Bundesarbeitsgericht 1. Senat	Urteil vom 18. Oktober 2011 - 1 AZR 336/10 -
I. Arbeitsgericht Hagen	Urteil vom 9. Dezember 2009 - 3 Ca 1546/09 -
II. Landesarbeitsgericht Hamm	Urteil vom 31. März 2010 - 3 Sa 54/10 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Interessenausgleich - Schwellenwert - Nachteilsausgleich

Gesetz:

BetrVG §§ 7, 9, 111, 113

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 1 AZR 335/10 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

1 AZR 336/10
3 Sa 54/10
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Oktober 2011

URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger
und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte
Revisionsbeklagte,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2011 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Brocker und Schuster für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 31. März 2010 - 3 Sa 54/10 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

   Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 9. Dezember 2009 - 3 Ca 1546/09 - teilweise abgeändert.

   a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 2.629,82 Euro brutto zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

   b) Die weitergehende Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

   c) Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat der Kläger 3/4 und die Beklagte 1/4, von den Kosten der Berufung hat der Kläger 3/10 und die Beklagte 7/10 zu tragen.

2. Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.

3. Der Kläger hat 3/10 und die Beklagte 7/10 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zahlung eines Nachteilsausgleichs. 1

Der Kläger ist Bodenlegerhelfer. Er war bei der Beklagten, die ein Unternehmen betreibt, das sich mit dem Verkauf und dem Verlegen von Bodenbelägen befasst, seit Mai 2001 zu einem Stundenlohn von zuletzt 13,00 Euro brutto bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden angestellt. 2

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Beklagte beschäftigte bis Mai 2009 regelmäßig 20 eigene Arbeitnehmer. In der Zeit vom 3. November 2008 bis zum 15. September 2009 war bei ihr darüber hinaus eine Leiharbeitnehmerin eingesetzt. 3

Ende Mai 2009 kündigte die Beklagte den Kläger sowie zehn weitere Arbeitnehmer zum 30. September 2009 aus betriebsbedingten Gründen. Zuvor hatte sie den bei ihr gebildeten Betriebsrat über die beabsichtigten Kündigungen unterrichtet, den Versuch eines Interessenausgleichs jedoch abgelehnt. Die Kündigungsschutzklage des Klägers wurde durch das Arbeitsgericht rechtskräftig abgewiesen. 4

Der Kläger hat geltend gemacht, ihm stehe gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG ein Nachteilsausgleich zu, weil die Beklagte aufgrund ihrer Unternehmensgröße einen Interessenausgleich hätte versuchen müssen. Bei der Berechnung der Abfindung seien zwei Drittel eines Bruttomonatsgehalts pro Beschäftigungsjahr in Ansatz zu bringen. 5

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 6

> die Beklagte zu verurteilen, ihm einen Nachteilsausgleich zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch nicht unter 12.767,00 Euro.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt, sie habe regelmäßig nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Leiharbeitnehmer seien bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl in § 111 Satz 1 BetrVG nicht zu berücksichtigen. Der geforderte Nachteilsausgleich sei zudem überhöht. 7

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von 6.383,50 Euro, was einem Drittel eines Bruttomonatsgehalts pro Beschäftigungsjahr entspricht, verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter. 8

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe

Die Revision ist überwiegend begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Nachteilsausgleich in Höhe von insgesamt 9.013,32 Euro. Die weitergehende Klage ist unbegründet. 9

I. Die Klage ist zulässig. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger brauchte die Höhe der von ihm geforderten Abfindung nicht konkret beziffern, sondern konnte sie in das Ermessen des Gerichts stellen. Nach § 113 Abs. 1 BetrVG gilt für die Bemessung der Höhe der Abfindung § 10 KSchG entsprechend. Innerhalb der dort festgelegten Höchstgrenzen entscheidet das Gericht nach billigem Ermessen. Dem Bestimmtheitserfordernis ist deshalb genügt, wenn - wie hier - die für die Bemessung der Abfindung maßgeblichen Umstände mitgeteilt werden *(BAG 9. November 2010 - 1 AZR 708/09 - Rn. 9, EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 6)*. 10

II. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung als Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG. Die Beklagte hat mit der Entlassung von elf Arbeitnehmern eine Betriebsänderung iSd. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG durchgeführt, ohne hierüber mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich versucht zu haben. 11

1. Nach § 111 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit ihm zu beraten. Gemäß § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG gilt die Einschränkung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen als Betriebsänderung iSd. Satzes 1. Eine Betriebseinschränkung kann dabei auch durch bloßen Personalabbau erfolgen, der die Zahlengrößen des § 17 Abs. 1 KSchG übersteigt *(BAG 9. November 2010 - 1 AZR 708/09 - Rn. 14, EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 6)*. Dazu müssen in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern 12

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

mehr als fünf Arbeitnehmer infolge der Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren.

2. Die Unterrichtungs- und Beratungspflicht des Arbeitgebers nach § 111 Satz 1 BetrVG besteht, wenn zum Zeitpunkt des Entstehens der Beteiligungsrechte des Betriebsrats in dem Unternehmen mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind. Im Falle der Betriebsstilllegung oder der Betriebseinschränkung ist der Zeitpunkt des entsprechenden Entschlusses des Arbeitgebers maßgebend *(vgl. BAG 16. November 2004 - 1 AZR 642/03 - zu I 1 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 58 = EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 2)*. Nachdem die Beklagte am 20. Mai 2009 den Betriebsrat zur Kündigung des Klägers und zehn weiterer Arbeitnehmer angehört hatte, ist für die Ermittlung der Unternehmensgröße von der Beschäftigtenzahl Mitte Mai 2009 auszugehen. Zu dieser Zeit beschäftigte die Beklagte in ihrem Unternehmen unstreitig 20 eigene Arbeitnehmer und eine Leiharbeitnehmerin. 13

3. Bei der Ermittlung des Schwellenwerts von 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern sind Leiharbeitnehmer, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, mitzuzählen, obwohl sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen. 14

a) Für ein solches Normverständnis spricht bereits der Wortlaut des § 111 Satz 1 BetrVG. Leiharbeitnehmer sind Arbeitnehmer und nach § 7 Satz 2 BetrVG im Betrieb des Entleihers wahlberechtigt, wenn sie dort länger als drei Monate eingesetzt werden. Dies legt nahe, diesen Personenkreis bei der Ermittlung des Schwellenwerts in § 111 Satz 1 BetrVG mitzuberücksichtigen *(in diesem Sinne auch Fitting 25. Aufl. § 111 Rn. 25; Oetker GK-BetrVG 9. Aufl. § 111 Rn. 26 mwN)*. 15

b) Rechtssystematisch ist allerdings zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts zu den betriebsverfassungsorganisatorischen Schwellenwerten des § 9 BetrVG Leiharbeitnehmer keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSd. § 9 BetrVG sind. Bei der Feststellung der Belegschaftsstärke im Sinne dieser Bestimmung seien nur be- 16

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

triebsangehörige Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und in dessen Betriebsorganisation eingegliedert sind, zu berücksichtigen. Diese Voraussetzungen erfüllten Leiharbeitnehmer nicht *(BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - zu B I 1 a aa der Gründe mwN, BAGE 110, 27)*.

c) Das zu § 9 BetrVG entwickelte Verständnis des Begriffs „wahlberechtigte Arbeitnehmer“ kann jedoch nicht ohne Berücksichtigung des jeweiligen Normzwecks auf andere Vorschriften, in denen dieser Begriff enthalten ist, übertragen werden. 17

aa) Zweck des § 9 BetrVG ist sicherzustellen, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer steht, deren Interessen und Rechte der Betriebsrat zu wahren hat. Nur für diese hat der Betriebsrat sämtliche nach dem Betriebsverfassungsgesetz bestehenden Mitbestimmungsrechte wahrzunehmen *(BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - zu B I 1 a bb der Gründe mwN, BAGE 110, 27)*. Demgegenüber bezweckt der Schwellenwert in § 111 Satz 1 BetrVG, kleinere Unternehmen vor einer finanziellen Überforderung durch Sozialpläne zu schützen *(dazu BAG 9. November 2010 - 1 AZR 708/09 - Rn. 18, EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 6)*. Mit ihm soll der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens Rechnung getragen werden. Diese hat der Gesetzgeber in § 111 Satz 1 BetrVG pauschalierend nach der Anzahl der im Unternehmen beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer bemessen, ohne dabei - wie etwa in § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG - nach dem Beschäftigungsumfang zu unterscheiden. 18

bb) Angesichts dieser unterschiedlichen Zwecke der Schwellenwerte in § 9 und § 111 BetrVG ist eine differenzierte Auslegung des Begriffs „wahlberechtigte Arbeitnehmer“ geboten. Bei einer am Schutz vor finanzieller Überforderung kleinerer Unternehmen orientierten Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals in § 111 Satz 1 BetrVG ist zu berücksichtigen, dass Leiharbeitnehmer wie betriebsangehörige Arbeitnehmer Arbeitsplätze besetzen und dem Weisungsrecht des Entleihers unterliegen. Dieser zahlt den Leiharbeitnehmern zwar kein Arbeitsentgelt, er hat jedoch dem Verleihunternehmen das vereinbarte Entgelt für die jeweilige Arbeitnehmerüberlassung zu entrichten. Auch insoweit entste- 19

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

hen dem Arbeitgeber daher personenbezogene Personalkosten. Für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens macht es deshalb keinen Unterschied, ob die Arbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmern oder Leiharbeitnehmern besetzt sind. Maßgeblich ist allein die „Kopfzahl“ der als Arbeitnehmer beschäftigten Personen. Der Zweck des Schwellenwerts in § 111 Satz 1 BetrVG steht deshalb einer Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke nicht entgegen. Er verlangt diese vielmehr, weil nur so sichergestellt wird, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und die Rechte der betriebsangehörigen Arbeitnehmer aus §§ 111, 112 BetrVG bei einem nach der gesetzlichen Wertung als ausreichend leistungsfähig anzusehenden Unternehmen in Anspruch genommen werden können *(ebenso im Ergebnis Fitting § 111 Rn. 25; Richardi/Annuß BetrVG 12. Aufl. § 111 Rn. 23 - sowie zu § 106 Rn. 11; Oetker GK-BetrVG § 111 Rn. 26; HSWGNR/Hess BetrVG 8. Aufl. § 111 Rn. 40; DKKW/Däubler 12. Aufl. § 111 Rn. 25; HWK/Hohenstatt/Willemsen 4. Aufl. § 111 BetrVG Rn. 14)*.

d) Leiharbeitnehmer sind bei der Ermittlung des Schwellenwerts in § 111 Satz 1 BetrVG allerdings nur zu berücksichtigen, wenn sie „wahlberechtigt“ sind. Erforderlich ist daher, dass sie entsprechend § 7 Satz 2 BetrVG länger als drei Monate in dem Betrieb eingesetzt sind. 20

4. Ebenso wie betriebsangehörige Arbeitnehmer sind Leiharbeitnehmer bei der Feststellung der Belegschaftsstärke nach § 111 Satz 1 BetrVG auch nur mitzuzählen, wenn sie zu den „in der Regel“ Beschäftigten gehören. Maßgeblich ist damit die Personalstärke, die für das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist, und nicht, wie viele Arbeitnehmer dem Unternehmen im Zeitpunkt der Entscheidung über die Betriebsänderung zufällig angehören. Die Feststellung der maßgeblichen Unternehmensgröße erfordert regelmäßig sowohl einen Rückblick als auch eine Prognose. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, dh. länger als sechs Monate beschäftigt werden 21

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

(BAG 16. November 2004 - 1 AZR 642/03 - zu I 3 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 58 = EzA BetrVG 2001 § 111 Nr. 2).

5. Nach diesen Grundsätzen beschäftigte die Beklagte zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung, elf Arbeitnehmern zu kündigen, mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die neben den 20 betriebsangehörigen Beschäftigten vom 3. November 2008 bis zum 15. September 2009 bei der Beklagten eingesetzte Leiharbeitnehmerin nicht mitgezählt. Diese war eine wahlberechtigte Arbeitnehmerin iSd. § 111 Satz 1 BetrVG. Dass sie nach dem - vom Kläger bestrittenen - Vortrag der Beklagten nur vorübergehend zur Aufarbeitung der Buchhaltung im Zuge der Fremdvergabe von Buchführungsaufgaben beschäftigt werden sollte, ist dabei unerheblich, denn sie war Mitte Mai 2009 bereits mehr als ein halbes Jahr bei der Beklagten tätig und ein Ende ihres Einsatzes war auch nach deren Darlegungen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Entlassung der elf Arbeitnehmer nicht konkret absehbar. Die betriebsbedingte Kündigung von elf Arbeitnehmern stellt eine Betriebsänderung iSd. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG dar. Hierdurch wurden die Zahlen- und Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG deutlich überschritten. Die Beklagte war deshalb auch verpflichtet, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu versuchen. 22

6. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist danach gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Es bedarf jedoch keiner Zurückverweisung an das Berufungsgericht, der Senat kann vielmehr gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Die für die Bemessung der Abfindungshöhe nach § 113 Abs. 1 Halbs. 2 BetrVG iVm. § 10 KSchG erforderlichen Tatsachen hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, weiterer Sachvortrag hierzu ist nicht zu erwarten. 23

a) Die Bemessung der Abfindungshöhe hat gemäß § 113 Abs. 1 Halbs. 2 BetrVG iVm. § 10 KSchG unter Berücksichtigung des Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit zu erfolgen. Bei der Ermessensentscheidung sind die Arbeitsmarktchancen und das Ausmaß des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens zu beachten *(BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 541/02 - zu B II 1 der Gründe,* 24

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BAGE 107, 91). Der Sanktionscharakter der Abfindung führt dazu, dass der Abfindungsanspruch nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit oder individuellen Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers abhängt *(Senat 20. November 2001 - 1 AZR 97/01 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 99, 377).*

b) Nach diesen Grundsätzen ist bei der Bemessung der Höhe der Abfindung von durchschnittlichen Arbeitsmarktchancen des zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betrieb der Beklagten 36 Jahre alten Klägers auszugehen. Für eine andere Bewertung gibt es keine Anhaltspunkte. Zu Lasten der Beklagten ist zu berücksichtigen, dass sie trotz Aufforderung durch den Betriebsrat keine Anstrengungen zum Abschluss eines Interessenausgleichs unternommen hat. Ihr ist dabei jedoch zugutezuhalten, dass die Rechtsfrage, ob Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke iSd. § 111 Satz 1 BetrVG mitzuzählen sind, zum Zeitpunkt ihrer unternehmerischen Entscheidung ungeklärt war. Unter Berücksichtigung dieser Umstände bemisst sich die dem Kläger zustehende Abfindung nach dem Regelwert von einem halben Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr. Bei einem Stundenlohn von 13,00 Euro brutto und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden ergibt sich ein durchschnittlicher Bruttomonatsverdienst iHv. 2.253,33 Euro. Unter Berücksichtigung von acht Beschäftigungsjahren beträgt die Abfindung damit insgesamt 9.013,32 Euro. 25

Schmidt Koch Linck

Brocker N. Schuster

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android JLaw – für iOS