

## **Innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen bei Einsatz von Leiharbeitnehmern**

**Der Arbeitgeber ist, wenn der Betriebsrat die innerbetriebliche Stellenausschreibung verlangt hat, hierzu auch dann verpflichtet, wenn es sich um Arbeitsplätze handelt, die vorübergehend, mindestens aber für vier Wochen mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BAG, Beschluss v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12

### **Zum Sachverhalt**

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

Die Arbeitgeberin stellt Bremsbeläge für Pkw, Lkw und Schienenfahrzeuge her. In ihrem Werk in G beschäftigt sie über 900 Arbeitnehmer. Antragsteller ist der bei der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat.

Die Arbeitgeberin setzte im Zeitraum von Juni bis August 2010 mehr als 100 Leiharbeiter zur Sicherung ihrer Produktion ein. Ebenso beschäftigte sie ab dem 2. Januar 2012 in den Bereichen Scheibenbremsbelagfertigung, Schiene, Sinter und Mischerei 30 Leiharbeiter als Maschinenarbeiter im Schichtbetrieb. Der Einsatz dieser Leiharbeiter war zunächst nur bis zum 31. März 2012 vorgesehen, ist jedoch bis zur Jahresmitte 2012 verlängert worden. Eine innerbetriebliche Stellenausschreibung vor der Übernahme der Leiharbeiter erfolgte in beiden Fällen nicht. In den genannten Produktionsbereichen waren auch Arbeitnehmer aufgrund von befristeten Arbeitsverträgen tätig, deren Arbeitsverhältnisse entweder zum 14. November 2011 von der Arbeitgeberin vorzeitig gekündigt oder nicht über den 31. Dezember 2011 hinaus fortgesetzt wurden.

Im Betrieb der Arbeitgeberin besteht eine Betriebsvereinbarung „Stellenausschreibungen“ vom 9. Dezember 1994 (BV 1994), in der es heißt:

#### „2. Umfang der Ausschreibung

Jeder neue oder freiwerdende Arbeits- und Ausbildungsplatz ist innerhalb des Betriebs auszuschreiben. Der Betriebsrat erhält eine Kopie der Stellenausschreibung.

Im Einvernehmen mit dem Betriebsrat kann von einer Stellenausschreibung abgesehen werden, wenn über die Besetzung der Stelle mit einer bestimmten Person zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat Einvernehmen erzielt worden ist.

Die Auswahl erfolgt auf der Basis der vereinbarten Auswahlrichtlinien und der zu vereinbarenden Beurteilungsgrundsätze.“

In der Betriebsvereinbarung „Auswahlrichtlinien“ vom 14. November 2003 (BV 2003) ist geregelt:

#### „1. Geltungsbereich

Die Betriebsvereinbarung gilt für alle Arbeitnehmer/innen der H GmbH, Werk G mit Ausnahme der leitenden Angestellten nach § 5 III BetrVG und der Auszubildenden.

...

### **6. Vorrang innerbetrieblicher Bewerbungen**

Soweit keine Auswahl nach Ziffer 5 erfolgt, ist nach folgender Reihenfolge zu entscheiden:

#### **6.1**

Innerbetriebliche Bewerber/innen haben Vorrang vor externen Bewerbern/innen, wenn die innerbetrieblichen Bewerber/innen eine für die Ausführung der ausgeschriebenen Position befriedigende Qualifikation haben.

...

## 10. Stellenbedarf und Nichtbesetzung von Stellen

### 10.1

Die Besetzung freier Stellen orientiert sich an der Personalplanung. Wenn Stellen ausgeschrieben worden sind, so muss die Besetzung dieser ausgeschriebenen Stellen erfolgen, wenn innerbetriebliche Bewerber/innen vorhanden sind, die für die Besetzung der Stelle eine zumindest befriedigende Qualifikation haben.

### 10.2

Von der Besetzung der Stelle kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn nach der Ausschreibung erfolgte sachliche und von den Bewerbern/innen unabhängige Überlegungen Stellensperren oder Stellenstreichungen erforderlich gemacht haben.

...“

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, die Arbeitgeberin habe die Stellen, auf denen Leiharbeitnehmer beschäftigt würden, unabhängig von deren Übernahmzeit innerbetrieblich auszuschreiben.

Der Betriebsrat hat zuletzt beantragt,

1. der Arbeitgeberin wird bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 10.000,00 Euro für jeden einzelnen Fall in Bezug auf jeweils eine Einstellung untersagt, Einstellungen von Leiharbeitnehmern vorzunehmen, ohne dass vorher für die Stellen, die die Arbeitgeberin vorübergehend mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt, eine innerbetriebliche Stellenausschreibung nach der Betriebsvereinbarung „Stellenausschreibungen“ durchgeführt worden ist,

2. festzustellen, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, Arbeitsplätze auszuschreiben, die sie vorübergehend mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt,

hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 2.

festzustellen, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, Arbeitsplätze auszuschreiben, die sie für länger als einen Monat mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt.

Die Arbeitgeberin hat Antragsabweisung beantragt.

Das Arbeitsgericht hat den erstinstanzlich allein gestellten Antrag zu 1. abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Betriebsrats, der zweitinstanzlich sein Begehren um die Anträge zu 2. erweitert hat. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und dem zu 2. gestellten Hauptantrag entsprochen. Mit der nur für die Arbeitgeberin zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt diese die vollständige Antragsabweisung.

## **Aus den Gründen**

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem zuletzt zu 2. gestellten Hauptantrag zu Recht entsprochen. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, auch solche Arbeitsplätze innerbetrieblich auszuschreiben, die sie nur vorübergehend mit Leiharbeitnehmern besetzen will. Der Hilfsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.

I. Der Hauptantrag des Betriebsrats ist zulässig.

1. Der in der ersten Instanz unterlegene Betriebsrat hat die zu 2. erhobenen Feststellungsanträge im Wege der Antragserweiterung (§ 87 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2, § 81 Abs. 3 ArbGG, § 533 ZPO) ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt. Das Landesarbeitsgericht hat diese offenbar als sachdienlich angesehen und zugelassen. Im Übrigen hat sich die Arbeitgeberin auf die geänderten Anträge rügelos eingelassen.

## 2. Die Anträge bedürfen der Auslegung.

a) Gegenstand der in der Rechtsbeschwerde angefallenen Anträge des Betriebsrats ist nur der Inhalt der sich aus § 93 BetrVG ergebenden Ausschreibungspflicht. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag zu 1., mit dem der Betriebsrat sein Begehren auf die BV 1994 gestützt hat, rechtskräftig abgewiesen.

b) Nach dem Wortlaut des Hauptantrags zu 2. ist dieser darauf gerichtet, die Ausschreibungspflicht von Arbeitsplätzen festzustellen, die - unabhängig von der Dauer - mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. Ein solches Antragsverständnis würde auch Beschäftigungsmöglichkeiten erfassen, die nur für einen Tag oder nur unwesentlich länger bestehen. In diesem Sinn kann der Antrag jedoch nicht verstanden werden. Die Arbeitgeberin hat im Jahr 2010 Leiharbeitnehmer zwischen vier Wochen bis zu vier Monaten beschäftigt. Daneben hat sie in ihrem Betrieb zu Beginn des Jahres 2012 Leiharbeitnehmer für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten eingesetzt. Nur um diese Einsatzzeiten geht letztlich der Streit der Beteiligten.

3. Der so verstandene Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Der Betriebsrat kann die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, die durch die betrieblichen Anlassfälle bezeichneten Arbeitsplätze innerbetrieblich auszuschreiben, losgelöst vom konkreten Einzelfall durch einen abstrakten Feststellungsantrag zur gerichtlichen Entscheidung stellen. Für einen Antrag, mit dem die Ausschreibungspflicht für Arbeitsplätze festgestellt werden soll, bei denen die Einsatzzeit der Leiharbeitnehmer unter vier Wochen liegt, würde es hingegen mangels eines konkreten betrieblichen Anlassfalls an einem Feststellungsinteresse fehlen.

II. Der Hauptantrag ist begründet. Die Arbeitgeberin ist schon wegen des in Nr. 6.1 BV 2003 vereinbarten Vorrangs von innerbetrieblichen Stellenbewerbern nach § 93 BetrVG zur Ausschreibung von Arbeitsplätzen verpflichtet, die sie mit Leiharbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt, deren Einsatzzeit voraussichtlich vier Wochen übersteigt.

1. Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. Die Vorschrift schreibt die 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 1. Februar 2011 - 1 ABR 79/09 - Rn. 13, BAGE 137, 106). Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts hat der Betriebsrat von der Arbeitgeberin die innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangt. Dass sich dieses Ausschreibungsverlangen nur auf bestimmte Arten von Tätigkeiten bezogen hat, wird von der Arbeitgeberin nicht geltend gemacht.

2. Die Ausschreibungspflicht besteht auch für Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen.

a) Nach der Senatsrechtsprechung besteht die Verpflichtung zur innerbetrieblichen Stellenausschreibung von Arbeitsplätzen auch dann, wenn der Arbeitgeber die in Betracht kommenden Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzen möchte. Zur Begründung hat der Senat auf den Wortlaut von § 93 BetrVG verwiesen, nach dem der Betriebsrat die innerbetriebliche Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen kann, die der Arbeitgeber zu besetzen beabsichtigt. Für eine solche Sichtweise sprechen zudem der systematische Zusammenhang zwischen § 93 BetrVG und § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sowie der Normzweck der Vorschrift.

aa) Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG knüpft wie der in § 93 BetrVG verwandte Begriff an die Besetzung eines „Arbeitsplatzes“ an. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 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 arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum

Betriebsinhaber stehen, ist dabei ohne Bedeutung. Zu den nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zustimmungspflichtigen Einstellungen gehört daher auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb. Das stellt § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG klar (BAG 1. Februar 2011 - 1 ABR 79/09 - Rn. 17, BAGE 137, 106).

bb) Die Vorschrift des § 93 BetrVG 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 das Stellenbesetzungsverfahren für die verfügbaren Arbeitsplätze durch die innerbetriebliche Stellenausschreibung transparent ausgestaltet werden (BAG 1. Februar 2011 - 1 ABR 79/09 - Rn. 19, BAGE 137, 106).

b) Nach der Senatsrechtsprechung besteht die Ausschreibungspflicht auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer besetzen will. Allein hierdurch wird der Arbeitsplatz dem innerbetrieblichen Stellenmarkt nicht entzogen.

Zur Begründung hat der Senat ua. angeführt, dass die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers bei der Besetzung von freien Arbeitsplätzen gegenüber bestimmten besonders geschützten Arbeitnehmergruppen eingeschränkt ist. 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 erfasst, eine entsprechende Vertragsänderung verlangen und durchsetzen (BAG 14. März 2006 - 9 AZR 411/05 - Rn. 18). Dies kann zu einem Vorrang des durch § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX geschützten Arbeitnehmers bei der Besetzung des einem Leiharbeitnehmer 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 imstande 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, BAGE 134, 296). 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.

3. Danach ist die Arbeitgeberin verpflichtet, Arbeitsplätze auszuschreiben, die sie mit Leiharbeitnehmern besetzen will, wenn deren Einsatzzeit zumindest vier Wochen betragen soll. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde besteht zu einer teleologischen Reduktion von § 93 BetrVG kein Anlass. Das Ausschreibungsverlangen des Betriebsrats erweist sich auch nicht deshalb als unbegründet, weil mit Bewerbungen von im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern auf die in Frage kommenden Arbeitsplätze offenkundig nicht zu rechnen ist. Der innerbetriebliche Stellenmarkt für die von der Ausschreibungspflicht erfassten Arbeitsplätze im Produktionsbereich ist nicht verschlossen.

a) Der Senat kann aufgrund der fehlenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und einer hierauf bezogenen tatrichterlichen Würdigung nicht beurteilen, ob Bewerbungen von schwerbehinderten oder leistungsgeminderten Arbeitnehmern auf Arbeitsplätze, auf denen die Arbeitgeberin den Einsatz von Leiharbeitnehmern beabsichtigt, ausgeschlossen sind. Das Landesarbeitsgericht ist dem Vortrag der Arbeitgeberin nicht nachgegangen, wonach die mit Leiharbeitnehmern besetzten Stellen im Produktionsbereich nicht für die Beschäftigung von schwerbehinderten oder leistungsgeminderten Arbeitnehmern in Betracht kommen, weil die geringen Anforderungen an die Fähigkeiten und die niedrige Eingruppierung von vornherein dazu führen, dass mit innerbetrieblichen Bewerbungen nicht zu rechnen sei.

b) Einer hierauf gestützten Zurückverweisung bedarf es indes nicht. Der Normzweck von § 93 BetrVG wird durch eine innerbetriebliche Stellenausschreibung für die in Frage kommenden Arbeitsplätze nicht offenkundig verfehlt. Die Stellen sind dem innerbetrieblichen Stellenmarkt nicht entzogen. Die Arbeitgeberin muss auch bei der Besetzung von Stellen in der Produktion, auf denen nur vorübergehend

Leiharbeitnehmer eingesetzt werden sollen, aufgrund der BV 2003 Bewerbungen ihrer Arbeitnehmer vorrangig berücksichtigen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass solche Bewerbungen für die zu besetzenden Stellen abgegeben werden.

Die Betriebsparteien haben in Nr. 6.1 BV 2003 einen Vorrang von innerbetrieblichen Bewerbern mit befriedigender Qualifikation vor externen Bewerbern vereinbart. Nr. 10.1 Satz 2 BV 2003 verpflichtet die Arbeitgeberin, die ausgeschriebenen Stellen auch tatsächlich zu besetzen, wenn innerbetriebliche Bewerber vorhanden sind, die für die Stelle eine zumindest befriedigende Qualifikation haben. Ein Absehen von der Stellenbesetzung ist nur unter den in Nr. 10.2 BV 2003 genannten Voraussetzungen zulässig. Dass innerbetriebliche Bewerbungen für die Stellen im Produktionsbereich nicht ausgeschlossen sind, wird durch die Personalsituation um den Jahreswechsel 2011/12 verdeutlicht. Die Arbeitgeberin beschäftigte im zweiten Halbjahr 2011 rund 60 Arbeitnehmer aufgrund von befristeten Arbeitsverträgen. Deren Arbeitsverhältnisse wurden teilweise zum 14. November 2011 gekündigt oder liefen zum Jahreswechsel 2011 ohne Anschlussarbeitsvertrag aus. Dieser Personenkreis hätte sich auf die 30 Arbeitsplätze bewerben können, die ab dem Jahresanfang 2012 in der Produktion mit Leiharbeitnehmern besetzt worden sind. Aufgrund des in Nr. 6.1 BV 2003 vereinbarten Vorrangs von innerbetrieblichen Bewerbern hätte die Arbeitgeberin diese Bewerbungen bei den Besetzungen ab dem 1. Januar 2012 auch berücksichtigen müssen.

III. Da bereits der Hauptantrag des Betriebsrats begründet ist, fällt der Hilfsantrag, nach dem die Arbeitgeberin zur innerbetrieblichen Stellenausschreibung verpflichtet ist, wenn diese Stellen mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen, deren Einsatzzeit zumindest einen Monat beträgt, dem Senat nicht zur Entscheidung an.