

LANGFASSUNG
**Einsatz von Leiharbeitnehmern /
freien Mitarbeitern als
betriebsbedingter Kündigungsgrund**

Jan-Marcus Rossa
Rechtsanwalt

Rheinische Arbeitsrechtstage
23. April 2010



Themenübersicht

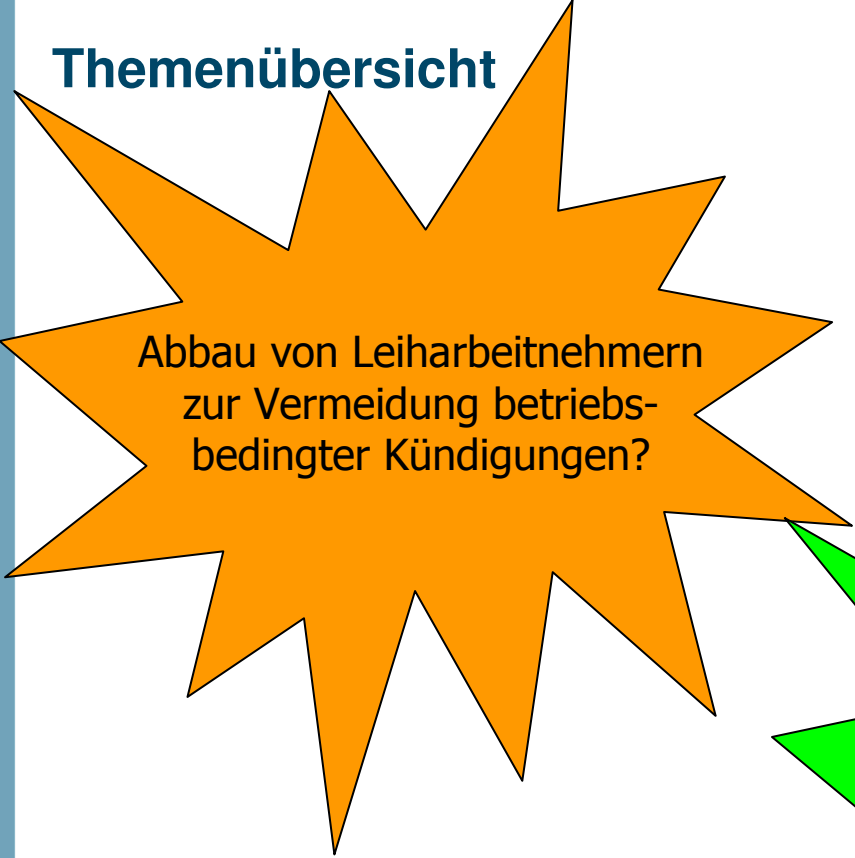


Substitution von AN durch
freie Mitarbeiter




Substitution von AN
durch Leiharbeitnehmer

Themenübersicht



Abbau von Leiharbeitnehmern
zur Vermeidung betriebs-
bedingter Kündigungen?



Betriebsvereinbarungen über
Leiharbeitnehmerquoten
& Auswirkungen auf den
Kündigungsschutz

Substitution von AN:

Rechtliche Einordnung

§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG:
Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch (...) dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des AN in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

1. Teil: Substitution von AN durch freie Mitarbeiter

■ Sachverhalt:

AG trifft unternehmerische Organisationsentscheidung, Arbeitsaufgaben statt - wie bislang - durch eigene AN erbringen zu lassen, von freien Mitarbeitern / Dienstleistern / Werkleistern „einzukaufen“ („Outsourcing“). In Folge dessen entfällt der bisherige Arbeitsplatz der AN.

■ Rechtsfrage:

Betriebsbedingte Kündigung des AN durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt?

1. Teil: Substitution von AN durch freie Mitarbeiter

■ BAG v. 09.05.1996 – 2 AZR 438/95 – „Weight-Watchers-Entscheidung“

Sachverhalt: Einführung eines neuen Vertriebssystems durch Einsatz von selbständigen Gruppenleitern auf Grundlage von sog. Partnerverträgen statt durch eigene, regional organisierte AN

Entscheidung: es bleibt dem AG überlassen, wie er das Unternehmensziel möglichst zweckmäßig und kostengünstig am Markt verfolgt, inkl. Entscheidung über Vertragsform der Vertriebsmitarbeiter: freie Dienstleister oder AN

■ Ebenso: LAG Baden-Württemberg v. 14.12.1999 – 18 Sa 57/99 (a.A. Preis, NZA 1997, 1073: betriebsbedingte Kündigung zur Auswechslung des Vertragstyps sei wie Austausch Kündigung unwirksam)

■ Beachte: Betriebsübergang durch Outsourcing, ggf. Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen, § 613a Abs. 4 BGB; fraglich: Wahrung des Betriebscharakters, wenn Dienstleistungs- und Produktionsfaktoren weiterhin vom AG gestaltet werden? Zusammenfallen von AN- und AG-Stellung als BÜ? im Ergebnis für AG irrelevant, der nur Dienstleistung einkauft und für Vergütung des freien Mitarbeiters nicht verantwortlich ist

1. Teil: Substitution von AN durch freie Mitarbeiter

■ BAG v. 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06 – „Plakatwerbung-Entscheidung/Moskito-Anschläger“

Sachverhalt: Ein Plakatwerbeunternehmen trifft die unternehmerische Organisationsentscheidung, Plakatierungsarbeiten künftig nicht mehr von eigenen Außendienstmitarbeitern, sondern von freien Subunternehmern erbringen zu lassen.

Entscheidung: Von Unternehmerfreiheit gedeckt, wenn der AG sich entschließt, Arbeiten nicht von eigenen AN, sondern von Dritten vornehmen zu lassen. AG kann auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen, muss aber auch die nachteiligen Folgen in Kauf nehmen, z.B. Verzicht auf das Direktionsrecht ≠ „*schlichtes Abstreifen des Bestandsschutzes unter Beibehaltung des Weisungsrechts*“

Kündigung von AN zum Einsatz freier Mitarbeiter ist zulässig!

2. Teil: Substitution von AN durch Leiharbeitnehmer

■ Sachverhalt:

AG trifft unternehmerische Organisationsentscheidung, Arbeitsaufgaben statt - wie bislang - durch eigene AN durch AN eines Dritten erbringen zu lassen. Allerdings werden diese Fremdarbeitnehmer betrieblich eingegliedert und unterliegen dem Weisungsrecht des AG, z.B. Leiharbeitnehmer. In Folge dessen soll eigenen AN gekündigt werden.

■ Rechtsfrage:

Betriebsbedingte Kündigung der AN durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt?

2. Teil: Substitution von AN durch Leiharbeitnehmer

■ BAG v. 26.09.1996 – 2 AZR 200/96 – „Crewing-Fall“

Sachverhalt: Reederei entschied sich, statt eigener AN Kapitäne und 1. Offiziere einer ausländischer Crewing-Firma auf durch sie bereederten Schiffen einzusetzen; Reederei erteilte diesen – wie bisher – Weisungen und bestimmte den Schiffsbetrieb (Ladung, Frachtraten und Einsatzplanung der Schiffe inkl. Terminplan und anzulaufender Häfen)

Entscheidung: Reederei hat gegenüber Kapitän und 1. Offizier gleiche Stellung **wie gegenüber einem ausgeliehenen, in seinem Betrieb beschäftigten AN!**

- Unternehmerisches Konzept, mit eigenen Arbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze für den Einsatz von entliehenen Arbeitnehmern frei zu kündigen, stellt **kein dringendes betriebliches Erfordernis** i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG dar;
- der bisherige Beschäftigungsbedarf fällt bei betrieblicher Eingliederung und Weisungsrecht der Reederei nicht weg;
- unternehmerische Entscheidung, Stellung als Vertrags-AG aufzugeben und deren formale Ausübung einem Dritten zu überlassen, betrifft nur einen kleinen Teilbereich der typischen AG-Funktionen

2. Teil: Substitution von AN durch Leiharbeitnehmer

BAG v. 26.09.1996 – 2 AZR 200/96 – „Crewing-Fall“ verweist auf:

- **BAG v. 18.10.1994 – 1 ABR 9/94:** Mitbestimmung des BR beim Einsatz von Fremdpersonal nach § 99 BetrVG besteht nur bei Einstellung = Fremdpersonal ist in den Betrieb eingegliedert, d.h. verrichten mit den eigenen AN im Betrieb eine Tätigkeit, die
 - weisungsgebunden ist,
 - der Verwirklichung der arbeitstechnischen Zwecke des Betriebs dient und
 - daher vom AG (Entleiher) organisiert wird.
- **BAG v. 09.11.1994 – 7 AZR 217/94:** AN-Überlassung liegt vor, wenn
 - Werk-/Dienstleister nicht über die betrieblichen und personellen Voraussetzungen verfügt, die Tätigkeit der AN bei einem Dritten vor Ort zu organisieren und ihnen Weisungen zu erteilen

2. Teil: Substitution von AN durch Leiharbeitnehmer

■ BAG v. 16.12.2004 – 2 AZR 66/04

Sachverhalt: Übertragung von Arbeitsvolumen auf Dienstleister; dessen Arbeitnehmer wurden aber in den Betrieb des AG eingegliedert und von ihm angewiesen

Entscheidung: Werden die bislang von eigenen AN ausgeführten Tätigkeiten nicht zur selbständigen Erledigung auf einen Dritten übertragen, so führt eine solche organisatorische Gestaltung noch nicht zum Wegfall der bisherigen betrieblichen Arbeitsplätze ≠ dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG

- Outsourcing auf Dritten zur selbständigen Durchführung = wirksam
- Ersetzung eigener AN durch AN eines Dritten unter Eingliederung in den Betrieb und Ausübung der Weisungsrechte durch AG = unwirksam
→ Organisationsänderung führt **nicht** zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs
- Austauschentscheidung so nahe an Kündigungsentschluss, dass Kündigungsschutz leer liefe

■ ähnlich: BAG v. 26.09.2002 – 2 AZR 636/01 – „Rheumaklinik-Entscheidung“

2. Teil: Substitution von AN durch Leiharbeitnehmer

- **BEACHTEN:** LAG Niedersachsen v. 09.08.2006 – 15 TaBV 53/05

Sachverhalt: Entscheidung, Abrufkräfte durch Leih-AN auszutauschen;
Hintergrund: BR verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Leih-AN gem. § 99 BetrVG

Entscheidung: Unternehmerische Freiheit des AG, wie er Betrieb organisiert, ob er bestimmte Arbeiten mit eigenen AN oder Leih-AN erledigen lässt!
Entscheidung für Leih-AN ist nicht offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich.

Klarstellung: kein Fall der Austausch Kündigung, da keinen AN betriebsbedingt gekündigt wurde, sondern Abrufkräfte lediglich nicht mehr abgerufen werden, sondern statt dessen Leih-AN eingesetzt werden

h.M.: Austausch Kündigung von AN zum Einsatz von Leih-AN ist unzulässig!

1. & 2. Teil: Substitution von AN durch freie Mitarbeiter oder Leiharbeitnehmer

Darlegungs- und Beweislast (DBL)

■ BAG v. 16.12.2004 – 2 AZR 66/04

AG ist darlegungs- und beweispflichtig für:

- die getroffene Unternehmerentscheidung,
- die Umsetzung der Unternehmerentscheidung und
- den dadurch erfolgten Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für den AN
→ substantiierte Darlegung, wie das bisherige Arbeitsvolumen auf den Dritten zur selbständigen Durchführung übertragen wurde

■ BAG v. 09.05.1996 – 2 AZR 438/95 – „Weight-Watchers-Entscheidung“ (st. Rspr.: BAG v. 24.10.1979 – 2 AZR 940/77; BAG v. 17.10.1980 – 7 AZR 675/78; BAG v. 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06)

AN ist darlegungs- und beweispflichtig dafür,

- dass die getroffene Unternehmerentscheidung offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich war ≠ notwendig oder zweckmäßig
Argument: Vermutung für eine sachliche Unternehmerentscheidung, wenn diese durchgeführt wird; mithin ist Rechtsmissbrauch die Ausnahme, welche die Partei zu beweisen hat, die sich auf den Rechtsmissbrauch beruft

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Rechtliche Einordnung

§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b) KSchG:
Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn **der AN an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann (...).**

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

■ Sachverhalt:

AG trifft unternehmerische Organisationsentscheidung, in deren Folge der bisherige Arbeitsplatz des AN entfällt. Die Sozialauswahl fällt zu seinen Lasten aus. Freie Arbeitsplätze gibt es nicht. Der AG beschäftigt allerdings auf einem für den AN geeigneten Arbeitsplatz Leiharbeiter

1. im Vertretungsfall (Krankheit, Urlaub, Elternzeit usw.),
2. bei Arbeitsspitzen und/oder
3. dauerhaft.

■ Rechtsfrage:

Stellt Arbeitsplatz des Leiharbeitnehmers einen freien Arbeitsplatz dar, so dass eine betriebsbedingte Kündigung der AN wegen Bestehens einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit unwirksam wäre?

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

- Rechtlicher Aufhänger: **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** („WBM“) gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b) KSchG im selben oder einem anderen Betrieb des AG auf dem Arbeitsplatz eines / mehrerer Leiharbeitnehmer?
- WBM (+) → Kündigung unwirksam → Folge des *ultima-ratio*-Prinzips
- WBM = freier Arbeitsplatz

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz - Definition

- **freier Arbeitsplatz** (st. Rspr. BAG v. 05.06.2008 – 2 AZR 107/07)
 - vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder
 - Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen und
 - zum Zeitpunkt der Kündigung unbesetzt oder
 - frei bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder
 - frei in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist und Überbrückung bis dahin möglich (LAG Köln v. 17.08.2007 – 11 Sa 592/07; BAG v. 15.12.1994 – 2 AZR 327/94: zumutbar ist Einarbeitungszeit des Stellenbewerbers) oder
 - Beschäftigungsmöglichkeit durch AG treuwidrig vereitelt (z.B. durch Neueinstellung: BAG v. 02.02.2006 – 2 AZR 38/05)

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz - Definition

- **BAG v. 06.11.1996 – 2 AZR 811/95; BAG v. 28.06.2000 – 7 ABR 57/98**
Freier Arbeitsplatz beurteilt sich **nicht** danach, ob tatsächliche Beschäftigungsmöglichkeit besteht oder nach objektiven Kriterien messbare Arbeitsmenge vorliegt. Maßgeblich ist, ob nach den arbeitsorganisatorischen Vorgaben des AG ein Arbeitsplatz frei, d.h. unbesetzt, ist. AG bestimmt welche Arbeiten und mit wie vielen AN im Betrieb verrichtet werden. Kein Pflicht, neue Arbeitsplätze zu schaffen!
- **BAG v. 01.03.2007 – 2 AZR 650/05, BAG v. 11.05.2000 – 2 AZR 54/99**
Es ist Sache des AG, das Verhältnis der Anzahl der Arbeitskräfte zum Volumen der anfallenden Arbeit im Rahmen der rechtlichen Bindungen zu bestimmen.
- **BAG v. 25.02.2009 – 7 ABR 61/07; BAG v. 16.07.2008 – 7 ABR 13/07**
Freie Entscheidung des AG, ob er Arbeitsmenge durch Mehrarbeit der AN oder durch Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes verrichten lässt.

→ **Der AG bestimmt, welche und wie viele frei Arbeitsplätze im Betrieb bestehen!**

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Pro:

- AG übt gegenüber Leiharbeitnehmern arbeitsrechtliches Weisungsrecht aus, d.h. es handelt sich um einen weisungsgebundenen Arbeitsplatz beim AG; dieser muss mit Stamm-AN besetzt werden, da überlassene AN keinen Bestandsschutz zum Entleiher genießen; sie sind in eine Sozialauswahl mit dem Stammpersonal nicht einzubeziehen. Der AG muss daher nach dem *ultima-ratio*-Prinzip als milderer Mittel ggüb. der Kündigung den Abruf von Leiharbeitnehmern unterlassen.
- Auslegung der „freien Unternehmerentscheidung“ im Lichte „dringender betrieblicher Erfordernisse“ → Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle hinsichtlich derjenigen Umstände, welche Unternehmerrisiko betreffen. Beurteilung nach Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit liegt bei AG, der Risiko der Fehleinschätzung trägt.
→ Betrifft betriebliches Organisationskonzept ≠ Entscheidung über Vertrags-AG
- Entscheidung, freie Mitarbeiter einzusetzen = organisatorische Entscheidung
Entscheidung, Leih-AN einzusetzen = nur Entscheidung über die Form des Personaleinsatzes

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Pro:

- **LAG Baden-Württemberg** v. 30.03.2005 – 4 Sa 42/04; **LAG Berlin-Brandenburg** v. 03.03.2009 – 12 Sa 2468/08; **LAG Hamm** v. 23.03.2009 – 8 Sa 313/08, 27.11.2008 – 15 Sa 1081/08, v. 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06, v. 06.08.2007 – 8 Sa 2311/04, v. 05.03.2007 – 11 Sa 1338/06; **LAG Köln** v. 14.08.2009 – 11 Sa 320/09, v. 30.09.2005 – 12 (10) Sa 394/05 v. 07.08.2006 – 14 Sa 84/06 jeweils bei Dauerarbeitsplätzen; **LAG Rheinland-Pfalz** v. 06.11.2003 – 6 Sa 780/03 freier Arbeitsplatz möglich; u.a. **APS-Kiel**, § 1 KSchG Rn. 606; **ErfK-Oetker**, § 1 KSchG Rn. 256; **Gagel**, JurisPR-ArbR 47/2009 Anm. 5
- **Prof. Dr. Rost**, Vorsitzender des 2. Senats des BAG bis Frühjahr 2009, NZA Beilage 1/2009, 23: Personalreserve ≠ freier Arbeitsplatz, Dauerarbeitsplatz schon; aber Sozialauswahl zwischen Leih-AN und AN denkbar → dogmatisch mangels Arbeitsverhältnis zum Entleiher sehr fragwürdig!
aktueller Vorsitzender des 2. Senats: **Burkhard Kreft** (bis 1998 am LAG Hamm)

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Pro:

- Andernfalls bestünde im Hinblick auf das *ultima-ratio*-Prinzip ein sachlich nicht zu rechtfertigender Widerspruch zur Unzulässigkeit der Austausch Kündigung. (LAG Hamm v. 05.03.2007 – 11 Sa 1338/06)
- „Schleichende Austausch Kündigung“
- GGf. Einschränkung der „pro“-Auffassung bei langfristiger Bindung des AG durch Überlassungsvertrag mit Verleiher über die Kündigungsfrist des AN hinaus?
 - offen gelassen von LAG Berlin-Brandenburg v. 03.03.2009 – 12 Sa 2468/08
 - APS-Kiel, § 1 KSchG Rn. 606: es gelten Grundsätze wie für einen Arbeitsplatz, der erst nach Ablauf der Kündigungsfrist frei wird, d.h. dennoch freier Arbeitsplatz, wenn es zumutbar ist, Arbeitsverhältnis mit dem zukündigenden AN bis zum Freiwerden des Arbeitsplatzes des Leih-AN zu überbrücken (d.h. jedenfalls der Einarbeitungszeitraum eines anderen Stellenbewerbers)

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Contra:

■ LAG Niedersachsen v. 09.08.2006 – 15 TaBV 53/05

Sachverhalt: Entscheidung, Abrufkräfte durch Leih-AN auszutauschen;
Hintergrund: BR verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Leih-AN gem. § 99 BetrVG

Entscheidung: Unternehmerische Freiheit des AG, wie er Betrieb organisiert, ob er bestimmte Arbeiten mit eigenen AN oder Leih-AN erledigen lässt! Kein freier Arbeitsplatz, wenn sich AG entscheidet, diesen nicht mehr für eigene AN vorzuhalten, sondern nur noch mit Leih-AN zu besetzen.

(auf Rechtsbeschwerde **BAG v. 23.01.2008 – 1 ABR 74/06**

keine Entscheidung zur Argumentation, da nach dem BAG bereits keine Einstellung vorgelegen hat.
Es ging nur um die Aufnahme in einen Stellenpool, indes noch nicht um die Tätigkeitsaufnahme)

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Contra:

- **LAG Hamm v. 03.11.2006 – 10 TaBV 42/06:** zur Frage, ob Weiterbeschäftigung nach § 78a BetrVG zumutbar ist, wenn AG Leih-AN auf passenden Arbeitsplätzen beschäftigt: **Es ist nicht nur Teil der Unternehmerfreiheit, mit wie vielen AN die vorhandene Arbeitsmenge erledigt wird, sondern auch ob mit eigenen AN oder mit Fremdpersonal!** AG entscheidet frei durch seine arbeitstechnischen Vorgaben und seine Personalplanung.
- **BAG v. 06.11.1996 – 2 AZR 811/95; BAG v. 28.06.2000 – 7 ABR 57/98:** unternehmerische Organisationsentscheidung des AG, ob, für wie lange und wie ein vakanter Arbeitsplatz besetzt wird → nur auf Willkür und Missbrauch überprüfbar. ABER: entscheidend ist, ob ein Arbeitsplatz im Betrieb besteht
- **BAG v. 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06 (Moskito-Entscheidung):** Der AG kann zur Erbringung von Arbeitsleistungen auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen. Allerdings darf es nicht zum „schlichten Abstreifen des Bestandsschutzes unter Beibehaltung des Weisungsrechts kommen“.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Contra:

- **Moll/Ittmann**, RdA 2008, 321: Einsatz von Leih-AN in AÜG anerkannt, von Unternehmerfreiheit gedeckt; AG muss Beschäftigungskonzepte nicht aufgeben, die er unabhängig von den zum Arbeitsplatzwegfall führenden Gründen bereits praktiziert; Vermutung sachlicher Unternehmerentscheidung bei deren Umsetzung; kein Widerspruch zur unwirksamen Austausch Kündigung: Unternehmerentscheidung beschränkt sich gerade nicht auf Austausch, sondern konkreter Beschäftigungsbedarf entfällt tatsächlich; aber besteht kein Konzept, sondern Durchmischung von AN und Leih-AN: freier Arbeitsplatz
- **v. Hoyningen-Huene/Linck**, § 1 KSchG Rn. 396: freie unternehmerische Organisationsentscheidung umfasst auch, dauerhaft Arbeitsplätze mit Leih-AN zu besetzen (wie beim Subunternehmer); erfolgt dies nur vorübergehend, besteht hingegen ein freier Arbeitsplatz! (hierzu auch Löwisch, § 1 KSchG Rn. 269)
- **Simon/Greßlin**, BB 2007, 2454: Entscheidung über rationellen Einsatz von Arbeitskräften betrifft Kernbereich unternehmerischen Handelns; Weiterbeschäftigung eines AN auf Arbeitsplatz eines Leih-AN = Änderung der Unternehmensstruktur
- **Feudner**, DB 2007, 2034: Im Ergebnis würde dem AG aufgezwungen, einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, wozu er nach st. Rspr. des BAG nicht verpflichtet ist.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Freier Arbeitsplatz = Arbeitsplatz eines Leiharbeitnehmers?

Stellungnahme:

- Unternehmerische Freiheit, wie er Betrieb führt, wie viele Arbeitsplätze AG einrichtet und welchen Vertragstyp er nutzt
- AG hat positive und negative Folgen zu tragen, z.B. equal pay, Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 AÜG
- Widerspruch, bestehendes Unternehmenskonzept zwingend zu ändern durch Weiterbeschäftigung des andernfalls zu kündigenden AN auf dem Arbeitsplatz eines Leih-AN, der aber zuvor nie oder seit längerem kein von AN besetzter Arbeitsplatz ist
- Problem: „**schleichende Austausch Kündigung**“
Lösung: Missbrauchkontrolle im Rahmen der Prüfung der Unternehmerentscheidung, allerdings DBL beim gekündigten AN (s. Folie 13)
- Schutz von Leih-AN, durch „quasi-Sozialauswahl“?
- **Problem:** dogmatische Begründung der Unwirksamkeit der Austausch Kündigung: BAG stellt darin auf den Beschäftigungsbedarf ab, unabhängig davon, ob für AN oder Leih-AN

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Vertretungsfall (1)

- **BAG v. 01.03.2007 – 2 AZR 650/05, BAG v. 02.02.2006 – 2 AZR 38/05**
Überbrückung von Ausfallzeiten, z.B. Krankheits-, Urlaubs-, Mutterschutz-, Elternzeitvertretung
 - Es ist Sache des AG, das Verhältnis der Anzahl der Arbeitskräfte zum Volumen der anfallenden Arbeit im Rahmen der rechtlichen Bindungen zu bestimmen.
 - Deshalb ist AG frei, ob und ggf. wie Vertretungsfälle überbrückt werden.
 - So ist es auch zulässig, Personalengpässe durch Subunternehmer zu überbrücken (BAG v. 11.05.2000 – 2 AZR 54/99)
 - Würde AG gezwungen, Ersatzeinstellungen vorzunehmen, wäre er gezwungen, mehr Arbeitsverträge zu unterhalten, als er es für zweckmäßig hält.
 - Sofern nur durch den Vertretungsbedarf begründetes Beschäftigungsvolumen durch Arbeitsverträge mit AN, denen der AG durch „Rahmenverträge“ verbunden ist, abgedeckt ist, handelt es sich nicht um freie Arbeitsplätze.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Vertretungsfall (2)

- **LAG Köln v. 14.08.2009 – 11 Sa 320/09** (Revision anhängig: 2 AZR 42/10)
Von Leiharbeitnehmern besetzte Stellen können bei Beachtung der unternehmerischen Organisationsfreiheit nur dann als freie Stellen angesehen werden, wenn sie nicht nur als Personalreserve zur Abdeckung eines unvorhersehbar auftretenden Beschäftigungsbedarfs beschäftigt werden.
- **LAG Hamm v. 05.03.2007 – 11 Sa 1338/06**
Kein freier Arbeitsplatz, wenn Leiharbeitnehmer nur kurz und unstet bei einem Ausfall von Stamm-AN eingesetzt werden.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Vertretungsfall (3)

■ a.A. LAG Berlin-Brandenburg v. 03.03.2009 – 12 Sa 2468/08

Der ständige und ununterbrochene Einsatz von Leiharbeitnehmern als Krankheitsvertretung im Tätigkeitsbereichs des Stammpersonals, dessen Arbeitsplatz wegfällt, **stellt einen freien Arbeitsplatz dar.**

- Leiharbeitnehmer werden auf betrieblichen Arbeitsplätzen, in betrieblicher Organisation eingegliedert beschäftigt.
- Der Arbeitgeber behält die Arbeitgeberstellung, insbesondere die Weisungsbefugnis.
- „Freie“ unternehmerische Organisationsentscheidung beschränkt sich darauf, ob Arbeitsbedarf durch selbständige/freie Mitarbeiter bzw. Subunternehmer oder durch AN, die in betriebliche Organisation eingegliedert sind und Weisungsrechten des AG unterliegen, abgedeckt wird.
- Entscheidung, zum wem der AN in einem Arbeitsverhältnis steht ≠ freie unternehmerische Organisationsentscheidung
- Im Ergebnis: „Schlichtes Abstreifen des Bestandsschutzes unter Beibehaltung des Weisungsrechts“
- Abgrenzung zu BAG v. 01.03.2007: kein unzulässiger Eingriff in die unternehmerische Organisationsfreiheit, weil es nicht um eine Einzelfallentscheidung geht, ob und wie lange eine Vertretung erfolgt, sondern ein dauerhafter Arbeitsplatz für einen Leiharbeitnehmer eingerichtet wurde.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Vertretungsfall (4)

■ Ebenfalls a.A. LAG Hamm v. 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06

Arbeitsplätze von Leiharbeitnehmern als Vertretung für Stamm-AN wegen Urlaub, Krankheit und Inanspruchnahme von Freizeitausgleich gelten als frei, da derartige Ausfallzeiten weitgehend planbar sein ≠ Auftragsspitzen

contra: Unternehmerfreiheit nach BAG (s.o.); größere Planbarkeit ggüb. Auftragsspitzen nicht erkennbar; i.Ü. Dauer-AN nicht flexibel genug, um im Vertretungsfall stets einsetzbar zu sein

h.M.: Arbeitsplatz von Leih-AN als Vertretung stellt keinen freien Arbeitsplatz dar!

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Arbeitsspitzen (1)

■ LAG Köln v. 10.08.2009 – 2 Sa 380/09

AN kann Vermutung des Fehlens einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 KSchG widerlegen, wenn Leiharbeiter auf Dauerarbeitsplätzen und nicht nur bei Produktionsspitzen (oder zur Urlaubs- und Krankheitsvertretung) eingesetzt werden.

→ **vorübergehender Beschäftigungsbedarf** im Fall von Arbeitsspitzen und im Vertretungsfall stellt **keinen freien Arbeitsplatz** dar: Einsatz von Leiharbeitnehmern steht betriebsbedingter Kündigung von AN nicht entgegen.

Argument: Die unternehmerische Freiheit, Arbeitsspitzen und Vertretung durch dauerhaft angestellte AN oder durch Leiharbeiter erbringen zu lassen, geht Bestandsschutzinteresse der AN vor.

→ Einsatz von Leiharbeitnehmern auf **Dauerarbeitsplätzen = freie Arbeitsplätze**; Leiharbeiter müssten zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen vorrangig abgebaut werden

Revision anhängig: 2 AZR 694/09

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Arbeitsspitzen (2)

■ BAG v. 17.03.2005 – 2 AZR 4/04

Sachverhalt: Einsatz des gekündigten AN im Weihnachtsgeschäft anstelle von Leiharbeitnehmern?

Entscheidung: LAG Hamm hatte festgestellt, dass kein freier Arbeitsplatz bestand, da es beim Ausspruch der Kündigung zwar Möglichkeit eines Einsatzes von Leiharbeitnehmern gab, aber ohne konkrete Bedarfsermittlung, da sie stets nur kurzfristig nach entsprechenden Vorgaben der Produktionsplanung erfolgt. Da solche Auslegung möglich, nahm das BAG diese „mit äußerstem Widerstreben“ hin.

■ LAG Hamm v. 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06

Die Arbeitsplätze von Leiharbeitnehmern, die nur zur Überbrückung von Auftragsspitzen tätig werden, sind keine freien Arbeitsplätze.

h.M.: Arbeitsplatz von Leih-AN bei Arbeitsspitzen stellt keinen freien Arbeitsplatz dar!

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Dauerarbeitsplatz (1)

- Vom zuständigen 2. Senat des BAG bislang nicht ausdrücklich entschieden!
- 7. Senat tendiert zur Auffassung: Leiharbeitsplatz = freier Arbeitsplatz
BAG v. 25.02.2009 – 7 ABR 61/07; BAG v. 16.07.2008 – 7 ABR 13/07

Grundsatz: Fortsetzung eines nach § 78a BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses ist AG aus betrieblichen Gründen unzumutbar, wenn kein Dauerbedarf für AN besteht. AG entscheidet, welche Arbeiten im Betrieb verrichtet und wie viele AN damit beschäftigt werden sollen. Freie Entscheidung des AG, ob er Arbeitsmenge durch Mehrarbeit der AN oder durch Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes verrichten lässt.

Übernahme eines durch § 78a BetrVG geschützten Azubi ist **nicht** deshalb **unzumutbar**, weil der AG Arbeitsaufgaben nach seiner unternehmerischer Organisationsentscheidung künftig Leiharbeitnehmer überträgt

- diese Entscheidung verändere weder die Anzahl der im Betrieb eingerichteten Arbeitsplätze noch die Arbeitsmenge
 - Arbeitsmenge wird von AN verrichtet, die dem Weisungsrecht des AG unterstehen
- Im Ergebnis wohl so zu verstehen, dass ein solcher vom Leiharbeitnehmer besetzter Arbeitsplatz einen freien Arbeitsplatz darstellt.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Dauerarbeitsplatz (2)

■ a.A. LAG Hamm v. 03.11.2006 – 10 TaBV 42/06

(Nichtzulassungsbeschwerde: 7 ABN 91/06 n.v.)

Unzumutbarkeit der Übernahme eines Azubis nach § 78a BetrVG bei unternehmerischer Entscheidung des AG, Leiharbeitnehmer auf dem Arbeitsplatz zu beschäftigen

Argument: Es ist nicht nur Teil der **Unternehmerfreiheit**, mit wie vielen AN die vorhandene Arbeitsmenge erledigt wird, sondern auch **ob mit eigenen AN oder mit Fremdpersonal!**

- **Beachte:** Entscheidung steht im Widerspruch zur Beurteilung der Unternehmerfreiheit bei betriebsbedingten Kündigungen des 7. Senats des BAG und zumindest der 4., 8., 11., 12. und 15. Kammer des LAG Hamm!

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Dauerarbeitsplatz (3)

BAG v. 17.01.2007 – 7 AZR 20/06 – „Flugabfertigungsentscheidung“

Geplante Übertragung der Flugzeugabfertigung auf ein Verleihunternehmen rechtfertigt nicht die **Befristung** von Arbeitsverträgen eigener AN bis zur Aufnahme der operativen Tätigkeit des Verleihunternehmens nach § 14 Abs. 1 TzBfG

- **Nr. 1: kein nur vorübergehender betrieblicher Bedarf** an der Arbeitsleitung: AG beabsichtigt, die Arbeiten auch mit Leiharbeitnehmern in eigener betrieblicher Organisation fortzusetzen = dauerhafter betrieblicher Bedarf; **Arbeitgeberwechsel ist für diesen Sachgrund ohne Bedeutung!**
Achtung: kein Widerspruch zu § 14 Abs. 2 TzBfG, wonach AG mit bisherigem Leiharbeitnehmer befristeten ArbV abschließen (BAG v. 08.12.1988 – 2 AZR 308/88) oder AN nach Befristungsablauf als Leiharbeitnehmer im Betrieb beschäftigen kann (BAG v. 18.10.2006 – 7 AZR 145/06) → **§ 14 Abs. 2 TzBfG ist AG-bezogen, § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ist betriebsbezogen!**
- **Nr. 2: keine Rechtfertigung durch in der Person des AN liegende Gründe:** nicht die sozialen Belange des AN (Vermeidung von Arbeitslosigkeit), sondern Arbeitskräftebedarf des AG waren ausschlaggebend für befristeten ArbV
- **Sonstiger Sachgrund:** z.B. AG ist vertraglich bereits mit Dauerarbeitnehmer gebunden; bis zu dessen Beginn Befristung mit anderem AN möglich (BAG v. 06.11.1996 – 7 AZR 909/95) → **mit künftigem Leiharbeitnehmer besteht aber keine vertragliche Bindung des AG!** Kein sonstiger Sachgrund

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Dauerarbeitsplatz (4)

- **LAG Hamm v. 23.03.2009 – 8 Sa 313/08:** Es stellt keine freie unternehmerische Entscheidung dar, einen dauerhaften Arbeitskräftebedarf mit Leiharbeitnehmern abzudecken. (vgl. LAG Köln v. 14.08.2009 – 11 Sa 320/09, v. 30.09.2005 – 12 (10) Sa 394/05 v. 07.08.2006 – 14 Sa 84/06)
- **LAG Hamm v. 06.08.2007 – 8 Sa 2311/04:** Sinnlos AN einen mit Leiharbeitnehmer (dauerhaft) besetzten Arbeitsplatz zuzuweisen, wenn beim Ausspruch der Kündigung Arbeitsplatz nur noch kurze Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist fortbestehen wird und der AN in diesen erst eingewiesen werden müsste, um ihn dort anstelle eines eingearbeiteten Leiharbeitnehmers einzusetzen.
→ Dies stellt wohl keinen freien Arbeitsplatz dar!
- **ArbG Stuttgart v. 16.03.2007 – 26 Ca 2265/06**
Es besteht kein vorübergehender Beschäftigungsbedarf, wenn andere, dem Arbeitsvertrag entsprechende Arbeitsplätze dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen.

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Dauerarbeitsplatz (5)

■ LAG Köln v. 10.08.2009 – 2 Sa 380/09

AN kann Vermutung des Fehlens einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 KSchG widerlegen, wenn Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen und nicht nur bei Produktionsspitzen (oder zur Urlaubs- und Krankheitsvertretung) eingesetzt werden

■ LAG Köln v. 14.08.2009 – 11 Sa 320/09 (Revision anhängig unter 2 AZR 42/10)

Von Leiharbeitnehmern besetzte Stellen können bei Beachtung der unternehmerischen Organisationsfreiheit nur dann als freie Stellen angesehen werden, wenn sie nicht nur als Personalreserve zur Abdeckung eines unvorhersehbar auftretenden Beschäftigungsbedarfs beschäftigt werden.

h.M.: Dauerarbeitsplatz von Leih-AN stellt einen freien Arbeitsplatz dar!

3. Teil: Abbau von Leiharbeitnehmern als Voraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung?

Darlegungs- und Beweislast („DBL“)

■ Freier Arbeitsplatz / Weiterbeschäftigungsmöglichkeit – abgestufte DBL

(BAG v. 01.03.2007 – 2 AZR 650/05; BAG v. 06.11.1997 – 2 AZR 253/97):

- **1. Stufe:** AG muss lediglich vortragen, dass WBM nicht besteht.
- **2. Stufe:** nähere Darlegung des AN, wie er sich die WBM vorstellt; Darlegung der Art der Beschäftigung genügt; ein konkreter freier Arbeitsplatz muss nicht genannt werden.
- **3. Stufe:** Eingehende Erläuterung des AG, warum eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich ist.

LAG Hamm v. 05.03.2007 – 11 Sa 1338/06: AG obliegt die DBL dafür, dass zum Zeitpunkt der Kündigung ein Einsatz von Leih-AN über den Kündigungstermin des AN hinaus nicht absehbar war, so dass eine WBM auf dem Arbeitsplatz eines Leih-AN mangels Dauerarbeitsplatz nicht gegeben war.

LAG Hamm v. 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06: AG muss konkret darlegen und beweisen, dass Leih-AN nur zur Überbrückung von Auftragsspitzen eingesetzt werden.

BAG v. 17.03.2005 – 2 AZR 4/04: AG genügt DBL, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung zwar Einsatz von Leih-AN möglich war, aber keine konkrete Bedarfsermittlung vorlag, da diese stets nur kurzfristig nach Vorgaben der Produktionsplanung erfolgen kann.

4. Teil: Betriebsvereinbarungen über Leiharbeiterquoten und Auswirkungen auf den Kündigungsschutz

■ Sachverhalt:

AG und BR einigen sich auf feste Quote von Leih-AN für den gesamten Betrieb oder eine Betriebsabteilung. AG kündigt AN betriebsbedingt, wobei

- Quote beachtet wird oder
- Quote überschritten ist und AN auf einem solchen Arbeitsplatz beschäftigt werden könnte.

■ Rechtsfrage:

Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Kündigung des AN?

4. Teil: Betriebsvereinbarungen über Leiharbeitnehmerquoten und Auswirkungen auf den Kündigungsschutz

Kündigung bei eingehaltener Quote

Einschlägige Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – nicht vorhanden.

Stellungnahme:

- Grundsätzlich sind Betriebsverfassungsrecht und Individualrecht getrennt von einander zu betrachten. Keine Umgehung zwingendes Gesetzesrechts durch BV!
- Gesetzgeber hat in § 1 KSchG die Wechselwirkungen zwischen Kündigungsschutz und BV bzw. Interessenausgleich abschließend geregelt:
 - Auswahlrichtlinien, § 1 Abs. 4 KSchG → Prüfung der Bewertung der Sozialkriterien nur auf grobe Fehler
 - Interessenausgleich mit Namensliste, § 1 Abs. 5 KSchG → Vermutung dringender betrieblicher Erfordernisse und Prüfung sozialer Auswahl nur auf grobe Fehler
- GGf.: Vereinfachung Darstellung der Unternehmerentscheidung, die dem Einsatz von Leih-AN zugrunde liegt, durch BV.

4. Teil: Betriebsvereinbarungen über Leiharbeitnehmerquoten und Auswirkungen auf den Kündigungsschutz

Kündigung trotz Überschreitung der Quote

Einschlägige Rechtsprechung ist – soweit ersichtlich – nicht vorhanden.

Stellungnahme:

- Relevanz nur in Fällen zulässiger Kündigung trotz Leih-AN-Einsatzes
- Verstoß gegen Quoten in BV oder Interessenausgleich
 - = unzulässige Unternehmerentscheidung durch Selbstbindung des AG?
 - = Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot? → gem. § 134 BGB analog
nichtig?

Kollektivregelung von Leih-AN-Quoten beinhaltet für den AG hinsichtlich betriebsbedingter Kündigungen keinen wesentlichen Vorteil bei der Personalplanung.

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT !

Jan-Marcus Rossa
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Patrizia Chwalisz
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht
Esche Schümann Commichau
Herrengraben 31
20459 Hamburg
Telefon: 040 – 36805-353
Telefax: 040 – 36805-234
E-Mail: pchwalisz@esche.de