

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 79/09  
16 TaBV 12/08  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
1. Februar 2011

## **BESCHLUSS**

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Rechtsbeschwerdeführerin,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 1. Februar 2011 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Klebe und Rath für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats und unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 12. März 2009 - 16 TaBV 12/08 - aufgehoben.
2. Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Mannheim vom 2. Oktober 2008 - 5 BV 14/08 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin Arbeitsplätze ausschreiben muss, die sie dauerhaft mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Ausschreibung von Arbeitsplätzen, die dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. 1

Die Arbeitgeberin betreibt ein als gemeinnützig anerkanntes Berufsbildungswerk. Antragsteller ist der bei ihr gebildete Betriebsrat. Für den Betrieb der Arbeitgeberin gilt eine am 23. Juni 2002 abgeschlossene Konzernbetriebsvereinbarung über das Verfahren bei Stellenausschreibungen (*KBV Stellenausschreibung*), deren §§ 1, 2 lauten: 2

„§ 1

Die nachgehend geregelte Ausschreibung von Stellen soll es allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der betreffenden Unternehmen ermöglichen, unternehmensübergreifend Entwicklungs- und Aufstiegsmöglichkeiten wahrzunehmen.

§ 2

Zur Besetzung vorgesehene Arbeitsplätze (Stellen) in den betreffenden SRH-Betrieben und Unternehmen werden von der für die Ausschreibung zuständigen Stelle in das

INTERNET/SRH-Portal eingestellt oder ihre Einstellung dort hinein wird veranlasst. Die Einstellung in das INTERNET/SRH-Portal erfolgt inhaltsgleich gleichzeitig mit einer eventuell vorgesehenen internen bzw. externen Ausschreibung.

Hiervon können, mit Zustimmung des für die Einstellung zuständigen Betriebsrates, ausgenommen werden

Arbeitsplätze, für die in den jeweiligen Unternehmen aufgrund des Betriebszweckes, der Ausbildung, der Qualifikation offensichtlich keine Mitarbeiter für die Bewerbung zur Verfügung stehen.

Arbeitsplätze mit besonderen Qualifikationen, bei Vorliegen einer geeigneten externen Bewerbung.

...“

Zwischen den Beteiligten entstand im Jahr 2008 bei der Einstellung einer als Krankheitsvertretung eingesetzten Leiharbeiterin Streit darüber, ob die Arbeitgeberin zur Ausschreibung von Arbeitsplätzen verpflichtet ist, die sie mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt. 3

Der Betriebsrat hat daraufhin das vorliegende Beschlussverfahren eingeleitet und zuletzt beantragt 4

festzustellen, dass die Arbeitgeberin gem. der Konzernbetriebsvereinbarung „Stellenausschreibung“ vom 23. Juni 2002 auch die Stellen ausschreiben muss, die sie mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt,

hilfsweise

festzustellen, dass die Arbeitgeberin gem. der Konzernbetriebsvereinbarung „Stellenausschreibung“ vom 23. Juni 2002 auch die Stellen ausschreiben muss, die sie mit Leiharbeitnehmern vorübergehend zu besetzen beabsichtigt.

Die Arbeitgeberin hat die Abweisung der Anträge beantragt. 5

Das Arbeitsgericht hat den erstinstanzlich allein erhobenen Hauptantrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihm teilweise entsprochen und 6

festgestellt, dass eine Ausschreibungspflicht besteht, soweit es sich nicht um Tendenzträger handelt. Hiergegen richten sich die Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberin und des Betriebsrats, mit denen diese ihre zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgen.

- B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist begründet, während sich die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin als unbegründet erweist. 7
- I. Der Hauptantrag des Betriebsrats ist zulässig. 8
1. Der Antrag bedarf der Auslegung. 9
- Nach seinem Wortlaut ist er auf die Feststellung gerichtet, dass die Arbeitgeberin alle Arbeitsplätze entsprechend dem in der KBV Stellenausschreibung bestimmten Verfahren ausschreiben muss, die sie mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt. Ein solches Antragsverständnis wird dem Begehren des Betriebsrats jedoch nicht gerecht. Die Beteiligten streiten nicht über die Art und Weise der Ausschreibung, sondern allein über das Bestehen einer innerbetrieblichen Ausschreibungspflicht. Der Betriebsrat stützt seinen Anspruch nicht auf die KBV Stellenausschreibung, sondern allein auf sein in der Antragsschrift liegendes Ausschreibungsverlangen. Er hat in der Anhörung vor dem Senat zudem klargestellt, dass sich dieses nur auf solche Arbeitsplätze bezieht, die nicht nur kurzfristig, sondern dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. Diesen Begriff hat der Betriebsrat in der Anhörung dahingehend präzisiert, dass hiervon nur Einsatzzeiten von zumindest einem Jahr umfasst sind. Die Beteiligten haben dazu übereinstimmend erklärt, dass solche Übernahmen von Leiharbeitnehmern nicht nur theoretischer Natur sind, sondern in der betrieblichen Praxis auftreten. 10
2. Der so verstandene Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Hierfür besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Der Betriebsrat kann die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, bestimmte Arbeitsplätze 11

innerbetrieblich auszuschreiben, losgelöst vom konkreten Einzelfall durch einen abstrakten Feststellungsantrag zur gerichtlichen Entscheidung stellen.

II. Der Hauptantrag ist begründet. Der Betriebsrat kann verlangen, dass die Arbeitgeberin sämtliche Arbeitsplätze ausschreibt, die sie mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt, deren Einsatzzeit voraussichtlich ein Jahr übersteigt. Der in der Beschwerdeinstanz erhobene Hilfsantrag des Betriebsrats fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 12

1. Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden. Die Vorschrift gibt eine Ausschreibung von Arbeitsplätzen nicht generell vor. Eine Verpflichtung hierzu besteht nur, wenn der Betriebsrat die Ausschreibung verlangt hat oder die Ausschreibung zwischen den Betriebsparteien vereinbart ist (*BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 54/03 - zu B II 3 b aa der Gründe, BAGE 113, 102*). Das Gesetz enthält auch keine ausdrücklichen Bestimmungen dazu, welche Anforderungen an Inhalt, Form und Frist einer Ausschreibung sowie deren Bekanntmachung zu stellen sind. Die konkrete Ausgestaltung obliegt allein dem Arbeitgeber. Näheres kann allerdings in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden; ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat der Betriebsrat insoweit nicht. Die Mindestanforderungen an Inhalt und Form einer Ausschreibung ergeben sich aus ihrem Zweck. Dieser geht dahin, die zu besetzende Stelle den in Betracht kommenden Arbeitnehmern zur Kenntnis zu bringen und ihnen die Möglichkeit zu geben, ihr Interesse an der Stelle kundzutun und sich darum zu bewerben. Aus der Ausschreibung muss daher hervorgehen, um welchen Arbeitsplatz es sich handelt und welche Anforderungen ein Bewerber erfüllen muss. Außerdem muss die Bekanntmachung so erfolgen, dass alle als Bewerber in Betracht kommenden Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, von der Ausschreibung Kenntnis zu nehmen (*BAG 16. Oktober 2010 - 7 ABR 18/09 - Rn. 17, NZA 2011, 360*). 13

2. Die Ausschreibungspflicht nach § 93 BetrVG besteht auch für Arbeitsplätze, die der Arbeitgeber dauerhaft mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt. Dies folgt aus einem am Wortlaut, der Gesetzessystematik und dem Normzweck orientierten Verständnis der Vorschrift. 14
- a) Der Wortlaut von § 93 BetrVG ist eindeutig. Danach kann der Betriebsrat die innerbetriebliche Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen, die der Arbeitgeber zu besetzen beabsichtigt. Damit stellt das Gesetz auf die Stelle ab, auf der ein Arbeitnehmer tätig werden soll. Hierfür kommt es auf die Art und den Inhalt des Rechtsverhältnisses, das dieser Beschäftigung zugrunde liegt, nicht an. 15
- b) Fehl geht auch die Annahme der Arbeitgeberin, § 93 BetrVG sei entgegen seinem Wortlaut dahingehend auszulegen, dass eine Ausschreibungspflicht nicht für Arbeitsplätze besteht, die mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. 16
- aa) Einem solchen Normverständnis widerspricht schon der systematische Zusammenhang zwischen § 93 BetrVG und dem Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Beide Vorschriften knüpfen dessen Handlungsmöglichkeiten an die Besetzung eines „Arbeitsplatzes“. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1, 2 BetrVG hat der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Einstellung einzuholen und dabei ua. über den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz zu unterrichten. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu der Einstellung verweigern, wenn die nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung des Arbeitsplatzes im Betrieb unterblieben ist (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG). Eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt vor, wenn Personen in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeits-technischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auch insoweit ist das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum Betriebsinhaber 17

stehen, bedeutungslos. Zu den nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zustimmungspflichtigen Einstellungen gehört daher auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb (*BAG 23. Januar 2008 - 1 ABR 74/06 - Rn. 21 f., BAGE 125, 306*).

bb) Gegen die von der Arbeitgeberin vertretene Sichtweise spricht auch der Normzweck von § 93 BetrVG. 18

Die Vorschrift soll es dem Betriebsrat im Interesse der von ihm vertretenen Belegschaft ermöglichen, durch die Bekanntmachung der freien Beschäftigungsmöglichkeiten den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren. Die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sollen die Gelegenheit erhalten, sich auf die zu besetzenden Arbeitsplätze zu bewerben. Daneben soll einer Verärgerung der Belegschaft über die Hereinnahme Außenstehender trotz im Betrieb vorhandener Beschäftigungsmöglichkeiten entgegengewirkt werden (*BAG 27. Juli 1993 - 1 ABR 7/93 - zu B II 1 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 93 Nr. 3 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 115*). 19

c) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin ist die Ausschreibungspflicht nicht davon abhängig, ob der Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer besetzt werden soll. Die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion von § 93 BetrVG liegen nicht vor. 20

aa) Dies folgt schon daraus, dass bei der Einstellung von betriebsfremden Arbeitnehmern das mit § 93 BetrVG neben der Aktivierung des innerbetrieblichen Arbeitsmarktes verfolgte Normziel einer erhöhten Transparenz von betrieblichen Vorgängen unverändert bestehen bleibt. Für die Interessen der Belegschaft ist es ohne Bedeutung, ob der Arbeitgeber mit dem einzustellenden Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag verbunden ist oder die Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer erfolgt. 21

bb) Daneben erweist sich die Auffassung der Arbeitgeberin, durch ihre Entscheidung, einen Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen, sei 22

der Arbeitsplatz dem innerbetrieblichen Stellenmarkt entzogen, als unzutreffend.

Die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Besetzung von freien Arbeitsplätzen ist gegenüber bestimmten besonders geschützten Arbeitnehmergruppen eingeschränkt. So gewährt § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX den im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmern und den ihnen Gleichgestellten gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer die bisher zugewiesenen Tätigkeiten wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, kann dieser unter den in § 81 Abs. 4 SGB IX genannten Voraussetzungen eine anderweitige Beschäftigung und, soweit der bisherige Arbeitsvertrag diese Beschäftigungsmöglichkeit nicht abdeckt, eine entsprechende Vertragsänderung verlangen und durchsetzen (*BAG 14. März 2006 - 9 AZR 411/05 - Rn. 18, AP SGB IX § 81 Nr. 11 = EzA SGB IX § 81 Nr. 11*). Dies kann zu einem Vorrang des durch § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX geschützten Arbeitnehmers bei der Besetzung des einem Leiharbeiter zugedachten Arbeitsplatzes führen. Ebenso kann der Arbeitgeber aufgrund der Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) gehalten sein, Arbeitnehmern, die aus in ihrer Person liegenden Gründen nicht mehr im Stande sind, die ihnen nach § 106 Satz 1 GewO zugewiesene Arbeitsleistung zu erbringen, innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens eine Tätigkeit zu übertragen, zu deren Erbringung sie noch in der Lage sind (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 27, NZA 2010, 1119*). Daher kann der Arbeitgeber auch insoweit verpflichtet sein, einen freien Arbeitsplatz mit einem bereits beschäftigten leistungsgeminderten Arbeitnehmer zu besetzen, wenn ihm die Neubestimmung der auszuübenden Tätigkeit rechtlich möglich und zumutbar ist. Daneben kann die Besetzungsentscheidung durch § 9 TzBfG beschränkt sein. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich

23



vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes unter den in der Vorschrift benannten Maßgaben bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen.

cc) Schließlich verkennt die Arbeitgeberin bei ihrer auf ihrem Letztentscheidungsrecht beruhenden Argumentation, dass der Betriebsrat bei den als Informations-, Anhörungs-, Beratungs- und Erörterungsrechten ausgestalteten Beteiligungsrechten regelmäßig keine Möglichkeit hat, die Entscheidung des Arbeitgebers zu verhindern. Das betrifft etwa das Anhörungsrecht beim Kündigungsausspruch (§ 102 Abs. 1 BetrVG) ebenso wie das Beratungsrecht im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung (§ 111 Satz 1 BetrVG). Dies befreit den Arbeitgeber aber nicht von der Einhaltung des gesetzlich bestimmten Verfahrens. Dessen Durchführung ist ein aus dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip folgendes Recht der Arbeitnehmer auf Teilhabe an den sie betreffenden Angelegenheiten. Der Betriebsrat soll die Gelegenheit erhalten, die kollektiven Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen. Die von ihm angeführten Argumente hat der Arbeitgeber in seine Entscheidungsfindung einzubeziehen und bei dieser verantwortungsvoll zu berücksichtigen, ohne dass ihm ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben wird.

24

3. Danach unterliegt die angefochtene Entscheidung teilweise der Aufhebung. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zutreffend die Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Ausschreibung der Arbeitsplätze bejaht, die nach der Vorstellung der Arbeitgeberin dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen, hiervon aber zu Unrecht die Arbeitsplätze ausgenommen, auf denen sie Tendenzträger beschäftigt.

25

a) Dem vom Betriebsrat geltend gemachten Anspruch steht die KBV Stellenausschreibung nicht entgegen. Bei dieser handelt es sich um eine freiwillige Betriebsvereinbarung (§ 88 BetrVG), die nicht die Ausschreibungspflicht, sondern das einzuhaltende Ausschreibungsverfahren in den verbundenen Konzerngesellschaften regelt. Die Geltendmachung einer betriebsbezogenen Ausschreibungspflicht fällt nicht in die Zuständigkeit des

26

Gesamt- oder des Konzernbetriebsrats. Diese besteht nur für Angelegenheiten, die einen über den Betrieb hinausgehenden Funktionsbereich betreffen und von den Betriebsräten oder den Gesamtbetriebsräten nicht geregelt werden können (§ 50 Abs. 1, § 58 Abs. 1 BetrVG). Bei einem auf § 93 BetrVG gestützten Ausschreibungsverlangen handelt es sich aber nicht um eine Angelegenheit, die einer weiteren Regelung bedarf. Die Vorschrift gewährt dem Betriebsrat einen Rechtsanspruch auf die Vornahme der verlangten Stellenausschreibung, dem sich der Arbeitgeber nicht entziehen kann. Dieser Anspruch ist allein von der Äußerung eines entsprechenden Verlangens durch den Betriebsrat abhängig. Mit dessen Zugang beim Arbeitgeber ist die Angelegenheit abgeschlossen. Die anschließende Ausgestaltung der Ausschreibung kann der Betriebsrat nicht beeinflussen, da es insoweit an einem Beteiligungsrecht fehlt. Insoweit unterscheidet sich die dem Betriebsrat in § 93 BetrVG eingeräumte Befugnis von den im BetrVG geregelten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten, die die Durchführung einer betrieblichen Maßnahme zum Gegenstand haben und bei denen eine Konfliktlösung durch die Einigungsstelle oder das Arbeitsgericht vorgesehen ist. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Gesamt- oder der Konzernbetriebsrat neben dem Betriebsrat eine Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangen kann, muss vorliegend nicht näher erörtert werden.

b) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ist die Arbeitgeberin auch verpflichtet, die Arbeitsplätze von Tendenzträgern innerbetrieblich auszuschreiben. Wie der Senat wiederholt entschieden hat, wird durch die Verpflichtung zur innerbetrieblichen Stellenausschreibung nach § 93 BetrVG bei Tendenzträgern die Tendenzbestimmung und -verwirklichung nicht ernsthaft beeinträchtigt (6. Dezember 1988 - 1 ABR 43/87 - zu B I 3 c bb der Gründe; 30. Januar 1979 - 1 ABR 78/76 - zu II 2 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 118 Nr. 20). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

27

c) Ob der Betriebsrat nach § 93 BetrVG gleichermaßen die Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangen kann, die nur kurzzeitig mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen oder auf denen es zu einem vom Verleiher veranlassten Austausch von Leiharbeitnehmern kommt, bedarf angesichts des in der Anhörung konkretisierten Antrags keiner Entscheidung.

28

Schmidt

Linck

Koch

Klebe

Rath