

Aktenzeichen: 1 ABR 35/83

Bundesarbeitsgericht 1. Senat Beschluß vom 16. Juli 1985
- 1 ABR 35/83 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Beschluß vom 17. Dezember 1982
- 4 BV 12/82 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Beschluß vom 28. Februar 1983
- 12 Ta BV 7/82 und 2/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Ja



Entscheidungsstichwort:

Zustimmungsersetzung bei befristeter Einstellung

Gesetz: BetrVG § 99 Abs. 2 Nr. 1, §§ 101, 2 Abs. 2

Leitsätze:

1. Verweigert der Betriebsrat einer geplanten Einstellung form- und fristgerecht seine Zustimmung mit der Begründung, die vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses verstoße gegen bestimmte tarifliche Vorschriften, so muß der Arbeitgeber das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchführen.
2. Die wiederholte Verweigerung der Zustimmung zu gleichgelagerten personellen Maßnahmen mit einer Begründung, von der allgemein anerkannt ist, daß sie zur Verweigerung der Zustimmung nicht berechtigt, kann rechtsmißbräuchlich sein.
3. Der Senat hält an seiner Entscheidung vom 20. Juni 1978 (- 1 ABR 65/75 - AP Nr. 8 zu § 99 BetrVG 1972) fest, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers nicht mit der Begründung verweigern kann, die vertraglich vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses sei unzulässig.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 ABR 35/83

12 Ta BV 7/82 und 2/83 Berlin

Verkündet am
16. Juli 1985

Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Beschluß

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung
vom 16. Juli 1985 durch den Präsidenten Professor Dr. Kissel,
die Richter Dr. Heither und Matthes sowie die ehrenamtlichen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

Richter Dr. Rust und Andersch beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 28. Februar 1983 - 12 Ta BV 7/82 und 2/83 - wird zurückgewiesen.

Die Beschlußformel wird klarstellend wie folgt neu gefaßt:

Es wird festgestellt, daß der Antragsgegner verpflichtet ist, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen, wenn der Betriebsrat einer Einstellung mit der Begründung widerspricht, die vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses sei nach dem Manteltarifvertrag für den Berliner Einzelhandel unzulässig.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

A. Der Antragsgegner des vorliegenden Verfahrens, das Kaufhaus des Westens (im folgenden KaDeWe), stellt immer wieder Arbeitnehmer befristet ein, die nach Ablauf der Befristung entweder wieder ausscheiden oder in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

übernommen werden. Allein bis zum Abschluß der Beschwerdeinstanz des vorliegenden Verfahrens sind etwa 100 solche befristeten Einstellungen erfolgt, 77 davon haben zu insgesamt sechs arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren geführt.

Die geplante befristete Einstellung teilt das KaDeWe dem Betriebsrat auf einem Formblatt mit, das im wesentlichen wie folgt aussieht:

Probearbeitsverhältnis
Einstellung/Eingruppierung (§ 99 BetrVG)

Zur Einstellung/Eingruppierung haben wir
folgenden Bewerber vorgesehen:

Name ...

vorgesehener Beginn (z. B.) 1.8. bis 31.10.82
zur Probe
.....

Unter Rückgabe der Unterlagen bitten wir Sie, uns
auf anhängendem Formular bis zum ... Ihre Stellungnahme zukommen zu lassen. Andernfalls dürfen wir Ihre Zustimmung voraussetzen.

In dem anhängendem Formular heißt es u. a.:

Wir stimmen der Einstellung/Eingruppierung des
Bewerbers zu.

Wir stimmen der Einstellung/Eingruppierung des
Bewerbers nicht zu.

Verweigerungsgründe gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG:
...

In dem mit dem jeweiligen Bewerber abzuschließenden Formulararbeitsvertrag heißt es u. a. wie folgt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

...

§ 2

Die Einstellung erfolgt zur Probe bis zum ...
Mit diesem Zeitpunkt endet das Probearbeitsver-
hältnis, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

Wird eine Probezeit von 3 Monaten (höchstzu-
lässige Dauer) vereinbart, so kann das Arbeits-
verhältnis von beiden Vertragspartnern vorfri-
stig mit einer Frist von einem Monat zum Ende
des zweiten Monats gekündigt werden.

...

Allen so geplanten Einstellungen hat der Betriebsrat frist-
gemäß seine Zustimmung verweigert. Er hat jeweils in dem anhän-
genden Formular den Satz "Wir stimmen der Einstellung/Eingrup-
pierung des Bewerbers nicht zu" angekreuzt und diesem eine
schriftliche Begründung beigelegt, die eine der nachstehend ge-
nannten Fassungen hatte:

Anhang zum Einstellungsantrag

Der Betriebsrat widerspricht der Einstellung
von Kollege ... nach § 99 Abs. 2 Ziff. 1 und 4
BetrVG.

1. Fassung:

.....

Die im MTV unter § 2 vorgesehene Probezeit dient
zur gegenseitigen Erprobung der vertragschlie-
ßenden Parteien. Dabei ist von den Tarifparteien
vorgesehen, daß die Probezeit regelmäßig in ein
unbefristetes Arbeitsverhältnis übergeht, ohne
daß dies noch einmal extra vereinbart werden muß.

Befristete Probearbeitsverhältnisse sind als ab-
solute Ausnahme anzusehen, die im Einzelfall be-
gründet werden muß, und sind auch entsprechend
§ 2 Abs. 2 MTV nur für die Dauer eines Monats
zulässig.



Der Betriebsrat erkennt in dem von Ihnen vorgesehenen befristeten Probearbeitsverhältnis - über die Dauer von 28 Tagen - eine klare Benachteiligung für ...

Aus diesen Gründen lehnt der Betriebsrat die Einstellung in ein befristetes Probearbeitsverhältnis ab.

Wir verlangen eine Einstellung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis und bitten um diesbezügliche Stellungnahme.

2. Fassung:

Der Betriebsrat verweigert die Zustimmung zur Einstellung in ein befristetes Probearbeitsverhältnis.

Entsprechend § 2 MTV ist eine Befristung eines Probearbeitsverhältnisses für gewerbliche Arbeitnehmer nicht zulässig, abgesehen davon besteht dafür weder eine betriebliche Notwendigkeit, noch gibt es in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe, die eine solche Maßnahme rechtfertigen. Auch besteht in diesem Bereich keine Notwendigkeit für ein Aushilfsarbeitsverhältnis.

Aus diesen Gründen lehnt der Betriebsrat die Einstellung unter diesen Bedingungen ab und verlangt vielmehr eine Einstellung des Kollegen in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

.....

Im Laufe des vorliegenden Verfahrens hat der Betriebsrat mit einem Schreiben an das KaDeWe vom 8. Juli 1982 seine Zustimmungsverweigerung nochmals erläutert und zusätzlich folgendes ausgeführt:

Dabei versuchen Sie offensichtlich, die Bestimmungen des § 3 MTV zu umgehen, wonach ein Aushilfsarbeitsverhältnis nur zur Behebung eines vorübergehenden Bedarfs zulässig ist. Sie wissen, daß der Betriebsrat - wie in der Vergangenheit - Aushilfsarbeitsverhältnissen nur dann zustimmt, wenn tatsächlich nur ein vorübergehender Bedarf vorhanden ist. Sie wollen dem Betriebsrat durch die



-6-

Befristung sein Recht nehmen, eine Umgehung des § 3 MTV zu verhindern. Dies war in der Vergangenheit oft der Fall. Dazu kommt, daß die betroffenen Arbeitnehmer durch die Befristung (und versteckten Aushilfsarbeitsverhältnis) klar benachteiligt werden.

Er hat in spätere Zustimmungsverweigerungen auch diesen Grund mit aufgenommen.

Das KaDeWe hat auf die Zustimmungsverweigerung dem Betriebsrat jeweils mitgeteilt:

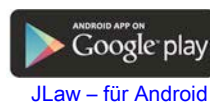
Gesetzliche Zustimmungsverweigerungsgründe liegen auch in den obengenannten Fällen nicht vor, so daß wir die beantragten Einstellungen wie geplant durchführen werden.

Das KaDeWe hat geltend gemacht, die befristete Einstellung von Arbeitnehmern zur Probe bis zu drei Monaten verstoße nicht gegen § 2 des Manteltarifvertrages für den Berliner Einzelhandel. Das sei durch einen Schiedsspruch aus dem Jahre 1978 ausdrücklich festgestellt worden. Nachdem das Bundesarbeitsgericht schon im Jahre 1978 entschieden habe, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung nicht mit der Begründung verweigern könne, eine vertraglich vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses sei wegen Fehlens eines die Befristung sachlich rechtfertigenden Grundes unwirksam, sei eine Zustimmungsverweigerung, die allein mit einer unzulässigen Befristung begründet werde, unbeachtlich.

Nach Auffassung des Betriebsrates muß die Frage, ob die Zustimmung zur Einstellung mit der Begründung verweigert werden kann, die Befristung des Arbeitsverhältnisses sei unzulässig, im



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Zustimmungsersetzungsverfahren geklärt werden. Er habe dem KaDeWe angeboten, befristete Einstellungen für die Dauer eines solchen Verfahrens nicht zu widersprechen, wenn das KaDeWe ein solches Verfahren anhängig mache. Das habe das KaDeWe abgelehnt.

Im vorliegenden Verfahren hat der Betriebsrat mit Schriftsatz vom 8. November 1982 beantragt, dem KaDeWe aufzugeben, die Einstellung von sieben namentlich genannten Arbeitnehmern aufzuheben. Er hat im Kammertermin vom 17. Dezember 1982 den Antrag hinsichtlich eines Arbeitnehmers zurückgenommen, hinsichtlich eines Arbeitnehmers den Aufhebungsantrag gestellt und im übrigen - weil sich die Fälle erledigt hatten - die Feststellung beantragt, daß das KaDeWe bei der Einstellung dieser Arbeitnehmer gegen sein Mitbestimmungsrecht verstoßen hat.

Das Arbeitsgericht hat dem Aufhebungsantrag stattgegeben, im übrigen aber den Antrag abgewiesen, weil an der auf die Vergangenheit gerichteten Feststellung, daß das KaDeWe gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verstoßen habe, kein Feststellungsinteresse bestehe. Gegen diese Entscheidung haben beide Beteiligten Beschwerde eingelegt. Da sich zwischenzeitlich auch der letzte Fall erledigt hat, hat der Betriebsrat seinen Antrag geändert und beantragt

festzustellen, daß die Einstellung der (namentlich genannten) Arbeitnehmer unter Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG erfolgte.



Der Betriebsrat sieht in dem geänderten Antrag die einzige Möglichkeit, dem KaDeWe "die ständigen Verstöße gegen das Betriebsverfassungsgesetz vor Augen zu führen". Das zunächst anhängig gemachte Verfahren nach § 101 BetrVG habe sich erledigt und werde sich infolge der immer nur dreimonatigen Befristung der Arbeitsverhältnisse immer erledigen, bevor eine rechtskräftige Entscheidung der strittigen Rechtsfrage ergehen könne.

Das Landesarbeitsgericht hat nach dem geänderten Antrag des Betriebsrates erkannt. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt das KaDeWe seinen Abweisungsantrag weiter, während der Betriebsrat um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bittet.

B. Die Rechtsbeschwerde des KaDeWe ist nicht begründet.

I. Der Antrag ist zulässig.

1. Der Betriebsrat hat seinen Antrag in der Beschwerdeinstanz neu formuliert. Ob darin im Hinblick auf § 264 Nr. 3 ZPO überhaupt eine Antragsänderung zu sehen ist, kann dahingestellt bleiben. Das Landesarbeitsgericht hat darin eine Antragsänderung gesehen und diese für zulässig gehalten. Diese Entscheidung ist nach § 87 Abs. 2 in Verb. mit § 81 Abs. 3 ArbGG für den Senat bindend.

2. Der nunmehr gestellte Antrag bedarf der Auslegung.

a) Nach dem Wortlaut des Antrages begehrt der Betriebsrat die



Feststellung, daß das KaDeWe bei der Einstellung bestimmter Arbeitnehmer gegen sein Mitbestimmungsrecht verstoßen habe. Die Einstellung dieser Arbeitnehmer liegt weit zurück. Sie sind zwischenzeitlich entweder wieder ausgeschieden oder werden mit Zustimmung des Betriebsrates unbefristet weiterbeschäftigt. Für die Rechtsbeziehungen der Beteiligten spielt die Frage, ob die Einstellung gerade dieser Arbeitnehmer unter Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates erfolgt ist, keine Rolle mehr. Die vom Betriebsrat begehrte Entscheidung könnte lediglich aussprechen, daß dessen Rechtsauffassung darüber, wie das KaDeWe hätte verfahren müssen, zutreffend war. Rechtsfolgen für die Einstellung dieser Arbeitnehmer könnten sich aus einer solchen Entscheidung nicht mehr ergeben. Für eine solche gutachterliche Stellungnahme zu einem in der Vergangenheit liegenden Vorgang ist das Beschlußverfahren nicht gegeben. Das hat der Senat zuletzt in seiner Entscheidung vom 10. April 1984 (- 1 ABR 73/82 - AP Nr. 3 zu § 81 ArbGG 1979) ausgesprochen.

b) Dem Betriebsrat geht es letztlich jedoch nicht um die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Verstoßes gegen Mitbestimmungsrechte, sondern um eine Entscheidung einer von den längst erledigten Einstellungen losgelösten Streitfrage, die zwar bei den inzwischen erledigten Einstellungen aufgetreten ist, aber nicht auf diese beschränkt war, sondern zwischen den Beteiligten in einer Vielzahl von Fällen aufgetreten ist und immer wieder auftreten wird.

Unter den Beteiligten sind zwei Fragen im Streit. Es geht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

einmal um die Frage, ob der Betriebsrat einer geplanten befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers seine Zustimmung mit der Begründung verweigern kann, die Befristung sei unzulässig. Die zweite Frage ist die, ob der Arbeitgeber bei einer mit dieser Begründung - form- und fristgerecht - verweigten Zustimmung das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG auch dann durchführen muß, wenn der Betriebsrat mit dieser Begründung nicht widersprechen kann, oder ob eine solche Zustimmungsverweigerung unbeachtlich ist mit der Folge, daß die Zustimmung als erteilt gilt und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer befristet einstellen kann. Die zweite Frage stellt der Betriebsrat mit seinem Antrag im vorliegenden Verfahren zur Entscheidung. Er vertritt die Ansicht, daß über die erste Frage nur in einem Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG zu entscheiden sei. Schon weil das KaDeWe dieses Zustimmungsersetzungsverfahren nicht betrieben, sondern sich über die Zustimmungsverweigerung hinweggesetzt habe, habe es gegen sein Mitbestimmungsrecht verstoßen, unabhängig davon, ob die Zustimmung mit dieser Begründung verweigert werden könne oder nicht. Nur auf diese Frage bezogen ist der Antrag auch vom Landesarbeitsgericht verstanden worden, nur aus diesem Grunde hat der Betriebsrat auch im ganzen Verfahren nichts dazu vorgetragen, warum die Verweigerung der Zustimmung mit der Begründung, eine Befristung sei unzulässig, möglich sei und aus welchen Gründen die vom KaDeWe vorgenommene Befristung unzulässig sei.

Auf die zweite Frage begehrt der Betriebsrat eine Antwort des Gerichts. Er begehrt damit die Feststellung, daß das KaDeWe



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)

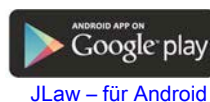


[JLaw – für iOS](#)

verpflichtet ist, immer dann, wenn er, der Betriebsrat, - form- und fristgerecht - die Zustimmung zu einer Einstellung mit der Begründung verweigert, daß die vorgesehene Befristung unzulässig sei, die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht zu erstreiten, wenn sie die geplante Einstellung durchführen will.

3. Den Antrag so zu verstehen ist der Senat nicht durch die Entscheidung des Sechsten Senats vom 29. Juli 1982 (- 6 ABR 51/79 - BAG 39, 259 = AP Nr. 5 zu § 83 ArbGG 1979) und auch nicht durch seine eigene Entscheidung vom 10. April 1984 (- 1 ABR 73/82 - AP Nr. 3 zu § 81 ArbGG 1979) gehindert. In der genannten Entscheidung hat der Sechste Senat im Ergebnis ausgesprochen, daß das über einen - bereits abgeschlossenen - Einzelfall hinausgehende Interesse an der Entscheidung einer strittigen Rechtsfrage nur durch einen gesonderten darauf gerichteten Feststellungsantrag geltend gemacht werden könne. Ein solcher Antrag und ein auf eine konkrete Einzelmaßnahme bezogener Antrag beträfen unterschiedliche Verfahrensgegenstände, keiner von beiden lasse sich aus dem jeweils anderen durch Auslegung ermitteln. Der Übergang von einem zum anderen Antrag in der Rechtsbeschwerdeinstanz sei nicht mehr zulässig. Dieser Entscheidung hat sich der Erste Senat angeschlossen. Diese Entscheidungen betreffen jedoch nicht die vorliegende Fallgestaltung.

Der oben dargestellte Inhalt des vom Betriebsrat gestellten Feststellungsantrages ist nicht durch Auslegung aus einem Antrag gewonnen worden, der eine Entscheidung über einen bereits abgeschlossenen Einzelfall begehrte, sondern aus einem Antrag des



Betriebsrates, den dieser gerade mit Rücksicht darauf, daß sich die zunächst zur Entscheidung gestellten Einstellungen erledigt hatten, gestellt hat. Dieser Antrag hatte das über den bereits abgeschlossenen Einzelfall hinausgehende Interesse an der Entscheidung der unter den Beteiligten strittigen Rechtsfrage zum Inhalt. Daß das nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ersichtlich war, sondern nur durch eine Auslegung dieses Antrages deutlich wurde, ist unerheblich. Die Auslegung hat nicht zu einem anderen Antrag geführt, sondern lediglich zum Ergebnis gehabt, daß der Betriebsrat mit diesem Antrag von Anfang an losgelöst von den bereits erledigten Einstellungsfällen eine Entscheidung der unter den Beteiligten strittigen Rechtsfrage für die Zukunft begehrte. Dieser Antrag ist in der Beschwerdeinstanz zulässig gestellt worden.

4. Der so verstandene Antrag ist bestimmt genug. Er bezeichnet die zur Entscheidung gestellte strittige Rechtsfrage. Eine dem Antrag stattgebende Entscheidung ist geeignet, die unter den Parteien strittige Rechtsfrage abschließend zu klären und das Verhältnis der Beteiligten zu befrieden. Begehrt wird auch die Feststellung eines Rechtsverhältnisses und nicht nur einer Tatsache. Es geht darum, ob das KaDeWe betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet ist, sich gegenüber dem Betriebsrat in einer bestimmten Weise zu verhalten, wenn es Arbeitnehmer befristet einstellen will und der Betriebsrat dieser Einstellung mit der Begründung widerspricht, die Befristung sei unzulässig. Das erforderliche Rechtsschutzinteresse an dieser Entscheidung ist gegeben. Das bedarf angesichts der Vorgeschichte und Begleitumstände



dieses Verfahrens keiner weiteren Darlegung.

II. Der Antrag ist auch begründet.

1. Der vom Betriebsrat begehrten Feststellung steht § 101 BetrVG nicht entgegen. Diese Bestimmung enthält eine Sonderregelung hinsichtlich der Folgen einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates bei der Vornahme personeller Einzelmaßnahmen. Nur insoweit, als es um Folgeregelungen geht, kann § 101 BetrVG allgemeinere Ansprüche des Betriebsrates ausschließen. So kommen beispielsweise Maßnahmen nach § 23 Abs. 3 BetrVG neben den Ansprüchen nach § 101 BetrVG nicht in Betracht (BAG Beschluß vom 5. Dezember 1978 - 6 ABR 70/77 - AP Nr. 4 zu § 101 BetrVG 1972). Im vorliegenden Falle erstrebt der Betriebsrat nicht die Feststellung einer Rechtsfolge aus einem in der Vergangenheit erfolgten Verstoß gegen seine Mitbestimmungsrechte, sondern die Feststellung einer Verpflichtung des KaDeWe für die Zukunft. Die Feststellung von Mitbestimmungsrechten und deren Grenzen bei der Vornahme personeller Einzelmaßnahmen wird durch § 101 BetrVG nicht ausgeschlossen. Wollte man das annehmen, wäre der Rechtsschutz des Betriebsrates insoweit verkürzt. Streitfragen über das Bestehen und den Umfang von Mitbestimmungsrechten könnten einmal immer nur zu Lasten des von der personellen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers ausgetragen werden. Zum anderen könnten Verfahren nach § 101 BetrVG in vielen Fällen überhaupt nicht zu einer Entscheidung der strittigen Frage führen, weil - wie der vorliegende Fall zeigt - die jeweilige Maßnahme vorher sich erledigt hat.



2. Nach § 99 BetrVG bedürfen personelle Einzelmaßnahmen der Zustimmung des Betriebsrates. Wird die Zustimmung verweigert, muß der Arbeitgeber grundsätzlich die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates beim Arbeitsgericht beantragen. Er darf im Ergebnis die personelle Einzelmaßnahme nur mit Zustimmung entweder des Betriebsrates oder des Arbeitsgerichts durchführen, andernfalls er betriebsverfassungswidrig handelt und das in § 99 BetrVG geregelte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates verletzt. Hat er die Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrates oder des Arbeitsgerichts durchgeführt, kann der Betriebsrat nach § 101 BetrVG die Aufhebung der Maßnahme verlangen.

Sinn dieser Regelung, die von der Regelung im Betriebsverfassungsgesetz 1952 abweicht, ist, dem Arbeitgeber die Last, das Arbeitsgericht anrufen zu müssen, aufzuerlegen für den Fall, daß er eine personelle Einzelmaßnahme trotz der Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat durchführen will (vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 99 Rz 2 und die dort erwähnten Gesetzesmaterialien).

a) Von dieser Grundregel, daß der Arbeitgeber eine personelle Einzelmaßnahme nur bei - ausdrücklicher - Zustimmung des Betriebsrates oder des Arbeitsgerichts durchführen kann, macht § 99 Abs. 3 BetrVG zunächst eine Ausnahme, indem er für einen bestimmten Fall die Zustimmung des Betriebsrates fingiert mit der Folge, daß der Arbeitgeber die personelle Einzelmaßnahme durchführen kann, ohne das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen. Die Zustimmung des Betriebsrates



gilt als erteilt, wenn der Betriebsrat die Verweigerung seiner Zustimmung dem Arbeitgeber nicht innerhalb einer Woche schriftlich mitteilt.

Diese Voraussetzungen für die Fiktion einer Zustimmung des Betriebsrates sind formeller Natur und in der Praxis relativ leicht festzustellen. Es wird sich im Regelfall ohne Schwierigkeiten feststellen lassen, ob der Betriebsrat die Wochenfrist eingehalten hat und ob die Zustimmungsverweigerung schriftlich erfolgt ist. Allerdings sind auch insoweit Fälle denkbar, in denen streitig sein kann, ob die Zustimmung als erteilt gelten kann oder nicht (vgl. die Entscheidung des Senats vom 24. Juli 1979 - 1 ABR 78/77 - AP Nr. 11 zu § 99 BetrVG 1972, wo die schriftlich mitgeteilten Gründe nicht vom Betriebsratsvorsitzenden unterschrieben waren). Gleichwohl erschien es dem Gesetzgeber gerechtfertigt, in diesen Fällen den Arbeitgeber von der Verpflichtung zu befreien, das Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen, und die Frage, ob die Zustimmung tatsächlich als erteilt anzusehen war, in einem eventuellen Verfahren nach § 101 BetrVG als Vorfrage prüfen und entscheiden zu lassen.

b) Darüber hinaus hat der Senat eine "unbeachtliche Zustimmungsverweigerung" und damit im Ergebnis eine fingierte Zustimmung des Betriebsrats dann angenommen, wenn die Zustimmungsverweigerung entweder überhaupt keine Gründe enthält oder sich in einer bloßen Bezugnahme auf die in § 99 Abs. 2 BetrVG normierten Zustimmungsverweigerungsgründe erschöpft (Beschuß vom 18. Juli 1978 - 1 ABR 43/75 - AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972; Beschuß vom



24. Juli 1979 - 1 ABR 78/77 - AP Nr. 11 zu § 99 BetrVG 1972). Er hat dabei berücksichtigt, daß der Betriebsrat nach § 99 Abs. 3 BetrVG die Verweigerung seiner Zustimmung "unter Angabe von Gründen" mitteilen muß. Ebenso wie bei fehlender Fristwahrung oder Schriftform läßt sich auch in diesen beiden Fällen schon anhand äußerer Umstände, die keiner Wertung bedürfen, feststellen, daß die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats nicht ordnungsgemäß erfolgt ist, so daß es gerechtfertigt ist, die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt anzusehen.

Soweit die Zustimmungsverweigerung eine Begründung enthält, hat der Senat verlangt, daß diese konkrete, auf den Einzelfall bezogene Tatsachen angeben müsse und daß sich die angeführten Gründe nicht soweit von dem Katalog der gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgründe entfernen dürften, daß sie sich schlechterdings keinem der Tatbestände des § 99 Abs. 2 BetrVG mehr zuordnen lassen. Die Gründe brauchten jedoch nicht schlüssig zu sein (vgl. die genannten Entscheidungen vom 18. Juli 1978 und 24. Juli 1979, aaO). Genüge die Begründung des Betriebsrats diesen Anforderungen nicht, sei die Zustimmungsverweigerung ebenfalls unbeachtlich mit der Folge, daß die Zustimmung als erteilt gelte und der Arbeitgeber daher das Zustimmungsersetzungsverfahren nicht durchzuführen brauche (vgl. auch die Entscheidung des Vierten Senats vom 22. Mai 1985 - 4 AZR 427/83 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zur vergleichbaren Problematik nach § 77 Abs. 2 BPersVG).

Der Senat hat Bedenken, ob an dieser Rechtsprechung fest-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

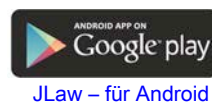
gehalten werden kann. Die Frage, ob die Zustimmungsverweigerung konkrete, auf einen bestimmten Sachverhalt bezogene Tatsachen enthält und ob sie sich noch einem der Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG zuordnen läßt, kann nicht anhand äußerer, leicht feststellbarer Umstände beantwortet werden. Sie erfordert vielmehr eine Wertung der angegebenen Tatsachen und einen Vergleich der Begründung mit der gesetzlichen Regelung. Überläßt man dem Arbeitgeber diese Wertung, so kann dieser sich stets - ob zu Recht oder zu Unrecht - auf den Standpunkt stellen, die vom Betriebsrat genannten Tatsachen bezögen sich nicht auf den konkreten Einzelfall oder die gegebene Begründung würde von § 99 Abs. 2 BetrVG schlechterdings nicht mehr erfaßt, so daß die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich sei und die Zustimmung als erteilt zu gelten habe. Er kann dann die personelle Einzelmaßnahme tatsächlich durchführen mit der Folge, daß der Betriebsrat darauf verwiesen ist, seinerseits im Verfahren nach § 101 BetrVG geltend zu machen, daß der die Zustimmung in "beachtlicher Weise" verweigert habe und diese daher nicht als erteilt gelten konnte, so daß die Maßnahme ohne seine Zustimmung durchgeführt worden ist. Die vom Gesetzgeber mit der Regelung in § 99 Abs. 3 und 4 BetrVG gewollte "Vertauschung der Parteirollen" gegenüber dem früheren Rechtszustand wäre damit praktisch wieder aufgehoben. Die Rechtsprechung hat daher auch Kritik erfahren (s. Ehmann in Anm. zu EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 23 und Richardi in Anm. zu AP Nr. 3 zu § 101 BetrVG 1972).

c) Die Frage bedarf im vorliegenden Verfahren keiner abschließenden Entscheidung. Der Betriebsrat hat die Zustimmung zur be-



fristeten Einstellung der Arbeitnehmer mit der Begründung verweigert, nach dem Manteltarifvertrag für den Berliner Einzelhandel sei eine befristete Einstellung von Arbeitnehmern zur Probe nicht zulässig. Auch dürfe eine Befristung die Dauer von vier Wochen nicht übersteigen. Durch die unzulässige Befristung würden die Arbeitnehmer benachteiligt.

Hinsichtlich dieser Begründung läßt sich nicht sagen, sie entferne sich so weit von den gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgründen in § 99 Abs. 2 BetrVG, daß sie sich diesen schlechterdings nicht mehr zuordnen lasse. Sie entspricht äußerlich vielmehr Nr. 1 der Vorschrift, wonach der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme verweigern kann, wenn diese gegen Vorschriften in einem Tarifvertrag verstößt. Sie ist sogar zutreffend, wenn die Vereinbarung einer Befristung im Arbeitsvertrag mit einem einzustellenden Arbeitnehmer eine personelle Einzelmaßnahme, eine Einstellung, ist, die der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Damit liegt eine "beachtliche Zustimmungsverweigerung" auch im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Senats vor. Die Frage, ob der Betriebsrat einer Einstellung mit der Begründung, die vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses sei unzulässig, widersprechen kann und ob eine so begründete Zustimmungsverweigerung ordnungsgemäß ist, ist eine Rechtsfrage. Sie ist vom Arbeitsgericht zu beantworten. Die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, ist nach der gesetzlichen Regelung Sache des Arbeitgebers, der jedenfalls bei beachtlicher Zustimmungsverweigerung das Zustimmungsersetzungsverfahren anhängig machen muß, wenn er die personelle Maßnahme durchführen



will.

Damit erweist sich die Überlegung des Betriebsrats im Ausgangspunkt als zutreffend, daß das KaDeWe verpflichtet gewesen wäre, das Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen, nachdem er den geplanten befristeten Einstellungen form- und fristgerecht mit der Begründung widersprochen hatte, die vorgesehene Befristung sei unzulässig.

3. Dem steht nicht entgegen, daß der Betriebsrat einer Einstellung seine Zustimmung nicht mit dieser Begründung verweigern kann, seine Zustimmung daher in einem vom KaDeWe anhängig gemachten Zustimmungsersetzungsverfahren zu ersetzen wäre.

a) Der Senat hat schon in seiner Entscheidung vom 20. Juni 1978 (- 1 AZR 65/75 - AP Nr. 8 zu § 99 BetrVG 1972) ausgesprochen, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG deswegen verweigern könne, weil die vertraglich vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses unzulässig ist. In einem solchen Falle verstoße nicht die Einstellung des Arbeitnehmers gegen ein Gesetz, sondern erst die vorgesehene Art der späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Dieser Entscheidung hat ein Großteil der Literatur zugestimmt (vgl. Löwisch in Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 99 Rz 74 und in Anm. zu der genannten Entscheidung in EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 20; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 14.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Aufl., § 99 Rz 45; Stege/Weinspach, BetrVG, 5. Aufl., § 99 - 101 Rz 56; Kraft, GK-BetrVG, 3. Bearb., § 99 Rz 106; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 99 Rz 105; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, BetrVG, 2. Aufl., § 99 Rz 71). Alle diese Autoren stellen - soweit sie nicht nur die Entscheidung des Senats referieren - wie der Senat darauf ab, daß die Einstellung selbst bzw. die vorgesehene Beschäftigung des Arbeitnehmers gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen müsse, um ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates zu begründen, nicht aber komme es darauf an, ob einzelne vereinbarte Arbeitsbedingungen gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen.

b) Anderer Ansicht ist Richardi (Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 99 Rz 151, 152 sowie BPersVG, 2. Aufl., § 75 Rz 20 und § 77 Rz 41). Richardi begründet seine Ansicht damit, daß bei einer unzulässigen Befristung des Arbeitsvertrages des eingestellten Arbeitnehmers Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates umgangen werden könnten. Wenn die zunächst geplante befristete Einstellung wegen der unzulässigen Befristung unbefristet fortgesetzt werden müsse, könne der Betriebsrat Widerspruchsgründe, die gegen eine unbefristete Einstellung möglicherweise gegeben wären, nicht geltend machen.

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Hält der Betriebsrat eine vereinbarte Befristung für unzulässig und damit für unwirksam, so liegt aus seiner Sicht eine unbefristete Einstellung vor, und er kann dieser als der eigentlichen geplanten Maßnahme die Zustimmung verweigern, wenn dafür Gründe gegeben



sind (so auch Schmitz, Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Verlängerung und Umwandlung von befristeten Arbeitsverträgen, BlStSozArbR 1983, 273, 275 f.). Das hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob der Betriebsrat einer befristeten Einstellung mit der Begründung widersprechen kann, die Befristung sei unzulässig, und zwar mit dem Ziel, eine unbefristete Einstellung des Arbeitnehmers zu erreichen. In diesem Falle geht es dem Betriebsrat gerade nicht um den Schutz der Belegschaft vor einer unbefristeten Einstellung, sondern um den Schutz des einzustellenden Arbeitnehmers vor einer möglichen Umgehung des Kündigungsschutzes. Mit der Begründung Richardis läßt sich daher das hier vom Betriebsrat in Anspruch genommene Kontrollrecht über arbeitsvertragliche Vereinbarungen nicht begründen. Die Frage hat auch nichts damit zu tun, ob der Betriebsrat der Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses zustimmen muß. Das ist zu bejahen (vgl. die Entscheidung des Senats vom 18. Juli 1978 - 1 ABR 79/75 - BAG 31, 20 = AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972). Bei einer solchen Verlängerung geht es um die Frage, ob der Arbeitnehmer länger als zunächst vorgesehen im Betrieb verbleiben soll. Dieser Umstand kann Zustimmungsverweigerungsgründe auslösen, die für die zunächst geplante befristete Einstellung nicht gegeben waren.

c) Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Beschluß vom 13. Februar 1979 (BVerwGE 57, 280) anläßlich der Entscheidung der Rechtsfrage, ob die Verlängerung eines Zeitvertrages eine Einstellung im Sinne von § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG ist, zur Begründung der diese Rechtsfrage bejahenden Entscheidung ausge-



führt, daß die die Versagung der Zustimmung rechtfertigenden Gründe des Versagungskataloges des § 77 Abs. 2 BPersVG bei der ersten Einstellung vom Personalrat nur im Hinblick auf die Befristung des Arbeitsverhältnisses geprüft worden seien. Diese Gründe müßten bei einer Verlängerung erneut und möglicherweise auch unter anderen Gesichtspunkten geprüft werden. "So wird etwa zu prüfen sein, ob ein sachlicher Grund für einen Zeitarbeitsvertrag weiterhin gegeben ist oder ob die Verlängerung nicht auf die Umgehung eines auf unbestimmte Zeit einzugehenden Arbeitsverhältnisses hinausläuft. Zu dieser Prüfung ist der Personalrat nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG berechtigt und auch verpflichtet". Eine nähere Begründung für diese Ansicht und eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Senats vom 20. Juni 1978 findet sich in dieser Entscheidung nicht.

In einer späteren Entscheidung vom 12. August 1983 (AuR 1984, 191) hat das Bundesverwaltungsgericht diese Entscheidung jedoch aufgegeben und sich der Entscheidung des erkennenden Senats vom 20. Juni 1978 angeschlossen und ebenfalls ausgesprochen, daß sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einstellung nicht auf die zeitliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses als Bestandteil des Arbeitsvertrages erstrecke.

d) In neuerer Zeit - und z. T. als Kritik an der letztgenannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - haben Lörcher (Zeitarbeitsverträge als Problem der Mitbestimmung von Betriebs- und Personalräten bei der Einstellung, B1StSozArbR 1981, 177 und Das Bundesverwaltungsgericht und die Mitbestimmung bei



Zeitverträgen - ein Beispiel von "Wende"-Juristerei? Der Personalrat 1985, 9) und Plander (Der Betriebsrat als Hüter des zwingenden Rechts, 1982 und Zum Initiativ- und Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei Einstellungen und Vertragsverlängerungen, AuR 1984, 161) in ausführlichen Abhandlungen die Ansicht vertreten, daß der Begriff der Einstellung nicht nur die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb und die Aufnahme der Beschäftigung und den Abschluß des Arbeitsvertrages überhaupt, sondern auch die wesentlichen Vertragsbestimmungen umfasse, so daß der Betriebsrat auch seine Zustimmung mit der Begründung verweigern könne, wesentliche Vertragsbestimmungen verstießen gegen gesetzliche Verbote. Dies ergebe sich aus der Schutzfunktion des Betriebsrates, wie sie einmal in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, aber auch in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG zum Ausdruck komme. Bei personellen Einzelmaßnahmen habe der Betriebsrat auch die Belange des betroffenen Arbeitnehmers und nicht nur die der übrigen Belegschaft zu wahren. Aus der Zustimmungspflichtigkeit von Eingruppierungen und Umgruppierungen ergebe sich, daß sich Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates auch auf einzelne Vertragsbestimmungen erstrecken könnten. In solchen Fällen ergebe eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften des § 99 Abs. 2 BetrVG bzw. § 77 Abs. 2 BPersVG, daß der Betriebsrat bei einem Verstoß einzelner Bestimmungen des Arbeitsvertrages gegen zwingendes Recht nicht der Einstellung insgesamt, sondern nur diesen Vertragsbestimmungen widersprechen und über § 101 BetrVG auch deren Aufhebung verlangen könne. Auf diese Weise werde auch vermieden, daß sich eine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates wegen des Verstoßes einzelner Vertragsbestim-



mungen gegen zwingendes Recht zum Nachteil des einzustellenden Arbeitnehmers auswirke. Sofern der Arbeitgeber wegen des Widerspruchs des Betriebsrates gegen einzelne Vertragsbestimmungen gleichwohl von einer Einstellung überhaupt absehe, sei diese nachteilige Folge für den Arbeitnehmer vom Gesetzgeber gesehen und in Kauf genommen worden, wie § 99 Abs. 1 BetrVG zeige.

e) Der Senat vermag dieser Ansicht nicht zu folgen.

Die von Lörcher und Plander vertretene Ansicht erscheint zwar auf den ersten Blick überzeugend und ist in der Tat geeignet, einen wirksamen präventiven Schutz des einzustellenden Arbeitnehmers vor Verstößen gegen zwingendes Recht zu begründen, weil der einzelne Arbeitnehmer selbst vielfach nicht in der Lage und willens ist, jedenfalls schon während des Arbeitsverhältnisses die Beachtung zwingenden Gesetzesrechtes geltend zu machen und durchzusetzen. Diese Ansicht ist jedoch mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. § 99 BetrVG unterwirft einzelne "personelle Maßnahmen" der Zustimmung des Betriebsrates. Diese Aufzählung ist abschließend. Von diesen ist zwar die Eingruppierung und Umgruppierung keine personelle Maßnahme im eigentlichen Sinne, sondern Rechtsanwendung (Entscheidung des Senats vom 22. März 1983 - 1 ABR 49/81 - BAG 42, 121 = AP Nr. 6 zu § 101 BetrVG 1972). Sie ist aber auch nicht vertragliche Vereinbarung, d. h. die Vereinbarung einer bestimmten Gehalts- oder Lohngruppe. Daraus, daß die Ein- und Umgruppierung zustimmungspflichtig ist, kann daher nicht hergeleitet werden, der Gesetzgeber habe jedenfalls auch andere einzelne "wesentliche" vertragliche Vereinba-



rungen der Zustimmung des Betriebsrates unterwerfen wollen.

Unter "Einstellung" hat das Bundesarbeitsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung sowohl die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb verstanden. So hat es die Einstellung von Leiharbeitnehmern für zustimmungspflichtig angesehen, obwohl zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher kein Arbeitsvertrag geschlossen wird (Beschluß vom 14. Mai 1974 - 1 ABR 40/73 - BAG 26, 149 = AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972). Der Fünfte Senat hat in seiner Entscheidung vom 2. Juli 1980 (- 5 AZR 1241/79 - BAG 34, 1 = AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2 GG) ausgesprochen, daß jedenfalls nach dem Personalvertretungsgesetz für Nordrhein-Westfalen unter Einstellung auch der Abschluß des Arbeitsvertrages zu verstehen sei und daher auch der Abschluß des Arbeitsvertrages mitbestimmungspflichtig sei. Er hat gleichzeitig jedoch ausgesprochen, daß ein Arbeitsvertrag nicht deswegen unwirksam sei, weil der Betriebsrat bzw. Personalrat der Einstellung nicht zugestimmt habe.

Soweit in diesen Entscheidungen unter Einstellung auch der Abschluß des Arbeitsvertrages verstanden worden ist, ging es dabei jedoch nur um die Frage, wann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates einsetzt, ob schon mit Abschluß des Arbeitsvertrages oder erst mit der Eingliederung in den Betrieb (vgl. Entscheidung des Senats vom 18. Juli 1978 - 1 ABR 8/75 - AP Nr. 7 zu § 99 BetrVG 1972). Auch der Fünfte Senat hat diese Frage nur



im Zusammenhang damit beantwortet, ob der Arbeitgeber zum Abschluß eines Arbeitsvertrages verurteilt werden könne, wenn der Personalrat die Zustimmung zur Einstellung verweigere. Daß einzelne oder "wesentliche" Bestimmungen des abzuschließenden Arbeitsvertrages der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen, kann diesen Entscheidungen nicht entnommen werden.

Wenn geltend gemacht wird, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen diene auch dem Schutz des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers, so trifft dies sicherlich zu. Das wird schon durch § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG belegt. Daraus folgt aber nicht, daß der von einer personellen Einzelmaßnahme betroffene Arbeitnehmer gegen jeden Nachteil geschützt werden soll, sondern nur gegen solche Nachteile, die Folge der mitbestimmungspflichtigen personellen Maßnahme sind. Auch bei einer Einstellung kann ein Schutz des betroffenen Arbeitnehmers notfalls gegen seinen eigenen Willen in Betracht kommen, wenn etwa der Betriebsrat einer Einstellung mit der Begründung widerspricht, daß diese selbst - etwa wegen bestehender Beschäftigungsverbote - gegen ein Gesetz verstößt. Insoweit ist es sicherlich richtig, daß der Betriebsrat "Hüter des zwingenden Rechts" ist. Das gilt aber nur insoweit, als die personelle Einzelmaßnahme als solche gegen zwingendes Recht verstößt. Daraus herzuleiten, der Betriebsrat könne anläßlich einer Einstellung die Wahrung des gesamten zwingenden Rechts kontrollieren und überwachen, seiner Zustimmung unterliege daher auch der Inhalt des Arbeitsvertrages, geht nicht an. Wäre das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auf jede einzelne Vertragsbestimmung oder auch



nur auf jede wesentliche Vertragsbestimmung zu beziehen, müßte auch jede spätere Änderung des Arbeitsvertrages, zumindest in wesentlichen Abreden, eine Einstellung und damit mitbestimmungspflichtig sein.

Gegen die Ansicht des Senats, die Befristung des Arbeitsvertrages betreffe nicht die Einstellung, sondern die spätere Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist geltend gemacht worden (Lörcher, aaO, B1SozArbR 1981, 177), dies stehe im Widerspruch zur Entscheidung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 29. August 1979 (- 4 AZR 863/77 - BAG 32, 85 = AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag). Das trifft nicht zu. In dieser Entscheidung hatte der Vierte Senat darüber zu entscheiden, ob sich die sachliche Rechtfertigung einer Befristung danach bestimme, ob im Zeitpunkt des Auslaufens einer Befristung Gründe für eine ordentliche Kündigung gegeben sind. Der Vierte Senat hat diese Frage verneint und zur Begründung u. a. ausgeführt, daß die Frage der sachlichen Berechtigung einer Befristung nicht unter Anwendung des Kündigungsschutzrechts zu beantworten sei, weil auch "in dem Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes der befristete Arbeitsvertrag nicht im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern im Rahmen der Begründung des Arbeitsvertrages geregelt werde". Daraus kann nicht hergeleitet werden, die Befristung eines Arbeitsvertrages - die natürlich im Arbeitsvertrag erfolgt -, gehöre zur Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG und unterliege daher der Mitbestimmung des Betriebsrates.



Der Umstand, daß auch die Ein- und Umgruppierung, also Akte des Normenvollzuges, der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen, besagt nichts dafür, daß auch im Rahmen einer Einstellung die Anwendung der Normen des Arbeitsrechts, so wie sie im Arbeitsvertrag erfolge, mitbestimmungspflichtig ist. Gerade weil nur einzelne personelle Maßnahmen – und diese noch sehr unterschiedlicher Art – der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG unterworfen worden sind, ist für jede personelle Einzelmaßnahme gesondert zu prüfen, ob sie vorliegt und aus welchen Gründen der Betriebsrat ihr seine Zustimmung verweigern kann. Aus der allgemeinen Aufgabenzuweisung in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kann sich der Inhalt des Zustimmungsverweigerungsrechts nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei der Einstellung nicht bestimmen.

Der Senat verbleibt daher bei seiner Entscheidung, daß der Betriebsrat einer befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers seine Zustimmung nicht mit der Begründung verweigern kann, die vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses sei unzulässig.

4. Das macht den Antrag des Betriebsrats jedoch nicht unbegründet.

Der Senat hat zu § 101 BetrVG ausgesprochen, daß das Fehlen eines gesetzlichen Grundes für die Zustimmungsverweigerung nur in dem dafür vorgesehenen Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG geltend gemacht werden kann. Im Aufhebungsverfahren nach § 101 Satz 1 BetrVG sei die Einrede, der Betriebsrat habe seine Zustimmung zu Unrecht verweigert, unzulässig (Beschluß



vom 21. November 1978 - 1 ABR 91/76 - AP Nr. 3 zu § 101 BetrVG 1972). Auch das folgt aus der gesetzlichen Regelung, nach der der Arbeitgeber gehalten ist, eine gerichtliche Entscheidung der Frage, ob die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme zu Recht verweigert worden ist oder nicht, herbeiführen muß, wenn er die Maßnahme durchführen will.

Für das vorliegende Verfahren kann nichts anderes gelten. Der Betriebsrat hat dieses Verfahren anhängig gemacht und lediglich die Feststellung begehrt, daß das KaDeWe verpflichtet ist, das Zustimmungsersetzungsverfahren immer dann durchzuführen, wenn er einer befristeten Einstellung seine Zustimmung mit der Begründung verweigert, daß die vorgesehene Befristung unzulässig ist. Das ist - wie dargelegt - zutreffend. Dem Betriebsrat geht es um eine generelle Sicherung seines Mitbestimmungsrechts bei Einstellungen. Er will mit diesem Verfahren gerade vermeiden, daß er zur Sicherung seines Mitbestimmungsrechtes in jedem Einzelfalle die Aufhebung der Einstellung nach § 101 BetrVG verlangen muß, wenn das KaDeWe eine befristete Einstellung ohne seine Zustimmung vornimmt. Er will erreichen, daß das KaDeWe der gesetzlichen Rollenverteilung entsprechend verfährt und das Zustimmungsersetzungsverfahren anhängig macht, wenn es die Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat für unbegründet hält. Dann kann aber in diesem Mitbestimmungssicherungsverfahren ebenso wie in dem Verfahren nach § 101 BetrVG nicht berücksichtigt werden, daß der Betriebsrat befristeten Einstellungen seine Zustimmung nicht mit der Begründung verweigern kann, die Befristung sei unzulässig.



5. Der Senat verkennt nicht, daß die gesetzliche Regelung in der betrieblichen Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann, wenn der Betriebsrat - wie im vorliegenden Falle - einer Vielzahl von geplanten personellen Einzelmaßnahmen mit immer der gleichen Begründung seine Zustimmung verweigert. Der Arbeitgeber muß dann im Grunde für jede personelle Einzelmaßnahme ein Zustimmungsersetzungsverfahren anhängig machen. Diese praktischen Schwierigkeiten rechtfertigen es jedoch nicht, daß der Arbeitgeber die form- und fristgerecht und in "beachtlicher Weise" begründete Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats unbeachtet läßt und die personelle Maßnahme durchführt. Den Schwierigkeiten muß in anderer Weise begegnet werden.

a) Von einem Betriebsrat, der das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu achten hat, kann zunächst erwartet werden, daß er seine Zustimmung nicht aus Gründen verweigert, für die allgemein anerkannt ist, daß sie seine Zustimmungsverweigerung nicht rechtfertigen. Auch der Betriebsrat ist gehalten, nach Wegen zu suchen, die die praktischen Schwierigkeiten einer Vielzahl gleichgelagerter Zustimmungsersetzungsverfahren nach Möglichkeit vermeiden. Eine wiederholte Zustimmungsverweigerung in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, der solche Überlegungen und Versuche nicht vorausgegangen sind, kann sich als rechtsmißbräuchlich erweisen mit der Folge, daß eine solche Zustimmungsverweigerung dann unbeachtlich ist.

Im vorliegenden Falle liegt ein rechtsmißbräuchliches Verhalten des Betriebsrats nicht vor.



Zwar hatte der Senat entschieden, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Einstellung nicht mit der Begründung verweigern könne, die vorgesehene Befristung sei unzulässig, diese Entscheidung hat jedoch - wie dargelegt - beachtliche Kritik erfahren. Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte zunächst anders entschieden. Die Entscheidung des Senats bezog sich auch auf eine sachlich nicht gerechtfertigte Befristung, während im vorliegenden Falle die Beteiligten darum stritten, ob die Befristung gegen Vorschriften des Manteltarifvertrages verstößt. Darüber hinaus hatte der Betriebsrat dem KaDeWe angeboten, befristeten Einstellungen für die Dauer eines vom KaDeWe anhängig zu machenden Zustimmungsersetzungsverfahrens, in dem diese Frage geklärt werden könne, nicht mehr mit dieser Begründung zu widersprechen. Darauf ist das KaDeWe nicht eingegangen.

b) Der Senat gibt weiter zu erwägen, ob nicht die Frage, ob der Betriebsrat einer Vielzahl gleichgelagerter personeller Einzelmaßnahmen mit stets der gleichen Begründung seine Zustimmung verweigern kann oder nicht, in einem vom Einzelfall losgelösten gerichtlichen Verfahren zur Entscheidung gestellt werden kann, das allerdings vom Arbeitgeber anhängig zu machen wäre. Auch in einem solchen Verfahren ginge es um die generelle Klärung der Grenzen von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats. So hätte das KaDeWe im vorliegenden Falle etwa die Feststellung beantragen können, daß der Betriebsrat der befristeten Einstellung von Arbeitnehmern - zur Probe oder zur Aushilfe - seine Zustimmung nicht mit der Begründung verweigern könne, die Befristung sei unzulässig oder verstoße gegen Vorschriften des Manteltarifver-



-32-

träges. Das KaDeWe hat einen solchen Antrag nicht gestellt. Der Senat braucht daher abschließend zur Möglichkeit eines solchen "vorweggenommenen Zustimmungsersetzungsverfahrens" nicht Stellung zu nehmen.

Dr. Kissel

Dr. Heither

Matthes

Dr. Rust

Andersch

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)