

**Landesarbeitsgericht Schleswig-  
Holstein**

**Aktenzeichen: 4 TaBV 43/07**

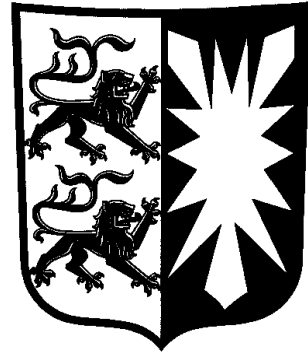
3 BV 120/07 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 03.07.2008

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## **Beschluss**

Im Namen des Volkes

### **Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten**

**pp.**

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 03.07.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

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

Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 27.09.2007 – 3 BV 120/07 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen

.....

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss können die Beteiligten 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.

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

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

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze kön-

nen dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://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](http://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 um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Arbeitnehmers M.

Die Antragstellerin (Arbeitgeberin) betreibt die Niederlassung B. in L. Der Antragsgegner ist der dort gewählte Betriebsrat.

Die Beteiligten streiten seit längerem darüber, ob zusätzliche freiwillige Leistungen auf der Grundlage der Tarifverträge Nr. 112a / 130a nur von Vollzeitkräften – so die Auffassung des Betriebsrates - oder auch von Teilzeitkräften – so die Meinung der Arbeitgeberin – erledigt werden dürfen. Die Beteiligten kamen überein, vier Musterverfahren zu führen, darunter auch das streitgegenständliche.

Die Tarifverträge Nr. 112a / 130a sind Bestandteil eines Pakets mehrerer Tarifverträge, die der Arbeitsplatzsicherung bei der Arbeitgeberin dienen. Sie sehen für den Bereich des Briefzustelldienstes vor, dass Mitarbeiter zusätzliche Leistung bis zur gesetzlichen Höchstdauer von 48 Stunden im wöchentlichen Durchschnitt auf freiwilliger Basis übernehmen können.

Der Tarifvertrag Nr. 112a hat in seinem dritten Teil zur Übernahme zusätzlicher Leistungen auszugsweise folgenden Wortlaut:

## § 1

### Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmer im Geltungsbereich des MTV-DP AG/ETV-DP AG, die ganz oder teilweise Zustelltätigkeiten verrichten.

## § 2

### Übernahme zusätzlicher Leistungen

(1) Im Rahmen des gemäß § 22 Abs. 4 UnterAbs. 1 Satz 2 MTV-DP AG für die Zustellung geltenden Ausgleichszeitraums von 12 Monaten zur Ermittlung der gesetzlich festgelegten Höchstarbeitszeit von werktäglich acht Stunden (48 Stunden im wöchentlichen Durchschnitt) können Arbeitnehmer auf freiwilliger Basis zusätzliche Leistungen übernehmen.

(2) Die Teilnahme ist für jeweils ein Jahr festzulegen, mindestens jedoch bis zur Realisierung einer Neubemessung.

## § 3

### Zusätzliches Entgelt

(1) Für jede rechnerische Stunde zusätzlicher Leistung wird ein zusätzliches Entgelt gezahlt, das sich für alle Teilnehmer auf der Grundlage der Stundenentgelttabelle gemäß Anlage 3 ETV-DP AG für die Entgeltgruppe 3 ergibt. Im Umfang der zusätzlichen Leistung findet § 14 ETV-DP AG keine Anwendung.

(2) Die Gesamtarbeitszeit (GAZ) ist nach den geltenden Regelungen zu ermitteln. Für die Berechnung der zusätzlichen Leistung ist von dieser GAZ die regelmäßige durchschnittliche Wochenarbeitszeit abzusetzen. Die zusätzliche Leistung wird mit der Überschreitung des Personalbedarfs ab einer Höhe von 38,5 Stunden möglich.

...

Wegen des weiteren Inhalts des Tarifvertrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 42, 43 d. A.) verwiesen.

Mit dem Tarifvertrag Nr. 130a verlängerten die Tarifvertragsparteien die Laufzeit des dritten Teils des Tarifvertrages Nr. 112a bis zum 31. Dezember 2009.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte unbefristete Einstellung des Mitarbeiters M. In dem Schreiben (Bl. 12 d. A.) heißt es u.a.:

„Zum 01.07.07 soll der Arbeitnehmer S. M. (ehemaliger Auszubildender), geb. am ...1982, im ZSPL L. einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit einer WAZ von 19,25 Std erhalten.

Er soll als Vertreter in der Zustellung im ZSPL L. eingesetzt und in die Entgeltgruppe 3 eingruppiert werden. Seine Wochenarbeitszeit beträgt, wie bereits ausgeführt, 19,25 Stunden.

Wir beantragen hiermit die Zustimmung des Betriebsrates zur unbefristeten Einstellung des o.g. Mitarbeiters zum 01.07.2007 gem. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.“

Dem Betriebsrat war bekannt, dass der Arbeitnehmer M. im Umfang von weiteren 19,25 Stunden in der Woche zusätzliche Leistungen übernehmen sollte.

Aufgrund einer von den Beteiligten getroffenen Regelungsabrede läuft die Frist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erst ab der nach Eingang des Zustimmungsantrages durchgeführten Betriebsratssitzung. Diese Sitzung fand am 18. Juni 2007 statt.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2007 (Bl. 9 d. A.), der Arbeitgeberin am 25. Juni 2007 zugegangen, verweigerte der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung des Mitarbeiters M., und zwar insbesondere deshalb, weil die Arbeitgeberin beabsichtige, ihm zusätzliche Leistungen auf Grundlage der Tarifverträge 112a / 130a im Umfang von 19,25 Wochenstunden zu übertragen. Die Arbeitgeberin teile damit tarifvertragswidrig einen Vollzeitbeschäftigtenbedarf in eine Teilzeitarbeitskraft und in eine ÜZL-Arbeitskraft auf. Der Tarifvertrag 112a finde bei Teilzeitbeschäftigten keine Anwendung. Der ÜZL-Anteil der Einstellung – immerhin die Hälfte der wöchentlichen Ar-

beitszeit - werde von der Arbeitgeberin mitbestimmungsneutral behandelt. Dieser Anteil werde von ihr weder im Sinne des § 87 BetrVG noch im Rahmen des § 99 BetrVG berücksichtigt. Er – Betriebsrat - fordere die Arbeitgeberin deshalb auf, zumindest im Rahmen des § 99 BetrVG das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten. Im Übrigen hätten die Tarifvertragsparteien nicht beabsichtigt, Teilzeitbeschäftigte bei einer Verlängerung der Wochenarbeitszeit gemäß dem Tarifvertrag Nr. 112a dadurch zu benachteiligen, dass mit ihnen zusätzliche Leistungen gegen Arbeitsvergütung aus der geringsten Entgeltgruppe des Tarifvertrages vereinbart werden können.

Wegen des weiteren Inhaltes des Widerspruchs wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 9 – 11 d. A.).

Unter dem 29. Juni 2007 schloss die Arbeitgeberin mit dem Arbeitnehmer M. eine Vereinbarung zur Übernahme zusätzlicher Leistungen gemäß Betriebsvereinbarung zur Umsetzung der Tarifverträge 112a, 112b und 112e. Ausweislich dieser Vereinbarung übernahm der Arbeitnehmer M. zusätzliche Leistungen in Höhe von 19,25 Wochenstunden, realisiert durch den Verzicht auf 130 dienstplanmäßig freie Tage. Die Übernahme der zusätzlichen Leistung begann am 01.07.2007 für eine Laufzeit von 12 Monaten. Wegen der Einzelheiten der Vereinbarung wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 38 d. A.).

Mit der am 29. Juni 2006 beim Arbeitsgericht eingegangene Antragschrift leitete die Arbeitgeberin das Zustimmungsersetzungsverfahren zur Einstellung des Herrn M. ab 1. Juli 2007 ein, und zwar mit dem Antrag, die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn M. ab 1. Juli 2007 mit einer Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden zu ersetzen.

Der Arbeitnehmer ist seit 1. Juli 2007 für die Arbeitgeberin tätig, und zwar auf der Grundlage eines Teilzeitarbeitsvertrages von 19,25 Stunden, wobei er – wie bereits ausgeführt – weitere 19,25 Stunden pro Woche zusätzliche Leistungen befristet übernahm.

Die Arbeitgeberin hat zur Begründung ihres Zustimmungsersetzungsantrages gemeint, es sei bereits fraglich, ob der Betriebsrat seine Zustimmung mit der Begründung verweigern könne, es sei beabsichtigt, mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung zur Übernahme zusätzlicher Leistung abzuschließen. Denn das zugrunde liegende (Teilzeit) Arbeitsverhältnis bleibe von der Zusatzvereinbarung unberührt. Streitgegenstand des Zustimmungsersetzungsverfahrens sei die Einstellung des Arbeitnehmers M. und nicht die vertragliche Ausgestaltung seines Arbeitsverhältnisses. Die Beschäftigung des Mitarbeiters M. über 19,25 Stunden wöchentlich hinaus auf der Grundlage des Tarifvertrages Nr. 112a / 130a sei keine personelle Maßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Es handele sich bei dieser Beschäftigung nicht um eine zustimmungspflichtige Einstellung, sondern um eine Beschäftigung aufgrund der Regelungen des TV Nr. 112a / 130a (so Vortrag im Schriftsatz vom 25.09.2007, Bl. 68 d. A.).

Im Übrigen verstoße sie auch nicht gegen die Tarifverträge Nr. 112a /130a. Diese seien auf Teilzeitkräfte anwendbar. Die §§ 2 und 3 des Tarifvertrages Nr. 112a stünden dem nicht entgegen. In § 2 Abs. 1 Tarifvertrag Nr. 112a sei allgemein von Arbeitnehmern die Rede. Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 des Tarifvertrages Nr. 112a habe ausschließlich einen zeitwirtschaftlichen Bezug und erstrecke sich nicht auf den Arbeitnehmer und dessen Wochenarbeitszeit. Im Übrigen könne der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers M. auch nicht mit der angeblichen Verletzung des Tarifvertrages Nr. 112a begründen. Der Tarifvertrag untersage die Einstellung als solche nicht. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund folge auch nicht aus § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Die Vereinbarung einer Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden sowie die mögliche Übernahme zusätzlicher Leistungen gemäß dem Tarifvertrag Nr. 112a betreffe die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses und nicht die Einstellung als solche.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

die Zustimmung des Betriebsrates der DP AG, Niederlassung B. L., zur Einstellung des Herrn S. M. ab dem 1. Juli 2007 mit einer Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden zu ersetzen.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Hilfsweise hat der Betriebsrat beantragt,

der Arbeitgeberin aufzugeben, die Beschäftigung des Mitarbeiters S. M. als Vertreter in der Zustellung im ZSPL L. über 19,25 Stunden in wöchentlich hinaus aufzuheben.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

diesen Antrag zurückzuweisen.

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, die Einstellung des Arbeitnehmers M. mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,25 Stunden sowie der Übernahme zusätzlicher Leistungen im gleichen Umfang verletze die Tarifverträge Nr. 112a / 130a. Danach sei die Vereinbarung zusätzlicher Leistungen erst bei Überschreiten des Personalbedarfs ab einer Höhe von 38,5 Stunden möglich. Diese Voraussetzung liege nicht vor. Die Arbeitgeberin stücke den Personalbedarf von 38,5 Stunden in einen Bedarf für eine Teilzeiteinstellung im Umfang von 19,25 Stunden in der Woche und die Übertragung zusätzlicher Leistungen im gleichen Umfang. Dies sei unzulässig, der Tarifvertrag Nr. 112a findet nur auf Vollzeitkräfte Anwendung. Die Tarifvertragsparteien hätten eine solche Aufteilung mit finanziellen Nachteilen für die Mitarbeiter nicht gewollt.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Arbeitgeberin habe ihre Unterrichtungspflicht verletzt. Sie habe dem Betriebsrat mitgeteilt, Herrn M. mit 19,25 Wochenstunden einstellen zu wollen. Dies habe nicht den Tatsachen entsprochen. Tatsächlich habe die Arbeitgeberin ihn mit 38,5 Stunden einstellen und beschäftigen wollen. Die Arbeitgeberin sei verpflichtet gewesen,



den Betriebsrat über die beabsichtigte Gesamtarbeitszeit von 38,5 Stunden zu unterrichten und insoweit die Zustimmung zur Einstellung zu beantragen. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin könne auch nicht zwischen der Einstellung mit 19,25 Wochenstunden und der weiteren Vereinbarung der Übernahme zusätzlicher Leistungen differenziert werden. Die Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG sei im Hinblick auf die Arbeitszeit kein teilbarer Akt. Der Arbeitnehmer werde mit der Gesamtarbeitszeit, die er leisten solle, in den Betrieb eingegliedert.

Gegen den ihr am 9. Oktober 2007 zugestellten Beschluss hat die Arbeitgeberin am 2. November 2007 Beschwerde eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis 16. Januar 2008 am 14. Januar 2008 begründet.

In der Beschwerdeinstanz richtet sich der Antrag der Arbeitgeberin auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn S. M. ab dem 1. Juli 2007. Lediglich hilfsweise stellt die Arbeitgeberin in der Beschwerdeinstanz den Antrag mit der Formulierung aus der ersten Instanz.

Die Arbeitgeberin vertritt folgende Auffassung:

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts sei fehlerhaft, sofern es davon ausgehe, die Arbeitgeberin habe den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet. Beiden Betriebsparteien sei der zugrunde liegende Sachverhalt vollständig bekannt gewesen. Insbesondere habe auch der Betriebsrat gewusst, dass mit dem Arbeitnehmer M. ein Arbeitsvertrag mit einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 19,25 Stunden geschlossen worden sei und sie – Arbeitgeberin – ihm zusätzlich (freiwillige) weitere 19,25 Stunden auf der Grundlage des Tarifvertrages Nr. 112a vorübergehend übertragen habe. Der Betriebsrat habe gewusst, dass mit dem Zustimmungsantrag vom 15. Juni 2007 die Einstellung des Mitarbeiters M. zu genau diesen Konditionen beantragt werde. Genau aus diesem Grund habe der Betriebsrat sein Zustimmungsverweigerungsschreiben auch ausschließlich auf den Teilaspekt „Übertragung weiterer Stunden nach dem Tarifvertrag 112a / 130a“ gestützt. Dem Betriebsrat sei der aktuell vorgesehene Arbeitszeitumfang bekannt gewesen. Er habe deshalb auch das Einstellungsbegehren unter Berücksichtigung der aktuell beabsichtigten Arbeitszeit

beurteilen können, was er im Übrigen auch getan habe. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Anhörungsschreiben vom 15. Juni 2007. Dort sei lediglich mitgeteilt worden, dass die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit 19,25 Stunden betrage. Mit dieser Information habe sie – Arbeitgeberin – lediglich die zutreffende Information gegeben, dass arbeitsvertraglich eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 19,25 Stunden vereinbart worden sei. Das Arbeitsgericht verwechsle die Tatsache mit der „rechtlichen Bewertung“. Für die ordnungsgemäße Information des Betriebsrates komme es allein auf die Tatsachenseite an, nicht aber auf deren rechtliche Bewertung durch den Arbeitgeber. Eine Neuformulierung des Ersetzungsantrages sei – wie geschehen – auch in der Beschwerdeinstanz möglich. Insoweit handele es sich lediglich um eine Klarstellung, jedenfalls aber auf jeden Fall um eine sachdienliche Änderung.

Zustimmungsverweigerungsgründe seien nicht erkennbar. Der Betriebsrat wende sich nicht gegen die Einstellung, sondern gegen den Inhalt der vertraglichen Bedingungen. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund folge nicht aus § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG im Hinblick auf die Vorschriften des Tarifvertrages 112a / 130a zur Übernahme zusätzlicher Leistungen. Der Tarifvertrag enthalte kein Einstellungsverbot. Zudem erlaube er auch die Übertragung zusätzlicher Leistungen an teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund folge auch nicht aus § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Es entspreche allgemeiner Auffassung, dass die Entgelthöhe selbst dann, wenn sie unzutreffend gewählt worden sei, nicht über § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG gerügt werden könne. In der Einstellung selbst liege keine Benachteiligung. Der Betriebsrat mache sich lediglich zum „Vertragskontrolleur“.

Sie – Arbeitgeberin – beantrage daher die Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung zu den dem Betriebsrat bekannten Konditionen (19,25 Stunden fest, 19,25 Stunden befristete Übertragung weiterer Tätigkeiten). Auf diese Einstellung beziehe sich ihr Zustimmungsersetzungsantrag, da die Eingliederung in den Betrieb nicht in Bezug auf einzelne Arbeitsbedingungen aufteilbar sei.

Die Arbeitgeberin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 27.09.2007 (3 BV 120/07) zu ändern und die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn S. M. ab den 01.07.2007 zu ersetzen;

hilfsweise die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn S. M. ab dem 01.07.2007 mit einer Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden zu ersetzen.

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Hilfsweise beantragt der Betriebsrat,

der Arbeitgeberin aufzugeben, die Beschäftigung des Mitarbeiters S. M. als Vertreter in der Zustellung im ZSPL L. über 19,25 Stunden wöchentlich hinaus aufzuheben.

Die Arbeitgeberin beantragt,

den Hilfsantrag abzuweisen.

Der Betriebsrat verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und führt aus, der Arbeitnehmer M. sei 38,5 Stunden in den Betrieb eingegliedert worden, die Arbeitgeberin habe wissentlich und mit Wollen lediglich einen Eingliederungsanteil von 19,25 Stunden Wochenarbeitszeit sowohl dem Betriebsrat als auch dem angerufenen Arbeitsgericht zur Beurteilung vorgestellt. Diese Antragstellung sei unvollständig, für ihn - Betriebsrat - sei für die Beurteilung, ob die Zustimmung erteilt werde oder nicht, stets der aktuell vorgesehene Arbeitszeitumfang von entscheidender Bedeutung. Er habe im Übrigen während der Gespräche vor der Durchführung der Musterverfahren stets darauf hingewiesen, dass er mit der Antragstellung nicht einverstanden sei. Der Arbeitgeberin sei es zudem verwehrt, einen einheitlichen Einstellungsvorgang in mehrere Einzelvorgänge aufzustückeln und ihn - Betriebsrat - von einem Teil dieser auf-

gestückelten Eingliederungsvorgänge im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens des § 99 BetrVG auszuschließen. Soweit die Arbeitgeberin im Übrigen in der Beschwerdeinstanz einen im Wortlaut geänderten Antrag stelle, widerspreche er dieser Antragsweiterung, denn sie sei unzulässig. Ausgangspunkt für das Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG sei immer die Beurteilung der Maßnahme, welche der Arbeitgeber dem Betriebsrat vorgestellt habe. Dies seien lediglich 19,25 Stunden gewesen. Für die darüber hinausgehenden 19,25 Stunden Wochenarbeitszeit habe die Arbeitgeberin weder außergerichtlich noch erstinstanzlich Anträge gestellt.

Der Betriebsrat hat in der Beschwerdeinstanz zunächst in seiner Beschwerdeerwidern vom 21. Februar 2008 lediglich den Antrag gestellt, die Beschwerde zurückzuweisen. Auf Nachfrage des Beschwerdegerichts hat er mit Schriftsatz vom 26. Mai 2008 mitgeteilt, er werde hilfsweise auch den Antrag stellen, der Arbeitgeberin aufzugeben, die Beschäftigung des Mitarbeiters S. M. als Vertreter in der Zustellung in ZSPL L. über 19,25 Stunden wöchentlich hinaus aufzuheben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in der Beschwerdeinstanz wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

## II.

Die Beschwerde der Arbeitgeberin ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt worden. In der Sache hat sie jedoch weder mit ihrem Hauptantrag noch mit ihrem Hilfsantrag Erfolg. Ihre Angriffe gegen die erstinstanzliche Entscheidung rechtfertigen im Ergebnis keine Abänderung des angefochtenen Beschlusses.

**1.** Der Hauptantrag ist zulässig, er ist jedoch nicht begründet.

**a.** Prozessual ist es nicht zu beanstanden, dass die Arbeitgeberin nunmehr in der Beschwerdeinstanz den Antrag stellt, die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn S. M. ab 1. Juli 2007 zu ersetzen. Der Umstand, dass die Arbeitgeberin in erster Instanz noch einen anders formulierten Antrag gestellt hat, nämlich die Zustimmung zur Einstellung des Herrn S. M. ab 1. Juli 2007 mit einer Wochenar-

beitszeit von 19,25 Stunden zu ersetzen, steht der Zulässigkeit des nunmehr in der Beschwerdeinstanz gestellten Antrages nicht entgegen. Dabei kann offen bleiben, ob es sich insoweit lediglich um eine unbedenkliche Klarstellung des Antrags beziehungsweise des Begehrens der Arbeitgeberin handelt oder um eine Antragsänderung. Selbst wenn es nicht lediglich eine Klarstellung wäre, würde es sich jedenfalls um eine zulässige Antragsänderung handeln.

**aa.** Gemäß § 87 Abs. 2 Satz 3 2. Halbsatz ArbGG finden auf das Beschwerdeverfahren die §§ 81 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 ArbGG entsprechende Anwendung. Gemäß § 81 Abs. 3 ArbGG wiederum ist eine Änderung des Antrags zulässig, wenn die übrigen Beteiligten zustimmen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Zwar hat der Betriebsrat einer etwaigen Antragsänderung nicht zugestimmt. Die Änderung ist aber in jedem Fall sachdienlich. Ein Antragsänderung ist immer dann sachdienlich, wenn der Streit mit einer Entscheidung über den geänderten Antrag endgültig oder besser beigelegt werden kann und damit nicht ein völlig neuer Streitstoff zum Gegenstand des Verfahrens gemacht wird, zu dessen Beurteilung das bisherige Ergebnis des Verfahrens nicht nutzbar gemacht werden kann (ErfK-Eisemann, § 81 ArbGG Rn. 7 mit Hinweis auf BAG-Rechtsprechung).

**bb.** Von einer solchen Sachdienlichkeit ist hier auszugehen. Es geht um die Beurteilung des Einstellungsverganges. Auch wenn die Arbeitgeberin erstinstanzlich insoweit eine Begrenzung auf 19,25 Wochenstunden vorgenommen hat, so ist doch für den nunmehr gestellten Antrag der bisherige Streitstoff vollständig verwertbar und es wird auch kein neuer Streitstoff zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Dass sich möglicherweise – wie der Betriebsrat meint – der Streitgegenstand ändert, ist typisch für eine Antragsänderung. Im Übrigen steht entgegen der Auffassung des Betriebsrates der Zulassung des nunmehr gestellten Hauptantrages auch nicht entgegen, dass die Arbeitgeberin sowohl vorprozessual als auch erstinstanzlich lediglich die Zustimmung zu einer Einstellung für eine wöchentliche Arbeitszeit von 19,25 Stunden beantragt hat. Dieser Umstand ist nicht im Rahmen der Zulässigkeit des nunmehr gestellten Hauptantrages zu prüfen, sondern ist eine Frage der Begründetheit des Hauptantrages.

**cc.** Der Hauptantrag ist im Übrigen auch bestimmt genug. Es ist nicht erforderlich, dass im Hauptantrag ausdrücklich das Arbeitszeitvolumen aufgenommen wird. Wenngleich die Einstellung im Sinne einer Eingliederung in den Betrieb auch vom zeitlichen Ausmaß der Eingliederung bestimmt wird (BAG, Beschluss v. 25.01.2005 - 1 ABR 59/03 – zit. nach JURIS, Rn. 27), so ist es dennoch nicht erforderlich, im Antrag selbst das Arbeitszeitvolumen zu erwähnen. Notwendig und ausreichend bezogen auf die Bestimmtheit des Antrages ist es, wenn sich aus der Begründung des Arbeitgebers zu beehrten Ersetzung der Einstellung ergibt, mit welchem Arbeitszeitvolumen der Arbeitnehmer eingestellt werden soll. Dies ist spätestens durch die Klarstellung im Schriftsatz der Arbeitgeberin vom 3. Juni 2008 erfolgt, wo sie darauf hinweist, die begehrte Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Arbeitnehmers M. solle sich erstrecken auf ein Arbeitszeitvolumen von insgesamt 38,5 Stunden, nämlich 19,25 Stunden fest und 19,25 Stunden befristete Übertragung weiterer Tätigkeiten. Damit ist der Streitgegenstand der Einstellung konkretisiert. Dies reicht für die Bestimmtheit des Antrages aus.

**b.** Der Antrag ist jedoch nicht begründet.

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber unter den dort näher beschriebenen Voraussetzungen den Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten und dessen Zustimmung zu der geplanten Maßnahme einzuholen. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, so kann der Arbeitgeber gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen. Zwischen § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG und § 99 Abs. 4 BetrVG besteht insoweit eine Verknüpfung, als das Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nur für solche personellen Maßnahmen betrieben werden kann, die zuvor identischer Gegenstand der Unterrichtung gemäß § 99 Abs. 1 und der dortigen begehrten Zustimmung waren. Mit anderen Worten: Streitgegenstand eines Zustimmungsersetzungsantrags gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG kann nicht eine Maßnahme sein, die eine andere ist als jene, für die die Arbeitgeberin zuvor gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Zustimmung beim Betriebsrat begehrt hat.

Die Arbeitgeberin erstrebt im Hauptantrag in zweiter Instanz die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Arbeitnehmers M. mit einem Einglie-

derungsvolumen von 38,5 Stunden. Ihren Antrag gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat sie aber seinerzeit beschränkt nur auf ein aus ihrer Sicht mitbestimmungsrelevantes Volumen von 19,25 Wochenstunden. Es ist ihr deshalb verwehrt, nunmehr im Ersetzungsverfahren gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG das Volumen von 38,5 Stunden zum Gegenstand zu machen. Vielmehr muss sie – will sie sich insoweit die Zustimmung ersetzen lassen – zunächst bezogen auf dieses Arbeitszeitvolumen gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Zustimmung beim Betriebsrat beantragen. Dazu im Einzelnen:

**aa.** Gegenstand eines Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung zu einer Einstellung ist die Frage, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme aufgrund eines konkreten an den Betriebsrat gerichteten Zustimmungersuchens des Arbeitgebers angesichts der vom Betriebsrat geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe gegenwärtig und zukünftig als endgültige Maßnahme zulässig ist (vgl. Richardi-Thüsing, BetrVG, 11. Auflage, § 99 Rn. 273). Maßgebend ist, zu welcher konkreten Maßnahme der Arbeitgeber den Betriebsrat um Zustimmung ersucht. Bezogen auf diese bestimmte Maßnahme hat der Betriebsrat zu prüfen, ob einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe vorliegt. Deshalb ist die Einstellung, zu der der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats begehrt, in abgrenzbarer Weise zu konkretisieren. Von besonderer Bedeutung ist dabei die zeitliche Komponente. Wie das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 25. Januar 2005 (1 ABR 93/03 – BAGE 113, 206) deutlich gemacht hat, wohnt der Einstellung ein zeitlicher Aspekt inne. Denn nach dieser Entscheidung kann auch die Erhöhung des vertraglich vereinbarten Arbeitszeitvolumens eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sein, wenn sie nach Umfang und Zeitdauer als nicht unerheblich anzusehen ist. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber durch Angabe einer bestimmten wöchentlichen Arbeitszeit die beabsichtigte Einstellung konkretisiert. Nur bezogen auf diese personelle Maßnahme kann der Betriebsrat das Vorliegen von Zustimmungsverweigerungsgründen prüfen. Will der Arbeitgeber die Arbeitszeit über das arbeitsvertraglich geschuldete Stundenvolumen hinaus erhöhen, kann dies eine weitere Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sein, wenn sie nach Umfang und Zeitdauer als nicht unerheblich angesehen werden muss. Insoweit schließt sich

die erkennende Kammer den zutreffenden Ausführungen der 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein (6 TaBV 40/07) vollständig an.

Der Entscheidung des Betriebsrates über eine Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung liegt daher stets der aktuelle vorgesehene Arbeitsumfang zugrunde. Nur im Hinblick auf diesen kann der Betriebsrat das Vorliegen von möglichen Zustimmungsverweigerungsgründen prüfen. Eine nicht nur unbedeutende Änderung des bisherigen Arbeitszeitvolumens muss deshalb zu einer neuerlichen Beurteilung führen (BAG, Beschluss v. 25.01.2005 – 1 ABR 59/03 -, zit. nach JURIS, Rn. 28).

**bb.** Das jetzige Begehren der Arbeitgeberin – Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung mit einem Arbeitszeitvolumen von 38,5 Stunden – ist nicht deckungsgleich mit dem Gegenstand seines Antrages gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Denn die Arbeitgeberin hat seinerzeit die beabsichtigte Einstellung des Arbeitnehmers M. dahin konkretisiert, dass sie den Betriebsrat um Zustimmung zur Einstellung als Teilzeitkraft mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,25 Stunden ersucht hat. Um Zustimmung zur Beschäftigung im Umfang von weiteren 19,25 Stunden hat die Arbeitgeberin den Betriebsrat gerade nicht gebeten. Die Einstellung des Herrn M. mit einem Arbeitszeitvolumen von 38,5 Stunden war so gerade nicht Gegenstand des Zustimmungersuchens. Dies ergibt sich zunächst bereits aus dem Schreiben der Arbeitgeberin vom 15. Juni 2007 an den Betriebsrat, mit dem sie die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Mitarbeiters M. begehrt. Zwar heißt es dort im dritten Absatz, sie beantrage die Zustimmung des Betriebsrates zur unbefristeten Einstellung des Mitarbeiters M. zum 1. Juni 2007. Vordergründig zutreffend ist insoweit der Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin in der Beschwerdeinstanz, diese konkrete Formulierung enthalte keine Beschränkung auf ein bestimmtes Arbeitszeitvolumen, sondern beziehe sich auf den Einstellungsvorgang als solchen. Wenn der Verfahrensbevollmächtigte der Arbeitgeberin in der Beschwerdeinstanz dann aber weiterhin die Auffassung vertritt, mit den Absätzen 1 und 2 werde lediglich auf den vertraglich vereinbarten Umfang der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit hingewiesen, so vermag das Beschwerdegericht dieser Argumentation nicht zu folgen. Im Absatz 1 heißt es insoweit, Herr M. erhalte einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit einer Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden. Im Absatz 2 wird wiederholt, seine



Arbeitszeit betrage 19,25 Stunden. Wenn dann im dritten Absatz die Zustimmung des Betriebsrates zur unbefristeten Einstellung begehrt wird, so kann sich dies nur auf das Arbeitszeitvolumen von 19,25 Stunden beziehen, denn insoweit wurde der Arbeitnehmer auch nur unbefristet eingestellt. Mit anderen Worten: Absatz 3 - Zustimmung zur unbefristeten Einstellung - konnte sich nur auf das Arbeitszeitvolumen von 19,25 Stunden beziehen, nicht aber auch auf das weitere Volumen von 19,25 Stunden aus der Übernahme zusätzlicher freiwilliger Dienste. Denn diese Übernahme geschah – was im Übrigen den Beteiligten bekannt ist und war – lediglich befristet und längstens für 1 Jahr. Bezogen auf diesen Anteil enthält das Schreiben vom 15. Juni 2007 aber überhaupt keine Aussage, weshalb insoweit auch noch nicht ein Verfahren gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG eingeleitet wurde. Dies geschah seitens der Arbeitgeberin auch ganz bewusst, was sich aus dem Inhalt ihres erstinstanzlichen Schriftsatzes vom 25.09.2007 auf Seite 3 (Bl. 68 d. A.) ergibt. Dort heißt es ausdrücklich, die Beschäftigung des Mitarbeiters M. über 19,25 Stunden wöchentlich hinaus auf der Grundlage des TV Nr. 112 a / 130 a sei keine personelle Maßnahme im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Es handele sich bei dieser Beschäftigung nicht um eine zustimmungspflichtige Einstellung, sondern um eine Beschäftigung aufgrund der Regelung des Tarifvertrages.

Daraus folgt, dass die Arbeitgeberin bereits bei Fertigung des Schreibens vom 15. Juni 2007 bewusst die Entscheidung traf, die begehrte Zustimmung zur Einstellung zu begrenzen auf das Arbeitszeitvolumen von 19,25 Stunden. Dies belegt, dass die Arbeitgeberin seinerzeit lediglich eine Verpflichtung sah, die Zustimmung des Betriebsrates bezogen auf ein Volumen von 19,25 Stunden einzuholen. Damit hat sie den Gegenstand des Verfahrens auch auf dieses Arbeitszeitvolumen begrenzt und damit gegenüber dem Betriebsrat den konkreten Umfang der Einstellung bezogen auf das Arbeitszeitvolumen festgelegt. Nur auf diesen von der Arbeitgeberin seinerzeit bestimmten Gegenstand des Verfahrens nach § 99 Abs. 1 BetrVG kann sich das Ersetzungsverfahren aus § 99 Abs. 4 BetrVG erstrecken. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Argumentation der Arbeitgeberin in der Beschwerdeinstanz, wonach es sich insoweit um eine unschädliche rechtliche Beurteilung der Arbeitgeberin gehandelt habe und entscheidend sei, dass Gegenstand der Einstellung die Beschäftigung des Arbeitnehmers M. mit seinen tatsächlichen Arbeitszeitvolumen sei. Zwar ist es

grundsätzlich richtig, dass bei der rechtlichen Prüfung die Tatsachengrundlage von der rechtlichen Beurteilung getrennt werden muss. Entscheidend ist aber, dass eine von der Arbeitgeberin vorgenommene rechtliche Beurteilung dazu führen kann, dass sie – wenn auch fehlerhaft - die Tatsachengrundlage verkürzt, also aus einer fehlerhaften rechtlichen Einschätzung einen fehlerhaften Schluss zieht und insoweit den Gegenstand ihres Ersetzungsbegehrens verkürzt beziehungsweise einschränkt. Es liegt dann nicht eine für die Instanzen unbeachtliche fehlerhafte Einschätzung der Arbeitgeberin vor, sondern die Arbeitgeberin hat durch ihre fehlerhafte Einschätzung den Prüfungsgegenstand verkürzt, der dann aber auch nur Gegenstand des Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG sein kann.

Unerheblich ist insoweit auch, dass der Betriebsrat – dafür bestehen für das Beschwerdegericht keine gegenteilige Anhaltspunkte – auch wusste, dass die Arbeitgeberin beabsichtigte, den Arbeitnehmer M. tatsächlich 38,5 Stunden arbeiten zu lassen, und zwar 19,25 Stunden auf der Grundlage eines unbefristeten Arbeitsvertrages und weitere 19,25 Stunden als zusätzliche Leistung nach den Tarifverträgen Nr. 112a / 130a. Dass der Betriebsrat dies wusste, ergibt sich insbesondere aus seinem Zustimmungsverweigerungsschreiben, in dem er sich eingehend mit dieser von ihm als künstlich bezeichneten Aufteilung auseinandersetzt. Die Kenntnis des Betriebsrates von der Absicht der Arbeitgeberin hinsichtlich des Umfangs der Beschäftigung des Arbeitnehmers M. führt aber nicht dazu, dass damit auch das Beschäftigungsvolumen von 38,5 Stunden Gegenstand der begehrten Zustimmungsersetzung wird. Insoweit gilt weiterhin, dass die Arbeitgeberin den Gegenstand des Verfahrens gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 99 Abs. 4 BetrVG mit der Maßgabe bestimmt, dass sie selbst festlegt, wofür die Zustimmung erteilt werden soll. Dies ist aus den oben dargelegten Gründen - wenn auch fehlerhaft – begrenzt worden auf eine Einstellung mit 19,25 Wochenstunden.

Nach alledem ist das Begehren der Arbeitgeberin im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nicht deckungsgleich mit ihrem Begehren nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Eine Ersetzung im Umfang des Hauptantrages ist daher gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG nicht möglich.

2. Auch der zulässige Hilfsantrag ist nicht begründet. Zwar ist er insoweit deckungsgleich mit dem von der Arbeitgeberin im Rahmen des Verfahrens nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geäußerten Standpunkt. Entscheidend ist aber, dass die hier zu beurteilende Einstellung als Vorgang nur einheitlich bewertet werden darf. Tatsächlich stellte sich die Beschäftigung des Mitarbeiters M. ab 01.07.2007 als Einstellung mit einem Arbeitszeitvolumen von 38,5 Stunden dar. In diesem Umfang ist der Arbeitnehmer am 01.07.2007 in den Betrieb eingegliedert worden. Dieses Arbeitszeitvolumen bestimmt die Eingliederung und damit die Einstellung. Diese Maßnahme ist nicht als personelle Einzelmaßnahme aufzuteilen in eine Einstellung mit 19,25 Stunden aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrages und mit weiteren 19,25 Stunden aufgrund einer besonderen Abrede zur Übernahme weiterer freiwilliger Dienste. Es bleibt eine einheitliche personelle Maßnahme. Für diese einheitliche personelle Maßnahme hätte die Arbeitgeberin die Zustimmung des Betriebsrates einholen müssen. Es wäre dann zu prüfen gewesen, ob die Zustimmung erteilt oder ob sie verweigert wird. Nicht denkbar wäre es aber gewesen, sie nur teilweise zu erteilen. Dies würde zu einer unzulässigen Aufteilung einer einheitlichen personellen Maßnahme führen. Zwar ist es richtig, dass der ÜZL-Anteil und der Anteil des Arbeitszeitvolumens auf der Grundlage des unbefristeten Arbeitsvertrages bestimmbar ist. Es bleibt aber dabei, dass die Einstellung als Eingliederung in den Betrieb am 1. Juli 2007 mit einem Volumen von 38,5 Stunden erfolgte und dies das zeitliche Ausmaß der Eingliederung und damit der einheitlichen personellen Maßnahme ausmacht.

Folglich ist es auch nicht möglich, aufgrund der fehlerhaften Vorgehensweise der Arbeitgeberin im Rahmen von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG jedenfalls für den Anteil von 19,25 Stunden aus dem unbefristeten Arbeitsvertrag die Zustimmung zu ersetzen. Tatsächlich gibt es keine personelle Maßnahme mit 19,25 Stunden, sondern nur eine Einstellung mit einem Eingliederungsvolumen von 38,5 Stunden. Würde man die Zustimmung zur Einstellung von 19,25 Stunden ersetzen, so würde sich die Zustimmung auf eine personelle Maßnahme erstrecken, die als solche überhaupt nicht existiert.

Insoweit besteht ein Unterschied zu den Fallkonstellationen, in denen sich im Laufe eines Arbeitszeitverhältnisses aus welchen Gründen auch immer das Arbeitszeitvo-

lumen ändert und sich die Frage stellt, ob die Änderung des Volumens eine erneute Einstellung ist. Dann liegen zwei voneinander getrennte und abtrennbare Einstellungsvorgänge vor. Dies ist hier jedoch bei der Eingliederung am 01.07.2007 mit 38,5 Stunden nicht der Fall. Denn eine solche Eingliederung ist von vornherein von der Arbeitgeberin gewollt gewesen. Sie hatte es lediglich fehlerhaft unterlassen, insoweit das Verfahren ordnungsgemäß nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG einzuleiten.

In diesem Fall ist der Betriebsrat deshalb auch nicht auf das Verfahren nach § 101 BetrVG für den „überschießenden Teil“ zu verweisen. Vielmehr ist die Beschwerde insgesamt zurückzuweisen und die Arbeitgeberin mag gegebenenfalls das Verfahren gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ordnungsgemäß einleiten.

Die Rechtsbeschwerde wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

gez. ...    gez. ...    gez. ...