

---

**Datum:** 02.09.2020  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 5. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 Sa 295/20  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2020:0902.5SA295.20.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 1 Ca 4152/19

**Schlagworte:** Parallellfall zu LAG Köln 5 Sa 295/20 mit der zusätzlichen Frage, ob ein Weiterbeschäftigungsantrag dem Bestimmtheitserfordernis genügt. Betriebsbedingte Kündigung - alternative Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Einsatz von Leiharbeitnehmern - Abgrenzung der Begriffe "Auftragsspitzen" und "dauerhafter Bedarf"

**Normen:** § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 KSchG; § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG;; § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

**Leitsätze:**

1. Werden Leiharbeitnehmer lediglich zur Abdeckung von „Auftragsspitzen“ eingesetzt, liegt keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vor.
2. Werden Leiharbeitnehmer dagegen zur Abdeckung eines Dauerbedarfs eingesetzt, kann eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vorliegen.
3. Daraus folgt, dass keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vorliegt, wenn Leiharbeitnehmer zur Abdeckung von Vertretungsbedarf beschäftigt werden. Leiharbeitnehmer werden nicht zur Vertretung beschäftigt, wenn sie eingesetzt werden, um ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen abzudecken.

---

**Tenor:**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.01.2020 – 1 Ca 4152/19 – wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Die Revision wird zugelassen.

---

<b><u>Tatbestand</u></b>	1
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.	2
Der am 1968 geborene Kläger ist ledig. Er ist bei der Beklagten seit dem 1. September 2002 als Fertigungsmitarbeiter beschäftigt.	3
Die Beklagte ist als Automobilzulieferer für die Firma F tätig. Sie beschäftigte im Juni 2019 106 Arbeitnehmer und acht Leiharbeiter. Für sechs Leiharbeiter hat die Beklagte eine Aufstellung zu den Akten gereicht, wann diese im Zeitraum von der 37. Kalenderwoche 2017 bis zur 52. Kalenderwoche 2019 in ihrem Unternehmen tätig geworden sind. Sie hat vorgetragen, die Leiharbeiter seien zur Vertretung vorübergehend ausgefallener Mitarbeiter der Stammebelegschaft beschäftigt worden. Wegen der Liste, die auch hierzu Angaben enthält, wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.	4
Die Beklagte hörte den Betriebsrat am 22. Mai 2019 zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26. Juni 2019, welches der Kläger am selben Tag erhielt, zum 31. Dezember 2019.	5
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Die Beklagte könne ihn auf einem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigen, auf dem sie bisher Leiharbeiter einsetze. Diese würden weder zur Vertretung noch als Personalreserve eingesetzt. Es handele sich um ständig eingerichtete Arbeitsplätze. Zudem würden die verbliebenen Arbeitnehmer überobligatorisch belastet. Er hat die soziale Auswahl und die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats gerügt.	6
Der Kläger hat beantragt,	7
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 26.06.2019 aufgelöst worden ist.	8
Die Beklagte hat beantragt,	9
die Klage abzuweisen.	10
Sie hat vorgetragen, die Kündigung sei aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Ihr Auftraggeber, die Firma F, habe das Tagesvolumen an produzierten Autos von 1.300 auf 1.150 reduziert. F stelle somit nicht mehr 93 Fahrzeuge wie zuvor pro Stunde her, sondern nur noch 82. Sie selbst habe bei der Produktion von 1.300 Fahrzeugen täglich 74 Mitarbeiter pro Tag im Zweischichtbetrieb eingesetzt. Angesichts der Reduzierung der Produktion benötige sie lediglich noch 66 Mitarbeiter. Mit dem Betriebsrat habe sie sich darauf verständigt, einen Personalabbau in Höhe von lediglich sechs Mitarbeitern	11

vorzunehmen. Über freie Arbeitsplätze habe sie nicht verfügt. Leiharbeitnehmer würden als Personalreserve nur in Vertretungsfällen (zum Beispiel Krankheit) eingesetzt. Sie habe die soziale Auswahl ordnungsgemäß nach einem vom BAG gebilligten Punkteschema durchgeführt. Der Betriebsrat sei ausführlich vor Ausspruch der Kündigung unterrichtet worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 24. Januar 2020 stattgegeben. Hiergegen richtet sich die von der Beklagten eingelegte Berufung. 12

Die Beklagte ist nach wie vor der Auffassung, die Kündigung sei wirksam. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe sie im Kündigungszeitpunkt über keine freien Arbeitsplätze verfügt. Nach der Rechtsprechung des BAG fehle es an einem freien Arbeitsplatz, wenn der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer als Personalreserve zur Abdeckung von Vertretungsbedarf beschäftige. So sei sie verfahren. Zu berücksichtigen sei, dass es der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen sei, ob er Vertretungszeiten überhaupt überbrücke. 13

Die Beklagte beantragt, 14

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln – 1 Ca 4152/19 – vom 24.01.2020 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 15

Der Kläger beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil. Die Beklagte decke mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern einen bei ihr bestehenden Dauerbedarf ab. 18

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 19

## **Entscheidungsgründe** 20

A. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde gemäß §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 und 5 ArbGG, §§ 519 und 520 ZPO frist- und formgerecht eingelegt und begründet. 21

B. Das Rechtsmittel ist unbegründet. Das Arbeitsgericht ist zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen zu dem Ergebnis gekommen, dass die Kündigung der Beklagten vom 26. Juni 2019 sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG). Sie ist nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, weil im Kündigungszeitpunkt eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG für den Kläger bestand. Die alternative Beschäftigungsmöglichkeit ergibt sich daraus, dass die Beklagte Leiharbeitnehmer beschäftigt, um mit ihnen ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen abzudecken. Dieses musste sie vorrangig für sonst zur Kündigung anstehende Stammarbeitnehmer wie den Kläger nutzen. 22

I. Eine Kündigung ist nur dann iSd. § 1 Abs. 2 KSchG durch „dringende“ betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, dem bei Ausspruch der Kündigung absehbaren Wegfall des Beschäftigungsbedarfs durch andere Maßnahmen - sei 23

es technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art - als durch eine Beendigungskündigung zu entsprechen. Das Merkmal der „Dringlichkeit“ der betrieblichen Erfordernisse ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip), aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine sowohl diesem als auch ihm selbst objektiv mögliche anderweitige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz, ggf. zu geänderten Bedingungen, anbieten muss. Diese in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG konkretisierte Kündigungsschranke gilt unabhängig davon, ob in dem Betrieb ein Betriebsrat besteht und ob dieser der Kündigung widersprochen hat (BAG 29. August 2013 – 2 AZR 809/12).

Ob die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern die Annahme rechtfertigt, im Betrieb oder Unternehmen des Arbeitgebers seien „freie“ Arbeitsplätze vorhanden, hängt nach der Rechtsprechung des BAG von den Umständen des Einzelfalls ab (BAG 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10; vgl. a. BAG 18. Oktober 2012 – 6 AZR 289/11). 24

Werden Leiharbeitnehmer lediglich zur Abdeckung von „Auftragsspitzen“ eingesetzt, liegt keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vor. Der Arbeitgeber kann dann typischerweise nicht davon ausgehen, dass er für die Auftragsabwicklung dauerhaft Personal benötige. Es kann ihm deshalb regelmäßig nicht zugemutet werden, entsprechendes Stammpersonal vorzuhalten (BAG 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10; vgl. a. BAG 18. Oktober 2012 – 6 AZR 289/11). 25

Beschäftigt der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer dagegen, um mit ihnen ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen abzudecken, kann von einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG auszugehen sein, die vorrangig für sonst zur Kündigung anstehende Stammarbeitnehmer genutzt werden muss (BAG 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10; vgl. a. BAG 18. Oktober 2012 – 6 AZR 289/11). 26

An einem „freien“ Arbeitsplatz soll es nach bisheriger Rechtsprechung des BAG „in der Regel“ außerdem fehlen, wenn der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer als „Personalreserve“ zur Abdeckung von Vertretungsbedarf beschäftigt. Dies gelte unabhängig von der Vorhersehbarkeit der Vertretungszeiten (BAG 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10; vgl. a. BAG 18. Oktober 2012 – 6 AZR 289/11). 27

Bisher hat das BAG nicht geklärt, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Ausnahmefall vorliegt. Er soll jedenfalls nicht in Fällen gegeben sein, in denen der Arbeitgeber zur Vertretung abwesender Stammarbeitnehmer auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern zurückgreift. Diese würden auch dann nicht auf „freien“ Arbeitsplätzen beschäftigt, wenn der Vertretungsbedarf regelmäßig anfallt. Andernfalls bliebe der Arbeitgeber nicht frei in seiner Entscheidung, ob er Vertretungszeiten überhaupt und - wenn ja - für welchen Zeitraum überbrückt (BAG 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10; vgl. a. BAG 18. Oktober 2012 – 6 AZR 289/11). 28

Der für das Befristungsrecht zuständige 7. Senat hat für den Sachgrund der Vertretung erkannt, dass sich der Arbeitgeber nicht auf den Sachgrund der Vertretung berufen kann, wenn die fortlaufende befristete Beschäftigung des Arbeitnehmers den Schluss auf einen dauerhaften Bedarf an dessen Beschäftigung zulässt. So verhalte es sich, wenn der Arbeitgeber den befristet beschäftigten Arbeitnehmer über Jahre hinweg im Ergebnis als Personalreserve für unterschiedliche Vertretungsfälle einsetze. Bestehe in Wahrheit ein dauerhafter Bedarf an der Beschäftigung, komme ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande, selbst wenn damit die Gefahr eines zeitweisen Personalüberhangs nicht völlig auszuschließen und bei den Personalplanungen zu berücksichtigen sei (BAG 17. Mai 2017 – 29

Die Kammer hält die Rechtsprechung des 7. Senats für zutreffend und schließt sich ihr an. Wenn der Arbeitgeber mit der befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers einen dauerhaften Bedarf abdecken will, liegt kein Fall der Vertretung vor. Dies ist der Fall, wenn immer wieder (unterschiedliche) Arbeitnehmer in einem absehbaren Umfang ausfallen. In diesen Fällen liegt kein schwankendes, sondern ein ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen vor. 30

Der in der mündlichen Verhandlung von der Beklagten erhobene Einwand, es sei nicht möglich, den zukünftig anfallenden Bedarf exakt vorauszusehen, trifft zu, führt aber zu keiner anderen Betrachtung. Das Befristungsrecht kennt mehrere Sachgründe, die dem Arbeitgeber eine Prognose abverlangen und daher zwangsläufig mit einer gewissen Unsicherheit verbunden sind. Der Gefahr, dass der Arbeitgeber aufgrund einer fehlerhaften Prognose mehr Arbeitnehmer beschäftigt als Bedarf besteht, lässt sich begegnen, indem dem Arbeitgeber bei der Bestimmung des (Sockel-)Volumens eine vorsichtige Kalkulation zugestanden wird. In diesem Sinne ist der Hinweis des 7. Senats zu verstehen, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande komme, „selbst wenn damit die Gefahr eines zeitweisen Personalüberhangs nicht völlig auszuschließen und bei den Personalplanungen zu berücksichtigen sein mag“. 31

Die zum Sachgrund der Vertretung ergangene Rechtsprechung beansprucht auch für die Relevanz des Einsatzes von Leiharbeitnehmern für die Wirksamkeit betriebsbedingter Kündigungen Geltung. Maßgeblich ist, ob aufgrund einer fortlaufenden Beschäftigung von Arbeitnehmern der Schluss auf einen dauerhaften Bedarf gerechtfertigt ist. Ergibt sich, dass ein Dauerbedarf besteht, wird auch ein Leiharbeiter (ebenso wie ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer) nicht als „Personalreserve“ zur Abdeckung eines Vertretungsbedarfs beschäftigt (vgl. a. Düwell/Dahl, DB 2007, 1699; Volk in: Bader/Bram, § 1 KSchG Rn. 303a). 32

Mit dieser Annahme wird dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit zu einer flexiblen Betriebsführung genommen. Er ist lediglich gehalten, in Krisenzeiten, in denen sich ein verringerter Arbeitskräftebedarf ergibt, einen bestehend bleibenden Dauerbedarf zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen mit „Stammarbeitnehmern“ und nicht mit Leiharbeitnehmern zu besetzen. 33

II. Nach diesen Grundsätzen erweist sich die Kündigung vom 26. Juni 2019 als unwirksam, weil im Kündigungszeitpunkt eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG für den Kläger bestand. Die Beklagte hat im Kündigungszeitpunkt einen dauerhaft bestehenden Arbeitsbedarf gehabt, den sie dem Kläger hätte zuweisen können. Der Dauerbedarf ergibt sich aus der fortlaufenden Beschäftigung von jedenfalls sechs Leiharbeitnehmern, die in dem Widerspruch des Betriebsrats namentlich benannt worden sind. Die von der Beklagten vorgenommene Aufstellung, die den Zeitraum von der 37. Kalenderwoche 2017 bis zur 52. Kalenderwoche 2019 umfasst, lässt erkennen, dass sie ausgehend von der Perspektive im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung einen dauerhaften Bedarf abgedeckt hat. Sie hat die Leiharbeiter fortlaufend mit nur wenigen Unterbrechungen (etwa zum Jahresende oder im Sommer während der Werksferien) eingesetzt. 34

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 97 Abs. 1 ZPO. 35

D. Die Kammer hat die Revision zugelassen, weil es den entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung zugemessen hat (§ 72 Abs. 2 Satz 1 ArbGG).

---

