

Aktenzeichen: 1 ABR 54/03
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 14. Dezember 2004
- 1 ABR 54/03 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Beschluß vom 25. Oktober 2002
- 74 BV 8463/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Beschluß vom 26. September 2003
- 6 TaBV 609/03 und 633/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung

Gesetz:

BetrVG § 99 Abs. 2 Nr. 5, § 93

Leitsatz:

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer Einstellung wegen fehlender Ausschreibung grundsätzlich nur gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG verweigern, wenn er die Ausschreibung vor dem Zustimmungsersuchen des Arbeitgebers verlangt oder mit diesem eine Vereinbarung über die Ausschreibung zu besetzender Arbeitsplätze getroffen hat.



BUNDEsarbeitsgericht



1 ABR 54/03
6 TaBV 609/03 u. 633/03
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Dezember 2004

BESCHLUSS

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Anhörung vom 14. Dezember 2004 durch den Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Prof. Dr. Wißmann, die Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft und Linsenmaier sowie die ehrenamtlichen Richter Rath und Hayen beschlossen:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 26. September 2003 - 6 TaBV 609/03 und 633/03 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung einer Arbeitnehmerin.

Die Arbeitgeberin betreibt in B. ein Spielcasino. Für dieses ist ein Betriebsrat gewählt. § 5 Nr. 2 des für die Arbeitgeberin geltenden Rahmentarifvertrags vom 12. November 1996 (RTV) sieht bei Einstellungen eine Probezeit von 6 Monaten vor; während dieser beträgt die Kündigungsfrist vier Wochen. Die Arbeitgeberin schrieb in der Vergangenheit freie Stellen regelmäßig intern aus. Im November 2001 tat sie dies auch mit der Position eines Saalchefs im Spielcasino B. Sie bat, Bewerbungsunterlagen bis zum 16. November 2001 einzureichen. Der entsprechende Aushang hing bis Mitte Dezember 2001. Auf die Ausschreibung bewarb sich der Mitarbeiter M. Die Arbeitgeberin hielt ihn ebenso wie die Mitarbeiter T. und R., die sich bereits auf eine Ausschreibung vom April 2001 beworben hatten, nicht für hinreichend geeignet. Zur vorübergehenden Besetzung der Stelle bat sie den Betriebsrat am 17. Dezember 2001, der befristeten Einstellung von Herrn J. für die Zeit vom 1. Januar 2002 bis zum 31. März 2002 zuzustimmen. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung. Die Arbeitgeberin stellte daraufhin Herrn J. vorläufig ein. Das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren erledigte sich mit dem Ausscheiden von Herrn J. am 31. März 2002.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2002 bewarb sich Frau Sabine L. als Saalchefin. Die Arbeitgeberin hielt diese Bewerberin für geeignet und bat den Betriebsrat mit Schreiben vom 6. März 2002, der unbefristeten Einstellung zum 1. April 2002 zuzustimmen. Mit Schreiben vom 10. März 2002 verweigerte der Betriebsrat die Zustimmung ua. mit der Begründung, mit der Bewerberin sei entgegen dem RTV keine Probezeit vereinbart worden und eine innerbetriebliche Ausschreibung sei unterblieben.



Am 11. März 2002 schlossen die Arbeitgeberin und Frau L. mit Wirkung vom 1. April 2002 einen schriftlichen Anstellungsvertrag. Nach dessen § 2 Abs. 1 kann das Arbeitsverhältnis von jeder der Parteien jeweils zum Ende eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Frist von sechs Wochen gekündigt werden. Seit dem 1. April 2002 ist Frau L. bei der Arbeitgeberin auf Grund einer vorläufigen personellen Maßnahme als Saalchefin beschäftigt.

Nach Einleitung des vorliegenden Zustimmungsersetzungsverfahrens schrieb die Arbeitgeberin am 11. Juli 2002 die Position des Saalchefs vorsorglich nochmals aus. Unter den nunmehr sechs Bewerbern entschied sie sich erneut für Frau L. Mit Schreiben vom 12. August 2002 bat sie den Betriebsrat vorsorglich nochmals, deren Einstellung zum 1. September 2002 zuzustimmen. Nachdem der Betriebsrat dies mit Schreiben vom 20. August 2002 erneut abgelehnt hatte, machte die Arbeitgeberin im September 2002 ein weiteres Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht anhängig. Dieses Verfahren wird derzeit nicht betrieben. Mit Schreiben vom 10. Februar 2003 verlangte der Betriebsrat, künftig sämtliche Arbeitsplätze auszuschreiben.

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, der Betriebsrat habe seine Zustimmung zur Einstellung von Frau L. zum 1. April 2002 zu Unrecht verweigert.

Sie hat, soweit für die Rechtsbeschwerde noch von Bedeutung, beantragt,

die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Mitarbeiterin Sabine L. als Saalchefin zu ersetzen.

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, er könne seine Zustimmungsverweigerung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 und 5 BetrVG stützen. Indem die Arbeitgeberin mit Frau L. keine Probezeit vereinbart habe, habe sie gegen § 5 Nr. 2 RTV und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 BetrVG verstoßen. Außerdem habe sie die erforderliche Ausschreibung unterlassen. Die Ausschreibung vom November 2001 sei durch die Einstellung von Herrn J. verbraucht gewesen. Die erneute Ausschreibung im Juli 2002 habe diesen Mangel nicht zu heilen vermocht.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihm entsprochen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.



B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Frau L. zu Recht ersetzt.

I. Der Zustimmungsersetzungsantrag der Arbeitgeberin ist zulässig. Ihre Antragsbefugnis folgt aus § 99 Abs. 4 BetrVG. Der Zulässigkeit des Antrags steht das weitere, von ihr im September 2002 beim Arbeitsgericht anhängig gemachte, derzeit nicht betriebene Zustimmungsersetzungsverfahren nicht entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob es sich in beiden Verfahren um denselben prozessualen Streitgegenstand handelt. Sollte das der Fall sein, hätte dies gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO die Unzulässigkeit des Antrags in dem später rechtshängig gewordenen Verfahren zur Folge. Dagegen bliebe die Zulässigkeit des im vorliegenden Verfahren gestellten Antrags unberührt. Weitere Personen - wie insbesondere etwa die Arbeitnehmerin L. - sind nach § 83 Abs. 3 ArbGG nicht beteiligt.

II. Der Antrag ist begründet. Die vom Betriebsrat gegen die Einstellung geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe liegen nicht vor.

1. Der Betriebsrat hat seine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderliche Zustimmung gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG form- und fristgerecht verweigert. Er hat der Arbeitgeberin die Zustimmungsverweigerung innerhalb einer Woche nach seiner Unterrichtung unter Angabe der Gründe schriftlich mitgeteilt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist es für eine ordnungsgemäße Zustimmungsverweigerung ausreichend, wenn sich die dem Arbeitgeber schriftlich mitgeteilten Gründe einem oder mehreren der in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend aufgeführten Tatbestände zuordnen lassen (vgl. etwa BAG 6. August 2002 - 1 ABR 49/01 - BAGE 102, 135, 140 = AP BetrVG 1972 § 99 Eingruppierung Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 99 Umgruppierung Nr. 2, zu B I 2 b der Gründe). Dies ist hier der Fall. Der Betriebsrat hat in seinem Schreiben vom 10. März 2002 den Bezug auf die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 BetrVG hinreichend deutlich gemacht.

2. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von Frau L. gilt nicht etwa wegen des während des Verfahrens von der Arbeitgeberin vorsorglich erneut gestellten Zustimmungsantrags gemäß § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als bereits erteilt. Dabei kann dahinstehen, ob der Betriebsrat bei diesem, ihm unter dem 12. August 2002 übermittelten Antrag mit seiner schriftlichen Zustimmungsverweigerung vom 20. August 2002 die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG eingehalten hat. Er hatte bereits mit seinem Schreiben vom 10. März 2002 die Zustimmung zur endgültigen Einstellung von



Frau L. in beachtlicher Weise verweigert. Diese Zustimmungsverweigerung verlor ihre Wirkung nicht dadurch, dass die Arbeitgeberin vorsorglich nochmals einen Antrag auf Zustimmung zur Einstellung von Frau L. stellte. Eine andere Beurteilung wäre nur geboten, wenn die Arbeitgeberin von der ursprünglich beabsichtigten Einstellung Abstand genommen und ein Mitbestimmungsverfahren zu einer eigenständigen, neuen personellen Einzelmaßnahme eingeleitet hätte. Dann hätte sich das vorliegende Verfahren erledigt. Dies ist aber nicht der Fall. Die Arbeitgeberin beabsichtigt weiterhin entsprechend ihrem ursprünglichen Antrag die endgültige Einstellung der Frau L. Dem steht auch nicht entgegen, dass der zunächst vorgesehene - endgültige - Einstellungstermin vom 1. April 2002 durch Zeitablauf überholt ist und Frau L. seitdem auf Grund der vorläufigen Durchführung der personellen Maßnahme tatsächlich bereits beschäftigt wird. Gegenstand des vorliegenden Zustimmungsersetzungsverfahrens ist vielmehr nach wie vor die endgültige künftige Einstellung von Frau L.

3. Wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, kann der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung weder auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 noch auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG stützen.

a) Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG liegt nicht vor.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur dann verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um eine Einstellung, muss diese als solche untersagt sein. Dagegen genügt es nicht, dass einzelne Vertragsbedingungen rechtswidrig sind. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen ist kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle (vgl. etwa BAG 28. März 2000 - 1 ABR 16/99 - BAGE 94, 169, 172 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 6, zu II 2 a der Gründe mwN; 12. November 2002 - 1 ABR 1/02 - BAGE 103, 304, 308 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 41 = EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 1, zu B II 1 der Gründe). Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen lediglich dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (vgl. BAG 28. Juni 1994 - 1 ABR 59/93 - BAGE 77, 165, 169 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 123, zu B II 1 der Gründe).



bb) Hiernach verstößt die Einstellung der Arbeitnehmerin L. iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG weder gegen eine tarifvertragliche noch gegen eine gesetzliche Norm.

(1) Die Einstellung verstößt entgegen der Auffassung des Betriebsrats nicht gegen § 5 Nr. 2 RTV. Dabei kann dahinstehen, ob Frau L. überhaupt tarifgebunden ist und ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG dem RTV unterfällt. Denn jedenfalls rechtfertigt die unterschiedliche Regelung der Kündigungsfristen während des ersten halben Jahres des Arbeitsverhältnisses in § 5 Nr. 2 RTV und in § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags nicht die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

Soweit § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags die Kündigungsfrist für die Arbeitgeberin gegenüber der tarifvertraglichen Frist von vier Wochen auf sechs Wochen zum Ende eines Kalendervierteljahrs verlängert, ist dies für den Arbeitnehmer günstiger. Die Abweichung ist daher nach § 4 Abs. 3 TVG zulässig. Es handelt sich bei § 5 Nr. 2 RTV auch nicht etwa um eine Betriebsnorm iSv. § 3 Abs. 2 TVG, die arbeitsvertragliche Regelungen zu Gunsten einzelner Arbeitnehmer verbieten würde. § 5 Nr. 2 RTV ist vielmehr eine Inhaltsnorm. Die dort vorgesehenen Kündigungsfristen dienen dem Interesse der Arbeitsvertragsparteien daran, sich während des ersten halben Jahres des Arbeitsverhältnisses mit einer kürzeren Frist voneinander trennen zu können.

Soweit durch § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags die Kündigungsfrist auch für den Arbeitnehmer gegenüber der tariflichen Kündigungsfrist verlängert wird, ist dies zwar für den Arbeitnehmer ungünstig. Der insoweit im Falle der Tarifbindung vorliegende Verstoß gegen den RTV lässt sich aber nicht etwa nur dadurch verhindern, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt. Vielmehr kann einem solchen Mangel des Arbeitsvertrags dadurch abgeholfen werden, dass für den Arbeitnehmer im Falle einer Eigenkündigung während des ersten halben Jahres die kürzere tarifvertragliche statt der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist zur Anwendung kommt.

(2) Entgegen der Auffassung des Betriebsrats verstößt die Einstellung nicht gegen § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Dabei kann dahinstehen, ob der Arbeitgeber durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gehindert ist, einzelvertraglich mit bestimmten Arbeitnehmern für das erste halbe Jahr Kündigungsfristen zu vereinbaren, die von denen anderer bei ihm beschäftigter Arbeitnehmer abweichen. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, stünde der Verstoß gegen den Gleichbehandlungs-



grundsatz nicht der Einstellung als solcher, sondern allenfalls der vertraglichen Regelung entgegen.

b) Auch der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG liegt nicht vor. Es ist keine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung unterblieben. Hierzu hätte es eines entsprechenden Verlangens des Betriebsrats bedurft. Daran fehlt es.

aa) § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG setzt voraus, dass eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung unterblieben ist. Sofern eine Ausschreibung nicht erforderlich war, kann der Betriebsrat eine Verweigerung seiner Zustimmung nicht auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG stützen. § 93 BetrVG schreibt die Ausschreibung von Arbeitsplätzen nicht generell vor. Eine Verpflichtung hierzu besteht vielmehr grundsätzlich nur, wenn der Betriebsrat die Ausschreibung verlangt hat. Dies gilt gleichermaßen, wenn die Ausschreibung von Arbeitsplätzen zwischen den Betriebsparteien vereinbart ist (vgl. BAG 7. November 1977 - 1 ABR 55/75 - BAGE 29, 345, 354 = AP BetrVG 1972 § 100 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 100 Nr. 1, zu III 5 a der Gründe). Auf das Unterbleiben einer Ausschreibung kann der Betriebsrat die Zustimmungsverweigerung nur stützen, wenn er die Ausschreibung vor dem Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers auf einen bestimmten Arbeitsplatz verlangt hat. Ein späteres Ausschreibungsverlangen genügt nicht (vgl. ErfK/Kania § 93 BetrVG Rn. 4; Fitting § 93 Rn. 5, § 99 Rn. 207; MünchArbR/Matthes § 352 Rn. 84; Thüsing in Richardi BetrVG § 99 Rn. 235).

bb) Hier hatte der Betriebsrat vor dem Antrag der Arbeitgeberin auf Zustimmung zur Einstellung der Frau L. nicht verlangt, dass zu besetzende Arbeitsplätze allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. Ein entsprechendes Verlangen erfolgte vielmehr erstmals mit Schreiben vom 10. Februar 2003. Auch eine Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede über die Ausschreibung sämtlicher oder bestimmter Stellen war zwischen den Betriebsparteien nicht getroffen. Allein die bisherige Ausschreibungspraxis der Arbeitgeberin genügt nicht, um das Bestehen einer Regelungsabrede anzunehmen. Auch der Betriebsrat behauptet eine solche nicht.

Entgegen der Beurteilung des Landesarbeitsgerichts ist es der Arbeitgeberin nicht auf Grund des in § 2 Abs. 1 BetrVG niedergelegten Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit verwehrt, sich angesichts ihrer bisherigen Ausschreibungspraxis ge-



genüber dem Betriebsrat auf das Fehlen eines Ausschreibungsverlangens zu berufen. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit setzt der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG grundsätzlich das Verlangen des Betriebsrats nach einer Ausschreibung oder eine entsprechende Vereinbarung der Betriebsparteien voraus, hängt doch hiervon der Umfang der Ausschreibungspflicht ab. Ob von diesem Grundsatz in besonderen Fallkonstellationen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs Ausnahmen geboten sind, kann hier dahinstehen. Es liegen keine Umstände vor, die das Verhalten der Arbeitgeberin als treuwidrig oder arglistig erscheinen lassen würden. Insbesondere hatte die Arbeitgeberin beim Betriebsrat nicht die berechtigte Erwartung hervorgerufen, sie werde nach der befristeten Einstellung von Herrn J. die Stelle eines Saalchefs vor deren endgültiger Besetzung erneut ausschreiben, und den Betriebsrat hierdurch arglistig von einem Ausschreibungsverlangen abgehalten. Die Arbeitgeberin hat auch nicht etwa ihre bisherige Ausschreibungspraxis aufgegeben. Sie hat vielmehr lediglich gemeint, die Stelle nach der im November 2001 erfolgten Ausschreibung nicht erneut ausschreiben zu müssen. Der Betriebsrat hat auch nicht behauptet, dass es in der Vergangenheit eine vergleichbare Situation schon einmal gegeben hätte.

cc) Da es für den Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG bereits an dem erforderlichen Ausschreibungsverlangen des Betriebsrats fehlt, musste nicht entschieden werden, ob die Ausschreibung vom November 2001 im März 2002 noch aktuell oder durch die befristete Einstellung von Herrn J. „verbraucht“ war und ob eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Laufe des Zustimmungsetzungsverfahrens mit heilender Wirkung nachgeholt werden kann.

Wißmann

Kreft

Linsenmaier

Rath

Hayen



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

