

Aktenzeichen: 5 AZR 56/79

LAG Hamburg Urteil des BAG vom 2. Juli 1980

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BetrVG 1972 § 101; Gesetz Nr. 22 des Kontrollrats vom 10. April 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland 1946, 133) Art. 5 Nr. 1; Gesetz Nr. A-30 des Rates der Alliierten Hohen Kommission vom 30. September 1952 (Amtsblatt S. 1953); BetrVG 1972 § 77 Abs. 2 Sätze 1 und 2, § 99 Abs. 1 Satz 1, § 99 Abs. 3 und 4, § 101 Satz 1, § 102 Abs. 1 Satz 1, § 130; BetrVG 1952 § 61; BPersVG § 1, § 75 Abs. 1 Nr. 1, §§ 69, 70, 71, § 77 Abs. 2, § 79 Abs. 4, § 94, § 101 Abs. 2; HamburgPersVG 1957 (GVBl. 473 ff.) § 83; HamburgPersVG 1972 (GVBl. 211 ff.) § 101; HamburgPersVG 1979 (GVBl. 17 ff.) § 102; TVG § 1 Abs. 1; BGB § 615 Satz 1; Staatsvertrag über den Norddeutschen Rundfunk vom 16. Februar 1955 (Hamburg GVBl. 1955, 198 ff.); Manteltarifvertrag für den Nordwestdeutschen Rundfunk vom 9. Oktober 1954 - § 3 Nr. 2; Manteltarifvertrag für den Norddeutschen Rundfunk vom 8. November 1976 - Protokollnotiz zu RdNr. 250 ff.

- Leitsätze:**
1. Für den Norddeutschen Rundfunk gilt das Gesetz Nr. 22 des Kontrollrats vom 10. April 1946 (Betriebsrätegesetz) weiter.
 2. Nach Art. 5 Nr. 1 b dieses Gesetzes in Verb. mit § 3 Nr. 2 des ergänzend heranzuziehenden Manteltarifvertrages für den Norddeutschen Rundfunk vom 9. Oktober 1954 bedarf die Einstellung eines Arbeitnehmers der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats.
 3. Ein ohne Zustimmung des Betriebsrats abgeschlossener Arbeitsvertrag ist wirksam. Das gilt auch für das Betriebsverfassungsgesetz 1972 und das Bundespersonalvertretungsgesetz 1974 (vgl. dazu das Urteil des Senats vom 2. Juli 1980 - 5 AZR 1241/79 - [demnächst] AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2 GG, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt).
 4. Der Betriebsrat (Personalrat) kann verlangen, daß der ohne ihre Zustimmung eingestellte Arbeitnehmer nicht im Betrieb (Verwaltung) beschäftigt wird.



5 AZR 56/79

1 Sa 16/78 Hamburg

Verkündet am
2. Juli 1980

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 1980 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Matthes sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Gundelach und die ehrenamtliche Richterin Bahr für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 30. Oktober 1978 – 1 Sa 16/78 – aufgehoben.



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



- 2 -

2. Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter ist. Für den Fall, daß ein Arbeitsverhältnis festgestellt werden sollte, sind auch einzelne Arbeitsbedingungen (Arbeitszeit und Vergütung) umstritten.

Der Kläger, der zunächst zwischen 1953 und 1961 in Abständen als Angestellter beim Beklagten tätig war, wurde ab 1970 als "freier Mitarbeiter" beschäftigt. Zunächst sprach er politische Kommentare und arbeitete an einer größeren Fernsehserie mit. Ende 1972 wurde der Kläger beauftragt, für den Programmdirektor des Hörfunks, Herrn J , politische Sendungen des NDR abzuhören, zu analysieren und darüber schriftlich zu berichten. Er übte diese Tätigkeit zunächst in den Räumen des Beklagten, später in seiner Privatwohnung aus. Die technischen Hilfsmittel stellte der Beklagte zur Verfügung.

Mit Schreiben vom 22. März 1978 teilte der Beklagte dem Kläger mit, daß die Zusammenarbeit zum 30. Juni 1978 beendet werden solle. Dieses Schreiben hat der Kläger als Kündigung aufgefaßt und hiergegen Kündigungsschutzklage erhoben. Diese ist durch Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg



- 3 -

vom 3. August 1978 (4 Ca 153/78) abgewiesen worden. Über die vom Kläger eingelegte Berufung hat das Landesarbeitsgericht Hamburg noch nicht entschieden.

Der Kläger hat behauptet, Herr J habe zunächst einzelne Sendungen bestimmt, die er analysieren solle. Vereinbart seien Analysen über 15 bis 20 Sendestunden in der Woche. Daraus habe sich ein gleichmäßiger Arbeitsrhythmus ergeben, der ihn zeitlich wie einen vollbeschäftigten Redakteur in Anspruch genommen habe. Die Analysen habe er möglichst binnen 48 Stunden abliefern müssen. Zu den Sendeterminen habe er in seiner Wohnung sein müssen. Aus dem zeitlichen Umfang und dieser zeitlichen Bindung ergebe sich seine persönliche Abhängigkeit. Er habe schließlich noch seinen Urlaub mit dem Programmdirektor abstimmen müssen, und sei ausschließlich für den Beklagten tätig gewesen. Zunächst habe der Beklagte ihm eine Vergütung von 750,-- DM wöchentlich pauschal gezahlt; später habe er 900,-- DM erhalten.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, daß er beim Beklagten seit dem 1. Januar 1970 in einem Vollzeitarbeitsverhältnis als Erster Redakteur stehe mit der Aufgabe, NDR-Sendungen abzuhören sowie zu kommentieren, und daß er Anspruch auf eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe I Stufe 3 des Vergütungstarifvertrages des Beklagten habe.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, in den Jahren 1970 bis 1972 sei der Kläger als Autor und Übersetzer für ihn tätig geworden; es habe sich jeweils um projektbezo-



- 4 -

gene Mitarbeit gehandelt. Bei seiner analysierenden und kommentierenden Tätigkeit ab 1972 habe der Kläger den Umfang seiner Arbeitsleistung selbst bestimmen können; er habe auch die Sendungen auswählen können, selten habe er bestimmte Aufträge erhalten. In zeitlicher Hinsicht sei er frei gewesen, er habe sich die Arbeit selbst einteilen können. Für die Beschäftigung als freier Mitarbeiter habe es sachliche Gründe gegeben: Die vom Kläger erbetenen Analysen könne ein freier Mitarbeiter, der nicht in den Sendebetrieb eingegliedert sei, besser anfertigen als ein abhängiger Arbeitnehmer. Es treffe nicht zu, daß der Kläger im Durchschnitt 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe. Auch die Höhe der Honorare habe geschwankt, zuletzt zwischen 1.690,-- DM und 5.020,-- DM monatlich. Im Durchschnitt habe der Kläger zuletzt etwa 3.233,-- DM im Monat verdient.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien kein wirksames Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die vom Kläger begehrte Feststellung eines Arbeitsverhältnisses müsse schon daran scheitern, daß der Beklagte vor der Einstellung des Klägers nicht die Zustimmung des Betriebsrats eingeholt habe; ohne diese Zustimmung könne ein Arbeitsverhältnis nicht wirksam begründet werden.

- 5 -



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



- 5 -

Mit dieser Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden.

I. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen von Arbeitnehmern und die Rechtsfolgen bei einer Verletzung dieses Mitbestimmungsrechts ergeben sich für Beschäftigte des Beklagten aus dem Gesetz Nr. 22 des Kontrollrats vom 10. April 1946 (vgl. Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland 1946, 133) und den dieses Gesetz ergänzenden Bestimmungen des Manteltarifvertrages vom 9. Oktober 1954.

1. Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 findet auf Anstalten des öffentlichen Rechts keine Anwendung (§ 130 BetrVG 1972). Der Beklagte ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 des Staatsvertrages über den Norddeutschen Rundfunk - NDR - vom 16. Februar 1955 - vgl. HamburgGVBl. 1955, 198 ff.). Nur auf seine Rechtsform kommt es an (vgl. BAG 27, 316 [319] = AP Nr. 1 zu § 130 BetrVG 1972 [zu 1 der Gründe]).

2. Weder das Bundespersonalvertretungsgesetz noch das Personalvertretungsgesetz des Landes Hamburg finden auf den Beklagten Anwendung.

a) Das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) gilt nur für Verwaltungen des Bundes und der bundesunmittelbaren Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 1). Dazu gehört der Beklagte nicht.

b) Von der Geltung der Hamburgischen Personalvertretungsgesetze wurde der Beklagte ausdrücklich ausgenommen. Nach § 83 des Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes vom 18. Oktober 1957 (GVBl. 473) blieb das Personalvertretungsrecht des Norddeutschen Rundfunks späterer Regelung vorbehalten.



- 6 -

Daran hat sich in der Folgezeit nichts geändert (vgl. § 101 HambPersVG vom 17. November 1972 [GVBl. 211] und § 102 HambPersVG vom 16. Januar 1979 [GVBl. 17]). Gedacht war an eine Regelung des Personalvertretungsrechts in einem Staatsvertrag zwischen den am Norddeutschen Rundfunk beteiligten Ländern. Dazu ist es bis jetzt nicht gekommen. Nachteile für die Beschäftigten des Beklagten waren daraus nicht zu besorgen. Beim Beklagten gab es von Anfang an eine funktionierende Mitbestimmung auf der Grundlage des Kontrollratsgesetzes Nr. 22 - Betriebsrätegesetz -.

3. Da für den Beklagten weder das Betriebsverfassungsgesetz 1972 noch das Hamburgische Personalvertretungsgesetz gelten, muß das Kontrollratsgesetz Nr. 22 weiter angewendet werden. Es hat nur im sachlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes seine Wirksamkeit verloren (vgl. Art. 1 des Gesetzes Nr. A-30 des Rates der Alliierten Hohen Kommission vom 30. September 1952 - Amtsblatt S. 1953). Durch das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) vom 5. August 1955 wurde das Kontrollratsgesetz nur für den Bereich aufgehoben, für den das Bundespersonalvertretungsgesetz selbst galt (§ 101 Abs. 2 BPersVG 1955). Eine entsprechende Regelung enthielt § 84 Abs. 2 Buchst. a) HbgPersVG 1957. Außerhalb des Geltungsbereiches dieser Gesetze gilt das Kontrollratsgesetz Nr. 22 weiter. Deshalb stellt sich nicht die Frage, ob die Regelungen des Kontrollratsgesetzes Nr. 22 (Betriebsrätegesetz) mit den Bestimmungen des Bundespersonalvertretungsgesetzes 1974 (§§ 95 ff.) vereinbar sind.

Für den Beklagten gelten mithin noch die Bestimmungen des Kontrollratsgesetzes Nr. 22 (im Ergebnis ebenso Baumgarten, Die rechtliche Stellung



der bei den öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten Beschäftigten, Diss. 1967, S. 182 f.; Brüggemann, Die Personalvertretung 1973, 129 [130]; Hoffmann-Riem, Redaktionsstatute im Rundfunk, 1972, S. 78 f.; Nobbe, Die Personalvertretung 1977, 241; unentschieden Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., 2. Bd., § 95 RdNr. 12).

4. Das Kontrollratsgesetz Nr. 22 (Betriebsrätegesetz) ist ein Rahmengesetz. Es bestimmt in Art. 5:

"1. Soweit nicht anderweitige gesetzliche Regelungen oder Beschränkungen bestehen, kann sich der Betriebsrat mit den folgenden, den Schutz der Interessen der Arbeiter und Angestellten eines Betriebes betreffenden grundsätzlichen Aufgaben beschäftigen:

...

b) Mit den Arbeitgebern über Vereinbarungen für den Erlaß von Betriebsordnungen zum Zwecke des Arbeitsschutzes, einschließlich der in das Gebiet der Unfallverhütung, ärztlichen Betreuung, betriebshygienischen und sonstigen Arbeitsbedingungen, Regelung von Einstellungen und Entlassungen und Abstellung von Beschwerden fallenden Angelegenheiten, zu verhandeln;
..."

Danach können Arbeitgeber und Betriebsrat Regeln für das Verfahren bei der Einstellung von Arbeitnehmern aufstellen. Das ist hier dadurch geschehen, daß der Beklagte und der bei ihm gebildete Betriebsrat die Bestimmungen des Manteltarifvertrages für den Nordwestdeutschen Rundfunk vom 9. Oktober 1954, abgeschlossen zwischen dem Beklagten und allen im Betrieb vertretenen Gewerkschaften, durch jahrzehntelange praktische Handhabung in Bezug genommen haben. Diese tarifliche Regelung,



die insoweit als "betriebsverfassungsrechtliche" Norm nach § 1 Abs. 1 TVG vereinbart wurde, bindet daher den Beklagten. Bedenken, daß die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat durch formlose Bezugnahme auf das Tarifwerk getroffene Regelung gegen eine Formvorschrift verstößt, können nicht aufkommen, weil das Kontrollratsgesetz Nr. 22 - anders als heute das Betriebsverfassungsgesetz 1972 (vgl. § 77 Abs. 2 Sätze 1 und 2) - keine Formvorschrift enthält.

§ 3 des Manteltarifvertrages 1954 (MTV 1954) bestimmt:

"...

2. Einstellungen und Umgruppierungen bedürfen der vorherigen Zustimmung des Betriebsrates. Die Zustimmung kann nur aus triftigen Gründen versagt werden. Auf die fachliche Qualität können sich die Gründe nicht beziehen.

Bei Einstellungen von Arbeitnehmern, deren Bezüge über der Vergütungsgruppe I liegen, ist der Betriebsrat vor der Einstellung zu hören.

Kommt in den Fällen, in denen die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich ist, eine Einigung nicht zustande, entscheidet auf Antrag der Betriebsleitung oder des Betriebsrates ein Schiedsgericht,...

Die Entscheidungen des Schiedsgerichts ergehen mit Stimmenmehrheit. Sie sind für Betriebsleitung und Betriebsrat bindend."

Diese Regelung gilt unverändert bis heute. Sie wurde zuletzt bestätigt durch den Manteltarifvertrag vom 8. November 1976 (Protokollnotiz zu 250 ff.) wo es heißt:



- 9 -

"Zur Wahrung der Rechte des Betriebsrates gelten bis zum Inkrafttreten eines Personalvertretungsgesetzes für den NDR folgende Bestimmungen weiter:

§ 3 Ziff. 2 des Manteltarifvertrages des NDR vom 9. 10. 1954. ..."

Nach dieser tariflichen Regelung bedurfte die "Einstellung" des Klägers der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats.

II. Ein ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats abgeschlossener Arbeitsvertrag ist- entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - wirksam. Die Zustimmung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Das gilt für die beim Beklagten zugrunde gelegte tarifliche Regelung ebenso wie für das Betriebsverfassungsgesetz 1972 und für das Bundespersonalvertretungsgesetz 1974.

1. Der Senat kann zugunsten des Beklagten unterstellen, daß es sich bei der Beschäftigung des Klägers als "freier Mitarbeiter" im Jahre 1970 und bei seiner Beauftragung mit der Analyse politischer Sendungen im Jahre 1972 jeweils um eine "Einstellung" im Sinne von § 3 Nr. 2 MTV 1954 handelte.

a) Unter "Einstellung" im Sinne des Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrechts (vgl. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1972; § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) ist sowohl die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb zu verstehen (vgl. BAG 26, 149 [154] = AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG [zu II 3 der Gründe] mit weiteren Nachweisen; Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., 2. Bd., § 75 RdNr. 9, ebenfalls mit weit. Nachw.). Für den Regelfall ist damit der Anwendungsbereich dieser Normen klar und unmißverständlich beschrie-



ben. Der Arbeitgeber, der mit einem Bewerber einen Arbeitsvertrag abschließen will, muß die Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats einholen.

b) Schwierigkeiten bei der Auslegung dieser Bestimmung entstehen erst, wenn es an einem eindeutigen "Einstellungsvorgang" fehlt, etwa weil - wie hier - dem äußeren Anschein nach mit dem Bewerber ein Dienstvertrag als freier Mitarbeiter abgeschlossen wird, oder weil sich die Zusammenarbeit zwischen den Parteien erst nach und nach zu einem Arbeitsverhältnis entwickelt hat. Für die zuletzt erwähnte Fallgestaltung hatte der Senat bisher Bedenken, von einer "Einstellung" im Sinne des Betriebs- und Personalvertretungsrechts zu sprechen (vgl. BAG AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 4 der Gründe]; AP Nr. 17 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu I 2 c der Gründe]). Darauf braucht der Senat hier nicht näher einzugehen. Er kann, weil er die Rechtsfolgen einer fehlenden Zustimmung des Betriebsrats anders als das Berufungsgericht beurteilt, von einer "Einstellung" im Sinne der betriebsverfassungsrechtlichen Regelung des § 3 Nr. 2 MTV 1954 ausgehen.

2. Die Frage, ob der Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers, der ohne Zustimmung des Betriebsrats oder Personalrats abgeschlossen wurde, rechts- wirksam ist, muß für das Betriebsverfassungs- und das Personalvertretungsrecht einheitlich beantwortet werden. Übereinstimmend geben sowohl das Betriebsverfassungsgesetz 1972 wie auch das Bundespersonalvertretungsgesetz und die Personalvertretungsgesetze der Länder der Beschäftigtenvertretung bei der Einstellung eines Arbeitnehmers ein Mitbestimmungsrecht: Die Einstellung ist von ihrer Zustimmung abhängig. Unterschiedlich geregelt sind die Gründe, aus denen die Beschäftigtenvertretung



die Zustimmung verweigern kann. Unterschiedlich ist auch das Verfahren ausgestaltet, in dem ein Konflikt zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtenvertretung gelöst werden soll (vgl. § 99 Abs. 3 und 4 BetrVG 1972; §§ 69 bis 71 BPersVG 1974). Diese Unterschiede rechtfertigen es nicht, die hier aufgeworfene Frage unterschiedlich zu beantworten. Sachliche Gründe, die für unterschiedliche Rechtsfolgen im Betriebsverfassungsrecht einerseits und im Personalvertretungsrecht andererseits sprechen könnten, sind nicht erkennbar. Das gleiche gilt für § 3 Nr. 2 MTV 1954. Die Bindung der Einstellung an die vorherige Zustimmung des Betriebsrats durch den Tarifvertrag hat ersichtlich den gleichen Zweck wie die entsprechenden gesetzlichen Regelungen des Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrechts. Es erscheint deshalb allein sachgerecht, die sich für den betroffenen Arbeitnehmer ergebenden Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das tariflich geregelte Mitbestimmungsrecht ebenso wie die Rechtsfolgen bei einer Verletzung der entsprechenden Gesetze zu beurteilen. Jedenfalls kann ein Verstoß gegen das tarifliche Mitbestimmungsrecht sich auf die Wirksamkeit des ohne Beteiligung des Betriebsrats zustande gekommenen Arbeitsvertrages nicht schärfer auswirken als bei entsprechenden gesetzlich geregelten Tatbeständen.

3. Die Meinungen darüber, ob ein gesetzwidrig ohne Beteiligung der Arbeitnehmervertretung geschlossener Arbeitsvertrag unwirksam ist, sind geteilt (vgl. zum Folgenden das ebenfalls am 2. Juli 1980 verkündete Urteil des Senats im Verfahren 5 AZR 1241/79 - [demnächst] AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2 GG [zu A III 2 bis 4 der Gründe], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt).



a) Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage noch nicht entschieden. Der Erste Senat hält es zwar für möglich, daß die Einstellung bei fehlender Zustimmung nicht wirksam vorgenommen werden kann (Beschluß vom 18. Juli 1978 - 1 ABR 43/75 - AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972 [zu II 2 der Gründe] - vgl. hierzu die Anm. von Misera, SAE 1980, 103 [106 zu I 5]). Er hat die Frage aber offengelassen. Der Vierte Senat hat sich nur mit der Höhergruppierung von Angestellten befaßt. Er hat in der Zuweisung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit eine Maßnahme des Arbeitgebers gesehen, die dieser ohne Zustimmung des Personalrats nicht wirksam vornehmen könne (vgl. BAG 24, 307 [312] = AP Nr. 54 zu §§ 22, 23 BAT [Bl. 3 R.]; AP Nr. 95 zu §§ 22, 23 BAT [Bl. 3 R.]; AP Nr. 11 zu § 71 PersVG [Bl. 2, 2 R.]).

b) In der Literatur geht die überwiegende Meinung dahin, daß der ohne Zustimmung der Beschäftigtenvertretung abgeschlossene Arbeitsvertrag unwirksam sei (vgl. zum Personalvertretungsrecht insbesondere Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., 1978, § 75 RdNr. 23 f.; Lorenzen- Eckstein, BPersVG, 4. Aufl., 1975, § 69 RdNr. 56 und 57; Kuhn-Sabottig-Schneider-Thiel-Wehner, BPersVG, 1975, § 69 RdNr. 4; zum Betriebsverfassungsgesetz 1972 vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., 1973, § 100 RdNr. 55 f.; Brecht, BetrVG, 1972, § 99 RdNr. 9; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., 1977, § 99 RdNr. 42; Gnade-Kehrmann-Schneider, BetrVG 1972, § 99 RdNr. 12, 15 jeweils mit weiteren Nachweisen). Andere haben sich für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages ausgesprochen (vgl. Alberty, Fehlende Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats bei personellen Einzelmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern und der Einfluß des Fehlens auf

die Wirksamkeit dieser Maßnahmen 1977, S. 70 ff., 102 f.; zum Betriebsverfassungsrecht Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., Bd. II, 1976, § 99 RdNr. 11 f., im Anschluß insbesondere an Matthes, DB 1974, 2007; Kammann-Hess-Schlochauer, BetrVG, 1979, § 99 RdNr. 6; Kraft, GK-BetrVG, 2. Bearbeitung 1979, § 99 RdNr. 95).

4.a) Aus dem Wortlaut der Vorschriften des Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrechts über die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß ein ohne Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats) geschlossener Arbeitsvertrag unwirksam sein soll. Während § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG 1972 und die §§ 79 Abs. 4 und 108 Abs. 2 BPersVG – letztere Vorschrift mit unmittelbarer Wirkung für die Länder – ausdrücklich bestimmen, daß eine ohne Beteiligung des Betriebsrats (Personalrats) ausgesprochene Kündigung unwirksam ist, fehlt eine entsprechende Regelung für die Einstellung. Ob die Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats) Wirksamkeitsvoraussetzung für den abgeschlossenen Arbeitsvertrag ist, kann daher nur aus einer systematischen Betrachtung der einschlägigen Vorschriften und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Regelung über die Beteiligung des Betriebsrats (Personalrats) entnommen werden.

b) Eine systematische Betrachtung spricht eher gegen die Unwirksamkeit eines ohne Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats) abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Wenn der Arbeitgeber vor der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht dessen Zustimmung einholt, verletzt er Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht. Es liegt nahe, die Rechtsfolgen dieser Verletzung in dem Rechtsgebiet zu suchen, in dem die Rechte der Beteiligten



geregelt sind. Das ist das Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht. Auf das Vertragsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber kann sich die Verletzung des Mitbestimmungsrechts durch den Arbeitgeber dann nur auswirken, wenn sich diese Folge unmißverständlich aus dem Gesetz ergibt, wie die Bestimmungen zur Kündigung zeigen. Gleiches gilt, soweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebs- oder Personalrats dem Schutz des betroffenen Arbeitnehmers dient. Auch dann ist es gerechtfertigt, eine den Arbeitnehmer belastende Maßnahme des Arbeitgebers für unwirksam zu halten, wenn sie unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts vorgenommen worden ist.

c) Das Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen steht dem Betriebsrat (Personalrat) zum Schutz der kollektiven Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft zu (Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 99 RdNr. 10; Kraft in Anm. zu AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 [zu II 2 a]; Matthes, DB 1974, 2007 [2008]). Das folgt aus dem Katalog der Gründe, aus denen der Betriebsrat (Personalrat) die Zustimmung zur Einstellung verweigern kann. Daß nach dem Personalvertretungsrecht einiger Länder die Verweigerung der Zustimmung nicht an bestimmte Gründe gebunden ist, bedingt keine andere Betrachtung. Das kollektive Interesse der Belegschaft wird aber bei einer Einstellung nur im Zusammenhang mit der Beschäftigung des eingestellten Arbeitnehmers im Betrieb angesprochen. Die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages berührt die Belegschaft grundsätzlich nicht.

d) Wäre der ohne Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats abgeschlossene Arbeitsvertrag unwirksam, würde dadurch die Rechtsstellung des betroffe-



nen Arbeitnehmers in einer unangemessenen Weise beeinträchtigt. Er hätte allein die Nachteile dafür zu tragen, daß der Arbeitgeber gegen Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht verstoßen hat. Das kann nicht richtig sein.

Arbeitnehmer, die sich um eine Einstellung bewerben, können nicht übersehen, ob der Arbeitgeber die Rechte des Betriebs- oder Personalrats beachtet hat. Sie haben auch keinen Einfluß darauf. Sie können nur darauf vertrauen, daß ein Arbeitsverhältnis wirksam zustande gekommen ist. In diesem Vertrauen auf die wirksame Begründung ihres Rechtsverhältnisses müssen sie geschützt werden (vgl. zutreffend in diesem Ausgangspunkt Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 69 RdNr. 102; auch Alberty, aaO [oben zu II 3 b], S. 72 ff.). In einem nur "faktischen" Arbeitsverhältnis wären sie nicht ausreichend geschützt. Mit Schadenersatzansprüchen können diese Nachteile nicht ausgeglichen werden (vgl. Alberty, aaO, S. 74 ff.). Richardi (Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 75 RdNr. 25) und Wiedemann (Anm. zu BAG AP Nr. 54 zu §§ 22, 23 BAT [zu II 2]) wollen dem betroffenen Arbeitnehmer dadurch helfen, daß sie dem Arbeitgeber das Recht absprechen, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages zu berufen. Sie entnehmen dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Bindung des Arbeitgebers an das ohne Zustimmung der Arbeitnehmervertretung begründete Arbeitsverhältnis. Damit erkennen sie an, daß dem Arbeitnehmer der soziale Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses nicht wegen der Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers genommen werden darf. Praktisch kommen sie zum gleichen Ergebnis wie der Senat, der einen unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats (Personalrats) geschlossenen Arbeitsvertrag als wirksam ansieht.



e) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wird auch nicht ausgehöhlt, wenn ein unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts begründetes Arbeitsverhältnis voll wirksam ist.

Im Betriebsverfassungsgesetz 1972 sind die Rechtsfolgen einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts ausdrücklich geregelt. Nach § 101 Satz 1 BetrVG 1972 kann der Betriebsrat verlangen, daß der Arbeitgeber die ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Maßnahme wieder aufhebt. Für den Fall der Einstellung kann der Betriebsrat deshalb verlangen, daß der betreffende Arbeitnehmer im Betrieb nicht beschäftigt wird. Eine etwa aufgenommene tatsächliche Beschäftigung muß der Arbeitgeber rückgängig machen. Unterbleibt so die Beschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers, ist dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts Genüge getan.

Sieht man den Arbeitsvertrag als wirksam an, so sichert zudem gerade dieser in besonderer Weise das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Muß der Arbeitgeber aufgrund des wirksamen Arbeitsvertrages das vertragsgemäße Arbeitsentgelt auch dann zahlen, wenn der Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden darf (§ 615 Satz 1 BGB), so wird er sich weit eher zur Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats veranlaßt sehen, als wenn er sich von einem unwirksamen Arbeitsvertrag ohne finanzielle Nachteile jederzeit lossagen könnte (Galperin-Löwisch, aaO, § 99 RdNr. 12).

f) Für das Personalvertretungsrecht fehlt eine dem § 101 BetrVG 1972 entsprechende Regelung. Auch das Mitbestimmungsrecht des Personalrats ist aber ausreichend gesichert: Eine dem § 101 BetrVG 1972 entsprechende Regelung ist im Bereich des Personalvertretungsrechts nicht im gleichem Maße erfor-



derlich. Von juristischen Personen des öffentlichen Rechts muß erwartet werden, daß sie sich an das geltende Personalvertretungsrecht halten. Sollte das nicht der Fall sein, kann der Personalrat feststellen lassen, daß eine Maßnahme der Dienststelle gegen sein Mitbestimmungsrecht verstoßen hat (Fischer-Goeres, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Teil 2, § 69 RdNr. 37; Alberty, aaO [oben zu II 3 b], S. 51 FuBn. 146; Lorenzen-Eckstein, BPersVG, 4. Aufl., 1975, § 69 RdNr. 58, die den Personalrat darüber hinaus für berechtigt halten, auf Aufhebung der Maßnahme zu klagen). Einer solchen Entscheidung hat die Dienststelle Rechnung zu tragen (BVerwG AP Nr. 4 zu § 60 PersVG Hessen [Bl. 4]). Sie kann im Wege der Dienstaufsicht dazu angehalten werden. Zur Sicherung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats bedarf es keiner Nichtigkeit des Arbeitsvertrages.

Beim NDR ist die Rechtslage nicht anders. Der Betriebsrat kann auch hier ein Mitbestimmungsrecht in Anspruch nehmen und dieses Recht, wenn es vom Beklagten bestritten wird, gerichtlich - im Beschlußverfahren - feststellen lassen. Wenn es triftige Gründe gibt (§ 3 Nr. 2 MTV 1954), kann er sich auch gegen die tatsächliche Beschäftigung eines Mitarbeiters zur Wehr setzen. Das gilt auch für die Fälle, in denen nicht von vornherein feststeht, ob es sich um die Einstellung eines Arbeitnehmers oder eines freien Mitarbeiters handelt. Deshalb sollte der Beklagte dem Betriebsrat die Bedingungen, zu denen der Mitarbeiter beschäftigt werden soll, bekannt geben. Dann kann der Betriebsrat prüfen, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht, und ob es Gründe gegen eine Einstellung des in Aussicht genommenen Mitarbeiters gibt. Geschieht dies nicht, kann der Betriebsrat von sich aus tätig werden.



g) Auch praktische Erwägungen sprechen dafür, daß eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts sich im Grundsatz nur im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (Personalrat) auswirkt. Ob das Mitbestimmungsrecht beachtet worden ist oder nicht, kann vielfach erst in einem Rechtsstreit geklärt werden. Dieser Rechtsstreit sollte unmittelbar zwischen den Beteiligten des Mitbestimmungsverfahrens geführt werden. Wäre der Arbeitsvertrag unwirksam, müßte der Streit um die Verletzung des Mitbestimmungsrechts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgetragen werden.

5. Mit dem hier entwickelten Rechtssatz setzt sich der erkennende Senat nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts.

a) Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat allerdings in den zu II 3 a genannten Urteilen entschieden, daß die Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit auf einen Angestellten der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, weil die neue Tätigkeit kraft Tarifautomatik einen Anspruch auf die entsprechende höhere tarifliche Vergütung auslöst und damit eine Höhergruppierung nach sich zieht. Er hat weiter ausgesprochen, daß diese Maßnahme unwirksam ist, wenn die Zustimmung des Personalrats dazu nicht vorliegt. Hierin liegt jedoch kein Widerspruch zu dem vorliegend entwickelten Rechtssatz, der den erkennenden Senat veranlassen müßte, gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 ArbGG den Großen Senat anzurufen. Die Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit an einen bereits im Betrieb oder in der Dienststelle tätigen Arbeitnehmer ist mit dem Abschluß eines Arbeitsvertrages nicht vergleichbar. Sie entspricht eher der Beschäftigung eines ohne

Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats eingestellten Arbeitnehmers und ist deshalb ebenso wie diese unzulässig.

Bei der Ein- und Umgruppierung (§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1972) ebenso wie bei der Höher- oder Rückgruppierung (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG) dient das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (Personalrats) der Sicherung des betrieblichen Lohngefüges und der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Diese Fragen gewinnen für die Belegschaft nur Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer die ihm zugewiesene Tätigkeit tatsächlich ausübt. Ob im Hinblick darauf auch bei den Tatbeständen der Ein- und Umgruppierung personalvertretungs- bzw. betriebsverfassungsrechtlich zwischen der vom Vierten Senat beurteilten Übertragung einer anderen Tätigkeit und der dieser Übertragung zugrunde liegenden Änderung des Arbeitsvertrages zu unterscheiden ist, hat der Senat nicht zu entscheiden.

b) Für die hier allein interessierende Frage - Wirksamkeit des ohne Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats) abgeschlossenen Arbeitsvertrages - ist auch zu bedenken, daß der neu eingestellte Bewerber anders als der bereits im Betrieb oder in der Dienststelle tätige Arbeitnehmer kaum in der Lage ist, eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts zu erkennen und auf Abhilfe zu dringen. Während der Arbeitnehmer, der seine Zuordnung zu einer bestimmten Vergütungsgruppe für unzutreffend hält, sich jederzeit an seinen Betriebs- oder Personalrat wenden kann, ist dem außenstehenden Bewerber diese Möglichkeit verschlossen.

6. Danach muß das angefochtene Urteil, das die Klageabweisung nur mit der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats begründet hat, aufgehoben werden. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht



- 20 -

möglich. Das Berufungsgericht muß sachliche Feststellungen darüber treffen, ob der Kläger Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter war. Der Rechtsstreit muß daher an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

gez.: Dr. Hilger Dr. Heither Matthes

Bahr Dr. Gundelach

