

**Landesarbeitsgericht  
Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 5 TaBV 32/09**

4 BV 8 d/09 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 12.01.2010

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## **Beschluss**

Im Namen des Volkes

**In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten**

**pp.**

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 12.01.2010 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

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

1. Auf die Beschwerde des Betriebsrates wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Kiel vom 08.07.2009, Az.: 4 BV 8 d/09, teilweise abgeändert und der Widerfeststellungsantrag der Arbeitgeberin zurückgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen.
3. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

---

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 92 a Arbeitsgerichtsgesetz verwiesen.

## Gründe

### A.

Die Beteiligten streiten im Beschwerdeverfahren noch darüber, ob die Antragsgegnerin (im Folgenden: Arbeitgeberin) verpflichtet ist, den Antragsteller (im Folgenden: Betriebsrat) von Rechtsanwaltskosten freizustellen.

Mit Anhörungsbogen vom 20.08.2007 beantragte die Arbeitgeberin beim Betriebsrat die Zustimmung zur vom 01.09.2007 bis zum 29.02.2008 befristeten Einstellung der Bewerberin Z. C. (Bl. 7 der Beiakte: ArbG Kiel 4 BV 76 d/07 = 4 TaBV 5/08, künftig: d. BA.). Mit von der zweiten Vorsitzenden unterzeichnetem Schreiben vom 24.08.2007 teilte der Betriebsrat mit, dass er auf seiner Sitzung vom 23.08.2007 der beabsichtigten Einstellung von Frau C. nicht zugestimmt habe, weil ihm keine gültige Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis vorgelegen habe. Zuvor hatte der Betriebsrat der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 14.06.2007 mitgeteilt, dass er zukünftig bei den Einstellungsunterlagen von ausländischen Bewerbern und Bewerberinnen mit ausländischem Namen und Geburtsort den Nachweis einer gültigen Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis erwarte (Bl. 12 d. BA). Die Arbeitgeberin erwiderte auf den Widerspruch des Betriebsrats mit Schreiben vom 24.08.2007 und teilte mit, dass Frau C. die deutsche Staatsbürgerschaft besitze, sodass seine Ablehnung unwirksam sei (Bl. 9 d. BA.). Mit Schreiben vom 14.09.2007 teilte der Betriebsrat der Arbeitgeberin sodann mit, dass er beschlossen habe, ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren einzuleiten. Die Arbeitgeberin erwiderte hierauf mit Schreiben vom 17.09.2007 und wies darauf hin, dass dem Betriebsrat mit dem Schreiben vom 24.08.2007 eine Kopie des Personalausweises der Mitarbeiterin C. übermittelt worden sei (Bl. 10 f. d. BA). Am 21.09.2007 leitete der anwaltlich vertretene Betriebsrat vor dem Arbeitsgericht Kiel ein Beschlussverfahren mit folgenden Anträgen ein (Beiakte: ArbG Kiel 4 BV 76 d/07 = 4 TaBV 5/08):

1. der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die personelle Maßnahme zur Einstellung der Frau Z. C. aufzuheben.

2. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in ihrem Betrieb Arbeitnehmer zu beschäftigen, zu deren Einstellung der Antragsteller seine Zustimmung verweigert hat, die fehlende Zustimmung des Arbeitsgerichts nicht ersetzt worden ist oder die Antragsgegnerin das Verfahren nach § 100 BetrVG eingeleitet hat.
3. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus Ziff. 2 wird ein Ordnungsgeld bis zu EUR 10.000,00 angedroht.

Das Arbeitsgericht Kiel wies die Anträge mit Beschluss vom 12.12.2007 (4 BV 76 d/07) zurück. Der Arbeitgeberin sei nicht aufzugeben, gemäß § 101 S. 1 BetrVG die Einstellung der Arbeitnehmerin C. aufzuheben. Der Widerspruch des Betriebsrats sei offensichtlich unbeachtlich gewesen, sodass sich die Arbeitgeberin darüber habe hinweg setzen dürfen. Aufgrund des Namens sei der Betriebsrat offenbar davon ausgegangen, dass es sich bei der Bewerberin um eine Türkin gehandelt habe, die grundsätzlich einer Arbeitserlaubnis bedürfe. Indessen besitze die Arbeitnehmerin C. die deutsche Staatsangehörigkeit, sodass die Arbeitgeberin keine Arbeitserlaubnis habe vorlegen müssen. Hierauf sei der Betriebsrat auch mit Schreiben vom 24.08.2007 hingewiesen worden. Auch die auf Unterlassung und Festsetzung eines Ordnungsgeldes gerichteten Anträge seien unbegründet. Die Arbeitgeberin habe keine groben Verstöße gegen das Betriebsverfassungsrecht begangen.

Am 16.01.2008 stimmte der Betriebsrat der mit Anhörungsbogen vom 06.01.2008 beantragten befristeten Vertragsverlängerung der Arbeitnehmerin C. vom 01.03.2008 bis zum 31.08.2008 zu (Bl. 46 d. A.).

Der Betriebsrat legte gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts vom 12.12.2007 Beschwerde ein (4 TaBV 5/08). In der Beschwerdeverhandlung vom 03.07.2008 nahm der Betriebsrat die Beschwerde zurück, woraufhin das Landesarbeitsgericht das Verfahren einstellte.

Mit Schreiben vom 10.07.2008 machte der Verfahrensbevollmächtigte des Betriebsrats gegenüber der Arbeitgeberin die im vorliegenden Verfahren strittigen Gebühren in Höhe von insgesamt € 2.088,45 geltend (Bl. 12 f. d. A.). Die Arbeitgeberin lehnte die Übernahme der Anwaltskosten ab. Am 12.02.2009 beschloss der Betriebsrat, ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren zur Freistellung des Betriebsrats von den Kosten der anwaltlichen Vertretung in dem Gerichtsverfahren 4 BV 76 d/07 (Arbeits-

gericht Kiel) und 4 TaBV 5/08 (Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein) einzuleiten und mit der Prozessführung Rechtsanwalt H. zu beauftragen.

Der Betriebsrat hat beantragt,

die Arbeitgeberin zu verpflichten, ihn, den Betriebsrat, von den Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 2.088,45 gemäß Kostenrechnung der Anwaltskanzlei S. H. vom 10.07.2008 freizustellen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

den Antrag des Betriebsrats zurückzuweisen,

sowie festzustellen, dass sie, die Arbeitgeberin, nicht verpflichtet ist, die Kostenrechnung des anwaltlichen Vertreters des Betriebsrats im vorliegenden Beschlussverfahren als notwendige Kosten der Betriebsratsarbeit zu tragen.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Feststellungsantrag der Arbeitgeberin zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes in erster Instanz, insbesondere des streitigen Sach- und Rechtsvortrags der Beteiligten, wird auf den Sachbericht (Ziff. I) des angefochtenen Beschlusses einschließlich der Inbezugnahme verwiesen.

Mit Beschluss vom 08.07.2009 hat das Arbeitsgericht den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen und dem Widerfeststellungsantrag der Arbeitgeberin stattgegeben. Der Betriebsrat habe keinen Anspruch auf Freistellung von den Rechtsanwaltsgebühren. Er müsse sich vorhalten lassen, zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Einleitung des Beschlussverfahrens und die Bestimmung des Rechtsanwalts H. als Prozessbevollmächtigten am 13.09.2007 ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht initiiert zu haben ohne dass ein hinreichender Anlass sowie entsprechende Erfolgsaussicht gegeben waren. Der Betriebsrat habe das Beschlussverfahren mutwillig eingeleitet und durchgeführt. Hieran ändere auch der dem Betriebsrat zustehende Beurteilungsspielraum nichts. Denn die Arbeitgeberin hatte dem Betriebsrat bereits mitgeteilt, dass Frau C. die deutsche Staatsbürgerschaft besitze. Der Betriebsrat habe mithin ge-

wusst, dass sein Widerspruch unbegründet gewesen sei. Ihm sei es vielmehr nur um die Durchsetzung eines Formularanspruchs gegangen, nicht aber um die Klärung einer offenen betriebsverfassungsrechtlichen Frage. Nicht nur, dass das Beschlussverfahren 4 BV 76 d/07 keine Erfolgsaussicht bot, so müsse sich der Betriebsrat auch den Vorwurf der Mutwilligkeit gefallen lassen. Dies gelte auch für den weiterhin geltend gemachten Antrag nach § 23 Abs. 3 BetrVG. Der Betriebsrat habe lediglich schlagwortartig behauptet, die Arbeitgeberin habe die Mitbestimmungsrechte missachtet. Zum Zeitpunkt des Beschlusses des Betriebsrates sei eine Erfolgsaussicht nicht erkennbar gewesen. Gleiches gelte für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesarbeitsgericht. Der Feststellungsantrag der Arbeitgeberin sei begründet. Die Arbeitgeberin sei nicht verpflichtet, die Kostenrechnung des Prozessbevollmächtigten des Betriebsrats im vorliegenden Verfahren als notwendige Kosten der Betriebsratsarbeit zu tragen. Auch für das vorliegende Verfahren sei darauf zu verweisen, dass das Verfahren offensichtlich von Anfang an keine Erfolgsaussicht gehabt habe.

Gegen diesen ihm am 11.08.2009 zugestellten Beschluss hat der Betriebsrat am 12.08.2009 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Beschwerde eingelegt und diese am 09.10.2009 begründet.

Der Betriebsrat rügt

die fehlerhafte Besetzung der Kammer des Arbeitsgerichts. Analog § 41 Nr. 4 ZPO sei die Kammer kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen. Eine antragsgemäße Entscheidung hätte nur erfolgen können, wenn die Kammer von den Gründen der Ausgangsentscheidung (4 BV 76 d/08) hätte abweichen können. Schon die Begründung der Ausgangsentscheidung (4 BV 76 d/08) indiziere zugleich die mangelnde Erfolgsaussicht des auf die Erstattung der im vorliegenden Verfahren rechtshängigen Freistellungsanspruchs bzgl. der angefallenen Rechtsanwaltskosten. Im Übrigen sei das von ihm eingeleitete Beschlussverfahren (4 BV 76 d/08) auch weder offensichtlich erfolglos noch mutwillig gewesen. Er habe wegen der Einstellung eines Nicht-EU-Arbeitnehmers, für den keine Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung vorgelegen habe, die Arbeitgeberin darauf hingewiesen, dass in derartigen Fällen die entsprechenden Urkunden in Kopie vorzulegen seien. Hieran habe sich die Arbeitgeberin im Falle C. nicht gehalten. Trotz erfolgter Nachfrage habe er,

der Betriebsrat, den Personalausweis der Bewerberin C. in Kopie nicht erhalten. Damit habe er davon ausgehen können, dass ein beachtlicher Verweigerungsgrund i. S. v. § 99 Abs. 2 BetrVG vorgelegen habe. Das Arbeitsgericht habe im vorangegangenen Beschlussverfahren (4 BV 76 d/08) der Arbeitgeberin eine materiellrechtliche Prüfung der Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung zugestanden, die indessen einzig den Arbeitsgerichten vorbehalten sei. Das erstinstanzliche Beschlussverfahren (4 BV 76 d/08) habe bereits deswegen Aussicht auf Erfolg gehabt, weil die Arbeitgeberin objektiv gegen gesetzliche Pflichten verstoßen hatte. Aussichtslos sei die Rechtsverfolgung nur dann, wenn die Rechtslage unzweifelhaft sei und zu einem Unterliegen des Betriebsrats führen müsse. Die Voraussetzungen nach § 101 BetrVG zur Aufhebung der personellen Maßnahme hätten indessen vorgelegen. Auch das Beschwerdeverfahren (4 TaBV 5/08) habe Aussicht auf Erfolg gehabt. Er, der Betriebsrat, habe in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur dargelegt, dass seine Widerspruchsbegründung einem Ablehnungsgrund i. S. d. § 99 Abs. 2 BetrVG zuzuordnen gewesen sei. Das Arbeitsgericht habe in den Entscheidungsgründen der Sache nach über eine Zustimmungsersetzung entschieden. Damit habe es der Erklärung des Betriebsrats zunächst die Zuordnung zu einem anerkannten Verweigerungsgrund beigemessen. Die Annahme, ein formal beachtlicher Widerspruch könne aufgrund mangelnden Widerspruchgrundes gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG unbeachtlich werden, stehe im logischen Widerspruch zur gesetzlichen Ausgestaltung des § 101 BetrVG. Das Arbeitsgericht hätte nicht die Kriterien eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG heranziehen dürfen. Denn § 101 BetrVG sei Sanktion für eine mitbestimmungswidrig durchgeführte personelle Maßnahme.

Der Feststellungsantrag der Arbeitgeberin sei nach § 80 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 33 ZPO unzulässig, da der Feststellungsantrag nicht mit dem streitigen Kostenerstattungsanspruch betreffend das Beschlussverfahren wegen der Aufhebung der personellen Maßnahme C. (4 BV 76 d/08) in einem rechtlichen Zusammenhang stehe. Der negative Feststellungsantrag sei auch unbegründet.

Der Betriebsrat beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Kiel vom 08.07.2009, Az. 4 BV 8 d/09, abzuändern und die Arbeitgeberin zu verpflichten, ihn, den Betriebsrat, von den Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 2.088,45 gemäß Kostenrechnung der Anwaltskanzlei S. H. vom 10.07.2008 freizustellen

und

den Widerfeststellungsantrag der Arbeitgeberin zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin trägt vor,

die 4. Kammer des Arbeitsgerichts Kiel sei weder nach § 41 Nr. 4 ZPO noch nach § 41 Nr. 6 ZPO von der Entscheidung ausgeschlossen gewesen. Eine analoge Anwendung von § 41 Nr. 6 ZPO auf die im Geschäftsverteilungsplan geregelte Zuständigkeit aufgrund Sachzusammenhangs scheide aus. § 41 Nr. 6 ZPO bezwecke allein die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Rechtsmittelverfahrens und lasse sich nicht auf Fallkonstellationen übertragen, in denen die Vorbefassung prozessimmanent und typisch sei.

Der Kostenfreistellungsantrag des Betriebsrats sei auch unbegründet. Insoweit macht die Arbeitgeberin sich die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu eigen. Angesichts der Mitteilung vom 24.08.2007 habe der Betriebsrat positive Kenntnis davon gehabt, dass die Arbeitnehmerin C. die deutsche Staatsbürgerschaft besitze. Ungeachtet dessen sei sie, die Arbeitgeberin, auch nicht verpflichtet gewesen, im Falle der Einstellung einer Ausländerin aus einem Nicht-EU-Land dem Betriebsrat deren Arbeitsgenehmigung vorzulegen. Eine derartige Regelungsabrede gebe es nicht. Der Widerspruch des Betriebsrats sei durch die Mitteilung, dass Frau C. Deutsche sei, gegenstandslos geworden, was für den Betriebsrat auch ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Ein Zustimmungsersetzungsverfahren habe sie somit nicht einleiten müssen. Darüberhinaus habe der Betriebsrat das Beschlussverfahren nach § 101 BetrVG mutwillig eingeleitet. Dies gelte erst recht für das Beschwerdeverfahren (4 TaBV 5/08). Zutreffend habe das Arbeitsgericht die Stellungnahme des Betriebsrats vom 16.01.2008 zur Vertragsverlängerung der Arbeitnehmerin C. als Zustimmung gewertet. Der Betriebsrat habe darin eine Stellungnahme wegen des noch laufenden Be-



schlussverfahrens abgelehnt. Damit gelte indessen die Zustimmung als erteilt. Die Arbeitgeberin bestreitet zudem die Höhe der geltend gemachten Rechtsanwaltsgebühren.

Ihr Feststellungswiderantrag sei sowohl zulässig als auch begründet. Der Zulässigkeit stehe § 33 ZPO nicht entgegen. Diese Vorschrift beinhalte einen zusätzlichen besonderen Gerichtsstand der Widerklage, nicht jedoch eine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung. Da das vorliegende Beschlussverfahren ganz offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg geboten habe, sei der Feststellungsantrag auch begründet.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 12.01.2010 verwiesen.

## **B.**

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 89 Abs. 1, Abs. 2; 89 Abs. 2; 66 Abs. 1; 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 518; 519 ZPO.

In der Sache selbst hat die Beschwerde des Betriebsrates nur teilweise Erfolg.

I. Der Betriebsrat hat die in der Beschwerdebegründung noch erhobenen Verfahrensrügen bezüglich der fehlerhaften Besetzung der 4. Kammer des Arbeitsgerichts in der Beschwerdeverhandlung erkennbar nicht weiter aufrecht erhalten. Ungeachtet dessen, dass selbst bei Vorliegen erheblicher Verfahrensmängel im erstinstanzlichen Verfahren nach § 91 Satz 2 ArbGG eine Zurückverweisung nicht erfolgen kann, sei hierzu Folgendes angemerkt:

1. Die Vorsitzende Richterin am Arbeitsgericht B. war weder nach §§ 80 ArbGG, 41 Nr. 4 ZPO noch nach §§ 80 ArbGG, 41 Nr. 6 ZPO an der Entscheidung des Beschlussverfahrens - 4 BV 76 d/07 – kraft Gesetzes ausgeschlossen. Nach § 41 Nr. 4 ZPO ist der Richter ausgeschlossen, wenn er in der gleichen Sache von einer Partei

als Prozessbevollmächtigter oder Beistand bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Diese Voraussetzungen liegen, bezogen auf die Vorsitzende Richterin erster Instanz, ganz offensichtlich nicht vor.

**2.** Aber auch der Ausschlussgrund nach § 41 Nr. 6 ZPO greift vorliegend nicht. Danach ist der Richter an der Mitwirkung der Entscheidung ausgeschlossen, der in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt. Voraussetzung ist die Mitwirkung beim Erlass der mit einem Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung. § 41 Nr. 6 ZPO bezweckt allein die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Rechtsmittelverfahrens (MüKo-ZPO/Gehrlein, 3. Aufl., Rn. 23 zu § 41 ZPO). Die Mitwirkung muss mithin in der Vorinstanz oder in einem schiedsrichterlichen Verfahren stattgefunden haben (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., Rn. 14 zu § 41 ZPO). Sie muss zudem gerade bei der durch ein Rechtsmittel nach §§ 511, 542 ff., oder 567 ff. ZPO angefochtenen Entscheidung erfolgt sein, nicht bei einer anderen. Ein Ausschluss liegt nicht vor, wenn der Richter jetzt in einem anderen formell ganz selbstständigen weiteren Prozess tätig wird. Denn dann liegt gerade kein „früherer Rechtszug“ in der gleichen Sache vor, sondern ein ganz anderes Verfahren. Das gilt selbst dann, wenn der frühere Prozess für das jetzige Verfahren erheblich ist, sich der Richter mithin bereits in einem früheren, selbstständigen Verfahren mit prozess-erheblichen Fragestellungen auseinandergesetzt hat.

Eine analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall scheidet bereits aus. Es fehlt an den Voraussetzungen für eine Analogie, nämlich dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und der Vergleichbarkeit von geregelterm und ungeregeltem Fall.

**3.** Die Vorsitzende Richterin B. war auch nicht wegen Befangenheit an der Mitwirkung des Erlasses des angefochtenen Beschlusses nach § 42 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Der Betriebsrat hat ein Ablehnungsgesuch unstreitig nicht gestellt, sondern sich im erstinstanzlichen Verfahren rügelos auf die Sache eingelassen §§ 44 Abs. 1, 43 ZPO. Ungeachtet dessen, hätte der Betriebsrat einen Befangenheitsan-

trag auch nicht erfolgreich damit begründen können, dass dieselbe Richterin bereits an der Entscheidung in dem Beschlussverfahren – 4 BV 76 d/07 – mitgewirkt hat. Die Erfolglosigkeit des Antragstellers in einem anderen Verfahren vor dem abgelehnten Richter begründet allein noch nicht dessen Befangenheit (Zöller-Vollkommer, 28. Aufl., Rn. 19 zu § 42 ZPO). Dies gilt auch dann, wenn das vorangegangene Verfahren, bezogen auf das laufende Verfahren, prozessimmanente oder gleichgeartete Rechtsproblematiken enthielt (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., Rn. 24 zu § 42 ZPO).

In der Sache selbst ist der vom Betriebsrat mit der Beschwerde weiterverfolgte Freistellungsantrag für die anwaltliche Vertretung in dem Beschlussverfahren 4 BV 76 d/07 unbegründet (II.). Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Kostenfreistellung für die anwaltliche Vertretung im Beschwerdeverfahren 4 TaBV 5/08 (III.). Indessen wendet sich der Betriebsrat mit Erfolg gegen den Widerfeststellungsantrag der Arbeitgeberin, dieser ist unzulässig (IV.).

**II.** Das Arbeitsgericht hat den Kostenfreistellungsantrag zu Recht abgewiesen. Die mit der Beschwerdebegründung vorgebrachten Einwände des Betriebsrates rechtfertigen kein anderes Ergebnis.

Der Betriebsrat hat gegenüber der Arbeitgeberin keinen Anspruch auf Freistellung von den Rechtsanwaltskosten für die Durchführung des gerichtlichen Beschluss- und Beschwerdeverfahrens in Sachen – 4 BV 76 d/07 = 4 Sa 5/08 -. Dies hat das Arbeitsgericht sowohl im Ergebnis als auch überwiegend in der Begründung zur Recht entschieden. Insoweit kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die Gründe Ziff. II der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden. Lediglich ergänzend und auf die Einwände des Betriebsrats in der Beschwerdeschrift eingehend wird ergänzend noch auf Folgendes hingewiesen:

Zum Zeitpunkt der Einleitung des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens (4 BV 76 d/07) für die Anträge nach §§ 101 Satz 1, 23 Abs. 3 BetrVG hatte dieses erkennbar keine Aussicht auf Erfolg.

1. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu tragen.

Hierunter fallen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch solche Kosten, die im Zusammenhang mit der gerichtlichen Inanspruchnahme von Rechten des Betriebsrates anfallen (BAG, Beschl. v. 20.10.1999 – 7 ABR 25/98 -, AP Nr. 67 zu § 40 BetrVG 1972 m. w. N.). Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung von Kosten, die dem Betriebsrat durch die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts entstanden sind, besteht grundsätzlich dann, wenn der Betriebsrat bei pflichtgemäßer Berücksichtigung der objektiven Gegebenheiten und Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Rechtslage, die Führung eines Prozesses und die Beauftragung eines Rechtsanwalts für erforderlich halten konnte. Die Prüfung der Erforderlichkeit hat der Betriebsrat nicht allein anhand seiner subjektiven Bedürfnisse vorzunehmen. Er ist vielmehr gehalten, die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamtes einerseits und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers andererseits gegeneinander abzuwägen. Dabei hat er auch die Kostenbelange des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers entfällt lediglich dann, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich aussichtslos ist. Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dann der Fall, wenn die Rechtslage unzweifelhaft ist und zu einem Unterliegen des Betriebsrates führen muss. Davon kann jedoch dann nicht ausgegangen werden, wenn über ungeklärte Rechtsfragen zu entscheiden ist und die Rechtsauffassung des Betriebsrates vertretbar erscheint (BAG, Beschl. v. 20.10.1999 – 7 ABR 25/98 -, a. a. O.; BAG, Beschl. v. 19.03.2003 – 7 ABR 15/02 -, AP Nr. 77 zu § 40 BetrVG 1972; BAG, Beschl. v. 17.08.2005 – 7 ABR 56/04 -, AP Nr. 10 zu § 55 InsO m. w. N.; LAG Hamm, Beschl. v. 16.05.2007 – 10 TaBV 101/06 -, zit. n. Juris).

2. Hieran gemessen ist die Arbeitgeberin nicht verpflichtet, den Betriebsrat von den anwaltlichen Kosten für die Durchführung des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens und nachfolgendem Beschwerdeverfahren (4 BV 76 d/07 = 4 TaBV 5/08) freizustellen. Bei Einleitung dieses arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens war bereits ersichtlich, dass dieses ohne Erfolg bleiben musste. Dies gilt sowohl für den

Antrag nach § 101 Satz 1 BetrVG (a) als auch für die Anträge nach § 23 Abs. 3 BetrVG (b).

**a)** Der Betriebsrat hat das Beschlussverfahren nach § 101 BetrVG eingeleitet, weil die Arbeitgeberin trotz seines (vermeintlich) noch fortwirkenden Widerspruchs vom 24.08.2007 vor der tatsächlichen Einstellung der Arbeitnehmerin C. mit Wirkung ab dem 01.09.2007 weder ein arbeitsgerichtliches Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG eingeleitet noch einen Antrag nach § 100 BetrVG bei ihm gestellt hatte. Hierzu war die Arbeitgeberin indessen aus folgenden Gründen nicht verpflichtet:

Der Antrag nach § 101 Satz 1 BetrVG dient der Sicherung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 99, 100 BetrVG bei u. a. der Einstellung. Der Betriebsrat kann den Antrag mithin dann stellen, wenn der Arbeitgeber eine endgültige Einstellung entgegen § 99 Abs. 1 BetrVG ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt hat, also die Zustimmung weder ausdrücklich erteilt worden ist noch wegen Ablaufs der Wochenfrist nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt gilt noch durch das Arbeitsgericht rechtskräftig im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG ersetzt worden ist oder der Arbeitgeber das Verfahren der vorläufigen personellen Maßnahme nach § 100 BetrVG nicht eingehalten hat.

Zum Zeitpunkt der Antragserhebung (21.09.2007) vor dem Arbeitsgericht in Sachen 4 BV 76 d/07 lagen die Voraussetzungen für das Aufhebungsverfahren nach § 101 BetrVG bereits erkennbar nicht mehr vor. Der Betriebsrat konnte sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr auf seinen ursprünglichen Widerspruch zur Einstellung der Arbeitnehmerin C. vom 24.08.2007 berufen. Vielmehr galt die Zustimmung als erteilt, nachdem die Arbeitgeberin den Betriebsrat unstreitig noch am 24.08.2007 davon in Kenntnis gesetzt hatte, dass die Arbeitnehmerin C. als deutsche Staatsangehörige keine Arbeitserlaubnis brauchte und der Betriebsrat hierauf nicht innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG reagierte.

**aa)** Der Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern darf eine personelle Maßnahme nach § 99 Abs. 1 BetrVG, mithin auch eine Einstel-

lung, nur nach vorheriger Anhörung des Betriebsrats und dessen Zustimmung vornehmen. Sofern der Betriebsrat der Einstellung gemäß § 99 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 BetrVG widerspricht, muss der Arbeitgeber das Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG vor dem Arbeitsgericht einleiten oder die Maßnahmen nach § 100 BetrVG beschreiten. Der Arbeitgeber ist indessen nur verpflichtet, die Maßnahmen nach §§ 99 Abs. 4, 100 BetrVG einzuleiten, wenn der Betriebsrat seinen Widerspruch zur Einstellung in rechtserheblicher Weise erhebt und auf einen der Tatbestände des § 99 Abs. 2 BetrVG stützt. Der Betriebsrat hat den Widerspruch zu der personellen Maßnahme dem Arbeitgeber binnen einer Ausschlussfrist von einer Woche seit Zugang der Anhörung unter Angabe konkreter Gründe schriftlich mitzuteilen. Die Verweigerung der Zustimmung muss sich einem der in § 99 Abs. 2 Nrn. 1 bis 6 BetrVG genannten Widerspruchsründe zuordnen lassen. Dabei genügt die Wiederholung des Wortlauts einer der Nrn. des § 99 Abs. 2 BetrVG nicht. Es muss mithin aufgrund des Inhalts des Widerspruchsschreibens möglich erscheinen, dass mit der gegebenen Begründung ein gesetzlicher Tatbestand des § 99 Abs. 2 BetrVG geltend gemacht wird. Die Norm selbst muss nicht angegeben werden. Ein Widerspruch ist indessen unbeachtlich, der offensichtlich auf keinen der gesetzlichen Verweigerungsgründe gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG Bezug nimmt (BAG Beschl. v. 06.08.2002 - 1 ABR 49/01 -, AP Nr. 27 zu § 99 BetrVG 1972). Mithin ist auch eine nach Ansicht des Arbeitgebers unzutreffende, aber nicht offensichtlich unsinnige Begründung beachtlich, d. h. der Arbeitgeber muss das Arbeitsgericht anrufen, das die Stichhaltigkeit der Gründe nachprüft (Fitting, BetrVG, 24. Aufl., Rn. 262 zu § 99 BetrVG). Dem Arbeitgeber steht kein Vorprüfungsrecht zu, vielmehr bleibt die Prüfung der Schlüssigkeit allein dem Gericht im Zustimmungseretzungsverfahren vorbehalten (LAG Bremen, Beschl. v. 29.07.2009 – 2 TaBV 5/09 -, zit. n. Juris).

**bb)** Dies zugrunde gelegt hat der Betriebsrat der beabsichtigten Einstellung der Arbeitnehmerin C. am 24.08.2007 zunächst wirksam widersprochen.

**(1)** Der Betriebsrat hat in dem Widerspruchsschreiben angegeben, dass eine Arbeitserlaubnis für die Bewerberin nicht vorliege. Die Arbeitgeberin hatte in dem Anhörungsbogen zur Staatsangehörigkeit der Bewerberin C. keine Angaben gemacht, sodass aufgrund des türkisch klingenden Vor- und Nachnamens der Bewerberin der

Betriebsrat nicht beurteilen konnte, ob die Bewerberin aus einem Nicht-EU-Land stammt, sodass diese möglicherweise einem Beschäftigungsverbot i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG unterlag. Die Beschäftigung von nicht aus EG-Staaten kommenden Ausländern ohne Arbeitsgenehmigung ist grundsätzlich verboten (BAG Beschl. v. 22.01.1999 – 1 ABR 18/90 -, AP Nr. 86 zu § 99 BetrVG 1972). Der Widerspruch bezog sich mithin erkennbar auf einen Widerspruchsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

Die Arbeitgeberin durfte sich mithin nicht ohne Weiteres über den Widerspruch des Betriebsrats zur Einstellung der Bewerberin C. hinwegsetzen. Der Widerspruch selbst wies eine Begründung auf, die sich ohne Weiteres dem Tatbestand des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zuordnen ließ.

**(2)** Gleichwohl war die Arbeitgeberin nicht verpflichtet, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG und/oder das Verfahren nach § 100 BetrVG zu betreiben. Denn die Arbeitgeberin hat sich gerade nicht ohne Weiteres über den Widerspruch des Betriebsrates hinweggesetzt und die Arbeitnehmerin C. gleichwohl zum 01.09.2007 eingestellt. Vielmehr hat die Arbeitgeberin den Betriebsrat sozusagen postwendend noch am 24.08.2007 davon unterrichtet, dass die Bewerberin C. die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und folglich keine Arbeitserlaubnis benötigt. Nach dieser ergänzenden Information hat er die Wochenfrist erneut in Gang gesetzt. Dies gilt schon vor dem Hintergrund, dass der Betriebsrat entsprechend dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit grundsätzlich verpflichtet ist, den Arbeitgeber auf die ihm möglicherweise bekannten Mängel der Unterrichtung innerhalb der Wochenfrist hinzuweisen, bevor er sozusagen ins Blaue hinein der geplanten personellen Maßnahme widerspricht (ErfK-Kania, a.a.O., Rn. 22 zu § 99 BetrVG). Dies gilt nur dann nicht, wenn die Unterrichtung des Arbeitgebers offensichtlich unvollständig ist, weil der Arbeitgeber zu einigen Aspekten des § 99 Abs. 1 BetrVG gar keine Angaben gemacht hat. Hier lag der Fall jedoch anders. Es ist weder üblich noch erforderlich, bei einer deutschen Bewerberin expressiv verbis darauf hinzuweisen, dass eine Arbeitserlaubnis weder vorliegt noch erforderlich ist. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus § 99 Abs. 1 BetrVG. In Anbetracht dessen, dass gerade türkische Mitbürger zum Teil bereits in der zweiten oder dritten Generation in

Deutschland leben, hier geboren sind und folglich auch die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen, kann mithin nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass ein Bewerber oder eine Bewerberin mit einem türkisch klingenden Namen automatisch einer Arbeitserlaubnis bedarf. Der Betriebsrat hätte mithin vor dem Widerspruch nachfragen müssen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund seines Schreibens vom 14.06.2007. Allein ein ausländischer Name besagt noch nichts über die fehlende deutsche Staatsbürgerschaft. Die Forderung des Betriebsrats vom 14.06.2007 ist mithin unbegründet, soweit sie sich auch auf deutsche Bewerber oder Bewerber aus einem EU-Land bezieht. Im Übrigen kann für einen deutschen Bewerber gar keine gültige Arbeitserlaubnis vorgelegt werden, da dieser keine braucht und für diesen auch keine behördliche Erlaubnis ausgestellt wird. Wenn der Betriebsrat mithin aufgrund des türkischen Namens irrtümlich davon ausgegangen ist, dass Frau C. Türkin und nicht Deutsche ist, hätte er die Arbeitgeberin um Klarstellung bitten müssen.

Nach der ergänzenden Mitteilung der Arbeitgeberin vom 24.08.2007 hätte der Betriebsrat mithin erneut binnen der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG unter Angabe von (neuen, weiteren) Gründen mitteilen müssen, dass er die Zustimmung zur Einstellung der Bewerberin C. nach wie vor verweigert, um nicht die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG auszulösen. Eine derartige Begründung, warum er nach wie vor die Zustimmung zur Einstellung der Frau C. verweigert, hat der Betriebsrat unstreitig nicht abgegeben. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Arbeitgeberin vom 17.09.2007. Vielmehr hat er erst am 14.09.2007 die Arbeitgeberin davon in Kenntnis gesetzt, ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren einleiten zu wollen.

**(3)** Zu diesem Zeitpunkt bot das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren nach § 101 Satz 1 BetrVG betreffend die Arbeitnehmerin C. von vornherein keine Aussicht auf Erfolg mehr. Nach der ergänzenden Mitteilung betreffend die deutsche Staatsbürgerschaft hat der Betriebsrat binnen der neu einsetzenden Wochenfrist keine weiteren Verweigerungsgründe gegenüber der Arbeitgeberin erhoben. Infolgedessen galt nunmehr die Zustimmung zur Einstellung der Arbeitnehmerin C. als erteilt, § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Die Arbeitgeberin durfte nach Ablauf der Wochenfrist die Mitarbeiterin C. einstellen. Ein Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte des Betriebs-



rats nach § 99 Abs. 1 BetrVG lag ganz offensichtlich nicht vor. Der Betriebsrat selbst ging bei Einleitung des Beschlussverfahrens nicht mehr davon aus, dass ihm ein Verweigerungsrecht zustand. Er hat an keiner Stelle in dem Vorprozess angezweifelt, dass die Arbeitnehmerin C. Deutsche ist. Es ging dem Betriebsrat erkennbar nur darum, dass die Arbeitgeberin seiner nicht berechtigten Forderung aus dem Schreiben vom 14.06.2007 nicht entsprochen hatte.

**(2)** Auch das Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG war von vornherein offensichtlich aussichtslos. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann und soll insoweit auf Seite 7 oben der Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden. Hierauf ist der Betriebsrat in seiner vorliegenden Beschwerde in keiner Weise eingegangen.

**III.** Der Betriebsrat hat zwar das Beschwerdeverfahren in dem Vorverfahren 4 TaBV 5/08 darauf beschränkt, dass er nur noch den Aufhebungsantrag nach § 101 Satz 1 BetrVG gestellt hat. Aber auch dieses Beschwerdeverfahren war ebenso wie das erstinstanzliche Beschlussverfahren von vornherein völlig aussichtslos. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass der Betriebsrat bereits vor der Erhebung der Beschwerde (29.01.2008) am 16.01.2008 der Vertragsverlängerung der Arbeitnehmerin C. zugestimmt hatte. Seine spätere Mitteilung vom 18.01.2008 enthält gerade keinen Widerspruch, sondern vielmehr nur die Mitteilung, sich aufgrund des laufenden Beschlussverfahrens nicht äußern zu können bzw. äußern zu wollen. Der Betriebsrat hat der Vertragsverlängerung mithin gar nicht widersprochen noch sich auf einen den Tatbeständen des § 99 Abs. 2 BetrVG zuzuordnenden Verweigerungsgrund berufen. Ein gewollter Widerspruch gegen die Einstellung wäre mithin unbeachtlich. Aufgrund der erteilten Zustimmung zur Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin C. entfiel indessen das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag, die personelle Maßnahme nach § 101 Satz 1 BetrVG aufzuheben.

**IV.** Die Beschwerde des Betriebsrats ist indessen, bezogen auf den stattgebenden Widerfeststellungsantrag der Arbeitgeberin, begründet.

Der Widerfeststellungsantrag ist unzulässig.

1. Ein kumulativ gestellter Hauptantrag des Betriebsrats im Beschlussverfahren auf Freistellung von Rechtsanwaltskosten für das laufende Beschlussverfahren ist grundsätzlich ebenso unzulässig wie ein auf § 40 BetrVG gestützter gesonderter Antrag auf Feststellung, dass der Arbeitgeber die Rechtsanwaltskosten des Betriebsrats für das laufende Verfahren zu tragen habe (LAG Hamm, Beschl. v. 03.12.1986 – 12 TaBV 86/86 – zit. n. Juris; LAG Hamm, Beschl. v. 05.11.1986 – 12 TaBV 66/86 – zit. n. Juris; LAG Hamm, Beschl. v. 12.12.1986 – 12 TaBV 104/86 –, LAGE § 80 ArbGG Nr. 1; Fitting, a.a.O. Rn. 138 zu § 40 BetrVG). Eine derartige Feststellung liefe letztlich auf eine im Beschlussverfahren unzulässige Kostenentscheidung hinaus. Dies gilt umgekehrt auch für eine negative Widerfeststellungsklage des Arbeitgebers.

2. Im Übrigen fehlt es für die beantragte negative Feststellungsklage am erforderlichen besonderen Rechtsschutzinteresse. Es muss ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen feststellenden Entscheidung bestehen. Dies ist vorliegend nicht gegeben. Zwar hat die Arbeitgeberin in der Beschwerdeverhandlung zutreffend darauf hingewiesen, dass im Auftragsverhältnis Betriebsrat/Rechtsanwalt bereits jetzt Gebührentatbestände erfüllt sind. Allein dieser Umstand führt indessen noch nicht automatisch zur Kostenübernahmepflicht der Arbeitgeberin. Der Arbeitgeber ist nur verpflichtet, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten zu übernehmen. Die von der Arbeitgeberin zu übernehmenden Kosten für die Prozessvertretung des Betriebsrats im laufenden Beschlussverfahren fallen indessen nur dann an, wenn Rechtsanwalt H. diese gegenüber dem Betriebsrat geltend macht oder zumindest ankündigt, diese geltend machen zu wollen. Eine Gebührenrechnung hat Rechtsanwalt H. unstreitig weder gegenüber der Arbeitgeberin noch gegenüber dem Betriebsrat gestellt. Auch hat er noch keinen Vorschuss gegenüber dem Betriebsrat erhoben. Gegenteiliges hat die Arbeitgeberin nicht vorgetragen. Zudem besteht eine Kostenübernahmeverpflichtung auch dann nicht, wenn der Rechtsanwalt auf seine Gebühren verzichtet oder diese erst nach Ablauf der Verjährungsfrist gegenüber dem Betriebsrat geltend macht. Dann wäre der Betriebsrat verpflichtet, die Einrede der Verjährung zu erheben (LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 04.07.2000 – 3 TaBV 15/00 -, NZA-RR 2000, 590). Die Arbeitgeberin hat mithin zum jetzigen Zeitpunkt kein

besonderes Rechtsschutzinteresse für die negative Feststellungsklage. Vielmehr läuft diese letztendlich auf ein unzulässiges Rechtsgutachten hinaus.

V. Nach alledem war der angefochtene Beschluss auf die Beschwerde des Betriebsrats nur teilweise abzuändern und der Widerfeststellungsantrag der Arbeitgeberin zurückzuweisen. Im Übrigen war die Beschwerde des Betriebsrats zurückzuweisen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...