möglichen Sachvortrag der Beklagten aus der Anlage B10 bzw. aus der dortigen graphischen Darstellung und den tabellarisch aufgelisteten Zahlen, die die Beklagte nicht im Ansatz erläutert hat, „herauszulesen“. Der Vortrag der Beklagten erweist sich somit als schlagwortartig und pauschal und ist damit unsubstantiiert. Das Beweisangebot durch Vernehmung des Zeugen M.. liefere mithin auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.

Die Beklagte hat demzufolge auch nicht darzulegen vermocht, dass der dem Kläger im Juni 2010 kraft einvernehmlicher Versetzung dauerhaft zugewiesene Arbeitsplatz im Lager TUS zum 31.05.2012 weggefallen ist.

**II.** Nach alledem war die Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG zurückzuweisen.

Ein gesetzlich begründbarer Anlass zur Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG lag nicht vor.

gez. ...