
Datum: 31.03.2010
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Sa 53/10
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2010:0331.3SA53.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Hagen, 3 Ca 1523/09

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 09.12.2009 – 3 Ca 1523/09 – teilweise abgeändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 09.12.2009 – 3 Ca 1523/09 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand :

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch um einen Anspruch des Klägers auf
Gewährung eines Nachteilsausgleichs aus § 113 Abs. 3 BetrVG.

Der 1966 geborene, ledige und einem Kind gegenüber zum Unterhalt verpflichtete Kläger war
seit dem 13.11.2000 als Bodenlegerhelfer bei der Beklagten beschäftigt.

Grundlage der Beschäftigung war zuletzt ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 19./21.12.2000.

Der Kläger hatte zuletzt einen Stundenlohn von 11,- € brutto bei einer regelmäßigen
wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden.

1

2

3

4

5

6

Die Beklagte betreibt ein Unternehmen, das sich mit dem Verkauf und der Verlegung von Bodenbelägen und Doppelböden sowie Hohlraumböden befasst.	
Sie beschäftigte in der Vergangenheit regelmäßig 20 eigene Arbeitnehmer, davon 11 gewerbliche Arbeitnehmer.	7
In der Zeit vom 03.11.2008 bis zum 15.09.2009 war darüber hinaus eine Leiharbeitnehmerin bei der Beklagten eingesetzt.	8
Bei der Beklagten besteht ein Betriebsrat.	9
Mit Schreiben vom 28.05.2009, das dem Kläger unter dem 28.05.2009 zuing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen zum 30.09.2009.	10
Die Kündigung des Klägers war eine von insgesamt elf Kündigungen.	11
Einen Interessenausgleich hatte die Beklagte vor Ausspruch der Kündigungen mit dem Betriebsrat nicht versucht.	12
Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit der unter dem 16.06.2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gewandt.	13
Er hat die Kündigung für unwirksam gehalten, da zum Einen eine Anzeige nach § 17 KSchG nicht erfolgt sei.	14
Eine ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrates bei der Massenentlassung hat der Kläger mit Nichtwissen bestritten.	15
Ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung sei nicht gegeben.	16
Jedenfalls aber, so hat der Kläger die Auffassung vertreten, bestehe ein Anspruch auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG, weil die Beklagte eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG durchgeführt habe, ohne einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben.	17
Es habe eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 S.3 Nr. 1 gegeben.	18
Auch sei der Anwendungsbereich der §§ 111 BetrVG eröffnet, da für den Schwellenwert auch Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen seien.	19
Angemessen sei seiner Meinung nach ein Nachteilsausgleich in Höhe eines Monatseinkommens pro Beschäftigungsjahr.	20
Der Kläger hat beantragt,	21
1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28.05.2009 nicht beendet wird,	22
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Bodenlegerhelfer weiterzubeschäftigen,	23
3. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an ihn gemäß § 113BetrVG einen Nachteilsausgleich zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird,	24

jedoch 17.000,- € nicht unterschreiten sollte.

Die Beklagte hat beantragt,	25
die Klage abzuweisen.	26
Sie hat zum Einen die Kündigung auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung vom 19.05.2009, ab dem 01.10.2009 alle anfallenden Montageleistungen nicht mehr durch eigenes Personal durchführen zu lassen, für wirksam erachtet.	27
Daher habe sie allen elf Bodenlegern und Parkettlegern gekündigt.	28
Eine Sozialauswahl sei daher entbehrlich gewesen.	29
Vor Ausspruch der Kündigung habe sie den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört.	30
Eine Anzeige nach § 17 KSchG sei entbehrlich gewesen, da sie nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt habe.	31
Ein Nachteilsausgleichsanspruch scheide zum Anderen gleichfalls wegen der Beschäftigung von lediglich 20 eigenen Arbeitnehmern in der Vergangenheit aus; künftig ergebe sich ohnehin nur noch ein Personalbestand von 9 Arbeitnehmern.	32
Die bei ihr zum Zeitpunkt der Kündigung eingesetzte Leiharbeiterin sei bei der Ermittlung des Schwellenwertes im Sinne des § 111 BetrVG nicht zu berücksichtigen; Leiharbeiter seien zwar unter bestimmten Voraussetzungen wahlberechtigt, die Leiharbeiterin sei aber keine Arbeitnehmerin, die zu ihr in einem Vertragsverhältnis stehe. Das Vertragsverhältnis bestehe ausschließlich zwischen dem Entleiher und der Leiharbeiterin.	33
Die Rechtsprechung des BAG zu § 9 BetrVG, dass Leiharbeiter bei der Ermittlung des Schwellenwertes nicht mitzuzählen seien, sei auf die Norm des § 111 BetrVG ohne Weiteres übertragbar, da der Wortlaut „wahlberechtigte Arbeitnehmer“ identisch sei. Betriebsangehörige Arbeitnehmer seien danach nur solche Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen.	34
Wenn sich allenfalls die Frage stelle, ob sich mit einer Gesetzesänderung im AÜG, nach der die Höchstüberlassungsdauer weggefallen sei, eine andere Betrachtung ergebe, gelte dies nicht für den vorliegenden Fall, dass die Leiharbeiterin nur vorübergehend beschäftigt gewesen sei. Hintergrund der Beschäftigung sei die Absicht gewesen, die Buchhaltung auf ein Wirtschaftsprüfungsbüro zu übertragen und die Buchführung zum Zwecke der Übernahme aufzubereiten. Der ursprünglich angedachte Zeitrahmen bis Februar 2009 sei dabei wegen eines Kontenklärungs- und Umstellungsbedarfs überschritten worden.	35
Ohnehin sei ein Arbeitsgericht ihrer Meinung nach nicht befugt, von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers abzugehen, Leiharbeitnehmern zwar unter bestimmten Voraussetzungen das Wahlrecht einzuräumen, sie aber im Übrigen nicht zu berücksichtigen. Hätte der Gesetzgeber daher beabsichtigt, Leiharbeiter bei der Berücksichtigung von Schwellenwerten zu berücksichtigen, hätte er sich nicht darauf beschränken dürfen, ihnen lediglich ein aktives Wahlrecht einzuräumen.	36
§ 113 BetrVG habe zudem Sanktionscharakter. Schon aus Vertrauensgesichtspunkten müsse ein Nachteilsausgleichsanspruch versagt werden. Ihr Verhalten sei unter	37

Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern nicht sanktionswürdig.

Mit Urteil vom 09.12.2009 hat das Arbeitsgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger einen Nachteilsausgleich in Höhe von 5.715,60 € zu zahlen und im Übrigen die Klage abgewiesen. 38

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kündigungsschutzantrag habe keinen Erfolg, da die Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet habe. Es liege ein dringendes betriebliches Erfordernis vor, da der Beschäftigungsbedarf für den Kläger durch eine Organisationsentscheidung der Beklagten entfallen sei, ein Verstoß gegen § 102 Abs.1 S.3 BetrVG nicht gegeben sei und es einer Anzeige nach § 17 KSchG wegen der Beschäftigung von nur 20 eigenen Arbeitnehmern nicht bedurft habe. 39

Einer Entscheidung über den als uneigentlichen Hilfsantrag gestellten Weiterbeschäftigungsantrag habe es daher nicht bedurft. 40

Die Klage sei allerdings mit dem Hilfsantrag begründet. 41

Die Vorschrift des § 111 BetrVG komme zur Anwendung, weil die Bestimmung auf wahlberechtigte Arbeitnehmer abstelle, wahlberechtigt aber auch solche Arbeitnehmer seien, die als Leiharbeiter im Sinne des § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigt seien. Eine Entscheidung des BAG zu § 9 BetrVG stehe nicht entgegen, die dort getroffene Feststellung beschränke sich auf den Anwendungsbereich dieser Vorschrift, im Rahmen des § 111 BetrVG sei jedoch der Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen; Klein- und Kleinstbetriebe sollten damit vor den wirtschaftlichen Folgen einer Betriebsänderung geschützt werden. 42

Unbeachtlich sei dabei, dass künftig auf keinen Fall die Beschäftigtenzahl des § 111 BetrVG erreicht werde, da eine künftige Verkleinerung, die sich gerade aus der geplanten Betriebsänderung ergebe, nicht maßgeblich sei. 43

Ebenso sei unbedeutend, dass die Beklagte auf eine nach ihrem Vortrag lediglich vorübergehend angelegte Tätigkeit der Leiharbeiterin verweise. Es seien solche Arbeitnehmer mitzuzählen, die regelmäßig im Jahr für einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten beschäftigt würden. 44

Es liege auch eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG vor. 45

Bei der Bemessung der Höhe sei jedoch zu berücksichtigen, in welcher Schwere die Beklagte gegen ihre Verpflichtung zum Abschluss eines Nachteilsausgleichs verstoßen habe; insoweit habe sich die Beklagte zumindest vordergründig auf die Entscheidung des BAG vom 16.04.2003 zurückziehen können. Für angemessen sei danach ein Betrag in Höhe von 1/3 Monatseinkommen pro Beschäftigungsjahr zu erachten. 46

Gegen das ihr unter dem 28.12.2009 zugestellte Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe im Übrigen Bezug genommen wird, hat die Beklagte unter dem 13.01.2010 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese unter dem 21.12.2009 begründet. 47

Der Kläger hat seinerseits gegen das ihm unter dem 28.12.2009 zugestellte Urteil unter dem 19.01.2010 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese unter dem 28.01.2010 begründet. 48

Er verfolgt mit seiner Berufung lediglich die Verurteilung der Beklagten zu einem höheren Nachteilsausgleich. 49

Die Beklagte verbleibt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens bei ihrer Auffassung, des Versuchs eines Interessenausgleichs habe es nicht bedurft, da der Schwellenwert des § 111 BetrVG sei nicht erreicht sei.	50
Soweit das Arbeitsgericht darauf abstelle, der Schwellenwert beziehe sich nunmehr auf das Unternehmen statt den Betrieb, könne dies nicht begründen, warum plötzlich Leiharbeitnehmer mitzählen sollten. Zudem sei bei der Auslegung vorrangig auf den Wortlaut der Norm abzustellen.	51
Letztlich habe die Vereinbarung eines Interessenausgleichs auf Leiharbeitnehmer keine unmittelbaren Folgen.	52
Hinsichtlich der Höhe eines eventuellen Anspruchs sei richtigerweise auch der Grad der Zuwiderhandlung gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichte zu berücksichtigen, § 113 BetrVG habe Sanktionscharakter. Schon aus Vertrauensgesichtspunkten müsse ein Nachteilsausgleichsanspruch versagt werden, bereits die vom Arbeitsgericht herangezogene „Drittelregelung“ sei übersetzt.	53
Die Beklagte beantragt,	54
1. das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 09.12.2009 abzuändern, soweit es der Klage stattgegeben hat und die Klage insgesamt abzuweisen,	55
2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	56
Der Kläger beantragt,	57
1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,	58
2. das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 09.12.2009 wie folgt abzuändern:	59
Die Beklagte wird verurteilt, an ihn einen Nachteilsausgleich zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch nicht unter 11.431,20 €.	60
Richtigerweise habe das Arbeitsgericht ihm einen Nachteilsausgleichsanspruch zuerkannt, da die Beschäftigung der Leiharbeiterin den Anwendungsbereich des § 111 BetrVG eröffne.	61
Für das Verständnis des § 111 BetrVG sei zunächst vom Wortlaut auszugehen, der auf „wahlberechtigte“ Arbeitnehmer abstelle, wer wahlberechtigt sei, ergebe sich aus § 7 Satz 2 BetrVG.	62
Der vom BAG im Beschluss vom 16.04.2003 angesprochene Sinn und Zweck des § 9 BetrVG unterscheide sich maßgeblich vom Sinn und Zweck des § 111 BetrVG.	63
Gestützt werde das Ergebnis des Arbeitsgerichts zudem aus dem Schutzzweck der Norm. Die Schwellengröße diene dazu, Klein- und Kleinstbetriebe vor den wirtschaftlichen Folgen einer Betriebsänderung zu schützen. Sei entscheidendes Kriterium die aus der Betriebsgröße abzuleitende Wirtschaftsmacht, verdiene der Arbeitgeber keinen gesteigerten Schutz, der seinen wirtschaftlichen Zweck unter Zuhilfenahme von mehr als zwanzig Arbeitnehmern erfülle.	64

Mit Nichtwissen bestreitet der Kläger die Absicht der Beklagten, die Leiharbeiterin ursprünglich nur bis Februar 2009 beschäftigen zu wollen

Das Arbeitsgericht habe allerdings fehlerhaft bei der Berücksichtigung der Frage der Angemessenheit lediglich einen Betrag in Höhe eines Drittels eines Monatseinkommens pro Beschäftigungsjahr zugrunde gelegt, es sei jedoch von einem Betrag in Höhe von wenigstens zwei Drittel pro Beschäftigungsjahr auszugehen. 66

Dabei solle nicht verkannt werde, dass eine scheinbare Nachvollziehbarkeit der Nichteinbeziehung der beschäftigten Leiharbeiterin auf Grund des Urteils des BAG vom 16.04.2003 gegeben sei. Bei zutreffender Bewertung der Rechtslage sei jedoch erkennbar gewesen, dass diese zu berücksichtigen sei. Nicht zu verkennen seien auch seine Betriebszugehörigkeit, seine Unterhaltspflicht und die Schwierigkeit, in seinem Alter eine neue Beschäftigung zu finden. Zudem habe auch schon der Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines Interessenausgleichs hingewiesen. 67

Hinsichtlich des Weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 68

Entscheidungsgründe : 69

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts ist begründet. 70

Demgegenüber ist die Berufung des Klägers gegen das arbeitsgerichtliche Urteil unbegründet. 71

A. 72

Durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufungen bestehen nicht. 73

Die Berufungen sind statthaft gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 2 b) ArbGG. 74

Die Berufungen sind auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, 75

§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 517 ff. ZPO. 76

B. 77

Begründet ist jedoch nur die Berufung der Beklagten. 78

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Gewährung eines Nachteilsausgleichs aus § 113 Abs. 3 BetrVG, da die Vorschriften der §§ 111 ff. BGB wegen Nichterreichens des Schwellenwertes aus § 111 S. 1 BetrVG nicht zur Anwendung kommen. 79

Der Kläger konnte daher schon aus diesem Grunde keinen höheren Nachteilsausgleich von der Beklagten verlangen, als ihm vom Arbeitsgericht zuerkannt worden ist. 80

I. 81

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung nach § 113 Abs. 3 BetrVG iVm. § 113 Abs. 1 BetrVG zu. 82

- 1) Nach § 113 Abs. 1 BetrVG ist die Möglichkeit der Klage mit dem Antrag, den Arbeitgeber zur Zahlung von Abfindungen zu verurteilen, für den Fall eröffnet, dass ein Unternehmer von einem Interessenausgleich über eine geplante Betriebsänderung ohne zwingenden Grund abweicht.
- Einen entsprechenden Anspruch gewährt § 113 Abs. 3 BetrVG, wenn der Unternehmer eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durchführt, ohne über sie überhaupt einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden. 84
- 2) Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, mit dem bei ihm bestehenden Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen mit dem Ziel des Abschlusses eines Interessenausgleichs zu beraten, besteht nach § 111 S. 1 BetrVG aber erst dann, wenn ein Unternehmen betroffen ist, in dem in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden. 85
- a) Das Erreichen des nach § 111 S. 1 BetrVG maßgeblichen Schwellenwertes ist nicht bereits deswegen zu verneinen, weil die Beklagte nach der vorgenommenen Betriebsänderung selbst unter Einbeziehung der Leiharbeiterinnen künftig deutlich weniger als 20 Personen beschäftigt. 86
- aa) Bei der Ermittlung der Zahl ist regelmäßig von dem Zeitpunkt auszugehen, in dem die Beteiligungsrechte eines Betriebsrates entstehen. Entscheidend ist dabei allerdings nicht, wie viele Arbeitnehmer zu dieser Zeit dem Unternehmen zufällig angehören; vielmehr ist auf die „normale“ Zahl der Beschäftigten abzustellen, maßgeblich ist die Personalstärke, die für das Unternehmen im allgemeinen kennzeichnend ist. Dies erfordert regelmäßig sowohl einen Rückblick, als auch eine Prognose (BAG 16.11.2004, EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 2). 87
- Entscheidend ist daher nicht die Anzahl der Beschäftigten innerhalb eines bestimmten Zeitraumes, sondern die normale Beschäftigtenzahl als diejenige Personalstärke, die für das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist (BAG 07.05.2008, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 4; BAG 22.02.1983, EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 54). 88
- Gehört zur Betriebsänderung allerdings eine Verringerung der Belegschaft, so liegt gerade hierin der Nachteil, der die in den §§ 111 ff. BetrVG vorgesehenen Beteiligungsrechte auslösen soll. Der fragliche Personalabbau kann daher nicht zugleich die Anwendung der genannten Vorschriften ausschließen, nur weil durch ihn die erforderliche Arbeitnehmerzahl unterschritten wird. In einem solchen Fall kommt daher lediglich ein Rückblick auf die bisherige regelmäßige Belegschaftsstärke in Betracht (beispielsweise BAG 10.12.1996, EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 33). 89
- bb) Unter Berücksichtigung dieser Kriterien beschäftigte die Beklagte „in der Regel“ 20 eigene Arbeitnehmer, sodass unter Einbeziehung der in Rede stehenden Leiharbeiterinnen der Schwellenwert von mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern überschritten wäre, wenn die Leiharbeiterinnen für die Berechnung einzubeziehen ist. 90
- b) Die vorübergehend von der Beklagten beschäftigte Leiharbeiterin ist nach Auffassung der Kammer nicht bei der Berechnung des Schwellenwertes nach § 111 S. 1 BetrVG zu berücksichtigen. 91
- aa) Ausgangspunkt der Betrachtung hat der Umstand zu sein, dass der Gesetzgeber in § 111 S. 1 BetrVG nicht nur von „Wahlberechtigten“, sondern von „wahlberechtigten“ 92

Arbeitnehmern" spricht.

Allein mit der Annahme einer Wahlberechtigung im Sinne des § 7 S. 2 BetrVG ist daher noch keine Aussage darüber getroffen, dass ein hiernach Wahlberechtigter auch „wahlberechtigter Arbeitnehmer" ist. 93

Immerhin bleibt nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung auslegungsfähig, ob es sich um Arbeitnehmer des Unternehmens im Sinne des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zu dem Unternehmer handeln muss, oder ob sich der Begriff des Arbeitnehmers auch auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu einem anderen Arbeitgeber bezieht. 94

Den Begriff des wahlberechtigten Arbeitnehmers verwendet der Gesetzgeber auch in anderen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, wie in § 9, § 23 Abs. 1 BetrVG oder § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG. 95

bb) Gesetzliche Begriffe sind zunächst vom Wortlaut her auszulegen. Dabei ist der maßgebliche Sinn des Begriffs zu ermitteln. Auch sind der Wille des Gesetzgebers, der systematische Zusammenhang sowie Sinn und Zweck der Norm zu berücksichtigen (BAG 15.03.2000, EzA BGB § 196 Nr. 12). 96

Über den reinen Wortlaut sind der wirkliche Wille des Gesetzgebers und der von ihm beabsichtigte Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung mit zu berücksichtigen, allerdings nur dann, soweit sie in der gesetzlichen Bestimmung ausreichend Niederschlag gefunden haben. 97

cc) In der Literatur wird zuletzt weitgehend die Auffassung vertreten, Leiharbeitnehmer seien bei dem Schwellenwert des § 111 S. 1 BetrVG mitzuzählen, wenn sie die Wahlberechtigung haben (Däubler in DKK BetrVG, § 111, Rn. 25; Fitting, BetrVG, § 111 Rz. 25.; Hess/Schlochauer, § 111, Rn. 37; Thüsing, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 14, Rn. 182; GK-BetrVG/Oetker, § 111, Rn. 17, 15; Schüren, RdA 2004, 184). 98

Begründet wird die Einbeziehung dabei teilweise mit dem Sinn und Zweck des Schwellenwertes, kleine Unternehmen vor zu hoher finanzieller Belastung zu schützen, es für die Beurteilung der finanziellen Belastbarkeit eines Unternehmens aber keinen Unterschied mache, ob es sich um eigene oder ausgeliehene Arbeitnehmer handele. 99

Nach anderer Auffassung sollen Leiharbeitnehmer dann mitzuzählen sein, wenn sie auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden, „in der Regel" beschäftigt werden (Hamann in Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 14, Rn. 345). 100

Teilweise werden Unbehagen des entscheidenden Senats des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung zu § 9 BetrVG und der Frage der Einberechnung von Leiharbeitnehmern gesehen; jedenfalls müsse sich die Rechtsprechung künftig den rechtlichen und tatsächlichen Thesen stellen, die aus der veränderten Bewertung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts abgeleitet würden (Dörner, Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Helmut Wissmann, Seite 295). 101

dd) Sinn und Zweck des Schwellenwertes in § 111 S. 1 BetrVG können grundsätzlich dafür sprechen, Leiharbeitnehmer in die Berechnung des Schwellenwertes jedenfalls dann einzubeziehen, wenn ihnen die Wahlberechtigung aufgrund einer gewissen Einsatzzeit im Unternehmen zugebilligt wird. 102

Sinn und Zweck des Schwellenwertes ist es, Unternehmen unterhalb einer bestimmten Größenordnung vor den wirtschaftlichen Folgen und Belastungen zu schützen, die insbesondere mit dem Abschluss eines Sozialplanes verbunden sind.	103
Mit der Setzung eines Schwellenwertes hat der Gesetzgeber entschieden, ab welcher Unternehmensgröße seiner Auffassung nach eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in der Weise besteht, dass ein Unternehmen dem Erfordernis eines Abschlusses eines Sozialplanes mit den damit verbundenen Belastungen ausgesetzt wird.	104
Bei den Arbeitsplätzen, die von Leiharbeitnehmern ausgefüllt werden, handelt es sich regelmäßig um solche Arbeitsplätze, auf denen Personen eingesetzt werden, die dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterfallen.	105
Bei der Überprüfung einer auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Kündigung betrachtet die Rechtsprechung bei der Prüfung einer zumutbaren anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit auch solche Arbeitsplätze, auf denen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfenen Leiharbeitnehmer eingesetzt werden (s. beispielsweise LAG Hamm, 05.03.2007, 11 Sa 1338/06; 24.07.2007, 12 Sa 320/07; LAG Berlin, 03.03.2009, 12 Sa 2468/08).	106
Im Befristungsrecht sieht das Bundesarbeitsgericht (30.10.2008, 8 AZR 855/07) den sachlichen Grund eines vorübergehenden Bedarfs dann nicht als gegeben an, wenn der Arbeitgeber lediglich beabsichtigt, Arbeitsplätze künftig mit Leiharbeitnehmern zu besetzen.	107
Die Unzumutbarkeit einer Beschäftigung eines Jugend- und Auszubildendenvertreters sieht die Rechtsprechung nicht als gegeben, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, Leiharbeitnehmer auf bestimmten Arbeitsplätzen einzusetzen; hierdurch werde weder die Anzahl der Arbeitsplätze, noch die Arbeitsmenge verändert (vgl. BAG 16.07.2008, 7 ABR 13/07; BAG 25.02.2009, 7 ABR 61/07).	108
Abgestellt wird in diesen Entscheidungen im Wesentlichen auf das Vorhandensein von Arbeitsplätzen, auf denen Personen eingesetzt werden, die dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegen.	109
Kommt es aber auch nach dem bisherigen Verständnis des § 111 S. 1 BetrVG auf die Zahl der regelmäßig vorhandenen Arbeitsplätze an und wird auch der Platz, der von einem Leiharbeitnehmer besetzt ist, als Arbeitsplatz betrachtet, sprechen Sinn und Zweck der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmung dafür, Leiharbeitnehmer jedenfalls dann einzubeziehen, wenn sie in einem bestimmten Umfang im Betrieb eingesetzt werden.	110
Setzt aber ein Unternehmer im Bereich seines Weisungsrechts Arbeitnehmer ein, ist eine eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Unternehmens, die der Gesetzgeber pauschal bei Unterschreiten einer bestimmten Zahl von Arbeitnehmern als gegeben ansieht, ihm nicht mehr zuzubilligen.	111
Darüber hinaus ist bei dem Sinn und Zweck der §§ 111 ff. BetrVG zu berücksichtigen, dass gerade auch bei Interessenausgleichsverhandlungen es von wesentlicher Bedeutung sein kann, ob Stammarbeitsplätze abgebaut werden sollen, wenn gleichzeitig Leiharbeitnehmer im Betrieb auf entsprechenden Arbeitsplätzen eingesetzt werden.	112

Auch für die eigene Belegschaft spielt es daher regelmäßig eine erhebliche Rolle, ob ihre Entlassung durch Beschränkung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern vermieden werden kann. Auch dieser Umstand spricht dafür, alle Arbeitsplätze in den Schwellenwert einzurechnen, auf denen im Bereich des Weisungsrechtes des Arbeitgebers gearbeitet wird.	
Dem steht nicht entgegen, dass es andererseits regelmäßig bei Sozialplänen ausgeschlossen sein wird, Leiharbeitnehmer mit Ausgleichszahlungen zu bedenken, weil diese weiterhin in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen.	114
ee) An der Einbeziehung von Leiharbeitnehmern sieht sich die Kammer allerdings anhand des Verständnisses des Wortlauts „wahlberechtigter Arbeitnehmer“ gehindert, wie ihn das Bundesarbeitsgericht dem Begriff beilegt.	115
Bereits zu § 9 BetrVG in der ab dem 28.07.2001 geltenden Fassung geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, Leiharbeitnehmer würden nicht zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern des Entleihers, dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift in § 7 S. 2 BetrVG. Aus dieser Vorschrift sei zu entnehmen, dass die überlassenen Arbeitnehmer gerade keine Arbeitnehmer des Betriebes seien. Mit der Einräumung des aktiven Wahlrechtes im Entleiherbetrieb sei die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer unverändert geblieben (BAG 16.04.2003, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 1).	116
Hieran hat das Bundesarbeitsgericht nachfolgend festgehalten (BAG 10.03.2004, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 2).	117
Auch zu § 38 BetrVG, in dem allerdings lediglich von „Arbeitnehmern“ die Rede ist, geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass Leiharbeitnehmer keine Arbeitnehmer des Betriebes seien (BAG 22.10.2003, EzA BetrVG 2001 § 38 Nr. 2).	118
Wird in unterschiedlichen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes ein identischer Wortlaut gewählt, ist es nach Auffassung der Kammer ausgeschlossen, den Wortlaut unterschiedlich je nach Bestimmung zu verstehen. Dem Wortlaut kann nur eine einheitliche Bedeutung in allen maßgeblichen Vorschriften beigemessen werden.	119
Ebenso verbietet es sich nach Auffassung der Kammer, den Wortlaut nunmehr aufgrund zwischenzeitlicher Änderungen im AÜG anders zu verstehen, da auch weiterhin Leiharbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen.	120
3) War daher die bei der Beklagten eingesetzte Leiharbeitnehmerin für die Berechnung des Schwellenwertes gar nicht zu berücksichtigen, kam es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr darauf an, ob sie aufgrund der Zeitdauer ihres Einsatzes bereits als „in der Regel“ beschäftigte Arbeitnehmerin anzusehen gewesen wäre.	121
II.	122
Da dem Kläger somit ein Anspruch auf Gewährung eines Nachteilsausgleichs gar nicht zur Seite steht, musste seine Berufung zurückgewiesen werden, mit der lediglich die Erhöhung des Betrages begehrt wird, den das Arbeitsgericht als Nachteilsausgleich ausgeworfen hat.	123
C.	124
Als in vollem Umfang nunmehr unterlegene Partei hat der Kläger die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen.	125

Da eine ausdrückliche obergerichtliche Entscheidung zur Berechnung des Schwellenwertes nach § 111 S. 1 BGB aussteht, war die Revision nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.
