

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 51/12

4 TaBV 40/11

Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
30. April 2014

BESCHLUSS

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 30. April 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger und Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Hansen und Auhuber für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 14. März 2012 - 4 TaBV 40/11 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, begehrt die zu 1. beteiligte Arbeitgeberin die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung des zu 2. beteiligten Betriebsrats zur Versetzung der Arbeitnehmerin B auf eine Stelle als „Department Controller“.

Die Arbeitgeberin betreibt in G ein Logistikcenter. Dort ist der Betriebsrat gewählt. Bei der Arbeitgeberin arbeiten in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer. Mit Schreiben vom 9. November 2007 hat der Betriebsrat von der Arbeitgeberin verlangt, dass Stellen innerbetrieblich auszuschreiben sind.

In diesem Schreiben heißt es ua.: 3

„Verzicht auf die Stellenausschreibung

In nachstehenden Fällen ist die Stellenausschreibung nicht erforderlich:

- wenn die Stelle mit Betriebsangehörigen nach Wehr-/Zivildienst, Mutterschutz oder Elternzeit besetzt werden kann, deren Arbeitsplatz weggefallen ist
- wenn die Stelle mit einem Praktikanten im Rahmen einer Umschulungsmaßnahme der Bundesagentur für Arbeit bis zur Dauer von einem Monat besetzt werden soll
- wenn die Stelle für Arbeitnehmer vorgesehen ist, die an ihrem derzeitigen Arbeitsplatz aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr eingesetzt werden können
- wenn die Stelle mit einem Arbeitnehmer besetzt ist, dessen arbeitsvertragliche Stunden unter der Beteiligung des Betriebsrats erhöht bzw. gemindert werden

- wenn die Stelle aufgrund eines Wiedereinstellungsanspruchs eines ehemaligen Mitarbeiters mit diesem besetzt werden soll.“

Es besteht zwischen den Beteiligten weder eine Betriebsvereinbarung noch eine Regelungsabrede über die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens. 4

Am 1. Februar 2010 schrieb die Arbeitgeberin unter näheren Angaben zur Arbeitszeit, zu den Aufgaben und zu den von ihr erwarteten Kenntnissen zwei Stellen als „Department Controller“ aus. Die Ausschreibung enthielt die Angabe, die zwei Controller würden „zum 01.03.2010“ gesucht. 5

Unter dem 27. Juli 2010 begehrte die Arbeitgeberin die Zustimmung des Betriebsrats zum Einsatz der Arbeitnehmerin B auf der in der Ausschreibung erwähnten Stelle zum 1. August 2010. Frau B war bis dahin als „Group Leader“ tätig. Dies war dem Betriebsrat bekannt. Am 3. August 2010 verweigerte der Betriebsrat die Zustimmung zu dieser Maßnahme ua. unter Hinweis auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG und führte dazu aus: 6

„Die Veröffentlichung der Vakanz dieser Stelle erfolgte lediglich vom 01.02.2010 bis 28.02.2010. Aufgrund der Fülle der ausgeschriebenen Stellen ab diesem Zeitpunkt, kann den Beschäftigten nicht bekannt sein, dass ausgerechnet diese Stelle noch vakant ist. Seither wurde sie den übrigen Beschäftigten im Betrieb entgegen dem Verlangen des Betriebsrats vom 09.11.2007 vor deren Besetzung nicht erneut bekannt gemacht. Das bedeutet, wenn diese Stelle zum 01.08.2010 besetzt werden soll, hätte sie entsprechend dem verlangten Modus des Betriebsrats im Betrieb ausgehängt werden müssen.“

Die Arbeitgeberin hat daraufhin beim Arbeitsgericht die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung der Arbeitnehmerin beantragt. Sie hat die Ansicht vertreten, Zustimmungsverweigerungsgründe lägen nicht vor. Die Ausschreibung sei ordnungsgemäß erfolgt. Es sei rechtlich nicht geboten, überhaupt ein Datum für den Dienstbeginn anzugeben; deshalb schade es auch nichts, wenn sich die Einstellung gegenüber dem in der Ausschreibung genannten Datum verzögere. 7

- Die Arbeitgeberin hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse - zuletzt beantragt, 8
- die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung der Mitarbeiterin B auf den Arbeitsplatz eines „Department Controllers“ zu ersetzen.
- Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag abzuweisen. 9
- Er hat - nur - geltend gemacht, der Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG liege vor. Der Zeitraum zwischen der Ausschreibung und dem dort genannten Termin und der tatsächlich ins Auge gefassten Arbeitsaufnahme sei zu lang. 10
- Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat weiterhin das Ziel der Antragsabweisung. Die Arbeitgeberin begehrt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 11
- B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Beschwerde gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zurückgewiesen, mit dem dieses die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung der Arbeitnehmerin B ersetzt hat. Der Zustimmungsersetzungsantrag ist zulässig und begründet. 12
- I. Der Antrag ist zulässig, insbesondere steht der Arbeitgeberin ein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite. 13
- Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG setzt voraus, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG bei der vom Arbeitgeber beabsichtigten personellen Einzelmaßnahme hat und der Arbeitgeber für die Maßnahme daher der Zustimmung des Betriebsrats bedarf (*vgl. nur BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 18 mwN*). Die Arbeitgeberin beschäftigt - was Voraussetzung für die Anwendung von § 99 BetrVG ist - mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer. Frau B soll statt bisher als „Group Leader“ auf Dauer als „Depart- 14

ment Controller“ beschäftigt werden. Mit den Verfahrensbeteiligten und dem Landesarbeitsgericht kann daher davon ausgegangen werden, dass eine Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs für mehr als einen Monat und damit eine Versetzung vorliegt, die das Mitbestimmungsrecht auslöst (§ 99 Abs. 1 Satz 1, § 95 Abs. 3 BetrVG).

II. Der Antrag ist begründet. Die Arbeitgeberin hat das Zustimmungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet. Auch gilt die Zustimmung des Betriebsrats nicht etwa nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Dem Betriebsrat steht der von ihm geltend gemachte Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG nicht zur Seite. 15

1. Voraussetzung für die gerichtliche Ersetzung der verweigerten Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG ausreichend unterrichtet hat (*vgl. nur BAG 1. Juni 2011 - 7 ABR 117/09 - Rn. 17 ff.*). Das war hier der Fall. Die Arbeitgeberin hat den Betriebsrat darüber unterrichtet, ab wann Frau B auf welcher Stelle eingesetzt werden soll. Der Betriebsrat hat auch keinerlei weitergehende Informationen verlangt. 16

2. Es ist hier auch nicht auf den Zustimmungsersetzungsantrag hin auszusprechen, dass die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt gilt. Die Voraussetzungen des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG liegen nicht vor. Der Betriebsrat hat mit seinem Verweis auf den zeitlichen Abstand zwischen der Ausschreibung und der Versetzung von Frau B hinreichend den Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG in Bezug genommen (*vgl. zu den Anforderungen an die Zustimmungsverweigerung: BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 50*). Dass er eine Neuausschreibung anhand eines bestimmten Modus verlangt hat, ändert nichts daran, dass er auch das Unterbleiben der Ausschreibung an sich gerügt hat. Das ist auch schriftlich innerhalb der in § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG festgelegten Wochenfrist geschehen. Die Arbeitgeberin hat die Zustimmung des Betriebsrats unter dem 27. Juli 2010 begehrt. Die Zustimmungsverweigerung ist unter dem 3. August 2010 erfolgt. 17

3. Dem Betriebsrat steht kein Zustimmungsverweigerungsgrund zur Seite, 18
so dass seine verweigerte Zustimmung zu ersetzen ist. Gegenstand der gericht-
lichen Überprüfung ist der im Zustimmungsverweigerungsschreiben geltend
gemachte (vgl. dazu BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 59 mwN) Zu-
stimmungsverweigerungsgrund der nicht ordnungsgemäßen Ausschreibung
- § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG. Der Betriebsrat hat nicht behauptet, weitere Zu-
stimmungsverweigerungsgründe lägen vor. Die Voraussetzungen des damit zur
Überprüfung stehenden Zustimmungsverweigerungsgrundes sind nicht gege-
ben. Der Betriebsrat kann die Zustimmung ua. zu einer Versetzung nach § 99
Abs. 2 Nr. 5 BetrVG verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche
Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist. Hier war die Arbeitgeberin nach die-
ser Bestimmung verpflichtet, die Stelle als „Department Controller“ auszu-
schreiben. Diese Ausschreibung ist ordnungsgemäß erfolgt; eine Neuaus-
schreibung war nicht erforderlich.
- a) Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat „allgemein oder für bestimmte 19
Arten von Tätigkeiten“ die Ausschreibung verlangen. Der Betriebsrat hat in sei-
nem Schreiben vom 9. November 2007 allgemein eine Ausschreibung verlangt.
Dass er dabei gewisse Einschränkungen vorgenommen hat, ist unschädlich.
Insbesondere waren die Ausnahmen deutlich beschrieben und der Arbeitgebe-
rin damit klar, unter welchen Voraussetzungen sie eine Stelle auszuschreiben
hatte und unter welchen nicht.
- b) Die Arbeitgeberin war nicht verpflichtet, die Stelle vor der geplanten 20
Besetzung erneut auszuschreiben.
- aa) Die beabsichtigte Versetzung soll auf die Stelle erfolgen, auf die sich 21
die Ausschreibung bezog. Anders wäre dies nur zu beurteilen, wenn der Arbeit-
geber zwischen der Ausschreibung und der Durchführung der Maßnahme von
dieser Abstand genommen und eine erneute Entscheidung über die Besetzung
gefällt hätte. Dann bestünde kein Bezug mehr zur Ausschreibung und es wäre
eine erneute Ausschreibung erforderlich. So liegt der Fall nach den nicht mit
Verfahrensrügen angegriffenen und deshalb für den Senat verbindlichen Fest-
stellungen des Landesarbeitsgerichts hier indes nicht.

bb) Eine erneute Ausschreibung war auch nicht deshalb erforderlich, weil zwischen dem in der Ausschreibung genannten und dem tatsächlichen Besetzungstermin ein Zeitraum von fünf Monaten lag. 22

(1) Mangels gesetzlicher Vorgaben richtet sich - soweit, wie hier, keine Regelung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat getroffen ist - die konkrete Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens nach dem Zweck der Ausschreibungspflicht. Dieser geht dahin, die zu besetzende Stelle den in Betracht kommenden Arbeitnehmern zur Kenntnis zu bringen und ihnen die Möglichkeit zu geben, ihr Interesse an der Stelle kundzutun und sich darum zu bewerben (*vgl. BAG 1. Februar 2011 - 1 ABR 79/09 - Rn. 13, BAGE 137, 106; 6. Oktober 2010 - 7 ABR 18/09 - Rn. 17*). Nicht ausreichend ist deshalb eine Ausschreibung, die mit der Stelle, die schließlich besetzt wird, nichts mehr zu tun hat (*vgl. BAG 23. Februar 1988 - 1 ABR 82/86 - zu B I 3 der Gründe*). 23

Auch hinsichtlich der zeitlichen Umstände der Ausschreibung muss eine hinreichende Information der Arbeitnehmer des Betriebes über die Tatsache der Stellenbesetzung gewährleistet sein. Das Gesetz sieht dabei vor, dass die Ausschreibung vor der Stellenbesetzung zu erfolgen hat. Das schließt ein, dass es eine ausreichende Frist gibt, während derer die im Betrieb tätigen Arbeitnehmer von der freien Stelle Kenntnis erlangen können. Dafür erscheint ein Zeitraum von zwei Wochen im Regelfall als ausreichend (*BAG 6. Oktober 2010 - 7 ABR 18/09 - Rn. 18 ff.; 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 33, BAGE 127, 51*). Umgekehrt darf aber auch der zeitliche Zusammenhang zwischen der Ausschreibung und der tatsächlichen Stellenbesetzung nicht verlorengehen. Die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer müssen erkennen können, dass eine Stellenbesetzung im Raum steht und sie sich auf die Stelle bewerben können. Nur so ist gewährleistet, dass das Verfahren transparent ist und dadurch den Arbeitnehmern die Möglichkeit gegeben wird, ihr Interesse an der Stelle kundzutun. Soweit in der Ausschreibung der Beginn der Tätigkeit bezeichnet ist, darf die tatsächliche Stellenbesetzungsentscheidung des Arbeitgebers von diesem Zeitpunkt nicht so weit entfernt sein, dass die Arbeitnehmer annehmen müssen, eine Entscheidung über die Stellenbesetzung stehe nicht mehr bevor. 24

Unerheblich ist entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts, ob sich der tatsächliche Arbeitsbeginn wegen des Verlaufes eines Zustimmungsgesetz- und eines Zustimmungsersetzungsverfahrens hinzieht. Mit der Besetzungsent- scheidung ist das Verfahren, um dessen Transparenz es geht, insoweit abge- schlossen. 25

(2) Gemessen daran ist hier der zeitliche Zusammenhang zwischen der Ausschreibung und der tatsächlichen Stellenbesetzung nicht durchbrochen. 26

Dabei ist zu berücksichtigen, dass für Entscheidungen über die Stellen- besetzung - auch wenn ein konkreter ins Auge gefasster Termin genannt ist - ein erheblicher zeitlicher Vorlauf erforderlich sein kann. So ist es dem Ar- beitgeber nicht verwehrt, einer innerbetrieblichen Ausschreibung der Stelle noch eine außerbetriebliche Ausschreibung folgen zu lassen, falls sich auf die innerbetriebliche Ausschreibung aus Arbeitgebersicht keine geeigneten Perso- nen bewerben. Schon wegen des damit verbundenen finanziellen und organisa- torischen Aufwandes ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, eine derartige außer- betriebliche Ausschreibung schon parallel zur innerbetrieblichen durchzuführen. Dies entspräche auch nicht dem Interesse der im Betrieb beschäftigten Arbeit- nehmer an ihrer beruflichen Entwicklung. Unabhängig davon obliegen dem Ar- beitgeber auch Verpflichtungen nach dem SGB IX. Er ist nach § 81 Abs. 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können und hat dabei das in der gesetzlichen Rege- lung vorgeschriebene Verfahren zu beachten. 27

Angesichts dessen ist regelmäßig - wovon auch bereits das Arbeitsge- richt ausgegangen ist - ein zeitlicher Abstand von einem halben Jahr zwischen der in der Ausschreibung in Aussicht genommenen Aufnahme der Tätigkeit und der tatsächlichen Entscheidung über die Stellenbesetzung unschädlich. Dieser Zeitraum kann länger sein, wenn dies - etwa im Hinblick auf die für die Tätigkeit notwendigen Qualifikationen - erkennbar erforderlich ist, um eine sachgemäße Entscheidung zu treffen. Insbesondere in kleineren Betrieben kann er auch deshalb länger sein, weil allgemein bekannt ist, dass der Arbeitgeber sich wei- ter um eine Besetzung der Stelle bemüht. Der Zeitraum kann aber auch kürzer 28

sein, etwa wenn nach den innerbetrieblichen Gegebenheiten Stellen der in Frage stehenden Art regelmäßig in einem bestimmten Zeitrahmen besetzt werden und dies den Arbeitnehmern bekannt ist.

Der Betriebsrat hat hier - obwohl bereits das Arbeitsgericht einen Zeitraum von sechs Monaten als angemessen angesehen hat - nichts dafür vorgebracht, warum dieser regelmäßig zugrunde zu legende Zeitraum aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles nicht angemessen gewesen sein soll. Die zum 1. August 2010 beabsichtigte Versetzung auf die zum 1. März 2010 ausgeschriebene Stelle machte daher keine erneute Ausschreibung erforderlich.

29

Linsenmaier

Kiel

Zwanziger

Hansen

Auhuber