



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

- 1. A... S..., Inhaber der Firma A... S... e. K.,**
Vertriebsbüro Z...

- Antragsteller und Beteiligter zu 1 und Beschwerdegegner -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte K..., Kn...

- 2. Betriebsrat S... Bezirk N...,**
vertreten durch die Betriebsratsvorsitzende M... G...

- Antragsgegner und Beteiligter zu 2 und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte M... & Partner

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Anhörung vom 24. August 2010 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht **Weißenfels** und die ehrenamtlichen Riegler und Rothballe

für Recht erkannt:

1. Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 10.08.2009 wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Einstellung einer Arbeitnehmerin und um die Berechtigung der Vorläufigkeit dieser Maßnahme.

Der Antragsteller betreibt ein Einzelhandelsunternehmen, das bundesweit zahlreiche Drogerieverkaufsstellen unterhält.

Es besteht im Unternehmen des Antragstellers ein Tarifvertrag gemäß § 3 BetrVG. Danach ist jeweils für einen Bezirk ein Betriebsrat zu wählen. Der Antragsgegner ist der Betriebsrat für den Bezirk N....

Im Bezirk N... gibt es eine Betriebsvereinbarung über innerbetriebliche Stellenausschreibungen.

Der Antragsteller führte eine innerbetriebliche Stellenausschreibung durch, um die freigewordene Position einer Verkaufsstellenverwaltung in N..., T...straße, zu besetzen. Auf die Stelle bewarben sich drei Arbeitnehmerinnen des Bezirks N..., Frau L..., Frau W...

und Frau M..., sowie Frau Mi... S.... Frau S... war nicht im Bezirk N..., sondern im Bezirk F... beschäftigt.

Der Antragsteller beantragte beim Antragsgegner, die Zustimmung zur Einstellung von Frau S... zu erteilen.

Der Antragsgegner teilte dem Antragsteller unter dem 05.02.2009 mit, er habe sich entschieden, die Genehmigung der Einstellung nicht zu erteilen. Zur Begründung führte er aus, nach § 4 der Betriebsvereinbarung gelte die interne Stellenausschreibung für alle Verkaufsstellen im Betriebsratsbezirk N..., also nicht über die Bezirksgrenzen hinaus. Es hätten sich drei Bewerberinnen aus den eigenen Reihen beworben, die schon seit Jahren VVW-Vertretungen übernommen hätten.

Unter dem 12.02.2009 unterrichtete der Antragsteller den Antragsgegner darüber, dass er die Einstellung ab 16.02.2009 vorläufig durchführen werde. In dem vom Antragsteller verwendeten Formular heißt es unter „Begründung“:

„→ offene Stelle
→ Ablehnung BR nach § 99 erfolgt jetzt Anhörung nach § 100, Frau S... ist keine externe Mitarbeiterin aufgrund Schließung V... Markt Versetzung nach N....“

Mit Schreiben vom 12.02.2009 verweigerte der Antragsgegner die Zustimmung zur vorläufigen Einstellung. Er bestritt die Dringlichkeit der Maßnahme. Insoweit machte er geltend, obwohl die Stelle seit 01.01.2009 zu besetzen gewesen sei, sei sie erst am 19.01.2009 ausgeschrieben worden.

Der Antragsteller leitete am 16.02.2009 das vorliegende Verfahren ein. Die Anträge sind auf die Ersetzung der Zustimmung des Antragsgegners sowie auf die Feststellung gerichtet, dass die vorläufige Einstellung von Frau S... dringend erforderlich war.

In seiner Antragserwiderung vom 14.05.2009 machte der Antragsgegner geltend, der Antragsteller habe ihn nicht ausreichend über die geplante Einstellung informiert. So habe er in keiner Weise dargestellt, was ihn veranlasst habe, eine von mehreren Bewerberinnen auszuwählen.

Im Schriftsatz vom 29.05.2009 führte der Antragsteller aus, ein Bewerbungsgespräch sei nicht durchgeführt worden. Der Antragsteller trug weiterhin vor, er habe sich für Frau S...

und nicht für eine Mitbewerberin entschieden, da Frau S... bereits als Verkaufsstellenverwaltung beschäftigt gewesen sei, während Frau L..., Frau W... und Frau M... bisher nur die Vertretung einer Verkaufsstellenverwaltung und nur für kürzere Zeiträume übernommen hätten.

Mit Beschluss vom 10.08.2009 gab das Erstgericht den Anträgen statt. Wegen der Begründung wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen (Bl. 45 ff d.A.).

Der Beschluss wurde dem Antragsgegner am 29.10.2009 zugestellt.

Der Antragsgegner legte gegen den Beschluss am 25.11.2009 Beschwerde ein und begründete sie am 26.02.2010. Bis dahin war die Beschwerdebegründungsfrist verlängert worden.

Der Antragsgegner macht geltend, die Zustimmung zur Einstellung könne nicht erteilt werden, weil eine ordnungsgemäße Unterrichtung nicht erfolgt sei. Die Information sei auch nicht nachgeholt worden. Dazu genüge es nicht, dass die Informationen in einem Schriftsatz ans Gericht gegeben würden, sondern dies müsse außerhalb des Zustimmungsersetzungsverfahrens erfolgen. Für den Betriebsrat sei nicht erkennbar, ob eine in einem Schriftsatz ans Gericht enthaltene Information eine neuerliche Anhörung darstellen solle. Außerdem sei nicht klar, wann die dann anlaufende Wochenfrist beginne und ob sie überhaupt in Gang gesetzt werde.

Der Antragsgegner führt aus, die personelle Maßnahme habe nicht vorläufig durchgeführt werden können.

Der Antragsgegner beantragt:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg (Az. 11 BV 25/09) vom 10.08.2009 wird aufgehoben.
2. Die Anträge werden zurückgewiesen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsteller macht geltend, der Antragsgegner habe in seinem Schreiben vom 05.02.2009 eine nicht ausreichende Information nicht gerügt. Unabhängig davon seien dem Antragsgegner die Auswahlgründe mitgeteilt worden. Der Antragsgegner habe den Schriftsatz vom 29.05.2009 erhalten.

Der Antragsteller trägt vor, die Verkaufsstellen seien regelmäßig mit einer Verkaufsstellenverwalterin und zwei teilzeitbeschäftigten Verkäuferinnen/Kassiererinnen besetzt. Fehle eine der drei Mitarbeiterinnen, sei unter Berücksichtigung der wöchentlichen Arbeitszeiten eine Öffnung der Verkaufsstelle konkret gefährdet.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft, § 87 Absatz 1 ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 87 Absatz 2, 66 Absatz 1 ArbGG.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht Nürnberg die Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung von Frau S... erteilt, § 99 BetrVG.

Der Antragsteller hat beim Antragsgegner die Zustimmung zur Einstellung von Frau S... beantragt. Der Antragsgegner seine Zustimmung hierzu form- und fristgerecht mit Schreiben vom 05.02.2009 verweigert, § 99 Absatz 3 Satz 1 BetrVG.

Der Antragsgegner hat sich nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Verweigerungsgrund aus dem Katalog des § 99 Absatz 2 BetrVG berufen. Aus seinem Schreiben vom 05.02.2009 ergibt sich indes, dass er sich auf § 99 Absatz 2 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG berufen will. So sieht er in der Einstellung einen Verstoß gegen die Betriebsvereinbarung über interne Stellenausschreibungen bzw. ist der Ansicht, dass die Auswahl auf Bewerber des eigenen Bezirks beschränkt ist. Außerdem beruft er sich darauf, dass es für die Bewerberinnen aus dem eigenen Bezirk ein Schlag ins Gesicht sei, dass keine von ihnen ausgewählt worden sei.

Damit sind Zustimmungsverweigerungsgründe ausreichend bezeichnet.

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund liegt indes nicht vor.

Die Einstellung von Frau S... verstößt nicht gegen eine Auswahlrichtlinie im Sinne des § 95 Absatz 1 BetrVG. Ein Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie läge nur vor, wenn zum einen eine solche Richtlinie bestehen und zum anderen die Auswahl von Frau S... hiergegen verstoßen würde, weil einer anderen Bewerberin der Vorzug zu geben wäre. Dies ist nicht der Fall.

Insbesondere enthält die Betriebsvereinbarung vom 03.03.2003 keine Regelung gemäß § 95 Absatz 1 BetrVG.

Schon die Überschrift – Betriebsvereinbarung über innerbetriebliche Stellenausschreibungen gemäß § 93 BetrVG – zeigt, dass Gegenstand der Regelung nicht die Art und Weise der Auswahl von Stellenbewerbern war, sondern die Notwendigkeit, freie Stellen vor ihrer Besetzung innerbetrieblich auszuschreiben. Auch der Inhalt der Betriebsvereinbarung regelt nichts anderes. So wird die Ausschreibungsverpflichtung selbst festgeschrieben. Der Inhalt der Ausschreibung wird genau bestimmt. Ferner enthält die Betriebsvereinbarung einige Verfahrensregeln.

Die Einstellung von Frau S... begründet auch keinen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG.

Zwar verlieren die Mitbewerberinnen, Frau L..., Frau W... und Frau M..., durch die Einstellung von Frau S... die Möglichkeit, selbst diesen Arbeitsplatz einzunehmen. Dies stellt indes keinen Nachteil im Sinne des § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG dar.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich das erkennende Gericht anschließt, sind sonstige Nachteile im Sinne der Vorschrift nicht unerhebliche Verschlechterungen in der tatsächlichen oder rechtlichen Stellung eines Arbeitnehmers. Dazu muss entweder ein Rechtsanspruch oder zumindest eine rechtlich erhebliche Anwartschaft auf die erstrebte Veränderung bestehen. Der Verlust einer Chance oder die Nichterfüllung der bloßen Erwartung eines Arbeitnehmers, selbst den anderweit besetzten Arbeitsplatz zu erhalten, genügt nicht (vgl. Bundesarbeitsgericht - Beschluss vom 17.06.2008 - 1 ABR 20/07 = BAGE 127/51 und NZA 2008/1139 mwN).

Die Mitarbeiterinnen L..., W... und M... verlieren, wie oben ausgeführt wurde, durch die Einstellung von Frau S... lediglich die Chance, selbst den angestrebten Arbeitsplatz ein-

zunehmen. Ihre Position vor und nach der Einstellung von Frau S... ist unverändert. Da sie auch weder einen Rechtsanspruch noch eine Anwartschaft auf den ausgeschriebenen Arbeitsplatz hatten, erleiden sie daher keinen Nachteil im Sinne des Gesetzes.

Der Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung von Frau S... steht nicht der Einwand des Antragsgegners entgegen, er sei nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden, § 99 Absatz 1 Satz 1 und 2 BetrVG.

Eine ordnungsgemäße Unterrichtung vor einer beabsichtigten Einstellung setzt voraus, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Namen der Bewerber, die genauen Personalien, die vorgesehene Eingruppierung, den Zeitpunkt der Maßnahme und alle persönlichen Tatsachen über die Bewerber mitteilt, die den Betriebsrat zur Verweigerung der Zustimmung berechtigen könnten. Hierzu können auch Umstände bezüglich der persönlichen und fachlichen Eignung für den vorgesehenen Arbeitsplatz sowie etwaige betriebliche Auswirkungen gehören.

In diesem Sinne ist der Antragsgegner bezüglich der Einstellung von Frau S... unterrichtet worden.

Das Anhörungsformular enthält die vorgesehene Stelle, den Zeitpunkt der Einstellung, die Eingruppierung sowie die Höhe des Gehalts. Dem Antragsgegner sind ferner unstreitig die Bewerbungsunterlagen der Mitbewerberinnen übergeben worden.

Eine weitere Unterrichtung war nicht erforderlich. Insbesondere ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem Betriebsrat die Gründe zu erläutern, die ihn zur Auswahl des betreffenden Mitarbeiters bewogen haben. Eine solche Verpflichtung ergibt sich insbesondere nicht aus den vom Antragsgegner zitierten Entscheidungen vom 28.06.2005 und 17.06.2008 (Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 28.06.2005 – 1 ABR 26/04 = BAGE 115, 173 und NZA 2006, 111; Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 17.06.2008 - 1 ABR 20/07 = BAGE 127/51 und NZA 2008/1139).

In der Entscheidung vom 17.06.2008 ging es um die Frage, ob bestimmte Schriftstücke, die Grundlage für die Entscheidung des Arbeitgebers waren, zu den Bewerbungsunterlagen gehören und dem Betriebsrat deshalb vorzulegen sind. Die Entscheidung vom 28.06.2005 befasste sich mit dem Problem, ob dem Betriebsrat das Ergebnis von Vorstellungsgesprächen auch dann mitzuteilen ist, wenn hierüber keine schriftlichen Unterlagen gefertigt worden sind. Dies wurde vom Bundesarbeitsgericht bejaht.

In beiden Fällen ging es somit nicht um die Gründe der Entscheidung des Arbeitgebers, sondern um die Tatsachen, die Grundlage der Entscheidung des Arbeitgebers waren.

Der Antragsteller hat, wie er unwidersprochen vorgetragen hat, weder ein Bewerbungsgespräch mit Frau S... geführt noch gibt es andere, schriftliche Entscheidungsgrundlagen wie Einstellungsfragebogen oder Ähnliches.

Es ist somit eine vollständige Unterrichtung des Antragsgegners erfolgt. Auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen die erforderliche Unterrichtung im Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht nachgeholt werden kann, war daher nicht mehr einzugehen.

Die Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung von Frau S... war vielmehr zu ersetzen.

Der Antragsteller durfte die Einstellung von Frau S... ab 16.02.2009 vorläufig durchführen, § 100 BetrVG.

Der Feststellungsantrag ist (noch) nicht dadurch erledigt, dass das Arbeitsgericht die verweigerte Zustimmung des Antragsgegners ersetzt hat und diese Entscheidung mit dem vorliegenden Beschluss bestätigt wird.

Allerdings kommt eine Entscheidung über den Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach § 100 Absatz 2 Satz 3 BetrVG nicht mehr in Frage, wenn rechtskräftig über den Zustimmungsersetzungsantrag entschieden worden ist. Das erkennende Gericht folgt insoweit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 26.10.2004 – 1 ABR 45/03 = BAGE 112/251 und NZA 2005/535). Danach zeigt die Ausgestaltung des Verfahrens nach § 100 Absatz 2 BetrVG, dass der Feststellungsantrag des Arbeitgebers von vornherein nur für die Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Zustimmungsersetzungsantrag zu stellen ist. Dementsprechend wird die Auslegung regelmäßig ergeben, dass er auf eine vorübergehende Regelung gerichtet und auf die Dauer des Verfahrens über den Zustimmungsersetzungsantrag befristet ist.

Die Entscheidung, die Zustimmung des Antragsgegners zu ersetzen, ist vorliegend indes nicht rechtskräftig. Es wurde zwar die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Der Antragsgegner könnte aber den Antrag nach § 92a ArbGG stellen. Die formelle Rechtskraft des vorliegenden Beschlusses tritt frühestens nach Ablauf der einmonatigen Frist der §§ 92, 72a Absatz 2 Satz 1 ArbGG ein.

In der Sache war die Entscheidung des Erstgerichts auch insoweit zu bestätigen.

Der Antragsteller hat die formellen Voraussetzungen des § 100 Absatz 2 BetrVG erfüllt. Er hat, nachdem der Antragsgegner die Zustimmung zur Einstellung von Frau S... verweigert hat, den Antragsgegner am 12.02.2009 darüber unterrichtet, dass er die Stelle ab 16.02.2009 vorläufig mit Frau S... besetzen wolle. Der Antragsgegner hat unter dem 12.02.2009 bestritten, dass die vorläufige Maßnahme dringend erforderlich sei. Der Antragsteller hat daraufhin fristgerecht den Feststellungsantrag nach § 100 Absatz 2 Satz 3 BetrVG gestellt. Die dreitägige Frist des § 100 Absatz 2 Satz 3 BetrVG begann mit Ablauf des 12.02.2009 und endete mit Ablauf des 16.02.2009 (Montag), § 222 ZPO iVm § 193 BGB.

Der vorliegende Antrag ist am 16.02.2009 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingegangen.

Die Einstellung von Frau S... war nicht offensichtlich aus dringenden sachlichen Gründen nicht erforderlich, § 100 Absatz 3 Satz 1 BetrVG.

Das Merkmal der Offensichtlichkeit erfordert eine grobe, ohne weiteres ersichtliche Ver-
kennung der sachlich-betrieblichen Notwendigkeiten für eine alsbaldige Durchführung der
Maßnahme, wobei von dem Zeitpunkt der Entscheidung des Arbeitgebers, nicht aber von
der nachträglichen Beurteilung der Situation auszugehen ist (vgl. Landesarbeitsgericht
Bremen – Beschluss vom 11.03.2010 - 3 TaBV 24/09 mwN).

Eine derartige grobe Verkennung der Notwendigkeiten für eine alsbaldige Durchführung
der Einstellung von Frau S... liegt nicht vor.

Nach dem unternehmerischen Konzept des Antragstellers sind die Verkaufsstellen, insbe-
sondere auch die streitgegenständliche in der T...straße in N..., regelmäßig mit einer Ver-
kaufsstellenverwalterin und zwei teilzeitbeschäftigten Mitarbeiterinnen besetzt, was dazu
führt, dass die Verkaufsstellen entweder mit einer oder mit zwei Verkäuferinnen bzw.
Kassiererinnen besetzt sind. Dies ergibt sich aus dem Sachvortrag des Antragstellers,
den der Antragsgegner nicht in Abrede stellt. Die S...märkte sind regelmäßig an sechs
Wochentagen geöffnet, wobei die gesamte wöchentliche Öffnungszeit 49 Stunden be-
trägt.

Fehlt eine Arbeitskraft in einer Filiale, führt dies zwangsläufig entweder dazu, dass die
Öffnungszeiten in dieser Filiale nicht eingehalten werden können oder die Beschäftigten
über Gebühr beansprucht werden. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des An-
tragstellers, Frau S... bereits vorläufig in der Filiale in der T...straße in N... einzusetzen,

jedenfalls nicht als grobe Verkennung der betrieblichen Notwendigkeiten anzusehen.

Die Beschwerde des Antragsgegners hat daher insgesamt keinen Erfolg.

Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand kein gesetzlicher Grund, §§ 92a, 72 Absatz 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung findet ein Rechtsmittel nicht statt.

Auf § 92a ArbGG wird hingewiesen.

Weißenfels
Vorsitzende Richterin
am Landesarbeitsgericht

Riegler
Ehrenamtlicher Richter

Rothballer
Ehrenamtliche Richterin