

Antrag nach § 101 BetrVG auch bei nachgeholter Anhörung des Betriebsrats erfolgreich

Der Antrag des Betriebsrats, eine ohne seine Zustimmung durchgeführte Einstellung eines Arbeitnehmers aufzuheben, wird nicht dadurch unbegründet, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat während des Verfahrens nach § 101 BetrVG nachträglich über die bereits erfolgte Einstellung unterrichtet. Die Fiktionswirkung des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG tritt nur ein, wenn die Unterrichtung vor der Einstellung erfolgte.

BAG, Beschluss vom 21.11.2018 – 7 ABR 16/17

RA Felix Arnold, LL.M. ist tätig bei Baker McKenzie in Berlin.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

I. Sachverhalt

Die Arbeitgeberin und der Betriebsrat streiten über die Aufhebung einer Einstellung.

Da die Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer als leitenden Angestellten klassifizierte, informierte sie den Betriebsrat über dessen Einstellung lediglich nach Maßgabe des § 105 BetrVG und setzte die Maßnahme um. Eine Zustimmung des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 1 BetrVG holte die Arbeitgeberin indes nicht ein. In der Rechtsauffassung, der eingestellte Arbeitnehmer sei kein leitender Angestellter, rügte der Betriebsrat eine Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 99 Abs. 1 BetrVG und beantragte die Aufhebung der Einstellung. Die Arbeitgeberin führte sodann eine vorsorgliche Anhörung des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 1 BetrVG durch, hob aber die Einstellung in tatsächlicher Hinsicht nicht auf. Der Betriebsrat teilte der Arbeitgeberin mit, dass er der rückwirkenden Einstellung nicht zustimme und verwies darauf, dass diese gesetzlich nicht vorgesehen sei. Die Arbeitgeberin sah die Zustimmung hingegen gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt an, da die Zustimmungsverweigerung nicht ordnungsgemäß begründet worden sei.

Das ArbG Essen gab dem Antrag des Betriebsrats statt, das LAG Düsseldorf wies ihn ab. Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens wurde rechtskräftig festgestellt, dass der betroffene Arbeitnehmer kein leitender Angestellter ist.

II. Entscheidung

Das BAG gab der Rechtsbeschwerde des Betriebsrats statt und verpflichtete die Arbeitgeberin, die Einstellung des betroffenen Arbeitnehmers aufzuheben. Das BAG stellte fest, dass – entgegen der Rechtsauffassung des LAG Düsseldorf – die Voraussetzungen der Zustimmungsfiktion gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nicht vorlagen. Die Arbeitgeberin habe den Betriebsrat nicht rechtzeitig über die Einstellung des Arbeitnehmers unterrichtet. Schließlich ordne § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG an, dass der Betriebsrat „vor“ der Einstellung zu unterrichten und die Zustimmung zu der „geplanten“ Maßnahme einzuholen sei. Dieser zeitliche Ablauf gewährleiste, dass die Beteiligung des Betriebsrats erfolge, bevor eine abschließende und endgültige Entscheidung getroffen worden sei. Die erst nach Aufnahme der tatsächlichen Beschäftigung erfolgte Unterrichtung sei daher nicht fristgerecht und daher nicht ordnungsgemäß erfolgt. Infolgedessen sei sie auch nicht geeignet, die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zu bewirken.

Das verspätete Zustimmungsgesuch sei auch nicht deswegen ausnahmsweise ordnungsgemäß, weil die Arbeitgeberin rein vorsorglich handelte, um einen etwaigen betriebsverfassungswidrigen Zustand für die Zukunft zu beseitigen. Es sei dem Arbeitgeber zwar unbenommen, nach Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens gem. § 99 Abs. 4 BetrVG einen neuen Besetzungsvorgang zu betreiben und den Betriebsrat auch mehrmals nacheinander um Zustimmung zur Einstellung desselben Arbeitnehmers auf denselben Arbeitsplatz zu ersuchen. Mehrere Zustimmungsersetzungsverfahren könnten also nacheinander oder sogar zeitlich parallel vor rechtskräftigem Abschluss des zunächst eingeleiteten Verfahrens anhängig gemacht werden. Dies setze jedoch voraus, dass der Arbeitgeber jeweils einen neuen Besetzungsvorgang eingeleitet und von der ursprünglichen Maßnahme Abstand genommen habe. Die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats verliere ihre Wirkung nämlich nicht allein dadurch, dass der Arbeitgeber bereits erfolglos ein Zustimmungsverfahren betrieben und vorsorglich nochmals einen Antrag auf Zustimmung zu der Maßnahme gestellt habe.

Die Arbeitgeberin könne folglich eine ohne Beteiligung des Betriebsrats durchgeführte und damit betriebsverfassungswidrige Einstellung nicht heilen, indem sie lediglich diesbezüglich das Beteiligungsverfahren nachhole ohne zuvor die Einstellung aufzuheben und ggf. ein neues Besetzungsvorgehen zu betreiben. Dies begründete das BAG auch mit teleologischen Erwägungen. Andernfalls könne der Arbeitgeber die Beteiligung des Betriebsrats generell unterlassen, die Einstellung durchführen und abwarten, ob der Betriebsrat ein Verfahren nach § 101 BetrVG einleite und erst dann die Beteiligung nachholen, ohne die Einstellung aufheben zu müssen. Dies würde jedoch das Mitbestimmungsrecht des § 99 Abs. 1 BetrVG faktisch auf ein bloßes Einspruchsrecht reduzieren, was nicht der Intention des Gesetzgebers entspreche. Abschließend verwies das BAG auch darauf, dass dieses Ergebnis nicht im Widerspruch zu der anerkannten Möglichkeit stehe, unvollständige Unterrichtungen während des Zustimmungsersetzungsverfahrens zu heilen und damit die Frist der Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG auszulösen. Dies sei schließlich nur dann möglich, wenn der Betriebsrat überhaupt vor Durchführung der Maßnahme angehört worden sei, woran es vorliegend aber fehle.

III. Praxishinweise

Der Beschluss des BAG überrascht nicht und zeigt ein weiteres Mal, dass der Arbeitgeber bei der Durchführung von personellen Maßnahmen viele verfahrenstechnische Details zu beachten hat. Sofern der Arbeitgeber einen betriebsverfassungswidrigen Zustand geschaffen hat, indem er den Betriebsrat nicht nach § 99 Abs. 1 BetrVG beteiligt hat, muss er eine bereits durchgeführte Einstellung aufheben, einen neuen Stellenbesetzungsvorgang einleiten und den Betriebsrat hierzu um Zustimmung ersuchen.

Um diesen für den Arbeitgeber aufwendigen und den betroffenen Arbeitnehmer belastenden Vorgang zu vermeiden, bietet sich in Zweifelsfällen über den Status des betroffenen Arbeitnehmers als leitender Angestellter eine „zweigleisige“ Vorgehensweise an: Der Betriebsrat sollte über die Einstellung sowohl gem. § 105 BetrVG als auch hilfsweise nach § 99 Abs. 1 BetrVG informiert werden.