

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 101/12  
10 TaBV 35/12  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
15. April 2014

## **BESCHLUSS**

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 15. April 2014 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtliche Richterin Seyboth und den ehrenamtlichen Richter Rath für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. Oktober 2012 - 10 TaBV 35/12 - wird zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

- A. Die Beteiligten streiten über das Beteiligungsrecht bei der Beendigung einer vorläufigen personellen Maßnahme. 1
- Die Arbeitgeberin betreibt konzessionierte Spielbanken in B, A und D. In ihrem Betrieb in B ist der am Verfahren beteiligte Betriebsrat gebildet. 2
- Die Arbeitgeberin schrieb im April 2008 mehrere Stellen für stellvertretende Bereichsleiter im klassischen Spiel in der Spielbank D aus. Auf diese Stellen bewarben sich die im Casino B beschäftigten Arbeitnehmer K und M. Herr K war zu diesem Zeitpunkt als stellvertretender Bereichsleiter und Herr M als Spielaufsicht tätig. Die Arbeitgeberin beabsichtigte beide Arbeitnehmer mit deren Einverständnis ab dem 1. September 2008 als stellvertretende Bereichsleiter im Casino D einzusetzen. 3
- Nachdem der Betriebsrat der Spielbank D seine Zustimmung zur Einstellung der beiden Arbeitnehmer verweigerte, wurden diese von der Arbeitgeberin dort im Rahmen einer vorläufigen personellen Maßnahme nach § 100 BetrVG als stellvertretende Bereichsleiter beschäftigt. Zugleich leitete die Arbeitgeberin beim Arbeitsgericht ein Zustimmungsersetzungsverfahren ein, das jedoch erfolglos blieb. Mit Schreiben vom 26. Juli 2010 beantragte die Arbeitgeberin erneut die Zustimmung zur Einstellung der Mitarbeiter K und M in der Spielbank D. Dessen Betriebsrat verweigerte wiederum seine Zustimmung. Mit rechtskräftig gewordenem Beschluss vom 31. März 2011 wies das Arbeitsge- 4

richt D die Zustimmungsersetzungsanträge sowie die auf die Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der personellen Maßnahmen gerichteten Anträge ab.

Die Arbeitgeberin unterrichtete mit Schreiben vom 12. Mai 2011 den Betriebsrat des Casinos B über den ab dem 1. Juni 2011 beabsichtigten Einsatz der Arbeitnehmer K und M auf ihren bisherigen Positionen. Der Betriebsrat forderte von der Arbeitgeberin die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG. Diese teilte dem Betriebsrat daraufhin mit, dass aus ihrer Sicht ein solches Verfahren nicht durchzuführen sei. Lediglich vorsorglich beantragte sie die Zustimmung zu einer „Versetzung“ der Arbeitnehmer K und M in das Casino B. Der Betriebsrat bestritt mit Schreiben vom 24. Mai 2011 die dringliche Erforderlichkeit der Maßnahmen und verweigerte mit Schreiben vom 30. Mai 2011 seine Zustimmung zu den hilfsweise beantragten personellen Einzelmaßnahmen.

5

Die Arbeitgeberin hat beantragt

6

1. festzustellen, dass sie den Arbeitnehmer K als stellvertretenden Bereichsleiter und den Arbeitnehmer M als Spielaufsicht klassisches Spiel im Casino B einsetzen darf, ohne dass der Betriebsrat im Rahmen eines Verfahrens nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist;  
hilfsweise
2. die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung des Arbeitnehmers K in die Position eines stellvertretenden Bereichsleiters und zur Versetzung des Arbeitnehmers M in die Position einer Spielaufsicht klassisches Spiel im Casino B, jeweils ab dem 1. Juni 2011, zu ersetzen;
3. festzustellen, dass die vorläufige Versetzung des Arbeitnehmers K in die Position eines stellvertretenden Bereichsleiters und die vorläufige Versetzung des Arbeitnehmers M in die Position einer Spielaufsicht klassisches Spiel im Casino B ab dem 1. Juni 2011 aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

- Der Betriebsrat hat die Abweisung der Anträge beantragt sowie im Wege des Widerantrags 7
1. festzustellen, dass die Versetzung des Arbeitnehmers K in die Position eines stellvertretenden Bereichsleiters und die Versetzung des Arbeitnehmers M in die Position einer Spielaufsicht im Casino B ab dem 1. Juni 2011 offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend war;
  2. der Arbeitgeberin ein Zwangsgeld in Höhe von bis zu 250,00 Euro für jeden Tag der Zuwiderhandlung anzudrohen, falls sie die personellen Maßnahmen mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung noch aufrechterhält.
- Die Arbeitgeberin hat die Abweisung der Wideranträge beantragt. 8
- Das Arbeitsgericht hat nach dem Hauptantrag der Arbeitgeberin erkannt und die Wideranträge des Betriebsrats abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat seine Anträge weiter. 9
- B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem zu 1. erhobenen Antrag der Arbeitgeberin zu Recht entsprochen. Der Einsatz der Arbeitnehmer K und M ab dem 1. Juni 2011 im Casino B unterliegt nicht der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Die Hilfsanträge der Arbeitgeberin und die Wideranträge des Betriebsrats fallen dem Senat nicht zur Entscheidung an. 10
- I. Der Antrag zu 1. ist zulässig und begründet. 11
1. Der Antrag ist zulässig. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Zwischen den Beteiligten bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Arbeitgeberin für die Beschäftigung der Arbeitnehmer K und M im Casino B die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG einholen muss. Dieser Streit kann durch das vorliegende Verfahren geklärt werden. Die Arbeitgeberin ist nicht gehalten, ein ggf. vom Be- 12

etriebsrat nach § 101 Satz 1 BetrVG einzuleitendes Beschlussverfahren abzuwarten.

2. Der Antrag zu 1. ist auch begründet. Die Beschäftigung der Arbeitnehmer K und M bedarf nicht der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Die Arbeitgeberin setzt diese nach Beendigung einer vorläufigen personellen Maßnahme iSd. § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG wieder in ihrem ursprünglichen Arbeitsbereich ein. Eine solche Maßnahme stellt keine Einstellung oder Versetzung iSd. § 99 Abs. 1, § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG dar. Der Betriebsrat ist über die Aufhebung einer vorläufigen personellen Maßnahme lediglich zu unterrichten. 13

a) Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat ua. vor jeder Einstellung oder Versetzung zu unterrichten und seine Zustimmung zu der geplanten Maßnahme einzuholen. 14

aa) Eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen (*zuletzt BAG 9. März 2011 - 7 ABR 137/09 - Rn. 25, BAGE 137, 194*). 15

bb) Versetzung ist nach der Legaldefinition des § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die entweder die Dauer von einem Monat voraussichtlich überschreitet oder mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit geleistet werden muss. Der „Arbeitsbereich“ iSv. § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wird in § 81 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 BetrVG durch die Aufgabe und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs umschrieben (*BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 41*). Ist die Versetzung mit dem Wechsel des Arbeitsorts verbunden, entfällt das Zustimmungsgeschehen. 16

verweigerungsrecht des Betriebsrats im abgebenden Betrieb, wenn der mit seinem Einverständnis versetzte Arbeitnehmer auf Dauer aus dem abgebenden Betrieb ausscheiden und in einen anderen, den aufnehmenden Betrieb, auf Dauer eingegliedert werden soll (*BAG 8. Dezember 2009 - 1 ABR 41/09 - Rn. 23, BAGE 132, 324*).

b) Die Beendigung einer vom Arbeitgeber durchgeführten vorläufigen personellen Maßnahme nach § 100 BetrVG wird nicht vom Zustimmungserfordernis des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfasst. Personelle Einzelmaßnahmen iSd. genannten Vorschrift können zwar nur nach Zustimmung des Betriebsrats oder deren rechtskräftiger Ersetzung vorgenommen werden. Zu diesen gehört die vorläufige personelle Maßnahme aber nicht. Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Durchführung einer vorläufigen personellen Maßnahme bestimmt sich vielmehr nach § 100 Abs. 2 BetrVG. 17

aa) Nach § 100 Abs. 1 BetrVG kann der Arbeitgeber eine Maßnahme nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG aus dringenden sachlichen Gründen auch ohne Zustimmung des Betriebsrats vorläufig, dh. bis zur Entscheidung über ihre materielle Rechtmäßigkeit durchführen. Dazu muss er nach § 100 Abs. 2 BetrVG den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, hat er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. In diesem Fall darf der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. § 100 Abs. 2 BetrVG verlangt für die Durchführung der vorläufigen personellen Maßnahme nicht den objektiven Nachweis dringender Erforderlichkeit, sondern nur die Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens (*BAG 23. Juni 2009 - 1 ABR 23/08 - Rn. 18, BAGE 131, 145*). 18

- bb) Endet die vorläufige Maßnahme nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, muss der Arbeitgeber den vor ihrer Durchführung bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Zustand wieder herstellen. Der Arbeitnehmer wird wieder in dem Arbeitsbereich tätig, dem er bereits vorher angehört hat. Aufgrund der zuvor erfolgten Aufklärung über die Sach- und Rechtslage durch den Arbeitgeber (§ 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) durfte der Arbeitnehmer auf den Fortbestand der Beschäftigung, die Gegenstand der vorläufigen personellen Maßnahme war, nicht vertrauen. Auch die Belegschaft muss wegen der Vorläufigkeit der Beschäftigung in einem anderen Betrieb oder Arbeitsbereich desselben Betriebs mit der Rückkehr des Arbeitnehmers rechnen. 19
- cc) Der Betriebsrat ist nach § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vom Arbeitgeber unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Von der in dieser Vorschrift normierten Unterrichtungspflicht ist nicht nur die Information über die Einleitung, sondern auch die Mitteilung über das Ende der vorläufigen personellen Maßnahme umfasst. Dies folgt zudem aus § 101 Satz 1 BetrVG. Der Betriebsrat muss prüfen können, ob er nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG einen Aufhebungsantrag nach § 101 Satz 1 BetrVG stellt. 20
- dd) Die Beteiligung des Betriebsrats bei vorläufigen personellen Maßnahmen richtet sich danach ausschließlich nach § 100 Abs. 2 BetrVG. 21
- (1) Das Gesetz unterscheidet in § 100 Abs. 1 und Abs. 3, § 101 Satz 1 BetrVG zwischen der personellen (Einzel-)Maßnahme und ihrer vorläufigen Durchführung. Vor der Zustimmung des Betriebsrats oder deren rechtskräftiger Ersetzung im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist der Arbeitgeber an der dauerhaften Umsetzung der beabsichtigten personellen Einzelmaßnahme gehindert. Die betriebsverfassungsrechtliche Wirksamkeit der beabsichtigten personellen Maßnahme bleibt vor der darauf gerichteten Zustimmung des Betriebsrats oder ihrer gerichtlichen Ersetzung zunächst in der Schwebe. 22

(2) Demgegenüber kann der Arbeitgeber, wenn er die prozeduralen Vorgaben von § 100 Abs. 2 BetrVG erfüllt, die personelle Maßnahme auch ohne die Zustimmung des Betriebsrats betriebsverfassungskonform vorläufig durchführen. Anders als eine Einstellung oder eine Versetzung ist die vorläufige personelle Maßnahme nicht auf die Herbeiführung eines endgültigen betriebsverfassungsmäßigen Zustands gerichtet, sondern auf eine vorübergehende Regelung beschränkt. Die Vorschrift schafft einen von der Zustimmung des Betriebsrats unabhängigen eigenständigen betriebsverfassungsrechtlichen Geltungsgrund für die vorübergehende Beschäftigung eines Arbeitnehmers. Die vorläufige personelle Maßnahme ist nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auflösend bedingt. Sie endet jeweils nach Ablauf von zwei Wochen, wenn das Gericht durch rechtskräftige Entscheidung die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ablehnt oder es rechtskräftig feststellt, dass offensichtlich die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war. Die vorläufige personelle Maßnahme führt daher nur zu einer vorübergehenden, durch die Entscheidung nach § 99 Abs. 4, § 100 Abs. 3 BetrVG auflösend bedingten Eingliederung des Arbeitnehmers in den neuen Arbeitsbereich. In diesem Zeitraum ist der in einem anderen Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich nur diesem zugeordnet. Diese vorübergehende Eingliederung ist an die Durchführung der vorläufigen personellen Maßnahme geknüpft. Sie endet mit deren Abschluss, ab diesem Zeitpunkt gehört der Arbeitnehmer wieder der Belegschaft seines ursprünglichen Betriebs an.

23

(3) Diese Sichtweise gebietet auch der Normzweck. Nur bei Annahme einer von der vorläufigen personellen Maßnahme abhängigen betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung des Arbeitnehmers ist dessen durchgängige Repräsentation durch eine Arbeitnehmervertretung sichergestellt. Träfe hingegen die Rechtsauffassung des Betriebsrats zu, würde ein Arbeitnehmer, dessen vorläufige Beschäftigung in dem aufnehmenden Betrieb nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG endet, von keinem Betriebsrat repräsentiert, wenn der Betriebsrat seines vormaligen Einsatzbetriebs die Rückkehr durch eine Zustimmungsg-

24

verweigerung verhindern könnte. Ein solcher Zustand widerspräche dem Schutzgedanken der Betriebsverfassung (*vgl. schon BAG 18. Februar 1986 - 1 ABR 27/84 - zu B II 5 der Gründe, BAGE 51, 151*).

c) Die Beschäftigung der Arbeitnehmer K und M im Casino B ab dem 1. Juni 2011 unterlag danach nicht der Beteiligung des dort bestehenden Betriebsrats. Diese Arbeitnehmer gehörten dem Betrieb bereits bis zum 31. August 2008 an und waren dort eingegliedert. Ihre betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Betrieb B haben die Arbeitnehmer zwar für die Dauer der ab dem 1. September 2008 durchgeführten vorläufigen personellen Maßnahme verloren, in deren Rahmen sie mit ihrem Einverständnis in der Spielbank D eingesetzt wurden. Wegen des damit verbundenen Wechsels des Arbeitsorts konnte die Arbeitgeberin den geänderten Einsatz der Arbeitnehmer nur aufgrund einer Versetzung nach § 95 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BetrVG vornehmen. Deren betriebsverfassungsrechtliche Wirksamkeit war nur von der Zustimmung des Betriebsrats des aufnehmenden Betriebs D abhängig, der einer Beschäftigung der bislang im Casino B tätigen Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG zustimmen musste. Hingegen musste die Arbeitgeberin den Betriebsrat des Betriebs B nicht um die Zustimmung zur Versetzung der Arbeitnehmer nach D ersuchen. Beide Arbeitnehmer waren mit dem beabsichtigten Einsatz in der dortigen Spielbank einverstanden. Der Betriebsrat des Casinos B war lediglich nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG über den beabsichtigten Einsatz der Arbeitnehmer K und M in D und die von der Arbeitgeberin durchgeführten vorläufigen personellen Maßnahmen zu unterrichten. Nach deren Beendigung sind die Arbeitnehmer wieder ihrem vormaligen Einsatzbetrieb zugeordnet. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitgeberin mit ihnen zwischenzeitlich andere Vertragsbedingungen vereinbart hat. Dies ist betriebsverfassungsrechtlich für ihre Eingliederung in den Betrieb B ohne Bedeutung. Die Arbeitnehmer werden in ihren bisherigen Arbeitsbereichen eingesetzt. Hierüber hat die Arbeitgeberin den Betriebsrat informiert.

25

II. Da die Arbeitgeberin mit ihrem Hauptantrag erfolgreich ist, fallen die nur 26  
hilfsweise erhobenen Anträge zu 2. und zu 3. dem Senat nicht zur Entschei-  
dung an. Dies gilt gleichermaßen für die vom Betriebsrat erhobenen Wideran-  
träge. Diese sind nur für den Fall gestellt, dass der Einsatz der Arbeitnehmer K  
und M ab dem 1. Juni 2011 im Casino B als personelle Einzelmaßnahme nach  
§ 99 Abs. 1 BetrVG seiner Zustimmung unterliegt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Schmidt

Linck

Koch

Rath

Seyboth