

Erweiterte Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten

Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim

I. Beschäftigungssicherung und -förderung, § 92 a BetrVG

1. Systemfremdes Element

§ 92 a BetrVG führt die Beschäftigungssicherung und – was von der amtlichen Paragraphenüberschrift verschwiegen wird – die Beschäftigungsförderung als neues Mitwirkungsrecht im Rahmen der allgemeinen personellen Angelegenheiten ein. Systemfremd ist die allgemeine Beschäftigungsförderung, weil der Betriebsrat nicht Interessenvertretung der Arbeitslosen und Arbeitssuchenden ist¹. Betriebsverfassungskonform sollte man deshalb einen Betriebsbezug verlangen: Die Beschäftigungsförderung könnte sich dann auf solche Arbeitnehmer beziehen, die entweder ausgeschieden sind und Wiedereinstellung begehren oder die in einem befristeten Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis stehen, und für die erst Anschlussarbeit geschaffen werden soll.

Das eigentlich merkwürdige an dem Tatbestand ist seine Zuordnung zu den personellen Angelegenheiten. Denn die Beschäftigungssicherung oder -förderung ist nur das Motiv, das hinter dem Vorschlag des Betriebsrats steht. Der Gegenstand seines Vorschlagsrechts ist nur beispielhaft umschrieben und umfasst soziale Angelegenheiten wie die Arbeitszeit, personelle Angelegenheiten wie die Arbeitsorganisation und vor allem wirtschaftliche Angelegenheiten wie Ausgliederung und Fremdvergabe, ja selbst das Produktionsprogramm.

Überdies wird man sagen müssen: § 92 a BetrVG verlangt mit „der Beschäftigung“ nicht, dass die Beschäftigungsförderung die ganze Belegschaft erfasst. Der Betriebsrat kann auch Fördermaßnahmen für bestimmte Personengruppen (Frauen, Alte, Behinderte, Ausländer und Homosexuelle – und alle politisch korrekten Kombinationen) vorschlagen, um deren Beschäftigung gezielt zu sichern und zu fördern. Ausgeschlossen sind nur Vorschläge, die der Förderung einzelner Personen dienen.

Mit personellen Angelegenheiten hat das so gesehen nichts zu tun; allein das Motiv qualifiziert nicht das Mitbestimmungsrecht. Die Vorschrift zielt darauf, dass der Arbeitgeber mehr Personen beschäftigt, als er das bislang vorhat – also auf einen denkbaren Personalabbau verzichtet oder gar zusätzliche Arbeitsplätze schafft.

Mithin gehört § 92 a BetrVG entweder zu den personellen Aufgaben des Betriebsrats, wo freilich die Beschäftigungssicherung und -förderung bereits in § 80 I Nr. 8 BetrVG verzeichnet ist – oder zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten, in die Nähe des Interessenausgleiches. Denn wenn der Betriebsrat etwa das Arbeitszeitsystem so umgestalten will, dass Überstunden weniger attraktiv sind, kann er dafür schon sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 2 und 3 BetrVG nutzen. Das beschäftigungssichernde Motiv nimmt die Arbeitszeitfragen nicht aus dem Katalog des § 87 BetrVG heraus.

2. Unbegrenzter Tatbestand

Der Tatbestand ist unbeschränkt. Der Betriebsrat kann letztlich vorschlagen, was er will – es muss sich lediglich auf eine vom Unternehmen vorzunehmende Handlung beziehen. Irgendwelche Grenzen etwa dahin, dass die Unternehmenspolitik mit dem Betriebsrat nicht zu erörtern wäre, gibt es nicht. Im Gegenteil: der Gesetzgeber nennt in § 92 a I BetrVG selbst und noch ausgedehnter in der Begründung² Kostensenkungsmaßnahmen aller Art und stellt neben das Produktions- und Investitionsprogramm die Erweiterung der Produktion, die Ausdehnung der Dienstleistungen und Geschäftsfelder.

Die vom Betriebsrat vorgeschlagene Maßnahme muss sich auf die Beschäftigung im konkreten Betrieb auswirken können. Wenn ein Betriebsrat die Produktionserweiterung für einen anderen Standort vorschlägt, fehlt ihm die Zuständigkeit. Für die Qualifikation als beschäftigungssichernde oder -fördernde Maßnahme genügt es, wenn der Betriebsrat die Beschäftigungswirkung behauptet und die Behauptung nicht schlechterdings abwegig ist. Denn über die „Eignung“ soll ja gerade beraten werden. So kann etwa ein Betriebsrat von Opel – wie jetzt in der Unternehmenskrise nachträglich geschehen³ – „falsche strategische Weichenstellungen“ monieren und vorschlagen, die Modelle Zafira und Astra auf dem amerikanischen Markt einzuführen.

3. Rechtsfolge

a) *Beratungspflicht.* Der Arbeitgeber muss nunmehr⁴ den Vorschlag des Betriebsrats beraten, so wie er auch nach § 111 BetrVG Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat beraten muss. Mehr als ein ernsthaftes Zuhören und Stellungnehmen kann der Betriebsrat nicht verlangen. Der Arbeitgeber mag hierfür einen Stoiker beschäftigen. Denn der Arbeitgeber ist nicht gehalten, seine Finanz-, Investitions- und Produktionsplanung mit dem Betriebsrat ergebnisoffen zu diskutieren. § 92 a BetrVG soll kein general-klauselartiges Mitwirkungsrecht schaffen und kann schon wegen seiner systematischen Stellung keine allgemeine Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten begründen⁵.

b) *Begründungspflicht, § 92 a II BetrVG.* Jeden Arbeitgeber trifft nach § 92 a II 2 BetrVG eine Begründungspflicht dann, wenn er die Vorschläge des Betriebsrats für „ungeeignet“ hält. Die Betriebsgröße spielt nur insofern eine Rolle,

1) Dazu schon Rieble, ZIP 2001, 133 (140); Konzen, RdA 2001, 76 (91); Picker, Sonderbeilage zu RdA 2001, 258 (266, 271).

2) BT-Dr 14/5741, S. 49.

3) FAZ v. 17. 8. 2001, S. 16.

4) Dazu, dass bloße Vorschläge auch bislang schon nach § 80 BetrVG möglich waren: Buchner, NZA 2001, 379; Schiefer/Korte, NZA 2001, 85.

5) S. aber Rieble, ZIP 2001, 133 (140); Picker, RdA 2001, 258 (271) zum Zugriff auf die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit.

als die Begründung ab 100 Arbeitnehmern schriftlich erfolgen muss.

Inhaltlich kann der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein, den Vorschlag des Betriebsrats und seine möglichen Folgen betriebswirtschaftlich zu analysieren. Vielmehr umfasst die Begründungspflicht – wie bei der Betriebsratsanhörung nach § 102 I BetrVG⁶ – allenfalls die „subjektive Determination“. Der Arbeitgeber muss also höchstens seine Motive aufdecken, derentwegen er dem Vorschlag nicht folgen will, mögen diese Motive auch un schlüssig, unsachlich oder unvernünftig sein.

Aus dem Wort „ungeeignet“ hat *Annuß* die weitergehende Einschränkung erwogen, dass der Arbeitgeber immer dann nicht begründen müsse, wenn er den Vorschlag aus anderen Gründen als der fehlenden Eignung zurückweist⁷. Dass dies nicht den Intentionen des Gesetzgebers entspreche⁸, ist bloße Vermutung. Denn in der Begründung ist wiederum davon die Rede, dass der Arbeitgeber die Vorschläge für „nicht geeignet“ zum angestrebten Beschäftigungszweck hält. Wenn der Gesetzgeber einen juristischen Terminus wie den der fehlenden Eignung (im Unterschied zur fehlenden Erforderlichkeit oder Proportionalität als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) wählt, muss er sich daran festhalten lassen. Die Auffassung, dass der Arbeitgeber jede Zurückweisung begründen müsse⁹, ersetzt die Worte „Hält der Arbeitgeber die Vorschläge für ungeeignet“ durch „... für un zweckmäßig“. Das aber ist etwas ganz anderes. Mir scheint, der Gesetzeswortlaut ist einmal mehr klüger als seine Autoren: Den Betriebsrat hat allein die von ihm erhoffte Beschäftigungswirkung der vorgeschlagenen Maßnahme zu interessieren. Ob die Maßnahme unternehmenspolitisch sinnvoll ist, in die Konzernstrategie passt, finanzpolitisch vertretbar ist, dafür fehlt dem Betriebsrat die Kompetenz. Wenn etwa Opel die Markteinführung in Nordamerika für un zweckmäßig hält, weil „der Aufwand für ein Händlernetz und die Werbekampagne für die Marke Opel ... viel zu hoch“ seien¹⁰, muss das nicht ausgeführt oder gar betriebswirtschaftlich analytisch begründet werden. Ob DaimlerChrysler mit dem Smart eine neue Marke kreiert oder nicht ist eine unternehmerische Entscheidung, die das Unternehmen auch ohne Rücksicht auf die Beschäftigung treffen darf. Schlägt der Betriebsrat vor, die gerade erst aufgegebenen Hausgeräteproduktion wieder aufzunehmen, darf das Unternehmen das für un zweckmäßig halten, ohne eine Begründung abzugeben. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nicht begründen, welche Fertigungstiefe betriebswirtschaftlich zweckmäßig ist. Denn für die Unternehmensstrategie sind eine Vielzahl von Faktoren maßgeblich, von denen die Beschäftigungswirkung nur eine ist. Wenn also der Betriebsrat eine unternehmenspolitische Entscheidung einfordert, dann schuldet der Arbeitgeber meines Erachtens gar keine Begründung, wenn er den Vorschlag im Rahmen seines unternehmerischen Konzepts für unzureichend hält.

Nur dann, wenn der Arbeitgeber den Vorschlag des Betriebsrats wegen seiner fehlenden Beschäftigungswirkung im Betrieb ablehnt, also wegen der fehlenden Eignung, kann von ihm eine Begründung verlangt werden. Freilich gilt auch das nur für die letzte Stufe, der konkreten Beschäftigungswirkung. Glaubt der Arbeitgeber, dass eine Preisoffensive keinen Nachfrageschub und von vornherein deshalb keine Beschäftigungswirkung auslöst, so ist er für diese Gütermarkteinschätzung nicht begründungspflichtig. Der Arbeitgeber kann dementsprechend auf den Vorschlag des Betriebsrats auch antworten, dass dieser Vorschlag zwar womöglich beschäftigungsfördernd sei, er aber gleichwohl nicht wolle. Dann greift keine Begründungspflicht.

Praktisch heißt das, dass die Begründungspflicht bei Vorschlägen für die Produktions-, Absatz- und Preispolitik sowie die Investitionsplanung weithin leer läuft (was sinnvoll ist). Bedeutsam wird die Begründungspflicht dagegen bei arbeitsorganisatorischen Konzepten, etwa für Arbeitszeitkonten, den Abbau von Überstunden oder Teilzeitkonzepten. Hier hat der Betriebsrat eine Sachkompetenz; hier kann eine Begründungspflicht zur Transparenz der Auseinandersetzung beitragen.

c) *Begründung nur auf Anfordern*. Die Begründungspflicht ist zunächst eine bloße und lästige Förmelerei. Denn derjenige Arbeitgeber, der die Beratungspflicht ernst nimmt, hat sich mit dem Vorschlag des Betriebsrats bereits auseinandergesetzt. Der Betriebsrat kann in der Beratung erkennen, weshalb der Arbeitgeber seinem Vorschlag nicht oder nur eingeschränkt folgen will. Das Gebot schriftlicher Begründung ab 100 Arbeitnehmern verletzt zudem das Prinzip der Waffengleichheit. Der Betriebsrat muss noch nicht einmal seinen Vorschlag zur Beschäftigungssicherung oder -förderung schriftlich äußern. Ebenso wenig muss er den Beschäftigungssicherungsvorschlag (schriftlich) begründen.

Wegen dieses Charakters als bloße Förmelerei kann man den Arbeitgeber nicht für verpflichtet halten, im Anschluss an die Beratung von sich aus eine schriftliche Begründung abzuliefern. Dem Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit entspricht es, dass der Betriebsrat seinen Wunsch nach einer „förmlichen Absage“ seines Vorschlags geltend macht und erst dadurch die gesonderte Begründungspflicht ausgelöst wird. Zwar fehlt in § 92 a II BetrVG ein „auf Verlangen“ des Betriebsrats (vgl. § 80 II 2 BetrVG). Doch gilt, was im Schuldrecht gang und gebe ist, auch hier: Den Gläubiger trifft die Last, den eigenen Anspruch geltend zu machen.

d) *Tendenzschutz*. In Tendenzunternehmen kann § 92 a BetrVG nach § 118 I BetrVG uneingeschränkt nur für das Vorschlagsrecht greifen. Eine Beratungs- und Begründungspflicht ist aber nur dort denkbar, wo es um arbeitsorganisatorische Elemente ohne jeden Tendenzbezug geht. Ist aber das Programm des Tendenzträgers berührt, gibt es keine Beratungspflicht und erst recht keine Begründungspflicht. So muss ein juristischer Fachverlag mit dem Betriebsrat keinesfalls diskutieren, ob man auch Belletristik verlegen soll, weil das die Beschäftigung sicherte oder förderte. Dagegen wäre der Vorschlag des Betriebsrats, Reinigungsarbeiten im Verlagshaus nicht fremdzuvergeben, ohne Tendenzbezug.

e) *Völlzug und Sanktion*. Der Arbeitgeber kann vom Betriebsrat im Wege des Leistungsantrages zur Erfüllung der Beratungs- und der Begründungspflicht angehalten werden. Bei häufigen und schweren Verstößen kommt zudem eine Sanktion nach § 23 III BetrVG in Betracht.

f) *Kein Unterlassungsanspruch*. § 92 a BetrVG ist nicht auf vom Arbeitgeber geplante Handlungen zugeschnitten und kann deshalb auch keinen Unterlassungsanspruch auslösen. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber eine konkrete Maßnahme plant, die mit den Vorschlägen des Betriebsrats in Widerspruch steht. Keinesfalls muss der Arbeitgeber konkrete Unternehmensplanungen zurückstellen, bis der Betriebsrat alles ausdiskutiert hat.

Denn andernfalls könnte der Betriebsrat sich einen allgemeinen Unterlassungsanspruch dadurch verschaffen, dass er

6) Etwa BAG (11. 7. 1991), NZA 1992, 38 = AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972; BAG (22. 9. 1994), NZA 1995, 363 = AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972; BAG (15. 11. 1995), NZA 1996, 419 = AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972.

7) *Annuß*, NZA 2001, 368.

8) *Annuß*, NZA 2001, 368.

9) So wohl *Blanke/Rose*, RdA 2001, 92 (103).

10) FAZ v. 17. 8. 2001, S. 16.

etwas vorschlägt, was den Unternehmensplanungen zuwiderläuft. Weiß der Betriebsrat etwa von einer geplanten Preiserhöhung, so bräuchte er nur eine – beschäftigungssichernde – Preissenkung vorzuschlagen. Das kann nicht heißen, dass der Arbeitgeber seine Preiserhöhung erst umsetzen darf, wenn der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat beraten und seine Ablehnung begründet hat.

Sowenig der Betriebsrat die Unterlassung von betriebsbezogenen Maßnahmen verlangen kann, sowenig kann er vom Arbeitgeber die Unterlassung einer Kündigung fordern. § 92 a BetrVG ändert nichts daran, dass die Kündigung nach § 102 BetrVG nicht mitbestimmungspflichtig ist, selbst wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers (aufgrund des Betriebsratsvorschlags) möglich erscheint (siehe noch II 2 d).

4. Durchsetzbarkeit freiwilliger Betriebsvereinbarungen?

Die eigentliche Gefahr droht hier wie sonst auch von freiwilligen Betriebsvereinbarungen: Stimmt der Arbeitgeber den Vorschlägen des Betriebsrats zu, kommt es etwa zu einer „Standortsicherungsvereinbarung“, in der der Arbeitgeber ein gewisses Investitionsvolumen, Vertriebsmaßnahmen, eine Preissenkung etc. zusagt, so ist dies keine verbindliche Betriebsvereinbarung. Denn sie betrifft ihrem Gegenstande nach ausschließlich wirtschaftliche und keine sozialen Angelegenheiten i. S. von § 88 BetrVG, der ja gerade durch die Novelle erweitert worden ist, ohne dass die Beschäftigungssicherung dabei berücksichtigt worden wäre¹¹. Unternehmerische Verhaltensweisen insbesondere auf den Gütermärkten – wie Produkt- und Preispolitik – sind keine Arbeitsbedingungen und können mithin nicht verbindlich vereinbart werden. Wer anders entscheidet, müsste die Mitglieder des Betriebsrats dann auch wegen ihrer Einflussnahme auf die Geschäftsführung haften lassen (vgl. §§ 308 ff. AktG): Die Unternehmensleitung würde so der Eigenverantwortung enthoben und könnte sich hinter der Standortvereinbarung „verschanzen“, hinter dem Betriebsrat verstecken.

Das BetrVG lässt beschäftigungssichernde Vereinbarungen nur als Interessenausgleich mit der nur sehr beschränkten Verbindlichkeit nach § 113 BetrVG zu. Auch ein Interessenausgleich kann aber nur den Verzicht oder die Einschränkung der Betriebsänderung regeln und nicht Investitionen vorgeben etc. Meines Erachtens lässt sich einer Standortvereinbarung, die inhaltlich kein Interessenausgleich ist, gar keine Wirkung zusprechen. Selbst wenn der Arbeitgeber „beschäftigungssichernd“ zusagt, keinen Personalabbau vorzunehmen, ist das kein Interessenausgleich. Das BAG hat zu Recht ausgesprochen, dass es einen vorsorglichen Interessenausgleich (anders als den vorsorglichen Sozialplan) nicht geben kann¹²; das Verfahren der §§ 111 f. BetrVG muss insofern situationsbezogen durchgeführt werden. Dann aber kann auch eine solche Beschäftigungssicherungsvereinbarung keine Wirkung haben.

Deswegen ist auch die hübsche Idee, wegen § 92 a BetrVG seien betriebliche Bündnisse für Arbeit anders zu bewerten¹³, nicht tragfähig: § 92 a BetrVG ist keine Grundlage für betriebliche Regelungen und damit erst Recht kein Argument für eine Neukonturierung des Günstigkeitsprinzips.

Selbst unverbindliche Absprachen von Arbeitgeber und Betriebsrat werden kartellrechtliche Folgeprobleme aufwerfen, wenn mehrere Unternehmen ein über die Betriebsräte abgestimmtes Verhalten an den Tag legen¹⁴. So könnten Betriebsräte versucht sein, parallel „beschäftigungssichernde“ Preiserhöhungen bei Konkurrenten durchzusetzen – weil sonst der Wettbewerb den Preiserhöher und seine

Arbeitnehmer strafen würde. Betriebsräte könnten auch auf die Idee kommen, ein nicht freigestelltes Strukturkrisenkartell i. S. von § 6 GWB auf dem Umweg des § 92 a BetrVG zu installieren. § 92 a BetrVG befreit aber nicht vom Verbot abgestimmten Verhaltens oder vom Empfehlungsverbot (§§ 1, 22 GWB) und schränkt auch das Kartellamt in seinen Befugnissen nicht ein.

5. Wechselwirkungen

a) *Umweltschutz*. Im Rahmen von § 92 a BetrVG hat der Gesetzgeber in der Begründung selbst darauf hingewiesen, dass „umweltbewussteres Produzieren“ ein Element der Beschäftigungssicherung – sprich ein Vorschlag i. S. von § 92 a BetrVG sein kann¹⁵. Denn ein verbessertes Umweltimage könnte die Nachfrage erhöhen! Der Betriebsrat kann also versuchen, die schwachen Rechtsfolgen des § 89 BetrVG dadurch zu überwinden, dass er hierher ausweicht. So könnte der Betriebsrat nach § 92 a BetrVG vorschlagen, dass der Arbeitgeber sich freiwillig dem EU-Umweltauditing nach der EG-VO 761/2001 unterzieht, was weitere Beteiligungsrechte nach sich zöge¹⁶. Und so kann er vorschlagen, dass der Arbeitgeber nunmehr „grünen Strom“ bezieht (Mix it!) oder besser noch: Solarzellen auf dem Fabrikdach anbringt.

b) *Interessenausgleich*. Starke Wechselwirkungen entfaltet § 92 a BetrVG zuerst mit dem Interessenausgleich: Denn auch dem Interessenausgleich geht es um Beschäftigungssicherung. § 92 a BetrVG greift aber ohne jede Voraussetzung: Der Betriebsrat kann hier im Vorfeld einer nur angeordneten Betriebsänderung, die noch nicht das Planungsstadium erreicht hat, versuchen, den Arbeitgeber mit betriebswirtschaftlichen Konzepten zu beeinflussen. Dabei kann es insbesondere um das „Insourcing“ bislang fremdvergebener Arbeiten gehen. Betriebsräte werden versuchen, das Informationsrecht des § 80 II 1 Halbs. 2 BetrVG zu erstrecken auf alle Personen, die im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen tätig sind und auf deren Vertragsbedingungen. Denn nur mit Hilfe der Preise lässt sich doch der Vorstoß eines „Insourcing“ erwägen. Das schießt über das Ziel hinaus, weil jenes Informationsrecht auf Personen zielt, die des betriebsrätlichen Schutzes bedürfen, vor allem also der Leiharbeiter. Zu welchen Vertragsbedingungen der Arbeitgeber Leistungen einkauft, geht den Betriebsrat nichts an. Er hat kein allgemeines Informationsrecht über Lieferanten und Dienstleister und deren Vertragsbedingungen.

Da der Arbeitgeber in beiden Fällen zur Beratung verpflichtet ist, kommt es – soweit es um die Beschäftigungssicherung geht – nicht mehr darauf an, ob eine Betriebsänderung geplant ist. Beraten muss der Arbeitgeber stets. Freilich gibt es einen merkwürdigen Unterschied bei der Arbeitsamthilfe: Beim Interessenausgleich kann nur der Präsident des Landesarbeitsamtes unterstützend hinzugezogen werden (§ 112 II 3 BetrVG); im Rahmen von § 92 a BetrVG genügt dagegen ein einfacher Vertreter des Arbeitsamtes oder des Landesarbeitsamtes.

Auf der anderen Seite kann der Betriebsrat versuchen, die Begründungspflicht des § 92 a II für die Betriebsänderung nutzbar zu machen: Einmal kann der Betriebsrat Vorschläge, die er im Rahmen des Interessenausgleichsverfahrens

11) So auch Löwisch, BB 2001, 1794.

12) BAG (19. 1. 1999), NZA 1999, 949 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 28 = DB 2000, 231.

13) So jetzt Hähnlein, DB 2001, 2098.

14) Zur Einschränkung des Wettbewerbs durch unternehmensübergreifende Betriebsratsarbeit bereits Rieble, ZIP 2001, 133 (138); zust. Piker, RdA 2001, 258 (291).

15) BT-Dr 14/5741, S. 49.

16) ABIEG Nr. L 114, S. 1 ff. Dazu Löwisch, BB 2001, 1793.

rens macht, als solche nach § 92 a BetrVG bezeichnen, so dass den Arbeitgeber bei einer echten Konkurrenz der Mitbestimmungsrechte zusätzlich die Begründungspflicht des § 92 a II BetrVG träge; zugleich könnte der Betriebsrat versucht sein, für die Bewertung der Antwort des Arbeitgebers den Interessenausgleichsberater des § 111 2 BetrVG einzuschalten.

Ich halte freilich in der Situation einer Betriebsänderung das Verfahren der §§ 111, 112 BetrVG für rechtlich vorrangig: Der Betriebsrat kann bei der Diskussion einer Betriebsänderung nicht zugleich auf § 92 a BetrVG zugreifen.

c) *Kündigungsschutz*. Beschäftigungssichernde oder -fördernde Vorschläge des Betriebsrats und die Reaktion des Arbeitgebers hierauf haben richtigerweise keine Folge für den individualarbeitsrechtlichen Kündigungsschutz. Verstöße gegen die Beratungspflicht machen Kündigungen nicht unwirksam. Eine solch weitgreifende Folge müsste im Gesetz ausdrücklich angeordnet sein¹⁷; sie wäre verfassungsrechtlich höchst angreifbar, weil es sich letztlich um eine Privatstrafe für Diskussionsverhalten handelte.

Wiewohl also betriebsverfassungsrechtlich keine Folgewirkung eintritt, muss der Arbeitgeber doch befürchten, dass ihm Fehler im Rahmen von § 92 a BetrVG kündigungsrechtlich schaden. Die neuere Rechtsprechung des 2. Senats zum Erfordernis unternehmerischer Personal-konzepte und zur Plausibilitätsprüfung von Unternehmerentscheidungen¹⁸ kann nicht heißen, dass eine Unternehmerentscheidung mit Personal-konzept deswegen nicht „nachvollziehbar“ ist, weil eine Beratung mit dem Betriebsrat unterblieben oder eine geforderte Begründung ausgeblieben ist. Nur ganz ausnahmsweise kann das ultima-ratio-Prinzip den Arbeitgeber dazu anhalten, vor einer Kündigung auf einen Betriebsratsvorschlag einzugehen¹⁹. In aller Regel fallen die von § 92 a BetrVG erfassten Vorschläge in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Das gilt nicht nur für marktbezogene Entscheidungen, sondern auch für die Ausgestaltung der Arbeitsorganisation. Das zeigt gerade der vergleichbare Fall der Kurzarbeit²⁰: Sie kann keinen generellen Vorrang vor der Kündigung haben, weil kein Arbeitsrichter und kein Betriebsrat dem Unternehmer das Prognoserisiko abnehmen kann, ob der Personalbedarf auf Dauer oder vorübergehend reduziert ist. Eine Fehlentscheidung kann ihrerseits viel mehr Arbeitsplätze kosten, als sie sichern sollte.

Wenn der Arbeitsrichter in Gemeinschaft mit dem Betriebsrat dem Arbeitgeber auf dem Umweg über den Kündigungsschutz Vorschriften über Unternehmensziele, Arbeitsorganisation und vieles Beschäftigungsrelevante mehr machen soll, muss über die Haftung von Betriebsräten und Arbeitsrichtern nachgedacht werden.

Gleichwohl ist der Arbeitgeber gut beraten, wenn er auf Vorschläge des Betriebsrats nicht zuviel an ablehnender Begründung sagt. Der Arbeitgeber sollte stets nur negativ zu dem Vorschlag des Betriebsrats Stellung nehmen und nicht positiv beschreiben, welches seine eigenen Ziele und Pläne sind. Denn hieran könnte er womöglich gemessen werden.

II. Betriebliche Qualifizierung

1. Feststellung des Berufsbildungsbedarfs nach § 96 I 2 BetrVG

a) *Begriff der Berufsbildung*. Erstmals ist der Arbeitgeber verpflichtet, den – betrieblichen – Bedarf an berufsbildenden Maßnahmen dem Betriebsrat mitzuteilen. Bei dieser Größe handelt es sich um einen Ausschnitt aus der Personalplanung, genauer: der Personalentwicklungsplanung. Während der Arbeitgeber aber nach § 92 BetrVG zur Personalplanung nicht verpflichtet ist, sondern den Betriebsrat

nur über diejenige Planung zu unterrichten hat, die er vorgenommen hat²¹, kann der Arbeitgeber hier erstmals zu einem Planungsakt gezwungen werden.

Mit „Berufsbildung“ ist wie bisher schon nicht etwa nur die Berufsausbildung gemeint, sondern der gesamte Bereich der beruflichen Bildung – innerhalb und außerhalb des BBiG²².

Die Vorschrift spricht nach wie vor nicht von der betrieblichen Berufsbildung. Mithin kommt es nicht darauf an, ob der Bedarf durch betriebliche oder außerbetriebliche Bildungsmaßnahmen zu decken ist. Das ist auch richtig, weil es sich hier nur um die Bedarfsplanung und nicht um die Deckung des einmal festgestellten Bedarfs handelt. Immer aber muss es sich um berufliche Bildung handeln, also diejenige Bildung, die auf die Verbesserung der allgemeinen beruflichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers zielt. Keine Berufsbildung ist nach allgemeiner Meinung die reine Arbeitsunterweisung in den konkreten Arbeitsplatz (vgl. § 81 I und II BetrVG)²³.

b) *Planung*. Jeder Bedarf wird durch Abgleich des Sollgegenüber dem Ist-Zustand festgestellt. Sollzustand ist derjenige Bildungsstand, der für die weitere Tätigkeit des Betriebs erforderlich ist. Damit fängt das Problem bereits an: Denn welcher Bildungsstand künftig im Betrieb erforderlich ist, hängt doch von anderen Unternehmensplanungen ab, von der Investitionsplanung, der Produktionsplanung etc. Erst wenn der Arbeitgeber die gesamte Unternehmensplanung vollzogen hat, kann er daraus eine Personalplanung, eine Personalbedarfsplanung und schließlich eine Bildungsplanung ableiten²⁴.

§ 96 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber also erstmals zur Berufsbildungsplanung. Ob der Arbeitgeber dagegen eine Personalplanung durchführt, ist ihm nach § 92 BetrVG nach wie vor freigestellt. Dieser Widerspruch lässt sich nicht etwa dahin auflösen, dass § 96 I 1 BetrVG die berufsbildungsbezogene Förderpflicht in den Zusammenhang der Personalplanung stellt. Das heißt nur, dass der Betriebsrat die Planungskompetenz des Arbeitgebers nicht hintertreiben darf²⁵. Nur soweit es eine Personalplanung überhaupt gibt, kann der Arbeitgeber diesen Vorrang geltend machen. Liegt keine Personalplanung vor, greift weder der Vorrang nach Abs. 1 S. 1 noch ist der Planungsanspruch nach Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen. Umgekehrt lässt sich aus § 96 I 2 BetrVG keine Pflicht zur Personalplanung ableiten, schon wegen § 92 II BetrVG.

Dass § 96 BetrVG den Arbeitgeber zur Bildungsplanung verpflichtet, heißt aber nicht, dass er eine umfassende Un-

17) Wie hier *Bauer*, NZA 2001, 379; *Schiefer/Korte*, Das neue Betriebsverfassungsgesetz (2001), § 92 a Rdnr. 182.

18) BAG (17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99), NZA 1999, 1098 = NJW 2000, 381 und die Parallelentscheidung (17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98), NZA 1999, 1095 = NJW 2000, 378; dazu etwa *Quecke*, DB 2000, 2429; *Rieble*, Anm. zu BAG, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nrn. 101 und 102; *Zepter*, DB 2000, 474; *Boeddinghaus*, AuR 2001, 8.

19) S. *Löwisch*, BB 2001, 1794.

20) Richtig *Löwisch*, in: Festschr. f. Wiese (1998), S. 249 ff.

21) Etwa *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl. (1998), § 92 Rdnr. 19; *Kraft*, in: GK-BetrVG, 6. Aufl. (1998), § 92 Rdnr. 20; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 20. Aufl. (2000), § 92 Rdnr. 22; *Heinze*, Personalplanung, Rdnr. 40.

22) Hierzu insgesamt *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. FuBn. 21), § 96 Rdnr. 3 ff.

23) S. nur BAG (10. 2. 1988), NZA 1988, 549 = AP Nr. 5 zu § 98 BetrVG 1972; BAG (28. 1. 1992), NZA 1992, 707 = AP Nr. 1 zu § 96 BetrVG 1972; *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. FuBn. 21), § 96 Rdnr. 9, 11 f.; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. FuBn. 21), § 96 Rdnr. 14; *Buschmann*, in: *Däubler/Küttner/Klebe*, BetrVG, 7. Aufl. (2000), § 96 Rdnr. 9; *Franzen*, NZA 2001, 867.

24) Eingehend zu den betriebswirtschaftlichen Planungsaspekten: umfassend RKW (Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft, Hrgs.), Hdb. Personalplanung, 3. Aufl. (1996).

25) *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. FuBn. 21), § 96 Rdnr. 19, 20.

ternehmensplanung schuldet. Das kann ein Mittelständler nicht leisten und das ist auch nicht Sinn der Vorschrift. Es geht vielmehr darum, dass der Arbeitgeber den Bildungsbedarf aus seiner Sicht „skizziert“, insbesondere geplante Maßnahmen aufzeigt, die einen speziellen Bildungsbedarf auslösen, wie die Einführung eines neuen CAD/CAM-Programms. Zur Bildungsplanung gehört also nicht die Darlegung, welche unternehmerischen Entscheidungen sich „irgendwie“ auf den Bildungsbedarf auswirken könnten.

Insofern ist die Berufsbildungsplanung des § 96 I BetrVG eine Vorstufe zum Mitbestimmungsrecht nach § 97 II BetrVG. Sieht der Arbeitgeber keinen Anlass für Bildungsmaßnahmen, lautet seine Planung: „Bildungsbedarf Null“.

Dieser Soll-Zustand muss mit dem Ist-Zustand abgeglichen werden. Auf der Ist-Seite steht aber nicht nur der aktuelle Personalbestand mit seinem aktuellen Qualifikationsniveau. Der Arbeitgeber muss vielmehr – jede Planung ist zukunftsbezogen – in den Ist-Personalbestand die erwartbare Fluktuation einrechnen, also den Abgang qualifizierter und den Zugang womöglich nicht hinreichend qualifizierter Arbeitnehmer.

§ 96 BetrVG definiert keinen Planungszeitraum. Damit ist der Arbeitgeber frei, ob er seine Bildungsplanung auf ein halbes oder ein ganzes Jahr bezieht oder einen anderen Zeitraum wählt.

Der Bildungsbedarf ist keine „objektiv feststellbare Größe“. Schon die Planungshoheit des Arbeitgebers als Entscheidungsfreiheit bedingt, dass er den Berufsbildungsbedarf festlegt. Er kann sich etwa entscheiden, ein etwaiges Bildungsbedürfnis zu ignorieren und den Betrieb mit dem derzeitigen Kenntnisstand der Belegschaft weiterzuführen. Es gibt kein Rechtsprinzip, wonach der Arbeitgeber den Bildungsstand seiner Belegschaft „optimieren“ müsste. Zudem lässt sich dem Gesetz kein eindeutiges Planungsverfahren entnehmen. Die Betriebswirtschaftslehre kennt verschiedene Personalplanungsverfahren. Neben intuitiven Verfahren – von der Schätzung über die Stellenplanmethode bis zur Netzplantechnik – stehen arbeitswissenschaftliche – wie das REFA-Verfahren – und mathematisch-statistische Methoden zur Verfügung²⁶.

Der Betriebsrat hat nach § 96 BetrVG kein Recht auf Mitwirkung an der Planung. § 96 I 2 BetrVG legt die Bedarfsermittlung ausschließlich in die Kompetenz des Arbeitgebers, nicht anders als dies nach § 92 I BetrVG für die Personalplanung der Fall ist²⁷. Der Betriebsrat kann nur verlangen, dass die einmal vollzogene Planung mit ihm beraten wird. Im Übrigen kann der Betriebsrat nur nach § 97 II BetrVG „maßnahmebezogen“ mitbestimmen, aber nicht nach § 96 BetrVG „planungsbezogen“. So gesehen ist die Änderung des § 96 BetrVG nur redaktionell.

Ähnlich wie bei der Personalplanung stellt sich auch hier die Frage, ob der Arbeitgeber den Betriebsrat neben der Bildungsplanung auch über die Wechselwirkungen und Zusammenhänge mit der Unternehmensplanung unterrichten muss und insofern auch zur Beratung verpflichtet ist. Diese Frage ist richtig zu verneinen, weil für die – beratungsfreie (!) – Information in wirtschaftlichen Angelegenheiten der Wirtschaftsausschuss vorgesehen ist – gerade soweit diese Auswirkungen auf die Personalplanung und damit auch auf die Bildungsplanung hat (§ 106 II BetrVG). Der Wirtschaftsausschuss hat seinerseits den Betriebsrat zu unterrichten (§ 108 IV BetrVG). Das früher vorgebrachte Argument, nur der Wirtschaftsausschuss habe eine unternehmensbezogene Zuständigkeit, wohingegen der Wirkungskreis des Betriebsrats auf den Betrieb und damit auf arbeitsorganisatorische statt unternehmerische Fragen ausgerichtet ist²⁸, lässt sich wegen § 92 a BetrVG so nicht aufrechterhalten.

Streiten lässt sich allenfalls darüber, ob der Arbeitgeber dem Betriebsrat über die für die Personalplanung maßgeblichen Planungsdaten, also die Ergebnisse der Unternehmensplanung berichten muss. Auch hierfür ist der Wirtschaftsausschuss zuständig, mit dem das „Produktions- und Investitionsprogramm“ nach § 106 III Nr. 3 BetrVG zu erörtern ist und der dann seinerseits diese Daten an den Betriebsrat weitergibt. Der 1. Senat hat gerade erst die Informationspflicht gegenüber dem Wirtschaftsausschuss gestärkt²⁹. Die Frage ist mithin zu verneinen³⁰.

2. Qualifizierungsmitbestimmung nach § 97 II BetrVG

a) *Systematische Einordnung.* Im Schuldrecht des BGB gilt der allgemeine Grundsatz, dass jeder Schuldner für die eigene Leistungsfähigkeit selbst verantwortlich ist. Im Arbeitsrecht ist das nicht anders. Die Verantwortung für den eigenen Bildungsstand und damit die berufsbildungsbezogene Arbeitsfähigkeit liegt – richtigerweise – beim Arbeitnehmer. § 2 II SGB III bringt das sehr klar zum Ausdruck: „Die Arbeitnehmer haben bei ihren Entscheidungen verantwortungsvoll deren Auswirkungen auf ihre beruflichen Möglichkeiten einzubeziehen. Sie sollen insbesondere ihre berufliche Leistungsfähigkeit den sich ändernden Anforderungen anpassen“³¹. Auch das „JobAqtivgesetz“ ändert an dieser Eigenverantwortung des Arbeitnehmers nichts, verschiebt sie nur in einen § 2 III SGB III („Anpassung der beruflichen Leistungsfähigkeit an sich ändernde Anforderungen“).

Bislang schon bindet § 81 IV 1 und 2 BetrVG den Arbeitgeber insofern in die Eigenverantwortung des Arbeitnehmers ein, als der Arbeitnehmer dann, wenn sich

1. infolge von Arbeitgebermaßnahmen, die ihrerseits auf der Planung von technischen Anlagen, von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen oder der Arbeitsplätze
2. Auswirkungen auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers ergeben und

3. dessen beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung der Arbeitsaufgaben nicht ausreichen

ein Recht auf Erörterung hat, wie seine beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten angepasst werden können. Damit korrespondiert die Beratungspflicht des Betriebsrats nach § 90 II BetrVG. Nunmehr soll der Betriebsrat durch ein echtes Mitbestimmungsrecht mit Initiativrecht in die Lage versetzt werden, zu Gunsten der Arbeitnehmer die Einführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen durchzusetzen.

b) Tatbestand

aa) *Betriebsbezogene tätigkeitsverändernde „Maßnahme“ des Arbeitgebers.* Der Regierungsentwurf knüpfte das Mitbestimmungsrecht – in Übereinstimmung mit § 81 IV BetrVG – noch daran, dass der Arbeitgeber „technische Anlagen, Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe“ ändert³².

26) Hierzu *Oechler*, Personal und Arbeit, 6. Aufl. (1997), S. 114 ff.; Handwörterbuch des Personalwesens, 2. Aufl. (1992), S. 1354 ff.

27) *Richardi* (o. Fußn. 21), § 96 Rdnrn. 10, 11; *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 21), § 96 Rdnrn. 26, 28; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 21), § 96 Rdnr. 41; *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), § 343 Rdnr. 6.

28) Etwa *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 21), § 92 Rdnr. 9; *Heinze* (o. Fußn. 21), Rdnr. 43; *Windbichler*, ArbeitsR im Konzern, 1989, S. 549.

29) BAG (11. 7. 2000), NZA 2001, 402 = EzA § 109 BetrVG 1972 Nr. 2.

30) Anders für § 92 BetrVG aber BAG (19. 6. 1984), NZA 1984, 329 = EzA § 92 BetrVG 1972 Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 92 BetrVG 1972; *Kraft* (o. Fußn. 21), § 92 Rdnr. 25; wie hier *Schneider* (o. Fußn. 23), § 92 Rdnr. 32.

31) Hierzu *Gagel/Bepler*, SGB III, § 2 Rdnrn. 17, 26 ff.; *Niesel*, SGB III (1998), § 2 Rdnr. 1; s. dazu auch BT-Dr 13/4941, S. 154; vgl. ferner *Löwisch*, NZA 1998, 729.

32) BT-Dr 14/5741, S. 15.

Daraus hat der Ausschuss – ohne nähere Begründung – die uferlose „Maßnahme“ des Arbeitgebers gemacht, die die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert. Vom Wortlaut her kann „tätigkeitsverändernde Maßnahme“ alles sein – jede zielgerichtete Handlung des Arbeitgebers. Grammatisch lässt sich nur sagen, dass die Maßnahme ein positives Tun des Arbeitgebers sein muss. Bloße Unterlassungen genügen nicht. Dementsprechend kann der Betriebsrat auch keine Qualifikationsdefizite aufgreifen, die bei den Arbeitnehmern „von selbst“ entstehen, etwa durch bloßes Altern werden oder infolge eines Erziehungsurlaubes³³.

Auf sicherem Boden befindet man sich, wenn solche technischen Anlagen, Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe geändert werden, die Maßnahme also technisch-organisatorischen Charakter i. S. von § 81 IV BetrVG hat. Aber ist darüber hinaus schon jede Versetzung „Maßnahme“ im Sinne dieser Vorschrift, womöglich schon jede Ausübung des Direktionsrechts? Daran mag man denken, wenn einem Arbeitnehmer eine komplexere Arbeitsaufgabe zugewiesen wird. Oder: Muss die Maßnahme womöglich gar nicht diejenigen Arbeitnehmer treffen, um deren Bildung es geht, so dass die Kündigung eines Arbeitnehmers unter Umständen eine Qualifikationsnotwendigkeit bei den übrigen Arbeitnehmern erzeugt?

Gerade wegen seiner Uferlosigkeit muss das Tatbestandsmerkmal „Maßnahme“ funktional verstanden werden. Das Mitbestimmungsrecht des § 97 II BetrVG muss – wie sonst auch – die bloße Erfüllung der Arbeitspflicht, also das Arbeitsverhalten³⁴ unberührt lassen. Arbeitsweisungen und die aus ihnen resultierende Einweisungsnotwendigkeit rechnen nicht hierher – auch weil die Einweisung keine betriebliche Bildung ist³⁵. Insofern bewendet es individualarbeitsrechtlich dabei, dass zu den Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers eine Einweisung in die Arbeit am konkreten Arbeitsplatz und ggf. auch eine technische Einweisung in den Umgang mit Maschinen gehört. Mitbestimmungspflichtig ist das nicht.

Eine weitere – entscheidende – Einschränkung lässt sich über den kollektiven oder den Betriebsbezug der Maßnahme bewirken. Wiewohl § 97 II BetrVG nicht zu den sozialen, sondern zu den personellen Angelegenheiten rechnet, will *Franzen*³⁶ den kollektiven Tatbestand der sozialen Angelegenheiten³⁷ hierher übertragen, um individuelle Bildungsbedürfnisse auszublenden. Das ist in der Begründung zweifelhaft, weil die Berufsbildung zu den allgemeinen personellen Angelegenheiten gehört und über § 96 eng mit der Personalplanung des § 92 BetrVG verknüpft ist. Der Gedanke trägt gleichwohl, weil die personelle Angelegenheit allgemein sein muss, also überindividuell. Anders gewendet: „Betriebliche Berufsbildung“ setzt einen Betriebsbezug auch auf der Tatbestandsseite der Maßnahme voraus. Demgemäß spricht § 97 II BetrVG die betroffenen Arbeitnehmer als Mehrzahl an.

Es ist nicht Aufgabe des Betriebsrats, im Rahmen der personellen Angelegenheiten einem einzelnen Arbeitnehmer mit einem individuellen Bildungsbedürfnis im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens beizustehen. Nimmt man den Gesetzgeber ernst, dann muss das neue Bekenntnis zur „Selbständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer“ in § 75 II 2 BetrVG auch heißen, dass individuelle Bildungs- und Qualifizierungsbedürfnisse nicht zum kollektiven Mitbestimmungsverfahren führen, sondern dem Individualrecht des betroffenen Arbeitnehmers aus § 81 IV BetrVG überantwortet sind³⁸.

Damit scheidet personelle Einzelmaßnahmen als Anknüpfungspunkt für § 97 II BetrVG richtigerweise aus. Weder Versetzung noch die Einstellung sind „Maßnahme“. Die Kündigung eines Arbeitnehmers kann schon deshalb

keine Maßnahme sein, weil diese Maßnahme den Verbleib im Betrieb beendet und deshalb keinen Qualifikationsbedarf auslösen kann. In aller Regel bewendet es deshalb bei technisch-organisatorischen Änderungen, wie sie in § 81 IV oder in § 90 I BetrVG angesprochen sind. Freilich bleibt zuzugeben, dass der weite Wortlaut „Maßnahme“ so wenig Wirkung zeitigt.

bb) *Dadurch erzeugter betrieblicher Bildungsbedarf* („nicht mehr ausreichen“). § 97 II BetrVG verlangt, dass die Arbeitgebermaßnahme zunächst die Tätigkeit der Arbeitnehmer verändert und deshalb die bei den Arbeitnehmern vorhandenen beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht mehr ausreichen. Was heißt nun: „nicht mehr ausreichen“? Damit kann einmal großzügig jede Verschärfung der Qualifikationsanforderung gegenüber der bisherigen Tätigkeit gemeint sein. Damit kann aber auch gemeint sein, dass die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten des Arbeitnehmers gegenüber der durch die Tätigkeitsveränderung bedingten Qualifikationsanforderung so stark abfallen, dass der Arbeitsplatz in Gefahr ist, also eine (personenbedingte) Kündigung in greifbare Nähe rückt.

So versteht vor allem *Hanau* die Vorschrift als „präventiven“ Kündigungsschutz und so will *Franzen* § 97 II BetrVG im Wechselbezug zu § 102 III Nr. 4 BetrVG und der dort genannten „zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahme“ lesen³⁹, wofür auch die Entwurfsbegründung deutlich spricht⁴⁰. Dieses Grundkonzept hat der Ausschuss nicht verändert.

Daran ist richtig, dass sich der betriebsverfassungsrechtliche Bildungszwang gegenüber dem Arbeitgeber überhaupt nur mit dessen Beschäftigungsverantwortung rechtfertigen lässt. Jede Qualifizierungsverpflichtung des Arbeitgebers, die weitergehend Arbeitnehmern einen nützlichen, geldwerten, beschäftigungsfördernden Bildungsvorteil zuwendet, greift systemwidrig in das Synallagma ein. Zu solchen „Humankapitalinvestitionen“ kann der Arbeitgeber nur durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag verpflichtet werden⁴¹: Es handelt sich um eine geldwerte Leistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die sogar echte Entgeltfunktion haben kann, etwa wenn der Arbeitnehmer Arbeitszeitkontenguthaben oder Entgeltansprüche in ein „Bildungsguthaben“ umwandeln kann.

Anders lässt sich die Tarifautonomie nicht schützen: Der Tarifvorbehalt des § 77 III BetrVG scheitert an der Vorrangtheorie des BAG, wird also durch das zwingende Mitbestimmungsrecht des § 97 II BetrVG beiseitegeschoben⁴²; § 77 III BetrVG hülfe nur gegenüber freiwilligen Betriebsvereinbarungen über zusätzliche Qualifikationen jenseits von § 97 II BetrVG. Der hierher zu übertragende Tarifvorrang des § 87 I Eingangssatz BetrVG lässt eine abschließende tarifliche Regelung nicht zu, weil „mehr Qualifikati-

33) Richtig *Löwisch*, NZA 2001, 1795.

34) BAG (8. 6. 1999), NZA 1999, 1288 = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebsliche Ordnung Nr. 25 = AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs.

35) Oben bei Fußn. 23. Wie hier *Franzen*, NZA 2001, 867.

36) NZA 2001, 867 f.

37) Hierzu etwa *Raab*, ZfA 2001, 31 ff. m. Nachw.

38) Den Gedanken verdanke ich *Meinhard Stindt* und seinem Vortrag „Qualifizierung und Bildung – Personalentwicklung durch den Betriebsrat“ auf dem RWS Forum Arbeitsrecht 2001 am 30./31. 8. 2001. Ähnlich *Reichold*, NZA 2001, 864.

39) *Hanau*, RdA 2001, 65 (72); ebenso *Reichold*, NZA 2001, 864; s. auch *Konzen*, RdA 2001, 76 (91); *Franzen*, NZA 2001, 867.

40) BT-Dr 14/5741, S. 50.

41) Hierzu bereits *Rieble*, ZIP 2001, 139; zust. *Franzen*, NZA 2001, 868; instruktiv *Picker*, RdA 2001, 268 ff.

42) Richtig *Franzen*, NZA 2001, 870; anders freilich *Löwisch*, Auswirkungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes auf Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats, demnächst in NZA unter IV 2.

on“ für den Arbeitnehmer stets günstiger ist⁴³. Überdies greift der Tarifvorrang nur beim tarifgebundenen Arbeitgeber, was dazu führte, dass Arbeitnehmer des nicht-tarifgebundenen Arbeitgebers womöglich mitbestimmungsrechtlich besser stünden.

Insofern ist ähnlich wie beim Entgelt und bei der Dauer der Arbeitszeit strenge Zurückhaltung geboten, damit nicht der Betriebsrat zur Ersatzgewerkschaft wird und so moderne Qualifizierungstarifverträge, wie der am 19. 6. 2001 zwischen der IG Metall und Südwestmetall für Baden-Württemberg vereinbarte, zur Makulatur werden, weil der Betriebsrat beliebig „aufsatteln“ kann. Gerade weil Bildung und Qualifizierung eine synallagmatische Leistung des Arbeitgebers sind, muss die Tarifautonomie vor der Mitbestimmung geschützt werden.

Mithin greift das Mitbestimmungsrecht nicht schon dann, wenn dem Arbeitnehmer einige Kenntnisse fehlen, er aber seine Arbeit noch verrichten kann. Das Mitbestimmungsrecht kann und darf keine „Maximalversorgung“ an Bildung und Qualifizierung besorgen. Richtigerweise muss der Qualifizierungsmangel deshalb in der Intensitätsstufe des § 99 II Nr. 3 BetrVG die Besorgnis begründen, dass Arbeitnehmern gekündigt werden kann.

In der Rechtspraxis wird sich das Problem dahin verlagern, ob der Einigungsstelle ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des „Nicht-mehr-Ausreichens“ zugestanden wird – ähnlich wie das für die Geschäftsgeheimnisse des § 106 II BetrVG erwogen worden ist⁴⁴. Meines Erachtens ist das nicht notwendig, da das Arbeitsgericht in Kündigungsschutzprozessen Fragen der hinreichenden Qualifizierung und zumutbaren Fortbildung als Rechtsfragen beurteilen kann – weshalb nicht auch hier? Der Arbeitgeber kann mithin die Kompetenz der vom Betriebsrat angerufenen Einigungsstelle bestreiten, indem er darlegt, dass die Arbeitsplätze der betroffenen Mitarbeiter nicht gefährdet sind; sie ihre Arbeit vielmehr auch bei leicht gestiegenen Qualifikationsanforderungen noch bewältigen können.

Hinzu kommt, dass der Betriebsrat nur die vom Arbeitgeber durch seine Maßnahme „veranlasste“ gesteigerte Qualifikationsanforderung aufgreifen darf. Wenn daneben auch schleichende Qualifikationsminderungen bei den Arbeitnehmern zu verzeichnen sind, so ist der Arbeitgeber für diese nicht verantwortlich und darf nicht „bei Gelegenheit“ einer Mitbestimmung nach § 97 II BetrVG dazu gezwungen werden, solche allgemeinen Qualifikationsverluste aufzufangen.

Auf der anderen Seite muss die Qualifikation durch eine Maßnahme der betrieblichen Berufsbildung überhaupt möglich sein. Wenn die Maßnahme des Arbeitgebers dazu führt, dass ein ganz anderes Berufsbild gefragt ist, dann scheidet die Qualifikation aus. Wird etwa ein Arbeitsplatz mit traditioneller Handarbeit auf ein hochkomplexes Computersystem umgestellt, so kann der Qualifikationssprung so groß sein, dass er betrieblich nicht mehr aufzufangen ist. Überspitzt formuliert: Über § 97 II BetrVG lässt sich weder ein Fernstudium noch eine zweite Berufsausbildung erzwingen.

cc) *Maßgeblicher Zeitpunkt*. Das Mitbestimmungsrecht sollte ursprünglich greifen, sobald der Arbeitgeber die technisch-organisatorische Änderung „geplant hat“⁴⁵. Nunmehr setzt die Vorschrift an, wenn der Arbeitgeber seine Maßnahme „geplant oder durchgeführt hat“. Daraus folgt, dass das Mitbestimmungsrecht auch den erst nachträglich erkannten Qualifikationsbedarf auffangen kann. Der Gesetzentwurf verlangte noch, dass die Maßnahme des Arbeitgebers die Tätigkeit der Arbeitnehmer „ändern wird“. Gesetz geworden ist die Präsenformulierung „ändert“. Entgegen *Franzen*⁴⁶ kann ich daraus nicht schließen, dass die

Mitbestimmung erst greift, sobald die Änderung der Tätigkeit der Arbeitnehmer eingetreten ist. § 97 II BetrVG setzt eindeutig bei der Planung der Maßnahmen an. Exakten Gebrauch des Futur kann man diesem Gesetzgeber ohnehin nicht unterstellen. Nur das Ansetzen an der Planung entspricht auch dem präventiven Arbeitsplatzerhalt. Andernfalls wäre der Betriebsrat auf kompensatorische Qualifikationsreaktionen beschränkt, also in der Defensive. Letztlich ist das auch im Sinne des Arbeitgebers, der schon bei der Planung einer Maßnahme wissen wollen, welche Qualifikationsfolgekosten auf ihn zukommen. Im Gegenteil: In der Unternehmenspraxis bietet es sich an, die Bereitschaft zu Investitionen und den damit verbundenen Qualifikationsanforderungen im Standortwettbewerb auch der Arbeitnehmersvertretungen zu entscheiden.

Mit dem Perfekt „durchgeführt hat“ ist aber klargestellt, dass die Mitbestimmung auch nachträglich erfolgen kann, also nicht durch den Maßnahmenvollzug überholt wird.

c) *Rechtsfolge*. Der Betriebsrat hat für die Bildungsmaßnahme zunächst ein volles Mitbestimmungsrecht. Es ist gerichtet auf die „Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung“, also das „Ob“. Der Betriebsrat kann also verlangen, dass betriebsinterne Kurse, Schulungen etc. durchgeführt werden. Der Mitbestimmung sind hier von vornherein zwei Grenzen gesetzt: Organisatorische Maßnahmen wie die Schaffung von (betrieblichen oder überbetrieblichen) Bildungseinrichtungen im Unternehmen oder Konzern, etwa ein Schulungszentrum, kann der Betriebsrat ebenso wenig erzwingen, wie die Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der Berufsbildung⁴⁷. Für die Abgrenzung sind die zu § 98 BetrVG entwickelten Grundsätze maßgebend⁴⁸.

Das Mitbestimmungsrecht erlaubt dem Betriebsrat weiter nicht, *Individualansprüche* von Arbeitnehmern auf Teilnahme an solchen Qualifikationsmaßnahmen zu begründen⁴⁹. Das folgt in der Tat schon im Gegenschluss aus § 98 III BetrVG. Einer freiwilligen Betriebsvereinbarung über Qualifizierungsansprüche wird künftig verstärkt § 77 III BetrVG entgegenstehen, da sich die Tarifparteien der Frage in größerem Umfang annehmen.

Umgekehrt können die Arbeitnehmer im Rahmen der Mitbestimmung nach § 97 BetrVG auch nicht zur Teilnahme an Bildungsmaßnahmen verpflichtet werden⁵⁰. Abgesehen davon, dass Zwangsbildung nicht funktionieren kann, hat sich das BetrVG doch jetzt der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer verschrieben, § 75 II 2 BetrVG. Daraus ist dann auch konsequent der Vorrang individueller Bildungsbemühungen nach § 81 IV BetrVG abzuleiten. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber nach § 97 II BetrVG nur dazu anhalten, ein Bildungsangebot zu machen. Auch § 98 III BetrVG deckt keine Qualifizierungsverpflichtung.

Im Kern ist deshalb Gegenstand des Mitbestimmungsrechts die Definition von Qualifizierungszielen für die Belegschaft und das Angebot von Qualifizierungswegen⁵¹. Diesen Regelungskern gestalten die Betriebspartner und im

43) Anders insoweit *Franzen*, NZA 2001, 870.

44) S. aber jetzt *BAG* (11. 7. 2000), NZA 2001, 402 = *EzA* § 109 BetrVG 1972 Nr. 2.

45) *BT-Dr* 14/5741, S. 15, 49.

46) *NZA* 2001, 866.

47) Klar: *Löwisch*, *BB* 2001, 1795.

48) *Vgl. BAG* (12. 11. 1991), *NZA* 1992, 657 = *EzA* § 98 BetrVG 1972 Nr. 8 = *AP Nr.* 8 zu § 98 BetrVG.

49) Richtig *Reichold*, *NZA* 2001, 864; *Franzen*, *NZA* 2001, 865 (868).

50) *Kraft*, in: *GK-BetrVG* (o. Fußn. 21), § 97 Rdnr. 7 und § 98 Rdnrn. 3, 17; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (o. Fußn. 21), § 98 Rdnr. 1; v. *Hoyningen-Huene*, *KSchG*, 12. Aufl. (1997), § 1 Rdnr. 535.

51) *Löwisch*, *BB* 2001, 1795; *Reichold*, *NZA* 2001, 864; *Franzen*, *NZA* 2001, 869.

Konfliktfall die Einigungsstelle weithin frei. Der Tatbestand des § 97 II BetrVG verpflichtet nicht dazu, allen erkannten Qualifikationsbedürfnissen auch abzuwehren.

Dass der Arbeitgeber die *Kosten* der Bildungsmaßnahme als solcher zu tragen hat, steht außer Frage⁵². Freilich geht es insofern nicht um eine „Annenkompetenz“ zu einer Kostenregelung. Vielmehr folgt unmittelbar aus § 97 II BetrVG, dass der Arbeitgeber diese – von ihm durch seine „Maßnahme“ ausgelöst – Kosten zu tragen hat. Es geht um präventiven Kündigungsschutz. Sowenig der Arbeitnehmer verpflichtet werden kann, die Kosten seiner Umschulung zur Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz abzuwehren, sowenig kann er hier zur Kostenbeteiligung angehalten werden. Arbeitgeber und Betriebsrat können, und darin liegt der Unterschied zur Annenkompetenz i. S. von *Franzen*, deshalb auch keine Kostenbeteiligung des Arbeitnehmers vereinbaren⁵³.

Ebenso richtig ist es (wenn auch leider nicht außer Frage stehend), dass die Zeit, die die Arbeitnehmer bei einer Qualifikationsmaßnahme verbringen, keine Arbeitszeit ist und vom Arbeitgeber nicht zu vergüten ist, woran auch die Mitbestimmung nach § 97 II BetrVG nichts ändern kann. Auch hier trübt die vom BAG anlässlich der leidigen Kontoführungsgebühren ausgedachte Annenkompetenz das Bild⁵⁴. Im Kern geht es um etwas anderes: Müsste der Arbeitgeber die Qualifizierungszeit vergüten, so griffe das Mitbestimmungsrecht in das Synallagma ein. Die Betriebspartner und notfalls die Einigungsstelle entschiede darüber, wofür der Arbeitnehmer Entgelt erhält. Das muss dem Tarifvertrag und dem Arbeitsvertrag vorbehalten bleiben, gerade weil jede Bejahung eines Mitbestimmungsrechts den Tarifvorbehalt des § 77 III BetrVG zurückdrängt.

Freilich kann und will ich nicht verhehlen, dass das richtige Verständnis des § 97 II BetrVG als präventivem Kündigungsschutz auch den argumentativen Weg zu einer umfassenden Kostenpflicht⁵⁵ eröffnet. Denn für die Umschulungsmaßnahmen des § 102 III Nr. 4 BetrVG wird durchaus einer umfassenden Kostenpflicht des Arbeitgebers, begrenzt nur durch die nebulöse „Zumutbarkeit“, das Wort geredet⁵⁶. Sie könnte als „Verhältnismäßigkeit“ in das BetrVG importiert werden. In der Sache fehlt bislang sowohl kündigungsschutzrechtlich wie betriebsverfassungsrechtlich ein Bildungskonzept. Wer stets nur auf die Beschäftigungsverantwortung des Arbeitgebers schaut, ignoriert die Bildungsverantwortung und damit die Eigenverantwortung für Beschäftigungsfähigkeit des Arbeitnehmers. § 2 SGB III nennt beide. Ein vernünftiges Konzept sieht deshalb entsprechend der gemeinsamen Verantwortung eine Lastenteilung vor: Der Arbeitgeber finanziert die Bildungsmaßnahme, der Arbeitnehmer bringt seine Lernzeit ein. Nur dann hat der Arbeitnehmer auch ein erhebliches Eigeninteresse am Qualifikationserfolg. Das wäre ein erster Baustein für betriebliches Bildungsmanagement⁵⁷. Sowohl der betriebsverfassungsrechtliche Respekt vor dem Synallagma wie Bildungszweck und -verantwortung sprechen also gegen eine Vergütung von Qualifikationszeiten. Ergänzend sprechen auch die Transfersozialpläne hierfür: Denn die Arbeitnehmer finanzieren in aller Regel ihre Qualifikation durch Abfindungsverlust oder -reduktion.

Abweichungen hiervon sind durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag möglich: Dort kann geregelt werden, dass die Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen als Arbeitszeit zu werten oder sonstwie zu vergüten ist. Eine freiwillige Betriebsvereinbarung über die Vergütung von Qualifikationszeiten muss § 77 III BetrVG wahren⁵⁸, kann sich aber als teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung auch auf § 87 I Nr. 10 BetrVG stützen. Das BAG wird womöglich seine Rechtsprechung „Reisezeiten sind keine Arbeitszeiten aber

womöglich nach § 612 II zu vergüten“⁵⁹ hierher übertragen. Rückzahlungsklauseln⁶⁰ bleiben auch für Qualifikationsmaßnahmen nach § 97 II BetrVG möglich. Insofern ist in Erinnerung zu rufen, dass Rückzahlungsklauseln an sich ein Fall der Zweckverfehlungskondition sind. Auch eine Qualifikation nach § 97 II BetrVG zielt auf den Verbleib des Arbeitnehmers im Betrieb, verfehlt also ihren Zweck, wenn der Arbeitnehmer den Ausbildungsvorteil mitnimmt und dann kündigt. Solche Rückzahlungsklauseln können im Tarifvertrag ohnehin und im Arbeitsvertrag mitbestimmungsfrei⁶¹ vorgesehen werden.

d) *Kein Unterlassungsanspruch*. Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber nicht verlangen, dass er seine „Maßnahme“ – etwa die Installation der neuen EDV oder das Aufstellen der Maschine – unterlässt, bis über die Bildungsfolgen mitbestimmt ist. Einmal bezieht sich das Mitbestimmungsrecht schon nicht auf die Maßnahme selbst, sondern nur auf die Bewältigung ihrer Auswirkungen auf den Qualifikationsstand der Arbeitnehmer. Die Maßnahme selbst kann Ziel des Mitbestimmungsrechts nur über § 90 II BetrVG, ausnahmsweise auch über § 91 BetrVG sein. Zum anderen folgt aus der einleitenden Wendung „hat der Arbeitgeber Maßnahmen geplant oder durchgeführt“, dass die Bildungsfolgen auch zeitlich nach der Maßnahme erfolgen können. Der Betriebsrat ist also von vornherein nicht darauf angewiesen, dass der Arbeitgeber mit der Maßnahme als solcher abwartet.

Eine andere Frage ist es, ob – wegen der Einstufung als präventiver Kündigungsschutz – der Betriebsrat verlangen kann, dass Kündigungen unterbleiben, wenn der Arbeitgeber gegen § 97 II BetrVG verstoßen hat. *Franzen* hält das für möglich, wenn mit den Kündigungen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 97 II BetrVG „vereielt“ würde⁶². Das überzeugt nicht: Erstens ist auch die Vermeidung von Kündigungen nicht Gegenstand der Mitbestimmung nach § 97 II BetrVG, sondern nur Motiv. Zweitens und vor allem ist die Mitwirkung des Betriebsrats bei Kündigungen in § 102 BetrVG abschließend geregelt. Es muss dabei bleiben, dass der Individualrechtsschutz Vorrang hat und der Widerspruch des Betriebsrats dann, wenn der Arbeitnehmer die Kündigung hinnimmt und keine Kündigungsschutzklage erhebt, wirkungslos bleibt, § 102 V BetrVG.

Richtig ist nur, dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen § 97 II BetrVG seinerseits den Widerspruch nach § 102 III Nr. 4 BetrVG tragen kann. Ob aber durch eine Qualifizierungsmaßnahme tatsächlich die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers als möglich erscheint, das werden die Ar-

52) Richtig *Franzen*, NZA 2001, 865 (869); *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 21), § 98 Rdnr. 2; *Richardi* (o. Fußn. 21), § 98 Rdnr. 10.

53) Das diskutiert *Franzen* nur anhand der Rückzahlungsklauseln, NZA 2001, 865 (870).

54) Auch hierzu *Franzen*, NZA 2001, 869.

55) Nur Kanzleideutsch-Anhänger (*Ludwig Reimers*) mögen die Kostentragungspflicht, die noch zur Kostentragungspflichtigkeit gesteigert werden kann.

56) S. dazu BAG (7. 2. 1991), NZA 1991, 806 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung; *Etzelt*, in: KR, 5. Aufl. (1998), § 102 BetrVG Rdnr. 169 b; *Kraft*, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 21), § 102 Rdnr. 122; *Birk*, in: Festschr. f. Küssel (1994), S. 51, 58; *Gaul*, BB 1995, 2422; v. *Hoyningen-Huene* (o. Fußn. 50), § 1 Rdnrn. 399, 539 ff.

57) Auch hierzu wieder *Stindt* (o. Fußn. 38).

58) Richtig *Franzen*, NZA 2001, 865 (870).

59) BAG (23. 9. 1997), NZA 1998, 540 = EzA § 612 BGB Nr. 20 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Dienststreife.

60) Zu ihrer Kontrolle BAG (6. 5. 1998), NZA 1999, 79 = AP Nr. 28 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe = EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 19 = DB 1999, 156; BAG (15. 3. 2000), NZA 2001, 39 = BB 2000, 1995.

61) Richtig *Franzen*, NZA 2001, 870.

62) So aber ernstlich *Franzen*, NZA 2001, 871 vor VIII.

beitsgerichte im Individualprozess prüfen und entscheiden. Überdies: Die Initiativlast liegt beim Betriebsrat – nicht der Arbeitgeber braucht die Mitbestimmung, um die Maßnahme durchzuführen, der Betriebsrat muss die Einführung der betrieblichen Bildungsmaßnahme über die Einigungsstelle erzwingen. Tut er das nicht, so hat der Arbeitgeber auch nicht gegen § 97 II BetrVG verstoßen.

3. Wechselwirkungen

a) *Bildung und Beschäftigungssicherung.* Der Betriebsrat kann das Mitbestimmungsrecht des § 97 II BetrVG weitläufig kombinieren: Er kann Umweltschutzmaßnahmen im Betrieb vorschlagen, die dann gleichzeitig als dem Arbeitgeber zuzurechnende Maßnahme einen Schulungsbedarf auslösen. Wenn und soweit unklar ist, ob eine hinreichende „Maßnahme“ des Arbeitgebers vorliegt, kann der Betriebsrat Qualifizierungsprogramme nach § 92 a BetrVG als beschäftigungssichernd vorschlagen. Allerdings wird der Betriebsrat deutlich machen müssen, auf welches Mitbestimmungsrecht er sich beruft, insbesondere, wenn er eine Ablehnungsbegründung nach § 92 a II BetrVG begehrt.

b) *Qualifizierungsauswahl und Sozialauswahl.* Für den Arbeitgeber stellt sich ein erhebliches Folgeproblem: Will er einen Teil der Belegschaft entlassen, so kommt das Auswahlmessen im Rahmen der Sozialauswahl grundsätzlich ihm zu. Der Betriebsrat hat die Sozialauswahl nicht mitzubestimmen. Auf der anderen Seite kann der Betriebsrat versuchen, eine betriebliche Bildungsmaßnahme durchzuführen und über § 98 III, IV BetrVG den Teilnehmerkreis mitzubestimmen. Logisch und rechtlich vorrangig ist die Entscheidung des Arbeitgebers über die verbleibende Belegschaft. Der Betriebsrat kann nur unter der nach der Arbeitgeberentscheidung verbleibenden Restbelegschaft die Teilnahme an solchen Bildungsmaßnahmen verteilen⁶³. Problematisch wird das aber, wenn der Betriebsrat der Kündigung widersprochen und der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat: Muss der gekündigte Arbeitnehmer dann nicht auch die Möglichkeit haben, über den Betriebsrat an Qualifizierungsmaßnahmen teilnehmen zu können? Ich meine: Nein. Denn sein (kollektiver oder individueller) Weiterbeschäftigungsanspruch ist kein Weiterqualifizierungsanspruch. Er soll nur die Entfernung des Arbeitnehmers aus dem Betrieb verhindern. Erweist sich die Kündigung später als unwirksam, kann der Arbeitnehmer immer noch an einer Qualifizierungsmaßnahme teilnehmen. Ist aber die Kündigung wirksam, so war die Teilnahme des Arbeitnehmers an der betrieblichen Qualifizierungsmaßnahme sinnlos – aus Sicht des Arbeitsplatzhalts. Unter Umständen werden die Gerichte auch danach differenzieren, ob der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung freiwillig vollzieht oder ob er hierzu nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bereit ist. Aber auch im ersten Fall ist die mögliche alsbaldige Beendigung des Arbeitsvertrags ein Sachgrund, den Arbeitnehmer von der Qualifizierung auszunehmen. Ganz ähnlich muss der Arbeitgeber auch befristet beschäftigte Arbeitnehmer nicht mehr kurz vor Ablauf ihrer Befristung qualifizieren, ohne dass dies gegen § 4 II TzBfG verstieße.

c) *Interessenausgleich und Sozialplan.* Für den Sozialplan hat der Gesetzgeber mit § 112 V Nr. 2 lit. a BetrVG schon Weichen in die Richtung „Steigerung der Beschäftigungsfähigkeit“ gestellt. Gleichwohl gibt es einen entscheidenden Unterschied: Der Transfer-Sozialplan zielt auf die Vermittlung von Kenntnissen, die dem Arbeitnehmer neue Beschäftigungsmöglichkeiten bei anderen Arbeitgebern eröffnen. § 97 II BetrVG geht es dagegen um die Beschäftigungsfähigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis. Gleichwohl könnte der Betriebsrat versucht sein, im Vorfeld eines Personalabbaus für Arbeitnehmer intensiv das Mitbestim-

mungsrecht des § 97 II BetrVG zu nutzen, um „bei Gelegenheit“ anderer Maßnahmen die Arbeitsmarktchancen der Betroffenen zu erhöhen. Das ist wie gesehen von § 97 II BetrVG nicht gedeckt.

Umgekehrt kann über den Sozialplan keine betriebliche Qualifizierungs- und Beschäftigungseinrichtung erzwungen werden. Denn der Sozialplan erlaubt nur eine Qualifikation zum Ausgleich für den Verlust des Arbeitsverhältnisses und keine zum Verbleib beim Arbeitgeber. Das kann nur der Interessenausgleich.

Abgesehen hiervon kann der Betriebsrat versuchen, Rationalisierungsmaßnahmen des Arbeitgebers über einen intensiven Gebrauch dieses Mitbestimmungsrechts so zu verteuern, dass sie sich nicht mehr lohnen. § 97 II BetrVG eröffnet so auch einen Spielraum für Koppelungsgeschäfte, die die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bedrohen.

III. Zustimmungsverweigerung wegen Nichtübernahme eines befristet Beschäftigten, § 99 II Nr. 3 BetrVG

1. Änderungen in § 99 BetrVG

In § 99 BetrVG finden sich drei Neuigkeiten: Erstens ist hier wie in §§ 111 f. BetrVG die maßgebliche Größe für das Mitbestimmungsrecht modifiziert: Das Gesetz privilegiert statt Kleinbetrieben nunmehr Kleinunternehmen bis zu 20 Arbeitnehmern. Eine Konzernzurechnung findet nicht statt.

Auf die unbedeutende Rassismusklausel in Nr. 6 will ich nicht eingehen. Sie schafft nichts neues, sondern stellt nur eine „politisch korrekte“ Wortlautergänzung der Vorschrift dar.

Die mitbestimmungsrechtliche Neuigkeit ist die Erschwerung der Befristung, genauer: der Nichtübernahme des befristet eingestellten Arbeitnehmers bei Fristablauf. Diese Modifikation überrascht, weil der Gesetzgeber doch gerade erst mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz in das BetrVG eingegriffen hat und dort die betriebsverfassungsrechtliche Seite der Befristung in § 18 mit einem Informationsrecht geregelt hatte. Das zeugt von Konzeptlosigkeit. Sie erweist sich auch daran, dass der Gesetzgeber bewusst nur den Teilzeitkräften einen begrenzten Anspruch auf Zugang zu einer Vollzeitstelle gewährt (§ 9 TzBfG), dem befristeten Arbeitnehmer hingegen nicht⁶⁴. Das kann dann sogar dazu führen, dass um ein und dieselbe unbefristete Vollzeitstelle ein externer Bewerber, ein befristet Beschäftigter und eine Teilzeitkraft konkurrieren⁶⁵. Mit der Neuerung wird es dem Arbeitgeber schwerer gemacht, den befristet Beschäftigten wieder „loszuwerden“. Man kann dem Gesetzgeber sogar einen gewissen politischen Wortbruch vorwerfen: Hat er doch den Teilzeitananspruch mit dem Argument „verkauft“, dafür bliebe die sachgrundlose Befristung erhalten.

2. Tatbestand: Einstellung eines unbefristeten externen Bewerbers gegen die Konkurrenz eines befristet Beschäftigten

Der Tatbestand der Nr. 3 wird nicht völlig neugefasst. Vielmehr bleibt der Kerntatbestand – Nachteil für einen im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmer – erhalten, wird aber ergänzt: Gegenüber der unbefristeten Einstellung eines – externen – Bewerbers „gilt“ es als Nachteil, dass ein gleich geeigneter befristeter Beschäftigter nicht „berücksichtigt“ worden ist.

Da das Gesetz nur die Einstellung nennt und die Versetzung ausspart, kann also der Zugang eines betriebsinternen

63) Ähnlich Franzen, NZA 2001, 869.

64) Hierauf weist bereits Annuß, NZA 2001, 369 hin.

65) Richtig Hanau, RdA 2001, 65 (73).

Bewerbers auf eine Stelle nicht zu Gunsten des befristet Beschäftigten gehindert werden. Das Gesetz verlangt außerdem, dass die Einstellung unbefristet sein muss. Wird die Stelle befristet vergeben – wozu auch die Probebefristung zählt – hat der Betriebsrat kein Zustimmungsverweigerungsrecht. Dem schon befristet Beschäftigten kann also keine Verlängerung seiner Befristung verschafft werden. Das dürfte in der Praxis vielfach helfen: Die Befristung des Arbeitsverhältnisses des nunmehr einzustellenden externen Bewerbers muss nur zeitlich weiter reichen, als die des Konkurrenten. Dann hat dieser den Betrieb bereits verlassen, wenn es um die unbefristete Übernahme des besseren Kandidaten geht.

Das Zustimmungsverweigerungsrecht greift zum Schutz eines im Betrieb bereits beschäftigten Arbeitnehmers, der seinerseits befristet sein muss. Dabei stellt sich erstens die Frage, ob diese Befristung wirksam sein muss. Wenn etwa der Arbeitnehmer bereits geltend macht, er habe – wegen des fehlenden Befristungsgrundes nach § 14 I TzBfG – einen unbefristeten Arbeitsvertrag, so entfielen, hätte er recht, die Voraussetzung des Zustimmungsverweigerungsrechts. Freilich gilt hier wie sonst auch das „Meistbegünstigungsprinzip“ der Rechtswahrnehmung. Denn dass der Arbeitnehmer versucht, einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu erstreiten, kann ihm nicht das Recht nehmen, hilfsweise über den Betriebsrat die unbefristete Übernahme zu betreiben.

Zweitens muss das befristete Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der geplanten Einstellung noch bestehen. Der Betriebsrat kann mit der Zustimmungsverweigerung also nicht die Wiedereinstellung desjenigen verlangen, der mit Ablauf seiner Befristung bereits ausgeschieden ist. Selbst wenn der Arbeitnehmer nach Fristablauf gegen seine Befristung klagt, dann ist er doch entweder ausgeschieden oder unbefristet beschäftigt, so dass eine „nachklappende“ Zustimmungsverweigerung nicht in Betracht kommt. Überdies kann der Arbeitgeber aus Ersparnisgründen die Stelle „eine Weile“ unbesetzt lassen, bis der befristet Beschäftigte ausgeschieden ist. Konsequenterweise ist es dementsprechend auch, das Zustimmungsverfahren mit Ausscheiden des Befristeten enden zu lassen. Damit liegt das Zustimmungsverweigerungsrecht praktisch leer.

Drittens muss der befristete Arbeitnehmer für die unbefristet zu besetzende Stelle in Betracht kommen. Die von dem Zustimmungserfasste Besetzungskonkurrenz betrifft also nicht nur den Fall, dass gerade der von dem befristet Beschäftigten besetzte Arbeitsplatz mit einem Externen besetzt werden soll. Vielmehr genügt es, dass der befristet beschäftigte Arbeitnehmer für die unbefristet zu besetzende Stelle überhaupt geeignet ist und die zu besetzende Stelle der bislang innegehabten gleichwertig ist. Keinesfalls kann der Betriebsrat über § 99 II Nr. 3 BetrVG dem befristet Beschäftigten eine Übernahme in eine Beförderungsstelle verschaffen. Andernfalls stünde der befristete Kandidat besser als der gekündigte in der Sozialauswahl. Das heißt: Ist das offenkundig nicht der Fall, soll der befristet eingestellte Buchhalter etwa unbefristet als leitender Controller beschäftigt werden, dann geht – ungeachtet der eventuellen Eignung – jede Zustimmungsverweigerung ins Leere. Dem Betriebsrat kommt kein Zustimmungsrecht zu; der Arbeitgeber muss nicht etwa das Verfahren nach § 100 BetrVG betreiben. Ist die Stelle dagegen derjenigen des befristet Beschäftigten gleichwertig, so kann die vom Arbeitgeber behauptete fehlende Eignung nicht das Zustimmungsverweigerungsrecht als solches hindern. Denn die gleiche Eignung soll gerade im Zustimmungsverfahren geklärt werden.

Viertens und vor allem ist die Frage aufgeworfen, ob § 99 I Nr. 3 BetrVG auch greift, wenn der Arbeitgeber

sich mit Ablauf eines sechsmonatigen Probearbeitsverhältnisses von dem Arbeitnehmer trennen will, weil er die Probe aus seiner Sicht nicht bestanden hat.

Vom Wortlaut her lässt sich das kaum bestreiten. Die Norm unterscheidet nicht zwischen Probe- und sonstigen Befristungen. Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass der Arbeitnehmer noch keinen Bestandsschutz nach dem KSchG hat, weshalb auch die Übernahme nicht verlangt werden könne⁶⁶. Indes: Das Teilzeit- und Befristungsgesetz hat den Befristungsschutz gerade vom Kündigungsschutz gelöst, indem er auch auf Kleinbetriebe erstreckt worden ist⁶⁷. Zudem steht zu befürchten, dass das BAG nicht nur die Kündigung in Kleinbetrieben⁶⁸, sondern auch diejenige in der Probezeit an § 242 BGB messen wird, was abwegig ist. Richtiger Ansatzpunkt für eine teleologische Reduktion ist die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers: Die Erprobung eines Arbeitnehmers in der sechsmonatigen Zeit ohne Bestandsschutz dient dazu, dass der Arbeitgeber frei entscheiden kann, ob er sich auf Dauer mit diesem Arbeitnehmer einlassen will. Rechnet man so gesehen die Probezeit zur Einstellungsphase, so kann dem Arbeitnehmer in der Tat kein Verlängerungsschutz zukommen, weil er kein vertrauensgeschütztes Arbeitsverhältnis innehat.

Insofern geht es in erster Linie noch positiv um den Vertragsschluss und nicht negativ um die Auflösung eines bestehenden Vertrags. Dementsprechend muss dem Arbeitgeber Einstellungsfreiheit zukommen. Wenn der Arbeitgeber nicht einmal mehr in der Probezeit frei ist, hat er wenig Anlass, Spielraum für Neueinstellungen zu nutzen. Die Rechtsprechung sollte die beschäftigungshemmende Wirkung von Arbeitsrecht beachten.

Freilich: Auf diese Reduktion kann sich der Arbeitgeber – wegen des Wortlauts – nicht verlassen. Ihm ist mit Blick auf das Risiko des § 101 BetrVG vorerst zu empfehlen, das Zustimmungsersetzungsverfahren fürsorglich zu betreiben.

3. Rechtsfolge: Zustimmungsverweigerungsrecht

Dass der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht hat, führt zu der entscheidenden Folgefrage, wann das Arbeitsgericht die Zustimmung ersetzen muss. Im Ausgangspunkt ist das klar: wenn der in der Nichtübernahme des befristet Beschäftigten liegende Nachteil durch persönliche oder betriebliche Gründe gerechtfertigt ist.

Dabei geht es zentral um die Frage, inwiefern die Eignung der Arbeitnehmer und damit die eigentliche Auswahlentscheidung des Arbeitgebers vom Arbeitsgericht überprüft werden kann. Hier fehlt die richterliche Beurteilungskompetenz, weswegen dem Arbeitgeber eine Einschätzungsprärogative kraft unternehmerischer Entscheidungsfreiheit zukommt⁶⁹. Dem Arbeitgeber darf die Zustimmung zur Einstellung nur verwehrt werden, wenn seine Eignungsentscheidung schlechthin verfehlt ist. Die Zustimmung ist auch dann zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber zwar die schlechtere oder gleiche Eignung des externen Bewerbers einräumt, aber nachvollziehbare soziale Gründe für seine Einstellung anführen kann. Denn das Einstellungsermessen des – nicht-staatlichen (Art. 33 II GG) – Arbeitgebers ist nicht dahin beschränkt, dass er keine sozialen Aspekte oder persönlichen Umstände berücksichtigen dürfte. Das zeigt § 95 II BetrVG, der für Einstellungsrichtlinien fachliche, persönliche und soziale Aspekte nennt. Auch hier kommt dem Arbeitgeber ein Einstellungsermessen zu, das

66) So *Konzen*, RdA 2001, 76 (92); *Hanau*, RdA 2001, 65 (73).

67) Hierzu *Kliemt*, NZA 2001, 296 (297); *Hromadka*, NJW 2001, 400 (404).

68) *BAG* (21. 2. 2001), NZA 2001, 833 = BB 2001, 1683.

69) Richtig *Däubler*, AuR 2001, 1 (7); *Konzen*, RdA 2001, 76 (92); *Hanau*, RdA 2001, 65 (73).

vom Arbeitsrichter nur beschränkt kontrolliert werden kann. Umgekehrt kann der Betriebsrat den Arbeitgeber nicht zwingen, sein Einstellungsmessen auch an sozialen Kriterien auszurichten. Ist der externe Bewerber besser qualifiziert, kann der Betriebsrat für die Übernahme des Befristeten nicht dessen Kinderschar anführen.

In Tendenzbetrieben und -unternehmen muss das Zustimmungrecht nach § 118 BetrVG weichen, wenn es um die Einstellung von Tendenzträgern geht. Wer eine programmgestaltende Tätigkeit ausüben soll, darf der Tendenzträger ohne Betriebsrat entscheiden. Jede Diskussion über Eignung ist sinnlos.

In keinem Fall kann der Betriebsrat die Übernahme des befristet Beschäftigten erzwingen. Denn die fehlende Zustimmung bedeutet nur, dass der externe Bewerber nicht beschäftigt werden darf. Das wiederum zeigt dem Arbeitgeber einen Lösungsweg auf: Wenn der Betriebsrat allen Ernstes einen ungeeigneten oder sonst untragbaren Arbeitnehmer in eine unbefristete Stelle „drücken“ will, braucht der Arbeitgeber die Stelle einfach nur solange unbesetzt zu lassen, bis der befristet Beschäftigte das zeitliche Ende seines Arbeitsvertrages erreicht hat. Damit endet die Besetzungskonkurrenz – sofern nicht der nächste befristet Beschäftigte „anklopft“.

4. Wechselwirkung mit materiellem Recht

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz hat – bewusst – keinen allgemeinen Übernahmeanspruch des befristet Beschäftigten eingeführt. Und das ist gut so. Freilich ist nicht geklärt, inwieweit ein befristet eingestellter Arbeitnehmer über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz die „ermessensfehlerfreie“ Berücksichtigung seiner Bewerbung auf eine unbefristete Stelle verlangen kann.

Bislang hätte man Entwarnung geben können, weil der befristete Arbeitsvertrag keinen Anspruch auf Verlängerung geben kann; der Arbeitgeber mit Fristablauf vielmehr grundsätzlich seine „Personalsoheit“ über die Stelle zurückerlangt. Die Diskriminierungskontrolle zielt vor allem auf die Vereinbarung der Befristung⁷⁰. Ein Verlängerungsanspruch aus Diskriminierung kommt praktisch nur dann in Betracht, wenn – wie bei der Einstellung – nachgewiesen werden kann, dass der Arbeitgeber wegen einer bestimmten Eigenschaft oder einem bestimmten Verhalten den Arbeitnehmer nicht übernimmt, obschon er ihn sonst übernommen hätte. Beispiel ist etwa die Nichtübernahme einer Schwangeren nur wegen ihrer Schwangerschaft⁷¹.

Die neueste BAG-Rechtsprechung hat aber bereits den bislang kündigungsschutzfreien Bereich im Kleinbetrieb einem „Quasi-Kündigungsschutz“ aus § 242 BGB unterstellt⁷². Das lässt befürchten, dass auch dem befristet Beschäftigten irgendwann ein individueller Anspruch auf „angemessene“, „sachgerechte“ Bescheidung seines Übernahme- oder Verlängerungsbegehrens zuerkannt werden kann. Es mag Richter geben, die auf diese Weise die bewusste gesetzgeberische Entscheidung für die Befristung aushebeln wollen⁷³. Hierzu könnten sie sich immerhin auf die EG-Befristungsrichtlinie⁷⁴ berufen, die Chancengleichheit beim Zugang zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen fordert (Art. 1).

IV. Versetzungsschutz für Betriebsräte nach § 103 III BetrVG

1. Neues Recht am Amt

Die Änderung ist eine lex Siemens in Korrektur der BAG-Entscheidung vom 11. 7. 2000⁷⁵. Die Änderung ist sachlich nicht nachvollziehbar⁷⁶. Wie das BAG richtig aufgezeigt hat, ist das Betriebsratsmitglied vor einer maßregelnden Versetzung wegen seiner Amtsführung hinreichend geschützt. Wie

der entschiedene Fall gerade zeigt, führt der Versetzungsschutz zu einer planwidrigen Privilegierung von Betriebsräten. Vor allem bricht dieses Zustimmungsrecht mit dem Grundsatz, dass es kein Recht des Betriebsratsmitglieds am Amt gibt: Ihm wird jetzt über das Zustimmungsrecht ein Recht auf Fortbestand der Betriebszugehörigkeit und damit am Amt verschafft. Wie Abs. 3 klar sagt, ist die betriebsverfassungrechtliche Stellung des betroffenen Arbeitnehmers, also sein Amt, bei dem Versetzungsschutz zu berücksichtigen. Da, wie § 103 III 1 BetrVG zugleich sagt, der Versetzungsschutz (richtigerweise) entfällt, wenn der Arbeitnehmer mit der Versetzung einverstanden ist, wird also ein individuelles Recht am Amt postuliert. Das wiederum ist mit der Grundvorstellung des BetrVG nicht vereinbar, dass das Betriebsratsamt ein Ehrenamt ist.

Mit diesem Versetzungsschutz wird das Betriebsratsmitglied gegenüber anderen Arbeitnehmern mithin bessergestellt (entgegen § 78 S. 2 BetrVG): Sie erhalten ein Sonderbleiberecht in ihrem Betrieb, das sie gerade von der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung abkoppelt (§ 37 IV BetrVG). Man kann den Arbeitgeber auch schwerlich für verpflichtet halten, ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 III 2 BetrVG durchzuführen, wenn das Betriebsratsmitglied sein Einverständnis mit der Versetzung verweigert.

2. Tatbestand

Anders als das Zustimmungsrecht des § 99 ist das des § 103 III BetrVG nicht unternehmensgrößenabhängig. Es greift also auch in Kleinunternehmen. Allerdings werden Kleinunternehmen mit bis zu 20 Beschäftigten und mindestens zwei Betrieben selten sein.

a) *Versetzung aus dem Betrieb heraus.* § 103 III BetrVG verlangt zuerst die in § 95 III legaldefinierte Versetzung. Eine betriebsorganisatorische Maßnahme, die den individuellen Arbeitsplatz des betroffenen Betriebsratsmitglieds unberührt lässt, ist keine Versetzung. Zu denken ist insofern an Formen der Betriebsspaltung oder der Reorganisation des Betriebs⁷⁷. Insofern geht es nicht um personelle Maßnahmen.

Da der bloße Entzug von Aufgaben keine Versetzung i. S. von § 95 III BetrVG sein kann⁷⁸, greift also auch insofern § 103 III BetrVG nicht – und zwar auch dann nicht, wenn der Betroffene ausnahmsweise seine Betriebszugehörigkeit verliert, etwa durch Wechsel in die Freistellungsphase der Altersteilzeit⁷⁹. Der Entzug von wesentlichen Teilfunktionen wird in aller Regel die Betriebszugehörigkeit nicht berühren. Ergänzend ist an die Beförderung zum leitenden Angestellten zu denken, die das Betriebsratsmitglied wegen

70) S. ArbG Marburg (13. 2. 1998), NZA-RR 1999, 124 für eine dicke Krankenschwester.

71) S. BAG (28. 11. 1963), NJW 1964, 567 = AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

72) BAG (21. 2. 2001), NZA 2001, 833 = BB 2001, 1683; dazu etwa Gragert/Wiehe, NZA 2001, 934; Horstkötter, AiB 2001, 331.

73) Für eine sachgrundbedingte Befristung auch in Kleinbetrieben etwa Klient, NZA 2001, 296 (301); s. hierzu auch Hromadka, NJW 2001, 400 (404).

74) Richtlinie 99/70/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABIEG v. 10. 7. 1999 Nr. L 175, S. 43 = EAS A 3610.

75) BAG (1. 7. 2000), NZA 2001, 516 = AP Nr. 44 zu § 103 BetrVG 1972 = EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 42.

76) Befürwortend dagegen Annuß, NZA 2001, 369 unter Verweis auf den historischen Vorläufer des § 96 I BRG 1920.

77) Richtig schon Annuß, NZA 2001, 369.

78) BAG (28. 3. 2000), NZA 2000, 1355 = EzA § 95 BetrVG 1972 Nr. 33; vgl. aber BAG (2. 4. 1996), NZA 1997, 112 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 29 = AP Nr. 34 zu § 95 BetrVG 1972 = DB 1996, 1880.

79) Vgl. für das Aufsichtsratsamt BAG (25. 10. 2000), NZA 2001, 461 = EzA § 76 BetrVG 1952 Nr. 16 = BB 2000, 2413.

§ 5 III BetrVG zwar nicht aus dem Betrieb, aber aus der Belegschaft entfernt⁸⁰.

b) *Drohender Amtsverlust*. Nicht jede Versetzung löst das Zustimmungsrecht aus, sondern nur diejenige, die aus dem bisherigen Betrieb herausführt, also zu einem Verlust der Betriebszugehörigkeit, damit der Wählbarkeit (§ 8 I 1 BetrVG) und damit des Amtes (§ 24 Nr. 4 BetrVG) führt. Von vornherein unberührt bleibt die betriebsinterne Versetzung und damit auch die des § 15 V KSchG. Auch zeitweilige Abordnungen in andere Betriebe, ja selbst die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, sofern und soweit sie die Betriebszugehörigkeit zum abordnenden Betrieb unberührt lassen, sind zustimmungsfrei. Das eigentliche Problem liegt darin, dass die Rechtsprechung noch nicht gesagt hat, ab welchem Zeitraum der Beschäftigungsunterbrechung die Betriebszugehörigkeit und damit Wählbarkeit und Amt enden⁸¹.

Ebenfalls begründet es kein Zustimmungsrecht nach § 103 BetrVG, wenn das Betriebsratsmitglied infolge der Entsendung vorübergehend verhindert ist und deswegen von einem Ersatzmitglied vertreten wird – etwa bei einer zweimonatigen Abordnung ins Ausland. § 103 III BetrVG zielt ausschließlich auf den Verlust des Amtes durch Verlust der Betriebszugehörigkeit.

Dass § 103 III BetrVG den Verlust des Amtes neben dem Verlust der Wählbarkeit erwähnt, ist an sich überflüssig. Immerhin könnte der Gesetzgeber daran gedacht haben, dass das Übergangsmandat des § 21 a BetrVG dem Betriebsratsmitglied zunächst das Amt erhält, obschon er nicht mehr wählbar ist⁸². Richtigerweise zielt die Wählbarkeit auf die Wahlbewerber, die ja (noch) kein Amt innehaben.

Das Zustimmungsrecht setzt grundsätzlich voraus, dass der Betroffene ein *aktuelles Betriebsratsamt* bekleidet. *Ersatzmitglieder* sind nicht geschützt. Anders als der Sonderkündigungsschutz des § 15 KSchG wirkt der Versetzungsschutz auch nicht nach. Große Manipulationsspielräume hat der Betriebsrat hier, anders als beim Kündigungsschutz nicht. Dass ein Ersatzmitglied kurzzeitig – insbesondere innerhalb der Wochenfrist des § 99 III BetrVG – einen Betriebsratseinsatz hat, begründet nicht den Versetzungsschutz des § 103 III BetrVG, weil das Amt mit der Rückkehr des kurzzeitig Vertretenen erlischt. Nur wenn das Ersatzmitglied für längere Zeit in den Betriebsrat einrückt, hat es für diese Zeit den Versetzungsschutz.

Ergänzend und präventiv einbezogen sind auch Wahlbewerber und Wahlvorstand. § 103 III BetrVG bezieht den ganzen Personenkreis des Absatzes 1 ein. Freilich muss es dem Arbeitgeber möglich sein, eine Versetzung für einen Zeitpunkt nach vollzogener Betriebsratswahl auszusprechen – bei dem Wahlvorstand schon deswegen, weil sein Amt geendet hat; bei Wahlbewerbern unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer nicht gewählt worden ist. Eine Zustimmung des Betriebsrats ist dann nicht erforderlich.

Da die Vorschrift den Erhalt der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung des Betriebsratsmitglieds bezweckt, muss das Zustimmungsrecht weichen, wo dieser Erhalt ausscheidet, weil der *Betriebsrat insgesamt sein Existenzrecht* verliert, also alle Mitglieder ihr bisheriges Amt einbüßen. Das betrifft solche betriebsorganisatorischen Maßnahmen, die die Betriebsidentität beseitigen, etwa die erhebliche Betriebsspaltung oder die grundlegende Reorganisation. Insofern bleibt der Betriebsrat auf die Rechte nach §§ 111 f. BetrVG beschränkt. Die Versetzung ist nicht kausal für den Entfall des Amtes. § 103 III BetrVG will das Betriebsratsmitglied nur davor schützen, dass es durch eine individuelle Maßnahme sein Betriebsratsamt verliert, nicht aber vor den Folgen einer Betriebsänderung, mögen diese auch mit einer Versetzung einhergehen.

c) *Ohne Einverständnis des Betroffenen*. Dass es keinen individuellen Versetzungsschutz gegen den Willen des Individuums gegen kann, hat schon das BAG richtig erkannt⁸³. Der Gesetzgeber bestätigt dies mit § 103 III 1 Halbs. 2 BetrVG, der aber nur das bloße Einverständnis fordert und gerade nicht, dass die Versetzung „auf Wunsch“ des Versetzten erfolgt. Mithin genügt es, wenn das Betriebsratsmitglied mit dem Versetzungswunsch des Arbeitgebers einverstanden ist. Unberührt bleibt auch insofern der Schutz der Belegschaft des aufnehmenden Betriebs. An sich könnte dieses Tatbestandsmerkmal unproblematisch sein: Denn wenn das Betriebsratsmitglied einverstanden ist, wird es regelmäßig zu keinem Streit kommen.

Nur: Zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form muss das Einverständnis vorliegen? Ein Betriebsratsmitglied könnte seine Zustimmung – nach intensiven Gesprächen mit Kollegen – auch widerrufen (vgl. § 183 BGB). Richtigerweise ist auch in Ansehung des Einverständnisses zwischen Arbeitsvertrag und arbeitsorganisatorischem Vollzug zu unterscheiden⁸⁴. Die Zustimmung nach § 103 III 1 BetrVG betrifft den Vollzug. Dass das Betriebsratsmitglied zuvor einen Änderungsvertrag unterschrieben hat, heißt aber zugleich Einverständnis auch mit seinem Vollzug. Wollte man einen Widerruf der Zustimmung für möglich halten, wäre der Widerruf arbeitsvertrags- und treuwidrig i. S. von § 162 I BGB. Die Zustimmung muss als erteilt gelten.

Geht es um die Zustimmung zu einer einseitigen Versetzung, so kommt es an sich auf den Zeitpunkt des Vollzugs der Versetzung an. Nur führt das zu ganz unpraktikablen Ergebnissen: Denn das Betriebsratsmitglied könnte zunächst sein Einverständnis erklären, weshalb der Arbeitgeber dann vom Zustimmungsersetzungsverfahren absieht und kurz vor Vollzug widerruft. Deshalb wird man richtigerweise die freie Widerruflichkeit des § 183 S. 1 BGB für ausgeschlossen halten müssen. Das Betriebsratsmitglied bleibt an die einmal erteilte Zustimmung gebunden. Andernfalls müsste jeder Arbeitgeber ein fürsorgliches Zustimmungsersetzungsverfahren durchführen.

Der Arbeitgeber ist gleichwohl klug beraten, wenn er mit dem Betriebsrat die Versetzung vereinbart. Freilich kann das zur Folge haben, dass der Arbeitsbereich des Betriebsrats eng beschrieben wird und weitere Versetzungen dann nur noch qua außerordentlicher Änderungskündigung möglich sind. Hier kommt alles auf die Formulierung an.

3. Rechtsfolge: Zustimmungsrecht

a) *Formaler und materieller Versetzungsschutz*. § 103 BetrVG ist – was die außerordentliche Kündigung betrifft – ein formaler Mitbestimmungstatbestand, der dem Betriebsrat nicht das Recht gibt, eine begründete außerordentliche Kündigung zu hindern.

Der neue Versetzungsschutz beschränkt sich nicht darauf, das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers nach § 315 BGB einer verfahrensmäßigen Billigkeitskontrolle zu unterwerfen, die nur überprüft, ob die Versetzungsentscheidung ordnungsgemäß ist. Vielmehr wird ähnlich der betriebsbedingten (Änderungs-)Kündigung ein materiellrechtlicher

80) Richtig *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 5. Aufl. (2002), § 103 Rdnrn. 2, 11.

81) Vgl. *Rieble/Gutzeit*, Das Altersteilzeitgesetz (ATzG) 1996 und seine betriebsverfassungsrechtlichen Implikationen, BB 1998, 638 (639 f.).

82) Dahin versteht *Löwisch*, BB 2001, 1796 den Sinn der Vorschrift.

83) BAG (2. 4. 1996), NZA 1997, 219 = EzA § 99 BetrVG 1972 Versetzung Nr. 1 = AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung; zuvor BAG (20. 9. 1990), NZA 1991, 195 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 95 = AP Nr. 84 zu § 99 BetrVG 1972.

84) S. BAG (30. 9. 1993), NZA 1994, 615 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 118 = AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969.

individueller Versetzungsschutz geschaffen⁸⁵, der – nimmt man das Gesetz wörtlich – aus zwei Elementen besteht.

Während die normale Versetzung nach § 315 BGB gerechtfertigt ist, wenn die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers diejenigen des Arbeitnehmers überwiegen, verlangt § 103 III 2 BetrVG zweierlei: Das Arbeitgeberinteresse muss für sich genommen das Gewicht eines „dringenden betrieblichen Grundes“ haben und zweitens muss das „auch unter Berücksichtigung der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung des betroffenen Arbeitnehmers“ gelten. Dieser Zusatz ist ohne Funktion. Einmal kann man sich nicht vorstellen, dass eine Versetzung zunächst durch dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt ist und dann durch die betriebsverfassungsrechtliche Stellung zunichte gemacht wird. Es kann auch keinen abgestuften Versetzungsschutz für Betriebsratsmitglieder geben, je nach ihrer Wichtigkeit (Vorsitzender, Mitgliedschaft in einem Ausschuss, besondere Sachkunde). Betriebsräte erster und zweiter Klasse darf es nicht geben⁸⁶. Auch die Begründung erwähnt nur die erste Einschränkung⁸⁷.

Kommen für eine Versetzung mehrere Arbeitnehmer in Betracht, so bedeutet der Versetzungsschutz für die Betriebsräte eine Herausnahme aus der Auswahl: Denn wenn ein „normaler Arbeitnehmer“ anstelle des Betriebsratsmitglieds versetzt werden kann, ist die Versetzung des Betriebsrats nicht mehr „dringend“. Wie bei der Sozialauswahl erfahren die Betriebsräte hier also eine Bevorzugung.

Bei freigestellten Betriebsräten kann man sich keinen aktuellen betrieblichen Versetzungsgrund vorstellen. Eine Arbeitsleistung fällt nicht an; ein Grund, solche Betriebsräte in der Arbeitsorganisation eines anderen Betriebs unterzubringen, ist in aller Regel nicht ersichtlich. Allenfalls mit Blick auf eine mögliche oder erwartbare Rückkehr des freigestellten Betriebsratsmitglieds ließe sich eine vorgreifliche Versetzung denken. Da aber mit dem Betriebsratsamt auch der Versetzungsschutz endet, ist ab diesem Zeitpunkt die Versetzung „normal“, also nach § 99 möglich.

b) *Zustimmungsverfahren*. Anders als beim Zustimmungungsverfahren des § 99 BetrVG ist der Betriebsrat hier nicht an Fristen gehalten, sondern kann ein Spiel auf Zeit spielen. Der Arbeitgeber muss dann gegebenenfalls schnell das Zustimmungseretzungsverfahren einleiten. Für dieses gelten die von § 103 BetrVG bekannten Regeln. Ein Recht auf vorläufigen Vollzug der Versetzung wie nach § 100 BetrVG kommt hier nicht in Betracht. Auf der anderen Seite braucht es auch keinen Unterlassungsanspruch wie nach § 101 BetrVG: Solange die Zustimmung nicht rechtskräftig ersetzt ist, solange kann der Arbeitgeber auch keine Versetzung aussprechen. Tut er das dennoch, so ist die in der Entscheidung liegende Arbeitsweisung unwirksam („bedarf“). Der Betriebsrat kann weiterarbeiten wie bisher.

Im Kleinbetrieb mit nur einem Betriebsobmann ist im Fall der Versetzung sogleich das Arbeitsgericht um Zustimmungseretzung anzugehen – nicht anders als bei seiner Kündigung. Dass der Obmann als Individuum seine Zustimmung zur Versetzung erklären kann, hat nichts mit seiner Rolle als Betriebsrat zu tun. Insofern bleibt der Betriebsrat handlungsunfähig.

4. Verhältnis zu §§ 99, 102 BetrVG

Das Zustimmungsrecht des § 103 III BetrVG ist – soweit es um den Schutz des zu versetzenden Betriebsratsmitglieds geht – stärker als das Zustimmungsverweigerungsrecht des § 99 BetrVG. Richtigerweise muss deshalb der Arbeitgeber beim abgebenden Betrieb nicht zugleich das Verfahren des § 99 BetrVG betreiben. Insofern konsumiert § 103 III BetrVG den schwächeren Mitbestimmungstatbestand. Da § 103 III BetrVG aber von vornherein nur den abgebenden

Betrieb erfasst und nur das Individualinteresse des Betriebsratsmitglieds am Amtserhalt, bleibt selbstverständlich der Schutz des aufnehmenden Betriebs und seiner Belegschaft vor einer derartigen aufgedrängten Bereicherung erhalten⁸⁸. Dort kann der Betriebsrat sich gegen den Zugang wehren, etwa in den Fällen des § 99 II Nrn. 1, 3 und 6. Dementsprechend muss im aufnehmenden Betrieb das Verfahren des § 99 BetrVG durchgeführt werden.

Unberührt vom Versetzungsschutz des § 103 III BetrVG bleibt auch der Änderungskündigungsschutz nach §§ 102 und 103 I BetrVG⁸⁹. Muss der Arbeitgeber zur Versetzung des Betriebsratsmitglieds eine (außerordentliche) Änderungskündigung aussprechen, so ist dafür ein eigenständiges Mitbestimmungsverfahren erforderlich. Hat der Arbeitgeber nur die Zustimmung zur Versetzung begehrt und erhalten, bleibt die Zuweisung des neuen Arbeitsbereichs vertragswidrig. Auch insofern ist zu beachten, dass die Zustimmung des betroffenen Betriebsratsmitglieds zur Versetzung nicht notwendig zugleich Zustimmung zur Vertragsänderung sein muss.

5. Wechselwirkung mit Betriebsorganisation und Kündigungsschutz

Gerade der vom BAG entschiedene Siemens-Fall zeigt, dass der Versetzungsschutz für Betriebsräte zweischneidig ist: Wird der Fuhrpark ausgegliedert und erzwingt der Betriebsrat, der ehemals als Fahrer tätig gewesen ist, die Aufrechterhaltung seiner Zuordnung zum Hauptbetrieb, so ist – wenn er eines Tages Amt oder Freistellung verliert, keine Arbeit mehr für ihn in seinem Betrieb vorhanden.

Das kann sich dann für das ehemalige Betriebsratsmitglied als nachteilig erweisen: Denn keinesfalls kann er verlangen, dass für ihn eine Stelle im nunmehr fremden Fuhrparkbetrieb freigeündigt wird; eine Freikündigungspflicht kann es nach der BAG-Rechtsprechung nur innerhalb des Betriebs bei Abteilungsstilllegung geben⁹⁰. In seinem jetzigen Betrieb ist er der einzige Fahrer, so dass die Sozialauswahl nicht weiter hilft. Schon dies sollte dem Betriebsratsmitglied, das sich seiner Wiederwahl nicht sicher ist, Anlass zur einvernehmlichen Versetzung i. S. von Absatz 3 Satz 1 Halbs. 2 sein.

Auf der anderen Seite reicht der Versetzungsschutz sogar weiter als der Kündigungsschutz. Während letzterer bei Betriebsschließung und Abteilungsstilllegung den Weg nach § 15 IV und V KSchG materiell-rechtlich freimacht und auch eine Zustimmung nach § 103 I BetrVG nicht erforderlich ist, wird man beim neuen § 103 III zwar einerseits die die Versetzung bedingende Betriebs- und Abteilungsverlegung als organisatorische Unternehmerentscheidung stets als dringenden betrieblichen Grund ansehen müssen, so dass der Arbeitgeber mit einem Zustimmungseretzungsantrag durchdringen wird. Aber: Anders als im Fall der Kündigung muss er – da § 103 III BetrVG alle Versetzungen umfasst – das Ersetzungsverfahren durchführen. Freilich: Einen Anspruch auf Unterlassung der Betriebs- oder Abteilungsverlegung hat der Betriebsrat nicht. Der Arbeitgeber kann also an der Organisationsmaßnahme nicht gehindert werden, ihm drohen als Nachteil nur Annahmeverzugsentgeltansprüche des dann unversetzten Betriebsratsmitglieds, das nicht freigestellt ist.

85) Die Begr. spricht von einer „Einschränkung der Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers“, BT-Dr 14/5741, S. 51.

86) So aber Löwisch, BB 2001, 1796.

87) BT-Dr 14/5741, S. 51: Zustimmungseretzung dann, „wenn diese aus dringenden betrieblichen Gründen erforderlich ist“.

88) S. BAG (26. 1. 1993), NZA 1993, 714 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 109 = AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972.

89) Allgemein für das Verhältnis von § 99 BetrVG zu § 102 BetrVG: BAG (30. 9. 1993), NZA 1994, 615 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 118.

90) BAG (18. 10. 2000), NZA 2001, 321 = EzA § 15 KSchG n. F. Nr. 51 m. Anm. Auer.