

Sucht im Betrieb

Prävention und Kontrolle S.8

**Mitarbeiter finden
und binden**
Optionen auf dem
rechtlichen Prüfstand S. 14

**Personelle Maßnahmen
nach § 99 BetrVG**
Beteiligungsrechte des BR S. 26

**Kapitalwahlrechte
in der bAV**
Rechtsprechung und
Gestaltungsmöglichkeiten S. 46



Praktische Handhabung und aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung

Personelle Maßnahmen gemäß § 99 BetrVG

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen gemäß §§ 99, 100 BetrVG sind nach wie vor Gegenstand der Rechtsprechung. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Darstellung der praktischen Handhabung dieser Vorschriften in Bezug auf Einstellungen und Versetzungen sowie die Folgen einer fehlerhaften Beteiligung des Betriebsrats unter Berücksichtigung der aktuellen Entwicklung innerhalb der Rechtsprechung.

BETEILIGUNGSRECHTE BEI PERSONELLEN MASSNAHMEN

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1, 2 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Bei Einstellungen und Versetzungen hat der Arbeitgeber insbesondere den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene Eingruppierung mitzuteilen. Gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat in konkret – und abschließend – beschriebenen Konstellationen die Zustimmung zur personellen Maßnahme verweigern. Damit der Betriebsrat sein Beteiligungsrecht ausüben kann, muss der Arbeitgeber ihm alle Informationen, die dem Informationsstand des Arbeitgebers entsprechen, insbesondere hinsichtlich der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers, zukommen lassen. Nur dann kann der Betriebsrat einschätzen, ob ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt.

Eine Beteiligung nach § 99 BetrVG setzt aber zunächst voraus, dass überhaupt eine personelle Maßnahme vorliegt. Eine personelle Maßnahme kann in Form einer Einstellung, Versetzung, Ein- oder Umgruppierung bestehen. Auf Ein- und Umgruppierungen wird hier nicht näher eingegangen.

Begriff der Einstellung

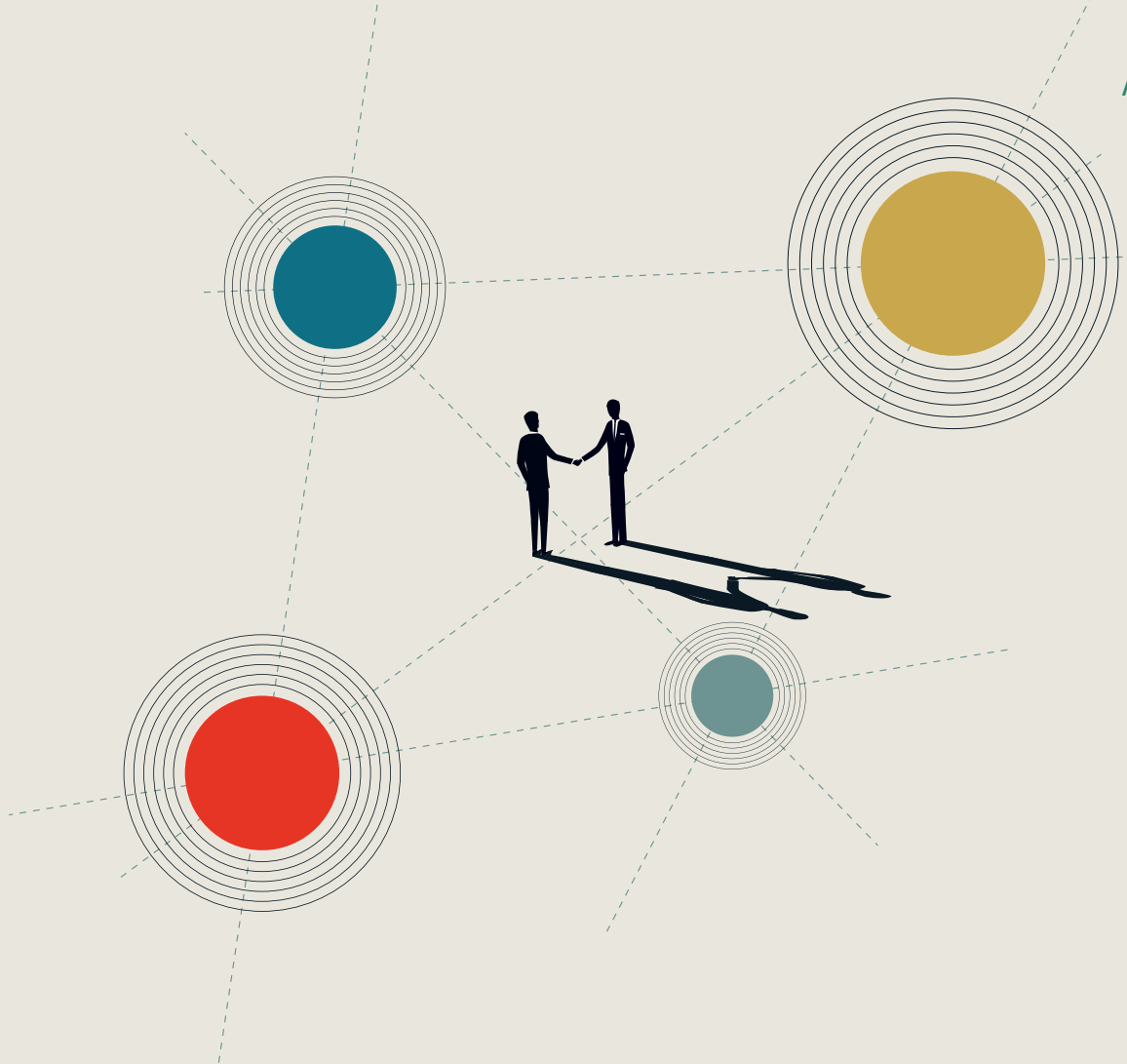
Eine Einstellung i. S. d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn eine Eingliederung einer Person in den Betrieb erfolgt, damit diese zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit verwirklicht (BAG, Beschl. v. 13.12.2016 – 1 ABR 59/14). Die Eingliederung in die Betriebsorganisation setzt aber nicht voraus, dass diese Person ihre Arbeiten auf dem Betriebsgelände oder inner-

halb der Betriebsräume verrichtet (BAG, Beschl. v. 12.6.2019 – 1 ABR 5/18). Das Vorliegen einer Eingliederung in den Betrieb ist nicht an bestimmte Arbeitszeiten oder Örtlichkeiten gebunden. Es muss aber eine hinreichend organisatorische Einbindung in den Betrieb bestehen. Für die Bestimmung, ob eine Eingliederung vorliegt, muss eine wertende Betrachtung im Einzelfall erfolgen.

Bei der Einstellung von Führungskräften kann die Beurteilung, ob eine Einstellung vorliegt, schwierig werden. Immer häufiger sind diese nämlich nicht nur in einem Betrieb eines Unternehmens oder gar in einem anderen Unternehmen eines Konzerns angestellt. Von einer Eingliederung der Führungskraft ist auszugehen, wenn diese zur Durchführung ihrer Aufgaben mit den im jeweiligen Betrieb tätigen Arbeitnehmern regelmäßig zusammenarbeiten muss und damit ihre fachlichen Weisungsbefugnisse auch tatsächlich wahrnimmt. Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung der maßgebenden Umstände des Einzelfalls können die fachlichen Weisungsbefugnisse der Führungskraft Berücksichtigung finden, sofern sich aus deren Wahrnehmung eine tatsächliche Einbindung in die betriebliche Arbeitsorganisation ergibt. Nicht ausschlaggebend ist dabei allerdings, ob der Führungskraft im Betrieb disziplinarische Befugnisse zustehen, die sie zur Ermahnung, Abmahnung oder Kündigung berechtigen (BAG, Beschl. v. 14.6.2022 – 1 ABR 13/21).

Begriff der Versetzung

Eine Versetzung ist gemäß § 95 Abs. 3 BetrVG die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Wenn Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt werden, gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung. Die Beendigung einer alternierenden Telearbeit und die damit verbundene Rückkehr an einen Arbeitsplatz im Betrieb kann eine



Versetzung darstellen (BAG, Beschl. v. 20.10.2021 – 7 ABR 34/20). Bei einer betriebsübergreifenden Versetzung ist auch der Betriebsrat des abgebenden Betriebs nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Wenn eine Versetzung dazu führt, dass die Eingliederung eines zuvor in zwei Betrieben eingegliederten Arbeitnehmers in einem der beiden Betriebe auf Dauer entfällt, ist der Betriebsrat des abgebenden Betriebs jedoch nicht nach § 99 BetrVG zu beteiligen, wenn der Arbeitnehmer mit der personellen Maßnahme einverstanden ist (BAG, Beschl. v. 14.6.2022 – 1 ABR 13/21). Keine Versetzung liegt regelmäßig vor bei einer Verlagerung des Betriebs innerhalb der Gemeinde, wenn sich infolge der Umsetzung die funktionalen Beziehungen der Arbeitnehmer untereinander, die Art ihrer Tätigkeit, die Einordnung in die Arbeitsabläufe des Betriebs und die Zuständigkeiten von Vorgesetzten nicht ändern (BAG, Beschl. v. 17.11.2021 – 7 ABR 18/20).

UNTERRICHTUNG DES BETRIEBSRATS

Das Beteiligungsverfahren beginnt durch die ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats. Zweck der Mitbestimmung (hinsichtlich Einstellung und Versetzung) ist es, dass die individuellen Interessen der einzelnen Arbeitnehmer eines Betriebs berücksichtigt werden. Aus diesem Grund muss die Unterrichtung des Betriebsrats bei einer Einstellung auch nicht bereits vor Abschluss des Arbeitsvertrags eines einzustellenden Mitarbeiters erfolgen. Der Zweck des Mitbestimmungsrechts „entfaltet“ sich erst bei tatsächlichem Beschäftigungsbeginn.

Das BAG sieht das aber gleichwohl etwas anders. Der Betriebsrat sei vor Abschluss des Arbeitsvertrags über die geplante Beschäftigung zu unterrichten und seine Zustimmung einzuholen (BAG, Beschl. v. 28.4.1992 – 1 ABR 73/91). Die Auffassung des 1. Senats des BAG steht im Widerspruch zu späteren Entscheidungen des 7. Senats. Nachdem dieser entschied, dass bei fehlerhafter Beteiligung des Betriebsrats lediglich die konkrete personelle Maßnahme aufgehoben werden muss und nicht das Arbeitsverhältnis an sich (BAG, Beschl. v. 21.11.2018 – 7 ABR 16/17), kann eine Verpflichtung zur Unterrichtung vor Abschluss des Arbeitsvertrags nicht bestehen. Die Einstellung oder Versetzung der betroffenen Person muss zwar aufgehoben werden, wenn die Beteiligung des Betriebsrats unterblieben ist; ein etwaig abgeschlossener Arbeitsvertrag verliert jedoch durch diese Aufhebung nicht seine Wirkung. Die Mitbestimmungspflicht besteht daher nur hinsichtlich der konkreten Maßnahme (hierzu vertiefend Grambow/Beck, NJW 2020, S. 2439 ff.).

Teilweise wird zudem angenommen, dass aufgrund der bestehenden Regelung in § 99 Abs. 3 BetrVG der Betriebsrat bereits eine Woche vor Durchführung der personellen Maßnahme unterrichtet werden muss. § 99 Abs. 3 BetrVG regelt aber ausschließlich, dass die Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat innerhalb von einer Woche erteilt werden muss. Eine Aussage hinsichtlich einer Verpflichtung, die Unterrichtung zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzunehmen, trifft diese Norm nicht. Im dafür maßgeblichen § 99 Abs. 1 BetrVG ist eine solche Frist nicht aufgeführt. Bereits aus dem Gesetz

ergibt sich daher, dass eine Unterrichtung nicht eine Woche vor Durchführung der Maßnahme erfolgen muss. Dies bestätigen auch die beiden nachfolgend zitierten Beschlüsse des LAG Berlin-Brandenburg.

**LAG Berlin-Brandenburg,
Beschluss vom 1.7.2021 – 5 TaBV 537/21**

Wenn zwischen Zugang eines Schreibens durch den Arbeitgeber, welches die Unterrichtung des Betriebsrats enthält, und dem Einstellungsbeginn der betroffenen Person weniger als eine Woche liegt, führt dies nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg nicht zur Annahme einer fehlerhaften Unterrichtung, wenn die Einstellung des betroffenen Arbeitnehmers gleichzeitig als vorläufige personelle Maßnahme nach § 100 BetrVG angekündigt und durchgeführt werden soll. Denn wenn der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme i. S. v. § 99 BetrVG als vorläufige Maßnahme schon vor oder unmittelbar nach der Unterrichtung des Betriebsrats durchführt, so ist eine Unterrichtung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG eine Woche vor Durchführung der Maßnahme schlichtweg unmöglich, sodass auch keine dahingehende Verpflichtung bestehen kann. Es könne in diesem Fall dahinstehen, ob eine Unterrichtung nach § 99 Abs. 1 BetrVG im Hinblick auf die in § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG genannte Wochenfrist für die Äußerung des Betriebsrats mindestens eine Woche vor Beginn der geplanten personellen Einzelmaßnahme erfolgen muss, obwohl eine solche Frist im maßgeblichen § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht aufgeführt ist (LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1.7.2021 – 5 TaBV 537/21).

**LAG Berlin-Brandenburg,
Beschluss vom 1.7.2021 – 26 TaBV 536/21**

Auch die 26. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg bestätigt, dass das Gesetz bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 100 BetrVG eine Eingliederung von Arbeitnehmern vor Ablauf der Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG ermöglicht (Beschl. v. 1.7.2021 – 26 TaBV 536/21). Eine Verbindung der Unterrichtung nach § 99 BetrVG und § 100 BetrVG ist rechtmäßig und üblich. Die Möglichkeit der Eingliederung vor Ablauf der Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG sieht § 100 BetrVG nämlich bei bestehender Eilbedürftigkeit gerade ausdrücklich vor. Lediglich bei einem missbräuchlichen Verhalten des Arbeitgebers – insbesondere, wenn dieser stets seine personellen Maßnahmen nach § 99 BetrVG mit § 100 BetrVG ohne sachlichen Grund verbindet – kann es sich um einen groben Verstoß i. S. d. § 23 Abs. 3 BetrVG handeln (dazu später mehr).

Erforderliche Bewerbungsunterlagen

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat für eine ordnungsgemäße Unterrichtung die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorlegen. Hierzu zählen neben dem Bewerbungsschreiben der Lebenslauf, der ausgefüllte Personalfragebogen und eventuelle Zeugnisse. Ebenfalls hierzu zählen Unterlagen, die der Arbeitgeber anlässlich der Bewerbung über die Person des Bewerbers selbst erstellt hat (BAG, Beschluss vom 14.12.2004 – 1 ABR 55/03). Beachtet werden muss, dass nicht nur die Unterlagen des einzustellenden Bewerbers vorzulegen sind, sondern die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber (kritisch hierzu Grambow/Beck, a. a. O.).

**LAG Sachsen-Anhalt,
Beschluss vom 13.10.2022 – 2 TaBV 1/22**

Jüngst entschied das LAG Sachsen-Anhalt (nicht rechtskräftig) mit Beschluss vom 13.10.2022 (siehe auch Rid, AuA 6/23, S. 51), dass bei einer Einstellung einer Person die Vorlage der zwingend erforderlichen Bewerbungsunterlagen statt in Papierform auch in einer Weise erfolgen kann, dass die Betriebsratsmitglieder, denen Dienstlaptops zur Verfügung stehen, im Zuge der Information über eine beabsichtigte Einstellung umfassende Einsichtsmöglichkeiten in ein Bewerbermanagement-Tool erhalten. Das kann auch auf Versetzungen übertragen werden. Das BAG hat nun zu entscheiden (Az. 1 ABR 28/22), ob unter einer „Vorlage“ tatsächlich auch die Möglichkeit erfasst ist, dem Betriebsrat einen umfassenden Einblick in ein digitales Bewerbermanagement-Tool zu gestatten, oder ob die Unterrichtung weiterhin in Papierform erfolgen muss. Gerade im Hinblick auf die fortschreitende Digitalisierung bleibt zu hoffen, dass das BAG sich der Auffassung des LAG Sachsen-Anhalt anschließen wird.

ENTSCHEIDUNG DES BETRIEBSRATS

Für den Betriebsrat bestehen nach der erfolgten Unterrichtung durch den Arbeitgeber drei Reaktionsmöglichkeiten. Der Betriebsrat kann der personellen Maßnahme zustimmen, seine Zustimmung verweigern oder „schweigen“, indem er weder eine Zustimmung erteilt noch eine Zustimmung verweigert. Auch die Mitteilung des Betriebsrats, nicht Stellung nehmen zu wollen, gilt als fehlende Erteilung einer Antwort und damit als Schweigen. Äußert der Betriebsrat sich jedoch nicht zu der Maßnahme, so gilt die Zustimmung als erteilt (§ 99 Abs. 3 BetrVG). Wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert, so hat er dies unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen. Die Mitteilung per E-Mail ist hierbei ausreichend.

ZUSTIMMUNGSERSATZUNGS- VERFAHREN

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann die personelle Maßnahme nicht durchgeführt werden. Der Arbeitgeber kann aber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen, § 99 Abs. 4 BetrVG. Eine Frist muss dieser hierbei nicht einhalten. Das Arbeitsgericht prüft sodann das Vorliegen der Gründe, die der Betriebsrat bei seiner Entscheidung angegeben hat, und ob diese Gründe ihn zu einer Zustimmungsverweigerung berechtigten. Die personelle Maßnahme darf bei Stattgehen des Antrags des Arbeitgebers anschließend durchgeführt werden. Wird der Antrag durch das Arbeitsgericht zurückgewiesen, ist der Arbeitgeber ab Rechtskraft des Beschlusses gezwungen, auf die beabsichtigte Maßnahme zu verzichten. Grundsätzlich bleibt im Fall einer Einstellung das Arbeitsverhältnis trotz Unwirksamkeit der personellen Maßnahme bestehen (s. o.; BAG, Beschl. v. 21.11.2018 – 7 ABR 16/17). Wenn im Arbeitsvertrag jedoch eine die Anforderungen insbe-

sondere hinsichtlich des Transparenzgebots während, auflösende Bedingung enthalten sein sollte, wird das Arbeitsverhältnis hingegen aufgelöst.

Bei Zurückweisung des Antrags besteht im Falle einer Einstellung für den Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer zu kündigen. Wenn es sich bei der personellen Maßnahme um eine Versetzung handelt, darf diese nicht umgesetzt werden. Ist die Versetzung bereits erfolgt, so muss diese rückgängig gemacht werden. Auch besteht immer die Möglichkeit, die personelle Maßnahme erneut durchzuführen. Dazu später mehr.

VORLÄUFIGE DURCHFÜHRUNG DER MASSNAHME

Gemäß § 100 Abs. 1 BetrVG kann der Arbeitgeber die personelle Maßnahme vorläufig durchführen, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Auch hier besteht eine Verpflichtung zur Unterrichtung des Betriebsrats nach § 100 Abs. 2 BetrVG. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat hiernach unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten.

Die personelle Maßnahme ist aus sachlichen Gründen dringend erforderlich, wenn ein verantwortungsbewusster Arbeitgeber im Interesse des Unternehmens alsbald handeln müsste. Weiterhin darf keine Möglichkeit der Aufschiebung der Maßnahme bestehen. Wenn der Betriebsrat die Dringlichkeit der personellen Maßnahme unverzüglich bestreitet und der Arbeitgeber beabsichtigt, diese dennoch aufrechtzuerhalten, ist er gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG verpflichtet, innerhalb von drei Tagen einen Antrag auf Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der Maßnahme aus sachlichen Gründen zu stellen. Der Arbeitgeber muss gleichzeitig auch die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats beim Arbeitsgericht beantragen. Hierbei stellt sich das Problem, dass der Betriebsrat trotz der vorläufigen Durchführung der personellen Maßnahme weiterhin eine Woche Zeit hat, seine Zustimmung zur Maßnahme nach § 99 Abs. 1 BetrVG zu erteilen. Der Wortlaut der Norm ist daher dahingehend auszulegen, dass der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung nur dann gleichzeitig mit dem Feststellungsantrag gestellt werden muss, wenn der Betriebsrat die Zustimmung bereits verweigert hat.

Das Gericht darf den Feststellungsantrag nur zurückweisen, wenn es die Durchführung der vorläufigen Maßnahme „offensichtlich“ aus sachlichen Gründen für nicht dringend erforderlich hält. Sollte das Gericht die Offensichtlichkeit des Nichtbestehens sachlicher Gründe bejahen, endet die Berechtigung des Arbeitgebers, die Maßnahme als vorläufige aufrechtzuerhalten, mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung. Eine Offensichtlichkeit ist gegeben, wenn die Erforderlichkeit der vorläufigen personellen Maßnahme eindeutig nicht gegeben war bzw. wenn der Arbeitgeber die Notwendigkeit der vorläufigen Maßnahme verkennt. Einem Widerantrag oder Gegenantrag des Betriebsrats auf Feststellung, dass die Maßnahme sachlich nicht gerechtfertigt ist, fehlt das Rechtsschutz-

bedürfnis. Das Arbeitsgericht muss bezüglich des Feststellungsantrags des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG von Amtes wegen prüfen, ob die Dringlichkeit der vorläufigen Maßnahme offensichtlich nicht gegeben ist.

KORREKTUR FEHLERHAFTER VERFAHREN

Treten bei der Beteiligung des Betriebsrats Fehler auf, die durch den Arbeitgeber verursacht wurden, hat dies sowohl betriebsverfassungsrechtliche als auch individualarbeitsrechtliche Folgen. Korrektur- bzw. Heilungsmöglichkeiten bestehen bei einer fehlerhaften Unterrichtung nur in geringem Umfang.

Nicht ordnungsgemäße Unterrichtung

Solange der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß (unvollständig oder wahrheitswidrig) unterrichtet hat, wird die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG nicht in Gang gesetzt. Wenn dem Betriebsrat nicht bekannt war, dass der Arbeitgeber ihn unvollständig oder wahrheitswidrig unterrichtet hat, entfaltet die Zustimmung des Betriebsrats außerdem keine betriebsverfassungsrechtliche Wirkung.

Fehlende Unterrichtung

Gemäß § 101 BetrVG kann der Betriebsrat bei einer fehlenden Unterrichtung beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben, wenn der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme i. S. d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ohne Zustimmung des Betriebsrats durchführt oder er eine vorläufige personelle Maßnahme entgegen § 100 Abs. 2 Satz 3 oder Abs. 3 BetrVG aufrechterhält. Hebt der Arbeitgeber entgegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung die personelle Maßnahme nicht auf, so ist auf Antrag des Betriebsrats vom Arbeitsgericht zu erkennen, dass der Arbeitgeber zur Aufhebung der Maßnahme durch Zwangsgeld anzuhalten sei, § 101 Satz 1 BetrVG.

Allgemein kann zudem festgehalten werden, dass hinsichtlich betriebsverfassungsrechtlicher Folgen der Betriebsrat bei dessen fehlender Beteiligung berechtigt ist, einen Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG geltend zu machen. Bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem BetrVG kann der Betriebsrat daher gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, dass dem Arbeitgeber aufgegeben wird, eine bestimmte Handlung zu unterlassen. Der Anspruch auf Unterlassung nach § 23 Abs. 3 BetrVG wird durch den Aufhebungsanspruch nach § 101 BetrVG nicht verdrängt (BAG, Beschl. v. 23.6.2009 – 1 ABR 23/08). Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats oder eine Sicherungsmöglichkeit der Rechte aus § 99 BetrVG durch eine einstweilige Verfügung besteht allerdings nicht.

Wenn die Unterrichtung des Betriebsrats gänzlich unterblieben ist, kann der betriebsverfassungswidrige Zustand nur durch Aufhebung der Maßnahme behoben werden. Hierbei ist eine zwischenzeitliche Unterbrechung des

zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses nicht notwendig. Es geht ausschließlich um die Unterbrechung der konkret betroffenen personellen Maßnahme. Das BAG hat bereits 2019 entschieden, dass eine ursprünglich unterbliebene Beteiligung des Betriebsrats nicht nach Einleitung eines Verfahrens gemäß § 101 BetrVG nachgeholt werden kann. Der Arbeitgeber muss von der ursprünglichen personellen Maßnahme Abstand nehmen und ein neues Mitbestimmungsverfahren einleiten (BAG, Beschl. v. 21.11.2018 – 7 ABR 16/17). Anderenfalls würde das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 99 BetrVG dadurch unterlaufen werden, dass stets ein Antrag nach § 101 BetrVG abgewartet werden kann, bevor eine Unterbrechung des Betriebsrats erfolgt, so das BAG.

BAG, Beschluss vom 11.10.2022 – 1 ABR 18/21: Erforderlichkeit Zäsur

Ganz aktuell stellte das BAG erneut klar, dass der Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer ohne Beteiligung des Betriebsrats eingestellt oder versetzt hat, ein rechtzeitiges – und damit ordnungsgemäßes – Zustimmungersuchen nach § 99 Abs. 1 BetrVG nur dann an den Betriebsrat richten kann, wenn er die personelle Einzelmaßnahme zuvor aufgehoben hat. Hierfür genüge es aber nicht, dem Betriebsrat nachträglich mitzuteilen, die personelle Einzelmaßnahme werde zurückgenommen und sie werde nur noch „vorläufig“ nach § 100 BetrVG durchgeführt. Es sei vielmehr erforderlich, dass der Einsatz des betroffenen Arbeitnehmers – zumindest vorübergehend bis zur Einleitung eines etwaigen neuen Beteiligungsverfahrens nach § 99 Abs. 1, § 100 Abs. 2 BetrVG – tatsächlich unterbleibe. Es muss folglich eine Zäsur erfolgen. Im zugrunde liegenden Fall erfolgte die Unterrichtung durch den Arbeitgeber und sein Gesuch auf Erteilung der Zustimmung durch den Betriebsrat nicht „vor“ der Versetzung eines Arbeitnehmers; sie ist damit nicht ordnungsgemäß erfolgt. Daraufhin teilte der Arbeitgeber dem Betriebsrat lediglich mit, dass die Versetzung des Arbeitnehmers „zurückgenommen“ werde und anschließend nur noch vorläufig erfolgen solle. Das stelle keine „neue“ Versetzung des Arbeitnehmers dar. Ein erneutes Zustimmungsverfahren konnte dadurch nicht ordnungsgemäß nach § 99 Abs. 1 BetrVG eingeleitet werden. Es erfolgte zu keinem Zeitpunkt eine tatsächliche Aufhebung oder eine zwischenzeitliche Unterbrechung der durchgeführten Versetzung. Es sei auch unerheblich, dass dem Arbeitgeber nach erfolgter Umorganisation eine Beschäftigung des Arbeitnehmers auf seiner früheren Position unmöglich sein dürfte. Eine Rückversetzung sei nicht erforderlich. Der Einsatz des Arbeitnehmers müsse vielmehr vorläufig unterbleiben (BAG, Beschl. v. 11.10.2022 – 1 ABR 18/21). Über die zeitlichen Anforderungen an die geforderte Unterbrechung des Einsatzes der einzustellenden Person enthalten die Entscheidungsgründe keine Ausführungen. Damit wird sich die Rechtsprechung noch zu beschäftigen haben. Es muss aber erkennbar sein, dass die ursprüngliche Maßnahme beendet worden ist. Das kann nach hiesiger Auffassung bspw. dergestalt erfolgen, dass ein Einsatz des Mitarbeiters zum Freitag endet, der Arbeitgeber den Betriebsrat spätestens am Freitag hierüber unterrichtet und ein neues Verfahren zur Einstellung oder Versetzung für Montag einleitet, verbunden mit einem Verfahren nach § 100

BetrVG. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer grundsätzlich auch für Arbeiten am Wochenende eingesetzt wird. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Unterbrechung mithin nicht eine volle Woche andauern muss. Wenn schon die Durchführung der Maßnahme, insbesondere wenn sie mit § 100 BetrVG verbunden ist (s. o.), nicht erst eine Woche nach Unterrichtung über die Maßnahme beginnen kann, so kann ebenfalls nicht angenommen werden, dass eine Unterbrechung der Maßnahme für eine ganze Woche erfolgen muss. Um die Unterbrechung erkenntlich zu machen, dürfte eine Zeitspanne von ein bis drei Tagen ausreichen.

INDIVIDUALARBEITSRECHTLICHE FOLGEN EINER FEHLERHAFTEN BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS

Im Falle einer fehlenden oder fehlerhaften Beteiligung des Betriebsrats bei der Einstellung eines Arbeitnehmers ist nicht das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis unwirksam, sondern lediglich die konkrete personelle Maßnahme (BAG, Beschl. v. 28.4.1992 – 1 ABR 73/91). Der Betriebsrat kann aber verlangen, dass der konkrete Arbeitnehmer nicht beschäftigt wird (betriebsverfassungsrechtliches Beschäftigungsverbot). Der Arbeitnehmer kann bei Verletzung des Mitbestimmungsrechts seinen Beschäftigungsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis folglich dann nicht verwirklichen. Die Arbeit kann bei einer fehlerhaften Beteiligung des Betriebsrats durch den Arbeitnehmer verweigert werden. Dies erfolgt jedoch auf eigenes Risiko des Arbeitnehmers. Er ist nur berechtigt, die Arbeit zu verweigern, wenn der Betriebsrat tatsächlich die Aufhebung der personellen Maßnahme durchführt.

Hinsichtlich einer fehlenden Beteiligung des Betriebsrats bei der Versetzung eines Arbeitnehmers ist diese im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unwirksam (s. o.; BAG, Beschl. v. 11.10.2022 – 1 ABR 18/21). Der Arbeitnehmer kann die Arbeit, zu der eine Versetzung erfolgte, in diesem Fall verweigern – wiederum trägt er das Bewertungsrisiko.

FAZIT

In den Beteiligungsverfahren nach § 99 BetrVG kann es zu vielen verschiedenen Fehlern kommen. Die Konsequenzen – insbesondere die Unwirksamkeit einer personellen Maßnahme – sind den Arbeitgebern hierbei oftmals nicht bewusst. Der Beschluss des BAG vom 11.10.2022 (1 ABR 18/21) bestätigt erneut, dass die Arbeitgeber davon ausgehen, dass eine fehlerhaft durchgeführte personelle Maßnahme ohne eine Zäsur der geänderten Beschäftigung des Arbeitnehmers erfolgen kann. Dies ist jedoch nicht der Fall. Immerhin kann der Arbeitgeber die Beteiligung zu einer personellen Maßnahme wiederholen und in Verbindung mit dem Verfahren nach § 100 BetrVG auch (erneut) vorläufig durchführen. Zur Fehlervermeidung bieten sich Formulare und Checklisten an. Dann kann kaum etwas vergessen werden. ■



Tobias Grambow

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei der BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin



Carolin Schumacher

Rechtsassessorin und bis 31.3.2023 Rechtsreferendarin bei der BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin