

# Betriebs Berater

49 | 2020

M&A ... Digitalsteuer ... bAV ... Arbeitnehmermitbestimmung ... Recht ... Wirtschaft ... 30.11.2020 | 75. Jg. Seiten 2753–2816

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Max Noack**, RiLG

Referentenentwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – ein Meilenstein im förmlichen Gesetzgebungsverfahren

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Raimond Emde**, RA

BB-Rechtsprechungsreport zum Vertriebsrecht 2019/2020 – Teil I | 2754

**Dr. Mirjam Boche**, RAin, und **Dr. Matthias Luettges**

Contingent Liability Insurances – Versicherungen für bekannte Risiken in M&A-Transaktionen | 2764

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof**, Vizepräsident des BVerfG a. D.

Die Digitalsteuer – Was kommt? Kommt sie? Von wem kommt sie? | 2775

**Elisabeth Märker**, RAin

DAC6 – Mitteilungspflichten für grenzüberschreitende Immobilientransaktionen | 2779

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Jürgen Fodor** und **Wilhelm-Friedrich Puschinski**

Rechnungszins und Inflationsrate für betriebliche Versorgungsleistungen im nationalen und internationalen Jahresabschluss zum 31.12.2020 | 2795

## ARBEITSRECHT

**Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch** und **Viktor Kurz**

Tarifverträge über mobile Arbeit | 2804

**Dr. Jan Tibor Lelley**, LL.M., RA/FAArbR, und **Dr. Julia M. Bruck**, RAin

Kein Blick zurück im Zorn – Zur Mitbestimmung beim Zusammentreffen von Betriebsänderung und Betriebsratswahl | 2810

begründen und dem Betriebsrat Rechte bei betrieblichen Anforderungen, etwa der Aufstellung von Prüflisten, einräumen.

Tarifverträge können den *Zugang zur Wohnung* des Arbeitnehmers nicht zum Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung machen. Möglich ist nur, die Übertragung der Telearbeit und deren Fortbestand an die Ermöglichung des arbeitsschutzrechtlich erforderlichen Zugangs zu binden.

Ob die tarifliche Überbürdung der notwendigen Arbeitsschutzvorkehrungen *allein auf den Arbeitnehmer* mit der arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung des Arbeitgebers zu vereinbaren ist, bedarf der gesetzlichen Klärung.<sup>31</sup>

31 Vorschläge zur Regelung des Arbeitsschutzes im Homeoffice bei *Hidalgo*, NZA 2019, 1449 ff.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch** leitet die Forschungsstelle für Hochschul-arbeitsrecht an der Universität Freiburg und ist Of Counsel in der Rechtsanwaltskanzlei Krauss-Law in Lahr (Schwarzwald).



**Viktor Kurz** ist wiss. Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschul-arbeitsrecht an der Universität Freiburg.



Dr. Jan Tibor Lelley, LL.M., RA/FAArbR, und Dr. Julia M. Bruck, RAin

# Kein Blick zurück im Zorn – Zur Mitbestimmung beim Zusammentreffen von Betriebsänderung und Betriebsratswahl

In Unternehmen ohne Betriebsrat kann es zu Konflikten kommen, wenn eine Betriebsänderung ansteht – und ein Betriebsrat erst dann gewählt wird. Der Zeitpunkt der Wahl ist für die Beteiligungsrechte des Gremiums entscheidend. Die praktischen Auswirkungen sind in Rechtsprechung und Literatur umstritten. In diesem Beitrag wird der aktuelle Streitstand analysiert und eine Lösung vorgeschlagen, wann beim Zusammentreffen von Betriebsänderung und Betriebsratswahl Beteiligungsrechte vorhanden sind.

## I. Intro

Am 20.8.2020 kam es am Einsteinring 35 in Aschheim bei München zu einer Sensation: Nach der Insolvenz des Finanzdienstleisters Wirecard wurde bei drei Wirecard-Gesellschaften erstmals eine Betriebsratswahl eingeleitet.<sup>1</sup> Die neugewählten Arbeitnehmervertreter sehen ihre Hauptaufgabe darin, Sozialpläne für anstehende Kündigungen zu verhandeln.<sup>2</sup> Hier zeigt sich einmal wieder, die Betriebsverfassung ist kein Input-Output-Modell im Luhmann'schen Sinn. Sie ist nämlich gerade kein System, das sich eine hohe Indifferenz in Bezug auf seine Umwelt leisten kann; für die Betriebsverfassung muss die Umwelt im Großen und Ganzen eine Bedeutung haben.<sup>3</sup> Bezüglich der Beteiligungsrechte von Arbeitnehmervertretern bei einer Betriebsänderung heißt das: Soll eine Arbeitgeberin verpflichtet sein, einen Betriebsrats bei einer Betriebsänderung zu beteiligen, muss es einen Betriebsrat geben. Nur wenn ein Betriebsrat besteht, bestehen damit auch die Beteiligungspflichten (Unterrichtung, Beratung, Mitbestimmung) zum Interessenausgleich und Sozialplan (§§ 111 ff. BetrVG).

Denn Unterrichtung, Beratung und Mitbestimmung setzen ein Gegenüber, einen Adressaten und Verhandlungspartner denknötwendig voraus.<sup>4</sup>

Doch welche Beteiligungsrechte bestehen, wenn ein Betriebsrat erst während der Betriebsänderung gewählt wird – sozusagen *On-The-Go*? Gibt es hier Unterschiede hinsichtlich der verschiedenen zeitlichen Phasen des Änderungsvorhabens? Die Frage scheint das BAG bereits seit Langem beantwortet zu haben.<sup>5</sup> Jedoch zeigt der Blick auf die jüngere Rechtsprechung der Instanzgerichte, dass nach wie vor Zweifel bestehen.<sup>6</sup>

## II. Betriebsratswahl *On-The-Go*

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Beteiligungsrechte eines im Laufe der Maßnahme gewählten Betriebsrats – wobei man bei einer Betriebsänderung oft die Konzeptions- und Planungsphase, die Informations- und Beratungsphase und dann die Umsetzung unterscheidet.<sup>7</sup> Sehr stark umstritten ist die Frage, ob auch bei einer Betriebs-

1 <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirecard-beschaeftigte-sollen-erstmal-betriebsrat-bekommen-16892963.html> (Abruf: 14.9.2020).

2 <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/nach-der-milliarden-pleite-wirecard-beschaeftigte-bereiten-betriebsratsgruendung-vor/26114396.html?ticket=ST-12577192-6B2YEWPKu0mUcRjoCbi-ap5> (Abruf: 14.9.2020).

3 *Luhmann*, in: Baecker (Hrsg.), Einführung in die Systemtheorie, 7. Aufl. 2017, S. 46.

4 So auch *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 27.

5 S. etwa die Ausführungen des LAG Köln diesbezüglich, LAG Köln, 16.3.2000 – 5 Sa 1591/99, juris, m. w. N.

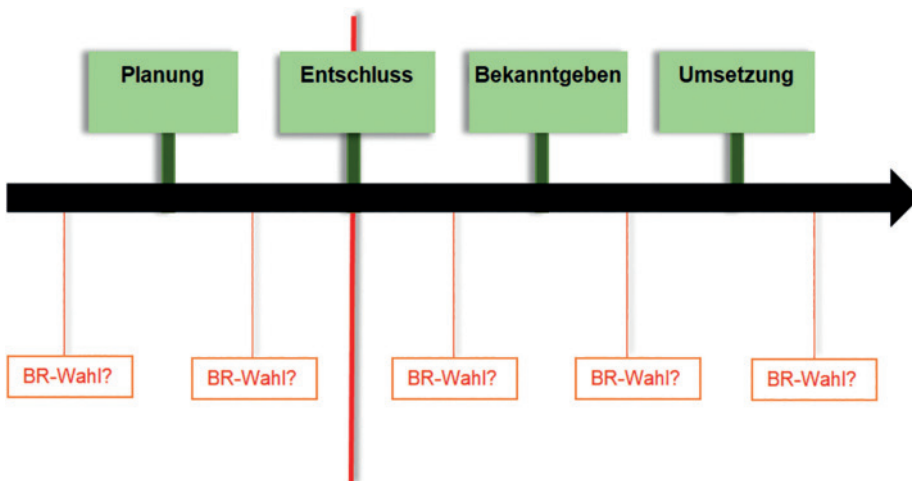
6 LAG Saarland, 14.5.2003 – 2 TaBV 7/03, NZA-RR 2003, 639.

7 Hidden Secrets: Betriebsänderung unter <https://buse.de/schwerpunkte/arbeitsrechtliche-restrukturierung> (Abruf: 27.10.2020), S. 10.

ratswahl nach dem Beginn der Änderungsmaßnahmen noch eine Beteiligung durch Verhandlung und Versuch bzw. Abschluss eines Interessenausgleichs oder eines Sozialplans erfolgen muss. Das BAG entschied diesen Streit zwar bereits recht früh,<sup>8</sup> einige Instanzgerichte wählten jedoch in jüngerer Zeit einen anderen Weg, vor allem wenn es um die Einsetzung einer Einigungsstelle nach § 100 ArbGG ging.<sup>9</sup> Kaum diskutiert – aber umso brisanter für die Praxis – ist die Frage nach Beteiligungsrechten eines neu gewählten Betriebsrats in der Phase noch vor der Durchführung der Betriebsänderung aber nach Abschluss der Planung der Arbeitgeberin. Das BAG wird diesbezüglich zumeist so verstanden, als sei auch diese Frage bereits höchstrichterlich entschieden. Dies ist jedoch nicht so eindeutig, wie es auf den ersten Blick scheint und bedarf insbesondere vor dem Hintergrund der eben genannten Kritik der Instanzgerichte einer Analyse.

### III. Die Praxisfälle

In der Praxis kommen insgesamt fünf Zeitpunkte im Ablauf einer Betriebsänderung in Betracht, in denen eine Betriebsratswahl erfolgen kann. In einem Zeitstrahl dargestellt, sind folgende fünf Zeitpunkte der Betriebsratswahl denkbar:



- *Zeitpunkt 1*: Ein Betriebsrat kann zunächst gewählt werden, wenn überhaupt noch keine Betriebsänderung geplant ist.
- *Zeitpunkt 2*: Er kann weiter gewählt werden, wenn zwar eine Planung angelaufen ist, die Arbeitgeberin aber noch keinen konkreten Entschluss zur Betriebsänderung gefasst hat.
- *Zeitpunkt 3*: Nach dem Entschluss aber noch vor der Information der betroffenen Belegschaft und damit vor der konkreten Umsetzung kann ebenfalls eine Wahl erfolgen.
- *Zeitpunkt 4*: Nach dem Entschluss und nach der Information der betroffenen Belegschaft aber noch trotzdem vor der konkreten Umsetzung kann gewählt werden und
- *Zeitpunkt 5*: schließlich nachdem die Umsetzung der Betriebsänderung bereits begonnen hat.

Wird ein Betriebsrat gewählt, bevor überhaupt eine Betriebsänderung geplant ist (*Zeitpunkt 1*), so stellt dies den Regelfall in Betrieben mit Betriebsrat dar. Es bestehen keine Besonderheiten. Der Betriebsrat kann seine Beteiligungsrechte (Unterrichtung, Beratung, Mitbestimmung) bei Interessenausgleich und Sozialplan ausüben (§§ 111 ff. BetrVG).<sup>10</sup>

Auch in der Phase, in der die Arbeitgeberin lediglich darüber nachdenkt, eine Betriebsänderung durchzuführen, jedoch noch keinen festen Beschluss bezüglich etwaiger Veränderungen gefasst hat (*Zeitpunkt 2*), besteht Einigkeit: Wird in dieser Planungsphase ein Betriebsrat gewählt, ist eine Beteiligung des Betriebsrats während des folgenden Verfahrens vollumfänglich verpflichtend. Dies ergibt sich bereits daraus, dass in diesem Stadium einheitlich noch gar nicht vom Vorliegen einer Betriebsänderung ausgegangen wird.<sup>11</sup> Die Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG entstehen vielmehr überhaupt erst, wenn die Arbeitgeberin konkrete Planungen hinsichtlich einer solchen Veränderung abgeschlossen hat.<sup>12</sup>

Von besonderem Interesse sind daher die Phasen vom Entschluss der Arbeitgeberin an bis nach dem Beginn der Umsetzung. Das sind

- *Zeitpunkt 3*,
- *Zeitpunkt 4*
- und *Zeitpunkt 5*.

Denn hat die Arbeitgeberin etwa zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl schon den Entschluss zu der Betriebsänderung gefasst oder gar bereits mit der Betriebsänderung begonnen, z.B. durch Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen, so sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrats umstritten.

### IV. Die Rechtsprechung

Die einschlägige Rechtsprechung hat sich seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts entwickelt:

Bereits im Jahr 1982 hatte das BAG über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Betriebsratswahl nach Massentlassungsanzeige und Ausspruch der Kündigungen innerhalb der laufenden Kündigungsfristen erfolgte.<sup>13</sup> Der 1. Senat war der Meinung, Beteiligungsrechte aus §§ 111 ff. BetrVG bestünden hier nicht. Die Wahl sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem nicht nur die Planung über die Auflösung des Betriebs bereits abgeschlossen, sondern auch die Durchführung dieses Plans

schon weit fortgeschritten war. Die Unterrichts- und Beratungspflicht des Unternehmens nach § 111 S. 1 BetrVG, seine Pflicht zum Versuch eines Interessenausgleichs mit dem Betriebsrat und die erzwingbare Aufstellung eines Sozialplans nach § 112 BetrVG stünden in einem systematischen und auch funktionalen Zusammenhang. Die Arbeitgeberin habe ein berechtigtes und schützenswertes Interesse daran, zu wissen, welche finanziellen Auswirkungen ein Sozialplan mit sich bringe, bevor sie sich endgültig für eine Betriebsänderung entscheide und Maßnahmen zu ihrer Durchführung ergreife. Bestehe bis zum Abschluss des Planungsstadiums und noch bei Beginn der Durchführung der Betriebsänderung kein Betriebsrat, dann könne das Unternehmen etwaige finanzielle Belastungen durch einen Sozialplan nicht einkalkulieren. Die Kalkulationsgrundlagen der Entschei-

8 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 15, BB 1982, 1423.

9 LAG Köln, 5.3.2007 – 2 TaBV 10/07, BeckRS 2007, 43861.

10 *Kania*, in: *ErFK*, 20. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 6.

11 BAG, 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, BB 1993, 140, 140 m. w. N.

12 BAG, 20.11.2001 – 1 AZR 97/01, BB 2002, 1862, 1863; BAG, 30.5.2006 – 1 AZR 25/05, BB 2006, 1745, 1747; BAG, 18.7.2017 – 1 AZR 546/15, BB 2017, 2739, 2739.

13 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, BB 1982, 1423.

dung würden wesentlich verändert, wenn ein erst während der Durchführung der Betriebsänderung errichteter Betriebsrat noch die Aufstellung eines Sozialplans verlangen könnte. Ein solches Kalkulationsrisiko könne der Arbeitgeberin nicht zugemutet werden.<sup>14</sup>

Diese Ansicht wurde 1992 vom BAG in einem ähnlich gelagerten Fall bestätigt.<sup>15</sup> Dabei führte der 10. Senat weiter aus, dass Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG nur gegeben seien, wenn im Betrieb ein Betriebsrat schon in dem Zeitpunkt bestehe, in dem sich die Arbeitgeberin aufgrund abgeschlossener Prüfungen und Vorüberlegungen grundsätzlich entschlüsse, eine Betriebsänderung durchzuführen.<sup>16</sup> 1998 rebellierte das ArbG Reutlingen gegen die Ansicht des BAG.<sup>17</sup> In Reutlingen meinte man, es sei zum einen nicht einzusehen, warum die Arbeitgeberin im Rahmen einer freiwilligen Betriebsaufgabe nicht in der Lage sein solle, einen Sozialplan seinem Umfang nach hinreichend genau und präzise zu bestimmen.<sup>18</sup> Dazu könne dem sich bildenden Betriebsrat das allein maßgebliche und ausschlaggebende Recht auf den Abschluss eines Sozialplans nicht nur deshalb abgeschnitten werden, weil die untergeordneten und wenig bedeutsamen „Nebenrechte“ auf einen Interessenausgleich nur noch rudimentär wahrgenommen werden könnten. Das ArbG arbeitete mit einem Analogieschluss zu § 1923 Abs. 2 BGB (Erbfähigkeit der/des bereits Gezeugten). Es wollte auch den zum Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses noch im Entstehen befindlichen Betriebsrat als bereits existent behandeln. Nämlich genau dann, wenn die entscheidenden Schritte zu seiner Wahl bereits vor dem Stilllegungsbeschluss eingeleitet worden wären und eine konkrete Form angenommen hätten.<sup>19</sup> Doch die juristische Methodenlehre kennt bekanntlich allgemein anerkannte Voraussetzungen für eine Einzelanalogie.<sup>20</sup> Und diese lagen in dem vom ArbG Reutlingen entschiedenen Sachverhalt nicht vor. Denn eine Vergleichbarkeit zwischen gesetzlich geregelter (Erbfähigkeit des nasciturus) und gesetzlich nicht geregelter Fall (entstehender Betriebsrat) ist nicht gegeben. Es ist der Zweck der Erbfähigkeit des nasciturus, den Nachlass bevorzugt auf die jüngere Generation zu lenken.<sup>21</sup> Ein Betriebsrat kann aber nichts erben; er ist nur im Rahmen des BetrVG vermögensfähig.<sup>22</sup> Ein Analogieschluss war daher nicht zulässig. Bei diesem Judiz handelt es sich um eine Entscheidung, die in ihren ergebnisgeleiteten Begründungsklimmzügen, logischen und methodischen Fehlern ungewöhnlich ist. Die Entscheidungen des LAG Hamburg<sup>23</sup> und in der Folge des BAG<sup>24</sup> aus dem Jahr 1999, denen ebenfalls eine vollständige Betriebsschließung und eine Betriebsratswahl nach Ausspruch der Kündigungen zugrunde lagen, bestätigen wiederum die ursprüngliche Ansicht des BAG. Das LAG lehnte wie bereits zuvor das BAG eine Beteiligung des Betriebsrats an der Betriebsänderung ab. Die Entstehung der Beteiligungsrechte sei vom Bestehen eines Betriebsrats abhängig. Hierfür sei der Zeitpunkt maßgebend, an dem der Unternehmer mit der Betriebsänderung begonnen habe.<sup>25</sup> Das LAG führte jedoch an, dass der Kritik an der Rechtsprechung des BAG eine gewisse Plausibilität nicht abzusprechen sei.<sup>26</sup> In der nächsten Instanz schloss sich das BAG dem Ergebnis des LAG ohne weitere Begründung an.<sup>27</sup>

Auch das LAG Köln, das eine vergleichbare Fallgestaltung zu entscheiden hatte, entschied im Jahr 2000 in diese Richtung.<sup>28</sup> Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte hinsichtlich unternehmerischer Maßnahmen könne der Betriebsrat nur insoweit ausüben, als er zum Zeitpunkt der jeweiligen Maßnahme bereits existiere. Dabei sei die beteiligungspflichtige Maßnahme mit dem gefassten Beschluss zur Stilllegung, jedenfalls aber mit der hierauf beruhenden Kündigung abge-

schlossen. Es sei davon auszugehen, dass Unternehmen regelmäßig eine nachträgliche Beteiligung des Betriebsrats mit dem Ziel, die Pläne zu ändern, unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte nicht zugemutet werden könne.<sup>29</sup>

Das LAG Saarland griff 2003 sämtliche Argumentationen des BAG, der LAG und des ArbG Reutlingen auf und konstatierte, die geschilderte abweichende Auffassung aus Reutlingen könne jedenfalls ernsthaft vertreten werden. Das wundert wegen der dortigen logischen und methodischen Fehler. Es ließ jedoch eine abschließende Beantwortung der Frage ausdrücklich offen.<sup>30</sup>

Im Jahr 2002 bestätigte auch das LAG Thüringen die Ansicht des BAG *en passant*: Für die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei einer Betriebsänderung komme es darauf an, dass der Betriebsrat schon zum Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung existiere.<sup>31</sup> Die Arbeitgeberin, die eine Betriebsänderung beschliesse, habe deren Kosten zu kalkulieren. Bestehe noch kein Betriebsrat, so entfielen die Kosten für einen dann unter Umständen notwendigen Sozialplan. Die Kalkulationsgrundlage der Entscheidung verändere sich unter Umständen wesentlich, wenn ein erst nach der Entscheidung und dem Beginn der Durchführung gewählter Betriebsrat die Aufstellung eines Sozialplans verlangen könnte.<sup>32</sup> Das in der Folge mit der Sache beschäftigte BAG griff die Argumentation des LAG auf und bestätigte sie.<sup>33</sup>

Das LAG Köln im Jahr 2007 schließlich widersetzte sich der Ansicht der meisten anderen Instanzgerichte und nahm Beteiligungsrechts des Betriebsrats grundsätzlich auch dann an, wenn dieser erst nach Beginn der Umsetzung der Betriebsänderung gewählt wird.<sup>34</sup> Die Kölner argumentierten, die angegriffene Entscheidung des BAG sei geeignet, einen Wettlauf zwischen der Belegschaft und Arbeitgeberin in Gang zu setzen, ob ein Betriebsrat installiert werden kann, bevor die Kündigungen bei den Arbeitnehmern zugehen und damit die Betriebsschließung begonnen habe. Dieser Wettlauf führe zwangsläufig dazu, dass Unternehmen in betriebsratslosen Betrieben zunächst veranlasst sein könnten, Arbeitnehmer überhaupt nicht über eine bevorstehende Betriebsschließung zu informieren, bis nicht die Kündigungen wirklich zugegangen seien. Erfahre die Belegschaft vorzeitig von den Betriebsschließungsplänen, so könne sie sich veranlasst sehen, sehenden Auges die Fristenregelungen in der Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz zu ignorieren, um hierdurch Zeitvorteile zu erhalten. Wenn man annähme, dass auch ein nachträglich konstituierter Betriebsrat noch einen Sozialplan verlangen könne, seien zudem die Kosten für die einzelne Arbeitgeberin je nach Betriebsgröße genauso

14 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, BB 1982, 1423.

15 BAG, 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, BB 1993, 140, 140 f.

16 BAG, 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, BB 1993, 140, 140.

17 ArbG Reutlingen, 29.10.1998 – 3 (1) BV 7/98, BB 1999, 107 red. Ls.

18 ArbG Reutlingen, 29.10.1998 – 3 (1) BV 7/98, BB 1999, 107 red. Ls.

19 ArbG Reutlingen, 29.10.1998 – 3 (1) BV 7/98, BB 1999, 107 red. Ls.

20 Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 6, Rn. 102 ff.

21 Leibold, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 1923, Rn. 19.

22 BAG, 29.9.2004 – 1 ABR 30/03, BB 2005, 163.

23 LAG Hamburg, 13.8.1997 – 8 Sa 42/97, juris.

24 BAG, 28.7.1999 – 4 AZR 175/98, EZA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 6.

25 LAG Hamburg, 13.8.1997 – 8 Sa 42/97, juris.

26 LAG Hamburg, 13.8.1997 – 8 Sa 42/97, juris.

27 BAG, 28.7.1999 – 4 AZR 175/98, EZA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 6.

28 LAG Köln, 16.3.2000 – 5 Sa 1591/99, juris.

29 LAG Köln, 16.3.2000 – 5 Sa 1591/99, juris.

30 LAG Saarland, 14.5.2003 – 2 TaBV 7/03, NZA-RR 2003, 639, 639 f.

31 LAG Thüringen, 5.12.2002 – 3 Sa 151/2002, juris.

32 LAG Thüringen, 5.12.2002 – 3 Sa 151/2002, juris.

33 BAG, 18.11.2003 – 1 AZR 30/03, BB 2004, 556, 557.

34 LAG Köln, 5.3.2007 – 2 TaBV 10/07, juris.



kalkulierbar, wie sie es für Unternehmen seien, in deren Betrieben sich bereits zu einem früheren Zeitpunkt Betriebsräte konstituiert hätten. Schließlich mahnte das LAG an, das Ziel des Sozialplans sei ohne Weiteres auch noch nach Beginn der Betriebsschließung zu erreichen – auch ohne einen Interessenausgleich. Der Anknüpfungspunkt einer Milderung der Arbeitnehmer Nachteile bestehe während des gesamten Zeitraums der Schließungsphase. Es sei nicht ersichtlich, warum ein Betriebsrat schon vor Beginn der Betriebsschließung existiert haben müsse, um diese gesetzlichen Ziele des Sozialplans verwirklichen und für sich in Anspruch nehmen zu können.<sup>35</sup>

## V. Die Literatur

Es kann kaum überraschen: Angesichts der praktischen, vor allem betriebswirtschaftlichen Folgen der oben dargestellten Rechtsprechung ist die Literatur, holzschnittartig gesehen, in zwei Lager gespalten:

### 1. Kritik an der Rechtsprechung des BAG

Die Rechtsprechung des BAG ist nicht nur bei einigen Instanzgerichten<sup>36</sup> auf Kritik gestoßen. So waren auch einige Stimmen in der Literatur<sup>37</sup> der Auffassung, es bestünden sehr wohl Beteiligungsrechte eines Betriebsrats, der erst nach Beginn der Durchführung der Betriebsänderung gewählt sei. Dabei wird insbesondere auf die Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans rekurriert.

Einigkeit mit der Rechtsprechung des BAG besteht zunächst dahingehend, dass alle Autoren soweit ersichtlich der Meinung sind, ein Interessenausgleich nach Beginn der Durchführung der Änderungsmaßnahmen sei grundsätzlich nicht mehr zweckmäßig.<sup>38</sup> Konsens besteht ebenfalls bezüglich der grundsätzlichen Möglichkeit eines Abschlusses eines Sozialplans, wenn die Betriebsänderung bereits durchgeführt wurde. Im Gegensatz zum BAG wird jedoch dann eine Beteiligungspflicht angenommen, wenn der Betriebsrat erst in diesem Stadium gewählt wurde.<sup>39</sup> Es wird kritisiert, das BAG vermische an dieser Stelle die betriebsverfassungsrechtlichen Instrumente Interessenausgleich (§ 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG) und Sozialplan (§ 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der beiden Instrumente seien vollkommen unterschiedlich. Während der Interessenausgleich alle Fragen der organisatorischen Durchführung der Betriebsänderung betrifft, knüpfe der Sozialplan an die Milderung der Folgen der unternehmerischen Entscheidung an.<sup>40</sup> Dieser Zweck der Nachteilsminde- rung bestehe jedoch über den ganzen Zeitraum der Betriebsänderung fort.<sup>41</sup> Ebenfalls kritisiert wird die Sichtweise des BAG, die die Arbeitgeberin auf der einen Seite in einem betriebsratslosen Betrieb dazu veranlassen könnte, erst mit Eingang der Kündigungen über eine geplante Betriebsstilllegung zu informieren, um die rechtzeitige Wahl eines Betriebsrats zu verhindern. Ein Unternehmen könnte auch verleitet werden, durch eine schnelle Durchführung der Betriebsänderung Fakten zu schaffen, die einen Sozialplan ausschließen. Die Arbeitnehmer könnten auf der anderen Seite bei dieser Vorgehensweise verleitet werden, bei der Wahl des Betriebsrats die Fristenregelungen des Gesetzes<sup>42</sup> absichtlich zu missachten, um noch rechtzeitig eingreifen zu können. Die Rechtsprechung des BAG führe so zu einem nicht hinnehmbaren Wettlauf zwischen Arbeitgeberin und Belegschaft.<sup>43</sup>

Ferner wird die Rechtsprechung des BAG mit dem Argument in Frage gestellt, durch einen nachträglichen Sozialplan entstünden unkalkulierbare Kosten und damit ein unzumutbares Risiko für die Arbeitgeberin. Denn die Kosten, die durch den Sozialplan für einzelne Arbeit-

nehmer entstünden, seien je nach Betriebsgröße auch im Vorhinein bereits grob bestimmbar. Auch könne dem Gesetz diesbezüglich kein Kostenschutz für die Arbeitgeberin entnommen werden.<sup>44</sup> Unternehmen könnten sich darüber hinaus auch nicht auf Vertrauensgesichtspunkte berufen, wenn sie wissen, dass die Wahl eines Betriebsrats bevorstehe. Denn in diesem Fall müsse mit der Wahl eines Betriebsrats gerechnet werden. So wird etwa in analoger Anwendung des § 1923 Abs. 2 BGB angenommen, der sich bildende Betriebsrat sei wie ein *nasciturus* zu behandeln, wenn die entscheidenden Schritte zu seiner Wahl bereits vor dem Stilllegungsbeschluss der Arbeitgeberin eingeleitet worden seien und eine konkrete Form angenommen hätten. Wenn die Bildung des Betriebsrats so weit fortgeschritten sei, dass die Entstehung nicht mehr ohne Weiteres verhindert werden könne, gelte sinngemäß, dass das, was noch in der Entstehung begriffen sei, als bereits bestehend fingiert werde. Wenn bereits in der Planungsphase der Betriebsänderung die Bestellung eines Wahlvorstands festgestanden habe, komme es nicht darauf an, in welchem Stadium sich die Bildung des Betriebsrats befinde, wenn die Entschließung zur Betriebsänderung falle.<sup>45</sup> Diesbezüglich werden als maßgebliche Zeitpunkte ebenfalls das Einladungsschreiben zu der Betriebsversammlung<sup>46</sup> und die Bekanntmachung des Wahlausschreibens<sup>47</sup> vertreten.

Die Vertreter der Ansicht, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats auch bei seiner Wahl erst nach Beginn der Durchführung bestehen, gehen dabei selbstverständlich und folgerichtig auch davon aus, in sämtlichen Stadien der Wahl des Betriebsrats vor Beginn der Umsetzung der Betriebsänderung bestünden Beteiligungsrechte. Denn die bereits aufgeführten Argumente der Vertreter dieser Ansicht kämen – wenn sie denn zuträfen – hier erst recht zum Tragen.

### 2. Zustimmung zur Rechtsprechung des BAG

Die Gegenansicht nimmt mit dem BAG an, eine Beteiligung des Betriebsrats bei Wahl erst nach Beginn der Umsetzung der Betriebsänderung komme nicht mehr in Frage. Denn werde der Betriebsrat erstmalig während der im Vollzug begriffenen Betriebsänderung, etwa nach Ausspruch der Kündigungen oder erfolgter Anzeige einer Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit gewählt, bleibe sowohl für den Versuch eines Interessenausgleichs als auch für die Erstellung eines Sozialplans kein Raum mehr.<sup>48</sup> Auch eine Unterrichtungs- und

35 LAG Köln, 5.3.2007 – 2 TaBV 10/07, juris.

36 LAG Saarland, 14.5.2003 – 2 TaBV 7/03, NZA-RR 2003, 639; LAG Köln, 5.3.2007 – 2 TaBV 10/07, juris; ArbG Reutlingen, 29.10.1998 – 3 (1) BV 7/98, BB 1999, 107 red. Ls; in diese Richtung tendierend auch bereits LAG Hamburg, 13.8.1997 – 8 Sa 42/97, juris.

37 Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 154 f.; B. Kraushaar, ArbuR 2007, 396.

38 Annuß, in: Richardi, 16. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 144 ff.

39 Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 154 f.

40 So auch die Definition des BAG in st. Rspr., z. B. BAG, 27.10.1987 – 1 ABR 8/86, BB 1988, 761.

41 Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 154.

42 Z. B. § 14a Abs. 1 BetrVG, §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 WO.

43 Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 154; B. Kraushaar, ArbuR 2007, 396, 397; M. Kraushaar, ArbuR 2000, 245, 246.

44 B. Kraushaar, ArbuR 2005, 34, 34 f.; M. Kraushaar, ArbuR 2000, 245, 247; s. auch Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 154, der anführt, es könne bei der Bemessung des Sozialplans berücksichtigt werden, dass die Arbeitgeberin nicht mit ihm gerechnet habe.

45 M. Kraushaar, ArbuR 2000, 245, 247 f. Diese Argumentation halten wir nach den Maßstäben der juristischen Methodenlehre für unvertretbar. Die Voraussetzungen einer Einzelanalogie liegen nicht vor, s. o. Ziff. IV.

46 B. Kraushaar, ArbuR 2005, 34, 35, der diesbezüglich von einem „point of no-return“ spricht; s. auch M. Kraushaar, ArbuR 2000, 245, 249.

47 Däubler, in: Däubler u. a. (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 155.

48 Annuß, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 27; Bauer, DB 1994, 217; Fitting u. a. (Hrsg.), BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 34; Hohenstatt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 9; Kania, in: Erfk,

Konsultationspflicht nach § 17 Abs. 2 KSchG gegenüber dem – noch gar nicht bestehenden – Betriebsrat besteht dann denklogisch nicht.<sup>49</sup> Als Begründung wird dabei zunächst angeführt, dass es der Funktion der Beteiligung des Betriebsrats widerspreche, wenn dieser in einem so späten Stadium noch nachträglich in das Verfahren eingreifen könnte. Der Betriebsrat müsse zu einem Zeitpunkt bestehen, in dem eine Einflussnahme auf die von der Arbeitgeberin geplante Betriebsänderung noch möglich sei. Nach Beginn der Änderungsmaßnahmen sei jedenfalls für die Durchführung eines Interessenausgleichs kein Raum mehr.<sup>50</sup> Aber auch die Erstellung eines nachträglichen Sozialplans sei abzulehnen, obgleich dieser – durch eine Einigungsstelle erzwungen – zwar grundsätzlich noch möglich sei. Interessenausgleich und Sozialplan bildeten zwar keine untrennbare Einheit, stünden aber in einem systematischen und funktionalen Zusammenhang.<sup>51</sup> Der Sozialplan biete eine gewisse Sicherheit dafür, dass das Unternehmen die Entscheidung zu einer Betriebsänderung zum einen nicht leichtfertig treffe und dass es zum anderen Betriebsänderungen in einer für die Belegschaft schonenden Form durchführe. Denn Unternehmen werden die finanziellen Belastungen durch den Sozialplan geringhalten wollen. Die Pflicht, einen Sozialplan zu erstellen, sichere somit die Abwägung der Interessen ab. Diese Funktion der Einwirkung auf die unternehmerische Entscheidung könne ein Sozialplan jedoch nur erfüllen, wenn er bereits vor der Durchführung der Betriebsänderung aufgestellt sei. Dies sei auch dem Gesetz zu entnehmen, denn laut § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG sei der Sozialplan eine Einigung über den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile infolge der geplanten Betriebsänderung.<sup>52</sup> Erst dann – also erst, wenn die Arbeitgeberin aufgrund abgeschlossener Vorüberlegungen grundsätzlich zu einer solchen Betriebsänderung entschlossen sei – entstehe jedoch die Pflicht, den Betriebsrat gem. § 111 ff. BetrVG zu beteiligen. Daher sei insoweit auch nicht von einer etwaigen Verpflichtung der Arbeitgeberin, mit der Durchführung einer generell beteiligungspflichtigen Maßnahme solange zu warten, bis ein funktionsfähiger Betriebsrat besteht, auszugehen. Dies sei ferner unabhängig von der Kenntnis des Unternehmers bezüglich der Absicht einer baldigen Betriebsratswahl. § 2 Abs. 1 BetrVG beinhalte zwar eine Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit bezüglich der ohnehin bereits bestehenden Rechte und Pflichten der Betriebspartner, nicht aber die Begründung neuer Rechte und Pflichten.<sup>53</sup>

## VI. Lösungsvorschlag: Planungsendbeschluss – PEB – entscheidend

Wie also könnte eine Lösung aussehen, wenn zeitlich Betriebsänderung und Betriebsratswahl zusammentreffen? Nach Meinung der Autoren lohnt sich ein Rückblick auf die Feststellungen des BAG im Jahr 1999. Hier hatte der 9. Senat in einer Insolvenzsituation (damals noch nach Konkursordnung) einen von einzelnen Arbeitnehmern (!) mit dem (damals noch) Konkursverwalter abgeschlossenen „Interessenausgleich“ und „Sozialplan“ geprüft.<sup>54</sup> Es bestand nämlich kein Betriebsrat. Und in den Entscheidungsgründen liest man:

„ ... Der Ausschluss der Arbeitnehmer eines Betriebs ohne gewählten Betriebsrat aus dem Geltungsbereich der §§ 111 ff. BetrVG entspricht der Grundentscheidung des Gesetzgebers zur Betriebsverfassung. Haben die Arbeitnehmer die Wahl eines Betriebsrats versäumt, hat es damit sein Bewenden.“<sup>55</sup>

Und dann weiter:

„ ... Sie (eine vom Kläger des Verfahrens behauptete Benachteiligung) beruht vielmehr auf dem Umstand, daß die Arbeitnehmer der Gemeinschuldnerin keinen

Betriebsrat gewählt hatten, obwohl der Betrieb sowohl betriebsratsfähig (§ 1 BetrVG) wie auch aufgrund der regelmäßigen Beschäftigtenzahl von mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern (§ 111 BetrVG) sozialplanfähig war.“<sup>56</sup> Die argumentative Drehscheibe muss der Zeitpunkt sein, an dem die Arbeitgeberin ihre Planung einer Betriebsänderung abschließt, der Zeitpunkt, an dem der Entschluss – der häufig ein Beschluss des zuständigen Organs der Gesellschaft sein wird – gefasst wird. Dieser Beschluss kann organisationswissenschaftlich als *Planungsendbeschluss* oder *PEB* beschrieben werden.

### 1. Beteiligungsrechte nach BetrVG

Vor dem *PEB* gibt es keine Grundlage für die Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus §§ 111 ff. BetrVG. Denn die Planung der Arbeitgeberin vor einem *PEB* ist noch nicht in ein beteiligungsfähiges Stadium eingetreten.<sup>57</sup> Vor dem *PEB* als Abschluss der Planung gibt es schlechterdings nichts zu unterrichten, beraten oder gar zu verhandeln.

Richtig hat die Rechtsprechung des BAG schon im Jahr 1982 auf den funktionalen Zusammenhang von Interessenausgleich und Sozialplan hingewiesen.<sup>58</sup> Das entspricht der Realität in den Unternehmen, wenn eine Betriebsänderung geplant und vorbereitet wird. Den Autoren ist keine state-of-the-art-Planung bekannt, in der die Vorbereitung zur Umsetzung einer Betriebsänderung, das betrifft den Interessenausgleich,<sup>59</sup> getrennt von der Planung für einen Sozialplan erfolgte. Das genau ist in der Praxis unternehmerischer Planung der systematische und auch funktionale Zusammenhang von Interessenausgleich und Sozialplan, den die Rechtsprechung des BAG hervorhebt.<sup>60</sup> Aus diesem Grunde ist es entscheidend, ob zur Zeit des *PEB* ein Betriebsrat besteht oder nicht. Denn aufgrund des systematisch-funktionalen Zusammenhangs von Interessenausgleich und Sozialplan muss die Arbeitgeberin zum Zeitpunkt des *PEB* mit einem Betriebsrat für Interessenausgleich und Sozialplan finanziell anders kalkulieren als ohne Betriebsrat.

Das führt zu einem weiteren wichtigen Argument der Rechtsprechung: das Kalkulationsrisiko der Arbeitgeberin. Auch hier lässt sich für die unternehmerische Praxis sagen, die Planung der Betriebsänderung, die ganz wesentlich eine finanzielle Budgetplanung sein wird, trennt nicht zwischen Interessenausgleich und Sozialplan. In der Praxis wird ein einheitliches finanzielles Budget für die Umsetzung der Betriebsänderung erstellt. Das heißt, zum Zeitpunkt des *PEB* entsteht auch für die Arbeitgeberin das Kalkulationsrisiko.<sup>61</sup> Hier stellt das BAG richtig darauf ab, dass ein Unternehmen ein schützenswertes Interesse hat, die finanziellen Auswirkungen eines Sozialplans zu erfahren, bevor es Maßnahmen der Betriebsänderung einleitet.<sup>62</sup> Dabei

20. Aufl. 2020, § 111 BetrVG, Rn. 6; Schulz, BB 2017, 949, 949 ff.; Stefan, in: Düwell (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, 5. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 7.

49 S. o. ll.

50 *Fitting* u. a. (Hrsg.), BetrVG, 30. Aufl. 2020, §§ 112, 112a BetrVG, Rn. 11.

51 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, BB 1982, 1423.

52 *Preis/Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Hrsg.), BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 111 BetrVG, Rn. 5; s. zu der „Steuerungswirkung“ des Sozialplans auch *Oetker*, in: GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, §§ 112, 112a BetrVG, Rn. 137.

53 *Oetker*, in: GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 111 BetrVG, Rn. 55 ff.

54 BAG, 21.9.1999 – 9 AZR 912/98, BB 2000, 1245.

55 BAG, 21.9.1999 – 9 AZR 912/98, BB 2000, 1245, Rn. 37 der Entscheidungsgründe.

56 BAG, 21.9.1999 – 9 AZR 912/98, BB 2000, 1245, Rn. 41 der Entscheidungsgründe.

57 *Gaul*, Aktuelles Arbeitsrecht, Bd. 1, 2018, S. 195 ff.

58 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, BB 1982, 1423, s. o. Ziff. 4.

59 S. o. Ziff. V. a) zur Definition des Interessenausgleichs in der st. Rspr. des BAG.

60 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, BB 1982, 1423, II. 4. a) der Entscheidungsgründe.

61 S. o. Ziff. VI.

62 BAG, 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, BB 1993, 140, 140.

wird auch hier immer wieder die Relevanz der Möglichkeit der Einflussnahme auf die Betriebsänderung betont.<sup>63</sup> Der Gegenansicht ist dahingehend zuzustimmen, dass das Kalkulationsrisiko der Arbeitgeberin bezüglich der Kosten eines in diesem Stadium abgeschlossenen Sozialplans eher gering ist. Zum einen ist die Möglichkeit eines nachträglich durch die Einigungsstelle erzwungenen Sozialplans gesetzlich vorgesehen, zum anderen kann die Höhe der Kosten eines Sozialplans auch bereits vor seinem Abschluss grundsätzlich zumindest grob absehbar sein. Dieses Argument verliert aber angesichts der schon seit Jahren etablierten Gewerkschaftstaktik zum Erstreiken von Transfersozialplänen bei Betriebsänderungen an Gewicht. Denn Ziel dieser Gewerkschaftstaktik ist es gerade, durch planvoll in unrealistische Höhen getriebene Sozialplanforderungen eine anstehende Betriebsänderung zu erschweren oder sogar zu verhindern.<sup>64</sup> Nicht zu vergessen ist weiter, dass bereits die Wahl des Betriebsrats nach dem *PEB* für die Arbeitgeberin zumeist unvorhergesehen und damit nicht kalkulierbar ist. Besteht kein Betriebsrat, ist auch von Beginn der Betriebsänderung an kein Verhandlungspartner vorhanden. Die Arbeitgeberin kann die Betriebsänderung frei planen, sich zu ihr entschließen und sie durchführen, ohne zu informieren, zu beraten und zu verhandeln und ohne die Kosten eines Sozialplans konkret zu planen, geschweige denn antizipieren zu müssen. Im letzten Stadium der Betriebsänderung mit einer solchen diesbezüglich unabsehbaren Kostenlast überrascht werden zu können, ist für die Arbeitgeberin jedenfalls unzumutbar. Darüber hinaus muss beachtet werden, dass eine verspätete Wahl des Betriebsrats grundsätzlich in die Sphäre der Arbeitnehmer fällt und ein Versäumnis darstellt, was dementsprechend nicht zu Lasten des Unternehmens gehen darf.<sup>65</sup> Vor diesem Hintergrund ist auch nicht darauf abzustellen, ob im Unternehmen eine bevorstehende Betriebsratswahl bekannt ist oder ob bereits ein Wahlvorstand bestimmt wurde. Besteht tatsächlich kein Verhandlungspartner, kann dieser auch nicht eingreifen bzw. die Arbeitgeberin nicht zu seiner Einbeziehung verpflichtet werden.<sup>66</sup> Die *nasciturus*-Analogie greift hier bereits mangels praktischer Umsetzbarkeit nicht<sup>67</sup> und selbst dann nicht, wenn man einmal unterstellt, die Voraussetzungen eines Analogieschlusses lägen überhaupt vor.<sup>68</sup>

Ein weiterer Aspekt des Kalkulationsrisikos der Arbeitgeberin ist der Interessenausgleich. Dieser Aspekt wird oft nicht angesprochen. Doch ob ein Interessenausgleich mit einem Betriebsrat versucht werden muss oder nicht, hat auf die Kalkulationsgrundlage einer Betriebsänderung einen großen Einfluss. Das ist das Resultat der Rechtsprechung des BAG, die von der Arbeitgeberin verlangt, bei einer Betriebsänderung einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat zu versuchen,<sup>69</sup> und dann diesen Versuch erst für vollendet hält, wenn er bis in eine Einigungsstelle hinein ausgeweitet wurde.<sup>70</sup> Hier bietet sich Gelegenheit für Verzögerungstaktiken, die oft auch ein provoziertes gerichtliches Einsetzungsverfahren für die Einigungsstelle einschließen (§ 100 ArbGG). Allein das gerichtliche Besetzungsverfahren kann sich durch zwei Instanzen und so mehrere Wochen hinziehen. Dann erst können die eigentlichen Verhandlungen vor der Einigungsstelle mit dem von der Rechtsprechung geforderten Versuch eines Interessenausgleichs starten. Sonst droht in einer größer werdenden Zahl von LAG-Bezirken eine vom Betriebsrat erwirkte Untersagungsverfügung im gerichtlichen Eilverfahren.<sup>71</sup> Während dieser Zeit darf zum Beispiel bei einer geplanten

Personalanpassung als Betriebsänderung den Arbeitnehmern, deren Arbeitsplätze wegfallen oder sogar schon weggefallen sind, noch nicht gekündigt werden. Hier müssen Unternehmen mit einem Annahmeverzugslohnrisiko planen, das schnell im Monat siebenstelligen Eurosummen erreicht. Daher ist auch beim Interessenausgleich das Kalkulationsrisiko ein gewichtiger Teil des *PEB*.

Aus der einschlägigen Rechtsprechung, vor allem dem hierzu zitierten BAG-Urteil aus dem Jahr 2003,<sup>72</sup> ergibt sich auch kein Interpretationsspielraum.<sup>73</sup> Denn auch in dieser Entscheidung hält der 1. Senat fest, dass Voraussetzung der Unterrichtung, Beratung und zum Versuch eines Interessenausgleichs das Bestehen des Betriebsrats ist – zu dem Zeitpunkt, in dem die Betriebsänderung „beginnt“.<sup>74</sup> Damit kann nur der Zeitpunkt unmittelbar nach dem *PEB* gemeint sein, erst (unmittelbar) danach kann eine sinnvolle Unterrichtung, Beratung und Verhandlung mit einem Betriebsrat, wenn es ihn gibt, erfolgen. Für diese Auslegung ohne Interpretationsspielraum spricht auch, dass der 1. Senat in der Entscheidung selbst auf seine Rechtsprechung aus den Jahren 1982 und 1992 verweist.<sup>75</sup>

## 2. Beteiligungsrechte nach KSchG bei Massenentlassung

Und wie wirkt sich der Zeitpunkt des *PEB* bei einer Betriebsänderung als anzeigepflichtige Massenentlassung aus (§§ 17 ff. KSchG)? Der Betriebsbegriff des Massenentlassungsrechts ist ein unionsrechtlicher Begriff. Er ist nach der Rechtsprechung des EuGH in der Unionsrechtsordnung autonom und einheitlich allein von diesem und damit losgelöst von den nationalen Begrifflichkeiten und Rechtsvorschriften auszulegen.<sup>76</sup>

Dennoch gilt das oben Gesagte auch für Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem KSchG, genauer nach § 17 Abs. 2 KSchG. Auch hier ist entscheidend auf den Zeitpunkt des *PEB* abzustellen. Denn das Konsultationsverfahren ist unverzüglich zu eröffnen, sobald die Arbeitgeberin entschieden hat, Massenentlassungen durchzuführen.<sup>77</sup> Auch hier dürfen jedoch bei Einleitung des Konsultationsverfahrens noch keine unumkehrbaren Maßnahmen getroffen worden sein.<sup>78</sup> Dieser Zeitpunkt liegt vor, wenn über einen Interessenausgleich zu

63 BAG, 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, BB 1982, 1423.

64 Diese Streiktaktik entwickelte die IG Metall spätestens seit dem Jahr 2003. Nur ein, wenn auch spektakuläres, Beispiel war der Arbeitskampf gegen die Schließung des AEG-Stammwerks in Nürnberg in den Jahren 2005 bis 2007 (<https://www.br.de/franken/inhalt/zeitgeschichte/aeg-chronik-100.html>, Abruf: 14.9.2020). Vor der damit verbundenen Verletzung unternehmerischer Freiheit wurde frühzeitig gewarnt (vgl. *Lelley/Sabin*, FA 2004, 357 ff.), ohne die Entwicklung aufhalten zu können. Das BAG hat die IG Metall-Taktik schließlich passieren lassen, vgl. BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235.

65 So auch *Schulz*, BB 2017, 949, 949 f.

66 So i. E. auch *Schulz*, BB 2017, 949, 950.

67 *Schulz*, BB 2017, 949, 950.

68 S. o. Ziff. IV. u. Ziff. V. 1. mit Verweis auf *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 6, Rn. 102 ff.

69 BAG, 16.8.2011 – 1 AZR 44/10, BB 2011, 3060 red. Ls.

70 BAG, 16.8.2011 – 1 AZR 44/10, BB 2011, 3060 red. Ls.

71 LAG Schleswig-Holstein, 15.12.2010 – 3 TaBVga 12/10, BB 2011, 628 Ls.; LAG Nürnberg, 9.3.2009 – 6 TaBVga 2/09, ZTR 2009, 554, BB 2009, 1917 Ls.; vgl. auch *Lelley*, DB 2014, 2172 u. *ders.*, EWIR 2004, 1215 jeweils mit einer Analyse der verschiedenen Argumente der Rechtsprechung.

72 BAG, 18.11.2003 – 1 AZR 30/03, BAGE 108, 294, BB 2004, 556, s. o. Ziff. IV.

73 *Anders Annuß*, in: *Richardi, BetrVG*, 15. Aufl. 2016, § 111 BetrVG, Rn. 27, der von „*keineswegs eindeutiger Rechtsprechung*“ und „*gewissem Raum für Interpretationen*“ schreibt.

74 BAG, a. a. O., B. II. 1. der Entscheidungsgründe.

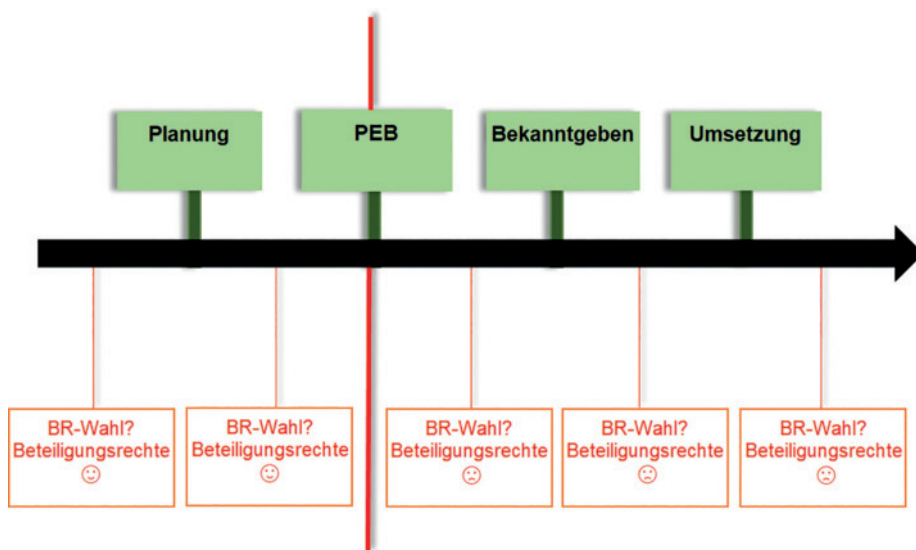
75 S. o. Ziff. IV.

76 BAG, 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 57, BB 2020, 1651 Ls.

77 EuGH, 21.9.2017 – C-149/16, AP Richtlinie 98/59/EG Nr. 9; EuGH, 10.9.2009 – C-44/08, EZA Richtlinie 98/59 EG-Vertrag 1999 Nr. 3.

78 BAG, 26.1.2017 – 6 AZR 442/16, BB 2017, 883 red. Ls.





verhandeln ist, also zum Zeitpunkt des PEB.<sup>79</sup> Daraus folgt, dass auch hier bei der Frage, ob ein Betriebsrat besteht, der zu beteiligen ist, auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist. Es liegt demnach ein Gleichlauf mit den Vorschriften des BetrVG vor. Besteht ein Betriebsrat vor dem PEB, ist eine Konsultation nach § 17 Abs. 2 KSchG durchzuführen. Wird er erst im Anschluss gewählt, entfällt die Beteiligungspflicht nach dem KSchG.<sup>80</sup>

Wird demnach der Betriebsrat nach dem PEB gebildet, scheidet eine Beteiligung nach § 17 Abs. 2 KSchG aus. Folgerichtig muss die Arbeitgeberin in diesem Fall der Agentur für Arbeit auch keine Abschrift gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG zuleiten. Die Arbeitgeberin muss anschließend im Rahmen des § 17 Abs. 3 S. 3 gegenüber der Agentur darlegen, warum eine Unterrichtung des Betriebsrats nicht geboten war.<sup>81</sup> § 17 Abs. 3 S. 5–8 KSchG findet jedoch weiterhin Beachtung, auch wenn der Betriebsrat nachträglich gebildet wurde.<sup>82</sup>

### 3. PEB als Wasserscheide

Arbeitgeberinnen können also nach wie vor mit der Rechtsprechung des BAG planen: Der entscheidende Zeitpunkt für Beteiligungsrechte eines Betriebsrats bei einer Betriebsänderung ist der PEB, der den Abschluss der Planungsphase markiert. Ist ein Betriebsrat zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht gewählt, gibt es auch keine Beteiligungsrechte zu Interessenausgleich und Sozialplan nach §§ 111 ff. BetrVG und auch keine Information und Konsultation bei einer Massenentlassung nach §§ 17 ff. KSchG.

Auf einer Zeitleiste dargestellt, lässt sich die Auswirkung des PEB auf die Pflicht der Arbeitgeberin zur Beteiligung eines Betriebsrats so zusammenfassen (siehe Abbildung oben).

## VII. Zusammenfassung & Empfehlung für die Praxis

„Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben“ – so prägnant hat Jobst-Hubertus Bauer schon vor 26 Jahren die Rechtslage zu den allgemeinen Voraussetzungen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen zusammengefasst.<sup>83</sup> Für die Beurteilung dieser Beteiligungsrechte ist der Planungsendbeschluss (PEB) der Arbeitgeberin entscheidend. Ist der PEB gefasst, gibt es keinen Planungsprozess mehr, auf den ein Betriebsrat Einfluss nehmen könnte. Und mit

dem PEB hat ein Unternehmen auch die Budgetplanung und damit die Kalkulationsgrundlage geschaffen für einen oder genauer gesagt gerade keinen Interessenausgleich und Sozialplan. Betriebsräte, die nach dem PEB installiert werden, haben keine Beteiligungsrechte zu Interessenausgleich und Sozialplan nach §§ 111 ff. BetrVG. Und sie haben auch keine Informations- und Konsultationsrechte bei einer Massenentlassung nach §§ 17 ff. KSchG. Die Rechtsprechung des BAG zu dieser Frage ist ohne Interpretationsspielräume und seit Jahrzehnten konsistent. Zu Recht weist das BAG auf den funktionalen Zusammenhang von Interessenausgleich und Sozialplan hin. Und zu Recht stellt das BAG darauf ab, dass ein Unternehmen ein schützenswertes Interesse hat, die finanziellen Auswirkungen

eines Sozialplans zu erfahren, bevor es Maßnahmen der Betriebsänderung einleitet. Das gilt auch für einen Interessenausgleich, der gleichfalls gravierende finanzielle Auswirkungen haben kann und daher unter das für die Arbeitgeberin unzumutbare Kalkulationsrisiko fällt.

Hieraus ergibt sich als Empfehlung für die Planung einer Betriebsänderung: Der PEB sollte schriftlich dokumentiert und auch den geplanten zeitlichen Ablauf der Betriebsänderung umfassen. Dann sollte die Unternehmensleitung den PEB zur Betriebsänderung auch schnell an die betroffenen Arbeitnehmer kommunizieren und mit der Durchführung der Betriebsänderung beginnen. Enttäuschungen werden sich erfahrungsgemäß nicht wirksam ausschließen lassen; doch Erwartungen kann man so enttäuschungsfest stabilisieren.<sup>84</sup>

**Dr. Jan Tibor Lelley, LL.M.** (Suffolk University Law School), RA/FAARbR, ist Partner bei Buse Heberer Fromm, Frankfurt am Main. Er berät national sowie international operierende Unternehmen und Konzerne im Betriebsverfassungsrecht und in Restrukturierungssituationen.



**Dr. Julia M. Bruck, RAin**, ist Associate bei Buse Heberer Fromm in Essen. Sie berät national sowie international operierende Unternehmen und Konzerne im Arbeitsrecht. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die arbeitsgerichtliche Prozessführung.



<sup>79</sup> Schramm/Kuhnke, NZA 2011, 1071, 1072; Kiel, in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 17 KSchG, Rn. 20; so ist auch BAG, 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 57, BB 2020, 1651 Ls, zu verstehen; s. auch Lelley/Bruck, EWIR 2020, 537.

<sup>80</sup> So auch etwa Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 KSchG, Rn. 60.

<sup>81</sup> BAG, 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 57, BB 2020, 1651 Ls.

<sup>82</sup> Moll, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 KSchG, Rn. 60.

<sup>83</sup> Bauer, DB 1994, 217.

<sup>84</sup> Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 10. Aufl. 2017, S. 234 ff. Nach Luhmann kommt es darauf an, Regeln für ein Verhalten im Enttäuschungsfall an die Hand zu geben.