

## Mandanteninfo September 2009

### Keine Kündigung von Stammarbeitnehmern beim Einsatz von Leiharbeitnehmern

- 1. Beschäftigt ein Arbeitgeber dauerhaft Leiharbeitnehmer, so hat er zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung eines Stammarbeitnehmers zunächst den Einsatz des Leiharbeitnehmers zu beenden, soweit dieser auf einem für die Stammarbeitskraft geeigneten Arbeitsplatz beschäftigt wird.**
- 2. Wird der Leiharbeitnehmer zur Krankheitsvertretung beschäftigt, so erfolgt der Einsatz gleichwohl auf Dauerarbeitsplätzen, wenn der Vertretungsbedarf ständig und ununterbrochen anfällt und der Arbeitgeber hierfür im Tätigkeitsbereich der zu kündigenden Stammarbeitskraft dauerhaft Personal beschäftigt. Ein solcher - geeigneter - Arbeitsplatz steht dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung einer Stammarbeitskraft entgegen.**

**(LAG Berlin-Brandenburg v. 03.03.09, 12 Sa 2468/08 – rechtskräftig)**

Die Beklagte betreibt ein Entsorgungsunternehmen mit mehreren Betriebsstätten. Sie beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer. Der Kläger begann bei ihr im Februar 1999 ein Arbeitsverhältnis als Fahrer/Lader. Die Beklagte beschäftigt in ihrer Betriebsstätte ständig Leiharbeiter. In der Zeit zwischen dem 15. Juni und dem 5. September 2008 waren dort täglich mindestens 1 und maximal 8 Leiharbeiter in der Tätigkeit von Fahrern beschäftigt. Durchschnittlich waren in diesem Zeitraum 4 bis 5 Leiharbeiter täglich als Fahrer eingesetzt. Mit Schreiben vom 25. Juni 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich zum 30. September 2008. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt, die dagegen eingelegte Berufung wurde im Wesentlichen aus den folgenden Gründen zurückgewiesen.

Die Kündigung ist nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis "bedingt", wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeiten hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen, dass heißt, **es darf zum**

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

Rechtsanwälte und  
zugleich Fachanwälte für  
1 Arbeitsrecht  
2 Sozialrecht  
3 Familienrecht  
4 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 Hegarhaus

**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

**Zeitpunkt der Kündigungserklärung weder ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz noch ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden sein.** Einen solchen Arbeitsplatz hatte die Beklagte jedoch zum maßgeblichen Zeitpunkt zur Verfügung, denn sie hat dauerhaft Leiharbeiternehmer auf für den Kläger geeigneten Arbeitsplätzen beschäftigt. Einen solchen Arbeitsplatz hätte sie dem Kläger zur Vermeidung einer Kündigung zuweisen müssen.

Diese Arbeitsplätze sind auch „frei“. „Frei“ sind die Arbeitsplätze, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden oder für die der Arbeitgeber die Beschäftigungsmöglichkeit treuwidrig vereitelt hat (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG vom 1. März 2007, 2 AZR 650/05, a.a.O.; vom 5. Juni 2008, 2 AZR 107/07, NZA 2008, 1180 jew. m.w.Nw.). **Arbeitsplätze, die mit überlassenen Arbeitnehmern besetzt sind, zu denen der Arbeitgeber in keinen vertraglichen Beziehungen steht, sind als frei anzusehen.** Die überlassenen Arbeitnehmer genießen keinen arbeitsvertraglichen Bestandschutz zum Entleiher, den der Arbeitgeber zu beachten haben könnte, sie sind in eine Sozialauswahl bei Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten nicht einzubeziehen. **Der Arbeitgeber ist daher gehalten, zunächst den Abruf von Leiharbeitnehmern zu unterlassen, bevor er eigene Mitarbeiter kündigt** (vgl. LAG Hamm vom 7. April 2008, 8 (19) Sa 1151/06; a.a.O.; vom 5. März 2007, 11 Sa 1338/06, und vom 21. Dezember 2007, 4 Sa 1892/06, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 78 und 81, mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand). Ob und unter welchen Voraussetzungen etwas anderes gelten könnte, wenn sich der Arbeitgeber langfristig im Rahmen des Überlassungsvertrages mit dem Verleiher vertraglich gebunden hat, braucht hier nicht entschieden zu werden, die Beklagte hat solche Umstände nicht vorgetragen.

Der Kläger hätte auf einem solchen Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden können. Die mit Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze sind vergleichbare Fahrerarbeitsplätze. Dabei kann hier offen bleiben, wie viele dieser Dauerarbeitsplätze bei der Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigung vorhanden waren. Die Beklagte hat mindestens einen Leiharbeiternehmer ständig im Einsatz gehabt, so dass mindestens ein solcher Arbeitsplatz zur Verfügung stand. Von den gekündigten vier Mitarbeitern hat der Kläger die höchste Punktzahl in der Sozialauswahlliste. Selbst wenn die Beklagte somit für ihre vier zu kündigenden Arbeitnehmer nur einen freien Arbeitsplatz zur Verfügung gehabt hätte, wäre die dafür vorzunehmende Sozialauswahl zugunsten des Klägers vorzunehmen gewesen.

Mit Leiharbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze sind „frei“ im Sinne des KSchG, so dass Arbeitnehmer nicht betriebsbedingt gekündigt werden dürfen, wenn es sich um vergleichbare Arbeitsplätze handelt. Betriebsräte werden hierauf besonders zu achten haben und den Widerspruch gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG entsprechend begründen.