

**Auch für einen "Leiharbeitnehmer" kann eine Sozialauswahl nötig sein**

Wird ein Zeitarbeitnehmer vom Entleihbetrieb beim Verleihunternehmen "abgemeldet", weil für ihn keine Arbeit mehr vorhanden sei, so muss das nicht unbedingt dazu führen, dass ihm vom Verleihbetrieb gekündigt wird. Der Verleiher hat, wenn ein "Austausch" im Vertrag zwischen den beiden Firmen nicht ausgeschlossen worden war, innerhalb seiner Belegschaft eine Sozialauswahl durchzuführen, ob der für die Kündigung vorgesehene Mitarbeiter schutzbedürftiger ist als vergleichbare Arbeitnehmer des Betriebs. (Das wurde hier anerkannt, da der 42jährige Hilfsarbeiter mit 6 Beschäftigungsjahren mehr "Punkte" auf sich vereinigen konnte als ein 32jähriger Kollege sowie eine 27jährige und eine 30jährige Kollegin mit jeweils einem Beschäftigungsjahr. Die Kündigung des 42jährigen wurde für unwirksam erklärt.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Grundsätze der Sozialauswahl; Begriff des Betriebes im Sinne von §1 Abs. 3 S. 1 KSchG**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 20.06.2013

**Aktenzeichen:** 2 AZR 271/12

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2013, 40763

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Hessen - 09.12.2011 - AZ: 10 Sa 438/11

**Rechtsgrundlagen:**

§ 1 Abs. 3 KSchG

§ 242 BGB

**Fundstellen:**

ArbR 2013, 388

ArbRB 2013, 267-268

AuA 2014, 374

AuR 2013, 414

BB 2013, 1843-1844

DB 2013, 1674-1676

EWiR 2014, 159

EzA-SD 16/2013, 3-5

FA 2013, 269

FA 2013, 283

GWR 2013, 387

NJW 2013, 8

NJW-Spezial 2013, 499

NZA 2013, 837-839

NZA-RR 2013, 6

schnellbrief 2013, 131-132

ZIP 2014, 145-148

ZTR 2013, 513-514

---

## **BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 271/12**

### **Orientierungssatz:**

1. Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die objektiv miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die - bezogen auf die Merkmale des Arbeitsplatzes - sowohl aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse als auch nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind. Dies ist nicht nur bei identischen Arbeitsplätzen der Fall, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung die zwar andere, aber gleichwertige Tätigkeit ausüben kann. An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus Rechtsgründen nicht einseitig auf den fraglichen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Die Sozialauswahl ist auf Arbeitnehmer desselben Betriebs beschränkt.

2. Ein Betrieb ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern durch Einsatz technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen. Da mit und in einem Betrieb mehrere Zwecke verfolgt werden können, ist in erster Linie auf die Einheit der Organisation, nicht auf die Einheit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung abzustellen. Erforderlich ist ein Leitungsapparat, um insbesondere in personellen und sozialen Angelegenheiten wesentliche Entscheidungen selbständig treffen zu können. Zum Betrieb eines Verleiherunternehmens gehören alle unter einer einheitlichen Leitung zusammengefassten, zu dem Zweck ihrer Überlassung an Dritte beschäftigten Arbeitnehmer. Der Betrieb umfasst nicht nur die einsatzfreien, sondern auch die im Einsatz befindlichen Arbeitnehmer.

3. Jedenfalls dann, wenn die Austauschbarkeit im Einsatz befindlicher Arbeitnehmer im Verhältnis zum Entleiher weder vertraglich noch nach Treu und Glauben ( § 242 BGB ) ausgeschlossen ist, sind diese, sofern sie nach sonstigen arbeitsplatzbezogenen Kriterien vergleichbar sind, in die Sozialauswahl im Betrieb eines Verleiherarbeitgebers einzubeziehen.

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Schierle und Dr. Niebler für Recht erkannt:

## Tenor:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 9. Dezember 2011 - 10 Sa 438/11 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

## Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.
- 2 Die Beklagte betreibt gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung. In ihrer Niederlassung Frankfurt am Main beschäftigte sie zuletzt mehr als 100 Arbeitnehmer. Die Niederlassung hatte zwei Kunden, die K (K GmbH) und die L AG (L AG). Im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit der K GmbH war geregelt, dass die Beklagte dieser ab Juli 2010 unbefristet bis zu 150 Arbeitnehmer als Hilfskräfte überlasse. In der Rahmenvereinbarung mit der L AG war bestimmt, dass auf deren Verlangen Mitarbeiter unter bestimmten Voraussetzungen auszutauschen seien und unabhängig davon ein Austausch nur im Einvernehmen mit ihr vorgenommen werden könne.
- 3 Der Kläger war bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin seit Oktober 2004 für ein durchschnittliches Bruttomonatsentgelt in Höhe von zuletzt 1.500,00 Euro als Hilfskraft beschäftigt. Er war der K GmbH als Flugzeugreiniger überlassen und dort seit Juli 2010 als Vorarbeiter eingesetzt.
- 4 Ende September 2010 erklärte ein Mitarbeiter der K GmbH gegenüber dem Niederlassungsleiter der Beklagten, man benötige - ua. - den Kläger nicht mehr und melde ihn zum 8. Oktober 2010 ab. Mit Schreiben vom 30. September 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Dezember 2010. Die K GmbH bestätigte die Abmeldung mit E-Mail vom 7. Oktober 2010. In der Folgezeit fragte die Beklagte bei der L AG an, ob bei ihr ein Einsatz des Klägers in Betracht komme. Die L AG teilte mit, eine Umsetzung sei nicht durchführbar.
- 5 Gegen die Kündigung hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er hat gemeint, es fehle an einem dringenden betrieblichen Erfordernis für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Auftrag über die Überlassung von 150 Arbeitnehmern an die K GmbH bestehe nach wie vor. Diese habe zum 1. Januar 2011 Neuaufträge gewonnen. Außerdem habe die Beklagte keine Sozialauswahl vorgenommen, insbesondere habe sie ihn nicht mit den weiterhin der K GmbH überlassenen Arbeitnehmern verglichen. Er sei schutzwürdiger als die von der Beklagten benannten ungekündigten Arbeitnehmer. Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe nur die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer gekündigt, die eine Betriebsratswahl initiiert hätten. Die Initiatoren seien ihr namentlich bekannt gewesen.
- 6 Der Kläger hat beantragt,
  1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 30. September 2010 aufgelöst worden ist;
  2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Flugzeugreiniger im Betrieb Frankfurter Flughafen weiter zu beschäftigen.
- 7 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unter allen rechtlichen Gesichtspunkten wirksam. Ihre Geschäftsführerin habe im September 2010 die Entscheidung getroffen, die Arbeitsverhältnisse mit den von der K GmbH namentlich abgemeldeten Arbeitnehmern zu kündigen. Die K GmbH habe den Kläger abgemeldet, weil kein Beschäftigungsbedarf mehr für ihn vorhanden gewesen sei. Bei ihr, der Beklagten, habe infolgedessen nicht nur eine kurzfristige Auftragslücke vorgelegen. Sie habe weder neue

Arbeitnehmer eingestellt noch neue Kunden anwerben können. Die Kündigungsentscheidung erweise sich damit auch im Nachhinein als richtig. An anderen Standorten sei kein Arbeitsplatz frei gewesen. Eine Sozialauswahl sei nicht erforderlich gewesen. Sie sei an die Wünsche der K GmbH und der L AG gebunden, bei Nichtbefolgung drohe ein Auftragsverlust. Vorsorglich hat die Beklagte die Sozialdaten von neun Arbeitnehmern angegeben, die mit dem Kläger vergleichbar und weiterhin der K GmbH überlassen seien. Die Beklagte hat bestritten, dass die Kündigung in einem Zusammenhang mit der geplanten Betriebsratswahl stehe. Sie habe nicht gewusst, wer für die Wahl kandidieren werde.

- 8 Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag weiter, die Klage abzuweisen.

### Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung vom 30. September 2010 zu Recht als sozial ungerechtfertigt angesehen (I.). Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an (II.).
- 10 I. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Sie ist jedenfalls wegen fehlerhafter Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 , Abs. 3 KSchG . Ob die Beklagte hinreichend dargelegt hat, dass im Zeitpunkt der Kündigung eine Einsatzmöglichkeit für den Kläger auf Dauer nicht mehr bestand (zu den Anforderungen an die Darlegung des Kündigungsgrundes bei Wegfall der Einsatzmöglichkeit eines Leiharbeitnehmers, vgl. BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 412/05 - Rn. 18), bedarf keiner Entscheidung.
- 11 1. Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse iSd. Abs. 2 der Bestimmung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer von dessen Betriebszugehörigkeit, dessen Lebensalter, mögliche Unterhaltspflichten und ggf. eine Schwerbehinderung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.
- 12 a) Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die objektiv miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die - bezogen auf die Merkmale des Arbeitsplatzes - sowohl aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse als auch nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind (st. Rspr., vgl. BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 - Rn. 19; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 41). Dies ist nicht nur bei identischen Arbeitsplätzen der Fall, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung die zwar andere, aber gleichwertige Tätigkeit ausüben kann ( BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 31). An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus Rechtsgründen nicht einseitig auf den fraglichen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann ( BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - aaO.; 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - Rn. 13). Die Sozialauswahl ist auf Arbeitnehmer desselben Betriebs beschränkt ( BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 - zu II 2 der Gründe, BAGE 115, 82, 85; 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 - ).
- 13 b) Dem Arbeitgeber steht bei der Gewichtung der in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG angeführten sozialen Grunddaten ein Wertungsspielraum zu. Dieser ist auch dann zu beachten, wenn er eine Sozialauswahl zunächst für entbehrlich gehalten hat ( BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 48; 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 19). Auch wenn eine Sozialauswahl gar nicht oder methodisch fehlerhaft durchgeführt wurde, ist die Kündigung nicht aus diesem Grund unwirksam, wenn mit der Person des Gekündigten gleichwohl - und sei es zufällig - eine objektiv vertretbare Auswahl getroffen wurde. Der Arbeitgeber braucht nicht die "bestmögliche" Sozialauswahl vorgenommen zu haben. Der ihm einzuräumende Wertungsspielraum führt dazu, dass sich nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg auf einen Auswahlfehler berufen können ( BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - aaO.; 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - Rn. 38, BAGE 115, 92).

14

c) Die Darlegungs- und Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl trägt gem. § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG der Arbeitnehmer.

- 15** 2. Die Regelungen zur Sozialauswahl können weder durch einzelvertragliche noch durch kollektivrechtliche Vereinbarung abbedungen werden, auch nicht zugunsten einzelner Arbeitnehmer. Eine solche Regelung würde sich zu Lasten anderer Arbeitnehmer auswirken ( BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - Rn. 34, BAGE 115, 92). § 1 Abs. 3 KSchG steht aber solchen Verschlechterungen der kündigungsrechtlichen Position eines Arbeitnehmers nicht entgegen, die sich aus einer zulässigen vertraglichen Gestaltung von Arbeitsbedingungen mit anderen Arbeitnehmern ergeben. Allerdings darf die betreffende Vertragsgestaltung nicht rechtsmissbräuchlich sein und allein Vorteile bei der Sozialauswahl bezwecken (vgl. zur Anrechnung einer an sich nicht anrechnungsfähigen früheren Beschäftigungszeit durch einzelvertragliche Vereinbarung, BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - aaO.).
- 16** 3. Danach hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen, die Beklagte habe soziale Gesichtspunkte bei der Auswahl des Klägers iSv. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht ausreichend berücksichtigt. Es hat dabei die Darlegungslast des Klägers nicht verkannt. Dieser hat geltend gemacht, die Beklagte habe eine Sozialauswahl zumindest unter Einbeziehung der von ihr benannten neun weiterhin bei der K GmbH eingesetzten Arbeitnehmer durchführen müssen. Tatsächlich war er sozial deutlich schutzwürdiger als zumindest drei dieser Arbeitnehmer. Entgegen der Auffassung der Beklagten waren diese nicht deshalb nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, weil es wegen der "Abmeldung" des Klägers durch die K GmbH an der erforderlichen Austauschbarkeit gefehlt hätte.
- 17** a) Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang angenommen, es bestehe bereits eine Vermutung dafür, dass die Beklagte soziale Gesichtspunkte bei der Auswahl des Klägers nicht ausreichend berücksichtigt habe. Sie gründe sich darauf, dass die Beklagte den überwiegenden Teil der Belegschaft aus betriebstechnischen Gründen generell von der Auswahl ausgenommen habe. Diese Annahme ist nicht berechtigt. Die für sie als Beleg genommene Entscheidung des Senats ( BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138) betrifft nicht die Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG , sondern die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG . Für § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG gilt eine solche Vermutung nicht.
- 18** b) Die Beklagte hat soziale Gesichtspunkte iSv. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG deshalb nicht ausreichend berücksichtigt, weil sie zumindest drei der mit dem Kläger vergleichbaren und im Verhältnis zu ihm - im Kündigungszeitpunkt 42 Jahre alt, verheiratet, beschäftigt seit 1. Oktober 2004 - sozial deutlich weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer nicht gekündigt hat. Dies gilt für den Arbeitnehmer K - 32 Jahre alt, verheiratet, beschäftigt seit 27. Juli 2010 - sowie für die Arbeitnehmerinnen T - 27 Jahre alt, verheiratet, beschäftigt seit 12. Januar 2010 - und S - 30 Jahre alt, ledig, beschäftigt seit 1. April 2010. Es bedarf keiner Entscheidung, ob sich die Beklagte darauf berufen könnte, der Kläger hätte auch unter Einbeziehung dieser Arbeitnehmer zur Kündigung angestanden. Sie hat nicht dargelegt, dass mindestens drei der gekündigten Arbeitnehmer sozial schutzwürdiger gewesen seien als er (vgl. zur Aufgabe der sog. Dominotheorie bei Sozialauswahl nach einem Punktesystem, BAG 9. November 2006 - 2 AZR 812/05 - BAGE 120, 137). Das ergibt sich auch nicht aus den von ihr mitgeteilten Sozialdaten der gekündigten Arbeitnehmer. Damit ist davon auszugehen, dass sich eine Berücksichtigung der weniger schutzbedürftigen, nicht gekündigten Arbeitnehmer(innen) bei der Sozialauswahl zugunsten des Klägers ausgewirkt hätte.
- 19** c) Einer Einbeziehung dieser Arbeitnehmer in die Sozialauswahl stand nicht entgegen, dass sie nicht demselben Betrieb angehört hätten wie der Kläger. Unabhängig davon, ob überlassene Leiharbeiter im Entleiherbetrieb bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG zu berücksichtigen sein können (vgl. dazu BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - ), bleiben sie während der Zeit ihrer Arbeitsleistung beim Entleiher jedenfalls auch Angehörige des Betriebs des Verleihers. Für die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung stellt § 14 Abs. 1 AÜG dies klar. Für die Sozialauswahl gilt nichts anderes. Ein Betrieb ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern durch Einsatz technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der

Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen ( BAG 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - Rn. 18; 21. Juni 1995 - 2 AZR 693/94 - Rn. 36). Da mit und in einem Betrieb mehrere Zwecke verfolgt werden können, ist in erster Linie auf die Einheit der Organisation, nicht auf die Einheit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung abzustellen. Erforderlich ist ein Leitungsapparat, um insbesondere in personellen und sozialen Angelegenheiten wesentliche Entscheidungen selbständig treffen zu können ( BAG 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - aaO.; 23. September 1982 - 6 ABR 42/81 - BAGE 40, 163, 165 f.). Zum Betrieb des Verleihers gehören damit alle unter einer einheitlichen Leitung zusammengefassten, zu dem Zweck ihrer Überlassung an Dritte beschäftigten Arbeitnehmer. Der Betrieb umfasst nicht nur die einsatzfreien, sondern auch die im Einsatz befindlichen Arbeitnehmer.

- 20** d) Der Einbeziehung der nach sonstigen arbeitsplatzbezogenen Kriterien mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer stand ebenso wenig entgegen, dass die K GmbH diesen namentlich "abgemeldet" hatte. Die Beklagte war dadurch nicht gehindert, den Kläger gegen einen der übrigen überlassenen, sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer auszutauschen. Ihr Recht zum Austausch war weder durch ihren Vertrag mit der K GmbH, noch nach Treu und Glauben ( § 242 BGB ) ausgeschlossen.
- 21** aa) Die Hauptleistungspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher besteht darin, einen arbeitsbereiten, den vertraglich festgelegten Anforderungen entsprechenden Arbeitnehmer für die vereinbarte Dauer zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung entspricht regelmäßig einer - wenn auch auf die Auswahl einer Person, nicht einer Sache, gerichteten - "Gattungsschuld", auf die § 243 BGB entsprechende Anwendung findet (Schüren in Hamann/Schüren AÜG 4. Aufl. Einl. Rn. 320; Thüsing/Thüsing AÜG 3. Aufl. § 12 Rn. 23; Ulber/D. Ulber AÜG 4. Aufl. § 12 Rn. 22). Ohne besondere Abrede ist der Verleiher lediglich verpflichtet, einen iSv. § 243 Abs. 1 BGB fachlich geeigneten, nicht aber einen bestimmten Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (Schüren in Hamann/Schüren AÜG 4. Aufl. Einl. Rn. 328; Thüsing aaO.). Aus dem Charakter der Arbeitnehmerüberlassung als Dauerschuldverhältnis folgt zwar, dass dem Entleiher für die gesamte Laufzeit des Vertrags ein geeigneter Leiharbeiter zur Verfügung stehen muss (Schüren aaO.; Ulber/D. Ulber AÜG 4. Aufl. § 12 Rn. 23). Der Verleiher hat aber grundsätzlich das Recht zum Austausch, sofern dem nicht eine Vereinbarung mit dem Entleiher oder sonstige berechnete Belange des Entleihers - wie etwa eine lange Einarbeitszeit für unternehmensspezifische Aufgaben - entgegenstehen (vgl. Brors in Hamann/Schüren AÜG 4. Aufl. Einl. Rn. 387; Schüren aaO.; Thüsing/Thüsing AÜG 3. Aufl. § 12 Rn. 27; Germakowski in Urban-Crell/Germakowski AÜG § 1 Rn. 63). Soweit das Recht des Verleihers zu deren Austausch nicht ausgeschlossen ist, sind daher in die Sozialauswahl im Verleiherbetrieb grundsätzlich auch diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die Unternehmen zur Arbeitsleistung auf vergleichbaren Arbeitsplätzen überlassen sind (vgl. Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand September 2012 Rn. 394).
- 22** bb) Nach verbreiteter Auffassung im Schrifttum kann die Ersetzungsbefugnis des Verleihers vertraglich oder nach Treu und Glauben ( § 242 BGB ) ausgeschlossen sein (Ulber/D. Ulber AÜG AÜG 4. Aufl. § 12 Rn. 23; Germakowski in Urban-Crell/Germakowski AÜG § 1 Rn. 63; Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand Mai 2013 Rn. 327; vgl. auch Thüsing/Thüsing AÜG 3. Aufl. § 12 Rn. 27: zwar vertragliche Konkretisierung, nicht aber vertraglicher Ausschluss möglich, allenfalls Ausschluss nach § 242 BGB ). Ohne Zustimmung des Entleihers sei der Verleiher in einem solchen Fall nicht zum Austausch eines überlassenen Leiharbeitnehmers berechtigt (Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand April 2012 Rn. 425; AnwK-ArbR/Böhm 2. Aufl. Bd. 1 § 12 AÜG Rn. 9; Boemke BB 2006, 997, 998; Schüren in Hamann/Schüren AÜG 4. Aufl. Einl. Rn. 329; Thüsing/Thüsing AÜG 3. Aufl. § 12 Rn. 26). Die Überlassung eines anderen Leiharbeitnehmers stelle in diesem Fall keine Vertragserfüllung dar (Boemke BB 2006, aaO.). Sei wiederum der Verleiher im Verhältnis zum Entleiher nicht zum Austausch eines überlassenen Arbeitnehmers berechtigt, stehe dies dessen Einbeziehung in eine Sozialauswahl im Verleiherbetrieb entgegen. Ein vertraglicher Ausschluss der Austauschbarkeit wird zum Teil schon dann angenommen, wenn der Entleihvertrag die Überlassung eines bestimmten, namentlich benannten Arbeitnehmers vorsieht (Dahl DB 2003, 1626, 1629; Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand September 2012 Rn. 394).

**23**

cc) Ob dem zu folgen ist, kann im Streitfall dahinstehen. Die Beklagte musste die von ihr benannten, weiterhin bei der K GmbH eingesetzten und objektiv vergleichbaren Arbeitnehmer jedenfalls deshalb in die Sozialauswahl mit dem Kläger einbeziehen, weil ihre Austauschbarkeit weder vertraglich noch nach Treu und Glauben ausgeschlossen war. Auf die Befugnis, sie zu ersetzen, hatte die Beklagte nach dem Überlassungsvertrag nicht verzichtet. Die Arbeitnehmer waren dort auch nicht namentlich genannt. Aus dem Umstand, dass die K GmbH ausdrücklich gerade den Kläger "abgemeldet" hatte, folgt nicht, dass die Beklagte ihn nach Treu und Glauben im Austausch gegen einen der anderen Leiharbeiter bei der K GmbH nicht mehr hätte einsetzen dürfen. Die K GmbH hatte den Kläger nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht deshalb abgemeldet, weil er sich etwa als nicht hinreichend geeignet erwiesen oder sich rechtswidrig verhalten hätte. Grund für die "Abmeldung" war danach lediglich, dass es für ihn keinen Beschäftigungsbedarf mehr gab. Daraus lässt sich nicht schließen, die K GmbH habe sich gegen einen weiteren Einsatz des Klägers als Person ausgesprochen. Es ist nicht ersichtlich, dass sonstige Umstände diesen Schluss rechtfertigen könnten. Ob ein solcher Wunsch den weiteren Einsatz des Klägers bei der K GmbH tatsächlich hätte ausschließen können, bedarf keiner Entscheidung.

- 24** dd) Ebenso wenig muss entschieden werden, ob im Einsatz befindliche Arbeitnehmer wegen § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG schon dann nicht in eine Sozialauswahl beim Verleiher einzubeziehen sind, wenn ihr Austausch zwar nicht ausgeschlossen ist, der Entleiher für diesen Fall aber mit einem Auftragsentzug droht. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass trotz ihrer Ersetzungsbefugnis ein Auftragsverlust gedroht habe, wenn sie anstelle des Klägers einen der sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer bei der K GmbH abgezogen hätte. Allein aus der namentlichen "Abmeldung" des Klägers lässt sich dies nicht entnehmen.
- 25** II. Der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. Das Kündigungsschutzverfahren ist rechtskräftig abgeschlossen.
- 26** III. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Beklagte zu tragen.

---

Kreft  
Rinck  
Rachor  
Schierle  
Niebler

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu 1.: Bestätigung von BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 -; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 -; 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 -; 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 -; 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 -; 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 - BAGE 115, 82

Zu 2.: Bestätigung und Fortführung von BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 -; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 -; 21. Juni 1995 - 2 AZR 693/94 -; 23. September 1982 - 6 ABR 42/81 - BAGE 40, 163

Branchenspezifische Problematik: Leiharbeitsbranche

Besonderer Interessentenkreis: Verleihunternehmen und Leiharbeiter

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.