

## Entscheidungen

---

---



BUNDEsarbeitsgericht Beschl u  vom 10.3.2009, 1 ABR 93/07

Zustimmungsverweigerung per E-Mail - Unterbleiben einer Ausschreibung iSv. § 99 Abs 2 Nr 5 BetrVG - Angabe einer objektiv unzutreffenden Vergütungsgruppe in Stellenausschreibung - Anschlussbeschwerde

Leitsätze

1. Für die Erfüllung des Schriftlichkeitsgebots des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG genügt eine Mitteilung per E-Mail, wenn diese den Erfordernissen der Textform nach § 126b BGB entspricht.
2. Unrichtige, aber nicht offensichtlich falsche Angaben über die tarifliche Vergütung in einer betrieblichen Stellenausschreibung berechtigen den Betriebsrat nicht, die Zustimmung zur Einstellung eines Bewerbers nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG zu verweigern.

Tenor

I. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 18. September 2007 - 4 TaBV 83/07 - aufgehoben.

II. Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 8. März 2007 - 19 BV 725/06 - abgeändert:

1. Der Hauptantrag der Arbeitgeberin wird abgewiesen.
2. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Herrn M E als „Operations Agent“ in die Abteilung GTS F wird ersetzt.

III. Hinsichtlich des weiteren Hilfsantrags der Arbeitgeberin und der Wideranträge des Betriebsrats wird das Verfahren eingestellt.

Gründe

- 1 A. Die Beteiligten streiten über die Einstellung eines Arbeitnehmers.
- 2 Die Arbeitgeberin ist die deutsche Niederlassung der F Europe Inc. In ihrem Betrieb K mit einer Betriebsstätte auf dem F Flughafen beschäftigt sie etwa 780 Arbeitnehmer. Der beteiligte Betriebsrat ist die für den Betrieb gewählte Arbeitnehmervertretung.
- 3 Die Arbeitgeberin hat mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft am 26. Juli 2006 einen Verg tungsstarifvertrag (VTV) geschlossen. Er sieht in § 3 dreizehn Vergütungsgruppen vor, in welche die Arbeitnehmer nach Maßgabe der ihnen übertragenen und von ihnen überwiegend ausgeübten Arbeiten eingruppiert sind. § 3 VTV lautet auszugsweise:

„Es werden folgende Vergütungsgruppen gebildet.

...

**Tarifgruppe 2:**

Einfache Tätigkeiten, die mit aufgabenbezogenen Fachkenntnissen nach kurzer Anlern- und Einarbeitungszeit ausgeführt werden können.

**Tarifgruppe 3:**

Tätigkeiten, für deren Ausübung grundlegende Fachkenntnisse benötigt werden, welche die sachgemäße Erledigung von Routineabläufen gewährleisten. In der Regel sind grundlegende Sprachkenntnisse in Englisch und gute Deutsch-Kenntnisse in Wort und Schrift erforderlich.

...

Folgende Tätigkeiten werden in diese Vergütungsgruppen eingruppiert.

Vergütungsgruppe	Stellenbezeichnung
...	...
2	Hub Handler - Advanced
2	Hub Operations Agent
...	...
3	Hub Operations Agent - Adv.“

- 4 Am 14. September 2006 schrieb die Arbeitgeberin die Stelle eines „Operations Agent“ in der Zollabteilung innerbetrieblich aus. In der Ausschreibung hieß es:

„Eingruppierung: TG 2  
Wochenarbeitszeit: 39,5 Std.

...

Hauptaufgaben/Verantwortlichkeiten:

- Überwachung der Auslagerung von Zoll- und Freigutsendungen sowie Terminkontrolle;
- Kontrolle des Hub Hold-Ablaufes u. Überwachung der Zollguteinlagerung;

...

Voraussetzungen:

- Haupt- oder Realschulabschluss;
- Deutsch- und Englischkenntnisse;

...“

- 5 Auf die innerbetriebliche Stellenausschreibung bewarben sich zwei Mitarbeiter und extern Herr M E. Nach Auswahlgesprächen entschied sich die Arbeitgeberin für diesen, insbesondere wegen seiner Sprachkenntnisse. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2006 teilte sie dem Betriebsrat mit, sie beabsichtige, Herrn E zum 15. Oktober 2006 als „OPS Agent“ einzustellen und in die Tarifgruppe 2 einzugruppieren. Sie bat um Zustimmung „zur Einstellung“. Das Schreiben ging dem Betriebsrat am 12. Oktober 2006 zu.

- 6 Am 16. Oktober 2006 sandte der Betriebsrat an die Personalabteilung eine E-Mail mit folgendem Wortlaut:

„ Von : N K [nk@f.com]

...

der Einstellung von M E wurde widersprochen.

Begründung:

Die ordnungsgemäße Ausschreibung ist unterblieben. Der Betriebsrat sieht Diskrepanzen zwischen Eingruppierung auf der Ausschreibung und dem Tarifvertrag (z.B. Kenntnisse in Englisch und Deutsch).

Viele Gruesse

**N K**

**für den Betriebsrat. "**

- 7 Frau K war Mitglied des Betriebsrats und laut Geschäftsordnung an erster Stelle zu dessen Vertretung berechtigt, falls Vorsitzender und Stellvertreter verhindert wären. Dies war am 16. Oktober 2006 der Fall.
- 8 Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 teilte die Arbeitgeberin dem Betriebsrat mit, dass sie Herr E zum 6. November 2006 „aus dringenden sachlichen Gründen“ vorläufig einstellen werde. Der Betriebsrat widersprach auch dem. Davon erhielt die Arbeitgeberin am 6. November 2006 Kenntnis. Mit einem am 9. November 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat sie das vorliegende Verfahren eingeleitet.
- 9 Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung gelte gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Die E-Mail vom 16. Oktober 2006 genüge nicht den gesetzlichen Formerfordernissen. Zumindest sei die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen. Verweigerungsgründe iSv. § 99 Abs. 2 BetrVG lägen nicht vor. Die Stellenausschreibung sei ordnungsgemäß erfolgt. Eine „Diskrepanz“ zum VTV bestehe nicht. Die für Herrn E vorgesehene Eingruppierung sei korrekt. Das folge schon aus der Zuordnung seiner Stelle zur Tarifgruppe 2 in § 3 VTV. Die Einstellung sei aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen und habe deshalb vorläufig erfolgen dürfen.
- 10 Die Arbeitgeberin hat zweitinstanzlich zuletzt beantragt,  
festzustellen, dass die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Einstellung des Herrn M E als Operations Agent in die Abteilung GTS F als erteilt gilt;  
hilfsweise für den Fall des Unterliegens,
  1. die vom Betriebsrat verweigte Zustimmung zur Einstellung des Herrn M E als „Operations Agent“ in die Abteilung GTS F zu ersetzen;
  2. festzustellen, dass die am 6. November 2006 durchgeführte Einstellung von Herrn M E als „Operations Agent“ in die Abteilung GTS F aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.
- 11 Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen und hat dawider beantragt,  
festzustellen, dass die am 6. November 2006 vorgenommene vorläufige Einstellung des Herrn M E als Operations Agent in die Abteilung GTS F offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war;  
hilfsweise,  
der Arbeitgeberin aufzugeben, die Einstellung von Herrn E bis spätestens zwei Wochen nach Rechtskraft dieses Beschlusses aufzuheben.
- 12 Der Betriebsrat hat die Ansicht vertreten, er habe der Arbeitgeberin seine Zustimmungsverweigerung mit der E-Mail vom 16. Oktober 2006 frist- und formgerecht mitgeteilt. Herr E sei in Tarifgruppe 3 des VTV eingruppiert. Die Stelle sei mit Tarifgruppe 2 falsch ausgeschrieben worden. Wäre die Tarifgruppe 3 genannt worden, hätten sich voraussichtlich weitere Arbeitnehmer beworben. Die vorläufige Einstellung von Herrn E sei nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich.
- 13 Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Wideranträge abzuweisen.
- 14 Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag der Arbeitgeberin entsprochen und die Wideranträge des Betriebsrats abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die

Beschwerde des Betriebsrats unter Neufassung des Tenors der erstinstanzlichen Entscheidung zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit ihr verfolgt der Betriebsrat sein Begehren in vollem Umfang weiter.

- 15 B. Die Rechtsbeschwerde ist teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Hauptantrag der Arbeitgeberin zu Unrecht stattgegeben. Die Zustimmung des Betriebsrats gilt nicht als erteilt. Dieser hat dem Ersuchen der Arbeitgeberin mit der E-Mail vom 16. Oktober 2006 form- und fristgerecht widersprochen. Im Übrigen hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg. Der erste Hilfsantrag der Arbeitgeberin ist begründet. Die Zustimmung zur Einstellung von Herrn E ist zu ersetzen. Der vom Betriebsrat vorgebrachte Verweigerungsgrund besteht nicht. Wegen des weiteren Hilfsantrags der Arbeitgeberin und der Wideranträge des Betriebsrats war das Verfahren einzustellen.
- 16 I. Der Hauptantrag der Arbeitgeberin ist unbegründet. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung und Eingruppierung von Herrn E gilt nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat der Arbeitgeberin seine Weigerung form- und fristgerecht mitgeteilt. Die E-Mail vom 16. Oktober 2006 erfüllt die entsprechenden gesetzlichen Anforderungen.
- 17 1. Der Antrag ist zulässig.
- 18 a) Die Arbeitgeberin ist beteiligtenfähig iSv. § 10 ArbGG. Sie ist die nach §§ 13d, 13e HGB eingetragene deutsche Niederlassung der F Europe Inc., einer Aktiengesellschaft nach dem Recht des Staates Delaware. In der Anhörung vor dem Senat haben die Beteiligten bestätigt, dass sich an den seiner Entscheidung vom 11. Juni 2002 (- 1 ABR 43/01 - zu B II der Gründe, BAGE 101, 298) zugrunde liegenden Umständen nichts geändert hat. Die Arbeitgeberin ist demnach zwar keine eigenständige juristische Person. Sie schließt aber selbständig Arbeitsverträge und ist deshalb betriebsverfassungsrechtliche Ansprechpartnerin des Betriebsrats und Arbeitgeberin im Sinne des BetrVG. Als solche ist sie eine beteiligungsfähige Stelle nach § 10 2. Halbs. ArbGG (BAG 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - aaO; Oetker Anm. BAG 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 118, Bl. 866 R ff.) .
- 19 b) Antragsgegenstand ist allein das Begehren festzustellen, dass die Zustimmung zur Einstellung von Herrn E als erteilt gilt; die Zustimmung zu dessen Eingruppierung wird vom Antrag nicht erfasst.
- 20 aa) Nach seinem Wortlaut, mit dem er in erster und zweiter Instanz ausweislich der entsprechenden Sitzungsniederschriften gestellt wurde, erfasst der Antrag nur die Einstellung, nicht die Eingruppierung. So hat ihn auch der Betriebsrat verstanden. Das zeigt sein in der Antragserwiderung ursprünglich gestellter Hilfsantrag, der Arbeitgeberin aufzugeben, die Zustimmung zur Eingruppierung in Tarifgruppe 3 VTV einzuholen. Dem entspricht es, dass die Arbeitgeberin den Betriebsrat nach ihrem Schreiben vom 10. Oktober 2006 auch vorgerichtlich nur um Zustimmung „zur Einstellung“ von Herrn E ersucht hatte. Mit diesem begrenzten Inhalt hat das Arbeitsgericht über den Antrag entschieden. Weder Tenor noch Gründe seines Beschlusses verhalten sich darüber, dass auch die Zustimmung zur Eingruppierung als erteilt gelte. Erstmals zur Niederschrift der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht hat die Arbeitgeberin erklärt, Haupt- und erster Hilfsantrag seien dahin zu verstehen, dass sie sich zudem auf die Zustimmung zur Eingruppierung von Herrn E richteten. Das Landesarbeitsgericht hat den Hauptantrag anschließend in diesem Sinne ausgelegt und beschieden.
- 21 bb) Ob die Auslegung durch das Landesarbeitsgericht sprachlich möglich und ihr rechtsbeschwerderechtlich zu folgen ist, kann dahinstehen. Auch wenn dies bejaht würde, wäre die Ersetzung der Zustimmung zur Eingruppierung von Herrn E nicht Verfahrensgegenstand. Träfe die Auslegung des Landesarbeitsgerichts zu, wäre die Zustimmung zur Eingruppierung bereits erstinstanzlich Inhalt des Antrags gewesen. Über diesen Teil des Antrags hat das Arbeitsgericht indessen nicht entschieden. Sein Beschluss verhält sich ausschließlich über die Zustimmung zur Einstellung. Da das Arbeitsgericht ersichtlich keinen Teil-Beschluss gem. § 301 ZPO erlassen hat, läge eine versehentlich lückenhafte Entscheidung iSv. § 321 Abs. 1 ZPO vor; beide Vorschriften sind wegen § 80 Abs. 2, § 46 Abs. 2 ArbGG auch im Beschlussverfahren anwendbar.

Darauf hätte die Arbeitgeberin gem. § 321 Abs. 2 ZPO binnen zweier Wochen mit einem Antrag auf nachträgliche Ergänzung reagieren müssen. Das hat sie - wohl vor dem Hintergrund eines damals von ihr selbst geteilten engeren Antragsverständnisses - unterlassen. Damit wäre nach Ablauf der zweiwöchigen Antragsfrist die Rechtshängigkeit des übergangenen Begehrens entfallen (*BGH 16. Februar 2005 - VIII ZR 133/04 - zu II 2 der Gründe mwN, NJW-RR 2005, 790; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 29. Aufl. § 261 Rn. 9*). Es hätte dementsprechend keine Möglichkeit bestanden, ihr übergangenes Begehren im Einverständnis aller Beteiligten in die Rechtsmittelinstanz „hochzuziehen“.

- 22 cc) Trifft das engere Antragsverständnis zu, ist die Zustimmung zur Eingruppierung nicht dadurch Verfahrensgegenstand geworden, dass in der Erklärung der Arbeitgeberin vor dem Landesarbeitsgericht eine wirksame Antragserweiterung gelegen hätte. Zwar kann ein in erster Instanz voll obsiegender Antragsteller gem. § 87 Abs. 2 Satz 1, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 533 ZPO noch in zweiter Instanz eine Antragserweiterung vornehmen. Möglich ist dies aber nur durch eine Anschlussbeschwerde. Daran fehlt es.
- 23 (1) Eine Anschließung der Arbeitgeberin an das Rechtsmittel des Betriebsrats ist nicht wirksam erfolgt. Zwar bedarf es dazu nicht der ausdrücklichen Bezeichnung als Anschlussbeschwerde (*BAG 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - Rn. 42 mwN, BAGE 118, 211*). Zum einen ist aber die Anschließung an die Beschwerde eines Beteiligten gem. § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 87 Abs. 2 Satz 1, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG nur bis zum Ablauf der den übrigen Beteiligten gesetzten Frist zur Beschwerdeerwidernung zulässig. Diese war bei Abgabe der Erklärung der Arbeitgeberin zum Antragsinhalt verstrichen. Mit Verfügungen vom 14. und 28. Juni 2007 hatte das Landesarbeitsgericht der Arbeitgeberin eine Frist zur Äußerung auf die Beschwerdebegründung bis zum 22. August 2007 gesetzt. Die fraglichen Erklärungen fielen erst im Anhörungstermin vom 18. September 2007. Zum anderen hat die Anschließung gem. § 524 Abs. 1 ZPO zwingend durch Einreichung einer Beschwerdeanschlussschrift zu erfolgen (*Germelmann in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 6. Aufl. § 64 Rn. 106*). Dies ist nicht geschehen. Die Arbeitgeberin hat ihre Erklärungen mündlich zur Sitzungsniederschrift vom 18. September 2007 abgegeben.
- 24 (2) In der Erweiterung des Feststellungsantrags auf die Eingruppierung liegt kein Fall des § 264 Nr. 2 ZPO, bei dem es der Einlegung eines Anschlussrechtsmittels nicht bedürfte (*vgl. BAG 21. Februar 2006 - 3 AZR 77/05 - Rn. 12, AP BetrAVG § 1 Auslegung Nr. 4; BGH 12. Januar 2006 - VII ZR 73/04 - zu II 1 a der Gründe, MDR 2006, 586*). Der Antrag festzustellen, dass die Zustimmung zu einer Einstellung als erteilt gilt, hat einen anderen Gegenstand als derjenige festzustellen, dass dies hinsichtlich der vorgesehenen Eingruppierung gilt. Wird dieser erst später angebracht, liegt darin eine Erweiterung des ursprünglichen Begehrens.
- 25 c) Der auf die Zustimmung zur Einstellung beschränkte Antrag erfüllt die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO. Er ist auf das Bestehen eines betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet. Es soll festgestellt werden, dass die Arbeitgeberin im Verhältnis zum Betriebsrat aufgrund ihres Zustimmungersuchens vom 10. Oktober 2006 ohne Durchführung eines Zustimmungersetzungsverfahrens zur endgültigen Einstellung von Herrn E berechtigt ist. Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Der Betriebsrat stellt die entsprechende Berechtigung der Arbeitgeberin in Frage. Diese hat damit ein berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Klärung.
- 26 2. Der Antrag ist unbegründet. Die Zustimmung des Betriebsrats zur - endgültigen - Einstellung von Herrn E gilt nicht gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat der Arbeitgeberin die Verweigerung seiner Zustimmung innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG schriftlich unter Angabe von Gründen mitgeteilt.
- 27 a) Der Eintritt der Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG scheitert nicht an einer unzureichenden Unterrichtung des Betriebsrats, die den Lauf der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht in Gang gesetzt hätte. Das Zustimmungersuchen vom 10. Oktober 2006 enthält alle erforderlichen Auskünfte über die Person von Herrn E, eine ausreichende Beschreibung des in Aussicht genommenen Arbeitsplatzes und die Angabe

der vorgesehenen Eingruppierung. Mit Zugang des Zustimmungersuchens beim Betriebsrat am 11. Oktober 2006 hat die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG begonnen.

- 28 b) Die Zustimmungsfiktion ist nicht deshalb eingetreten, weil der am 16. Oktober 2006 erklärte Widerspruch keine „Angabe von Gründen“ iSv. § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG enthielte. Der Betriebsrat genügt seiner Begründungspflicht schon dann, wenn es als möglich erscheint, dass mit der von ihm gegebenen Begründung einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführten Verweigerungsgründe geltend gemacht wird. Nur eine Begründung, die offensichtlich auf keinen der gesetzlichen Verweigerungsgründe Bezug nimmt, ist unbeachtlich (*BAG 6. August 2002 - 1 ABR 49/01 - zu B I 2 b der Gründe mwN, BAGE 102, 135*). Dem wird die E-Mail vom 16. Oktober 2006 gerecht. Sie gibt ausreichende Gründe für die Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung von Herrn E an. Der Betriebsrat hebt ersichtlich auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG ab. Mit dem Hinweis auf die „Diskrepanz zwischen Eingruppierung auf der Ausschreibung und dem Tarifvertrag“ wird dies ausreichend erläutert.
- 29 c) Die Zustimmung des Betriebsrats gilt auch nicht deshalb als erteilt, weil seine E-Mail vom 16. Oktober 2006 den Anforderungen des Schriftlichkeitsgebots in § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht entspreche. Zu dessen Wahrung bedarf es nicht der Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB. Es genügt die Einhaltung der Textform des § 126b BGB. Deren Anforderungen wird die E-Mail vom 16. Oktober 2006 gerecht.
- 30 aa) Die E-Mail vom 16. Oktober 2006 erfüllt nicht die Voraussetzungen, die § 126 Abs. 1 BGB an die Form einer Urkunde stellt, wenn durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist. Es bedarf dann der eigenhändigen Unterzeichnung der Urkunde durch Namensunterschrift von Seiten des Ausstellers. Daran fehlt es.
- 31 bb) Der Formwirksamkeit der Mitteilung vom 16. Oktober 2006 steht das nicht entgegen. Für sie genügt die Einhaltung der Textform des § 126b BGB. Die §§ 126 ff. BGB gelten unmittelbar nur für Rechtsgeschäfte. Die Verweigerung der Zustimmung und ihre Mitteilung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist kein Rechtsgeschäft, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Auf eine solche sind §§ 126 ff. BGB allenfalls analog anwendbar. Das setzt jeweils die gleiche Interessenlage wie bei Rechtsgeschäften voraus. Diese ist bei der Mitteilung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nur im Hinblick auf § 126b BGB gegeben.
- 32 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das in § 126 BGB vorgesehene Formerfordernis trotz des offenen Wortlauts der Vorschrift auf Rechtsgeschäfte beschränkt. Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen ist die Bestimmung nicht unmittelbar anzuwenden (*11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - zu B IV 1 b aa der Gründe mwN, BAGE 101, 298; 11. Oktober 2000 - 5 AZR 313/99 - zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 96, 28*). Daran hat die Ergänzung des § 126 BGB um § 126a und § 126b BGB durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001 (*BGBI. I S. 1542*) nichts geändert. Auch die neu eingefügten §§ 126a, 126b BGB sind vielmehr wegen des fortbestehenden Sachzusammenhangs mit den Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte unmittelbar nur auf Willenserklärungen anwendbar. Für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen gelten sie allenfalls entsprechend (*9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - zu B III 3 b aa der Gründe*).
- 33 (2) Die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist keine Willenserklärung, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Sie ist nicht auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, sondern auf einen bloß tatsächlichen Erfolg gerichtet. Der Arbeitgeber soll dazu gebracht werden, von der Maßnahme, so wie geplant, Abstand zu nehmen. Ein vertragliches Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat wird weder begründet noch inhaltlich verändert oder beendet. Der rechtliche Erfolg - das betriebsverfassungsrechtliche Verbot einer bereits endgültigen Durchführung der betreffenden Maßnahme - tritt allein von Gesetzes wegen und unabhängig davon ein, ob der Wille des Betriebsrats tatsächlich darauf gerichtet war (*BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - zu B III 3 b bb (1) der Gründe*).

- 34 (3) Danach ist eine entsprechende Anwendung von § 126 BGB auf die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht geboten. Normzweck und Interessenlage verlangen nicht nach einer eigenhändigen Unterzeichnung der schriftlichen Erklärung durch Namensunterschrift des Betriebsratsvorsitzenden. Das Schriftlichkeitserfordernis des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG soll gewährleisten, dass der Arbeitgeber auf sichere Weise Kenntnis von den Gründen erhält, die den Betriebsrat zur Verweigerung seiner Zustimmung bewogen haben. Der Arbeitgeber soll sich auf dieser Grundlage Klarheit über die Erfolgsaussicht des Ersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG verschaffen können (*BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - zu B III 3 b cc (2) (a) der Gründe; 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - zu B IV 1 b dd der Gründe, BAGE 101, 298*). Diesem Informations- und Klarstellungszweck genügt eine dem Arbeitgeber zugewandene schriftliche Erklärung auch ohne eigenhändige Namensunterschrift des Betriebsratsvorsitzenden. Die Gewährleistung der Identitäts- und die Vollständigkeitsfunktion ist zwar auch für die Mitteilung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unverzichtbar. Sie verlangt aber nicht notwendig nach einer Originalunterschrift. Person und Identität des Erklärenden stehen schon dann fest, wenn dessen Name angegeben wird. Vollständigkeit und inhaltlicher Abschluss der Erklärung lassen sich durch die Anbringung einer Grußformel, die maschinenschriftliche Namenswiedergabe oder Ähnliches unmissverständlich kenntlich machen (*BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - zu B III 3 b cc (2) (b) (aa) der Gründe*). Das ohne eine Originalunterschrift geringfügig höhere Fälschungsrisiko einer Mitteilung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG kann angesichts der rechtlichen Unschädlichkeit einer falschen Mitteilung vernachlässigt werden (*BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - zu B III 3 b cc (2) (b) (bb) der Gründe; 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - aaO*).
- 35 (4) Nach der objektiven Sach- und Interessenlage bei der Mitteilung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist die entsprechende Anwendung von § 126b BGB geboten und ausreichend. Nach dieser Bestimmung muss, wenn Textform vorgeschrieben ist, die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden. Auf diese Weise stellt § 126b BGB auch ohne das Erfordernis eigenhändiger Unterzeichnung sicher, dass die Identitäts- und Vollständigkeitsfunktionen einer schriftlichen Erklärung neben der ohnehin gegebenen Dokumentationsfunktion gewahrt sind (*BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - zu B III 3 b dd der Gründe*).
- 36 (5) Die E-Mail vom 16. Oktober 2006 genügt den Erfordernissen des § 126b BGB. Sie ist zwar keine „Urkunde“. Die in ihr enthaltene Erklärung ist aber auf eine andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben worden. Der Inhalt einer elektronischen Datei mit Schriftzeichen kann vom Empfänger entweder gespeichert und damit bei Bedarf jederzeit aufgerufen oder zumindest ausgedruckt und auf diese Weise dauerhaft wiedergegeben werden. Die E-Mail des Betriebsrats enthält zweifach den Namen von Frau N K als des in seinem Namen handelnden Mitglieds. Der Abschluss der Erklärung ist durch eine Grußformel und die Wiederholung des Namens samt Vertretungsfunktion eindeutig kenntlich gemacht.
- 37 II. Der erste Hilfsantrag ist begründet. Mit ihm begehrt die Arbeitgeberin die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von Herrn E. Die Eingruppierung ist auch insoweit kein Verfahrensgegenstand.
- 38 1. Der Antrag ist dem Senat zur Entscheidung angefallen. Wurde in der Vorinstanz schon dem Hauptantrag des Antragstellers stattgegeben, gelangt mit der (Rechts-)Beschwerde eines Beteiligten auch ein Hilfsantrag des Antragstellers automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge (*BAG 11. Dezember 2007 - 1 ABR 73/06 - Rn. 31, AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 45 = EZA BetrVG 2001 § 95 Nr. 7; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 598/01 - zu A I der Gründe mwN, AP KSchG 1999 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123 = EZA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 122*). Hier ist ein ausreichender Zusammenhang gegeben.

- 39 2. Der Antrag ist begründet.
- 40 a) Der Betriebsrat hat der Einstellung von Herrn E mit der Begründung widersprochen, die in der Ausschreibung angegebene Tarifgruppe 2 stehe „in Diskrepanz“ zur tariflichen Vergütung für einen „Operations Agent“. Mit dem Zusatz „z.B. Kenntnisse in Englisch und Deutsch“ will er offensichtlich vorbringen, ein „Operations Agent“ sei in Tarifgruppe 3 eingruppiert: In den tariflichen Tätigkeitsmerkmalen für diese Vergütungsgruppe werden erstmals Grundkenntnisse in beiden Sprachen erwähnt.
- 41 b) Auf diese Weise hat der Betriebsrat keinen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des Katalogs des § 99 Abs. 2 BetrVG geltend gemacht. Ein Grund nach Nr. 1 liegt nicht vor. Zwar verstieße die falsche Eingruppierung eines Mitarbeiters gegen eine tarifliche Bestimmung im Sinne dieser Vorschrift. Das stünde aber nur der beabsichtigten Eingruppierung von Herrn E und nicht dessen Einstellung entgegen. In Betracht kommt allenfalls ein Grund nach Nr. 5 BetrVG. Danach kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.
- 42 aa) Zugunsten des Betriebsrats kann unterstellt werden, dass er vor Eingang des Zustimmungersuchens vom 10. Oktober 2006 eine innerbetriebliche Ausschreibung entweder verlangt hatte oder eine solche zwischen den Beteiligten generell vereinbart war (vgl. dazu BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 54/03 - zu B II 3 b aa der Gründe mwN, BAGE 113, 102).
- 43 bb) Eine danach erforderliche Ausschreibung ist nicht unterblieben.
- 44 (1) Die Arbeitgeberin hat eine Ausschreibung vorgenommen. Am 14. September 2006 hat sie ihre Absicht, die Stelle eines „Operations Agent“ zu besetzen, im Betrieb bekannt gemacht.
- 45 (2) Die Ausschreibung ist nicht deshalb iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG „unterblieben“, weil die Bekanntmachung inhaltlich unvollständig oder fehlerhaft gewesen wäre.
- 46 § 93 BetrVG enthält keine näheren Vorgaben über Form und Inhalt einer Ausschreibung. Beides steht - im Rahmen von §§ 11, 7 AGG - im pflichtgemäßen Ermessen des Arbeitgebers, solange darüber nicht eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat getroffen worden ist (vgl. BAG 27. Oktober 1992 - 1 ABR 4/92 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 71, 259). Als Mindestangaben verlangt eine Ausschreibung allerdings die Beschreibung der betreffenden Stelle durch eine zumindest schlagwortartige Bezeichnung der mit ihr verbundenen Arbeitsaufgaben und die von den Bewerbern erwarteten Qualifikationen (BAG 23. Februar 1988 - 1 ABR 82/86 - zu B I 1 der Gründe mwN, AP BetrVG 1972 § 93 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 93 Nr. 3). Diese Angaben sind in der Bekanntmachung vom 14. September 2006 enthalten.
- 47 Unerheblich ist, ob die Angabe der Vergütungsgruppe zutreffend war. Mit ihr ist lediglich eine Information über die vom Arbeitgeber beabsichtigte Eingruppierung verbunden. Ob die Angabe einer objektiv unzutreffenden Vergütungsgruppe dem Unterbleiben einer Ausschreibung iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG gleichzusetzen sein kann, hat das Bundesarbeitsgericht bisher nicht entschieden. Bei der unrichtigen Angabe der Höhe des Arbeitsentgelts könnte das - auch wenn diese Information nicht zum notwendigen Inhalt einer Ausschreibung zählt (Kraft/Raab GK-BetrVG 8. Aufl. § 93 Rn. 26; DKK-Buschmann BetrVG 11. Aufl. § 93 Rn. 13, 14) - anzunehmen sein, falls die in Aussicht gestellte Vergütung eindeutig im Widerspruch zu einer den Arbeitgeber bindenden tariflichen oder betrieblichen Vorgabe steht. Durch den Hinweis auf eine (zu) niedrige Vergütung könnten mögliche Interessenten von einer Bewerbung abgehalten werden; das widerspräche Sinn und Zweck einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung. Allerdings kommt eine solche Annahme nach der Systematik des § 99 BetrVG nur in Fällen einer offensichtlichen Falschangabe in Betracht. Könnte der Betriebsrat der Einstellung eines Bewerbers gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG schon dann widersprechen, wenn die in der Ausschreibung mitgeteilte Vergütung nach seiner Auffassung die falsche ist, ließe das darauf hinaus, den Streit der Beteiligten über die zutreffende Eingruppierung auf die Befugnis zur Einstellung vorzuverlagern. Das wiederum stünde nicht im Einklang mit § 99 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1



BetrVG. Danach kann der Betriebsrat einer Einstellung nicht mit der Begründung widersprechen, die vorgesehene Eingruppierung sei falsch (*BAG 28. März 2000 - 1 ABR 16/99 - zu II 2 a, b der Gründe, BAGE 94, 169*). Die in der Bekanntmachung vom 14. September 2006 enthaltene Mitteilung „Eingruppierung: TG 2“ ist nicht offensichtlich eine Falschangabe. Die Arbeitgeberin hat mit der Vergütungsgruppe 2 in einer tariflich uneindeutigen Situation die ihr zutreffend erscheinende von zwei möglichen Tarifgruppen angegeben. Darin liegt keine Desinformation, die mit dem Unterbleiben einer Ausschreibung vergleichbar wäre. Die Stelle des „Hub Operations Agent“ ist in § 3 VTV ausdrücklich der Vergütungsgruppe 2 zugeordnet. Zwar ist für die Stelle eines „Hub Operations Agent - Adv.“ die Vergütungsgruppe 3 vorgesehen. Es mag deshalb sein, dass die ausgeschriebene Stelle wegen der vom Bewerber erwarteten Deutsch- und Englischkenntnisse eine solche der Vergütungsgruppe 3 ist. Dies ist aber - schon angesichts der offenbar lange Zeit geübten anderen Vergütungspraxis - keineswegs offensichtlich.

- 48 III. Hinsichtlich des weiteren Hilfsantrags der Arbeitgeberin und der Wideranträge des Betriebsrats war das Verfahren einzustellen.
- 49 1. Der Streitgegenstand eines positiven oder negativen Feststellungsantrags nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG ist die betriebsverfassungsrechtliche Befugnis des Arbeitgebers, eine personelle Maßnahme solange vorläufig durchzuführen, bis über die Berechtigung zu ihrer dauerhaften Durchführung gerichtlich entschieden ist. Dieser Streit ist objektiv erledigt, sobald eine rechtskräftige Entscheidung über die Befugnis zur endgültigen Durchführung vorliegt (*BAG 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 - Rn. 53 mwN, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 52 = EzA BetrVG 2001 § 99 Versetzung Nr. 3*). Die Ausgestaltung des Verfahrens nach § 100 Abs. 2 BetrVG zeigt, dass der positive Feststellungsantrag des Arbeitgebers und ein negativer Feststellungsantrag des Betriebsrats von vornherein nur für die Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Zustimmungsersetzungsantrag zu stellen sind. Dementsprechend wird die Auslegung - wie hier - regelmäßig ergeben, dass beide Anträge auf eine vorübergehende Regelung gerichtet und auf die Dauer des Verfahrens über den Zustimmungsersetzungsantrag befristet sind (*BAG 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 - Rn. 53 mwN, aaO*). Damit kommt eine Entscheidung über Feststellungsanträge nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG nicht mehr in Frage, wenn rechtskräftig über den Zustimmungsersetzungsantrag entschieden worden ist.
- 50 2. Der Hilfs-Widerantrag des Betriebsrats ist dem Senat ebenfalls nicht zur Entscheidung angefallen. Mit ihm will der Betriebsrat die Arbeitgeberin verpflichten, die Einstellung von Herrn E „bis spätestens zwei Wochen nach Rechtskraft dieses Beschlusses“ aufzuheben. Wie die Auslegung ergibt, handelt es sich um einen unechten Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens des Betriebsrats mit einem seiner beiden Hauptanträge - des Antrags auf Abweisung sämtlicher Anträge der Arbeitgeberin und des Haupt-Widerantrags. Da einer der Anträge der Arbeitgeberin erfolgreich ist und sich der Haupt-Widerantrag des Betriebsrats erledigt hat, ist die auflösende Bedingung für die Rechtshängigkeit des Hilfs-Widerantrags eingetreten.
- 51 3. Nach Wegfall der Rechtshängigkeit des Feststellungsantrags der Arbeitgeberin und der Wideranträge des Betriebsrats war das betreffende Verfahren insoweit durch Beschluss einzustellen. Gem. § 81 Abs. 2 Satz 2, § 83a Abs. 2 Satz 1 ArbGG ist ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren einzustellen, wenn entweder der Antragsteller seinen Antrag in zulässiger Weise zurücknimmt oder die Beteiligten es übereinstimmend für erledigt erklären. Die Vorschriften geben zu erkennen, dass ein Beschlussverfahren mit dem Ende der Rechtshängigkeit eines Antrags nicht von selbst sein Ende findet, sondern es dazu der förmlichen Einstellung durch das Gericht bedarf. Die Einstellung ist deshalb in entsprechender Anwendung des § 81 Abs. 2 Satz 2, § 83a Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm. § 92 Abs. 2 Satz 3, § 95 Satz 4 ArbGG auch in Fällen wie diesem - durch den Senat - auszusprechen (*BAG 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 - Rn. 54 mwN, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 52 = EzA BetrVG 2001 § 99 Versetzung Nr. 3*).

Schmidt

Linsenmaier

Kreft

Berg

Hann