

Anne Praß

# Die betriebsbedingte Kündigung von Leiharbeitnehmern

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| A) Einleitung.....   | 1  |
| B) Grundlagen.....   | 9  |
| I) Begriffsbestimmung .....  | 9  |
| II) Abgrenzung .....   | 11 |
| 1) Echte – unechte Arbeitnehmerüberlassung .....                               | 11 |
| 2) Gewerbsmäßige – nicht gewerbsmäßige<br>Arbeitnehmerüberlassung.....         | 11 |
| 3) Im Rahmen ihrer wirtschaftlichen<br>Tätigkeit nach § 1 AÜG n.F.....         | 12 |
| 4) Abgrenzung von sonstigen<br>Formen drittbezogenen Personaleinsatzes .....   | 12 |
| a) Werkvertrag.....  | 13 |
| b) Dienstvertrag.....  | 14 |
| c) Mittelbares Arbeitsverhältnis .....   | 14 |
| d) Arbeitsvermittlung.....   | 15 |
| III) Historische Entwicklung.....  | 16 |
| 1) Gesetzliche Entwicklung in Deutschland.....                                 | 16 |
| a) Entwicklung bis Inkrafttreten des AÜG.....                                  | 16 |
| b) Entwicklung seit Inkrafttreten des AÜG .....                                | 18 |
| aa) Job-AQTIV-Gesetz.....  | 19 |
| bb) Erstes Gesetz über moderne Dienstleistungen<br>am Arbeitsmarkt.....        | 19 |
| cc) Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung<br>und Stabilität .....             | 20 |
| dd) Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch<br>der Arbeitnehmerüberlassung..... | 20 |
| ee) Mindestlohnverordnung vom 21.12.2011.....                                  | 23 |
| 2) Tarifsituation .....  | 23 |
| 3) Europarechtliche Vorgaben .....   | 26 |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| IV)       | Rechtsbeziehungen der Parteien .....  | 27        |
| 1)        | Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Arbeitnehmer.....  | 27        |
| 2)        | Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher.....   | 28        |
| 3)        | Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Arbeitnehmer.....  | 29        |
| V)        | Interessenlage der Parteien.....  | 32        |
| 1)        | Interesse des Verleihers .....  | 32        |
| 2)        | Interesse des Entleihers .....  | 32        |
| 3)        | Interesse des Leiharbeitnehmers .....   | 35        |
| <b>C)</b> | <b>Individualrechtliche Kündigungsvoraussetzungen.....</b>  | <b>39</b> |
| I)        | Bestimmung der kündigungsgesetzlich<br>relevanten Vertragsparteien .....                              | 39        |
| 1)        | Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und<br>Leiharbeitnehmer.....                                     | 39        |
| 2)        | Bestimmung des Arbeitgebers bei der konzerninternen<br>Überlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG n.F..... | 39        |
| a)        | Problemdarstellung.....   | 39        |
| b)        | Weite Auslegung des Konzernprivilegs<br>nach dem Wortlaut.....  | 40        |
| c)        | Enge Auslegung nach Gesetzssystematik<br>und Europarecht .....  | 42        |
| d)        | Europarechtswidrigkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2<br>AÜG n.F. ....  | 43        |
| aa)       | Richtlinienverstoß.....   | 43        |
| bb)       | Rechtsfolge des Richtlinienverstoßes .....  | 44        |
| e)        | Ergebnis.....   | 46        |
| f)        | Rechtsfolgen für Personalabbaumaßnahmen<br>im Konzern.....  | 46        |
| II)       | Betriebsbedingte Kündigung.....   | 47        |
| III)      | Anwendbarkeit des KSchG .....   | 48        |
| 1)        | Anwendbarkeit des KSchG auf Leiharbeitsverhältnisse .....   | 48        |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| 2)  | Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten<br>zur Bestimmung der Sechsmonatsfrist<br>nach § 1 Abs.1 S.1 KSchG..... | 49 |
| a)  | Bedeutung in der Leiharbeit .....  | 49 |
| b)  | Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten<br>ohne tarifliche Regelung.....  | 50 |
| c)  | Tarifliche Regelungen zur Anrechnung<br>von Vorbeschäftigungszeiten und<br>Unterbrechungszeiten .....          | 53 |
| aa) | Manteltarifvertrag BZA – DGB .....   | 54 |
| bb) | Manteltarifvertrag IGZ – DGB.....  | 56 |
| cc) | Manteltarifvertrag zwischen AMP und CGZP .....   | 57 |
| 3)  | Kündigungsschutz außerhalb des KSchG.....  | 59 |
| a)  | Sonderkündigungsschutz .....   | 59 |
| aa) | Schutz von Behinderten und Schwangeren .....   | 59 |
| bb) | Schutz in der Elternzeit.....  | 59 |
| cc) | Schutz nach dem PflegeZG .....   | 60 |
| dd) | Schutz von Betriebsräten und Mitgliedern der<br>Jugend- und Auszubildendenvertretung.....                      | 60 |
| b)  | Schutz bei Betriebsübergang (§ 613a Abs. 4 BGB).....   | 60 |
| c)  | Maßregelungsverbot (§ 612a BGB).....   | 61 |
| d)  | Schutz vor sittenwidrigen und<br>willkürlichen Kündigungen.....  | 61 |
| e)  | Sozialauswahl in Kleinbetrieben und in der<br>Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG .....                            | 62 |
| f)  | Darlegungs- und Beweislast außerhalb des KSchG ...   | 64 |
| g)  | Frist Kündigungsschutzklage .....  | 65 |
| IV) | Kündigungsfrist .....  | 65 |
| 1)  | Gesetzliche Kündigungsfrist .....  | 65 |
| 2)  | Tarifliche Kündigungsfristen.....  | 66 |
| 3)  | Einzelvertragliche Kündigungsfristen.....  | 67 |

|      |  |    |
|------|--|----|
| V)   | Unternehmerentscheidung .....  | 67 |
|      | 1) Innerbetriebliche Ursache .....   | 67 |
|      | 2) Außerbetriebliche Ursache.....  | 68 |
| VI)  | Wegfall des Arbeitsplatzes .....   | 68 |
|      | 1) Arbeitskräfteüberhang.....  | 69 |
|      | 2) Negativprognose .....   | 69 |
|      | 3) Dreimonatiger Nichteinsatz .....  | 71 |
|      | a) Rechtslage vor Änderung des AÜG .....   | 71 |
|      | b) Rechtslage nach Änderung des AÜG.....   | 72 |
|      | aa) Meinungsstand in der Literatur .....   | 72 |
|      | bb) Rechtsprechung .....   | 73 |
|      | aaa) Rechtsprechung des BAG.....   | 73 |
|      | bbb) Rechtsprechung der Sozialgerichte.....  | 74 |
|      | c) Systematische Auslegung.....  | 75 |
|      | d) Historische Auslegung .....   | 75 |
|      | e) Sinn und Zweck der Norm.....  | 78 |
|      | f) Betriebliche Praxis .....   | 78 |
|      | aa) Zeitspanne für die Auftragsakquise .....                                       | 78 |
|      | bb) Kurze Dauer der Arbeitsverhältnisse und<br>Befristungspraxis.....              | 79 |
|      | cc) Weiterbestehen der Dreimonatsfrist in<br>Tarifverträgen der Zeitarbeit.....    | 80 |
|      | dd) Zulässigkeit der Kurzarbeit<br>bei Leiharbeitnehmern.....                      | 81 |
|      | 4) Stellungnahme .....   | 81 |
| VII) | Darlegungs- und Beweislast.....  | 82 |
|      | 1) Darlegungs- und Beweislast im Normalarbeitsverhältnis .....                     | 82 |
|      | 2) Darlegungs- und Beweislast im Leiharbeitsverhältnis.....                        | 83 |
|      | a) Rechtsprechung zur Darlegungs- und<br>Beweislast im Leiharbeitsverhältnis ..... | 83 |
|      | aa) LAG Köln v. 10.12.1998 .....   | 83 |
|      | bb) BAG v. 18.05.2006 .....  | 84 |
|      | cc) nachfolgende Entscheidungen der Instanzgerichte ...                            | 85 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| b)    | Literatur.....  | 86  |
| c)    | Stellungnahme .....   | 86  |
| 3)    | Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers.....                | 87  |
| VIII) | Dringlichkeit des betrieblichen Erfordernisses.....         | 87  |
| 1)    | Anderer freier Arbeitsplatz im Unternehmen .....            | 88  |
| 2)    | Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverträge.....          | 88  |
| 3)    | Kurzarbeit als milderes Mittel.....                         | 90  |
| a)    | Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen.....               | 91  |
| b)    | Kündigung aus außerbetrieblichen Gründen .....              | 91  |
| c)    | Ergebnis.....   | 93  |
| 4)    | Negativindiz Stellenanzeige.....                            | 93  |
| IX)   | Hinweispflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.....                   | 95  |
| X)    | Sozialauswahl.....  | 96  |
| 1)    | Problemdarstellung.....                                     | 96  |
| 2)    | Behandlung in Literatur und Rechtsprechung .....            | 98  |
| a)    | Rechtsprechung .....  | 98  |
| aa)   | Urteil des LAG Hessen v. 29.04.2010 .....                   | 99  |
| (aaa) | Sachverhalt und Entscheidungsgründe des Urteils....         | 99  |
| (bbb) | Kritik am Urteil des LAG Hessen .....                       | 101 |
| bb)   | Urteil des BAG v. 20.06.2013 .....                          | 104 |
| b)    | Literatur.....  | 105 |
| 3)    | Allgemeines .....   | 106 |
| 4)    | Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl.....                  | 107 |
| 5)    | Vergleichbarkeit.....                                       | 110 |
| a)    | Nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen.....                   | 110 |
| b)    | Nach arbeitsvertraglich geschuldeter Tätigkeit .....        | 110 |
| c)    | Nach dem Inhalt des Überlassungsvertrages.....              | 112 |
| aa)   | Ausgestaltung als Gattungsschuld .....                      | 113 |
| (aaa) | Vertragsgestaltung .....                                    | 113 |
| (bbb) | Konkretisierung durch Aufnahme der Tätigkeit ...            | 115 |
| (ccc) | Einschränkung wegen Unzumutbarkeit bei<br>Dauereinsatz..... | 119 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| (ddd) | Durchsetzbarkeit des Austauschrechtes .....   | 120 |
| (eee) | Ergebnis .....  | 120 |
| bb)   | Namentliche Anforderung von Arbeitnehmern<br>mit Austauschrecht.....  | 121 |
| cc)   | Namentliche Anforderung ohne explizit<br>vereinbartes Austauschrecht .....                                    | 122 |
| (aaa) | Bestehen eines Austauschrechtes ohne<br>konkrete Vereinbarung .....   | 122 |
| (bbb) | Beschränkung des Direktionsrechtes durch den<br>Überlassungsvertrag.....                                      | 124 |
| (ccc) | Ergebnis.....   | 126 |
| 6)    | Bestimmung der sozialen Schutzwürdigkeit .....  | 127 |
| 7)    | Herausnahme aus der<br>Sozialauswahl § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG .....  | 127 |
| a)    | Herausnahme als Leistungsträger.....  | 127 |
| b)    | Herausnahme zur Erhaltung der Altersstruktur.....   | 129 |
| 8)    | Zusätzliche Voraussetzungen in der Leiharbeit .....   | 130 |
| 9)    | Fazit .....   | 132 |
| 10)   | Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.....  | 133 |
| a)    | Nachträgliche Änderung der<br>Überlassungsverträge .....  | 133 |
| b)    | Nachträgliche Direktionsrechtsänderungen im<br>Arbeitsvertrag vor Kündigungsausspruch .....                   | 134 |
| aa)   | Direktionsrechtserweiterungen.....  | 134 |
| bb)   | Direktionsrechtsbeschränkung.....   | 139 |
| c)    | Anfängliche Beschränkung des<br>Direktionsrechtes im Arbeitsvertrag.....                                      | 140 |
| d)    | Synchronisierung von Überlassungsvertrag<br>und Arbeitsvertrag bzgl. Versetzungs-<br>und Austauschrecht ..... | 141 |
| aa)   | Einstellung nur für den Einsatz<br>bei einem Entleiher.....   | 142 |
| bb)   | Bezugnahme auf die jeweils relevanten<br>Überlassungsverträge im Arbeitsvertrag.....                          | 142 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| (aaa) | Zulässigkeit dynamischer Verweisungen<br>auf Tarifverträge .....                | 143 |
| (bbb) | Unzulässigkeit dynamischer Bezugnahme<br>auf allgemeine Arbeitsbedingungen..... | 144 |
| (ccc) | Verweisungen auf wechselnde<br>Überlassungsverträge.....                        | 145 |
| e)    | Vereinbarung eines Austauschrechtes<br>im Überlassungsvertrag.....              | 147 |
| 11)   | Legislativer Reformbedarf.....  | 147 |

## D) Kollektivrechtliche Voraussetzungen .....149

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| I)  | Kollektivrechtliche Situation in der Zeitarbeitsbranche.....                        | 149 |
| 1)  | Betriebsverfassungsrechtliche Interessenvertretung.....                             | 149 |
| 2)  | Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des<br>Leiharbeitnehmers .....           | 150 |
| a)  | Stellung im Verleihbetrieb.....   | 150 |
| b)  | Stellung im Entleihbetrieb.....   | 151 |
| 3)  | Gewerkschaften .....  | 151 |
| 4)  | Arbeitgeberverbände.....  | 153 |
| 5)  | Ergebnis.....   | 153 |
| II) | Beteiligungsrechte im Zusammenhang mit<br>der Kündigung von Leiharbeitnehmern ..... | 154 |
| 1)  | Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG .....  | 154 |
| a)  | Beteiligung des Verleiherbetriebsrates.....   | 154 |
| aa) | Allgemeines .....   | 154 |
| bb) | Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 BetrVG .....                                    | 154 |
| cc) | Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 Nr. 1<br>und Nr. 2 BetrVG .....                 | 155 |
| dd) | Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3<br>Nr. 3 BetrVG.....                            | 155 |
| ee) | Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3<br>Nr. 4 BetrVG.....                            | 156 |



|     |  |     |
|-----|--|-----|
| b)  | Beteiligung des Entleiherbetriebsrates .....   | 157 |
| c)  | Ergebnis.....  | 157 |
| 2)  | Zustimmungserfordernis nach § 103 BetrVG .....   | 157 |
| a)  | Beteiligung des Verleiherbetriebsrates.....  | 157 |
| b)  | Beteiligung des Entleiherbetriebsrates.....  | 158 |
| 3)  | Beteiligung nach § 99 BetrVG .....   | 158 |
| a)  | Kündigung als personelle Einzelmaßnahme<br>nach § 99 BetrVG.....   | 158 |
| b)  | Austausch des Leiharbeitnehmers im<br>Einsatzbetrieb wegen betriebsbedingter<br>Kündigung als mitbestimmungspflichtige<br>Maßnahme ..... | 159 |
| aa) | Mitbestimmungspflichtige Einstellung beim<br>Entleiher .....   | 159 |
| bb) | Mitbestimmungspflichtige Versetzung beim<br>Verleiher .....  | 160 |
| c)  | Ergebnis.....  | 161 |
| 4)  | Beteiligung bei Personalabbaumaßnahmen<br>nach § 92 BetrVG.....  | 162 |
| a)  | Beteiligung des Verleiherbetriebsrates.....  | 162 |
| b)  | Beteiligung des Entleiherbetriebsrates.....  | 162 |
| c)  | Auswirkungen auf die Wirksamkeit der<br>Kündigung .....  | 162 |
| 5)  | Beteiligung bei Massenentlassungen nach § 17 KSchG .....   | 163 |
| a)  | Unterrichtungs- und Beratungsrecht<br>nach § 17 Abs. 2 KSchG .....   | 163 |
| b)  | Auswirkungen auf die Wirksamkeit der<br>Kündigung .....  | 163 |
| 6)  | Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zur<br>Verhinderung von Personalabbau .....  | 166 |
| a)  | Mitbestimmung beim Verleiher .....   | 167 |
| aa) | Initiativrecht.....  | 172 |
| bb) | Blockade von Personalabbaumaßnahmen .....  | 174 |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| b)        | Mitbestimmung beim Entleiher .....   | 174        |
| 7)        | Beteiligung in wirtschaftlichen<br>Angelegenheiten nach § 106 BetrVG.....        | 175        |
| a)        | Beteiligung des Verleiherbetriebsrates.....                                      | 175        |
| b)        | Beteiligung des Entleiherbetriebsrates.....                                      | 175        |
| 8)        | Beteiligung wegen Betriebsänderung<br>nach §§ 111, 112 BetrVG.....               | 176        |
| a)        | Beteiligung des Verleiherbetriebsrates.....                                      | 176        |
| aa)       | Betriebsänderung .....   | 176        |
| bb)       | Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bzgl.<br>Durchführung der Maßnahme ..... | 177        |
| b)        | Beteiligung des Entleiherbetriebsrates.....                                      | 177        |
| III)      | Tarifvertragliche Kündigungshindernisse.....                                     | 178        |
| <b>E)</b> | <b>Rechtsschutz.....</b>   | <b>179</b> |
| I)        | Auskunftsanspruch nach § 1 Abs. 3 S. 1 HS 2 KSchG .....                          | 180        |
| II)       | Weiterbeschäftigungsanspruch .....   | 182        |
| 1)        | Problemdarstellung.....  | 182        |
| 2)        | Betriebsverfassungsrechtlicher<br>Weiterbeschäftigungsanspruch.....              | 183        |
| 3)        | Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch.....                                    | 183        |
| 4)        | Weiterbeschäftigungsanspruch im Leiharbeitsverhältnis....                        | 185        |
| 5)        | Ergebnis.....  | 188        |
| III)      | Wiedereinstellungsanspruch.....  | 188        |
| 1)        | Der Wiedereinstellungsanspruch im<br>Normalarbeitsverhältnis .....               | 188        |
| 2)        | Bedeutung des Wiedereinstellungsanspruches<br>in der Leiharbeit .....            | 189        |
| 3)        | Besonderheiten des Wiedereinstellungsanspruches in<br>der Leiharbeit .....       | 190        |
| 4)        | Ergebnis.....  | 190        |

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| <b>F) Ausblick .....</b>          | <b>191</b> |
| <b>G) Zusammenfassung .....</b>   | <b>193</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b> | <b>195</b> |

Bezüglich der Abkürzungen wird auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage 2012 verwiesen. Nicht im Abkürzungsverzeichnis von Kirchner enthaltene Abkürzungen:

AK Salzburg – Arbeiterkammer Salzburg, Markus-Sittikus-Straße 10, 5020 Salzburg