



LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In Sachen

der Frau L. L., L. pfädchen 51, E.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte S. I. u. a.,
X. Str. 71, E.,

g e g e n

die L. Warenhaus AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden
Prof. Dr. I. N., U.-B.-Str. 2, F.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte T. u. a.,
L. straße 42 a, E.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 12.10.2005
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Jansen und die ehrenamtliche
Richterin Crepaz-Ruhr

für R e c h t erkannt:

**Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Duisburg vom 01.06.2005 wird zurückgewiesen.**

**Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil teilweise abgeändert
und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch durch
die Kündigung der Beklagten vom 24.03.2005 nicht aufgelöst
worden ist.**

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnis auf Grund von zwei Kündigungen, zu deren Rechtfertigung sich die Beklagte auf betriebsbedingte Gründe beruft.

Die Klägerin, am 12.10.1963 geboren, verheiratet, ein Kind, ist seit dem 01.02.1988 bei der Beklagten, einem Warenhausfilialunternehmen, als Verkäuferin, zuletzt in Teilzeit beschäftigt. Sie war eingesetzt in der Filiale E.-I.. In der Filiale, in der ca. 30 Arbeitnehmer tätig sind, ist ein Betriebsrat gebildet.

Am 17.08.2004 beschloss der Vorstand der Beklagten, Filialen mit einer Verkaufsfläche von weniger als 8.000 qm, darunter die Filiale E.-I., in das Format „Kompakt“ umzugruppieren und auf eine neue Gesellschaft überzuleiten. Am 14.10.2004 kam für die Beklagte ein Sanierungstarifvertrag zustande. Am 13.12.2004 schlossen Beklagte und Gesamtbetriebsrat die Gesamtbetriebsvereinbarung „Überleitung der 77 kleinen Filialen auf die Firma „L. Kompakt GmbH“ sowie einen Sozialplan.

Mit Schreiben vom 22.12.2004 informierte die Beklagte die Belegschaft des Warenhauses E.-I. über den Übergang des Betriebes auf die „L. Kompakt GmbH“ zum 01.01.2005. Die Klägerin, die das Schreiben am 28.12.2004 erhielt, erhob am 19.01.2005 schriftlich Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die „L. Kompakt GmbH“. Nach ihrem Widerspruch wurde sie weiter auf ihrem Arbeitsplatz in der Filiale beschäftigt. Zuvor waren die Beklagte und die „L. Kompakt GmbH“ in einer „Vereinbarung zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung vom 17.01.2004“ überein gekommen,

„daß Mitarbeiter, die dem Betriebsübergang auf die L. Kompakt GmbH & Co KG widersprochen haben, im Rahmen einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung in der L. Kompakt GmbH & Co KG eingesetzt werden.

Dieser Einsatz erfolgt ausschließlich bei Mitarbeitern denen kein Arbeitsplatz in der L. Warenhaus AG angeboten werden kann und deren Arbeitsverhältnis aufgrund dessen beendet werden muß. Der Einsatz erfolgt bis zum Austrittstermin aus der L. Warenhaus AG bzw. bis auf Widerruf. Die Mitarbeiter werden grundsätzlich an ihrem bisherigen Arbeitsplatz zu gleichbleibenden Bedingungen eingesetzt.

Die entsprechenden Personalkosten werden der L. Kompakt GmbH & Co KG belastet.“

Mit Schreiben vom 24.01.2005, am 26.10.2005 vormittags am Arbeitsplatz ausgehändigt, unterrichtete die Beklagte die Klägerin von der vereinbarten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung und wies sie darauf hin, dass sie verpflichtet sei, bei der „L. Kompakt GmbH“ bis zum Ende der Kündigungsfrist zu arbeiten. Am Nachmittag des 26.10.2005 übergab der Geschäftsführer des Betriebs E.-I. der Klägerin das auf den 20.01.2005 datierte Schreiben, mit dem die Beklagte die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.07.2005 erklärte.

Neben der Klägerin erhielten 10 weitere Arbeitnehmer der Filiale, die ebenfalls dem Übergang widersprochen hatten, die Kündigung. Eine Betriebsratsanhörung vor der Kündigung hatte nicht stattgefunden.

Am 03.03.2005 zeigte die Beklagte der Agentur für Arbeit die Massentlassung an. Mit Bescheid vom 04.04.2004 entsprach die Agentur für Arbeit der Anzeige.

Nach Anhörung des Betriebsrats der Filiale E.-I. am 15.03.2005 sprach die Beklagte mit Schreiben vom 24.03.2005 eine weitere ordentliche Kündigung, und zwar zum 30.09.2005 aus.

Mit der vor dem Arbeitsgericht Duisburg erhobenen Kündigungsschutzklage hat die Klägerin die unter dem 20.01.2005 und 24.03.2005 erklärten Kündigungen angegriffen, deren Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 BetrVG und nach § 17, § 18 KSchG reklamiert und geltend gemacht, dass sie in einer anderen Filiale

der Beklagten hätte weiterbeschäftigt werden können. Die Beklagte hat entgegen gehalten, dass keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestanden hätten, und die Auffassung vertreten, dass die Kündigungen zu ihrer Rechtswirksamkeit nicht die vorherige Massenentlassungsanzeige voraussetzten und, weil die Klägerin aufgrund ihres Widerspruchs betriebslos und betriebsratslos geworden sei, es keiner Betriebsratsanhörung bedurft habe. Jedenfalls seien, so hat die Beklagte gemeint, für die Kündigung vom 24.03.2005 alle Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 01.06.2005 die Klage gegen die Kündigung vom 20.01.2005 zugesprochen und die Klage gegen die Kündigung vom 24.03.2005 abgewiesen. Mit den form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufungen greifen beide Parteien in Bezug auf ihr jeweiliges Unterliegen das erstinstanzliche Urteil, aus das hiermit zur näheren Sachdarstellung verwiesen wird, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Die Kammer hat am 12.10.2005 durch Vernehmung der Zeugin I. Beweis erhoben. Insoweit wird auf das Sitzungsprotokoll vom 12.10.2005 verwiesen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Die Kündigungen vom 20.01.2005 und vom 24.03.2005 sind mangels vorheriger Anhörung des (zuständigen) Betriebsrats der Hauptverwaltung unwirksam, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Daher hat die Berufung der Beklagten keinen Erfolg, während auf die Berufung der Klägerin das erstinstanzliche Urteil teilweise abzuändern und auch der gegen die zweite Kündigung gerichteten Klage stattzugeben ist.

1. Das Arbeitsgericht hat angenommen, dass die Klägerin den Vortrag der Beklagten, dass sie, die Klägerin, nach ihrem Widerspruch vom 19.01.2005 in

keinen (anderen) Betrieb eingegliedert worden sei, nicht durch substantiierten Sachvortrag widerlegt habe. Daher habe es keinen für eine Anhörung zur Kündigung nach § 102 BetrVG zuständigen Betriebsrat gegeben.

2. Dem folgt die Kammer nicht. Die Klägerin wurde, was unstreitig ist, „nahtlos“ nach ihrem Widerspruch im Warenhaus E.-I. weiterbeschäftigt. Ihr Einsatz im Unternehmen „L. Kompakt GmbH“ und dort in der zum 01.01.2005 übernommenen Filiale E.-I. erfolgte aufgrund einer zwischen der Beklagten und der „L. Kompakt GmbH“ vereinbarten „konzerninternen“ Arbeitnehmerüberlassung. Damit sind die Klägerin und die anderen Mitarbeiter, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprochen hatten, zunächst konkludent und durch Aushändigung des Schreibens vom 24.01.2005 auch explizit als Leiharbeiter eingesetzt worden. Dementsprechend erhielten sie die in einem Leiharbeitsverhältnis typischen Arbeitsanweisungen. Die Inanspruchnahme und Ausübung solchen Weisungsrechts durch den Arbeitgeber (Verleiher) und dessen Akzeptanz durch den Arbeitnehmer (Leiharbeiter) impliziert die Eingliederung des Arbeitnehmers in den entsendenden Betrieb des Arbeitgebers. Daher hat der Arbeitgeber zu einer späteren Kündigung den im Entsendungsbetrieb gewählten Betriebsrat anzuhören. Im Streitfall war „entsendender Betrieb“ die Hauptverwaltung der Beklagten, so dass der dort gewählte Betriebsrat nach § 102 BetrVG zur Kündigung der Klägerin anzuhören gewesen wäre. Dies ist nicht geschehen.

3. Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Der Betrieb der Beklagten in E.-I. war zum 01.01.2005 gemäß § 613 a BGB auf die „L. Kompakt GmbH“ übergegangen. Die entsprechende tatsächliche Feststellung im erstinstanzlichen Urteil entspricht dem unstreitigen

Parteivortrag, dem Inhalt der vorgelegten Urkunden, insbesondere auch den Gesamtbetriebsvereinbarungen, und den eingetretenen Geschehnissen, wie sie von der Zeugin I. in ihrer glaubhaften Aussage dargestellt wurden. Dem steht nicht entgegen, dass, was die Klägerin behauptet hat, die Firma L. sich bereits im Dezember 2004 für die Filiale E.-I. interessierte. Die Filiale ging, wie nach der Aussage der Zeugin I. fest steht, zum 01.01.2005 auf die „L. Kompakt GmbH“ und – nach einer Absichtserklärung vom 28.01.2005 – von der „L. Kompakt GmbH“ auf L. am 01.09.2005 über.

b) Die Klägerin widersprach ordnungsgemäß und fristgerecht am 19.01.2005 dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die „L. Kompakt GmbH“. Darüber besteht zwischen den Parteien auch kein Streit. Der Widerspruch bewirkte, dass das Arbeitsverhältnis zur Beklagten fortbestanden hat. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BAG, Urteil vom 22.04.1993, 2 AZR 50/92, AP Nr. 103 zu § 613 a BGB = NJW 1994, 2245) tritt diese Rechtsfolge ex tunc auch dann ein, wenn der Widerspruch erst im Anschluss an das Wirksamwerden des Betriebsübergangs erklärt wird: Der Arbeitnehmer wird damit so behandelt, als habe das Arbeitsverhältnis den gesamten Zeitraum über mit dem bisherigen Arbeitgeber fortbestanden.

Weil nicht entscheidungserheblich, bedarf es an dieser Stelle keiner Vertiefung, ob die Beschäftigung des Arbeitnehmers (bis zum ordnungsgemäß und fristgerecht erklärten Widerspruch) im Verhältnis zum Betriebserwerber als faktisches Arbeitsverhältnis zu behandeln ist (Staudinger/Richardi/Annuß, BGB [1999], § 613 a Rz. 128, HWK/Willemsen/Müller-Bonanni, § 613 a BGB Rz. 356, APS/Steffan, 2. Auf., § 613 a BGB Rz. 221, Menze, Widerspruchsrecht, Diss. 2000, S. 200) oder ob sie zumindest in den Fällen, in denen sie von den Beteiligten in Kenntnis des Betriebsübergangs und Widerspruchsrechts vorläufig vollzogen wird, ihre vertragliche Grundlage aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer dergestalt bezieht, dass die beiderseitigen

Leistungen aufgrund dieses Arbeitsverhältnisses vorübergehend beim Erwerber erbracht werden.

c) Indem die Klägerin nach ihrem Widerspruch ohne Unterbrechung unverändert in der Filiale E.-I. der „L. Kompakt GmbH“ eingesetzt wurde, nahm die Beklagte die Weisungsbefugnis (i. c. nach Ziffer 5 Satz 1 des Arbeitsvertrages vom 17.07.1989) in Anspruch, die Klägerin im Rahmen konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung an die „L. Kompakt GmbH“ verleihen zu dürfen. In dieser Arbeitszuteilung lag die konkludente Weisungserteilung der Beklagten als „Verleiherin“. Mit dem am 26.01.2005 ausgehändigten Schreiben vom 24.01.2005 ließ sie die explizite Weisungserteilung nachfolgen. Die Klägerin akzeptierte durch widerspruchslöse Weiterarbeit in der Filiale E.-I., bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Beklagten als „Leiharbeiterin“ beschäftigt zu werden.

d) Die Beschäftigung der Klägerin als „Leiharbeiterin“ hatte zur Konsequenz, dass eine tatsächliche und rechtliche Beziehung der Klägerin zu dem entsendenden Betrieb der Beklagten dergestalt entstand, dass die Klägerin innerhalb der Betriebsorganisation des entsendenden Betriebs abhängige Arbeitsleistungen zu erbringen hatte und damit Betriebsangehörige dieses Betriebs wurde. Nachdem der Beschäftigungsbetrieb, die Filiale E.-I., auf einen neuen Betriebsinhaber übergegangen war, wurde in der Hauptverwaltung über den Einsatz der Klägerin als „Leiharbeiterin“ und über die Kündigung entschieden.

Der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung zum Betrieb Hauptverwaltung steht nicht entgegen, dass die Beklagte in der Hauptverwaltung weder Verkaufspersonal beschäftigt noch von dort aus einzusetzen pflegt, sondern dies in den jeweiligen Filialen (Warenhäusern) geschieht. Diese Unternehmensorganisation trifft gerade und nur auf den „Normalfall“ zu, in dem die Beklagte Inhaber-

rin des Beschäftigungsbetriebs ist und die Verkäufer in die dortige Betriebsorganisation eingegliedert sind. Vorliegend geht es um einen „Ausnahmefall“: Die Beklagte war Vertragsarbeitgeberin geblieben, aber nicht (mehr) Inhaberin des Beschäftigungsbetriebs und betätigte sich nun als Verleiherin von Arbeitskräften. Der Umstand, dass die Beklagte die Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend mit Arbeitnehmern betrieb, die dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die „L. Kompakt GmbH“ widersprochen hatten, ändert nichts an der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung der Leiharbeitnehmer zur Hauptverwaltung (§ 14 Abs. 1 AÜG, vgl. BAG, Beschluss vom 20.04.2005, 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006, Beschluss vom 10.03.2004, 7 ABR 49/03, NZA 2004, 1340 = AP Nr. 8 zu § 7 BetrVG 1972, Boemke, AR-Blattei SD, Betriebszugehörigkeit, Rz. 33; Thüsing, AÜG § 14 Rz. 14, ferner DKK/Kittner, BetrVG, 7. Aufl., § 99 Rz. 112 [100]). Ebenso wenig wirkt sich aus, dass die widersprechenden Arbeitnehmer lediglich bis zum Kündigungstermin an ihren auf die „K. Kompakt GmbH“ übergegangenen Beschäftigungsbetrieb zurückverliehen wurden. Auch ein kurzfristiger Rückverleih dieser Art begründet die gemäß § 102 BetrVG maßgebliche Betriebszugehörigkeit zum entsendenden Betrieb (vgl. BAG, Beschluss vom 16.12.1986, 1 ABR 52/85) dazu, dass auch die Abordnung nur für wenige Tage eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG für die aufnehmende Filiale darstellt. Schließlich streitet für die Annahme, dass die nach dem Widerspruch rückverliehenen Arbeitnehmer nicht i. S. v. § 102 BetrVG betriebslos zu behandeln sind, die hypothetische Betrachtung, dass - aus welchen Gründen auch immer - es nicht oder verzögert zur Kündigung hätte kommen und dann aus dem kurzfristigen Rückverleih eine langfristige Aktion hätte werden können.

Weil die Entscheidung über die Kündigung dieser Mitarbeiter in der Hauptverwaltung getroffen wurde, war der dortige Betriebsrat, der der Beklagten als Vertragspartner der Klägerin gegenüber stand, für die Anhörung nach § 102 BetrVG bestimmt und berufen (vgl. BAG, Urteil vom 25.05.2000, 8 AZR 416/99, NZA 2000, 1115 = AP Nr. 209 zu § 613 a BGB, zu II 3 d der Gründe; FKHES, BetrVG, 21. Aufl., § 5 Rz. 215, Thüsing, § 14 Rz. 21, 44). Der

Betriebsrat der Hauptverwaltung war auch in der Lage, etwaige Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG, § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 KSchG sachgerecht geltend zu machen (vgl. BAG, Urteil vom 28.10.2004, 8 AZR 391/03, NZA 2005, 285 = AP Nr. 69 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu II 3 b cc der Gründe).

e) Da die Klägerin vor der Kündigung einem anderen Betrieb des Vertragsarbeitgebers zugeordnet und dort ein Betriebsrat gebildet war, erledigt sich die Erörterung subsidiärer Betriebsratszuständigkeiten nach den - tatbestandlich ohnehin nicht gegebenen - Regelungen in § 321 UmwG § 21 a, § 21 b BetrVG. Insbesondere waren weder die Zuständigkeit des (zur zweiten Kündigung angehörten) Betriebsrats der auf die „L. Kompakt GmbH“ überangegangenen Filiale E.-I. noch die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben (vgl. KR/Etzel, 7. Aufl., § 102 BetrVG Rz. 47, Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rz. 392).

Im Übrigen ergeben sich aus dem Parteivortrag oder sonst keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin und die übrigen 77 Arbeitnehmer, die ihrer Übernahme durch die „L. Kompakt GmbH“ widersprochen hatten, „als Leiharbeiter“ nicht der Hauptverwaltung (Zentrale) der Beklagten, sondern einer anderen betriebsratslosen Organisationseinheit ihres Vertragsarbeitgebers zugeordnet wurden. Insbesondere könnte der Arbeitgeber nicht den durch § 14 AÜG gesicherten betriebsverfassungsrechtlichen Schutzstandard dadurch umgehen, dass er, um eine mitbestimmungsfreie Arbeitnehmerüberlassung im Unternehmen oder Konzern und anhörungsfreie Kündigungen darzustellen, eine betriebs(rats-)lose Personalführungsstelle bildet und dieser die an Betriebe des Unternehmens oder im Konzern abgeordneten Arbeitskräfte zuordnet. Vielmehr muss der Begriff des (entsendenden) Betrieb funktional verstanden und ihm daher auch auswärtig erledigte Personalführungstätigkeit zugerechnet werden (vgl. BAG vom 20.04.2005, a. a. O.).

f) Mit der Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 21.03.1996, 2 AZR 559/95, AP Nr. 81 zu § 102 BetrVG 1972), die im Schrifttum durchweg Zustimmung gefunden hat (Richardi, BetrVG, 9. Aufl., § 102, Rz. 36, Staudinger/Richardi/Annuß, § 613 a, Rz. 137, Stahlhacke/Preis, Rz. 363, Küttner/Kreitner, Personalhandbuch 2000, ‚Betriebsübergang‘ Rz. 42), erkennt die Kammer an, dass Arbeitnehmer, die im Fall des Betriebsübergangs nach § 613 a Abs. 6 widersprechen und demzufolge betriebslos bzw. vor dem Kündigungszugang auch keinem anderen Betrieb zugeordnet werden, den Schutz des § 102 BetrVG verlieren. In der vorerwähnten Entscheidung hat der 2. Senat offen gelassen, ob sich allein daraus, dass sich ein Betrieb (hier: die Hauptverwaltung) ein Kündigungsrecht zubillige, die Zuständigkeit des in diesem Betrieb gewählten Betriebsrats herleiten lasse. Auch vorliegend ist diese Frage nicht zu entscheiden. Denn die Hauptverwaltung der Beklagten begnügte sich nicht mit der Wahrnehmung des Kündigungsrechts, sondern nahm durch den Einsatz der Klägerin in der Filiale E.-I. (Konzernleihe) das arbeitgeberseitige Weisungsrecht schon vor Ausspruch der ersten Kündigung wahr. Damit ergab sich, wie ausgeführt, die Betriebszugehörigkeit der Klägerin zur Hauptverwaltung.

II. Sind beide Kündigungen wegen fehlender Anhörung des zuständigen Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam, kommt es nicht darauf an, dass, was die erste Kündigung anbelangt, die fehlende vorherige Massenentlassungsanzeige keinen Unwirksamkeitsgrund abgibt (LAG Köln, Urteil vom 10.05.2005, 1 Sa 1510/04, ZIP 2005, 1524, Kammerurteil vom 10.08.2005, 12 Sa 740/05, n. v.). Im Übrigen steht nach der Aussage der Zeugin I. fest, dass es keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin auf einem freien vergleichbaren (gleichwertigen) Arbeitsplatz oder unter geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen (dazu z. B.: BAG, Urteil vom 08.10.2004, 8 AZR 391/03, ZIP 2005, 412) gab. Zwar hat die Klägerin, indem sie in der mündlichen Verhandlung erläutert hat, bereit zu sein, als Verkäuferin in den Filialen der Be-

klagen in E., N., F. oder E. zu arbeiten, ihrer Einlassungspflicht im Rahmen der abgestuften Behauptungs- und Beweislast (vgl. BAG, Urteil vom 21.09.2000, 2 AZR 385/99, ZIP 2001, 388, Stahlhacke/Preis, a. a. O., Rz. 1036, KR/Etzel, § 1 KSchG Rz. 558, HzA/Isenhardt, Gruppe 5, Rz. 552) genügt. Die Zeugin I. hat unter Hinweis auf Nachfragen beim Verbundpersonalleiter und die konzernweite Intranet-Stellenbörse jedoch bekundet, dass es keine freien Stellen gegeben habe. Die Aussage ist glaubhaft: Die Zeugin hat lebensnah und widerspruchsfrei die damalige Personalsituation geschildert. Sie ist glaubwürdig. Der Umstand, dass sie im Arbeitsverhältnis zur Beklagten steht und Personalmaßnahmen anlässlich der Ausgliederung der kleinen Filialen mitverantwortlich bearbeitete, kann zwar ihr Interesse an einem für die Beklagte günstigen Ausgang des Rechtsstreits begründen. Sie hat sich jedoch, wie ihr offenes Aussageverhalten gezeigt hat, von einem solchen Interesse jedoch nicht ersichtlich zu einer unwahren Aussage verleiten lassen.

Schließlich ist die Behauptung der Klägerin, dass auch von weiteren Filialen Arbeitnehmer gesucht und entsprechende Aushilfskräfte eingestellt worden seien, nicht zielführend. Mit dem Einsatz von Aushilfskräften legt die Klägerin keinen freien Dauerarbeitsplatz dar. Nur ein solcher Arbeitsplatz, wenn vor bzw. bei der Kündigung vorhanden oder absehbar, ergäbe eine gegenüber der Kündigung vorrangige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Die normale Fluktuation muss der Arbeitgeber bei der Prüfung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anlässlich der Kündigung nicht berücksichtigen, weil er andernfalls zur Vorhaltung einer Personalreserve gezwungen würde, die das Gesetz nicht von ihm verlangt (vgl. BAG, Urteil vom 15.08.2002, 2 AZR 195/01, NZA 2003, 430 = AP Nr. 241 zu § 613 a BGB).

III. Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 91 Abs. 1 ZPO die Beklagte zu tragen.

Die Kammer hat dem vorliegenden Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung beigemessen, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, und daher die Revision für die Beklagte zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

REVISION

eingelegt werden.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1,
99084 Erfurt,
Fax: (0361) 2636 - 2000**

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils

schriftlich zu begründen.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Plüm

Jansen

Crepaz-Ruhr