

Arbeitspapier 8: Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten II

I. Personelle Einzelmaßnahmen (ohne Kündigung) (§§ 99-101 BetrVG)

1. Überblick über die Struktur von § 99 BetrVG:

Wenn Regelung anwendbar ist und AG eine personelle Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG vornehmen will, muss BR vorab informiert und Zustimmung des BR muss eingeholt werden. Wenn BR zustimmt, darf Maßnahmen durchgeführt werden. Wenn BR nicht zustimmt, muss Zustimmung ggf. ersetzt werden. BR darf Zustimmung nur aus bestimmten Gründen verweigern, d. h. umgekehrt, dass ArbG Zustimmung ersetzt, wenn Zustimmungsverweigerungsgrund nicht vorliegt. AG darf Maßnahme dann durchführen.

2. Gegenstand der Mitbestimmung

a) Einstellung (s. a. Mitbestimmung bei Arbeitnehmerüberlassung - § 14 III AÜG)

> BAG vom 28.04.1992, E 70, 147 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 98 = NZA 1992, 1141 (Einstellung = Tatsächliche Beschäftigung im Betrieb)

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach unter Einstellung i. S. von § 99 BetrVG, die der Zustimmung des Betriebsrates bedarf, die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb zu verstehen ist, nicht aber der Abschluss eines Arbeitsvertrages.

Soll die Beschäftigung im Betrieb aufgrund eines Arbeitsvertrages erfolgen, so ist der Betriebsrat vor Abschluss des Arbeitsvertrages über die geplante Beschäftigung zu unterrichten und die Zustimmung des Betriebsrates zu dieser auf der Grundlage des Arbeitsvertrages erfolgenden Beschäftigung im Betrieb einzuholen.

Das gilt auch dann, wenn die vorgesehene Beschäftigung im Betrieb zunächst nur in einem "Rahmenvertrag" geregelt wird, der den Zeitpunkt und die Dauer einer tatsächlichen Beschäftigung im Betrieb noch offen lässt.

Einstellung auch bei Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

> **BAG vom 18.10.1994, E 78, 142 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 5 = NZA 1995, 281 (Einsatz von Fremdpersonal)**

Der Einsatz von Fremdpersonal im Betrieb ist nur dann nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig, wenn dieses Personal in den Betrieb eingegliedert wird. Die Eingliederung setzt voraus, daß der Arbeitgeber des Betriebs auch gegenüber dem Fremdpersonal wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung übernimmt. Sie ist dagegen zu verneinen, wenn nur das betriebsfremde Unternehmen die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nach Zeit und Ort zu treffen hat.

> BAG vom 25.01.2005, E 113, 206 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 114 = NZA 2005, 945 (Veränderung der Arbeitszeit als Einstellung)

1. Im Hinblick auf den Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG kommt eine Einstellung i.S. des § 99 I 1 BetrVG nicht nur bei der erstmaligen Eingliederung eines Mitarbeiters in den Betrieb in Betracht.
2. Eine sowohl nach Dauer als auch nach Umfang nicht unerhebliche Erweiterung des Volumens der arbeitsvertraglich geschuldeten regelmäßigen Arbeitszeit schon beschäftigter Arbeitnehmer des Betriebs stellt eine neuerliche Einstellung nach § 99 I 1 BetrVG dar. Für die Verminderung des Arbeitszeitvolumens gilt dies nicht; in ihr liegt weder eine Einstellung noch eine Versetzung.
3. Die für eine Einstellung erforderliche Mindestdauer der Arbeitszeiterhöhung beträgt in Anlehnung an § 95 III BetrVG eine Zeitspanne von mehr als einem Monat. Der erforderliche Mindestumfang ist jedenfalls dann erreicht, wenn entweder der Arbeitgeber den durch die Arbeitszeiterweiterung besetzten Arbeitsplatz ausgeschrieben oder der Betriebsrat die Ausschreibung nach § 93 BetrVG zu Recht verlangt hatte.

Nicht unter den Einstellungsbegriff fallen Weiterbeschäftigungspflichten, die kraft Gesetzes bestehen (z. B. bei unwirksamer Kündigung)

b) Versetzung (§ 95 III BetrVG)

> BAG vom 02.04.1996, AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 34 = NZA 1997, 112
(Entzug von Arbeitsaufgaben als Versetzung)

1. Eine mitbestimmungspflichtige Versetzung durch Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs (§ 95 III BetrVG) kann auch darin bestehen, daß dem Arbeitnehmer ein wesentlicher Teil seiner Aufgaben entzogen wird.
2. Wenn einem Autoverkäufer, der bisher als sog. Gebietsverkäufer und zugleich mit einem zeitlichen Anteil von ca. 25 % als Ladenverkäufer eingesetzt war, der Ladendienst entzogen wird, so kann das - je nach den Umständen des Falles - als mitbestimmungspflichtige Versetzung zu bewerten sein.

> BAG vom 20.09.1990, E 66, 57 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 84 = NZA 1991, 195
(Versetzung – Einverständnis des Arbeitnehmers)

1. Der Betriebsrat hat mitzubestimmen, wenn ein Arbeitnehmer auf Dauer in einen anderen Betrieb des Arbeitgebers versetzt wird. Dieses Mitbestimmungsrecht entfällt nur dann, wenn der Arbeitnehmer mit dieser Versetzung einverstanden ist.
2. Ein das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließendes Einverständnis liegt nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Versetzung selbst gewünscht hat oder diese seinen Wünschen und seiner freien Entscheidung entspricht

- c) Ein- und Umgruppierung (MBR = Mitbeurteilungsrecht)

> **BAG vom 09.02.1993, E 72, 187 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 103 = NZA 1993, 664 (Eingruppierung – erstmalige Zuordnung des AN zu Vergütungsgruppe)**

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Eingruppierung erschöpft sich nicht darin, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat die von ihm für richtig befundene Eingruppierung mitteilt und dem Betriebsrat Gelegenheit zur Stellungnahme gibt. Der Arbeitgeber hat vielmehr die Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten Eingruppierung einzuholen und bei deren Verweigerung ein Zustimmungsersetzungsverfahren einzuleiten

> BAG vom 20.03.1990, E 64, 254 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 79 = NZA 1990, 699 (Umgruppierung = Feststellung der Zuordnung des AN zu anderer Vergütungsgruppe)

1. Umgruppierung im Sinne von § 99 I BetrVG ist die Feststellung des Arbeitgebers, daß die Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht - oder nicht mehr - den Tätigkeitsmerkmalen derjenigen Vergütungsgruppe entspricht, in die der Arbeitnehmer eingruppiert ist, sondern den Tätigkeitsmerkmalen einer anderen - höheren oder niedrigeren - Vergütungsgruppe.

2. Darauf, aus welchem Anlaß der Arbeitgeber diese Feststellung trifft, kommt es nicht an. Auch die Korrektur einer nach Ansicht des Arbeitgebers fehlerhaften Eingruppierung bedarf daher der Zustimmung des Betriebsrats.

3. Voraussetzungen bzw. Ausnahmen und Modifikationen

- a) Unternehmensgröße (§ 99 I 1 BetrVG – bis 2001 war Bezugspunkt der Betrieb)
- b) Herausnahme leitender Angestellter (§ 105 BetrVG, vgl. § 31 SprAuG)
- c) Tendenzträger (dazu noch Arbeitspapier 13)

4. Inhalt des Mitbestimmungsrechts

- a) Unterrichtung, Vorlage von Unterlagen und Auskunftserteilung
Nach hM Vorlage der Unterlagen aller (also auch der vom AG nicht vorgesehenen) Bewerber um den konkreten Arbeitsplatz

Aber: BAG vom 18.12.1990, E 66, 328 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 85 = NZA 1991, 482 (Umfang der Unterrichtungspflicht bei Einschaltung von Personalberater)

1. a) Beauftragt der Arbeitgeber ein Personalberatungsunternehmen, ihm geeignete Bewerber zur Einstellung auf einen bestimmten Arbeitsplatz vorzuschlagen, beschränkt sich die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers nach § 99 I BetrVG auf die Personen und deren Bewerbungsunterlagen, die ihm das Personalberatungsunternehmen genannt hat.

b) Beauftragt der Arbeitgeber ein Personalberatungsunternehmen, ihm einen geeigneten Bewerber vorzuschlagen und ist der Arbeitgeber entschlossen, bereits den ersten vorgeschlagenen Bewerber einzustellen, so muss er dem Betriebsrat auch nur die Unterlagen dieses einen Bewerbers vorlegen.

c) Es bleibt unentschieden, ob der Arbeitgeber dann, wenn für ihn ein Personalberatungsunternehmen mit einer Anzeige einen Arbeitnehmer mit einer bestimmten Qualifikation sucht, gegenüber dem Betriebsrat verpflichtet ist, vom Personalberatungsunternehmen

die Vorlage der Bewerbungsunterlagen aller Personen zu verlangen, die sich auf die Annonce gemeldet haben.

> BAG vom 14.12.2004, E 113, 109 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 122 = NZA 2005, 827 (Vorlage von Unterlagen des Arbeitgebers)

1. Bewerbungsunterlagen i.S. von § 99 I 1 BetrVG sind zunächst alle im Zusammenhang mit der Bewerbung von den Bewerbern - auch den später abgelehnten - eingereichten Unterlagen.
2. Zu den Bewerbungsunterlagen zählen außerdem solche Unterlagen, die der Arbeitgeber aus Anlass der Bewerbung über die Person des Bewerbers - etwa in Form von Personalfragebögen oder Testergebnissen - erstellt hat. Dies beruht darauf, dass der Betriebsrat auch außerhalb der Widerspruchsgründe des § 99 II BetrVG die Möglichkeit hat, Anregungen für die Auswahl unter den Bewerbern zu geben.
3. Auch die in § 99 I 1 BetrVG vorgesehene Auskunft über die Person der Bet. ist nur vollständig, wenn sie sich auf vom Arbeitgeber erhobene, für eine Auswahl bedeutsame Daten erstreckt.
4. Dürfte der Arbeitgeber berechtigterweise davon ausgehen, er habe den Betriebsrat nach Maßgabe des § 99 I 1 BetrVG vollständig unterrichtet, so muss dieser den Arbeitgeber innerhalb einer Woche um weiter gehende Unterrichtung bitten, wenn er sich gleichwohl für nicht ausreichend informiert hält. Durch eine offensichtlich unvollständige Unterrichtung des Betriebsrats wird die Wochenfrist des § 99 III dagegen auch dann nicht in Gang gesetzt, wenn dieser sich auf ein Zustimmungersuchen des Arbeitgebers mit Widerspruchsgründen nach § 99 II BetrVG einlässt.

> **BAG vom 28.06.2005, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 49 = NZA 2006, 111 (Unterrichtung des Betriebsrats über Bewerbungsgespräche)**

1. Der Lauf der Wochenfrist des § 99 III BetrVG setzt die vollständige Unterrichtung des Betriebsrats nach § 99 I 1 BetrVG voraus. Ist die Wochenfrist nicht in Gang gesetzt worden, kann die Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme im Sinne dieser Vorschrift gerichtlich nicht ersetzt werden.
2. Gewinnt der Arbeitgeber Erkenntnisse über die Person von Stellenbewerbern, die für seine Auswahlentscheidung maßgeblich sind, aus Vorstellungsgesprächen, hat er den Betriebsrat über den für seine Entscheidung bedeutsamen Inhalt dieser Gespräche zu unterrichten. Andernfalls kann der Betriebsrat zur getroffenen Bewerberauswahl nicht sachangemessen Stellung nehmen.
3. Das gilt in besonderem Maße, wenn sich der Arbeitgeber in einem Frauenförderplan zur besonderen Berücksichtigung von Frauen bei gleicher Fähigkeit und Eignung verpflichtet hat und sich trotz gleicher Qualifikation auf Grund eines Vorstellungsgesprächs für einen männlichen Bewerber entscheidet.
4. In einem solchen Fall darf der Arbeitgeber nicht berechtigterweise davon ausgehen, er habe dem Betriebsrat auch ohne Unterrichtung über den Inhalt der Vorstellungsgespräche vollständig Auskünfte über die Person der Bewerber erteilt.

- b) Einholung der Zustimmung für die geplante Maßnahme
- c) Recht zur Zustimmungsverweigerung aus bestimmten Gründen (negatives Konsensprinzip) (§ 99 II BetrVG)

- aa) Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, gerichtliche Entscheidungen oder behördliche Anordnungen (§ 99 II Nr. 1 BetrVG)
 - > BAG vom 28.06.1994, E 77, 165 = AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 1995, 387 (keine allgemeine Vertragsinhaltskontrolle)

1. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu der vom Arbeitgeber beabsichtigten Einstellung eines Arbeitnehmers wegen Verstoßes gegen eine Norm i.S. des § 99 II Nr. 1 BetrVG nur dann verweigern, wenn nach dem Zweck der verletzten Norm die geplante Einstellung ganz unterbleiben muss. Hingegen ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen kein Instrument einer umfassenden Vertragsinhaltskontrolle.

2. Lässt eine tarifliche Regelung befristete Arbeitsverträge nur bei Vorliegen eines sachlichen oder in der Person des Arbeitnehmers gegebenen Grundes zu, so handelt es sich dabei in der Regel nicht um eine Norm, deren Verletzung eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 II Nr. 1 BetrVG begründen könnte.

BAG, NZA 2009, 1156:

Der Betriebsrat im Betrieb des Entleihers kann seine Zustimmung zur Übernahme eines Leiharbeitnehmers nicht mit der Begründung verweigern, die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers verstießen gegen das Gleichstellungsgebot von §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG („equal-pay-Gebot“).

- bb) Verstoß gegen Auswahlrichtlinie (§ 99 II Nr. 2 BetrVG)
- cc) Nachteile für im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer (§ 99 II Nr. 3 BetrVG)
 - > BAG vom 18.09.2002, E 102, 346 = AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 31 = NZA 2003, 622 (Verlust einer Beförderungschance)

Die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers um eine Beförderungsstelle kann nachteilig i.S. des § 99 II Nr. 3 BetrVG sein, wenn er bereits über eine rechtlich geschützte Position verfügt, die durch die beabsichtigte Beförderung eines anderen Bewerbers gefährdet wird. Der bloße Verlust einer Beförderungschance kann einen solchen Nachteil dagegen nicht begründen.

- dd) Benachteiligung des betroffenen Arbeitnehmers (§ 99 II Nr. 4 BetrVG)
- ee) Unterbliebene Ausschreibung (§ 99 II Nr. 5 BetrVG) > Arbeitspapier 7
- ff) Störung des Betriebsfriedens (§ 99 II Nr. 6 BetrVG)

- d) Begründung und Frist der Zustimmungsverweigerung (§ 99 III BetrVG)
 Begründung muss Verstoß gegen § 99 II BetrVG nur als möglich erscheinen lassen
 (Grenze: offensichtlich fehlender Bezug auf Gründe iS von § 99 II BetrVG)
 > BAG vom 26.01.1988, E 57, 242 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 50 = NZA 1988, 476

Eine Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme ist schon dann ausreichend begründet, wenn die vom Betriebsrat für die Verweigerung seiner Zustimmung vorgetragene Begründung es als möglich erscheinen lässt, dass einer der in § 99 II BetrVG abschließend genannten Zustimmungsverweigerungsgründe geltend gemacht wird. Nur eine Begründung, die offensichtlich auf keinen der Verweigerungsgründe Bezug nimmt, ist unbeachtlich mit der Folge, daß die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt gilt.

5. Rechtsfolgen verweigerter Zustimmung unter Einhaltung des § 99 II und III BetrVG
- a) Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers
 - aa) Verzicht auf die Durchführung der Maßnahme
 - bb) Vorläufige Durchführung der Maßnahme nach § 100 BetrVG (unter 6)
 - cc) Antrag auf Ersetzung der Zustimmung nach § 99 IV BetrVG
 - b) Rechte des betroffenen Arbeitnehmers/Bewerbers

kein eigenes Recht auf Zustimmungsersetzung, keine Beteiligtenstellung im Zustimmungsersetzungsverfahren

uU Anspruch gegen AG, Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen (aber unpraktikabel)

uU SchE-Anspruch, wenn Maßnahme (zB Einstellung) mangels Zustimmung des BR nicht durchgeführt werden darf (Anspruch aus Vertragsverletzung oder Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten)

Anspruch auf zutreffende Eingruppierung bleibt aber unberührt
6. Vorläufige personelle Maßnahmen (§ 100 BetrVG)
- Personelle Maßnahme darf vorläufig durchgeführt werden, wenn dringend erforderlich (für Sicherung eines ordnungsgemäßen Arbeitsablaufs)
 - AG muss AN und BR unterrichten
 - Falls BR dem Vorhandensein eines dringenden Erfordernisses unverzüglich widerspricht, darf AG Maßnahme nur dann aufrechterhalten, wenn er binnen drei Tagen
 - Zustimmungsersetzung iS § 99 IV BetrVG beantragt **und**
 - Feststellung der Dringlichkeit beantragt
 - lehnt das Gericht **einen der beiden Anträge** ab, darf Maßnahme nach Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft nicht aufrechterhalten bleiben

7. Sicherung der Mitbestimmung

- a) Antrag auf Aufhebung der personellen Maßnahme (§ 101 S. 1 BetrVG)
- b) Zwangsgeld (§ 101 S. 2 und 3 BetrVG)
- c) Kein allgemeiner Unterlassungsanspruch
BAG, NZA 2009, 1430:

1. Die Entscheidung des Gesetzgebers für den Aufhebungsanspruch nach § 101 S. 1 BetrVG schließt einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats zur Verhinderung betriebsverfassungswidrig durchgeführter personeller Einzelmaßnahmen aus.

2. Der allgemeine Unterlassungsanspruch ist nicht nur hinsichtlich unbefristeter oder doch auf längere Zeit geplanter, sondern auch hinsichtlich nur kurzzeitig beabsichtigter Maßnahmen ausgeschlossen. Eine spezifische Schutzlücke besteht insoweit nicht.

8. Individualrechtliche Folgen mitbestimmungswidriger personeller Maßnahmen

- a) Ausgangspunkt: Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung
 - b) BAG: Differenzierung nach Art der personellen Maßnahme
 - aa) Einstellung (Arbeitsvertrag wirksam, aber Beschäftigungsverbot)
 - bb) Versetzung (gegenüber AN unwirksam)
- > BAG vom 26.01.1988, E 57, 242 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 50 = NZA 1988, 476

Eine Versetzung, die ohne Zustimmung des Betriebsrats oder ohne Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht erfolgt, ist dem Arbeitnehmer gegenüber unwirksam.

- cc) Ein- und Umgruppierung (Entgeltanspruch unabhängig von MBR)