

begründet im Jahre 1948 von *Hans Carl Nipperdey*
herausgegeben von

Rudolf Anzinger, Staatssekretär a D, Berlin,

Klaus Beppler, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt,

Dr. *Martin Henssler*, o Professor an der Universität zu Köln,

Dr. *Wilhelm Moll*, LL.M., Rechtsanwalt, Köln,

Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Erfurt,

Dr. *Rolf Wank*, o. Professor an der Universität Bochum,

Dr. *Herbert Wiedemann*, em. Professor an der Universität zu Köln, Richter am Oberlandesgericht a D.,

Dr. *Hellmut Wißmann*, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a D., Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,

in Gemeinschaft mit Prof. Dr. *Volker Beuthien*, Prof. Dr. *Rolf Birk*, Prof. Dr. *Hans Brox*, Prof. Dr. *Herbert Buchner*, Prof. Dr. *Wilhelm Dütz*, MinDirigent a D. Dr. *Gerd Engels*, Prof. Dr. *Martin Franzen*, Prof. Dr. *Dres. h. c. Franz Gamillscheg*, Prof. Dr. *Wolfgang Grunsley*, Prof. Dr. *Götz Hueck*, Dr. *Udo Isenhardt*, Präsident des IAG Köln und des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes; Prof. Dr. *Antoine Jacobs*, Prof. Dr. *Matthias Jacobs*, Prof. Dr. *Dres. h. c. Horst Konzen*, Prof. Dr. *Rüdiger Krause*, Prof. Dr. *Manfred Lieb*, Prof. Dr. *Dr. h. c. Manfred Löwisch*, Prof. Dr. *Klaus-Peter Martens*, Dr. *h. c. Hans-Christoph Matthes*, Vors. Richter am BAG a. D.; Prof. Dr. *Dres. h. c. Theo Mayer-Maly* †; Dr. *Rudi Müller-Clöge*, Vors. Richter am BAG; Dr. *Dirk Neumann*, Vizepräsident des BAG a D.; Prof. Dr. *Hartmut Oetker*, Prof. Dr. *Ulrich Preis*, Prof. Dr. *Reinhard Richard*; Prof. Dr. *Volker Rieble*, Prof. Dr. *Dres. h. c. Bernd Rüthers*, Prof. Dr. *Dr. Franz-Jürgen Sacker*, Dr. *h. c. Günter Schaub*, Vors. Richter am BAG a D.; Prof. Dr. *Gregor Thüsing*, LL.M.; Prof. Dr. *Raimund Waltermann*; Prof. Dr. *Günther Wiese*; Prof. Dr. *Heinz Josef Willemssen*, Rechtsanwalt; Prof. Dr. *Otfried Wlotzke*, MinDir a D.; Prof. Dr. *Albrecht Zeuner*, Prof. Dr. *Dr. h. c. Wolfgang Zöllner*, dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V., der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit und dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Anschrift der Schriftleitung: Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln.

Abhandlungen

Rechtsanwälte Dr. *Wilhelm Moll* LL.M. und Dr. *Benjamin Ittmann*, Köln

Betriebsbedingte Kündigung und Leiharbeit

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern hat für die Erstellung und Umsetzung unternehmerischer Beschäftigungskonzepte unter Flexibilitäts- und Kostengesichtspunkten zunehmend an Bedeutung gewonnen. Es wird insbesondere im Rahmen von Rationalisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen vermehrt angedacht, kurzfristig anlernbares und ebenso austauschbares, dabei gleichzeitig kostengünstiges Fremdpersonal (auch) anstelle von eigenem Personal weisungsgebunden einzusetzen. Gehen mit dem unternehmerischen Gesamtkonzept betriebsbedingte Kündigungen einher, ist zu beantworten, wen eine Einschränkung von Beschäftigungsbedarf trifft bzw. wem die Beschäftigungsmöglichkeiten vorbehalten bleiben.

Im Folgenden werden in diesem Problemfeld drei grundsätzliche Sachverhalte angesprochen. Zum einen geht es um betriebsbedingte Kündigungen mit dem Ziel der Ersetzung eigener Arbeitnehmer durch Leiharbeiter (I). Zum anderen ist die Konstellation zu betrachten, bei der Leiharbeiter im Betrieb bereits (gleichzeitig) eingesetzt werden und eigenen Arbeitnehmern betriebsbedingt gekündigt wird, ohne dass ein Austausch erfolgt (II)¹. Schließlich ist der Fragestellung nachzugehen, ob und in welchen Fällen der Arbeitgeber gehalten ist, den zu kündigenden Arbeitnehmer an einen Dritten zur dortigen Erbringung der Arbeitsleistung auszuleihen, anstatt ihm zu kündigen (III).

I. Austauschkündigungen

- 1 Grundsatz
- 2 Entscheidungsmaterial
- 3 Zwischenfazit

II. Einsatz von Leiharbeitnehmern im Unternehmen

- 1 Vertretung ausgefallener Arbeitnehmer
- 2 Schwankende Leiharbeit
- 3 Dauerhafter Einsatz von Leiharbeitnehmern

- III. Überlassung des zu kündigenden Arbeitnehmers an einen Dritten
 - 1 Arbeitnehmerüberlassung vor außerordentlicher betriebsbedingter Kündigung
 - 2 Änderungskündigung mit dem Angebot der Arbeitnehmerüberlassung
 - 3 Keine Arbeitnehmerüberlassung statt ordentlicher Kündigung
- IV. Zusammenfassung

I. Austauschkündigungen

1 Grundsatz

Die Rechtsprechung sieht solche betriebsbedingten Kündigungen als unzulässig an, denen im wesentlichen die unternehmerische Entscheidung zugrunde liegt, eigene Arbeitnehmer durch Leiharbeiter zu ersetzen, beispielsweise um Arbeitskosten zu senken, ohne dass sich das Beschäftigungskonzept des Arbeitgebers im übrigen ändert². Dogmatischer Ansatzpunkt ist die Rechtsmissbräuchlichkeit der Unternehmerentscheidung. Die Arbeitsgerichte prüfen zwar grundsätzlich nur, ob tatsächlich eine unternehmerische Entscheidung vorliegt und ob durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist. Es ist jedoch eine eingeschränkte – inhaltliche Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung in der Weise durchzuführen, ob sie offenbar

¹ Siehe dazu z. B. *Düwell/Dahl*, DB 2007, 1699 ff.; *Feudner*, DB 2007 2034 ff.; *Simon/Greiflin*, BB 2007 2454 ff.

² Vgl. BAG v. 26. 9. 1996 – 2 AZR 200/96, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Crewing“); BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Rheumaklinik“); BAG v. 4. 5. 2006 – 8 AZR 299/05, AP Nr. 304 zu § 613 a BGB („Frauenhaus“).

unvernünftig oder willkürlich ist³. Die Unternehmerentscheidung wird vor diesem Hintergrund dann nicht anerkannt, wenn Arbeitsverhältnisse beendet werden, obwohl die Beschäftigungsmöglichkeit tatsächlich fortbesteht und durch anderes weisungsabhängiges Personal wahrgenommen wird.

2 Entscheidungsmaterial

Das BAG hat diese Grundsätze erstmals in der „Crewing“-Entscheidung vom 26. 9. 1996 im Hinblick auf den Einsatz weisungsgebundenen Fremdpersonals entwickelt⁴. Der Zweite Senat hat in dieser Entscheidung über Kündigungen einer Reederei entschieden, die der Ersetzung einer eigenen Schiffsbesatzung durch Leiharbeitnehmer gedient haben. Er hat die Kündigungen im Wesentlichen deshalb für unwirksam gehalten, weil der Beschäftigungsbedarf und die Betriebsabläufe nicht dadurch geändert worden seien, dass anstelle eigener Arbeitnehmer Fremdpersonal weisungsgebunden eingesetzt worden sei. Es habe (insbesondere) keine Auftragsvergabe an einen Dritten stattgefunden mit der Folge des Wegfalls von Beschäftigungsmöglichkeiten. Obliege einem „Crewing“-Unternehmen lediglich die Auswahl und Zurverfügungstellung des Personals, zu dem auch der Schiffskapitän gehöre, und steuere der (bisherige) Arbeitgeber den Schiffsbetrieb durch Erteilung von Weisungen an und über den Schiffskapitän, so liegt nach Ansicht des Zweiten Senats keine selbstständige Erledigung der mit der Schiffsführung verbundenen Aufgaben vor. Die unternehmerische Entscheidung, Leiharbeitnehmer anstelle eigenen Personals einzusetzen, führe nicht zu einem Personalüberhang. Der Arbeitsplatz, der durch den weisungsgebundenen Einsatz von Arbeitnehmern gekennzeichnet sei, bleibe unberührt, wenn die Arbeitgeberstellung bloß formal wechsele, die Aufgabenwahrnehmung und Weisungsgebundenheit aber bestehen bleibe. Der Zweite Senat führt ergänzend aus, dass die der unternehmerischen Entscheidung zugrunde liegende Absicht, Arbeitskosten zu senken und sich der Bindungen des deutschen Arbeits- und Sozialrechts zu entledigen, keine abweichende Beurteilung rechtfertige. Es handele sich wie bei einem bloßen Kündigungsentschluss um eine rechtsmissbräuchliche Unternehmerentscheidung, die die Arbeitsgerichte nicht bindet.

Der Zweite Senat hat diese Kriterien mit Urteil vom 26. 9. 2002 („Rheumaklinik“) bestätigt und weiterentwickelt⁵. Ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Entlassung von in einem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmern sei zu verneinen, wenn dieser durch eine wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG) fortgeführt und mit neu eingestellten Arbeitnehmern im Wesentlichen unverändert weiter betrieben werde. Je näher die eigentliche Organisationsentscheidung des Arbeitgebers an den Kündigungsentschluss rücke, umso höhere Anforderungen seien an die Darlegung des Arbeitgebers zu stellen, dass infolge der unternehmerischen Entscheidung der Beschäftigungsbedarf weg falle. Es sei rechtsmissbräuchlich, trotz alternativer Möglichkeiten ein Konzept zur Kostenreduzierung zu wählen, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen führe, sondern nur das Entfallen von Arbeitsplätzen beabsichtige, obwohl unveränderter Beschäftigungsbedarf bestehe.

Der Siebte Senat hat die zur Unzulässigkeit von Austausch-kündigungen entwickelten Grundsätze in der Entscheidung vom 17. 1. 2007 auf die Befristung von Arbeitsverhältnissen übertragen⁶. Die für einen späteren Zeitpunkt geplante Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer stelle keinen Sachgrund für die Befristung des Arbeitsvertrages mit dem vorübergehend auf diesem Arbeitsplatz eingesetzten Arbeitnehmer dar. Es liege insbesondere kein nur vorübergehender betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG vor, weil der Beschäftigungsbedarf

nach der Planung des Arbeitgebers mit dem Ablauf der Befristung gerade nicht weg falle, sondern fortbestehe. Die Planung des Arbeitgebers erschöpfe sich darin, den Arbeitnehmer allein deshalb befristet zu beschäftigen, um ihn anschließend durch einen Leiharbeitnehmer zu ersetzen, der wie ein eigener Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert und weisungsgebunden tätig werde.

Die unzulässige Austausch-kündigung ist gegenüber dem Fall abzugrenzen, dass Arbeitskräfte nicht ausgetauscht werden, sondern die Begründung anderer Rechtsverhältnisse und die Einführung eines neuen Vertriebssystems erfolgt. Die unternehmerische Entscheidung, Personalkosten durch die Einführung eines neuen Vertriebssystems zu senken und abhängige Arbeits- in freie Dienstverhältnisse umzugestalten, ist grundsätzlich zulässig⁷. Entsprechend hat der Zweite Senat eine Vonselbstständigkeit von Plakatanklebetätigkeiten und die Ausgliederung von Bauleitungstätigkeiten beurteilt⁸. Dies setzt jedoch voraus, dass (auch) die Durchführung der vertraglichen Beziehungen entsprechend abgeändert wird und deshalb der Beschäftigungsbedarf für die eigenen Arbeitnehmer entfällt. Die Entscheidung, betriebliche Aufgaben künftig nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch Selbstständige erbringen zu lassen, ist nicht offensichtlich sachwidrig oder willkürlich. Der Arbeitgeber kann und muss entscheiden, wie er sein Unternehmensziel möglichst kostengünstig, wirtschaftlich, zweckmäßig am Markt verfolgt, jedenfalls wenn er rationalisiert oder die Produktion bzw. ein Vertriebssystem umstellt. Rechtsmissbräuchlich ist die unternehmerische Entscheidung aber dann, wenn den darauf ausgesprochenen Kündigungen tatsächlich nicht ein fehlendes Beschäftigungsbedürfnis zugrunde liegt, sondern allein eine Umwandlung der mit den Mitarbeitern bestehenden Rechtsverhältnisse mit dem Ziel der „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ erfolgen soll. Eine Ersetzung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse durch selbstständige Tätigkeitsformen liegt dann in Wahrheit nicht vor.

3 Zwischenfazit

Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung liegen – danach – nicht vor, wenn sich eine unternehmerische Planung darin erschöpft, eigene Arbeitnehmer durch weisungsgebunden eingesetztes Fremdpersonal zu ersetzen. Ob dem ein verändertes Beschäftigungs- oder Betriebskonzept zugrunde liegt, ist unerheblich. Die den Kern der Umorganisation darstellende Austauschentscheidung ist in diesen Fällen dem bloßen Kündigungsentschluss so nahe gerückt, dass der Kündigungsschutz leer liefere, wenn diese Austauschentscheidung als bindend hingenommen werden müsste. Diese Sichtweise wird

3) Vgl. BAG v. 29. 3. 1990 – 2 AZR 369/89, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Weight-Watchers“); BAG v. 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008 878 („Plakatanschlag“); BAG v. 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008 939 („Bauleitung“).

4) Vgl. BAG v. 26. 9. 1996 – 2 AZR 200/96, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Crewing“). Siehe im Anschluss daran z. B. BAG v. 16. 12. 2004 – 2 AZR 66/04, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 16. 12. 2004 – 2 AZR 67/04; LAG Bremen v. 2. 12. 1997 – 1 (2) Sa 340/96, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 47; LAG Bremen v. 30. 1. 1998 – 4 Sa 114/97, DB 1998, 1338; LAG Hamm v. 24. 7. 2004 – 12 Sa 320/07, NZA-RR 2008 239; APS/Kiel 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 523.

5) Vgl. BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Rheumaklinik“).

6) Vgl. BAG v. 17. 1. 2007 – 7 AZR 20/06, AP Nr. 30 zu § 14 TzBfG. Siehe im Anschluss daran z. B. ArbG Stuttgart v. 16. 3. 2007 – 26 Ca 2265/06.

7) Vgl. BAG v. 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Weight-Watchers“).

8) Vgl. BAG v. 13. 2. 2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008 878 („Plakatanschlag“); BAG v. 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008 939 („Bauleitung“).

mindestens plausibel, wenn man die Auswirkungen von Austauschkündigungen mit denen von Änderungskündigungen zur Entgeltreduzierung und den jeweils für die Wirksamkeit dieser Kündigungen aufgestellten Schranken vergleicht. In beiden Fällen bleibt die von abhängig beschäftigten Personen zu erbringende Tätigkeit (nahezu) gleich, es soll jeweils lediglich eine Kostenreduzierung herbeigeführt werden. Einziger Unterschied ist die vom Arbeitgeber getroffene Entscheidung, ob eigenes oder fremdes Personal die Arbeit – abhängig – verrichtet.

Es bleibt allerdings der dogmatisch bedenkenswerte Befund festzuhalten, dass die Rechtsprechung die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers unabhängig davon beiseite schiebt, ob der Arbeitgeber mit dem Einsatz der Leiharbeiter ein verändertes Beschäftigungs- oder Betriebskonzept verfolgt. Dies ist nicht selbstverständlich. Die freie unternehmerische Entscheidung über das Beschäftigungs- und Betriebskonzept ist ein Element des Kündigungsrechts. Die Durchbrechung dieses Grundsatzes nur deshalb, weil das Konzept des Arbeitgebers die Einbeziehung von Leiharbeit beinhaltet, mag angesichts des Rechtsprechungsstandes praktisch hinzunehmen sein, kann jedoch kaum als Normal- und Regelfall angesehen werden, der Ausweitungen oder Verallgemeinerungen zugänglich ist.

II Einsatz von Leiharbeitnehmern im Unternehmen

Die Ersetzung eigener Arbeitnehmer durch Leiharbeiter ist von der Fallgestaltung zu unterscheiden, dass im Unternehmen Leiharbeiter Tätigkeiten verrichten, die künftig unter Umständen auch derjenige Arbeitnehmer verrichten könnte, für den die konkrete Beschäftigungsmöglichkeit entfällt. Die Unternehmerentscheidung, die der betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegt, ist in diesem Fall nicht rechtsmissbräuchlich; der Beschäftigungsbedarf fällt nicht infolge einer Austauschentscheidung weg.

Den dringenden betrieblichen Erfordernissen für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG könnte aber entgegenstehen, dass die Kündigung angesichts der Leiharbeit unverhältnismäßig ist. Dringlich sind die betrieblichen Erfordernisse für die betriebsbedingte Kündigung nach dem *Ultima-Ratio-Grundsatz* nur dann, wenn den betrieblichen Erfordernissen nicht durch ebenso geeignete, aber weniger belastende Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet entsprochen und die Kündigung so vermieden werden kann.⁹ Ausprägungen dieses Grundsatzes enthält § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG. Dem Arbeitgeber darf keine andere Möglichkeit zur Beschäftigung des Arbeitnehmers zu gleichen oder schlechteren Arbeitsbedingungen zur Verfügung stehen.¹⁰ Bei einem bestehenden oder geplanten Einsatz von Leiharbeitnehmern stellt sich die Frage, ob die von Leiharbeitnehmern erledigten Arbeiten vorrangig dem zu kündigenden Arbeitnehmer angeboten werden müssen. Dies führt (zwangsläufig) zu der grundsätzlichen Fragestellung, ob Unternehmen gehalten sind, vor Beendigungskündigungen Leiharbeit abzubauen. Die Auswirkung einer solchen Konsequenz liegt auf der Hand: Statt der im Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber stehenden Arbeitnehmer hätten Leiharbeiter – oftmals – betriebsbedingte Kündigungen durch den Entleiher zu erwarten.

Entsprechend dem Diskussionsstand in Rechtsprechung und Schrifttum ist nach Art, Dauer und Ursache der Leiharbeitermertätigkeit zu differenzieren.

1 Vertretung ausgefallener Arbeitnehmer

Werden Leiharbeiter nicht dauerhaft, sondern zur Vertretung anderer Arbeitnehmer auf von diesen „besetzten“ Arbeitsplätzen eingesetzt, steht dies dringenden betrieblichen Erfordernissen einer Kündigung von anderen Arbeitnehmern, für die die Beschäftigungsmöglichkeit entfällt, grundsätzlich nicht

entgegen. Die Arbeitsplätze sind nicht frei, weil die Arbeitsplätze von den vertretenen Arbeitnehmern (Arbeitsunfähigkeit, Elternzeit, Urlaub) „besetzt“ sind. Würde der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitsplatz anstelle des – einen anderen, eigenen Arbeitnehmer vertretenden – Leiharbeitnehmers mit dem zu kündigenden Arbeitnehmer zu besetzen, müsste er auf Dauer zwei Arbeitnehmer auf nur einem Arbeitsplatz beschäftigen. Dem stünde die unternehmerische Gestaltungs- und Organisationsfreiheit des Arbeitgebers entgegen. Es ist daher konsequent, in diesem Falle das Vorhandensein einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit für den von der betriebsbedingten Kündigung betroffenen Arbeitnehmer abzulehnen.

Dem entspricht, dass das BAG unternehmerische Organisationsentscheidungen gebilligt hat, mit welchen Maßnahmen und in welcher Weise Ausfälle von Arbeitnehmern bewältigt werden¹¹. Der Arbeitgeber entscheide darüber, wie er Vakanzen bewältigt. Die Entscheidung darüber, ob, wie und für wie lange ein z. B. aus Krankheitsgründen vakanter Arbeitsplatz (vertretungsweise) besetzt wird, unterliege als unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers nur einer Missbrauchs- und Willkürkontrolle. Die unternehmerische Gestaltungs- und Organisationsfreiheit weise dem Arbeitgeber die Befugnis zu, die Beschäftigung und das Zusammenwirken seiner Arbeitnehmer zu ordnen, aus dieser Ordnung den Bedarf an Arbeitskräften abzuleiten und diesen durch den Abschluss, die Ausgestaltung und die Beendigung von Verträgen zu realisieren. Der Arbeitgeber könne nicht gezwungen werden, mehr Arbeitsverträge zu unterhalten, als er für zweckmäßig halte. Die Kündigung müsse sich an der von dem Arbeitgeber festgelegten Arbeitsorganisation messen lassen. Dies legt den Schluss nahe, dass jedenfalls im Umfang des durch Leiharbeiter gedeckten Vertretungsbedarfs keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen.

Das LAG Hamm hat den seiner Entscheidung vom 5. 3. 2007 zugrunde liegenden Sachverhalt auf der Grundlage einer entsprechenden rechtlichen Würdigung beurteilt¹². Es war unstrittig, dass in einer anderen Abteilung als derjenigen, in der die gekündigte Arbeitnehmerin arbeitete, zwei (vergleichbare) Leiharbeiterinnen dauerhaft eingesetzt wurden. Der Sachvortrag des Arbeitgebers, die beiden Leiharbeiterinnen seien jeweils nur zeitweise zur Überbrückung von Fehlzeiten entliehen worden, was das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit bedeutet hätte, hatte sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt. Es hatte sich vielmehr ergeben, dass die beiden Leiharbeiterinnen auch gearbeitet hatten, als alle Festangestellten gesund waren. Sie waren also nicht (nur) als Vertretung tätig, sondern besetzten zwei tatsächlich bestehende Arbeitsplätze. Diese wurden als Beschäftigungsmöglichkeit für die gekündigte Arbeitnehmerin in Betracht gezogen (dazu näher unten).

2 Schwankende Leiharbeit

Der Bejahung dringender betrieblicher Erfordernisse für eine Kündigung kann nicht entgegenstehen, dass Leiharbeit-

9) Vgl. BAG v. 18. 1. 1990 – 2 AZR 183/89, AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969; BAG v. 8. 11. 2007 – 2 AZR 418/06; APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG, Rn. 559, 562; KDZ/Küttner, KSchR, 7. Aufl. 2008, § 1 KSchG, Rn. 281; KR/Griebeling, 8. Aufl. 2007 § 1 KSchG, Rn. 529 a; Moll/Ulrich, MAH 2005, § 40 Rn. 120 (S. 1047); Stahlhake/Preis/Vossen, 9. Aufl. 2005, Rn. 999; von Hoyningen-Huene/Linck, 14. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 724; jew. m. w. N.

10) Vgl. BAG v. 27. 9. 1984 – 2 AZR 62/83, AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969; APS/Dörner (Fn. 4), § 1 KSchG, Rn. 98; APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG, Rn. 579 ff.; Stahlhake/Preis/Vossen (Fn. 9), Rn. 918; jew. m. w. N.

11) Vgl. BAG v. 2. 2. 2006 – 2 AZR 38/05, AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 1. 3. 2007 – 2 AZR 650/05, AP Nr. 164 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

12) Vgl. LAG Hamm v. 5. 3. 2007 – 11 Sa 1338/06, LAGE Nr. 78 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = DB 2007 1701.

nehmer schwankend auf Abruf etwa bei kurzfristig unvorhersehbar auftretenden, aber auch bei erfahrungsgemäß schwankenden Auftragsspitzen oder zur Deckung eines nur vorübergehenden zusätzlichen Personalbedarfs eingesetzt werden

Eine Beschäftigungsmöglichkeit besteht nach kündigungserrechtlichen Grundsätzen nur, wenn diese als dauerhaft feststeht. Dies setzt voraus, dass ein anderer Arbeitsplatz frei und damit verfügbar ist¹³. Der Arbeitsplatz muss am Tag der Kündigung frei sein oder mindestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden¹⁴. Eine Beschäftigungsmöglichkeit ist nur dann zu bejahen, wenn dem Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt aufgrund konkreter Anhaltspunkte mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar ist, dass ein dauerhafter Arbeitsplatz zum Kündigungstermin entstehen oder frei werden wird¹⁵. Der Einsatz eines Leiharbeitnehmers könnte daher überhaupt nur dann zum Vorliegen eines (freien) Arbeitsplatzes führen, wenn der Leiharbeitnehmer konstant auf einem Arbeitsplatz tätig wird (dazu näher unten). Dies ist nicht der Fall, wenn der Leiharbeitnehmer nicht konstant auf einem bestimmten Arbeitsplatz eingesetzt, sondern nur kurzfristig oder schwankend je nach Bedarf tätig wird. Der Arbeitgeber kann dann nicht mit der nötigen Sicherheit absehen, ob eine vom Leiharbeitnehmer phasenweise verrichtete Tätigkeit bei Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des zu kündigenden Arbeitnehmers noch anfällt und ob es sich um eine dauerhafte Beschäftigungsmöglichkeit handelt. Eine anderweitige dauerhafte Beschäftigungsmöglichkeit ist in einem derartigen Fall im Zeitpunkt der Kündigung nicht absehbar¹⁶. Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber vorsorglich langfristig im Voraus die Zustimmung des Betriebsrats zum Einsatz von Leiharbeitnehmern einholt, genügt nicht für die Prognose einer künftigen Beschäftigungsmöglichkeit, jedenfalls dann nicht, wenn der Arbeitgeber nicht auf Lager fertigt, sondern nur aufgrund kurzfristiger Auftragserteilungen produziert¹⁷. Das BAG hat folgerichtig die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung für zwei zum 30. 11. 2001 gekündigte Arbeitnehmer trotz eines Einsatzes von Leiharbeitnehmern für das Weihnachtsgeschäft in der Vorweihnachtszeit verneint¹⁸. Es sei jeweils im Zeitpunkt der Kündigungserklärung nicht mit Sicherheit absehbar gewesen, dass mit Ablauf der Kündigungsfrist Leiharbeitnehmer eingesetzt würden. Es habe lediglich die Möglichkeit eines Einsatzes von Leiharbeitnehmern bestanden, ohne dass eine konkrete Bedarfsermittlung vorgelegen habe, die stets nur kurzfristig nach entsprechenden Vorgaben aus der Produktionsplanung erfolgt sei. Das LAG Hamm hat als Vorinstanz entsprechend entschieden und darauf hingewiesen, dass im Zeitpunkt der Kündigungserklärung (noch) keine hinreichende Grundlage für einen zusätzlichen Bedarf bei Ablauf der Kündigungsfrist erkennbar gewesen sei, der dann später von Leiharbeitnehmern erledigt worden sei¹⁹.

Die Beurteilung ändert sich grundsätzlich nicht, wenn sich die von dem Leiharbeitnehmer verrichtete Aufgabe bis zum Ablauf einer eventuell über mehrere Monate andauernden Kündigungsfrist derart verfestigt und in die betrieblichen Abläufe einfügt, dass von einem auf Dauer verfügbaren Arbeitsplatz gesprochen werden kann. Dem steht auch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. 8. 2007 nicht entgegen²⁰. Das LAG Hamm hat eine Prognose des Arbeitgebers, dass zum Kündigungstermin ein bislang konstant eingesetzter Leiharbeitnehmer nicht mehr beschäftigt werden würde, nicht akzeptiert. Es hat darauf abgestellt, ob im Zeitpunkt der Kündigung der Wegfall der vom Leiharbeitnehmer verrichteten Tätigkeiten absehbar gewesen ist oder nicht. Es hat demgegenüber nicht etwa spätere Verfestigungen zum Anlass genommen, um die betriebsbedingte Kündigung in Frage zu stellen. Der Arbeitgeber hatte für eine Planung geltend gemacht, dass die Tätigkeit eines Leiharbeitnehmers aufgrund einer Rationalisierungsmaßnahme (Anschaffung einer auto-

matischen Achsenpresse) entfallen sollte. Eine Grundlage für diese Planung hat das LAG Hamm nicht gesehen. Der Arbeitgeber hat im Rahmen einer Prognose darzutun, dass mit dem Ablauf der Kündigungsfrist (bzw. kurz zuvor oder in absehbarer Zeit danach) keine anderweitige Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers besteht²¹. Ein Irrer nicht der Prognose entsprechenden Entwicklung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist würde ggf. durch den Wiedereinstellungsanspruch hinreichend Rechnung getragen²².

3 Dauerhafter Einsatz von Leiharbeitnehmern

Es bleibt zu untersuchen, ob bei konstanter Leiharbeit für bestimmte Arbeiten im Betrieb dringenden betrieblichen Erfordernissen für eine Kündigung – eine sachliche und willkürfreie Unternehmerentscheidung vorausgesetzt – die Möglichkeit entgegensteht, dem zu kündigenden Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung anstelle eines dauerhaft tätigen Leiharbeitnehmers anzubieten.

a) Meinungsstand

Das BAG hat sich bislang nicht mit der Frage befasst, ob von Leiharbeitnehmern dauerhaft verrichtete Tätigkeiten als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten anzusehen sind und so der Dringlichkeit einer betriebsbedingten Kündigung entgegenstehen. Die bisherigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts besagen – jedenfalls unmittelbar – nicht, dass dauerhaft von Leiharbeitnehmern verrichtete Tätigkeiten per se eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit darstellen. Die Entscheidungen vom 17. 3. 2005 haben allerdings als (offensichtlich) rechtlich relevant erörtert, ob im Hinblick auf stattfindende Arbeitnehmerüberlassung eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Zeitpunkt der Kündigung absehbar gewesen ist²³.

13) Vgl. BAG v. 23. 11. 2004 – 2 AZR 38/04, AP Nr. 70 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG, Rn. 600; ErK/Oetker, 8. Aufl. 2008, § 1 KSchG, Rn. 250; v. Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 9), § 1 KSchG, Rn. 746; KDZ/Kittner (Fn. 9), § 1 KSchG Rn. 371, 372; Moll/Ulrich (Fn. 9), § 40 Rn. 125 (S. 1048).

14) Vgl. BAG v. 2. 2. 2006 – 2 AZR 38/05, AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 1. 3. 2007 – 2 AZR 650/05, AP Nr. 164 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

15) Vgl. BAG v. 15. 12. 1994 – 2 AZR 327/94, AP Nr. 67 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 21. 4. 2005 – 2 AZR 241/04, AP Nr. 74 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG v. 13. 2. 2008 – 2 AZR 1041/06, NZA 2008, 819; APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG Rn. 601; ErK/Oetker (Fn. 13), § 1 KSchG, Rn. 250; v. Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 9), § 1 KSchG, Rn. 747; KR/Griebeling (Fn. 9), § 1 KSchG Rn. 219; Moll/Ulrich (Fn. 9), § 40 Rn. 126 (S. 1049).

16) Vgl. BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 4/04, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 5/04. Siehe auch IAG Hamm v. 31. 7. 2003 – 8 Sa 1578/02, IAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 66b; IAG Hamm v. 22. 9. 2003 – 8 (19) Sa 1656/02; LAG Rheinland-Pfalz v. 6. 12. 2007 – 10 Sa 534/07.

17) Vgl. BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 4/04, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 5/04; LAG Hamm v. 31. 7. 2003 – 8 Sa 1578/02, IAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 66b; IAG Hamm v. 22. 9. 2003 – 8 (19) Sa 1656/02.

18) Vgl. BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 4/04, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 5/04.

19) Vgl. LAG Hamm v. 31. 7. 2003 – 8 Sa 1578/02, IAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 66b; IAG Hamm v. 22. 9. 2003 – 8 (19) Sa 1656/02.

20) IAG Hamm v. 6. 8. 2007 – 8 Sa 2311/04, NZA-RR 2008, 180.

21) Vgl. BAG v. 23. 3. 1984 – 7 AZR 409/82, AP Nr. 38 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 21. 4. 2005 – 2 AZR 241/04, AP Nr. 74 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Aufl. 2002, § 8 Rn. 25; jew. m. w. N.

22) Vgl. BAG v. 4. 12. 1997 – 2 AZR 140/97, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG v. 25. 10. 2007 – 8 AZR 989/06, AP Nr. 2 zu § 613a BGB Wiedereinstellung; APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG Rn. 604; KR/Griebeling (Fn. 9), § 1 KSchG Rn. 729.

23) Vgl. BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 4/04, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 5/04.

Das IAG Hamm und das IAG Rheinland-Pfalz haben unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Austauschkündigungen und unter dem Gesichtspunkt des *Ultima-Ratio-Grundsatzes* entschieden, dass eine betriebsbedingte Kündigung nicht durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt ist, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer auf einem mit einem Leiharbeiter besetzten Arbeitsplatz zu beschäftigen²⁴. Es entstände ein sachlich nicht zu rechtfertigender Widerspruch zum Grundsatz der Unzulässigkeit von Austauschkündigungen, wenn man die von Leiharbeitnehmern verrichteten Tätigkeiten bei Anwendung des *Ultima-Ratio-Grundsatzes* außer Betracht lassen würde. Der von dem Leiharbeiter (scheinbar) ausgefüllte Arbeitsplatz stehe als eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zur Verfügung. Der Arbeitgeber müsse eine Versetzung auf diesen Arbeitsplatz oder eine Änderungskündigung als milderes Mittel zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung in Erwägung ziehen²⁵. Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, mit wie vielen Arbeitnehmern und in welcher Art und Weise die anfallende Tätigkeit organisiert werden soll, werde durch diese Verpflichtung nicht angetastet, weil dem Arbeitgeber lediglich angesonnen werde, die betriebliche Tätigkeit zunächst mit der Stammbesetzung durchzuführen. Geschehe dies nicht, würde die nach § 1 Abs. 3 KSchG zu beachtende Sozialauswahl „ausgehebelt“²⁶.

Das IAG Köln hat in einer Entscheidung vom 7. 8. 2006 am Rande ausgeführt, dass ein Abbau von Leiharbeit gegenüber ordentlichen betriebsbedingten Kündigungen nicht vorrangig sei, weil dies die Unternehmensstruktur ändern und in unzulässiger Weise in das unternehmerische Ermessen des Arbeitgebers eingreifen würde²⁷.

Die Auffassungen im Schrifttum sind geteilt. Teilweise wird der Auffassung zugestimmt, dass dauerhaft von Leiharbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze als „freie“ Arbeitsplätze zur Verfügung stehen²⁸. Der mit einem Leiharbeiter besetzte Arbeitsplatz gelte als frei oder sei frei, weil der Leiharbeiter mit dem Entleiher keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe. Einer Verdrängung des Leiharbeitnehmers durch den Stammarbeiter stehe deshalb zumindest bei legaler Arbeitnehmerüberlassung keine Rechtsschranke entgegen. Der Arbeitgeber müsse die nicht durch eigene Arbeitsverträge abgedeckten Beschäftigungskapazitäten bündeln, so dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestehe. Der Arbeitgeber habe vorhandene Beschäftigungskapazitäten zu nutzen und umzuverteilen. Er müsse für das Verdrängen der Leiharbeiter weder einen Arbeitsplatz „freimachen“ noch einen neuen Arbeitsplatz schaffen. Grundgedanke der Legalisierung von Arbeitnehmerüberlassung sei, dem Entleiher die Möglichkeit zu geben, auf einen Auftragsrückgang flexibel reagieren zu können. Dem sei bei Personalanpassungsmaßnahmen Rechnung zu tragen.

Teilweise wird die Verpflichtung des Arbeitgebers zur vorrangigen Beendigung von Leiharbeitsverhältnissen verneint, wenn der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern auf einem schlüssigen unternehmerischen Konzept beruht²⁹. Dem entsprechend wird auf die Freiheit des Arbeitgebers verwiesen, seinen Betrieb in der Weise zu organisieren, dass er dauerhaft in bestimmten Bereichen und für bestimmte Tätigkeiten ausschließlich Leiharbeiter einsetzt. Es sei Teil des betrieblichen Konzepts, bestimmte Arbeiten (nur) durch Fremdpersonal ausführen zu lassen. Dieses beruhe wie die Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen auf einer freien Unternehmerentscheidung. Die Entscheidung des Arbeitgebers sei auch nicht unsachlich, unvernünftig oder willkürlich, weil ein kostengünstiger Einsatz von Arbeitskräften zum Kernbereich unternehmerischen Handelns zähle. Der Arbeitgeber werde bei einer anderen Betrachtung zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes verpflichtet, weil Leiharbeiter gerade nicht in

einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen, der Arbeitgeber den zu kündigenden Arbeitnehmer aber auf dem Arbeitsplatz des Leiharbeitnehmers zu beschäftigen habe. Der Arbeitgeber werde entgegen seinem unternehmerischen Konzept zu betrieblichen Umstrukturierungen gezwungen. Dem Arbeitgeber werde im Ergebnis das Mittel der Leiharbeit aus der Hand genommen. Der „Crewing“-Entscheidung könne eine Einordnung von Leiharbeitertätigkeiten als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht entnommen werden. Es sei um die Ersetzung eigener Arbeitnehmer durch Leiharbeiter und nicht um die Beibehaltung eines von den Vorschriften des AÜG gebilligten Einsatzes von Leiharbeitnehmern neben vorhandenem Stammpersonal gegangen.

b) Stellungnahme

aa) Ultima-Ratio-Grundsatz und Rechtsmissbrauchsprüfung

Ob der aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelte *Ultima-Ratio-Grundsatz* einen vorrangigen Abbau von Leiharbeit gebietet, erscheint alles andere als selbstverständlich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber nach seinem Konzept bestimmte Bereiche bzw. Tätigkeiten für die Erledigung durch Leiharbeiter vorsieht. Eine Pflicht zum vorrangigen Abbau von Leiharbeit kommt jedenfalls insoweit nicht in Betracht, wie der Arbeitgeber nach seinem unternehmerischen Konzept bestimmte Bereiche bzw. Tätigkeiten durch den Einsatz des Mittels der Arbeitnehmerüberlassung erledigt. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, Beschäftigungskonzepte aufzugeben, die unabhängig von den zum Arbeitsplatzwegfall führenden Umständen (bereits) praktiziert werden. Das BAG hat dem Arbeitgeber grundsätzlich die Entscheidung darüber zugestanden, mit welchen Rechtsverhältnissen er einen anfallenden Beschäftigungsbedarf deckt³⁰. Die unternehmerische Entscheidung, bestimmte Arbeiten durch Fremdpersonal ausführen zu lassen, lässt, soweit sie vorgefunden wird, keinen Raum für die Annahme, es stünde ein Arbeitsplatz für einen eigenen Arbeitnehmer zur Verfügung. Es verbietet sich auch die Annahme, der Arbeitsplatz gelte als „frei“. Er ist nach dem Beschäftigungskonzept des Arbeitgebers für eine Besetzung durch eigene Arbeitnehmer nicht vorhanden. Dies trifft ganz unabhängig davon zu, dass der Leiharbeiter sowohl in individualrechtlicher als auch in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht nicht Arbeitnehmer des Betriebsinhabers ist³¹. Einen neuen (weiteren) Arbeitsplatz für den eigenen Arbeitnehmer

24) Vgl. IAG Hamm v. 5. 3. 2007 – 11 Sa 1338/06, DB 2007, 1701; IAG Hamm v. 24. 7. 2007 – 12 Sa 320/07, NZA-RR 2008, 239; IAG Hamm v. 6. 8. 2007 – 8 Sa 2311/04, NZA-RR 2008, 180; IAG Hamm v. 21. 12. 2007 – 4 Sa 1892/06; IAG Rheinland-Pfalz v. 6. 11. 2003 – 6 Sa 780/03. Siehe auch IAG Rheinland-Pfalz v. 6. 12. 2007 – 10 Sa 534/07.

25) Vgl. IAG Hamm v. 5. 3. 2007 – 11 Sa 1338/06, DB 2007, 1701; IAG Hamm v. 24. 7. 2007 – 12 Sa 320/07, NZA-RR 2008, 239; IAG Hamm v. 6. 8. 2007 – 8 Sa 2311/04, NZA-RR 2008, 180; IAG Rheinland-Pfalz v. 6. 11. 2003 – 6 Sa 780/03.

26) So IAG Hamm v. 21. 12. 2007 – 4 Sa 1892/06.

27) Vgl. IAG Köln v. 7. 8. 2006 – 14 Sa 84/06 (im entschiedenen Fall blieb dieser Gesichtspunkt jedoch unberücksichtigt, weil wegen ordentlicher Unkündbarkeit des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden war).

28) Vgl. APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG Rn. 568, 606; Düvell/Dahl DB 2007, 1699 ff.; Erk/Oetker (Fn. 13), § 1 KSchG, Rn. 256; Kiel/Koch. Die betriebsbedingte Kündigung 2000, Rn. 192 (S. 78); Stahlhacke/Preis/Vossen (Fn. 9) Rn. 1006 i.

29) Vgl. Feudner, DB 2007, 2034; Gaul/Kühnreich, BB 2003, 254, 255; Horcher, NZA-RR 2006, 393, 401; v. Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 9), § 1 KSchG Rn. 751; KPK/Schiefer/Meisel, 3. Aufl. 2004, § 1 KSchG, Rn. 1048; KR/Griebeling (Fn. 9), § 1 KSchG, Rn. 219; Löwisch/Spinner, 9. Aufl. 2004, § 1 KSchG, Rn. 276; Moll/Ulrich (Fn. 9) § 40 Rn. 142 (S. 1054); Simon/Greiflin, BB 2007, 2454, 2455.

30) Vgl. BAG v. 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Weight-Watchers“); BAG v. 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 („Plakatschlag“); BAG v. 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008, 939 („Bauleitung“).

31) Siehe dazu kritisch Blanke, DB 2008, 1153 ff.

muss der Arbeitgeber nach allgemeinen Grundsätzen nicht schaffen³². Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber das Rechtsverhältnis, das dem Einsatz des Fremdpersonals zugrunde liegt, leichter beenden könnte, berechtigt nicht zu der Annahme, es liege insoweit ein unbesetzter Arbeitsplatz vor

Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers scheidet aus. Die tatsächlich umgesetzte Unternehmerentscheidung hat die Vermutung für sich, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt ist³³. Rechtsmissbrauch ist die Ausnahme³⁴. Eine Rechtsmissbräuchlichkeit ist nicht erkennbar, weil der Arbeitsplatzwegfall auf einem von diesem unternehmerischen Konzept unabhängigen, seinerseits nicht rechtsmissbräuchlichen Sachverhalt beruht. Die Entscheidung, bestimmte Bereiche bzw. Tätigkeiten auf Dauer von Leiharbeitnehmern erledigen zu lassen, steht sogar unter dem Schutz der Rechtsordnung. Hauptzweck des AÜG ist es, Gestaltungsspielräume einer zulässigen Arbeitnehmerüberlassung zu eröffnen und illegale Arbeitnehmerüberlassung zu bekämpfen³⁵. Es erschiene unverständlich, wenn sich der Arbeitgeber nicht auf die Weiterführung eines Unternehmerkonzeptes berufen könnte, dessen Umsetzung der Gesetzgeber legalisiert hat.

Dem Arbeitgeber würde anderenfalls im Hinblick auf die ausschließlich von Fremdpersonal ausgeführten Arbeiten ein anderes als das von ihm bewusst gestaltete und bereits umgesetzte Beschäftigungskonzept aufgezwungen. Die freie unternehmerische Entscheidung, mit welchen Beschäftigten welche Arbeiten verrichtet werden, würde beseitigt. Eben diese Gestaltungsmöglichkeit kann aus der Organisationsfreiheit des Arbeitgebers nicht ausgeklammert werden³⁶. Man würde anderenfalls ohne Rechtfertigung in sachliche und willkürfreie Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers eingreifen. Die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers, auf das Beschäftigungsvolumen im Betrieb zu reagieren und die Arbeitsabläufe im Betrieb zu gestalten, würde ohne Grund beschnitten. Dem Unternehmer würde die ihm von der Rechtsordnung zugestandene konzeptionelle Freiheit (nachträglich) wieder genommen. Sein Beschäftigungskonzept ist nicht auf die Erledigung der von Leiharbeitnehmern durchgeführten Arbeiten durch eigene Arbeitnehmer ausgerichtet. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz anzubieten, wenn dieser von einem Leiharbeiter besetzt ist, würde angesichts dessen zu einer den Grundsätzen des Kündigungsschutzrechts widersprechenden Umgestaltung der Rechtslage führen. Es würde grundlegenden Prinzipien des Kündigungsschutzrechts widersprechen, den Arbeitgeber zu zwingen, die Fortsetzung eines bestehenden Beschäftigungskonzepts aufzugeben und stattdessen bislang nicht vorhandene Arbeitsplätze für eigene Arbeitnehmer zu schaffen. Eben dies wäre die Folge, wenn der Arbeitgeber entgegen seinem unternehmerischen Konzept die nicht durch eigene Arbeitsverträge abgedeckten Beschäftigungsmöglichkeiten bündeln müsste, um sie ganz oder teilweise durch eigene Arbeitsverhältnisse zu ersetzen. Das BAG hat keinen Zweifel daran gelassen, dass es die Entscheidung des Arbeitgebers respektiert, mit welchen Beschäftigten und Betriebsstrukturen die betrieblichen Aufgaben erledigt werden³⁷.

bb) Argumentationsmuster Widerspruchsfreiheit

Es bleibt die Frage nach der These vom „sachlich nicht zu rechtfertigenden“ Widerspruch zur Unzulässigkeit von Austauschrückstellungen. Ein derartiger Widerspruch kann (nur dann) bestehen, wenn die für die jeweiligen Sachverhaltsgestaltungen maßgeblichen argumentativen Grundlagen übereinstimmen. Dies ist nicht der Fall. Die Prüfungskriterien aus der „Stufe“ der Missbrauchskontrolle der Unternehmerentscheidung als Ursache für einen Beschäftigungswegfall sind nicht auf die „Stufe“ der Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten zu übertragen.

Die Unzulässigkeit von Austauschrückstellungen leitet sich daraus ab, dass sich die unternehmerische Entscheidung bei wertender Betrachtung darauf reduziert, weisungsgebunden eingesetzte Arbeitskräfte auszutauschen, so dass ein Beschäftigungswegfall letztlich nicht vorliegt. Der Beschäftigungsbedarf fällt demgegenüber tatsächlich weg, wenn eine Abteilung geschlossen wird oder wenn ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebsteilerwerber widerspricht. Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers erschöpft sich in derartigen Fällen gerade nicht in dem Kündigungswegfall Ursache des Personalüberhangs, der zu dem Kündigungswegfall führt, ist die Schließung der Abteilung bzw. der Nichtübergang des Arbeitsverhältnisses infolge Widerspruchs des Arbeitnehmers. Die Betriebsstruktur mit der Organisationsentscheidung, Leiharbeiternehmer für bestimmte Bereiche bzw. Tätigkeiten dauerhaft einzusetzen, ist gegeben und wird – nur – vorgefunden. Dies ist etwas anderes im Vergleich damit, dass der Arbeitgeber entscheidet, künftig Leiharbeiternehmer an Stelle von eigenen Arbeitnehmern einzusetzen (Austauschkündigung). Dies unterscheidet die Situation der rechtsmissbräuchlichen Unternehmerentscheidung, die nicht zum Beschäftigungswegfall führt, einerseits und die Frage nach zur Verfügung stehenden anderweitigen Arbeitsplätzen nach unzulässigem Beschäftigungswegfall andererseits. Eine Unternehmerentscheidung als Grund für eine Kündigung deshalb nicht anzuerkennen, weil der Bedarf für abhängige Beschäftigung bestehen bleibt, ist etwas anderes, als den Arbeitgeber entgegen dem bestehenden Beschäftigungskonzept zu zwingen, eigene Beschäftigte in Bereichen bzw. bei Tätigkeiten einzusetzen, die nach längst vorausgegangenen Unternehmerentscheidungen von Leiharbeitnehmern wahrgenommen werden.

Anders als bei Austauschrückstellungen wird der Kündigungsschutz nicht umgangen. Die zum Beschäftigungswegfall für die eigenen Arbeitnehmer führende Unternehmerentscheidung ist nicht rechtsmissbräuchlich. Es wird kein (neues) unternehmerisches Konzept unter Einbeziehung der Leiharbeit zwecks Verdrängung eigener Arbeitnehmer implementiert. Die zur Kündigung führende Entscheidung geht nicht dahin, dass lediglich ein Austausch der weisungsgebundenen Beschäftigten erfolgt. Der konkrete Beschäftigungsbedarf entfällt tatsächlich, und der Arbeitgeber möchte bei solchem Beschäftigungswegfall lediglich sein bislang bestehendes Betriebskonzept fortsetzen. Dem Abbau eigenen Personals steht kein damit korrespondierender Aufbau einer Beschäftigung von Leiharbeitnehmern gegenüber. Der Arbeitgeber ändert nicht wie bei Austauschrückstellungen – rechtsmissbräuchlich – das vorhandene Beschäftigungskonzept. Die Rechtsmissbrauchskontrolle erfolgt deshalb, weil anderenfalls der bloße Entschluss des Arbeitgebers ausreichen würde, einen abhängig Beschäftigten durch einen anderen – den Leiharbeiter nämlich – zu ersetzen³⁸. Diese Missbrauchsgefahr bzw. das mit dem Erfordernis effektiv-sinnvollen Kündigungsschutzes verbundene Gebot, einen derartigen Austausch nicht anzuerkennen, lässt sich auf die

32) Vgl. BAG v. 3. 2. 1977 – 2 AZR 476/75 AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; APS/Kiel (Fn 4), § 1 KSchG, Rn 600; v. Hoyningen-Huene/Linck (Fn 9), § 1 KSchG, Rn 746; KR/Griebeling (Fn 9), § 1 KSchG Rn 221; Moll/Ubrich (Fn 9) § 40 Rn 125 (S 1048)

33) Vgl. BAG v. 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06 NZA 2008 939 („Bauleitung“).

34) Vgl. BAG v. 21. 2. 2002 – 2 AZR 556/00, DB 2002, 2276; BAG v. 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 („Plakatanschlag“).

35) Vgl. Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl. 2007, Einl. Rn. 1 ff.

36) Anders aber LAG Hamm v. 21. 12. 2007 – 4 Sa 1892/06

37) Vgl. BAG 2. 2. 2006 – 2 AZR 38/05 AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 1. 3. 2007 – 2 AZR 650/05 AP Nr. 164 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung

38) Siehe zu diesem Gesichtspunkt zuletzt etwa BAG v. 13. 2. 2008 – 2 AZR 1041/06 NZA 2008 819

Prüfungsstufe der anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit nicht übertragen, da die Beibehaltung des unternehmerischen Leiharbeitskonzepts außerhalb des von den betriebsbedingten Kündigungen betroffenen Bereichs eine Rechtsmissbrauchskategorie nicht berührt.

Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass beide Fälle – Prüfung der wegfallenden Beschäftigungsmöglichkeit und Prüfung der anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit – korrespondierende Maßstäbe zu suggerieren scheinen. Wenn man davon ausgeht, dass ein Beschäftigungswegfall kündigungsschutzrechtlich dann nicht anerkannt wird, wenn die in Rede stehende Beschäftigung einem Leiharbeiter übertragen wird, so liegt – auf den ersten Blick allerdings nur – nicht fern, die Tätigkeit eines Leiharbeiters auch dann zur Disposition zu stellen, wenn es darum geht, dass eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne zu entlassende Arbeitnehmer gesichert wird. Das *tertium comparationis* in beiden Fällen ist, dass ein Leiharbeiter nicht „zählt“. Die von den Befürwortern des „Widerspruchsfreiheits“-Arguments angewandte Logik liegt darin, dass es den Leiharbeiter für die Anerkennung einer betrieblichen Organisationsstruktur des Arbeitgebers immer und schlechterdings nicht „gibt“. Sein Einsatz – so könnte der Grundgedanke lauten – führt nicht zum Entfallen des Arbeitsplatzes, und sein Vorhandensein führt nicht dazu, dass der Arbeitsplatz besetzt ist. Begründet wird dies nicht zuletzt mit einer mangels Arbeitsvertragsschluss mit dem Arbeitgeber fehlenden kündigungsschutzrelevanten Rechtsposition als Leiharbeiter. Diese Ableitung scheint indes nur auf den ersten Blick im Sinne einer grundsätzlichen Widerspruchsfreiheit beider Entscheidungssituationen plausibel, weil es auf die Rechtsstellung des Leiharbeiters im Verhältnis zum kündigenden Arbeitgeber nicht ankommt. Die Gleichstellung der Austauschsituation mit der Beibehaltung einer arbeitgeberseitigen Betriebsorganisation übersieht den Ausgangspunkt des Kündigungsschutzrechts. Dieses legt die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei der Gestaltung der betrieblichen Organisationsstruktur zugrunde. Das „Widerspruchsfreiheits“-Argument postuliert demgegenüber, dass die unternehmerische Entscheidung, in bestimmten Bereichen bzw. bei bestimmten Tätigkeiten dauerhaft mit Leiharbeitern zu arbeiten, per se nicht anzuerkennen sei. Dies widerspricht den Prinzipien des Kündigungsschutzrechts. Das mit dem „Widerspruchsfreiheits“-Argument verbundene Beiseiteschieben der unternehmerischen Organisationsfreiheit lässt sich der BAG-Rechtsprechung nicht entnehmen und ist mit den Grundlagen des Kündigungsschutzrechts nicht vereinbar. Das BAG hat die Rechtsmissbrauchsentscheidung daran angeknüpft, dass im Falle des Austauschs eines eigenen Arbeitnehmers durch einen Leiharbeiter die unternehmerische Organisationsentscheidung und die Kündigungsentscheidung ineinander übergehen: Es könne nicht anerkannt werden, dass trotz Beibehaltung einer abhängigen Beschäftigung eigene Arbeitnehmer entlassen werden. Dieser Ausgangspunkt berührt oder entwertet die unternehmerische Organisationsentscheidung betreffend den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitern in bestimmten Bereichen bzw. mit bestimmten Tätigkeiten nicht.

Dies führt zum Kern der Diskussion und Wertung: Es ist nicht veranlasst, den Grundsatz der unternehmerischen Organisationsfreiheit auch dort beiseite zu schieben, wo ein Anknüpfungspunkt für Rechtsmissbräuchlichkeit nicht gegeben ist, und es ist unter Zugrundelegung der grundsätzlich von den Arbeitsgerichten zu respektierenden unternehmerischen Organisationsfreiheit möglich und nicht rechtsmissbräuchlich, einen Betrieb in der Weise zu organisieren, dass bestimmte Bereiche oder Tätigkeiten dauerhaft von Leiharbeitern wahrgenommen werden. Es gibt keine kündigungsschutzrechtliche oder rechtssystematische Grundentscheidung oder Wertung

dahingehend, eine derartige Organisationsmöglichkeit nicht zu respektieren. Die Beschäftigung von Leiharbeitern wird von der Rechtsordnung nicht per se als nachrangig bzw. als „zweitklassig“ angesehen. Dem Kündigungsschutzrecht ist kein Werturteil dahin zu entnehmen, dass eigene Arbeitnehmer schützenswerter sind als Leiharbeiter bei einer Beschäftigung in bestimmten Bereichen bzw. mit bestimmten Tätigkeiten aufgrund eines unternehmerischen Konzepts. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die freie Organisationsmöglichkeit des Arbeitgebers als auch im Hinblick auf ebenfalls schutzwürdige Interessen des dauerhaft beschäftigten Leiharbeiters.

Schließlich greift auch die Argumentation nicht, die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung einer Sozialauswahl würde „ausgehobelt“, wenn ein vorrangiger Abbau von Leiharbeit verneint würde³⁹. Das Argument verfängt deshalb nicht, weil jedes Betriebskonzept Vorgaben für die Sozialauswahl begründet. Die Sozialauswahl wird dadurch nicht „ausgehobelt“. Ein ansonsten legitimes Gestaltungskonzept kann nicht (nur) deshalb verworfen werden, weil es Auswirkungen auf den Kreis der in einer Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer hat. Gesichtspunkte der sozialen Auswahl betreffen den Einsatz von Leiharbeitern für bestimmte Bereiche bzw. Tätigkeiten nicht, weil eine – legitime – Betriebsstruktur vorgefunden wird, die für eine „Aushebung“ von Sozialauswahlverpflichtungen keine Ansatzpunkte gibt: Die Sozialauswahl findet ihre Grenze lediglich darin, dass Leiharbeiter nach *allgemeinen* Grundsätzen nicht in den Kreis der zu vergleichenden Personen einzubeziehen sind. Es wird nichts „ausgehobelt“, was immer an Suggestion mit einem derartigen Brachial-Begriff beabsichtigt wird. Ein Austausch eigener Arbeitnehmer mit Leiharbeitern, die vergleichbare Tätigkeiten verrichten, ist von vornherein gar nicht bezweckt, so dass keine Anhaltspunkte vorhanden sind, die eine Missachtung der Grundsätze der sozialen Auswahl befürchten lassen.

Es ist mithin zusammenfassend festzuhalten, dass die Zurückdrängung der unternehmerischen Organisationsfreiheit bei der Beurteilung des Beschäftigungswegfalls in Fällen der Austausch Kündigung – Leiharbeiter ersetzt eigenes Personal – nicht besagt, dass die unabhängig von solchen Ausnahme- und Rechtsmissbrauchsfällen bestehende unternehmerische Entscheidung für eine Beschäftigung von Leiharbeitern in bestimmten Bereichen bzw. für bestimmte Tätigkeiten beiseite geschoben wird: Die diesbezüglichen Arbeitsplätze sind nicht als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten für zu entlassende Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

cc) Unternehmerisches Konzept

Die Abgrenzung dessen, was ein unternehmerisches Konzept ausmacht, welches dazu führt, dass mit Leiharbeitern besetzte Arbeitsplätze nicht als „frei“ angesehen werden, kann im Einzelfall problematisch sein. Der klare Fall einer auf einem unternehmerischen Konzept beruhenden Beschäftigung von Leiharbeitern liegt vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Bereiche bzw. Tätigkeiten von Leiharbeitern erledigen lässt. Denkbar ist auch, dass der Arbeitgeber u. a. Betriebe führt, in denen ausschließlich Leiharbeiter eingesetzt werden. Es ist evident, dass dies auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht und dass das so umgesetzte Beschäftigungskonzept beseitigt würde, müsste der nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b) KSchG zur unternehmensweiten Weiterbeschäftigung verpflichtete Arbeitgeber Arbeitnehmer anderer Betriebe Arbeitsplätze in solchen Betrieben anbieten. Die Abgrenzung eines anzuerkennenden unternehmerischen Konzepts wird in dem Maße schwieriger, wie die Belegschaft ohne erkennbare Regeln mit Leiharbeitern „durchmischt“ ist.

39) Vgl. LAG Hamm v. 21. 12. 2007 – 4 Sa 1892/06

Je unregelmäßiger und zufälliger die Anzahl der Leiharbeiter und die Art ihres Einsatzes im Betrieb ist, desto weniger wird man von einem unternehmerischen Konzept ausgehen können, welches der Annahme entgegensteht, dass von Leiharbeitnehmern wahrgenommene Arbeitsplätze „frei“ sind. Ohne ein vom Arbeitgeber definiertes und gestaltetes unternehmerisches Konzept versagt die Berufung darauf, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern aufgrund der unternehmerischen Entscheidung, die nur auf Rechtsmissbrauch und Willkür zu kontrollieren sei, für eine Besetzung durch eigene Arbeitnehmer des Arbeitgebers nicht zur Verfügung steht; denn je unregelmäßiger und zufälliger der Einsatz der Leiharbeiter ist, desto weniger kann dem ein unternehmerisches Konzept zugrunde liegen. Die Anerkennung des unternehmerischen Konzepts ist allerdings auf Bereichs- oder Betriebs- oder Tätigkeitskonzept nicht beschränkt.

Die Fallgestaltung einer Dauerreserve stellt ebenfalls ein legitimes Beschäftigungskonzept dar. Die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts in den Entscheidungen vom 2. 2. 2006⁴⁰ und 1. 3. 2007⁴¹ können auf die Organisation von Vertretungskonzepten mit Hilfe von Leiharbeit übertragen werden (Einrichtung einer Dauer-Personalreserve für Fehlzeiten und Schwankungen). Ein derartiges unternehmerisches Konzept ist nicht rechtsmissbräuchlich. Es obliegt der Entscheidung des Arbeitgebers, ob, für wie lange und auf welche Weise er ein nach seinem Betriebskonzept verfügbares Beschäftigungsvolumen füllt. Die Voraussetzungen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit dürfen nicht dazu führen, dass diese Grundentscheidung unterlaufen und der Arbeitgeber faktisch gezwungen wird, mehr Arbeitsverträge zu unterhalten, als er für zweckmäßig hält⁴². Das BAG sieht die Umsetzung eines plausiblen und darlegungsfähigen Beschäftigungskonzepts als Teil der zu achtenden unternehmerischen Freiheit. Dies kann daher auch ein unternehmerisches Konzept sein, dass der Arbeitgeber dauerhaft Leiharbeiter beschäftigt, deren Anzahl bzw. Arbeitsvolumen so kalkuliert ist, dass damit die jeweilige Abwesenheits- bzw. Ausfallquote im Betrieb des Arbeitgebers abgedeckt wird. Der Arbeitgeber braucht keine Personalreserve für Abwesenheits- bzw. Ausfallfälle vorzuhalten⁴³. Er kann im Einzelfall eine Vertretung organisieren. Er kann Überbrückungsmaßnahmen vornehmen. Er kann auf die Arbeiterledigung verzichten. Er kann aber auch – und dies kann ein maßgebliches unternehmerisches Konzept sein, welches für die Leiharbeit maßgeblich ist – eine Personalreserve gerade für Fehlzeiten und Schwankungen unterhalten, die aus Leiharbeitnehmern besteht. Der Arbeitgeber muss den durchschnittlichen Umfang des Vertretungsbedarfs aufzeigen und eine dementsprechende, dauerhafte und nachhaltige Vertretungspraxis darlegen. Es muss ausgeschlossen sein, dass auch nicht vertretungsbedingter Beschäftigungsbedarf in nennenswertem Umfang abgedeckt wird. Der Arbeitgeber wird im Rechtsstreit bei Vorhaltung einer Dauerreserve durch Leiharbeiter gehalten sein darzutun, welche Abwesenheits- bzw. Ausfallsachverhalte er durch die Personalreserve abdeckt, wie sich das zahlenmäßige Verhältnis der Abwesenheits- bzw. Ausfallsachverhalte zur Gesamtbelegschaft darstellt und in welchem Verhältnis dazu die Anzahl der Leiharbeiter vorgesehen ist. Zeitliche Vorläufe plausibilisieren ebenso die konzeptionelle Entscheidung und müssen widerspruchsfrei dargelegt werden.

Es fragt sich, ob es ein anzuerkennendes unternehmerisches Konzept sein kann, welches der Annahme entgegensteht, dass von Leiharbeitnehmern wahrgenommene Arbeitsplätze „frei“ sind, wenn der Arbeitgeber generell zu festen oder veränderlichen Anteilen in seinem Unternehmen Leiharbeiter beschäftigt. Diesbezüglich wird geltend gemacht, dass der Entleiher nur insoweit schützenswert sei, wie er auf der Grundlage der Flexibilität der Leiharbeit handle bzw. organisiere. Die unternehmerische Entscheidung, Leiharbeiter im Betrieb

einzusetzen, um das Beschäftigungsvolumen einem verringerten Beschäftigungsbedarf kurzfristig anzupassen, führe dazu, dass die Leiharbeit vorrangig zurückzuführen sein. Ein Interesse des Arbeitgebers am Aufbau einer „zweiten“ Belegschaft neben der Stammbesellschaft sei nicht schützenswert. Der Arbeitgeber könne sich nicht auf eine unternehmerische Entscheidung berufen, einen gewissen prozentualen Anteil des Beschäftigungsvolumens konstant durch die Leiharbeit zu decken⁴⁴. Das IAG Hamm hat in seiner Entscheidung vom 21. 12. 2007 ein plausibles Beschäftigungskonzept in dem Fall verneint, dass Leiharbeiter im Umfang von 15% der Gesamtbelegschaft dauerhaft eingesetzt werden und nicht hinreichend dargetan ist, dass der Einsatz bei kurzfristigen Auftragspitzen und zur Kompensation von Ausfallzeiten erfolgt⁴⁵.

Es kann in der Tat nicht daran vorbeigegangen werden, was mit dem Einsatz von Leiharbeitern an Zwecken verbunden ist, so dass eine differenzierende Betrachtung geboten ist. Dem Einsatz von Leiharbeitern kann (allein) der Flexibilitätsgesichtspunkt zugrunde liegen. Sinn und Zweck der Leiharbeit kann bei Fehlen eines anderweitigen, definierten Konzepts sein, den Betrieb an die jeweiligen Arbeitsvolumina und Aufgabenerfordernisse anzupassen. Lässt sich dies und kein anderes unternehmerisches Konzept (welches der Arbeitgeber darzutun hat) feststellen, so folgt daraus, dass die Leiharbeiter vorrangig aus dem Betrieb zu entfernen sind. Ihr Einsatz beruht nach dem allgemeinen Leiharbeitszweck und nach dem damit übereinstimmenden Einsatzkonzept des Arbeitgebers in der flexiblen Reaktion auf sich ändernden Arbeitsanfall. Es entspricht diesem Ausgangspunkt, wenn im Zuge des *Ultima-Ratio-Gedankens* als erstes von dieser Anpassungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, bevor eigene Arbeitnehmer des Arbeitgebers entlassen werden.

Die Situation kann allerdings auch anders liegen, und einer dies berücksichtigenden Wertung wird das alleinige und undifferenzierte Anknüpfen an den Flexibilitätsaspekt nicht gerecht. Es fragt sich, was gilt, wenn der Arbeitgeber als unternehmerisches Konzept geltend macht, für den Einsatz der Leiharbeiter seien neben dem Flexibilitätsargument hauptsächlich Kostengründe maßgeblich. Dies dürfte rein tatsächlich dann kaum überzeugend sein, wenn sich keine entsprechende Kalkulation bzw. Quote feststellen lässt, sondern die Anzahl der Leiharbeiter unregelmäßig oder zufällig ist. Eine andere Beurteilung ergibt sich jedoch, wenn der Arbeitgeber darlegt, dass er die Belegschaftsstruktur konzipiert hat, um mit Hilfe einer bestimmten Kostenquote und Kostenstruktur seine Konkurrenzfähigkeit zu erhalten bzw. seine Renditeziele zu erreichen. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass es sich dabei, was die Bewertung angeht, um einen Grenzfall handelt. Berücksichtigt man jedoch, dass der Arbeitgeber, wenn der Beschäftigungswegfall aufgrund anderweitiger unternehmerischer Entscheidungen feststeht, keine Änderung von Arbeitsbedingungen herbeiführt, so ergibt sich folgerichtig, dass die mit dem Einsatz von Leiharbeitern verbundene Belegschaftsstruktur als unternehmerisches Konzept anzuerkennen ist. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber Leiharbeiter nur in dem Umfang abbauen muss, in dem dies die Belegschaftsstruktur nach seinem unternehmerischen Konzept unverändert ließe. Dem Ar-

40) Vgl. BAG v. 2. 2. 2006 – 2 AZR 38/05 AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

41) Vgl. BAG v. 1. 3. 2007 – 2 AZR 650/05 AP Nr. 164 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

42) Vgl. BAG v. 2. 2. 2006 – 2 AZR 38/05 AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

43) Vgl. BAG v. 29. 7. 1993 – 2 AZR 155/93 AP Nr. 27 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG v. 18. 9. 1997 – 2 AZR 657/96 EzA Nr. 97 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 7. 5. 1998 – 2 AZR 55/98 AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste.

44) Vgl. Düwell/Dahl DB 2007, 1699 1700.

45) Vgl. IAG Hamm v. 21. 12. 2007 – 4 Sa 1892/06.

beitgeber wäre verwehrt, die Entlassungen sämtlich zu Lasten der eigenen Arbeitnehmer zu realisieren; denn dies würde von seinem unternehmerischen Konzept nicht gedeckt sein. Ihn würde aber auch nicht angesonnen, sämtliche Entlassungen zu Lasten der Leiharbeitnehmer vorzunehmen; denn dann würde sich entgegen seinem unternehmerischen Konzept die Belegschaftsstruktur verschieben.

III. Überlassung des zu kündigenden Arbeitnehmers an einen Dritten

Insbesondere bei Konzernbeziehungen und bei Betriebsübergängen erscheint denkbar, dass eine Überlassung des Arbeitnehmers an einen Dritten wie z. B. eine Konzerngesellschaft oder den Betriebserwerber zur dortigen Erbringung der Arbeitsleistung als ein vor der betriebsbedingten Kündigung zu ergreifendes milderes Mittel angesehen wird. Der Arbeitgeber wäre dann gezwungen, dem Arbeitnehmer vor einer Beendigungskündigung eine Überlassung an den jeweiligen Dritten anzubieten und ggf. eine dahingehende Änderungskündigung zu erklären.

Ob Arbeitnehmerüberlassung eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nach dem *Ultima-Ratio-Grundsatz* darstellt, ist nicht abschließend geklärt. Das ArbG Bremen hat auf die Unzulässigkeit einer dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung gemäß Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a F hingewiesen⁴⁶. Kein Arbeitgeber müsse sich auf rechtswidrige Maßnahmen verweisen lassen. Dieser Einwand scheidet nach der Neufassung des AÜG aus. Eine auf Dauer angelegte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist nicht mehr generell unzulässig. Der Arbeitgeber würde also nicht auf eine generell rechtswidrige Maßnahme verwiesen. Eine Aufbereitung der Fallgruppen und der Rechtsprechung bietet ein differenziertes Bild.

1. Arbeitnehmerüberlassung vor außerordentlicher betriebsbedingter Kündigung

Das BAG hat zur Arbeitnehmerüberlassung als einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit außerordentlicher betriebsbedingter Kündigungen Stellung genommen. In einer Entscheidung vom 17. 9. 1998 ist es auf die Möglichkeit der nicht erlaubnispflichtigen, vorübergehenden konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung (Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG) eingegangen⁴⁷. Der Arbeitgeber hatte dem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer nach dessen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber außerordentlich mit einer Auslauffrist gekündigt. Das BAG hat beanstandet, dass der Arbeitgeber das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit nicht hinreichend dargelegt habe. Der Arbeitgeber habe nichts dazu vorgetragen, weshalb ihm die vorübergehende (nicht dauerhafte) Überlassung des Arbeitnehmers gemäß Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG zum Einsatz auf seinem früheren Arbeitsplatz unzumutbar gewesen sei, bis bei dem Arbeitgeber selbst ein geeigneter Arbeitsplatz frei würde. In der Entscheidung vom 29. 3. 2007 hat das BAG diese Einschätzung bestätigt und auf die Möglichkeit einer dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung ausgedehnt⁴⁸. Der Arbeitgeber hatte den Arbeitnehmer nach einem konzerninternen Betriebsteilübergang dem Betriebsteilerwerber fast acht Jahre lang überlassen, dann seine gesamte geschäftliche Tätigkeit eingestellt und seine Arbeitnehmer anderen Konzerngesellschaften zugeordnet. Der Arbeitgeber kündigte dem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer, nachdem dieser einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hatte, außerordentlich unter Einhaltung einer Auslauffrist. Das BAG hat auf die nicht hinreichende Darlegung einer fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit im Wege konzerninterner Überlassung des Arbeitnehmers abgestellt. Der Arbeitgeber habe zur Begründung der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung darlegen müssen, dass

ihm auf Dauer keine Beschäftigungsmöglichkeit zur Verfügung gestanden habe, so dass von einem sinnentleerten Beschäftigungsverhältnis gesprochen werden müsse. Er habe sich (erfolglos) um eine anderweitige, im Wege der Personalgestaltung zu verwirklichende Beschäftigungsmöglichkeit bemühen müssen. Dies gelte umso mehr, als er den Arbeitnehmer schon seit Jahren im Wege der Personalgestaltung in anderen Konzerngesellschaften eingesetzt habe.

2. Änderungskündigung mit dem Angebot der Arbeitnehmerüberlassung

Das BAG hat – damit übereinstimmend – in vier Parallelentscheidungen vom 29. 3. 2007 dringende betriebliche Erfordernisse für eine Änderungskündigung bejaht, die darauf abzielt, einen dem Betriebsteilübergang widersprechenden Arbeitnehmer beim Betriebsteilerwerber nach Maßgabe des bei diesem geltenden Tarifvertrags zu überlassen⁴⁹. Der Arbeitgeber hatte nach seiner Entscheidung, das Unternehmen umzustrukturieren und einen Betriebsteil zu veräußern, Arbeitnehmern nach deren Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses angeboten, dem Erwerber nach den dort geltenden entgelttariflichen Bestimmungen überlassen zu werden. Das BAG hat die Änderungskündigungen für wirksam gehalten. Insbesondere sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt, weil das Angebot der veränderten Tätigkeit nach dem Widerspruch der Mehrzahl der Arbeitnehmer das einzige zur Verfügung stehende Mittel gewesen sei, betriebsbedingte Beendigungskündigungen zu vermeiden. Das Angebot der mit der Überlassung verbundenen geringeren Vergütung sei verhältnismäßig, weil die beim Erwerber gezahlte tarifliche Vergütung jedenfalls den Grundsätzen des § 612 Abs. 2 BGB entspreche.

3. Keine Arbeitnehmerüberlassung statt ordentlicher Kündigung

Eine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers, als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit vor betriebsbedingten Kündigungen eine Überlassung der betroffenen Arbeitnehmer an Dritte in Betracht zu ziehen, besteht nicht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet dem Arbeitgeber (lediglich) zu prüfen, ob ein anderweitiger freier Arbeitsplatz, über den er – unternehmensweit – verfügt, mit dem zu kündigenden Arbeitnehmer besetzt werden kann (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b) KSchG)⁵⁰. Ebenso mag bei der Veräußerung eines Betriebsteils eines Gemeinschaftsbetriebs und Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu prüfen sein, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in dem gesamten Gemeinschaftsbetrieb besteht⁵¹. Abgesehen von diesem Sonderfall jedoch erscheint eine Verpflichtung zur Prüfung, ob ein Arbeitnehmer bei einem Dritten beschäftigt werden kann, systemfremd.

Die mit der Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Fragestellungen lassen eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Arbeitnehmerüberlassung mehr als unkalkulierbares Risiko denn als anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers er-

46) Vgl. ArbG Bremen v. 29. 9. 1999 – 5 Ca 5097/99. EzBAI Nr. 9 zu § 54 BAT Unkündbare Angestellte.

47) Vgl. BAG v. 17. 9. 1998 – 2 AZR 419/97. AP Nr. 148 zu § 626 BGB.

48) Vgl. BAG v. 29. 3. 2007 – 8 AZR 538/06. AP Nr. 4 zu § 613 a BGB Widerspruch.

49) Vgl. BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 31/06. NZA 2007, 855; BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 103/06; BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 614/06; BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 667/06.

50) Vgl. BAG v. 24. 6. 2004 – AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; APS/Kiel (Fn. 4), § 1 KSchG, Rn. 587; v. Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 9), § 1 KSchG, Rn. 740; KR/Griebeling (Fn. 9), § 1 KSchG, Rn. 538; KDZ/Kittner (Fn. 9), § 1 KSchG, Rn. 365; Meyer, Die Unterrichtung der Arbeitnehmer vor Betriebsübergang, 2007, § 3; Rn. 410.

51) Vgl. BAG v. 15. 2. 2007 – 8 AZR 310/06. AP Nr. 2 zu § 613 a BGB Widerspruch.

scheinen. Der Arbeitgeber müsste mit dem potentiellen Entleiher Verhandlungen mit dem Ziel der Vereinbarung eventueller möglicher Arbeitnehmerüberlassungen führen. Es ist denkbar, dass das Entleihen der Arbeitnehmer eines Betriebsteils einen – nicht gewollten – Betriebsteilübergang auslöst, wenn die Arbeitnehmer in dem entleihenden Unternehmen die gleichen Tätigkeiten wie zuvor (Bsp.: Reinigungsarbeiten) verrichten⁵². Eine Arbeitnehmerüberlassung müsste von einer behördlichen Erlaubnis abgesichert werden. Die Vereinbarung von Arbeitnehmerüberlassung ist gemäß Art 1 § 9 Nr 1 AÜG unwirksam, wenn die Überlassung gewerbsmäßig erfolgt und keine Erlaubnis vorliegt. Die Privilegierung vorübergehender konzerninterner Überlassung gemäß Art 1 § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG verhilft dem Arbeitgeber wegen der auf Dauer angelegten Arbeitnehmerüberlassung nicht zur Rechtssicherheit. Sie „hilft“ auch nicht bei anderen als bei Konzernkonstellationen. Die Frage, ob eine Überlassung gewerbsmäßig erfolgt, wenn nicht einsetzbare Arbeitnehmer zur Senkung der Personalkosten entliehen werden, ist umstritten⁵³. Der Arbeitgeber muss sich weder auf das Beurteilungsrisko – möglicherweise ist eine Erlaubnis nicht erforderlich – noch darauf verlassen lassen, eine Erlaubnis (vorsorglich) einzuholen. Es ist ihm auch deshalb nicht zuzumuten, dem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung eine Ausleihe anzubieten.

Dem Arbeitgeber würde bei Bejahung einer Pflicht zur Arbeitnehmerüberlassung – über eine bloße Überprüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten im eigenen Unternehmen hinaus – die Verpflichtung auferlegt, im Vorfeld der Kündigung die Voraussetzungen einer Arbeitnehmerüberlassung zu schaffen. Er würde damit im Ergebnis veranlasst, sein Beschäftigungskonzept abzuändern, d. h. auf Arbeitnehmerüberlassung zu erstrecken, um bei Wegfall von Beschäftigungsbedarf Personalkosten senken zu können. Der Arbeitgeber muss demgegenüber keine „Verleih“-Stellen schaffen. Der Arbeitgeber kann nicht zu anderen Personalkonzepten gezwungen werden und damit z. B. nicht dazu, sich als Entleiher mit den damit verbundenen Fragestellungen zu betätigen bzw. sich mit den damit einhergehenden Problemstellungen auseinanderzusetzen. Dies müsste unvereinbar damit erscheinen, dass der Arbeitgeber im Rahmen von § 1 Abs 2 KSchG keine neuen Arbeitsstellen für betriebsbedingt zu kündigende Arbeitnehmer schaffen muss⁵⁴. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitsgerichtsbarkeit, dem Arbeitgeber eine andere betriebliche Organisation vorzugeben. Die Kontrollbefugnis der Arbeitsgerichte ist darauf beschränkt, unternehmerische Konzepte auf Willkürfreiheit und deren Ursächlichkeit für den Wegfall eines Arbeitsplatzes zu überprüfen⁵⁵, nicht aber, den Arbeitgeber zur Durchführung möglichst beschäftigungsintensiver Unternehmenskonzepte unter Einschluss von „Verleih“-Konzepten anzuhalten, zumal kaum nachvollziehbar erscheinen würde, welche Wertentscheidung es gebieten könnte, der Beibehaltung/Schaffung eines Arbeitsplatzes bei A den Vorzug vor dessen Fortsetzung bei B einzuräumen.

Der Rechtsprechung kann nichts anderes entnommen werden. Die beiden Entscheidungen des BAG zur Darlegungslast des Arbeitgebers bei außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungen betreffen Sonderfälle in Konzernsituationen⁵⁶. Dies ist auf ordentliche betriebsbedingte Kündigungen nicht übertragbar, ja noch nicht einmal für außerordentliche betriebsbedingte Kündigungen außerhalb von Konzernsituationen generell verallgemeinerungsfähig. Das BAG weist ausdrücklich darauf hin, dass bei Anwendung des § 626 Abs 1 BGB ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen ist, so dass in erheblich weiterem Umfang als bei einer ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber zuzumuten sei, die Kündigung durch – im Einzelfall mögliche – andere geeignete Maßnahmen zu vermeiden⁵⁷. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese erhöhten Anforderungen auch an ordentliche betriebsbe-

dingte Kündigungen zu stellen sind, für die ein unternehmerisches Konzept maßgeblich ist, welches keine „Verleih“-Arbeitsplätze und keine „Verleih“-Tätigkeit des Arbeitgebers vorsieht, erst recht außerhalb von Konzernkonstellationen. All dies gilt um so mehr, als bei außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungen die Entscheidung in besonderem Maße von einer Einzelfallbetrachtung abhängig ist.

Die Möglichkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung zwecks Überlassung des Arbeitnehmers an den Betriebserwerber nach den Entscheidungen des Zweiten Senats vom 29. 3. 2007⁵⁸ besagt nicht, dass der Arbeitgeber die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit anbieten muss. Der kündigende Arbeitgeber kann im Vorfeld der Kündigungen durch vertragliche Vereinbarungen mit dem Betriebsübernehmer die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung bei dem Betriebserwerber schaffen. Er kann so Vorkehrungen für den Fall treffen, dass betroffene Arbeitnehmer dem durch einen Betriebsübergang ausgelösten Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen. Den widersprechenden Arbeitnehmern ist diese zeitweise Überlassung grundsätzlich zumutbar; bei Verweigerung ihrer Leistung für den Erwerber können die entgangenen Einnahmen als böswillig unterlassener Erwerb auf Annahmeverzugslohnansprüche angerechnet werden⁵⁹. Der Arbeitgeber kann mit dem gegenüber den Arbeitnehmern ausgesprochenen Angebot zur Überlassung an den Betriebsübernehmer sein unternehmerisches Beschäftigungskonzept freiwillig abändern. Er muss dies jedoch nicht. Der Arbeitgeber kann rechtlich nicht gezwungen werden, dafür Sorge zu tragen, dass Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen beschäftigt werden, die nicht im Unternehmen des Arbeitgebers bestehen. Ebenso wenig muss der Arbeitgeber neue Stellen schaffen, weder für Beschäftigungen im eigenen Unternehmen noch für Beschäftigungen bei einem Dritten. Eine Pflicht zur Arbeitnehmerüberlassung würde gegen den für das Kündigungsschutzrecht tragenden Grundgedanken verstoßen, dass eine Aufrechterhaltung oder Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten vom Beschäftigungskonzept des Arbeitgebers abhängt, das dieser bestimmt.

IV. Zusammenfassung

1 Austauschrückstellungen, die eine Ersetzung eigener Arbeitnehmer durch Leiharbeiter ermöglichen, sind wegen Rechtsmissbräuchlichkeit der Unternehmerentscheidung unwirksam.

2 Ein betriebsbedingter Kündigungsgrund wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber Leiharbeiter bei Auftragsspitzen oder zur Einzelfall-Vertretung oder zur De-

52) Vgl. BAG v. 21. 5. 2008 – 8 AZR 481/07.

53) Vgl. BAG v. 22. 3. 2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr 8 zu § 14 AÜG; BAG v. 29. 3. 2007 – 8 AZR 538/06, AP Nr 4 zu § 613a BGB Widerspruch; Schüren/Hamann (Fn 35), § 1 AÜG, Rn 311; jew. m. w. N.

54) Vgl. BAG v. 3. 2. 1977 – 2 AZR 476/75, AP Nr 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

55) Vgl. BAG v. 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95, AP Nr 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung („Weight-Watchers“); BAG v. 19. 6. 1999 – 2 AZR 522/98, AP Nr 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 21. 2. 2002 – 2 AZR 556/00, DB 2002 2276; BAG v. 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 („Plakatanschlag“); BAG v. 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008 939 („Bauleitung“).

56) Vgl. BAG v. 17. 9. 1998 – 2 AZR 419/97, AP Nr 148 zu § 626 BGB; BAG v. 29. 3. 2007 – 8 AZR 538/06, AP Nr 4 zu § 613a BGB Widerspruch.

57) Vgl. BAG v. 17. 9. 1998 – 2 AZR 419/97, AP Nr 148 zu § 626 BGB; BAG v. 29. 3. 2007 – 8 AZR 538/06, AP Nr 4 zu § 613a BGB Widerspruch.

58) Vgl. BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 31/06, NZA 2007, 855; BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 103/06; BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 614/06; BAG v. 29. 3. 2007 – 2 AZR 667/06.

59) Vgl. Meyer (Fn 50) § 3 Rn 406.

ckung eines ansonsten nur vorübergehenden Personalbedarfs einsetzt. Diese Beschäftigungsmöglichkeiten stehen nicht als – zur Vermeidung einer Kündigung anzubietende – Arbeitsplätze dauerhaft zur Verfügung. Letztere Gesichtspunkte sind vom Arbeitgeber im Einzelfall darzulegen und ggf. nachzuweisen.

3. Der Arbeitgeber ist bei einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung nicht gehalten, Arbeitsplätze als „frei“ anzubieten, auf denen ein Leiharbeiter dauerhaft tätig ist, wenn der Einsatz von Leiharbeitern auf einem im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bestehenden und praktizierten schlüssigen unternehmerischen Beschäftigungskonzept beruht. Ein derartiges unternehmerisches Konzept besteht, wenn bestimmte Bereiche, Betriebe oder Tätigkeiten mit Hilfe von Arbeitnehmerüberlassung erledigt werden oder wenn eine Vertretungsreserve mit Leiharbeitern vorgehalten wird. Es besteht auch, wenn eine bestimmte Belegschaftsstruktur unter Kostengesichtspunkten mit Hilfe von Leiharbeitern gestaltet wird. Es besteht nicht, wenn eigene Arbeitnehmer des Arbeitgebers und Leiharbeiter ohne unternehmerisches Konzept „durchmischt“ eingesetzt werden, insbesondere in unregelmäßiger oder zufälliger Anzahl. Ein allein auf Flexibilitätsgesichtspunkten beruhender Leiharbeitereinsatz begründet konzeptionell, dass vorrangig die Leiharbeit abzubauen ist.

4. Der Arbeitgeber hat sich vor einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung um jede denkbare, auch im Wege der Arbeitnehmerüberlassung zu verwirklichende Beschäftigungsmöglichkeit im Rahmen des Zumutbaren zu bemühen.

5. Der Arbeitgeber ist vor einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer anzubieten, im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei einem Dritten tätig zu werden.