

Ortstagung Hamm am 07. September 2011

Am 07. September 2011 begrüßte *Dr. Holger Schrade*, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Hamm, im überaus gut besuchten Foyer des Landesarbeitsgerichts den Referenten *Dr. Franz Müller*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Hamm. Zahlreiche Betriebsräte, Gewerkschafts- und Verbandsvertreter, Rechtsanwälte und Richter füllten nahezu jeden Sitzplatz, um den Ausführungen *Müllers* zu folgen. In seinem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Hamm im Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V. setzte sich *Müller* vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung mit ausgewählten Problemen zum Thema „Die Beteiligung des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen“ auseinander.

Fraglich sei – so *Schrade* einleitend –, ob das dem Betriebsrat bei personellen Einzelmaßnahmen zustehende „Veto-Recht“ im eigentlichen lateinischen Sinne (*veto = ich verbiete*) zur Geltung komme oder sich zuweilen als „zahnloser Tiger“ entpuppe.

Müllers wesentlichen Thesen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

A. Einleitung

In Abgrenzung der vier in § 99 BetrVG genannten personellen Einzelmaßnahmen

- Einstellung,
- Eingruppierung,
- Umgruppierung und
- Versetzung

verdeutlichte *Müller* den entscheidenden Unterschied zum Mitbestimmungsrecht im Falle des Ausspruchs von Kündigungen. Während der Betriebsrat bei Kündigungen grundsätzlich nur ein Anhörungsrecht hat, steht dem – mindestens dreiköpfigen – Betriebsrat in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern bei Einstellungen, Ein- und Umgruppierungen sowie Versetzungen unter bestimmten Voraussetzungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu.

Streitigkeiten über die verweigerte Zustimmung sind im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu klären, an denen der betroffene Arbeitnehmer nicht zu beteiligen ist.

B. Einstellung

I. Begriff der Einstellung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auf das Rechtsverhältnis, in dem die Personen zum Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht an. Maßgebend ist allein, ob die zu verrichtenden Tätigkeiten ihrer Art nach weisungsgebunden und dazu bestimmt sind, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes zu dienen. Die Personen müssen derart in die Arbeitsorganisation des Betriebs eingegliedert werden, dass der Betriebsinhaber die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typischen Entscheidungen namentlich über Zeit und Ort der Tätigkeit zu treffen hat. Der Betriebsinhaber muss in diesem Sinne Personalhoheit besitzen und damit gegenüber den betreffenden Personen wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung wahrnehmen.

Die Merkmale des gesetzlich nicht definierten Begriffs der Einstellung arbeitete *Müller* anhand eines aktuellen Beispiels aus der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Hamm heraus:

- **Landesarbeitsgericht Hamm, Beschluss vom 26.11.2010 – 10 TaBV 67/10**
Die Arbeitgeberin unterhielt einen Verkehrsbetrieb im öffentlichen Personennahverkehr. Sie schloss mit einer anderen GmbH einen Geschäftsbesorgungsvertrag. Danach übernahm die GmbH mit eigenen Fahrern Busse der Arbeitgeberin auf deren Buslinien mit vorgegebenen Dienst- und Fahrplänen. Der Rentner Z. wurde nunmehr bei der GmbH als Busfahrer geringfügig beschäftigt, nachdem er zuvor Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin gewesen war. Als der Betriebsrat der Arbeitgeberin feststellt, dass der Z. im Dienstplan für den Folgemonat eingetragen ist, macht er ein Aufhebungsbegehren gemäß § 101 BetrVG geltend.

Die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm lehnte einen Anspruch auf Aufhebung der personellen Maßnahme ab, weil mangels Einstellung dem Betriebsrat der Arbeitgeberin kein Beteiligungsrecht zustehe. Die Vertragspflicht der GmbH beschränke sich nicht auf die Zurverfügungstellung von Personal, sondern auf die eigenständige Organisation und Durchführung von Fahrleistungen.

gen. Die GmbH organisiere den Einsatz ihres Personals selbst, wobei das Weisungsrecht bei ihrem Betriebsleiter liege. Nur in Ausnahmefällen komme es zu Anweisungen durch den Disponenten der Arbeitgeberin, zum Beispiel bei Verkehrsstaus oder Verspätungen. Die GmbH treffe also die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typischen Entscheidungen über Zeit und Ort der Tätigkeit ihrer Arbeitnehmer selbst

Müller hob das entscheidende Merkmal der *Eingliederung* in den Betrieb des Arbeitgebers hervor. So besteht – anders als in dem vom Landesarbeitsgericht Hamm entschiedenen Fall – zum Beispiel bei Leiharbeitnehmern kein Unterschied zu den beschäftigten Stammkräften.

II. Umfang des Beteiligungsrechts – ausgewählte Probleme

1. Vorlage von Bewerbungsunterlagen

Dem Betriebsrat sind im Rahmen des ihm zustehenden Mitbestimmungsrechts sämtliche Bewerbungsunterlagen vorzulegen. Der Betriebsrat muss nach der ständigen Rechtsprechung auch im Falle zahlreicher Bewerber umfassende Auskünfte über alle Personen erhalten. Dies gebietet die Schutzfunktion des Betriebsrates und dessen Aufgabe, auch im Rahmen von Einstellungsverfahren potentielle Diskriminierungen von Arbeitnehmern zu erkennen und zu verhindern. Liegen dem Betriebsrat nicht sämtliche Unterlagen vor, ist die Beteiligung des Betriebsrats mangels betriebsverfassungsrechtlich ordnungsgemäßen Verfahrens „in der Schwebe“. Gegebenenfalls bereits ergriffene Maßnahmen sind rückgängig zu machen. Auch eine etwa verweigerte Zustimmung des Betriebsrats heilt den vorhandenen Mangel in der Mitbestimmung nicht (vergleiche: Landesarbeitsgericht Hamm, Beschluss vom 26.09.2003, 10 TaBV 63/03; bestätigt durch: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 14.12.2004, 1 ABR 55/03).

Dessen ungeachtet ist ein Verzicht des Betriebsrats möglich. Jedoch ist hierzu eine abschließende Regelung der Betriebsparteien erforderlich.

2. Mitteilung des Inhalts von Bewerbungsgesprächen

Müller hob hervor, dass der Betriebsrat nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zwar nicht an Bewerbungsgesprächen zu beteiligen ist. Allerdings muss dem Betriebsrat der Inhalt von Bewerbungsgesprächen mitgeteilt werden, soweit er für die Einstellung maßgeblich ist (vergleiche auch insofern: Landesarbeits-

gericht Hamm, Beschluss vom 26.09.2003, 10 TaBV 63/03; bestätigt durch: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 14.12.2004, 1 ABR 55/03).

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat weiter alle auswahlrelevanten Kriterien mitteilen und darf sich nicht auf pauschale Bewertungen beschränken, aufgrund derer dem Betriebsrat keine inhaltliche Stellungnahme möglich ist.

- **Landesarbeitsgericht Hamm, Beschluss vom 22.01.2010 – 13 TaBV 60/09**

Die Arbeitgeberin schrieb in einem von ihr betriebenen Spielcasino Stellen für vier stellvertretende Bereichsleiter Klassisches Spiel aus. Es bewarben sich sechs Personen, davon zwei schon im Casino tätige Arbeitnehmer und vier aus anderen Casinos. Die Arbeitgeberin führte Bewerbungsgespräche und beantragte anschließend beim Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung der vier externen Bewerber. Zur Begründung gab sie an, alle vier Personen hätten sich im Bewerbungsgespräch „überzeugend präsentiert“. In einem Fall weise der Bewerber zudem „hohe Einsatzbereitschaft“ auf und sei „konflikt- und entscheidungsfähig“. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung.

Die 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts wies die Zustimmungsersetzungsanträge zurück, weil die Arbeitgeberin den Betriebsrat bis zuletzt nicht ordnungsgemäß informiert habe. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG müsse die Arbeitgeberin dem Betriebsrat alle auswahlrelevanten Umstände aus Bewerbungsgesprächen mitteilen. Dafür reiche es nicht aus, sich auf eine pauschalierende Gesamtbewertung zu beschränken. Vielmehr habe die Arbeitgeberin zum Beispiel darlegen müssen, anhand welcher Kriterien sie bei allen vier Bewerbern zu dem Schluss gelangt ist, sie hätten sich überzeugend präsentiert. Bei der gegebenen Sachlage wäre es dem Betriebsrat nicht möglich gewesen, substantiiert zu den Beurteilungsfaktoren Stellung zu nehmen.

Auch wenn der Betriebsrat keinen Anspruch auf Teilnahme an Bewerbungsgesprächen hat, besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, freiwillig ein Betriebsratsmitglied teilnehmen zu lassen. Auf diese Weise können Auseinandersetzungen über die ordnungsgemäße Information des Betriebsrats unterbunden werden. Allerdings sollte zuvor eine eindeutige Regelung hierzu getroffen werden, so zum Beispiel auch zu der Frage, ob dem teilnehmenden Betriebsratsmitglied ein Fragerecht zustehen soll.

3. Mitteilung des Namens eines Leiharbeitnehmers

Weitere Auseinandersetzungen der Betriebsparteien zum Umfang der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Einstellungen können sich im Rahmen der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ergeben.

- **Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 09.03.2011 – 7 ABR 137/09**

In einem Betrieb, in dem Serienfahrzeuge in Wohnmobile umgebaut wurden, waren ca. 180 Stammarbeitnehmer und ca. 50-70 Leiharbeitnehmer tätig. Nicht in allen Fällen wurden dem Betriebsrat vor der Einstellung die Namen der jeweils zum Einsatz kommenden Leiharbeitnehmer mitgeteilt. Darauf beantragte der Betriebsrat, dem Arbeitgeber aufzugeben, es zu unterlassen, im Betrieb Leiharbeitnehmer einzustellen, ohne vorher den jeweiligen Namen mitzuteilen – hilfsweise festzustellen, dass der Arbeitgeber dazu verpflichtet ist.

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Hilfsantrag statt. Im Rahmen der §§ 99 ff. BetrVG bestehe kein allgemeiner Unterlassungsanspruch. Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG seien nicht gegeben, weil der Arbeitgeber angesichts der schwierigen und bis dahin ungeklärten Rechtsfrage nicht „grob“ gegen seine Verpflichtungen aus dem BetrVG verstoßen habe. Der Feststellungsantrag sei aber begründet. Denn um namentlich im Rahmen des § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG eine kompetente Prüfung vornehmen zu können, müsse der Betriebsrat vor der Einstellung Kenntnis vom Namen jedes einzelnen Leiharbeitnehmers haben. Dementsprechend müsse beim Verleiher auf eine rechtzeitige Bekanntgabe des Namens hingewirkt werden.

Vor dem Hintergrund der vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Rechtsfrage verdeutlichte *Müller*, dass zwar das in den §§ 99 ff. BetrVG geregelte Verfahren ein abgeschlossenes System beinhalte, das nach dem Willen des Gesetzgebers auch vorübergehend einen rechtswidrigen Zustand in Kauf nehme. Angesichts der schwierigen und bis dahin ungeklärten Rechtsfrage sei ein grober Pflichtverstoß des Arbeitgebers im Sinne des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ausgeschieden, komme aber nunmehr angesichts der geklärten Rechtsfrage bei einem entsprechenden Verstoß des Arbeitgebers in Betracht.

4. Stellenausschreibungen

Ein weiterer Fall der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts betrifft die Frage, inwieweit im Vorfeld der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern auf Verlangen des Betriebsrates Stellenausschreibungen zu erfolgen haben.

- **Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 01.02.2011 – 1 ABR 79/09**

Die Beteiligten stritten im Rahmen eines Feststellungsantrags darüber, ob Arbeitsplätze, die „dauerhaft“ (= zumindest ein Jahr) mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen, auf Verlangen des Betriebsrats auszuschreiben sind.

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Feststellungsbegehren statt. In § 93 BetrVG komme es auf „Arbeitsplätze“ an. Art und Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses seien unerheblich. Zweck des § 93 BetrVG sei es unter anderem, die Transparenz von betrieblichen Vorgängen sicherzustellen. Durch die Entscheidung, den Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen, sei der Arbeitsplatz auch nicht dem innerbetrieblichen Stellenmarkt entzogen, zum Beispiel wegen eines möglichen Vorrangs von durch § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX besonders geschützten schwerbehinderten Menschen oder von leistungsgeminderten Arbeitnehmern sowie im Falle des § 9 TzBfG (Wunsch eines Teilzeitarbeitnehmers nach einer Verlängerung der vereinbarten Arbeitszeit).

III. Verweigerung der Zustimmung

Der Betriebsrat muss im Rahmen der Zustimmungsverweigerung stets konkrete Tatsachen benennen. Zwar werden hieran keine hohen Anforderungen gestellt. Die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes ist jedoch nicht ausreichend.

1. Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei Leiharbeitnehmern

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber beabsichtigten personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn diese gegen ein Gesetz verstoßen würde. Dazu muss es sich nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handeln, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Es muss nur hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass der Zweck der betreffenden Norm darin besteht, die personelle Maßnahme selbst zu verhindern.

- **Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 23.06.2010 – 7 ABR 3/09**

Der Arbeitgeber beabsichtigte die Einstellung eines Leiharbeitnehmers. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung unter Verweis auf einen Verstoß gegen § 81 Abs. 1 SGB IX.

Das Bundesarbeitsgericht wies den Antrag des Arbeitgebers, die Zustimmung zu ersetzen, zurück. Nach dem Wortlaut des § 81 SGB IX gehe es – in Parallele zu § 93 BetrVG – um die Besetzung eines „freien Arbeitsplatzes“. Dies sei auch im Falle der beabsichtigten Einstellung eines Leiharbeitnehmers der Fall. Es sei nicht ausgeschlossen, dass ein Arbeitgeber infolge der Prüfung nach § 81 SGB IX von der beabsichtigten Einstellung eines Leiharbeitnehmers absehe und stattdessen einen schwerbehinderten Menschen einstelle.

2. Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG

Gemäß der sehr praxisrelevanten Vorschrift des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist.

Nachteile im Sinne dieser Regelung sind aber nur rechtserhebliche Nachteile. Deshalb erweist es sich für Betriebsräte in der Praxis als überaus schwierig, eine Zustimmungsverweigerung *mit Erfolg* auf § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG zu stützen.

C. Versetzung

Im Bereich der Mitbestimmung bei Versetzungen sind derzeit keine aktuellen und neuen Entwicklungen in der Rechtsprechung festzustellen. Häufig handelt es sich um Einzelfallentscheidungen.

Müller erörterte umfassend die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Der Begriff der Versetzung kann in der betrieblichen Praxis dadurch von der Einstellung abgegrenzt werden, dass

- eine *Einstellung* ohne weiteres „bemerkt“,
- eine *Versetzung* jedoch nicht ohne weiteres „bemerkt

wird. Betriebsverfassungsrechtlich ohne Bedeutung ist die Reichweite des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts. Das Betriebsverfassungsrecht setzt vielmehr eine zulässige individualrechtliche Zulässigkeit der Versetzung voraus. Bei dieser Abgrenzung ist stets zu beachten, dass es im Betriebsverfassungsrecht grundsätzlich nur um das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber geht.

Eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die die voraussichtliche Dauer von einem Monat überschreitet *oder* die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Zum *Arbeitsbereich* gehören

- die Aufgabe und
- die Verantwortung des Arbeitnehmers sowie
- die Art seiner Tätigkeit und
- ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs.

Der Begriff ist räumlich und funktional zu verstehen. Er umfasst neben dem *Ort der Arbeitsleistung* auch die Art der Tätigkeit und den gegebenen Platz in der betrieblichen Organisation (vergleiche statt aller: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.03.2010, 3 AZR 31/09 m.w.N.).

Um die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs handelt es sich, wenn sich das gesamte Bild der Tätigkeit des Arbeitnehmers so verändert hat, dass die neue Tätigkeit vom Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Beobachters als eine „andere“ anzusehen ist. Dies kann sich aus dem

- Wechsel des Inhalts der Arbeitsaufgaben und
- der mit ihnen verbundenen Verantwortung (zum Beispiel beim Entzug der Vorgesetztenfunktion) ergeben,

kann aus einer

- Änderung des Arbeitsorts oder der Art der Tätigkeit, das heißt der Art und Weise folgen, wie die Arbeitsaufgabe zu erledigen ist,

und kann mit einer

- Änderung der Stellung und des Platzes des Arbeitnehmers innerhalb der betrieblichen Organisation durch Zuordnung zu einer anderen betrieblichen Einheit verbunden sein (unter Umständen auch bei bloßem Wechsel des Vorgesetzten, vergleiche hierzu zum Beispiel: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17.06.2008, 1 ABR 38/07).

Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs erfüllt den Versetzungsbegriff des § 95 Absatz 3 Satz 1 BetrVG in jedem Fall dann, wenn sie für längere Zeit als einen Monat geplant ist. Grund der zeitlichen Grenze von einem Monat ist, dass der gesetzlich garantierte vierwöchige Urlaub und die damit einhergehende Urlaubsvertretung ebenso wenig erfasst werden sollen, wie sonstige kurzzeitige Vertretungsfälle, z. B. bei Arbeitsunfähigkeit.

D. Ein- und Umgruppierung

Im Rahmen von Ein- und Umgruppierungen steht dem Betriebsrat ein *Mitbeurteilungsrecht* zu. Dieses Mitbeurteilungsrecht reicht nicht weiter als die Notwendigkeit zur Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber. Soweit die Urheber der Vergütungsordnung selbst die betreffende Stelle, den Arbeitsplatz oder die Tätigkeit mit bindender Wirkung in ihr abstraktes Vergütungsschema eingereiht und somit bewertet haben, ist kein Raum für eine – erneute – Beurteilung des Arbeitsplatzes und eine damit korrespondierende Mitbeurteilung des Betriebsrates (siehe Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 06.04.2011, 7 ABR 136/09).

Schließt sich beispielsweise unmittelbar an ein *befristetes Arbeitsverhältnis* ein weiteres Arbeitsverhältnis an, so wird eine erneute Eingruppierung gemäß § 99 BetrVG nicht erforderlich, wenn sich weder die Tätigkeit des Arbeitnehmers noch das maßgebliche Entgeltgruppenschema geändert haben (vergleiche hierzu bereits: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 11.11.1997, 1 ABR 29/97; vergleiche hingegen zum Vorliegen einer Einstellung: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 23.06.2009, 1 ABR 30/08). Bei *Versetzungen*, insbesondere auch bei Beförderungen, ist grundsätzlich eine Umgruppierung vorzunehmen. Ändert sich dagegen der Tätigkeitsbereich, handelt es sich um eine Eingruppierung.

E. Vorläufige personelle Maßnahmen

Die Regelung in § 100 Abs. 1 BetrVG gibt dem Arbeitgeber die Befugnis, eine Maßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG unter Umständen aus dringenden sachlichen

Gründen auch ohne Zustimmung des Betriebsrats vorläufig, das heißt bis zur Entscheidung über ihre materielle Rechtmäßigkeit durchzuführen. § 100 Abs. 2 BetrVG verlangt dafür nicht den objektiven Nachweis dringender Erforderlichkeit, sondern nur die Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens. Hat der Arbeitgeber das Verfahren nach § 100 Abs. 2 BetrVG erfüllt, ist die vorläufige Durchführung der betreffenden Maßnahme auch ohne die Zustimmung des Betriebsrats betriebsverfassungskonform. Das Gesetz nimmt hierbei in Kauf, dass eine personelle Maßnahme zumindest vorübergehend praktiziert wird, ohne dass ihre materielle Rechtmäßigkeit feststeht. Eine „vorläufige Vollstreckbarkeit“ scheidet aus, weil nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geregelt wird.

Die (rückwirkende) Prüfung des Arbeitsgerichts bzgl. der Frage, ob die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme dringend erforderlich war, beschränkt sich gemäß § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf eine *Offensichtlichkeitsprüfung*. Die vorläufige Durchführung war nach herrschender Meinung dann *offensichtlich* nicht dringend erforderlich, wenn ohne weiteres ersichtlich die sachlich-betrieblichen Notwendigkeiten für eine alsbaldige Durchführung der Maßnahme verkannt worden sind.

Nach den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers sollte es sich bei dem in § 100 BetrVG geregelten Verfahren um einen Ausnahmefall handeln. Dies hat sich jedoch in der betrieblichen Praxis deutlich anders entwickelt.

In der sich an den Vortrag von *Müller* anschließenden **Diskussion** wurden verschiedene Aspekte der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen diskutiert, so zum Beispiel das Verhältnis von § 95 Abs. 2 SGB IX (Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung) zu §§ 99 ff. BetrVG und das Vorliegen einer Versetzung beim Entzug einzelner Arbeitsaufgaben.

Weiter wurde das Verhältnis der gerichtlichen Entscheidung über die Zustimmungsersetzung auf der einen und über die dringende Erforderlichkeit einer vorläufigen personellen Maßnahme auf der anderen Seite im Rahmen der Regelung des § 100 BetrVG erörtert. Hierbei wurde unter anderem Folgendes herausgearbeitet:

- Falls das Gericht die Zustimmung des Betriebsrats zu der betreffenden personellen Maßnahme *rechtskräftig* ersetzt hat, steht damit fest, dass der Arbeitge-

ber die Maßnahme nicht mehr nur vorläufig, sondern dauerhaft durchführen darf. Auf die Frage, ob schon ihre vorläufige Vornahme gerechtfertigt war, kommt es nicht mehr an. Selbst wenn eine vorläufige Durchführung nicht aus sachlichen Gründen dringend geboten gewesen sein sollte, hat sich der Arbeitgeber nicht betriebsverfassungswidrig verhalten. Er durfte die Maßnahme bei Einhaltung des Verfahrens gemäß § 100 Abs. 2 BetrVG bis zu einer gerichtlichen Entscheidung in jedem Fall aufrechterhalten.

- Falls das Gericht den Zustimmungsersetzungsantrag des Arbeitgebers *rechtskräftig* abgewiesen hat, steht gemäß § 100 Abs. 3 BetrVG zugleich fest, dass die Maßnahme selbst als vorläufige nach Ablauf von zwei Wochen nicht länger aufrechterhalten werden darf. Auch hierfür bedarf es keiner Bescheidung des Feststellungsantrags gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 mehr

(siehe so ausdrücklich: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 16.11.2004, 1 ABR 48/03 m.w.N.; vergleiche zum Meinungsstand: Richardi-*Thüsing*, BetrVG, 12. Auflage 2010, § 100, Rdn. 35 ff. m.w.N.; a.A.: *Fitting* u.a., BetrVG, 24. Auflage 2009, § 100, Rdn. 15). Hieraus ergibt sich, dass – wie auch vom Bundesarbeitsgericht gefordert – die Arbeitsgerichte vor einer Entscheidung über die Zustimmungsersetzung über den Feststellungsantrag gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG entscheiden sollten.

Abschließend wurden individualrechtliche Auswirkungen der bestehenden Mitbestimmungsrechte diskutiert.

Dr. Derk Strybny,
Richter, Arbeitsgericht Bocholt