

## Kein freier Arbeitsplatz bei Personalüberhang

Datum: 14.11.2007; Beschluss; Aktenzeichen: 7 TaBV 50/07; Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn, 4 BV 237/06

**Leitsätze:** Ein "freier Arbeitsplatz" i. S. v. § 81 Abs. 1 SGB IX liegt nicht vor, wenn der zu besetzende Tätigkeitsposten aus einem beim Arbeitgeber bestehenden Personalüberhang besetzt werden kann und der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung getroffen hat, die Stelle nur intern und nicht an einen Bewerber des allgemeinen Arbeitsmarktes zu vergeben.

**Tenor:** Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bonn vom 13.06.2007 in Sachen 4 BV 237/06 wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten über die vom Antragsgegner/Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung des Herrn M H auf einen Personalposten in der Revision und die dringende Erforderlichkeit seiner vorläufigen Einstellung.

Die Antragstellerin/Arbeitgeberin hatte den Personalposten eines "Experten Revision" mit der Bezeichnung REV II - 9 zu besetzen. Die Stelle ist mit der tariflichen Vergütungsgruppe T 9 dotiert.

Im inländischen Konzern der Antragstellerin/Arbeitgeberin besteht seit Jahren ein erheblicher Personalüberhang. Aus diesem Grunde verhängte der Vorstand der Antragstellerin bereits im Jahre 2003 einen Einstellungsstopp für externe Bewerber. Er traf dabei die unternehmerische Entscheidung, frei werdende Personalposten grundsätzlich nur noch konzernintern auszuschreiben und zu besetzen. Die Antragstellerin hält hierzu über ihr Intranet eine konzerninterne Job-Börse vor, die für externe Personen nicht zugänglich ist.

In Anwendung dieser Regularien schrieb die Antragstellerin den Personalposten eines Experten Revision mit der Bezeichnung REV II – 9 in ihrer konzerninternen Job-Börse aus. Es bewarben sich darauf hin fünf Personen. Keine davon war schwerbehindert. Nach Sichtung der Bewerbungsunterlagen und Durchführung der Auswahlgespräche entschied sich die Antragstellerin für den Bewerber M H, der nach ihrer Überzeugung der am besten geeignete Bewerber war. Die Begründung der Auswahlentscheidung ergibt sich aus einem Schreiben der Antragstellerin vom

06.09.2006 (Bl. 9 f. d. A.). Entsprechend unterrichtete die Antragstellerin den Betriebsrat/Beteiligten zu 2.) und bat um dessen Zustimmung zur Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Mit Schreiben vom 29.09.2006 (Bl. 11 f. d. A.) Verweigerte der Betriebsrat die Zustimmung unter Bezugnahme auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG und § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG.

Mit Schreiben vom 24.10.2006 (Bl. 13/13 R d. A.) informierte die Antragstellerin den Betriebsrat darüber, dass sie an der beabsichtigten Maßnahme festhalte und diese ab dem 01.11.2006 als Dringlichkeitsmaßnahme im Sinne des § 100 BetrVG durchzuführen gedenke. Mit Schreiben vom 24.11.2006, der Antragstellerin zugegangen am 28.11.2006, bestritt der Betriebsrat die Dringlichkeit der Maßnahme. Mit dem vorliegenden, am 30.11.2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Beschlussverfahren begehrt die Arbeitgeberin die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur Einstellung des Herrn M H auf den Personalposten REV II – 9 und die Feststellung, dass die vorläufige Einstellung des Herrn M H zum 01.11.2006 aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, dass ein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 3 BetrVG nicht vorgelegen habe. Sie hat ausgeführt, ein Verstoß gegen § 81 Abs. 1 SGB IX und Ziffer 4.1 der Integrationsvereinbarung für die schwerbehinderten Menschen der T C Z liege nicht vor.

Letzteres folge daraus, dass sich kein schwerbehinderter Bewerber beworben habe. Gemäß Ziffer 8 Abs. 3 der Konzernrichtlinie über die Stellenbesetzung seien schwerbehinderte Menschen anderen Bewerbern nur bei gleicher Eignung vorzuziehen. Diese Frage, die auch in 4.1 der Integrationsvereinbarung angesprochen werde, stelle sich dann nicht, wenn die Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen auf einen bestimmten Personalposten nicht vorliege.

Ein freier Arbeitsplatz im Sinne von § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX habe nicht vorgelegen, da die Stelle von vorneherein nicht für die externe Stellenbesetzung vorgesehen gewesen sei.

Auch sei mit der Einstellung des Bewerbers H keine Benachteiligung der übrigen Bewerber im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG verbunden. Insbesondere gelte dies für den Mitbewerber B . Eine Benachteiligung im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG liege dann nicht vor, wenn dem betroffenen Arbeitnehmer lediglich eine Beförderungschance entgehe. Der Mitarbeiter B sei bisher auf einem Arbeitsplatz der Tarifgruppe T 8 beschäftigt gewesen.

Die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Durchführung der Maßnahme ergebe sich aus der sehr hohen Arbeitsbelastung der Mitarbeiter im Bereich REV II. Dringende zeitnahe Prüfungen von identifizierten Risikofeldern im Bereich Marketing/Vertrieb könnten sonst nur mit zusätzlicher Belastung von anderen Mitarbeitern der Abteilung fristgerecht durchgeführt werden.

Die Arbeitgeberin/Antragstellerin hat beantragt, die vom Antragsgegner verweigerte Zustimmung zur Einstellung des Herrn M H auf den Personalposten REV II – 9 zu ersetzen; festzustellen, dass die vorläufige Einstellung des Herrn M H auf den Personalposten REV II – 9 aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Der Antragsgegner hat beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Er hat an seiner Auffassung festgehalten, dass der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG vorliege, da die Antragstellerin gegen § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verstoßen habe. Auch hat er die Auffassung vertreten, dass insbesondere der Mitbewerber B durch die Einstellung des Bewerbers H benachteiligt werde. Ferner hat der Betriebsrat die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Durchführung der Maßnahme geleugnet und zur Begründung ausgeführt, dass der Mitarbeiter B ohne weiteres in der Lage sei, die zu besetzende Stelle sofort wahrzunehmen.

Mit Beschluss vom 13.06.2007 hat die 4. Kammer des Arbeitsgerichts Bonn den Anträgen der Antragstellerin uneingeschränkt stattgegeben. Auf die unter II. des Beschlusses vom 13.06.2007 niedergelegten Entscheidungsgründe wird ausdrücklich Bezug genommen.

Der Beschluss des Arbeitsgerichts wurde dem Antragsgegner am 18.07.2007 zugestellt. Dieser hat am 16.08.2007 Beschwerde eingereicht und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 18.10.2007 am 04.10.2007 begründen lassen.

Der Beschwerde führende Betriebsrat macht weiterhin geltend, die Einstellung des Bewerbers H auf den zur Besetzung anstehenden Personalposten REV II – 9 verstoße gegen § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG in Verbindung mit § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Der Betriebsrat meint, das Arbeitsgericht habe den Begriff des freien Arbeitsplatzes im Sinne von § 81 Abs. 1 SGB IX falsch ausgelegt. Dieser sei, wie sich unter anderem auch aus der Rechtsprechung des BAG zu dem früheren § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG ergebe, nicht nur rein rechnerisch, sondern in einem allgemeinen arbeitsrechtlichen bzw. funktionellem Sinne zu verstehen. Jeder konkret ausgeschriebene Arbeitsplatz sei danach mit der Rechtsprechung des BAG als "freier Arbeitsplatz" im Sinne des Gesetzes anzusehen.

Der Betriebsrat hält auch daran fest, dass die vorläufige Einstellung des Arbeitnehmers H nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen sei; denn der Arbeitnehmer B könnte die zu besetzende Stelle sofort übernehmen.

Der Beschwerde führende Betriebsrat/Beteiligte zu 2.) beantragt nunmehr, den Beschluss des Arbeitsgerichts Bonn vom 13.06.2007, 4 BV 237/06, abzuändern und die Anträge zurückzuweisen. Die Antragstellerin/Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde des Betriebsrats zurückzuweisen. Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin führt aus, Zweck der Vorschrift des § 81 Abs. 1 SGB IX sei es, die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen, besonders der bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos gemeldeten schwerbehinderten Menschen, zu fördern. Dieser Zweck könne aber nur dann erreicht werden, wenn der Arbeitgeber zumindest ernsthaft in Betracht ziehe, den Arbeitsplatz unter Umständen auch mit einem externen Bewerber zu besetzen. Dies sei jedoch vorliegend gerade nicht der Fall, da bei ihr, der Beschwerdegegnerin, bereits seit vielen Jahren ein externer Einstellungsstopp bestehe.

Auf den vollständigen Inhalt der Beschwerdebegründungsschrift, der Beschwerdeerwiderungsschrift sowie des weiteren Schriftsatzes des Beschwerdeführers vom 12.11.2007 nebst jeweiligen Anlagen wird Bezug genommen. In der mündlichen Anhörung vor dem Beschwerdegericht hat die Antragstellerin ausgeführt, dass sie sich im Hinblick auf die Thematik des § 100

BetrVG ausdrücklich nicht darauf berufen wolle, dass der Betriebsrat auf den entsprechenden Antrag vom 24.10.2006 erst am 28.11.2006 und somit nicht mehr "unverzüglich" im Sinne von § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG geantwortet habe.

**II.A.** Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bonn vom 13.06.2007 ist zulässig. Sie ist gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG statthaft und wurde innerhalb der in §§ 87 Abs. 2 Satz 1, 66 Abs. 1 ArbGG vorgeschriebenen Fristen eingelegt und begründet.

**B.** Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den arbeitsgerichtlichen Beschluss vom 13.06.2007 ist jedoch unbegründet und musste erfolglos bleiben. Das Arbeitsgericht hat die Anträge der Antragstellerin im Ergebnis zu Recht und mit in der Sache zutreffender und überzeugender Begründung, der sich das Beschwerdegericht ausdrücklich anschließt, stattgegeben.

Zusammenfassend und ergänzend ist aus der Sicht des Standes der mündlichen Anhörung in der Beschwerdeinstanz nochmals Folgendes auszuführen: 1. Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung des Mitarbeiters H auf den zur Besetzung anstehenden Personalposten Experte Revision REV II – 9 war zu ersetzen, da der vom Betriebsrat herangezogene gesetzliche Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG in Wirklichkeit nicht vorliegt.

**a.** In der Beschwerdeinstanz stützt sich der Betriebsrat nur noch auf den Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Er meint, der Arbeitgeber habe es gesetzwidrig unterlassen zu prüfen, ob der zur Besetzung anstehende freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen hätte besetzt werden können.

**b.** Der Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens trifft die Antragstellerin jedoch zu unrecht. Das Arbeitsgericht hat zutreffend und überzeugend ausgeführt, dass es sich bei dem hier zur Besetzung anstehenden Arbeitsplatz nicht um einen "freien Arbeitsplatz" im Sinne des § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX handelte.

**aa.** Ein freier Arbeitsplatz im Sinne des § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX liegt dann nicht vor, wenn der zu besetzende Tätigkeitsposten aus einem beim Arbeitgeber bestehenden Personalüberhang heraus besetzt werden kann und soll und eine Besetzung der freien Stelle durch einen Bewerber des allgemeinen Arbeitsmarktes von vorneherein nicht in Frage kommt. Die Entscheidung des Arbeitgebers, mit wie vielen Arbeitskräften er die bei ihm anfallenden Arbeitsaufgaben bewältigen will, unterliegt seiner Personalplanungshoheit und damit auch seiner grundgesetzlich geschützten unternehmerischen Freiheit. Von der unternehmerischen Freiheit gedeckt ist auch die Freiheit zu der Entscheidung, frei werdende Arbeitsposten aus einem ohnehin bereits bestehenden Personalüberhang heraus zu besetzen und zur Besetzung anstehende Stellen jedenfalls so lange nicht für den freien Arbeitsmarkt auszuschreiben, als intern geeignete Bewerber zur Verfügung stehen.

**bb.** Eine entsprechende unternehmerische Entscheidung hat die Antragstellerin im Jahre 2003 getroffen. Sie hat sich bei der Besetzung des hier in Rede stehenden Arbeitspostens an die Richtlinien der damaligen unternehmerischen Entscheidung zur internen Stellenbesetzung gehalten.

**cc.** Es haben sich intern auch fünf Bewerber für die ausgeschriebene Stelle gefunden. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass sich unter den Kandidaten auch geeignete Bewerber befunden haben. Nach der eigenen Auffassung des Betriebsrats ausweislich seines vorgerichtlichen Schreibens vom 29.09.2006 waren sogar alle Bewerber für die Besetzung der Stelle geeignet.

**dd.** Eine Besetzung des Arbeitspostens Experte Revision REV II – 9 vom allgemeinen Arbeitsmarkt hätte somit dem Vorstandsbeschluss aus dem Jahre 2003 und den dazu ergangenen Stellenbesetzungsrichtlinien widersprochen. Eine Besetzung der fraglichen Stelle vom freien Arbeitsmarkt wurde von der Arbeitgeberin somit zu keinem Zeitpunkt in Erwägung gezogen.

**c.** Hielte man die Arbeitgeberin gleichwohl für verpflichtet, vor der Besetzung eines solchen Arbeitsplatzes nach Maßgabe des § 81 Abs. 1 SGB IX mit der Agentur für Arbeit Kontakt aufzunehmen und zu prüfen, ob die Stelle mit einem dort arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte, so bedeutete dies einen Eingriff in die Freiheit des Unternehmers zu entscheiden, wie viele Arbeitskräfte er in seinem Unternehmen beschäftigen will.

**aa.** Könnte die Agentur für Arbeit der Arbeitgeberin einen arbeitslosen oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen benennen, der für den zu besetzenden Posten fachlich und persönlich mindestens gleich gut oder sogar noch besser geeignet erschiene, als der beste interne Bewerber, so müsste man die Arbeitgeberin dann auch für verpflichtet halten, diesen schwerbehinderten externen Bewerber einzustellen. Dies folgt bereits aus § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX selbst, aber auch aus Ziffer 8 Abs. 3 der Konzernrichtlinie Stellenbesetzung der Antragstellerin. In diesem Fall erhöhte sich jedoch der Personalbestand der Arbeitgeberin im Widerspruch zu der unternehmerischen Entscheidung, einen Personalüberhang abzubauen, um eine weitere Person.

**bb.** Hielte man die Arbeitgeberin indessen für verpflichtet, nach § 81 Abs. 1 SGB IX zu verfahren, wollte man ihr aber dabei zur Wahrung ihrer unternehmerischen Freiheit gleichwohl das Recht zubilligen, die Einstellung eines von der Agentur für Arbeit benannten, für die Stellenbesetzung best geeigneten externen schwerbehinderten Stellenbewerbers mit der Begründung abzulehnen, dass man wegen des bestehenden Personalüberhangs nur auf interne Bewerber zurückgreifen wolle, so bedeutete dies, die in § 81 Abs. 1 SGB IX niedergelegte Verpflichtung zu einer sinnentleerten Förmlichkeit zu degradieren.

**d.** Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann nicht festgestellt werden, dass die vom Arbeitsgericht entwickelte und auch hier für richtig gehaltene Bestimmung des Begriffes des "freien Arbeitsplatzes" in § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX mit dem Inhalt der Entscheidung des BAG vom 10.11.1992, 1 ABR 21/92, nicht vereinbar wäre. Zum einen hatte nach dem dort zu entscheidenden Sachverhalt der Arbeitgeber keineswegs einen externen Besetzungsstopp verfügt, sondern die Einstellung externer Bewerber durchaus in Erwägung gezogen. Zum anderen enthalten die Entscheidungsgründe der genannten BAG-Entscheidung auch keine explizite Definition des Begriffes des "freien Arbeitsplatzes". Entsprechendes gilt auch für die Entscheidung des BAG vom 14.11.1989, 1 ABR 88/88. In diesem Fall hatte der dortige Arbeitgeber sogar einen externen nicht schwerbehinderten Bewerber tatsächlich eingestellt.

**e.** Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch keinen Verstoß gegen Ziffer 4.1 der Integrationsvereinbarung für die schwerbehinderten Menschen der T C Z feststellen können. Auf diesen Gesichtspunkt ist der Beschwerde führende Betriebsrat in der Beschwerdeinstanz nicht mehr zurückgekommen, so dass es keiner weiteren Ausführungen hierzu bedarf. Unstreitig war keiner der fünf internen Stellenbewerber ein schwerbehinderter Mensch.

**2.** Dasselbe gilt für den in seinem Zustimmungsverweigerungsschreiben vom 29.09.2006 angeführten weiteren selbständigen Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG.

**a.** Ursprünglich hatte der Betriebsrat in der Nichtberücksichtigung der übrigen vier Stellenbewerber/-innen, deren Benachteiligung im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG gesehen.

**b.** Das Arbeitsgericht hat hierzu, insbesondere zu dem vom Betriebsrat in den Vordergrund gestellten Gesichtspunkt einer etwaigen Benachteiligung des Stellenbewerbers B unter II 2.

**c)** seiner Entscheidungsgründe überzeugende Ausführungen gemacht, denen sich das Beschwerdegericht anschließt. Der Beschwerdeführer hat sich in der Beschwerdebegründung mit diesen Ausführungen des Arbeitsgerichts nicht auseinandergesetzt und ist in der Beschwerdeinstanz insgesamt nicht mehr auf diesen Zustimmungsverweigerungsgrund zurückgekommen. Es bedarf daher auch hierzu keiner weiteren Ausführung.

**3.** Zurecht hat das Arbeitsgericht schließlich auch festgestellt, dass dem Antrag der Antragstellerin nach § 100 BetrVG ebenfalls stattzugeben war.

**a.** Die Antragstellerin hat darauf hingewiesen, dass aufgrund der Bedeutung der zu erfüllenden Arbeitsaufgaben bei einer längeren Stellenvakanz unzumutbare Mehrbelastungen auf die übrigen Mitarbeiter der entsprechenden Abteilung zukämen. In Anbetracht dieser Begründung erscheint die vorläufige Durchführung der Maßnahme nicht offensichtlich nicht dringend. Nur hierauf kommt es nach § 100 Abs. 3 Satz 1 BetrVG an. 50

**b.** Der Beschwerdeführer hat gegen das Begehren, die beabsichtigte Stellenbesetzung vorläufig bereits durchzuführen, auch keine stichhaltigen Einwände vorgebracht. Sein Argument, der Mitbewerber B könne die entsprechenden Arbeitsaufgaben unverzüglich übernehmen, läuft letztlich auf nichts anderes als darauf hinaus, von der Arbeitgeberin zu verlangen, ihre Personalauswahlentscheidung faktisch zu revidieren und dem vom Betriebsrat favorisierten Bewerber den Vorzug zu geben. Selbst im Rahmen des § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat jedoch gerade nicht mit Erfolg einwenden, dass er die Einstellung eines anderen als des von der Arbeitgeberin ausgesuchten Bewerbers bevorzuge. Erst recht kann mit diesem Argument nicht mittelbar die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme im Sinne des § 100 Abs. 1 BetrVG in Abrede gestellt werden.

**III.** In Übereinstimmung mit der Anregung beider Beteiligten war nach Auffassung des Beschwerdegerichts gemäß §§ 92 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 Nr.1 ArbGG die Rechtsbeschwerde zuzulassen. ■