

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Beschluss vom 11. Oktober 2022
- 1 ABR 16/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:111022.B.1ABR16.21.0

I. Arbeitsgericht Siegburg

Beschluss vom 16. Januar 2019
- 3 BV 24/18 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Beschluss vom 28. August 2020
- 10 TaBV 8/19 -

Entscheidungsstichworte:

Zustimmungsersetzung - innerbetriebliche Stellenausschreibung

Leitsätze:

1. Der Arbeitgeber hat eine - vom Betriebsrat verlangte - innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen nach § 93 BetrVG vorzunehmen, bevor er eine Entscheidung über deren Besetzung trifft und den Betriebsrat zu der beabsichtigten personellen Maßnahme um Zustimmung ersucht.
2. Die Ausschreibung kann grundsätzlich nicht während des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nachgeholt werden.

BUNDEARBEITSGERICHT



1 ABR 16/21
10 TaBV 8/19
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Oktober 2022

BESCHLUSS

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

2.

Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 11. Oktober 2022 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Gallner, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Ahrendt und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Kunz und Fritz für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 28. August 2020 - 10 TaBV 8/19 - aufgehoben, soweit es die Zustimmung des Betriebsrats zu den Versetzungen der Arbeitneh-

mer Eh, Es, Ew, Gö, Gr, Hi, Jö, Ka, Ko, Sc, Dr. S und Th ersetzt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu personellen Einzelmaßnahmen. 1
- Die Arbeitgeberin beschäftigt in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer. In ihrem Betrieb ist ein Betriebsrat gebildet. 2
- Die Beteiligten schlossen im Jahr 2010 die Betriebsvereinbarung „Ausschreibung und Vergabe von Stellen“ (BV). Sie sieht in ihrem § 2 vor, dass „grundsätzlich ... alle freien offenen Stellen intern ausgeschrieben werden“. Nach § 3 BV konnte „von einer Ausschreibung ... im Einzelfall im Einvernehmen“ mit dem Betriebsrat abgewichen werden. Die Ausschreibung sollte grundsätzlich innerhalb des Betriebs erfolgen (§ 5 BV). Die Arbeitgeberin kündigte die BV im Mai 2013. 3
- Mit Schreiben vom 14. Mai 2018 unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat darüber, dass sie beabsichtige, ua. zwölf Arbeitnehmern anlässlich einer betrieblichen Neuorganisation die Funktion sog. Senior Professionals zuzuweisen, und bat um seine Zustimmung zu den Versetzungen. Gleichzeitig teilte sie ihre Absicht mit, die Maßnahmen vorläufig durchzuführen. Der Betriebsrat bestritt am 15. Mai 2018, dass die vorläufigen Maßnahmen dringend erforderlich seien, und verweigerte mit Schreiben vom 22. Mai 2018 seine Zustimmung zu den beabsichtigten Versetzungen. Er rügte, nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden zu sein. Zudem machte er verschiedene Zustimmungsverweigerungsgründe geltend, insbesondere die fehlende Ausschreibung der neuen Arbeitsplätze. 4

Die Arbeitgeberin erläuterte - im Rahmen des von ihr im Mai 2018 beim Arbeitsgericht eingeleiteten Zustimmungsersetzungsverfahrens - mit Schriftsatz vom 21. September 2018 ergänzend die bisherige Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer und deren künftige Aufgaben als Senior Professionals sowie die jeweilige persönliche und fachliche Eignung. Zudem wies sie darauf hin, dass sie davon ausgehe, nunmehr ihrer Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Unterrichtung nachgekommen zu sein. 5

Im Zeitraum vom 11. April bis zum 7. Mai 2019 holte die Arbeitgeberin die internen Stellenausschreibungen vorsorglich nach. Am 24. Juni 2019 unterrichtete sie den Betriebsrat - unter Bezugnahme auf die Zustimmungsersuchen vom 14. Mai 2018 sowie ihre Schriftsätze - darüber und bat erneut um seine Zustimmung. Der Betriebsrat verweigerte sie mit Schreiben vom 9. Juli 2019 ein weiteres Mal. 6

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, sie habe den Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund sei nicht gegeben. Insbesondere habe sie die Stellen der Senior Professionals nicht innerbetrieblich ausschreiben müssen. Der Betriebsrat habe eine Ausschreibung weder allgemein noch für bestimmte Arten von Tätigkeiten verlangt. Jedenfalls habe sie die Ausschreibungen wirksam nachgeholt. 7

Die Arbeitgeberin hat - soweit für die Rechtsbeschwerde von Belang - beantragt, 8

die Zustimmung des Betriebsrats zu den Versetzungen folgender Arbeitnehmer jeweils innerhalb des Unternehmens der Arbeitgeberin und jeweils am Standort T zu ersetzen:

1. Eh von der Abteilung Marketing (alt) in die neue Abteilung Business Development als Senior Professional Strategische Marktentwicklung & PR,
2. Es von der Abteilung Finanzen (alt) in die Abteilung Finanzen (neu) als Senior Professional Controlling,
3. Ew von der Abteilung Entwicklung und ITSM (alt) in die neue Abteilung Data Architecture als Senior Professional Data Architecture,
4. Gö von der Abteilung Integrierte Datenservices (alt) in die neue Abteilung Business Services Dialogmarketing als Senior Professional Prozesse,

5. Gr von der Abteilung Zielgruppenintelligenz (alt) in die neue Abteilung Business Development als Senior Professional B2B,
6. Hi von der Abteilung Entwicklung und ITSM (alt) in die neue Abteilung Data Services als Senior Professional Projekte,
7. Jö von der Abteilung Business Services Dialogmarketing (alt) in die neue Abteilung Quality Services Dialogmarketing als Senior Professional Individuell,
8. Ka von der Abteilung Entwicklung und ITSM (alt) in die neue Abteilung Data Services als Senior Professional Data Services,
9. Ko von der Abteilung Integrierte Datenservices (alt) in die neue Abteilung Business Services Dialogmarketing als Senior Professional Bereinigung,
10. Sc von der Abteilung Vertrieb (alt) in die neue Abteilung Vermarktung als Senior Professional Vermarktung,
11. Dr. S von der Abteilung Entwicklung und ITSM (alt) in die neue Abteilung Data Architecture als Senior Professional Qualitätssicherung,
12. Th von der Abteilung Entwicklung und ITSM (alt) in die neue Abteilung Informationssicherheit und Datenschutz als Senior Professional Informationssicherheit und Datenschutz/Information Security Officer.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. 9

Das Arbeitsgericht hat die - zunächst auch auf eine Feststellung iSv. § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG gerichteten - Anträge abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihnen stattgegeben. Mit seiner vom Bundesarbeitsgericht - nur für die Zustimmungsersetzungsanträge - zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat insoweit die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

B. Die - beschränkt auf die Zustimmungsersetzungsanträge eingelegte - Rechtsbeschwerde ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Beschwerde der Arbeitgeberin zu Unrecht stattgegeben. Ihre Anträge auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung von zwölf Arbeitnehmern sind unbegründet. 11

- I. Die Anträge sind zulässig. 12
1. Sie sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Ihnen lassen sich die betroffenen Arbeitnehmer sowie ihre bisherigen und - beabsichtigten - künftigen Arbeitsplätze entnehmen. Der auf den Arbeitnehmer Jö bezogene Antrag ist abweichend vom Wortlaut dahin zu verstehen, dass er sich auf eine Versetzung auf die Stelle eines „Senior Professional Individuell“ in der Abteilung „Business Services Dialogmarketing“ bezieht. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass der Arbeitnehmer auf diese Stelle versetzt werden soll und dort auch schon vorläufig beschäftigt wird. 13
2. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben. 14
- a) 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 Maßnahme hat und daher seine Zustimmung erforderlich ist (*vgl. BAG 20. Oktober 2021 - 7 ABR 34/20 - Rn. 17; 12. Juni 2019 - 1 ABR 5/18 - Rn. 14 mwN, BAGE 167, 43*). 15
- b) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. 16
- aa) Im Unternehmen der Arbeitgeberin sind in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer tätig. 17
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat zudem in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, bei den personellen Maßnahmen handle es sich um Versetzungen iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. 18
- (1) Nach der Legaldefinition in § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist eine - nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zustimmungsbedürftige - Versetzung die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die die Dauer von voraussichtlich einem Monat überschreitet oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. „Arbeitsbereich“ sind die Aufgabe und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs. Der Begriff ist räumlich und funktional zu ver-

stehen. Um die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs handelt es sich, wenn sich das gesamte Bild der Tätigkeit so verändert, dass die neue Aufgabe vom Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Beobachters nunmehr als eine „andere“ anzusehen ist. Dies kann sich aus der Änderung des Arbeitsinhalts und einer damit verbundenen geänderten Verantwortung, aus einem Wechsel des Arbeitsorts oder der Art der Tätigkeit oder aus einer Änderung der Stellung des Arbeitnehmers innerhalb der betrieblichen Organisation durch Zuordnung zu einer anderen betrieblichen Einheit ergeben (vgl. BAG 17. November 2021 - 7 ABR 18/20 - Rn. 13; 29. September 2020 - 1 ABR 21/19 - Rn. 24 mwN, BAGE 172, 292).

(2) Soweit der Begriff der Versetzung iSv. § 95 Abs. 3 BetrVG unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, steht dem Landesarbeitsgericht bei deren Prüfung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine tatrichterliche Würdigung ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur darauf überprüfbar, ob es den jeweiligen Rechtsbegriff selbst verkannt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (vgl. BAG 17. November 2021 - 7 ABR 18/20 - Rn. 15; 29. September 2020 - 1 ABR 21/19 - Rn. 26 mwN, BAGE 172, 292). 20

(3) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand. Es hat angenommen, durch die Eingliederung der betroffenen Arbeitnehmer in eine neue betriebliche Organisation, die mit veränderten Befugnissen und Verantwortlichkeiten verbunden sei, habe sich das Gesamtbild der von ihnen zu verrichtenden Tätigkeiten nicht unerheblich geändert. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Würdigung den zutreffenden Versetzungsbegriff zugrunde gelegt. Es hat zudem weder wesentliche Umstände außer Acht gelassen noch gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen. 21

II. Die Zustimmungersetzungsanträge sind unbegründet. 22

1. Die Arbeitgeberin hat die Zustimmungsverfahren nach § 99 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG allerdings ordnungsgemäß bei dem Betriebsrat eingeleitet. 23

- a) Die gerichtliche Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet und um Zustimmung zu der geplanten Maßnahme gebeten hat. Der Betriebsrat muss aufgrund der mitgeteilten Tatsachen in die Lage versetzt werden zu prüfen, ob einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe gegeben ist (*vgl. BAG 20. Oktober 2021 - 7 ABR 34/20 - Rn. 26; 9. April 2019 - 1 ABR 25/17 - Rn. 28 mwN*). 24
- b) Ist der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet, läuft die Frist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht. Sie wird grundsätzlich auch dann nicht in Gang gesetzt, wenn der Betriebsrat es unterlässt, den Arbeitgeber auf die offenkundige Unvollständigkeit der Unterrichtung hinzuweisen (*BAG 13. März 2013 - 7 ABR 39/11 - Rn. 34 mwN*). Das gilt selbst dann, wenn der Betriebsrat zu dem Zustimmungersuchen in der Sache Stellung nimmt und seine Zustimmung mit Bezug auf Gründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG verweigert (*BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 55/03 - zu B II 2 d bb der Gründe, BAGE 113, 109*). Durfte der Arbeitgeber allerdings davon ausgehen, den Betriebsrat vollständig unterrichtet zu haben, kann es Sache des Betriebsrats sein, innerhalb der Frist um Vervollständigung der Auskünfte zu bitten (*BAG 20. Oktober 2021 - 7 ABR 34/20 - Rn. 26 mwN*). 25
- c) In Fällen, in denen der Betriebsrat seine Zustimmung auf eine unvollständige Unterrichtung hin verweigert hat, kann der Arbeitgeber auch noch im Zustimmungsersetzungsverfahren die fehlenden Informationen erteilen. Dabei muss für den Betriebsrat allerdings erkennbar sein, dass der Arbeitgeber die Angaben auch deshalb vervollständigt, weil er seiner ggf. noch nicht vollständig erfüllten Unterrichtungspflicht aus § 99 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG nachkommen möchte (*BAG 21. März 2018 - 7 ABR 38/16 - Rn. 19; 12. Januar 2011 - 7 ABR 25/09 - Rn. 45*). 26
- d) Nach diesen Maßstäben hat die Arbeitgeberin die Zustimmungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet und den Betriebsrat über die beabsichtigten Versetzungen ausreichend unterrichtet. Sie hat - ersichtlich zur Erfüllung ihrer Unterrichtungspflicht - ihre Angaben in den Unterrichtungsschreiben vom 14. Mai 2018 auf die entsprechende Rüge des Betriebsrats während des Zustimmungs- 27

ersatzungsverfahrens um weitere notwendige Informationen ergänzt. Insbesondere hat sie über die bisherige Tätigkeit und die künftigen Aufgaben der Arbeitnehmer als Senior Professionals sowie deren jeweilige persönliche und fachliche Eignung informiert. Mit Blick auf diese ergänzende Unterrichtung verbunden mit dem Hinweis, dass sie - die Arbeitgeberin - davon ausgehe, nunmehr ihrer Verpflichtung ordnungsgemäß nachgekommen zu sein, wäre es Aufgabe des Betriebsrats gewesen, im Einzelnen vorzutragen, welche Angaben er noch vermisst. Einen solchen - konkreten - Vortrag hat er nicht gehalten.

2. Die Zustimmungen des Betriebsrats gelten nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat sie iSv. § 99 Abs. 2 und 3 BetrVG form- und fristgerecht verweigert. Bereits mit Schreiben vom 22. Mai 2018 - und damit noch vor Beginn der Wochenfrist - hat er der Arbeitgeberin mitgeteilt, dass er den Versetzungen nicht zustimme, und dabei Gründe genannt, die es als möglich erscheinen lassen, dass die Zustimmungsverweigerungen berechtigt erfolgten. So hat er ua. das Fehlen einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung gerügt. Eine erneute Zustimmungsverweigerung im Anschluss an die ergänzende Unterrichtung durch die Arbeitgeberin mit Schriftsatz vom 21. September 2018 und die weiteren Zustimmungersuchen vom 24. Juni 2019 war nicht erforderlich, weil sie nicht auf neue personelle Einzelmaßnahmen gerichtet waren.

a) Eine neue - eigenständige - personelle Maßnahme ist nicht schon dann gegeben, wenn der Arbeitgeber nach der Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat vorsorglich nochmals einen Antrag auf Zustimmung zu der personellen Maßnahme stellt. Etwas anderes gilt nur, wenn er von der ursprünglich beabsichtigten Maßnahme Abstand genommen hat und ein Mitbestimmungsverfahren zu einer eigenständigen personellen Einzelmaßnahme einleitet (*vgl. BAG 29. Januar 2020 - 4 ABR 8/18 - Rn. 12; 21. November 2018 - 7 ABR 16/17 - Rn. 21 mwN, BAGE 164, 230*).

b) Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die im Zustimmungseretzungsverfahren erfolgten - ergänzenden - Unterrichtungen und die Zustimmungersuchen vom 24. Juni 2019 auf eigenständige personelle Einzelmaßnahmen bezogen haben. Die Arbeitgeberin hat vielmehr ihre ursprünglichen Maß-

nahmen unverändert aufrechterhalten und die Auffassung vertreten, eine zunächst unterbliebene interne Ausschreibung könne während des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens wirksam „nachgeholt“ werden. Auch das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass die Arbeitgeberin an ihren ursprünglichen Zustimmungsersetzungsbegehren festgehalten hat. Dem ist die Arbeitgeberin in der Rechtsbeschwerde nicht entgegengetreten.

3. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung zu den beabsichtigten Versetzungen zu Recht unter Berufung auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG verweigert. Trotz eines entsprechenden Verlangens des Betriebsrats iSv. § 93 BetrVG war die Ausschreibung der betroffenen Stellen vor Einleitung des Zustimmungsverfahrens unterblieben. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts konnten die erforderlichen Stellenausschreibungen nicht während des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens mit der Folge nachgeholt werden, dass dieser Zustimmungsverweigerungsgrund entfallen wäre. 31

a) Nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist. Der Betriebsrat kann nach § 93 BetrVG verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. Die Norm ordnet die Ausschreibung nicht generell an. Eine Verpflichtung hierzu besteht nur, wenn der Betriebsrat die Ausschreibung verlangt hat oder eine solche zwischen den Betriebsparteien vereinbart ist (*BAG 29. September 2020 - 1 ABR 17/19 - Rn. 13 mwN*). 32

b) Der Betriebsrat hat die Ausschreibung der Arbeitsplätze verlangt. Die gegenteilige Annahme des Landesarbeitsgerichts hält der rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung nicht stand. 33

aa) Das Verlangen iSv. § 93 BetrVG ist eine einseitige Erklärung des Betriebsrats, die dem Arbeitgeber zugehen muss (*vgl. Raab GK-BetrVG 12. Aufl. § 93 Rn. 20; Müller/Becker NZA 2019, 513*). Über Form, Inhalt und Ausgestaltung der Ausschreibung können die Betriebsparteien eine (freiwillige) Betriebs- 34

vereinbarung schließen. Eine solche Betriebsvereinbarung über die Art und Weise der Ausschreibung setzt einen übereinstimmenden Willen der Betriebsparteien voraus, dass freie Arbeitsplätze - ggf. auch beschränkt auf bestimmte Arten von Tätigkeiten - vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs auszuschreiben sind. Deshalb liegt in ihrem Abschluss - unabhängig davon, welche der Betriebsparteien ihn initiiert hat - stets zugleich auch ein entsprechendes Verlangen seitens des Betriebsrats iSv. § 93 BetrVG.

bb) Kündigt der Arbeitgeber eine solche Betriebsvereinbarung, entfällt damit zwar das Einvernehmen der Betriebsparteien über die nähere Ausgestaltung der Ausschreibungen. Dadurch kann der Arbeitgeber aber nicht das zugleich im Abschluss der Betriebsvereinbarung liegende - ggf. auf eine bestimmte Art von Stellen beschränkte - Verlangen des Betriebsrats beseitigen, freie Stellen auszuschreiben. § 93 BetrVG gewährt dem Betriebsrat, der die innerbetriebliche Ausschreibung freier Stellen verlangt hat, einen entsprechenden Rechtsanspruch (*BAG 29. September 2020 - 1 ABR 17/19 - Rn. 22*). Ihm kann sich der Arbeitgeber nicht - auch nicht durch Kündigung - entziehen. Ob die Betriebsparteien eine Nachwirkung der freiwilligen Betriebsvereinbarung vereinbart haben, ist unerheblich. 35

cc) Danach hat der Betriebsrat die Ausschreibung aller Arbeitsplätze verlangt. Ein solches Verlangen liegt in dem Abschluss der BV. Deren im Jahr 2013 erfolgte Kündigung durch die Arbeitgeberin konnte daran nichts ändern. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Betriebsrat von seinem Verlangen generell - und nicht nur bezogen auf einzelne Fälle - Abstand genommen hätte. 36

c) Die Arbeitgeberin hat die verfahrensgegenständlichen Stellen nicht - wie erforderlich - betriebsintern ausgeschrieben, bevor sie das Zustimmungsersuchen an den Betriebsrat gerichtet hat. Sie konnte die Ausschreibung auch nicht wirksam im Rahmen des Zustimmungsersetzungsverfahrens nachholen. Das ergibt die Auslegung von § 93 iVm. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG (*zu den Maßstäben zB BAG 9. September 2020 - 4 AZR 385/19 - Rn. 24 mwN*). 37

- aa) Der Gesetzeswortlaut spricht nicht zwingend gegen die Möglichkeit, eine betriebsinterne Ausschreibung freier Arbeitsplätze nachzuholen. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG stellt lediglich darauf ab, dass die „nach § 93 [BetrVG] erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist“, ohne einen Zeitpunkt zu benennen, bis zu dem die Ausschreibung (spätestens) vorzunehmen ist. Auch die sprachliche Fassung von § 93 BetrVG, nach der eine Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangt werden kann, die „besetzt werden sollen“, lässt insoweit keinen eindeutigen Schluss zu. Der Begriff der Besetzung kann den tatsächlichen Vorgang umschreiben, mit dem einem Arbeitnehmer eine bestimmte Stelle übertragen wird. Bei diesem Verständnis könnte eine Ausschreibung bis zur vorläufigen oder sogar endgültigen Durchführung der personellen Maßnahme zulässig sein (*so etwa LAG Berlin 26. September 2003 - 6 TaBV 609/03 ua. - zu 2.2.2.3.1 der Gründe*). Nicht ausgeschlossen ist aber auch ein Verständnis dahin, dass das innerbetriebliche Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist, bevor der Arbeitgeber eine Entscheidung über die Besetzung trifft. 38
- bb) Die Gesetzessystematik steht der Annahme, eine zunächst unterbliebene innerbetriebliche Ausschreibung könne noch während des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG nachgeholt werden, ebenfalls nicht entgegen. Zwar steht dem Betriebsrat bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen die Ausschreibungsverpflichtung nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsgrund zu. Gegenstand des Zustimmungsersetzungsverfahrens ist aber nicht, ob die Maßnahme zum Zeitpunkt der Antragstellung oder zu einem anderen früheren Zeitpunkt zulässig war. Entscheidend ist vielmehr, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme angesichts der vom Betriebsrat geltend gemachten Verweigerungsgründe gegenwärtig und zukünftig zulässig ist (*vgl. BAG 27. April 2022 - 4 ABR 25/21 - Rn. 14; 19. Oktober 2016 - 4 ABR 27/15 - Rn. 9 mwN*). 39
- cc) Sinn und Zweck des § 93 BetrVG gebieten jedoch die Durchführung des innerbetrieblichen Ausschreibungsverfahrens, bevor der Arbeitgeber die Entscheidung über die Besetzung der freien Stelle trifft und den Betriebsrat um eine entsprechende Zustimmung ersucht. 40

(1) Die Vorschrift ermöglicht es dem Betriebsrat, im Interesse der von ihm vertretenen Belegschaft durch die Bekanntmachung freier Stellen den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren. Die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sollen Gelegenheit erhalten, sich auf die zu besetzenden Arbeitsplätze zu bewerben. Zudem zielt die Norm darauf ab, für die Belegschaft eine erhöhte Transparenz von betrieblichen Vorgängen zu schaffen und so einer Irritation über die Hereinnahme Außenstehender trotz im Betrieb vorhandener personeller Ressourcen entgegenzuwirken (*vgl. BAG 29. September 2020 - 1 ABR 17/19 - Rn. 17 f. mwN*). 41

(2) Erfolgt die innerbetriebliche Stellenausschreibung erst, nachdem der Arbeitgeber seine Entscheidung über die Stellenbesetzung getroffen und sie dem Betriebsrat mit der Bitte um Zustimmung unterbreitet hat, ist nicht gleichermaßen gewährleistet, dass diese Ziele erreicht werden (*aA für den Fall, dass sich keine weitere Person beworben hat: H/W/G/N/R/H/Huke 10. Aufl. § 99 Rn. 223; MHdB ArbR/Lunk 5. Aufl. Bd. 4 § 340 Rn. 79; Richardi/Thüsing BetrVG 17. Aufl. § 99 Rn. 265; weitergehend auch für den Fall weiterer Bewerbungen, jedoch ggf. nach ergänzender Beteiligung des Betriebsrats: Raab GK-BetrVG 12. Aufl. § 93 Rn. 51; offengelassen in BAG 1. Juni 2011 - 7 ABR 18/10 - Rn. 30; 14. Dezember 2004 - 1 ABR 54/03 - zu B II 3 b cc der Gründe, BAGE 113, 102*). Schon die Kundgabe einer Besetzungsentscheidung gegenüber dem Betriebsrat birgt die Gefahr, dass den (übrigen) Arbeitnehmern des Betriebs der Eindruck vermittelt wird, der Arbeitgeber habe die - aus seiner Sicht - am besten geeignete Person für die zu besetzende Stelle bereits ausgewählt. Das kann zur Folge haben, dass sie bei einer späteren Ausschreibung von einer eigenen Bewerbung absehen, weil sie ihr keinen Erfolg einräumen. Durch eine bloße Nachholung der Ausschreibung könnten daher die gesetzlichen Ziele, den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren und die Transparenz des Stellenbesetzungsvorgangs zu gewährleisten, beeinträchtigt werden. 42

(3) Unerheblich ist, dass der Arbeitgeber bei seiner Auswahl letztlich nicht an den Kreis innerbetrieblicher Bewerber gebunden ist und es grundsätzlich in seinem Ermessen liegt, die Stelle einem Arbeitnehmer seiner Wahl zu übertragen 43

(vgl. BAG 18. November 1980 - 1 ABR 63/78 - zu B II 1 der Gründe). Das ist § 93 BetrVG immanent. Die Norm beschränkt nicht die Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers, sondern schreibt lediglich die Durchführung eines dieser Entscheidung vorgelagerten Verfahrens vor, mit dem der innerbetriebliche Arbeitsmarkt aktiviert und betriebliche Transparenz hergestellt werden sollen.

dd) Hier kann dahinstehen, ob die Ausschreibung nach § 93 BetrVG ausnahmsweise während des Zustimmungseretzungsverfahrens nachgeholt werden kann, wenn die (vorläufige) Besetzung der Stelle derart dringlich ist, dass eine vorherige Ausschreibung aus zeitlichen Gründen nicht möglich ist (so etwa LAG Bremen 12. November 2009 - 3 TaBV 14/09 - zu II 3 d bb der Gründe, und 5. November 2009 - 3 TaBV 16/09 - zu II 3 c bb der Gründe; DKW/Bachner/Wenckebach 18. Aufl. § 99 Rn. 233; Fitting 31. Aufl. § 99 Rn. 252; wohl auch ErfK/Kania 22. Aufl. BetrVG § 99 Rn. 35). Eine solche Möglichkeit kann allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Notwendigkeit der Stellenbesetzung so plötzlich und unerwartet eintritt, dass es dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist, zuvor ein dem Sinn und Zweck der Norm entsprechendes Ausschreibungsverfahren durchzuführen (vgl. dazu ausf. BAG 6. Oktober 2010 - 7 ABR 18/09 - Rn. 17 f.). Umstände hierfür hat die Arbeitgeberin weder vorgetragen noch sind sie ersichtlich. 44

Gallner

Ahrendt

Rinck

Olaf Kunz

Fritz