Teilweise wird auch Arbeitnehmerüberlassung, d. h. Zeitarbeit durch den Transferanbieter selbst als Vermittlungsinstrument genutzt. Dabei sollte sich der Betriebsrat darüber klar sein, dass die erzielten Überlassungsgebühren zusätzliche Einkünfte für den Transferanbieter darstellen. Zudem gibt es eine Vielzahl von spezialisierten Zeitarbeitsfirmen, die häufig die einzigen Anbieter freier Arbeitplätze sind. Es stellt sich die Frage, ob es nicht sinnvoller ist, die Beschäftigten auf diese zu orientieren, da hier noch ein echter Markt besteht und die Kolleginnen und Kollegen Kriterien entwickeln können, welche Arbeitsbedingungen gerade innerhalb von Zeitarbeit für sie akzeptabel sind.

Insgesamt überzeugend wirken die Anbieter, die »klassische« Instrumente systematisch einsetzen, indem sie einerseits gezielte Aktivitäten entfalten, verdeckte Stellenangebote des regionalen Arbeitsmarktes zu erschließen (Jobhunting) und andererseits in der Lage sind, die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit der passenden Qualifikation oder Potenzial zu erkennen und auf die Stelle zu vermitteln.

Abschließend noch ein Rat für den Betriebsrat, der sich vor der Aufgabe sieht, eine Transfergesellschaft für Beschäftigte seines Betriebs zu installieren: Lassen Sie sich von den Bewerbern für die Durchführung der beE eine Referenzliste geben und fragen Sie persönlich bei den dortigen Betriebsratskollegen nach, welche konkreten Erfahrungen mit Ihrem Bewerber gemacht wurden.

Fazit

Um von betriebsbedingten Kündigungen bedrohten Kollegen und Kolleginnen echte Alternativen zur Arbeitslosigkeit aufweisen zu können, muss eine Transfergesellschaft so ausgestaltet sein, dass sie sowohl hinsichtlich der Kosten als auch ihrer Arbeitsweise und der angebotenen Instrumente transparent und professionell agiert. Durch Interessenausgleich, Betriebsvereinbarung und Sozialplan, aber auch bei der Auswahl des konkreten Anbieters kann der Betriebsrat maßgeblichen Einfluss auf qualitative Standards im Beschäftigtentransfer ausüben.

Anette Dittrich ist Rechtsanwältin in Hannover.

Literaturhinweis

Hase/von Neumann-Cosel/Rupp: Handbuch Interessenausgleich und Sozialplan, Bund-Verlag, 4. Auflage 2004

Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen

Welche Rechte hat der Betriebsrat, was muss er beachten?

Hier lesen Sie

- **in welchem Umfang der Betriebsrat vom Arbeitgeber über personelle Einzelmaßnahmen informiert werden muss**
- **welche Möglichkeiten dem Betriebsrat im Rahmen der Zustimmungsverweigerung zu Personalentscheidungen zukommen**
- **was die Betriebsräte im Falle der Verweigerung der Zustimmung dringend beachten sollten**

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen sind abschließend in den §§ 99 bis 105 BetrVG geregelt. Es besteht hier keine »Mitbestimmung« im klassischen Sinne, der Betriebsrat hat auch kein Initiativrecht, sondern lediglich ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor personellen Einzelmaßnahmen (Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung) umfassend zu unterrichten und die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen.

In welchem Umfang hat eine Unterrichtung zu erfolgen? Was für Möglichkeiten hat der Betriebsrat bei der Zustimmungsverweigerung?

Der Anwendungsbereich des § 99 BetrVG

Die Beteiligungsrechte nach § 99 Abs. 1 BetrVG bestehen nur in Unternehmen, die in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen. Führen mehrere Unternehmen mit jeweils weniger als 20 wahlberechtigten

Arbeitnehmern gemeinsam einen Betrieb, in dem insgesamt mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, ist die Vorschrift des § 99 BetrVG analog anwendbar.[1] Zu den wahlberechtigten Arbeitnehmern gehören auch die nach § 7 Satz 2 BetrVG von einem anderen Arbeitgeber überlassenen Arbeitnehmer, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden sollen (insbesondere Leiharbeitnehmer). Gegenstände der Beteiligung nach § 99 BetrVG sind ausschließlich Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung.

Einstellung

Unter der Einstellung ist nur die tatsächliche Beschäftigung, nicht aber der Abschluss des Arbeitsvertrags zu verstehen.[2] Das ist insoweit konsequent, als dass der Begriff der Einstellung nicht voraussetzt, dass ein Arbeitsverhältnis begründet werden muss. Eine mitbestimmungspflichtige Einstellung liegt dann vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um dort zusammen mit den anderen Beschäftigten weisungsgebundene Tätigkeiten zu verrichten. So besteht ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG auch bei Zivildienstleistenden, selbst wenn die Zuweisung dieser Personen durch Verwaltungsakt erfolgt.[3] Gleiches gilt für die so genannten 1-EURO-Jobber.[4] Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder eine Umwandlung in ein unbefristetes ist ebenso als mitbestimmungspflichtige Einstellung anzusehen, wie der Fall des § 15 Abs. 5 TzBfG, wonach ein unbefristetes Arbeitsverhältnis dadurch zustande kommt, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bewusst über die Befristung hinaus weiterbeschäftigt.[5] Etwas anderes gilt dann, wenn dem Betriebsrat vor der Ersteinstellung die Übernahme bei Bewährung mitgeteilt worden ist. Selbst die Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit schon beschäftigter Arbeitnehmer löst die Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG aus.[6] Hingegen bestehen keine Mitbestimmungsrechte, wenn eine einvernehmliche Verminderung der vertraglichen Arbeitszeit betriebsangehöriger Arbeitnehmer vorgenommen wird. Bei der Beteiligung im Zusammenhang mit Leiharbeitnehmern ist sowohl der Betriebsrat im Verleiher- wie auch im Entleiherbetrieb nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Im Verleiherbetrieb ist der Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu beteiligen, da schon das Leiharbeitsverhältnis mit dem Leiharbeitnehmer hier ausnahmsweise ein Mitbestimmungsrecht begründet, obwohl bei sofortiger »Verleihung« an den Entleiherbetrieb keine Eingliederung in den Verleiherbetrieb stattfindet.[7] Im Entleiherbetrieb ist der Betriebsrat bei Leiharbeitnehmern aufgrund gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung nach § 14 Abs. 3 AÜG vor Übernahme des Leiharbeitnehmers zu beteiligen. Bei nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung ist § 14 Abs. 3 AÜG entsprechend anzuwenden.[8] Die Einstellung ist regelmäßig verbunden mit der ersten Eingruppierung. Bei der Eingruppierung handelt es sich um die erstmalige Einordnung einzelner Arbeitnehmer in ein kollektives Entgeltschema. Bei diesem Vorgang ist zu klären, welchen Merkmalen der im Betrieb geltenden Vergütungsordnung die jeweilige Tätigkeit entspricht.[9]

Eingruppierung/Umgruppierung

Eine Entscheidung über die Eingruppierung eines Arbeitnehmers in eine anzuwendende Vergütungsordnung ist jedoch nur dann zu treffen, wenn der Arbeitnehmer anlässlich der Einstellung oder Versetzung erstmals eine Tätigkeit zugewiesen bekommt.[10] In der Praxis wird häufig keine Differenzierung zwischen Einstellung und Eingruppierung vorgenommen, so dass der Einstellung widersprochen wird, obwohl gegen die Eingliederung in den Betrieb als solche keine Bedenken bestehen, sondern nur im Hinblick auf die vom Arbeitgeber vorgenommene Eingruppierung.
Die Eingruppierung ist aber kein Gestaltungs-, sondern ein Beurteilungsakt. Der Betriebsrat kann deshalb nicht die Aufhebung der Eingruppierung, sondern nur die Durchführung des Beteiligungsverfahrens verlangen und dies auch über § 101 BetrVG durchsetzen.
Das setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber überhaupt eine Ein- oder Umgruppierung vorgenommen hat. Wenn es bereits hieran fehlt, kann und muss der Betriebsrat verlangen, dass dem Arbeitgeber gerichtlich zunächst die Ein- oder Umgruppierung in die maßgebliche Vergütungsordnung aufgegeben wird. Bei Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat muss der Arbeitgeber ein Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten. Macht er dies nicht, kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Durchführung gerichtlich auferlegen lassen.[11]

Erneute Eingruppierungsentscheidung

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber nicht verlangen, dass dieser eine erneute Eingruppierungsentscheidung unter seiner Beteiligung trifft, wenn er eine einmal erklärte oder ersetzte Zustimmung nicht mehr für zutreffend hält.[12] Der Betriebsrat ist darauf beschränkt, im Rahmen seiner allgemeinen Überwachungsaufgaben nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beim Arbeitgeber die Einhaltung der seiner Ansicht nach nicht mehr richtig angewendeten Gehalts- oder Lohngruppenordnung anzumahnen. Die Entscheidung, ob eine mit Zustimmung des Betriebsrats erfolgte Eingruppierung korrigiert werden soll, obliegt allein dem Arbeitgeber.[13]

1 BAG v. 29.9.2004 – 1 ABR 39/03.
2 BAG v. 25.1.2005 – 1 ABR 59/03.
3 BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 25/00.
4 Schulze, NZA 2005, 1332 ff.
5 BAG v. 7.8.1990 – 1 ABR 68/89.
6 BAG v. 25.1.2005 – 1 ABR 59/03.
7 BAG v. 6.6.1978 – 1 ABR 66/75.
8 BAG v. 10.3.2004 – 7 ABR 49/03.
9 Zuletzt: BAG v. 17.3.2005 – 8 ABR 8/04.
10 BAG v. 18.6.1991 – 1 ABR 53/90.
11 Zuletzt BAG v. 26.10.2004 – 1 ABR 37/03.
12 BAG v. 18.6.1991 – 1 ABR 53/90.
13 BAG v. 18.6.1991 – 1 ABR 53/90.

AiB-Online-Passwort für Juni: Michael Ballack

Zur Beurteilung, ob eine erhebliche Änderung der Umstände vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des BAG auf die Kriterien des § 81 BetrVG abzustellen: die Aufgabe und die Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und deren Einordnung in die betrieblichen Abläufe. Nur Bagatellfälle und Änderungen innerhalb der üblichen Schwankungsbreite werden nicht erfasst.[14] Dem Betriebsrat des abgebenden Betriebs steht ein Mitbestimmungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Versetzung zu, welches jedoch entfällt, wenn der Arbeitnehmer mit der Versetzung einverstanden ist. Der aufnehmende Betrieb ist unter dem Gesichtspunkt der Einstellung zu beteiligen.[15]

Versetzung

In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht ist Versetzung die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist (§ 85 Abs. 3 BetrVG).

Unterrichtungspflicht durch den Arbeitgeber

Der Betriebsrat ist vom Arbeitgeber umfassend und rechtzeitig zu informieren. Der Betriebsrat soll bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben den gleichen Informationsstand besitzen, wie der Arbeitgeber.

Bei Neueinstellungen müssen die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorgelegt und Auskunft über die Person der Beteiligten gegeben werden. Bewerbungsunterlagen sind alle von den Bewerbern eingereichte Unterlagen, soweit diese im Zusammenhang mit der Bewerbung stehen. Dazu gehören auch solche Unterlagen, die der Arbeitgeber anlässlich der Bewerbung über die Person des Bewerbers erstellt hat, etwa in Form von Personalfragebögen bzw. Testergebnissen oder auch in Form von handschriftlichen Anmerkungen.[16] Ob dazu tatsächlich jede Aufzeichnung zählt, die sich der Arbeitgeber anlässlich eines Auswahlgesprächs als Kurznotiz gemacht hat, wurde vom BAG offen gelassen. In jedem Falle sind Aufzeichnungen aber dann vorzulegen, wenn sie bis zum Abschluss des Auswahlverfahrens aufbewahrt wurden. Die Auskunft muss sich auch auf diejenigen Bewerber erstrecken, die der Arbeitgeber für die Einstellung nicht in Betracht zieht.[17]

Es stellt sich bei diesem Beispiel die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Betriebsrat auch die Bewerbungsunterlagen derjenigen Mitarbeiter vorzulegen, die

Beispiel

Der Arbeitgeber beauftragt ein Personalberatungsunternehmen, geeignete Bewerber zur Einstellung auf einen bestimmten Arbeitsplatz vorzuschlagen. Bei diesem Personalberatungsunternehmen bewerben sich 100 Personen. Dem Arbeitgeber werden jedoch nur die Daten von zehn Mitarbeitern vorgelegt. Das Personalberatungsunternehmen hatte zuvor eine Anzeige geschaltet, wonach es Arbeitnehmer mit einer bestimmten Qualifikation sucht.

vom Personalberatungsunternehmen dem Arbeitgeber überhaupt nicht zur Auswahl vorgeschlagen wurden. Das Gesetz spricht allgemein von den »erforderlichen Bewerbungsunterlagen«. Soweit, wie im Beispiel, durch das Personalberatungsunternehmen eine Annonce geschaltet wurde, sind alle Interessenten, die sich daraufhin gemeldet haben, Bewerber für den entsprechenden Arbeitsplatz. In diesem Fall hätte der Arbeitgeber dafür Sorge tragen müssen, dass der Betriebsrat die entsprechenden Bewerbungsunterlagen auch der Personen erhält, die der Personalberater nicht in seine Einstellungsvorschläge einbezogen hatte. Der Arbeitgeber wird sich hier nicht darauf berufen können, dass ihm diese Unterlagen selbst überhaupt nicht vorlagen. Er könnte ansonsten die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats umgehen. Auch muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat Kenntnis über die Umstände verschaffen, die für die vorgesehene Auswahl entscheidend waren. Er muss die Punkte in nachvollziehbarer Weise darstellen, die ihn veranlasst haben, einen von mehreren Bewerbern auszuwählen. Dabei muss der Arbeitgeber Personalfragebögen, schriftliche Auskünfte von dritter Seite, Ergebnisse von Tests oder Einstellungsprüfungen und eigene Aufzeichnungen vorlegen – auch und gerade von den nicht berücksichtigten Bewerbern.[18]

Wenn im Betrieb eine Vergütungsordnung auf Grundlage eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung existiert, ist dem Betriebsrat die vorgesehene Eingruppierung, jedoch nicht das tatsächliche Gehalt, mitzuteilen.[19] Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Angaben zum Inhalt des abgeschlossenen oder abzuschließenden Arbeitsvertrags, abgesehen von der vorgesehenen Eingruppierung, zu machen.[20] Entgegen einer weit verbreiteten Auffassung gehört der Arbeitsvertrag nicht zu den vorzulegenden Bewerbungsunterlagen.

Bei Einstellung und Versetzungen muss zusätzlich der vorgesehene Arbeitsplatz mitgeteilt werden. Das betrifft nicht nur den räumlichen Ort, an dem die Arbeit abzuleisten ist, sondern auch die Funktion, die der Bewerber ausüben soll.[21] Die konkreten Folgen für den Arbeitnehmer müssen benannt werden, bei der Versetzung beispielsweise der Wegfall der Möglichkeit der Provisionserzielung.[22] Bei befristeten Arbeitsverhältnissen und bei Leiharbeitnehmern muss zudem die voraussichtliche Dauer der Beschäftigung mitgeteilt werden, bei Teilzeitkräften die Lage und Dauer der Arbeitszeit.[23]

Der Betriebsrat ist zumindest eine Woche vor Durchführung der geplanten Maßnahme – mündlich oder schriftlich – zu

14 BAG v. 13.5.1997 – 1 ABR 82/96.
15 BAG v. 26.1.1993 – 1 AZR 303/92.
16 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 55/03.
17 BAG v. 18.12.1990 – 1 ABR 15/90.
18 BAG v. 28.6.2005 – 1 ABR 26/04.
19 BAG v. 31.1.1989 – 1 ABR 48/87.
20 BAG v. 18.10.1988 – 1 ABR 33/87.
21 BAG v. 3.10.1989 – 1 ABR 73/88.
22 LAG Schleswig-Holstein v. 3.7.2001 – 3 TaBV 7/01.
23 BAG v. 20.12.1988 – 1 ABR 68/87.

AiB-Online-Passwort für Juni: Michael Ballack

unterrichten, damit er die ihm zustehende Wochenfrist nach § 99 Abs. 3 BetrVG auch ausnutzen kann. Die Wochenfrist beginnt erst bei ordnungsgemäßer und vollständiger Unterrichtung des Betriebsrats zu laufen.

www.arbeitsrecht.de
Kündigung – was nun?

Form der Unterrichtung

Der Betriebsrat sollte sich aber nicht darauf verlassen, dass eine unvollständige Unterrichtung vorliegt und eine neue Wochenfrist in Gang gesetzt wird. Sicherheitshalber sollte schon im Hinblick auf eine möglicherweise unvollständige Unterrichtung die Zustimmung verweigert werden, wobei die Verletzung der Unterrichtungspflicht selbst keinen Verstoß gegen ein Gesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG darstellt. Die Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG wird aber nicht bereits dadurch in Lauf gesetzt, dass der Betriebsrat es unterlassen hat, den Arbeitgeber auf offensichtliche Unvollständigkeiten der Unterrichtung hinzuweisen. Das gilt auch dann, wenn der Betriebsrat zum Zustimmungsersuchen in der Sache Stellung nimmt und seine Zustimmung mit Bezug auf Gründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG verweigert. Der Arbeitgeber kann daraus nicht berechtigterweise den Schluss ziehen, die Unterrichtung sei aus Sicht des Betriebsrats ausreichend. Durch diese Stellungnahme wird der Mangel der unvollständigen Unterrichtung durch den Arbeitgeber nicht geheilt.[24] Wenn der Betriebsrat auf unvollständige Unterlagen überhaupt nicht reagiert und auch keine Zustimmungsverweigerung erklärt, wird er sich nicht mehr auf seine Beteiligungsrechte berufen können, und die Fiktion der Zustimmungserteilung nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG tritt ein.

Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann seine Zustimmungsverweigerung nur auf einen der in § 99 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 BetrVG genannten Gründe stützen. Er muss dies gem. § 99 Abs. 3 BetrVG unter genauer Angabe der Gründe innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitteilen. Ein Nachschieben von Zustimmungsverweigerungsgründen nach Ablauf der Wochenfrist ist nicht möglich.[25] Der in der Zustimmungsverweigerungserklärung angegebenen Begründung müssen sich dabei nur einer oder mehrere der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründe zuordnen lassen.[26] Die schriftliche Mitteilung an den Arbeitgeber über die Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats kann gem. § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG durch den Betriebsratsvorsitzenden erfolgen, selbst wenn dieser an der Entscheidung aufgrund eigener Betroffenheit nicht mitwirken konnte.[27]

Der Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kommt nur dann in Betracht, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Soweit es um eine Einstellung geht, muss diese als solche untersagt sein. Es genügt deshalb nicht, dass einzelne Vertragsbedingungen rechtswidrig sind, da das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle ist.[28] So kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer Einstellung nicht allein deshalb verweigern, weil eine untertarifliche Bezahlung vorgesehen ist. Der Arbeitnehmer selbst kann mögliche Tarifansprüche nach der Einstellung gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen.[29] Ein Gesetzesverstoß liegt auch vor, wenn der Arbeitgeber entgegen § 7 Abs. 1 TzBfG einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebs ausschreibt, nicht auch als Teilzeitarbeitsplatz ausschreibt, obwohl sich der Arbeitsplatz hierfür eignet. Der Arbeitgeber ist zwar nicht verpflichtet, einen teilzeitgeeigneten Arbeitsplatz auch entsprechend zu besetzen, er ist aber angehalten, im Rahmen des Besetzungsverfahrens zu prüfen, ob die Besetzung mit einer Teilzeitkraft erfolgen kann.[30] Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber vor der Einstellung nicht gem. § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX geprüft hat, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können.[31]

Soweit die Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme bereits im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden (oder sonstige Nachteile erleiden), kann ein Zustimmungsverweigerungsgrund bestehen. Ausdrücklich ist im Gesetz festgehalten, dass ein Zustimmungsverweigerungsgrund auch dann gegeben ist, wenn bei einer unbefristeten Einstellung ein bereits befristet Beschäftigter mit gleicher Eignung nicht berücksichtigt wird.[32] Ein Zustimmungsverweigerungsgrund muss auch dann bestehen, wenn ein befristet Beschäftigter wiederum durch eine befristete Einstellung ersetzt werden soll.[33]

Beispiel

Im Betrieb ist die Stelle eines Schichtführers zu besetzen, nachdem der bisherige Schichtführer wegen Erwerbsunfähigkeit aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden war. Auf die Ausschreibung bewarben sich der bisherige stellvertretende Schichtführer sowie ein Arbeitnehmer von außen. Der Arbeitgeber unterrichtete den Betriebsrat über die beabsichtigte Einstellung des Arbeitnehmers von draußen. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung wie folgt: »Die Zustimmung wird verweigert, weil der Betriebsrat der Meinung ist, dass die Schichtführerstelle mit dem bisherigen Stellvertreter zu besetzen ist. Dieser ist bereits seit ca. zwei Jahren für den erkrankten und seit einem Jahr ausgeschiedenen Schichtführer als stellvertretender Schichtführer eingesetzt«.

24 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 55/03.
25 Zuletzt BAG v. 22.01.2003 – 4 ABR 18/02.
26 BAG v. 6.8.2003 – 1 ABR 49/01.
27 BAG v. 19.3.2003 – 7 ABR 15/02.
28 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 54/03.
29 BAG v. 28.03.2000 – 1 ABR 16/99.
30 LAG Baden-Württemberg v. 19.7.2004 – 14 TaBV 4/03, nicht rechtskräftig, Revision anhängig, BAG – 1 ABR 1/05.
31 BAG v. 14.11.1989 – 1 ABR 88/88.
32 § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG.
33 A.A.: ArbG Bielefeld v. 15.1.2003 – 3 BV 78/02.

AiB-Online-Passwort für Juni: Michael Ballack

Die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers um eine Beförderungsstelle kann nachteilig im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sein, allerdings nur, wenn bereits eine rechtlich geschützte Position vorhanden ist, die durch die beabsichtigte Einstellung eines anderen Bewerbers gefährdet wird. Der bloße Verlust einer Beförderungschance kann jedoch einen solchen Nachteil nicht begründen.[34] Wenn der im Beispiel genannte Arbeitnehmer also keinen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Übertragung der Schichtführerstelle hatte und auch keine betriebliche Übung im Betrieb vorherrschte, wonach einem stellvertretenden Schichtführer nach mehrjähriger Vertretung des Schichtführers dessen freiwerdende Stelle automatisch übertragen wird, kommt eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG nicht in Betracht. Denn die Zuweisung einer Beförderungsstelle folgt nicht zwingend aus einer beruflichen Entwicklung. Es bedarf dazu rechtlicher Grundlagen.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist schließlich die Zustimmungsverweigerung, wenn ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit nach § 9 TzBfG geltend gemacht hat, der Arbeitgeber aber dem Wunsch nicht nachkommt und statt dessen eine andere Arbeitskraft einstellt. In jedem Falle besteht ein Zustimmungsverweigerungsgrund, wenn infolge der Einstellung des externen Bewerbers der Anspruch des bereits beschäftigten Arbeitnehmers nach § 9 TzBfG vereitelt wird.

Beispiel

Dem Arbeitgeber liegt seit längerem ein Antrag auf Stundenerhöhung der Verwaltungsangestellten Michaela Müller von 30 auf 35 Wochenstunden vor. Der Arbeitgeber teilte Frau Müller mit, dass bis zur Einarbeitung des neuen Verwaltungsleiters nicht absehbar sei, wie die Verwaltungsarbeiten in Zukunft strukturiert werden und lehnte den Antrag deshalb ab. Drei Monate später beantragte der Arbeitgeber beim Betriebsrat die Einstellung einer Mitarbeiterin für Verwaltungsarbeiten im Umfange von 20 Wochenstunden mit der Begründung, dass genau in diesem Umfange Verwaltungstätigkeiten auszuüben seien. Der Betriebsrat verweigerte die Einstellung der neuen Mitarbeiterin mit der Begründung, dass ein Antrag auf Arbeitszeiterhöhung der Mitarbeiterin Michaela Müller vorliege, deren Vertrag auf 35 Stunden erhöht werden könne und eine Einstellung der neuen Mitarbeiterin im Umfange von 15 Stunden erfolgen könne.

Im vorgenannten Beispiel wird die Einstellung der neuen Mitarbeiterin faktisch dazu führen, dass auf absehbare Zeit der Wunsch auf Verlängerung der Arbeitszeit für die Mitarbeiterin Müller vom Arbeitgeber nicht erfüllt werden wird und für Frau Müller deshalb ein Nachteil entsteht. Fraglich ist jedoch, ob dies bereits einen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG darstellt. Ein Anspruch der Frau Müller nach § 9 TzBfG ist zu verneinen, da kein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist. Der ausgeschriebene Arbeitsplatz beinhaltet lediglich ein Arbeitszeitvolumen von 20 Wochenstunden, Frau Müller äußerte jedoch den Wunsch auf eine Arbeitszeit von 35 Wochenstunden. Richtig ist zwar, dass der Arbeitgeber ohne weiteres der Arbeitszeiterhöhung stattgeben könnte, indem er eine neue Stelle nur für 15 Wochenstunden ausschreibt. Es liegt jedoch in der Organisationshoheit des Arbeitgebers, mit welchem Zeitumfang er neu zu schaffende Stellen ausschreibt.

www.arbeitsrecht.de
gute Anwälte finden.

Richtigerweise muss jedoch auch in der vorliegenden Konstellation ein Recht zur Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG bestehen. Dabei wird als betrieblicher Grund für den Arbeitgeber ausreichen, wenn dieser – auch im Hinblick auf die gegenseitige Vertretung – darauf achtet, dass die Stundenkontingente von zwei beschäftigten Verwaltungsmitarbeitern nicht zu unterschiedlich sind.

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG liegt vor, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung unterblieben ist. § 93 BetrVG schreibt die Ausschreibung von Arbeitsplätzen aber nicht generell vor, so dass eine Verpflichtung nur dann besteht, wenn der Betriebsrat die Ausschreibung verlangt, oder wenn die Ausschreibung von Arbeitsplätzen zwischen den Betriebsparteien vereinbart ist. Hingegen ist nicht ausreichend, dass der Arbeitgeber bislang alle Stellen ausgeschrieben hatte.[35]

Reagiert der Betriebsrat nach erfolgter – ordnungsgemäßer Beteiligung – nicht innerhalb einer Woche, so gilt seine Zustimmung zu der betreffenden Maßnahme gemäß § 99 Abs. 3 BetrVG als erteilt (= Fiktion der Zustimmung).

Für eine wirksame Erklärung des Betriebsrates ist eine ordnungsgemäß einberufene Betriebsratssitzung mit darauffolgendem Beschluss erforderlich. Die Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber bedarf dagegen keiner bestimmten Form, sie kann auch mündlich ohne besondere Begründung erfolgen.

Für den Arbeitgeber hat die Zustimmung zur Folge, dass er die personelle Einzelmaßnahme nun endgültig durchführen kann. Ist die Zustimmung schon vor Ablauf der Wochenfrist erteilt, braucht er die Wochenfrist nicht abzuwarten.

Beispiel

Der Arbeitgeber fordert den Betriebsratsvorsitzenden Bertram Vogel auf, der Einstellung der Mara Meier zuzustimmen. Vogel erklärt daraufhin spontan, der Betriebsrat stimme der Einstellung von Frau Meier zu. In der danach abgehaltenen Betriebsratssitzung wird beschlossen, der Einstellung zu widersprechen.

34 BAG v. 18.9.2002 – 1 ABR 56/01.
35 BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 54/03.

In diesem Beispiel durfte der Arbeitgeber keine ordnungsgemäße Betriebsratsbeteiligung annehmen. Bei einer spontanen Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden konnte der Arbeitgeber nicht von einem wirksamen Betriebsratsbeschluss ausgehen. Anders wäre der Fall zu beurteilen gewesen, wenn der Vorsitzende nach der Betriebsratssitzung die Zustimmung erklärt hätte. Die Fehlerhafte Übermittlung des Beschlusses wäre der Sphäre des Betriebsrats zuzuordnen, der Arbeitgeber hätte sich auf die Aussage des Herrn Vogel verlassen können.

Das Zustimmungsersetzungsverfahren

Das Arbeitsgericht ersetzt die Zustimmung des Betriebsrats, wenn die Verweigerung nicht begründet ist. Voraussetzung ist aber eine vorangegangene ordnungsgemäße Unterrichtung, da ansonsten bereits die Wochenfrist nicht in Gang gesetzt wurde und somit keine Zustimmungsersetzung möglich wäre.[36]

Führt der Arbeitgeber trotz rechtswirksamer verweigerter Zustimmung des Betriebsrats die personelle Maßnahme durch, so kann der Betriebsrat das Mitbestimmungssicherungsverfahren einleiten. Hierbei wird ausschließlich geklärt, ob die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzt wurden. Es wird bezüglich der Zustimmungsverweigerung somit nur geprüft, ob diese formell wirksam erklärt wurde, nicht aber, ob ein Verweigerungsgrund tatsächlich vorlag.

Bei einer Einstellung oder Versetzung lautet der Antrag, dem Arbeitgeber aufzugeben, die betriebsverfassungswidrige Maßnahme aufzuheben. Bei einer Umgruppierung bei welcher der Betriebsrat nicht beteiligt wurde, kann der Betriebsrat nur den Antrag stellen, dem Arbeitgeber aufzugeben, ihn ordnungsgemäß zu beteiligen und seine Zustimmung zur Umgruppierung einzuholen.

Wenn der Arbeitgeber eine Maßnahme nicht aufhebt, obwohl er hierzu gerichtlich verpflichtet wurde, kann der Betriebsrat an das Arbeitsgericht den Antrag stellen, den Arbeitgeber durch Zwangsgeld zur Befolgung der gerichtlichen Anordnung anzuhalten. Es findet eine schriftliche Anhörung des Arbeitgebers statt, einer gesonderten mündlichen Verhandlung bedarf es dagegen nicht. Vielmehr wird durch Beschluss entschieden. Das Maß des Zwangsgeldes darf für jeden Fall der Zuwiderhandlung und jeden Tag 250 € nicht übersteigen.

Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes

Weder hinsichtlich der Ersetzung der Zustimmung noch hinsichtlich der Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen gibt es einen einstweiligen Rechtsschutz über die §§ 100, 101 BetrVG hinaus.

Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG kann dem Betriebsrat bei einer geplanten personellen Einzelmaßnahme zustehen. Dies, soweit das Verhalten des Arbeitgebers einen groben Gesetzesverstoß i. S. d. § 23 Abs. 3 BetrVG darstellt.

Dabei sind grobe Verstöße solche, welche objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend sind. Auch einmalige Verstöße können schon grobe Verstöße sein.[37]

Beispiel

Der Arbeitgeber stellt wiederholt Aushilfen für die Dauer von drei Monaten ein, ohne den Betriebsrat zu beteiligen. Der Betriebsrat leitet deshalb immer wieder Mitbestimmungssicherungsverfahren ein. Während des Verfahrens laufen die Verträge der Aushilfen jedes Mal aus, sie werden nicht weiter im Betrieb beschäftigt. Das Verfahren erledigt sich somit immer wieder. Die Rechte des Betriebsrats laufen leer.[38]

Im genannten Beispiel ist ein grober Verstoß des Arbeitgebers nach § 23 Abs. 3 BetrVG anzunehmen. Er verstößt fortlaufend gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten aus dem BetrVG. Der Betriebsrat könnte somit einen allgemeinen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Es ist jedoch zu beachten, dass der Antrag des Betriebsrats dann auf zukünftige Unterlassung lauten muss: Dem Arbeitgeber ist zu untersagen, Aushilfskräfte nur für die Dauer von drei Monaten zu beschäftigen, ohne dass die Zustimmung des Betriebsrats erteilt oder durch das Arbeitsgericht ersetzt worden ist. Verstößt der Arbeitgeber dann erneut gegen diese Unterlassungsanordnung des Gerichts, so kann er im Wege des Zwangsgeldverfahrens sanktioniert werden. § 101 BetrVG bezieht sich nur auf die Aufhebung einer personellen Einzelmaßnahme, und schließt den Anspruch des Betriebsrats auf künftige Beachtung seiner Mitbestimmungsrechte nach § 23 Abs. 3 BetrVG deshalb auch nicht aus.[39] Lediglich schon bestehende betriebsverfassungswidrige Zustände werden durch § 101 BetrVG dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 BetrVG entzogen. So kann der Betriebsrat eine Missachtung seiner Beteiligungsrechte bei einer vorgenommenen Einstellung nicht gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG geltend machen. Vielmehr muss er ein Mitbestimmungssicherungsverfahren nach § 101 BetrVG einleiten.

Die vorläufige personelle Einzelmaßnahme

§ 100 BetrVG regelt die Möglichkeit des Arbeitgebers, personelle Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG trotz fehlender oder verweigerter Zustimmung des Betriebsrats vorläufig durchzuführen. Bezüglich des Anwendungsbereichs ist von § 100 BetrVG nur die Einstellung und die Versetzung, nicht aber die Ein- oder Umgruppierung gedeckt. Dies ergibt sich schon daraus, dass eine Ein- oder Umgruppierung wohl nicht unaufschiebbar i. S. d. § 100 BetrVG sein kann.[40]

36 BAG v. 28.6.2005 – 1 ABR 26/04.
37 BAG v. 29.2.2000 – 1 ABR 4/99.
38 Vgl. BAG v. 17.3.1987 – 1 ABR 65/85.
39 BAG v. 17.3.1987 –1 ABR 65/85.
40 BAG v. 27.1.1987 –1 ABR 67/85.

AiB-Online-Passwort für Juni: Michael Ballack

Zunächst müsste der Betriebsrat sich zur personellen Einzelmaßnahme nach § 99 BetrVG überhaupt noch nicht geäußert, oder aber die Zustimmung verweigert haben. Weiterhin muss die vorläufige Durchführung der Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sein.[41] Bei einer Einstellung kommt es darauf an, dass die vorläufige Maßnahme zur Sicherung des Arbeitsablaufes nötig sein muss, beispielsweise wegen eines plötzlich ausgeschiedenen Mitarbeiters. Bei Versetzungen kommt es darauf an, dass die Zuweisung in einen anderen Arbeitsbereich nötig ist, um den Arbeitsablauf zu sichern.

Beispiel

Der Arbeitgeber will A einstellen. Der Betriebsrat verweigert diesbezüglich die Zustimmung. Daraufhin stellt der Arbeitgeber A nach § 100 BetrVG vorläufig ein, um künftig zu erwartende Mehrarbeit bewältigen zu können.

Im aufgezeigten Beispiel war die vorläufige Maßnahme nicht durch sachliche Gründe dringend gerechtfertigt. Vielmehr hatte die Maßnahme präventiven Charakter. Der Arbeitgeber befürchtete einen kommenden Arbeitsanfall. Solange dieser jedoch noch nicht konkret absehbar ist, war die Einstellung des A nicht nötig, um den ordnungsgemäßen betrieblichen Ablauf zu sichern.

Widerspricht der Betriebsrat der vorläufigen Maßnahme, so darf der Arbeitgeber die Maßnahme nur weiter aufrechterhalten, wenn er binnen drei Tagen beim Arbeitsgericht beantragt, die Zustimmung des Betriebsrats zur endgültigen Einstellung/Versetzung zu ersetzen und festzustellen, dass die vorläufige Durchführung dieser Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Bestreitet der Betriebsrat die Dringlichkeit der Maßnahme nicht oder nicht rechtzeitig, protestiert jedoch gegen die vorläufige Maßnahme, so ist der Arbeitgeber zwar verpflichtet, das Arbeitsgericht binnen drei Tagen anzurufen, jedoch muss er die Dringlichkeit nicht mehr darlegen.[42] Ruft der Arbeitgeber das Arbeitsgericht nicht rechtzeitig an, kann der Betriebsrat nach § 101 BetrVG verlangen, die vorläufige Maßnahme aufzuheben. Führt der Arbeitgeber die vorläufige Maßnahme jedoch durch, bevor der Betriebsrat sich geäußert hat, kann der Arbeitgeber die Zustimmungsersetzung erst nach verweigerter Zustimmung durch den Betriebsrat beantragen.

41 BAG v. 7.11.1977 – 1 ABR 55/75.
42 BAG v. 15.11.1987 – 1 ABR 44/86.

Die vorläufige personelle Maßnahme endet zwei Wochen nach Rechtskraft der ablehnenden Entscheidung. Ein neu eingestellter Arbeitnehmer darf daraufhin nicht weiter eingesetzt werden, ein versetzter Arbeitnehmer kehrt an seinen alten Arbeitsplatz zurück. Der Betriebsrat kann die tatsächliche Durchführung dieser Entscheidung nach § 101 BetrVG erzwingen.

Fazit

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Vielzahl neuer Entscheidungen die Rechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen erheblich aufgewertet. Der Betriebsrat soll – jedenfalls was den Informationsstand betrifft – auf gleicher Augenhöhe wie der Arbeitgeber agieren können. Dennoch reicht es nicht aus, »blind« einer Einstellung oder Versetzung zu widersprechen oder den Gesetzeswortlaut des § 99 Abs. 2 BetrVG zu wiederholen. Vielmehr muss sich der Betriebsrat intensiv mit möglichen Nachteilen für betroffene Mitarbeiter auseinandersetzen und sich im Widerspruchsschreiben auch darauf berufen. Setzt sich der Arbeitgeber über die Bedenken des Betriebsrats hinweg, sollte sich dieser rechtlichen Rat einholen. Häufig macht es Sinn, sich bereits im Hinblick auf einen möglichst rechtssicher verfassten Widerspruch bei der Gewerkschaft oder einem Rechtsanwalt zu informieren.

MARC-OLIVER SCHULZE ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, **NADJA HÄFNER** ist Rechtsreferendarin in der Kanzlei Manske & Partner in Nürnberg.
m.o.schulze@manske-partner.de

Literaturhinweise

- Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Kommentar für die Praxis, 10. Aufl., §§ 99 ff. BetrVG
- Däubler/Kittner/Klebe, Formularbuch zum BetrVG, 1. Aufl., § 99 BetrVG
- Schoof, Betriebsratspraxis von A–Z, 7. Aufl., S. 584 ff.

aib-web.de
Arbeitsrecht im Betrieb online

Hier finden Sie:
- Übersicht: Rechte des Betriebsrats
- Übersicht: Voraussetzungen der Eingruppierung