

## Mandanteninfo September 2013

### Sozialauswahl von Leiharbeitnehmern Im Betrieb des Verleihers

- 1. Bei der betriebsbedingten Kündigung eines Leiharbeitnehmers muss der Verleiher in eine Sozialauswahl grundsätzlich alle Arbeitnehmer einbeziehen, die dem Verleiherbetrieb im Sinne einer einheitlichen Leitung zuzuordnen sind.*
- 2. Auf die Einsatzwünsche eines Entleihers kommt es bei der Sozialauswahl zumindest so lange nicht an, als die Befugnis des Verleihers zur Auswahl der zu verleihenden Arbeitnehmer nicht vertraglich gegenüber dem Entleiher ausgeschlossen wurde.*

(Leitsätze des Verfassers)  
BAG vom 20.06.2013 - 2 AZR 271/12

Mit dieser Entscheidung hat das BAG seine in Bewegung geratene Rechtsprechung zur Stellung von Leiharbeitnehmern weiter präzisiert. Waren bereits Anfang des Jahres zwei wegweisende Entscheidungen zur Frage des Verhältnisses zwischen Leiharbeitnehmern und Stammbeslegschaft im Entleiherbetrieb durch das BAG ergangen (siehe Mandanteninfo 03/13), so betrifft die hier besprochene Entscheidung den **Kündigungsschutz der Leiharbeitnehmer im Verhältnis zu ihrem Vertragsarbeitgeber, also dem Verleiher.**

Hintergrund der Entscheidung war die Mitteilung eines Entleihers an den Verleiher, dass er für einen bestimmten Anteil des von diesem entliehenen Personals keinen Beschäftigungsbedarf mehr habe. Er habe daher eine bestimmte Anzahl von entliehenen Arbeitnehmern zum nächstmöglichen Zeitpunkt „abgemeldet“. Gleichzeitig wurde dem Verleiher eine Liste mit den Namen der abgemeldeten Arbeitnehmer übergeben, die auch den Namen des Klägers enthielt. Weitere Versuche, den Kläger bei einem anderen Kunden unterzubringen, scheiterten. Daraufhin sprach der Verleiher gegenüber dem Kläger die betriebsbedingte ordentliche Kündigung aus. Im Kündigungsschutzprozess hatten sich die Gerichte insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Sozialauswahl durchzuführen war und welche Arbeitnehmer in diese einzubeziehen waren.

Stefan Bell<sup>1</sup>  
Regine Windirsch<sup>1,2</sup>  
Sigrid Britschgi<sup>1,3</sup>  
Christopher Koll<sup>1</sup>  
Maike Grolms  
Wiebke Christoph  
Ingrid Heinlein<sup>4</sup>

Rechtsanwälte und  
zugleich Fachanwälte für  
1 Arbeitsrecht  
2 Sozialrecht  
3 Familienrecht  
4 VRLAG a.D.

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 005

St.-Nr. 5103/5013/0229

Kooperation mit folgenden  
Kanzleien für Arbeitsrecht

**Berlin**  
Hummel · Kaleck

**Bremen**  
Sieling · Winter · Dette · Nacken

**Dortmund**  
Stein, Woerner, Rogalla

**Frankfurt a.M.**  
Büdel · Bender  
franzmann.geilen.brückmann

**Freiburg**  
Anwaltsbüro im Hagarhaus

**Hamburg**  
Müller-Knapp · Hjort · Wulff

**Hannover**  
Fricke · Klug

**Konstanz**  
Wiritsch

**Mannheim**  
Dr. Growe & Kollegen

**München**  
Bell · Helm · PartnerInnen

**Nürnberg**  
Manske & Partner

**Stuttgart**  
Bartl & Weise

**Wiesbaden**  
Schütte & Kollegen

Kooperation in Zivil- und Strafrecht  
**Düsseldorf**  
Kanzlei Tim Engels

In diesem Zusammenhang stellt das BAG zunächst in Bestätigung seiner ständigen Rechtsprechung klar, dass die **Regelungen zur Durchführung einer Sozialauswahl grundsätzlich nicht durch einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarungen umgangen werden kann**. Auch beim Wegfall von Leiharbeitsplätzen ist daher stets eine **Sozialauswahl nach den Kriterien des § 1 Abs. 3 KSchG**, also **Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung** durchzuführen. Im entschiedenen Fall konnte der Kläger mindestens 3 Arbeitnehmer benennen, die sozial weniger schutzwürdig waren und nicht vom Entleiher abgemeldet worden waren, dort also weiterhin beschäftigt wurden.

Der Verleiher berief sich nun im Prozess auf die Mitteilung des Entleihers, wonach die auf der Liste stehenden Arbeitnehmer – darunter der gekündigte Kläger – nicht mehr in seinem Betrieb beschäftigt werden sollten. Aus diesem Grunde sei keine Sozialauswahl erforderlich gewesen, da er den Kläger nicht mehr beim Entleiher habe einsetzen können. Sonstige Einsatzmöglichkeiten seien nicht in Betracht gekommen, insbesondere habe er keine weiteren Aufträge als Ersatz akquirieren können. Hierzu stellt das BAG klar, dass die **Sozialauswahl nicht auf den Entleiherbetrieb beschränkt** ist. Auch während der Zeiten der Überlassung an einen Entleiher bleibt der entlehene Arbeitnehmer dem Hauptbetrieb des Verleihers zugeordnet. Daher sind **in die Sozialauswahl alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die vom Verleiher an Dritte verliehen** wurden. Davon wurden im konkreten Fall dann auch die beim Entleiher verbliebenen Leiharbeiter erfasst. Hier konnte der Kläger mindestens drei Mitarbeiter benennen

Unbeachtlich war im entschiedenen Fall deshalb die Tatsache, dass der Entleiher der Beschäftigung des Klägers widersprochen hatte. Denn grundsätzlich trifft bei der Arbeitnehmerüberlassung der Verleiher die Entscheidung über die Auswahl des verliehenen Personals. Solange die ausgewählten Arbeitnehmer dem Anforderungsprofil entsprechen, ist der Entleiher zum Einsatz verpflichtet. Dies gilt zumindest in den Fällen, in denen anderweitige vertragliche Regelungen fehlen, wonach der Entleiher einem Einsatz bestimmter Arbeitnehmer widersprechen könnte. Eine solche Abweichung lag hier aber gerade nicht vor, denn der Verleiher war jederzeit zum Austausch des eingesetzten Personals nach seiner Auswahl berechtigt. Der Kläger obsiegte daher im vorliegenden Fall, denn die Kündigung war wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam.

**Fazit:**

Die Entscheidung stärkt die kündigungsschutzrechtliche Stellung der Leiharbeiter gegenüber ihrem Vertragsarbeitgeber – also dem Verleiher. Bei einer betriebsbedingten Kündigung muss der Verleiher eine Sozialauswahl durchführen, die alle Arbeitnehmer einbezieht, die seiner Leitung unterstehen. Die so zu vergleichenden Arbeitnehmer können also auch bei völlig verschiedenen Entleihern beschäftigt sein. Und schließlich kommt es auf die Frage der Einsatzwünsche des Entleihers bei der Sozialauswahl zumindest so lange nicht an, als der Verleiher sein Recht zum Austausch des Personals nicht vertraglich an den Entleiher abgegeben hat. Auf diese Punkte müssen auch betroffene Betriebsräte von Verleiher-Unternehmen zukünftig im Rahmen einer Anhörung nach § 102 BetrVG genau achten und gegebenenfalls gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 1 KSchG einer Kündigung widersprechen.