

dahin, daß die Arbeitsverträge mit Ablauf des Monats, in dem die ArbN das 65. Lebensjahr vollenden, ohne weiteres enden. Das LAG hat diese Tarifnorm als eine „negative Ordnungsnorm“ gekennzeichnet. Demgegenüber weist die Rechtsbeschwerde mit Recht darauf hin, daß Tarifnormen, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Vollendung des 65. Lebensjahres vorsehen, im Zweifel positive Inhaltsnormen seien. Günstigere einzelarbeitsvertragliche Abreden sind damit zulässig (vgl. Wiedemann-Stumpf, aaO., § 1 Anm. 220 m. w. N.). Die unzutreffende rechtliche Charakterisierung der Tarifnorm ist aber unschädlich, weil auch das LAG davon ausgeht, daß die einzelvertragliche Vereinbarung über die spätere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch die in Rede stehende Tarifnorm nicht verboten wird.

c) Zutreffend vertritt das LAG die Auffassung, die Beschäftigung von ArbN über das 65. Lebensjahr hinaus falle unter den Begriff der „Einstellung“ im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG. Unter Einstellung wird nach überwiegender Meinung sowohl die rechtliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb verstanden (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 [unter II 3] m. w. N. [SAE 1975, 145 mit Anm. Hueck – d. Red.]; a. A. Galperin-Löwisch, aaO., § 99 Anm. 10). Jedenfalls steht die Beschäftigung über die vereinbarte Altersgrenze hinaus betriebsverfassungsrechtlich nach Sinn und Zweck der Vorschrift des § 99 BetrVG einer Neueinstellung gleich. In der Entscheidung BAGE 23, 257 = AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG (unter II 2 und III 1 b der Gründe [SAE 1972, 132 mit Anm. Richardi – d. Red.]) hat der Zweite Senat darauf hingewiesen, daß bei der kollektivvertraglichen Festsetzung einer Altersgrenze als Beendigungsgrund für das Arbeitsverhältnis über den Einzelfall hinausgehende Erwägungen im Vordergrund stünden, wie beispielsweise Gründe der einheitlichen Durchführung von betrieblichen Versorgungsmaßnahmen oder eines vernünftigen Altersaufbaus in Verbindung mit Aufstiegsmöglichkeiten für Nachwuchskräfte innerhalb übersehbarer Zeiträume. Der u. a. hierdurch erreichbare vernünftige Altersaufbau der ArbNschaft liegt nicht nur im Interesse des ArbGeb, er ist auch ein Anliegen der Belegschaft selbst. Wenn deshalb die AGeg mit einzelnen ArbN die Beschäftigung über die tarifvertraglich vereinbarte Altersgrenze hinaus vereinbart, werden diese Interessen der Belegschaft berührt, deren Wahrung dem BR im Rahmen des § 99 BetrVG obliegt (BAG AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 [unter II 4 der Gründe] mit insoweit zust. Anm. von Kraft [SAE 1975, 145 mit Anm. Hueck – d. Red.]). In diesem Zusammenhang hat das Beschwerdegericht mit Recht darauf hingewiesen, daß die ArbNschaft darauf vertraut, ein nach zwingendem Beendigungsgebot zur Wiederbesetzung anstehender Arbeitsplatz werde entweder frei oder jedenfalls erst nach Beachtung der kollektiven Interessen der ArbN gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG wiederbesetzt. Bei der beabsichtigten Weiterbeschäftigung von ArbN über die zunächst festgesetzte Altersgrenze hinaus kann im übrigen ein Zustimmungsverweigerungsgrund für den BR gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG in Betracht kommen; auch deshalb wird die kollektivrechtliche Interessenlage berührt.

d) Wenn sich die Rechtsbeschwerde demgegenüber darauf beruft, die Weiterbeschäftigung eines ArbN über das 65. Lebensjahr hinaus beruhe auf einer individualrechtlichen Verlängerung des bestehenden Arbeitsvertrages,

nicht dagegen auf der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses, so beruht diese Betrachtung auf einer individualrechtlichen Wertung, die hier aus den schon genannten Gründen keine Alleingeltung beanspruchen kann. Darauf hat schon das LAG zutreffend hingewiesen. Wenn sich auch in einem solchen Fall das Arbeitsverhältnis ohne zeitliche oder rechtliche Unterbrechung fortsetzt (BAG AP Nr. 1 zu § 63 MTL II mit insoweit krit. Anm. von Fieberg), so steht dies doch der Annahme des Vorliegens einer „Einstellung“ im Sinne des § 99 BetrVG bei der hier gebotenen kollektivrechtlichen Betrachtung nicht entgegen. Eine den Zweck der Mitbestimmung des BR bei Einstellungen berücksichtigende Auslegung, wonach dem BR Einfluß auf die Zusammensetzung der Belegschaft eingeräumt ist, ergibt zwanglos, daß auch die Beschäftigung über die zunächst vereinbarte Altersgrenze hinaus eine „Einstellung“ i. S. des § 99 Abs. 1 BetrVG darstellt (Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., § 99 Anm. 7 b; für den vergleichbaren Fall des zunächst befristeten und durch Vertragsabrede verlängerten Arbeitsverhältnisses: Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 99 Anm. 10; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO.; a. A. wohl GK-Kraft, § 99 Anm. 10) oder doch jedenfalls einer solchen gleichzusetzen ist.

e) Dem LAG ist auch darin zuzustimmen, einer Beteiligung des BR im vorliegenden Fall stehe nicht entgegen, daß der BR den betreffenden ArbN, seine Verwendung und sein dienstliches Verhalten bereits kenne. Aus den Besonderheiten der Fallgestaltung mögen sich gewisse Einschränkungen für den Umfang der Unterrichtungspflichten des ArbGeb nach § 99 Abs. 1 BetrVG und hinsichtlich der möglichen Zustimmungsverweigerungsrechte des BR nach § 99 Abs. 2 BetrVG ergeben; es besteht aber kein Anlaß, dem BR die Beteiligung nach § 99 Abs. 1 BetrVG schlechthin zu versagen (vgl. die entsprechenden Ausführungen für den Fall der Einstellung von LeiharbN in BAG AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 [unter II 5] [SAE 1975, 145 mit Anm. Hueck – d. Red.]).

Anmerkung:

Dem Beschluß des 1. Senats des BAG ist in weiten Teilen, vor allem, soweit er sich mit der Auslegung von § 99 BetrVG befaßt, zuzustimmen. Gegen die Ausführungen des Senats zur Beurteilung des TV, der den Arbeitsverträgen zwischen dem AGeg und seinen ArbN zugrunde lag, bestehen hingegen Bedenken.

I. 1. Im materiellrechtlichen Teil bestätigt der 1. Senat zunächst die bisherige Rechtsprechung des 5. bzw. 2. Senats (BAG AP Nr. 1 zu § 63 MTL II mit Anm. Fieberg bzw. BAG AP Nr. 1 zu § 60 BAT mit Anm. Spiertz = SAE 1978, 19 ff. mit Anm. Sieg), wonach die tarifvertragliche Festlegung einer Altersgrenze (65. Lebensjahr) für das Arbeitsverhältnis eines Angestellten im öffentlichen Dienst rechtlich zulässig ist. Diese Auffassung findet zumindest grundsätzlich in § 75 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG eine gesetzliche Stütze. Denn diese Vorschrift, die vom BAG allerdings nicht herangezogen wurde, setzt die Möglichkeit, eine Altersgrenze zu vereinbaren, voraus. In seiner Entscheidung (BAGE 23, 257, 264 ff. = SAE 1972, 132 ff. mit Anm. Richardi) übertrug der 2. Senat seine Rechtsprechung in etwas modifizierter Form auf eine Betriebsvereinbarung, wobei er allerdings voraussetzte, daß bei einer altersbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine ausreichende Altersversorgung zur Verfügung stand. Nachdem der 1. Senat in der vorliegenden Entscheidung diesen Grundsatz nunmehr auf einen TV im Bereich der Privatwirtschaft ausgeweitet hat (vgl. hierzu auch LAG Düsseldorf, DB 1966, 987 f.), kann von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden, welche die Rechtswirksamkeit einer Altersbegrenzung

(65. Lebensjahr) für das Arbeitsverhältnis generell anerkennt, sofern sich daran ein angemessenes Altersruhegeld für den betroffenen ArbN anschließt.

2. In dieser Allgemeinheit ist die Rechtsprechung des BAG, die in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden hat, verfassungsrechtlich – vor allem aus der Sicht von Art. 12 GG – nicht unbedenklich. Hierauf hat schon Hanau (Zwangspensionierung des ArbN mit 65?, RdA 1976, 24, 29 f.) hingewiesen, ohne daß sich der 1. Senat hierdurch veranlaßt gesehen hat, in der vorliegenden Entscheidung auf die erhobenen Bedenken einzugehen. Zwar handelt es sich bei der arbeitsrechtlichen, meist durch TV oder Betriebsvereinbarung festgelegten Höchstaltersgrenze nicht um eine solche Beschränkung, die eine weitere Berufstätigkeit rechtlich schlechthin ausschließt, nachdem der ArbN ein bestimmtes Alter erreicht hat (anders beim Beruf der Hebamme – gesetzliche Altersgrenze: 70. Lebensjahr). Auch ist die tarifvertragliche Altersbegrenzung einzelvertraglich abdingbar, was der 1. Senat zutreffend ausgesprochen hat. Andererseits wird es aber, wenn eine solche Vereinbarung unterblieben ist, dem Arb-Geb weitgehend anheim gestellt, einen ArbN, der jenseits der Altersgrenze weiterarbeiten will, in den Ruhestand zu versetzen oder ihn tatsächlich weiterzubeschäftigen, ohne daß die zugrunde liegende Entscheidung auf ihre soziale Rechtfertigung hin gerichtlich überprüfbar wäre. Der betreffende ArbN wird in der Endphase seines Arbeitsverhältnisses praktisch in die Lage versetzt, sich ähnlich wie in einem Probearbeitsverhältnis bewähren zu müssen, damit er die angestrebte einzelvertragliche Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses erreicht. Eine solche Regelung, wie sie vom BAG gebilligt wird, läßt in vielen Fällen befürchten, daß durchaus leistungsfähige und arbeitswillige ArbN allein wegen der Erreichung der Altersgrenze ihren Arbeitsplatz verlieren und damit bei der weithin anzutreffenden Einstellung gegenüber älteren ArbN von jeder hauptberuflichen Tätigkeit ausgeschlossen sind (vgl. zum Problem der überproportionalen Arbeitslosigkeit älterer ArbN und den Schwierigkeiten bei der Wiedereinstellung älterer Arbeitsloser die statistischen Angaben bei Bäcker, Der ältere ArbN auf Arbeitsplatz und Arbeitsmarkt, Sozialer Fortschritt 1979, 64 ff., 114 ff.).

Die zunehmende altersmäßige Befristung von Arbeitsverhältnissen, die nach Auffassung von Brill (AR-Blattei [D] Kündigungsschutz V, Ältere ArbN B I.) im Jahre 1974 in der Privatwirtschaft noch nicht allgemein üblich war, führt zu der sozialpolitisch unerwünschten Folge, daß ältere ArbN jenseits des 65. Lebensjahres kaum noch eine Möglichkeit finden werden, am Berufsleben teilzunehmen. Wenn sich eine Altersgrenze erst eingebürgert hat, so besteht die Gefahr, daß vorschnell generell geschlossen wird, ältere ArbN seien für eine Berufstätigkeit schlechthin ungeeignet, weshalb es auch wenig opportun sei, sie einzustellen bzw. weiterzubeschäftigen. Eine derartige Entwicklung stünde im Widerspruch zu der bisher wenig bekannt gewordenen Empfehlung 502 (1967) des Europarats (Texts Adopted, Consultative Assembly of the Council of Europe, 19. ord. Sitz.) und der auf einer sehr eingehenden Untersuchung beruhenden Resolution des Europarats vom 23. 1. 1975 (Doc. 3518). Der Europarat ruft dazu auf, es älteren Menschen, wenn sie das Rentenalter erreicht haben, zu erleichtern, eine angemessene Arbeit zu finden. Er geht zutreffend davon aus, daß Arbeit im Alter ganz wesentlich zur positiven Lebensbewältigung und zur Erhaltung der geistigen und körperlichen Gesundheit beiträgt und fordert daher, durch eine entsprechende staatliche Beschäftigungspolitik und gezielte unternehmerische Maßnahmen die Isolierung und Untätigkeit zu bekämpfen, „die unsere Gesellschaft den alten Leuten auferlegt, indem sie tatsächlich dazu neigt, die Alten in ein Getto zu sperren“ (Mitteilungen des Europarats, 1975, S. 18). Mittlere und große Unternehmen sollen deshalb beispielsweise eine gewisse Anzahl von geeigneten Stellen für ältere ArbN bereithalten und für sie eine flexible Arbeitszeit einführen.

3. Eine generelle arbeitsrechtliche Altersgrenze, so wie sie sich gegenwärtig vor dem Hintergrund der Personalpolitik vieler Unternehmen, wenn auch offenbar nicht des AGeg, darstellt, bedeutet nicht nur eine Beschränkung in der Freiheit der Berufs-

ausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG), sondern auch eine Beschränkung in der Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) auf der Stufe der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen. Denn die Freiheit der Berufswahl umfaßt nicht nur die Entscheidung über den Eintritt in einen Beruf, sondern auch die Entscheidung darüber, ob und wie lange jemand in seinem Beruf verbleiben will (BVerfGE 9, 343, 344 f.). Daß einem ArbN, der einer tarifvertraglichen Altersgrenze unterworfen ist, nur noch ein Bruchteil dieser Entscheidungsfreiheit belassen wird, ist bereits dargelegt worden. Das BVerfG geht in der genannten Entscheidung, dem bekannten Hebammen-Fall, zu Recht davon aus, daß durch eine Altersgrenze eine – widerlegbare oder unwiderlegbare – Vermutung begründet wird, dem Berufstätigen fehle von da ab die erforderliche Leistungsfähigkeit für den Beruf an jeder Stelle, an der er ihn etwa ausüben könnte. Bei den sehr unterschiedlichen Anforderungen an die Berufe in der Privatwirtschaft erscheint es keineswegs gerechtfertigt, allgemein zu vermuten, daß einem ArbN mit der Vollendung des 65. Lebensjahres die erforderliche Leistungsfähigkeit fehlt. Eine Tarifnorm, die generell eine starre Altersgrenze festsetzt, dürfte, selbst wenn eine ausreichende betriebliche Altersversorgung gewährt wird, unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG keinen Bestand haben. Das BAG ist auf die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht eingegangen. Das überrascht um so mehr, weil es in einer früheren Entscheidung – durchaus zutreffend – dargelegt hat, daß das Erreichen des 65. Lebensjahres keinen Grund in der Person des ArbN darstelle, der eine ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen könne (BAGE 11, 278, 285 ff. = SAE 1962, 169, 171 mit Anm. Böttcher; ebenso schon LAG Berlin, AP 53 Nr. 163; LAG Düsseldorf, AP 54 Nr. 134 jeweils mit einer Anm. von Herschel). In dieser Entscheidung führte das Gericht aus, daß die Erreichung des 65. Lebensjahres weder als Fiktion noch als Vermutung für eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit – zumindest nicht bei Büroarbeit – angesehen werden könne. Diese Rechtsprechung ist mit der jetzigen uneingeschränkten Billigung einer tarifvertraglich vorgesehenen Altersgrenze kaum zu vereinbaren, weil eine solche Tarifnorm nur Bestand haben könnte, wenn mit Erreichung des 65. Lebensjahres in aller Regel die Leistungsfähigkeit des ArbN erheblich unter dem normalen Maß liegen würde. Richardi (Anm. SAE 1971, 140) meint daher auch, das BAG halte seine Rechtsprechung (BAGE 11, 278, 285 ff. = SAE 1962, 169, 171) zu § 1 KSchG nicht mehr aufrecht.

Die TV-Parteien unterliegen bei ihrer Normsetzung mindestens den Beschränkungen, denen auch der Gesetzgeber unterworfen ist. Der Gesetzgeber könnte aber schwerlich ein dispositives Gesetz mit dem Inhalt erlassen, daß alle Arbeitsverhältnisse ohne Kündigung enden, wenn der ArbN das 65. Lebensjahr vollendet hat und seine Altersversorgung durch ein betriebliches Ruhegeld gesichert ist. Das wäre mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar. Auch die TV-Parteien müssen sich bei der Wahrnehmung der berechtigten Belange der Belegschaften und der Unternehmen von sachlichen Erwägungen leiten lassen und dürfen wegen der besonders einschneidenden Wirkungen für die betroffenen ArbN eine Höchstaltersgrenze nur festlegen, wenn das im Interesse ordnungsgemäßer Erfüllung der übernommenen beruflichen Aufgaben unerlässlich ist. So ist es sicher zulässig, für Verkehrspiloten eine Altersbeschränkung, und zwar eine relativ frühzeitige, vorzusehen und nicht erst ein altersbedingtes Versagen abzuwarten, um darauf eine Kündigung stützen zu können. Andererseits könnte die Altersgrenze für einen Kunstschüler, Orchestermusiker, Pförtner oder Aktenboten, wenn man sie hier überhaupt für gerechtfertigt hält, gemessen an den konkreten Berufsanforderungen und den Risiken, die mit einem etwaigen Leistungsabbau verbunden sind, weitaus später einsetzen. Keinesfalls – auch nicht durch Erwägungen der Arbeitsmarktpolitik – wäre es zu rechtfertigen, Arbeitsverträge generell mit dem 50. Lebensjahr auslaufen zu lassen (ebenso Wiedemann, Zur Typologie zulässiger Zeitverträge, in: Festschrift für Heinrich Lange, 1970, S. 395, 408). Das entscheidende Kriterium für eine mit Art. 12 Satz 1 GG zu vereinbarende tarifvertragliche Altersbegrenzung besteht hauptsächlich in den jeweiligen beruflichen Anforderungen und den möglichen Folgen, die aus einem etwaigen altersbedingten Nachlassen der Leistungskraft für andere erwachsen können. Dieser Maßstab differiert von Berufssparte zu

Berufssparte und ist nicht verallgemeinerungsfähig, so daß folglich auch nicht – schon unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 1 GG (negativer Gleichheitssatz) – das 65. Lebensjahr generell als billiger Beendigungszeitpunkt anerkannt werden kann. Hanau (RdA 1976, 24, 29) weist deshalb mit Recht darauf hin, daß ein Gesetz, das dieses vorschreibe, nichtig wäre, weil es keine sachlichen Gründe dafür gibt, jeden ArbN mit Vollendung des 65. Lebensjahres von seinem Arbeitsplatz zu entfernen (a. A. Herschel Anm. AP 54 Nr. 134). Gäbe es, wie Wiedemann (aaO.) offenbar meint, einen allgemeinen, an der Erfahrung orientierten Maßstab für eine auf jeden Beruf zutreffende Altersgrenze, so hätte der Gesetzgeber anstatt in § 75 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG den Blankettbegriff „Altersgrenze“ zu verwenden, wie für Beamte (§ 41 Abs. 1 BBG) und Richter (§ 48 DRiG) auch für Arbeiter und Angestellte eine solche fixieren können. Es sollte schließlich bei der Diskussion um die arbeitsrechtliche Altersgrenze auch nicht außer acht gelassen werden, daß der Gesetzgeber bei der Festlegung des Ruhestandsalters für Beamte keineswegs davon ausging, daß diesen nach Erreichen des 65. Lebensjahres primafacie die erforderliche Leistungsfähigkeit fehle. Dem Gesetzgeber, der § 41 BBG eher für eine vorläufige Lösung hielt, erschien vielmehr angesichts der gestiegenen Lebenserwartung die Heraussetzung der Altersgrenze geboten. Er sah davon lediglich mit Rücksicht auf die durch den Krieg vertriebenen Beamten und den Beamtennachwuchs ab (vgl. BT-Drucks. I/2846 S. 41; I/4246 S. 7; I/3850 S. 4). Es überrascht daher auch nicht, daß im Jahre 1978 in den USA die Grenze für die Pensionierung der im öffentlichen Dienst Beschäftigten vom 65. auf das 70. Lebensjahr heraufgesetzt und für die beim Senat Beschäftigten ganz aufgehoben worden ist (vgl. „Rundschau“, Soziale Arbeit 1977, 562; 1978, 218; Braun, Aus dem Arbeitsrecht der USA, RdA 1979, 179).

Anstelle seiner zu stark pauschalisierenden Betrachtungsweise hätte das BAG ähnlich wie bei befristeten Arbeitsverhältnissen zunächst anhand berufsbezogener Merkmale die sachliche Rechtfertigung der tarifvertraglichen Altersgrenze nachprüfen müssen, um deren Rechtswirksamkeit beurteilen zu können. Mangels näherer Angaben im Tatbestand kann das hier nicht nachgeholt werden. Das Vorhandensein einer angemessenen Altersversorgung ist hingegen nur von zweitrangiger, wenn auch nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ein älterer ArbN, der einer tariflichen Altersgrenze unterliegt, die nicht durch die konkreten Anforderungen seines Berufs begründet ist, braucht sich seinen Arbeitsplatz gegen eine im Vergleich zu seinem bisherigen Arbeitsentgelt meist geringere Altersversorgung ebensowenig abkaufen zu lassen, wie ein zu Unrecht gekündigter ArbN seinen Arbeitsplatz nicht gegen eine Abfindung freizugeben braucht; der nicht wirksam gekündigte ArbN kann grundsätzlich seine Weiterbeschäftigung verlangen. Die u. a. von Canaris (Funktionelle und inhaltliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht bei der Betriebsvereinbarung, AuR 1966, 129, 134) vertretene Gegenmeinung, die eine mit einer Ruhegeldregelung verbundene Altersbegrenzung als insgesamt den ArbN begünstigende und deshalb wirksame Ordnung ansieht, berücksichtigt nicht hinreichend das rechtlich anzuerkennende und letztlich durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Interesse vieler älterer ArbN an der weiteren Teilnahme am Berufsleben. Daß die Betätigung im Beruf nicht ohne weiteres durch Geldzahlungen aufzuwiegen ist, zeigt auch die Entwicklung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs (vgl. hierzu Dütz, Der Beschäftigungsanspruch in der Rechtsprechung des BAG, in: Festschrift 25 Jahre BAG, 1979, S. 71 ff.).

Rechtlich unbedenklich kann hingegen eine Altersbegrenzung einzelvertraglich vereinbart werden. Die Arbeitsvertragsparteien unterliegen nicht den gleichen Bindungen wie die TV-Parteien; in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit können sie individuell eine Altersgrenze festlegen.

II. 1. Den Schwerpunkt der vorliegenden Entscheidung bildet die Frage, ob die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses über die tarifliche Altersgrenze hinaus eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG ist und daher der Mitbestimmung des BR unterliegt. In einer Entscheidung, die noch unter dem BetrVG 1952 ergangen war, ist der 2. Senat ohne weiteres davon ausgegangen, daß zu

einer Weiterbeschäftigung eines BR-Mitglieds über die Altersgrenze hinaus die Zustimmung des BR einzuholen ist (AP Nr. 6 zu § 24 BetrVG 1952 mit Anm. von Herschel = SAE 1970, 53 ff. mit Anm. von Hueck).

2. Die ähnlich gelagerte Frage, ob der BR auch bei einer vertraglichen Verlängerung eines zunächst befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 99 BetrVG mitzubestimmen hat, ist in der Literatur umstritten (für ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG: Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 10; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 12. Aufl. 1977, § 99 Rdnr. 7 b; Auffarth, AR-Blattei [D] Betriebsverfassung XIV C Mitwirkung und Mitbestimmung C Personelle Angelegenheiten III. 1. a.; Weiss in: Handb. d. ArbR [Maus], Bd. X B BetrVG, § 99 Anm. 2 b; ders., BetrVG, 1978, § 99 Anm. 2 b; dagegen: Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 10; Erdmann/Jürging/Kammann, BetrVG, 1972, § 99 Rdnr. 8; Meisel, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des BR in personellen Angelegenheiten, 4. Aufl. 1974, S. 86; Etzel, Betriebsverfassungsrecht, 1977, S. 163 f.; Kleiner/Wittke, Die Beteiligungsrechte des BR im personellen Bereich, 1978, S. 28 f.; Stege/Weinspach, BetrVG, 3. Aufl. 1978, § 99 4.321; Haberkorn, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen und sozialen Angelegenheiten, 1978, S. 64; Bobrowski/Gaul, Das ArbR im Betrieb, Bd. I, 7. Aufl. 1979, B III, Rdnr. 19; ebenso ArbG Kiel, AR-Blattei [D] Betriebsverfassung XIV C Mitwirkung und Mitbestimmung C Personelle Angelegenheiten, Entscheidung 30). Es überrascht daher nicht, daß der vorliegende Beschluß ein geteiltes Echo gefunden hat (ablehnend: Sahmer, BetrVG, § 99 Anm. 2; Kammann/Hess/Schlöchauer, BetrVG, 1979, § 99 Rdnr. 13; Gumpert, Anm., BB 1978, 1718 f.).

3. Im betriebsverfassungsrechtlichen Schrifttum zu § 99 BetrVG sind die Parallelvorschriften im Personalvertretungsrecht (§ 75 Abs. 1 BPersVG und die entsprechenden Vorschriften in den Landespersonalvertretungsgesetzen) weitgehend unbeachtet geblieben. Zwar sind auch hier die Meinungen darüber geteilt, ob eine mitbestimmungspflichtige Einstellung vorliegt, wenn ein zunächst befristetes Arbeitsverhältnis verlängert wird (bejahend: Hess. VGH, HessVRspr. 1968, 59 ff.; ebenso Dietz/Richardi, BPersVG, Bd. II, 2. Aufl., 1978, § 75 Rdnr. 11 m. w. N. auch für die Gegenmeinung; ablehnend: VG Hannover, PersVertr. 1968, 98 ff.; BayVGH, PersVertr. 1972, 180 f.). Ausdrücklich im Personalvertretungsrecht geregelt ist aber, daß die Verlängerung über die Altersgrenze hinaus dem Mitbestimmungsrecht des Personalrats unterliegt (§ 75 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG). Bei vordergründiger Betrachtung könnte aus § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG („Einstellung“) und § 75 Abs. 1 Nr. 5 („Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus“) geschlossen werden, der Gesetzgeber des BPersVG habe die Weiterbeschäftigung nicht als Einstellung angesehen, weil anderenfalls § 75 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG überflüssig wäre.

Es handelt sich jedoch nach allgemeiner Ansicht bei der Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus lediglich um einen Sonderfall der Einstellung (Alberty, Fehlende Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats bei personellen Einzelmaßnahmen gegenüber ArbN und der Einfluß des Fehlens auf die Wirksamkeit dieser Maßnahmen, 1977, S. 71 m. w. N.; Grabendorff/Windscheid/Ilbertz, BPersVG, 4. Aufl. 1977, § 75 Anm. 26; a. A. Schelter, BayPersVG, 1978, Art. 75 Rdnr. 11). Die Interessen des Personalrats wie auch die des betroffenen ArbN sind nämlich in beiden Fällen weitgehend gleich gelagert; denn durch die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses können die materiellen Arbeitsbedingungen ebenso neu gestaltet und die Belange der Belegschaft nachteilig berührt werden wie durch eine Einstellung. Nicht zuletzt dieser Gesichtspunkt, der auch für die vorliegende Entscheidung bestimmend ist, hat den Gesetzgeber nach langen parlamentarischen Auseinandersetzungen dazu veranlaßt, Einstellung und Weiterbeschäftigung schon im BPersVG von 1955 mit einem einheitlichen Mitwirkungsrecht auszustatten (vgl. zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens: BT-Drucks. I/3552 S. 12, 18; II/160 S. 11 f., 18; II/1189 S. 11; II/1287 S. 9; II/1605 S. 2; stenograph. Sitzprot. vom 17. 3. 1955 S. 4081; vom 8. 6. 1955 S. 4652 f.; vom 16. 7. 1955 S. 5580). Ursprünglich war es vorgesehen, die Beteiligung der Personalvertretung bei Personalangele-

genheiten in das Recht der Mitwirkung und das Recht der Mitbestimmung abzustufen. Die Mitwirkung sollte bei der Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze, die Mitbestimmung hingegen bei der Einstellung einsetzen. Auf Anregung des Unterausschusses Personalvertretung und des Vermittlungsausschusses wurde das Mitbestimmungsrecht auch bei der Einstellung auf ein Mitwirkungsrecht reduziert. Dieses Nebeneinander von Einstellung und Weiterbeschäftigung ist bis heute im Personalvertretungsrecht beibehalten worden (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 und 5 BPersVG). Der Gesetzgeber hält wegen der Ähnlichkeit beider Fallgruppen im Personalvertretungsrecht eine unterschiedliche Beteiligung des Personalrats für unangebracht. Daß § 75 BPersVG die Weiterbeschäftigung neben der Einstellung besonders erwähnt, ist also allein aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm zu erklären. Wenn § 99 BetrVG anders als § 75 BPersVG die Weiterbeschäftigung nicht gesondert als Mitbestimmungstatbestand aufführt, darf daraus keinesfalls geschlossen werden, daß der BR hier nicht einzuschalten wäre. Die Gesetzesmaterialien zum BetrVG 1972 lassen nirgendwo erkennen, daß die Mitbestimmungsrechte des BR in dieser Frage schwächer ausgestaltet sein sollten als die des Personalrats. Die Problematik der Weiterbeschäftigung ist bei der Reform des BetrVG nur deshalb nicht diskutiert worden, weil sie in der Privatwirtschaft eine wesentlich geringere Bedeutung hatte als im öffentlichen Dienst.

4. Zutreffend geht das BAG in der vorliegenden Entscheidung davon aus, daß unter dem Begriff der „Einstellung“ nicht nur die rechtliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch die damit zeitlich zusammenfallende, vorhergehende oder nachfolgende Arbeitsaufnahme zu verstehen ist. Das entspricht der ganz überwiegenden Meinung im neueren Schrifttum (statt vieler: Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 7). Fehlt es ausnahmsweise an einer arbeitsvertraglichen Bindung zwischen dem ArbN und dem ArbGeb, wie etwa bei LeiharbN im Betrieb des Entleihers, so liegt gleichwohl eine Einstellung vor, wie das BAG zutreffend entschieden hat (AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG mit Anm. von Kraft = SAE 1975, 145 ff. mit Anm. von Hueck). Der vorliegende Beschluß betrifft den umgekehrten Fall: Hier fehlt es an einer erneuten Eingliederung. Daß jeweils entweder die Eingliederung in den Betrieb oder der Vertragsschluß ausreichen, um die Mitbestimmung des BR auszulösen, ergibt sich bereits aus dem Katalog des § 99 BetrVG und anderen betriebsverfassungsrechtlichen Wertungen.

a) Als personelle Einzelmaßnahme sind sowohl der Abschluß des Arbeitsvertrags als auch die Eingliederung anzusehen, wobei sich keineswegs feststellen läßt, daß etwa die Eingliederung in den Betrieb der entscheidende Anknüpfungspunkt des Mitbestimmungsrechts des BR ist. Die einzelnen Mitbestimmungstatbestände des § 99 BetrVG (Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung, Versetzung) lassen erkennen, daß sich das personelle Mitbestimmungsrecht nicht nur auf rechtliche, sondern auch auf tatsächliche Vorgänge bezieht. So steht beispielsweise bei der Eingruppierung, d. h. bei der Subsumtion der Tätigkeit des ArbN unter die abstrakten Tätigkeitsmerkmale des TV, die rechtliche Seite deutlich im Vordergrund. Die Tätigkeit des BR ist hier auf eine Richtigkeitskontrolle bezogen. Bei der Versetzung überwiegt hingegen das tatsächliche Element, nämlich die Einweisung in einen neuen Tätigkeitsbereich. Auch die in § 99 Abs. 2 Nr. 1–6 BetrVG erwähnten Widerspruchsgründe belegen, daß allein schon die rechtliche Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses den BR berechtigen kann, seine Zustimmung zu verweigern. Sieht nämlich der Arbeitsvertrag eine Tätigkeit vor, die gegen ein Gesetz zum Schutz des ArbN, vor allem gegen eine Unfallverhütungsvorschrift verstößt, ist der BR sofort und nicht erst bei der tatsächlichen Aufgabenzuweisung zu beteiligen. Bei der Weiterbeschäftigung über das 65. Lebensjahr hinaus bleibt die tatsächliche Seite des Arbeitsverhältnisses, die Aufgabenzuweisung, in aller Regel unverändert. Änderungen treten im rechtlichen Bereich ein, weil mindestens die Vertragsdauer, häufig aber auch weitere Bestimmungen des Arbeitsvertrags verändert werden.

5. Auch der Sinn und Zweck des § 99 BetrVG verlangt eine Beteiligung des BR bei der Weiterbeschäftigung eines ArbN über

eine zulässigerweise vereinbarte Altersgrenze hinaus. Der BR hat die Aufgabe, die Benachteiligung und ungerechte Behandlung einzelner ArbN zu verhindern. Daß durch die Verlängerung eines durch Zeitablauf endenden Arbeitsverhältnisses die Interessen der Belegschaft, soweit sie rechtlich von Bedeutung sind (vgl. BAG, SAE 1979, 154 ff. mit Anm. von Bohn), beeinträchtigt werden können, ist vom BAG zutreffend dargelegt worden. Auch der Schutz des ArbN, der nach Erreichen der Altersgrenze weiter arbeiten möchte, gebietet häufig die Einschaltung des BR. Wollen nämlich mehrere ältere ArbN weiter tätig sein und kann der ArbGeb aus betrieblichen Gründen nur einzelne weiter beschäftigen, so besteht hier ebenso wie bei einer Einstellung die Gefahr einer sachwidrigen Entscheidung. Der BR hat auch bei der Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses darüber zu wachen, daß allein aufgrund sachlicher Erwägungen entschieden und vor allem der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt wird.

6. Schließlich würde das personelle Mitbestimmungsrecht des BR in seiner Substanz geschmälert, könnte ein ArbN über eine zulässig vereinbarte Altersgrenze hinaus ohne Zustimmung des BR weiterbeschäftigt werden. Ist für einen Betrieb wirksam eine Altersgrenze festgelegt, dann hat der BR mit seiner Zustimmung zur Einstellung sich nur mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt, das mit Vollendung des 65. Lebensjahres des ArbN endet (vgl. Dietz-Richardi, BPersVG, Bd. II, § 75 Rdnr. 11). Der BR hätte u. U. der Einstellung des ArbN widersprochen, wenn er damit hätte rechnen müssen, daß der betreffende ArbN auch über die verbindlich festgelegte Altersgrenze hinaus dem Betrieb angehören wird. Es ist qualitativ etwas anderes, ob der BR seine Zustimmung zu einem befristeten oder einem unbefristeten Arbeitsverhältnis erteilt. Während durch eine vorübergehende Einstellung eines ArbN Belange der Belegschaft u. U. nicht beeinträchtigt werden können, kann das bei einer unbefristeten Einstellung durchaus der Fall sein. Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses können daher die Überlegungen und die Stellungnahme des BR wesentlich beeinflussen. Unter dem Gesichtspunkt des § 99 sind deshalb die folgenden Fälle entgegen Gumpert (Anm. BB 1978, 1718) und Kraft (GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 10) nicht gleichzubehandeln: Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, die Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein Dauerarbeitsverhältnis und die „Rücknahme einer Kündigung“ und die einvernehmliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Alle Sachverhalte betreffen im Ergebnis zwar die Zusammensetzung der Belegschaft. Die „Rücknahme einer Kündigung“ stellt aber lediglich einen Zustand wieder her, zu dem der BR bereits seine Zustimmung erteilt hatte. Das mit seinem Einverständnis auf unbestimmte Zeit eingegangene Arbeitsverhältnis, das mit der Kündigung sein Ende gefunden hatte, wird durch die Vertragsabrede wieder in den früheren Zustand versetzt (Dietz-Richardi, BetrVG, § 99 Rdnr. 10). Demgegenüber wird in den ersten beiden Fällen ein neuer Tatbestand geschaffen, zu dem der BR noch nicht Stellung genommen hatte. Deshalb ist eine nochmalige Beteiligung des BR entbehrlich, wenn nach „Rücknahme einer Kündigung“ das Arbeitsverhältnis einvernehmlich fortgesetzt wird. Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses und seine Umwandlung in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit sind demgegenüber als Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG anzusehen.

7. Wenn das BAG die Weiterbeschäftigung eines ArbN über eine zulässigerweise vereinbarte Altersgrenze hinaus dem personellen Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG unterwirft, so wird diese Auslegung dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung gerecht. Gleichzeitig entspricht die vorliegende Entscheidung der Intention des Gesetzgebers, die Materien des Betriebs- und Personalvertretungsrechts einander so weit wie möglich anzugleichen.

Prof. Dr. Wilfried Schlüter, Berlin
Referendar Detlev Belling, Berlin