

## Mandanteninfo September 2008

### Leiharbeitnehmer oder betriebsbedingte Kündigungen

Der Einsatz von Leiharbeitnehmer/Innen (LeihAN) erfreut sich bei Arbeitgebern wachsender Beliebtheit. Er kann sich bei betriebsbedingten Kündigungen aber auch als Bumerang erweisen. Das **LAG Hamm (Urteil vom 21.12.2007, 4 Sa 1892/06)** hat sich in seiner Entscheidung mit der Frage beschäftigt, ob der **Einsatz von LeihAN dem Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen entgegenstehen** kann. Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde:

Der Kläger war seit 1989 bei der Beklagten, die Zubehörteile für die Automobilindustrie fertigt, als gewerblicher Arbeitnehmer beschäftigt. Für die Beklagte sind rund 375 Arbeitnehmer tätig. Der Kläger war zunächst als Lagerist und Transportmitarbeiter, seit 2000 als Qualitätsprüfer beschäftigt. In 2005 entschied die Beklagte, die Arbeit der Qualitätsprüfer durch so genannte Werker-selbstprüfungen zu ersetzen. Der Kläger hatte gegen die ihm daraufhin gegenüber ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung u.a. ausgeführt, die Beklagte beschäftige mehr LeihAN als festes Personal, dies auch überwiegend langfristig, zum Teil seit über zwei Jahren. Die von diesen LeihAN eingenommenen Arbeitsplätze seien als freie Arbeitsplätze zu betrachten, auf denen er eingesetzt werden könne. Demgegenüber hatte die Beklagte eingewandt, sie habe die freie unternehmerische Entscheidung getroffen, bei betrieblicher Notwendigkeit bis zu 15% der Belegschaft durch LeihAN abzudecken. Dies sei u.a. erforderlich, um Urlaubs- und Krankheitszeiten auszugleichen. Zudem seien Automobilzulieferer kurzfristigen Auftragsschwankungen ausgesetzt.

Das LAG Hamm hat die Kündigung für unwirksam erachtet. Da eine Kündigung das letzte in betracht kommende Mittel (ultima-ratio-Prinzip) sein muss, ist der **Arbeitgeber verpflichtet, zunächst im Betrieb beschäftigte LeihAN nicht mehr einzusetzen, bevor er eigene Arbeitnehmer, die auf diesen Ar-**

**Stefan Bell<sup>1</sup>**  
**Regine Windirsch<sup>1,2</sup>**  
**Sigrid Britschgi<sup>1,3,4</sup>**  
**Christopher Koll**  
**Verena Linz**

Rechtsanwälte und  
zugleich Fachanwälte für  
<sup>1</sup> Arbeitsrecht  
<sup>2</sup> Sozialrecht  
<sup>3</sup> Familienrecht  
<sup>4</sup> auch OLG-Zulassung

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de  
Fach LG 37

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 001

St.-Nr. 5103/5013/0229

In Kooperation mit  
folgenden Kanzleien  
für Arbeitsrecht

**Berlin**  
Dieter Hummel\*  
Volker Ratzmann\*  
Mechtild Kuby\*

**Frankfurt a.M.**  
Franzmann\* Büdel\* Bender\*

**Freiburg**  
Michael Schubert\*  
Anwaltsbüro im Hagarhaus

**Hamburg**  
Klaus Müller-Knapp\*  
Jens Peter Hjort\*  
Wolfgang Brinkmeier\*  
Manfred Wulff\*

**Hannover**  
Detlef Fricke  
Joachim Klug

**Konstanz**  
Haenel-Zepf-Wirlitsch  
und Kollegen

**München**  
Kanzlei Rüdiger Helm

**Nürnberg**  
Manske & Partner\*

**Wiesbaden**  
Schütte\* Jancke\* Heer\*

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**beitsplätzen eingesetzt werden können, betriebsbedingt entlassen darf.** Eine Unternehmerentscheidung wird dadurch nicht angetastet. Vom Arbeitgeber wird lediglich verlangt, die von ihm selbst getroffene Organisationsentscheidung, mit wie vielen Arbeitnehmern und in welcher Art und Weise er die betriebliche Tätigkeit organisieren will, zunächst mit der Stammebelegschaft durchzuführen. Es kommt nicht darauf an, dass der Arbeitgeber rein formal gegenüber LeihAN nicht die Position des Arbeitgebers einnimmt. Denn tatsächlich verhält er sich im Rahmen von Weisungen weitestgehend unterschiedslos gegenüber seinen direkt angestellten Arbeitnehmern und den LeihAN.

Das LAG Hamm hat darauf aufmerksam gemacht, dass dieser Rechtsstreit bislang noch nicht ausdrücklich vom BAG entschieden wurde. So wie hier die 4. Kammer hat aber auch bereits die 11. Kammer des LAG Hamm (Urteil vom 5.3.2007, 11 Sa 1338/06) sowie das LAG Bremen (Urteil vom 2.12.1997, 1 Sa 88/97) argumentiert. Soweit ersichtlich hat bislang nur das LAG Niedersachsen in seinem Beschluss vom 9.8.2006, 15 Ta BV 53/05, eine gegenteilige Auffassung vertreten. Dieser Beschluss ist aber durch das BAG in seiner Entscheidung vom 23.1.2008, 1 ABR 74/06, (aus anderen Gründen) aufgehoben worden.

Es wäre nahe liegend, dass sich das BAG der Auffassung des LAG Hamm anschließt. So hat das BAG bereits in seiner Entscheidung vom 26.9.1996, 2 AZR 200/96 ausgeführt, dass der Entschluss, die formale Arbeitgeberstellung aufzugeben, keine die Kündigung bedingende Unternehmerentscheidung darstellt, wenn der Unternehmer weiterhin gegenüber den Beschäftigten die für die Arbeit erforderlichen Weisungen erteilt. Außerdem hat das BAG in einem Urteil vom 1.3.2007, 2 AZR 650/05, darauf hingewiesen, dass die unternehmerische Organisationsfreiheit nicht um ihrer selbst Willen besteht. Ihre Ausübung darf jedenfalls nicht den dem Arbeitnehmer durch das Gesetz zustehenden Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses wirkungslos machen.

**Fazit: Bei betriebsbedingten Kündigungen sollten betroffene AN Informationen einholen, ob und wo im Betrieb LeihAN beschäftigt werden. Betriebsräte sollten ihre Kenntnisse bzw. Informationsansprüche aus § 80 Abs. 2 Satz1 BetrVG hinsichtlich im Betrieb beschäftigter LeihAN nutzen, um im Fall von Kündigungen gut begründete Widersprüche im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG erheben zu können. Die von Kündigung betroffenen AN können darauf gestützt einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend machen, der in Anbetracht immer kürzer werdender Bezugszeiträume von Arbeitslosengeld mehr und mehr an Bedeutung gewinnt.**