



Quelle: <https://research.owlit.de/document/ab35d772-6314-32e9-988d-646dfdd85acb>

gespeichert: 22.11.2022, 12:07 Uhr

<b>Zeitschrift</b>	Der Betrieb
<b>Autor</b>	Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink  <i>Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink, Sprecher der Geschäftsführung der Vereinigung Bergischer Unternehmervverbände e.V. (VBU®), Wuppertal und Geschäftsführer Textilakademie NRW gGmbH; Honorarprofessor für Arbeits- und Sozialrecht an der Hochschule Niederrhein.</i>
<b>Rubrik</b>	Arbeitsrecht / Betriebsverfassungsrecht
<b>Referenz</b>	DB vom 08.08.2022, Heft 32, Seite 1897-1904, DB1412165
<b>Verlag</b>	Fachmedien Otto Schmidt

## Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Personalplanung und deren Umsetzung

– Heutige Einflussmöglichkeiten und angedachte Erweiterungen –

*Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink*

Die Personalplanung stellt Arbeitgeber derzeit aufgrund von Lieferschwierigkeiten, Unsicherheiten bei der Energieversorgung und aufgrund der digitalen Transformation vor große Herausforderungen. Vor diesem Hintergrund stellt sich für sie die Frage, welche Beteiligungsrechte des Betriebsrats sie bei der Personalplanung beachten müssen und ob ggf. bestehende Beteiligungsrechte sie in ihrer Entscheidungsfreiheit einschränken. Eine besondere Bedeutung gewinnen diese Überlegungen aufgrund einer vom DGB gewünschten umfassenden Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes. Der Beitrag stellt deshalb die gegenwärtigen Beteiligungsrechte eines Betriebsrats bei der Personalplanung und deren Umsetzung mit ihren betriebswirtschaftlichen Auswirkungen dar, analysiert in diesem Zusammenhang die wichtigsten Änderungswünsche und nimmt hierzu insb. aus verfassungsrechtlicher Sicht Stellung.

### Inhaltsübersicht

- I. Gegenstände des Beteiligungsrechts des Betriebsrats bei der Personalplanung
  1. Personalbedarfsplanung
  2. Personaldeckungsplanung
  3. Personalentwicklungsplanung
  4. Personaleinsatzplanung
  5. Nicht von der Beteiligung des Betriebsrats erfasste Bereiche
- II. Betriebswirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Beteiligungsrechte im BetrVG
  1. Informations- und Unterrichtsrechte
  2. Anhörungsrechte
  3. Beratungsrechte
  4. Widerspruchsrechte

5. Zustimmungsverweigerungsrechte
  6. Erzwingbare Mitbestimmungsrechte
- III. Derzeitiger Umfang der Beteiligungsrechte bei der Personalplanung
1. Unterrichtsrecht
    - a) Zeitpunkt und Umfang
    - b) Unterlagen
  2. Beratungsrecht
- IV. Derzeitige Beteiligungsrechte bei der Umsetzung der Personalplanung
1. Einstellung oder Versetzung
  2. Qualifizierung
  3. Personalabbau
- V. Reformüberlegungen des DGB
1. Personalplanung
  2. Umsetzung der Personalplanung
    - a) Einstellung und Versetzung
    - b) Qualifizierung
    - c) Personalabbau
- VI. Verfassungsrechtliche Beurteilung
- VII. Zusammenfassung

## I. Gegenstände des Beteiligungsrechts des Betriebsrats bei der Personalplanung

Das Gesetz räumt dem Betriebsrat insb. in § 92 BetrVG umfassende Beteiligungsrechte ein, wenn und soweit eine Personalplanung durchgeführt wird. Das Gesetz enthält keine Bestimmung des Begriffs der Personalplanung, sondern erwähnt in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mit der Planung des gegenwärtigen und künftigen Personalbedarfs, der Planung der sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und der Planung von Maßnahmen der Berufsbildung lediglich einzelne Bereiche der Personalplanung, wobei durch die Verwendung des Wortes „insb.“ deutlich gemacht wird, dass diese Aufzählung nicht abschließend sein soll.

In der Betriebswirtschaftslehre fallen hierunter Personalbedarfsplanung, Personalbeschaffungsplanung, Personalentwicklungsplanung, Personaleinsatzplanung, Personalabbauplanung, Personalentwicklung und Personalkostenplanung.<sup>1</sup> Welche Aspekte hiervon zu der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG zählen, muss insb. nach dem Zweck der Vorschrift ermittelt werden.<sup>2</sup> Dieser besteht darin, den Betriebsrat über solche Planungen im Personalbereich zu unterrichten, die u.a. zu konkreten beteiligungspflichtigen personellen Einzelmaßnahmen führen können. Er umfasst demnach jede Planung, die sich auf den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf in quantitativer und qualitativer Hinsicht und dessen Deckung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht bezieht. Angesprochen ist der abstrakte Einsatz der personellen Kapazität im weitesten Sinn.<sup>3</sup> Betroffen sind daher die Kategorien der Personalbedarfsplanung, der Personaldeckungsplanung, der Personalentwicklungsplanung und der Personaleinsatzplanung.<sup>4</sup> Für die konkrete Umsetzung der Personalplanung sind dann weitere Beteiligungsrechte zu berücksichtigen, die bei der Planung vom Arbeitgeber strategisch schon immer mitgedacht werden sollten.<sup>5</sup>

### 1. Personalbedarfsplanung

Mit der Planung des gegenwärtigen und künftigen Personalbedarfs in quantitativer und qualitativer Hinsicht ist die Personalbedarfsplanung angesprochen.<sup>6</sup> Der Personalbedarf kann nur bestimmt werden, wenn der geplante Personalbestand, der bestehende Personalbestand und die im Planungszeitraum zu erwartenden Änderungen des Personalbestandes und der personellen Zusammensetzung feststehen. Ergibt sich hieraus, dass zu viel Personal vorhanden ist, muss überlegt werden, welche Stellen wegfallen und wie der Abbau erfolgen soll. Wird Personal benötigt, müssen Anforderungsprofile und Stellenbeschreibungen für die zu besetzenden Arbeitsplätze erstellt werden.<sup>7</sup>

## 2. Personaldeckungsplanung

Wenn ein Bedarf an Arbeitnehmern ermittelt wurde, muss geplant werden, wie dieser gedeckt werden kann. Dies geschieht im Rahmen der Personaldeckungsplanung.<sup>8</sup> Vorrangig wird dies durch Einstellungen geschehen. Insbesondere in der gegenwärtigen Zeit des Fachkräftemangels werden sich Unternehmen aber auch mit externen Beschaffungsmaßnahmen und damit insb. mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern oder freien Mitarbeitern im Rahmen eines Dienstvertrags beschäftigen. Auch dies fällt unter die Personalplanung.<sup>9</sup> Das Gesetz hat in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die geplante Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, ausdrücklich in das Beteiligungsrecht des Betriebsrats einbezogen. Unter die Personaldeckungsplanung fällt allerdings nicht nur der Aufbau von Personal, sondern auch dessen Abbau.<sup>10</sup> Ergibt sich aus der Personalbedarfsplanung, dass zu viel Personal vorhanden ist, muss überlegt werden, welche Stellen wegfallen und wie der Abbau erfolgen soll. Zu denken ist insoweit u.a. an den Auslauf von Befristun-

DB 32/2022 S. 1898

>>

gen, Angebote von Altersteilzeit oder Beendigungen durch Kündigungen und Aufhebungsverträge.<sup>11</sup>

## 3. Personalentwicklungsplanung

Ein festgestellter Personalbedarf muss nicht in jedem Fall durch Neueinstellungen gedeckt werden. Denkbar ist auch, bereits vorhandenes Personal zu qualifizieren, damit dieses den neuen Aufgaben, die sich für das Unternehmen stellen, gewachsen ist. Dies ist insb. bei der derzeitigen digitalen Transformation von Bedeutung. In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass § 96 Abs. 1 Satz 1 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen der betrieblichen Personalplanung und in Zusammenarbeit mit den für die Berufsbildung und den für die Förderung der Berufsbildung zuständigen Stellen aufgibt, die Berufsbildung der Arbeitnehmer zu fördern.

## 4. Personaleinsatzplanung

Im Rahmen der Personaleinsatzplanung wird schließlich geplant, wie der angedachte Personalbedarf zeitlich und qualitativ in den Betriebsablauf eingeordnet wird.<sup>12</sup>

## 5. Nicht von der Beteiligung des Betriebsrats erfasste Bereiche

Die Personalkontrollplanung und die Personalkostenplanung gehören ebenso wie die Planung der Personalorganisation nicht zur Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG und lösen deshalb keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus.

Bei der Kontrollplanung geht es allein um die Planung einer Erfolgskontrolle. Bedenkt man, dass es Zweck der Vorschrift ist, den Betriebsrat über solche Planungen im Personalbereich zu unterrichten, die zu konkreten beteiligungspflichtigen personellen Einzelmaßnahmen oder zu Beteiligungsrechten im Zusammenhang mit Bildungsmaßnahmen führen können, spricht dies gegen eine Einbeziehung der Kontrollplanung in die Personalplanung.<sup>13</sup> Solche konkreten personellen Einzelmaßnahmen, die ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats auslösen können, ergeben sich aus ihr nicht.<sup>14</sup>

Gleiches gilt aufgrund des genannten Zwecks des § 92 BetrVG für die Personalkostenplanung zumindest dann, wenn sie keine weiteren strukturellen Überlegungen nach sich zieht.<sup>15</sup> Das BAG hat die Rechtsfrage offengelassen und Unterlagen zur „Steuerung der betrieblichen Kennzahlen der Bereichs-Soll-Entgeltgruppenschnittschnitte“ sowie zu den „Musterbetrieben“ mangels Bezugs zur Personalplanung erst gar nicht der Personalkostenplanung zugerechnet.<sup>16</sup>

## II. Betriebswirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Beteiligungsrechte im BetrVG

Bevor die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Personalplanung und deren Umsetzung dargestellt werden, muss auf deren unterschiedliche betriebswirtschaftliche Bedeutung eingegangen werden, da diese für den Arbeitgeber bei strategischen Überlegungen eine wesentliche Rolle spielen müssen.

Das BetrVG räumt einem Betriebsrat unterschiedliche Beteiligungsrechte ein. Dabei sind die Beteiligungsrechte jew. hinsichtlich ihrer Intensität unterschiedlich ausgestaltet. Im Einzelnen sind zu unterscheiden: Informations- und Unterrichtsrechte, Anhörungsrechte, Beratungsrechte, Vorschlagsrechte, Widerspruchsrechte, Zustimmungsverweigerungsrechte und (erzwingbare) Mitbestimmungsrechte, die regelmäßig mit Initiativrechten des Betriebsrats verbunden sind.<sup>17</sup> Eine Erweiterung der Beteiligung des Betriebsrats ist in Grenzen durch freiwillige Betriebsvereinbarung, Regelungsabrede oder Tarifvertrag zwar möglich, aus Sicht eines Arbeitgebers aber wenig sinnvoll.<sup>18</sup>

Oftmals nicht ausreichend berücksichtigt werden die ökonomischen Folgen, die Rechtsnormen bzw. die Änderungen von Rechtsnormen haben.<sup>19</sup> Diese finanziellen Auswirkungen sind aber bei den einzelnen Beteiligungsrechten des Betriebsrats mit zu berücksichtigen. Gerade sie sind es auch, die bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der vom DGB angedachten Änderungen des BetrVG eine wichtige Rolle spielen, da jegliches Beteiligungsrecht in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers eingreift.<sup>20</sup> Die finanziellen Folgen der unterschiedlichen Beteiligungsrechte sind sehr unterschiedlich. Zum einen verzögern sie in unterschiedlichem Umfang die Umsetzung der Planung und führen dadurch insb. zu nicht eingeplanten Personalkosten („Verzögerungskosten“). Zum anderen entstehen durch die Wahrung der Beteiligungsrechte selbst für den Arbeitgeber Kosten in unterschiedlicher Höhe, wenn man z.B. an die nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragenden Kosten für die Einschaltung von Sachverständigen, die Beauftragung von Rechtsanwälten oder die nach § 76 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten einer Einigungsstelle denkt („Beteiligungskosten“).

Insoweit kann nicht argumentiert werden, ein Betriebsrat werde die Möglichkeiten, die ihm die einzelnen gesetzlichen Beteiligungsrechte bieten, insb. dann nicht in vollem Umfang nutzen, wenn dies für das Unternehmen erhebliche finanzielle Nachteile hat. Bei der ökonomischen Analyse der unterschiedlichen Beteiligungsrechte muss – wie bei jeder ökonomischen Analyse von Rechtsnormen – davon ausgegangen werden, dass der Betriebsrat seinen eigenen Nutzen verfolgt und sich nicht von moralischen Kategorien oder von Pflichtbewusstsein gegenüber dem Unternehmen leiten lässt, obwohl § 2 Abs. 1 BetrVG auch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit enthält. Es muss damit eine Worst-Case-Betrachtung erfolgen.<sup>21</sup>

### 1. Informations- und Unterrichtsrechte

Sieht das Gesetz zugunsten des Betriebsrates ein Unterrichts- oder Informationsrecht vor, hat der Arbeitgeber dies rechtzeitig und umfassend, regelmäßig anhand der erforderlichen Unterlagen, zu erfüllen. Betriebswirtschaftlich sind insoweit die Verzögerungskosten und die Beteiligungskosten zu vernachlässigen. Eine Verzögerung entsteht kaum und außerdem ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, Unterlagen, die er

bisher nicht besitzt, zu fertigen.<sup>22</sup> Ferner hat der Betriebsrat keine Möglichkeit, seine Interessen rechtlich durchzusetzen.

## 2. Anhörungsrechte

Sieht das Gesetz ein Anhörungsrecht vor, hat der Betriebsrat Gelegenheit, Einwendungen gegen die vom Arbeitgeber beabsichtigte Maßnahme zu erheben oder eigene Vorschläge zu unterbreiten. Bei der nach § 102 Abs. 1 BetrVG vor jeder beabsichtigten Kündigung notwendigen Anhörung des Betriebsrats hat dieser z.B. die Möglichkeit der Stellungnahme innerhalb von längstens sieben Tagen. Der Arbeitgeber kann anschließend weiter frei entscheiden, ob er die von ihm angedachte Maßnahme umsetzt. Die Verzögerungs- und Beteiligungskosten sind deshalb auch insoweit für den Arbeitgeber gering.

## 3. Beratungsrechte

Bei den Beratungsrechten muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat Gelegenheit geben, eine eigene Stellungnahme abzugeben, den Gegenstand der Verhandlungen mit ihm zu erörtern und die angesprochenen Argumente gegeneinander abzuwägen.<sup>23</sup> Auch insoweit entstehen keine nennenswerten Verzögerungs- und Beteiligungskosten. Durch die vorzunehmenden Beratungen wird der Arbeitgeber nur in einem regelmäßig nicht erheblichen Umfang zeitlich davon abgehalten, die von ihm beabsichtigte Maßnahme vorzunehmen.

## 4. Widerspruchsrechte

Teilweise ermöglichen Vorschriften im BetrVG Betriebsräten, gegen vom Arbeitgeber beabsichtigte personelle Maßnahmen Widerspruch einzulegen. Dies kann dazu führen, dass der Arbeitgeber die beabsichtigte Maßnahme vorläufig nicht durchführen kann, wenn die für einen Widerspruch nach dem Gesetz erforderlichen Gründe vorliegen. Das wichtigste Beispiel hierfür ist der in § 102 Abs. 5 BetrVG vorgesehene Weiterbeschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist und Erhebung der Kündigungsschutzklage zumindest bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens, der damit zu einer Verzögerung der Einsparung von Personalkosten führt.<sup>24</sup> Von dieser Verpflichtung kann sich der Arbeitgeber nach dieser Vorschrift nur in gesetzlich eng begrenztem Umfang entbinden lassen.<sup>25</sup> Betriebswirtschaftlich können folglich Widerspruchsrechte für den Arbeitgeber – denkt man an Massenentlassungen – insb. zu erheblichen Verzögerungskosten führen.

## 5. Zustimmungsverweigerungsrechte

Betriebswirtschaftlich erheblich schwerwiegender im Vergleich zu den bisher genannten Beteiligungsrechten ist auf den ersten Blick bei personellen Maßnahmen ein gesetzliches Zustimmungsverweigerungsrecht. Ein solches Beteiligungsrecht räumt das Gesetz dem Betriebsrat insb. in § 99 Abs. 1 BetrVG bei einer Einstellung oder Versetzung eines Arbeitnehmers ein. Erteilt der Betriebsrat hierzu unter Berufung auf einen der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründe seine Zustimmung nicht, muss der Arbeitgeber grds. nach § 99 Abs. 4 BetrVG versuchen, die nicht erfolgte Zustimmung durch das ArbG rechtskräftig ersetzen zu lassen, wodurch eine erhebliche Verzögerung der beabsichtigten Maßnahme entstehen würde. Die Verzögerungskosten bestehen dann aufgrund des fehlenden Personals nicht in zusätzlichen Personalkosten, sondern in Kosten für Produktionsausfälle, Konventionalstrafen u.a.

Allerdings sieht das Gesetz insoweit eine Besonderheit vor. Der Arbeitgeber kann nämlich die Einstellung oder Versetzung und damit die personelle Maßnahme vorläufig durchführen, wenn die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Die Einzelheiten dieses dann einzuhaltenden Verfahrens regeln § 100 Abs. 1 und 2 BetrVG. Der Arbeitgeber kann diese Maßnahme, d.h. die Einstellung oder Versetzung, dann nach § 100 Abs. 3 BetrVG zumindest so lange aufrechterhalten, bis die ArbG durch rechtskräftige Entscheidung die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats abgelehnt haben. Selbst nach einem rechtskräftigen unterliegenden Be-

schluss bleiben ihm nach § 100 Abs. 3 BetrVG noch zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung, um die Einstellung oder Versetzung rückgängig zu machen. Die betriebswirtschaftlichen Folgen hängen deshalb davon ab, ob der Arbeitgeber die Einstellung oder Versetzung über die Dauer eines solchen Verfahrens über mindestens zwei Instanzen benötigt. Ist dies nicht der Fall, weil es sich z.B. um eine Befristung von geringer Dauer handelte, endet das Verfahren dann ohne eine zu begründende Entscheidung.<sup>26</sup> Ein Arbeitgeber kann damit eine Einstellung eines Arbeitnehmers gegen den Willen des Betriebsrates selbst dann für mehrere Monate aufrechterhalten, wenn das Gericht später die Zustimmung des Betriebsrats nicht ersetzt oder die Einstellung aus sachlichen Gründen für offensichtlich nicht dringend erforderlich hält.<sup>27</sup> Verzögerungskosten entstehen dann nicht. Aufgrund des durchzuführenden Verfahrens fallen für den Arbeitgeber aber Beteiligungskosten insb. aufgrund von ihm nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragender außergerichtlicher Kosten des Betriebsrats für den von diesem beauftragten Anwalt und der eigenen Anwaltskosten an.<sup>28</sup>

## 6. Erzwingbare Mitbestimmungsrechte

Am schwerwiegendsten können die betriebswirtschaftlichen Folgen für den Arbeitgeber sein, wenn es sich um ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht handelt. Kommt eine Einigung nicht zustande, muss der Arbeitgeber bei einem solchen Beteiligungsrecht versuchen, die von ihm beabsichtigte Maßnahme über die Einigungsstelle durchzusetzen. Deren Zuständigkeit wird bei diesem Beteiligungsrecht im Gesetz ausdrücklich begründet. Beispiele hierfür sind im Zusammenhang mit personellen Maßnahmen § 97 Abs. 2 und § 112 Abs. 4 BetrVG. Es entstehen dann erhebliche Beteiligungskosten, da der Arbeitgeber nach § 76a Abs. 1 BetrVG die meist beträchtlichen Kosten dieser Einigungsstelle tragen muss, insb. Kosten für den Einigungsstellenvorsitzenden, außerbetriebliche Beisitzer und ggf. Sachverständige. Außerdem kann es geraume Zeit dauern, bis die Einigungsstelle tätig werden kann, sodass auch beträchtliche Verzögerungskosten entstehen können.<sup>29</sup> Kommt eine Einigung über den Einigungsstellenvorsitzenden und/oder über die Zahl der Beisitzer

&lt;&lt;

DB 32/2022 S. 1900

&gt;&gt;

nicht zustande, muss der Arbeitgeber nämlich nach § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG das ArbG anrufen, damit dieses den Einigungsstellenvorsitzenden benennt und ggf. die Zahl der Beisitzer festlegt. Das Gesetz sieht für diese Verfahren zwar in § 100 ArbGG verschiedene spezielle Regelungen zur Verfahrensbeschleunigung vor, die dem einstweiligen Verfügungsverfahren ähneln.<sup>30</sup> Es entsteht aber dennoch dadurch eine – weitere – Verzögerung. Anschließend muss dann die Einigungsstelle terminiert und durchgeführt werden, wobei nicht sicher ist, ob eine Einigung bzw. eine Entscheidung dann in einem einzelnen Termin erfolgt. Letztendlich ist aber noch nicht einmal sicher, ob die Entscheidung der Einigungsstelle die Planung des Arbeitgebers bestätigt oder nicht. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Er kann zwar vom Arbeitgeber nach § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG vor dem ArbG angegriffen werden. Der Entscheidungsspielraum des Einigungsstellenvorsitzenden ist allerdings aufgrund des ihm in § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG eingeräumten Ermessens nach Auffassung des BAG äußerst weit und damit die Kontrolldichte durch die Gerichte äußerst eng.<sup>31</sup> Der Arbeitgeber läuft somit Gefahr, die Maßnahme überhaupt nicht durchführen zu können. Aus den Verzögerungskosten werden dann betriebswirtschaftlich gesehen gleichsam Unmöglichkeitskosten.

## III. Derzeitiger Umfang der Beteiligungsrechte bei der Personalplanung

Berücksichtigt man dieses abgestufte System der Beteiligungsrechte des Betriebsrats mit seinen unterschiedlichen finanziellen Belastungen für den Arbeitgeber, sind nach der derzeitigen Gesetzeslage diese Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Rahmen der Personalplanung nicht besonders stark ausgeprägt, da ihm nur Unterrichts- und Beratungsrechte zustehen.<sup>32</sup>

### 1. Unterrichtsrecht

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG über die Personalplanung, insb. über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Voraussetzung für die Unterrichtungspflicht ist allerdings, dass überhaupt eine Personalplanung vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall, kann der Betriebsrat nach § 92 Abs. 2 BetrVG dem Arbeitgeber lediglich Vorschläge für die Einführung einer solchen Personalplanung und ihre Durchführung machen, erzwingen kann er sie aber nicht.<sup>33</sup> Der Betriebsrat kann sich insb. nicht auf § 80 Abs. 2 BetrVG berufen. Nach dieser Vorschrift ist ein Betriebsrat zwar zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem Gesetz vom Arbeitgeber rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist aber eine Spezialvorschrift gegenüber § 80 Abs. 2 BetrVG, sodass ein Rückgriff auf diese Vorschrift ausscheidet.<sup>34</sup>

## a) Zeitpunkt und Umfang

Die Unterrichtung muss rechtzeitig erfolgen. Solange ein Arbeitgeber wissen will, ob überhaupt hinsichtlich kollektiv-planerischer Personalmaßnahmen ein Handlungsbedarf besteht, oder er (nur) strategisch ermittelt, welche Handlungsspielräume ihm diesbezüglich zur Verfügung stehen, erreichen weder seine Überlegungen noch die entsprechenden Ermittlungen das Stadium der Planung.<sup>35</sup> Das Planungsstadium ist erst erreicht, wenn der Arbeitgeber die Ziele festgelegt hat und Methoden, Strategien und Vorgehensweise, mit deren Hilfe diese Ziele erreicht werden sollen, formuliert werden sollen.<sup>36</sup> Die Unterrichtungspflicht entfällt allerdings, wenn der Arbeitgeber die Planung wieder endgültig aufgegeben hat.<sup>37</sup> Die Unterrichtung hat ferner umfassend zu erfolgen. Die entsprechenden Daten müssen dem Arbeitgeber aber bekannt und zugänglich sein.

## b) Unterlagen

Die Unterrichtung des Betriebsrats über die Personalplanung hat anhand derjenigen Unterlagen zu erfolgen, die der Arbeitgeber selbst seiner Personalplanung zugrunde legt, unabhängig davon, in welchem Zusammenhang sie erhoben oder festgestellt wurden. Soweit ein Arbeitgeber mit den geforderten und von ihm erstellten Daten neben einer Personalplanung noch andere Zwecke verfolgt, steht dies nach Ansicht des BAG einem Auskunftsbegehren des Betriebsrats nicht entgegen.<sup>38</sup> Dem Betriebsrat steht aber kein Unterrichtungsanspruch hinsichtlich solcher Unterlagen zu, die der Arbeitgeber ausschließlich zu anderen Zwecken als zur Personalplanung erstellt hat.<sup>39</sup> Sind die Unterlagen nur automatisiert vorhanden, müssen auch diese nach h.M. dem Betriebsrat zur Kenntnis gebracht werden.<sup>40</sup>

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat Einsicht in diese Unterlagen gewähren. Eine Verpflichtung, dem Betriebsrat die Unterlagen auch auszuhändigen, damit er diese einsehen kann, besteht nicht.<sup>41</sup> § 92 Abs. 1 BetrVG ist lex specialis gegenüber § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Erst recht kann der Betriebsrat nicht beanspruchen, dass ihm Fotokopien der entsprechenden Unterlagen zur Verfügung gestellt werden oder es ihm möglich wird, derartige Fotokopien selbst zu stellen.

## 2. Beratungsrecht

Der Arbeitgeber hat ferner nach § 92 Abs. 1 Satz 2 BetrVG mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten. Da das Gesetz ausdrücklich auf die Maßnahmen abstellt, bezieht sich dieses Beteiligungsrecht nicht auf die Personalbedarfsplanung, sondern setzt erst bei der Personalbestandsplanung und der Personaldeckungsplanung ein.<sup>42</sup>

## IV. Derzeitige Beteiligungsrechte bei der Umsetzung der Personalplanung

Das in § 92 BetrVG im Zusammenhang mit der Personalplanung des Arbeitgebers enthaltene Beteiligungsrecht des

&lt;&lt;

DB 32/2022 S. 1901

&gt;&gt;

Betriebsrats ist von dessen Beteiligungsrechten bei konkreten personellen Einzelmaßnahmen abzugrenzen, die bei der Umsetzung dieser Personalplanung durchzuführen sind.<sup>43</sup> Für die Praxis besonders wichtig ist, dass bei derselben Personalmaßnahme verschiedene Beteiligungsrechte greifen können, die dann vom Arbeitgeber alle zu beachten sind, sofern er keine rechtlichen Nachteile in Kauf nehmen will.

## 1. Einstellung oder Versetzung

Beabsichtigt ein Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer einzustellen oder zu versetzen, hat er den Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 BetrVG zu beteiligen, sofern die in dieser Vorschrift genannten Schwellenwerte überschritten sind. Gleiches gilt nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG i.V.m. § 99 BetrVG vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung. Der Betriebsrat hat zwar nach § 99 Abs. 2 BetrVG die Möglichkeit, seine Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung zu verweigern, wenn einer der in dieser gesetzlichen Regelung vorgesehenen Zustimmungsverweigerungsgründe eingreift, und er die in § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG genannten Formalien einhält. Einem Arbeitgeber ist es aber möglich, den Bewerber dennoch zunächst tätig werden zu lassen, wenn er die in § 100 BetrVG enthaltenen Anforderungen für eine vorläufige Einstellung erfüllt. Beteiligungs- und Verzögerungskosten sind damit weitaus geringer als bei einem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht (s. II. 6.). Gleiches gilt bei Versetzungen. Kann der Arbeitgeber diese einzelvertraglich allerdings nicht durch das ihm nach § 106 GewO zustehende Direktionsrecht umsetzen, muss er mögliche Verzögerungskosten bedenken. Bei fehlender Einigung mit dem Arbeitnehmer muss er eine Änderungskündigung nach § 2 KSchG erklären, bei der er zuvor den Betriebsrat nach § 102 BetrVG beteiligen muss. Insoweit steht dem Betriebsrat dann das bereits erwähnte Widerspruchsrecht mit dem ggf. möglichen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers zumindest bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu (s. II. 4.).

Das BAG hat aber die Beteiligungsrechte des Betriebsrats insoweit bei § 99 BetrVG gestärkt, als es ihm neben dem Zustimmungsverweigerungsrecht des § 99 Abs. 2 BetrVG auch das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG einräumt.<sup>44</sup> Dies greift ein, wenn ein Arbeitgeber einen neu eingestellten Arbeitnehmer erstmals in ein Schichtsystem eingliedern will. Gleiches gilt dann auch für Leiharbeitnehmer, da das BAG aufgrund des Weisungsrechts des Arbeitgebers im Entleiherbetrieb die in § 87 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Beteiligungsrechte des Betriebsrats auch auf diese Personengruppe anwendet, obwohl das AÜG dies insb. in § 14 Abs. 1–3 AÜG nicht vorsieht.<sup>45</sup> Im Ergebnis hilft damit dem Arbeitgeber die in § 100 BetrVG vorgesehene Möglichkeit einer vorläufigen Einstellung bei einer notwendigen Eingliederung in ein Schichtsystem nicht mehr. Ein Betriebsrat, der gegen eine Einstellung eines Arbeitnehmers oder Leiharbeitnehmers ist, kann die tatsächliche Beschäftigung im Schichtsystem zumindest über lange Zeit verzögern, wenn er den Arbeitgeber über das ihm nach § 87 Abs. 2 BetrVG zustehende erzwingbare Mitbestimmungsrecht in die Einigungsstelle zwingt. Eine vorläufige personelle Maßnahme vergleichbar dem § 100 BetrVG ist bei den Tatbeständen des § 87 BetrVG nicht vorgesehen. Diese Rspr. verursacht damit in diesem Fall für den Arbeitgeber auch im Rahmen des § 99 BetrVG ggf. zumindest erhebliche Beteiligungs- und Verzögerungskosten (s. II. 6.).<sup>46</sup>

## 2. Qualifizierung

Umfangreiche Beteiligungsrechte des Betriebsrats bestehen, wenn die Personalplanung die Qualifizierung von Mitarbeitern vorsieht. Der Arbeitgeber hat nach § 96 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auf Verlangen des Betriebsrats den Berufsbildungsbedarf zu ermitteln und mit ihm Fragen der Berufsbildung der Arbeitnehmer des Betriebs zu beraten. Hierzu kann der Betriebsrat nach § 96 Abs. 1 Satz 3 BetrVG Vorschläge machen. Kommt im Rahmen der Beratung eine Einigung über Maßnahmen der Berufsbildung nicht zustande, können der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die Einigungsstelle um Vermittlung anrufen. Die Einigungsstelle hat allerdings nach § 96 Abs. 1a BetrVG eine Einigung der Parteien lediglich zu versuchen. Sie kann damit den Arbeitgeber nicht zwingen, bestimmte Maßnahmen durchzuführen. Der Arbeitgeber hat ferner nach § 97 BetrVG mit dem Betriebsrat

über die Errichtung und ausstattungsbetriebliche Einrichtungen zur Berufsausbildung, die Einführung betrieblicher Berufsbildungsmaßnahmen und die Teilnahme an außerbetrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen zu beraten.

Von besonderer Bedeutung im Rahmen der Transformation ist aufgrund des entstehenden Risikos erheblicher Beteiligungs-, Verzögerungs- bzw. Unmöglichkeitskosten das Beteiligungsrecht nach § 97 Abs. 2 BetrVG. Hat der Arbeitgeber Maßnahmen geplant oder durchgeführt, die dazu führen, dass sich die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert und ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen, so hat der Betriebsrat bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung mitzubestimmen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht besteht ferner mit den dadurch verbundenen finanziellen Risiken bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung i.S.d. § 98 Abs. 1 BetrVG nach § 98 Abs. 4 BetrVG. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber betriebliche Maßnahmen der Berufsbildung durchführt oder für außerbetriebliche Maßnahmen der Berufsbildung Arbeitnehmer freistellt oder er die durch die Teilnahme von Arbeitnehmern an solchen Maßnahmen entstehenden Kosten ganz oder teilweise trägt. Insoweit kann der Betriebsrat Vorschläge für die Teilnahme von Arbeitnehmern oder Gruppen von Arbeitnehmern des Betriebs an diesen Maßnahmen der beruflichen Bildung machen. Kommt eine Einigung über die vom Betriebsrat vorgeschlagenen Teilnehmer nicht zustande, so entscheidet auch insoweit nach § 98 Abs. 4 Satz 2 BetrVG die Einigungsstelle, deren Spruch die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt.

### 3. Personalabbau

Sieht die Personalplanung einen betriebsbedingten Personalabbau vor, hängt die Stärke der Beteiligungsrechte des Betriebsrats von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer ab. Sind Kündigungen beabsichtigt, ist der Betriebsrat in jedem

&lt;&lt;

DB 32/2022 S. 1902

&gt;&gt;

Fall nach § 102 BetrVG unter Nennung der Gründe zu hören. Dem Betriebsrat steht dann nach § 102 Abs. 3 BetrVG das bereits erwähnte Widerspruchsrecht zu (s. II. 4.).

Werden die in § 17 Abs. 1 KSchG genannten Schwellenwerte der Betriebsgröße und der beabsichtigten Entlassungen innerhalb von 30 Kalendertagen überschritten, ist der Betriebsrat außerdem im Rahmen der vom Arbeitgeber gegenüber der Agentur für Arbeit vorzunehmenden Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 2 und 3 KSchG zu beteiligen. Diese Beteiligungsrechte beschränken sich aber auf Informations-, Unterrichts- und Beratungsrechte. Die Überschreitung dieser Schwellenwerte löst aber auch weitere Beteiligungsrechte aus. Der Arbeitgeber hat nach § 111 Satz 1 BetrVG bei geplanten Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit ihm zu beraten. Als eine derartige Betriebsänderung gilt nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen. Hierunter fällt auch der reine Personalabbau, wenn er die genannten Schwellenwerte überschreitet, ohne dass es auf den Zeitraum von 30 Kalendertagen ankommt.<sup>47</sup> Verhindern kann der Betriebsrat auch insoweit die vom Arbeitgeber beabsichtigten Entlassungen nicht. Kommt eine Einigung über den Interessenausgleich nicht zustande, muss er lediglich nach § 112 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die Einigungsstelle anrufen. Scheitern die Verhandlungen dort, kann der Arbeitgeber aber die geplanten Personalmaßnahmen durchführen. Eine Entscheidungskompetenz der Einigungsstelle, die den Arbeitgeber zu einer Änderung seiner Personalplanung zwingen könnte, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Es können damit zwar erhebliche Verzögerungskosten entstehen; Unmöglichkeitskosten aber nicht.

Ferner müssen die Verzögerungskosten im Zusammenhang mit dem Widerspruchsrecht des Betriebsrats nach § 102 Abs. 5 BetrVG bedacht werden, da das in § 102 BetrVG geregelte Anhörungsrecht neben § 111 BetrVG und § 17 KSchG eingreift. Außerdem können erhebliche Beteiligungskosten durch die Dotierung des Sozialplans verursacht werden, da insoweit nach § 112 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Bei der Höhe der Dotierung des Sozialplans räumt das BAG dem Einigungsstellen-

vorsitzenden einen erheblichen Ermessensspielraum ein (s. II. 6.). Allerdings besteht bei einem reinen Personalabbau eine Sozialplanpflicht nicht immer bereits dann, wenn eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG vorliegt, da § 112a Abs. 1 BetrVG im Vergleich zu § 17 KSchG insoweit höhere Schwellenwerte vorsieht. Dies kann der Arbeitgeber strategisch nutzen.<sup>48</sup>

Nach bisheriger Rechtslage können die verschiedenen Arten der Beteiligungsrechte bei der Umsetzung der Personalplanung für den Arbeitgeber demnach beträchtliche Beteiligungs- und Verzögerungskosten verursachen. Aus den Verzögerungskosten können allerdings nur im Zusammenhang mit der Qualifizierung Unmöglichkeitskosten entstehen, da nur insoweit ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht besteht.

## V. Reformüberlegungen des DGB

Der DGB hat einen „Geszentwurf für ein modernes Betriebsverfassungsgesetz“ mit dem Titel „Betriebliche Mitbestimmung für das 21. Jahrhundert“ in einer Sonderausgabe der Zeitschrift Arbeit und Recht (AuR) veröffentlicht.<sup>49</sup> In einer Synopse werden die angestrebten neuen Regelungen der bisherigen Gesetzeslage gegenübergestellt. Bei nahezu allen Bestimmungen, die die Personalplanung und deren Umsetzung betreffen, werden nach diesen Überlegungen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats erheblich gestärkt, wobei die folgenden Darstellungen nicht abschließend sind.

### 1. Personalplanung

Der Begriff der Personalplanung wird nicht nur konkretisiert, sondern auch inhaltlich erweitert. Die Unterrichtung erstreckt sich nach § 92 Abs. 1 Satz 2 BetrVG-DGB auf die Ermittlung und Festsetzung des Personalbedarfs unter Einschluss von Fremdpersonal, Stellenplänen, Planungen in Bezug auf die Personalstruktur, Stellenanforderungen und -beschreibungen, Personalbeschaffung, -entwicklung und -einsatz, Maßnahmen des Personalausbaus und -abbaus sowie deren Bedeutung für Unternehmen und Konzern. Letzteres widerspricht der Zuständigkeit des Betriebsrats allein für den Betrieb. Für wirtschaftliche Angelegenheiten, die das Unternehmen betreffen, ist gem. §§ 106 ff. BetrVG der Wirtschaftsausschuss vorhanden, sofern dieser aufgrund der Unternehmensgröße errichtet werden muss.<sup>50</sup> Außerdem besteht die Gefahr, dass auf diese Weise Informationsansprüche über andere Bereiche der Unternehmensplanung begründet werden sollen und damit u.a. die Personalkostenplanung, die bisher nicht zur Personalplanung gehört, mit in die Beteiligungsrechte einbezogen wird (s. I. 5.).<sup>51</sup>

Ferner soll das Beteiligungsrecht des Betriebsrats qualitativ gestärkt werden. Der Arbeitgeber soll nicht nur – wie bisher – nach § 92 Abs. 1 Satz 3 BetrVG mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten beraten müssen. Nach § 92 Abs. 1 Satz 4 BetrVG-DGB soll in einem Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern die Personalplanung und -bemessung der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Unabhängig von der Unternehmensgröße soll dies nach § 92 Abs. 3 BetrVG für die Eingliederung von Menschen mit Schwerbehinderung, für Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter, zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit und der Gleichberechtigung ausländischer Beschäftigter im Betrieb gelten. Unklar ist allerdings, wie stark das künftige Beteiligungsrecht tatsächlich sein soll. In den Erläuterungen wird lediglich darauf hingewiesen, dass mit dem Mitbestimmungsrecht bei der Personalplanung und -bemessung nach den Vorstellungen der Verfasser ein wesentlicher Eckpunkt auch der Beschäftigungssicherung und zur Vermeidung von zu starker Arbeitsverdichtung geschaffen werden soll.<sup>52</sup> Anhaltspunkte bietet indes die systematische Auslegung. Der vorhergehende § 91 BetrVG-DGB ist mit „Mitbestimmungsrecht“ überschrieben und enthält dann eindeutig ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht, da als Konfliktlösungsmittel der Spruch der Einigungsstelle ausdrücklich genannt wird. Dies spricht dafür, dass auch in der nachfolgenden Vorschrift des § 92 BetrVG unter Mitbestimmung die erzwingbare Mitbestimmung zu verstehen sein soll. Dies hätte in dem Vorschlag aber deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen.

## 2. Umsetzung der Personalplanung

Ebenso einschneidend zulasten von Arbeitgebern sind die bei der Umsetzung der Personalplanung vorgesehenen Stärkungen von Beteiligungsrechten des Betriebsrats.

### a) Einstellung und Versetzung

Für Einstellungen oder Versetzungen sieht der Entwurf in § 99 BetrVG-DGB insb. ein erleichtertes Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats vor. Diese Möglichkeit soll der Betriebsrat nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG-DGB u.a. bereits dann rechtmäßig ausüben, wenn überwiegende Interessen der Belegschaft den vom Arbeitgeber angedachten Maßnahmen entgegenstehen. Diese allgemeine Formulierung führt dazu, dass ein Betriebsrat nahezu bei jeder personellen Maßnahme ein solches Zustimmungsverweigerungsrecht geltend machen kann, da unklar ist, anhand welcher Kriterien bestimmt werden soll, wann das Interesse „überwiegt“. Hinzu kommt, dass bei einer Verweigerung der Zustimmung nicht mehr – wie bisher – das ArbG den Konflikt lösen soll. Zuständig sein soll vielmehr nach § 99 Abs. 4 BetrVG-DGB die Einigungsstelle, deren Spruch dann die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt. Diese besitzt dann ebenfalls aufgrund der äußerst unbestimmten Formulierung des Überwiegens einen nahezu unbegrenzten Entscheidungsspielraum und kann damit nahezu jede Einstellung und Versetzung verhindern.<sup>53</sup>

Erschwerend kommt hinzu, dass durch § 100 BetrVG-DGB die bisher dem Arbeitgeber eingeräumte Möglichkeit, die personelle Maßnahme vorläufig durchzuführen, faktisch beseitigt wird. Verweigert nämlich der Betriebsrat seine Zustimmung zur vorläufigen personellen Maßnahme, soll der Arbeitgeber nach § 100 Abs. 2 BetrVG-DGB die Einigungsstelle anrufen müssen. Da gesetzlich nicht vorgesehen ist, dass der Spruch der Einigungsstelle die Einigung ersetzt, muss der Arbeitgeber zwar von der Einigungsstelle lediglich eine Einigung versuchen. Er kann aber erst dann die personelle Maßnahme vorläufig durchführen.<sup>54</sup>

### b) Qualifizierung

Nur scheinbar eingeschränkt werden die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Förderung der Berufsbildung. Während § 96 Abs. 1a BetrVG als Konfliktlösungsmittel die Einigungsstelle vorsieht, die eine Einigung der Parteien lediglich zu versuchen hat und damit die Entscheidungsfreiheit belässt, enthält § 96 BetrVG-DGB keine Bestimmung, die regelt, wie ein möglicher Konflikt zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu lösen ist. Insofern greift dann aber § 92a Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BetrVG-DGB. Dem Betriebsrat steht nach § 92a Abs. 1 BetrVG-DGB ein Vorschlagsrecht u.a. zur Qualifizierung der Arbeitnehmer und damit zur Berufsbildung zu. Im Fall der auch teilweisen Ablehnung seiner Vorschläge kann dann der Betriebsrat wiederum die Einigungsstelle anrufen, die dann verbindlich entscheiden soll, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen vorgenommen werden dürfen und wie ihre Durchführung zu kontrollieren ist. Außerdem soll ein Spruch der Einigungsstelle nach § 97 Abs. 2 BetrVG-DGB künftig die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen, wenn der Arbeitgeber die Einführung betrieblicher Berufsbildungsmaßnahmen i.S.d. § 97 Abs. 1 nach § 97 Abs. 2 BetrVG-DGB beabsichtigt. Unerheblich ist daher, wer die Initiative zu solchen Berufsbildungsmaßnahmen ergreift. In jedem Fall kommt es im Konfliktfall zur verbindlichen Entscheidung der Einigungsstelle.

### c) Personalabbau

Zu einer entsprechenden erheblichen Stärkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates kommt es, wenn die Personalplanung des Arbeitgebers einen Personalabbau vorsieht. Der Ausweitung dieser Beteiligungsrechte wird von den Verfassern gerade vor dem Hintergrund der anstehenden Transformationsprozesse eine erhebliche Bedeutung beigemessen.<sup>55</sup>

Bei Kündigungen soll der Betriebsrat mit der Folge eines Weiterbeschäftigungsanspruchs der Beschäftigten nach § 102 Abs. 3 BetrVG-DGB bereits dann widersprechen können, wenn aus seiner Sicht die ordentliche

Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, es an einem wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung fehlt oder die Kündigung aus anderen Gründen rechtswidrig ist.

Im Fall des Widerspruchs soll eine Kündigung dann nach § 102 Abs. 5 BetrVG-DGB nur wirksam werden, wenn sie vom ArbG auf Antrag des Arbeitgebers zugelassen wird. Der Arbeitgeber muss den Antrag binnen zwei Wochen nach Zugang des Widerspruchs stellen. Kündigt der Arbeitgeber ohne die Zulassung des ArbG, ist er verpflichtet, den Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Er ist dazu durch das ArbG auf Antrag des Arbeitnehmers im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten, es sei denn, dass der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war. Eine derartige Offensichtlichkeit wird aber nur äußerst selten gegeben sein. Dies zeigt die Rspr. zur Einigungsstelle, deren Zuständigkeit ebenfalls nach § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nur entfällt, wenn diese offensichtlich unzuständig ist.<sup>56</sup> Faktisch würde es daher immer zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch bei einem Widerspruch des Betriebsrats mit den entsprechenden zusätzlichen Kostenbelastungen zulasten des Arbeitgebers kommen.

Bei Betriebsänderungen soll nicht nur der Sozialplan über die Einigungsstelle erzwingbar sein, sondern nach § 111 Abs. 5 BetrVG-DGB auch der Interessenausgleich, der das „Ob“ der Betriebsänderung regelt. Die neue Regelung ermöglicht es einem Betriebsrat damit nicht nur – wie bisher –, den Personalabbau zeitlich zu verzögern, weil der Arbeitgeber vor Durchführung der Maßnahme Verhandlungen vor der Einigungsstelle führen muss; unsicher ist aufgrund der Entscheidungsbefugnis der Einigungsstelle, ob der Arbeitgeber den Personalabbau überhaupt durchführen darf.

Die Vorschläge des DGB belassen es nicht dabei, Stärkungen der Beteiligungsrechte von Betriebsräten allein als Reaktion auf vom Arbeitgeber beabsichtigte Personalabbaumaßnahmen vorzusehen. Betriebsräte sollen gleichsam mitbestimmungsrechtlich gestärkt proaktiv vorgehen können, um zusätzliches Personal beim Arbeitgeber aufzubauen. Ein Betriebsrat kann insb. nach § 92a Abs. 1 BetrVG-DGB dem Arbeitgeber Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen, die insb. die Rückholung ausgelagerter Teile des Arbeitsprozesses zum Gegenstand haben können. Lehnt der Arbeitgeber entsprechende Vorschläge auch nur teilweise ab, soll der Betriebsrat

&lt;&lt;

DB 32/2022 S. 1904

nach § 92a Abs. 3 BetrVG-DGB die Einigungsstelle anrufen können, die dann verbindlich entscheidet, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen vorgenommen werden und wie ihre Durchführung zu kontrollieren ist. Eine Ausnahme soll lediglich nach § 92a Abs. 4 BetrVG-DGB für inhabergeführte Unternehmen gelten, die regelmäßig weniger als 101 Arbeitnehmer beschäftigen.

## VI. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Die Reformvorschläge des DGB im Zusammenhang mit der Personalplanung und deren Umsetzung, die noch nicht einmal vollständig aufgeführt wurden, sind in weiten Teilen verfassungswidrig.

Schon heute beschränkt zwar die betriebliche Mitbestimmung das Direktionsrecht, die Vertragsfreiheit und die sonstigen unternehmerischen Dispositionen des Arbeitgebers und damit dessen Freiheit zur Berufsausübung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG erheblich.<sup>57</sup> Zu dieser geschützten Berufsausübungsfreiheit gehört auch die Unternehmerfreiheit und damit die freie Gründung und Führung von Unternehmen.<sup>58</sup> Die Tätigkeit des Unternehmers hat aber einen sozialen Bezug, da der Unternehmerberuf nur mithilfe von Arbeitnehmern ausgeübt werden kann. Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit sind deshalb aufgrund des in Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG normierten Sozialstaatsprinzips denkbar.<sup>59</sup> Eingriffe in die unternehmerische Freiheit müssen allerdings verhältnismäßig sein.<sup>60</sup> Der Gesetzgeber muss deshalb den grundrechtlich geschützten Kernbereich unternehmerischen Handelns mit den ebenso zu beachtenden grundrechtlichen Belangen der Beschäftigten abwägen.<sup>61</sup> Der Betriebsrat darf aber keinesfalls Mitunternehmer werden.<sup>62</sup> Dies wird auch durch § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG deutlich, der es dem Betriebsrat untersagt, durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs einzugreifen.

Die vom DGB angedachten Änderungen würden dazu führen, dass die Tätigkeit des Arbeitgebers durch Beteiligungsrechte des Betriebsrats in unzumutbarer Weise beeinträchtigt würde.<sup>63</sup> Für die Entfaltung der Unternehmerinitiative verbleibt kein angemessener Spielraum mehr. Der Arbeitgeber kann nicht mehr frei entscheiden, zu welchem Zeitpunkt er – selbst in dringenden Fällen – Personen einstellt. Gleiches gilt beim Personalabbau. Betriebsräte können ihn leicht zur Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern über den angedachten Zeitpunkt hinaus zwingen, indem sie Widerspruch gegen die Kündigungen erheben. Der Weg zum ArbG ist aufgrund der zeitlichen Dimension kein Hilfsmittel. Erschwerend kommt hinzu, dass Arbeitgeber noch nicht einmal einen notwendigen Personalabbau betriebsverfassungsrechtlich gesehen rechtssicher durchführen können, da der Betriebsrat in der Lage ist, sie immer in die Einigungsstelle zu ziehen. Selbst die Beibehaltung der gegenwärtigen Personalstärke ist nicht sicher, da der Betriebsrat den Arbeitgeber über die in § 92a BetrVG-DGB vorgesehene Beschäftigungssicherung zwingen kann, durch die Rückverlagerung von Aufgaben in den Betrieb zusätzliches Personal aufzubauen. Berücksichtigt werden müssen außerdem die neuen erzwingbaren Mitbestimmungsrechte und damit die erweiterten Zuständigkeiten der Einigungsstellen. Der Kern der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers wird damit unverhältnismäßig berührt.<sup>64</sup> Die angedachten Änderungen können nicht damit gerechtfertigt werden, dass das BAG in zwei Entscheidungen – zu Ladenöffnungszeiten<sup>65</sup> und zum Initiativrecht bei Kurzarbeit<sup>66</sup> – erheblich in die unternehmerische Freiheit eingegriffen hat.<sup>67</sup> Abgesehen davon, dass diese Entscheidungen durchaus kritisch zu sehen sind, greifen sie nur im Zusammenhang mit dem Entscheidungsspielraum des Einigungsstellenvorsitzenden punktuell in die Unternehmerfreiheit ein, ändern aber nicht die gesamte Mitbestimmungsordnung des BetrVG zugunsten der Betriebsräte.<sup>68</sup>

Verfassungswidrig wäre außerdem, zukunftsbezogene Entscheidungen über die grundlegende Ausrichtung des Unternehmens, wie sie die Einstellungen und Kündigungen von Arbeitnehmern darstellen, von der Einigungsstelle und damit von einem Dritten treffen zu lassen, der durch sie selbst nicht berührt ist.<sup>69</sup> Es ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage und nach welchen Maßstäben ein Vorsitzender einer Einigungsstelle z.B. entscheiden kann, ob und wie einzelne Betriebsabteilungen fortzuführen sind und welche Arbeitsverfahren im Betrieb anzuwenden sind. Der Einigungsstellenvorsitzende ist – worauf *Annuß* zu Recht hinweist – nicht der „bessere Unternehmer“.<sup>70</sup>

Ökonomisch betrachtet würden die vom DGB angedachten Änderungen außerdem zu nicht kalkulierbaren finanziellen Mehrkosten beim Arbeitgeber führen. Neue Beteiligungs- und Verzögerungskosten bis hin zu Unmöglichkeitskosten in nicht vorhersehbarer Höhe aufgrund der zahlreichen neuen erzwingbaren Mitbestimmungstatbestände wären die Folge (s. II. 6.). Hinzu kommen die beim Arbeitgeber entstehenden Kosten für von ihm nicht eingeplantes neues Personal, wenn der Betriebsrat die Möglichkeiten der Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG-DGB nutzt (s. V. 2. c)).

## VII. Zusammenfassung

Die Beteiligungsrechte, die das Gesetz dem Betriebsrat bisher bei der Personalplanung und deren Umsetzung einräumt, gewähren dem Arbeitgeber den erforderlichen Entscheidungsspielraum und führen ökonomisch betrachtet noch zu einer hinnehmbaren Kostenbelastung. Im Wesentlichen sind dies Informations-, Beratungs- und eingeschränkte Vorschlagsrechte. Eine Ausnahme bildet lediglich § 97 BetrVG bei tätigkeitsverändernden Maßnahmen. Insoweit besteht ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht und damit eine Entscheidungskompetenz der Einigungsstelle. Verfassungswidrig wären hingegen die insoweit vom DGB gewünschten Gesetzesänderungen. Sie würden dem Arbeitgeber aufgrund der Regelungssystematik keinen Entscheidungsspielraum mehr bei Einstellungen und Personalabbau gewähren, sondern ihn im Gegenteil im Rahmen der Beschäftigungssicherung durch einen erzwungenen Personalaufbau mit zusätzlichen Personalkosten belasten können.

### Fußnoten

---

<sup>1</sup> Raab, in: GK-BetrVG, 12. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 7.

- <sup>2</sup> Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 7; Richardi/Thüsing, 17. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 3.
- <sup>3</sup> Vgl. BAG vom 08.11.2016 – 1 ABR 64/14, NZA 2017 S. 942.
- <sup>4</sup> BAG vom 12.03.2019 – 1 ABR 43/17, NZA 2019 S. 1153.
- <sup>5</sup> Ausf. zur strategischen Betrachtung des Arbeitsrechts Kleinebrink, DB 2010 S. 2448.
- <sup>6</sup> BAG vom 08.11.2016, a.a.O. (Fn. 3).
- <sup>7</sup> Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 13; zur Unterscheidung von Anforderungsprofil und Stellenbeschreibung Kleinebrink, DB 2017 S. 113.
- <sup>8</sup> BAG vom 06.11.1990 – 1 ABR 60/89, DB 1991 S. 654.
- <sup>9</sup> Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 15; zum Einsatz von Leiharbeitnehmern BT-Drucks. 18/9232 S. 32; zu freien Mitarbeitern s. LAG München vom 16.12.2019 – 3 TaBV 90/19, s. auch BAG vom 15.12.1998 – 1 ABR 9/98, DB 1999 S. 910.
- <sup>10</sup> BAG vom 06.11.1990, a.a.O. (Fn. 8).
- <sup>11</sup> Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 14.
- <sup>12</sup> Ricken, in: HWK (Hrsg.), 10. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 8; Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 13.
- <sup>13</sup> Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 18; a.A. Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 14; Fitting, 31. Aufl. § 92 BetrVG Rn. 10.
- <sup>14</sup> Hierzu auch BAG vom 12.03.2019, a.a.O. (Fn. 4).
- <sup>15</sup> Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 19; Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 15; a.A. LAG Baden-Württemberg vom 12.07.2017 – 2 TaBV 5/16, LAGE § 92 BetrVG 2001 Nr. 1.
- <sup>16</sup> BAG vom 12.03.2019, a.a.O. (Fn. 4).
- <sup>17</sup> Schaub/Ahrendt, Arbeitsrechts-Hdb., 19. Aufl., § 230 Rn. 2 ff; die Aufteilung und Bezeichnung erfolgt allerdings nicht einheitlich; denkbar ist z.B. auch eine Unterscheidung zwischen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten, Schaub/Ahrendt, a.a.O. (diese Fn.), § 230 Rn. 21.
- <sup>18</sup> Ausf. zu den Möglichkeiten der Erweiterung der Beteiligungsrechte Fitting, a.a.O. (Fn. 13), § 87 BetrVG Rn. 6.
- <sup>19</sup> Hierzu ausf. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl.
- <sup>20</sup> BVerfG vom 30.04.2015 – 1 BvR 2274/12, NZA 2015 S. 820 sowie Kappelhoff, ArbRB 2015 S. 202; s. ausf. unter Kap. V.
- <sup>21</sup> Vgl. Schäfer/Ott, a.a.O. (Fn. 19), S. 107 ff.
- <sup>22</sup> Zur fehlenden Verpflichtung Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 31, vgl. auch BAG vom 08.11.2016, a.a.O. (Fn. 3).
- <sup>23</sup> Schaub/Ahrendt, a.a.O. (Fn. 17), § 230 Rn. 3.
- <sup>24</sup> Zu den Voraussetzungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs ausf. Ricken, a.a.O. (Fn. 12), § 102 BetrVG Rn. 84 ff.
- <sup>25</sup> Siehe z.B. BAG vom 09.07.2003 – 5 AZR 305/02, DB 2003 S. 2233.
- <sup>26</sup> BAG vom 16.01.2007 – 1 ABR 16/06, DB 2007 S. 1820; BAG vom 26.04.1990 – 1 ABR 79/89, DB 1990 S. 2378; ausf. Kleinebrink, ArbRB 2015 S. 243.
- <sup>27</sup> Ausf. Kleinebrink, ArbRB 2015 S. 243.
- <sup>28</sup> Vgl. BAG vom 20.07.2009 – 7 ABR 95/07, DB 2010 S. 176.
- <sup>29</sup> Zur Vergütung der Beisitzer der Einigungsstelle und zu arbeitgeberseitigen Möglichkeiten ihrer Begrenzung Kleinebrink, ArbRB 2017 S. 29.
- <sup>30</sup> Walker, in: Schwab/Weth, ArbGG, 6. Aufl., § 100 ArbGG Rn. 5.
- <sup>31</sup> Vgl. nur BAG vom 06.05.2003 – 1 ABR 11/02, DB 2004 S. 193 (Sozialplan).
- <sup>32</sup> Zur Stärke dieser Beteiligungsrechte und den mit ihnen verbundenen finanziellen Belastungen s.o. Kap. II.
- <sup>33</sup> Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 32; Fitting, a.a.O. (Fn. 13), § 92 BetrVG Rn. 37.
- <sup>34</sup> Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 32; Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 21.
- <sup>35</sup> BAG vom 12.03.2019, a.a.O. (Fn. 4).
- <sup>36</sup> BAG vom 12.03.2019, a.a.O. (Fn. 4).

- <sup>37</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 17.01.2006 – 5 TaBV 3/05.
- <sup>38</sup> BAG vom 08.11.2016, a.a.O. (Fn. 3).
- <sup>39</sup> BAG vom 08.11.2016, a.a.O. (Fn. 3).
- <sup>40</sup> Ricken, a.a.O. (Fn. 12), § 92 BetrVG Rn. 13; Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 30; Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 30.
- <sup>41</sup> Ricken, a.a.O. (Fn. 12), § 92 BetrVG Rn. 14; Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 32; Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 18; a.A. LAG Sachsen vom 09.12.2011 – 3 TaBV 25/10; LAG Baden-Württemberg vom 12.07.2017, a.a.O. (Fn. 15).
- <sup>42</sup> Richardi/Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), § 92 BetrVG Rn. 35.
- <sup>43</sup> BAG vom 12.03.2019, a.a.O. (Fn. 4).
- <sup>44</sup> BAG vom 22.08.2017 – 1 ABR 4/16, ArbRB 2018 S. 43; ablehnend zu Recht Groß, ArbRB Aktuell 2018 S. 37.
- <sup>45</sup> Vgl. BAG vom 19.06.2001 – 1 ABR 43/00, DB 2001 S. 2301; BAG vom 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, DB 1993 S. 888.
- <sup>46</sup> Zu den im Vorfeld denkbaren strategischen Möglichkeiten des Arbeitgebers BAG vom 27.06.1989 – 1 ABR 33/88, DB 1989 S. 2386; ausf. Kleinebrink, ArbRB 2018 S. 249.
- <sup>47</sup> BAG vom 22.05.1979 – 1 AZR 848/76, DB 1979 S. 1897.
- <sup>48</sup> Ausf. hierzu Kleinebrink, ArbRB 2009 S. 74.
- <sup>49</sup> AuR Sonderausgabe 04/2022 S. 6-74.
- <sup>50</sup> Im Ergebnis Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 92 BetrVG Rn. 9.
- <sup>51</sup> Vgl. auch Raab, a.a.O. (Fn. 1), § 2 BetrVG Rn. 9.
- <sup>52</sup> Klebe, AuR Sonderheft 04/2022 S. 5.
- <sup>53</sup> Klebe, AuR Sonderheft 04/2022 S. 5.
- <sup>54</sup> Vgl. zur vergleichbaren Rechtslage beim Interessenausgleich BAG vom 16.08.2011 – 1 AZR 44/10, ArbRB 2011 S. 368.
- <sup>55</sup> Klebe, AuR Sonderheft 04/2022 S. 5.
- <sup>56</sup> Ausf. Walker, a.a.O. (Fn. 30), § 100 BetrVG Rn. 36 ff.
- <sup>57</sup> BVerfG vom 30.04.2015, a.a.O. (Fn. 20); zum Verhältnis von Betriebsverfassung und Grundrechten des Arbeitgebers ausf. Wiese, in: GK-BetrVG, 12. Aufl., Einl. Rn. 57 ff.
- <sup>58</sup> BVerfG vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., DB 1979 S. 593.
- <sup>59</sup> Vgl. BVerfG vom 30.04.2015, a.a.O. (Fn. 20); Wiese, a.a.O. (Fn. 57), Einl. Rn. 60.
- <sup>60</sup> Schmidt, in: ErfK, 22. Aufl., Art. 10 GG Rn. 41 f.
- <sup>61</sup> BVerfG vom 30.04.2015, a.a.O. (Fn. 20).
- <sup>62</sup> Richardi/Richardi, BetrVG, 17. Aufl., Einl. Rn. 60.
- <sup>63</sup> BVerfG vom 30.04.2015, a.a.O. (Fn. 20).
- <sup>64</sup> Vgl. BVerfG vom 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 58).
- <sup>65</sup> BAG vom 31.08.1982 – 1 ABR 27/80, DB 1983 S. 453; das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde des Arbeitgebers nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG vom 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, DB 1986 S. 486.
- <sup>66</sup> BAG vom 04.03.1986 – 1 ABR 15/84, DB 1986 S. 1395.
- <sup>67</sup> So aber die Verfasser Klapp/Klebe, NZA 2022 S. 689 (693).
- <sup>68</sup> Die Entscheidungen des BAG zu Recht ablehnend Gutzeit, in: GK-BetrVG, 12. Aufl., § 87 BetrVG Rn. 319 ff., m.w.N.
- <sup>69</sup> Annuß, NZA 2022 S. 694 (697).
- <sup>70</sup> Annuß, NZA 2022 S. 694 (697).