

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 2 TaBV 37/11

3 BV 31 a/11 ArbG Neumünster

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 06.03.2012

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 06.03.2012 durch die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

b e s c h l o s s e n:

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin (Antragstellerin) wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 07.09.2011 – 3 BV 31 a/11 – abgeändert:
Die verweigerte Zustimmung des antragsgegnerischen Betriebsrats zur Einstellung der Gesundheits- und Krankenpflegerin P. R. in der Medizinischen Klinik des F. B. mit Wirkung ab dem 01.08.2011 wird ersetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann d. Beteiligte zu 2. durch Einreichung einer Rechtsbeschwerdeschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1,
Telefax: (0361) 26 36 - 20 00,

Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Rechtsbeschwerdeführer muss die Rechtsbeschwerde begründen. Die Rechtsbeschwerdebegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Rechtsbeschwerdeschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Rechtsbeschwerde beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt werde.

Die Rechtsbeschwerde und ihre Begründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Rechtsbeschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Beschlusses beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbrieffkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Über-

tragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen).

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten in der Beschwerde nur noch um die Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung einer Mitarbeiterin.

Die Antragstellerin (Arbeitgeberin) unterhält eine Forschungseinrichtung sowie eine medizinische Klinik. In der medizinischen Klinik schied mit Wirkung vom 31.05.2011 die Mitarbeiterin Re. wegen Renteneintritts aus. Die Arbeitgeberin hatte bereits im April die Stelle ausgeschrieben. Zu einer Besetzung kam es jedoch nicht. Die Arbeitgeberin schaltete am 06.07.2011 im Hamburger Abendblatt eine Anzeige (Blatt 9), mit der ein/e Gesundheits- und Krankenpfleger/in gesucht wurde. Gleichzeitig schrieb sie die Stelle durch Aushang auch innerbetrieblich aus (Blatt 10 d.A.). Es bewarb sich die – externe - examinierte Krankenschwester P. R.. Die Antragstellerin beschloss, diese Bewerberin als examinierte Gesundheits- und Krankenpflegerin mit Wirkung ab dem 01.08.2011 einzustellen und unterrichtete den Antragsgegner (Betriebsrat) mit Anhörungsformular vom 25.07.2011 (Bl. 11). Dabei teilte sie mit, es sei beabsichtigt, die Bewerberin befristet bis zum 31.07.2012 einzustellen. Der Betriebsrat verweigerte mit Schreiben vom 27.07.2011 (Bl. 12) seine Zustimmung. Er führte aus, in der Ausschreibung sei nicht auf die befristete Einstellung hingewiesen worden. Da die Arbeitgeberin auf einer befristeten Einstellung bestehe, sei die Stelle unter Angabe der geplanten Befristung neu auszuschreiben.

Die Antragstellerin hat am 29.07.2011 beim Arbeitsgericht beantragt, die verweigerte Zustimmung zu ersetzen. Am gleichen Tag hat sie den Betriebsrat davon unterrichtet, dass beabsichtigt sei, die Bewerberin vorläufig einzustellen (Bl. 19). Nachdem der Betriebsrat mit Schreiben vom 01.08.2011 (Bl. 21) die Notwendigkeit der vorläufigen Maßnahme bestritten hatte, hat die Arbeitgeberin am 03.08.2011 erweiternd beantragt, festzustellen, dass die Einstellung mit Wirkung ab 01.08.2011 aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Die Antragstellerin hat vorgetragen, die Verweigerung sei unberechtigt. Die Stelle sei sowohl intern als auch extern ausgeschrieben gewesen. Unzutreffend sei, dass in

der Stellenausschreibung auf eine Befristungsabrede hätte hingewiesen werden müssen. Es sei allein Aufgabe des Arbeitgebers, den Inhalt einer Ausschreibung festzulegen. Die Durchführung der personellen Maßnahme sei dringlich erforderlich gewesen.

Der Betriebsrat hat vorgetragen, der Hinweis auf die Eigenschaft einer Stelle als befristet oder unbefristet sei wesentlich. Denn es gebe potentielle Bewerberinnen und Bewerber, die Interesse an einer befristeten Tätigkeit hätten und sich deshalb nicht auf eine unbefristet ausgeschriebene Stelle bewürben. Ebenso gebe es umgekehrt Bewerberinnen und Bewerber, die sich nur für unbefristet ausgeschriebene Stellen interessierten. Ebenso, wie der Betriebsrat bei der Information über eine beabsichtigte Einstellung darüber zu unterrichten sei, ob eine befristete oder aber unbefristete Einstellung vorgesehen sei, müsse dieser Hinweis auch in der Ausschreibung erfolgen. Fehle in der Ausschreibung ein Hinweis auf die befristete Besetzung, handele es sich um eine unbefristet ausgeschriebene Stelle.

Das Arbeitsgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 07.09.2011 festgestellt, dass die vorläufige Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war und den Antrag im Übrigen zurückgewiesen. Gegen diesen am 06.10.2011 zugestellten Beschluss hat die Arbeitgeberin am 14.10.2011 Beschwerde eingelegt und diese am 30.11.2011 begründet.

Die Arbeitgeberin trägt vor, Streit bestehe lediglich um die Frage, ob trotz der tatsächlich erfolgten externen und betriebsinternen Stellenausschreibung eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben sei. Nur dann bestehe ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Eine Stellenausschreibung, in der nicht ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass – auch – der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages in Betracht komme, die also möglicherweise unvollständig sei, rechtfertige die Zustimmungsverweigerung nicht. Für den Bewerber müsse erkennbar sein, was den Arbeitsplatz ausmache, um sein Interesse zu erregen. Dazu gehöre die Beschreibung des Ortes, der Zeit und der Umstände der zu erbringenden Tätigkeit. Auch müsse angegeben werden, ob es sich um eine Vollzeit- oder Teilzeitarbeitsstelle handele. Die Frage der Befristung betreffe nicht den Arbeitsplatz, sondern

lediglich die Dauer der Besetzung und gehöre nicht zur Beschreibung des Arbeitsplatzes. Gründe, die für ein Interesse an einer befristeten Stelle sprechen könnten, gebe es nicht. Eine unbefristete Beschäftigung habe im Vergleich zu einer befristeten Beschäftigung lediglich Vorteile. Vorliegend habe sich die Arbeitgeberin im Zeitpunkt der Ausschreibung die Möglichkeit offen lassen wollen, ob die ausgeschriebene Stelle befristet oder unbefristet besetzt werden solle. Die Entscheidung hierüber habe von der Anzahl der Bewerbungen, der Eignung der Bewerber sowie den Verhandlungen mit diesen abhängig gemacht werden sollen. Diese Absicht hätte z.B. durch die Formulierung „das Forschungszentrum behält sich vor, die Stelle befristet oder unbefristet zu besetzen“ deutlich gemacht werden können. Diese Formulierung sei aber nicht aussagekräftiger als die Nichterwähnung einer möglichen Befristung.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 07.09.2011 – 3 BV 31 a/11 – abzuändern und
2. die verweigerte Zustimmung des antragsgegnerischen Betriebsrats zur Einstellung der Gesundheit- und Krankenpflegerin P. R. in der Medizinischen Klinik des F. B. mit Wirkung ab dem 01.08.2011 zu ersetzen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt den angefochtenen Beschluss und trägt vor, die Stellenausschreibung sei als nicht erfolgt anzusehen. Der Betriebsrat habe daher seine Zustimmung verweigern können. Diese sei nicht zu ersetzen.

Grundsätzlich gebe es Mindestanforderungen für eine Ausschreibung. Eine Ausschreibung solle möglichst ausführlich und genau sein, damit nicht im Nachhinein weitere unbenannte Qualifikationsmerkmale eingeführt würden und bei personellen Einzelmaßnahmen den Ausschlag geben. Sonst werde der Sinn der Ausschreibung unterlaufen. Daher solle die Ausschreibung einen Hinweis darauf enthalten, ob die Tätigkeit befristet oder unbefristet sei. Dieser weitgehend in der Literatur vertretenen Auffassung sei zuzustimmen. Es bestehe nämlich sonst die Möglichkeit, dass sich ein Arbeitnehmer mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag auf eine ausgeschriebene

Stelle bewerbe. Wenn er für den Arbeitgeber für diese Stelle unerwünscht sei, brauche dieser nur darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um eine befristete Stelle handele. Dann sei mit einer Rücknahme der Bewerbung zu rechnen. Dasselbe gelte für einen Arbeitnehmer mit einem befristeten Vertrag. Im Ergebnis werde damit der Zweck des § 18 TzBfG unterlaufen. Der Arbeitgeber hätte nämlich die Möglichkeit, zunächst einen Arbeitsplatz anzubieten, den er unbefristet besetzen wolle, dann durch die Angabe, der Arbeitsplatz sei nur befristet, unliebsame Bewerber zu vergrämen. Damit werde der Diskriminierung Tür und Tor geöffnet.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist auch begründet worden, §§ 87 Abs. 1, 64, 66 ArbGG.

Sie ist auch begründet. Die angefochtene Entscheidung ist daher abzuändern. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Mitarbeiterin P. R. ist gem. § 99 Abs. 4 BetrVG zu ersetzen. Die Arbeitgeberin hat den Betriebsrat ausreichend unterrichtet. Hierüber herrscht nicht Streit. Der Betriebsrat hat zwar form- und fristgerecht der Einstellung der Mitarbeiterin widersprochen. Der Widerspruch des Betriebsrats ist jedoch unbegründet.

Ausgangspunkt der Beurteilung des Antrags der Arbeitgeberin ist die Begründung des Betriebsrats für die Verweigerung seiner Zustimmung. An dieser Begründung, nämlich mangelnde Ausschreibung, ist dieses Verfahren auszurichten. Die schriftliche Begründung einer innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erklärten Zustimmungsverweigerung konkretisiert den Gegenstand des vom Arbeitgeber einzuleitenden Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG. Andere mögliche, jedoch vom Betriebsrat nicht innerhalb der Frist vorgebrachte mögliche Widerspruchsründe sind nicht zu berücksichtigen (BAG Beschluss vom

17.11.2010 7 ABR 120/09 - EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 20). Der vom Betriebsrat vorgebrachte Widerspruchsgrund der fehlenden Ausschreibung greift jedoch nicht.

Gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist. Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden. Dieser Zustimmungsverweigerungsgrund setzt grundsätzlich voraus, dass der Betriebsrat die Ausschreibung vor dem Zustimmungersuchen des Arbeitgebers verlangt oder mit diesem eine Vereinbarung über die Ausschreibung getroffen hat (BAG Beschluss vom 14.12.2004 – EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 1 Einstellung). Es ist zwar nicht ausdrücklich vorgetragen, dass der Betriebsrat schon vor Besetzung der hier zur Entscheidung anstehenden Stelle generell interne Ausschreibungen verlangt hat. Aus dem gesamten Vorbringen der Beteiligten in diesem Verfahren wird jedoch deutlich, dass dies der Fall ist. Über die Verpflichtung zur Ausschreibung auch im konkreten Fall herrscht nicht Streit.

Nicht im Widerspruch angegeben ist, dass der Betriebsrat gleichzeitig rügen wollte, die Arbeitgeberin habe sich vor Ausschreibung des Arbeitsplatzes nicht entschieden, ob sie den Arbeitsplatz zunächst befristet oder sogleich unbefristet besetzen wollte. Der Zeitpunkt der Entscheidung, ob ein Dauerarbeitsplatz befristet oder unbefristet besetzt werden soll, ist, ebenso wie die Festlegung der Art der Stellenbesetzung, Teil einer Personalplanung. Dieser Gesichtspunkt zählt nicht zu den in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend aufgezählten Gründen. Über Personalplanung ist der Betriebsrat nach § 92 BetrVG zu unterrichten. Wird die Personalplanung Gegenstand einer Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG, kann eine Verletzung dieser Richtlinie einen Widerspruch begründen, § 99 Abs. 2 Ziff. 2 BetrVG. Dass eine Auswahlrichtlinie vorliegt, die verletzt sein könnte, ist aber weder ersichtlich noch im Widerspruchsschreiben aufgeführt.

Die Zustimmung zur Einstellung eines Mitarbeiters kann nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG nicht nur dann verweigert werden, wenn eine erforderliche Ausschreibung

unterblieben ist. Die Verweigerung kann auch darauf gestützt werden, dass eine Ausschreibung unzureichend ist (BAG Beschluss vom 06.10.2010 - 7 ABR 18/09 - EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 18). Eine solche unzureichende Ausschreibung lag hier aber nicht vor. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats ist die Angabe, ob eine Stelle befristet oder unbefristet besetzt werden soll, nicht notwendiger Bestandteil einer Ausschreibung. Die Bekanntgabe, dass eine Stelle zu besetzen ist, ist nicht bereits ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages, sondern lediglich eine Aufforderung, sich bei Interesse zu bewerben (*invitatio ad offerendum*). Zweck der Verpflichtung zur innerbetrieblichen Ausschreibung ist, der vorhandenen Belegschaft anderweitige innerbetriebliche Beschäftigungsmöglichkeiten bekannt zu geben. Dem liegt der Gedanke eines innerbetrieblichen Arbeitsmarktes zugrunde. Einerseits sollen die im Betrieb vorhandenen personellen Ressourcen aktiviert werden. Andererseits soll Verärgerungen der Belegschaft über die Einstellung Außenstehender trotz im Betrieb vorhandenen qualifizierten Angebots entgegengewirkt werden (BAG Beschluss vom 27.07.1993 – 1 ABR 7/93 – EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 115).

Welche Anforderungen an Inhalt, Form, Frist und Bekanntmachung einer Ausschreibung zu stellen sind, ist im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten. Die Ausgestaltung der Ausschreibung ist Sache des Arbeitgebers. Er bestimmt insbesondere, welche Aufgabenbereiche, Befugnisse usw. einer zu besetzenden Stelle zugeordnet sind und welche Anforderungen er vom Bewerber erfüllt sehen will, damit dieser für die Besetzung der freien Stelle in Betracht gezogen wird (Hessisches LAG Beschluss vom 13.07.1999 - 4 TaBV 192/97 - LAGE BetrVG 1972 § 99 Nr. 58). Aus dem Zweck des § 93 BetrVG ergeben sich aber Mindestanforderungen. Dieser Zweck geht dahin, den für eine zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Mitarbeitern Kenntnis von der Stelle zu geben und ihnen die Möglichkeit zu geben, sich darum zu bewerben. Hieraus folgt, dass sich aus der Ausschreibung ergeben muss, um welchen Arbeitsplatz es sich handelt und welche Anforderungen ein Bewerber erfüllen muss (BAG Beschluss vom 27.07.1993 – 1 ABR 7/93 – EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 115). Auch die Höhe der vorgesehenen Vergütung ist nicht notwendig anzugeben (BAG Beschluss vom 10.03.2009 – 1 ABR 93/07 – EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 12). Diesen Anforderungen genügt die Ausschreibung (Bl. 10 d.A.). Ihr kann entnommen werden, dass eine bzw. ein Gesundheits- und Krankenpfleger/in in Vollzeit für eine

internistische Station gesucht wird. Weiter ist angegeben, dass Erfahrungen im Beruf oder im Intensivbereich erwünscht sind. Ein möglicher Interessent ist damit in der Lage, zu beurteilen, ob eine Bewerbung auf diese Stelle für ihn sinnvoll ist.

Hingegen zählt die Angabe, ob eine Stelle befristet oder unbefristet besetzt werden soll, nicht zu den zwingend erforderlichen Daten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung, ob eine Stelle befristet oder unbefristet besetzt werden soll, der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen ist. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht insoweit nicht (LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 26.03.1991 – 2 TaBV 13/90 – LAGE BetrVG 1972 § 99 Nr. 39), so dass ein Widerspruch nicht wegen einer beabsichtigten Befristung ausgeübt werden kann (BAG Beschluss vom 27.10.2010 - 7 ABR 86/09 - DB 2011,771).

Soweit der Betriebsrat geltend macht, das Unterlassen der Angabe, ob die Stelle befristet oder unbefristet zu besetzen ist, hindere mögliche interne Bewerber an der Bewerbung, ist das nicht nachvollziehbar. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Nichtangabe der Dauer als Angebot einer unbefristeten oder einer befristeten Stelle zu verstehen ist. Denn der Zweck der innerbetrieblichen Ausschreibung – Eröffnung des internen Arbeitsmarktes – wird bereits mit der Bekanntgabe erfüllt. Jeder Interessent hat die Möglichkeit, sich entweder sofort zu bewerben oder zunächst bei der als zuständig angeführten Stelle nach Einzelheiten zu erkundigen. So hat die Arbeitgeberin auch hier angegeben „Für Rückfragen steht Ihnen unsere Pflegedienstleitung, zur Verfügung.“

Auch das Argument, betriebsinterne Bewerber, deren Absicht, sich innerbetrieblich zu verändern, müssten mit Problemen durch ihren Vorgesetzten rechnen, greift nicht. Dabei übersieht der Betriebsrat, dass in keinem Fall sicher ist, dass ein betriebsinterner Bewerber mit seiner Bewerbung Erfolg hat, gleichgültig, ob ihm bekannt ist, dass er sich auf eine befristete oder unbefristete Stelle bewirbt.

Auch der Hinweis auf ein mögliches Unterlaufen des Zwecks des § 18 TzBfG greift nicht. Zwar verlangt § 18 TzBfG, dass der Arbeitgeber befristet beschäftigte Arbeitnehmer über entsprechende unbefristete Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen,

unterrichtet. Diese Anforderung ist aber durch die innerbetriebliche Stellenausschreibung erfüllt, abgesehen davon, dass der Widerspruch nicht mit einem Verstoß gegen § 18 TzBfG begründet worden ist. Das wäre ein Widerspruchsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

Der angefochtene Beschluss ist daher abzuändern und die beantragte Zustimmung zu ersetzen.

Die Rechtsbeschwerde ist gem. §§ 92, 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen.