

Aktenzeichen: 1 ABR 88/88

Bundesarbeitsgericht 1. Senat Beschluß vom 14. November 1989
- 1 ABR 88/88 -

I. Arbeitsgericht München Beschluß vom 20. Januar 1988
- 6 BV 66/87 -

II. Landesarbeitsgericht München Beschluß vom 21. September 1988
- 8 TaBV 19/88 -

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



Entscheidungsstichwort:

Zustimmungsverweigerung zur Einstellung

Gesetz: BetrVG § 99 Abs. 2 Nr. 1, § 80 Abs. 1 Nr. 4; SchwbG § 14
Abs. 1 Satz 1, §§ 23, 25 Abs. 2

Leitsatz:

Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers verstößt gegen eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 99 Abs 2 Nr 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber vor der Einstellung nicht gemäß § 14 Abs 1 Satz 1 SchwbG geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 ABR 88/88

8 TaBV 19/88 München

Verkündet am
14. November 1989

Im Namen des Volkes!

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Beschluß

In dem Beschlußverfahren



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. November 1989 durch den Präsidenten Professor Dr. Kissel, die Richter Matthes und Professor Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Gnade und Spiegelhalter beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts München vom 21. September 1988 - 8 TaBV 19/88 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

G r ü n d e :

A. Der Arbeitgeber - Antragsteller des vorliegenden Verfahrens - stellt Meßinstrumente her. Er beschäftigt rd. 5.000 Arbeitnehmer. Betriebsrat und Arbeitgeber streiten darüber, ob der Betriebsrat einer Einstellung seine Zustimmung deswegen verweigern kann, weil der Arbeitgeber gegen die Pflicht zur Prüfung verstoßen hat, ob der zu besetzende Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann.

Am 30. März 1987 forderte die Abteilung "Werksicherheit" bei



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



der Personalabteilung einen Pförtner an. Noch am gleichen Tage wurde diese Stelle durch Abschluß eines Arbeitsvertrages mit dem externen Bewerber J. T. besetzt, der nicht Schwerbehinderter ist. Als Eintrittstermin wurde der 15. April 1987 vereinbart. Ebenfalls noch am 30. März 1987 bat der Arbeitgeber den Betriebsrat um Zustimmung zur Einstellung und unterrichtete diesen am 31. März 1987 darüber, daß er den Bewerber J. T. vorläufig einstellen werde. Der Betriebsrat stimmte weder der Einstellung noch der vorläufigen personellen Maßnahme zu. In seinem Schreiben vom 3. April 1987 heißt es dazu:

"In der außerordentlichen Sitzung am 01.04.87 hat der BR die am 31.03.87 übergebene "Vorläufige personelle Maßnahme", betreffend die Einstellung des Herrn T. behandelt und beschlossen, hierzu keine Zustimmung zu geben, aus den Gründen:

1. Nach Aussage unseres Schwerbehindertenvertreters ist eine größere Anzahl von Schwerbehinderten, die für diese Stelle geeignet sind, beim Arbeitsamt München gemeldet.
2. Die vorgeschriebene Mindestanzahl von Pflichtplätzen für Schwerbehinderte ist z. Zt. unterschritten, so daß die Firma für jeden nicht besetzten Pflichtplatz monatlich 150,-- zu entrichten hat.

Wir verweisen auf § 14 Abs. 1 des SchwbG und die darin enthaltene Verpflichtung des Arbeitgebers, sich beim Arbeitsamt nach Schwerbehinderten zu erkundigen, die für eine Einstellung in Frage kämen. Dies ist nach Kenntnis des Schwerbehindertenvertreters bisher nicht geschehen."

Daraufhin hat der Arbeitgeber am 24. April 1987 beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats beantragt.

Er ist der Ansicht, die Einstellung des Pförtners T. verstöße nicht gegen ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.



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



Zum einen habe er § 14 Abs. 1 SchwbG beachtet, indem er die Liste des Arbeitsamtes M. - Beratungs- und Vermittlungsstelle für Schwerbehinderte und Rehabilitanden - herangezogen und sich bei den Arbeitsämtern M. und D. erkundigt habe. Zum anderen sei eine unter Mißachtung der Sollvorschrift des § 14 Abs. 1 SchwbG vorgenommene Einstellung eines Arbeitnehmers ohne Schwerbehinderung nicht rechtsunwirksam. Der Dringlichkeit der Einstellung des T. habe der Betriebsrat nicht widersprochen.

Der Arbeitgeber hat beantragt,

die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung
des Arbeitnehmers J. T. zu ersetzen.

Der Betriebsrat hat zuletzt beantragt, den Antrag des Arbeitgebers abzuweisen und ihm aufzugeben, die Einstellung des Arbeitnehmers J. T. aufzuheben.

Er meint, daß ihm durch Verweigerung seiner Zustimmung die Befugnis zustehe, den Arbeitgeber zur Beachtung von Vorschriften zu zwingen, die im Interesse bestimmter Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen erlassen wurden. Dabei sei auf den gesamten Einstellungsvorgang und nicht nur auf die Einstellung als solche abzustellen. Eine Einstellung verstoße nicht nur bei absoluten Beschäftigungsverboten gegen ein Gesetz. Es sei sinnwidrig, wenn zwar ein Verstoß gegen eine betriebliche Auswahlnorm, nicht aber ein Verstoß gegen eine Gesetzesnorm die Befugnis zur Verweigerung der Zustimmung begründe.



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



Das Arbeitsgericht hat die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Arbeitnehmers J. T. ersetzt und den Antrag des Betriebsrats abgewiesen. Dessen Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser begehrt der Betriebsrat die Abweisung des Antrags des Arbeitgebers, der um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bittet.

B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist begründet.

Zu entscheiden ist allein darüber, ob das Landesarbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Pfortners J. T. zu Recht ersetzt hat, da der Betriebsrat seinen Antrag auf Aufhebung der Einstellung nicht weiterverfolgt.

1. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, daß die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers auch dann nicht gegen ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verstoße, wenn der Arbeitgeber zuvor nicht geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann. Die Einstellung des nicht schwerbehinderten Bewerbers selbst müsse gegen ein Gesetz verstoßen, ein Gesetzesverstoß anlässlich des gesamten mit der Einstellung zusammenhängenden Vorganges reiche nicht aus. Der Senat folgt dieser Ansicht nicht.

2. Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers verstößt gegen ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber nicht zuvor gemäß § 14 Abs. 1 SchwbG geprüft



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



hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann.

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG ist der Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten, insbesondere mit beim Arbeitsamt gemeldeten Schwerbehinderten, besetzt werden können. Schon bei dieser Prüfung soll der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung beteiligen und den Betriebsrat hören. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung soll gemäß § 25 Abs. 2 SchwbG erfolgen. Die Schwerbehindertenvertretung ist danach rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung zu hören. Die getroffene Entscheidung ist ihr unverzüglich mitzuteilen. Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung innerhalb von sieben Tagen nachzuholen.

Diese Verpflichtungen des Arbeitgebers bestehen unabhängig davon, ob eine Beschäftigungspflicht nach den §§ 5 und 6 SchwbG besteht oder ob der Arbeitgeber dieser Beschäftigungspflicht schon nachgekommen ist. Zweck der Vorschrift ist es, die Einstellung und Beschäftigung Schwerbehinderter, besonders der beim Arbeitsamt als arbeitslos gemeldeten Schwerbehinderten, zu fördern. Daher ist die Prüfung in jedem Falle, in dem ein freier Arbeitsplatz besetzt werden soll, durchzuführen.

3. Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung wird vom Schwerbehindertengesetz selbst nicht mit Rechtsnachteilen für den Arbeit-



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



geber bedroht. Nach § 68 Abs. 1 Nr. 6 SchwbG handelt der Arbeitgeber erst dann ordnungswidrig, wenn er eine vorliegende Bewerbung eines Schwerbehinderten nicht mit der Schwerbehindertenvertretung erörtert oder dem Betriebsrat nicht auch die Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung zu der Bewerbung mitteilt. Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Bewerbers wird dem Arbeitgeber auch nicht für den Fall verboten, daß er diese Prüfung unterlassen hat oder daß eine solche Prüfung ergeben hat, daß der Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann. Nicht einmal dann, wenn sich ein Schwerbehinderter um den zu besetzenden Arbeitsplatz beworben hat, ist der Arbeitgeber verpflichtet, diese Bewerbung zu berücksichtigen. Er bleibt vielmehr in der Entscheidung, mit welchem Bewerber er den Arbeitsplatz besetzen will, frei, sofern nicht mit dem Betriebsrat vereinbarte Auswahlrichtlinien seine Auswahlfreiheit beschränken.

Ist damit die Beschäftigung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers trotz unterlassener Prüfung nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG oder trotz der Möglichkeit, den Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten zu besetzen, nicht verboten, so stellt doch das Unterlassen der geforderten Prüfung, ob der Arbeitsplatz mit Schwerbehinderten besetzt werden kann, einen Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift dar. § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG appelliert nicht nur an den Arbeitgeber, eine solche Prüfung anzustellen, sondern verpflichtet ihn ausdrücklich dazu. Dabei soll, um diese Prüfung effektiv, aber auch greifbar zu machen, die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden. Der Arbeitgeber verstößt daher gegen ein Gesetz, wenn er eine Einstellung ohne diese vorherge-



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



hende Prüfung vornimmt.

4. Dieser Gesetzesverstoß ist auch ein Verstoß im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Diese Vorschrift ist nicht dahin zu verstehen, daß lediglich die Einstellung als solche, d.h. die Hereinnahme des Bewerbers in den Betrieb und dessen Beschäftigung verboten sein muß, damit der Betriebsrat berechtigt ist, seine Zustimmung zu dieser Einstellung zu verweigern. Fälle, in denen der Arbeitgeber eine Einstellung plant, der ein ausdrückliches Beschäftigungsverbot entgegensteht, werden relativ selten sein. Der Verstoß gegen solche Beschäftigungsverbote wird regelmäßig ohnehin sanktioniert, wie die Vorschriften des § 58 Abs. 1 Nr. 1 bis 6, § 22 JArbSchG oder § 21 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG ausweisen. Dem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG käme bei diesem Verständnis nur ein beschränkter Anwendungsbereich zu.

Wenn der Senat in seiner Entscheidung vom 28. Januar 1986 (- 1 ABR 10/84 -, BAGE 51, 42 = AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972) ausgesprochen hat, daß die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 99 Abs. 1 BetrVG keinen Gesetzesverstoß im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG darstelle, weil die personelle Maßnahme selbst gegen ein Gesetz verstoßen müsse, so steht das der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Einmal wird auch hier auf die personelle Maßnahme, die Einstellung eines Bewerbers ohne vorhergehende Prüfung nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG abgestellt und nicht auf die Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Verfahrensvorschriften, zum anderen fehlt es an jedem Grund, die Ver-

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
[\(mobile App\)](#)



letzung der Unterrichtungspflicht als Gesetzesverstoß im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu verstehen. Solange der Arbeitgeber seine Unterrichtungspflicht nicht erfüllt hat, besteht für den Betriebsrat kein Anlaß, der geplanten personellen Einzelmaßnahme zuzustimmen oder seine Zustimmung zu verweigern. Auch sein Schweigen gilt nicht als Zustimmung, da die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG erst mit vollständiger Unterrichtung des Betriebsrats zu laufen beginnt (Beschluß des Senats vom 28. Januar 1986, aaO). Eine gleichwohl ohne erteilte oder fingierte Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Maßnahme ist auf Antrag des Betriebsrats nach § 101 BetrVG aufzuheben. Eine Sicherung des Beteiligungsrechts des Betriebsrats dadurch, daß ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht als ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG angesehen wird, ist daher nicht erforderlich.

In Fällen der vorliegenden Art geht es jedoch nicht um die Sicherung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats und die Wahrung betriebsverfassungsrechtlicher Verfahrensvorschriften, sondern um die Sicherung von Pflichten, die dem Arbeitgeber im Interesse der Wiedereingliederung Schwerbehinderter in das Arbeitsleben auferlegt worden sind. Für diese Wiedereingliederung Sorge zu tragen, ist nicht nur eine allgemeine Aufgabe des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG. § 23 Satz 2 SchwbG macht vielmehr dem Betriebsrat ausdrücklich zur Pflicht, darauf zu achten, daß - u.a. - der Arbeitgeber seine Verpflichtung nach § 14 SchwbG erfüllt. Dieser Vorschrift käme keine besondere Bedeutung zu, wenn der Betriebsrat auch danach nur auf Anregungen und Vorstel-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

lungen gegenüber dem Arbeitgeber beschränkt wäre, weil sich das Recht und die Pflicht zu solchen Anregungen und Vorstellungen schon aus § 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG ergibt.

Macht § 23 SchwbG aber dem Betriebsrat ausdrücklich zur Pflicht, darauf zu achten, daß der Arbeitgeber auch seiner Verpflichtung nach § 14 SchwbG genügt, so erledigt sich damit auch der Einwand, daß das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei Einstellungen nur dem Schutz der schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer dient. Wird ihm die Sorge für die Eingliederung Schwerbehinderter ausdrücklich auch insoweit zur Aufgabe gemacht, daß er die vom Gesetzgeber für erforderlich und sinnvoll gehaltene Prüfung, ob ein Arbeitsplatz mit Schwerbehinderten besetzt werden kann, sicherstellen soll, so überschreitet er nicht seine Befugnisse, wenn er der Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers seine Zustimmung verweigert, weil der Arbeitgeber eben diese Prüfung unterlassen hat.

Schließlich macht § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG deutlich, daß ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu einer Einstellung nicht nur dann bestehen soll, wenn der geplanten Einstellung als solche die in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründe entgegenstehen. So kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme schon dann seine Zustimmung verweigern, wenn die von ihm geforderte innerbetriebliche Ausschreibung unterblieben ist, auch wenn der gleichen personellen Maßnahme, wäre sie nach einer solchen Ausschreibung durchzuführen, die Zustimmung nicht verweigert werden könnte. Wie es in § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG lediglich um die Sicherung einer Chance



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



für innerbetriebliche Bewerber geht, soll die dem Arbeitgeber nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG obliegende Prüfung nur eine Möglichkeit eröffnen, einen weiteren Schwerbehinderten wieder in das Arbeitsleben einzugliedern.

5. Der Senat kann in der Sache selbst nicht abschließend entscheiden. Der Arbeitgeber hat vorgetragen, er habe die Frage geprüft und bei den Arbeitsämtern M. und D. angefragt, ob Schwerbehinderte für den freien Arbeitsplatz vermittelt werden könnten. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Vortrag des Arbeitgebers dahingestellt sein lassen und insoweit keine Feststellungen getroffen. Der Rechtsstreit muß daher an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses prüfen kann, ob der Betriebsrat der Einstellung des Pförtners J. T. seine Zustimmung zu Recht verweigert hat.

Dr. Kissel

Matthes

Dr. Weller

Gnade

Spiegelhalter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)