



Christian Possienke



**Der Weiterbeschäftigungsanspruch
Auszubildender nach § 78a BetrVG**



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Der Weiterbeschäftigungsanspruch Auszubildender nach § 78a BetrVG

Von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften genehmigte Dissertation

Rechtsanwalt Christian Possienke, LL.M.

geboren am 12. August 1975 in Hannover

2011

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2011

Zugl.: Hannover, Univ., Diss., 2011

978-3-86955-657-4

1. Gutachter: Prof. Dr. jur. Dr. rer. pol. Peter Salje

2. Gutachterin: Prof. Dr. jur. Ulrike Wendeling-Schröder

Tag der Promotion: 10. Februar 2011

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2011

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2011

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-657-4

Vorwort

Die Arbeit lag im Sommersemester 2010 der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover als Dissertation vor. Literatur und Rechtsprechung sind bis einschließlich Februar 2010 berücksichtigt.

Ich danke an dieser Stelle all den Personen, die zum Gelingen der Promotion beigetragen haben.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Peter Salje, für die hervorragende Betreuung. Für die Übernahme des Zweitgutachtens und wertvolle Anregungen danke ich Frau Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder. Den Gutachtern und dem Vorsitzenden des Promotionsausschusses Herr Prof. Dr. Hermann Butzer möchte ich ausserdem für die zügige Abwicklung des Promotionsverfahrens danken.

Einen wichtigen Beitrag zum Gelingen dieser Arbeit haben die aufschlussreichen Gespräche und fachlichen Diskussionen mit dem Hauptgeschäftsführer von METALL NRW, Herrn Dr. Luitwin Mallmann, sowie mit Herrn Prof. Dr. Bernd Schiefer von der Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. geleistet. Ihnen gilt mein herzlicher Dank.

Darüber hinaus bin ich Freunden und Kollegen zum Dank verpflichtet, die durch Anregungen, geistige und tatsächlichen Unterstützung zum Gelingen der Dissertation beigetragen haben; zu nennen sind hier vor allem Herr Rechtsanwalt Dr. Falco Schickerling, Herr Dr. Andreas Eckstein, Herr Rechtsanwalt Jan Scholz, Herr cand. jur. Christian Falter, Herr cand. jur. Andreas Feldhaus und Herr Rechtsanwalt Heiko Zauske.

Den wichtigsten Beitrag zur vorliegenden Arbeit haben jedoch meine Eltern und meine Ehefrau Tesja geleistet, die mich die ganze Zeit nicht nur unterstützt, sondern vor allem auch geduldig ertragen haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Isernhagen, im Februar 2011

Christian Possienke

Gliederung

Gliederung.....	I
Einleitung: Problemstellung und Gang der Untersuchung.....	1
Teil A: Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 78a BetrVG	4
I. Schutzzweck und Entstehungsgeschichte des § 78a BetrVG	4
A. Entstehungsgeschichte des § 78a BetrVG	4
1. Betriebliche Situation der Auszubildenden vor Schaffung des § 78a BetrVG.....	4
a. Keine Übernahmeverpflichtung durch das BBIG.....	4
b. Kein Kündigungsschutz der Mandatsträger	6
2. Freie Auswahlentscheidung des Arbeitgebers.....	7
3. Lösungsansätze vor der Einführung des § 78a BetrVG in das Betriebsverfassungsgesetz	8
a. Übernahmeverpflichtung aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht.....	8
b. Übernahmeverpflichtung aufgrund des § 78 S. 2 BetrVG.....	8
c. Übernahmeverpflichtung aufgrund einer Analogie zu § 15 KSchG.....	9
4. „Gesetz zum Schutze der in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ vom 18.01.1974.....	10
B. Schutzzweck des § 78a BetrVG	11
C. Anhaltende Diskussion über § 78a BetrVG nach dessen Einführung.....	12
II. Verfassungsmäßigkeit des § 78a BetrVG	13
A. Auswirkung der Grundrechte auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.....	13
B. Betrachtung durch die herrschende Literatur.....	14
C. Verstoß gegen Art. 12 GG wegen der Beschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit.....	15
1. Schutzbereich des Art. 12 GG.....	16
a. Sachlicher Schutzbereich	16
aa Positive und negative Berufsfreiheit.....	16
bb Arbeitsvertragsfreiheit.....	17
cc Negative Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers	18
dd Ergebnis	18
b. Persönlicher Schutzbereich - Grundrechtsträger	18
c. Ergebnis.....	19
2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG	19
3. Gesetzgeberische Schranken i.S.d. Art. 12 I 2 GG	21
a. Vorliegen einer Gesetzesschranke.....	22
b. Grenzen der Schranken des Art. 12 I 2 GG.....	22
aa Verhältnismäßigkeit der Regelung des § 78a BetrVG	25
bb Legitimität der Ziele und Zwecke des § 78a BetrVG.....	25
(a) Legitimität der Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der Organe	26
(b) Legitimität der Motivation einzelner Organmitglieder	26
(c) Legitimität privater Interessen der Organmitglieder	27
(d) Ergebnis.....	27
cc Geeignetheit und Erforderlichkeit der Norm.....	27
(a) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Ziele hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Organe	28
(b) Geeignetheit und Erforderlichkeit der unabhängigen und verantwortungsvollen Amtsführung.....	29
(c) Ergebnis der Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	30
dd Angemessenheit - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	30
(a) Öffentliches Interesse an der Verwirklichung der Betriebsverfassung	31
(b) Interesse der Arbeitgeber.....	31
(c) Abwägung	31
ee Ergebnis	33
4. Ergebnis	33
D. Verstoß gegen Art. 14 GG wegen Beschränkung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	34
1. Der Schutzbereich des Art. 14 GG	34

a. Sachlicher Schutzbereich	34
aa Eigentum i.S.d. Art. 14 I 1. GG	34
bb Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.....	35
cc Ergebnis.....	36
b. Persönlicher Schutzbereich - Grundrechtsträger.....	37
c. Ergebnis.....	37
2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG	37
3. Die gesetzgeberische Gestaltungsmacht im Rahmen des Art. 14 I 2, II GG	38
a. Vorliegen einer Gesetzesschranke.....	39
b. Grenzen der Schranken des Art. 14 II GG.....	39
aa Verhältnismäßigkeit der Regelung des § 78a BetrVG	39
bb Ziel und Zweck des § 78a BetrVG	40
cc Geeignetheit und Erforderlichkeit der Norm.....	40
dd Angemessenheit - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	40
4. Ergebnis	41
E. Verstoß gegen Art. 2 GG wegen der Einschränkung der Vertragsfreiheit.....	42
1. Der Schutzbereich des Art. 2 GG.....	42
a. Sachlicher Schutzbereich	42
b. Persönlicher Schutzbereich - Grundrechtsträger.....	43
c. Ergebnis.....	43
2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 GG.....	43
3. Subsidiarität des Art. 2 GG	44
4. Ergebnis	44
F. Verstoß gegen Art. 3 I GG	45
1. Allgemeines.....	45
a. Vergleich der Mandatsträger mit anderen Auszubildenden und Beschäftigten.....	45
b. Vergleich privater und öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber	45
2. Schutzbereich des Art. 3 GG	46
a. Sachlicher Schutzbereich	46
b. Persönlicher Schutzbereich	46
3. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	47
a. Vergleich der Mandatsträger mit anderen Auszubildenden und Beschäftigten.....	48
aa Ungleichbehandlung.....	48
bb Vergleichbarkeit mit anderen Auszubildenden.....	48
cc Vergleich mit „normalen“ Beschäftigten.....	49
dd Vergleich mit anderen Mandatsträgern	50
(a) Vergleich mit unbefristet angestellten Betriebsratsmitgliedern	50
(b) Vergleich mit befristet angestellten Betriebsratsmitgliedern.....	50
(c) Ergebnis	51
ee Ergebnis	51
b. Vergleich privater und öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber	51
aa Ungleichbehandlung.....	51
(a) Ungleichbehandlung durch die Legislative	51
(b) Unterschiedliche Auslegung der Unzumutbarkeit durch die Gerichte.....	52
(c) Ungleichbehandlung durch die Judikative	52
bb Vergleichbarkeit der Arbeitgeber des § 78a BetrVG bzw. des § 9 BPersVG	53
cc Ergebnis.....	54
c. Ergebnis.....	54
4. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der anderen Auszubildenden	54
a. Legitime Regelungsziele	55
b. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs	56
c. Ergebnis.....	57
5. Ergebnis	58
G. Zusammenfassung	58
III. Persönlicher Schutzbereich des § 78a BetrVG.....	59
A. Auszubildender.....	59
1. Berufsausbildungsverhältnis i.S.d. BBiG	60
a. Auszubildender i.S.d. § 3 I BBiG.....	60
b. Erfordernis eines staatlich anerkannten Ausbildungsberufes	61
2. Anderweitige Beschäftigungsverhältnisse	61
a. Volontärsverhältnisse.....	61

aa Direkte Anwendung des § 78a BetrVG	62
bb Entsprechende Anwendung des § 78a BetrVG	63
cc Ergebnis.....	63
b. Fortbildungsverhältnis.....	63
aa Integrierte Fortbildungsverhältnisse.....	63
bb Isolierte Fortbildungsverhältnisse.....	64
ac Ergebnis	64
c. Umschulungsverhältnis	65
d. Praktikantenarbeitsverhältnis und Trainees.....	65
aa . Trainees.....	65
bb . Praktikantenarbeitsverhältnis.....	66
e. Auszubildende auf Kauffahrtschiffen und im Flugbetrieb	67
f. Ergebnis.....	68
B. Mitglied in einem Betriebsverfassungsorgan	68
1. Vertretungsorgane i.S.d. § 78a BetrVG	69
a. Vertretungsorgane des Betriebsverfassungsgesetzes	69
b. Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat und Gesamtjugendvertretung	69
c. Vertretungsorgane in Tendenzbetrieben des § 118 I BetrVG.....	69
d. Vertretungsorgane in kirchlichen Einrichtungen des § 118 II BetrVG.....	70
e. Vertretungsorgane aufgrund von Tarifverträgen	71
f. Ergebnis.....	72
2. Mitgliedschaft im Organ.....	72
3. Schutz der gewählten Ersatzmitglieder.....	73
a. Vor dem Nachrücken des Ersatzmitgliedes.....	73
b. Zeitweiliges Nachrücken des Ersatzmitgliedes	74
aa Dauer der Vertretungszeit	74
bb Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben	75
c. Endgültiges Nachrücken des Ersatzmitgliedes	75
d. Reichweite und Ende des Schutzes bei Ersatzmitgliedern.....	76
e. Ergebnis: Ersatzmitglieder.....	77
4. Amtsdauer.....	77
5. Beginn, Nachwirkung und Dauer des Schutzes	78
C. Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses.....	79
D. Zusammenfassung.....	79
IV. Geltendmachung des Anspruches aus § 78a II BetrVG	80
A. Mitteilungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 78a I BetrVG	80
1. Zweck	80
2. Voraussetzungen.....	81
a. Form	81
b. Inhalt.....	81
c. Beteiligung des Betriebsrats.....	82
d. Dreimonatsfrist.....	82
e. Erklärung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Auszubildenden.....	83
3. Rechtsfolgen bei Verletzung der Mitteilungspflicht	84
a. Keine Begründung eines Arbeitsverhältnis	84
b. Schadensersatz.....	85
aa Höhe des Schadensersatzes.....	85
bb Schuldhafte Verletzung der Mitteilungspflicht.....	85
cc Kausalität der Verletzung für Schadenseintritt.....	86
dd Relevanz des Schadensersatzes in der Praxis.....	86
c. Antrag nach § 78a IV BetrVG.....	86
B. Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden.....	86
1. Form des Verlangens.....	87
a. Deklaratorischer Charakter der Schriftform.....	87
b. Mündliches oder fehlerhaftes Weiterbeschäftigungsverlangen.....	88
aa Verstoß gegen Fürsorgepflicht.....	88
bb Abschluss eines Übernahme-Arbeitsvertrages.....	89
2. Inhalt des Weiterbeschäftigungsverlangens.....	89
3. Zustimmungserfordernis des gesetzlichen Vertreters	90
4. Dreimonatsfrist.....	91
a. Dreimonatsfrist.....	91

aa Erweiterung der Dreimonatsfrist.....	91
bb Berechnung der Dreimonatsfrist	92
b. Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses	92
c. Weiterbeschäftigungsverlangen vor dem Dreimonatszeitraum	93
d. Weiterbeschäftigungsverlangen nach Ablauf des Ausbildungsverhältnisses	93
e. Zugang des Weiterbeschäftigungsverlangens	94
5. Abdingbarkeit des Übernahmerechts	94
C. Widerruf und Anfechtung des Verlangens der Weiterbeschäftigung.....	95
1. Widerruf	95
2. Anfechtung.....	96
D. Verzicht auf die bzw. unzulässige Ausübung der Rechte aus § 78a BetrVG.....	96
1. Verzicht auf die Rechte aus § 78a BetrVG.....	97
2. Unzulässige Ausübung der Rechte aus § 78a BetrVG.....	98
a. Rechtsmissbräuchliches Weiterbeschäftigungsverlangen und Verfolgung nicht schutzwürdiger Interessen.....	98
aa Wahl in das Organ, um den Schutz des § 78a BetrVG zu erreichen.....	98
bb Herbeiführung eines Vertretungsfalles	99
cc Ergebnis.....	99
b. Verbot des widersprüchlichen Verhaltens.....	100
c. Verwirkung.....	100
d. Ergebnis	101
E. Kündigung und Aufhebungsvertrag während der Ausbildung	101
1. Kündigung	101
2. Aufhebungsvertrag	102
3. Rechtsfolge einer Kündigung oder eines Aufhebungsvertrages	102
F. Zusammenfassung	103
V. Begründung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses	103
A. Art und Weise der Begründung des Arbeitsverhältnisses	104
1. Gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses oder Arbeitsvertrages.....	104
2. Gesetzlicher Kontrahierungszwang.....	105
3. Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes	106
4. Eigene Auffassung	106
5. Ergebnis	107
B. Inhalt des Arbeitsverhältnisses.....	107
1. Anwendung des § 37 BetrVG	107
a. Arbeitsentgelt und Entwicklung.....	107
b. Tätigkeiten.....	108
c. Ergebnis.....	109
2. Unbefristetes Arbeitsverhältnis	109
3. Vollarbeitsverhältnis.....	110
4. Abgeänderte Bedingungen	110
5. Pflicht zur Prüfung einer Übernahme zu geänderten Bedingungen	111
6. Recht auf tatsächliche Beschäftigung.....	111
7. Ergebnis zum gesetzlich geforderten Inhalt des Arbeitsverhältnisses	111
C. Beteiligung des Betriebsrats.....	112
1. Mitwirkung beim Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses	112
2. Mitwirkung bei der konkreten Eingruppierung und der Auswahl des Arbeitsplatzes	113
3. Mitwirkung bzgl. des Antrages nach § 78a IV BetrVG	114
4. Ergebnis Mitwirkung des Betriebsrats.....	114
D. Zusammenfassung.....	114
VI. Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung gemäß § 78a IV BetrVG.....	115
A. Anforderungen an die Unzumutbarkeit des § 78a IV BetrVG	116
1. Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 I BGB	116
2. Eigenständige Anforderungen des § 78a IV BetrVG	117
2. Eigene Auffassung	117
3. Ergebnis	119
B. Zeitpunkt der Beurteilung der Zumutbarkeit	119
1. Feststellungsantrag.....	119
2. Auflösungsantrag	119
3. Ausschlussfrist des § 626 II BGB	120

C. Verhaltens- und personenbedingte Gründe	121
1. Allgemeines	121
2. Fallgruppen persönlicher und verhaltensbedingter Gründe	122
a. Allgemeines	122
b. Nichtbestehen der Abschlussprüfung	123
c. Unzureichende Qualifikation	124
d. Qualitätsvergleich oder Vergleich der Prüfungsnoten	125
aa Unzulässigkeit eines Qualitäts- oder Prüfungsnotenvergleichs	126
bb Zulässigkeit eines Qualitäts- oder Prüfungsnotenvergleichs	127
cc Eigene Auffassung	128
dd Ergebnis	129
e. Einstellungs- und Auswahlrichtlinien	129
f. Persönliche Umstände	130
g. Ergebnis - Persönliche und verhaltensbedingte Gründe der Unzumutbarkeit	130
D. Betriebliche Gründe	131
1. Allgemeines	131
a. Qualitative Reichweite der Zumutbarkeitsprüfung	132
b. Räumliche Reichweite der Zumutbarkeitsprüfung	132
aa Unternehmens- oder konzernbezogene Zumutbarkeitsprüfung	132
bb Betriebsbezogene Zumutbarkeitsprüfung	133
cc Eigene Auffassung	134
dd Ergebnis	135
2. Fallgruppen betrieblicher Gründe	136
a. Kein freier Arbeitsplatz zum Abschluss der Ausbildung	136
aa Kein freier Arbeitsplatz vorhanden	136
(a) Neuschaffung oder Freikündigung eines Arbeitsplatzes	136
(b) Verzicht auf den Wegfall von Arbeitsplätzen	137
(c) Abbau von Überstunden oder Änderung von Schichtplänen	138
(d) Einsatz von Zeitarbeitnehmern oder von Drittunternehmen	139
(e) Ergebnis	141
bb Arbeitsplatz auf einer anderen Stufe vorhanden	141
(a) Niedriger qualifizierter Arbeitsplatz	141
(b) Höher qualifizierter Arbeitsplatz	142
(c) Ergebnis	143
cc Ergebnis	143
b. Freier Arbeitsplatz im Betrieb vor/nach Ausbildungsabschluss vorhanden	143
aa Freier Arbeitsplatz wurde vor Abschluss der Ausbildung besetzt	143
bb Arbeitsplatz wird nach Abschluss der Ausbildung frei	145
cc Ergebnis	145
c. Freier Arbeitsplatz in einem Teilzeit- oder befristeten Arbeitsverhältnis	146
aa Freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz in einem Teilzeitarbeitsverhältnis	146
bb Freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz in einem befristeten Arbeitsverhältnis	147
cc Rechtsfolge bei nur befristeter oder teilschichtiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	147
dd Ergebnis	149
d. Sonstige betriebliche Gründe	149
e. Ergebnis – Fallgruppe betriebliche Gründe	149
3. Ergebnis – Betriebliche Gründe der Unzumutbarkeit	150
E. Zusammenfassung	150
VII. Prozessuale Verfahren im Zusammenhang mit § 78a BetrVG	151
A. Verfahrensmöglichkeiten der Arbeitgeber	152
1. Feststellungs- und Auflösungsantrag	152
a. Feststellungsantrag nach § 78a IV 1 Nr. 1 BetrVG	153
aa Inhalt des Antrages	153
bb Zeitpunkt der Antragstellung	154
(a) Spätester möglicher Antragszeitpunkt	154
(b) Frühester möglicher Antragszeitpunkt	154
b. Auflösungsantrag nach § 78a IV 1 Nr. 2 BetrVG	155
aa Inhalt des Antrages	155
bb Zeitpunkt der Antragstellung	156
c. Umdeutung des Feststellungsantrags in einen Auflösungsantrag	156
d. Wirkung der gerichtlichen Entscheidung	157

aa Antragstattgebende Entscheidung.....	157
bb Antragabweisende Entscheidung.....	158
e. Ergebnis Feststellungs- und Auflösungsantrag	158
2. Anderweitige Verfahren im Zusammenhang mit § 78a BetrVG	158
a. Verfahren über den Inhalt des Weiterbeschäftigungsverhältnisses.....	158
b. Verfahren über die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolgen des § 78a BetrVG	159
aa Ohne zusätzliche Infragestellung der Unzumutbarkeit	159
bb Mit zusätzlicher Infragestellung der Unzumutbarkeit.....	160
c. Ergebnis: Anderweitige Verfahren im Rahmen des § 78a BetrVG	161
3. Einstweiliger Rechtsschutz des Arbeitgebers.....	161
a. Einstweiliger Rechtsschutz im Verfahren nach § 78a IV BetrVG.....	162
aa Verfügungsanspruch	163
bb Verfügungsgrund.....	163
cc Ergebnis.....	164
b. Einstweiliger Rechtsschutz im allgemeinen Feststellungsverfahren nach § 78a II BetrVG	164
aa Verfügungsanspruch	165
bb Verfügungsgrund.....	165
cc Ergebnis.....	166
c. Einstweiliger Rechtsschutz bzgl. der tatsächlichen Beschäftigung	166
aa Verfügungsanspruch	168
bb Verfügungsgrund.....	168
(a) Verfügungsgrund – Hinnahme der Nichtweiterbeschäftigung durch den Auszubildenden.....	168
(b) Verfügungsgrund – Entgeltzahlung bei Weiterbeschäftigung.....	168
cc Ergebnis.....	169
d. Ergebnis des einstweiligen Rechtsschutzes des Arbeitgebers	170
4. Ergebnis - Verfahrensmöglichkeiten des Arbeitgebers.....	170
B. Verfahrensmöglichkeiten des Auszubildenden	171
1. Feststellungsantrag.....	171
a. Inhalt des Antrages.....	171
b. Feststellungsinteresse.....	172
2. Leistungsantrag.....	173
3. Einstweiliger Rechtsschutz des Arbeitnehmers.....	173
a. Tatsächliche Beschäftigung.....	174
aa Verfügungsanspruch	174
bb Verfügungsgrund.....	175
b. Ergebnis – Einstweiliger Rechtsschutz.....	175
4. Ergebnis – Verfahrensmöglichkeiten des Auszubildenden	176
C. Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit § 78a BetrVG.....	176
1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 78a BetrVG.....	177
2. Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsverlangens.....	178
3. Arbeit zu geänderten Bedingungen.....	178
4. Unzumutbarkeit	178
5. Rechtsmissbräuliches Übernahmeverlangen	179
6. Ergebnis	179
D. Beteiligung betriebsverfassungsrechtlicher Organe.....	179
E. Streitwert.....	180
1. Arbeitgeber als Antragsteller.....	181
2. Auszubildender als Antragsteller	182
a. Feststellungsantrag, dass Beschäftigungsverhältnis zustande gekommen ist.....	182
b. Antrag auf tatsächliche Beschäftigung	182
3. Ergebnis	182
F. Kosten der Rechtsvertretung des Auszubildenden	183
G. Zusammenfassung	184
VIII. Ergebnis Teil A.....	185

Teil B: Auswirkungen des § 78a BetrVG für Auszubildende und Arbeitgeber	189
I. Auswirkungen von Gesetzen	189
A. Unmittelbare Auswirkungen	189
B. Mittelbare Auswirkungen	189
C. Auswirkungen arbeitsrechtlicher Normen	190
1. Arbeitsrechts als Richterrecht	190
2. Weitreichende Folgen der Normsetzung	191
3. Ergebnis	192
D. Zusammenfassung	192
II. Arbeitgeberseitige Auswirkungen des § 78a BetrVG	192
A. Erhöhung der Kosten der Ausbildung	193
1. Direkte Kosten der Ausbildung	194
a. Vergütungen und Sozialleistungen	195
b. Anlage- und Sachkosten	196
c. Sonstige Kosten	196
d. Tarifvertragliche Weiterbeschäftigungspflicht	196
e. Negative Kosten durch Nutzenbestandteile	196
f. Ergebnis	197
2. Indirekte Kosten der Ausbildung	197
a. Negative Kosten durch Nutzenbestandteile	197
b. Kosten für betriebsverfassungsrechtliche Organe	198
c. Kosten des Weiterbeschäftigungsanspruchs	200
3. Ergebnis	201
B. Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei Übernahmen	202
C. Verminderung der Einstellung und Übernahme von Auszubildenden und Arbeitnehmern	204
1. Minderung der Ausbildungstätigkeit der Unternehmen	204
2. Mangel an selbstausgebildeten Fachkräften in den Betrieben	207
3. Minderung der Einstellung von Arbeitnehmern	208
D. Reduktion der Förderung des betriebsverfassungsrechtlichen Engagements	209
E. Zusammenfassung	211
III. Arbeitnehmer- bzw. auszubildendenseitige Auswirkungen des § 78a BetrVG	211
A. Keine oder verringerte Übernahme und Einstellung von Arbeitnehmern oder Auszubildenden	212
1. Einstellung von Auszubildenden	212
2. Übernahme von Auszubildenden	213
3. Einstellung von Arbeitnehmern	213
4. Ergebnis	214
B. Keine Übernahme der leistungsbesten Auszubildenden	214
C. Arbeitnehmervertreter durch falschen Anreiz	216
D. Zusammenfassung	217
IV. Problematik des Überhangs von Auszubildendenvertretern	218
A. Freie unternehmerische Entscheidung oder Beachtung objektiver Kriterien	219
1. Kriterien bei Neueinstellungen und betriebsbedingten Kündigungen	220
a. Kriterien bei Neueinstellungen	220
b. Kriterien bei betriebsbedingten Kündigungen	220
2. Einstellung des übernommenen oder betriebsbedingte Kündigung des abgelehnten Mandatsträgers	221
a. Betriebsbedingte Kündigung	221
b. Neueinstellung	223
3. Ergebnis	224
B. Kriterien bei der Auswahl der zu übernehmenden Mandatsträger	225
1. Kriterium der zwingenden Sozialauswahl i.S.d. § 1 III KSchG	225
2. Kriterium der Stellung im Organ und der Länge der Mitgliedschaft	227
3. Kriterium der in der Ausbildung erbrachten Leistungen	228
4. Allgemeine Einschränkung der Einstellungsfreiheit	229
a. Diskriminierungsverbote des AGG	230
b. Kriterium des § 75 BetrVG	230
5. Ergebnis	231

C. Zusammenfassung.....	232
V. Ergebnis Teil B	232

Teil C: Reaktionen der Arbeitgeber auf die Rechtsfolge des 78a BetrVG und Möglichkeiten zur Änderung der Vorschrift.....234

I. Reaktionen der Arbeitgeber auf die Rechtsfolge des § 78a BetrVG	234
A. Keine Einstellung von Auszubildenden bzw. keine freien Arbeitsplätze.....	236
1. Keine Ausbildungstätigkeit.....	236
2. Keine Zurverfügungstellung von freien Arbeitsplätzen	237
3. Ergebnis	238
B. Einstellung von Auszubildenden nur auf Teilzeit- oder befristeter Basis	238
1. Übernahme von Auszubildenden als Teilzeitkräfte.....	239
2. Übernahme von Auszubildenden in befristete Beschäftigungsverhältnisse.....	240
3. Ergebnis	241
C. Angebot von befristeten Verträgen oder Teilzeitverträgen	241
D. Abschluss von Aufhebungsverträgen	243
E. Wirksame Kündigung des Ausbildungsverhältnisses	245
1. Voraussetzungen des § 15 KSchG	245
2. Voraussetzungen des § 22 II Nr. 1 BBiG	248
3. Ergebnis	249
F. Zusammenfassung	250
II. Änderungsmöglichkeiten bzw. Verbesserungen des § 78a BetrVG	251
A. Erweiterung des § 78a BetrVG - Übernahmepflicht für alle Auszubildenden.....	251
1. Auswirkung der Änderung	252
a. Generelle Übernahmepflicht aller Auszubildenden.....	252
b. Reduzierung von Ausbildung und Einstellung	253
2. Diskussion der Änderung.....	254
3. Ergebnis	254
B. Abschaffung des § 78a BetrVG	255
1. Auswirkung der Änderung	255
a. Wegfall des besonderen Schutzes der Mandatsträger.....	255
b. Keine Verpflichtung zur Übernahme der Mandatsträger.....	256
2. Diskussion der Änderung.....	256
a. Schutzlosigkeit der Mandatsträger.....	256
aa Benachteiligung von Mandatsträgern.....	256
bb Allgemeiner arbeitsrechtlicher Schutz.....	257
b. Freie Auswahlentscheidung und Förderung der Leistungsträger	257
c. Rechtssicherheit und Prozessminimierung.....	258
d. Auswirkungen auf den Ausbildungs- und Arbeitsmarkt.....	258
3. Ergebnis	259
C. Anpassung des § 78a BetrVG an die betriebliche Notwendigkeit.....	259
1. Darlegungspflicht der Unzumutbarkeit des Arbeitgebers in der Mitteilung nach § 78a I BetrVG	260
a. Auswirkung der Änderung	261
aa Klarheit über die Gründe der Unzumutbarkeit für den Auszubildenden	261
bb Formaler Aufwand des Arbeitgebers	261
cc Vermeidung von Arbeitsgerichtsprozessen und schnellere Rechtssicherheit	261
b. Diskussion der Änderung.....	262
c. Ergebnis.....	263
2. Voraussetzung des Bestehens der Abschlussprüfung	263
a. Auswirkung der Änderung	264
aa Keine Rechtsfolge des Weiterbeschäftigungsverlangens	264
bb Kosten- und Zeitersparnis	264
cc Anreiz zum Ausbildungsabschluss.....	265
b. Diskussion der Änderung.....	265
c. Ergebnis.....	265
3. Mindestfrist für das Verlangen der Weiterbeschäftigung des 78a II BetrVG.....	266
a. Auswirkung der Änderung	267
aa Frühzeitige Erklärung des Weiterbeschäftigungsverlangens	267

bb Prozessuale Klärung während der Ausbildung	268
b. Diskussion der Änderung	269
c. Ergebnis.....	270
4. Beschränkung der Weiterbeschäftigungsverpflichtung auf die laufende Amtsperiode	270
a. Auswirkung der Änderung	271
aa Befristung des Weiterbeschäftigungsanspruchs	271
bb Kalkulierbarkeit der Weiterbeschäftigung.....	272
cc Keine Beeinträchtigung der Mandatstätigkeit des Auszubildenden	272
dd Sicherung der Organtätigkeit.....	273
b. Diskussion der Änderung.....	273
c. Ergebnis.....	274
5. Einbeziehung eines Leistungsmerkmals im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der „Unzumutbarkeit“ des § 78a IV BetrVG.....	275
a. Auswirkung der Änderung	275
aa Keine Übernahmepflicht des Mandatsträgers, bei deutlich schlechteren Leistungen	275
bb Übernahme der leistungsbesten Auszubildenden.....	276
cc Setzung von Leistungsanreizen bei allen Auszubildenden.....	276
b. Diskussion der Änderung.....	277
c. Ergebnis.....	278
6. Anpassung des Begriffs der Unzumutbarkeit durch gesetzliche Definition	278
a. Auswirkung der Änderung	279
aa Förderung der Transparenz, der Chancengleichheit und Setzung von Leistungsanreizen	279
bb Steigerung der Rechtssicherheit.....	279
b. Diskussion der Änderung.....	280
c. Ergebnis.....	280
7. Ergebnis – Anpassung des § 78a BetrVG.....	280
D. Zusammenfassung.....	283
III. Ergebnis Teil C.....	285

Teil D: Zusammenfassung der Ausarbeitung.....287

Literaturverzeichnis	295
Abkürzungsverzeichnis.....	318

Einleitung: Problemstellung und Gang der Untersuchung

Neben der aktuellen und allgemeinen Diskussion über Ausbildungsverhältnisse und deren Entlohnung kommt jedes Jahr zum Ende der Ausbildungszeiten in den Unternehmen und den dortigen Arbeitnehmervertretungen die Frage auf, ob und wie viele Auszubildende übernommen werden und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber gemäß § 78a BetrVG verpflichtet ist, bestimmte Auszubildende zum Ende ihrer Ausbildungszeit in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen.

Diese Fragestellungen können oftmals nicht abschließend in den Betrieben oder Unternehmen geklärt, sondern werden an Rechtsanwälte, Rechtssekretäre bei Gewerkschaften oder Juristen bei Arbeitgeberverbänden abgegeben.

Auf diese Weise ist der Verfasser während seiner Beschäftigung als Rechtsanwalt bei verschiedenen Arbeitgeberverbänden auf die jährlich wiederkehrende Problematik des § 78 a BetrVG aufmerksam geworden. Insbesondere hat er sich im Rahmen seiner Tätigkeit bei Metall NRW und den Arbeitgeberverbänden NRW mit rechtlichen Problemen im Zusammenhang mit der betrieblichen Mitbestimmung – und hier vor allem § 78 a BetrVG – befasst und zu dieser Thematik Vorträge gehalten.

Der § 78a BetrVG ermöglicht es Auszubildenden, die Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrats oder eines sonstigen betriebsverfassungsrechtlichen Organs i.S.d. Norm sind, nach Ablauf des Ausbildungsverhältnisses ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu erlangen – ohne und gegebenenfalls auch gegen den Willen des Arbeitgebers. Aus diesem Grund stellt der § 78a BetrVG für die Arbeitgeber eine wichtige und außerdem überaus herausfordernde Norm dar, aufgrund deren ihnen ein an sich nicht gewünschtes Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer oktroyiert werden kann. Für mandatierte Auszubildende hingegen beinhaltet die Norm zum Ende ihrer Ausbildungszeit einen Schutz vor einer ungerechtfertigten Schlechterstellung aufgrund der von ihnen ausgeübten betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit gegenüber nicht-mandatierten Auszubildenden.

Über anfänglichen Probleme im Rahmen der Einführung des § 78a BetrVG in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts hinaus war diese Norm für die Arbeitgeber und Auszubildenden zwar mehrere Jahre nicht von allzu großem innerbetrieblichen Interesse, weil die Übernahme aller Auszubildenden fast die Regel war, so

dass sich die Frage, ob ein Auszubildender aufgrund gesetzlicher Regelungen zu übernehmen sei, praktisch nicht stellte. In der jüngeren Vergangenheit und der Gegenwart stellt sich die Situation jedoch anders dar. Die seit einigen Jahren veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen führen dazu, dass eine immer größer werdende Anzahl von Unternehmen aufgrund der allgemeinen Einstellungszurückhaltung nicht automatisch alle Auszubildenden übernimmt, sondern vielmehr unter diesen eine qualitative Auswahl treffen möchte, um den oder die geeignetsten Auszubildenden zu behalten. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass viele Unternehmen über den eigenen Bedarf hinaus ausbilden und somit nach der Ausbildungszeit eine Übernahme aller Auszubildenden ausgeschlossen ist.

In vielen Betrieben und Unternehmen stellt sich deshalb einerseits arbeitgeberseitig die Frage, wie mit einer Übernahmeverpflichtung bei mangelnden Beschäftigungsmöglichkeiten insgesamt umgegangen werden muss und ob es insofern schützenswerte Beweggründe des Arbeitgebers gibt, die gegen eine Übernahme sprechen. Andererseits stellt sich auszubildendenseitig die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Auszubildende durch § 78a BetrVG geschützt werden und wie dieser Schutz zu erlangen ist. Für Arbeitgeber und mandatierten Auszubildenden besteht somit hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung nach Abschluß der Ausbildung aufgrund des § 78a BetrVG und der Ungewißheit seiner Anwendbarkeit zur Zeit ein großes Maß an Rechtsunsicherheit.

Diesbezüglich muss vor allem betrachtet und festgestellt werden, welche persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der Weiterbeschäftigungsanspruchs des § 78a BetrVG hat, insbesondere welche Anforderungen an einen erforderlichen freien Arbeitsplatz gestellt werden müssen.

Bei den Arbeitsgerichten treten zurzeit wieder verstärkt Fragen zu der Übernahmepflicht des § 78a BetrVG sowie zu dessen Systematik und Voraussetzungen auf, hierbei insbesondere zu der Problematik der Voraussetzungen des Begriffs der „Unzumutbarkeit“ einer Weiterbeschäftigung in § 78a IV BetrVG. Die ausgeurteilten Entscheidungen, gerade die des BAG, genießen eine weit über das normale Maß hinausgehende Publizität, wie es vor allem in jüngerer Vergangenheit das Urteil vom 15.11.2006 zum betrieblich beschränkten Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78a IV BetrVG erneut gezeigt hat.

Auch die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm an sich ist noch nicht abschließend geklärt. Sie findet darüber hinaus nicht die ihr zustehende Aufmerksamkeit innerhalb der Literatur oder Gerichtsentscheidungen, obwohl die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des § 78a BetrVG für Auszubildenden wie Arbeitgeber beachtliche Auswirkungen und Einschränkungen entfalten kann.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich der Aufbau der Arbeit, die die Voraussetzungen des § 78a BetrVG als auch dessen Auswirkungen in den Betrieben und möglichen Änderungsbedarf aufzeigen soll:

Der Grundlagenteil **A** stellt die Entstehungsgeschichte, den Schutzzweck sowie die derzeitige rechtliche Wertung des § 78a BetrVG dar. Hierbei wird der Schwerpunkt auf den Unzumutbarkeitsbegriff des § 78a IV BetrVG gelegt, der einer Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers entgegensteht.

Teil B hat die innerbetrieblichen und betriebsübergreifenden Auswirkungen des § 78a BetrVG in der betrieblichen Praxis sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer und Auszubildende zum Inhalt.

Teil C zeigt, wie in der Praxis versucht wird, die Rechtsfolgen des § 78a BetrVG nicht eintreten zu lassen, indem eine Änderung der Ausbildungs- oder Beschäftigungstätigkeit der Unternehmen erfolgt oder die Möglichkeit genutzt wird, durch vertragliche Regelungen andere oder keine Beschäftigungsverpflichtungen des Arbeitgebers zu begründen.

Den Abschluss dieses Teils bilden verschiedene Vorschläge, wie der § 78a BetrVG an die betriebliche Wirklichkeit und Notwendigkeit angepasst werden könnte. Diese fließen in einen Entwurf eines geänderten § 78a BetrVG ein.

Teil D enthält eine Gesamtzusammenfassung der Ausarbeitung in Thesenform.

Teil A: Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 78a BetrVG

I. Schutzzweck und Entstehungsgeschichte des § 78a BetrVG

Viele Probleme, die sich im Zusammenhang mit § 78a BetrVG bzw. dessen Voraussetzungen und seiner Auslegung ergeben, lassen sich nur verstehen und lösen, wenn die Entstehungsgeschichte der Norm und der ihr innewohnenden Schutzzweck bekannt sind.

A. Entstehungsgeschichte des § 78a BetrVG

1. Betriebliche Situation der Auszubildenden vor Schaffung des § 78a BetrVG

a. Keine Übernahmeverpflichtung durch das BBiG

An der rechtlichen Situation der Auszubildenden hinsichtlich einer unmittelbaren Übernahme in ein Arbeitsverhältnis im Anschluss an ihr Ausbildungsverhältnis hat sich seit der Einführung des BBiG im Jahr 1969 nicht viel geändert.

Nach §§ 14 I, II BBiG a.F. endete das Berufsausbildungsverhältnis automatisch mit dem Ablauf der vereinbarten Ausbildungszeit bzw. mit dem Bestehen der Abschlussprüfung, ohne dass es einer Kündigung oder Mitteilung durch den Arbeitgeber bedürfte. D.h. das Beschäftigungsverhältnis ist beendet, wenn das Prüfungsverfahren abgeschlossen und das Ergebnis der Prüfung dem Auszubildenden mitgeteilt worden ist, falls dies vor dem Ablauf der vereinbarten Ausbildungszeit erfolgt, ansonsten mit Ablauf der vertraglichen Ausbildungszeit.¹ Während des laufenden Ausbildungsverhältnisses war nach Ablauf der Probezeit laut BBiG eine Kündigung des Auszubildenden nur aus wichtigem Grund zulässig.²

Eine Übernahmeverpflichtung der Auszubildenden seitens des Arbeitgebers in ein Anschlussarbeitsverhältnis besteht auch nach der Neufassung des BBiG nicht, so dass das Beschäftigungsverhältnis gemäß § 21 I BBiG weiterhin automatisch mit Ablauf des Ausbildungsverhältnisses endet.³ Eine automatische Übernahmeverpflichtung aller

¹ Ausdrücklich so auch das BAG vom 07.10.1971 in AP BBiG § 14 Nr. 1; vgl. auch: Opolony, „Das Recht der Berufsausbildung nach dem Berufsausbildungsreformgesetz“ in BB 2005, S. 1050 ff. (1052); Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (157); Grünberger, „Beendigung von Berufsausbildungsverhältnissen“ in AuA 1996, S. 155 ff. (155); Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (741).

² Vgl.: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 470; Schlachter in ErfK, § 22 BBiG, Rn. 3.

³ Vgl.: Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 1; Schlachter in ErfK, § 21 BBiG, Rn. 1; Wiencke, S. 19; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn. 581; Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (538); Boemke in „Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung?“ in NJW 1993, S. 2083 ff. (2085).

Auszubildenden würde auch dazu führen, dass Arbeitgeber eventuell nicht mehr, sicherlich aber nicht mehr über den eigenen Bedarf hinaus ausbilden würden.⁴

Jedoch ist zu beachten, dass trotz einer nicht bestehenden gesetzlichen Verpflichtung die durchschnittliche Übernahmequote im Jahr 2004 insgesamt bei 53,8% in den alten und bei 41,2% in den neuen Bundesländern lag; im Jahr 2006 bereits im Westen bei ca. 57%, im Osten bei ca. 44%.⁵ Diese Quote steigt mit anwachsender Unternehmensgröße und Beschäftigtenzahl und ist im Jahresvergleich stark von den ökonomischen Begleitumständen abhängig. Außerdem sind stets Unterschiede zwischen einzelnen Branchen⁶ zu beobachten.⁷

Eine Ausnahme von der dargestellten gesetzlichen Regelung einer Nichtübernahmeverpflichtung kann einzelvertraglich erfolgen und ist darüber hinaus in einer Vielzahl von Tarifverträgen – insbesondere der Metall- und Elektroindustrie sowie der Druckindustrie – vorgesehen.⁸ Im Jahr 1996 waren z.B. in 42 Tarifbereichen entsprechende Regelungen vereinbart, zu denen 1997 weitere 16 hinzutraten.⁹ Diese Tarifverträge normieren, dass Auszubildende nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung für einen bestimmten Zeitraum in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen sind.¹⁰ Diesbezüglich ist jedoch zu bedenken, dass solche tarifvertraglichen Regelungen in der Regel nicht unmittelbar – d.h. auf normativem Wege, vergleichbar § 78a BetrVG – den Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Auszubildenden unter den genannten Voraussetzungen bewirken. Vielmehr erhält der Ausgebildete einen Anspruch auf Abgabe eines Arbeitsvertragsangebotes durch den Arbeitgeber, wenn die tarifvertraglich genannten Voraussetzungen erfüllt sind bzw. die einem solchen Anspruch entgegenstehenden tarifvertraglichen Ausnahmen nicht vorliegen.¹¹

⁴ So auch: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681.

⁵ Siehe hierzu IAB-Betriebspanel 2008, S. 180 unter http://www.bildungsbericht.de/daten2008/bb_2008.pdf; Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (429).

⁶ z.B. für das Kredit-/Versicherungsgewerbe 79%, die Bergbau, Energie- und Wasserwirtschaft 79%, das Baugewerbe 57 % oder die Land-/Forstwirtschaft 41 %.

⁷ Vgl.: Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition?, S. 27; IAB-Betriebspanel 2007, S. 67-68; Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 149.

⁸ Vgl.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 682; Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S. 1329 ff. (1329); Bauer/ Diller, „Beschäftigungssicherung in der Metallindustrie“ in NZA 1994, S. 353 ff. (355); Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Auszubildende IV 2; Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 174, Rn. 124 ff.

⁹ Vgl.: Kothe, „Beschäftigungssicherung durch befristete Übernahme von Auszubildenden – Bedeutung und Struktur tariflicher Weiterbeschäftigung“ in NZA 1997, S. 457 ff. (457); leider liegen diesbezüglich keine aktuelleren Zahlen vor, jedoch wird deutlich, dass den Tarifvertragsparteien die Weiterbeschäftigung ihrer Auszubildenden ein Anliegen ist.

¹⁰ Siehe hierzu z.B. für die Druckindustrie den „Tarifvertrag über Beschäftigungssicherung und Ausbildung“ vom 19. 4. 1996 in der Neufassung vom 11. 5. 2000 und für die M+E Industrie in NRW den Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung“ vom 30.09.2005 bzw. den „Einheitlichen Tarifvertrag zur Beschäftigungsbrücke“ vom 15. 10.2004.

¹¹ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 69.

b. Kein Kündigungsschutz der Mandatsträger

Da demnach in der Regel aufgrund der Befristung des Ausbildungsverhältnisses eine Kündigung der Auszubildenden zum Ende der vereinbarten Ausbildungszeit nicht notwendig ist,¹² besteht zu diesem Zeitpunkt weder für die „normalen“ Auszubildenden ein Kündigungsschutz nach dem KSchG noch für die in einer Ausbildung befindlichen Mandatsträger ein besonderer Kündigungsschutz über die §§ 15, 16 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG.¹³ Den Jugend- und Auszubildendenvertretern¹⁴ gebührt ansonsten während ihrer Ausbildungszeit der gleiche Schutz vor ordentlichen und außerordentlichen Kündigungen, wie er den Mitgliedern des Betriebsrats nach § 15 I KSchG, § 103 BetrVG zusteht.¹⁵

Dem Arbeitgeber steht es somit vorbehaltlich des § 75 BetrVG grundsätzlich frei, ob er einen Auszubildenden nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses übernimmt oder nicht.¹⁶ Ein Arbeitsverhältnis im Anschluss an das Ausbildungsverhältnis entsteht für die Mandatsträger wie für alle anderen Auszubildenden nur dann, wenn dies entweder durch die Parteien explizit, u.U. auch konkludent, vereinbart worden ist oder wenn aufgrund einer tatsächlichen Weiterbeschäftigung im Anschluss an die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses gemäß § 24 BBiG ein gesetzliches Arbeitsverhältnis zu Stande kommt.¹⁷ Der Arbeitgeber wird von ihm ausgebildete Ausbildungsabsolventen nur dann übernehmen, wenn sie ausreichend qualifiziert sind und er für sie eine andauernde Beschäftigungsmöglichkeit im eigenen Unternehmen sieht, weil eine Beschäftigungsentscheidung im Kern eine Entscheidung über die langfristige Investition in das Humankapital des Auszubildenden bzw. des Beschäftigten darstellt und mit dauerhaften Kosten verbunden ist.¹⁸

¹² Vgl.: Lorenz in HaKo-BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 1; Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 308, Rn. 181. Während der laufenden Ausbildung sind Auszubildende gemäß § 22 II Nr. 1 BBiG hingegen nur aus einem wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB unter Angabe eines Kündigungsgrundes kündbar.

¹³ Vgl.: Wollenschläger, „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ in NJW 1974, S. 935ff. (935); Matthes „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (916); Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 174, Rn. 123.

¹⁴ Siehe ausführlich zur Jugend- und Auszubildendenvertretung: Rotermund; Die Interessenwahrnehmung durch Jugendliche und Auszubildende in der Betriebsverfassung, S. 44 ff. In der deutschen M+E Industrie gibt es z.B. laut „IGM direkt“ Nr. 11 aus 2008, S.6. zurzeit etwa 3000 Jugend- und Auszubildendenvertretungen mit circa 7800 Organmitgliedern.

¹⁵ Vgl.: Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 316, Rn. 88; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2.

¹⁶ Vgl.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 759.

¹⁷ Vgl.: BAG vom 30.11.1984 in AP Nr. 1 zu § 22 MTV Ausbildung; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 6; Wiencke, S. 19; Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 174, Rn. 127; Benecke, „Das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis nach § 24 BBiG“ in NZA 2009, S. 820 ff. (821 ff.).

¹⁸ Siehe hierzu: Albach in Die Beschäftigungsentscheidung der Unternehmungen, Zusammenfassung sowie S. 12 ff.; Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 57 ff.

2. Freie Auswahlentscheidung des Arbeitgebers

Der Wunsch nach einem erweiterten Schutz für Auszubildende, insbesondere Mandats-träger, ergab sich Anfang der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts in der Praxis deshalb auch nicht für die Zeit des laufenden Berufsausbildungsverhältnisses, weil für diese Zeit der Schutz des BBiG ausreichend ist. Vielmehr sollte bei einer anstehenden Übernahme der Auszubildenden in unbefristete Arbeitsverhältnisse ein zusätzlicher Schutz geschaffen werden.¹⁹

Oftmals wurden, vielleicht mit Ausnahme der Klein- und Kleinstbetriebe²⁰, mehr Auszubildende ausgebildet, als nach Abschluss der Prüfungen überhaupt von dem jeweiligen Betrieb übernommen werden konnten, d.h. es wurde über den Bedarf hinaus ausgebildet.²¹ Personalwirtschaftlich kann, auf ein Unternehmen bezogen, immer dann von einer Ausbildung über den Bedarf hinaus gesprochen werden, wenn das Unternehmen nicht alle Ausgebildeten zur Befriedigung einer Unterdeckung der Nettopersonalbedarfs benötigt und es so zwangsläufig zu einer Nichtübernahme einiger Auszubildender nach erfolgreich abgeschlossener Ausbildung kommt.²²

Hieraus folgt, dass der Arbeitgeber vor der Übernahme der Auszubildenden in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine Auswahl zwischen seinen Auszubildenden treffen konnte, ohne dabei gesetzlichen Zwängen zu unterliegen. Seine unternehmerische Entscheidung hinsichtlich der Auswahlkriterien kann er frei treffen und sich für die am besten geeigneten Auszubildenden entscheiden.²³ Dies entspricht auch den Grundsätzen der Vertragsautonomie, nach der eine Partei grundsätzlich nicht zu einem Vertragsschluss mit einer anderen Partei gezwungen werden kann.²⁴

Aufgrund der berechtigten Entscheidungsfreiheit des Unternehmers erwuchs in Betrieben, bei Gewerkschaften, aber auch in der Politik die Besorgnis, dass Arbeitgeber eventuell Auszubildende, die zuvor ein betriebsverfassungsrechtliches Mandat innegehabt hatten und in dessen Rahmen mit dem Arbeitgeber in Konflikt geraten waren, bei

¹⁹ Vgl.: Wiencke, S. 21.

²⁰ Klein- und Kleinstbetriebe sind Betriebe mit in der Regel weniger als fünf bzw. weniger als fünfzig Beschäftigten, wahren mittlere Unternehmen weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen; siehe zu den KMU: Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Mittelstandsreport 2009, S. 8.

²¹ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 6; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 671; Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 5 ff.; Weng, „Weiterbeschäftigungsanspruch eines Jugendvertreters nach § 78a BetrVG trotz entgegenstehender betrieblicher Gründe“ in DB 1976, S. 1013 ff, 1015; dies gilt übrigens auch heute noch, wenn oftmals gerade die Politik und die Gewerkschaften von den Unternehmen verlangen, über den eigenen Bedarf hinaus auszubilden.

²² Vgl.: Bontrup/Pulte, Handbuch Ausbildung, S. 122; Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 13 ff.

²³ Siehe zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Zusammenhang mit der Betriebsverfassung ausführlich: Umuß; Organisation der Betriebsverfassung und Unternehmerautonomie, 1 ff.

²⁴ Siehe ausführlich zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht: Boemke „Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht“ in NZA 1993, S. 532 ff. (532 ff.); Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb - Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Rn. 905 ff.

der Auswahl zur Übernahme in ein anschließendes Beschäftigungsverhältnis nicht berücksichtigen oder gegenüber anderen Auszubildenden benachteiligen könnten.²⁵

3. Lösungsansätze vor der Einführung des § 78a BetrVG in das Betriebsverfassungsgesetz

Vor der Einführung des § 78a BetrVG wurden seitens der Literatur und der Rechtsprechung verschiedene Auffassungen vertreten, wie dieser Situation einer möglichen Benachteiligung entgegengewirkt werden könnte, um die Auszubildenden besser zu schützen.

a. Übernahmeverpflichtung aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht

Zum einen wurde in der Literatur vertreten, dass aufgrund der allgemeinen arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht²⁶ und deren Nachwirkung in die Zeit nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses eine Pflicht des Arbeitgebers zur Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses gegenüber sich in Ausbildung befindlichen Mandatsträgern bestehen könnte.²⁷ Problematisch an dieser Auffassung ist, dass es sich bei der allgemeinen arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der sich aus unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Normen ergibt.²⁸ Außerdem wird es einem nicht übernommenen Auszubildenden in einen eventuellen Rechtsstreit nur schwer möglich sein zu beweisen, dass er gerade aufgrund seiner betriebsverfassungsrechtlichen Mandatstätigkeit gerade nicht übernommen worden ist.

b. Übernahmeverpflichtung aufgrund des § 78 S. 2 BetrVG

Das Bundesarbeitsgericht vertrat vor Inkrafttreten des § 78a BetrVG die Auffassung, dass ein Auszubildender, der Mitglied eines betriebsverfassungsrechtlichen Organs war, die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis dann verlangen konnte, wenn für seine Ablehnung durch den Arbeitgeber sachlich keine vertretbaren Gründe vorlagen. Als Anspruchsgrundlage griff das Bundesarbeitsgericht auf das allgemeine Benachteiligungsverbot in § 78 S. 2 BetrVG in Verbindung mit §§ 823 II, 249 BGB zurück, weil § 78

²⁵ Reuter formuliert dies in „Betrieblich beschränkter Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78a IV BetrVG“ in BB 2007, S. 2678 ff. (2679) sehr plakativ: „Man ging davon aus, dass § 78a BetrVG nur das normieren würde, was ohnehin Realität sei – wer nicht nach der Ausbildung übernommen wurde, war 1974 entweder völlig ungeeignet oder Auszubildendenvertreter.“; siehe auch Benöhr „Ausbildungsverhältnis und Jugendvertretung“ in NJW 1973, S. 1778 ff. (1788).

²⁶ Siehe ausführlich zur arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht und deren Entwicklung: Brors, Die Abschaffung der Fürsorgepflicht, S. 7 ff.

²⁷ Vgl.: Euler/Mückenberger, „Der gesetzliche Schutz von Jugendvertretern – eine Lücke im Gesetz!“ in ZRP 1973, S. 260 ff. (262).

²⁸ Vgl.: Reichhold in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, § 83, Rn. 1 ff.

BetrVG nach Auffassung des BAG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 BGB darstellt.²⁹ Dieser Lösungsvorschlag führte zu dem gewünschten Ergebnis einer Übernahmeverpflichtung seitens des Arbeitgebers, wenn dieser im Verfahren keine sachlich vertretbaren Gründe vortragen konnte, die gegen eine Übernahme des die Übernahme verlangenden Auszubildenden sprachen.

Der Ansatz erbrachte jedoch nur dann das gewünschte Ergebnis der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden, wenn im Einzelfall vertretbare Gründe nicht vorlagen. Eine ausnahmslose Übernahmeverpflichtung des Arbeitgebers für Mandatsträger bestand jedoch nicht. Des Weiteren dürfte es einem Arbeitgeber in der Praxis nicht schwer fallen, unter Berücksichtigung des unscharfen Begriffes der „sachlich vertretbaren Gründe“ die notwendigen Tatsachen in einem eventuellen Arbeitsgerichtsprozess vorzutragen und ggf. auch zu beweisen.³⁰

Zwischen der Darlegung „sachlich vertretbarer Gründe“ und der „nicht gegebenen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung“ besteht augenscheinlich ein großer Unterschied, der großen Spielraum für die Begründung einer Nichtweiterbeschäftigung eröffnet. Folglich konnte die Rechtsprechung des BAG eine Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung eines Mandatsträgers nicht immer unzweifelhaft begründen.³¹

c. Übernahmeverpflichtung aufgrund einer Analogie zu § 15 KSchG

In der Literatur wurde ferner die Ansicht vertreten, dass der § 15 KSchG als zentrale Norm des besonderen Kündigungsschutzes für Organmitglieder der Betriebsverfassung in einer Analogie auf die vorliegenden Fälle der Nichtübernahme von Mandatsträgern in Ausbildungsverhältnissen anzuwenden sei. Hierdurch sollte garantiert werden, dass keine Benachteiligung bei Übernahme von Auszubildenden nach Abschluss des Ausbildungsverhältnisses stattfindet.³²

Dies bedeutete, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet sei, jedes ausgebildete Organmitglied nach seiner Ausbildung weiterzubeschäftigen. Nur so sei eine kontinuierliche Funktionalität der Organe und deren notwendige Unabhängigkeit zu gewährleisten.³³ Gegen diese Auffassung spricht, dass § 15 KSchG eine Kündigungsschutznorm ist, die ihren Schutz im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Kündigungswirkung entfalten soll. In den Fällen der Nichtübernahme von fertig ausgebildeten Organmitgliedern handelt es sich aber nicht um eine Kündigung, sondern um

²⁹ Vgl.: BAG vom 12.02.1975 in AP Nr. 1 zu § 78 BetrVG; so auch Otto, Personelle Freiheit und soziale Bindung, S.25; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (270 f.).

³⁰ Vgl.: Pielsticker, S. 2.

³¹ So auch das BAG vom 12.02.1975 in AP Nr. 1 zu § 78 BetrVG.

³² Vgl.: Benöhr „Ausbildungsverhältnis und Jugendvertretung“ in NJW 1973, S. 1778 ff. (1781).

³³ Vgl.: Benöhr „Ausbildungsverhältnis und Jugendvertretung“ in NJW 1973, S. 1778 ff. (1782).

die Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses bzw. um den Nichtabschluss eines Arbeitsvertrages im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis. Eine analoge Anwendung des § 15 KSchG ist somit in diesen Fällen nicht geboten. Dies hat das BAG in seiner Entscheidung vom 12.02.1975 ebenfalls angedeutet,³⁴ so dass eine Verpflichtung zur Übernahme eines auszubildenden Mandatsträgers durch den Arbeitgeber nicht ernsthaft auf § 15 KSchG gestützt werden konnte.

4. „Gesetz zum Schutze der in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ vom 18.01.1974

Als direkte Auswirkung der untauglichen Lösungsvorschläge zum Schutz der in Ausbildung befindlichen Organmitglieder kam es im Deutschen Bundestag im Rahmen von mehrjährigen politischen Auseinandersetzungen³⁵ zu verschiedenen Gesetzesentwürfen der Fraktionen, die Abhilfe schaffen sollten.³⁶ Im Ergebnis wurde der § 78a BetrVG aus der Mitte des Bundestages geschaffen. Er beruht auf einem Gesetzentwurf in Form eines Gruppenantrages von Abgeordneten der CDU/CSU³⁷ einerseits und auf einem Entwurf der Fraktionen der SPD und der FDP andererseits,³⁸ die in wesentlichen Teilen inhaltsgleich waren.³⁹ Der Gruppenantrag der CDU/CSU-Abgeordneten sah vor, das Kündigungsschutzgesetz um einen § 15a KSchG zu ergänzen, der nicht nur die Übernahme von Mitgliedern der Betriebsverfassungsorgane beinhaltete, sondern auch die Übernahme von Auszubildenden in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorsah.⁴⁰ Der Entwurf der SPD und FDP enthielt hingegen eine Ergänzung des BetrVG um einen § 78a BetrVG, der sich nur auf Auszubildende, die Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen sind oder waren, erstrecken sollte.⁴¹ Der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung benutzte nachfolgend als grundsätzliche Beratungsgrundlage den Entwurf der FDP- und der SPD-Fraktion unter Einbezug der Vorstellungen des Gruppenantrages der CDU/CSU.⁴² Der Ausschuss beschloss aus systematischen Gründen einstimmig die Ergänzung des BetrVG um einen § 78a BetrVG. Dies war einer Ergänzung des Kündigungsschutzgesetzes vorzuziehen, weil zum einen der Schutz von Mitgliedern von Be-

³⁴ BAG vom 12.02.1975 in AP Nr. 1 zu § 78 BetrVG.

³⁵ Die politische Auseinandersetzung wurde insbesondere von den Jugendorganisationen der Gewerkschaften unter dem Motto „Von den Kollegen gewählt, von den Bossen gefeuert“ geführt; siehe hierzu Hayen, „Angriff auf die Mitbestimmung“ in AiB 2005, S. 7 ff. (11).

³⁶ Siehe zur Entstehungsgeschichte: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 1; Pielsticker, S. 5 ff.

³⁷ Siehe BT-Drucks. VII/1163, S. 1 ff.

³⁸ Vgl.: BT-Drucks. 7/1170; S. 1 ff.

³⁹ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (279); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681.

⁴⁰ Vgl.: BT-Drucks. VII/1163.

⁴¹ Vgl.: BT-Drucks. VII/1170 S. 1 ff.

⁴² Vgl.: BT-Drucks. VII/1334, S. 2.

etriebsverfassungsorganen in Ergänzung des § 78 BetrVG geregelt werden sollte und sich zum anderen der Schutz der Mandatsträger nicht aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis ergeben konnte.

Der Deutsche Bundestag stimmte dem abgeänderten Vorschlag des Ausschusses⁴³ in zweiter und dritter Lesung am 06.12.1973 nach Rücknahme des Gruppenantrages der CDU/CSU mit sehr großer Mehrheit zu.⁴⁴ Das „Gesetz zum Schutze der in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ vom 18.01.1974 wurde anschließend am 22.01.1974 verkündet und trat am 23.01.1974 in Kraft. Eine Parallelvorschrift hat der Gesetzgeber aus den gleichen Beweggründen fast zeitgleich für das Personalvertretungsrecht der Bundesbediensteten in § 9 BPersVG 1974 geschaffen, das fast zeitgleich am 01.04.1974 in Kraft getreten ist.⁴⁵ Der § 9 BPersVG ist darüber hinaus auch für die Personalvertretungsorgane auf Länderebene von Bedeutung, weil die Norm gemäß § 107 Satz 2 BPersVG unmittelbar in den Bundesländern geltendes Bundesrecht ist.⁴⁶

B. Schutzzweck des § 78a BetrVG

Aus der aufgezeigten arbeitsrechtlichen Situation der Auszubildenden im Betrieb zum Zeitpunkt der Beendung ihres Ausbildungsverhältnisses resultiert der Schutzzweck des § 78a BetrVG, weil die Nichtübernahmeverpflichtung bezüglich der in Ausbildung befindlichen Organmitglieder eine nicht hinzunehmende Lücke im arbeitsrechtlichen Bestandsschutz für diese Gruppe dargestellt.⁴⁷

Der § 78a BetrVG soll deshalb nach dem Willen des Gesetzgebers die angenommene Lücke schließen und dem Schutz der in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen⁴⁸ vor der Benachteiligung durch den Arbeitgeber im Rahmen der Übernahme der Auszubildenden nach Ablauf ihrer Ausbildungszeit dienen.⁴⁹ Ferner unterstützt § 78a BetrVG die Sicherung der Kontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe, indem er das Fortbestehen der Beschäftigungsverhältnisse der Mandats-

⁴³ Vgl.: BT-Drucks. VII/1334, S. 5 f.

⁴⁴ Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, Bd. 85, S. 4213.

⁴⁵ Vgl.: Ilbertz/Widmaier, BPersVG, § 9, vor der Vorbemerkung; Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 1. für die Parallelvorschrift des BPersVG.

⁴⁶ Vgl.: Meist/Schmitz, Personalvertretungsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern, C 17 a.

⁴⁷ Vgl.: Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.1; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 1; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Vgl.: Euler/Mückenberger, „Der gesetzliche Schutz von Jugendvertretern – eine Lücke im Gesetz!“ in ZRP 1973, S. 260 ff. (262); Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1329); Becker-Schaffner „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2647).

⁴⁸ Dies sind im Zusammenhang mit § 78a BetrVG die Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Betriebsrat, der Seebetriebsrat und die Bordvertretung.

⁴⁹ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 1; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.2; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 308, Rn. 181.

träger nach Ablauf der Ausbildungszeit gewährleistet.⁵⁰ Den Auszubildenden soll ermöglicht werden, ihre Mandate ohne Furcht vor Nachteilen für ihren beruflichen Werdegang wahrzunehmen,⁵¹ und die Unabhängigkeit ihrer Amtsführung soll abgesichert werden.⁵² Außerdem soll die Bereitschaft zum betriebsverfassungsrechtlichen Engagement bei Jugendvertreter- und Betriebsratswahlen gefördert werden.⁵³ Darüber hinaus stellt die Norm eine Konkretisierung des Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG dar.⁵⁴ Dieses Verbot der Benachteiligung aus vertragsfremden Gründen ist inzwischen zu einem fest etablierten Bestandteil der deutschen Arbeitsrechtsordnung geworden und sichert auch die innerbetriebliche Vertretung von Arbeitnehmerinteressen ab.⁵⁵ Eine Rangfolge der Schutzzwecke lässt sich weder aus dem Wortlaut der Norm, noch aus der Gesetzesbegründung erkennen, so dass sie als gleichwertig anzusehen sind.⁵⁶

C. Anhaltende Diskussion über § 78a BetrVG nach dessen Einführung

In der Folgezeit der Gesetzgebung und aufgrund der betrieblichen Anwendung war § 78a BetrVG immer wieder Gegenstand der Kritik, sei es, weil er nicht verfassungskonform sei, gegen die Privatautonomie verstoße oder er die Rechte anderer Auszubildender einschränke. In jüngster Zeit stand die Frage der Übernahme auszubildender Mitglieder betriebsverfassungsrechtlicher Organe erneut auf dem Prüfstand.⁵⁷ Die Reformbestrebungen decken das gesamte Spektrum der Möglichkeiten von einer völligen Beseitigung der Norm über kleinere Änderungen bis zur Ausweitung des Regelungsbereichs ab. So soll die Übernahmeverpflichtung des § 78a BetrVG z.B. nach dem Willen einer Kommission von BDA und BDI⁵⁸ wieder gänzlich beseitigt werden, um für die Arbeitgeber weitere Ausbildungsanreize zu setzen.

⁵⁰ Vgl.: BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.2; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff. (1463); Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 2; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 241, Rn. 16.

⁵¹ Vgl.: BT-Drucks. 7/1170, S. 1.

⁵² Vgl.: BAG vom 16.08.1995 in AP BetrVG 78a Nr. 25; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (272).

⁵³ So Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (538); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 670.

⁵⁴ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 1; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 1; Boemke „Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht“ in NZA 1993, S. 532 ff. (534); Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (543); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 680.

⁵⁵ Vgl.: Oetker „Die Ausprägung der Grundrechte des Arbeitnehmers in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland“ in RdA 2004, S. 8 ff. (13).

⁵⁶ So im Ergebnis auch das BAG vom 15.11.2006, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 38. Siehe zu der Gesetzesbegründung insgesamt: BT-Drucks. VII/1170, S. 1 ff.

⁵⁷ Vgl.: Hayen, „Angriff auf die Mitbestimmung“ in AiB 2005 S. 7 ff. (10); Göhner/Bräunig, Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA/BDI, S. 50.

⁵⁸ Siehe hierzu Göhner/Bräunig, Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA/BDI, S. 50, der darauf abstellt, dass sich die Übernahme der Auszubildenden sich nach deren Qualität sollte und nicht nach deren Fähigkeit bemessen, Mitglied einer betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung zu werden.

II. Verfassungsmäßigkeit des § 78a BetrVG

Obwohl die Frage, ob § 78a BetrVG gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstößt, seit seiner Einführung immer wieder diskutiert wurde,⁵⁹ ist die Quantität der Ausarbeitungen in der Literatur hierzu gering. Dies steht im deutlichen Gegensatz zur vorliegenden Literatur zum verfassungsrechtlich erforderlichen Mindestkündigungsschutz, zum Sonderkündigungsschutz, dem gebotenen allgemeinen Kündigungsschutz oder dem erforderlichen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch, bei denen zu jedem Thema zahlreiche ausführliche Bearbeitungen vorliegen.⁶⁰ Auch die bisher zur Thematik des § 78a BetrVG vorliegenden Dissertationen befassen sich hiermit nur unzureichend.⁶¹ Bezüglich § 78a BetrVG hat es bisher weder höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegeben.

A. Auswirkung der Grundrechte auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Zu untersuchen ist deshalb, ob sich die Grundrechte auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse auswirken können.

Die Grundrechte sind zwar in erster Linie Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat und binden nach Art. 1 III GG nur Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung, um die grundrechtlich garantierte Sphäre vor staatlichen Eingriffen zu schützen.⁶² Jedoch enthalten die Grundrechte nicht nur Eingriffsverbote für den Staat und Abwehrrechte gegen den Staat, sondern aufgrund ihres Charakters als objektive Grundsatznormen des gesellschaftlichen Zusammenlebens ergeben sich aus den Grundrechten auch Schutzpflichten des Staates für das in ihnen gewährleistete Rechtsgut und die durch sie getroffene Wertentscheidungen.⁶³ Dem jeweiligen Inhaber des Grundrechts erwächst aus dieser grundrechtlichen Gewährleistung ein Recht auf staat-

⁵⁹ So bereits 1974 Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. im Jahr 1991; Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff.; und im Jahr 2005 Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff.

⁶⁰ Siehe zum Mindestkündigungsschutz z.B.: Bengsch, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 1 ff.; für den Sonderkündigungsschutz z.B. v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 1 ff.; Pätzold, Besonderer Kündigungsschutz für Mitglieder des Wirtschaftsausschusses, S. 1 ff.; und zum allgemeinen Kündigungsschutz z.B.: v. Meden, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 1 ff.; Stelljes, Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, S. 1 ff.; zum Weiterbeschäftigungsanspruch z.B.: Seier, Der Allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 1 ff.

⁶¹ Vgl.: Pielsticker, S. 1 ff.; Wiencke, S. 1 ff, die auf die Problematik gar nicht eingehen.

⁶² Vgl.: BVerfG vom 15.01.1958 in BVerfGE 7, S. 198 ff. (204); Hesse in Grundzüge des Verfassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 284; Bengsch, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 52 ff.

⁶³ Vgl.: Richardi in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, § 10, Rn. 1, 13.

liche Maßnahmen, „die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind“.⁶⁴

Dies bedeutet einerseits, dass der Staat Gesetze zum Schutz der Grundrechte auf den arbeitsrechtlichen und arbeitsvertraglichen Bereich erstrecken darf und muss, andererseits bei der Gestaltung dieser Gesetze immer auch dafür Sorge zu tragen hat, dass die Regelungen nicht den grundgesetzlich garantierten Freiheitsraum Dritter im Übermaß einschränken.⁶⁵ Es ist inzwischen aus diesem Grund allgemein anerkannt, dass die Grundrechte auch auf privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnisse ausstrahlen können und in diesen Wirkung erlangen, wenn sie von ihrem sachlichen Regelungsgehalt her anwendbar sind.⁶⁶

Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG wäre somit nur dann verfassungsgemäß, wenn sie grundgesetzlich legitimiert wäre und die Rechte des Arbeitgebers nicht übermäßig beschränken würde.

B. Betrachtung durch die herrschende Literatur

Die h.M. der Literatur⁶⁷ geht meist unkritisch und ohne tiefer gehende Auseinandersetzung davon aus, dass verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 78a BetrVG grundsätzlich nicht bestehen.⁶⁸ Hierbei wird allenfalls in Frage gestellt, ob § 78a BetrVG die Vertragsfreiheit des privatrechtlichen Arbeitgebers unangemessen beeinträchtigt und ob der Gleichheitssatz des Art. 3 GG verletzt wird, weil die geschützten Auszubildenden deutlich besser als andere Auszubildende gestellt werden.⁶⁹ Der § 78a BetrVG verstößt nach der h.M. der Literatur nicht gegen verfassungsrechtliche Grundsätze, weil die Vorschrift die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers nur zum Schutze einer ungehinderten Aus-

⁶⁴ So das BVerfG vom 29.05.1973 in AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. GG Wissenschaftsfreiheit.

⁶⁵ Vgl.: Oetker, „Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, S. 9 ff. (14); Bengsch, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 59 ff.

⁶⁶ Vgl.: So bereits das BAG vom 03.12.1954 in AP Nr. 2 zu § 13 KSchG, in dem es ausführte: „Grundrechte der Verfassung sollen nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren; sie sind vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben“, oder für die Literatur nur: Birk in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, § 20, Rn. 105; Oetker, „Die Ausprägung der Grundrechte des Arbeitnehmers in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland“ in RdA 2004, S. 8 ff. (10 ff.); Zachert, „Ein Mosaik von Arbeitnehmergrundrechten im Grundgesetz“ in BB 1998, S. 1310 ff. (1310).

⁶⁷ Siehe Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 4; Pielsticker, S. 78; Thüsing in Richardi Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3; Fitting, Betriebsverfassungsrecht, § 78a BetrVG, Rn. 2; Werner in Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Überblick; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 10.

⁶⁸ Anders hingegen Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff.; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff, die sich mit der Verfassungsmäßigkeit der Norm recht ausführlich auseinander setzen.

⁶⁹ So Meist/Schmitz, Personalvertretungsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern, C 17 a, die ausführen, dass gerade in den östlichen Bundesländern in Zeiten, in denen Betriebe und Verwaltungen über Bedarf ausbilden und kaum Neueinstellungen von ehemaligen Auszubildenden erfolgen und dies regelmäßig auch nur in einem befristeten Arbeitsverhältnis, unbefristete Arbeitsverhältnisse im Anschluss an die Ausbildung nahezu ausschließlich mit ehemaligen Jugend- und Auszubildendenvertretern abgeschlossen werden.

übung eines betriebsverfassungsrechtlich gewährleisteten Amtes einschränke. Diese Beschränkung der Privatautonomie werde, wie beim besonderen Kündigungsschutz nach §§ 103 BetrVG, 15 KSchG, durch das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes legitimiert. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers trotz der einer Weiterbeschäftigung ggf. entgegenstehenden Umstände werde durch die Unzumutbarkeitsprüfung des § 78a IV BetrVG ausreichend berücksichtigt, so dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 2 I GG hinreichend gewahrt bleibe.⁷⁰

Da sich die Literatur, insbesondere in den einschlägigen Kommentaren, größtenteils nur sehr oberflächlich mit der Vereinbarkeit des § 78a BetrVG mit dem Grundgesetz auseinandersetzt und diese in wenigen Sätzen ohne ausreichende Argumente für gegeben hält,⁷¹ soll an dieser Stelle geprüft werden, ob und inwieweit § 78a BetrVG nicht doch gegen die der Verfassung immanenten Grundsätze verstößt oder zumindest verfassungsrechtliche Bedenken auslösen kann.⁷² Insbesondere steht in Frage, welche Auswirkungen verfassungsrechtliche Bedenken auf die Auslegung der Norm bei der rechtlichen Bewertung insbesondere ihres Schutzbereiches und der Reichweite der „Unzumutbarkeit“ in § 78a IV BetrVG haben können bzw. haben müssen.

C. Verstoß gegen Art. 12 GG wegen der Beschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit

Die gesetzlich normierte Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG könnte entgegen der h.M. der Literatur in unzulässiger Weise in die Ausübung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 GG eingreifen.⁷³ Eine eindeutige Klärung dieser Frage ist umso bedeutsamer, als die Berufsfreiheit eine herausragende Rolle in der durch das Grundgesetz konstituierten deutschen Wirtschaftsverfassung spielt und zusammen mit der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG Garant eines freiheitlichen Wirtschaftssystems und somit Basis unseres Wirtschaftslebens ist.⁷⁴ Sie ist darüber hinaus auch bedeutender Kern der europäischen Wirtschaftsverfassung und somit insgesamt in einen rechtsordnungsübergreifenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zusammenhang eingebettet.

⁷⁰ Vgl. zur herrschenden Meinung z.B.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 4; Pielsticker S. 76; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3.

⁷¹ Vergleich zu den recht kurzen Begründungen z.B.: Thüsing in Richardi Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 10. Die beiden einschlägigen Dissertationen von Wiencke und Pielsticker befassen sich mit der Thematik ebenfalls nur am Rande.

⁷² Zumindest weißt Buchner in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 39, Rn. 51 darauf hin, dass sich die Norm an der Grenze der verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigenden Gestaltung bewegt.

⁷³ Siehe zur Berufsfreiheit im Arbeitsrecht ausführlich z.B.: Riedel, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Arbeitsrecht.

⁷⁴ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 2; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (670);

tet.⁷⁵ Eine Beschränkung oder Einengung der Berufsfreiheit des Art. 12 GG stellt somit einen bedeutsamen Eingriff sowohl in die deutsche als auch in die europäische Wirtschaftsverfassung dar, der nur aufgrund gewichtiger Gesichtspunkte vorgenommen werden darf.

1. Schutzbereich des Art. 12 GG

a. Sachlicher Schutzbereich

aa Positive und negative Berufsfreiheit

Art. 12 I GG schützt die freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte sowie die freie Berufsausübung. Unter dem Begriff des Berufs i.S.d. Art 12 GG ist jede auf Dauer angelegte, wirtschaftlich sinnvolle, erlaubte,⁷⁶ in selbständiger oder unselbständiger Stellung ausgeübte Tätigkeit zu verstehen, die für den Grundrechtsträger Lebensaufgabe ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient; der Berufsbegriff ist dabei grundsätzlich weit auszulegen.⁷⁷ Hierbei lassen sich Wahl und Ausübung des Berufs begrifflich nicht sinnvoll voneinander trennen, so dass ein einheitliches Grundrecht vorliegt und die Freiheit der Auswahl und der Ausübung von erwerbsbezogenen Tätigkeiten in allen denkbaren Formen als Teilhabe am Wettbewerb dem Art. 12 GG unterfällt.⁷⁸

Geschützt wird auch die sogenannte negative Berufsfreiheit, somit die Entscheidung, von einer Erwerbstätigkeit abzusehen oder einen Beruf aufzugeben.⁷⁹ Art. 12 GG dehnt den beruflichen Grundrechtsschutz aber nicht so weit aus, dass ein Recht auf Arbeit für einzelne Personen daraus herzuleiten sei oder einzelnen Personen ein subjektives Recht auf Verschaffung eines Arbeitsplatzes oder auf eine entsprechende dauerhafte Bestandsgarantie des Arbeitsverhältnisses erwachsen würde.⁸⁰

⁷⁵ Vgl.: Badura, Staatsrecht, Rn. C 92; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rn. 1; siehe darüber hinaus ausführlich zur Berufsfreiheit in ausgewählten Rechtsordnungen des europäischen Wirtschaftssystems: Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 25 ff.

⁷⁶ Hinsichtlich des Merkmales „erlaubt“ besteht Streit, wie dieses zu definieren ist, ob es als gesetzlich erlaubt, strafrechtlich nicht verboten oder sogar sozial wertig anzusehen wäre; vgl. hierzu nur Clemens in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 12 GG, Rn. 40 oder Jarass in Jarass/Piero, GG, Art. 12, Rn 7.

⁷⁷ So bereits das BVerfG vom 21.02.1962 in BVerfGE 14, S. 19 ff. (22) ; vgl. auch: Hömig in Hömig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 4; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rn. 26; Clemens in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 12 GG, Rn. 39; Riedel, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Arbeitsrecht, S. 27; Mann in Sachs, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 45.

⁷⁸ So bereits das BVerfG im Beschluß vom 11.6.1958 in BVerfGE 7, S. 377 ff. (400).

⁷⁹ Vgl.: BVerfG vom 21.10.1981 in BVerfGE 58, S. 358 ff. (364); BVerfG vom 21.06.1989 in BVerfGE 80, S. 257 ff. (263); Boemke in „Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung?“ in NJW 1993, S. 2083 ff. (2084).

⁸⁰ So auch das BVerfG in seinem Beschluß vom 24. 4 .1991 BVerfGE 84, S.133 ff. (146); Scholz in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 53.; Badura, Staatsrecht, Rn. C 92; Gubelt in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 12, Rn. 1; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rn. 4.

Zwar kann die bloße arbeitsvertragliche Stellung keinen Beruf darstellen, sondern nur eine bestimmte Form der Berufsausübung charakterisieren, jedoch unterliegt die Ausübung eines Berufs unstreitig dem Schutz des Art. 12 GG.

bb Arbeitsvertragsfreiheit

Es ist allgemein anerkannt, dass in diesem Zusammenhang auch die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit im Rahmen der Privatautonomie⁸¹, die Kern unserer Privatrechtsordnung ist,⁸² unter den Schutzbereich des Art. 12 I GG fallen muss.⁸³

Nicht nur Verträge des täglichen Lebens unterliegen der Vertragsfreiheit, sondern grundsätzlich⁸⁴ auch existentielle Verträge und Dauerschuldverhältnisse, wie es Arbeitsverträge sind.⁸⁵ Dies liegt darin begründet, dass die sogenannte erwerbsbezogene Vertragsfreiheit, d.h. der Abschluss bzw. der Nichtabschluss eines Arbeitsvertrages und dessen Inhalt sowohl für einen Arbeitgeber⁸⁶ als auch für den Arbeitnehmer einen wesentlichen Teil der Berufsausübung oder deren Anbahnung darstellen.⁸⁷

Der Abschluss des Arbeitsvertrages stellt zum einen die bindende Entscheidung über die Einstellung und tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers im Wirkungskreis des Arbeitgebers dar, und zum anderen beeinflusst der Arbeitnehmer durch den Vertragsschluss den Inhalt seiner anschließenden tatsächlichen Berufsausübung. Der Inhalt des Vertrages wirkt sich somit wesentlich auf die Berufsausübung der Parteien aus.⁸⁸

⁸¹ Unter der Privatautonomie ist dabei „das Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“ zu verstehen; Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, S.31.

⁸² Vgl.: Repgen „Antidiskriminierung - die Totenglocke der Privatautonomie“ in Repgen/Lobinger/Hense, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 13 ff. (48); Hillgruber, „Abschied von der Privatautonomie“ in ZRP 1995, S. 6 ff. (7).

⁸³ Vgl. BVerfG vom 07.02.1990 in BVerfGE 81, S. 242 ff. (254 f.); Boemke/Föhr, Arbeitsformen der Zukunft, S. 20; Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn. 65, 67; Preis „Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes in NZA 1997, S. 1256 ff. (1257); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (669); Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 288; Bryde „Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit“ in NJW 1984, S. 2177 ff. (2183).

⁸⁴ Siehe zu den Einschränkungen, insbesondere durch das AGG: Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG, Einleitung, Rn. 73, Schwab, „Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland“ in DNotZ 2006, S. 649 ff.; Repgen „Antidiskriminierung - die Totenglocke der Privatautonomie“ in Repgen/Lobinger/Hense, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 13 ff.; Versteyl, Die Obergrenze arbeitsrechtlicher Schutzes, S 1 ff, 27 ff.; Lobinger, „Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbot“ in Repgen/Lobinger/Hense, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 99 ff.; v. Meden, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.39 ff, 134 ff.; Picker, „Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?“ in JZ 2003, S. 540 ff. (543).

⁸⁵ Vgl.: Boemke „Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht“ in NZA 1993, S. 532 ff. (534); Oetker, „Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, S. 9 ff. (11); Urban, Das Kündigungsrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, S. 44 ff.

⁸⁶ Speziell zur Berufsfreiheit des Arbeitgebers siehe: Müller, Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers, insbesondere S. 30 ff.

⁸⁷ Ähnlich.: Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb - Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Rn. 907 ff.; Boemke „Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht“ in NZA 1993, S. 532 ff. (534); Pietzcker, „Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit“, in NVwZ 1984, S. 550 ff. (555); Dieterich „Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat“ in AuR 2007, S. 65 ff. (66) Oetker, „Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, S. 9 ff. (10).

⁸⁸ Vgl.: Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 288.

cc Negative Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers

Da auch die negative Berufsfreiheit, mithin die Entscheidung, von einer Erwerbstätigkeit abzusehen oder den Beruf aufzugeben, durch Art 12 GG geschützt wird,⁸⁹ unterfällt die negative erwerbsbezogene Vertragsfreiheit ebenfalls einem grundgesetzlichem Schutz. Aus diesem Grund wird die vertragliche Abschlussfreiheit des Arbeitgebers, die Freiheit der Entscheidung, ob und mit wem er Arbeitsverträge abschließen oder diese kündigen möchte, als das Kernstück der Berufsfreiheit des Arbeitgebers angesehen,⁹⁰ weil es dem Arbeitgeber insbesondere obliegt, sowohl über die Planung der Betriebsmittel als auch die Beschaffung des Personals frei zu entscheiden.⁹¹ Zwar dürfen Gesetzgebung und Rechtsprechung die bedeutsamen Schutzbedürfnisse im Berufsleben nicht ignorieren, und der Bestand eines Arbeitsverhältnisses darf nicht gänzlich ungeschützt bleiben, aber jeder Bestandsschutz eines Arbeitsverhältnisses tangiert im Ergebnis die Berufsfreiheit des Vertragspartners. Jedoch ist dies keine Frage des Schutzbereiches der Berufsfreiheit, sondern vielmehr eine Frage der Möglichkeit der Einschränkung des prinzipiell eröffneten Schutzbereichs des Grundrechts der beruflichen Vertragsfreiheit.⁹²

dd Ergebnis

Das Recht zum Abschluss – aber auch zum Nichtabschluss – oder der Kündigung von Arbeitsverträgen unterfällt somit dem Schutzbereich des Art. 12 GG.⁹³

b. Persönlicher Schutzbereich - Grundrechtsträger

Grundrechtsträger der Berufsfreiheit sind alle Deutschen, d.h. grundsätzlich natürliche Personen i.S.d. Art. 116 GG.⁹⁴ Vereinfacht wird häufig davon gesprochen, dass die Arbeitgeber und Arbeitnehmer Grundrechtsträger der Berufsfreiheit seien.⁹⁵

Der Art. 12 I GG erstreckt seinen Schutzbereich insgesamt und somit auch bezüglich der erwerbsbezogenen Vertragsfreiheit neben natürlichen Personen auch auf juristische Personen und Personenvereinigungen des Privatrechts gleich welcher Größe, weil der

⁸⁹ Vgl. BVerfG vom 21.10.1981 in BVerfGE 58, S. 358 ff. (364), BVerfG vom 21.06.1989 in BVerfGE 80, S. 257 ff. (263); Boemke in „Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung?“ in NJW 1993, S. 2083 ff. (2084).

⁹⁰ Vgl.: Hillgruber, „Abschied von der Privatautonomie“ in ZRP 1995, S. 6 ff. (7); Oetker, „Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, S. 9 ff. (10); Boemke in „Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung?“ in NJW 1993, S. 2083 ff. (2084).

⁹¹ So auch BVerfGE vom 01.03.1979 in AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG.

⁹² Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 31.

⁹³ Vgl.: Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S.667 ff. (670).

⁹⁴ Vgl.: Jarass in Jarass/Piero, GG, Art. 12, Rn 10; Hömig in Hömig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 2; Gubelt in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 12, Rn. 5; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rn. 6.

⁹⁵ Vgl.: BVerfG vom 01.03.1979 in BVerfGE 50, S. 290 ff. (365); BVerfG vom 26.05.1981 in BVerfGE 57, S. 139 ff. (158).

Artikel „seinem Wesen nach“ i.S.d. Art 19 III GG auch auf diese anwendbar ist.⁹⁶ Dies ist darin begründet, dass der Begriff des Berufs nicht eng im Sinne einer persönlichen Berufung zu verstehen ist, sondern sich auf jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit erstreckt, die von juristischen Personen des Privatrechts ebenso wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.⁹⁷ Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich grundsätzlich nicht auf Art. 12 GG berufen; jedoch kommt es auf die konkret ausgeübte Tätigkeit an. Handelt es sich um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, wie z.B. Aufsicht und Prüfung von nachgeordneten Stellen, sind sie nicht grundrechtsberechtigt. Enthält die Tätigkeit hingegen überwiegend Elemente privater Interessenvertretung, können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts Träger des Art. 12. GG sein.⁹⁸ Soweit also § 78a BetrVG auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts Anwendung findet, ist die Wertung, ob Art. 12 GG für sie gilt, davon abhängig, ob sie überwiegend privatwirtschaftlich auftreten oder wie Behörden öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die von § 78a BetrVG betroffenen Arbeitgeber unterliegen somit dem Schutz des Art. 12 GG.⁹⁹

c. Ergebnis

Das Recht zum Abschluss oder zum Nichtabschluss von Arbeitsverträgen unterfällt sowohl für natürliche Personen als auch für juristische Personen des Privatrechts prinzipiell dem Schutzbereich des Art. 12 GG. Dieses Recht beinhaltet auch das grundsätzliche Interesse der Arbeitgeber, dass ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer nicht eingegangen werden muss.

2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG

Die in § 78a BetrVG normierte Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung der sich in Ausbildung befindenden Mandatsträger, auch gegen den Willen des Arbeitgebers, könnte einen Eingriff in die negative Arbeitsvertragsfreiheit des Art. 12 GG darstellen. Wie alle Freiheitsgrundrechte ist auch Art. 12 I GG seiner Grundfunktion nach ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen jeglicher Art.¹⁰⁰

⁹⁶ Vgl.: BVerfG vom 01.03.1979 in BVerfGE 50, S. 290 ff. (363); Mann in Sachs, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 37; Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12, Rn 266; Bryde in „Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit“ in NJW 1984, S. 2177 ff. (2181); Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 10.

⁹⁷ Vgl.: BVerfG vom 01.03.1979 in BVerfGE 50, S. 290 ff. (S. 363); Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 13; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rn. 6; Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 6.

⁹⁸ Vgl.: BVerfG vom 31.10.1984 in BVerfGE 68, S 193 ff. (211 ff.); Mann in Sachs, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 40; a.A. Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rn. 8.

⁹⁹ So auch Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, S.31.

¹⁰⁰ Vgl.: Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn. 71.

Ein Eingriff in ein Grundrecht ist immer dann gegeben, wenn staatliches Handeln vorliegt, das dem einzelnen Grundrechtsträger ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.¹⁰¹ Solche Eingriffe können grundsätzlich sowohl in der Form eines Rechtsaktes, mithin als imperative Eingriffe, als auch in Gestalt von Realakten, also als faktische Eingriffe, vorliegen.¹⁰² Im Zentrum imperativer Eingriffe in die Berufsfreiheit stehen Eingriffe durch normative Regelungen, d.h. berufsbezogene gesetzliche Regelungen, die verbindliche Vorgaben für das Ob und Wie beruflicher Tätigkeit enthalten.¹⁰³

Gerade die zwingenden Vorschriften und Grundsätze des Arbeitsrechts haben regelmäßig zumindest auch eine berufsregelnde Tendenz und beschränken somit unmittelbar die Freiheit der Berufsausübung – zumeist die Unternehmerfreiheit der Arbeitgeber – im größeren Maße.¹⁰⁴ Jede gesetzliche Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit stellt dabei einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, und zwar sowohl zu Lasten des Arbeitnehmers als auch zu Lasten des Arbeitgebers.¹⁰⁵

In vielen Fällen werden die Arbeitgeber durch Gesetze darin beschränkt, von ihnen bevorzugte Vertragsgestaltungen für Arbeitsverträge zu nutzen, betriebliche Organisationsstrukturen zu wählen oder ihre Unternehmen mit anderen Verfahren so zu steuern, wie sie es für richtig halten, indem sie Verfahrensvorschriften, Vorgaben für das Auswahlermessen oder Abschlussverboten und Übernahmepflichten ausgesetzt sind.¹⁰⁶ Exempel für solche Eingriffe in die Berufsfreiheit der Unternehmer sind z.B. Kündigungsschutzrechtliche Normen zugunsten der Arbeitnehmer wie §§ 622 BGB, 9 MuSchG, 1, 15 KSchG oder 18 BEEG,¹⁰⁷ die Pflicht zur Zahlung von Mindestlöhnen z.B. gemäß §§ 1 III a, 1 a AEntG oder § 9 Nr. 2 AÜG,¹⁰⁸ Übernahmeverpflichtungen zugunsten von Arbeitnehmern laut § 10 AÜG und § 613a BGB oder die betriebliche und unternehmerische Mitbestimmung¹⁰⁹. Durch die Normen wird in die Personalplanung, vor allem die Beschäftigungsentscheidung des Arbeitgebers eingegriffen, weil er nicht autonom bestimmen kann, welche Einstellungs- bzw. Freisetzungentscheidung er tref-

¹⁰¹ Vgl.: Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 240.

¹⁰² Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 17 ff.

¹⁰³ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 11; Mann in Sachs, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 93.

¹⁰⁴ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 19; Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn. 73 ff.; v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 371 ff.

¹⁰⁵ Vgl.: So auch Dieterich „Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat“ in AuR 2007, S. 65 ff. (66).

¹⁰⁶ Vgl.: Dietrich in ErfK, Art. 12 GG, Rn. 20; Mann in Sachs, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 101.

¹⁰⁷ Vgl. im Allgemeinen: Preis, „Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes“ in NZA 1997, S. 1256 ff. (1257); v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 372; zum Mutterschutz: BVerfG vom 13.11.1979 AP Nr. 7 zu § 9 MuSchG 1968.

¹⁰⁸ Vgl.: BVerfG vom 18.07.2000 in AP AEntG § 1 Nr. 4.

¹⁰⁹ Vgl.: BVerfG vom 01.03.1979 in BVerfGE 50, S. 290 ff.

fen möchte.¹¹⁰ Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG zu Lasten des Arbeitgebers, weil sie ihm ein Arbeitsverhältnis ohne sein Zutun auferlegt, welches er unter Umständen gar nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt oder nicht in der konkreten Form eingehen möchte.¹¹¹

Eine Beschränkung seiner berufsbezogenen Vertragsfreiheit und folglich ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG aufgrund einer gesetzlichen Norm liegen somit im Ergebnis vor.

3. Gesetzgeberische Schranken i.S.d. Art. 12 I 2 GG

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit führt jedoch nicht automatisch dazu, dass dieser Eingriff gegen das Grundgesetz verstößt, weil die Rechtsordnung der Vertragsfreiheit Beschränkungen auferlegen darf.¹¹² Das Grundgesetz sieht nicht ein bestimmtes Arbeitsrechts- und Wirtschaftsrechtssystem oder nur bestimmte diesbezügliche rechtliche Normen vor, sondern erlaubt in diesen Bereichen verschiedene systemrechtliche Ausprägungen. Die letztendliche sozialpolitische Verantwortung für die Ausgestaltung des zu setzenden Regelungssystems tragen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber und bzgl. der Auslegung der Normen die die Gesetze konkretisierende arbeitsrechtliche Judikative. Das Grundgesetz bestimmt als Rahmen lediglich den gebotenen Mindestschutz in Form des Untermaßverbots und das Übermaßverbot als die maximal zulässige Freiheitsbeschränkung; zwischen diesen Polen ist jede Gesetzgebung statthaft.¹¹³ Dies zeigt sich bereits daran, dass das Grundgesetz selbst die Berufsfreiheit beschränkt und z.B. Art. 48 GG Schutzvorschriften zugunsten der parlamentarischen Abgeordneten enthält, die auch private Arbeitgeber binden. Außerdem enthält Art. 140 i.V.m. Art. 139 WRV einen Schutz der Sonntage und anderer staatlich anerkannter Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und schränkt damit die Berufsfreiheit beider Arbeitsvertragsparteien ein. Für den öffentlichen Dienst eröffnet z.B. Art. 33 II GG die Möglichkeit zu Sonderregelungen und bildet damit eine zusätzliche Schranke der Berufsfreiheit.¹¹⁴

Die erwerbsbezogene Vertragsfreiheit innerhalb der Berufsfreiheit des Arbeitgebers unterliegt als Teil des Grundrechts darüber hinaus dem Schrankenvorbehalt des Art. 12 I 2 GG. Beschränkungen dieser Vertragsfreiheit dürfen deshalb dann erfolgen, wenn sie dem verfassungsrechtlich normierten Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG gerecht

¹¹⁰ Einen guten Überblick über die Personalplanung gibt Ridder, Personalwirtschaftslehre, S. 105 ff.; zur ökonomische Betrachtung der Beschäftigungsentscheidung von Unternehmen siehe: Albach, Die Beschäftigungsentscheidung der Unternehmungen, S. 12 ff.

¹¹¹ Vgl: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 30; Otto, Personelle Freiheit und soziale Bindung, S. 24.

¹¹² Vgl: Boemke/Föhr, Arbeitsformen der Zukunft, S. 20; Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 23 ff.

¹¹³ So auch Dieterich „Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat“ in AuR 2007, S. 65 ff. (65 ff.).

¹¹⁴ Vgl.: Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 11 ff.

werden.¹¹⁵ Zwar bezieht sich der Regelungsvorbehalt im Wortlaut des Art. 12 I 2 GG eigentlich nur auf die Berufsausübung; jedoch erstreckt sich der Vorbehalt entsprechend der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Lehre darüber hinaus auch auf die Freiheit der Berufswahl und der Arbeitsplatzwahl, weil die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht zu verstehen ist.¹¹⁶

a. Vorliegen einer Gesetzesschranke

Die Berufsfreiheit kann folglich nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Die Einschränkung bedarf der Grundlage eines formellen Gesetzes, so dass Verwaltungsvorschriften, Standesrichtlinien oder untergesetzliche Normen, soweit diese nicht ausreichend formell-gesetzlich legitimiert sind, als Schranke nicht genügen.¹¹⁷ Der Gesetzesvorbehalt setzt ferner voraus, dass das Gesetz in formell verfassungsgemäßer Form erlassen worden ist.¹¹⁸ Bei § 78a BetrVG handelt es sich unzweifelhaft um eine Gesetzesnorm, die Teil eines formellen Gesetzes ist und auch in einem formal nicht zu beanstandenden Gesetzgebungsverfahren innerhalb der Regelungskompetenz des erlassenden Normgebers zu Stande gekommen ist. Der Bundesgesetzgeber ist gemäß Art. 74 I Nr. 12 GG im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung für das Arbeitsrecht im Allgemeinen und für die Betriebsverfassung im Besonderen zuständig.¹¹⁹

Der § 78a BetrVG könnte somit eine Schranke für die Berufsfreiheit der Arbeitgeber darstellen. Es stellt sich daher die Frage, mit welcher Intensität der Staat durch diese Schranke in die Berufsfreiheit eingreifen darf.

b. Grenzen der Schranken des Art. 12 I 2 GG

Wird durch ein Gesetz in die aus Art. 12 I GG gewährten Grundfreiheiten eingegriffen, so muss dies auch den weiteren verfassungsrechtlichen Grundlagen, den sogenannten Schranken-Schranken, genügen und somit zum einen nicht mit unbegrenzter Intensität erfolgen und zum anderen die Interessen der Betroffenen ausgewogen berücksichtigen und zum Ausgleich bringen.¹²⁰ Dies bedeutet, dass bei der Setzung einer solchen Schranke wie der des § 78a BetrVG stets zu berücksichtigen ist, dass die durch Art. 12

¹¹⁵ Vgl: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 23; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 20; Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn 97 ff.

¹¹⁶ Vgl.: BVerfG vom 11.06.1958 in BVerfGE 7, S. 377 ff. (401 ff.); Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 19; Hömig in Hömig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 9; v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 374.

¹¹⁷ Vgl.: BVerfG vom 14.7.1987 in BVerfGE 76, S. 171ff.; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 11; Hömig in Hömig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 10; Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn 97 ff.

¹¹⁸ Vgl.: Hömig in Hömig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 11; Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12, Rn 107; Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1527).

¹¹⁹ Vgl.: Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, Art. 74, Rn 28 ff.; Schnapuff in Hömig, Grundgesetz, Art. 74, Rn. 11.

¹²⁰ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 22.

GG geschützte berufsbezogene Privatautonomie eines der wesentlichen Elemente unserer freiheitlichen Grundordnung darstellt und die Schranke somit – entsprechend dem Prinzip der Wechselwirkung – die elementare Bedeutung dieses Grundrechts ausreichend beachten und berücksichtigen muss.¹²¹

Die berufsbezogene Privatautonomie soll den einzelnen Vertragspartnern eine eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen innerhalb der Berufstätigkeit ermöglichen. Deshalb hat der Staat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren und den Vertragsparteien keine festgesetzten Arbeitsbedingungen aufzuzwingen. Dies gilt nicht nur positiv für den Abschluss von Verträgen, sondern wie dargestellt, auch umgekehrt im negativen Sinn für den Nichtabschluss oder die Beendigung eines Vertrags.¹²²

Jede Begrenzung der erwerbsbezogenen Vertragsfreiheit in privatrechtlichen Beziehungen zum Schutz des einen Teils greift gleichzeitig in die Freiheit des anderen Teils ein. Dies führt dazu, dass der Gesetzgeber bei der Begrenzung der Vertragsfreiheit auch eine weite Gestaltungsfreiheit haben muss, weil er i.S.d. praktischen Konkordanz konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen muss.¹²³ Diesbezüglich gilt vor allem, dass der Gesetzgeber der Pflicht zum Grundrechtsschutz nicht ausreichend nachgekommen ist, wenn eine Gesetzesbestimmung den gebotenen Schutz des Grundgesetzes nicht ausreichend realisiert oder eine konkurrierende Grundrechtsposition unverhältnismäßig begünstigt.¹²⁴

Jedoch darf auch der Bestand des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht gänzlich ungeschützt bleiben, obwohl ein solcher Bestandsschutz die Berufsfreiheit des Arbeitgebers tangiert und unter Umständen auch für andere Arbeitsplatzbewerber als Zugangshindernis wirken kann.¹²⁵ Gerade aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes ergeben sich in diesem Zusammenhang Schranken für die Vertragsfreiheit,¹²⁶ weil diese nur dann gewährleistet ist, wenn die Bedingungen freier Selbstbestimmung der Parteien tatsächlich gegeben sind. Sollte eine der Parteien ein auffallendes Übergewicht haben, durch das sie die vertraglichen Regelungen faktisch einseitig bestimmen kann, hat dies

¹²¹ Vgl.: BVerfG vom 11.06.1958 in BVerfGE 7, S. 377 ff. (403); Wieland in Dreier, GG, Art. 12, Rn. 107 ff.

¹²² So auch: Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 288; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S.667 ff. (670); Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb - Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Rn. 928.

¹²³ Vgl.: Richardi in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 10, Rn. 13.

¹²⁴ Vgl.: Richardi in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 10, Rn. 14; Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn. 107.

¹²⁵ Vgl.: BVerfG vom 24.04.1991 in BVerfGE 84, S. 133 ff. (147); Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn. 21; Hanau, „Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz“ in FS Dieterich S. 201 ff. (201); Oetker, „Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, S. 9 ff. (20 ff.).

¹²⁶ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3.

zur Folge, dass insofern von einer Vertragsfreiheit nicht mehr die Rede sein kann.¹²⁷ Das Sozialstaatsprinzip ist zwar nicht unmittelbar geeignet, Grundrechte ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber zu beschränken, weil es nur die Pflicht des Staates begründet, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.¹²⁸ Eine gesetzliche Regel ist nach diesen Grundsätzen aber nur dann geboten, wenn tatsächlich ein nicht hinzunehmendes Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien besteht, die eine Seite also dem Diktat der anderen beim Abschluss oder der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages ausgesetzt wäre.¹²⁹

Ein dabei eventuell bestehendes Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Grundrechtspositionen muss im Rahmen der praktischen Konkordanz so zum Ausgleich gebracht werden, dass von den jeweiligen Grundrechtspositionen der größtmögliche Bereich erhalten bleibt.¹³⁰ Zwar kann eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers dann vorliegen, wenn das soziale Übergewicht des Arbeitgebers bei Abschluss einer Arbeitsvertrages oder der vertragsrechtlichen Regelung von Arbeitsbedingungen unkontrolliert zur Durchsetzung einseitiger Interessenwahrnehmung genutzt wird.¹³¹ Bei der Anbahnung und während des Verlaufs von Arbeitsverhältnissen kann dies jedoch in Deutschland nicht grundsätzlich angenommen werden. Das zeigt sich neben der derzeit immer wieder beschriebenen Jagd der Arbeitgeber nach „High Potentials“ und Leistungsträgern eines jeden Abschlussjahrgangs der Universitäten auch in der Diskussion über den Mangel an Facharbeitern.¹³² Gerade zu diesen Facharbeitern gehören aber die Mandatsträger, die nach Beendigung ihrer Ausbildung in das Berufsleben eintreten. Außerdem bezieht sich § 78a BetrVG nicht auf die Verhandlungen zum Abschluss eines Arbeitsvertrages und dessen inhaltlicher Ausgestaltung, bei denen eine Vertragsseite der anderen unterlegen sein könnte. Vielmehr hat § 78a BetrVG als Rechtsfolge, dass überhaupt ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes zustande kommt¹³³ und somit die Begründung des „Ob“ und nicht des „Wie“ eines Arbeitsverhältnisses. Folglich stellt sich die Rechtsfolge des § 78a BetrVG als deutlich schwerwiegenderen Eingriff in die berufliche Vertragsfreiheit des Arbeitgebers dar, weil nicht nur ein von

¹²⁷ Vgl.: Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S.667 ff. (670); Zachert, „Ein Mosaik von Arbeitnehmergrundrechten im Grundgesetz“ in BB 1998, S. 1310 ff. (1310).

¹²⁸ Vgl.: BVerfG vom 13. 1. 1982 in AP Nr. 1 zu Art. 5 GG Rundfunkfreiheit.

¹²⁹ Vgl.: Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (670); siehe auch Neuner, „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht“ in JZ 2003, S. 57 ff. (59 ff.).

¹³⁰ Vgl.: BVerfG vom 19.10.1993 in BVerfGE 89, S. 214 ff. (232).

¹³¹ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn. 21; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 18a, 56; Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn. 154.

¹³² Vgl.: Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S.667 ff. (670); Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Mittelstandsreport 2009, S. 16.

¹³³ Siehe zu der dogmatischen Rechtsfolge des § 78a BetrVG ausführlich unten unter Teil A, V, A, 4.

beiden Seiten beschlossenes Arbeitsverhältnis in einzelnen Punkten inhaltlich modifiziert wird oder einzelne Schutzpflichten zugunsten des Arbeitnehmers Geltung erlangen.¹³⁴

Insbesondere ist deshalb zu hinterfragen, ob die Regelung des § 78a BetrVG zur Erreichung der damit angestrebten Ziele geeignet und erforderlich ist und ob diese Ziele einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation standhalten.

aa Verhältnismäßigkeit der Regelung des § 78a BetrVG

Die materielle Grenze der Einschränkung der Berufsfreiheit wird durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit markiert, der auf den legitimen Zweck, die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Norm abstellt. Je intensiver die Berufsfreiheit eingeschränkt wird, desto schwerer müssen die Gründe dafür wiegen.¹³⁵

Um die Eingriffsintensität der Berufsfreiheitsbeschränkung messen zu können, bedient man sich der sogenannten Stufenlehre. Danach ist der Gesetzgeber am freiesten bei Regelungen der Berufsausübung, bei der „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ einen Eingriff rechtfertigen. Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl, bei denen zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden ist, bedürfen einer gesteigerten Rechtfertigung bis hin zu einer „Nachweisbarkeit oder Höchstwahrscheinlichkeit schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“.¹³⁶

bb Legitimität der Ziele und Zwecke des § 78a BetrVG

Wie dargestellt, ist es nach der Gesetzesbegründung¹³⁷ wesentliches Ziel und Zweck des § 78a BetrVG, für die ihm unterfallenden Organmitglieder die Unabhängigkeit und Verantwortung in der Amtsführung zu gewährleisten sowie die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Organs und dessen kontinuierliche Arbeit auch über die Zeit der Ausbildung hinaus sicherzustellen. Darüber hinaus soll durch den besonderen Schutz auch das Engagement der Auszubildenden in Betriebsverfassungsorganen gefördert werden. Bei diesen Zielen müsste es sich jeweils um legitime Zwecke handeln, so dass auch zwischen den einzelnen Zielen unterschieden werden muss.

¹³⁴ Vgl.: Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S.667 ff. (670).

¹³⁵ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 26; v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 383; Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1527).

¹³⁶ So bereits das BVerfG vom 11. 6. 1958 in BVerfGE 7, S. 377 ff. (405 ff.); siehe zur Stufenlehre ausführlich: Wieland in Dreier, GG, Art. 12 Rn. 107 ff.; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 24; Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 125.

¹³⁷ Siehe zur Gesetzesbegründung: BT-Drucks. VII/1170, S. 1 ff.

(a) Legitimität der Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der Organe

Die genannten Ziele des § 78a BetrVG der Gewährleistung der Unabhängigkeit und Verantwortung in der Amtsführung sowie der Funktionsfähigkeit und Kontinuität des jeweiligen Organs sind unabdingbar dafür, dass die betriebsverfassungsrechtlich geschützten Organe die ihnen durch die Betriebsverfassung zugestandenden Rechte und Pflichten überhaupt wahrnehmen können.¹³⁸ Die genannten Ziele sind somit berechtigte Anliegen der Legislative und nicht zu beanstanden. Sie stellen also legitime Ziele und Zwecke des § 78a BetrVG dar.

(b) Legitimität der Motivation einzelner Organmitglieder

Weiterhin müsste auch das Ziel der Motivationssteigerung der Auszubildenden an betriebsverfassungsrechtlicher Arbeit legitim sein.

Betrachtet man das Ziel der Motivation der Organmitglieder nicht nur abgetrennt vor dem Hintergrund des § 78a BetrVG, sondern im Gesamtkontext des BetrVG und hier insbesondere auch im Zusammenspiel der Vorschriften über die Mitgliedschaft in betriebsverfassungsrechtlichen Organen, wird deutlich, dass dieses Ziel in eindeutigem Widerspruch zu wichtigen betriebsverfassungsrechtlichen Prinzipien steht. Fundamentales Prinzip des BetrVG ist der in § 78 S. 2 BetrVG festgelegte Grundsatz, dass Betriebsratsmitgliedern durch diese Mitgliedschaft in Organen weder Vor- noch Nachteile entstehen sollen.¹³⁹ Eine Besserstellung liegt hierbei dann vor, wenn der Amtsträger im Vergleich zu anderen vergleichbaren Arbeitnehmern aufgrund der Amtstätigkeit eine andere und bessere Behandlung erfährt.

Es steht außer Frage, dass der Anspruch auf Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers eine solche Besserstellung darstellt, weil ein solcher Weiterbeschäftigungsanspruch anderen Auszubildenden, mit einigen tarifvertraglichen Ausnahmen,¹⁴⁰ nicht zusteht.¹⁴¹

¹³⁸ Da dies von keiner Seite bestritten wird, kann eine vertiefte Auseinandersetzung dazu unterbleiben. Vgl. hierzu ausführlich Müller: „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1528 ff.), im Ergebnis ohne ausführliche Begründungen auch: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 10; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 4.

¹³⁹ Siehe zum Verbot der Begünstigung und Benachteiligung im Allgemeinen: Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78, Rn. 10 ff.; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 6 ff.; Schweibert/Buse in „Rechtliche Grenzen der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern - Schattenbosse zwischen „Macht und Ohnmacht““ in NZA 2007, S. 1080 ff.; Fischer in „Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post Hartzem“ - antiquiert oder Systemerfordernis?“ in NZA 2007, S. 484 ff.

¹⁴⁰ Vgl.: Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S. 1329 ff. (1329); Bauer/ Diller, „Beschäftigungssicherung in der Metallindustrie“ in NZA 1994, S. 353 ff. (355); Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Auszubildende IV 2.

¹⁴¹ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671), a.A. Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78, Rn. 17, nach dem vom Gesetz gewollte Besserstellungen wie sie z.B. aus § 76 a oder 78a BetrVG erwachsen, von § 78 BetrVG nicht erfasst seien.

Der § 78 BetrVG würde somit durch die Rechtsfolge des § 78a BetrVG ausgehebelt werden. Eine Motivationssteigerung für Auszubildende kann aus diesem Grund kein legitimes Ziel des § 78a BetrVG sein.¹⁴²

(c) Legitimität privater Interessen der Organmitglieder

Es ist nicht Ziel und Zweck des § 78a BetrVG, die individuellen Interessen der Auszubildenden an einer Beschäftigung über die vertraglich vereinbarte Ausbildungszeit hinaus zu schützen. Ein solches rein privates Interesse der Auszubildenden an einer Weiterbeschäftigung könnte auch bereits aufgrund des § 78 BetrVG nicht legitimes Ziel der Norm sein.¹⁴³

(d) Ergebnis

Legitime Ziele und Zwecke des § 78a BetrVG können somit nur die Sicherstellung der Unabhängigkeit und Verantwortung in der Amtsführung sowie die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des jeweiligen Organs und dessen kontinuierliche Arbeit auch über die Zeit der Ausbildung hinaus sein.

cc Geeignetheit und Erforderlichkeit der Norm

Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG muss geeignet und erforderlich sein, die genannten Ziele und Zwecke der Norm zu verwirklichen, wobei zwischen den verschiedenen Zielen und Zwecken zu unterscheiden ist. Ein Mittel ist immer dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert und das gebotene Schutzbedürfnis erreicht werden kann. Eine Maßnahme ist somit dann nicht geeignet, wenn sie nicht ausreicht, den Schutzzweck zu erreichen.¹⁴⁴ Das gewählte Mittel zur Zweckerreichung ist dann erforderlich, wenn der Zweck nicht durch ein anderes, für den beeinträchtigten Grundrechtsträger milderer Mittel ebenfalls erreicht werden könnte.¹⁴⁵ Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die gewählte Maßnahme der Übernahmepflicht geeignet und erforderlich ist, um den Zweck zu verwirklichen.

¹⁴² Vgl.: „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1530); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671),

¹⁴³ So bereits: Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1527).

¹⁴⁴ Vgl.: BVerfG vom 16.03.1971 in BVerfGE 30, S. 292 ff. (316) oder BVerfG vom 12.12.2006 in BVerfGE 117, S. 163 (182); Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn 33; Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 131; Brüning, „Voraussetzungen und Schutz eines grundrechtlichen Schutzanspruchs“ in JuS 2000, S. 955 ff. (957).

¹⁴⁵ Vgl.: BVerfG vom 16.03.1971 in BVerfGE 30, S. 292 ff. (316) oder BVerfG vom 12.03.1985 in BVerfGE 69, S. 209 (218); Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12, Rn 136; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 34; Brüning, „Voraussetzungen und Schutz eines grundrechtlichen Schutzanspruchs“ in JuS 2000, S. 955 ff. (957).

(a) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Ziele hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Organe

Erklärtes und legitimes Ziel des § 78a BetrVG ist es, die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Organs und dessen kontinuierliche Arbeit auch über die Zeit der Ausbildung des Mandatsträgers hinaus sicherzustellen. Dieses Ziel müsste durch § 78a BetrVG auf die mildeste Art und Weise erreicht werden.

Die Rechtsfolge des § 78a BetrVG ist jedoch nicht daran gekoppelt, dass der Auszubildende nach seiner Übernahme Mitglied des Organs bleibt, für das er gewählt wurde. Es besteht somit die Möglichkeit, dass er entweder freiwillig aus dem Organ ausscheidet – zum Ende oder während der Amtsperiode – oder bei der nächsten Wahl nicht wieder gewählt wird, ohne dass das Ende seiner Mitgliedschaft in dem betriebsverfassungsrechtlichen Organ das Beschäftigungsverhältnis ebenfalls auflösen würde. Der Schutz des § 78a BetrVG geht damit deutlich weiter als der Kündigungsschutz der Betriebsräte aus § 15 KSchG, der nur während der Amtszeit bzw. für einen Zeitraum von bis zu einem Jahr nach Beendigung der Tätigkeit gilt. Die Rechtsfolge des § 78a BetrVG orientiert sich also nicht dem Schutzzweck entsprechend primär an der effektiven Arbeitsfähigkeit des entsprechenden Organs, sondern stellt nur auf den Schutz des individuellen Arbeitnehmers ab, dem möglicherweise ein über seine Organmitgliedschaft hinausgehendes Arbeitsverhältnis zugesprochen wird.¹⁴⁶ Sein Ausscheiden aus dem Organ ist zu jeder Zeit möglich, was eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Kontinuität zur Folge hätte. Eine fortdauernde Funktionsfähigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe wird somit durch § 78a BetrVG nicht gewährleistet, so dass die Norm und deren Rechtsfolge im Ergebnis nicht als geeignet angesehen werden können, ihre eigentlichen Ziele dauerhaft zu fördern, weil es der Mandatsträger in der Hand hat, wie lange er dem Organ treu bleibt.

Des Weiteren fehlt es der Rechtsfolge des § 78a BetrVG bezogen auf die Funktionsfähigkeit und Kontinuität, auch an der Erforderlichkeit, denn als milderer Mittel wäre es ausreichend, die Weiterbeschäftigung an die Mitgliedschaft im Organ zu koppeln, so dass das Beschäftigungsverhältnis mit dem Ausscheiden aus dem Organ ebenfalls sein Ende gefunden hätte. Hierdurch wäre der Arbeitgeber nur für einen befristeten Zeitraum

¹⁴⁶ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671); Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1528).

durch die Weiterbeschäftigung belastet worden, nicht aber für eine unbefristete Dauer.¹⁴⁷

Die Norm ist somit weder geeignet noch erforderlich, um die Funktionalität und Kontinuität der entsprechenden Organe bzw. deren betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit dauerhaft zu sichern.

(b) Geeignetheit und Erforderlichkeit der unabhängigen und verantwortungsvollen Amtsführung

Der § 78a BetrVG hat des Weiteren das Ziel, eine unabhängige Amtsführung der Organmitglieder zu gewährleisten, um so die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebsparteien i.S.d. § 2 BetrVG sicherzustellen. Fraglich ist, ob dieses Ziel durch § 78a BetrVG auch auf die mildeste Art und Weise erreicht wird.

Eine tatsächliche umfängliche Unabhängigkeit der Gremienmitglieder kann durch einen unbefristeten Weiterbeschäftigungsanspruch sichergestellt werden. Auf diese Weise können die Organmitglieder für die Zeit der tatsächlichen Tätigkeit vor Repressalien des Arbeitgebers geschützt werden und auch in der sich daran anschließenden Zeit kann ein Schutz vor Sanktionen für Tätigkeiten während der Betriebsratsmitgliedschaft gewährt werden. Dieser Schutz entspricht auch dem kündigungsrechtlichen Schutz des § 15 KSchG, der ebenfalls über die Betriebsrattätigkeit hinaus besteht. Eine unabhängige Amtsführung würde außerdem dadurch gefährdet, dass das Organmitglied bereits während seiner Tätigkeit wüsste, dass die zu ergreifenden Maßnahmen ihn nicht mehr betreffen, weil er zu dem entsprechenden Zeitpunkt nicht mehr im Unternehmen tätig sein könnte. In diesem Fall wäre das Organmitglied möglicherweise nicht mehr in der Form dem Wohle des Betriebs verpflichtet, als wenn er wüsste, dass die Auswirkungen seiner Entscheidungen auch ihn betreffen.¹⁴⁸ Bezüglich der unabhängigen und verantwortungsvollen Amtsführung ist § 78a BetrVG somit als geeignet anzusehen.

Es dürfte auch kein milderes Mittel geben, die Unabhängigkeit in der Amtsführung als durch den unbefristeten Weiterbeschäftigungsanspruch zu erreichen. Mildere Mittel bei gleichem Grad der Zielerreichung sind vorliegend nicht ersichtlich. Denkbar wären hier zwar z.B. ebenfalls nur befristete Weiterbeschäftigungsansprüche des Auszubildenden, ein Arbeitsverhältnis mit einer Auslaufzeit nach dem Ende der Amtsausübung oder ein nachwirkender besonderer Kündigungsschutz für ehemalige Auszubildende. Der Gesetzgeber hätte durch die Wahl einer dieser Alternativen aber nicht ein völlig eigenstän-

¹⁴⁷ Vgl.: Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1528).

¹⁴⁸ Ähnlich Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671).

diges unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet, sondern lediglich das „Wie“ des Arbeitsverhältnisses ausgestaltet bzw. ein zeitlich befristetes Arbeitsverhältnis normiert. Diese Möglichkeiten wären somit als mildere Mittel anzusehen, weil dem Arbeitgeber keine unbefristeten Beschäftigungsverhältnisse auferlegt würden. Sie hätten jedoch zur Folge, dass den Mandatsmitgliedern in der sich an die Befristung oder Nachwirkungszeit anschließenden Zeit kein Schutz vor Sanktionen für Tätigkeiten während der Betriebsratsmitgliedschaft gewährt werden. Entweder findet mit Ende der Befristung automatisch das Arbeitsverhältnis sein Ende und es obliegt allein dem Arbeitgeber, ob er ein neues Arbeitsverhältnis eingehen möchte, oder der nachwirkende Kündigungsschutz endet durch Zeitablauf. Die unabhängige Amtsführung wäre dadurch in Frage gestellt, weil die Amtsträger bei ihren Entscheidungen die lediglich befristete Weiterbeschäftigung und anschließende Ungewissheit vor Augen hätten und eventuell nicht zum Wohle der Belegschaft entscheiden würden.

Da mildere Mittel zur Erreichung des Ziels somit nicht ersichtlich sind, ist § 78a BetrVG als erforderlich anzusehen.

(c) Ergebnis der Geeignetheit und Erforderlichkeit

Folglich lässt sich feststellen, dass 78a BetrVG bei einer Einschränkung der Berufsfreiheit des Art. 12 GG nur zur Erreichung einer unabhängigen und verantwortungsvollen Amtsführung als geeignet und erforderlich anzusehen ist. Bzgl. der Funktionsfähigkeit des Organs ist er hingegen weder geeignet noch erforderlich.

dd Angemessenheit - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Hinsichtlich des Ziels der unabhängigen und verantwortungsbewussten Amtsführung der Organmitglieder ist zu überprüfen, ob dies den dargestellten Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers durch die Beschränkung der Einstellungsfreiheit und das Aufzwingen eines nicht gewollten bestimmten Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann, es daher angemessen ist. Im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung sind sämtliche Gesichtspunkte einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Interessen des in seinen Grundrechten Beeinträchtigen und den öffentlichen Interessen zusammenzufassen und zu werten.¹⁴⁹ Unter dem öffentlichen Interesse ist auch das gesetzgeberische Interesse zu verstehen, ein ausgewogenes Arbeitsrecht sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer zu normieren.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Vgl.: ; Brüning, „Voraussetzungen und Schutz eines grundrechtlichen Schutzanspruchs“ in JuS 2000, S. 955 ff. (957).

¹⁵⁰ Vgl.: Dietrich in ErfK, § 12 GG, Rn. 23.

Hierbei sind alternative Handlungsmöglichkeiten, den Schutzzweck zu erreichen, ebenfalls zu berücksichtigen.

(a) Öffentliches Interesse an der Verwirklichung der Betriebsverfassung

Ohne eine unabhängige und verantwortungsvolle Amtsführung der Mitglieder der verschiedenen betriebsverfassungsrechtlichen Organe wäre die Verwirklichung der Betriebsverfassung und das damit verbundene Funktionieren ihrer Organe nur schwer zu erreichen. Da die ordnungsgemäße Funktion der betriebsverfassungsrechtlichen Organe als Grundlage der Betriebsverfassung aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG erwächst, hat der Gesetzgeber bei der Formulierung von Schranken i.S.d. Art. 12 I 2 GG einen besonders weiten Gestaltungsspielraum.¹⁵¹ Dieser Gestaltungsspielraum kann grundsätzlich eine längere Bindungsdauer eines bestehenden Arbeitsvertrages, z.B. durch den besonderen Kündigungsschutz i.S.d. § 15 KSchG oder des MuSchG, bewirken. Aus dem gleichen Grund ist auch die selbständige Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses gem. § 78a BetrVG denkbar.¹⁵²

(b) Interesse der Arbeitgeber

Allerdings obliegt es dem Gesetzgeber, auch in diesem weiten Rahmen so weit wie möglich den aus der Verfassung erwachsenden Interessen der Arbeitgeber und ihren Rechten Rechnung zu tragen und so weit wie möglich zu schützen. Dies bedeutet, dass auf die Arbeitsvertragsfreiheit und die Privatautonomie ebenso Rücksicht genommen werden muss wie auf das öffentliche Interesse an einer wirksamen Betriebsverfassung.

(c) Abwägung

Nicht außer Acht zu lassen ist im Rahmen der Abwägung, dass das legitime Ziel einer unabhängigen und verantwortungsvollen Amtsführung nicht uneingeschränkt in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers eingreifen darf.

Mildere gesetzgeberische Mittel, die ebenfalls einen weitreichenden Schutz gewährt hätten, sind wie dargestellt, nicht ersichtlich, so dass sich der Gesetzgeber zu einem weitreichenden Eingriff in das „Ob“ eines Beschäftigungsverhältnisses entscheiden musste.

Führt die Gestaltung des Gesetzgebers dazu, dass er sich für den schwerwiegenden Eingriff in das „Ob“ des Arbeitsverhältnisses und nicht nur in das „Wie“ der Ausgestaltung entscheidet, indem er den Arbeitgebern ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aufer-

¹⁵¹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3; Buchner in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 39, Rn. 18.

¹⁵² Vgl.: v. Wicke, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 368.

legt, so hat er für den Arbeitgeber auch eine Möglichkeit zur nachträglichen Auflösung oder vorherigen Vermeidung des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten, wenn dies dem Schutzziel der Norm nicht entgegensteht. Dies gilt umso mehr, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber nach betrieblichen, wirtschaftlichen oder persönlichen Gründen schlichtweg nicht auferlegt werden kann. Nur so kann sichergestellt werden, dass ein Interessenausgleich zwischen den in dieser Konstellation konfligierenden Grundrechten der Arbeitgeber und dem Sozialstaatsprinzip erfolgt, der im Ergebnis eine interessengerechte Lösung sowohl für die Arbeitgeber als auch für die durch das Sozialstaatsprinzip geschützten Arbeitnehmer ermöglicht.

Eine solche Möglichkeit ist den Arbeitgebern durch § 78a IV BetrVG an die Hand gegeben worden. In Fällen, in denen ihnen die Weiterbeschäftigung des Organmitglieds für das Unternehmen unzumutbar ist, können sie durch Antrag beim zuständigen Arbeitsgericht feststellen lassen, dass ein Arbeitsverhältnis nicht begründet bzw. nachträglich gelöst wird.¹⁵³

Die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, soll entsprechend der h.M. der Literatur und der bisherigen Rechtsprechung aber nur dann gegeben sein, wenn nach einer umfassenden Prüfung eine Unzumutbarkeit bejaht werden kann. Dies soll nur in Ausnahmefällen gegeben sein, wenn außerordentliche oder schwerwiegende Gründe vorliegen oder der Auszubildende grobe Verstöße begangen hat.¹⁵⁴ Eine Berücksichtigung der Qualifikation oder der bisherigen Leistung des Auszubildenden soll in diesem Zusammenhang nicht statthaft sein.¹⁵⁵

Eine solche enge Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffs berücksichtigt die verfassungsrechtlich geschützte Vertragsfreiheit des Art. 12 I GG nur ungenügend, weil dies dazu führen kann, dass der Arbeitgeber bei der Beendigung der Ausbildungsverhältnisse einen deutlich besser qualifizierter anderen Auszubildenden oder Bewerber nicht berücksichtigen könnte, wenn zu wenig freie Arbeitsplätze zu Verfügung stehen. Dem Arbeitgeber wird dadurch die Möglichkeit beschnitten, seinen Personalbestand durch die Übernahme der am besten qualifizierten Mitarbeiter für die Zukunft auf eine gesunde Grundlage zu stellen. Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG würde

¹⁵³ Vgl.: Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1530), der kritisiert, dass auch § 78a IV BetrVG der Verhältnismäßigkeit nicht ausreichend Rechnung trägt, weil die Unzumutbarkeit zu eng gefasst wäre.

¹⁵⁴ Vgl. z.B.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 46, 48; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 11; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 27 ff.

¹⁵⁵ Vgl.: LAG Berlin vom 18. 7. 1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8; LAG Hamm vom 21. 10. 1992 in BB 1993, 294, Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 64.

dann einer Personalpolitik, die auf Steigerung oder Beibehaltung der Kenntnisse und Fähigkeiten im Betrieb ausgerichtet ist, entgegenstehen, wenn ein Qualifikationsvergleich zwischen unterschiedlich qualifizierten Auszubildenden nicht erfolgen darf. Langfristig könnte hierdurch die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens gefährdet werden.

In Fällen offensichtlicher, unterschiedlicher Qualifikation muss deshalb die Sicherstellung einer unabhängigen und effektiven Amtsausübung hinter die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zurückweichen, weil nicht die betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit, sondern die objektive Qualifikation des Mandatsträgers die Auswahlentscheidung begründet. Da nachvollziehbare Gründe für die Ausübung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gem. Art. 12 I 1 GG gegen die sozialstaatlich begründete Privilegierung eines Organmitglieds sprechen, muss die Unzumutbarkeit i.S.d. § 78a BetrVG in diesen Fällen im Lichte des Grundrechts des Arbeitgebers weit ausgelegt werden können.¹⁵⁶

Bei Nichtbeachtung der weiten Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffs wäre der § 78a BetrVG verfassungswidrig. Er würde die Grundrechte der Arbeitgeber aus Art. 12 GG in unzulässiger Weise gegenüber dem Sozialstaatsprinzip beschränken, weil eine Übernahmepflicht auch dann bestünde, wenn die Qualifikationsunterschiede der Auszubildenden evident wären.

ee Ergebnis

Einer Verfassungswidrigkeit des § 78a BetrVG lässt sich nur dadurch begegnen, dass der Begriff der Zumutbarkeit des § 78a IV 1 BetrVG weit ausgelegt wird.

Dies muss z.B. auch bedeuten, dass Qualifikations- oder Leistungsvergleiche mit anderen Auszubildenden eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber begründen könnten, wenn die Unterschiede eindeutig sind.

4. Ergebnis

Es sprechen viele Argumente dafür, dass der § 78a BetrVG im Widerspruch zu der Berufsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 GG steht. Zumindest kann nicht, wie meist seitens der Literatur ausgeführt, behauptet werden, die Regelung sei unproblematisch verfassungsgemäß. Eine Verfassungswidrigkeit lässt sich in der praktischen Anwendung nur dann vermeiden, wenn eine verfassungskonforme weite Auslegung des Begriffs der „Zumutbarkeit“ in § 78a IV 1 BetrVG erfolgt und auch z.B. ein Qualifikations- oder Leistungsvergleich der Auszubildenden erlaubt ist, so dass der mit einem Weiterbeschäfti-

¹⁵⁶ So im Ergebnis auch Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1530).

gungsverlangen beschwerte Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis mit einem ausgebildeten Organmitglied durch ein Arbeitsgericht auf einfachem Weg wieder lösen bzw. dafür sorgen kann, dass dieses Arbeitsverhältnis erst gar nicht entsteht.

D. Verstoß gegen Art. 14 GG wegen Beschränkung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Der gesetzlich normierte Weiterbeschäftigungsanspruch eines Auszubildenden i.S.d. § 78a BetrVG könnte des Weiteren in unzulässiger Weise in das Eigentum des Arbeitgebers aus Art. 14 GG eingreifen, weil dem Arbeitgeber ein Beschäftigungsverhältnis und indirekt ein Vertrag auferlegt wird, den er ggf. in der konkreten Form nicht hätte abschließen wollen. Die durch Art. 14 GG verfassungsmäßig geschützte Eigentumsgarantie beruht auf einer Wertentscheidung, die von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat ist, so dass ein Verstoß hiergegen von besonderem Gewicht wäre.¹⁵⁷ Deswegen sollte keine Ablehnung eines Grundrechtseingriffes in diese Norm ohne vorangegangene Prüfung erfolgen,¹⁵⁸ wie dies aber meistens in der einschlägigen Literatur vertreten wird.

1. Der Schutzbereich des Art. 14 GG

a. Sachlicher Schutzbereich

Der Art. 14 I S. 1 GG schützt nach seinem reinen Wortlaut das Eigentum und das Erbrecht, ohne das Eigentum an sich zu definieren.¹⁵⁹

aa Eigentum i.S.d. Art. 14 I 1. GG

Die Eigentumsgarantie schützt als Grundrecht die rechtliche Zuordnung eines vermögenswerten Gutes zu einem Rechtsträger. Der grundgesetzliche Begriff des Eigentums ist dabei weiter zu verstehen als das Sacheigentum nach bürgerlichem Recht i.S.d. § 903 BGB.¹⁶⁰ Neben Grundeigentum und dem Eigentum an beweglichen Sachen ist geschütztes Gut im Sinne des Art. 14 GG jedes vermögenswerte Recht, das dem Inhaber ebenso ausschließlich wie Eigentum an einer Sache zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist auch dann, wenn es das einfache Recht nicht als Eigentum benennt. Somit fallen z.B. auch Hypotheken, Grundschulden, Erbbaurechte, Urheberrechte, Patentrechte unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG, nicht hingegen

¹⁵⁷ So das BVerfG vom 07.08.1962 in BVerfGE 14, S. 263 ff. (277).

¹⁵⁸ Dass dies nicht nur hinsichtlich einer Prüfung bei § 78a BetrVG geschieht, zeigt für den allgemeinen Kündigungsschutz z.B.: Stelljes, Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, S. 46 ff.

¹⁵⁹ Vgl. auch: Axer „Eigentumsschutz für Wirtschaftliche Betätigung“ in Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, FS Isensee, S. 121 ff. (129).

¹⁶⁰ Vgl.: Bryde in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 14, Rn. 11; Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn 4; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rn. 8.

das Vermögen an sich.¹⁶¹ Ob es sich um ein absolutes Recht oder um eine bloße Forderung handelt, ist diesbezüglich unerheblich.¹⁶²

Im Fall der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG liegt kein direkter Eingriff in eines der genannten Eigentumsrechte vor, sondern möglicherweise eine indirekte Beeinträchtigung des Eigentums, weil der Arbeitgeber verpflichtet wird, ein Arbeitsverhältnis einzugehen, das das Unternehmen des Arbeitgebers beeinträchtigt, weil ihm aus dem Arbeitsverhältnis weitergehende Pflichten erwachsen. Dies würde Rechtsverhältnisse des Unternehmens bzw. den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betreffen.

bb Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs

Art. 14 I S.1 GG schützt – wie dargestellt – somit die einzelnen materiellen Grundlagen des Arbeitgebers in Form der Betriebsmittel und des Kapitals sowie die Funktionsfähigkeit des Unternehmens und die Unternehmerfreiheit.¹⁶³

Inwieweit der Schutz des Art. 14 GG darüber hinaus auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Zusammenfassung der einzelnen Unternehmensgegenstände als betriebsfähige, organisierte Wirtschaftseinheit – i.S.d. Zivilrechtsprechung zu § 823 I BGB – umfasst, ist umstritten. Während dies in der Literatur überwiegend bejaht wird,¹⁶⁴ hat das BVerfG es bislang offen gelassen, ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs aufweist und somit unter den Schutzbereich des Art. 14 GG fällt.¹⁶⁵ In der Rechtsprechung wird argumentiert, dass das Unternehmen und somit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetriebs die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu einem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte darstellt, welche an sich schon einzeln vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt sind.¹⁶⁶ Der eigenständige Schutz des Gewerbebetriebs würde im Ergebnis nicht weiter reichen als der

¹⁶¹ So auch die ständige Rspr. des BVerfG – siehe diesbezüglich nur BVerfG vom 20.07.1954 in BVerfGE 4, S. 4 ff. (7).

¹⁶² Vgl.: BVerfG vom 7. 7. 1971 in BVerfGE 31, S. 229 ff. (229, 248); Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn 4; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, Rn. 13.

¹⁶³ Vgl.: BVerfGE vom 01.03.1979 in AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG; Scholz „Verdeckt Verfassungsneues zur Mitbestimmung“ in NJW 1986, S. 1587 ff. (1587).

¹⁶⁴ Vgl. nur: Bryde in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 14, Rn. 18; Depenheuer in Dreier, GG, Art. 14, Rn. 132; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 95 ff.; Loritz „Der praktische Wert der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie für die unternehmerische Betätigung“ in BB 1993, S. 225 (226); Stein „Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht“ in BB 2000, S. 457 ff. (462); Axer „Eigentumschutz für Wirtschaftliche Betätigung“ in Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, FS Isensee, S. 121 ff. (133); a.A.: Dietrich in ErfK, Art. 14 GG, Rn. 20.

¹⁶⁵ Vgl.: BVerfG vom 26.06.2002 in BVerfGE 105 S. 252 ff. (278); Fehling/Faust/Rönnau in „Durchblick: Grund und Grenzen des Eigentums- und Vermögensschutzes“ in JuS 2006, S. 18 ff. (20); Axer „Eigentumsschutz für Wirtschaftliche Betätigung“ in Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, FS Isensee, S. 121 ff. (127).

¹⁶⁶ Vgl.: BVerfG vom 14.01.1987 in BVerfGE 74, S. 129 ff. (148); Dieterich in ErfK, Art.14 GG, Rn 5.

Schutz seiner Grundlagen, so dass ein solcher Schutz kaum ein Mehr an verfassungsrechtlichem Schutz für den Grundrechtsträger bedeuten würde.¹⁶⁷

Vor dem Hintergrund des weiten verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs spricht jedoch vieles dafür, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der wirtschaftlich eine Einheit ist und als solche von der zivilrechtlichen Rechtsordnung anerkannt und geschützt wird,¹⁶⁸ in seiner Gesamtheit als Funktions- und Organisationseinheit zu begreifen und daher als vermögenswerte Rechtsposition dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG zu unterstellen.¹⁶⁹ Außerdem entwickelt der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in seiner Gesamtheit eine eigene Identität, die durchaus über der Summe seiner einzelnen Bestandteile liegen kann.¹⁷⁰ Dieser Gesamtheit kommt ein bestimmter eigener Vermögenswert zu, der im Rahmen der Eigentumsgarantie zu schützen ist.¹⁷¹ Auch das Argument, dass die wesentlichen Inhalte des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs im Rahmen des Art. 12 GG geschützt werden,¹⁷² steht dieser Auffassung nicht entgegen. Es ist dem Grundgesetz immanent, dass die einzelnen Grundrechte oftmals ihren Schutzbereich auf dieselben Positionen erstrecken und diese somit einen mehrfachen verfassungsrechtlichen Schutz erlangen.

Das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes erstreckt sich auch auf das Recht und die Befugnis der personalpolitischen Organisation des Betriebes und der Disposition über das Unternehmen.¹⁷³ Dies beinhaltet das Recht, für das Unternehmen mit Dritten Verträge beliebigen Inhalts zu schließen oder nicht zu schließen.¹⁷⁴ Zu den Verträgen zählen sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht Arbeitsverträge mit den Arbeitnehmern des Unternehmens.

cc Ergebnis

Das Recht zum Abschluss, aber auch zum Nichtabschluss von Verträgen unterfällt somit dem Schutzbereich des Art. 14 GG, wenn sich diese Verträge auf den eingerichte-

¹⁶⁷ Vgl.: BVerfG vom 22.05.1979 in BVerfGE 51, S 193 ff. (.221); BVerfG vom 14.01.1987 in BVerfGE 74, S. 129 ff. (148); Axer, „Eigentumsschutz für Wirtschaftliche Betätigung“ in Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, FS Isensee, S. 121 ff. (134).

¹⁶⁸ Dies gilt insbesondere im Bereich des Schadensersatzrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes; siehe zur Rechtsprechung des BGH z.B. BGH, vom 28.02.1980 in NJW 1980, S. 2457

¹⁶⁹ So auch Axer „Eigentumsschutz für Wirtschaftliche Betätigung“ in Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, FS Isensee, S. 121 ff. (133 ff.).

¹⁷⁰ Vgl.: Depenheuer in Dreier, GG, Art. 14, Rn. 132.

¹⁷¹ ; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 95 ff.; Axer, „Eigentumsschutz für Wirtschaftliche Betätigung“ in Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer, FS Isensee, S. 121 ff. (134).

¹⁷² So z.B.: Jarass „Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?- Grundfragen der Struktur der Eigentumsgarantie“ in NJW 2000, S. 2841 ff. (2843); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (669).

¹⁷³ Vgl.: Papier in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 228; Reuter „Grundlagen des Kündigungsschutzes“ in FS „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 405 ff. (418).

¹⁷⁴ Vgl.: Papier in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 229.

ten und ausgeübten Gewerbebetrieb auswirken, wie es Arbeitsverträge durch die gegenseitigen Rechte- und Pflichtenerstreckung tun.

b. Persönlicher Schutzbereich - Grundrechtsträger

Der persönliche Schutzbereich des Art. 14 GG erstreckt sich auf alle natürlichen Personen, sowie nach Art. 19 III GG auf inländische juristische Personen und Personenvereinigungen, hingegen nicht auf ausländische juristische Personen.¹⁷⁵ Juristische Personen des öffentlichen Rechts genießen nach herrschender Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich keinen Eigentumsschutz.¹⁷⁶ Art. 14 GG erstreckt seinen Schutzbereich im Ergebnis somit auf die Arbeitgeber, auf die der § 78a BetrVG Anwendung findet, unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um natürliche oder juristische Personen des Privatrechts handelt.¹⁷⁷

c. Ergebnis

Das Recht zum Abschluss oder zum Nichtabschluss von Arbeitsverträgen unterfällt sowohl für natürliche Personen als auch für inländische juristische Personen des Privatrechts dem Schutzbereich des Art. 14 GG.

2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG

Die in § 78a BetrVG normierte Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung der zuvor ausgebildeten Mandatsträger, auch gegen den Willen des Arbeitgebers, könnte einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG darstellen.

Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie kann in Form jedes staatlichen Verhaltens erfolgen, das die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht oder erschwert. Der Eingriff in eine als Eigentum geschützte Position durch Beschränkung der Nutzung oder durch den Entzug der Eigentumsposition kann direkt oder mittelbar durch eine Rechtsnorm, eine Rechtsverordnung oder einen Einzelakt erfolgen.¹⁷⁸ Voraussetzung für einen Eingriff in die Position des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist, dass durch die gesetzliche Verpflichtung der Weiterbeschäftigung des § 78a BetrVG ein betriebsbezogener Eingriff gegeben sein müsste.¹⁷⁹ Ein betriebsbezogener Eingriff liegt dann vor, wenn der betrieblichen Organismus oder die

¹⁷⁵ Vgl.: BVerfG vom 01.03.1967 in BVerfGE 21, S. 207; Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn 8; Papier in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 217.

¹⁷⁶ Vgl.: Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, Rn. 3.

¹⁷⁷ So auch Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, S. 31.

¹⁷⁸ Vgl.: Papier in Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 531; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, Rn. 37; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rn 29; Wieland in Dreier, GG, Art. 14; Rn. 72 ff.

¹⁷⁹ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (669).

unternehmerische Entscheidungsfreiheit betroffen ist und über eine bloße Belästigung oder sozial übliche Behinderung hinausgegangen wird.¹⁸⁰

Dies ist vorliegend dadurch gegeben, dass der Arbeitgeber mit der erzwungenen Begründung von Arbeitsverhältnissen in seiner unternehmerischen Entscheidung durch das Eingehen von Arbeitsverhältnissen eingeschränkt wird und die Auswahl der Mitarbeiter, die einen wesentlichen Bestandteil einer verantwortungsvollen personalpolitischen Unternehmensführung bildet, nicht eigenverantwortlich ausüben kann. Er ist damit in einem Teilaspekt seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit betroffen.¹⁸¹

In das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs wird somit durch die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG eingegriffen.

3. Die gesetzgeberische Gestaltungsmacht im Rahmen des Art. 14 I 2, II GG

Der Eingriff in den Schutzbereich des Eigentums führt jedoch nicht automatisch dazu, dass ein Verstoß gegen das Grundgesetz vorliegt, weil dem Gesetzgeber eine gesetzgeberische Gestaltungsmacht im Rahmen des Art. 14 I 2, II GG zukommt. Hiernach bestimmt der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums. Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind als Ausfluss der Sozialgebundenheit des Eigentums zum Wohl der Allgemeinheit grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Das Wohl der Allgemeinheit bildet nicht nur den Grund, sondern auch die Grenze einer zulässigen Beschränkung des Eigentums.¹⁸²

Unter einer Inhaltsbestimmung wird die generelle und abstrakte zukunftsgerichtete Festlegung von Rechten und Pflichten hinsichtlich der Rechtsgüter, die als Eigentum i.S.d. Verfassung gelten, verstanden.¹⁸³ Das Festlegen von Schrankennormen setzt hingegen eine bestehende Eigentumsposition voraus und beschränkt diese durch die Regelung von Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten. Damit soll das Eigentum mit konfligierenden Rechtspositionen und Interessen in Einklang gebracht werden.¹⁸⁴ Art. 14 I 2 GG fasst somit in einem Satz zwei unterschiedliche gesetzgeberische Aufgaben zusammen, die zwar theoretisch unterschiedlichen Zielen dienen, sich aber in

¹⁸⁰ Vgl. ausführlich: Löwisch/Meier-Rudolph, „Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des BGH und des BAG“ in JuS 1982, S. 237 f (237).

¹⁸¹ So auch Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 229, nach dem einem Eigentümer die Vertragsfreiheit auch durch Art. 14 GG gewährleistet wird.

¹⁸² Vgl.: BVerfG vom 12.06.1979 in BVerfGE 52, S. 1 ff. (29); Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn. 11; Wieland in Dreier, GG, Art. 14, Rn. 74;

¹⁸³ Vgl.: BVerfG vom 12.03.1986 in BVerfGE 72, S. 66 ff. (76).

¹⁸⁴ Vgl.: Maunz/Dürig, GG, Art. 143 Rn. 307.

ihrer praktischen Auswirkung und Beschränkung des Grundrechts kaum unterscheiden.¹⁸⁵

Jede Begrenzung einer grundgesetzlich garantierten Rechtsposition muss zur Erreichung des damit verfolgten legitimen Ziels geeignet und erforderlich sein und darf die betroffenen Grundrechtsträger nicht übermäßig belasten.¹⁸⁶

a. Vorliegen einer Gesetzesschranke

§ 78a BetrVG ist zweifelsfrei eine Gesetzesnorm, die Teil eines formellen Gesetzes ist, das in einem formal nicht zu beanstandendem Gesetzgebungsverfahren innerhalb der Regelungskompetenz des erlassenden Normgebers zu Stande gekommen ist. § 78a BetrVG könnte somit eine Schranke des Eigentumsgrundrechts der Arbeitgeber darstellen. Es erhebt sich somit die Frage, mit welcher Intensität der Staat durch diese Schranke in das Eigentum eingreifen darf.

b. Grenzen der Schranken des Art. 14 II GG

Dem Gesetzgeber steht auf Grund der Sozialpflichtigkeit und des gesteigerten Sozialbezugs des Eigentums im Bereich des Arbeitsrechts ein besonders weites Gestaltungsspielraum bei der Schrankenziehung zu. Er muss zum einen die Anerkennung des Privateigentums als Grundrechtsposition und zum anderen die Beachtung der Gemeinwohlbindung des Eigentums bedenken und gegebenenfalls gewichten.¹⁸⁷ Bei der vorzunehmenden Abwägung der Positionen kommt es neben der Intensität der Beschränkung und des Gewichts der angestrebten Ziele auch auf Bedeutung des betroffenen Eigentumsrechts für die Grundrechtsträger und Dritte sowie die Sozialpflichtigkeit des Eigentums an.¹⁸⁸ Hinsichtlich der verfolgten Ziele muss es sich um ein legitimes gesetzgeberisches Anliegen handeln. Der gesetzgeberische Spielraum ist umso weiter zu fassen, je stärker die betroffene Eigentumsposition durch eine soziale Funktion geprägt ist.¹⁸⁹

aa Verhältnismäßigkeit der Regelung des § 78a BetrVG

Die materielle Grenze der Einschränkung der Berufsfreiheit wird durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit markiert, der auf die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und

¹⁸⁵ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn. 10.

¹⁸⁶ Vgl.: BVerfG vom 01.07.1981 in AP GG Art. 14, Nr. 26.

¹⁸⁷ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn 11.

¹⁸⁸ Vgl.: BVerfG 14. 7 .1981 in BVerfGE 58, S. 137 ff. (147); Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 14, Rn. 40; Wendt in Sachs, Grundgesetz, Art. 14, Rn. 111.

¹⁸⁹ Vgl.: BVerfGE vom 02.03.1999 in BVerfGE 100, S. 226 ff. (241); Dieterich in ErfK, Art. 14 GG, Rn 12

die Angemessenheit des Eingriffs aufgrund der Norm abstellt. Je intensiver in die Eigentumsrechte eingegriffen wird, desto schwerwiegender müssen die Gründe dafür sein.¹⁹⁰

bb Ziel und Zweck des § 78a BetrVG

Die Ziele des § 78a BetrVG bestehen darin, die Unabhängigkeit in der Amtsführung der Organmitglieder zu gewährleisten, die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Organs und eine kontinuierliche Arbeit des Organs auch über die Zeit der Ausbildung hinaus sicherzustellen sowie das Engagements der Auszubildenden in Betriebsverfassungsorganen zu fördern und aufzuwerten.¹⁹¹ Begründet wird dieser Schutz vor allem mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG, aus dem auch für andere besondere Arbeitnehmergruppen Schutzrechte erwachsen.¹⁹²

Hierbei handelt es sich, wie bereits dargestellt mit Ausnahme der Förderung der Motivation zum Engagement in betriebsverfassungsrechtlichen Organen um legitime Ziele.

cc Geeignetheit und Erforderlichkeit der Norm

§ 78a BetrVG müsste geeignet und erforderlich sein, diese Ziele zu erreichen. Wie bereits im Rahmen der Prüfung des Art. 12 GG ausgeführt, ist festzuhalten, dass die Funktionsfähigkeit der jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Organe und die Förderung des Engagements in Betriebsverfassungsorganen keine Einschränkung der Eigentumsrechte erlauben, weil sie entweder nicht geeignet oder nicht erforderlich sind bzw. im Gegensatz zu Grundprinzipien des BetrVG, namentlich des § 78 BetrVG, stehen.

Somit ist nur die Unabhängigkeit der Amtsführung ein geeignetes und erforderliches Ziel des § 78a BetrVG zur Einschränkung des Eigentums.

dd Angemessenheit - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Im Rahmen der Ausformung und Beschränkung des Eigentums des Art. 14 GG steht dem Gesetzgeber anheim, von einem erheblichen Beurteilungs- und Prognosespielraum Gebrauch zu machen, der nur dann einer Beschränkung unterliegt, wenn durch die normative Entscheidung aufgrund ihrer Intensität die Rechtsposition des Eigentümers in ihren Grundzügen erschüttert wird, d.h. nicht nur Rand- oder Teilbereiche des Grundrechts betroffen sind.¹⁹³

Davon kann jedoch vorliegend bei einem kraft Gesetzes entstehenden Weiterbeschäftigungsverhältnis grundsätzlich nicht die Rede sein. Diese betrifft zwar die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, aber nur zu einem geringen Anteil. Grundsätzlich bleibt die

¹⁹⁰ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn. 26.

¹⁹¹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3.

¹⁹² So z.B. für Schwerbehinderte, Elternzeitler, Wehr- und Ersatzdienstleistende oder Teilzeitbeschäftigte.

¹⁹³ Vgl.: Dietrich/ in ErfK, Art. 14 GG, Rn. 11 ff.

Entscheidung, wem zu welchen Konditionen ein Beschäftigungsverhältnis angeboten werden soll, beim Arbeitgeber. Im Gegensatz zu den allgemein gültigen Kündigungsvorschriften oder Sonderkündigungsrechten, die auf eine große Anzahl von Beschäftigungsverhältnissen Anwendung finden können, bezieht sich § 78a BetrVG nur auf einige wenige überschaubare Beschäftigungsverhältnisse, die der in Ausbildung befindlichen Mandatsträger.¹⁹⁴

Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wiederum stellt nur einen Teilaspekt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar, der daneben vor allem die rechtliche und tatsächliche Erscheinungsform des Unternehmens, seinen Tätigkeitskreis und den Kundenstamm umfasst. Diese weiteren Bereiche werden durch den § 78a BetrVG weder direkt noch indirekt betroffen.

Darüber hinaus besteht für den Arbeitgeber nach § 78a IV BetrVG vor allem die Möglichkeit die, Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigungsverpflichtung feststellen zu lassen. Hierdurch werden die Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt, weil dieser ihm unzumutbare Weiterbeschäftigungsverhältnisse gerichtlich auflösen lassen kann.

Daraus folgt, wenn man die obigen Ausführungen bezüglich einer weiten Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffes bei der Betrachtung des Art. 12 GG berücksichtigt, dass keine unverhältnismäßige Beschränkung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt, weil eine zulässige Beschränkung des Art. 12 GG regelmäßig zu einem rechtmäßigem Eingriff in den Art. 14 1 S. 1 GG führt.¹⁹⁵

4. Ergebnis

Die Regelungen zur Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers gemäß des § 78a BetrVG verstoßen nicht gegen Art. 14 GG. Es obliegt dem Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, soweit dadurch nicht die Eigentumsposition an sich in ihrer Substanz angegriffen wird. Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung tangiert zwar die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, jedoch, insbesondere durch die Möglichkeit der Unzumutbarkeitsprüfung des § 78a BetrVG, nicht in dem Maße, dass die Beeinträchtigung eines Teilbereiches das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb insgesamt beschränken würde.

¹⁹⁴ Siehe zur Problematik Verfassungsmäßigkeit der sonderkündigungsrechtlichen Normen im Arbeitsrecht ausführlich: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 33 ff.

¹⁹⁵ So auch BVerfGE vom 01.03.1979 in AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG; Gubelt in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 12, Rn. 98. .

E. Verstoß gegen Art. 2 GG wegen der Einschränkung der Vertragsfreiheit

Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG könnte ferner in unzulässiger Weise die allgemeine Handlungsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 2 GG verletzen.

1. Der Schutzbereich des Art. 2 GG

Der Art. 2 I GG schützt das Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit¹⁹⁶ und im Zusammenspiel mit Art. 1 I GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Vorliegend steht jedoch nur eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Arbeitgeber durch die gesetzliche Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG in Frage.

a. Sachlicher Schutzbereich

Der Art. 2 GG gewährt die allgemeine Handlungsfreiheit als umfassenden Ausdruck der persönlichen Freiheitssphäre und ist zugleich Ausgangspunkt aller subjektiven Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.¹⁹⁷ Er garantiert den Kernbereich der menschlichen Persönlichkeit,¹⁹⁸ der sich sowohl auf die Freiheit im privaten als auch im öffentlichen Bereich erstreckt.¹⁹⁹ Im Grundgesetz ist die Vertragsfreiheit, d.h. die Freiheit, Verträge abzuschließen und sich durch sie zu binden oder dies nicht zu tun, in dem Katalog der Grundrechte zwar nicht ausdrücklich aufgeführt, jedoch unterfällt sie unstreitig der Privatautonomie.²⁰⁰ Als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit wird sie als wesentlicher Teil der deutschen Privatrechtsordnung neben der Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 2 GG geschützt.²⁰¹ Zu der allgemeinen Vertragsfreiheit gehört insbesondere auch, dass der Gesetzgeber nicht in die inhaltliche Gestaltungs- und Abschlussfreiheit von vornherein durch Verbote oder Gebote i.S. eines Kontrahierungszwangs hineinregiert und eine Vertragsseite zum Abschluss eines nicht gewollten Vertrages zwingt.²⁰² Der Abschluss bzw. der Nichtabschluss von Verträ-

¹⁹⁶ Vgl. zur allgemeinen Handlungsfreiheit: Kunig in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 2, Rn. 3 ff.

¹⁹⁷ So bereits das BVerfG vom 16.01.1957 in BVerfGE 6, S. 32 ff. (36); Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rn. 22; Jarass in Jarass/Pieroeth, GG, Art. 2, Rn. 3.

¹⁹⁸ Vgl.: BVerfG 14.07.1959 in BVerfGE 10, S. 55 ff. (59).

¹⁹⁹ Vgl.: Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rn. 22, 23; ; Hillgruber in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 2 GG, Rn. 37; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 2, Rn. 86 ff.

²⁰⁰ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroeth, GG, Art. 2, Rn. 4; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rn. 23; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 2, Rn. 145; Söllner, „Der Verfassungsrechtliche Rahmen der Privatautonomie im Arbeitsrecht“ in RdA 1989, S. 144 ff. (145 f.).

²⁰¹ Vgl.: BVerfG vom 08.04.1997 in BVerfGE 95, S. 267 ff. (303); Jarass in Jarass/Pieroeth, GG, Art. 2, Rn. 4; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rn. 33; Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 20; Hillgruber in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 2 GG, Rn. 94; Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1526).

²⁰² Vgl.: Hillgruber in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 2 GG, Rn. 96; Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1526).

gen und das Eingehen bzw. Nichteingehen von Arbeitsverhältnissen unterliegt somit grundsätzlich dem Schutzbereich des Art. 2 I GG.

b. Persönlicher Schutzbereich - Grundrechtsträger

Der Art. 2 I GG ist ein sogenanntes Jedermann-Grundrecht. Unter den Begriff „Jeder“ i.S.d. des Art. 2 I GG fallen alle rechtsfähigen Personen.²⁰³ Folglich unterliegen dem Schutz des Art. 2 GG nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen des privaten Rechts und Personenmehrheiten, juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nicht.²⁰⁴ Der Art. 2 I GG erstreckt seinen Schutzbereich insgesamt und somit auch bezüglich der erwerbsbezogenen Vertragsfreiheit auf die Arbeitgeber, auf die § 78a BetrVG Anwendung findet unabhängig davon, ob es sich bei diesen um natürliche oder juristische Personen des Privatrechts handelt.²⁰⁵

c. Ergebnis

Das Recht zum Abschluss oder Nichtabschluss von Verträgen unterfällt sowohl für natürliche als auch für juristische Personen des Privatrechts prinzipiell dem Schutzbereich des Art. 2 GG. Es beinhaltet für die Seite des Arbeitgebers auch, ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer einzugehen oder nicht einzugehen.

2. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 GG

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des zuvor ausgebildeten Mandatsträgers, mit oder auch gegen den Willen des Arbeitgebers, könnte einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 GG darstellen. Ein Eingriff in die durch Art. 2 I GG garantierte Handlungsfreiheit kann durch jede imperative Regelung der öffentlichen Gewalt gegeben sein, die dem Grundrechtsträger bestimmte positive oder negative Pflichten auferlegt. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt dabei gegen faktische und mittelbare staatliche Beeinträchtigungen.²⁰⁶ Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung i.S.d. § 78a BetrVG zu Lasten des Arbeitgebers greift unstreitig in die allgemeine Handlungsfreiheit der Arbeitgeber ein, weil sie diesem ein Arbeitsverhältnis ohne dessen Zutun auferlegt, welches er unter Umständen gar nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt oder in der Form eingehen möchte.²⁰⁷

²⁰³ Vgl.: Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 2, Rn. 42; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rn. 3.

²⁰⁴ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn 9 ff.; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rn. 3.

²⁰⁵ So auch Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, S. 31.

²⁰⁶ Vgl.: Dietrich/Schmidt in ErfK, Art. 2 GG, Rn. 11.

²⁰⁷ Vgl: Dieterich in ErfK, Art. 12 GG, Rn 30; Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1526 f.).

3. Subsidiarität des Art. 2 GG

Bevor untersucht werden kann, ob der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 GG nicht der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung²⁰⁸ unterfällt, ist zu klären, ob im vorliegenden Fall die Vertragsfreiheit im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 GG neben der erwerbsbezogenen Vertragsfreiheit des Art. 12 Anwendung finden kann. Ursprünglich wurde die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers als primär von Art. 2 GG geschützt angesehen.²⁰⁹ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die allgemeine Handlungsfreiheit in Konkurrenz zu den speziellen Freiheitsgrundrechten steht. Diesbezüglich ist nunmehr generell anerkannt, dass die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht subsidiär gegenüber ebenfalls beeinträchtigten spezielleren Freiheitsrechten ist. Der Art. 2 I GG kommt somit nicht zum Tragen, wenn auch ein Eingriff in den Schutzbereich eines besonderen Freiheitsrechts gegeben ist.²¹⁰ Obwohl diese Subsidiarität für die Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen Verkehr ohne praktische Bedeutung ist – das BVerfG hat zwar stets den Vorrang der speziellen Grundrechtsverbürgungen betont, ist aber praktisch bei beiden Grundrechten zu den gleichen Ergebnissen gekommen –²¹¹ sind Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz oder gesetzlichen Beschränkungen der Vertragsfreiheit, die den Bereich der beruflichen Betätigung betreffen, somit nur an Art. 12 I GG zu messen.²¹²

Da Art. 12 GG lex specialis für die Handlungsfreiheit im Berufsleben ist, verdrängt er nach diesen Grundsätzen Art. 2 I GG, der als Auffanggrundrecht nur die allgemeine Handlungsfreiheit schützt.²¹³ Eine parallele Prüfung eines Grundrechtsverstoßes gegen Art. 2 GG hat in diesen Fällen zu unterbleiben.²¹⁴

4. Ergebnis

Da im Rahmen des Art. 12 GG die Vertragsfreiheit im Bereich der Arbeitsverhältnisse erschöpfend geschützt ist, bietet Art. 2 I GG als Auffanggrundrecht mit seiner durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützten Privatautonomie keinen weitergehenden Schutz und tritt hinter Art. 12 GG zurück. Im Ergebnis ist allein auf die Ausführungen im

²⁰⁸ Das BVerfG, z.B. vom 03.04.2001 in BVerfGE 103, S. 197 ff. (215), versteht den Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ als die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell verfassungsmäßig sind.

²⁰⁹ Vgl.: BVerfG vom 19.05.1992 in AP Nr. 12 zu Art. 2 I GG Meinungsfreiheit.

²¹⁰ Vgl.: BVerfG vom 16.12.1981 in BVerfGE 59, S. 128 ff. (163); Dieterich in ErfK, Art. 2 GG, Rn. 9; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn 2; Kunig in v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 12, Rn. 93; Oetker, „Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, S. 9 ff. (11 ff.).

²¹¹ Zutreffend Borrmann, „Diskussionsbericht“, RdA 1989, S. 150 ff. (151); Söllner, „Der Verfassungsrechtliche Rahmen der Privatautonomie im Arbeitsrecht“ in RdA 1989, S. 144 ff. (148).

²¹² Vgl.: BVerfG 12. 12. 2006 in BVerfGE 117, S. 163, 181; Reul, „Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht“ in DNotZ 2007, S. 185 ff. (186); Dieterich in ErfK, Art. 2 GG, Rn. 10.

²¹³ Vgl.: Hömig in Hömig, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 3; Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 16.

²¹⁴ Vgl.: Dieterich in ErfK, Art. 2 GG, Rn. 10.

Rahmen des Art. 12 GG zu verweisen, so dass eine weitergehende Darstellung zu Art. 2 I GG unterbleiben kann.

F. Verstoß gegen Art. 3 I GG

1. Allgemeines

Die gesetzlich normierte Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG könnte zudem eine verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung in zweierlei Hinsicht bedeuten.

a. Vergleich der Mandatsträger mit anderen Auszubildenden und Beschäftigten

Zum einen könnte die Art, in der die zu übernehmenden Auszubildenden – ähnlich wie bei besonderen Kündigungsschutzregelungen – eine Bevorzugung gegenüber den anderen Auszubildenden oder Beschäftigten des Betriebes erfahren, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verstoßen.²¹⁵ Für die Verfassungsmäßigkeit des § 78a BetrVG als gesetzlicher Eingriff in die Grundrechte des Arbeitgebers spielt somit der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nur eine indirekte Rolle. Eine direkte Ungleichbehandlung des Arbeitgebers liegt bei dieser Betrachtungsweise nicht vor, jedoch kann sie zwischen den sich in Ausbildung befindlichen Mandatsträgern und den übrigen Beschäftigten und Auszubildenden bestehen.

Es wird die Frage aufgeworfen, warum der Arbeitgeber den Auszubildenden, die Mitglieder betriebsverfassungsrechtlicher Organe sind, einen besonderen Schutz zukommen lassen und sie somit anders behandeln muss als die übrigen Auszubildenden. Diese Frage und die daraus resultierenden Antworten sind insofern für die Arbeitgeber relevant, als die vorgeschriebene Andersbehandlung der Mandatsträger dazu führt, dass eine Beeinträchtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit erfolgt.

b. Vergleich privater und öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber

Zum anderen stellt sich die Frage, ob bei der Prüfung, wann die Weiterbeschäftigung für einen Arbeitgeber unzumutbar ist, zwischen privaten Arbeitgebern, die § 78a BetrVG unterliegen, und öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern, auf die die Parallelvorschrift des § 9 BPersVG Anwendung findet, unterschieden werden kann. Eine unterschiedliche Wertung könnte eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von privaten und öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern darstellen.

²¹⁵ Siehe zum arbeitsrechtlichen Gleichheitssatz z.B.: Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 352 ff.; Wiedemann, „Neue Rechtsprechung zur Verteilungsgerechtigkeit und den Benachteiligungsverboten“ in RdA 2005, S. 193 ff. (193 ff.); v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 451.

2. Schutzbereich des Art. 3 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 GG I ist neben dem Rechtsstaatsprinzip zentraler Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens des Grundgesetzes und stellt infolgedessen ein fundamentales Rechtsprinzip der demokratischen Werteordnung dar.²¹⁶

a. Sachlicher Schutzbereich

Der Art. 3 GG hat einen allgemeinen Gleichheitssatz als positives Recht zum Inhalt, dem zugleich ein allgemeines Willkürverbot zu entnehmen ist.²¹⁷ Er verbietet es, gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche Tatbestände gleich zu behandeln, es sei denn, ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt.²¹⁸ Die Norm verpflichtet somit unter anderem den Gesetzgeber, bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung gleichheitswidrige Regelbildungen auszuschließen, so dass keine zivilrechtlichen Regeln gebildet oder verwendet werden, die zu sachwidrigen Differenzierungen oder sogar zu Diskriminierungen führen könnten.²¹⁹ Daraus folgt, dass Art. 3 I GG im Gegensatz zu den Freiheitsrechten keinen fest definierten oder umschlossenen Schutzbereich aufweisen kann, sondern vielmehr einen wertenden Vergleich zweier Sachverhalte unter Einbeziehung ihrer Vergleich- oder Unvergleichbarkeit erforderlich macht.²²⁰

b. Persönlicher Schutzbereich

Dem Schutz des Art. 3 GG unterfallen alle natürlichen Personen, weil er dem persönlichen Geltungsbereich nach als Menschenrecht ausgestaltet ist.²²¹ Daneben sind Grundrechtsträger inländische juristische Personen und Personengesellschaften des Privatrechts; juristischen Personen des öffentlichen Rechts gesteht Art. 3 I GG dagegen ein subjektives Grundrecht nicht zu.²²² Da vorliegend in Frage steht, ob die Mandatsträger gegenüber anderen Beschäftigten bzw. privatrechtlich organisierte Arbeitgeber gegenüber anderen privatrechtlich organisierten Arbeitgebern eine ungerechtfertigte Besserstellung erhalten, ist hier zugrunde zu legen, dass es sich dabei um natürliche oder juristische Personen bzw. Personengesellschaften des Privatrechts handelt, die dem Schutzbereich des Art. 3 GG unterliegen.

²¹⁶ Vgl.: BVerfG vom 31.05.1988 in BVerfGE 78, S. 232 ff. (248); Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 1.

²¹⁷ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 1; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 15; v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 315.

²¹⁸ Vgl.: Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht, Rn. 436; Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 9 ff.

²¹⁹ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 6 f.; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 23 ff.; Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 10; Neumann, „Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik“ in DVBl. 1997, S. 92 ff. (93).

²²⁰ So auch: Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 9; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 4.

²²¹ Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 4; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 43; Dürig/Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 285.

²²² Vgl.: Dürig/Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 289 ff.; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 4 ff.

3. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Der Art. 3 I GG bindet als Adressat jede staatliche Gewalt, also die Legislative, die Exekutive und die Judikative.²²³ Somit muss der Gleichheitssatz auch beim Erlass von gesetzlichen Normen wie § 78a BetrVG ausreichend Berücksichtigung finden. Die in § 78a BetrVG gesetzlich normierte Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung der zuvor ausgebildeten Mandatsträger bei nicht vorliegender Verpflichtung, auch andere Beschäftigte weiterzubeschäftigen, könnte als nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 I GG gewertet werden.

Eine solche Ungleichbehandlung ist nach der sogenannten „neuen Formel“ immer dann gegeben, wenn Personen, Personengruppen oder Situationen in einer rechtlich anderen Weise behandelt werden als eine andere vergleichbare Person, Personengruppe oder Situation und dies verfassungsrechtlich aufgrund von vernünftigen Erwägungen nicht gerechtfertigt ist.²²⁴ Eine absolute Gleichbehandlung ist im Ergebnis somit durch Art. 3 I GG nicht festgeschrieben, lediglich die sachgrundlose unterschiedliche Behandlung wird dem Gesetzgeber untersagt.²²⁵ Welche Erwägungen eine solche Rechtfertigung begründen, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Tatbestände, bei denen zwischen den Vergleichsgruppen keine Unterschiede in Art und Gewicht gegeben sind, können aber als Begründung nicht ausreichen. Der Prüfungsmaßstab hängt vom Grad der Differenzierung ab und ist strenger zu werten, wenn nicht nur eine Differenzierung zwischen Sachverhalten, sondern zwischen Personengruppen vorgenommen wird.²²⁶ Der Prüfungsmaßstab kann auch dadurch beeinflusst werden, dass sich z.B. aus dem Grundgesetz selbst Wertungen für bestimmte Sachverhalte ergeben, wie diese z.B. in der besonderen Stellung der Familie in Art. 6 GG oder dem Sozialstaatsprinzip vorgenommen worden sind.²²⁷

Wie dargestellt, erwächst aus dem Sozialstaatsprinzip auch eine Schutzpflicht der staatlichen Gewalt für Arbeitnehmergruppen, die im besonderen Maß einer qualifizierten Gefahr der Benachteiligung aufgrund der ihnen rechtlich eingeräumten Möglichkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung oder der Unternehmensmitbestimmung unterliegen. Sinn und Zweck des § 78a BetrVG ist es, dieser Schutzpflicht nachzukommen. Hierbei darf der allgemeine Gleichheitssatz aber nicht unberücksichtigt bleiben.

²²³ Vgl.: Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 9 ff.; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 46 ff.; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 244.

²²⁴ Vgl. Zur ständigen Rspr. des BVerfG: BVerfG vom 16.03.1982 in BVerfGE 60, S. 123 ff. (133 f.) oder auch das BAG vom 16.01.1992 in AP Nr. 12 zu § 2 Angestelltenkündigungsg; Jarass in Jarass/Piero, GG, Art. 3, Rn. 6, 15; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 11.

²²⁵ Vgl.: Piero/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 436.

²²⁶ Vgl.: Jarass in Jarass/Piero, GG, Art. 3, Rn. 17 ff.

²²⁷ Vgl.: Jarass in Jarass/Piero, GG, Art. 3, Rn. 22.

Ob der Gesetzgeber der Ausgestaltung der Schutzpflicht durch § 78a BetrVG verfassungsgemäß nachgekommen ist, lässt sich nicht allgemeinverbindlich klären, sondern hängt von einem Vergleich der geschützten Personengruppen bzw. des Adressaten der Norm mit den jeweiligen Vergleichsgruppen und den für sie geltenden bzw. nicht geltenden Regelungen ab.

a. Vergleich der Mandatsträger mit anderen Auszubildenden und Beschäftigten

Zu hinterfragen ist folglich, ob die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG eine Ungleichbehandlung zu den übrigen Beschäftigten und Auszubildenden darstellt.

aa Ungleichbehandlung

Die Norm könnte sowohl eine verbotene Besserstellung der in Ausbildung befindlichen Mandatsträger gegenüber anderen Mandatsträgern als auch gegenüber nicht mandatierten Arbeitnehmern oder Auszubildenden darstellen, für die eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung nicht existiert. Damit stellt sich die Frage, ob es sich bei diesen Personengruppen überhaupt um vergleichbare Gruppen oder Personen handelt oder ob eine Vergleichbarkeit der dem § 78a BetrVG unterfallenden Auszubildenden mit jeder einzelnen dieser Gruppen von vornherein nicht gegeben ist.

bb Vergleichbarkeit mit anderen Auszubildenden

Fraglich ist somit, ob alle Auszubildenden als eine Gruppe anzusehen sind, oder ob sie in verschiedene Gruppen von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden zu trennen sind. Hinsichtlich der Vergleichbarkeit der mandatierten mit den nicht mandatierten Auszubildenden könnte die Vergleichbarkeit daran scheitern, dass die Mandatsträger insgesamt arbeitsrechtliche Schutznormen für sich in Anspruch nehmen können. Zwar wird vertreten,²²⁸ dass zwischen Auszubildenden und mandatierten Auszubildenden keine gemeinsame Gruppenzugehörigkeit vorliege und deshalb eine Vergleichbarkeit ausscheide. Dies wird damit begründet, dass die Ausübung eines betriebsverfassungsrechtlichen Mandats neben der allgemeinen Ausbildungstätigkeit und der Erfüllung der damit verbundenen Aufgaben erfolgt und die Mandatsträger als Organ aktiv würden und auch in dieser Funktion mit dem Arbeitgeber in Kontakt treten müssten. Die mandatierten Auszubildenden würden deshalb eine deutlich andere Stellung und Tätigkeit im Unternehmen wahrnehmen. Dies kann, wie sich in zahlreichen arbeitsgerichtli-

²²⁸ Vgl.: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 318; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671).

chen Beschlussverfahren und Einigungsstellenverfahren gezeigt hat,²²⁹ erhebliches Konfliktpotential für die Organmitglieder bergen. Schon deshalb soll es sich bei Auszubildenden und solchen Auszubildenden, die Mitglieder betriebsverfassungsrechtlicher Organe sind, um eigene Gruppen von Beschäftigten handeln, so dass eine unterschiedliche Behandlung bezüglich der Weiterbeschäftigungsverpflichtung gerechtfertigt wäre.²³⁰

Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden, weil sie verkennt, dass eine Unterscheidung danach, ob ein Beschäftigter neben seiner normalen Tätigkeit zusätzliche Aufgaben in Form eines betriebsverfassungsrechtlichen Mandats übernimmt, nicht automatisch dazu führen darf, dass er einer anderen Beschäftigtengruppe zuzuordnen ist.²³¹ Die Übernahme freiwilliger weiterer Aufgaben im Unternehmen, die neben der eigentlichen Ausbildungstätigkeit erfolgt, führt nicht dazu, dass die Person nicht mehr der Gruppe der Auszubildenden angehört. Mandatierte und nicht mandatierte Auszubildende sind beide weiterhin Mitglieder der Vergleichsgruppe der Auszubildenden.

Zwischen mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden besteht somit nicht ein so erheblicher Unterschied, der rechtfertigt, sie nicht als eine, sondern als unterschiedliche Gruppen aufzufassen.

cc Vergleich mit „normalen“ Beschäftigten

Gegen eine gemeinsame Gruppenbildung der normalen Beschäftigten mit den in Ausbildung befindlichen Mandatsträgern spricht, dass auf die verschiedenen Beschäftigungsverhältnisse unterschiedliche Gesetze, für die Auszubildenden vor allem das BBiG, Anwendung finden und für einige Beschäftigte darüber hinaus spezielle Kündigungsschutzvorschriften, wie z.B. § 15 KSchG, gelten.

Vor allem muss eine Vergleichbarkeit der Auszubildenden an sich mit den normalen Beschäftigten ausscheiden, weil sich andere Beschäftigungsverhältnisse deutlich von dem Ausbildungsverhältnis unterscheiden. Im Vordergrund der Ausbildung steht nicht die Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung, sondern die Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten.²³² Außerdem endet das Ausbildungsverhältnis in der Regel zum Ende der vorgesehenen Ausbildung, ohne dass es dazu einer Kündigung bedarf, während ein Beschäftigungsverhältnis eine ordentliche oder außerordent-

²²⁹ Siehe ausführlich zum Einigungsstellenverfahren: Wiesemann, Die Einigungsstelle als Einrichtung zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im Betriebsverfassungsrecht, S. 1 ff.; zum Beschlussverfahren z.B. Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 75, Rn. 1 ff.; Schwarze/Hartwig „Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren“ in JuS 2005 S. 998 ff., 1089 ff.

²³⁰ Vgl.: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 318; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671).

²³¹ Vgl.: So auch v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 452.

²³² So auch v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 452.

liche Kündigung notwendig macht. Für eine normierte Weiterbeschäftigung bestünde somit bei normalen Beschäftigten kein Bedarf, weil sie bereits durch das allgemeine Kündigungsschutzrecht ausreichend geschützt sind. Selbst wenn es sich bei dem anderen Beschäftigungsverhältnis ebenfalls um ein befristetes handeln sollte, führt dies aufgrund der Unterschiedlichkeit der zu erbringenden Leistung nicht dazu, dass beide als vergleichbar zu werten wären.

Eine Vergleichbarkeit der in Ausbildung befindlichen Mandatsträger mit „normalen“ Beschäftigten ist somit nicht gegeben.

dd Vergleich mit anderen Mandatsträgern

Da die Mandatsträger betriebsverfassungsrechtlicher Organe, mit Ausnahme der Auszubildenden, keinem dem § 78a BetrVG entsprechenden Schutz unterliegen, stellt sich die Frage, ob dies eine verbotene Ungleichbehandlung darstellt. Hier lässt sich bereits die genannte Unterscheidung zwischen Arbeits- und Ausbildungsverhältnissen anführen, um eine Vergleichbarkeit in Frage zu stellen.

(a) Vergleich mit unbefristet angestellten Betriebsratsmitgliedern

Des Weiteren benötigen unbefristet angestellte Betriebsratsmitglieder den Schutz des § 78a BetrVG nicht, weil sie durch den allgemeinen Kündigungsschutz sowie den besonderen Kündigungsschutz der §§ 15 KSchG, 102 BetrVG über einen ausreichenden Schutz verfügen. Dieser Schutz führt in Verbindung mit der unbefristeten Beschäftigung dazu, dass sie nicht in die dem § 78a BetrVG zugrunde liegende Situation der automatischen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gelangen können.

Eine Vergleichbarkeit der unbefristet angestellten Betriebsratsmitglieder mit den mandatierten Auszubildenden scheidet somit aus.

(b) Vergleich mit befristet angestellten Betriebsratsmitgliedern

Bei befristet Beschäftigten stellt sich die Situation anders dar. Da sie gem. § 8 BetrVG nach sechs Monaten Betriebszugehörigkeit auch passiv in betriebsverfassungsrechtliche Organe wählbar sind, ihr Beschäftigungsverhältnis jedoch gemäß § 15 TzBfG mit Ablauf der vereinbarten Zeit automatisch endet,²³³ endet ihre Mitgliedschaft mit dem Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses, ohne dass eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsratsmitglied besteht.²³⁴ Jedoch kann nicht eine Vergleichsgruppe zwischen den befristet beschäftigten Betriebsratsmit-

²³³ Vgl.: Müller-Glöge in ErfK, § 15 TzBfG, Rn. 1; Jousen in Boecken/Jousen, Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 15 TzBfG, Rn. 7 ff.

²³⁴ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (273).

gliedern und den mandatierten Auszubildenden gebildet werden. Neben den unterschiedlichen Beschäftigungsverhältnissen, dem Arbeits- und dem Ausbildungsverhältnis, spricht des Weiteren dagegen, dass es sich bei der Mitgliedschaft eines befristet Beschäftigten im Betriebsrat um eine Ausnahme handelt, während die Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretungen fast ausnahmslos Auszubildende sind, bei denen die Befristung sich aus dem BBiG ergibt.²³⁵

(c) Ergebnis

Auszubildende Mandatsträger sind mit Mandatsträgern, die in einem normalen Beschäftigungsverhältnis beschäftigt werden, nicht vergleichbar, weil eine gänzlich andere Beschäftigungsgrundlage besteht und die Befristung der Ausbildung immanent ist, während die Befristung im Beschäftigungsverhältnis im Allgemeinen und bei Mandatsträgern im Besonderen die Ausnahme darstellt.

ee Ergebnis

Eine Vergleichbarkeit der dem Schutz des § 78a BetrVG unterfallenden Auszubildenden ist lediglich mit anderen Auszubildenden des Betriebes gegeben, weil alleine die Übernahme betriebsverfassungsrechtlicher Tätigkeiten nicht ausreicht ist, um bei Mandatsträgern nicht mehr von Auszubildenden zu sprechen. Eine Vergleichbarkeit mit den übrigen Beschäftigten und Mandatsträgern besteht nicht. Sie muss ausscheiden, weil die zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse der Ausbildung bzw. Beschäftigung zu unterschiedlicher Natur sind. Nur gegenüber den anderen Auszubildenden müsste die Ungleichbehandlung durch § 78a BetrVG somit gerechtfertigt sein.

b. Vergleich privater und öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber

Fraglich ist ausserdem, ob die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG eine Ungleichbehandlung zwischen den Arbeitgeber darstellt, auf die diese Norm Anwendung findet, gegenüber solchen Arbeitgebern, die § 9 BPersVG unterliegen.

aa Ungleichbehandlung

(a) Ungleichbehandlung durch die Legislative

Problematisch ist, dass zuallererst festgestellt werden muss, dass die beiden in Frage stehenden Normen mit dem gleichen Sinn und Zweck geschaffen und infolgedessen fast wortgleich ausgestaltet wurden.²³⁶ⁱ Es stellt sich somit die Frage, ob und in welcher Form überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegen kann, weil sich diese nicht unmit-

²³⁵ Vgl.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681.

²³⁶ Siehe dazu die Gesetzestexte des § 78a BetrVG und des § 9 BPersVG im Anhang im Vergleich..

telbar aus dem Gesetzestext ergibt. Beiden Normen ist gemeinsam, dass sie in § 78a IV BetrVG bzw. § 9 IV BPersVG den unbestimmten Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden für den Arbeitgeber enthalten. Eine Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber ist somit ausgeschlossen.

(b) Unterschiedliche Auslegung der Unzumutbarkeit durch die Gerichte

Sollte eine unterschiedliche Anwendung oder Auslegung der Gesetze vorliegen, könnte dies zu einer Ungleichbehandlung durch die Rechtsprechung führen.

Es steht fest, dass verschiedene Landesarbeitsgerichte – das Bundesarbeitsgericht hatte hierüber noch nicht zu entscheiden – auf der einen Seite und das Bundesverwaltungsgericht auf der anderen Seite den Begriff der Unzumutbarkeit vor allem an einer Stelle konträr ausfüllen, namentlich bei der Frage, inwiefern Leistungskriterien der Auszubildenden eine Rolle spielen dürfen, d.h. ob ein Qualitätsvergleich zwischen Mandatsträgern und normalen Auszubildenden bei der Frage, wer weiterzubeschäftigen sei, angestellt werden darf. Während die verschiedenen Landesarbeitsgerichte in ständiger Rechtsprechung einen Leistungsvergleich zwischen den Auszubildenden ablehnen,²³⁷ ist ein solcher aufgrund des Art. 33 II GG, der allen Deutschen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Eignung garantiert, nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²³⁸ ausdrücklich zugelassen und sogar geboten. Dies führt hinsichtlich der Frage, ob der Mandatsträger zu übernehmen ist, in den verschiedenen Gerichtszweigen zu gegensätzlichen Ergebnissen, die auf den ersten Blick jedenfalls eine Ungleichbehandlung der Arbeitgeber darstellen.

(c) Ungleichbehandlung durch die Judikative

Als Grundrechtsadressat des Art. 3 I GG ist die Judikative als Form staatlicher Gewalt neben der Legislative und der Exekutive an den Gleichheitssatz gebunden.²³⁹ Grundsätzlich sollte deshalb davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit von den urteilenden Gerichten der Arbeits- und Verwaltungsgerichtsbarkeit gleich oder zumindest annähernd gleich beurteilt und ausgelegt werden.

Die Gerichte müssen zwar bei ihrer am Einzelfall orientierten Entscheidung nicht eine Rechtsprechungsgleichheit i.S. einer gerichtsübergreifend übereinstimmenden Rechtsanwendung gewährleisten, weil eine für sich verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung und Anwendung des Rechts nicht gegen Art. 3 I GG verstößt, wenn andere Ge-

²³⁷ Vgl: LAG Berlin vom 18.07.1995 in LAGE Nr. 8 zu § 78a BetrVG 1972; LAG Thüringen vom 27.03.1996 in LAGE Nr. 11 zu § 78a BetrVG 1972; LAG Hamm 21. 12.1992 in LAGE Nr. 6 zu § 78a BetrVG.

²³⁸ Vgl.: BVerwG vom 17.05.2000 in AP Nr. 15 zu § 9 BPersVG.

²³⁹ Vgl.: Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 9 ff.; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 46 ff.; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 282; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 37.

richte dieselbe Rechtsvorschrift in vergleichbaren Fällen anders auslegen.²⁴⁰ Jedoch kann der Gleichheitssatz verletzt sein, wenn eine einzelne Entscheidung die Bahnen organischer Fortentwicklung der Rechtsprechung so sehr verlässt, dass sie als objektiv willkürlich bezeichnet werden muss.²⁴¹ Willkürlich ist eine Entscheidung dabei nur dann, wenn sie unter Berücksichtigung der dem Grundgesetz immanenten Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher dem objektiven Betrachter der Schluss aufdrängen muss, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht.²⁴² Gerade im Bereich der Generalklauseln und der unbestimmten Rechtsbegriffe gibt es Auslegungsspielräume, die von den jeweiligen Fachgerichten ausgefüllt werden müssen. Die obersten Bundesgerichte sorgen als Revisionsgerichte für die Einheitlichkeit der ihnen unterstehenden Gerichtsbarkeit.²⁴³

Zu beachten ist, dass es sich bei den unterschiedlichen Entscheidungen nicht um Entscheidungen eines Gerichts, einer Instanz, noch nicht einmal eines Gerichtszweiges gehandelt hat, sondern um Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten zum einen und dem Bundesverwaltungsgericht zum anderen, die über unterschiedliche Normen zu urteilen hatten, welche sich auf unterschiedliche Arbeitgeber, private und öffentliche, bezogen. Die Auslegung der Unzumutbarkeit bezüglich unterschiedlicher Arbeitgeber durch verschiedene Instanzen unterschiedlicher Gerichtszweige lässt alleine schon an einer Willkür der Rechtsprechung deutliche Zweifel aufkommen. Außerdem stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeber, die dem § 78a IV BetrVG bzw. dem § 9 IV BPersVG unterliegen, überhaupt vergleichbar sind.

bb Vergleichbarkeit der Arbeitgeber des § 78a BetrVG bzw. des § 9 BPersVG

Der § 78a BetrVG ist wie das gesamte Betriebsverfassungsrecht nur auf Betriebe und Unternehmen privatrechtlicher Rechtsträger anwendbar, d.h. auf Betriebe, deren Inhaber entweder eine natürliche oder juristische Person oder eine Gesellschaft des Privatrechts sind. Er findet, wie es im Gesetzestext des § 130 BetrVG explizit heißt, keine Anwendung auf Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstiger Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Mit

²⁴⁰ Vgl. zur ständigen Rspr. des BVerfG nur: BVerfG vom 06.05.1987 in BVerfGE 75, S. 329 ff. (347).

²⁴¹ Vgl.: BVerfG vom 11.11.1964 in BVerfGE 18, S. 224 ff. (240).

²⁴² Vgl.: BVerfG vom 13.01.1987 in AP GG Art. 12 Nr. 59; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 38; Kannengießer in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3, Rn. 48.

²⁴³ Vgl.: Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 282.

dieser Ausklammerung zieht das Gesetz zugleich die Grenze zum Personalvertretungsrecht.²⁴⁴

Hingegen normiert § 9 BPersVG Regeln für Verwaltungen und Betriebsverwaltungen des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts und der Gerichte des Bundes. Somit werden von der Norm nur juristische Personen des öffentlichen Rechts und nicht solche des Privatrechts erfasst.²⁴⁵ Es ist somit eine lückenlose Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich der Personalvertretungsgesetze und dem BetrVG möglich, obwohl ansonsten die zu betrachtenden Sachverhalte ähnlich sein können.

Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitgeber sind so unterschiedlich, dass sie nicht innerhalb einer Vergleichsgruppe zu betrachten sind. Dies ist darin begründet, dass sie in unterschiedlichen Rechtsformen organisiert sind, zum einen nach privatrechtlichen Normen, zum anderen aufgrund öffentlich-rechtlicher Normen.

cc Ergebnis

Die unterschiedliche Auslegung der Unzumutbarkeit des § 78a BetrVG und des § 9 BPersVG durch die verschiedenen Fachgerichte stellt keine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 I GG dar, weil zum einen bereits eine Vergleichbarkeit der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Arbeitgeber nicht gegeben ist und zum anderen darüber hinaus die Gerichtsentscheidungen durch die verschiedenen Gerichtszweige nicht willkürlich ergangen sind.

c. Ergebnis

Zwar werden die Auszubildenden bei privatrechtlich und öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgebern hinsichtlich der Möglichkeit eines Leistungsvergleichs im Rahmen der Unzumutbarkeit der § 78a IV BetrVG bzw. § 9 IV BPersVG unterschiedlich seitens der Judikative behandelt, jedoch stellt dies keine Ungleichbehandlung der Arbeitgeber dar, weil bereits keine Vergleichbarkeit der privatrechtlich und öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgeber gegeben ist.

4. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der anderen Auszubildenden

Die festgestellte Ungleichbehandlung der mandatierten Auszubildenden gegenüber den nicht mandatierten Auszubildenden durch die gesetzliche Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG würde gemäß der dargestellten „neuen Formel“ nur dann

²⁴⁴ Vgl.: BAG vom 30.07.1987 in AP BetrVG 1972 § 130 Nr. 3; Annuß in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 130, Rn. 1 ff.; Kania in ErfK, § 130 BetrVG, Rn. 2.

²⁴⁵ Vgl.: Altvater/Hamer/Kröll/ Lemcke/Peiseler, BPersVG, § 1 BPersVG Rn. 1 e; Richardi in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 1, Rn. 3 ff.

nicht gegen Art. 3 I GG verstoßen, wenn sie durch ein legitimes Regelungsziel gerechtfertigt und verhältnismäßig wäre.²⁴⁶

a. Legitime Regelungsziele

Als Grund einer Ungleichbehandlung kann jede logische, nicht unsachliche Erwägung in Betracht kommen, die als Ziel einer Gesetzgebung herangezogen wird. Die Regelungsziele müssen nicht in der Weise verfassungsrechtlich begründet sein, dass nur ausdrücklich im Grundgesetz normierte Rechtfertigungsgründe zu einer Legitimation herangezogen werden dürfen. Vielmehr dürfen auch sonstige Regelungsziele wie z.B. wirtschafts-, sozial- oder beschäftigungs- oder allgemeine arbeitsmarktpolitische Ziele einbezogen werden.²⁴⁷

Es ist wesentliches Ziel und Zweck des § 78a BetrVG, für die ihm unterfallenden Organmitglieder die Unabhängigkeit und Verantwortung in der Amtsführung zu gewährleisten sowie die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Organs und eine kontinuierliche Arbeit des Organs auch über die Zeit der Ausbildung hinaus sicherzustellen. Außerdem soll durch den besonderen Schutz das Engagement der Auszubildenden in Betriebsverfassungsorganen gefördert werden.²⁴⁸

Auf das rein private Interesse des Auszubildenden an seiner Weiterbeschäftigung kann es, wie bereits dargestellt, aufgrund von § 78 BetrVG nicht ankommen.²⁴⁹ Alle diese Regelungsziele sind Ausfluss des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 I GG und sollen dieses verfassungsrechtliche Grundprinzip im Rahmen der Betriebsverfassung für die mandatierten Auszubildenden gewährleisten.

Ein grundsätzlich legitimes verfassungsimmanentes Regelungsziel ist somit durch Ziel und Zweck des § 78a BetrVG gegeben. Die Norm kann folglich Grundlage einer unterschiedlichen Behandlung der Mandats- und Nichtmandatsträger in Bezug auf deren Weiterbeschäftigung sein.

²⁴⁶ Vgl.: Schmidt in ErfK, Art. 3 GG, Rn. 3; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 25; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 14.

²⁴⁷ Vgl.: BAG vom 19.04.1990 in AP KSchG 1969 § 23 Nr. 8.

²⁴⁸ Vgl.: BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 1; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 308, Rn. 181.; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff. (1463); Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 2; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (272); Bengelsdorf, „Die gesetztes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (538); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (670).

²⁴⁹ So auch: Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1527).

b. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Auch bei einem Vorliegen eines legitimen Regelungsziels darf § 78a BetrVG nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu Lasten Dritter führen.

Zwar hat der Gesetzgeber bei der Erreichung des Regelungsziels weitgehende Freiheiten und muss nicht den zweckmäßigsten, vernünftigsten oder gerechten Weg wählen, um das gewünschte Regelungsziel zu erreichen.²⁵⁰ Dieser Gestaltungsspielraum kann grundsätzlich eine längere Bindungsdauer eines bestehenden Arbeitsvertrages, z.B. durch den besonderen Kündigungsschutz i.S.d. § 15 KSchG oder des MuSchG bewirken. Aus dem gleichen Grund ist auch die selbständige Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses gem. § 78a BetrVG denkbar.²⁵¹ Jedoch sind auch hier, ähnlich wie bei den Freiheitsrechten, die Grundrechte Dritter zu berücksichtigen und es ist zu versuchen, die Ziele einer Norm auf dem für Dritte möglichst am wenigsten beschränkenden Weg zu erreichen. Das bedeutet, eine alternative Zielerreichung ist dann vorzuziehen, wenn dadurch erreicht werden kann, dass betroffene Dritte einem geringeren Eingriff in ihre Grundrechte ausgesetzt sind.²⁵²

Vorliegend ist durch die Ungleichbehandlung vor allem das Grundrecht der Berufsfreiheit der anderen Auszubildenden aus Art. 12 GG betroffen, weil ihnen die Weiterbeschäftigung trotz besserer Leistungen versagt werden muss, wenn ein mandatiertes Auszubildender seine Weiterbeschäftigung verlangt hat und nicht ausreichend Beschäftigungsplätze im Betrieb zur Verfügung stehen. Eine Weiterbeschäftigung besser benoteter Auszubildender wäre in diesem Fall ausgeschlossen.

Fraglich ist deshalb vor allem, ob die Ziele auch durch weniger einschneidende Regelungen zu Lasten der anderen Auszubildenden hätten erreicht werden können. So wäre die Zielerreichung zum Beispiel auch möglich, indem der Gesetzgeber die Weiterbeschäftigung der Mandatsträger nur dann anordnet, wenn diese in der Abschlussnote der Ausbildung zumindest die gleiche Leistung erbracht hätten wie ein Nichtmandatsträger. Dies wäre z.B. denkbar, wenn der Zumutbarkeitsbegriff des § 78a IV BetrVG insoweit konkreter ausgestaltet worden wäre. Wäre dies der Fall, würde die Abwägung des Arbeitgebers, welche Auszubildenden er im Anschluss an das Ausbildungsverhältnis übernehmen will, nach rein objektiven Maßstäben möglich und eine Schlechterstellung der Mandatsträger wäre ausgeschlossen.

²⁵⁰ Vgl.: BVerfG vom 19.02.1991 in BVerfGE 83, S. 395 ff. (401).

²⁵¹ Vgl.: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 368.

²⁵² Vgl.: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 27; Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 26 ff.

Weiter wäre denkbar, dass die Gerichtsbarkeit den Begriff der Unzumutbarkeit anhand der Auslegung auf Fälle erweitert, in denen ein Notenunterschied zwischen Mandatsträger und einem anderen Auszubildenden besteht. Eine solche Berücksichtigung der Qualifikation oder der bisherigen Leistung des Auszubildenden ist im Zusammenhang der Zumutbarkeitsprüfung nach bisher h.M. jedoch nicht statthaft.²⁵³ Diese enge Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffs berücksichtigt den verfassungsrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG nur ungenügend, weil sie dazu führen kann, dass der Arbeitgeber bei der Beendigung der Auszubildendenverhältnisse einen deutlich besser qualifizierten anderen Auszubildenden oder Bewerber nicht berücksichtigen könnte, wenn nur ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht. In solchen Fällen, gerade wenn der Notenunterschied immanent ist, muss die Sicherstellung einer unabhängigen und effektiven betriebsverfassungsrechtlichen Amtsausübung hinter dem Gleichbehandlungsgebot zurückweichen und die Unzumutbarkeit i.S.d. § 78a BetrVG muss dementsprechend im Lichte des Grundrechts anderer Auszubildender weit ausgelegt werden können.²⁵⁴

Bei Verletzung der weiten Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffs wäre der § 78a BetrVG verfassungswidrig, weil er das Recht auf Gleichbehandlung der anderen Auszubildenden aus Art. 3 I GG in unzulässiger Weise einschränken würde und dies im Ergebnis zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in die Berufsfreiheit führt.

c. Ergebnis

Eine Besserstellung der Mandatsträger kann darin begründet sein, dass sie die aufgrund des Sozialstaatsprinzips gebotene funktionierende Betriebsverfassung gewährleistet. Die Ungleichbehandlung der Auszubildenden gegenüber dem in Ausbildung befindlichen Mandatsträger ist jedoch nicht durch das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt, solange der Begriff der Unzumutbarkeit in der Form ausgelegt werden kann und ausgelegt wird, dass eine deutlich bessere Ausbildungsnote nicht dazu führt, dass bei geplanten Übernahmen eigener Auszubildender eine Weiterbeschäftigung der besser qualifizierten Auszubildenden sichergestellt ist. Sollte entgegen der besseren Leistung und Qualifikation ein Mandatsträger nur aufgrund des Mandats weiterbeschäftigt werden müssen, stellt dies eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 I GG dar.

²⁵³ Vgl.: LAG Berlin vom 18. 7. 1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8; LAG Hamm vom 21. 10. 1992 in BB 1993, 294, Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 64.

²⁵⁴ So im Ergebnis auch Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1530).

5. Ergebnis

Entgegen der herrschenden Meinung der Literatur ist § 78a BetrVG im Lichte der Gleichbehandlung des Art. 3 I GG kritisch zu sehen. Die Norm führt in der derzeitigen Fassung und bei der derzeitigen gerichtlichen Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffes dazu, dass selbst dann, wenn eine Nichtweiterbeschäftigung eines Mandatsträgers bei gleichzeitiger Weiterbeschäftigung eines anderen Auszubildenden mit deutlich besseren Ausbildungsergebnissen geplant ist, dies dem Arbeitgeber verwehrt wird. Eine solche Bevorzugung des Mandatsträgers, der nach rein objektiven Maßstäben nicht zu übernehmen wäre, stellt eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der übrigen Auszubildenden dar. Diese Verfassungswidrigkeit lässt sich in der praktischen Anwendung nur dann vermeiden, wenn eine verfassungskonforme weite Auslegung des Begriffs der „Zumutbarkeit“ in § 78a IV 1 BetrVG erfolgt, so dass ein Leistungs- und Qualitätsvergleich zwischen verschiedenen Auszubildenden eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des schlechteren Auszubildenden begründen kann.

G. Zusammenfassung

Der § 78a BetrVG stellt mit seiner Weiterbeschäftigungsverpflichtung einen tief greifenden Eingriff in die Grundrechte der Arbeitgeber dar, weil § 78a BetrVG ein neues Beschäftigungsverhältnis des Auszubildenden nach Abschluss des ursprünglichen Ausbildungsverhältnisses ohne den Willen des Arbeitgebers begründet und nicht nur dessen Inhalt ausgestaltet.

Zum einen liegt ein Eingriff in die durch Art. 12 I 1 GG geschützte Privatautonomie des Arbeitgebers vor, weil diesem gegen seinen ausdrücklichen Willen ein Beschäftigungsverhältnis mit dem ehemaligen Auszubildenden auferlegt wird. Wenn man nicht bereits diesen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers an sich als verfassungswidrig ansehen möchte, dann kann ein solcher Eingriff nur gerechtfertigt werden, wenn dadurch die Sicherung eines unabhängigen Mandates der betriebsverfassungsrechtlichen Organmitglieder als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 I GG gewährleistet werden soll. Aber auch bei Vorliegen dieses Schutzzwecks und -ziels darf § 78a BetrVG nicht zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung oder gar einem Ausschluss der Privatautonomie des Arbeitgebers führen.

Des Weiteren muss der dem § 78a IV BetrVG – über die Prüfung der Unzumutbarkeit – innewohnende Schutz der Verhältnismäßigkeit in besonderem Umfang beachtet werden. Die Norm muss in der Form verfassungsgemäß ausgelegt werden, so dass das verfassungsgemäß geschützte Grundrecht der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit des

Arbeitgebers so weit wie nur möglich erhalten bleibt. Dies kann nur dann erfolgen, wenn der Begriff der „Unzumutbarkeit“ weit ausgelegt wird und sich auch auf die Leistungsfähigkeit der Auszubildenden erstreckt. Aus Art. 3 GG folgt zudem, dass im Rahmen einer Unzumutbarkeitsüberprüfung ein Qualitätsvergleich mandatierter und nicht mandatierter Auszubildender erfolgen muss, wenn die Leistung der Auszubildenden objektiv weit auseinander fällt, wie dies auch im Rahmen des § 9 BPersVG zu geschehen hat.²⁵⁵

III. Persönlicher Schutzbereich des § 78a BetrVG

Durch § 78a BetrVG werden nur Auszubildende geschützt, die Mitglied von Betriebsverfassungsorganen, d.h. des Betriebsrats, der Jugend- oder Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrats, sind. Voraussetzung ist somit zum einen die rechtliche Einordnung des Beschäftigten als Auszubildender oder rechtlich Gleichgestellter und zum anderen die Mitgliedschaft in einem der genannten betriebsverfassungsrechtlichen Organe. Ferner kann es sich wegen der Voraussetzung der aktiven und passiven Wahlberechtigung zu diesen Gremien nur um volljährige Auszubildende handeln.²⁵⁶ Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der Jugend- oder Auszubildendenvertretung, zu der auch Minderjährigen ein Wahlrecht zusteht.²⁵⁷

A. Auszubildender

Geschützt werden gemäß dem Gesetzeswortlaut des § 78a BetrVG lediglich Auszubildende, ohne dass im BetrVG der Begriff des Auszubildenden selbst gesetzlich definiert oder auf die Definition eines anderen Gesetzes verwiesen wird.²⁵⁸ Die deutsche Rechtsordnung verwendet den Begriff des Auszubildenden in den verschiedenen Gesetzen nicht einheitlich, so dass keine allgemein gültige Definition vorliegt, auf die nachfolgend zurückgegriffen werden kann. Vielmehr erhält der Begriff des Auszubildenden je nach dem Schutzzweck des ihn verwendenden Gesetzes eine unterschiedliche Bedeutung.²⁵⁹ Insbesondere ist der Auszubildendenbegriff des BBiG nicht grundsätzlich mit den verschiedenen Verwendungen im BetrVG identisch,²⁶⁰ so dass für die vorliegende Arbeit eine eigene Definition des Auszubildenden i.S.d. § 78a BetrVG erfolgen muss.

²⁵⁵ Vgl.: § 9 BPersVG das BVerwG vom 01.11.2005 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 40; 17. 5. 2000 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 36 oder vom 09.09.1999 in AP § 9 BPersVG Nr. 14.

²⁵⁶ Vgl.: Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 308, Rn. 181.

²⁵⁷ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 61 BetrVG, Rn. 2; Rose in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 61 Rn. 2; Richardi/Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 61 a, Rn. 7; Rotermund; Die Interessenwahrnehmung durch Jugendliche und Auszubildende in der Betriebsverfassung, S. 51 ff.

²⁵⁸ So explizit: hierzu BAG vom 01.12.2004 in NZA 2005, S. 779 ff. (780); vgl. auch: Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 1; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 3.

²⁵⁹ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 12.

²⁶⁰ Vgl.: Opolony in Taschenbuch Berufsbildungsrecht, Rn. 14; Moderegger „Jugend und Auszubildendenvertretung“ in ArbRB 2002, S. 339 ff. (340).

Darüber hinaus finden in der modernen Arbeitswelt neben dem klassischen Ausbildungsverhältnis auch andere Beschäftigungs- und Anstellungsverhältnisse Verwendung, die einem Ausbildungsverhältnis ähnlich sind bzw. bestimmte Bestandteile davon aufweisen. Für diese muss ebenfalls festgestellt werden, ob sie als Ausbildungsverhältnis i.S.d. § 78a BetrVG anzusehen sind oder diesem Paragraphen und seiner weitreichenden Rechtsfolge nicht unterfallen.

1. Berufsausbildungsverhältnis i.S.d. BBiG

In § 78a BetrVG werden die Begriffe „Auszubildender“ und „Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses“ verwendet, während z.B. § 5 I BetrVG von „zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten“ spricht. Hieraus wird sowohl in Rechtsprechung als auch in der Literatur gefolgert, dass die Definition des Auszubildenden in § 78a BetrVG nicht mit der des § 5 I BetrVG übereinstimmt sondern sich an der Begriffsbestimmung des BBiG zu orientieren habe, ohne mit dieser jedoch vollkommen identisch zu sein.²⁶¹

a. Auszubildender i.S.d. § 3 I BBiG

Auszubildender i.S.d. § 78a BetrVG ist somit zumindest auch, wer nach Maßgabe der §§ 3 ff. BBiG in einem Berufsausbildungsverhältnis steht, in dem die für den Ausbildungsberuf notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse in einem geordneten Ausbildungsgang vermittelt werde,²⁶² der grundsätzlich im dualen System erfolgt, d.h. sowohl die betriebliche Ausbildung im Unternehmen als auch die schulische Ausbildung in einer Berufsschule umfasst.²⁶³

Auf die Dauer des Ausbildungsverhältnisses kommt es grundsätzlich nicht an.²⁶⁴ Jedoch ergibt sich die Ausbildungszeit aus den verschiedenen Ausbildungsordnungen. In der Praxis sind Ausbildungsdauern zwischen zwei und dreieinhalb Jahren üblich, wobei sich die Ausbildungsdauer an den Vorkenntnissen und der Schulbildung der Auszubildenden und den zu erwerbenden Kenntnissen und Fähigkeiten orientiert.²⁶⁵

²⁶¹ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 78a Nr. 10; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 12; Richardi/Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 4; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 1; Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (429).

²⁶² Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 14; Moderegger „Jugend und Auszubildendenvertretung“ in ArbRB 2002, S. 339 ff. (340).

²⁶³ Vgl. zur dualen Berufsausbildung in Deutschland: Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition?, S. 17 ff.

²⁶⁴ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10.

²⁶⁵ Vgl.: Schlachter in ErfK, § 21 BBiG, Rn. 2; Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition?, S. 24.

b. Erfordernis eines staatlich anerkannten Ausbildungsberufes

Weder aus den §§ 3 ff BBiG noch aus § 78a BetrVG ergibt sich, dass die Ausbildung in einem staatlich anerkannten Ausbildungsberuf zu erfolgen hat. Somit gilt § 78a BetrVG nicht nur für die nach §§ 4 ff. BBiG staatlich anerkannten Ausbildungsberufe, sondern auch für Ausbildungsverhältnisse auf Grund tariflicher Regelungen, für die aber eine mindestens zweijährige Ausbildung erforderlich ist.²⁶⁶

2. Anderweitige Beschäftigungsverhältnisse

Beschäftigte, die in einem anderen Vertragsverhältnis i.S.d. § 26 BBiG angestellt sind, können nur dann den Schutz des § 78a BetrVG in Anspruch nehmen, wenn sie vom Arbeitgeber eingestellt worden sind, um berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben.²⁶⁷ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist hierfür Voraussetzung, dass nach dem Beschäftigungsvertrag oder nach tariflichen Vorschriften ein geordneter Ausbildungsgang festgeschrieben ist und das Beschäftigungsverhältnis mindestens zwei Jahre andauert.²⁶⁸

a. Volontärsverhältnisse

Volontäre²⁶⁹ oder Redaktionsvolontäre sind zwar als Arbeitnehmer i.S.d. §§ 5 I, 6 BetrVG in einem Unternehmen beschäftigt, jedoch grundsätzlich nicht zur Berufsausbildung. Auf ihre Vertragsverhältnisse können jedoch über § 26 BBiG die Vorschriften der §§ 10-23 und 25 BBiG Anwendung finden.²⁷⁰ Dafür kommt es auf die Gewichtung der vertraglich begründeten Pflichten bei der tatsächlichen Vertragsdurchführung an, denn nur wenn der Lernzweck und nicht die reine Arbeitsleistung im Vordergrund des Volontariats steht, kann § 26 BBiG Anwendung finden.²⁷¹

²⁶⁶ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 78a Nr. 10; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 3; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.6; Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (158); Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 1.

²⁶⁷ Vgl.: Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 2; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 6.

²⁶⁸ Vgl.: BAG vom 01.12.2004 in NZA 2005, S 779 ff. (780); Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 3; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 6.

²⁶⁹ Siehe zur Definition, den Einsatzgebieten und zum Entgelt bei Volontären: Maties, „Generation Praktikum - Praktika, Einfühlungsverhältnisse und ähnliche als umgangene Arbeitsverhältnisse“ in RdA 2007, S. 135 ff. (144); Nebeling/Dippel, „Praktikanten, die besseren Arbeitnehmer?!“ in NZA-RR 2004, S. 617 bis 622 oder auch Horstmeier, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse, S. 62 ff.

²⁷⁰ Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 26 BBiG, Rn. 21 ff.; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 14.

²⁷¹ Vgl.: BAG vom 01. 12. 2004 in NZA 2005, S. 779 ff. (180); Knopp/Kraegeloh, Berufsbildungsgesetz, § 26, Rn. 4; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 7; Horstmeier, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse, S. 63.

aa Direkte Anwendung des § 78a BetrVG

Bezüglich der Rechtsstellung von Volontären hinsichtlich des § 78a BetrVG ist nach den dargestellten Grundsätzen zu unterscheiden, ob sie primär eingestellt sind, um beruflich weiter ausgebildet zu werden, somit im Betrieb berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten erwerben sollen, oder ob das Beschäftigungsverhältnis eine vollwertige Arbeitsleistung vorsieht. Außerdem ist entscheidend, ob ein geordnetes Ausbildungsverhältnis von mindestens 24 Monaten besteht.²⁷²

Die §§ 4 ff. BBiG und somit auch § 78a BetrVG finden folglich keine Anwendung, wenn vertraglich oder kollektivrechtlich kein bestimmter Ausbildungsgang mit feststehenden Lehrinhalten oder keine mindestens zweijährige Dauer des Volontariates vorgeschrieben ist.²⁷³ Somit gilt § 78a BetrVG nicht für die Volontäre, die vorrangig ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringen und denen nach den allgemeinen Grundsätzen keine Ausbildung zugute kommt,²⁷⁴ weil sie in den Redaktionen eher wie ein normaler Redakteur ihre Arbeit verrichten und darüber hinaus keine klassische duale Ausbildung schulischer und betrieblicher Natur genießen. Diesbezüglich wird vertreten, dass die genannten Voraussetzungen zumindest auf den Tarifvertrag für Redaktionsvolontäre bei Tageszeitungen vom 01.09.1969 zutreffen, weil dieser sowohl hinsichtlich der Dauer als auch des Inhalt des Volontariats den Anforderungen einer Ausbildung entsprechen würde.²⁷⁵

Da die Volontariatstätigkeit nicht zwingend in einem geordneten dualen Ausbildungsgang zu erfolgen hat, die Dauer des Volontariats von den Parteien frei vereinbart werden kann²⁷⁶ und in der Praxis zwischen sechs Monaten und zwei Jahren variiert, erstreckt sich § 78a BetrVG nur in wenigen Ausnahmefällen auf Volontäre.²⁷⁷

²⁷² Vgl.: BAG vom 01.12.2004 in NZA 2005, 779 ff. und BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 11; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 36; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 761; Horstmeier, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse, S. 66.

²⁷³ So explizit das BAG vom 17.08.2005 in NZA 2006, S. 624; siehe auch Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 3.

²⁷⁴ Vgl.: BAG vom 01.12.2004 in NZA 2005, S. 779 ff. (780); LAG Köln vom 23.02.2000 in AiB 2000, S. 53 ff. (53); Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 6; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 36; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 7.

²⁷⁵ So z.B. Fitting Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 6, Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn. 16 oder Blanke „Nochmals: Sind Redaktionsvolontäre Tendenzträger?“ in AiB 1983, S. 30 ff. (31); Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 36.

²⁷⁶ So auch Pielsticker S. 16 ff.; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 26 BBiG, Rn. 23.

²⁷⁷ So auch Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 760.

bb Entsprechende Anwendung des § 78a BetrVG

Auch eine entsprechende Anwendung der Norm auf Volontäre kommt nicht in Betracht,²⁷⁸ weil der Gesetzgeber dies hätte ausdrücklich anordnen können und müssen. Vor dem Hintergrund des § 26 BBiG, in dem bei bestimmten Voraussetzungen eine Gleichstellung ausbildungsähnlicher Rechtsverhältnisse mit Berufsausbildungsverhältnissen normiert worden ist, kann eine entsprechende Anwendung des § 78a BetrVG nicht erfolgen.²⁷⁹

cc Ergebnis

In der Mehrzahl der Fälle kann § 78a BetrVG seinen Schutz somit in der Praxis nicht auf Volontäre erstrecken. Dies und die nicht große betriebliche Bedeutung von Volontärsverhältnissen im Zusammenhang mit § 78a BetrVG zeigen sich in der geringen Anzahl von diesbezüglichen Streitigkeiten vor den Arbeitsgerichten.

b. Fortbildungsverhältnis

Durch die berufliche Fortbildung soll ein Arbeitnehmer gemäß §§ 1 IV, 53 ff BBiG seine beruflichen Handlungsfähigkeiten und Kenntnisse erhalten, anpassen oder erweitern sowie die Möglichkeit erhalten, durch erweiterte Kenntnisse oder Fähigkeiten beruflich aufzusteigen.²⁸⁰ Solche Fortbildungsverhältnisse können nur dann als Ausbildungsverhältnisse i.S.d. § 78a BetrVG angesehen werden, wenn sie den Kriterien eines geordneten Ausbildungsganges genügen.

aa Integrierte Fortbildungsverhältnisse

Da Fortbildungsverhältnisse grundsätzlich als sogenannte integrierte Fortbildungsverhältnisse in bestehenden Arbeitsverhältnissen und nicht in separaten Ausbildungsverhältnissen geregelt werden,²⁸¹ unterfallen sie nicht dem Schutzbereich des § 78a BetrVG,²⁸² wenn nach dem Inhalt oder dem zeitlichen Umfang im Vordergrund des Beschäftigungsverhältnisses die ursprüngliche arbeitsvertragliche Leistungsverpflichtung

²⁷⁸ Vgl.: BAG vom 17.08.2005 in NZA 2006, S. 624 und BAG vom 01.12.2004 in NZA 2005, S. 779; Schiefer, „Die Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreuz, S. 429 ff. (432).

²⁷⁹ Vgl.: Lorenz in Düwell, Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 1; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 14; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 2; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1330); Pielsticker, S. 16 ff.; Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; a.A. Becker-Schaffner „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2648); Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 4; kritisch dazu Schirge, „Auszubildender im Sinne des § 78a BetrVG“ in AiB 2001, S. 53 ff. (54), die ausführt, dass wegen der Zunahme von untypischen Ausbildungsverhältnissen § 78a BetrVG auch diese berücksichtigen müsste.

²⁸⁰ Vgl.: Benecke in Benecke/Hergenröder, Berufsbildungsgesetz, § 53 BBiG, Rn. 2 ff.; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 53 BBiG, Rn. 1 ff.

²⁸¹ So auch Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 6.

²⁸² Vgl.: Kreuz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 20; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 6; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 2; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 6.

und nicht das Fortbildungsverhältnis steht. Außerdem kann bei innerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses durchgeführten Fortbildungen § 78a BetrVG keine Geltung erlangen, weil der Beschäftigte sonst nach Abschluss der Fortbildung einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der angestrebten qualifizierten Form hätte.²⁸³ Eine solche Garantie auf beruflichen Aufstieg innerhalb eines Arbeitsverhältnisses kann es nicht zuletzt aufgrund von § 78 BetrVG nicht geben, weil dies eine ungerechtfertigte Begünstigung und Privilegierung darstellen würde.²⁸⁴ Des Weiteren unterliegen solche Fortzubildenden als normale Beschäftigte bereits dem Schutz der §§ 15 KSchG und 103 BetrVG.

Jedoch wird der Arbeitgeber versuchen, den Fortzubildenden entsprechend seiner erworbenen Qualifikation innerhalb des Betriebes einzusetzen, so dass sich die Problematik des erzwungenen betrieblichen Aufstiegs in der betrieblichen Praxis selten stellen wird.

bb Isolierte Fortbildungsverhältnisse

Bei Mandatsträgern in einem den allgemeinen Anforderungen unterfallenden isolierten Berufsfortbildungsverhältnis, d.h. unabhängig von einem sonstigen Arbeitsverhältnis, kann bezüglich der Garantie eines beruflichen Aufstieges nichts anderes gelten. Auch dies würde eine ungerechtfertigte Begünstigung und Privilegierung der Mandatsträger gegenüber anderen Beschäftigten darstellen, die der Wertung des § 78 BetrVG widersprechen würde.²⁸⁵ Außerdem genügen isolierte Fortbildungsverhältnisse meist nicht den allgemeinen Anforderungen, die an eine Ausbildung gestellt werden, weil sie in der Regel deutlich unter 24 Monate andauern. Jedoch stellt sich die Problematik einer Übernahmeverpflichtung in diesen Fällen in der Praxis nur in Ausnahmefällen, weil der Arbeitgeber ein eigenes Interesse daran hat, den ihm bekannten Fortzubildenden - gerade in Zeiten bestehenden und weiter anstehenden Fachkräftemangels - länger an seinem Betrieb zu binden und ihn somit nach Abschluss der Fortbildung zu übernehmen.²⁸⁶

ac Ergebnis

Fortbildungsverhältnisse sind nicht als Auszubildendenverhältnisse i.S.d. § 78a BetrVG anzusehen, so dass die Fortgebildeten keine Beschäftigung aufgrund eines Weiterbe-

²⁸³ Vgl.: Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (433); a.A. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 19; Weigand in GK-KR, § 78a, Rn. 10 mit der Begründung, dass § 78a BetrVG einen umfassenden Schutz vor beruflichen Nachteilen bezwecke.

²⁸⁴ So auch Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 38; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1330).

²⁸⁵ a.A. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 18.

²⁸⁶ So auch Pielsticker S. 16; Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Mittelstandsreport 2009, S. 16.

schäftigungsverlangens erhalten können. Jedoch werden sie von den Arbeitgebern meist aus Eigeninteresse übernommen.

c. Umschulungsverhältnis

Auch Umschüler unterliegen grundsätzlich nicht dem persönlichen Schutzbereich des § 78a BetrVG. Dies liegt darin begründet, dass das Umschulungsverhältnis kein Ausbildungsverhältnis ist,²⁸⁷ sondern gemäß den §§ 1 V, 58 ff BBiG zu einer anderen beruflichen Tätigkeit befähigen soll. Jedoch kann ein Umschüler nach h.M. der Literatur²⁸⁸ dann den Schutzbereich des § 78a BetrVG fallen, wenn er gemäß § 60 BetrVG für einen anerkannten Ausbildungsberuf umgeschult wird und vom Arbeitgeber eingestellt worden ist, um berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben.²⁸⁹ Dies ist in diesen Fällen nur konsequent, weil es sich bei einem solchen Umschüler um einen Beschäftigten handelt, der einem Auszubildenden i.S.d. BBiG gleichzustellen ist. Er muss bei seinen Tätigkeiten und in seinen Prüfungen den gleichen Anforderungen genügen wie ein Auszubildender. Dies ergibt sich auch aus den §§ 58 ff BBiG.

d. Praktikantenarbeitsverhältnis und Trainees

Da in der betrieblichen Praxis zunehmend den vermehrt verschulten Hochschulsystemen mit immer geringeren freiwilligen praktischen und betrieblichen Anteilen oder dualen Studiengängen²⁹⁰ Rechnung getragen werden muss, indem auch nach Abschluss des Studiums Absolventen durch Praktikanten- oder Traineeprogramme auf den beruflichen Alltag vorbereitet werden, gewinnt die Frage, ob § 78a BetrVG auch auf diese speziellen Beschäftigungsverhältnisse Anwendung findet, ständig an Bedeutung.²⁹¹

aa. Trainees

Bei den Trainees²⁹² handelt es sich um Hochschulabsolventen, die von einem Arbeitgeber im Betrieb als Nachwuchsführungskraft oder Fachkraft aufgebaut werden sollen, um

²⁸⁷ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 7.

²⁸⁸ Vgl. hierzu z.B. Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 2; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 16; Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsververtretung“ in AiB 1990, 219 f (219); Wiencke, S. 19.

²⁸⁹ a.A.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 2, der ohne Begründung ausführt, dass § 78a überhaupt nicht auf Umschulungsverhältnisse in anerkannte Ausbildungsverhältnisse anzuwenden sei.

²⁹⁰ Siehe zu den dualen Studiengängen ausführlich: Natzel „Duale Studiengänge - arbeitsrechtliches Neuland?“ in NZA 2008, S. 567 ff. (567 ff.); Koch-Rust/Rosentreter, „Rechtliche Gestaltung der Praxisphase bei dualen Studiengängen“ in NZA 2009, S. 3005 ff. (3005 ff.)

²⁹¹ So auch Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn. 2.

²⁹² Eine gute Übersicht über die tatsächliche und rechtliche Ausgestaltung der Traineeprogramme gibt: Maties, „Generation Praktikum - Praktika, Einfühlungsverhältnisse und ähnliche als umgangene Arbeitsverhältnisse“ in RdA 2007, S. 135 ff. (138).

später eine Fach- oder Führungsposition übernehmen zu können.²⁹³ Trainees sind zwar Arbeitnehmer,²⁹⁴ bei denen sich die Entgeltverpflichtung aus den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundlagen, d.h. dem Arbeitsvertrag und eventuell tarifvertraglichen Verpflichtungen, ergibt,²⁹⁵ jedoch unterfallen sie nicht dem Schutz des § 78a BetrVG.²⁹⁶

Unter Zugrundelegung der dargestellten allgemeinen Grundsätze stellt sich ein Traineeprogramm nicht als eine einer Ausbildung vergleichbare Konstellation dar, weil der Zweck der Beschäftigung nicht darin liegt, berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben. Der Zweck der Traineeprogramme besteht zwar unstreitig auch im Erlernen von neuem praktischem Wissen, jedoch handelt es sich hierbei nicht um den überwiegenden Teil des Arbeitsverhältnisses. Da der Trainee umfangreiche theoretische Kenntnisse bereits durch die Universität vermittelt bekommen hat und diese in der betrieblichen Praxis anwenden kann und auch soll, steht der Austauschcharakter von Arbeitsleistung und Entgelt im Vordergrund der Tätigkeit während das den etwaige Erlernen weiterer Fähigkeiten deutlich zurücktritt.²⁹⁷ Außerdem umfassen sich die Traineeprogramme in den seltensten Fällen einen Zeitraum, der die erforderlichen zwei Jahre erreicht.

bb. Praktikantenarbeitsverhältnis

Auch Praktikanten²⁹⁸ genießen größtenteils nicht dem Schutz des § 78a BetrVG.²⁹⁹ Sie werden in Betrieben tätig, um praktische Kenntnisse und Erfahrungen zur Vorbereitung auf die Ausübung des Berufes zu erwerben, weil diese Qualifikationen z.B. für die Aufnahme eines Studiums eine Voraussetzung darstellen oder dessen zwingenden Bestandteil bilden.³⁰⁰

Wie bei Volontären kann § 78a BetrVG nur dann Anwendung finden, wenn sich aus einer konkreten einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Normierung ergibt, dass zwischen dem Praktikanten und dem Arbeitgeber ein Vertragsverhältnis i.S.d. § 26 BBIG

²⁹³ So auch Maties, „Generation Praktikum - Praktika, Einfühlungsverhältnisse und ähnliche als umgangene Arbeitsverhältnisse“ in RdA 2007, S. 135 ff. (141).

²⁹⁴ Davon scheint zumindest das BAG auszugehen: BAG vom 12.05.2005 in AP Nr. 145 zu § 102 BetrVG 1972.

²⁹⁵ Vgl.: Maties, „Generation Praktikum - Praktika, Einfühlungsverhältnisse und ähnliche als umgangene Arbeitsverhältnisse“ in RdA 2007, S. 135 ff. (141).

²⁹⁶ So auch Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (434).

²⁹⁷ Vgl.: Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (434).

²⁹⁸ Eine gelungene Übersicht über die tatsächliche und rechtliche Ausgestaltung von Praktikantenverhältnissen gibt: Maties, „Generation Praktikum - Praktika, Einfühlungsverhältnisse und ähnliche als umgangene Arbeitsverhältnisse“ in RdA 2007, S. 135 ff. (138).

²⁹⁹ Vgl.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1330).

³⁰⁰ Vgl.: Hirdina in „Rechtsfragen zur Kündigung eines Praktikumsvertrages“ in NZA, 2008 S. 916 ff. (916); Knopp/Kraegeloh, Berufsbildungsgesetz, § 26, Rn. 3; Horstmeier, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse, S. 48 ff.

vereinbart worden ist.³⁰¹ Unterliegt ein Praktikum wie andere ausbildungsähnliche Vertragsverhältnisse, dem BBiG, erfasst § 78a BetrVG auch dieses Praktikumsverhältnis.³⁰² Dies ist jedoch ausgeschlossen, wenn ein Praktikum im Rahmen der universitären oder schulischen Ausbildung absolviert wird, weil solche Vertragsverhältnisse nicht dem Berufsbildungsgesetz unterfallen, sondern der Studenten- bzw. Schülerstatus auch während der Zeit im Unternehmen maßgebend bleibt.³⁰³ Für studentische Praktika wird dies nunmehr auch durch § 3 II Nr. 1 BBiG ausdrücklich normiert.³⁰⁴

Außerdem ist es sehr unwahrscheinlich, dass ein Praktikant während der meist eher kurzen Praktikumsphasen, die sehr selten über drei bis sechs Monate hinausgehen, überhaupt in ein für § 78a BetrVG relevantes Organ gewählt wird. Darüber hinaus ist es in der betrieblichen Wirklichkeit – gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen – grundsätzlich selten der Fall, dass Praktikanten mit den Unternehmen, in denen sie ein Praktikum ableisten, schriftliche Praktikumsverträge abschließen oder diese Verträge explizit oder konkludent ausschließen, dass das Beschäftigungsverhältnis zu einer Anwendung des BBiG führt.

Dies könnte sich durch die gegenwärtige Debatte über die Rechtsverhältnisse der Praktikanten in den Unternehmen und ihre finanzielle Entlohnung ändern. Zum jetzigen Zeitpunkt richtet sich die Diskussion jedoch eher auf eine „angemessene“ Entlohnung der Praktikanten und nicht darauf, sie den Auszubildenden in ihrer rechtlichen Stellung anzunähern.

e. Auszubildende auf Kauffahrtschiffen und im Flugbetrieb

Eine heutzutage eher untergeordnete praktische Bedeutung hat die Frage, ob § 78a BetrVG auch Auszubildende auf Kauffahrtschiffen Anwendung betrifft. Gemäß § 115 BetrVG finden die §§ 74 bis 105 BetrVG über die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer mit einschränkenden Maßgaben Anwendung. Bezüglich § 78a BetrVG besteht allerdings keinerlei Einschränkung. Nach § 3 II Nr. 3 BBiG ist die Ausbildung auf Kauffahrtschiffen, die nach dem Flaggenrechtsgesetz vom 08.02.1951³⁰⁵ die Bundesflagge führen, vom Geltungsbereich des BBiG ausgenommen, soweit es sich nicht um

³⁰¹ So auch Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 7; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 5.

³⁰² Vgl. hierzu BAG vom 01.12.2004 in NZA 2005, S. 779 ff. (780).

³⁰³ Vgl.: BAG vom 25.03.1981 in AP Nr. 1 zu § 19 BBiG; Moderegger „Jugend und Auszubildendenvertretung“ in ArbRB 2002, S. 339 ff. (340); Hirdina, „Rechtsfragen zur Kündigung eines Praktikumsvertrages“ in NZA, 2008 S. 916 ff. (916).

³⁰⁴ So auch Schlachter in ErfK, § 3 BBiG, Rn. 2, a. A. Horstmeier, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse, S. 52 ff, 56, der studierende Praktikanten zwar dem Schutz des § 26 BBiG unterstellen will, jedoch eine Anwendbarkeit des § 78a BetrVG auf diese ausdrücklich ablehnt. Noch weiter gehen Koch-Rust/Rosentreter, „Rechtliche Gestaltung der Praxisphase bei dualen Studiengängen“ in NZA 2009, S. 3005 ff. (3005 ff.), die die Anwendbarkeit des § 78a BetrVG auch auf Studenten in der Praxisphase von dualen Studiengängen erstrecken.

³⁰⁵ Siehe den Gesetzestext z.B. unter .: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/flaggrg/gesamt.pdf>.

Schiffe der kleinen Hochseefischerei oder der Küstenfischerei handelt. Für die Ausbildung auf Kauffahrtschiffen gelten die nach § 142 SeemG³⁰⁶ erlassenen Ausbildungsverordnungen. Nach den entsprechenden Verordnungen³⁰⁷ sind Mitglieder der Bordvertretung, die in einem Heuverhältnis auf bestimmte Zeit zu Matrosen, Schiffsmechanikern, Schiffsoffizieren bzw. Kapitänen ausgebildet werden, als Auszubildende i.S.v. des § 78a BetrVG anzusehen.³⁰⁸

Da es für das fliegende Personal eine entsprechende Norm nicht gibt, findet § 78a BetrVG nicht per Verweis, sondern nur dann Anwendung, wenn ein Tarifvertrag nach § 117 II BetrVG die Schaffung eines Vertretungsorgans und die Anwendung dieser Norm vorsieht.³⁰⁹

f. Ergebnis

Beschäftigte, die in einem anderen Vertragsverhältnis i.S.d. 26 BBiG angestellt sind, können nur dann den Schutz des § 78a BetrVG in Anspruch nehmen, wenn sie vom Arbeitgeber eingestellt worden sind, um in einem geordneten Ausbildungsgang von mindestens 24 Monaten berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben. Dies trifft grundsätzlich auf Volontärsverhältnisse, Fortbildungen, Umschulungen, Praktika und Traineeprogramme nicht zu. Auf Auszubildende auf Kauffahrtsschiffen findet § 78a BetrVG hingegen Anwendung. Die Vorschrift ist insoweit restriktiv auszulegen, denn dem Gesetzgeber wäre es leicht möglich gewesen, die Anwendung des § 78a BetrVG auf ausbildungsähnliche Rechtsverhältnisse zu erstrecken, so wie er es in § 19 a.F. BBiG ausdrücklich normiert hat.³¹⁰ Eine explizite Erstreckung der Norm auf ausbildungsähnliche Tätigkeiten ist aber in den Reformen des BetrVG – zuletzt 2001 - weder vor noch nach der Schaffung des § 78a BetrVG erfolgt.

B. Mitglied in einem Betriebsverfassungsorgan

Ein Auszubildender wird durch § 78a BetrVG grundsätzlich nur dann geschützt, wenn er in einem in dieser Vorschrift genannten Vertretungsorgane Mitglied ist. Überdies gilt gemäß § 78a III BetrVG ein nachwirkender Schutz für solche Auszubildende, deren Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit in ei-

³⁰⁶ In der Fassung 08.11.2006, abgedruckt in BGBl. I S. 2407.

³⁰⁷ z.B.: Schiffsmechaniker-Ausbildungsverordnung (SMAusbV) oder Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung (SchOffzAusbV).

³⁰⁸ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 22.

³⁰⁹ So auch Pielsticker, Der Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen nach § 78a BetrVG, S. 26 ff.; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 27.

³¹⁰ Vgl.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1330); anders hingegen: Walter, Das Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen, S. 16, nach dem auch Anlernlinge oder Teilnehmer an berufsvorbereitenden Ausbildungsmaßnahmen, egal welcher Dauer, pauschal dem Schutz des § 78a BetrVG unterliegen sollen.

nem der Vertretungsorgane endet. Diesbezüglich ist fraglich, ob zwischen der Mitgliedschaft in einem direkt im § 78a BetrVG genannten Vertretungsorgan und den Organen aufgrund eines Tarifvertrages i.S.v. § 3 BetrVG zu unterscheiden ist. Des Weiteren ist zu überlegen, ob § 78a BetrVG uneingeschränkt auch auf die Betriebsverfassungsorgane in Tendenzbetrieben und kirchlichen Einrichtungen Anwendung finden kann.

1. Vertretungsorgane i.S.d. § 78a BetrVG

a. Vertretungsorgane des Betriebsverfassungsgesetzes

Von § 78a I BetrVG sind alle Auszubildenden erfasst, die Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung nach § 60 BetrVG, des Betriebsrates nach § 1 BetrVG, einer Bordvertretung nach § 115 BetrVG oder eines Seebetriebsrates nach § 116 BetrVG sind. Auf Mitglieder dieser direkt in § 78a I BetrVG aufgezählten Organe erstreckt sich der Schutz der Norm unmittelbar. Ob diese Organe im jeweiligen Betrieb bestehen, hängt zum einen davon ab, ob die rechtlichen Voraussetzungen für deren Errichtung bestehen, und zum anderen davon, ob die Arbeitnehmer Wahlen zu den Organen durchgeführt haben. Sollten die genannten Gremien in einem Betrieb existieren, unterfallen deren Mitglieder, sollten sie Auszubildende sein, der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG.

b. Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat und Gesamtjugendvertretung

Von § 78a BetrVG werden nicht ausdrücklich die Mitglieder im Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat oder in der Gesamtjugendvertretung geschützt. Hierfür besteht nach der betriebsverfassungsrechtlichen Systematik auch kein Erfordernis. Da eine Mitgliedschaft in einem der Gremien über die §§ 47 II, 55 I oder 72 II BetrVG zugleich die Mitgliedschaft in einem Betriebsrat oder einer Jugendvertretung zwingend voraussetzt, besteht ein mittelbarer Schutz der Mitglieder des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats oder der Gesamtjugendvertretung über die anderweitige Mitgliedschaft in einem in § 78a I BetrVG aufgeführten Organ.³¹¹

c. Vertretungsorgane in Tendenzbetrieben des § 118 I BetrVG.

Der § 78a BetrVG gilt wie das BetrVG insgesamt grundsätzlich auch in Tendenzbetrieben nach § 118 I BetrVG.³¹² Fordert der Auszubildende eine Weiterbeschäftigung als

³¹¹ So auch ; Pielsticker, Der Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen nach § 78a BetrVG, S. 21.

³¹² Vgl.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1330); Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 10; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 6a; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 52; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 5.

Tendensträger, so kann seine Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber jedoch unter den allgemeinen Tendenzgesichtspunkten unzumutbar sein, weil an die Beschäftigung von Tendenzträgern über allgemeine objektive Kriterien hinaus, wie z.B. den Abschluss einer entsprechenden Ausbildung, gesteigerte Voraussetzungen, die sich aus der speziellen Tendenz des Betriebes ergeben, gestellt werden können.³¹³

d. Vertretungsorgane in kirchlichen Einrichtungen des § 118 II BetrVG

Da das BetrVG gemäß § 118 II BetrVG auf den kirchlichen Bereich keine Anwendung findet, kann ein Auszubildender in einer kirchlichen Einrichtung keine Weiterbeschäftigung auf Grundlage des Anspruchs aus § 78a BetrVG verlangen.³¹⁴ Durch dieses Anwendungsverbot wird den in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV zum Ausdruck kommenden verfassungsrechtlichen Geboten, den Religionsgesellschaften die selbständige Regelung ihrer Angelegenheiten innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu gewähren, entsprochen.³¹⁵ Der § 118 II BetrVG betrifft nur privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften sowie ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen, weil die öffentlich-rechtlich organisierten Kirchen bereits durch § 130 BetrVG aus dem BetrVG ausgeklammert werden.³¹⁶ Jedoch können speziellere kirchenrechtliche Vorschriften gelten, die sich der § 78a BetrVG zugrunde liegenden Problematik zum Teil angenommen haben und entsprechende Verpflichtungen auch für kirchliche Einrichtungen normieren.

Das evangelischen Mitarbeitervertretungsgesetz enthält seit 2004 in § 49 MVG-EKD³¹⁷ eine dem § 78a BetrVG vergleichbare Bestimmung, so dass ein Weiterbeschäftigungsanspruch für Mandatsträger unter den dort normierten Voraussetzungen auch für dem MVG-EKD unterfallende Einrichtungen besteht.³¹⁸ Für die katholische Kirche und ihre

³¹³ So auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 52; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 37; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 6.

³¹⁴ Vgl: ArbG Darmstadt vom 8. 1. 1981 in EzB § 78a BetrVG Nr. 32; ebenso Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 6a; vgl. zur arbeitsrechtlichen Autonomie der Kirchen in Deutschland im Allgemeinen: Richardi: „Die arbeitsrechtliche Regelungsautonomie der Kirchen“ in FS „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 430 ff.

³¹⁵ Vgl. hierzu: BVerfG vom 11.10.1977 in AP GG Art. 140 Nr. 1 und BAG vom 24.07.1991 AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 48; Schilberg, Rechtsschutz und Arbeitsrecht in der evangelischen Kirche, S. 28 ff.; Richardi: „Die arbeitsrechtliche Regelungsautonomie der Kirchen“ in FS „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 430 ff. (432).

³¹⁶ Vgl.: Annuß in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 130, Rn. 4; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 118, Rn. 194; Baumann-Czichon/Germer, Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland, Einführung, Rn. 1 ff.

³¹⁷ § 49 III MVG-EKD: *Beantragt ein Mitglied der Vertretung spätestens einen Monat vor Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses für den Fall des erfolgreichen Abschlusses seiner Ausbildung schriftlich die Weiterbeschäftigung, so bedarf die Ablehnung des Antrages durch die Dienststellenleitung der Zustimmung der Mitarbeitervertretung, wenn die Dienststelle gleichzeitig weitere Auszubildende weiterbeschäftigt. Die Zustimmung kann nur verweigert werden, wenn der durch Tatsachen begründete Verdacht besteht, dass die Ablehnung der Weiterbeschäftigung wegen der Tätigkeit als Mitglied der Vertretung erfolgt. Verweigert die Mitarbeitervertretung die Zustimmung, so kann die Dienststellenleitung innerhalb von zwei Wochen das Kirchengeschicht anrufen.*

³¹⁸ Vgl.: Baumann-Czichon/Germer, Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland, Einführung, § 49, Rn. 7 ff.

Einrichtungen enthält § 18 IV MAVO³¹⁹ eine entsprechende Regelung.³²⁰ Es ist beiden Normen kongruent, dass die Rechte des Auszubildenden partiell anders als im BetrVG ausgestaltet wurden und im Ergebnis insgesamt schwächer als die Rechte des § 78a BetrVG ausgeprägt sind. Insbesondere besteht nur bedingt ein einseitiges Gestaltungsrecht des Auszubildenden mit automatischer Übernahme in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis.³²¹ Dem Arbeitgeber steht es in beiden Regelungen offen, den Weiterbeschäftigungsantrag des Auszubildenden abzulehnen, wenn er hierzu die Zustimmung der Mitarbeitervertretung erhält und er gleichzeitig andere Auszubildende weiterbeschäftigt. Die Mitarbeitervertretung darf die Zustimmung hierbei nur dann verweigern, wenn der durch Tatsachen begründete Verdacht besteht, dass die Ablehnung der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden wegen der Tätigkeit als Mitarbeitervertreterin oder Mitarbeitervertreter erfolgt.³²²

e. Vertretungsorgane aufgrund von Tarifverträgen

Der § 3 BetrVG ermöglicht es den Tarifvertragsparteien,³²³ durch Tarifvertrag betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheiten abweichend von den Bestimmungen der Betriebsverfassung zuzuordnen, zusammenzufassen oder neue Gremien zu schaffen.³²⁴ Im Hinblick auf die durch die Tarifparteien geschaffenen Gremien steht in Frage, ob auch deren Mitglieder unter den Schutzbereich des § 78a BetrVG fallen und Weiterbeschäftigungsverlangen geltend machen können.

Bezüglich der Mitglieder einer anderen Vertretung gemäß § 3 I Nr. 1, 2 und 3 BetrVG ist dies zu bejahen, weil solche Organe an die Stelle des ursprünglichen Betriebsrats treten und diesen ersetzen. Diese Mandatsträger sind somit keine kumulativen, sondern

³¹⁹ § 18 IV MAVO: *Beantragt eine in einem Berufsausbildungsverhältnis stehende Mitarbeiterin oder ein in einem Berufsausbildungsverhältnis stehender Mitarbeiter, die oder der Mitglied der Mitarbeitervertretung oder Sprecherin oder Sprecher der Jugendlichen und der Auszubildenden ist, spätestens einen Monat vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses für den Fall des erfolgreichen Abschlusses ihrer oder seiner Ausbildung schriftlich die Weiterbeschäftigung, so bedarf die Ablehnung des Antrages durch den Dienstgeber der Zustimmung der Mitarbeitervertretung gemäß § 33, wenn der Dienstgeber gleichzeitig andere Auszubildende weiterbeschäftigt. ²Die Zustimmung kann nur verweigert werden, wenn der durch Tatsachen begründete Verdacht besteht, daß die Ablehnung der Weiterbeschäftigung wegen der Tätigkeit als Mitarbeitervertreterin oder Mitarbeitervertreter erfolgt. ³Verweigert die Mitarbeitervertretung die vom Dienstgeber beantragte Zustimmung, so kann dieser gemäß § 33 Abs. 4 das Kirchliche Arbeitsgericht anrufen. ⁴In diesem Verfahren ist das Mitglied beizuladen.*

³²⁰ Vgl.: Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 18 Rn. 89; Bleistein/Thiel, Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung, § 18 Rn. 26.

³²¹ Vgl.: Bleistein/Thiel, Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung, § 18 Rn. 26 ff.; Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 18 Rn. 90.

³²² Vgl.: Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, § 18 Rn. 89; Bleistein/Thiel, Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung, § 18 Rn. 26; Baumann-Czichon/Germer, Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland, Einführung, Rn. 7, 8.

³²³ Siehe hierzu ausführlich Sobotta, S. 1 ff.; Teusch, „Organisationstarifverträge nach § 3 BetrVG“, in NZA 2007, S. 124 ff. (124 ff.).

³²⁴ Zur Verfassungskonformität des § 3 BetrVG siehe im Überblick z.B. Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 3, Rn. 8-14; für die Verfassungsmäßigkeit Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 3, Rn. 9 ff. und Thüsing „Vereinbarte Betriebsratsstrukturen“ in ZIP 2003, 693; die Verfassungsmäßigkeit verneinend Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung, 309 ff.; Giesen „Betriebsersetzung durch Tarifvertrag?“ in BB 2002, S. 1480 ff. (1480).

alternative Mandatsträger zu den eigentlich durch das BetrVG vorgesehenen Mitgliedern von betriebsverfassungsrechtlichen Organen.³²⁵ Im Gegensatz dazu unterfallen die Mitglieder zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungen i.S.d. § 3 I Nr. 4 und 5 BetrVG nicht dem § 78a BetrVG, sondern nur § 78 BetrVG, weil sie keinem in § 78a BetrVG genannten Gremium angehören und die zusätzlichen Vertretungen nicht an die Stelle eines der originären betriebsverfassungsrechtlichen Organe treten.³²⁶ Es steht den Tarifvertrags- oder Betriebsparteien jedoch offen, einen vergleichbaren Schutz für die Organmitglieder durch kollektivrechtliche Regelungen zu schaffen und so auch diese zusätzlichen Mandatsträger vor vermeintlichen Benachteiligungen zu schützen.³²⁷

f. Ergebnis

Ein Weiterbeschäftigungsverlangen i.S.d. § 78a BetrVG können nur Mandatsträger der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrates, einer Bordvertretung oder eines Seebetriebsrates, nicht aber Mitglieder von Gesamt- oder Konzernbetriebsrat oder Gesamtjugendvertretung geltend machen, wobei sich der Schutz des § 78a BetrVG auch auf Tendenzbetriebe i.S.d. § 118 I BetrVG erstreckt. Auszubildende in entsprechenden Vertretungen kirchlicher Einrichtungen werden durch spezielle kirchenrechtliche Regelungen geschützt, die an weitere Voraussetzungen geknüpft sind. Weiterhin sind durch die Norm auch Mitglieder einer anderen Vertretung gemäß § 3 I Nr. 1, 2 und 3 BetrVG, nicht jedoch einer zusätzlicher Vertretung neben einer anderen Vertretung gemäß § 3 I Nr. 4 und 5 BetrVG geschützt.

2. Mitgliedschaft im Organ

Der Auszubildende muss Mitglied eines der dargestellten Organe der Betriebsverfassung sein, um vom Schutzbereich des § 78a BetrVG erfasst zu werden. Bereits aus dessen Wortlaut folgt, dass lediglich die tatsächlichen Mitglieder der Vertretungsorgane als von der Vorschrift erfasster Personenkreis anzusehen sind.

Im Gegensatz zu § 103 BetrVG und § 15 III KSchG schützt § 78a BetrVG nicht die Mitglieder des Wahlvorstandes, die unterlegenen Wahlbewerber oder die Initianten einer

³²⁵ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 27; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.7; Pielsticker, Der Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen nach § 78a BetrVG, S. 26; Sobotta, S. 62 ff.

³²⁶ So auch Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 25; Pielsticker, S. 25; Sobotta, S. 206; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 6.

³²⁷ Vgl.: Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 7; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.7.

betriebsverfassungsrechtlichen Organwahl.³²⁸ Insoweit ist der geschützte Personenkreis gegenüber der Regelung des besonderen Kündigungsschutzes nach § 15 KSchG eingeschränkt. Dies folgt zum einen daraus, dass der Personenkreis zu keinem Zeitpunkt Mitglied eines der genannten Betriebsverfassungsorgane war und somit nicht vor vermeintlicher Schlechterstellung durch den Arbeitgeber geschützt werden muss. Zum anderen lässt sich dies bereits daran erkennen, dass dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 78a BetrVG der Umfang des besonderen Kündigungsschutzes des KSchG für Mitglieder des Wahlvorstandes und Wahlbewerber bekannt war und er diesen nicht in den neugeschaffenen § 78a BetrVG integrierte. Der besondere Kündigungsschutz wurde erst wenige Jahre vor der Normierung des § 78a BetrVG durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 15.01.1972 auf den erweiterten Personenkreis erstreckt. Aus diesem Grund verbietet sich eine ausdehnende Auslegung der Norm bzw. eine analoge Anwendung des § 78a BetrVG auf Wahlvorstand und Wahlbewerber.³²⁹

3. Schutz der gewählten Ersatzmitglieder

Der Gesetzgeber hat den Schutz von gewählten Ersatzmitgliedern von Vertretungsorganen der Betriebsverfassung nicht speziell geregelt. Jedoch können Ersatzmitglieder dem Schutz des § 78a BetrVG unter bestimmten Voraussetzungen unterliegen. Auf sie sind die im Hinblick auf § 15 KSchG entwickelten Grundsätze zu §§ 25, 65 BetrVG anzuwenden.³³⁰ Hierbei sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden: die Situation vor dem Nachrücken, bei einem nur zeitweiligen Nachrücken und bei einem endgültigen Nachrücken des Ersatzmitgliedes in das betriebsverfassungsrechtliche Organ.

a. Vor dem Nachrücken des Ersatzmitgliedes

Gewählte Ersatzmitglieder, die zu keinem Zeitpunkt in einem betriebsverfassungsrechtlichen Organ tätig waren und lediglich eine Anwartschaft auf die Mitgliedschaft hatten, weil die gewählten Mitglieder ihre Tätigkeit selber vollumfänglich erfüllten, unterliegen nicht dem Schutz des § 78a BetrVG.³³¹ Dieser kann sich aufgrund seiner Entstehungsgeschichte und seines Schutzzweckes nicht auf Ersatzmitglieder vor ihrem Nachrücken

³²⁸ Vgl.: BAG vom 22. 9. 1983 in AP Nr. 11 zu BetrVG 1972 § 78a.; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 7; Wiencke, S. 19; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 10; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 36; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 3; Moderegger, „Aktuell im Herbst 2004: Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in ArbRB 2004, S. 280 ff. (281); Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 760.

³²⁹ So auch Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 10; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 36.

³³⁰ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 31; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 11; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1331).

³³¹ Vgl.: Pielsticker, S. 41; Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Jugend- und Auszubildendenvertretung, III.; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 1; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 8a; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 11.

in ein Organ erstrecken, weil Mandatsträger nur aufgrund ihrer organschaftlichen Tätigkeit und des damit verbundenen Konfliktpotenzials mit dem Arbeitgeber schützenswert sind. Ersatzmitglieder unterliegen diesem Konfliktpotenzial jedoch dann nicht, wenn sie noch gar nicht als Mitglied eines Organs tätig waren.³³²

Etwas anderes kann auch nicht gelten, wenn nach Abschluss der Ausbildung ein Nachrücken des Ersatzmitgliedes in ein betriebsverfassungsrechtliches Organ ansteht. Denn mit Abschluss der Ausbildung endet bei einer Nichtübernahme des Auszubildenden dessen Ausbildungsverhältnis automatisch und ein Beschäftigungsverhältnis entsteht nicht. § 78a BetrVG soll nur die tatsächlichen Mandatsträger schützen, und nicht aber potentielle.³³³

b. Zeitweiliges Nachrücken des Ersatzmitgliedes

Für Zeiträume, in denen ein Organmitglied zeitweise verhindert ist,³³⁴ rückt gemäß §§ 25 I 2, 65 I BetrVG ein gewähltes Ersatzmitglied nach, das dann das verhinderte Mitglied nicht nur für einzelne Amtsgeschäfte vertritt, sondern als vollwertiges Mitglied dem Organ für den Zeitraum der Stellvertretung angehört.

aa Dauer der Vertretungszeit

Auf die zeitweilig, d.h. nur temporär nachrückenden Stellvertreter findet § 78a BetrVG grundsätzlich Anwendung und zwar für die Dauer der Vertretungszeit.³³⁵

Wenn man nicht die Vertretung für eine längere, in sich geschlossenen - einer ordentlichen Mitgliedschaft gleichkommendem – Zeitspanne voraussetzt,³³⁶ dann kann § 78a BetrVG allerdings nur in den Fällen gelten, in denen die Stellvertretung nicht lediglich von unbedeutender, nicht einmal mehrere Tage erreichender Dauer ist.³³⁷ Dies ist damit zu begründen, dass durch § 78a BetrVG ein ganz erheblicher Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Abschluss- und Vertragsfreiheit des Arbeitgebers vollzogen wird und somit minimale Zeiträume von wenigen Minuten oder Stunden nicht ausreichend sein können.

³³² Vgl.: Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1462).

³³³ So im Ergebnis auch Pielsticker, S. 59 f.

³³⁴ Eine Verhinderung kann dabei sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Natur begründet sein.

³³⁵ Vgl.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1331); Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 11; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a BetrVG, Rn. 7.

³³⁶ So z.B. Ilbertz/Widmaier, BPersVG, §§ 9 Rn 2a, 31 Rn. 8; Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 15 für die entsprechende Vorschrift des BPersVG mit Verweis auf das BVerfG vom 28.02.1990 in AP BPersVG § 9 Nr. 8, nach dem zumindest ein zusammenhängender Zeitraum erreicht sein muss, der die Dauer einzelner Tage überschreitet.

³³⁷ Vgl.: BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 8.

bb Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben

Richtigerweise ist des Weiteren vor allem danach zu differenzieren, ob das nachgerückte Ersatzmitglied während der Vertretungszeit überhaupt betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben nachgegangen ist oder lediglich eine passive Vertretung ohne Übernahme irgendwelcher Funktionen vorgelegen hat. Im letzteren Fall entspricht es nicht dem Schutzzweck der Norm, das temporär nachgerückte Ersatzmitglied vor einer Benachteiligung durch den Arbeitgeber zu schützen, weil eine Konfliktsituation zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber aufgrund des Mandates nicht bestanden haben kann, wenn eine konkrete Aufgabenübernahme nicht vorgelegen hat.³³⁸

Es überzeugt nicht, den Schutz des § 78a BetrVG ohne Berücksichtigung der Dauer und des Umfanges der anfallenden Tätigkeiten innerhalb der ausgeübten Ersatzmitgliedschaft zu gewähren und dies damit zu begründen, dass das nachgerückte Ersatzmitglied sonst am Anfang seiner Tätigkeit nicht wüsste, ob es den Schutz des § 78a BetrVG besitzt.³³⁹ Denn sobald die Ersatzmitgliedschaft nicht von unbedeutender Dauer ist und betriebsverfassungsrechtliche Funktionen übernommen werden, erwächst der Schutz des § 78a BetrVG.³⁴⁰ In allen anderen Fällen handelt es sich bei dem nachrückenden Ersatzmitglied eher um ein „Titularorganmitglied“ als um ein vollwertiges Mitglied. Sein Schutz entspricht nicht dem Schutzzweck der Norm, weil ein Konfliktpotential zwischen ihm und seinem Arbeitgeber nicht gegeben sein kann.³⁴¹ Sonst bestünde überdies die Gefahr, dass Ersatzmitglieder einen quantitativ oder qualitativ minimalen Vertretungsfall absichtlich herbeiführen, um sich ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis im Anschluss an ihre Ausbildungszeit zu sichern. Dies ist nicht Sinn und Zweck des § 78a BetrVG.

c. Endgültiges Nachrücken des Ersatzmitgliedes

Im Ergebnis ist es unzweifelhaft, dass sich § 78a BetrVG auf Ersatzmitglieder erstrecken muss, wenn sie für ein ausgeschiedenes Mitglied³⁴² endgültig gemäß § 25 I 1 BetrVG in das betriebsverfassungsrechtliche Organ nachrücken. Ab diesem Zeitpunkt

³³⁸ Im Ergebnis so auch: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 42; Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 37; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 11; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1331).

³³⁹ So aber: Pielsticker S. 44 ff.; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 7; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 34; Becker-Schaffner „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2649).

³⁴⁰ So auch das BAG in seiner Rechtsprechung zum nachwirkenden Kündigungsschutz: z.B. BAG vom 06.09. 1979 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 7, das auf die Übernahme der Funktion des verhinderten Organmitgliedes abstellt und nicht lediglich auf den Titel eines Mandatsträgers.

³⁴¹ So auch: Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (434).

³⁴² Ein endgültiges Ausscheiden eines Mandatsträgers kommt z.B. dann in Betracht, wenn dieser sein Amt niederlegt oder aus dem Betrieb ausscheidet.

gehören sie als nicht nur temporäres Mitglied der Betriebs- oder Jugend- und Auszubildendenvertretung wie jedes sonstige Mitglied - mit allen Rechten und Pflichten - an.³⁴³ Sie sind dann dem Status des Ersatzmitgliedes entwachsen und sind nunmehr ein reguläres Organmitglied.³⁴⁴

Nach h.M. beginnt der Schutz des endgültig nachrückenden Organersatzmitgliedes zum Zeitpunkt des Nachrückens. Das Nachrücken soll kraft Gesetzes und ohne das Erfordernis einer Benachrichtigung durch den Organvorsitzenden oder einer Annahmeerklärung des Ersatzmitgliedes erfolgen.³⁴⁵ Dies ist wenig überzeugend. Zum einen widerspricht ein automatisches Nachrücken dem Mandatserwerb in demokratisch gewählten Organen, weil eine Annahmeerklärung unabdingbare Voraussetzung für den Amtserwerb des Gewählten darstellt.³⁴⁶ Es ist möglich, dass das Ersatzmitglied, welches nach der Reihenfolge in das Organ nachrücken müsste, das Mandat aus persönlichen oder betrieblichen Gründen nicht antreten möchte und ablehnt.³⁴⁷ Eine Annahmeerklärung des Ersatzmitgliedes ist somit unverzichtbar³⁴⁸ und auch für etwaige Streitigkeiten über den Beginn von Schutznormen zweckmäßig.³⁴⁹ Da eine Annahmeerklärung jedoch sowohl ausdrücklich, stillschweigend oder konkludent erfolgen kann,³⁵⁰ ist die Fragestellung in der betrieblichen Praxis von untergeordneter Bedeutung, weil Ersatzmitglieder meistens durch schlüssiges Handeln, wie z.B. Teilnahme an Organsitzungen oder Aufnahme von vorbereitenden Tätigkeiten die Annahme des Mandates erklären. Ab diesem Zeitpunkt erfasst sie folglich der Schutz des § 78a BetrVG.

d. Reichweite und Ende des Schutzes bei Ersatzmitgliedern

Relevant ist ferner, ob für zeitweise nachgerückte Ersatzmitglieder auch der nachwirkende Schutz des § 78a III BetrVG Wirkung entfaltet. Für endgültig nachgerückte Ersatzmitglieder stellt sich diese Frage nicht, weil es sich ihnen nunmehr ab dem Zeitpunkt des Nachrückens nicht mehr um Ersatzmitglieder, sondern um reguläre Mitglieder handelt.

³⁴³ Vgl.: Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 5; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 8a; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 11.

³⁴⁴ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 32.

³⁴⁵ Vgl.: Eisemann in ErfK, § 25 BetrVG, Rn. 3 oder Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 25, Rn. 25.

³⁴⁶ So auch schon: Eich, „Die Annahmeerklärung als Voraussetzung für den Erwerb des Betriebsratsamtes durch Ersatzmitglieder“ in DB 1976, S. 47 ff. (50).

³⁴⁷ Vgl. auch Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 25, Rn. 2, der darauf hinweist, dass die Annahmeerklärung nicht „ausdrücklich“ erfolgen muss.

³⁴⁸ Dem widerspricht auch die von den Befürwortern des automatischen Nachrückens oft zitierte Entscheidung des BAG (BAG vom 17.01.1979 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 5) nicht. Dieses formuliert lediglich: „Von einer förmlichen Benachrichtigung des Ersatzmitgliedes oder ähnlichen Voraussetzungen ist das Nachrücken nicht abhängig.“ Zu einer möglichen Annahmeerklärung äußert es sich hingegen nicht.

³⁴⁹ Vgl.: Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 25, Rn. 8.

³⁵⁰ Vgl.: Eich, „Die Annahmeerklärung als Voraussetzung für den Erwerb des Betriebsratsamtes durch Ersatzmitglieder“ in DB 1976, S. 47 ff. (50); Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 25, Rn. 2.

Nach h.M. und ständiger Rspr. des BAG genießen Ersatzmitglieder auch den nachwirkenden Schutz nach § 78a III BetrVG, sofern das Ausbildungsverhältnis innerhalb eines Jahres nach der Vertretung erfolgreich abgeschlossen wird und der Auszubildende innerhalb von drei Monaten vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses seine Weiterbeschäftigung verlangt.³⁵¹ Dies kann mit den oben angeführten Argumenten allerdings nur dann gelten, wenn die Dauer des Nachrückens nicht unbedeutend war und das Ersatzmitglied als Amtsträger auch tatsächlich tätig wurde.

e. Ergebnis: Ersatzmitglieder

Gewählte Ersatzmitglieder für betriebsverfassungsrechtliche Organe i.S.d. § 78a BetrVG haben nur dann die Möglichkeit ein Weiterbeschäftigungsverlangen zu erklären, wenn sie entweder endgültig in das entsprechende Organ nachgerückt sind oder ein verhindertes Mitglied für einen nicht unbedeutenden Zeitraum durch die aktive Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben vertreten haben. Hingegen ist es nicht ausreichend, dass eine reine titulare Vertretung ohne Funktionsübernahme stattgefunden hat oder die Vertretung nur für eine kurze Zeit erfolgt ist. Noch weniger reicht die reine Ersatzmitgliedschaft ohne jegliche Vertretung oder ein Nachrücken in ein Gremium aus. Sobald Ersatzmitglieder dem Schutz der Norm unterliegen, gilt für sie auch der nachwirkende Schutz des § 78a III BetrVG.

4. Amtsdauer

§ 78a BetrVG enthält keine Aussage zur Dauer der Mitgliedschaft in einem betriebsverfassungsrechtlichen Organ, die für einen Schutzerwerb erforderlich ist. Die h.M. geht deshalb davon aus, dass eine Mindestamttdauer nicht vorausgesetzt wird.³⁵² Dies könnte zu dem absurden Ergebnis führen, dass im Extremfall ein Auszubildender, der am letzten Tag seines Ausbildungsverhältnisses in das Mitbestimmungsorgan gewählt wird oder nur für diesen Tag nachrückt, und auch ein Auszubildender, der lediglich am letzten Tag des Jahres vor Ausbildungsende ein einziges Mal den Status eines gewählten ordentlichen oder eines nachgerückten Mitglieds des Mitbestimmungsgremiums innehatte, ab diesem Zeitpunkt eine unbefristete Weiterbeschäftigung verlangen könnte. Deswegen ist davon auszugehen, dass drei Monate vor dem Ausbildungsende eine Mitgliedschaft in einem Organ bestanden und diese auch mindestens drei Monaten Be-

³⁵¹ Vgl.: BAG vom 13.03.1986 in AP Nr. 3 zu BPersVG § 9.

³⁵² Vgl.: z.B. Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 18; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 16; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 9.

stand gehabt haben muss.³⁵³ Dies lässt sich mit dem Wortlaut des § 78a II BetrVG begründen, der auf einen „im Absatz 1 genannten Auszubildenden“ Bezug nimmt. § 78a I BetrVG normiert, dass der Arbeitgeber dem Mitglied des Mitbestimmungsorgans drei Monate vor Ausbildungsende mitteilen muss, ob er dieses nach dessen Ausbildungsende in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernimmt.³⁵⁴

5. Beginn, Nachwirkung und Dauer des Schutzes

Für den Beginn des Schutzes nach § 78a BetrVG ist nicht auf den Beginn der Amtszeit des Organs, sondern auf den Erwerb der Mitgliedschaft des Auszubildenden in dem betriebsverfassungsrechtlichen Organ abzustellen.³⁵⁵ Der Schutz beginnt mit der Annahme der Wahl durch den Auszubildenden nach Auszählung aller Stimmzettel unabhängig davon, ob das Wahlergebnis nach § 19 der Wahlordnung im Betrieb bekannt gemacht worden ist oder die Amtszeit des bisherigen Organs bereits abgelaufen ist.³⁵⁶ Aus dem Wortlaut des § 78a I BetrVG geht weiter hervor, dass der Auszubildende im Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses Mitglied eines der genannten Organe sein muss, so dass ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Auszubildenden nur unter dem Kriterium der Mitgliedschaft gegeben ist. Aus diesem Grund normiert § 78a III BetrVG neben dem Schutz der aktuellen Mandatsträger, dass § 78a BetrVG auch dann gilt, wenn das Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrates, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrates endet. Diese Regelung ist dem nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 I 2 KSchG nachempfunden.

Da die Einräumung des nachwirkenden Übernahmerechts demselben Zweck dient wie der nachwirkende Kündigungsschutz, ist bei beiden Normen eine teleologische Gesetzeskorrektur vorzunehmen.³⁵⁷ Entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Norm gilt § 78a III BetrVG auch dann, wenn das Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Mitgliedschaft in einem der genannten Organe endet.³⁵⁸

³⁵³ So auch : Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff. (1462).

³⁵⁴ So bereits auch das VG Hamburg, Beschluss vom 11.06.1993 in PersR 1995, S. 28 für die Parallelvorschrift des § 9 BPersVG.

³⁵⁵ Vgl.: BAG, vom 22. 9. 1983 in AP Nr. 11 zu BetrVG 1972 § 78a; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 3; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 8.

³⁵⁶ Vgl.: Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 8, der fälschlicherweise eine Annahme des Mandats für entbehrlich hält. Dies ist jedoch Voraussetzung, weil der Auszubildende ohne die Mandatsannahme nicht Mitglied des Organs wird.

³⁵⁷ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 10;

³⁵⁸ Vgl.: BAG vom 21.08.1979, AP BetrVG § 78a Nr. 6.

C. Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses

Ein Übernahmerecht besteht laut dem eindeutigen Wortlaut des § 78a BetrVG nur bei Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Das Bestehen der Abschlussprüfung wird also nicht vorausgesetzt, sondern § 78a BetrVG soll auch dann gelten, wenn das Berufsausbildungsverhältnis durch Ablauf der Ausbildungszeit ohne erfolgreiche Abschlussprüfung endet.³⁵⁹ Alleinige Voraussetzung ist, dass das Berufsausbildungsverhältnis entweder mit Bestehen der Abschlussprüfung oder mit Ablauf der Ausbildungszeit endet. Dies ist in der betrieblichen Praxis schwer vermittelbar. Dem Arbeitgeber wird nicht nur ein Arbeitsverhältnis aufgedrängt, welches er eventuell gar nicht gewollt hat, sondern er hat zudem einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, der aufgrund fehlender Qualifikation nicht voll im Betrieb eingesetzt werden kann und mehr als die anderen Beschäftigten beaufsichtigt werden muss.³⁶⁰ Eine Übernahmeverpflichtung sollte demnach voraussetzen, dass die Abschlussprüfung erfolgreich bestanden worden ist.³⁶¹

Eine Übernahmeverpflichtung besteht des Weiteren nicht, wenn der Auszubildende das Berufsausbildungsverhältnis vor dessen Ende kündigt. Andernfalls könnte sich ein Auszubildender durch Abbruch seiner Berufsausbildung die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit erzwingen.³⁶²

D. Zusammenfassung

Dem Schutz des § 78a BetrVG unterworfen sind Auszubildende, wobei der Begriff des Auszubildenden nicht mit dem des § 5 I BetrVG übereinstimmt, sondern sich an der Begriffsbestimmung des BBiG zu orientieren hat, ohne mit dieser jedoch vollkommen identisch zu sein. Auszubildender i.S.d. § 78a BetrVG ist zumindest, wer nach Maßgabe der §§ 3 ff. BBiG in einem Berufsausbildungsverhältnis steht, in dem die für den Ausbildungsberuf notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse in einem geordneten dualen Ausbildungsgang vermittelt werden. Die Ausbildung kann entweder in einem staatlich anerkannten Ausbildungsberuf oder auf Grund tariflicher Regelungen erfolgen, wobei die Dauer der Ausbildung variieren kann; allerdings ergeben die verschiedenen Ausbildungsordnungen in der Regel Ausbildungszeiten zwischen zwei und dreieinhalb Jahren. Beschäftigte, die in einem anderen Vertragsverhältnis i.S.d. 26 BBiG angestellt sind, können nur dann den Schutz des § 78a BetrVG in Anspruch nehmen, wenn sie vom Ar-

³⁵⁹ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10; LAG Baden-Württemberg, vom 13.10.1977, in AP BetrVG § 78a Nr.4; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 8; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 24; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn 66.

³⁶⁰ Dies erkennt auch Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

³⁶¹ Das BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10 sieht diese Notwendigkeit nicht und stellt darauf ab, dass die fehlende Eignung im Rahmen der Unzumutbarkeit auf Antrag des Arbeitgebers festgestellt werden könnte.

³⁶² So auch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 8.

beitgeber eingestellt worden sind, um in einem geordneten Ausbildungsgang von mindestens 24 Monaten berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben, so dass der Schutz sich grundsätzlich nicht auf Volontärsverhältnisse, Fortbildungen, Umschulungen, Praktika und Traineeprogramme erstreckt.

Der § 78a BetrVG setzt weiter ein Mandatsverhältnis des Auszubildenden in einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, dem Betriebsrat, einer Bordvertretung, eines Seebetriebsrates oder einer anderen Vertretung gemäß § 3 I Nr. 1, 2 und 3 BetrVG, nicht jedoch in einem Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, einer Gesamtjugendvertretung oder einer Vertretung nach § 3 II Nr. 4 und 5 BetrVG, voraus, wobei dieses auch in einem Tendenzbetrieb i.S.d. § 118 I BetrVG gegeben sein kann. Auf Mandatsträger in entsprechenden Vertretungen katholischer und evangelischer Einrichtungen erstreckt sich die Norm nicht; diese werden durch spezielle kirchenrechtliche Regelungen mit zum Teil anderen Voraussetzungen geschützt.

Bereits aus dem Wortlaut des § 78a BetrVG ergibt sich, dass lediglich die tatsächlichen Mitglieder der genannten Vertretungsorgane und nicht die Mitglieder des Wahlvorstandes, die unterlegenen Wahlbewerber oder die Initianten einer betriebsverfassungsrechtlichen Organwahl dessen Schutz unterliegen. Gewählte Ersatzmitglieder fallen nur dann unter die Norm, wenn sie entweder endgültig in das entsprechende Organ für ein ausgeschiedenes Mitglied nachrücken oder ein verhindertes Mitglied für einen nicht unbedeutenden Zeitraum durch die aktive Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben vertreten haben.

IV. Geltendmachung des Anspruches aus § 78a II BetrVG

A. Mitteilungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 78a I BetrVG

Beabsichtigt ein Arbeitgeber, einen Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder des Betriebsrates ist, nach Beendigung seines Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, so hat er dem Auszubildenden dies gem. § 78a I BetrVG drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich mitzuteilen.

1. Zweck

Hintergrund der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers ist es, auf diese Weise sicherzustellen, dass die in Frage stehenden Auszubildenden, die ein Arbeitgeber nach Beendigung ihrer Ausbildung nicht in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernehmen

will, rechtzeitig von seinem Vorhaben Kenntnis erlangen.³⁶³ Hierdurch soll gewährleistet werden, dass der Auszubildende trotz der ablehnenden Haltung des Arbeitgebers einen angemessenen Überlegungszeitraum hat, um zu überdenken, ob er eine Weiterbeschäftigung nach § 78a II BetrVG verlangen oder sich nach einer anderweitigen Arbeitsstelle umsehen möchte.³⁶⁴

2. Voraussetzungen

a. Form

Gemäß § 78a I BetrVG hat die Mitteilung des Arbeitgebers, dass er den Auszubildenden nicht übernehmen werde, schriftlich zu erfolgen. Hieraus folgt, dass die Mitteilung der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB genügen muss.³⁶⁵ Dies bedeutet, dass die Mitteilung in einer Urkunde niedergelegt und vom Arbeitgeber eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels einer notariell beglaubigten Handzeichnung unterzeichnet werden muss.

Da § 78a BetrVG zum Schutz der in Ausbildung befindlichen Mandatsträger normiert worden ist, genügen die elektronische Form des § 126 a BGB oder die Textform des § 126 b BGB nicht.³⁶⁶ Dies bedeutet, dass eine geschriebene Mitteilung z.B. per E-Mail oder per Telefax nicht ausreicht, um den Informationspflichten zu genügen³⁶⁷ Eine analoge Anwendung der neueren Rechtsprechung des BAG zu der Schriftform der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats in § 99 BetrVG,³⁶⁸ die eine dogmatisch fragwürdige Abkehr von § 126 BGB und die Erfindung eines eigenständigen Schriftlichkeitsbegriffs für das BetrVG darstellt,³⁶⁹ verbietet sich aus diesem Grund.³⁷⁰

b. Inhalt

Die Mitteilungspflicht des § 78a I BetrVG bezieht sich auf die Übernahmemöglichkeit des Mandatsträgers in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis auf einem ausbildungsgerechten Arbeitsplatz. Sie muss somit die Aussage enthalten, ob eine Übernah-

³⁶³ Vgl.: BT-Drucks. 7/1170, S. 3.

³⁶⁴ Vgl.: Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 8; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 12.

³⁶⁵ Vgl.: Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (742); siehe ausführlich zur gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB im Arbeitsrecht: Röger, „Gesetzliche Schriftform und Textform bei arbeitsrechtlichen Erklärungen“, S. 1764 ff. (1764 ff.).

³⁶⁶ a.A: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 15 nach dem die Textform „meist genügen dürfte“.

³⁶⁷ Vgl.: Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (741); a.A: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335), der auch eine Mitteilung per Telefax als ausreichend ansieht.

³⁶⁸ Vgl. zur Rechtsprechung des BAG: BAG vom 11.06. 2002 in AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 118 oder BAG vom 06.08. 2002 AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 27 Eingruppierung, nach der auch eine Kopie des mit Unterschrift versehenen Dokuments als ausreichend angesehen wird.

³⁶⁹ Vgl.: Lunk, „§ 99 Abs.3 BetrVG – Zustimmungsverweigerung per Telefax“ in ArbRB 2003, S. 40 ff. (41).

³⁷⁰ Im Ergebnis so auch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 15.

me auf einem solchen Arbeitsplatz erfolgen wird oder nicht.³⁷¹ Eine Mitteilungspflicht der Gründe, warum die Übernahme nicht erfolgt, insbesondere weshalb keine entsprechenden Arbeitsplätze zur Verfügung stehen oder ob anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten vorhanden sind, kann der Norm nicht entnommen werden und wird auch weder von der Literatur noch der Rechtsprechung verlangt.

c. Beteiligung des Betriebsrats

Eine Beteiligung des Betriebsrates oder des betriebsverfassungsrechtlichen Organs, dem der Auszubildende angehört, vor oder im Zusammenhang mit der Mitteilung des Arbeitgebers ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn des § 78a BetrVG erforderlich. Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers soll lediglich gewährleisten, dass der Auszubildende von seiner Nichtübernahme Kenntnis erlangt und sich entweder nach einer anderweitigen Beschäftigung umsehen oder gegenüber dem Arbeitgeber trotz der Mitteilung der Nichtübernahme sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären kann.³⁷²

d. Dreimonatsfrist

Die Mitteilung muss nach dem Gesetzestext dem Auszubildenden drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses zugegangen sein. Für die Berechnung der Dreimonatsfrist gelten die Auslegungsregeln der §§ 187 bis 193 BGB.³⁷³ Entscheidend ist somit, dass die Erklärung des Arbeitgebers die Auszubildenden spätestens bei Beginn der Dreimonatsfrist zugegangen ist.³⁷⁴ Aufgrund der Tatsache, dass Berufsausbildungsverhältnisse vor Ablauf der ursprünglich vertraglich festgelegten Ausbildungszeit durch das Bestehen der Abschlussprüfung gem. § 14 II BGB enden können, ist der maßgebliche Zeitpunkt, von dem an die Frist zu berechnen ist, der Termin, an dem das Bestehen der Abschlussprüfung festgestellt wird. Ist somit infolge vorzeitiger Ablegung der Prüfung ein früheres als das vertraglich vereinbarte Ende des Berufsausbildungsverhältnisses vorauszusehen, muss die Mitteilung des Arbeitgebers drei Monate vor diesem Zeitpunkt erfolgen.³⁷⁵

Im Gegensatz zum eigentlichen Wortlaut handelt es sich bei der Frist des § 78a I BetrVG abweichend von der Frist für ein Verlangen nach § 78a II BetrVG um eine Min-

³⁷¹ Vgl.: BVerwG vom 15.10.1985 in PersR 1986, S. 173; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1332); Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 6.

³⁷² Vgl.: Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 16; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 16.

³⁷³ Vgl.: Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 7.

³⁷⁴ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 12.

³⁷⁵ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 40.

destfrist,³⁷⁶ so dass die beabsichtigte Nichtübernahme durch den Arbeitgeber auch schon früher angezeigt werden kann. Jedoch darf eine frühere Mitteilung nicht den Gesetzeszweck des § 78a BetrVG unterlaufen.³⁷⁷ Dies bedeutet, dass eine erheblich verfrühte Mitteilung, insbesondere wenn sie wesentlich außerhalb des Dreimonatszeitraumes liegt oder die sogar bereits zu Beginn des Berufsausbildungsverhältnisses abgegeben wird, als unwirksame Mitteilung anzusehen ist.³⁷⁸ Aber auch jede andere – deutlich frühere – Mitteilung, die der Arbeitgeber deshalb abgibt, um dem Auszubildenden einen Schaden zuzufügen, wird aufgrund des Schutzzweckes des § 78a BetrVG als eine gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verstoßende und somit als unwirksame Mitteilung angesehen werden müssen. Der Arbeitgeber kann somit nicht durch eine deutlich vor dem Dreimonatszeitraum abgegebene Mitteilung seiner Verpflichtung aus § 78a I BetrVG gerecht werden.

e. Erklärung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Auszubildenden

Handelt es sich bei dem Auszubildenden um einen Minderjährigen, hat die Erklärung gegenüber dessen gesetzlichen Vertretern rechtzeitig zu erfolgen.³⁷⁹

Die Auffassung, dass die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit des BGB in diesem Zusammenhang keine Anwendung finden dürfen, weil der § 78a BetrVG primär betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten regeln soll,³⁸⁰ geht gänzlich fehl. Der Minderjährigenschutz darf auch in diesem Bereich des Betriebsverfassungsrechts nicht ausgeklammert werden.³⁸¹ Die Mitteilung ist zwar keine Willenserklärung, aber es handelt sich dabei um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, auf die § 131 BGB entsprechend anzuwenden ist. Dies liegt darin begründet, dass das Berufsausbildungsverhältnis nicht unter § 113 BGB fällt, weil es dem Auszubildenden nicht lediglich einen Rechtsvorteil bringt.³⁸² Die einem Minderjährigen gegenüber abgegebene Erklärung des Arbeitgebers wird also nicht rechtswirksam, bevor sie nicht dessen gesetzlichem Vertreter zugeht.³⁸³ In den meisten Fällen wird es zu einer solchen Konstellation jedoch nicht

³⁷⁶ So auch Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (437).

³⁷⁷ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (770); Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (742).

³⁷⁸ Vgl.: Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 15.

³⁷⁹ Vgl.: Wiencke, S. 36.

³⁸⁰ So aber Moritz „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, S. 1016 ff. (1017).

³⁸¹ Vgl.: Pielsticker, S. 66.

³⁸² Vgl.: Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn 52; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 17; Schmitt in Münchener Kommentar zum BGB, § 113 BGB, Rn.14; a. A. Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 26; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Weigand in GK-KR, § 78a Rn. 29; Moritz, „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, 1016, 1017.

³⁸³ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 19; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 24.

kommen, so dass diese Frage zunehmend irrelevant wird,³⁸⁴ weil zum einen die Mitglieder der verschiedenen Betriebsräte aufgrund des Wahlrechts volljährig sein müssen und zum anderen wegen des Zusammenspiels der langjährigen Schulpflicht mit dem meist dreijährigen Berufsausbildungszeitraum die Auszubildenden bei Abschluss ihrer Ausbildung in dem Großteil aller Fälle das 18. Lebensjahr vollendet haben dürften.

3. Rechtsfolgen bei Verletzung der Mitteilungspflicht

Fraglich ist, welche Rechtsfolge eine Verletzung der Mitteilungspflicht durch den Arbeitgeber nach sich zieht, er diese also nicht, verfrüht oder in falscher Form abgibt.

a. Keine Begründung eines Arbeitsverhältnis

Unterlässt der Arbeitgeber die Mitteilung der Nichtübernahme oder geht die Mitteilung dem Auszubildenden nicht oder erst nach Beginn der Dreimonatsfrist zu, so führt dies nicht automatisch zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses,³⁸⁵ wie sich auch eindeutig aus dem Wortlaut des § 78a V BetrVG ergibt.³⁸⁶ Daher geht auch die Auffassung fehl, dass bei einer arbeitgeberseitigen Verletzung der Verpflichtung aus § 78a I BetrVG das Übernahmeverlangen des Auszubildenden als gestellt zu gelten habe.³⁸⁷ Eine solche Fiktion ergibt sich weder aus der Gesetzesbegründung noch aus dem Schutzzweck der Norm.³⁸⁸

Der § 78a I BetrVG stellt insofern lediglich eine Ordnungsvorschrift dar und zieht bei Missachtung keine unmittelbaren rechtlichen Folgen nach sich.³⁸⁹ Dem Auszubildenden soll die Möglichkeit gegeben werden, zu überlegen, ob er seine Weiterbeschäftigung im Betrieb betreiben möchte.³⁹⁰ Bei einer Nichtmitteilung handelt es sich um eine positive Forderungsverletzung und auch um eine Pflichtverletzung i.S.d. § 823 II BGB. Diese Verletzungshandlungen führen zum einen zu der Rechtsfolge des § 78a V BetrVG und

³⁸⁴ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 19.

³⁸⁵ Ein solches Entstehen eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit war hingegen noch im Gesetzentwurf der SPD/FDP-Fraktionen vorgesehen, siehe hierzu BT-Drucks. VII/1170, S. 2.

³⁸⁶ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.17; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 762; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 15; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 8; Wiencke, S. 34.

³⁸⁷ So aber das OVG Lüneburg zum § 9 BPersVG in der Entscheidung vom 14.05.1986 in PersR 1988, 56 zu § 9 BPersVG und auch Altvater/Hamer/Kröll/ Lemcke/Peiseler, BPersVG, § 9 BPersVG Rn. 7, 19.

³⁸⁸ So auch Meist/Schmitz, Personalvertretungsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern, C 17 a für die Parallelvorschrift des 9 BPersVG, die ausführen, dass die Verletzung dieser Mitteilungspflicht sanktionslos ist.

³⁸⁹ Vgl.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 3; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 51; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 3; Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (743); Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (771); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

³⁹⁰ Vgl.: Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 762.

zum anderen dazu, dass eventuell ein Schadensersatz des Auszubildenden gegenüber dem Arbeitgeber entsteht.³⁹¹

Dem Auszubildenden obliegt es auch bei unterlassener Mitteilung des Arbeitgebers, weiterhin seine Weiterbeschäftigung nach § 78a II BetrVG zu beantragen, wenn er nach Abschluss der Ausbildung weiterbeschäftigt werden möchte.³⁹²

b. Schadensersatz

Die fehlerhafte, d.h. unterlassene oder verspätete Mitteilung des Arbeitgebers kann zu einer Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers führen, wenn der Auszubildende infolgedessen ein anderes Arbeitsverhältnis ausschlägt, welches er bei Kenntnis der Nichtübernahme angenommen hätte.³⁹³

aa Höhe des Schadensersatzes

Die Schadenshöhe ist nach den allgemein gültigen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB zu bemessen.³⁹⁴ Grundsätzlich hätte der Arbeitgeber in diesen Fällen eine Entschädigung in Geld gem. § 251 I BGB zu zahlen. Der Auszubildende wäre nach §§ 249 I, 251 I BGB so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Annahme des in Frage stehenden Arbeitsverhältnisses gestanden hätte. Grundlage ist somit das Entgelt des in Frage stehenden Arbeitsverhältnisses, von dem etwaige anderweitig erzielte Entgelte oder ein Arbeitslosengeld, das der Mandatsträger in der entsprechenden Zeit erhält, abzuziehen wären.

bb Schuldhafte Verletzung der Mitteilungspflicht

Voraussetzung ist ausserdem eine schuldhafte Verletzung der Mitteilungspflicht durch den Arbeitgeber. An dieser arbeitgeberseitigen Verletzungshandlung soll es fehlen, wenn der Arbeitgeber den Zeitpunkt der vor vereinbartem Ausbildungsende abgelegten Abschlussprüfung nicht rechtzeitig erkennen und die Mitteilung der Nichtweiterbeschäftigung aus diesem Grund nicht fristgerecht abgeben konnte.³⁹⁵ Eine solche Konstellation des Nichtkennens des Termins ist zwar theoretisch denkbar, aber dennoch praxisfern, denn die Ausbilder in den Betrieben kennen regelmäßig die Prüfungstermine ihrer Auszubildenden, weil sie diese einerseits meist betriebsintern auf die Prüfungen vorbe-

³⁹¹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 17; Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 47; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 16; Sprau in Palandt, § 823 BGB, Rn. 62.

³⁹² Vgl.: BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7; BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 762.

³⁹³ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15; Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (158); Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 762; Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 33 für die Parallelvorschrift des BPersVG; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 15.

³⁹⁴ h.M.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1332); Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 16; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 47; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 18; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 25.

³⁹⁵ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 40, 47; Pielsticker, S. 58.

reiten und andererseits für die Prüfungstermine von der Ausbildung in den Betrieben freistellen müssen. Das Unterlassen der Mitteilung durch den Arbeitgeber wird daher in den meisten Fällen als schuldhaft anzusehen sein.

cc Kausalität der Verletzung für Schadenseintritt

Jedoch steht es dem Auszubildenden frei, sein Weiterbeschäftigungsverlangen auch dann an den Arbeitgeber zu stellen, wenn dieser zuvor seine Absicht der Nichtübernahme nicht mitgeteilt hat. Da ihm diese Möglichkeit offen steht, kann die unterbliebene Mitteilung des Arbeitgebers nicht adäquat kausal für den eventuellen Schadenseintritt sein, so dass ein Schadensersatzanspruch des Auszubildenden ausscheiden müsste.³⁹⁶ Dies gilt umso mehr, als der Auszubildende nicht auf die Übernahme durch den Arbeitgeber vertrauen darf.³⁹⁷

dd Relevanz des Schadensersatzes in der Praxis

In der Praxis sind solche Schadensersatzansprüche eines Auszubildenden bisher nicht gerichtsanhängig geworden. Dies ist dadurch zu erklären, dass der Auszubildende meist ungeachtet einer nicht erklärten Übernahmebereitschaft sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklärt hat und er daraufhin tatsächlich weiterbeschäftigt worden ist oder es zwischen ihm und dem Arbeitgeber eine anderweitige vertragliche Absprache zur Beschäftigung oder Aufhebung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben hat.

c. Antrag nach § 78a IV BetrVG

Die pflichtwidrige Nichtbeachtung der Mitteilungspflicht hindert den Arbeitgeber nicht daran, zu einem späteren Zeitpunkt gegenüber dem Auszubildenden die gerichtliche Auflösung oder Feststellung des Nichtbestehens des Weiterbeschäftigungsarbeitsverhältnisses gemäß § 78a IV BetrVG zu betreiben. Diese Möglichkeit ist unabhängig davon, ob eine wirksame Unterrichtung über die Nichtübernahme seitens des Arbeitgebers erfolgt ist,³⁹⁸ wie es bereits die Formulierung des § 78a V BetrVG zeigt.

B. Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden

Gemäß § 78a II 1 BetrVG muss der Auszubildende innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich die Weiterbeschäftigung verlangen, wenn er über das Ende des Ausbildungsverhältnisses hinaus weiterbeschäftigt werden möchte. Dies gilt gemäß § 78a V BetrVG auch dann,

³⁹⁶ So auch Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 23.

³⁹⁷ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP Nr. 15 zu § 78a BetrVG; ähnlich auch Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 762; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 13.

³⁹⁸ Vgl.: Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (158).

wenn der Arbeitgeber seine Mitteilungspflicht aus Abs. 1 versäumt hat.³⁹⁹ Der Zugang des Weiterbeschäftigungsverlangens richtet sich nach § 130 BGB, d.h. sie muss derart in den Machtbereich des Arbeitgebers gelangt sein, dass dieser nach dem normalen Verlauf der Dinge und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Möglichkeit zur Kenntniserlangung hat.⁴⁰⁰ In den allermeisten Fällen ist ausreichend, dass die Erklärung entweder in den Briefkasten des Arbeitgebers oder in die betriebsinterne Hauspost gegeben bzw. direkt bei der personalverantwortlichen Stelle abgegeben wird.

1. Form des Verlangens

Nach dem Wortlaut der Norm hat der Auszubildende seine Weiterbeschäftigung schriftlich zu verlangen. Die Anordnung der Schriftform ist auch für etwaige gerichtliche Auseinandersetzungen bedeutsam, denn ist zwischen dem Arbeitgeber und dem Auszubildenden streitig, ob ein Verlangen rechtzeitig und wirksam gestellt wurde, dann trägt der Auszubildende die Beweislast. Hierfür kann die Vorlage des schriftlichen Weiterbeschäftigungsverlangens genügen, wohingegen eine mündliche Erklärung schwierig zu beweisen wäre.

a. Deklaratorischer Charakter der Schriftform

Aus dem Wortlaut des § 78a II 1 BetrVG ergibt sich direkt, dass das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden in schriftlicher Form zu erfolgen hat. Seine Erklärung bedarf also der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB,⁴⁰¹ so dass das Schreiben vom Auszubildenden eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muss.⁴⁰² Fraglich ist jedoch, ob es sich bei dieser Norm um eine zwingende Vorschrift handelt, ob sie also deklaratorisch oder lediglich konstitutiv ist. Nach Sinn und Zweck des § 78a BetrVG kann es sich beim Schriftformerfordernis des § 78a II 1 BetrVG nicht nur um eine Ordnungsvorschrift handeln, die für die Ausübung des Gestaltungsrechts lediglich konstitutive Wirkung hat.⁴⁰³ Richtigerweise ist die Schriftform aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz des Auszubildenden vor einer übereilten und unbedachten unbefristeten arbeitsvertraglichen Bindung zwingend und somit deklaratorisch.

³⁹⁹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 17; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 5; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 13.

⁴⁰⁰ Vgl.: Einsele in Münchener Kommentar zum BGB, Band 1/1, § 130 BGB, Rn. 16; Jauernig in Jauernig, BGB, § 130 BGB, Rn. 5.

⁴⁰¹ Vgl.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 682; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 23; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 17; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 18; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14.

⁴⁰² Vgl.: Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (744); Wiencke, S. 40.

⁴⁰³ So aber Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 23 und Pielsticker, S. 59 ff, die mit unterschiedlichen Begründungen auch ein mündlich geäußertes Weiterbeschäftigungsverlangen als ausreichend ansehen.

Außerdem dient sie der Klarstellung, dass ein Weiterbeschäftigungsverlangen vorliegt, und hat eine diesbezügliche Beweisfunktion.⁴⁰⁴

Hieraus folgt, dass weder eine mündliche Erklärung noch die Textform des § 126 b BGB für das Auslösen der Rechtsfolgen des § 78a BetrVG ausreicht.⁴⁰⁵ Somit genügen Fax, E-Mail und erst recht SMS nicht zur Übermittlung des Weiterbeschäftigungsverlangens.⁴⁰⁶

b. Mündliches oder fehlerhaftes Weiterbeschäftigungsverlangen

In diesem Zusammenhang stellt sich in der betrieblichen Praxis oftmals die Frage, wie ein Arbeitgeber mit dem bloß mündlich bzw. sonst formfehlerhaft erklärten Weiterbeschäftigungsverlangen eines Auszubildenden umzugehen hat und ob es ihm unter Umständen verwehrt sein könnte, sich auf die Formunwirksamkeit zu berufen.

aa Verstoß gegen Fürsorgepflicht

In der Literatur wird vertreten, dass der Arbeitgeber auf das mündliche oder sonst fehlerhafte Verlangen einer Weiterbeschäftigung reagieren sollte, weil auch dieses eigentlich unwirksame Verlangen im Ergebnis zu einer Weiterbeschäftigungspflicht seitens des Arbeitgebers führen kann. Der Arbeitgeber verstieße nach dieser Auffassung gegen Treu und Glauben, wenn er dem Auszubildenden entgegenhielte, dass die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis daran scheitert, dass der Auszubildende die Weiterbeschäftigung nicht schriftlich verlangt hat. Der Arbeitgeber sei auf Grund der ihm gegenüber dem Auszubildenden obliegenden Fürsorgepflicht verpflichtet, ihn darauf aufmerksam zu machen, dass das Gesetz eine schriftliche Mitteilung verlangt. Versäumt der Arbeitgeber dies, so könne er aus seiner Pflichtwidrigkeit keinen Rechtsvorteil erlangen.⁴⁰⁷

Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie nicht den arbeitsvertraglichen Gegebenheiten und den daraus erwachsenden Pflichten des Arbeitgebers Rechnung trägt. Es fällt nicht unter die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, den Auszubildenden auf formale Voraussetzungen wie das Schriftformerfordernis des § 78a BetrVG hinzuweisen. Insoweit ist der

⁴⁰⁴ So auch Wiencke, S. 19; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a BetrVG, Rn.17; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 55; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78, Rn. 19; Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (744).

⁴⁰⁵ Vgl.: Kreutz in GK-BetrVG, § 78a , Rn 46; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 18.

⁴⁰⁶ Vgl.: Malottke in „Die Übernahme von JAV-Mitgliedern“ in AiB 2006, S. 493 ff. (494).

⁴⁰⁷ Vgl.: Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.17; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 23; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 682; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 24.

Wortlaut der Vorschrift eindeutig und das Schriftformerfordernis für jeden klar erkennbar.⁴⁰⁸

Ein fehlerhaft erklärtes Weiterbeschäftigungsverlangen könnte aber gegebenenfalls dann als gültig angesehen werden, wenn der Arbeitgeber vorsätzlich treuwidrig verhindert hat, dass ein Auszubildender die richtige Form wahrt und dadurch ein schlechthin untragbares Ergebnis entsteht. Solche Ausnahmekonstellationen hat es aber in der Arbeitsrechtssprechung bisher noch nicht gegeben und wird es voraussichtlich auch nicht geben. Auch die Literatur hat solche Fälle noch nicht konstruiert, so dass eine weitere Erläuterung dieser fiktiven Fälle unterbleiben kann.

bb Abschluss eines Übernahme-Arbeitsvertrages

Hiervon zu trennen sind die Fälle, in denen der Auszubildende sein Verlangen lediglich mündlich oder fehlerhaft äußert und der Arbeitgeber einer Weiterbeschäftigung entweder ausdrücklich oder konkludent zustimmt. Dies führt zu einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses nach Abschluss des Ausbildungsverhältnisses. Das Anschlussarbeitsverhältnis kommt jedoch nicht aufgrund von § 78a BetrVG zustande, sondern vielmehr wegen des formlos wirksam geschlossenen Übernahme-Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Auszubildenden.⁴⁰⁹ Hieraus folgt, dass der Arbeitgeber nach der Äußerung eines grundsätzlich formunwirksamen Weiterbeschäftigungsverlangens darauf achten muss, dass zwischen ihm und dem Auszubildenden aufgrund einer als ausdrückliche oder konkludente Zustimmung zu verstehende Äußerung oder tatsächlichen Weiterbeschäftigung kein eigener Übernahme-Arbeitsvertrag zustande kommt, wenn er ein solches Arbeitsverhältnis mit dem Auszubildenden nicht wünscht.

2. Inhalt des Weiterbeschäftigungsverlangens

Für den Inhalt des Weiterbeschäftigungsverlangens statuiert § 78a BetrVG keine besonderen Vorschriften. Es ist ausreichend, wenn das Schreiben in irgendeiner Form den Willen des Auszubildenden erkennen lässt, dass er an der Weiterbeschäftigung nach Abschluss des Ausbildungszeitraumes interessiert ist.⁴¹⁰ Hierbei sind die allgemeinen Auslegungsregeln des § 133 BGB anzuwenden.⁴¹¹ Der Auszubildende muss somit in seiner Erklärung ausdrücklich weder eine unbefristete Weiterbeschäftigung noch eine Vollzeitbeschäftigung verlangen, weil die unbefristete Vollzeitstelle die ge-

⁴⁰⁸ Ähnlich: Kreuzt in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 47.

⁴⁰⁹ So auch Vgl. Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 18;

⁴¹⁰ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 57; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 26.

⁴¹¹ Siehe zu den Auslegungsregeln ausführlich: Trupp, „Die Bedeutung des § 133 BGB für die Auslegung von Willenserklärungen“ in NJW 1990 S. 1346 ff. (1346 ff.); Wiesner, „Wille und Verständnis bei der Willenserklärung“ in AcP 189, S. 112 ff. (112 ff.).

setzliche Rechtsfolge des Weiterbeschäftigungsverlangens darstellt und dieses Beschäftigungsverhältnis somit automatisch durch den Ausspruch des Weiterbeschäftigungsverlangens begründet wird. Auch eine Begründung des Weiterbeschäftigungsverlangens durch den Auszubildenden ist nicht erforderlich,⁴¹² insbesondere braucht der Auszubildende nicht dazulegen, dass er als Mandatsträger benachteiligt werde oder eine Benachteiligung aufgrund seiner Tätigkeit in der Zukunft zu vermuten sei.⁴¹³

3. Zustimmungserfordernis des gesetzlichen Vertreters

Handelt es sich bei dem Auszubildenden um einen Minderjährigen, ist fraglich, ob die Erklärung, durch die er die Weiterbeschäftigung nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses verlangt, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.

Dies ist in der heutigen Zeit nicht mehr von der gleichen betrieblichen Relevanz wie zur Zeit der Einführung des § 78a BetrVG, weil der weitaus größte Teil der Auszubildenden nach Abschluss der Ausbildung das 18. Lebensjahr vollendet hat.⁴¹⁴ Jedoch besteht immer noch praktische Relevanz. Da, wie dargestellt, § 113 BGB keine Anwendung finden kann,⁴¹⁵ bedarf die Erklärung, durch die der Auszubildende seine Weiterbeschäftigung nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses verlangt, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.⁴¹⁶ Die zum Abschluss des Ausbildungsvertrages abgegebene Zustimmung kann sich auf ein Weiterbeschäftigungsverlangen nicht erstrecken, weil dieses ein gänzlich neues Rechtsverhältnis begründet, bei dem es sich nicht um eines gleicher Art handelt.⁴¹⁷ Dem Schutzzweck des § 78a BetrVG und dem des allgemeinen Minderjährigenschutzes liefe es jedoch zuwider, wenn das Weiterbeschäftigungsverlangen, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erklärt, nach § 111 BGB als schlechthin unwirksam angesehen würde.⁴¹⁸ Der Minderjährige ist in dieser Situation vielmehr so zu stellen, als hätte er einen Arbeitsvertrag ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossen, so dass der gesetzliche Vertreter das Weiterbeschäftigungsverlangen noch gemäß § 108

⁴¹² Vgl.: Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 9; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 21; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 16.

⁴¹³ Vgl.: Kreutz in GK-BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 48; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 26.

⁴¹⁴ Vgl. Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a Rn. 18.

⁴¹⁵ So auch Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 52; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 17; Schmitt in Münchener Kommentar zum BGB, § 113 BGB, Rn. 14.

⁴¹⁶ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 24; Kreutz in GK-BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 52; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 18; Wiencke, S. 39.

⁴¹⁷ Vgl.: Kreutz in GK-BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 52; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 25; Pielsticker, S. 78; a. A. Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 26, der darauf abstellt, dass eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wegen § 113 BGB nicht notwendig sei.

⁴¹⁸ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 24.

BGB genehmigen kann.⁴¹⁹ Eine Schlechterstellung des Mandatsträgers, der sein Gestaltungsrecht ausübt, gegenüber den Minderjährigen, der ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters mit dem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag abschließt wäre nicht sachgerecht und muss deshalb ausgeschlossen werden. Die Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters bzw. dessen nachträgliche Genehmigung kann formfrei erfolgen.⁴²⁰

4. Dreimonatsfrist

Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden muss dessen Arbeitgeber gemäß § 78a II 1 BetrVG innerhalb der letzten drei Monate vor der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses zugegangen sein.

a. Dreimonatsfrist

Das Weiterbeschäftigungsverlangen muss gemäß dem Wortlaut der Vorschrift innerhalb der letzten drei Monate des Ausbildungsverhältnisses erklärt werden. Dies bedeutet, dass die Erklärung frühestens drei Monate und spätestens einen Tag⁴²¹ vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses abgegeben werden muss.

aa Erweiterung der Dreimonatsfrist

Eine teleologische Erweiterung der Frist auf sechs Monate, um die Frist des § 78a II 1 BetrVG an die geänderte Frist des § 12 I 2 BBiG⁴²² anzupassen, hat nicht zu erfolgen.⁴²³ Zwar ist es richtig, dass beiden Vorschriften der Grundgedanke innewohnt, dass ein Auszubildender sich nicht zu früh rechtlich an einen bestimmten Betrieb binden und sich der Entscheidungsfreiheit, nach Beendigung der Ausbildung ein anderweitiges Arbeitsverhältnis einzugehen, begeben soll.⁴²⁴ Jedoch folgt aus dieser gemeinsamen Schutzrichtung nicht, dass die beiden Sachverhalte gleichartig behandelt werden müs-

⁴¹⁹ Vgl.: Pielsticker, S. 78; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 18.

⁴²⁰ Vgl.: Kreuzt in GK-BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 52; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 25.

⁴²¹ So auch Rudolph, „Fristen im Betriebsverfassungsgesetz“ in AiB 2007, S.653 ff. (655); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274); Hayen, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen durch § 78a BetrVG“ in AiB 1982, S. 76 ff. (77); Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn.14, der die Erklärung so nah wie möglich am Ende der Berufsausbildung sogar empfiehlt, um dem Arbeitgeber weniger Zeit für seinen Antrag nach § 78a IV zu geben.

⁴²² Bei dem § 12 I 2 BBiG handelt es sich um den gem. Art. 11 des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes v. 26. 9. 1996 (BGBl. I, S. 1476) geänderten § 5 I 2 BBiG.

⁴²³ So auch Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22b; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn 57; a.A: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 78a, Rn. 19; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 12; Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 300 ff, (301 ff.); Opolony BB 2003, S. 1329 ff, (1333).

⁴²⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 61; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

sen,⁴²⁵ weil § 78a BetrVG darüber hinaus einen weiteren Schutzzweck verfolgt. Denn während § 12 I 2 BBiG nur einer zu frühen Bindung des Auszubildenden während der Ausbildungszeit entgegenwirken soll, damit der Auszubildende auch anderen und unter Umständen besseren Chancen auf dem Arbeitsmarkt ungebunden gegenüberstehen kann, soll § 78a BetrVG darüber hinaus den Schutz des Auszubildenden wegen des Amtes in einem Betriebsverfassungsorgan garantieren und ihn vor Benachteiligungen schützen. Ebenso wenig kann von einem gesetzgeberischen Versehen, dass nicht auch die Fristenregelung des § 78a II BetrVG in eine Sechsmonatsfrist geändert worden war, ausgegangen werden,⁴²⁶ weil der Gesetzgeber die Frist bei späteren Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes – so z.B. 2001 – hätte ändern bzw. angleichen können. Dies hat er aber weder getan, noch hat er eine Änderung bzw. zeitliche Erweiterung der Dreimonatsfrist überhaupt ernsthaft in Erwägung gezogen.⁴²⁷

Somit ist mit dem eindeutigen Wortlaut des § 78a II 1 BetrVG das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden innerhalb der gesetzlich normierten Dreimonatsfrist zu erklären. Ein vor diesem Zeitraum erfolgtes Weiterbeschäftigungsverlangen entfaltet keinerlei Rechtswirkung und müsste innerhalb der Frist wiederholt werden, um den Arbeitgeber wirksam zu binden.⁴²⁸

bb Berechnung der Dreimonatsfrist

Zur Berechnung der Dreimonatsfrist sind die Auslegungsvorschriften der §§ 187 bis 193 BGB heranzuziehen.⁴²⁹ Im Fall des § 78a BetrVG ist jedoch zu beachten, dass die §§ 187, 188 BGB auf die Berechnung eines Fristendes bei feststehendem Beginn einer Frist abstellen, hier jedoch der Beginn der Frist fraglich ist.⁴³⁰

b. Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses

Wie bereits dargestellt, endet das Berufsausbildungsverhältnis mit dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Ausbildungszeit, es sei denn, dass der Auszubildende vor diesem Zeitpunkt die Abschlussprüfung besteht und dadurch das Ausbildungsverhältnis mit Bestehen der Abschlussprüfung automatisch sein Ende findet. Für die Berechnung der Dreimonatsfrist ist deshalb grundsätzlich vom Zeitpunkt des Bestehens der Abschlussprüfung auszugehen.⁴³¹

⁴²⁵ So aber Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 61 a.E.

⁴²⁶ So aber Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 61 a.E.

⁴²⁷ So auch Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

⁴²⁸ Vgl.: BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274); Wiencke, S. 42.

⁴²⁹ Vgl.: BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7.

⁴³⁰ So auch das BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7.

⁴³¹ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15.

c. Weiterbeschäftigungsverlangen vor dem Dreimonatszeitraum

Äußert der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen vor Beginn der Dreimonatsfrist, so ist dies rechtlich unbeachtlich und löst keine Rechtsfolgen aus.⁴³² Dies dient sowohl der Rechtssicherheit für den Arbeitgeber, weil er nur Weiterbeschäftigungsverlangen, die innerhalb der Dreimonatsfrist erklärt worden sind, gegen sich gelten lassen muss, als auch dem Schutz der Auszubildenden selbst.

Dies liegt auch darin begründet, dass verhindert werden soll, dass sich der Auszubildende durch die Ausübung seines Gestaltungsrechts frühzeitig an den Arbeitgeber bindet und somit in seiner beruflichen Tätigkeit beschränkt wird. Im Schutzzweck entspricht dies der zeitlichen Begrenzung der Zulässigkeit einer Weiterarbeitsklausel in § 12 I S. 2 BBiG.⁴³³ Dies hat zur Folge, dass ein Weiterbeschäftigungsverlangen, das vorzeitig erklärt wird, innerhalb der Dreimonatsfrist wiederholt werden muss, um die Rechtsfolge des § 78a BetrVG auszulösen. Tritt eine Verlängerung der Ausbildungszeit aufgrund einer nicht bestandenen Abschlussprüfung ein, folgt daraus, dass der Auszubildende innerhalb der letzten drei Monate erneut sein Weiterbeschäftigungsverlangen äußern muss, auch wenn er dies bereits fristgerecht vor Ende des ursprünglichen Ausbildungszeitraumes getan hat.⁴³⁴ Selbst wenn dem Arbeitgeber bei der Erklärung des Verlangens offensichtlich war, dass der Auszubildende sein Verlangen zu früh geäußert hat, trifft den Arbeitgeber keine Pflicht, den Auszubildenden darauf hinzuweisen.⁴³⁵

d. Weiterbeschäftigungsverlangen nach Ablauf des Ausbildungsverhältnisses

Ein Weiterbeschäftigungsverlangen kann nicht wirksam nach Ablauf des Ausbildungsverhältnisses erklärt werden. Dann steht der Auszubildende nämlich nicht mehr in einem Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitgeber und ist deshalb auch nicht mehr Mitglied des betriebsverfassungsrechtlichen Organs, weil seine Mitgliedschaft in diesem mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb automatisch beendet worden ist.⁴³⁶

Eine Ausnahme von der Regel, dass die Erklärung dem Arbeitgeber innerhalb der Dreimonatsfrist zugehen muss, kann es auch dann nicht geben, wenn der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht nach § 78a I BetrVG nicht nachgekommen ist.⁴³⁷ Selbst wenn

⁴³² Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 15; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 21; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 26.

⁴³³ So auch: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 21.

⁴³⁴ a.A.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 21.

⁴³⁵ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15.

⁴³⁶ So auch das BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15 und Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

⁴³⁷ Vgl.: BAG vom 15. 1. 1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 8, a. A. aber z.B. Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22, für den es in diesen Fällen ausreicht, wenn der Auszubildende die Weiterbeschäftigung erst verlangt, wenn das Berufsausbildungsverhältnis endet.

der Auszubildende nicht weiß, ob der Arbeitgeber seine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis beabsichtigt oder nicht, ist ihm zuzumuten, ein Weiterbeschäftigungsverlangen vor Ablauf des Ausbildungsverhältnisses fristgerecht zu formulieren.

e. Zugang des Weiterbeschäftigungsverlangens

Für die Einhaltung der Frist ist der Zugang des schriftlichen Verlangens beim Arbeitgeber maßgeblich. Es muss spätestens am letzten Tag des Ausbildungsverhältnisses in den Machtbereich des Arbeitgebers gelangen,⁴³⁸ so dass dieser von der Erklärung Kenntnis nehmen kann. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme des Arbeitgebers kommt es nicht an.

5. Abdingbarkeit des Übernahmerechts

In der Praxis stellt sich oftmals die Frage, ob das Übernahmerecht vor oder im Verlauf der Dreimonatsfrist einzelvertraglich oder kollektivvertraglich abbedungen werden kann. Da es sich bei dem Übernahmerecht um ein gesetzlich zwingend eingeräumtes Gestaltungsrecht handelt, kann es vor der Dreimonatsfrist des § 78a II weder einzelvertraglich noch kollektivrechtlich abbedungen werden, selbst dann nicht, wenn der Auszubildende hierfür eine Kompensation erlangt.⁴³⁹ Auch eine einseitige Erklärung des Auszubildenden außerhalb der letzten drei Monate entfaltet keine rechtliche Wirkung dergestalt, dass er dieses Recht nicht mehr ausüben darf.⁴⁴⁰ Sobald der Auszubildende das Recht aber wirksam ausüben könnte, d.h. in den letzten drei Monaten seiner Ausbildung, steht es ihm frei, von dieser Ausübung wirksam abzusehen. Dies ist nur logisch, weil es dem Auszubildenden unbenommen ist, kein Weiterbeschäftigungsverlangen zu formulieren und somit konkludent darauf zu verzichten.⁴⁴¹

Dies bedeutet, dass der Auszubildende einen Aufhebungs- oder Verzichtsvertrag in den letzten drei Monaten des Ausbildungsverhältnisses abschließen kann, der eine finanzielle oder sonstige Kompensation enthält oder auch einer Gegenleistung des Arbeitge-

⁴³⁸ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15; Rudolph, „Fristen im Betriebsverfassungsgesetz“ in AiB 2007, S.653 ff. (655).

⁴³⁹ Vgl.: Becker-Schaffner, „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2651) und Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 25, der zutreffend anmerkt, dass durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge die Rechte aus § 78a BetrVG erweitert werden können.

⁴⁴⁰ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 73; jedoch kann dies unter Umständen dazu führen, dass es dem Auszubildenden verwehrt ist, sein Weiterbeschäftigungsverlangen zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu äußern, weil dies rechtsmissbräuchlich wäre.

⁴⁴¹ So z.B. auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 27; Becker-Schaffner „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2651); a.A. Wiencke, S. 46 ff., der einen generellen Ausschluss einer Verzichtsmöglichkeit annimmt und dies mit den Regelungen der §§ 12 I, 25 BBiG begründet.

bers nicht bedarf. Wird ein solcher Vertrag seitens des Arbeitgebers entworfen, gelten die Vorschriften der AGB.⁴⁴²

C. Widerruf und Anfechtung des Verlangens der Weiterbeschäftigung

Immer wieder kommt es in der Praxis dazu, das der Auszubildende sein geltend gemachtes Weiterbeschäftigungsverlangen anschließend zu widerrufen oder anzufechten versucht. Dies geschieht - gerade in Zeiten wirtschaftlichen Aufschwungs – vor allem dann, wenn dem Auszubildenden nach Erklärung des Weiterbeschäftigungsverlangens von einem anderen Arbeitgeber ein für ihn besseres Anstellungsverhältnis angeboten wird.

1. Widerruf

Nach verbreiteter Auffassung kann der Auszubildende sein Verlangen auf Übernahme auch nach Zugang des Weiterbeschäftigungsverlangens jederzeit bis zum Ende der Ausbildungszeit und dem Beginn des anschließenden Arbeitsverhältnisses widerrufen. Die Gestaltungswirkung des § 78a BetrVG trete erst mit der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses eintreten, so dass ein Widerruf bis zu diesem Zeitpunkt dogmatisch unbedenklich sei.⁴⁴³

Diese Auffassung geht jedoch sowohl an der rechtlichen Dogmatik des BGB und des BetrVG als auch der unternehmerischen Wirklichkeit vorbei. Ein Widerruf der Erklärung des Auszubildenden nach deren Zugang ist nicht möglich, weil das Gesetz einen Widerruf nach § 130 I S. 2 BGB lediglich bis zum Zugang der Erklärung erlaubt.⁴⁴⁴ Außerdem handelt es sich bei dem Weiterbeschäftigungsverlangen des § 78a BetrVG um die Ausübung eines Gestaltungsrechts, durch das ein Arbeitsverhältnis automatisch und ohne weiteres Zutun von Arbeitgeber und Auszubildendem begründet wird. Um dieses einseitig aufzuheben, bedarf es erneut der Ausübung eines Gestaltungsrechts, welches das BetrVG dem Auszubildenden weder in § 78a BetrVG noch anderswo einräumt.⁴⁴⁵

Die Möglichkeit des Auszubildenden die Weiterbeschäftigung zu widerrufen, wäre außerdem nicht interessengerecht. Der Arbeitgeber muss, nachdem der Auszubildende die Weiterbeschäftigung verlangt hat, über dessen Arbeitskraft disponieren können,

⁴⁴² Siehe zu der Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Versteyl, Die Obergrenze arbeitsrechtlichen Schutzes, S. 28; Däubler in Däubler/Dorndorf/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle, Einleitung, Rn. 156 ff.

⁴⁴³ Vgl.: Kreuz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 62; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 20; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 75; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 8 a; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, R. 21; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274); Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 43 für die Parallelvorschrift des BPersVG.

⁴⁴⁴ Vgl.: Pielsticker, S. 78; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333); Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.20.

⁴⁴⁵ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22b; Pielsticker, S. 77 ff

entsprechende arbeitswirtschaftliche Maßnahmen treffen und vor allem auch den anderen Auszubildenden und sonstigen Bewerbern mitteilen, ob sie übernommen bzw. eingestellt werden.⁴⁴⁶ Eine Loslösung vom Weiterbeschäftigungsverlangen wäre somit entweder nur einvernehmlich, z.B. durch Auflösungsvertrag, oder über eine arbeitnehmerseitige Kündigung möglich.

Andererseits wird kein Arbeitgeber versuchen, einen Auszubildenden bzw. Arbeitnehmer in seinem Betrieb oder Unternehmen zu halten, wenn dieser das Unternehmen verlassen möchte, so dass es sich bei der Frage der Möglichkeit des Widerrufs eher um eine theoretische denn um eine mit praktischer Auswirkung.

2. Anfechtung

Als Willenserklärung ist das Weiterbeschäftigungsverlangen nach den Voraussetzungen der allgemeinen Regeln der §§ 119 ff. BGB anfechtbar.⁴⁴⁷ Bezüglich der Wirkung einer Anfechtung ist zu unterscheiden. Erfolgt der Ausspruch der Anfechtung vor der Aufnahme des anschließenden Weiterbeschäftigungsverhältnisses, so wirkt diese auf den Zeitpunkt des Verlangens zurück, so dass kein Arbeitsverhältnis im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis entsteht, es aber ggf. zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers kommen kann.⁴⁴⁸ Die erfolgreiche Anfechtung kann andererseits in einem in Vollzug gesetzten Beschäftigungsverhältnis ihre Wirkung nur ex nunc, d.h. für die Zukunft, entfalten, weil eine Rückabwicklung der bereits erbrachten und ausgetauschten Arbeitsleistungen nach Bereicherungsrecht kaum möglich ist.⁴⁴⁹ Die erbrachten Leistungen, die Arbeitsleistung des ehemaligen Auszubildenden und die Entgeltleistung des Arbeitgebers, verbleiben somit bei der jeweils anderen Partei und werden nicht rückabgewickelt.

D. Verzicht auf die bzw. unzulässige Ausübung der Rechte aus § 78a BetrVG

Neben dem Widerruf bzw. der Anfechtung eines Weiterbeschäftigungsverlangens ist es auch denkbar, dass der Auszubildende auf sein Recht aus § 78a BetrVG verzichten möchte, bzw., dass ihm dessen Ausübung verwehrt ist, weil dies eine unzulässige Rechtsausübung darstellen würde.

⁴⁴⁶ Vgl.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333); Pielsticker, S. 78.

⁴⁴⁷ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333); Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 45 für die Parallelvorschrift des BPersVG.

⁴⁴⁸ So auch: Wiencke, S. 45.

⁴⁴⁹ Vgl: Pielsticker, S. 79; Kreuz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 64; Wiencke, S. 45 ff.

1. Verzicht auf die Rechte aus § 78a BetrVG

Fraglich ist, ob ein Verzicht des Auszubildenden auf die Rechte des § 78a BetrVG möglich ist.

Unter einem Verzicht wird die Aufgabe eines Rechts durch den Berechtigten ohne Übertragung auf einen Dritten verstanden.⁴⁵⁰ Ob dies einseitig durch den Auszubildenden oder nur im Wege eines einvernehmlichen Verzichtsvertrages möglich ist, kann dahingestellt sein, weil sich kein Arbeitgeber einem Verzicht auf das Gestaltungsrecht des § 78a BetrVG verweigern würde. Ein Verzicht des Auszubildenden auf den Schutz des § 78a BetrVG ist rechtlich grundsätzlich denkbar und entspricht den Grundsätzen der Privatautonomie.⁴⁵¹ Es ist allgemein anerkannt, dass der Berechtigte durch einseitiges Rechtsgeschäft auf die Ausübung eines ihm zustehenden Gestaltungsrechts verzichten kann.⁴⁵² Ein Verzicht ist in dem Zeitraum möglich, in dem das Gestaltungsrecht ausgeübt werden kann, d.h. in den letzten drei Monaten des Ausbildungsverhältnisses.⁴⁵³ Ein Ausschluss des Verzichts mit der Begründung, dass er der Vorschriften des § 12 I BBiG entgegenstehen würde, weil er die Ausübung der beruflichen Tätigkeit des Auszubildenden beschränken würde,⁴⁵⁴ widerspricht der Gesetzessystematik des § 78a BetrVG. Der Auszubildende ist nicht verpflichtet, ein Weiterbeschäftigungsverlangen zu erklären. Somit kann er auf die Erklärung dieses Verlangens auch wirksam verzichten.⁴⁵⁵ Ein über den Eigenverzicht hinausgehende und vor allem vorausgehende Verzichtserklärung oder Abbedingung, sei es in Ausbildungsverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen, ist nicht möglich, weil dies die Rechte aus § 78a II BetrVG beschneiden würde.⁴⁵⁶

Eine Verzichtserklärung des Auszubildenden unterliegt keinen Formerfordernissen,⁴⁵⁷ jedoch sollte der Arbeitgeber, dem eine mündliche Verzichtserklärung zugeht, sich diese aus Gründen der späteren Beweisbarkeit seitens des Auszubildenden schriftlich bestätigen lassen.

⁴⁵⁰ Vgl.: Szücs, Verzicht und Vergleich im österreichischem, deutschen und schweizer Arbeitsrecht, S. 17.

⁴⁵¹ Siehe ausführlich zu Verzicht: Kleinschmidt, Der Verzicht im Schuldrecht, insbesondere S. 19 ff, 159 ff.

⁴⁵² Vgl.: Kleinschmidt, Der Verzicht im Schuldrecht, insbesondere S. 159.

⁴⁵³ Vgl.: LAG Frankfurt vom 09.08.1974 in BB 1975, S. 1205 (1205); Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22c; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 8 a; Kreuz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 63, Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333), der den Zeitraum eines möglichen Verzichts unverständlicherweise sogar auf 6 Monate erstrecken will; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 16; Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 44 für die Parallelvorschrift des BPersVG

⁴⁵⁴ So Wiencke, S. 47; im Ergebnis auch Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunkt-kommentar, § 78a BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 21.

⁴⁵⁵ Vgl.: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333).

⁴⁵⁶ Ähnlich: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 73 ff.

⁴⁵⁷ Vgl.: Söhner, Der Verzicht des Arbeitnehmers und Auszubildenden auf Bestandschutz, S. 212; Kleinschmidt, Der Verzicht im Schuldrecht, insbesondere S. 159 ff.

2. Unzulässige Ausübung der Rechte aus § 78a BetrVG

Es kann dem Auszubildenden versagt sein, sich auf den Schutz des § 78a BetrVG zu berufen und ein Übernahmeverlangen gegenüber seinem Arbeitgeber geltend zu machen. In der Regel der betrieblichen Praxis stellt der Ausspruch des Weiterbeschäftigungsverlangens durch den Auszubildenden zwar keine unzulässige Rechtsausübung dar, selbst wenn dies erst kurz vor Ablauf der Ausbildung geschieht oder der Arbeitgeber dem Auszubildenden vorab mitgeteilt hat, dass er ihn nicht übernehmen werden wird.⁴⁵⁸ Es gibt jedoch einige Konstellationen, in denen dem Auszubildenden die Ausübung seines Gestaltungsrechts zu Recht verwehrt werden muss, weil die Ausübung gegen § 242 BGB verstoßen würde. Grundsätzlich ist dies dann der Fall, wenn schwerwiegende objektive Faktoren vorliegen, welche eine Ausübung des Gestaltungsrechts als ungerechtfertigt und nicht mehr vom Schutzgedanken des § 78a BetrVG Norm gedeckt erscheinen lassen. Für das Vorliegen eines solchen Gesichtspunktes wäre der Arbeitgeber jedoch wie auch für die Unzumutbarkeit an sich darlegungs- und beweispflichtig, wobei dies in den verschiedenen denkbaren Konstellationen äußerst schwierig ist.⁴⁵⁹

a. Rechtsmissbräuchliches Weiterbeschäftigungsverlangen und Verfolgung nicht schutzwürdiger Interessen

Die Ausübung des Gestaltungsrechtes muss dem Auszubildenden versagt werden, wenn sie ein rechtsmissbräuchliches Weiterbeschäftigungsverlangen oder die Verfolgung nicht schutzwürdiger Interessen darstellen würde. Diesbezüglich sind vor allem zwei Situationen denkbar.

aa Wahl in das Organ, um den Schutz des § 78a BetrVG zu erreichen

Die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsverlangens ist ausgeschlossen, wenn sich der Auszubildende nur deshalb in das betriebsverfassungsrechtliche Organ wählen lassen, um damit den Schutz des § 78a BetrVG zu erreichen und auf diese Weise eine Folgebeschäftigung zu erlangen.⁴⁶⁰ Zum einen entspricht es nicht dem Sinn

⁴⁵⁸ So auch das LAG Baden-Württemberg, 13. 10. 1977 in AP BetrVG 1972, § 78a Nr. 4; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333).

⁴⁵⁹ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 85; Ilbertz/Widmaier, BPersVG, § 9 Rn. 6 für die Parallelvorschrift des BPersVG; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1463); Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG, in DB 1981, S. 889 ff. (889); Pielsticker, S. 45; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 72.

⁴⁶⁰ Aus ähnlichem Grund erstreckt auch das BAG vom 17.02.1983 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 14 den Schutz des § 15 KSchG nicht auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch Fristablauf, weil es befürchtet: „Sie würde nur zu der Möglichkeit führen, daß Arbeitnehmer mit einem wirksam befristeten Arbeitsvertrag versuchen, durch die Wahl in eine Betriebs- bzw. Personalvertretung eine Rechtsstellung zu erlangen, die sie ohne dieses Amt nicht erlangen würden.“

und Zweck des § 78a BetrVG, Auszubildenden einen Weiterbeschäftigungsanspruch zuzugestehen, wenn sie aus rein persönlichen Gründen handeln, um sich den individuellen Vorteil der Weiterbeschäftigung zu sichern.⁴⁶¹ Zum anderen kann sich der Schutzzweck des § 78a BetrVG nicht auf solche Fälle erstrecken, weil dies mittelbar zu einer Schwächung des entsprechenden betriebsverfassungsrechtlichen Gremiums und dessen Arbeitsfähigkeit führt und somit der Zielrichtung der Norm entgegenlaufen würde, weil der gewählte Auszubildende im Organ nicht zum Wohle des Betriebes und der Belegschaft, sondern vielmehr zu seinem eigenen Vorteil agieren würde.⁴⁶²

bb Herbeiführung eines Vertretungsfalles

Ein weiterer Fall eines rechtsmißbräulichen Verhaltens ist gegeben, wenn für ein Ersatzmitglied eines Betriebsverfassungsgremiums ein fingierter Vertretungsfall oder ein Aufgabenanfall herbeigeführt wird, nur damit das Ersatzmitglied sein Weiterbeschäftigungsverlangen geltend machen kann und dies auch anschließend tut.⁴⁶³ Solche Konstellationen können dadurch herbeigeführt werden, dass sich ein gewähltes Mitglied für eine Gremiumssitzung fälschlicherweise krankmeldet oder absichtlich mehrere Termine eines Organmitgliedes parallel gelegt werden, so dass ein Ersatzmitglied einspringen muss. Auch hier ist der Schutzzweck des § 78a BetrVG nicht eröffnet, den Auszubildenden vor einer Schlechterstellung durch den Arbeitgeber zu bewahren.

Sollte der Auszubildende die Umstände des auf angreifbare Weise herbeigeführten Vertretungsfalles im Zeitpunkt der Erklärung des Weiterbeschäftigungsverlangens jedoch nicht kennen, so kann sein Verlangen nicht als rechtsmißbräulich gewertet werden, weil ein Rechtsmissbrauch die Kenntnis der Umstände durch den Handelnden voraussetzt.⁴⁶⁴

cc Ergebnis

Ein rechtsmissbräuchliches Weiterbeschäftigungsverlangen eines Auszubildenden ist immer dann anzunehmen, wenn er dieses entweder erklärt, nachdem er sich in ein Organ gemäß § 78a BetrVG hat wählen lassen, nur um die Weiterbeschäftigung zu erlangen oder wenn er als Ersatzmitglied gewählt und absichtlich zu seinen Gunsten ein fingierter Vertretungsfall mit seinem Wissen herbeigeführt worden ist.

⁴⁶¹ So auch Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG, in DB 1981, S. 889 ff. (889); Pielsticker, S. 80; a.A. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 72, der darauf abstellt, dass es nicht in der Macht des Einzelnen steht, ob er letztlich gewählt wird und sich seine Vorstellungen hinsichtlich des Schutzes nach § 78a BetrVG verwirklichen lassen.

⁴⁶² Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 71; Pielsticker, S. 45.

⁴⁶³ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn. 71; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1334).; Ilbertz/Widmaier, BPersVG, § 9 Rn. 6 für die Parallelvorschrift des BPersVG.

⁴⁶⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn. 71.

b. Verbot des widersprüchlichen Verhaltens

Das Weiterbeschäftigungsverlangen kann auch nicht durch den Auszubildenden geltend gemacht werden, wenn dies im Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten stünde. Ein solches Verhalten ist dann gegeben, wenn der Auszubildende in den letzten drei Monaten seines Ausbildungsverhältnisses oder in der Zeit davor, bei dem Arbeitgeber den Eindruck erweckt hat, er werde von seinem Weiterbeschäftigungsverlangen keinen Gebrauch machen, dann aber doch sein Recht aus § 78a BetrVG einfordert. Dieser Eindruck kann z.B. entstehen, wenn der Auszubildende gegenüber seinem Arbeitgeber explizit erklärt hat, er werde sein Recht nicht ausüben oder er werde nach Abschluss der Ausbildung eine Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber antreten oder er bereits einen befristeten Vertrag mit dem Arbeitgeber abgeschlossen hat.⁴⁶⁵

c. Verwirkung

Bedacht werden muss auch, dass der Auszubildende sein Recht zur Erhebung des Weiterbeschäftigungsverlangens verwirken kann. Die Verwirkung ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung und somit als Ausnahmefall anzusehen, so dass grundsätzlich einem Berechtigten die Gewährung seines Rechtes zugesprochen werden muss. Ausnahmsweise kann die Verwirkung eines Rechts eintreten, wenn es vom Berechtigten über längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist und der andere Teil sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und sich auch tatsächlich darauf eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde.⁴⁶⁶ Der Tatbestand der Verwirkung erfordert somit ein Zeit- und ein Umstandsmoment. Voraussetzung ist, dass seit der Möglichkeit, das Recht geltend zu machen, d.h. seit Eintritt der Fälligkeit, eine längere Zeit verstrichen sein muss.⁴⁶⁷ Dies ist vorliegend jedoch nicht denkbar.

Der Auszubildende kann sein Weiterbeschäftigungsverlangen nur in den letzten drei Monaten seiner Ausbildungszeit wirksam gegenüber dem Arbeitgeber erklären. Es bestehen somit ein fest definierter Anfangs- und Endzeitpunkt, zwischen denen der Auszubildende frei wählen kann, ob und wann er sein Recht ausübt. Eine Verkürzung dieses Korridors durch Verwirkung ist nicht möglich, weil dadurch der dreimonatige Zeitraum beschnitten würde.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ So auch Pielsticker, S. 81; oder Treber in Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, § 9, Rn. 44 für die Parallelvorschrift des BPersVG.

⁴⁶⁶ Vgl.: Heinrichs in Palandt; § 242, Rn. 87.

⁴⁶⁷ Vgl.: BAG vom 28.05.2002 in NZA 2002, S. 1176; Mansel in Jauernig, Kommentar zum BGB, § 242, Rn. 59.

⁴⁶⁸ Ähnlich Pielsticker, S. 81.

d. Ergebnis

Dem Auszubildenden kann die Geltendmachung der Weiterbeschäftigung verwehrt sein, wenn es sich hierbei um eine unzulässige Rechtsausübung handeln würde. Dies wäre sowohl in Form eines rechtsmissbräuchlichen Weiterbeschäftigungsverlangens als auch eines widersprüchlichen Verhaltens denkbar. Eine Verwirkung des Rechts kann hingegen nicht eintreten.

E. Kündigung und Aufhebungsvertrag während der Ausbildung

Das Ausbildungsverhältnis eines Auszubildenden muss nicht mit dem Abschluss der Ausbildung enden, sondern wird in vielen Fällen durch beidseitige Kündigung oder einen Aufhebungsvertrag beendet.⁴⁶⁹

1. Kündigung

Es steht beiden Ausbildungsvertragsparteien im Rahmen des § 22 I, II BBiG frei, ein Berufsausbildungsverhältnis vorzeitig und jederzeit durch arbeitgeber- oder arbeitnehmerseitige Kündigung zu beenden.

Gründe für eine auszubildendenseitige Beendigung des Ausbildungsverhältnisses können dessen Schwierigkeit, Probleme mit Ausbildern, Lehrern, Kollegen oder Mitschülern oder sonstige persönliche, finanzielle oder gesundheitliche Schwierigkeiten sein. Nur rund 25 % der die Ausbildung nicht beendenden Auszubildenden werden vom Betrieb gekündigt.⁴⁷⁰

In den Fällen des Ausspruchs einer Kündigung kann § 78a BetrVG keine Anwendung finden, weil der Schutzzweck des § 78a BetrVG alleine auf das regelmäßige Ende des Ausbildungsverhältnisses durch die gesetzliche Befristung und den damit im Zusammenhang stehenden Verlust des Mandats gerichtet ist.⁴⁷¹ Eine mittelbare Benachteiligung des Auszubildenden aufgrund seiner Tätigkeit im Organ durch seine Nichtübernahme kann im Fall einer Kündigung nicht vorliegen. Für außerordentliche oder ordentliche Kündigungen erwächst der Schutz der Mandatsträger aus § 15 KSchG, so dass diese vor Diskriminierungen ausreichend geschützt sind. In § 15 I KSchG ist explizit geregelt, dass eine außerordentliche Kündigung eines in Ausbildung befindlichen Mandatsträgers möglich ist. Dem würde es entgegenstehen, wenn er über § 78a BetrVG

⁴⁶⁹ Laut dem Statistischen Bundesamt wurden 2004 ca. 22% der im vorherigen Jahr neu abgeschlossenen Ausbildungsverträge vor der Abschlussprüfung aufgelöst. Siehe hierzu die Pressemitteilung vom 04.12.2004 unter http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/zdw/2004/Pd04__049__p002. Der BiBB Report 6/2008 beziffert die Abbrecherquote mit 18 %; siehe BiBB Report 6/2008, S.10 unter http://www.bibb.de/dokumente/pdf/a12_bibbreport_2008_06.pdf.

⁴⁷⁰ Vgl.: BiBB Report 6/2008, S.10 unter http://www.bibb.de/dokumente/pdf/a12_bibbreport_2008_06.pdf.

⁴⁷¹ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, §§ 78a, Rn. 67; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 33.

trotz seiner schwerwiegenden Vertragsverletzung das Verbleiben im Betrieb durchsetzen könnte, nur weil er einem Betriebsverfassungsgremium angehört. Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber während der Probezeit in Form einer entfristenden Kündigung i.S.d. § 22 I BBiG ist gemäß § 15 I KSchG ausgeschlossen.⁴⁷² Eine solche Konstellation ist jedoch auch aufgrund der viermonatigen Probezeitdauer des § 20 BBiG in Verbindung mit dem passiven Wahlrecht des § 8 I BetrVG und der regelmäßig nur alle zwei bzw. vier Jahre stattfindenden Wahl zur Jugend- und Auszubildendenvertretung bzw. zum Betriebsrat in der betrieblichen Praxis so gut wie ausgeschlossen.

2. Aufhebungsvertrag

Den Ausbildungsvertragsparteien steht es im Rahmen der Vertragsautonomie zu, zu jedem Zeitpunkt des Ausbildungsverhältnisses einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. Insbesondere ist die Möglichkeit der Beendigung eines Ausbildungsverhältnisses nicht auf dessen letzten drei Monate beschränkt,⁴⁷³ weil es dem Auszubildenden möglich sein muss, über die Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses frei zu disponieren.⁴⁷⁴ Auch wenn der Verzicht auf den Schutz des § 78a BetrVG nur innerhalb der letzten drei Monate des Ausbildungsverhältnisses rechtswirksam möglich ist,⁴⁷⁵ ist mit einer solchen Verzichtserklärung lediglich ein singulärer, einseitiger Verzicht des Auszubildenden auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis während des weiter bestehenden Ausbildungsverhältnisses gemeint. Die Gegenauffassung kann nicht überzeugen, weil dem Auszubildenden sonst auch eine eigene Kündigung nur in den letzten drei Monaten der Ausbildung wirksam möglich wäre. Dies wird in der Literatur zu Recht von niemandem behauptet.

3. Rechtsfolge einer Kündigung oder eines Aufhebungsvertrages

Sollte dem Auszubildenden wirksam gekündigt worden sein oder hat dieser einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen, so kann er keine Ansprüche aus § 78a BetrVG herleiten, weil der Schutz des § 78a II BetrVG allein auf das regelmäßige Ende des Ausbildungsverhältnisses ausgerichtet ist. Eine Benachteiligung des Mandatsträgers wird für

⁴⁷² Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 85;

⁴⁷³ So auch: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 86; Oetker in GK-BetrVG, §§ 78a, Rn. 67 und Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 44.

⁴⁷⁴ a.A. LAG Frankfurt vom 09. 08. 1974, BB 1975, 1205; Busemann/Schäfer Rn. 767; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 33; Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S 889 ff. (890), die auf § 12 BBiG verweisen.

⁴⁷⁵ Vgl.: Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333).

die Kündigung bereits durch die §§ 103 i.V.m. 15, 16 KSchG und für den Aufhebungsvertrag durch die Privatautonomie ausgeschlossen.⁴⁷⁶

F. Zusammenfassung

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 78a II BetrVG ist für den Auszubildenden unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht aus § 78a I BetrVG nachgekommen ist; eine Verletzung dieser Pflicht kann allenfalls Schadensersatzansprüche des Auszubildenden begründen. Der Auszubildende muss fristgerecht innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich i.S.d. § 126 BGB die Weiterbeschäftigung verlangen, wobei dieses Verlangen lediglich in irgendeiner Form den Willen erkennen lassen muss, dass der Auszubildende an der Weiterbeschäftigung nach Abschluss des Ausbildungszeitraumes interessiert ist. Dabei ist weder eine Begründung noch der Hinweis auf eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung erforderlich. Sollte der Auszubildende minderjährig sein, so muss sein gesetzlicher Vertreter zu dem Verlangen entweder einwilligen oder es genehmigen. Dem Auszubildenden steht es frei, ein bereits erklärtes Verlangen anzufechten. Ein Widerruf des Verlangens nach dessen Zugang beim Arbeitgeber ist zwar nicht möglich, jedoch wird kein vernünftiger Arbeitgeber einen Auszubildenden an sein Verlangen binden, wenn dieser das Unternehmen verlassen möchte. Sollte dem Auszubildenden wirksam gekündigt worden sein, hat er einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen oder auf das Recht aus § 78a BetrVG verzichtet, so steht ihm eine Geltendmachung von Ansprüchen aus § 78a BetrVG nicht mehr zu. Gleiches gilt, wenn die Geltendmachung der Weiterbeschäftigung eine unzulässige Rechtsausübung wäre.

V. Begründung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Hat der Auszubildende wirksam die Weiterbeschäftigung verlangt, so gilt zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.⁴⁷⁷

Dem Entstehen dieses Arbeitsverhältnisses steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, einen Feststellungsantrag nach § 78a IV Satz 1 Nr. 1 BetrVG zu stellen, dem bei Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses und der zeitgleichen Begründung des Arbeitsverhältnisses noch nicht rechtskräftig stattgegeben worden

⁴⁷⁶ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 86, 87; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 33.

⁴⁷⁷ Vgl.: Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 244.

ist.⁴⁷⁸ Der Arbeitgeber kann außerdem gegen die Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wirksam einwenden, dass ihm die Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten sei, weil über diese Frage erst das Arbeitsgericht in einem Verfahren nach § 78a IV BetrVG zu entscheiden hat.⁴⁷⁹ Die einzige Möglichkeit, der Begründung des Arbeitsverhältnisses wirksam entgegenzuwirken, besteht darin, frühzeitig einen Feststellungsantrag nach § 78a IV Satz 1 Nr. 1 BetrVG zu stellen, so dass das Arbeitsgericht bereits vor dem Ende des Ausbildungsverhältnisses und vor der grundsätzlich gleichzeitig kraft Gesetzes erfolgenden Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses feststellen kann, dass dieses Folgearbeitsverhältnis nicht entstehen wird.

A. Art und Weise der Begründung des Arbeitsverhältnisses

Mit der Ausübung des einseitigen gesetzlichen Gestaltungsrechtes „gilt“ ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber als auf unbestimmte Zeit begründet.⁴⁸⁰ Der § 78a BetrVG gibt dem Auszubildenden also eine Möglichkeit, auch gegen den Willen des Arbeitgebers die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses herbeizuführen.

Die dogmatische Einordnung der Rechtsfolge des § 78a BetrVG ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ohne dass sich hierzu eine gefestigte h.M. durchsetzen konnte. Einerseits wird etwa die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsvertrages⁴⁸¹, andererseits die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses⁴⁸² angenommen. Außerdem stellen weitere Meinungen auf einen gesetzlichen Kontrahierungszwang⁴⁸³ bzw. ein kraft Gesetzes begründetes Arbeitsverhältnis⁴⁸⁴ ab.

1. Gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses oder Arbeitsvertrages

Folgt man dem Wortlaut der Norm, dass ein Arbeitsverhältnis als begründet „gilt“, würde die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses vorliegen.⁴⁸⁵ Bei der Wortwahl des § 78a BetrVG hat der Gesetzgeber allerdings übersehen, dass es arbeitsrechtlich bedenklich ist, die

⁴⁷⁸ Vgl.: ständige Rspr. des BAG, siehe hierzu nur BAG, vom 11.1.1995 in AP BetrVG 78a Nr. 24; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 27.

⁴⁷⁹ Vgl.: BAG, vom 13.11.1987 in AP BetrVG 78a Nr. 18.

⁴⁸⁰ Vgl. Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1462); Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 244.

⁴⁸¹ Siehe z.B.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 19; Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 54.

⁴⁸² Siehe z.B.: Fitting, Betriebsverfassungsrecht, § 78a Rn. 29; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 30; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 763.

⁴⁸³ Siehe ohne weitere Begründung z.B.: Galperin/Löwisch, Betriebsverfassungsrecht, § 78a Rn. 1; Wollenschläger, „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ in NJW 1974, S. 935 ff. (936).

⁴⁸⁴ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47; Ilbertz/Widmaier, BPersVG, §§ 9 Rn 12 für die entsprechende Vorschrift des BPersVG.

⁴⁸⁵ So auch Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5; Fitting, Betriebsverfassungsrecht, § 78a Rn. 29 und das LAG Hamburg vom 26. 10. 2006 in NZA-RR 2007 in einer Entscheidung zu den Kosten eines Verfahrens nach § 78a BetrVG.

Begründung eines Arbeitsverhältnisses fiktiv auszugestalten. Richtiger wäre es gewesen, den Abschluss eines Arbeitsvertrags in eine Fiktion zu kleiden, weil ein Arbeitsverhältnis, d.h. die tatsächliche Leistungserbringung beider Vertragsparteien, nicht fingiert werden kann, sondern lediglich der Abschluss eines Arbeitsvertrags aufgrund sich deckender Willenserklärungen, der zu dem Arbeitsverhältnis führt.⁴⁸⁶ Gegen die Annahme einer wie auch immer gearteten Fiktion lässt sich auch des Weiteren einwenden, dass bei Fiktionen in der Regel nicht die Rechtsfolge einer Norm sondern ein Umstand oder ein Tatbestandsmerkmal der Norm als gegeben vorausgesetzt wird, obwohl dieser oder dieses tatsächlich nicht vorliegt. Im Fall des § 78a BetrVG wird jedoch nicht eine Voraussetzung der Norm, sondern wenn überhaupt dessen Rechtsfolge, die tatsächliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses, in eine Fiktion gekleidet.⁴⁸⁷ Folglich sind sowohl die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses als auch die eines Arbeitsvertrages durch § 78a II BetrVG abzulehnen.

2. Gesetzlicher Kontrahierungszwang

Es wird weiter vertreten, dass der Arbeitgeber nach Ausspruch des Weiterbeschäftigungsverlangens des Auszubildenden praktisch einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliege.⁴⁸⁸ Ein solcher Kontrahierungszwang liegt immer dann vor, wenn ein Vertragspartner kraft Gesetzes verpflichtet wird, ein Angebot des anderen Vertragspartners anzunehmen, auch wenn es nicht oder nicht ganz seinem Willen entspricht.⁴⁸⁹ Gegen eine solche Einordnung des § 78a BetrVG spricht allerdings, dass der Arbeitgeber nicht zum Abschluss eines arbeitsrechtlichen Vertrages gezwungen wird. Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden genügt bereits, um unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen die Begründung eines Arbeitsverhältnisses auch gegen den Willen des Arbeitgebers herbeizuführen. Der Abschluss eines Vertrages oder eine Willenserklärung des Arbeitgebers ist nicht notwendig, der Arbeitgeber muss vielmehr das begründete Rechtsgeschäft erfüllen.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ So auch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 19; Moritz, „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, 1016 ff. (1016); Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (538); Wiencke, S. 68.

⁴⁸⁷ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47.

⁴⁸⁸ Vgl.: Galperin/Löwisch, Betriebsverfassungsrecht, § 78a Rn. 1; Wollenschläger, „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ in NJW 1974, S. 935 ff. (936).

⁴⁸⁹ Siehe zum Kontrahierungszwang im Allgemeinen: Paulus/Zenker „Grenzen der Privatautonomie“ in JuS 2001, S. 1 ff. (9); zum AGG: Armbrüster „Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?“ in NJW 2007, S. 1494 ff.

⁴⁹⁰ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 19; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47; Pielsticker, S. 78; Heigl, „Der Übernahmeanspruch von JAV-Mitgliedern“ in PersR 1997, S. 297 ff. (306); Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 244.

3. Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes

Außerdem wird vertreten, dass die Rechtsfolge des § 78a II BetrVG ein kraft Gesetzes begründetes Arbeitsverhältnis normiert.⁴⁹¹ Dafür wird angeführt, dass das Weiterbeschäftigungsverlangen sowie das nachfolgende Arbeitsverhältnis und dessen spezifische Ausgestaltung nicht auf einem zwischen Arbeitgeber und Auszubildendem abgeschlossenen Arbeitsvertrag beruhen, sondern aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 78a BetrVG entstehen.⁴⁹²

4. Eigene Auffassung

Die dogmatische Einordnung der Rechtsfolge des § 78a II BetrVG als gesetzliche Fiktion eines Arbeitsvertrages oder eines Arbeitsverhältnisses, als gesetzlichen Kontrahierungszwang oder ein kraft Gesetzes begründetes Arbeitsverhältnis ist rein wissenschaftlicher Natur und hat im betrieblichen Alltag keine Relevanz,⁴⁹³ weil es für den Arbeitgeber wenig darauf ankommt ist, auf welcher dogmatischen Grundlage er den Auszubildenden weiterzubeschäftigen hat. Entscheidend ist vielmehr, ob eine Weiterbeschäftigung überhaupt zu erfolgen hat. Deshalb kann eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik hier unterbleiben.⁴⁹⁴

Es spricht allerdings vieles dafür, dass es sich bei dem Arbeitsverhältnis des § 78a II BetrVG um ein kraft Gesetzes begründetes Arbeitsverhältnis handelt,⁴⁹⁵ weil das durch das Weiterbeschäftigungsverlangen entstehende Arbeitsverhältnis und dessen gegenseitige Rechte und Pflichten gerade nicht auf dem bisherigen Ausbildungsvertrag oder einem anderen Vertrag beruhen, sondern einen gänzlich anderen Inhalt haben können und ein gesetzlicher Kontrahierungszwang ausgeschlossen ist. Aus diesem Grund wird das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes begründet, dessen konkrete Beschäftigungsbedingungen der Arbeitgeber gemäß § 2 NachwG innerhalb eines Monats dem Übernommenen mitzuteilen hat.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47; Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (158); Ilbertz/Widmaier, BPersVG, §§ 9 Rn 12 für die entsprechende Vorschrift des BPersVG; Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsgremiums in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1527).

⁴⁹² Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47.

⁴⁹³ So auch Wiencke, S. 47.

⁴⁹⁴ Siehe ausführlich zu der dogmatischen Einordnung der Begründung des Arbeitsverhältnisses: Wiencke, S. 47-68.

⁴⁹⁵ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47;); Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (158).

⁴⁹⁶ Siehe ausführlich zum Nachweisgesetz und dem Inhalt der Mitteilung der wesentlichen Vertragsbedingungen: Schäfer, Nachweisgesetz, S. 59 ff.

5. Ergebnis

Zwar spielt die dogmatische Einordnung des durch § 78a BetrVG entstehenden Arbeitsverhältnisses im wirtschaftlichen Alltag keine Rolle, jedoch handelt es sich hierbei um ein kraft Gesetzes begründetes Arbeitsverhältnis, dessen endgültiger Inhalt sich an den Vorgaben des § 78a BetrVG zu orientieren hat und der entsprechend dem NachwG spätestens innerhalb eines Monats durch den Arbeitgeber schriftlich zu fixieren und dem Arbeitnehmer vorzulegen ist. **Inhalt des Arbeitsverhältnisses**

Durch das Übernahmeverlangen entsteht gemäß § 78a II S.1 BetrVG kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit. Jedoch geht aus dem Gesetz nicht unmittelbar hervor, was genau ein solches Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit ausmacht und welche Inhalte und welchen zeitlichen Umfang es haben muss.⁴⁹⁷

Der Begriff des Arbeitsverhältnisses ist insbesondere im Rechtsverkehr und im allgemeinen Sprachgebrauch nicht immer als Vollzeitverhältnis zu verstehen.⁴⁹⁸ Allerdings wird durch § 78a II BetrVG, wie dargelegt, eine privatautonome Entscheidung des Arbeitgebers über den Inhalt und den zeitlichen Umfang des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen, so dass fraglich ist, welcher konkreten Form das gesetzlich entstehende Arbeitsverhältnis entsprechen muss, um § 78a BetrVG gerecht zu werden.

1. Anwendung des § 37 BetrVG

Auf das durch das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden zustande gekommene Arbeitsverhältnis findet nach § 78a II S. 2 BetrVG der § 37 IV, V BetrVG entsprechende Anwendung. Daraus folgt, dass der übernommene Arbeitnehmer während seiner Amtstätigkeit und während des darauf folgenden Jahres nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden darf, die den Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer mit gleicher betriebsüblicher beruflicher Entwicklung gleichwertig sind und folglich auch dementsprechend zu vergüten sind.⁴⁹⁹

a. Arbeitsentgelt und Entwicklung

Das Arbeitsentgelt des Auszubildenden bzw. des übernommenen Auszubildenden muss somit dem Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit entsprechender betriebsüblicher beruflicher Entwicklung im Betrieb entsprechen.⁵⁰⁰ Dies bedeutet, dass das Ar-

⁴⁹⁷ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 48; Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (439).

⁴⁹⁸ Ähnlich Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 78.

⁴⁹⁹ Vgl.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 48; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 22; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1334).

⁵⁰⁰ Vgl. Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4;

beitsentgelt, bestehend aus dem regelmäßigen Arbeitsentgelt, allgemeinen Zuwendungen oder besonderen Zulagen, bis zur Dauer von einem Jahr nach Ende der Amtszeit in einem der genannten Betriebsverfassungsorgane nicht geringer bemessen sein darf, als dies bei vergleichbaren betrieblichen Beschäftigten, mit vergleichbarer beruflicher Entwicklung der Fall ist.⁵⁰¹ Vergleichbar sind nur solche Arbeitnehmer, die sich in einer entsprechenden beruflichen Situation wie das übernommene Organmitglied befinden. Somit ist nach bestandener Abschlussprüfung und anschließendem ausbildungsgerechtem Einsatz auf die in dem jeweiligen Beruf tätigen ausgelernten Arbeitnehmer mit entsprechender Berufserfahrung und Betriebszugehörigkeit, d.h. auf einen Facharbeiter im ersten Jahr, abzustellen.⁵⁰²

Sollte der Mandatsträger trotz nicht bestandener Abschlussprüfung durch den Arbeitgeber übernommen werden, so sind in die Vergleichsbetrachtung alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die mit vergleichbaren ungelerten Tätigkeiten im Betrieb beschäftigt werden.⁵⁰³ Diese Vergleichsgruppe gilt auch dann, wenn das Nichtbestehen der Prüfung ausschließlich auf der Amtstätigkeit beruht,⁵⁰⁴ weil Mandatsträger gemäß § 78 BetrVG gegenüber anderen Beschäftigten nicht privilegiert werden dürfen. Ein Vergleich des ungelerten Mandatsträgers mit ausgelernten Mitarbeitern und ein Nichtvergleich mit ebenfalls Ungelernten würde verbotenerweise zu einer deutlichen finanziellen Besserstellung führen.

b. Tätigkeiten

Die Auszubildenden müssen nach ihrer Übernahme entsprechend ihrer Ausbildung im Betrieb in einem ausbildungsgerechten Arbeitsverhältnis eingesetzt werden. Der übernommene Auszubildende darf deshalb grundsätzlich nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die den Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer in demselben Berufszweig äquivalent sind, soweit einer solchen Beschäftigung nicht ausnahmsweise zwingende

⁵⁰¹ Vgl. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 83; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 4; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 22.

⁵⁰² So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 83; für § 24 BBiG, der die identische Rechtsfolge des vollwertigen Arbeitsverhältnisses nach sich zieht: BAG vom 16.06.2005 in AP § 14 BBiG, Nr. 12; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 24 BBiG, Rn. 8.

⁵⁰³ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 83; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 48; ; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 32.

⁵⁰⁴ a.A.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 71; Preis in Wlotzke/Preis, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 83, der in diesen Fällen auf Arbeitnehmer mit bestandener Abschlussprüfung abstellen möchte und die hypothetische berufliche Entwicklung, die der Einzelne ohne die Amtstätigkeit im Betrieb genommen hätte berücksichtigen möchte, sofern keine zwingenden betrieblichen Notwendigkeiten entgegenstehen. Wie solche Notwendigkeiten aussehen könnten wird nicht erläutert. Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 48 stellt diesbezüglich wenigstens darauf ab, das bezüglich der Kausalität des Nichtbestehens der Abschlussprüfung die Darlegungs- und Beweislast beim Auszubildenden liegen soll.

betriebliche Notwendigkeiten entgegenstehen.⁵⁰⁵ Auch insoweit haben die übernommenen Auszubildenden, die die Ausbildung nicht bestanden haben, keinen Anspruch darauf, eine höherwertige Tätigkeit auszuüben.⁵⁰⁶ Es gilt die gleiche Begründung wie bei der Ablehnung eines höheren Entgeltes für Auszubildende ohne Abschluss im Sinne der Nichtprivilegierung der Mandatsträger gemäß § 78 BetrVG.

c. Ergebnis

Da auf das durch das Weiterbeschäftigungsverlangen nach § 78a II S. 2 BetrVG zustande gekommene Arbeitsverhältnis der § 37 IV und V BetrVG entsprechende Anwendung findet, dürfen die übernommenen Auszubildenden nur entsprechend ihrer Ausbildung im Betrieb in einem ausbildungsgerechten Arbeitsverhältnis eingesetzt werden und ihr Arbeitsentgelt muss dem Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit entsprechender betriebsüblicher beruflicher Entwicklung im Betrieb entsprechen. Vergleichbar sind nur Arbeitnehmer, die sich in einer entsprechenden beruflichen Situation wie das übernommene Organmitglied befinden, d.h. bei bestandener Abschlussprüfung nur Arbeitnehmer mit ebenfalls bestandener Prüfung.

2. Unbefristetes Arbeitsverhältnis

Der § 78a II S.1 BetrVG normiert, dass durch das Übernahmeverlangen ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit entsteht. Dies bedeutet, dass kraft der Norm zwischen Arbeitgeber und dem zu übernehmenden Auszubildenden nur ein unbefristetes und grundsätzlich kein befristetes Arbeitsverhältnis begründet werden kann.⁵⁰⁷ Oftmals stehen in Betrieben jedoch keine unbefristeten Arbeitsplätze zur Verfügung, sondern allenfalls befristete Arbeitsverhältnisse. In solchen Fällen ergibt sich für Arbeitgeber und Auszubildenden die Frage, wie diese Situation zu handhaben ist.

Steht dem Arbeitgeber nur eine befristete und keine unbefristete Stelle zur Weiterbeschäftigung zur Verfügung, so stellt deren Besetzung kein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit dar und dem Arbeitgeber bleiben zwei Möglichkeiten, dem Arbeitnehmer die befristete Stelle anzubieten oder die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung gerichtlich feststellen zu lassen. Eine befristete Weiterbeschäftigung wäre nur aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer möglich.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 126; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 82; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 32; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 221.

⁵⁰⁶ So auch ; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 32; a.A.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn . 84.

⁵⁰⁷ Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 114.

⁵⁰⁸ Vgl. BAG vom 24.07. 1991 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23, so auch Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 5; a.A. Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 57, der eine solche vertragliche Befristung nicht gelten lassen will und

Eine solche Befristung wäre nicht sachwidrig und damit rechtlich unwirksam i.S.d. § 14 I TzBfG,⁵⁰⁹ weil es in der Vertragsautonomie des Arbeitgebers und vor allem des Arbeitnehmers steht, einen befristeten Vertrag abzuschließen, wenn keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit innerhalb des Betriebes besteht. Bezüglich der Befristung gelten vielmehr die allgemeinen Maßstäbe des TzBfG. Ein Hinweis des Arbeitgebers auf das Recht des § 78a BetrVG muss vor Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages nicht erfolgen, weil § 78a I BetrVG, wie ausgeführt nur eine Ordnungsvorschrift darstellt und der Nichthinweis deshalb keinerlei weitere Konsequenzen nach sich zieht.⁵¹⁰ Die zweite Möglichkeit des Arbeitgebers besteht darin, den Auszubildenden nicht weiterzubeschäftigen. Er müsste hierfür im Verfahren nach § 78a IV BetrVG einen Feststellungs- bzw. Auflösungsantrag wegen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden stellen, weil keine unbefristete Stelle zur Verfügung steht.⁵¹¹

3. Vollarbeitsverhältnis

Das kraft Gesetzes entstandene Arbeitsverhältnis ist in jedem Fall ein Vollzeitarbeitsverhältnis, wenn auch das Berufsausbildungsverhältnis - wie im Regelfall - den Charakter eines Vollzeitarbeitsverhältnisses hatte.⁵¹² Stehen dem Arbeitgeber lediglich Teilzeitstellen im Betrieb zur Verfügung, so bestehen für ihn die skizzierten Möglichkeiten der Übernahme in ein Teilzeitverhältnis durch Vereinbarung oder die Einleitung eines Verfahrens nach § 78a IV BetrVG.

4. Abgeänderte Bedingungen

Dasselbe gilt für Arbeitsverhältnisse zu allen sonstigen geänderten Bedingungen, die ebenfalls nur durch erneute vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zustande kommen könnten.⁵¹³ Solche geänderten Bedingungen könnten z.B. der Einsatz in einem nicht völlig ausbildungsgerechten Beruf oder der Einsatz außerhalb des Ausbildungsbetriebes sein.

davon ausgeht, dass wenn nur eine befristete Stelle zur Verfügung steht, ein befristetes Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes zu Stande kommen würde; oder auch Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 49, nach dem aufgrund der Bezugnahme auf § 37 Abs. 4, 5 BetrVG für ein Jahr ab der Begründung des Arbeitsverhältnisses abweichende, für den Arbeitnehmer ungünstigere Vereinbarungen unwirksam für diesen Zeitraum wären.

⁵⁰⁹ So aber Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 23, der in diesen Fällen davon ausgeht, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

⁵¹⁰ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 51; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 3; Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (743); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

⁵¹¹ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 84.

⁵¹² So auch das BAG 13.11.1987 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 18, Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsvertretung“ in AiB 1990, S. 219 f (219).

⁵¹³ Vgl. Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 5.

5. Pflicht zur Prüfung einer Übernahme zu geänderten Bedingungen

Nach Auffassung des BAG ist der Arbeitgeber bei jedwedem Nichtvorliegen eines unbefristeten Vollarbeitsverhältnisses verpflichtet zu prüfen, ob eine anderweitige Beschäftigung des Auszubildenden im Betrieb möglich und zumutbar ist. Unterlässt der Arbeitgeber eine solche Prüfung oder verneint er zu Unrecht die Möglichkeit und die Zumutbarkeit, so kann das nach § 78a II BetrVG entstandene Arbeitsverhältnis nicht nach § 78a IV BetrVG aufgelöst werden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Auszubildende seine Bereitschaft, gegebenenfalls zu anderen als den sich aus § 78a BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen übernommen zu werden, unverzüglich nach der Erklärung des Arbeitgebers gemäß § 78a I BetrVG, spätestens mit seinem Übernahmeverlangen nach § 78a II BetrVG erklärt.⁵¹⁴

Eine solche Prüfung der Übernahmemöglichkeit und -zumutbarkeit durch den Arbeitgeber scheint angemessen und wird in der Regel in der Praxis auch immer dann praktiziert, wenn im Betrieb keine entsprechenden Übernahmeplätze zur Verfügung stehen.

6. Recht auf tatsächliche Beschäftigung

Zu beachten ist weiter, dass der Begriff der Weiterbeschäftigung des § 78a II BetrVG keinen Anspruch auf eine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb gewährt. Die Norm umschreibt lediglich die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Arbeitsverhältnis entsteht. Aus diesem Arbeitsverhältnis könnte unter Umständen der Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung erwachsen, welcher dann arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden müsste.⁵¹⁵

7. Ergebnis zum gesetzlich geforderten Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Nach den vorausgegangenen Ausführungen steht fest, dass ein durch § 78a BetrVG begründetes Arbeitsverhältnis durch die entsprechende Anwendung des § 37 IV, V BetrVG dazu führt, dass übernommene Arbeitnehmer während ihrer Amtstätigkeit und der darauf folgenden Jahresfrist nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden dürfen, die den Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer mit identischer betriebsüblicher beruflicher Entwicklung entsprechen und sie dementsprechend zu vergüten sind. Somit müssen sie nach bestandener Ausbildung im Betrieb in einem ausbildungsgerechten unbefristeten Vollzeitverhältnis eingesetzt werden und ihr Arbeitsentgelt muss dem üblichen Entgelt des ersten Berufsjahres entsprechen. Sollten geeignete unbefristete Vollzeitstel-

⁵¹⁴ Vgl. BAG vom 06.11.1996 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 5.

⁵¹⁵ Vgl.: Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 5a; siehe zum Anspruch auf Beschäftigung, Immenkötter, Das allgemeine Recht auf Beschäftigung, S. 1 ff.; Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 1 ff.; Pielsticker, S. 148.

len nicht zur Verfügung stehen, hat der Arbeitgeber anderweitige Einsatzmöglichkeiten zu prüfen und gegebenenfalls Teilzeitstellen oder befristete – d.h. geringerwertige⁵¹⁶- Stellen anzubieten oder die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nach § 78a IV BetrVG gerichtlich feststellen zu lassen. Die Weiterbeschäftigung auf einer geringerwertigen Stelle wäre allerdings nur aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer möglich. Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a II BetrVG begründet jedoch keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Betrieb; dieser könnte aus dem sich aus § 78a BetrVG ergebenden Arbeitsverhältnis abgeleitet und anschließend arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden.

C. Beteiligung des Betriebsrats

In der betrieblichen Praxis sind die Betriebsräte oftmals bestrebt, im Rahmen der Übernahme des Mandatsträgers eine Mitwirkungspflicht geltend zu machen, um auf diese Weise ihre Mitwirkungsrechte auszubauen, den Mandatsträgern größtmöglichen Schutz zukommen zu lassen und auf die Zusammensetzung der Belegschaft insgesamt Einfluss nehmen zu können.

1. Mitwirkung beim Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses

Ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG ist für § 78a BetrVG in Fällen der Weiterbeschäftigung nach Ausspruch eines Übernahmeverlangens nicht vorgesehen, so dass die Rechtsfolge des § 78a II S. 1 BetrVG auch dann eintritt, wenn eine Beteiligung des Betriebsrats nicht erfolgt ist.⁵¹⁷ Dies ergibt sich bereits aus der Systematik des § 78a BetrVG.

Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes nach § 78a II S. 1 BetrVG beschränkt sich auf das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, so dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 99 BetrVG somit nicht gegeben sind.⁵¹⁸ Gemäß § 99 BetrVG ist der Betriebsrat bei jeder Einstellung zu beteiligen. Eine Einstellung bezieht sich jedoch auf die Zuweisung des konkreten Arbeitsplatzes und nicht auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses.⁵¹⁹ Des Weiteren erfolgt die Einstellung des zu Übernehmenden kraft Gesetzes und somit ohne Zutun und gegebenen-

⁵¹⁶ So auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 57, der ausführt, dass Teilzeit- oder befristetes Arbeitsverhältnisse gegenüber unbefristeten Vollarbeitsverhältnissen als ein „Weniger“ anzusehen sind.

⁵¹⁷ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 78a Nr. 15; so auch Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 60; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 30; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.29; Grünberger, „Beendigung von Berufsausbildungsverhältnissen“ in AuA 1996, S. 155 ff. (159).

⁵¹⁸ So auch Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 237; Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 128; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 241, Rn. 11 a.

⁵¹⁹ Im Ergebnis so auch: Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsvertretung“ in AiB 1990, 219 f (220).

falls sogar gegen den Willen des Arbeitgebers.⁵²⁰ Eine Mitwirkung des Betriebsrates muss bei einer solchen gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers ausgeschlossen sein, weil der Arbeitgeber das „Ob“ der Einstellung bzw. der Weiterbeschäftigung nicht steuern kann, indem dieses sich aus dem einseitigen Gestaltungsrecht des Auszubildenden ergibt.⁵²¹ Entsprechend verhält es sich bei der Einrichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG, bei der der Arbeitgeber lediglich seine gesetzlichen Pflichten innerhalb seiner Organisationshoheit umsetzt. Hiervon betroffen ist nur die interne Betriebsorganisation des Arbeitgebers, ohne unmittelbar das sonstige Verhalten der Arbeitnehmer zu koordinieren, so dass daraus keine Beteiligung des Betriebsrates resultieren kann.⁵²² Dort, wo der Arbeitgeber lediglich seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt, kann für eine betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung kein Platz sein.

Wird entgegen der Systematik des § 78a BetrVG mit dem Auszubildenden ein anderes als ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet, z.B. ein befristetes oder ein Teilzeitarbeitsverhältnis, bedarf dies hingegen der Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 I BetrVG. Denn dieses Arbeitsverhältnis kommt nicht kraft Gesetzes, sondern aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Auszubildenden zustande. Es handelt sich somit um eine normale Einstellung, die folglich den Grundsätzen des § 99 BetrVG unterliegt.⁵²³

2. Mitwirkung bei der konkreten Eingruppierung und der Auswahl des Arbeitsplatzes

Anders als bei der Begründung des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses verhält es sich bezüglich der Mitwirkung bei der konkreten Eingruppierung des in ein Arbeitsverhältnis übernommenen Auszubildenden und im Hinblick auf die Auswahl des konkret in Aussicht genommenen Arbeitsplatzes. Zu einer Eingruppierung muss der Betriebsrat stets nach § 99 I BetrVG seine Zustimmung erteilen.⁵²⁴ Die Zuweisung auf den konkreten ausbildungsgerechten Arbeitsplatz ist jedoch keine Versetzung im Sinne der nach §§ 99 I, 95 III BetrVG, weil die kraft Arbeitsvertrages zugewiesene Tätigkeit infolge eines an-

⁵²⁰ Vgl.: Moritz „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, S. 1016 ff. (1016); Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 237.

⁵²¹ Vgl. hierzu BAG vom 24.07.1991 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23.

⁵²² Vgl.: LAG Hamburg vom 17.04.2007 in NZA-RR 2007, S. 413 ff.; 17.04.2007; LAG Nürnberg vom 17.06.2008 in DB 2009, S. 71 ff. ArbG Hamburg vom 20.02.2007 in BB 2007, S. 779 ff.; so auch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 13, Rn. 6a; Buschmann in Däubler/Bertzbach, AGG, § 13, Rn. 18a; Oetker „Ausgewählte Probleme zum Beschwerderecht des Beschäftigten nach § 13 AGG“ in NZA 2008, S. 264 ff. (270); a.A.: LAG Frankfurt vom 08.05.2007 in NZA-RR 2007, S. 637 ff.

⁵²³ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 67.

⁵²⁴ Vgl.: Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 25; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 60; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 68; Pielsticker S. 71; Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsververtretung“ in AiB 1990, 219 f (220).

deren - eines gesetzlichen - Rechtsverhältnisses erfolgt, als es die Tätigkeit während der Ausbildungszeit war. Somit handelt es sich bei der Arbeitsplatzzuweisung nach einem erklärten Übernahmeverlangen nicht um eine mitbestimmungspflichtige Versetzung.⁵²⁵ Bei späteren Versetzungen besteht jedoch das gesetzliche Zustimmungsrecht des Betriebsrates.⁵²⁶

3. Mitwirkung bzgl. des Antrages nach § 78a IV BetrVG

Auch bezüglich der Stellung eines Antrages nach § 78a IV BetrVG durch den Arbeitgeber kann dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht nach § 102 BetrVG zustehen. Zum einen handelt es sich um nicht um eine Kündigung, sondern um eine Nichtübernahme des Auszubildenden, weil dessen von Anfang an befristetes Ausbildungsverhältnis bis zum Ende der Ausbildungszeit fortbesteht und zu diesem Zeitpunkt fristgerecht endet. Zum anderen trifft nicht der Arbeitgeber, sondern das Arbeitsgericht die Entscheidung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses.⁵²⁷ Des Weiteren sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrates in § 78a IV BetrVG abschließend aufgezählt und geregelt.⁵²⁸

4. Ergebnis Mitwirkung des Betriebsrats

Dem Betriebsrat steht weder ein Mitwirkungsrecht bei dem Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nach § 78a II S.1 BetrVG zu noch kann er ein solches Recht bezüglich eines Antrages des Arbeitgeber nach § 78a IV BetrVG geltend machen. In Bezug auf die konkrete Eingruppierung des zu übernehmenden Auszubildenden hat der Betriebsrat jedoch Mitwirkungsrechte nach § 99 BetrVG.

D. Zusammenfassung

Bei einem durch § 78a BetrVG entstehenden Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein kraft Gesetzes begründetes Arbeitsverhältnis, dessen endgültiger Inhalt sich an den Vorgaben des § 78a BetrVG zu orientieren hat. Entsprechend der Anwendung des § 37 IV, V BetrVG darf der übernommene Auszubildende während seiner Amtstätigkeit und der darauf folgenden Jahresfrist nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die den Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer mit identischer betriebsüblicher beruflicher Entwicklung entsprechen. Er muss in einem ausbildungsgerechten unbefristeten Vollzeitarbeitsverhältnis eingesetzt werden und sein Arbeitsentgelt muss dem üblichen Entgelt des ersten Berufsjahres entsprechen. Falls unbefristete Vollzeitstellen nicht zur Verfü-

⁵²⁵ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn. 67.

⁵²⁶ Vgl.: Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsververtretung“ in AiB 1990, 219 f (220).

⁵²⁷ Vgl.: Oetker, Die Anhörung S. 15; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 8.

⁵²⁸ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn. 67.

gung stehen, sind gegebenenfalls Teilzeit- oder befristete Stellen anzubieten oder die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist nach § 78a IV BetrVG gerichtlich feststellen zu lassen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a II BetrVG begründet jedoch keinen direkten Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Betrieb; dieser könnte bei sich aus § 78a BetrVG ergebendem Arbeitsverhältnis arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden.

Dem Betriebsrat steht weder aus § 78a II S.1 BetrVG noch aus § 78a IV BetrVG ein Mitwirkungsrecht zu; in Bezug auf die konkrete Eingruppierung des zu übernehmenden Auszubildenden hat der Betriebsrat jedoch Mitwirkungsrechte nach § 99 BetrVG.

VI. Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung gemäß § 78a IV BetrVG

Eine Kernfrage der Anwendbarkeit des § 78a BetrVG war und ist seit seiner Einfügung die Auslegung des Begriffs der Unzumutbarkeit in Absatz 4 der Vorschrift.⁵²⁹ Zum ersten Mal musste sich das BAG mit dem Begriff der Unzumutbarkeit nach Durchlauf der Instanzen in den Jahren 1979 und 1980 befassen.⁵³⁰ Seitdem hat dieser unbestimmte Rechtsbegriff die Gerichte immer wieder beschäftigt und im Lauf der Zeit einen Wandel in seiner Bedeutung erfahren.⁵³¹

Um eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden abzuwenden, muss der Arbeitgeber Tatsachen geltend machen, auf Grund derer ihm unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung eines Auszubildenden nicht zugemutet werden kann.⁵³² Im Rahmen einer umfassend anzustellenden Interessenabwägung sind neben den Interessen des Arbeitgebers auch die Interessen des Auszubildenden und der jeweiligen Betriebsvertretung zu berücksichtigen.⁵³³ Einigkeit besteht darüber, dass sich die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung grundsätzlich aus persönlichen, verhaltensbedingten oder aus betrieblichen Gründen ergeben kann.⁵³⁴ Jedoch stehen in der Praxis die betrieblichen Gründe deutlich im Vordergrund.⁵³⁵

⁵²⁹ So wörtlich Kukat, "Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 06.11.1996 in BB 1997, S. 1794 ff. (1794); oder Schäfer „Zum Begriff der Unzumutbarkeit in § 78a Abs. 4 BetrVG“ in AuR 1978, S. 202 ff. (206), der bereits 1978 darauf abstellte, dass der Zumutbarkeitsbegriff umstritten sei.

⁵³⁰ Siehe BAG vom 15.01.1980 in NJW 1980, S. 2271 (2271 ff.) und vom 16.01.1979 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5.

⁵³¹ Vgl.: Natzel, „Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“ in DB 1998, S. 1721 ff. (1722).

⁵³² Vgl.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 7; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 36; Schäfer, „Zum Wechsel des Jugendvertreters vom Ausbildungs- ins Arbeitsverhältnis“ in NZA 1985, 418 ff. (418); Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 32.

⁵³³ Vgl.: BAG vom 15. 12. 1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 12.

⁵³⁴ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 79 ff.; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 97; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn 38 ff.

⁵³⁵ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (276); Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreutz, S. 429 ff. (441).

A. Anforderungen an die Unzumutbarkeit des § 78a IV BetrVG

Es ist umstritten, welche genaue Bedeutung dem Zumutbarkeitsbegriff des § 78a IV BGB zukommt. Insbesondere steht in Frage, ob an den Zumutbarkeitsbegriff des § 78a BetrVG inhaltlich die gleichen Voraussetzungen geknüpft werden müssen und dürfen wie an die Zumutbarkeit des § 626 BGB oder ob geringere oder andere Anforderungen zu stellen sind.⁵³⁶

1. Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 I BGB

Die Unzumutbarkeit des § 78a BetrVG soll nach einer Auffassung den Voraussetzungen des § 626 I BGB entsprechen⁵³⁷ und deshalb mit dieser Norm einheitlich interpretiert werden, weil eine Unterscheidung beider Varianten nicht klar möglich ist.⁵³⁸ Diese Auffassung geht vor allem auf ein Urteil des 6. Senat des BAG vom 16.1.1979 zurück,⁵³⁹ in dem das Gericht ausführte, dass der Schutzzweck des § 78a BetrVG eine an § 626 I BGB orientierte Auslegung gebiete. Diesem Urteil hatten sich viele Untergerichte⁵⁴⁰ und Stimmen der Literatur angeschlossen.

Der Schutzzweck des § 78a BetrVG bedingt danach, dass keine geringeren Anforderungen an die Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses zu stellen seien, als es bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 I BGB der Fall wäre.⁵⁴¹ Zwischen einer Nichtweiterbeschäftigung im Anschluss an das Ausbildungsverhältnis und dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung bestehe nur ein gradueller Unterschied, weil die tatsächliche Wirkung für den Auszubildenden die gleiche sei, so dass sich eine andere Betrachtung verbiete.⁵⁴² Außerdem diene im Rahmen der Betriebsver-

⁵³⁶ Vgl.: Schäfer, „Zum Wechsel des Jugendvertreters vom Ausbildungs- ins Arbeitsverhältnis“ in NZA 1985, S. 418 ff. (418).

⁵³⁷ Siehe zur Unzumutbarkeit im Rahmen des § 626 I BGB vor allem: Wollschläger, Unzumutbarkeit als Rechtsge-
danke im Rahmen der außerordentlichen Kündigung, S.117 ff.

⁵³⁸ So das LAG Düsseldorf/Köln vom 12. 6. 1975 in DB 1975, S. 1995; LAG Niedersachsen vom 8. 4. 1975 in DB 1975, S. 1224; LAG Düsseldorf vom 12. 6. 1975 DB 1975, S. 1995; Busemann/Schäfer Rn. 765; Dannenberg, „Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung von JAV-Mitgliedern“ in AiB 1998, S.704 ff. (707); Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 95; Künzl, „Begründung von Teilzeitarbeitsverhältnissen gemäß § 78a Betriebsverfassungsgesetz“ in BB 1986, S. 2404 ff. (2405); Malottke in „Die Übernahme von JAV-Mitgliedern“ in AiB 2006, S. 493 ff. (496) Wollenschläger, „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ in NJW 1974, S. 935 ff. (936); Hayen, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen durch § 78a BetrVG“ in AiB 1982, S. 76 ff. (76).

⁵³⁹ Siehe BAG vom 16. 1. 1979 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5.

⁵⁴⁰ So z.B. LAG Niedersachsen vom 08.04.1975 in DB 1975, S. 1224; LAG Düsseldorf vom 12.06.1975 DB 1975, S. 1995.

⁵⁴¹ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 95; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 31.

⁵⁴² So Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 96 der sich fälschlicherweise auf das BAG vom 16. 1. 1979 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5 bezieht, dass aber ausdrücklich ausführte: „Der Gesetzgeber benutzt eine Formulierung, die an die des § 626 Abs. 1 BGB als Tatbestand für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund angelehnt ist, ihr aber nicht voll entspricht.“

fassung die Weiterbeschäftigungsverpflichtung der Norm dem gleichen Zweck wie der besondere Kündigungsschutz.⁵⁴³

2. Eigenständige Anforderungen des § 78a IV BetrVG

Nach einer anderen Auffassung ist der § 78a BetrVG zwar in seiner Formulierung an den § 626 BGB angelehnt, aber eigenständig zu sehen und auszulegen.⁵⁴⁴

Im Gegensatz zu § 626 I BGB sei bei § 78a BetrVG nicht die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung, sondern die dauernde Weiterbeschäftigung, d.h. die Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, zu beurteilen.⁵⁴⁵ Aus diesem Grund seien die die Zumutbarkeitsbegriffe in § 626 I BGB und in § 78a IV BetrVG inhaltlich nicht identisch, weil die Gesetze unterschiedliche Funktionsrichtungen aufweisen.⁵⁴⁶ Darüber hinaus wäre § 78a IV überflüssig, wenn der Antrag des Arbeitgebers an dieselben Argumente gebunden wäre wie die außerordentliche Kündigung des § 626 BGB, weil der Arbeitgeber während der Ausbildung immer auch eine außerordentliche Kündigung gegenüber dem Mandatsträger aussprechen könne, ohne ein Verfahren nach § 78a IV BetrVG einzuleiten.⁵⁴⁷

2. Eigene Auffassung

Aufgrund der Tatsache, dass es im Rahmen des § 78a IV BetrVG um die Frage der Zumutbarkeit der Beschäftigung eines Arbeitnehmers in einem zukünftigen Dauerarbeitsverhältnis und nicht um die Zumutbarkeit der Beschäftigung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geht, können die zum Begriff der Unzumutbarkeit bei einer fristlosen Kündigung in § 626 I BGB entwickelten Grundsätze nicht uneingeschränkt auf den Auflösungsstatbestand des § 78a IV BetrVG übertragen werden.⁵⁴⁸ Denn die Vorschriften ver-

⁵⁴³ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 36.

⁵⁴⁴ Vgl.: BAG vom 06. 11. 1996 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26, dass dies in seinen Leitsätzen ausdrücklich als Klarstellung zum Urteil des BAG vom 16.01.1979 (AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5) darstellt; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 20; Pielsticker S. 96 ff.; Stege/Weinspach/Schiefer Rn. 12; Kukat, "Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 6.11.1996" in BB 1997, S. 1794 ff. (1794); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (276); im Ergebnis auch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 36.

⁵⁴⁵ So explizit das BAG vom 12. 11. 1997 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 30; siehe auch Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktkommentar, § 78a BetrVG, Rn. 32; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 43.

⁵⁴⁶ Vgl.: BAG vom 12. 11. 1997 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 30, 31; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 20; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 27; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 43.

⁵⁴⁷ Stege/Weinspach/Schiefer Rn. 12; Kukat, "Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 6.11.1996" in BB 1997, S. 1794 ff. (1795).

⁵⁴⁸ Vgl.: BAG vom 6. 11. 1996, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26; auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668). Nicht eindeutig: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 36; Coester, Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“ in SAE 1999, S. 1 ff. (3).

folgen eine andere Zielsetzung.⁵⁴⁹ Wäre der Begriff der Unzumutbarkeit derselbe wie in § 626 I BGB, dann wäre § 78a BetrVG überflüssig, weil dann jedes unzumutbare Arbeitsverhältnis über § 626 BGB beendet werden könnte.⁵⁵⁰ Wenn man sich kündigungrechtlicher Grundsätze bedienen wollte, lägen des Weiteren auch die für ordentliche Kündigungen entwickelten Prinzipien näher. Es wäre widersinnig, einerseits den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung zu erlauben, aber andererseits darüber hinaus einen Weiterbeschäftigungsanspruch zu bejahen.⁵⁵¹

Außerdem sind die entwickelten Grundsätze einer verfassungskonformen Auslegung der Norm zu bedenken,⁵⁵² so dass eine weite Auslegung des § 78a BetrVG erforderlich ist. An § 78a BetrVG sind somit geringere Anforderungen hinsichtlich der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu stellen, als sie für § 626 BGB gelten. Er ist weiter gefasst als § 626 BGB.⁵⁵³ Hieraus folgt, dass bei Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB immer auch ein wichtiger Grund des § 78a BetrVG gegeben sein muss, darüber hinaus aber auch andere Gründe, die noch nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB erreichen, die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung nach § 78a BetrVG begründen können.⁵⁵⁴ Die Unterscheidung der wichtigen Gründe dient zugleich dem Schutz der Auszubildenden und deren Interesse, ihre Ausbildung ordnungsgemäß zu beenden. Dem Arbeitgeber ist es auf diese Weise möglich, dem Auszubildenden die Beendigung seiner Ausbildung zu gewährleisten und ihm gegenüber keine außerordentliche Kündigung auszusprechen, obwohl bereits Tatsachen vorliegen, die eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung begründen.⁵⁵⁵ Die „Beendigung“ des Ausbildungsverhältnisses kann über § 78a BetrVG zu einem späteren Zeitpunkt herbeigeführt werden und muss nicht während der laufenden Ausbildung durch eine außerordentliche Kündigung innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 BGB erfolgen. Dies stellt einen erheblichen Vorteil für die betroffenen Auszubildenden dar, weil somit der Abschluss der Ausbildung gewährleistet werden kann.⁵⁵⁶

⁵⁴⁹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 36; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1334).

⁵⁵⁰ So auch Kukát, „Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 6.11.1996“ in BB 1997, S. 1794 ff. (1795); Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 300 ff. (303).

⁵⁵¹ So auch Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 27;

⁵⁵² Siehe hierzu oben unter: Teil A, Seite 52 ff.

⁵⁵³ So auch Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (159).

⁵⁵⁴ Siehe auch Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 43.

⁵⁵⁵ Vgl.: BAG vom 15. 12. 1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 12; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 98; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 20; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (276).

⁵⁵⁶ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (276).

3. Ergebnis

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung des § 78a BetrVG kann nicht auf die Zumutbarkeitskriterien des § 626 BGB abgestellt werden, weil die Normen unterschiedliche Schutzrichtungen verfolgen. Es gelten, auch zum Schutz der Auszubildenden, bei der Zumutbarkeitsprüfung des § 78a BetrVG andere, geringere Anforderungen an das vorgeworfene Verhalten. Der Antrag des Arbeitgebers auf Feststellung der Unzumutbarkeit ist deshalb jedenfalls begründet, wenn zugleich die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach § 626 I BGB vorliegen und dem Auszubildenden hätte außerordentlich gekündigt werden können.

B. Zeitpunkt der Beurteilung der Zumutbarkeit

Bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu beurteilen ist, kommt es darauf an, ob im gerichtlichen Verfahren seitens des Arbeitgebers ein Feststellungsantrag nach § 78a IV Nr. 1 BetrVG oder ein Auflösungsantrag gemäß § 78a IV Nr. 2 BetrVG gestellt wird, d.h. ob ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und ehemaligem Auszubildenden bereits begründet worden ist oder dies erst in der Zukunft geschehen wird.⁵⁵⁷

1. Feststellungsantrag

Sofern durch den Arbeitgeber ein Feststellungsantrag gemäß § 78a IV Nr. 1 BetrVG gestellt wird, kommt es für die Beurteilung der Zumutbarkeit grundsätzlich auf den Zeitpunkt an, zu dem das Arbeitsverhältnis seine Begründung finden soll.⁵⁵⁸ Dies ist der Zeitpunkt, zu dem das Berufsausbildungsverhältnis entweder durch das Ablegen der Prüfung oder durch Ablauf der Vertragslaufzeit sein Ende findet.⁵⁵⁹

2. Auflösungsantrag

Ist hingegen das Arbeitsverhältnis zwischenzeitlich durch das Weiterbeschäftigungsverlangen zustande gekommen und betreibt der Arbeitgeber anschließend dessen Auflösung nach § 78a IV Nr. 2 BetrVG, so wird vertreten, dass auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen sei, weil der Arbeitgeber eine für die

⁵⁵⁷ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 130.

⁵⁵⁸ Ständige Rechtsprechung des BAG: BAG vom 16. 1. 1979 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; vom 15. 1. 1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 9; vom 29. 11. 1989 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; vom 24. 7. 1991 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23; so auch Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 35; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Strieder, „Besonderheiten der Auflösungsklage nach § 78a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG“ in BB 1983, S. 579 ff. (580); Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 300 ff. (303).

⁵⁵⁹ Vgl.: Pielsticker, S. 141; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 687.

Zukunft wirkende gerichtliche Entscheidung begehrt.⁵⁶⁰ Richtigerweise ist auch in dieser Konstellation auf den Zeitpunkt, zu dem das Ausbildungsverhältnis endet und das Arbeitsverhältnis seine Begründung finden soll, abzustellen.⁵⁶¹ Der Arbeitgeber wäre auch gar nicht in der Lage zu beurteilen, ob eine Unzumutbarkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung gegeben sein wird, weil er deren Datum zum Beurteilungszeitpunkt gar nicht kennen kann. Dieser Zeitpunkt könnte bei einem Gang durch die Instanzen bis zum BAG mehrere Jahre in der Zukunft liegen.⁵⁶² Darüber hinaus würde eine Vorausschätzung des – von ökonomischen und unternehmerischen Entwicklungen abhängigen – Arbeitskräftebedarfs zu erheblichen Anwendungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führen.⁵⁶³

3. Ausschlussfrist des § 626 II BGB

Es ist ständige Rechtsprechung und nahezu einhellige Meinung der Literatur, dass der Grund für die Auflösung bzw. Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses nicht im Rahmen der Ausschlussfrist des 626 II BGB geltend gemacht werden muss, damit die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung wirksam festgestellt werden kann.⁵⁶⁴

Der Arbeitgeber muss zur Begründung der Unzumutbarkeit der Übernahme eines Auszubildenden auch Gründe heranziehen können, die er bereits seit mehr als zwei Wochen kennt, weil sich andernfalls der Schutzgedanke des § 78a BetrVG in sein Gegenteil verkehren würde. Der Arbeitgeber wäre sonst bei Kenntnis eines wichtigen Grundes gezwungen, ein Ausbildungsverhältnis innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 BGB zu kündigen und könnte dem Mandatsträger nicht mehr ermöglichen, zumindest die Berufsausbildung abzuschließen, um ihn dann unter Berufung auf die wichtigen Gründe

⁵⁶⁰ Vgl.: LAG Hamm vom 30.03.1988 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, Rn. 44; Pielsticker, S. 141; Strieder, „Besonderheiten der Auflösungsklage nach § 78a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG“ in BB 1983, S. 579 ff. (580).

⁵⁶¹ So auch die ständige Rechtsprechung des BAG, vergleiche nur: BAG vom 16. 8. 1995 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 25 oder BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 31; Coester, Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“ in SAE 1999, S. 1 ff. (3 f.); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 687; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 21c.

⁵⁶² Hierauf weist auch Gamillscheg, „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (280) explizit hin und führt aus, dass das Verfahren, welches der Entscheidung des BAG vom 29.11.1989 (AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20) zugrunde lag, insgesamt zweieinhalb Jahre dauerte, das der Entscheidung des BAG vom 23.06.1983 (AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10) sogar vier Jahre.

⁵⁶³ Vgl.: BVerwG vom 2. 11. 1994 in NVwZ-RR 1995, S. 330 ff. (331) zur Parallelvorschrift des § 9 BPersVG.

⁵⁶⁴ Vgl.: BAG vom 11. 12. 1975 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 1; BAG vom 15. 12. 1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 12; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 47; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 22; Thüsing in Richardi Rn. 36; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 12; Schäfer, „Zum Wechsel des Jugendvertreters vom Ausbildungs- ins Arbeitsverhältnis“ in NZA 1985, 418 ff. (419); Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335); Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (160); Barwasser „Der Befreiungsantrag des Arbeitgebers nach § 78a Abs 4 BetrVG“ in DB 1976, S. 2114 ff. (2114); Schäfer, „Zum Wechsel des Jugendvertreters vom Ausbildungs- ins Arbeitsverhältnis“ in NZA 1985, S. 418 ff. (419); Grünberger, „Beendigung von Berufsausbildungsverhältnissen“ in AuA 1996, S. 155 ff. (158).

nicht weiterzubeschäftigen.⁵⁶⁵ Aus dem gleichen Grund kommt auch eine entsprechende Anwendung des § 626 II BGB auf § 78a BetrVG nicht in Betracht.⁵⁶⁶ Jedoch können länger zurückliegende Verfehlungen im Rahmen der Entscheidung nach § 78a IV BetrVG an Gewicht verlieren oder bedeutungslos werden, wenn der Auszubildende sich danach nichts mehr hat zuschulden kommen lassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gründe bereits mehrere Monate vor Beendigung der Ausbildungszeit liegen und sich der Auszubildende anschließend bewährt hat.⁵⁶⁷

Im Ergebnis ist die Ausschlussfrist des § 626 II BGB im Rahmen des § 78a IV BetrVG somit weder direkt noch analog anwendbar.⁵⁶⁸

C. Verhaltens- und personenbedingte Gründe

1. Allgemeines

Gründe, die in der Person oder im Verhalten des Auszubildenden liegen, können die Unzumutbarkeit i.S.d. § 78a IV BetrVG begründen, auf jeden Fall dann, wenn sie die Qualität eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 I BGB erreichen. Zwar gelten, auch zum Schutz der Auszubildenden, bei der Zumutbarkeitsprüfung des § 78a BetrVG andere, geringere Anforderungen an das vorgeworfene Verhalten, jedoch beinhaltet das Vorliegen der Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach § 626 I BGB stets auch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nach § 78a BetrVG.⁵⁶⁹ Der Arbeitgeber ist in diesen Fällen nicht auf den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gegenüber dem Auszubildenden nach § 626 BGB beschränkt, der dann auch noch dem besonderen Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung aus § 103 BetrVG i. V. mit §§ 15, 16 KSchG unterliegen würde.⁵⁷⁰ Darüber hinaus sind jedoch an den Unzumutbarkeitsbegriff des § 78a BetrVG geringere Anforderungen zu stellen als an den wichtigen Grund des § 626 BGB.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 98; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 39; Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 300 ff. 303.

⁵⁶⁶ Vgl.: BAG vom 15. 12. 1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 12.

⁵⁶⁷ Vgl.: Pielsticker S. 101; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 34.

⁵⁶⁸ So auch das BAG vom 15. 12. 1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 12.

⁵⁶⁹ Vgl.: BAG vom 16.09.1979 und 15.12.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5 und 12; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 122; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 9; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn. 589; Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn. 25.

⁵⁷⁰ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 12; a.A. aber ohne Begründung Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 43.

⁵⁷¹ So auch Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (159); Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 43.

Ein verhaltens- oder personenbedingtes Fehlverhalten des Auszubildenden kann nur dann die Unzumutbarkeit der Übernahme begründen, wenn es sich zumindest auch gegen die Pflichten aus dem Ausbildungsverhältnis und nicht nur gegen Amtspflichten richtet.⁵⁷² Bei der Beurteilung der Qualität des Unzumutbarkeitsgrundes steht der Amtsträger einem einfachen Auszubildenden gleich, wenn sich seine Pflichtverletzung lediglich aus dem Ausbildungsverhältnis ergibt. Sowohl bei dem Amtsträger als auch bei dem einfachen Auszubildenden ist der gleiche Bewertungsmaßstab anzusetzen, um zu bestimmen, ob eine Verletzung vertraglicher Pflichten gegeben ist.⁵⁷³ Stellt sich ein Verstoß sowohl als Amts- wie auch als Vertragsverletzung dar, ist für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ein strengerer Maßstab anzulegen, als wenn es sich nur um eine Verletzung vertraglicher Pflichten handeln würde.⁵⁷⁴ Jedoch liegt auch in diesen Fällen eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung immer dann vor, wenn die Vertragsverletzung so schwer wiegt, dass eine Kündigung allein aus diesem Grund möglich wäre. Ist dies nicht der Fall, kann der Arbeitgeber ein Verfahren nach §§ 23 I, 65 I BetrVG einleiten.⁵⁷⁵ Liegt eine reine Amtspflichtverletzung des Auszubildenden vor, ergibt sich aus der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes, dass sich deren Folgen ausschließlich nach §§ 23 I, 65 I BetrVG bestimmen und die Übernahme in ein Weiterbeschäftigungsverhältnis deshalb ebenso nicht aufgrund einer Unzumutbarkeit verweigert werden kann, wie eine Kündigung nicht gerechtfertigt wäre.⁵⁷⁶

2. Fallgruppen persönlicher und verhaltensbedingter Gründe

a. Allgemeines

Die Unzumutbarkeit der Übernahme rechtfertigende persönliche oder verhaltensbedingte Gründe können vielfältiger Natur sein. Neben den eindeutigen verhaltensbedingten Fällen, in denen der Auszubildende z.B. eine schwerwiegende Straftat begangen hat,⁵⁷⁷ Tötlichkeiten gegen Vorgesetzte oder Mitarbeiter verübt,⁵⁷⁸ der Betriebsrat die Entfer-

⁵⁷² Vgl.: Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 34; Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (160); Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 22; Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 300 ff (303); Pätzold, Besonderer Kündigungsschutz für Mitglieder des Wirtschaftsausschusses, S. 11.

⁵⁷³ Vgl.: BAG vom 11.12.1975 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 1; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 122.

⁵⁷⁴ Vgl.: BAG vom 11.12.1975 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 1; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 34; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 41; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 2.2

⁵⁷⁵ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 122.

⁵⁷⁶ Vgl.: Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 22; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 122; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 41; Pätzold, Besonderer Kündigungsschutz für Mitglieder des Wirtschaftsausschusses, S. 11.

⁵⁷⁷ So auch das BAG vom 15. 12. 1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 12.

⁵⁷⁸ Vgl.: Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 22; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 43

nung des Mandatsträgers als betriebsstörenden Arbeitnehmer gemäß § 104 BetrVG verlangt oder der Auszubildende seine Arbeit gänzlich verweigert bzw. unberechtigt versäumt,⁵⁷⁹ ergeben sich persönliche oder verhaltensbedingte Unzumutbarkeitsgründe wenn die Leistungen und Qualifikationen des Auszubildenden in Frage stehen, er etwa entweder die Ausbildung nicht besteht oder seine Leistungen und Qualifikationen hinter denen seiner Mitauszubildenden zurückbleiben. Als Kriterien für eine Unzumutbarkeit ausgeschlossen sind Gründe, die auf einer mittelbaren Diskriminierung, wie z.B. einer Schwangerschaft, beruhen und somit bereits gegen gesetzliche Verbote oder § 3 I GG verstoßen.⁵⁸⁰

b. Nichtbestehen der Abschlussprüfung

Der Übernahmeanspruch des Auszubildenden in ein ausbildungsgerechtes Arbeitsverhältnis besteht erst für die Zeit nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses, d.h. mit dem Bestehen der Abschlussprüfung. Jedoch kommt es in der Praxis leider noch viel zu häufig vor, dass Auszubildende ihre Ausbildung aufgrund einer nicht bestandenen Abschlussprüfung nicht bzw. nicht beim ersten Versuch erfolgreich abschließen können.⁵⁸¹ Eine Unzumutbarkeit der Übernahme in ein ausbildungsgerechtes Arbeitsverhältnis ist in diesen Fällen dann zu bejahen, wenn der Auszubildende seine Abschlussprüfung zum wiederholten Mal nicht bestanden hat und somit seine Ausbildung insgesamt zwar beendet, aber nicht erfolgreich abgeschlossen ist.⁵⁸² Wie jeder andere Auszubildende hat der Mandatsträger somit mehrere, insgesamt drei Versuche,⁵⁸³ um seine Ausbildung erfolgreich abzuschließen. Scheitern sämtliche Versuche, kann ein Weiterbeschäftigungsverlangen als unzumutbar abgelehnt werden.

Diesbezüglich wird zum Teil vertreten, dass der Auszubildende, der seine Ausbildung endgültig nicht erfolgreich abgeschlossen hat und bei dessen Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt neben ausbildungsgerechten Arbeitsplätzen auch Arbeitsplätze für unqualifi-

⁵⁷⁹ Ebenso: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124.

⁵⁸⁰ So auch: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28.

⁵⁸¹ Seit Jahren liegt die Nichtbestehensquote bei den Abschlussprüfungen im dualen Ausbildungssystem bei rund 15%, wobei Unterschiede zwischen den einzelnen Ausbildungsberufen bestehen. Zieht man die Wiederholer nicht mit in die Berechnung ein, so liegt die Quote bei ca. 12 %; siehe hierzu BIBBforschung 1/2000, S. 7 unter http://www.bibb.de/dokumente/pdf/forsch_2000.pdf. In NRW betrug die Bestehensquote im Prüfungszeitraum Winter 2008/2009 ca. 90,3 %; siehe hierzu die Statistiken der IHK NRW unter <http://www.ihk-nordwestfalen.de/berufsbildung/Pruefungsergebnisstatistik.php>.

⁵⁸² Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10, das explizit ausführt, dass die fehlende Eignung im Rahmen der Unzumutbarkeit geltend gemacht werden kann; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 23; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 50; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 44; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

⁵⁸³ Vgl.: Opolony, „Das Recht der Berufsausbildung nach dem Berufsausbildungsreformgesetz“ in BB 2005, S. 1050 ff. (1053).

zierte oder minderqualifizierte Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, bei ansonsten vorliegender Eignung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf diesem freien Arbeitsplatz hat.⁵⁸⁴ Lehnt es der Auszubildende ab, auf dem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt zu werden, so soll die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar sein, so dass er die Nichtentstehung eines Arbeitsverhältnisses bzw. die Auflösung des zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses nach § 78a IV BetrVG beantragen kann.⁵⁸⁵

Diese Auffassung kann jedoch nicht richtig sein. Sie verkennt, dass es dem Arbeitgeber in den Fällen, in denen der Auszubildende seine Abschlussprüfung nicht besteht, obliegt zu entscheiden, wen er auf eventuell offenen Arbeitsplätzen einsetzt. Es steht ihm offen, die freien Arbeitsplätze sowohl intern als auch extern mit geeigneten Bewerbern zu besetzen. Sollte der Auszubildende dann nicht übernommen werden, ist offensichtlich, dass dies in der fehlenden Abschlussprüfung und der damit einhergehenden unzureichenden Qualifikation und nicht in der davor liegenden Mandatstätigkeit begründet ist.

c. Unzureichende Qualifikation

Werden an den zu besetzenden Arbeitsplatz neben einer bestandenen Abschlussprüfung weitere, d.h. höhere als durch die bestandene Abschlussprüfung vermittelte Qualifikationen oder Eignungen verlangt, steht dies dem Übernahmeverlangen des Auszubildenden entgegen. Der Auszubildende muss im Zeitpunkt der Übernahme aufgrund seiner bisher erworbenen Fähigkeiten in der Lage sein, die Aufgaben und Tätigkeiten des freien Arbeitsplatzes auszuführen, d.h. er muss für den Arbeitsplatz geeignet sein.⁵⁸⁶ Es kann dem Arbeitgeber insbesondere nicht zugemutet werden, einem Mitglied eines Betriebsverfassungsorgans die fehlenden, in der Ausbildung nicht erworbenen Kenntnisse nunmehr im Wege einer Spezialausbildung zu vermitteln. Der Auszubildende erhält durch § 78a BetrVG nämlich gegenüber dem Arbeitgeber keinen Anspruch auf zusätzliche Qualifikationen oder Spezialausbildungen.⁵⁸⁷

Eine Ausnahme ist aber gegeben, wenn Auszubildende auf dem Arbeitsplatz nach angemessener Einarbeitungszeit oder nach zumutbarer innerbetrieblicher Schulung eingesetzt werden kann. Sowohl an die zeitliche Dimension als auch an die qualitative

⁵⁸⁴ So explizit das LAG Niedersachsen vom 08.04.1975 in DB 1975, 1224; vgl. auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 50; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 85 oder Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124, der dies damit begründet, dass in solchen Fällen der § 78a BetrVG einer teleologischen Reduktion unterzogen werden müsste.

⁵⁸⁵ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124.

⁵⁸⁶ Ebenso Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 102; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

⁵⁸⁷ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 51; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 102.

Ausgestaltung der Schulungen oder Fortbildungen ist jedoch ein strenger Maßstab zu legen, so dass der Schulungszeitraum nicht länger als der Einarbeitungszeitraum neuer Mitarbeiter sein darf.⁵⁸⁸ Der Mandatsträger darf gegenüber anderen Auszubildenden grundsätzlich keine bessere oder erweiterte Ausbildung erhalten, weil dies eine un gerechtfertigte Besserstellung und einen Verstoß gegen § 78 BetrVG darstellen würde. Gegebenenfalls ist der Auszubildende an den Kosten der Qualifikation zu beteiligen.⁵⁸⁹ Aus diesem Grund wären Einarbeitungs- oder Qualifikationszeiten, die über wenige Wochen hinausgehen, somit für einen Arbeitgeber ebenso wenig zumutbar wie außerbetriebliche oder hochwertige kostenintensive innerbetriebliche Schulungsmaßnahmen oder solche, bei denen der Erfolg der Maßnahme bereits vor ihrem Beginn gänzlich in Frage steht.⁵⁹⁰

d. Qualitätsvergleich oder Vergleich der Prüfungsnoten

Jeder vernünftige Arbeitgeber hat ein großes Interesse daran, gute oder die besten Auszubildenden im eigenen Betrieb zu halten, um auf diese Weise sein Unternehmen langfristig positiv zu positionieren.⁵⁹¹ Für diese Leistungsträger würde er eventuell sogar zusätzliche Arbeitsplätze schaffen, um ihren Verbleib zu ermöglichen. Die Übernahme der Leistungsträger, die je nach Betrieb bis zu 25 % der Auszubildenden ausmachen können, aber im Mittel zwischen 5 % und 10 % liegen,⁵⁹² kommt nicht nur den zu übernehmenden Auszubildenden, sondern auch der übrigen Belegschaft zugute.⁵⁹³ Die Auswahl des Arbeitgebers erfolgt dabei zuallererst nach den während der Ausbildungszeit erworbenen fachlichen Kenntnissen und Qualifikationen, die sich in den Noten der abgelegten Prüfungen widerspiegeln. Daneben spielen soziale Kompetenzen eine immer wichtigere Rolle.⁵⁹⁴ Aus dem Bereich der personenbedingten Unzumutbarkeitsgründe ist deshalb für die Praxis am relevantesten, ob bei nicht ausreichenden Übernahmeplätzen zwischen Mandatsträgern und anderen zur selben Zeit ihre Ausbildung beendenden Auszubildenden ein Qualitätsvergleich oder ein Vergleich der Prüfungsno-

⁵⁸⁸ So auch Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreuzt, S. 429 ff. (447).

⁵⁸⁹ Vgl.: ArbG Freiburg vom 26.10.2004 in AuR 2005, S. 118; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 35; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 51; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

⁵⁹⁰ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 102; Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreuzt, S. 429 ff. (447).

⁵⁹¹ Schiefer, „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78a Abs. 4 BetrVG“ in FS Kreuzt, S. 429 ff. (447).

⁵⁹² Vgl.: Pütz, Selten sind die „Überflieger“, S. 26 ff.

⁵⁹³ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126.

⁵⁹⁴ Nach Angaben betrieblicher Ausbildungsexperten lässt sich die besondere Leistungsstärke an den guten betrieblichen und schulischen Prüfungsergebnissen erkennen: Pütz, Selten sind die „Überflieger“, S. 33

ten vorgenommen werden darf, um festzustellen, welcher Auszubildende weiterbeschäftigt werden soll.⁵⁹⁵

aa Unzulässigkeit eines Qualitäts- oder Prüfungsnotenvergleichs

Es wird vertreten, dass ein Vergleich der in der Ausbildung abgelegten Prüfungsergebnisse zwischen dem Mandatsträger und besser qualifizierten Mitbewerbern eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung grundsätzlich nicht begründen könnte, weil im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung kein Qualifikationsvergleich vorgenommen werden darf.⁵⁹⁶

Dies wird damit begründet, dass ein Qualifikationsvergleich den vom Gesetzgeber eingeräumten Schutz des § 78a BetrVG weitestgehend leer laufen lassen könnte,⁵⁹⁷ weil die Bewertung des Prüfungsergebnisses dazu führen würde, dass das vorhandene Arbeitsplatzkontingent mit Auszubildenden besetzt wird, die eine bessere Abschlussnote erreicht haben.⁵⁹⁸ Dies hätte eine verdeckten Maßregelung des Engagements der Mandatsträgers zur Folge, weil deren Noten aufgrund der zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit oftmals schlechter wären. Die Pflicht zur Weiterbeschäftigung von Mandatsträgern unabhängig vom Prüfungsergebnis, d.h. auch bei einem deutlich schlechteren Abschneiden, stellt danach keine § 78 BetrVG verletzende Begünstigung zugunsten der Mandatsträger dar.⁵⁹⁹ Der § 78a BetrVG enthält nach dieser Auffassung nicht nur ein Diskriminierungsverbot für Mandatsträger, das eine Schlechterstellung gegenüber anderen Arbeitnehmern aus sachgerechten Gründen wie besseren Prüfungsnoten erlauben würde. Vielmehr geht § 78a darüber hinaus und nimmt eine Privilegierung der Organmitglieder gegenüber anderen Auszubildenden in Kauf.⁶⁰⁰ Somit wären dann auch betriebliche Regelungen oder Übungen, nach denen freie Arbeitsplätze für besonders gute Auszubildende bzw. für Auszubildende, die vorzeitig ihre Prüfung ablegen, reserviert werden unzulässig bzw. es würde sich ein Weiterbeschäftigungsverlan-

⁵⁹⁵ Vgl.: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335); Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28.

⁵⁹⁶ So das LAG Berlin vom 18.07.1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8, LAG Thüringen vom 27.03.1996 in LAGE Nr. 11 zu § 78a BetrVG 1972 und das LAG Hamm vom 21. 10. 1992 in BB 1993, 294 oder Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Kukat, „Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 6.11.1996“ in BB 1997, S. 1794 ff. (1795); Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 44; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn. 589; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1465).

⁵⁹⁷ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Hummel/Spoo, „Der Weiterbeschäftigungsanspruch von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in PersR 1996, S. 299 ff. (301).

⁵⁹⁸ So Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126, der davon ausgeht, dass Organmitglieder infolge der Amtsausübung oftmals schlechter als andere Auszubildenden in Prüfungen abschneiden.

⁵⁹⁹ Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126.

⁶⁰⁰ Vgl.: LAG Berlin vom 18. 7. 1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8; LAG Thüringen vom 27. 3. 1996, in LAGE Nr. 11 zu § 78a BetrVG 1972; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 8.

gen eines Mandatsträgers auch wirksam auf diese Arbeitsplätze erstrecken und gegebenenfalls mit ihm ein Arbeitsverhältnis begründen, auch wenn er selbst nicht zu den zu fördernden Auszubildenden zählt.⁶⁰¹

Nach dieser Auffassung verbietet sich somit jeglicher qualitative Vergleich zwischen Mandatsträgern und sonstigen Auszubildenden, wenn es um die Frage geht, welcher Auszubildende nach der Ausbildung übernommen werden soll. Im Ergebnis wird damit immer der Mandatsträger im Anschluss an die Ausbildung weiterbeschäftigt werden, egal wie groß ein eventueller Qualitätsunterschied zwischen den Auszubildenden ist.

bb Zulässigkeit eines Qualitäts- oder Prüfungsnotenvergleichs

Nach einer anderen Meinung darf bei der Übernahme ein qualitativer Vergleich zwischen Mandatsträger und anderen Auszubildenden durchgeführt werden. Dieser kann dazu führen, dass die Weiterbeschäftigung der Mandatsträgers für den Arbeitgeber unzumutbar ist, wenn bei ihm im Vergleich mit anderen Auszubildenden Qualifikations- oder Leistungsunterschiede nach unten erkennbar sind.⁶⁰² Eine solche Auswahlmöglichkeit würde sich bereits daraus ergeben, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, möglichst gute oder nur die besten Auszubildenden im Betrieb zu halten⁶⁰³ bzw. schlechtere oder eventuell sogar den leistungsschwächsten nicht zu übernehmen.⁶⁰⁴ Wenn sich somit bei Beendigung der Ausbildungszeit zeigt, dass ein anderer Auszubildender deutlich besser qualifiziert ist als der Mandatsträger, muss es dem Arbeitgeber möglich sein, diesen statt des Mandatsträgers zu übernehmen, wenn nicht genügend ausbildungsgerechte freie Arbeitsplätze zur Verfügung stehen. In diesem Fall müsse die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gem. Art 12 GG gegenüber der sozialstaatlich begründeten Privilegierung des Organmitgliedes Vorrang genießen, weil die Über-

⁶⁰¹ Vgl. hierzu: LAG Berlin vom 18. 7. 1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8; LAG Thüringen vom 27. 3. 1996, in LAGE Nr. 11 zu § 78a BetrVG 1972.

⁶⁰² So Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 10; Wollenschläger, „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ in NJW 1974, S. 935 ff. (936); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (672); Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 10; Gamillscheg, „Kündigung und Versetzung der Vertreter der Arbeitnehmer – Eine rechtsvergleichende Übersicht.“ in ZfA 1977, 239 ff. (287); Weng, „Weiterbeschäftigungsanspruch eines Jugendvertreters nach § 78a BetrVG trotz entgegenstehender betrieblicher Gründe?“ in DB 1976, S. 1013 ff. (1015).

⁶⁰³ Dies erkennt auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126 an.

⁶⁰⁴ Für die Parallelvorschrift des § 9 BPersVG das BVerwG vom 01.11.2005 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 40; 17. 5. 2000 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 36 oder BVerwG vom 09.09.1999 in AP § 9 BPersVG Nr. 14 wo es ausführt: „Gegenüber individuell fachlich besser qualifizierten Mitbewerbern setzt sich der Jugendvertreter jedenfalls dann durch, wenn - bezogen auf das Anforderungsprofil des freien Arbeitsplatzes - kein offenkundiger schwerwiegender Qualifikationsmangel gegeben ist (im Ergebnis ebenso BayVGH, Beschluss vom 19. 3. 1997 - 18 P 96.3275 - PersR 1998, 31, 33; ähnlich OVG Berlin, Beschluss vom 11. 10. 1996 - 70 PV 10.94 - nicht veröffentlicht.; a.A. OVG Münster, Beschluß vom 26. 8. 1998 - 1 A 805/98.PVL - Perser 1999, 134). Ein solcher liegt nach den genannten personalvertretungsrechtlichen Besonderheiten dann vor, wenn der Jugend- und Auszubildendenvertreter in der maßgeblichen Abschlußprüfung deutlich mehr als eine volle Notenstufe schlechter abgeschnitten hat als der insoweit schlechteste sonstige Bewerber, den der öffentliche Arbeitgeber in ein Dauerarbeitsverhältnis übernehmen will.“

nahmeentscheidung durch nachvollziehbare Gründe motiviert sei. Eine sachgrundlose absichtliche Schlechterstellung des Mandatsträgers würde dann nicht vorliegen, weil die Benachteiligungslegitimation in dem Qualifikationsunterschied der Auszubildenden zu sehen ist.⁶⁰⁵ Zu berücksichtigen sei ferner, dass in Arbeitsverhältnissen ein erheblicher Leistungsunterschied bzw. -abfall zu durchschnittlichen Arbeitnehmern ein Grund für eine personenbedingte Kündigung sein kann.⁶⁰⁶

cc Eigene Auffassung

Ob, wie vertreten, die Prüfungsergebnisse von Organmitgliedern infolge der Amtsausübung oftmals schlechter als bei anderen Auszubildenden ausfallen,⁶⁰⁷ ist weder offensichtlich noch durch empirischen Studien erwiesen. Falls es ein schlechteres Abschneiden der Mandatsträger dennoch geben sollte, könnte dies seine Ursache auch darin haben, dass es sich bei den Mandatsträgern zufällig um sogenannte „Low Performer“ handelt, die per se nur eine erfolgsschwache Arbeitsleistung erbringen.⁶⁰⁸ Außerdem könnte ein schlechteres Abschneiden auch darauf beruhen sein, dass die Mandatsträger in Kenntnis ihres Übernahmeanspruches nicht wie die anderen Auszubildenden versuchen, eine möglichst hohe Qualifikation zu erreichen und gute Prüfungsleistungen abzulegen, sondern vielmehr auf ihr Mandat und den damit verbundenen sicheren Arbeitsplatz im Betrieb vertrauen.⁶⁰⁹

Bei der Fragestellung, ob eine schlechtere Note eine Unzumutbarkeit begründen könnte, ist auf den Schutzzweck der Norm abzustellen. Der Schutzzweck des § 78a BetrVG soll die Organmitglieder vor einer Schlechterstellung aufgrund ihres Mandates schützen. Dies muss jedoch dort seine Grenzen finden, wo es offensichtlich ist, dass nicht das ausgeübte Mandat, sondern andere nachvollziehbare und objektive Gründe die schlechtere Leistung des Auszubildenden erklären und für seine Nichtübernahme ausschlaggebend sind.

Wenn bei einem Qualitätsvergleich nicht bereits jede Gegenüberstellung der Leistungen dazu führen soll, dass ein normaler Auszubildender mit besserer Note dem schlechteren Mandatsträger vorgezogen wird, dann muss dies jedoch auf jeden Fall gelten, wenn

⁶⁰⁵ Vgl.: Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 10; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 672 ff. oder Meist/Schmitz, Personalvertretungsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern, C 17 a für die Parallelvorschrift des 9 BPersVG.

⁶⁰⁶ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28 mit Verweis auf § 1 KSchG; siehe zur Kündigung aufgrund von Leistungsminderung: BAG 11.12.2003 AP KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 48 und Oetker in ErfK, § 1 KSchG, Rn. 167.

⁶⁰⁷ So Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126.

⁶⁰⁸ Siehe zum Begriff des „Low Performer“ und dessen kündigungsrechtlicher Würdigung: Tschöpe, „Low Performer“ im Arbeitsrecht“ in BB 2006, S. 213 ff.

⁶⁰⁹ Ähnlich Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

der Unterschied in den Leistungen der zu vergleichenden Auszubildenden evident ist.⁶¹⁰ Dies wird für die Auszubildenden und die entsprechende Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 9 BPersVG im öffentlichen Dienst auch verwaltungsgerichtlich anerkannt.⁶¹¹ Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Auszubildenden im öffentlichen Dienst gegenüber der der Privatwirtschaft bzw. zwischen deren Arbeitgebern sind nicht zu erkennen.⁶¹² Folglich muss auch in der privaten Wirtschaft ein Qualitätsvergleich zwischen den Auszubildenden immer dann als Übernahmekriterium für die Auswahl der zu übernehmenden herangezogen werden dürfen, wenn der Notenunterschied zwischen den Abschlussnoten mindestens eine volle Note beträgt. Sollte der Auszubildende gleichwohl der Auffassung sein, seine Übernahme würde ihm nicht aufgrund seiner eigenen Schlechtleistung, sondern wegen der Ausübung seines Mandates verweigert, so müsste er dies im arbeitsgerichtlichen Verfahren darlegen und beweisen.

dd Ergebnis

Ein Leistungs- oder Qualitätsvergleich zwischen Mandatsträgern und normalen Auszubildenden kann bei der Frage, welche Auszubildenden im Falle zu weniger vorliegender Weiterbeschäftigungsplätze bei Übernahmen berücksichtigt werden sollen, immer dann den Ausschlag gegen die Übernahme des Mandatsträgers geben, wenn dessen Abschlussnote um mindestens eine volle Note nach unten von den Noten der zu übernehmenden Auszubildenden abweicht. Allein ein schlechteres Abschneiden bei der Abschlussprüfung im Vergleich zu anderen Auszubildenden reicht hingegen nicht aus.⁶¹³

e. Einstellungs- und Auswahlrichtlinien

In vielen Betrieben gelten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarte Einstellungs- und Auswahlrichtlinien nach § 95 I, II BetrVG, die z.T. auch die Voraussetzungen einer Übernahme der Auszubildenden nach Ausbildungsabschluss regeln.

Sollte der die Weiterbeschäftigung verlangende Mandatsträger aus irgendwelchen Gründen die Voraussetzungen der betrieblichen Richtlinien nicht erfüllen, so hat dies keinerlei Auswirkung auf eine mögliche Unzumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung im

⁶¹⁰ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (672), wonach einem „deutlich besser qualifizierten anderen Auszubildenden“ der Vorrang bezüglich einer Übernahme zu geben sei.

⁶¹¹ Vgl: von Roetteken „Rechtsprechungsübersicht zum Personalvertretungsrecht“ in NZA-RR 2001, S. 505 ff. (523).

⁶¹² So explizit auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; der damit jedoch einen Vergleich der Auszubildenden auch im öffentlichen Dienst für unzulässig erklären möchte.

⁶¹³ Vgl.: LAG Hamm vom 21. 10. 1992 in DB 1993, 439, LAG Berlin vom 18. 7. 1995 in LAGE BetrVG § 78a Nr. 8.

Betrieb.⁶¹⁴ Eine Unzumutbarkeit kann durch solche Richtlinien nicht begründet werden, weil Einstellungs- und Auswahlrichtlinien nur betriebsintern zwingende Regeln beinhalten, die für die Beurteilung rechtsgeschäftlicher Einstellungen durch den Arbeitgeber gelten. Sie können jedoch nicht für kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnisse Wirkung entfalten, weil es hierbei keiner Auswahlentscheidung des Arbeitgebers unter mehreren Bewerbern bedarf.⁶¹⁵ Jedoch wird es dem Arbeitgeber und gegebenenfalls auch dem Betriebsrat schwer fallen, anderen Auszubildenden gegenüber zu begründen, warum ein Mandatsträger, der die Kriterien der Einstellungs- und Auswahlrichtlinien nicht erfüllt, trotzdem nach Abschluss der Ausbildung übernommen wird und infolgedessen die Übernahme anderer Auszubildender nicht erfolgen kann.

f. Persönliche Umstände

Des Weiteren können unter bestimmten Bedingungen auch persönliche Umstände des Auszubildenden seine Weiterbeschäftigung als unzumutbar erscheinen lassen.

Dies kann in Tendenzbetrieben gelten, wenn deren Auszubildende zu Tendenzträgern ausgebildet werden und die anschließende Weiterbeschäftigung aus Gründen des Tendenzschutzes für den Arbeitgeber unzumutbar ist.⁶¹⁶ Die Unzumutbarkeit könnte dann z.B. in der Partei- oder Gewerkschaftszugehörigkeit oder der Konfession des Auszubildenden liegen, wenn diese der Tendenz des Betriebes entgegensteht.⁶¹⁷ Jedoch ist genau darauf zu achten, ob es sich bei den Auszubildenden um tatsächliche Tendenzträger handelt, die im Unternehmen entsprechend eingesetzt werden sollen. Andernfalls bestünde eine ungerechtfertigte Bevorzugung von Tendenzunternehmen gegenüber anderen Arbeitgebern.⁶¹⁸

g. Ergebnis - Persönliche und verhaltensbedingte Gründe der Unzumutbarkeit

Personen- oder verhaltensbedingte Gründe können die Unzumutbarkeit i.S.d. § 78a IV BetrVG begründen, zumindest wenn sie die Eigenschaft eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 I BGB erreichen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn sich das Verhalten auch gegen die Pflichten aus dem Ausbildungsverhältnis und nicht nur gegen Amtspflichten richtet. Letzteres könnte nur ein Verfahren nach §§ 23 I, 65 I BetrVG begründen.

⁶¹⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 128; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

⁶¹⁵ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 128.

⁶¹⁶ Vgl.: BAG vom 23. 6. 1983 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 52; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 123; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1330).

⁶¹⁷ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 123.

⁶¹⁸ So auch BAG vom 23. 6. 1983 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10.

Als eindeutige verhaltensbedingte Unzumutbarkeitsgründe sind das Begehen einer schwerwiegenden Straftat, Tötlichkeiten gegen Vorgesetzte oder Mitarbeiter, das Verlangen des Betriebsrats auf Entfernung des Mandatsträgers gemäß § 104 BetrVG oder die beharrliche Verweigerung der Arbeitsleistung anzusehen.

Außerdem sind persönliche oder verhaltensbedingte Unzumutbarkeitsgründe gegeben, wenn der Auszubildende die Ausbildung nicht erfolgreich abschließt oder für die angestrebte Tätigkeit neben der Ausbildung weitere Fähigkeiten oder Qualifikationen notwendig sind, über die der Auszubildende weder verfügt noch in kurzer Zeit im Betrieb erlangen kann. Bestehen zum in Frage stehenden Zeitpunkt mehr Auszubildende die Prüfungen als Weiterbeschäftigungsplätze zur Verfügung stehen, kann ein Leistungs- oder Qualitätsvergleich zwischen Mandatsträgern und normalen Auszubildenden bei der Frage, welche Auszubildenden bei Übernahmen berücksichtigt werden sollen, immer dann den Ausschlag gegen die Übernahme des Mandatsträgers geben, wenn dessen Abschlussnote um mindestens eine volle Note nach unten von den Noten der zu übernehmenden Auszubildenden abweicht.

Betriebliche Einstellungs- und Auswahlrichtlinien, die der Auszubildende nicht erfüllt, können hingegen eine Unzumutbarkeit nicht begründen, weil sie nur auf rechtsgeschäftlich begründete Beschäftigungsverhältnisse Anwendung finden. Des Weiteren können unter bestimmten Bedingungen in Tendenzunternehmen auch persönliche Umstände des Auszubildenden wie Konfession oder Parteizugehörigkeit seine Weiterbeschäftigung als unzumutbar erscheinen lassen.

D. Betriebliche Gründe

1. Allgemeines

Vor allem können dringende betriebliche Gründe eine Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht des in Ausbildung befindlichen Mandatsträgers rechtfertigen. Dies widerspricht nicht dem Grundgedanken und Schutzzweck des § 78a BetrVG, Organmitglieder vor einer Schlechterstellung aufgrund des Mandats zu schützen,⁶¹⁹ so dass sich auch heute noch in einigen Kommentierungen zu § 78a BetrVG die Aussage findet, betriebliche Gründe könnten nur „ausnahmsweise“ im Rahmen der Unzumutbarkeit eine Rolle spielen,⁶²⁰ oder es werden die Gründe persönlicher Art an prominenter

⁶¹⁹ Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S.889 ff. (889 ff.).

⁶²⁰ So wörtlich: Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.36 oder Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 47, der formuliert, dass „eine Nichtübernahme auch in dringenden betrieblichen Erfordernissen ihren Grund haben“ kann.

Stelle besprochen.⁶²¹ Jedoch werden Auflösungsanträge oder Feststellungsanträge in der Praxis fast immer mit betrieblichen Erfordernissen begründet, die somit auch dem Großteil der arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zugrunde liegen.⁶²²

a. Qualitative Reichweite der Zumutbarkeitsprüfung

Es bestand stets Einigkeit, dass die Unzumutbarkeit bei betriebsbedingten Gründen einer Nichtweiterbeschäftigung daran zu messen ist, ob freie ausbildungsgerechte Arbeitsplätze für den zu übernehmenden Auszubildenden zur Verfügung stehen.⁶²³ Näher zu untersuchen ist jedoch, welche Beschaffenheit der freie Arbeitsplatz aufweisen und zu welchem Zeitpunkt er vorliegen muss.

b. Räumliche Reichweite der Zumutbarkeitsprüfung

Des Weiteren werden bei der Unzumutbarkeitsprüfung des § 78a BetrVG analog zu den aus dem Kündigungsschutzrecht bekannten Varianten des Rechtmäßigkeitsprüfungsmaßstabes einer Kündigung hinsichtlich der Frage, ob freie Stellen betriebs-, unternehmens- oder konzernbezogen zur Verfügung stehen müssen, drei Auffassungen zur räumlichen Reichweite der Zumutbarkeitsprüfung vertreten.

aa Unternehmens- oder konzernbezogene Zumutbarkeitsprüfung

Eine sehr weit gehende Meinung, teilweise als vordringende oder h.M bezeichnet⁶²⁴ vertritt, dass sich der Übernahme- bzw. Weiterbeschäftigungsanspruch auf das gesamte Unternehmen bezieht.⁶²⁵ Einige Landesarbeitsgerichte gehen inzwischen sogar noch einen Schritt weiter und stellen die Frage, ob die Prüfung nicht sogar konzernbezogen zu erfolgen habe.⁶²⁶ Dies soll zumindest dann gelten, wenn die Ausbildung in einem konzerneinheitlichen Ausbildungsbetrieb stattfindet und eine bestehende Tarifregelung

⁶²¹ So z.B. Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 31; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 8 ff.; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 10 ff.; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 53 ff.

⁶²² Ähnlich Reuter, „Betrieblich beschränkter Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78a Abs. 4 BetrVG“ in BB 2007, S. 2678 ff. (2679); Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 24; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (276).

⁶²³ Vgl.: Reuter, „Betrieblich beschränkter Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78a Abs. 4 BetrVG“ in BB 2007, S. 2678 ff. (2679); Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 9.

⁶²⁴ So z.B.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

⁶²⁵ So z.B. Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 9; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 54; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39; Heigl, „Der Übernahmeanspruch von JAV-Mitgliedern“ in PersR 1997, S. 297 ff. (308); Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 32 a; für die Rspr.: LAG Köln vom 18.03.2004 in DB 2004, S. 1374; LAG Niedersachsen vom 26.04.1996 in NZA-RR 1997, S. 14; LAG Rheinland-Pfalz vom 05.07.1996 in LAGE Nr. 12 zu 78a BetrVG 1972.

⁶²⁶ Siehe hierzu LAG Bremen, Beschluss vom 12.10.2006, 3 TABV 7/06, www.landesarbeitsgericht.bremen.de, in dem es ausführte: „dass die Frage des freien Arbeitsplatzes im Falle der Beteiligten zu 1) unternehmensbezogen, evtl. sogar konzernweit zu beurteilen ist“; LAG München vom 12.10.2005, 9 TABV 30/05, www.arbg.bayern.de, das formuliert: „wenn er bei der Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nicht auf den Ausbildungsbetrieb beschränkt ist, sondern die Weiterbeschäftigung konzernweit betrachtet wird.“; so im Ergebnis auch Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn. 7.

den nicht direkt geltenden § 78a BetrVG in Bezug nimmt, um zu gewährleisten, dass die Regelung der Bildung eines Vertretungsorgans nicht leer läuft. Zwar sei der kollektive Schutz des Vertretungsgremiums hierdurch nicht erreichbar, jedoch könne der Individualschutz des Auszubildenden erlangt werden.⁶²⁷ Der Bestandsschutz des individuellen Arbeitsverhältnisses sei gegenüber der Ämterkontinuität der wichtigere Gesetzeszweck, letzterer sei nur ein, wenn auch wünschenswertes Nebenprodukt.⁶²⁸

Ein zumindest unternehmensbezogener Weiterbeschäftigungsanspruch wird weiter damit begründet, dass der Schutz des § 78a BetrVG im Gleichklang mit dem Kündigungsschutz gegenüber der betriebsbedingten Kündigung von Organmitgliedern oder anderen Arbeitnehmern stehe. Eine Kündigung sei dann ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den betroffenen Arbeitnehmer im Unternehmen anderweitig weiter zu beschäftigen.⁶²⁹ Bei einer ordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers oder Betriebsrates würde bereits die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb des Unternehmens die Sozialwidrigkeit der Kündigung auslösen.⁶³⁰ Der § 78a BetrVG würde ferner, anders als § 1 KSchG, die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung schon nach dem Wortlaut nicht beschränken.⁶³¹ Ein rein betriebsbezogenes Verständnis des Übernahmegriffes würde somit letztlich zu einer unzulässigen Verengung des Schutzzwecks des § 78a BetrVG führen, weil Auszubildende gegenüber Mandatsträgern oder sonstigen Arbeitnehmern schlechter gestellt wären.⁶³² Die Unzumutbarkeitsprüfung habe sich deshalb über den Betrieb hinaus zumindest auf das Unternehmen des Arbeitgebers, wenn nicht sogar auf den Konzern, dem es angehört, zu erstrecken.

bb Betriebsbezogene Zumutbarkeitsprüfung

Konträr zu der weiten Ausdehnung des Weiterbeschäftigungsanspruchs zumindest auf die Unternehmensebene wird vertreten, dass sich eine Übernahmeverpflichtung nur dann ergebe, wenn sich der freie Arbeitsplatz im selben Betrieb wie die bisherige Ausbildungsstelle befindet.⁶³³

⁶²⁷ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 54a; Hummel/Spoo, „Der Weiterbeschäftigungsanspruch von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in PersR 1996, S. 299 ff. (301).

⁶²⁸ So Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39.

⁶²⁹ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 135, Rn. 5; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 9.

⁶³⁰ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 54; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39.

⁶³¹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 32 a.

⁶³² Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 54a; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39.

⁶³³ Vgl.: Reuter, „Betrieblich beschränkter Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78a Abs. 4 BetrVG“ in BB 2007, S. 2678 ff. (2678); Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in AiB 1990, 219 f. (219); Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 83; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG Rn. 29; Löwisch/Kaiser,

Hauptargument hierfür ist, dass sich der Normzweck des § 78a BetrVG darauf erstreckt, die Ämterkontinuität zu sichern und den Amtsträger durch die Weiterbeschäftigung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis vor nachteiligen Folgen der Amtsführung während des Berufsausbildungsverhältnisses zu schützen. Da sich ein bestimmtes Rangverhältnis der beiden Schutzzwecke nicht ergebe, stünden diese gleichberechtigt nebeneinander.⁶³⁴ Bei einem Wechsel des Mandatsträgers in einen anderen Betrieb des Unternehmens oder Konzerns gehe dieses Amt jedoch verloren.⁶³⁵ Außerdem führen die Vertreter einer betriebsbezogenen Auslegung an, ein Vergleich mit dem Kündigungsschutz der Betriebsräte verbiete sich, weil diese im Gegensatz zu Auszubildenden über ein Arbeitsverhältnis verfügen, welches einen qualitativen Unterschied zum Auszubildendenverhältnis aufweise. Befristete angestellte Betriebsräte müssten beim Auslaufen ihres Vertrages auch nicht auf andere freie Stellen im Unternehmen versetzt werden.⁶³⁶ Diese Argumente würden im Ergebnis dafür sprechen, nur eine betriebsbezogene Unzumutbarkeitsprüfung vorzunehmen.

cc Eigene Auffassung

Eine Erstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruches über den Betrieb hinaus ist vor allem aufgrund der Systematik und des Schutzzweckes des § 78a BetrVG abzulehnen. Zwar ist es richtig, dass dieser sowohl eventuelle Nachteile für den Amtsträger ausschließen als auch die Ämterkontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe schützen soll. Jedoch lassen weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründung der Norm ein Rangverhältnis der beiden Schutzzwecke erkennen. Insoweit ist vor allem das Argument, bei der Ämterkontinuität handele es sich bloß um ein Nebenprodukt des Bestandsschutzes, nicht haltbar.⁶³⁷ Die Ämterkontinuität kann aber nicht gewährleistet werden, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb des Unternehmens oder Konzerns auf einen anderen Betrieb übergeht, weil das Amt zu diesem Zeitpunkt erlischt.⁶³⁸

Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 13; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Ilbertz/Widmaier, BPersVG, § 9 Rn 3 für die Parallelvorschrift des BPersVG.

⁶³⁴ So auch das BAG vom 15.11.2006, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 38, Nielebock „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsververtretung“ in AiB 1990, 219 f (21).

⁶³⁵ Vgl.: Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 24; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278); Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

⁶³⁶ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 93,90; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

⁶³⁷ Vgl.: BAG vom 15.11.2006, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 38.

⁶³⁸ So auch Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

Auch der seitens der überbetrieblichen Betrachtung angeführte sonstige Wertungswiderspruch zum Kündigungsschutzrecht ist bei genauer Betrachtung nicht gegeben.⁶³⁹ ihm ist vor allem entgegenzuhalten, dass es sich bei einem Ausbildungsverhältnis von vornherein um ein lediglich auf die Ausbildungszeit befristetes Beschäftigungsverhältnis handelt. Sonstige befristet beschäftigte Arbeitnehmer, insbesondere Betriebsräte, scheiden mit dem Ablauf ihres Vertrages automatisch gemäß § 15 I TzBfG aus dem Betrieb aus, selbst dann, wenn ihre Amtsperiode noch nicht beendet ist und es anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb geben sollte.⁶⁴⁰ Auf sie ist auch § 15 KSchG nicht anwendbar, weil dieser nur Kündigungen und keine anderen Beendigungstatbestände wie Befristungen erfasst.⁶⁴¹ Hierzu würde es im Widerspruch stehen, sollte der § 78a BetrVG den Auszubildenden trotz nicht gegebener Amtskontinuität einen Weiterbeschäftigungsanspruch außerhalb des eigenen Betriebes geben.⁶⁴² Folglich hat sich die Unzumutbarkeitsprüfung hinsichtlich der Frage, ob freie Weiterbeschäftigungsplätze für den Auszubildenden zur Verfügung stehen, auf den Betrieb zu beschränken, in dem er seine Ausbildung absolviert hat. Ein unternehmens- oder sogar konzernweiter Übernahmeanspruch verbietet sich.⁶⁴³ Inwieweit sich dies auch auf einen Gemeinschaftsbetrieb beziehen kann oder muss, ist bisher nicht geklärt. Jedoch spricht vieles dafür, alle Stellen in einem Gemeinschaftsbetrieb in die Betrachtung, ob ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht, mit einzubeziehen. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis würde dann kraft Gesetzes mit dem bisherigen Arbeitgeber zustande kommen.⁶⁴⁴

dd Ergebnis

Bei der Frage, ob einem Arbeitgeber freie Weiterbeschäftigungsplätze für den Auszubildenden zur Verfügung stehen, hat sich die Prüfung lediglich auf den Betrieb zu erstrecken, in dem der Mandatsträger seine Ausbildung absolviert hat. Ein unternehmens- oder sogar konzernweiter Übernahmeanspruch ergibt sich aus dem § 78a BetrVG nicht.

⁶³⁹ So auch Reuter, „Betrieblich beschränkter Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78a Abs. 4 BetrVG“ in BB 2007, S. 2678 ff. (2678).

⁶⁴⁰ Ständige Rechtsprechung des BAG, vergleiche diesbezüglich nur: BAG vom 17. 2. 1983 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 14.

⁶⁴¹ Vgl.: Linck in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 15 TzBfG, Rn. 16; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 79.

⁶⁴² Vgl.: BAG vom 15. 11. 2006, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 38.

⁶⁴³ So inzwischen auch die ständige Rspr. des BAG: BAG vom 06.11.1996 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26 und BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 31; BAG vom 15. 11. 2006, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 38.

⁶⁴⁴ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

2. Fallgruppen betrieblicher Gründe

Für den Begriff der Unzumutbarkeit i.S.d.§ 78a IV BetrVG ist, wie dargestellt, maßgebend, ob ein freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz im Betrieb, in dem der Mandats-träger seine Ausbildung genossen hat, für diesen nach Ausbildungsabschluss zur Ver-fügung steht. Problematisch ist die Grenzziehung, ab wann betriebliche Belange den Unzumutbarkeitsbegriff erfüllen.⁶⁴⁵ Diesbezüglich haben sich in Literatur und Recht-sprechung verschiedene Fallgruppen herausgebildet, bei denen die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung diskutiert wird.

a. Kein freier Arbeitsplatz zum Abschluss der Ausbildung

aa Kein freier Arbeitsplatz vorhanden

Unproblematisch sind grundsätzlich die Fälle, in denen dem Arbeitgeber in seinem Be-trieb zum Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses überhaupt kein freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht, auf dem der Auszubildende mit seiner in der Ausbildung erworbenen Qualifikation beschäftigt werden könnte. Es entspricht h.M. und ständiger Rechtsprechung, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung aus betrieb-lichen Gründen dann unzumutbar ist, weil die Einrichtung weiterer Arbeitsplätze die ur-eigenste freie, nicht überprüfbare Entscheidung des Unternehmers ist und er hierzu nicht gezwungen werden kann.⁶⁴⁶ Sollte der Arbeitgeber anderen Auszubildenden zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung des Mandatsträgers einen Arbeitsplatz anbie-ten, so sind unzweifelhaft freie Arbeitsplätze vorhanden. Außerdem gibt es Konstellatio-nen, in denen zwar eigentlich kein freier Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht, je-doch teilweise vertreten wird, dass durch Umstrukturierungen oder sonstige personelle Entscheidungen eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden gewährleistet werden könnte.

(a) Neuschaffung oder Freikündigung eines Arbeitsplatzes

Nach einer M.M. soll der Arbeitgeber bei fehlendem Arbeitskräftebedarf vor die Wahl gestellt werden, anderen, auch länger beschäftigten Arbeitsnehmern zu kündigen⁶⁴⁷ oder für eine gewisse Zeit einen zusätzlichen, gänzlich neuen Arbeitsplatz zu schaffen,

⁶⁴⁵ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 100.

⁶⁴⁶ BAG vom 16. 01.1979 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; BAG vom 29. 11. 1989 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; LAG Hamm vom 13. 5. 1977 in DB 1978, S. 260; LAG Köln vom 25.11.1987 in DB 1988, S. 1327; für die Literatur siehe Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 100; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Pielsticker S. 109 ff.; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsver-fassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; a.A. Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S.889 ff. (893 ff.); Barwasser „Der Befreiungsantrag des Arbeitgebers nach § 78a Abs 4 BetrVG“ in DB 1976, S. 2114 ff. (2114).

⁶⁴⁷ So explizit Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 106; Wiencke, S. 129.

auf dem er dann den Auszubildenden übernehmen könnte. Dies wird damit begründet, dass andernfalls der Auszubildende in Zeiten schlechter Wirtschaftslage ungeschützt wäre.⁶⁴⁸ Diese Auffassung geht nicht nur an der rechtlichen Möglichkeit, der betrieblichen Praxis und der wirtschaftlichen Notwendigkeit vorbei, sondern steht auch im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung. Es ist weder möglich, langjährige Mitarbeiter kurzfristig zu entlassen, um den freien Arbeitsplatz einem Mandatsträger anzubieten, noch ist es betrieblich sinnvoll langjährig gut ausgebildete und qualifizierte Mitarbeiter durch junge, frisch ausgebildete Arbeitnehmer zu ersetzen, die bei weitem nicht über das Wissen und die Fähigkeiten verfügen können, wie sie ein länger beschäftigter Mitarbeiter besitzt.⁶⁴⁹ Außerdem würde ein solches Freikündigen eine Begünstigung des Auszubildenden aufgrund seines Mandates darstellen, so dass ein Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG vorläge.⁶⁵⁰ Wie beim Kündigungsschutz kann deshalb der Auszubildende nicht verlangen, dass ein Arbeitsplatz für ihn freigezündigt wird.⁶⁵¹ Des Weiteren ist es aufgrund der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit unhaltbar, für die Weiterbeschäftigung die Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze zu fordern.⁶⁵²

(b) Verzicht auf den Wegfall von Arbeitsplätzen

Ebenso wenig ist der Arbeitgeber angehalten, Arbeitsplätze, die aufgrund einer bereits vor dem Übernahmeverlangen getroffenen unternehmerischen Entscheidung bis zum Ende der Ausbildungszeit oder kurz danach entfallen sollen, einzig wegen des Weiterbeschäftigungsanspruchs aufrechtzuerhalten und wiederzubesetzen, um sie dem Auszubildenden anzubieten.⁶⁵³ Ein solcher Eingriff in die Personalplanung ist durch § 78a BetrVG nicht gegeben.⁶⁵⁴ Andererseits können geplante Stellenstreichungen, die erst in Zukunft möglicherweise den Wegfall eines Arbeitsplatzes bedingen, die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zum Ende der Ausbildungszeit nicht begründen. Dies ist dadurch begründet, dass der Wegfall des Arbeitsplatzes spätestens für den Zeitpunkt der

⁶⁴⁸ Vgl.: Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S.889 ff. (895).

⁶⁴⁹ Siehe zur Problematik der Freikündigung von Arbeitsplätzen für Sonderkündigungsschutzträger: ; Fischer, Weiterbeschäftigung durch Arbeitsplatzverschaffung, S. 155; die darauf hinweist, dass aufgrund des laufenden Kündigungsschutzprozesses des Gekündigten eventuelle über drei Instanzen zwei Arbeitnehmer beschäftigt werden müssten.

⁶⁵⁰ So auch Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13.

⁶⁵¹ BAG vom 16.01.1979 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335); Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 31; Horcher, „Wann muss der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freikündigen?“ in NZA-RR 2006, S. 393 ff. (402).

⁶⁵² Siehe hierzu nur: BAG vom 16. 1. 1979 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; BAG vom 15. 1. 1980, 29. 11. 1989 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31.

⁶⁵³ BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (277).

⁶⁵⁴ Vgl.: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

verlangten Übernahme des Auszubildenden bzw. unmittelbar danach tatsächlich vorliegen muss und nicht erst für ein dahinter liegendes Datum geplant sein darf.⁶⁵⁵

(c) Abbau von Überstunden oder Änderung von Schichtplänen

In den Betrieben steht immer wieder zur Diskussion, ob ein nicht bisher vorhandener Arbeitsplatz für das Organmitglied geschaffen werden könnte oder müsste, indem die Schichtpläne angepasst werden oder indem im Betrieb vorhandene Überstundenkapazitäten, die die Schaffung einer vollen Arbeitsstelle ermöglichen würden, abgebaut werden. In Frage steht somit, ob eine solche Konstellation einen „freien“ Arbeitsplatz darstellt.

Diesbezüglich gilt, dass ein Arbeitsplatz nicht bereits dann frei ist, wenn die Summe aller durchschnittlich geleisteten Überstunden im Betrieb die Arbeitsleistung eines Vollzeitverhältnisses ausmacht⁶⁵⁶ oder durch Umstellung der Schichtpläne ein Arbeitsplatz geschaffen werden könnte^{657, 658}. Grundsätzlich kann nicht der Abbau der Überstunden oder die Umstellung der Schichtpläne gefordert werden, weil eine Verpflichtung des Arbeitgebers, seine Arbeitsorganisation zu ändern und dadurch einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, einen Eingriff in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit darstellt, der nicht hinzunehmen ist.⁶⁵⁹ Die Gegenauffassung, die durchführbare Umgestaltungen der Organisation seitens des Arbeitgebers verlangt, um eine Unzumutbarkeit auszuschließen, verkennt die Reichweite der unternehmerischen Freiheit, die sich auch darin widerspiegelt, wie der Unternehmer seine arbeitstechnischen und personalplanerischen Vorgaben ausgestaltet,⁶⁶⁰ ob er z.B. mit Voll- oder mit Teilzeitkräften arbeiten möchte oder welche Schichtsysteme er einsetzt.⁶⁶¹

⁶⁵⁵ Vgl.: BAG vom 16. 8. 1995 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 25; Kania in ErfK, § 78a Rn. 9; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 38; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55.

⁶⁵⁶ So auch dass BAG vom 12. 11. 1997 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 30; LAG Brandenburg vom 18.03.1998 in LAGE Nr. 16 zu 78a BetrVG 1972.

⁶⁵⁷ Siehe BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 9.

⁶⁵⁸ a.A. zu dieser Thematik: Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.36; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 109; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55; Hummel/Spoo, „Der Weiterbeschäftigungsanspruch von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in PersR 1996, S. 299 ff. (302), die dem Arbeitgeber organisatorische Maßnahmen wie z.B. die Ausübung des Direktionsrechtes, Änderung bestehender Schichtpläne oder den Abbau von Überstunden zumuten wollen, um einen Mandatsträger in einem Arbeitsverhältnis im Betrieb zu beschäftigen.

⁶⁵⁹ So auch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 38; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24.

⁶⁶⁰ Vgl.: Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55.

⁶⁶¹ Vgl.: BAG vom 19. 5. 1993 in AP KSchG 1969 § 2 Nr. 31.

Vorhandene Überstunden, die zusammengenommen eine Beschäftigungsstelle ergeben, oder die Möglichkeit der Umstellung der im Betrieb verwendeten Schichtpläne begründen somit keinen freien Arbeitsplatz.

(d) Einsatz von Zeitarbeitnehmern oder von Drittunternehmen

Angesichts des in den letzten Jahren verstärkten Einsatzes von Zeitarbeitnehmer in den Unternehmen⁶⁶² und der Fremdvergabe von Aufträgen an Dritte stellt sich bei gleichzeitigem Nichtvorhandensein eines Arbeitsplatzes zur Weiterbeschäftigung die - in Literatur und Rechtsprechung umstrittene - Frage, ob dies einer Unzumutbarkeit im Wege steht.⁶⁶³

Ein freier Arbeitsplatz ist auf jeden Fall dann nicht gegeben, wenn die auf wirtschaftlichen Überlegungen basierende unternehmerische Entscheidung getroffen worden ist, ab einem bestimmten Stichtag, der vor dem Übernahmetag des Auszubildenden liegen muss, kein zusätzliches eigenes Personal mehr einzusetzen, sondern sich eines Drittunternehmens zu bedienen und Leistungen somit komplett auszulagern.⁶⁶⁴ Eine solche Organisationsentscheidung liegt im Rahmen des von der freien Unternehmerentscheidung gedeckten Planungsvorbehaltes des Arbeitgebers und ist somit nicht zu beanstanden.⁶⁶⁵

Nach einer Auffassung soll dies für den Willen, statt eigenen Personals Zeitarbeitnehmer zu beschäftigen – entsprechend der Rechtsprechung zum Kündigungsrecht⁶⁶⁶ – nicht gelten.⁶⁶⁷ Die Begründung geht dahin, dass der im Unternehmen entstehende Beschäftigungsbedarf weiterhin mit Arbeitnehmern abgedeckt würde, welche das Unternehmen im Rahmen seiner Arbeitsorganisation aufgrund eigener Weisungen einsetzt. Der Umstand, dass die Zeitarbeitnehmer, die auf diesen Arbeitsplätzen zum Einsatz kommen sollen, nicht in vertraglichen Beziehungen zu dem Arbeitgeber des Mandatsträgers, sondern zum Verleihbetrieb stehen, soll nichts daran ändern, dass der Beschäftigungsbedarf andauernd bei dem Unternehmen vorhanden ist.⁶⁶⁸

Bei genauer Betrachtung ist diese Auffassung nicht stichhaltig. Zum einen überzeugt bereits die Argumentation des LAG Nürnberg, des LAG Hamm bzw. von deren Befür-

⁶⁶² Eine guten Überblick zur Rolle und den Voraussetzungen der Zeitarbeit in Deutschland gibt: Schüren „Leiharbeit in Deutschland“ in RdA 2007, S 231 ff. (231 ff.).

⁶⁶³ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 31;

⁶⁶⁴ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

⁶⁶⁵ So auch LAG Nürnberg vom 28. 3. 2007 – 4 TaBV 54/06, www.arbg.bayern.de.

⁶⁶⁶ Z.B.: LAG Hamm vom 24. 7. 2007 in NZA-RR 2008, S. 241.

⁶⁶⁷ Vgl. für den diesbezüglichen Weiterbeschäftigungsanspruch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37; zum Kündigungsrecht: Düwell/Dahl „Leiharbeitnehmer: First in, first out“ in DB 2007 S. 1699 ff. (1700 f.).

⁶⁶⁸ So explizit das LAG Nürnberg vom 21. 12. 2006 in DB 2007, S. 980 und das BAG vom 16.07.2008 in NZA 2009, S. 202.

wortern in der Literatur nicht, zum anderen ist die Situation bei der Übernahmeverpflichtung des § 78a BetrVG nicht mit dem Kündigungsrecht identisch.

Eine zulässige freie Unternehmerentscheidung kann auch darin liegen, bestimmte Arbeitsplätze dauerhaft nur noch mit Zeitarbeitnehmern zu besetzen.⁶⁶⁹ Als zweckmäßiger Einsatz von Arbeitskräften stellt dies gegenüber einer Fremdvergabe an Dritte durch Outsourcing oder der Schließung eines Betriebsteils ein wesentliches Minus dar. Dies verkennt bereits das LAG Hamm in seiner Entscheidung zum Kündigungsrecht und verletzt die grundrechtlich geschützte unternehmerische Entscheidung, weil es die unternehmerische Entscheidung über den dauerhaften Einsatz von Zeitarbeitnehmern dadurch zunichte macht, dass ein Arbeitgeber Zeitarbeitnehmer nicht mehr einsetzen könnte, wenn betriebsbedingte Kündigungen anstehen.⁶⁷⁰ Wenn außerdem die Fremdvergabe an Drittfirmen oder die Schließung ganzer Betriebsteile als Mehr im Vergleich zum Einsatz von Zeitarbeitnehmern möglich ist, dann muss erst recht der Einsatz von Zeitarbeitnehmern im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit liegen. Warum dies anders sein sollte, erschließt sich nicht. Richtigerweise stellen deshalb dauerhaft mit Zeitarbeitnehmern besetzte Stellen keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen dar.⁶⁷¹

Außerdem ist die Situation bei der Übernahmeverpflichtung des § 78a BetrVG nicht mit dem Kündigungsrecht identisch, so dass die kündigungsrechtliche Rechtsprechung nicht auf den § 78a BetrVG übertragbar ist. Es handelt sich nicht um die Kündigung eines bestehenden, sondern um die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit dem Mandatsträger nach Abschluss seiner Berufsausbildung. Auf diese Einstellung können für Kündigungen entwickelte Grundsätze keine Anwendung finden.

Somit ist ein freier Arbeitsplatz zur Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers auch dann nicht gegeben, wenn die unternehmerische Entscheidung getroffen worden ist, bestimmte Aufgaben innerhalb des Betriebes durch Zeitarbeitnehmer und nicht durch eigenes Personal zu erledigen.

⁶⁶⁹ Vgl.: Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 KSchG, Rn. 729; Oetker in ErfK, § 1 KSchG, Rn. 292; Horcher, „Wann muß der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freikündigen“ in NZA-RR 2006, S. 393 ff. (401); Greßlin/Simon, „Abbau von Leiharbeit vor betriebsbedingten Kündigungen?“ in BB 2007, S. 2454 ff. (2455); Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 31.

⁶⁷⁰ So auch: Greßlin/Simon, „Abbau von Leiharbeit vor betriebsbedingten Kündigungen?“ in BB 2007, S. 2454 ff. (2455).

⁶⁷¹ Im Ergebnis so auch das LAG Köln vom 07.08.2006 – 14 Sa 84/06, juris; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 31; Horcher, „Wann muß der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freikündigen“ in NZA-RR 2006, S. 396 ff. (401).

(e) Ergebnis

Die Weiterbeschäftigung eines Mandatsträgers ist dem Arbeitgeber immer dann unzumutbar, wenn kein freier, der absolvierten Ausbildung fachlich entsprechender Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht, d.h. alle seitens des Arbeitgebers geplanten oder bereits geschaffenen Arbeitsplätze mit anderen Beschäftigten besetzt sind. Der Auszubildende kann in einer solchen Situation insbesondere nicht verlangen, dass für ihn ein Arbeitsplatz freigeündigt wird, neue Arbeitsplätze geschaffen, vorhandene Überstunden abgebaut, Zeitarbeitnehmer durch eigenes Personal ersetzt oder die im Betrieb verwendeten Schichtpläne umgestellt werden, um einen zusätzlichen freien Arbeitsplatz zu schaffen.

bb Arbeitsplatz auf einer anderen Stufe vorhanden

Im Gegensatz zu den Konstellationen, dass zum Zeitpunkt der Übernahme überhaupt keine freien Arbeitsplätze im Betrieb bestehen, gibt es auch die Fälle in denen zwar ein Arbeitsplatz vorhanden ist, dieser aber nicht auf der Qualifikationsstufe des Auszubildenden angesiedelt und somit nicht ausbildungsgerecht ist. Insoweit ist in der Bewertung vor allem zu unterscheiden, ob es sich bei dem freien Arbeitsplatz um einen niedriger oder höher qualifizierten Arbeitsplatz handelt.

(a) Niedriger qualifizierter Arbeitsplatz

Steht im Betrieb ein freier Arbeitsplatz zu Verfügung, der auf einer niedrigeren Qualifikationsstufe angesiedelt ist, als es dem Ausbildungsberuf entspricht, so muss der Arbeitgeber diesen seinem Auszubildenden anbieten.⁶⁷² Dies ergibt sich zum einem aus dem Wortlaut des § 78a BetrVG, der lediglich von einer Weiterbeschäftigung spricht.⁶⁷³ Es spricht nichts dagegen, dem fertig ausgebildeten Mandatsträger - vorerst hilfsweise - eine Beschäftigung unterhalb seiner Qualifikation zu übertragen, wobei sich dann das Entgelt an der Arbeitsstelle zu orientieren hat, auf der der Übernommene eingesetzt wird und nicht an dem Entgelt, das seiner eigentlichen Qualifikation entspricht.⁶⁷⁴ Der Auszubildende wird nämlich nicht entsprechend seinem Ausbildungsabschluss eingesetzt, sondern auf einer niedrigeren Stufe, die auch niedriger vergütet wird.

⁶⁷² Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 685; ergibt sich auch aus dem Umkehrschluss aus Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 125, der ausführt, dass ein höher qualifizierter Arbeitsplatz einem Übernahmeverlangen entgegensteht; a.A. Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13, die die Weiterbeschäftigung auf jedem andersartigen Arbeitsplatz ausschließen.

⁶⁷³ BAG vom 06.11.1996 in AP BetrVG 78a Nr.26; LAG Köln vom 28.08.1996 in LAGE Nr. 14 zu 78a BetrVG 1972.

⁶⁷⁴ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

Jede – finanzielle - Besserstellung gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern der jeweiligen Stufe verbietet sich bereits aus § 78 BetrVG. Der Übernommene hat anschließend einen Anspruch bei Änderung der Stellensituation auf einen angemessenen, seiner Ausbildung entsprechenden, Arbeitsplatz versetzt zu werden,⁶⁷⁵ der jedoch analog zur Frist des § 78a III BetrVG auf ein Jahr beschränkt ist.

(b) Höher qualifizierter Arbeitsplatz

Steht im Betrieb hingegen nur ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung, der auf einer höheren Qualifikationsstufe angesiedelt ist, als es dem abgeschlossenen Ausbildungsberuf entspricht, so hat der Arbeitgeber diesen einem zur Weiterbeschäftigung anstehenden Auszubildenden grundsätzlich nicht anzubieten.

Bei einem solchen Arbeitsplatz handelt es sich nicht um einen solchen, der der Eignung des Auszubildenden gleichsteht, weil eine sofortige Arbeitsaufnahme dort ausgeschlossen wäre.⁶⁷⁶

Dies gilt grundsätzlich auch bereits im Kündigungsrecht. Auch hier ist bei Ausspruch einer Beendigungskündigung arbeitgeberseitig nicht zu prüfen, ob höherwertige Arbeitsplätze zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zur Verfügung stehen.⁶⁷⁷ Eine andere Wertung im Rahmen des § 78a BetrVG ist nicht ersichtlich. Dem Mandatsträger steht kein Anspruch zu, der den Arbeitgeber zu zusätzlichen Qualifikationsmaßnahmen oder zu einer Vermittlung von Spezialfähigkeiten oder Kenntnissen, die Voraussetzung für den höher qualifizierten Arbeitsplatz sind, verpflichtet.⁶⁷⁸

Nur in Ausnahmefällen könnte der Arbeitgeber zu zumutbaren Qualifikationsmaßnahmen verpflichtet sein, aber nur dann, wenn eine zusätzliche Qualifikation in angemessener Einarbeitungszeit insbesondere unter Inanspruchnahme betrieblicher Schulungsmaßnahmen gewährleistet werden kann.⁶⁷⁹ Für diese Verpflichtung sind jedoch hohe Maßstäbe zu setzen,⁶⁸⁰ weil sie für den Arbeitgeber eine weitere Belastung und Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit, wer aus dem Personalstamm an zusätzli-

⁶⁷⁵ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

⁶⁷⁶ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 125; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 685; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13, der die Weiterbeschäftigung auf jedem andersartigen Arbeitsplatz ausschließt.

⁶⁷⁷ Vgl. zur ständigen Rspr. des BAG: BAG vom 23. 11. 2004 in NZA 2005, S. 986 ff. (989); a.A. Houben, „Weiterbeschäftigungspflicht auf höheren Arbeitsplätzen – ein Tabubruch im Kündigungsrecht“ in NZA 2008, S. 851 ff. (851 ff.).

⁶⁷⁸ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 51.

⁶⁷⁹ Vgl.: Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.35; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 51.

⁶⁸⁰ Ähnlich: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

chen Qualifikationen teilnehmen soll, darstellt. Aus diesem Grund ist es möglich, den Auszubildenden an den entstehenden Kosten der Maßnahme zu beteiligen.⁶⁸¹

(c) Ergebnis

Sollte im Betrieb ein Arbeitsplatz zur Weiterbeschäftigung auf einer anderen Stufe als der des zu übernehmenden Auszubildenden vorhanden sein so gilt, dass ein Arbeitsplatz auf niedrigerer Stufe dem Auszubildenden mit entsprechend reduziertem Entgelt anzubieten wäre, ein Arbeitsplatz auf höherer Stufe grundsätzlich jedoch nicht.

cc Ergebnis

Arbeitgebern ist die Weiterbeschäftigung eines Auszubildenden, der seine Weiterbeschäftigung i.S.d. § 78a II BetrVG verlangt hat, dann unzumutbar, wenn kein freier, der fachlichen Qualifikation des Auszubildenden entsprechender Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht. Ist ein freier Arbeitsplatz auf einer anderen Qualifikationsstufe als der des zu übernehmenden Auszubildenden im Betrieb vorhanden, so wäre ein Arbeitsplatz auf niedrigerer Stufe dem Auszubildenden anzubieten, Arbeitsplätze auf höherer Stufe hingegen grundsätzlich nicht.

Der Auszubildende hat keinen Anspruch darauf, dass für ihn personalwirtschaftliche Maßnahmen, wie z.B. Freikündigungen, Schaffung neuer Arbeitsplätze, Überstundenabbau, Ersetzung von Zeitarbeitnehmern durch eigenes Personal oder Umstellung von Schichtplänen durchgeführt werden, um zusätzlich einen für ihn geeigneten Arbeitsplatz zu schaffen.

b. Freier Arbeitsplatz im Betrieb vor/nach Ausbildungsabschluss vorhanden

Oftmals besteht in der Praxis das Problem, dass zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildungszeit des Mandatsträgers zwar kein freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

Jedoch sind freie Arbeitsplätze auf einer ausbildungsgerechten Stufe entweder vor Abschluss der Ausbildung anderweitig besetzt worden oder es ist erkennbar, dass nach Abschluss der Ausbildung Arbeitsplätze im Betrieb frei werden.

aa Freier Arbeitsplatz wurde vor Abschluss der Ausbildung besetzt

Sollten ausbildungsgerechte Arbeitsplätze vor dem Abschluss der Ausbildung des Mandatsträgers frei werden, so kann dem Arbeitgeber unter Umständen zugemutet werden, den Arbeitsplatz bis zur Nachbesetzung durch den Mandatsträger freizuhalten.⁶⁸²

⁶⁸¹ Siehe hierzu: ArbG Freiburg vom 26.10.2004 in AuR 2005, S.118; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

Diesbezüglich sind erstens der Zeitpunkt des Freiwerdens, zweitens die wirtschaftliche und betriebliche Notwendigkeit einer sofortigen Besetzung und drittens die Frage ob der Mandatsträger überhaupt schon einen Weiterbeschäftigungsantrag gestellt bzw. zum Ausdruck gebracht hat, dass er dies innerhalb der Dreimonatsfrist tun wird, von Bedeutung.

Liegt Letzteres mehrere Monate vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses noch nicht vor und sind freie Arbeitsplätze zu besetzen, so ist der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt regelmäßig nicht verpflichtet zu bedenken, dass später nach § 78a BetrVG geschützte Auszubildende ihre Ausbildung beenden werden und ihre Übernahme verlangen könnten. Ein freier Arbeitsplatz besteht somit in diesen Fällen im Übernahmezeitpunkt nicht mehr.⁶⁸³ Es gilt, dass je näher der mögliche Übernahmezeitpunkt rückt, desto eher muss der Arbeitgeber ein noch nicht erfolgtes Übernahmebegehren bedenken und gegebenenfalls Arbeitsplätze frei halten.

Hinsichtlich des Zeitpunktes des Freiwerdens des Arbeitsplatzes ist zu berücksichtigen, dass es einem Arbeitgeber grundsätzlich bei normalen betrieblichen und wirtschaftlichen Verhältnissen zuzumuten ist, mit einer Nachbesetzung eine kurze Frist von bis zu drei Monaten abzuwarten, wenn ein Weiterbeschäftigungsantrag gestellt worden ist.⁶⁸⁴

Liegt hingegen ein Zeitraum von mehr als drei Monaten, z.B. fünf Monaten, zwischen der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses und der gedachten Neubesetzung, so kann eine Neubesetzung erfolgen.⁶⁸⁵

Außerdem kann auch innerhalb von weniger als drei Monaten eine sofortige Besetzung des Arbeitsplatzes geboten sein. Dies könnte dann eintreten, wenn besondere betriebliche oder wirtschaftliche Gründe die sofortige Besetzung des Arbeitsplatzes gebieten.⁶⁸⁶

Betriebliche und wirtschaftliche Gründe können z. B. darin bestehen, dass der Arbeitsplatz sofort wieder besetzt werden muss, weil der ausscheidende Mitarbeiter der einzige Qualifikationsträger ist oder die Auftragssituation des Betriebs eine längere Vakanz nicht zulässt.

⁶⁸² Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 40; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 24; Pielsticker S. 112 ff.; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14.

⁶⁸³ So das BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn. 588.

⁶⁸⁴ So das BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 30; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 24; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 9; Natzel in „Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“ in DB 1998, S. 1721 ff. (1721).

⁶⁸⁵ Vgl.: BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 11.

⁶⁸⁶ Vgl.: Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 9; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn. 589; Natzel in „Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“ in DB 1998, S. 1721 ff. (1721); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (277).

Insgesamt haben die wirtschaftlichen oder betrieblichen Interessen umso gewichtiger zu sein, je kürzer die zu erwartende Vakanz ist, um eine Unzumutbarkeit zu begründen.⁶⁸⁷

bb Arbeitsplatz wird nach Abschluss der Ausbildung frei

Ähnlich verhält es sich, wenn Arbeitsplätze erst kurz nach dem Abschluss der Ausbildung des Mandatsträgers frei werden und der Auszubildende einen Weiterbeschäftigungsantrag gestellt hat. Dem Arbeitgeber ist es zuzumuten, den Auszubildenden als Arbeitnehmer kurzfristig auch ohne freien ausbildungsgerechten Arbeitsplatz zu beschäftigen, wenn abzusehen ist, dass ein Arbeitsplatz in vorhersehbarer Zeit zu besetzen sein wird. Die Zumutbarkeit besteht in diesen Fällen insbesondere, weil der Arbeitgeber für den Überbrückungszeitraum eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erhält und er diesen nur entsprechend dem tatsächlichen Einsatz im Betrieb zu vergüten hat. Die Vergütung kann somit von der späteren Vergütung der frei werdenden Stelle nach unten abweichen.⁶⁸⁸ An die Länge des Zeitraums sind jedoch auch hier hohe Anforderungen zu stellen, so dass nur ein relativ kurzer Zeitraum einer Unzumutbarkeit entgegensteht. Für einen Zeitraum, der länger als drei Monate umfasst, kann dies auf keinen Fall gelten.⁶⁸⁹ Ebenso wenig besteht für den Auszubildenden ein Anspruch auf Arbeitsplätze, die zum Zeitpunkt des Ausbildungsabschlusses oder kurz danach tatsächlich nicht zur Verfügung standen, deren Verfügbarkeit sich jedoch erst in einem Verfahren nach § 78a IV BetrVG geändert hat und die nunmehr zur Verfügung stehen.⁶⁹⁰

cc Ergebnis

Sollen freie Arbeitsplätze auf einer ausbildungsgerechten Stufe entweder vor Abschluss der Ausbildung anderweitig besetzt werden oder ist erkennbar, dass nach Abschluss der Ausbildung Arbeitsplätze im Betrieb frei werden, ist der Arbeitgeber verpflichtet, sie dem Auszubildenden anzubieten, wenn eine sofortige bzw. erst spätere Besetzung aufgrund der wirtschaftlichen und betrieblichen Umstände nicht erforderlich ist, der Mandatsträger sein Weiterbeschäftigungsverlangen zum Ausdruck gebracht hat und die Arbeitsplätze innerhalb einer Dreimonatsfrist vor bzw. nach Ende der Ausbildung frei werden.

⁶⁸⁷ So auch: Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Pielsticker S. 114.

⁶⁸⁸ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37.

⁶⁸⁹ Ähnlich Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14, die den Dreimonatszeitraum jedoch auf die Zeit vor Beendigung der Ausbildung und somit auf ein Freihalten des Arbeitsplatzes erstreckten.

⁶⁹⁰ So auch das BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 9; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14.

c. Freier Arbeitsplatz in einem Teilzeit- oder befristeten Arbeitsverhältnis

Des Weiteren besteht in den Betrieben häufig das Problem darin, dass zum besagten Zeitpunkt keine vollwertigen Arbeitsverhältnisse, sondern lediglich Teilzeit- oder befristete Stellen zur Verfügung stehen.

aa Freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz in einem Teilzeitarbeitsverhältnis

Da ein ausgesprochenes Weiterbeschäftigungsverlangen nach § 78a II BetrVG stets ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet, kann die Beschäftigung des Auszubildenden für den Arbeitgeber unzumutbar sein, wenn im fraglichen Betrieb lediglich Teilzeitarbeitsverhältnisse und keine Vollarbeitsverhältnisse zur Weiterbeschäftigung vorhanden sind.⁶⁹¹

Eine Zusammenlegung mehrerer Teilzeitarbeitsverhältnisse zu einem Vollzeitarbeitsverhältnis, um den Mandatsträger in einem so entstandenen Vollzeitarbeitsverhältnis zu übernehmen, kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, weil dies einen deutlichen Eingriff in seine unternehmerische Entscheidung darstellen würde. Außerdem ergäbe sich die - bereits unter den Gesichtspunkten der Diskriminierung von Teilzeitarbeitsverhältnissen - nicht hinnehmbare Folge, dass die betroffenen Teilzeitkräfte zu kündigen wären.⁶⁹²

Stehen im Betrieb sowohl Teilzeit- als auch Vollzeitstellen zur Verfügung, ist dem Arbeitgebers eine Übernahme in ein vollwertiges Arbeitsverhältnis hingegen regelmäßig zumutbar, auch dann, wenn nicht für alle zu übernehmenden Auszubildenden Vollzeit-arbeitsplätze bestehen.⁶⁹³ Ein Teilzeitarbeitsverhältnis könnte jedoch aufgrund einer freiwilligen Vereinbarung zustande kommen. Nichtmandatsträger müssen in diesen Fällen hinter den Mandatsträgern zurückstehen; ihnen ist im Zweifel nur ein Teilzeitarbeitsverhältnis anzubieten. Können wegen unzureichender Vollarbeitsplätze nur Mandats-träger in Vollzeitarbeitsverhältnisse übernommen werden, während die anderen Auszu-bildenden nicht oder nur in Teilzeitarbeitsverhältnissen weiterbeschäftigt werden, liegt entgegen dem ersten Anschein darin keine unzulässige Begünstigung der Mandatsträ-

⁶⁹¹ Vgl. BAG vom 24.07.1991 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 34; Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 25; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 117; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (275).

⁶⁹² Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 118; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 34; Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 347 ff. (351); Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336)

⁶⁹³ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 105; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 117; Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 347 ff. 351; Schwerdtner, „Beschäftigungsförderungsgesetz, Tarifautonomie und Betriebsverfassung“, in NZA 1985, S. 577 ff. (579).

ger wegen des Amtes nach § 78 S. 2 BetrVG.⁶⁹⁴ Der § 78a BetrVG impliziert vielmehr, dass die Mandatsträger bei zu wenig vorhandenen Arbeitsplätzen gegenüber den normalen Auszubildenden mit Übernahmewunsch bevorzugt werden.

Dem Mandatsträger steht es natürlich offen, nach seiner Übernahme in ein Vollarbeitsverhältnis seinen Anspruch aus § 8 TzBfG geltend zu machen, um seine Arbeitszeit auf die eines Teilzeitarbeitsverhältnisses zu reduzieren.⁶⁹⁵

bb Freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz in einem befristeten Arbeitsverhältnis

Wie dargestellt, kommt aufgrund des Weiterbeschäftigungsverlangens zwingend ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zustande. Ist der Arbeitgeber nur zu einer befristeten Übernahme des Auszubildenden imstande, weil im Betrieb keine unbefristeten Arbeitsplätze verfügbar sind, ist ihm nach überwiegender Ansicht die unbefristete Beschäftigung des Mandatsträgers nach Beendigung der Ausbildung unzumutbar.⁶⁹⁶ Es würde zwar dem Schutz des Mandatsträgers und des Gremiums, in dem er die Belange der Belegschaft vertritt, dienen,⁶⁹⁷ den Auszubildenden zumindest befristet weiterzubeschäftigen. Jedoch kann ein befristetes Arbeitsverhältnis nach § 78a II BetrVG kraft Gesetzes nicht entstehen. Es könnte lediglich aufgrund einer freiwilligen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Auszubildendem außerhalb der gesetzlichen Rechtsfolge des § 78a BetrVG zustande kommen.⁶⁹⁸

Die Weiterbeschäftigung ist dem Arbeitgeber somit dann unzumutbar, wenn ihm für ein Weiterbeschäftigungsverhältnis i.S.d. § 78a BetrVG lediglich befristete und keine unbefristeten Beschäftigungsverhältnisse zur Verfügung stehen.

cc Rechtsfolge bei nur befristeter oder teilschichtiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Besteht für den Arbeitgeber nur die Möglichkeit, den Mandatsträger befristet oder teilschichtiger und somit in einem inhaltlichen Minus gegenüber dem unbefristeten Vollzeitbe-

⁶⁹⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 117; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.38; Künzl, „Begründung von Teilzeitarbeitsverhältnissen gemäß § 78a Betriebsverfassungsgesetz“ in BB 1986, S. 2404 ff. (2407).

⁶⁹⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen des § 8 TzBfG Gehring, Das Recht auf Teilzeitarbeit - Anspruch und Wirklichkeit, S. 17 ff. oder Eger, Der Rechtsanspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG, S. 33 ff.

⁶⁹⁶ Vgl.: BAG vom 24.07.1991 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23; LAG Köln vom 04.09.1996 in NZA-RR 1997, 435; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 34; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 104; Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 25; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 117; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (275).

⁶⁹⁷ So Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 117; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.38; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 57.

⁶⁹⁸ Vgl.: BAG vom 13.11.1987 in AP BetrVG 78a Nr. 18; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 107; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (275).

schäftigungsverhältnis zu übernehmen, ist die Übernahme in ein nicht vorhandenes vollwertiges Arbeitsverhältnis nicht zumutbar. Es kommt in dieser Konstellation kein Arbeitsverhältnis, auch kein befristetes oder teilzeitiges, zwischen den Parteien zustande und könnte erst durch eine erneute, freiwillige Vereinbarung begründet werden.⁶⁹⁹ Diese Arbeitsverhältnisse wären auch nicht vom Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden gedeckt, weil sich § 78a BetrVG nur auf unbefristete Vollzeitverhältnisse erstreckt.

Jedoch ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Auszubildenden ein Teilzeit- oder ein befristetes Beschäftigungsverhältnis anzubieten, wenn ein solches im Betrieb möglich ist und sich der Auszubildende in seinem Weiterbeschäftigungsverlangen von vornherein zu einer Weiterarbeit zu geänderten Bedingungen bereit erklärt hat. Die Prüfung, ob eine geänderte Weiterbeschäftigung möglich deshalb anzubieten ist, ist für den Arbeitgeber als durchführbar anzusehen.⁷⁰⁰ Das geänderte Arbeitsverhältnis entsteht dann jedoch nicht aufgrund der gesetzlichen Rechtsfolge des § 78a BetrVG, sondern durch den Abschluss eines normalen Arbeitsvertrages zu neuen Bedingungen zwischen Arbeitgeber und Auszubildendem, der den üblichen gesetzlichen Voraussetzungen unterliegt.⁷⁰¹ Bindender Bestandteil des Beschäftigungsverhältnisses werden die Teilzeiteinbarung und die Befristung mit der Konsequenz, dass das Beschäftigungsverhältnis mit Auslaufen der Frist automatisch sein Ende findet, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Unterlässt der Arbeitgeber die Prüfung des anderweitigen Einsatzes aufgrund des Angebots des Auszubildenden, anderweitig zu geänderten Bedingungen zu arbeiten, so kann er keine Auflösung des dann gemäß § 78a II BetrVG entstandenen Arbeitsverhältnisses verlangen. In diesen Fällen wäre zu Lasten des Arbeitgebers von einer Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auszugehen, weil der Arbeitgeber gehalten ist, Änderungswünschen, denen er auch bei anderen Auszubildenden nachkommen würde, bei einem durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden bevorzugt Rechnung zu tragen.⁷⁰²

⁶⁹⁹ Vgl.: BAG vom 13.11.1987 in AP BetrVG 78a Nr. 18; BAG 24.07.1991 in AP BetrVG 78a Nr. 23; a.A. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 119; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.38, die davon ausgehen, das ein Teilzeit- oder ein befristetes Beschäftigungsverhältnis per Gesetz zustande gekommen wäre, welches gegebenenfalls per Teilaufhebungsantrag durch den Arbeitgeber gelöst werden müsste.

⁷⁰⁰ Vgl.: BAG vom 06. 11. 1996 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 107; in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 25.

⁷⁰¹ So auch das BAG vom 13.11.1987 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 18, das ausführt, dass ein anderes als ein Vollarbeitsverhältnis durch § 78a IV BetrVG nur im Wege der Privatautonomie zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber herbeigeführt werden könnte.

⁷⁰² Vgl.: BAG vom 6. 11. 1996 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26.

dd Ergebnis

Besteht im Ausbildungsbetrieb des Organmitglieds keine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung in einem vollwertigen ausbildungsgerechten Arbeitsverhältnis, sondern nur die Möglichkeit, den Mandatsträger befristet oder teilzeitig zu übernehmen, kann die Übernahme in ein vollwertiges Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden. Jedoch kann aufgrund einer freiwilligen Vereinbarung zwischen den Parteien ein entsprechendes Arbeitsverhältnis zustande kommen, welches aber nicht auf § 78a BetrVG beruht. Es hat die jeweilige Teilzeit oder die Befristung zum Inhalt, bei der die Beschäftigung mit auslaufender Frist endet.

d. Sonstige betriebliche Gründe

Die Verpflichtung zur Übernahme eines Auszubildenden kann auch aus sonstigen betrieblichen Gründen unzumutbar sein, selbst dann, wenn eigentlich freie ausbildungsgerechte Arbeitsplätze zur Verfügung stehen. Ein sonstiger betrieblicher Grund einer Unzumutbarkeit liegt insbesondere dann vor, wenn gesetzliche oder tarifliche Vorschriften oder Verbote einer Übernahme entgegenstehen.⁷⁰³ Es kann von einem Arbeitgeber nicht verlangt werden, durch die Übernahme des Auszubildenden sehenden Auges gegen Gesetz oder bestehende Tarifverträge zu verstoßen. Dies wäre z.B. der Fall, wenn der Beschäftigung des Arbeitnehmers Normen der Arbeitszeitordnung entgegenstehen.⁷⁰⁴

e. Ergebnis – Fallgruppe betriebliche Gründe

Eine Übernahmeverpflichtung durch den Arbeitgeber ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn im Betrieb zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung ein freier, vollwertiger ausbildungsgerechter Arbeitsplatz für den Mandatsträger zur Verfügung steht und einer Übernahme keine gesetzlichen oder tariflichen Verbote entgegenstehen. In einem zeitlich begrenzten Rahmen kann es Arbeitgebern jedoch zugemutet werden, Arbeitsplätze, die kurz vor oder nach Abschluss der Ausbildung frei werden, für den Auszubildenden freizuhalten bzw. diesen überbrückend zu beschäftigen. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Arbeitsplätze neu zu schaffen oder den Betrieb personell so umstrukturieren, dass die Weiterbeschäftigung der ausgebildeten Mandatsträgers gewährleistet wird. Insbesondere brauchen Arbeitsplätze nicht geschaffen werden, indem auf den Einsatz von Zeitarbeitnehmern oder die Verga-

⁷⁰³ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 121; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 105; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 47.

⁷⁰⁴ Siehe hierzu BAG vom 15.01.1980 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7 oder das BVerwG vom 15.10.1985 in DVBl 1986, 358, 360.

be von Arbeiten an Drittfirmen verzichtet wird. Auch ein Abbau von Überstundenkontingenten oder die Umstellung von Schichtplänen zur Schaffung neuer Vollzeitstellen braucht nicht zu erfolgen. Sollte der Arbeitsgeber andere Auszubildende zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung des Mandatsträgers übernehmen, so sind freie Arbeitsplätze vorhanden. Andererseits spricht die Nichtübernahme anderer Auszubildender dafür, dass keine freien Arbeitsplätze vorhanden sind.

3. Ergebnis – Betriebliche Gründe der Unzumutbarkeit

Betriebliche Gründe der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sind immer dann gegeben, wenn innerhalb des Betriebes, in dem der Mandatsträger seine Ausbildung absolviert hat, kein freier ausbildungsgerechter Weiterbeschäftigungsplatz für den Auszubildenden zur Verfügung steht. Somit liegt eine Unzumutbarkeit vor, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, den Mandatsträger befristet oder teilzeitig zu übernehmen. Falls kein freier Arbeitsplatz entsprechend der Qualifikationsstufe der Ausbildung des Auszubildenden zur Verfügung steht, wohl aber auf einer anderen Stufe, so gilt, dass ein Arbeitsplatz auf niedrigerer Stufe dem Auszubildenden mit entsprechend reduziertem Entgelt anzubieten ist, während dies bei einem Arbeitsplatz auf höherer Stufe nicht der Fall ist. Besteht zum im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses kein freier Arbeitsplatz, sollen aber freie Arbeitsplätze entweder vor Abschluss der Ausbildung anderweitig besetzt werden oder ist bereits erkennbar, dass nach Abschluss der Ausbildung Arbeitsplätze im Betrieb frei werden, ist der Arbeitgeber verpflichtet, sie dem Auszubildenden anzubieten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn eine sofortige bzw. erst spätere Besetzung aufgrund der wirtschaftlichen und betrieblichen Umstände nicht erforderlich ist, der Mandatsträger bereits sein Weiterbeschäftigungsverlangen zum Ausdruck gebracht hat und die Arbeitsplätze innerhalb einer Dreimonatsfrist vor bzw. nach Ende der Ausbildung frei werden. Des Weiteren ist eine Weiterbeschäftigung aus betrieblichen Gründen selbst bei freien Arbeitsplätzen unzumutbar, wenn gesetzliche oder tarifliche Vorschriften oder Verbote einer Übernahme des Auszubildenden entgegenstehen.

E. Zusammenfassung

Für den Arbeitgeber kann sich eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung eines Mandatsträgers sowohl aus persönlichen oder verhaltensbedingten als auch aus betrieblichen Gründen ergeben. Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung des § 78a BetrVG gelten, auch zum Schutz der Auszubildenden andere, geringere Anforderungen an das vorgeworfene Verhalten, als dies bei § 626 BGB der Fall ist. Sollten die Voraussetzun-

gen eines wichtigen Grundes nach § 626 I BGB vorliegen, so ist für einen Arbeitgeber immer die Weiterbeschäftigung unzumutbar.

Eine personen- oder verhaltensbedingte Unzumutbarkeit kann nur gegeben sein, wenn eine Pflichtverletzung zumindest auch gegen die Pflichten aus dem Ausbildungsverhältnis und nicht nur gegen betriebsverfassungsrechtliche Amtspflichten verstößt. Neben eindeutigen verhaltensbedingten Unzumutbarkeitsgründen, wie z.B. schwerwiegenden Straftaten, Tätlichkeiten gegen Vorgesetzte oder Mitarbeiter, oder der beharrlichen Verweigerung der Arbeitsleistung sind auch der Nichtabschluß der Ausbildung oder trotz der abgeschlossenen Ausbildung ungenügende Qualifikationen oder Fähigkeiten Gründe, um eine Unzumutbarkeit anzunehmen. Sollten zum in Frage stehenden Zeitpunkt mehr Auszubildende die Prüfungen bestehen, als Weiterbeschäftigungsplätze zur Verfügung stehen, kann auch ein Leistungs- oder Qualitätsvergleich zwischen Mandatsträgern und normalen Auszubildenden eine Unzumutbarkeit begründen, wenn ein Unterschied von mindestens einer vollen Note gegeben ist. In Tendenzunternehmen können ggf. auch persönliche Umstände des Auszubildenden wie Konfession oder Parteizugehörigkeit seine Weiterbeschäftigung als unzumutbar erscheinen lassen.

Eine betriebsbedingte Unzumutbarkeit ist immer dann gegeben, wenn im Betrieb zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung kein freier, vollwertiger ausbildungsgerechter Arbeitsplatz für den Mandatsträger zur Verfügung steht oder seiner Übernahme gesetzliche oder tarifliche Verbote entgegenstehen. Sollte ein freier Arbeitsplatz entsprechend der Qualifikationsstufe der Ausbildung des Auszubildenden nicht, wohl aber ein freier Platz auf einer niedrigeren Stufe vorhanden sein, so hat der Arbeitgeber diesen dem Auszubildenden mit entsprechend reduziertem Entgelt anzubieten. Sollten freie Arbeitsplätze auf einer ausbildungsgerechten Stufe bereits vor Abschluss der Ausbildung anderweitig besetzt werden oder erkennbar ist, dass erst nach Abschluss der Ausbildung Arbeitsplätze im Betrieb frei werden, ist der Arbeitgeber verpflichtet, sie dem Auszubildenden anzubieten, wenn nicht die Besetzung zum vorgesehenen Zeitpunkt aufgrund der wirtschaftlichen und betrieblichen Umstände erforderlich ist oder die Arbeitsplätze außerhalb einer Dreimonatsfrist vor bzw. nach Ende der Ausbildung frei werden.

VII. Prozessuale Verfahren im Zusammenhang mit § 78a BetrVG

Der § 78a BetrVG und seine Rechtsfolgen führen jedes Jahr zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen, deren Häufigkeit jedoch von der allgemeinen wirtschaftlichen Situation und der Anzahl der den Unternehmen zur Verfügung stehenden Fach-

kräfte abhängt.⁷⁰⁵ Streitigkeiten zwischen dem (ehemaligen) in Ausbildung befindlichen Mandatsträger und seinem Arbeitgeber können in diesem Zusammenhang vor den Arbeitsgerichten im Zusammenhang mit § 78a BetrVG aufgrund unterschiedlicher Anträge und in verschiedenen Verfahren ausgetragen werden. Es kommt diesbezüglich z.B. darauf an, wer, also Arbeitgeber oder Auszubildender, Antragsteller des Verfahrens ist und zu welchem Zeitpunkt der Antrag gestellt wird. Des Weiteren ist entscheidend, ob die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung oder die persönlichen Voraussetzungen in der Person des Auszubildenden an sich angezweifelt oder bestritten werden oder ob nur Bestandteile des grundsätzlich unstrittigen Weiterbeschäftigungsverhältnisses in Frage gestellt werden. Darüber hinaus können sich auf beiden Seiten Streitigkeiten um einstweiligen Rechtsschutz ergeben.

A. Verfahrensmöglichkeiten der Arbeitgeber

Ein Arbeitgeber wird im Zusammenhang mit § 78a BetrVG immer dann die Gerichte bemühen, wenn er entweder die Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers insgesamt für unzumutbar hält, der Inhalt des nachfolgenden Beschäftigungsverhältnisses umstritten ist oder nach seiner Auffassung die Voraussetzungen der Norm oder der Eintritt der Rechtsfolge nicht gegeben sind.

1. Feststellungs- und Auflösungsantrag

Der bei weitem häufigste Fall einer Streitigkeit im Rahmen des § 78a BetrVG besteht darin, dass der Arbeitgeber der Auffassung ist, einem Weiterbeschäftigungsanspruch eines Mandatsträgers nicht nachkommen zu müssen, weil ihm dessen Weiterbeschäftigung im Betrieb unzumutbar ist. Dem Arbeitgeber werden bereits durch die Norm selbst zwei alternierende Antragsmöglichkeiten eingeräumt, wie er in diesem Fall mit dem Weiterbeschäftigungsverlangen eines Auszubildenden umgehen kann, um das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses nach Abschluss der Ausbildung auszuschließen.⁷⁰⁶

Der Arbeitgeber kann gemäß § 78a IV 1 BetrVG spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Arbeitsgericht beantragen festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis nach § 78a II oder III BetrVG nicht begründet wird oder ein bereits begründetes Arbeitsverhältnis auflösen zu lassen, wenn

⁷⁰⁵ Vgl.: Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (537).

⁷⁰⁶ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 133; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 9.

Tatsachen vorliegen, auf Grund deren dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann.⁷⁰⁷

Eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung ist bei beiden Anträgen für den Arbeitgeber folglich nur dann ausgeschlossen, wenn nach fristgerechtem Antrag die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers innerhalb seines Ausbildungsbetriebs durch das Gericht festgestellt wird. Die Entscheidung, ob dem Arbeitgeber gem. § 78a IV BetrVG eine Weiterbeschäftigung zugemutet werden kann, ist in beiden Antragskonstellationen im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren gemäß der §§ 2 a I Nr. 1, II, 80 ff. ArbGG zu treffen.⁷⁰⁸

Das BAG hat insoweit seine frühere gegenteilige Ansicht,⁷⁰⁹ wonach über den Auflösungsantrag nach § 78a IV Nr. 2 BetrVG im Urteilsverfahren zu entscheiden sei, nach nunmehr ständiger Rechtsprechung aufgegeben.⁷¹⁰

a. Feststellungsantrag nach § 78a IV 1 Nr. 1 BetrVG

Aus dem Gesetzestext des § 78a IV 1 Nr. 1 BetrVG ergibt sich, dass der Feststellungsantrag des Arbeitgebers bereits vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gestellt werden kann. In diesen Fällen muss durch den Arbeitgeber ein Antrag auf Feststellung gestellt werden, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Mandatsträger im Anschluss an dessen Ausbildung aufgrund vorliegender Unzumutbarkeit nicht begründet werden wird, ein Anschlussarbeitsverhältnis also gerade nicht zustande kommt.⁷¹¹

aa Inhalt des Antrages

Inhalt des Antrages ist die Feststellung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, die sich nach den dargestellten Kriterien bemisst. Die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis überhaupt wirksam zustande kommen würde, kann hingegen grundsätzlich nicht Inhalt der Feststellung sein.⁷¹² Es handelt sich um eine Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO.⁷¹³

⁷⁰⁷ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 24; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688.

⁷⁰⁸ Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Thüsing in Richardi, , Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 44; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 24; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336).

⁷⁰⁹ Siehe hierzu BAG vom 03.02.1976 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 2.

⁷¹⁰ Vgl.: BAG vom 05.04.1984 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 13; BAG vom 24.07.1991 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23; Walker, „ Die Abgrenzung zwischen Urteils- und Beschlussverfahren im Arbeitsgerichtsprozess“ in FS „50 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 1366 ff. (1376).

⁷¹¹ Vgl.: Thüsing in Richardi, , Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 30; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688.

⁷¹² Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 24;

⁷¹³ Vgl.: BAG vom 09.12.1975 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 6; BAG vom 22.09.1983 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 11.

Das Feststellungsinteresse des Arbeitgebers ist durch das Bestreiten des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses aufgrund vorliegender Unzumutbarkeit immer gegeben. Dies wird auch nicht dadurch beseitigt, dass das Ausbildungsverhältnis beendet wird oder der Auszubildende einen Antrag auf tatsächliche Beschäftigung stellt, weil von der Feststellung weitere Ansprüche des Auszubildenden über Inhalt und Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen können.⁷¹⁴

bb Zeitpunkt der Antragstellung

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber einen Feststellungsantrag stellen kann. Insbesondere ist zu überlegen, ob eine Antragstellung auch zu einem Zeitpunkt möglich ist, zu dem der Auszubildende seinerseits noch keinen Antrag auf Weiterbeschäftigung gestellt hat.

(a) Spätester möglicher Antragszeitpunkt

Bezüglich des spätesten Antragsstellungszeitpunkts ergibt sich aus der Systematik der Norm, dass ein Feststellungsantrag nach § 78a IV Nr. 1 BetrVG nur vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gestellt werden kann.⁷¹⁵ Der Feststellungsantrag kann somit bis zum letzten Tag des bestehenden Ausbildungsverhältnisses gestellt werden; ein danach gestellter Antrag ist unwirksam, weil zu diesem Zeitpunkt nicht mehr durch das Gericht festgestellt werden kann, dass ein Arbeitsverhältnis nicht begründet werden wird, weil dieses Arbeitsverhältnis bereits per Gesetz entstanden.⁷¹⁶

(b) Frühester möglicher Antragszeitpunkt

Bezüglich des frühestmöglichen Antragsstellungszeitpunkts wird zum einen vertreten, dass der Antrag an das Gericht frühestens mit dem Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden gestellt werden kann, weil ihm vorher ein Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde.⁷¹⁷ Diese Ansicht verkennt aber, dass es dem Arbeitgeber anheim stehen muss, ob und wann er sein Gestaltungsrecht geltend macht. Ihm ist es überlassen, ob er ein gesetzliches Arbeitsverhältnis mit dem Auszubildenden auf sich nehmen will und dessen Aufhebung erst nachfolgend nach § 78a IV 1 Nr. 2 BetrVG beantragen möchte.⁷¹⁸

⁷¹⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 148.

⁷¹⁵ Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 19; a.A. Matthes, „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG und nach § 9 BPersVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (917).

⁷¹⁶ Vgl.: BAG vom 29. 11. 1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78, Rn. 35; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 33.

⁷¹⁷ So: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78, Rn. 35; Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S.889 ff. (890).

⁷¹⁸ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 25; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688. Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (543).

Dieses Gestaltungsrecht kann nicht daran gebunden sein, ob der Auszubildende seinerseits von seinem Weiterbeschäftigungsverlangen Gebrauch gemacht hat, weil es dem Arbeitgeber möglich sein muss, die Frage der Unzumutbarkeit zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zu klären, um klare Verhältnisse und Planungssicherheit für sich und andere Auszubildende zu erreichen.⁷¹⁹ Andernfalls hätte es der Mandatsträger andernfalls in der Hand, allein durch eine späte Terminierung des Weiterbeschäftigungsverlangens faktisch das Arbeitsverhältnis, zumindest vorerst bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts, zu erzwingen.⁷²⁰ Eine andere Wertung ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut oder der Systematik des § 78a IV 1 Nr.1 BetrVG. Somit muss ein Feststellungsantrag i.S.d. § 78a IV 1 Nr.1 BetrVG bereits dann durch den Arbeitgeber gestellt werden können, wenn seitens des Auszubildenden noch kein Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht worden ist.⁷²¹ Jedoch werden Arbeitgeber einen solchen Antrag nur dann stellen, wenn sie vermuten, dass ein Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden geäußert werden wird.

b. Auflösungsantrag nach § 78a IV 1 Nr. 2 BetrVG

Ist wegen Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und ehemaligem Auszubildenden bereits begründet, wird also der Antrag erst nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gestellt, so könnte der Arbeitgeber dem entstandenen Arbeitsverhältnis mit einem Auflösungsantrag nach § 78a IV Satz 1 Nr. 2 BetrVG begegnen.

aa Inhalt des Antrages

In diesen Fällen hat der Arbeitgeber gemäß § 78a IV Satz 1 Nr. 2 BetrVG zu beantragen, das bereits nach § 78a II, III BetrVG begründete Arbeitsverhältnis aufgrund der Unzumutbarkeit der Beschäftigung des ehemaligen Auszubildenden im Betrieb aufzulösen.⁷²² Es handelt sich um eine Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO.⁷²³ Das Feststellungsinteresse des Arbeitgebers ist wie beim Antrag nach § 78a IV Satz 1 Nr. 1 BetrVG durch das Bestreiten des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses aufgrund vorliegender Unzumutbarkeit gegeben. Dieses Interesse wird auch nicht beseitigt, wenn der ehemalige Auszubildende tatsächlich nicht beschäftigt wird, weil von der Feststel-

⁷¹⁹ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 41.

⁷²⁰ Vgl.: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336).

⁷²¹ So auch: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 115; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 27; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Moritz „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, S. 1016 ff. (1017).

⁷²² Vgl.: BAG, 16. 1. 1979 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 30; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 17; Matthes, „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG und nach § 9 BPersVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (916).

⁷²³ Vgl.: BAG vom 09.12.1975 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 6; BAG vom 22.09.1983 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 11.

lung der Zumutbarkeit weitere Ansprüche des Auszubildenden über Inhalt und Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen können.⁷²⁴

bb Zeitpunkt der Antragstellung

Aus dem Wortlaut des § 78a IV BetrVG ergibt sich, dass der Antrag des Arbeitgebers spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Arbeitsgericht eingegangen sein muss. Die Berechnung Frist richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 187 ff. BGB. Sie beginnt mit der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses, wobei der Tag, an dem der Auszubildende die Abschlussprüfung bestanden hat oder die vertragliche Ausbildungszeit abgelaufen ist, nicht mitzurechnen ist.⁷²⁵ Die Frist endet mit Ablauf des Tages der zweiten Woche, der dem Wochentag entspricht, an dem das Ausbildungsverhältnis endete.⁷²⁶

Dem Arbeitgeber steht somit eine ausreichende Zeitspanne zur Verfügung, um zu beurteilen, ob eine Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers auf einem Arbeitsplatz unter den Gesichtspunkten der Zumutbarkeit für ihn möglich ist. Die Antragsfrist ist eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, so dass der Arbeitgeber mit ihrem Ablauf die Möglichkeit verliert, die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung durch Gestaltungsklage zu rügen.⁷²⁷

Der Arbeitgeber kann wegen ihrer Versäumung keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen oder die Antragstellung nachholen.⁷²⁸

c. Umdeutung des Feststellungsantrags in einen Auflösungsantrag

Ist ein Feststellungsantrag zulässig und begründet, so hat das Arbeitsgericht festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Auszubildendem zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung nicht begründet wird. Ist im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses über den Feststellungsantrag des Arbeitgebers noch nicht rechtskräftig entschieden und somit ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte

⁷²⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 148; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 63.

⁷²⁵ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 36; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 35; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 18.

⁷²⁶ Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Gammillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688.

⁷²⁷ So auch: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 35; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 9; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 18; Schäfer „Zum Begriff der Unzumutbarkeit in § 78a Abs 4 BetrVG“ in AuR 1978, S. 202 ff. (206); Matthes, „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG und nach § 9 BPersVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (917); a.A. z.B. Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 26 und Barwasser „Der Befreiungsantrag des Arbeitgebers nach § 78a Abs 4 BetrVG“ in DB 1976, S. 2114 ff. (2115), die auf eine prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzung abstellen.

⁷²⁸ Vgl.: ArbG Limburg vom 09.07.1986 in NZA 1986, S. 722 ff. (722); ; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 36; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336).

Zeit entstanden,⁷²⁹ wandelt sich nach neuerer Rechtsprechung des BAG der Feststellungsantrag automatisch in einen Auflösungsantrag nach § 78a IV Nr. 2 BetrVG um, ohne dass es einer förmlichen Antragsänderung seitens des Arbeitgebers bedarf.⁷³⁰ Aufgrund des Umstandes, dass der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen frühestens drei Monate vor der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses stellen kann - dieses Recht aber häufig auch erst kurz vor dem Ende der Ausbildung wahrnimmt - , und der regelmäßigen arbeitsgerichtlichen Verfahrensdauer stellt die Wandelung des Feststellungs- in einen Auflösungsantrag inzwischen den prozessualen Regelfall dar.⁷³¹

d. Wirkung der gerichtlichen Entscheidung

Sowohl der Feststellungs- als auch der Auflösungsantrag zielen darauf ab, das kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnis durch eine rechtsgestaltende gerichtliche Entscheidung zu beenden bzw. erst gar nicht entstehen zu lassen.

aa Antragstattgebende Entscheidung

Sind die gestellten Anträge zulässig und begründet, so hat das Arbeitsgericht festzustellen, dass in Zukunft kein Arbeitsverhältnis entstehen wird bzw. das bereits begründete Arbeitsverhältnis aufgelöst ist. Es handelt sich um ein Gestaltungsurteil, das mit Rechtskraft der Entscheidung ex nunc - somit also nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung - die Gestaltungswirkung zukunftsbezogen herbeiführt.⁷³²

Solange eine rechtskräftige Entscheidung in Form eines rechtsgestaltenden Auflösungsbeschlusses nicht vorliegt, verhindert daher auch ein vom Arbeitgeber vor Ende des Ausbildungsverhältnisses eingeleitetes Feststellungsverfahren gem. § 78a IV 1 BetrVG nicht die Begründung eines Anschlussarbeitsverhältnisses des Auszubildenden i.S.d. § 78a II oder III BetrVG. Ein unzumutbares Arbeitsverhältnis bleibt somit bestehen, bis die Unzumutbarkeit gerichtlich festgestellt worden ist.⁷³³

⁷²⁹ Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 17; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 26.

⁷³⁰ Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20 unter Abkehr von der früheren Rechtsprechung des BAG, siehe hierzu vor allem BAG vom 14.05.1987 AP BPersVG § 9 Nr. 4; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 46; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 17; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 29, 34.

⁷³¹ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 51.

⁷³² Vgl.: BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 9; BAG vom 29.11.1989 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 47; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 26; Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (543).

⁷³³ Vgl.: BAG vom 11.01.1995 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 24; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 10; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 688, der zu Recht anmerkt, dass eine Auflösung ex nunc zu Lasten des „wehrlösen“ Arbeitgebers geht.

bb Antragabweisende Entscheidung

Wird der Antrag des Arbeitgebers rechtskräftig abgewiesen, besteht das Beschäftigungsverhältnis mit dem Mandatsträger fort.

Dem Arbeitgeber bleibt nur das Mittel des Ausspruchs einer Kündigung, die den allgemeinen Wirksamkeitsgrundsätzen unterliegt und somit vor allem auch den Voraussetzungen §§ 15 KSchG, 103 BetrVG entsprechen müsste.⁷³⁴

e. Ergebnis Feststellungs- und Auflösungsantrag

Sowohl beim Feststellungs- als auch beim Auflösungsantrag des § 78a IV BetrVG handelt es sich um Anträge, die ein Gestaltungsurteil nach sich ziehen, dass in Zukunft kein Weiterbeschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Auszubildenden entstehen wird bzw. das bereits entstandene Beschäftigungsverhältnis aufgelöst wird. Sie entfalten ihre Wirkung lediglich ex nunc, so dass für den Zeitraum zwischen Beendigung des Ausbildungsverhältnisses und - gegebenenfalls letztinstanzlicher - Entscheidung des Arbeitsgerichts auf jeden Fall ein wirksames Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Mandatsträger besteht, welches finanzielle Lasten des Arbeitgebers begründet, selbst wenn im Ergebnis gerichtlich festgestellt wird, dass die Weiterbeschäftigung für ihn unzumutbar war.

2. Anderweitige Verfahren im Zusammenhang mit § 78a BetrVG

Neben der Frage der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung i.S.d. § 78a IV BetrVG können sich im Zusammenhang mit einem Weiterbeschäftigungsverlangen eines auszubildenden Mandatsträgers für den Arbeitgeber weitere Fragen ergeben, die einer gerichtlichen Klärung bedürfen. Von den Gerichten sind häufig Verfahren über den Inhalt des konkreten Weiterbeschäftigungsverhältnisses oder darüber, ob die Voraussetzungen oder der Eintritt der Rechtsfolge des § 78a BetrVG überhaupt gegeben sind, anhängig.

a. Verfahren über den Inhalt des Weiterbeschäftigungsverhältnisses

Ist zwischen den Parteien unstreitig, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen aufgrund eines Weiterbeschäftigungsverlangens i.S.d. § 78a II BetrVG wirksam zustande gekommen ist, kann dessen konkreter Inhalt streitig sein. In Frage kann z.B. die tatsächliche Eingruppierung oder die Höhe des Entgelts stehen.

⁷³⁴ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 39; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 18; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 763.

Dem Arbeitgeber steht es frei, im Rahmen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO klären zu lassen, wie genau das Arbeitsverhältnis ausgestaltet sein muss. Es handelt sich dabei nicht um eine betriebsverfassungsrechtliche, sondern um eine individualrechtliche Streitigkeit nach § 2 I Nr. 3b, V ArbGG, die im Urteilsverfahren zu behandeln ist. Die ist vergleichbar mit den Streitigkeiten um die Zuweisung eines unterwertigen Arbeitsplatzes nach § 37 V BetrVG.⁷³⁵ In dem Verfahren könnten betriebsverfassungsrechtliche Vorfragen mitentschieden werden, z.B. ob § 78a BetrVG im konkreten Fall überhaupt Anwendung findet.⁷³⁶ Das Rechtsschutzinteresse zur Erhebung der Feststellungsklage ist stets zu bejahen.⁷³⁷

b. Verfahren über die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolgen des § 78a BetrVG

Hält der Arbeitgeber die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a II BetrVG bei dem Auszubildenden nicht für gegeben, so dass ein Arbeitsverhältnis aufgrund eines Weiterbeschäftigungsverlangens nicht begründet werden könnte, stellt sich die Frage, wie er auf das Verlangen des Auszubildenden reagieren soll. Dies ist insbesondere gegeben, wenn der Arbeitgeber geltend macht, dass der Auszubildende nicht zum geschützten Personenkreis gehört, oder fraglich ist, ob dessen Weiterbeschäftigungsverlangen rechtzeitig gestellt worden ist.

aa Ohne zusätzliche Infragestellung der Unzumutbarkeit

In den Fällen, in denen eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber nicht zusätzlich in Frage steht, ist ein Verfahren nach § 78a IV BetrVG für den Arbeitgeber nicht zielgerichtet, weil es in beiden Alternativen einen anderen Streitgegenstand - die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung und nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm - betrifft.⁷³⁸ Die Anträge des § 78a IV BetrVG setzen zwingend voraus, dass die Fiktion des § 78a II BetrVG gegeben ist, denn wenn ein Arbeitsverhältnis bereits nicht begründet wird bzw. worden ist, kann es auch nicht durch ein Arbeitsgericht aufgelöst werden. Der Arbeitgeber hat in diesen Fällen eine negative Feststellungsklage zu erheben, durch die im Urteilsverfahren festgestellt werden soll, dass die Fiktion des § 78a II, III BetrVG nicht eingetreten ist oder nicht eintreten wird.⁷³⁹ Das

⁷³⁵ Vgl. zu § 37 V BetrVG: Eismann/Koch in ErfK, § 37 BetrVG, Rn. 14 oder Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 37, Rn. 74 f.

⁷³⁶ Vgl.: BAG vom 15.12.1989 in AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 70.

⁷³⁷ Vgl.: BAG vom 13.11.1987 in AP BetrVG 78a Nr. 18.

⁷³⁸ Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 61; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (771).

⁷³⁹ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 147; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 48; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 39; Walker,

Gericht entscheidet antragsgemäß nur darüber, ob die Voraussetzungen des Weiterbeschäftigungsverlangens des Auszubildenden vorliegen oder ob dieses wirksam erklärt worden ist und somit nachfolgend ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Es entscheidet nicht darüber, ob dem Arbeitgeber die Beschäftigung zumutbar ist, weil dies einen anderen Streitgegenstand betrifft.⁷⁴⁰

Es ist zwar richtig, dass es der Prozessökonomie widerspricht,⁷⁴¹ in einem Verfahren die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu verfolgen und in einem weiteren das Bestehen der Voraussetzungen des § 78a BetrVG zu bestreiten, jedoch liegen bei den Verfahren verschiedene, zum einen individualrechtliche zum anderen kollektivrechtliche Streitgegenstände vor, die unterschiedliche Verfahren rechtfertigen. Das Gericht kann nur über die Anträge entscheiden, die der Arbeitgeber gestellt hat. Auf die Frage der Unzumutbarkeit käme es im Übrigen nicht mehr an, wenn bereits feststeht, dass ein Weiterbeschäftigungsverlangen durch den Auszubildenden nicht ausgesprochen werden konnte bzw. nicht ordnungsgemäß erklärt worden ist. Außerdem obliegt es dem Antragsteller, Anträge gegebenenfalls auch entgegen prozessökonomischen Überlegungen zu stellen.

bb Mit zusätzlicher Infragestellung der Unzumutbarkeit

Sollte der Arbeitgeber neben den Voraussetzungen des § 78a BetrVG auch die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden bestreiten, steht es ihm anheim, das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses wegen Fehlens der Voraussetzungen von § 78a II, III BetrVG entweder im einheitlichen Beschlussverfahren i.S.d. § 78a V BetrVG oder separat im Wege der negativen Feststellungsklage überprüfen zu lassen.⁷⁴²

Dem Arbeitgeber steht es offen, im Beschlussverfahren Einwendungen gegen die ordnungsgemäße Begründung des Weiterbeschäftigungsarbeitsverhältnisses vorzubringen. Diese Umstände sind vorgreiflich für den Eintritt der gesetzlichen Rechtsfolge oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, weil kein Raum für eine gerichtliche Gestaltungsentscheidung bleibt, wenn aus anderen Gründen kein Arbeitsverhältnis begründet

„Die Abgrenzung zwischen Urteils- und Beschlussverfahren im Arbeitsgerichtsprozess“ in FS „50 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 1366 ff. (1375).

⁷⁴⁰ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 162; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 31.

⁷⁴¹ So ausdrücklich; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 40; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 61.

⁷⁴² So auch das BAG vom 11.01.1995 in AP BetrVG 78a Nr. 24; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (771); Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 27; Walker, „Die Abgrenzung zwischen Urteils- und Beschlussverfahren im Arbeitsgerichtsprozess“ in FS „50 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 1366 ff. (1377).

worden ist bzw. begründet werden wird.⁷⁴³ Das Gericht entscheidet dann abschließend einheitlich durch Beschluss. Auch ist es dem Arbeitgeber möglich zusätzlich zu einem Antrag nach § 78a IV BetrVG einen negativen Feststellungsantrag dahingehend zu stellen, dass ein Arbeitsverhältnis mangels Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 78a II BetrVG nicht begründet wird und zusätzlich geltend zu machen, die Weiterbeschäftigung des Auszubildenden sei hinaus für ihn unzumutbar.⁷⁴⁴ In dieser Konstellation sollte er einen Hauptantrag in Form des allgemeinen Feststellungsantrags und einen Hilfsantrag nach § 78a IV BetrVG stellen.⁷⁴⁵ Ein betriebswirtschaftlich denkender und juristisch beratender Arbeitgeber wird aufgrund prozessökonomischer Überlegungen immer ein gemeinsames Verfahren anstreben.

c. Ergebnis: Anderweitige Verfahren im Rahmen des § 78a BetrVG

Festzustellen ist, dass ein Arbeitgeber, der den Inhalt des konkreten Weiterbeschäftigungsverhältnisses oder die Voraussetzungen bzw. den Eintritt der Rechtsfolgen des § 78a BetrVG in Frage stellt, eine gerichtliche Entscheidung suchen muss. Welche Anträge und welches Verfahren er wählt, hängt davon ab, ob er die Voraussetzungen des § 78a BetrVG und/oder auch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung in Frage stellt. Er kann beide Fragestellungen auch in einem gemeinsamen Beschlussverfahren nach § 78a IV BetrVG gerichtlich überprüfen lassen, wobei das Gericht die Frage der Anwendbarkeit des § 78a BetrVG als Vorfrage der Unzumutbarkeit klären wird.

3. Einstweiliger Rechtsschutz des Arbeitgebers

Im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers aus § 78a II BetrVG ergibt sich die Frage, ob der Arbeitgeber seine Rechte nur in Hauptsacheverfahren oder auch im einstweiligen Rechtsschutz verfolgen kann.

Bedeutung erlangt die Frage des einstweiligen Rechtsschutzes, weil bis zur formell rechtskräftigen Entscheidung einer Streitsache im Hauptsacheverfahren ein möglicherweise längerer Zustand der Rechtsgefährdung und Rechtsunsicherheit besteht. Zur Verkürzung dieses Zeitraums steht im deutschen Zivilprozessrecht der einstweilige Rechtsschutz, insbesondere die einstweilige Verfügung nach den §§ 935 ff. ZPO, zur Verfügung. Gleiches gilt mit einigen Besonderheiten für das arbeitsgerichtliche Verfah-

⁷⁴³ Vgl.: BAG vom 11.01.1995 in AP BetrVG 78a Nr. 24; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 132; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 10; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 27.

⁷⁴⁴ Vgl.: Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (771).

⁷⁴⁵ So explizit für die Parallelvorschrift des § 9 BPersVG; BVerwG vom 09.10.1996 in NVwZ 1998, 1083.

ren, für das in § 85 ArbGG auf die ZPO Bezug genommen wird.⁷⁴⁶ Entsprechend dem Verfahren der Hauptsache sind drei verschiedene Grundarten denkbar, so dass zu unterscheiden ist, ob der Arbeitgeber die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bestreitet oder ob er bereits die Voraussetzungen des § 78a BetrVG an sich nicht für gegeben hält. Darüber hinaus stellt sich die Frage ob der Arbeitgeber die tatsächliche Weiterbeschäftigung im einstweiligen Rechtsschutz verhindern kann. Über mögliche Anträge auf Erlass einstweiliger Verfügungen würde in einem Beschlussverfahren nach §§ 80 ff. ZPO entschieden.

a. Einstweiliger Rechtsschutz im Verfahren nach § 78a IV BetrVG

Wenn der Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung für unzumutbar hält, ist umstritten, ob er im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes feststellen lassen kann, dass eine Zumutbarkeit nicht gegeben ist.

Es wird vertreten, dass dies nicht im Wege der einstweiligen Verfügung möglich sei, weil dem Arbeitgeber kein einstweiliger Rechtsschutz nach § 85 II ArbGG offen steht.⁷⁴⁷

Gleichfalls soll er ein bereits begründetes Arbeitsverhältnis nicht durch einstweiligen Gerichtsentscheid auflösen lassen können.⁷⁴⁸ Eine Feststellungsverfügung würde nach dieser Auffassung nicht dem Rechtssystem entsprechen, weil im einstweiligen Rechtsschutz kein vollendeter Tatbestand geschaffen werden dürfe, der in einem Hauptsacheverfahren nicht mehr rückwirkend beseitigt werden könnte und somit ein endgültiger Rechtszustand hergestellt würde.⁷⁴⁹ Die Gegenauffassung vertritt, dass es einem Arbeitgeber möglich sein muss, sich von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines Auszubildenden im Wege einer einstweiligen Verfügung entbinden zu lassen.⁷⁵⁰

Für diese Auffassung spricht die Verweisung des § 85 II Satz 2 ArbGG, wonach im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren die Vorschriften des Achten Buches der Zivilprozessordnung über die einstweilige Verfügung entsprechende Anwendung finden.⁷⁵¹ Im

⁷⁴⁶ Vgl. zu einstweiligen Verfügungen im Arbeitsrecht: Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1357); Reinhard/Kliemt, „Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren“ in NZA 2005, S. 545 ff. (545 ff.); Clemenz, „Das einstweilige Verfügungsverfahren im Arbeitsrecht“ in NZA 2005, S. 129 ff. (129 ff.).

⁷⁴⁷ So z.B.: LAG Niedersachsen vom in AiB 1999, S. 43 und das ArbG Wiesbaden, DB 1978, S. 797; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 159; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 45; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (772); Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22; Wiencke, S. 19; Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S.889 ff. (890); Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 12.

⁷⁴⁸ Vgl.: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336).

⁷⁴⁹ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 159; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (772); Wiencke, S. 186.

⁷⁵⁰ Vgl.: LAG Köln vom 31.03.2005 in LAGE § 78a BetrVG 2001 Nr. 2; so auch Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 48a; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 12; Vgl.: Walker „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“ in ZfA 2005, S. 45 ff. (63).

⁷⁵¹ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 48a.

Betriebsverfassungsrecht können somit Ansprüche der Betriebsparteien aus Gesetzen, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen durch einstweilige Verfügungen geltend gemacht werden.⁷⁵² Dass dies nicht für Verfahren im Rahmen des § 78a IV BetrVG gelten sollte, ergibt sich weder aus dem Gesetz direkt noch aus dem Willen des Gesetzgebers. Geht man richtigerweise von der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des § 78a IV BetrVG aus, ist die Entscheidung, ob dem Arbeitgeber das geltend gemachte Recht zusteht, davon abhängig, inwiefern ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund zugunsten des Arbeitgebers im konkreten Fall vorliegen.

aa Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch ist in materieller Hinsicht an den Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Norm und somit denen an des § 78a IV BetrVG zu messen.⁷⁵³ Den Verfügungsanspruch hat der Arbeitgeber gemäß § 85 II ArbGG i.V. mit §§ 936, 920 II ZPO gegenüber dem Arbeitsgericht glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung bezeichnet eine besondere Art der Beweisführung mit einer freien Form der Beweisaufnahme und einem minderen Maß an richterlicher Überzeugung. Sie bedeutet, dass für die richterliche Überzeugung von einer Tatsache im Gegensatz zu § 286 I ZPO nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt. Es muss somit wahrscheinlicher sein, dass ein Anspruch und ein Arrestgrund bestehen, als umgekehrt.⁷⁵⁴ Bezogen auf den § 78a BetrVG bedeutet dies, dass Umstände vorliegen und glaubhaft gemacht werden müssen, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass eine Unzumutbarkeit in der Hauptsache vorliegt.⁷⁵⁵ Ob diese gegeben sind, hängt von der Betrachtung des Einzelfalls ab.

bb Verfügungsgrund

Über den Verfügungsanspruch hinaus muss ein Verfügungsgrund bestehen. Ein Verfügungsgrund liegt dann vor, wenn die objektiv begründete Besorgnis besteht, dass ohne die begehrte einstweilige Verfügung die Verwirklichung des geltend gemachten Rechts, das Gegenstand des Verfügungsanspruchs ist, bis zur Verkündung bzw. bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zur Rechtskraft einer Hauptsachenentscheidung vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Dies bedeutet, dass die Gefahr bestehen muss, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens könnte eine Veränderung des sta-

⁷⁵² Vgl.: BAG vom 24. 2. 1987 in AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.

⁷⁵³ Vgl.: Walker „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“ in ZfA 2005, S. 45 ff. (50 ff.).

⁷⁵⁴ Vgl.: Huber in Musielek, ZPO, § 920 ZPO, Rn. 9; Drescher in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, § 920 ZPO, Rn 20.

⁷⁵⁵ Vgl.: Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (772).

tus quo die Rechtsverwirklichung des Antragstellers unmöglich machen oder behindern, ohne jedoch eine Entscheidung in der Hauptsache vorwegzunehmen.⁷⁵⁶

Der Arbeitgeber müsste somit glaubhaft machen, dass ihm im Hauptsacheverfahren nach § 78a BetrVG die Darlegung der Unzumutbarkeit unmöglich oder wesentlich erschwert wäre. Da der Arbeitgeber die Unzumutbarkeit zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung darlegen muss,⁷⁵⁷ ist eine solche Konstellation theoretisch schwer denkbar, weil die Unzumutbarkeit entweder objektiv gegeben ist bzw. war oder nicht. Zwar kann zu einem späteren Datum die Unzumutbarkeit nicht mehr gegeben sein, weil sich die betrieblichen Umstände verändert haben, jedoch sind solche Veränderungen für die Bewertung der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht relevant.⁷⁵⁸ Eine Veränderung des Zustands der Unzumutbarkeit kann somit nicht durch Zeitablauf eintreten, weil auf den Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses abgestellt wird, so dass die Darstellung, ob sie gegeben ist, zu einem späteren Zeitpunkt weder erschwert noch vereitelt werden kann.

cc Ergebnis

Dem Arbeitgeber steht es frei, die Weiterbeschäftigung eines Auszubildenden nach § 78a BetrVG, die er unzumutbar hält, im Wege einer einstweiligen Verfügung überprüfen zu lassen. Regelmäßig wird es ihm aber nicht gelingen, einen Verfügungsgrund dafür glaubhaft zu machen, warum er nicht das Hauptsacheverfahren nach § 78a IV BetrVG abwarten kann, weil die Unzumutbarkeit zum Zeitpunkt des Endes des Ausbildungsverhältnisses entweder objektiv vorliegt oder nicht.

b. Einstweiliger Rechtsschutz im allgemeinen Feststellungsverfahren nach § 78a II BetrVG

Wie auch im Hauptsacheverfahren kann der Arbeitgeber der Auffassung sein, dass die Voraussetzungen des § 78a II BetrVG nicht gegeben sind und versuchen, dies im einstweiligen Rechtsschutz überprüfen zu lassen.

⁷⁵⁶ Vgl.: Eisemann/Koch in ErfK, § 85 BetrVG, Rn. 5; Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Möller-Glöge, ArbGG, § 85, Rn. 44; Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1362); Vgl.: Walker „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“ in ZfA 2005, S. 45 ff. (52 ff.).

⁷⁵⁷ Vgl.: BAG vom 16. 8. 1995 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 25 oder BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 31.

⁷⁵⁸ Vgl.: BAG vom 16. 8. 1995 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 25; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 687; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 21c.

aa Verfügungsanspruch

Im Rahmen des Verfügungsanspruchs ist auch hier zu prüfen, ob der Arbeitgeber glaubhaft vortragen kann, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 78a II BetrVG nicht vorliegen.

bb Verfügungsgrund

Bei der Prüfung des Verfügungsgrundes wäre zu klären, ob die Gefahr besteht, dass bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens eine Veränderung des status quo die Rechtsverwirklichung des Antragstellers unmöglich machen oder behindern könnte.⁷⁵⁹

Der Arbeitgeber müsste also geltend machen, dass ein Warten auf eine Entscheidung in der Hauptsache dazu führen würde, dass die Feststellung, die Voraussetzungen des § 78a II BetrVG seien nicht gegeben, entweder nicht mehr oder nur unter erschwerten Bedingungen erfolgen könnte. Dies wird dem Arbeitgeber jedoch nicht gelingen. Entweder die Voraussetzungen des § 78a BetrVG liegen im Zeitpunkt des Weiterbeschäftigungsverlangens des Auszubildenden vor oder nicht. Diese Tatsache ändert sich weder durch Zeitablauf noch wird deren Feststellung zu einem anderen Zeitpunkt erschwert oder vereitelt.

Außerdem würde eine Feststellung zugunsten des Arbeitgebers, die Voraussetzungen des § 78a BetrVG seien im konkreten Fall nicht gegeben, eine Vorwegnahme der Hauptsache durch eine Befriedigungsfeststellung darstellen, die nur unter besonderen Anforderungen ergehen darf.⁷⁶⁰

Dem Arbeitgeber entstehen durch das Abwarten der Hauptsacheentscheidung auch keine sonstigen Nachteile wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur, die eine solche Feststellung rechtfertigen würden. Sollte der § 78a BetrVG im Ergebnis zur Anwendung kommen, trägt der Arbeitgeber für die Zeit des Verfahrens das übliche Verfahrensrisiko, insbesondere das Risiko des Annahmeverzugs. Sollte er obsiegen, ist ein Weiterbeschäftigungsarbeitsverhältnis - entgegen einem Verfahren über die Feststellung der Zumutbarkeit - nicht zustande gekommen und Pflichten seinerseits wurden durch § 78a BetrVG nicht begründet. Jedoch besteht die Möglichkeit, dass aufgrund anderer rechtlicher Grundlagen ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist. Deshalb sollte der Arbeitgeber insbesondere angesichts der Rechtsfolgen des § 24 BBIG ein Prozessarbeitsverhältnis mit dem Auszubildenden vereinbaren. Ein solches Prozessarbeitsverhältnis ist

⁷⁵⁹ Siehe zum Verfügungsgrund: Vgl.: Eisemann/Koch in ErfK, § 85 BetrVG, Rn. 5; Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Möller-Glöße, ArbGG, § 85, Rn. 44; Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1362); Vgl.: Walker „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“ in ZfA 2005, S. 45 ff. (52 ff.).

⁷⁶⁰ Vgl.: Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1364).

ein separates, für die Dauer des anhängigen Verfahrens befristetes Arbeitsverhältnis, das unter der auflösenden Bedingung der rechtskräftigen Entscheidung eines Kündigungs- oder Weiterbeschäftigungsrechtsstreits geschlossen wird. Durch ein Prozessarbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber verhindern, nach einem verlorenen Verfahren und der anschließenden Anwendbarkeit des § 78a BetrVG dem möglicherweise hohen Annahmeverzugslohnanspruch des Weiterzubeschäftigenden ausgesetzt zu sein, ohne eine tatsächliche Gegenleistung des Arbeitnehmers erhalten zu haben.⁷⁶¹

Ob die Reduzierung des Verzugslohns im Wege der Erfüllung der eigentlichen Leistung durch Beendigung des Annahmeverzugs⁷⁶² oder aufgrund einer Anrechnung des Verdienstes auf den Verzugslohn⁷⁶³ geschieht, kann hier dahinstehen.

cc Ergebnis

Der Arbeitgeber kann im Wege einer einstweiligen Verfügung überprüfen lassen, ob die Voraussetzungen des § 78a BetrVG gegeben sind. Da es ihm regelmäßig nicht gelingen wird, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen, weil die Tatbestandsvoraussetzungen des § 78a BetrVG sich nicht durch Zeitablauf ändern, wäre ein solches Verfahren prozessökonomisch wenig ratsam.

c. Einstweiliger Rechtsschutz bzgl. der tatsächlichen Beschäftigung

Dem Arbeitgeber kann daran gelegen sein, die tatsächliche Beschäftigung des Mandatsträger nach Abschluss seiner Ausbildungszeit durch einstweilige Verfügung solange zu verhindern, bis er eine Entscheidung nach § 78a IV BetrVG herbeigeführt hat, wenn er faktisch keine Möglichkeit zur Beschäftigung im Betrieb sieht.⁷⁶⁴ In diesen Fällen wird die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung überwiegend als gegeben angesehen.⁷⁶⁵

Gegen die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung wird jedoch angeführt, dass das Fehlen einer Auflösungsmöglichkeit entsprechend der Regelung in § 102 V 2 BetrVG auf den gesetzgeberischen Willen schließen lässt, eine vorläufige gerichtliche Entschei-

⁷⁶¹ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (279); Opolony „Aktuelles zum Annahmeverzugslohn im Rahmen von Kündigungsschutzverfahren“ in BB 2004, S. 1386 ff. (1388); siehe zum Prozessarbeitsverhältnis insgesamt: Schier, „Kündigungsschutzstreitigkeiten und Annahmeverzugslohn“ in BB 2006, S. 2578 ff. (2579).

⁷⁶² Vgl.: Löwisch, Anmerkung zu BAG vom 22.10.2003 in AP 14 TzBfG Nr. 6; Sittard/Ulbrich „Die Prozessbeschäftigung und das TzBfG“ in RdA 2006, S. 218 ff. (219).

⁷⁶³ So z.B.: Ricken, „Annahmeverzug und Prozessbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits“ in NZA 2005, S. 323 (325); Schier, „Kündigungsschutzstreitigkeiten und Annahmeverzugslohn“ in BB 2006, S. 2578 ff. (2580).

⁷⁶⁴ Siehe zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch von Arbeitnehmern: Böhm, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 44 ff.; Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 4.

⁷⁶⁵ So das LAG Köln vom 31.03.2005 in LAGE BetrVG 2001, § 78a Nr. 2; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 45; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 12; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 29; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (772 f.); Pielsticker, S. 147; Oetker in GK-BetrVG§ 78a, Rn. 129; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 42; Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn 53; Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S. 889 ff. (891).

dung über eine vorübergehende Nichtbeschäftigung des Auszubildenden im Rahmen des § 78a BetrVG nicht anzuerkennen. Der Gesetzgeber habe eine vergleichbare Regelung weder bei Inkrafttreten des § 78a BetrVG im Jahre 1974 geschaffen noch im Zuge der Reform des BetrVG im Jahr 2001 eingefügt.⁷⁶⁶ Außerdem führe die Möglichkeit einer vorläufigen Entbindung des Organmitglieds von seiner Beschäftigung zu, einer Aufspaltung von Arbeitstätigkeit und Amtsausübung herbeizuführen, weil seine Organtätigkeit bestehen bleibe und der Auszubildende ggf. ein anderes Arbeitsverhältnis eingehen könne.⁷⁶⁷

Diese Ansicht ist insgesamt jedoch nicht stichhaltig, weil sie verkennt, dass einstweilige Verfügungen in arbeitsgerichtlichen Verfahren unter denselben Voraussetzungen beantragt werden können wie im Zivilprozess und sie darüber hinaus außer Acht lässt, dass es für eine etwaige Einschränkung eines Entbindungsantrags oder dessen Verbot es einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedarf, die aber nicht durch den Gesetzgeber normiert worden ist.⁷⁶⁸

Auch der Hinweis auf § 102 V 2 BetrVG führt zu keinem anderen Ergebnis, weil diese Norm von ihren Voraussetzungen her, dem Widerspruch des Betriebsrats gegen eine Kündigung, nicht mit dem Tatbestand des § 78a BetrVG vergleichbar ist. Außerdem normiert der § 102 V 2 BetrVG als Spezialregelung für einen einzelnen, definierten Geltungsbereich abschließend die Umstände, die eine einstweilige Verfügung für diesen Fall begründen können. Er stellt somit eine Begrenzung der allgemeinen Anwendungsmöglichkeit von einstweiligen Verfügungen dar.⁷⁶⁹ Darüber hinaus ist auch das Argument der Amtsaufspaltung nicht tragbar. Bei einer vorläufigen Entbindung des Arbeitgebers von seiner Weiterbeschäftigungspflicht kann sich der der Auszubildende während dieser Zeit gemäß § 25 I 2 BetrVG entweder in seinem Amt im Betrieb vertreten lassen oder das vorläufig Amt weiter ausüben. Eine Vertretung der Belegschaft ist somit auf jeden Fall weiterhin gewährleistet; Mandat und Beschäftigung fallen nicht zwangsläufig auseinander.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ Vgl.: ArbG Wiesbaden, DB 1978, 797; Becker-Schaffner „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2653); Moritz „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, S. 1016 ff. (1018), Wiencke, S. 191; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 46; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (772 ff.).

⁷⁶⁷ So Moritz „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, S. 1016 ff. (1018).

⁷⁶⁸ So auch ausdrücklich das LAG Köln vom 31.03.2005 LAGE BetrVG 2001, § 78a Nr. 2; Pielsticker, S. 147 ff.

⁷⁶⁹ Vgl.: Koch in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 102 BetrVG, Rn. 220; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 102, Rn. 250; Pielsticker, S. 147.

⁷⁷⁰ Im Ergebnis so auch: Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 47; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 45.

Im Ergebnis steht es Arbeitgebern somit grundsätzlich offen, auch im Verfahren nach § 78a IV BetrVG einstweilige Verfügungen bis zur Rechtskraft einer Hauptsacheentscheidung auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht zu beantragen.

aa Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch ist in materieller Hinsicht an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 78a IV BetrVG zu messen, so dass der Arbeitgeber Umstände glaubhaft machen müsste, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass entweder eine Unzumutbarkeit in der Hauptsache besteht oder die Tatbestandsvoraussetzungen des § 78a BetrVG nicht vorliegen. Ob dies zutrifft, unterliegt einer Betrachtung des Einzelfalls.

bb Verfügungsgrund

Auch in der vorliegenden Konstellation muss dem Arbeitgeber ein Verfügungsgrund gegeben sein, um eine einstweilige gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.⁷⁷¹

(a) Verfügungsgrund – Hinnahme der Nichtweiterbeschäftigung durch den Auszubildenden

Ein Verfügungsgrund wäre ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber dem Auszubildenden mitteilt, er werde ihn während des Verfahrens nicht tatsächlich weiterbeschäftigen, und der Auszubildende diesen Umstand hinnimmt und er somit bis zu der Entscheidung in der Hauptsache auch nicht tatsächlich weiterbeschäftigt wird. Wenn der Auszubildende in dieser Konstellation seine Weiterbeschäftigungsverpflichtung nicht zwangsweise durchzusetzen versucht, besteht kein Verfügungsgrund des Arbeitgebers, weil er das Ziel der Nichtweiterbeschäftigung bereits außerhalb des einstweiligen Rechtsschutzes erreicht hat.⁷⁷²

(b) Verfügungsgrund – Entgeltzahlung bei Weiterbeschäftigung

Zu denken wäre als Verfügungsgrund ausserdem daran, dass der Arbeitgeber bis zur gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache an den Arbeitnehmer das entsprechende Entgelt zahlen müsste, wenn er ihn beschäftigt. Dies begründet jedoch grds. keinen Verfügungsanspruch des Arbeitgebers, weil die gerichtliche Hauptsacheentscheidung nach § 78a IV BetrVG immer ex nunc wirkt und das über § 78a II, III BetrVG begründete Arbeitsverhältnis somit bis zu deren Rechtskraft mitsamt der daraus erwachsenden

⁷⁷¹ Siehe zum Verfügungsgrund: Vgl.: Eisemann/Koch in ErfK, § 85 BetrVG, Rn. 5; Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Möller-Glöße, ArbGG, § 85, Rn. 44; Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1362); Vgl.: Walker „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“ in ZfA 2005, S. 45 ff. (52 ff.).

⁷⁷² So auch Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (773);

Rechte und Pflichten, insbesondere der Beschäftigungs- und Entgeltzahlungspflicht, fortbesteht.⁷⁷³

Das Weiterbeschäftigungsverhältnis wird ohne Rücksicht auf eine eventuelle Unzumutbarkeit vorerst begründet, so dass sich der Arbeitgeber Entgeltansprüchen bzw., wenn er den Auszubildenden nicht weiterbeschäftigt, Annahmeverzugsansprüchen aus § 615 BGB auch dann ausgesetzt sähe, wenn er für ihn keine Verwendung hat und ihn nicht beschäftigt.⁷⁷⁴ Somit ist das Risiko der Entgeltzahlung bis zur gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache der Regelung des § 78a BetrVG immanent und kann keinen Verfügungsgrund begründen, der eine gerichtliche Eilentscheidung erfordern könnte, begründen, weil keine zusätzliche Gefährdungslage für den Arbeitgeber besteht.⁷⁷⁵ Es ist auch nicht entscheidend, ob der Auszubildende gegenüber seinem Arbeitgeber schon explizit Entgeltansprüche geltend gemacht hat, weil die Geltendmachung von Lohnansprüchen des Auszubildenden bereits in seinem Weiterbeschäftigungsverlangen zu sehen ist.⁷⁷⁶

In wenigen Ausnahmefällen, wenn die Pflicht zur Entgeltfortzahlung im Zusammenhang mit der zeitlichen Verschiebung der Entscheidung die wirtschaftliche Existenz des Betriebes gefährden würde, könnte auch im Interesse der übrigen Arbeitnehmer des Betriebes ein Verfügungsgrund angenommen werden.⁷⁷⁷ Solche Ausnahmefälle sind bisher jedoch noch nicht gerichtlich entschieden worden und sind auch eher unwahrscheinlich.

cc Ergebnis

Der Arbeitgeber kann im einstweiligen Rechtsschutz beantragen, ihn von der Weiterbeschäftigungspflicht bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu entbinden. Er kann als Verfügungsgrund aber nicht anführen, er habe in der Zeit bis zur Entscheidung der Hauptsache das Entgelt des Arbeitnehmers weiterzuzahlen, weil sich dies bereits direkt aus § 78a BetrVG und nicht aus dem Abwarten des Hauptsacheverfahrens ergibt. Ein Verfügungsgrund wäre auch dann nicht gegeben, wenn der Auszubildende die Entscheidung des Arbeitgebers, ihn vorerst nicht weiterzubeschäftigen, akzeptiert.

⁷⁷³ Vgl.: BAG, vom 29.11.1989 in BB 1991, S. 165 ff.; LAG Nürnberg vom 25.02.2000 in NZA-RR 2001, S. 197 f (197); Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39; Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (773); Wiencke, S. 189 ff.

⁷⁷⁴ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 39.

⁷⁷⁵ Vgl.: Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (773).

⁷⁷⁶ So das LAG Nürnberg vom 25.02.2000 in NZA-RR 2001, S. 197 f (197).

⁷⁷⁷ Vgl.: das LAG Nürnberg vom 25.02.2000 in NZA-RR 2001, S. 197 f (197).

d. Ergebnis des einstweiligen Rechtsschutzes des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann versuchen, die ihm zustehenden Rechte des § 78a BetrVG bzw. Fragen, ob die Voraussetzungen der Norm gegeben sind, im einstweiligen Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten durchzusetzen. Jedoch wird es ihm nur in Ausnahmefällen gelingen, einen Verfügungsgrund in Form einer Eilbedürftigkeit der Entscheidung glaubhaft zu machen, der es ihm ermöglicht, im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu obsiegen, weil die Durchsetzung seiner Rechte regelmäßig nicht durch das Abwarten der Entscheidung der Hauptsache erschwert oder ausgeschlossen wird.

4. Ergebnis - Verfahrensmöglichkeiten des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber stehen im Zusammenhang mit § 78a BetrVG vielseitige Möglichkeiten zu, die ihm zustehenden Rechte gerichtlich durchzusetzen. In den meisten Fällen bedient er sich eines Feststellungs- oder Auflösungsantrags i.S.d. § 78a IV BetrVG, um die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung feststellen zu lassen. Beiden Anträgen ist gemein, dass sie ein Gestaltungsurteil nach sich ziehen, nach dem entweder in Zukunft kein Weiterbeschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Auszubildendem entstehen wird, bzw. das bereits entstandene Beschäftigungsverhältnis aufgelöst wird. Diese Urteile wirken ex nunc, so dass für den Zeitraum zwischen Beendigung des Ausbildungsverhältnisses und letztinstanzlicher Entscheidung eines Instanzgerichts ein wirksames Beschäftigungsverhältnis mit Rechten und Pflichten begründet wird.

Dem Arbeitgeber steht es ausserdem offen auch den Inhalt des konkreten Weiterbeschäftigungsverhältnisses, die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a BetrVG gerichtlich überprüfen zu lassen. Welche Anträge und welches Verfahren er diesbezüglich wählt, hängt davon ab, ob er auch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung in Frage stellt. Dann entscheidet das Gericht vorab über die Frage der Anwendbarkeit des § 78a BetrVG als Vorfrage der Unzumutbarkeit.

Es ist dem Arbeitgeber darüber hinaus grundsätzlich möglich, die ihm zustehenden Rechte aus § 78a BetrVG bzw. diesbezügliche Vorfragen im einstweiligen Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten durchzusetzen.

Nur in Ausnahmefällen wird es jedoch gelingen, einen Verfügungsgrund in Form einer Eilbedürftigkeit der Entscheidung glaubhaft zu machen, weil ihm die Durchsetzung seiner Rechte regelmäßig durch das Abwarten der Entscheidung der Hauptsache nicht erschwert oder unmöglich gemacht wird.

B. Verfahrensmöglichkeiten des Auszubildenden

Vor den Arbeitsgerichten sind im Rahmen des § 78a BetrVG nicht nur Verfahren anhängig, die seitens des Arbeitgebers eingeleitet worden sind, um eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden zu verhindern. Dies beruht darauf, dass in der betrieblichen Praxis der Arbeitgeber häufig nicht die in § 78a IV BetrVG genannten Anträge stellt, sondern sich de facto weigert, den Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Ausbildung zu übernehmen und/oder ihn tatsächlich weiterzubeschäftigen.

Der Arbeitgeber bestreitet überwiegend bereits außergerichtlich das wirksame Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nach Abschluss der Ausbildung. Dies begründet er regelmäßig damit, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt, ein taugliches Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden nach § 78a II BetrVG nicht gegeben ist bzw. eine Weiterbeschäftigung für ihn unzumutbar sei, ohne dies gerichtlich feststellen zu lassen.⁷⁷⁸ Hierdurch ist der Auszubildende gezwungen, selbst die Arbeitsgerichte anzurufen, sofern er an einer Weiterbeschäftigung im Betrieb des Arbeitgebers interessiert ist. Außerdem kommt es vor, dass der Auszubildende den konkreten Inhalt des ihm angebotenen Arbeitsverhältnisses in Frage stellt.

Denkbar ist, dass der Auszubildende auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses nach Abschluss der Ausbildung oder auf Feststellung dessen konkreten Inhalts klagt, direkt Lohnansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Leistungsklage geltend macht oder seine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb verlangt. Im steht es auch offen, diese Anträge miteinander zu kombinieren, um seine Rechte in einem gemeinsamen Verfahren durchzusetzen.⁷⁷⁹

1. Feststellungsantrag

a. Inhalt des Antrages

Sollte der Arbeitgeber den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a II, III BetrVG, die unbefristete Weiterbeschäftigung des Auszubildenden im Betrieb, bestreiten, weil er annimmt, die Voraussetzungen der Norm seien nicht gegeben, kann der Auszubildende das Zustandekommen des Weiterbeschäftigungsarbeitsverhältnisses im Wege einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend machen.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ Vgl.: Matthes, „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG und nach § 9 BPersVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (916); Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 27.

⁷⁷⁹ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 36; Matthes, „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (916).

⁷⁸⁰ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.44; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 27.

Als Vorstufe eines solchen Verfahrens könnte der Auszubildende das Vorliegen einzelner Voraussetzungen klären lassen, so z.B., ob er zu dem durch § 78a BetrVG geschützten Personenkreis gehört. Dies wird er immer dann tun, wenn der Arbeitgeber bestreitet, dass der Auszubildende Mandatsträger gewesen ist.⁷⁸¹

Genauso kann überprüft werden, ob das Weiterbeschäftigungsverlangen rechtzeitig gestellt worden ist.⁷⁸²

Das Gericht überprüft entsprechend dem konkreten Antrag, ob die Voraussetzungen des § 78a BetrVG gegeben sind. In diesem Verfahren kann der Arbeitgeber auch nicht einwenden, ihm sei eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden nicht zumutbar. Dies kann er nur in einem separaten Verfahren nach § 78a BetrVG geltend machen.⁷⁸³

Über die Feststellungsanträge entscheidet das Gericht im Urteilsverfahren, weil es sich um eine individualrechtliche Streitigkeit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses handelt.⁷⁸⁴ Steht zwischen den Parteien der Inhalt des unstreitig zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses in Streit, kann dieser durch den Auszubildenden ebenfalls im Rahmen einer Feststellungsklage geklärt werden. In einem solchen Verfahren mit individualrechtlichem Streitgegenstand wären gegebenenfalls betriebsverfassungsrechtliche Vorfragen durch das Gericht zu klären, welches abschließend durch Urteil entscheiden würde.⁷⁸⁵

b. Feststellungsinteresse

Ein Rechtsschutzinteresse des Auszubildenden an der Erhebung einer Feststellungsklage besteht unabhängig von der Antragstellung des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG.⁷⁸⁶ Es ist immer dann gegeben, wenn der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigungspflicht bestreitet oder wenn er zwar generell zur Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers bereit ist, der weitere Einsatz aber vermutlich nicht ausbildungsgerecht erfolgt, weil der Inhalt der Tätigkeit dieser Anforderung nicht entspricht.⁷⁸⁷

⁷⁸¹ Vgl.: BAG vom 24.07.1991 in BAGE 63, S. 319 ff. (332 f.); Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 27; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 36; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 27.

⁷⁸² Vgl.: BAG vom 24.07.1991 in BAGE 63, S. 319 ff. (332 f.); Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 36; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 27.

⁷⁸³ So ausdrücklich: BAG vom 13.11.1987 in AP § 78a BetrVG 1972 Nr. 18; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49.

⁷⁸⁴ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 147; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 11; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 42; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Walker, „Die Abgrenzung zwischen Urteils- und Beschlussverfahren im Arbeitsgerichtsprozess“ in FS „50 Jahre Bundesarbeitsgericht“, S. 1366 ff. (1370); a.A.: Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 21, der davon ausgeht, dass es sich insgesamt um einen kollektivrechtlichen Anspruch handelt, der im Beschlussverfahren zu beurteilen wäre.

⁷⁸⁵ Vgl.: Fitting § 37 Rn. 253; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 151.

⁷⁸⁶ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 151.

⁷⁸⁷ Vgl.: Pielsticker, S. 149; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 148.

Das Feststellungsinteresse besteht auch nach Beendigung der eigentlichen Ausbildung fort, selbst dann, wenn der Auszubildende parallel einen Leistungsantrag auf tatsächliche Beschäftigung oder Entgeltzahlung gestellt hat, weil der Feststellungsantrag die Frage der Weiterbeschäftigung an sich klärt, während sich die Leistungsanträge auf einzelne Bestandteile beziehen können.⁷⁸⁸

2. Leistungsantrag

Dem Arbeitnehmer ist auch die Möglichkeit gegeben, seine Rechte aus § 78a BetrVG im Rahmen von Leistungsklagen geltend zu machen. So kann er ausstehenden Lohn einklagen oder seine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb erstreiten.

Im Wege einer Leistungsklage steht es dem Auszubildenden offen, nach Abschluss seiner Ausbildung und erklärtem Weiterbeschäftigungsverlangen Lohnansprüche aus dem kraft Gesetzes entstandenen Beschäftigungsverhältnis geltend zu machen, wenn der Arbeitgeber ihn nicht weiterbeschäftigt und sein Entgelt nicht bezahlt.⁷⁸⁹ Sollte er in einem solchen Verfahren Recht bekommen und erhält somit einen seiner Ausbildung entsprechenden Entgeltanspruch zugesprochen, wird ihn der Arbeitgeber grundsätzlich weiterbeschäftigen, um für das zu zahlende Entgelt einen Gegenwert in Form erbrachter Arbeitsleistung zu erlangen.

Daneben kann der Auszubildende seine tatsächliche Beschäftigung nach §§ 611, 613 BGB, i.V.m. Art 1,2 GG, §§ 242 BGB, 78a BetrVG im Betrieb verlangen, wenn der Arbeitgeber seinen Weiterbeschäftigungsanspruch zwar anerkennt oder dieser gerichtlich festgestellt worden ist, er ihn aber tatsächlich nicht im Betrieb beschäftigt.⁷⁹⁰ Das Interesse des Auszubildenden an einer tatsächlichen Beschäftigung kann vielfältiger Natur sein. Z.B. ist die die Weiterentwicklung im Beruf bzw. das Entgegenwirken gegen den Verlust von Kenntnissen und Fähigkeiten oder die soziale Bindung an den Betrieb zu nennen.⁷⁹¹

3. Einstweiliger Rechtsschutz des Arbeitnehmers

Im Rahmen der Vorbereitung einer gerichtlichen Auseinandersetzung nach § 78a BetrVG stellt sich für den Auszubildenden oder seinen Vertreter nicht selten die Frage, ob und in welcher Konstellation der Mandatsträger seine Rechte in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltend machen kann und sollte. Wie bereits für den

⁷⁸⁸ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 151.

⁷⁸⁹ Vgl.: Matthes, „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78a IV BetrVG und nach § 9 BPersVG“ in NZA 1989, S. 916 ff. (916);

⁷⁹⁰ Vgl.: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 63; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 162.

⁷⁹¹ Vgl.: Seier, Der Allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 61.

Arbeitgeber dargestellt ist die Frage wichtig, weil bis zur formell rechtskräftigen Entscheidung einer Streitsache im Hauptsacheverfahren ein möglicherweise längerer Zustand der Rechtsgefährdung und Rechtsunsicherheit für den Auszubildenden bestehen kann.⁷⁹² Für ihn ist es wichtig zu wissen, ob er bis zur Entscheidung der Hauptsache tatsächlich weiterbeschäftigt wird, um nicht den fachlichen und persönlichen Anschluss im Betrieb zu verlieren. Über mögliche Anträge auf Erlass einstweiliger Verfügungen würde in einem Beschlussverfahren i.S.d. §§ 80 ff. ZPO entschieden.

a. Tatsächliche Beschäftigung

Es ist allgemein anerkannt, dass der Auszubildende während des laufenden Hauptsacheverfahrens seine tatsächliche Beschäftigung unter Entgeltfortzahlung im einstweiligen Verfügungsverfahren durchzusetzen vermag.⁷⁹³

aa Verfügungsanspruch

Der Verfügungsanspruch ist in materieller Hinsicht an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 78a IV BetrVG zu messen.

Obwohl sich aus § 78a BetrVG allein keine Beschäftigungspflicht des Auszubildenden für den Arbeitgeber herleiten lässt,⁷⁹⁴ ist ein Verfügungsanspruch des Auszubildenden nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen anzuerkennen.⁷⁹⁵ Dieser Anspruch kann aus dem Interesse an der Erfüllung bestehender Arbeitsverhältnisse hergeleitet werden, weil es für den Arbeitnehmer auch in einem kraft Gesetzes bestehenden Arbeitsverhältnis von großer Bedeutung ist, tatsächlich seiner beruflichen Tätigkeit nachzugehen, um sich beruflich weiterzuentwickeln und nicht die sozialen Kontakte im Betrieb zu verlieren.⁷⁹⁶ Dies gilt umso mehr für Auszubildende, die erst am Anfang ihrer beruflichen Karriere stehen und für die eine fehlende tatsächliche Beschäftigung und die damit einhergehende Nichtanwendung ihres Wissens und die nicht vorhandene

⁷⁹² Vgl. zu einstweiligen Verfügungen im Arbeitsrecht: Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1357); Reinhard/Kliemt, „Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren“ in NZA 2005, S. 545 ff. (545 ff.); Clemenz, „Das einstweilige Verfügungsverfahren im Arbeitsrecht“ in NZA 2005, S. 129 ff. (129 ff.)

⁷⁹³ Vgl.: LAG Berlin vom 16.12.1974 in BB 1975, S. 838; LAG Berlin vom 22.02.1991 in NZA 1991, S. 472; Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Schwerpunktcommentar, § 78a BetrVG, Rn. 47; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 64; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 158; ; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 29; Becker-Schaffner „Die Rechtsprechung zu § 78a BetrVG“ in DB 1987, S. 2647 ff. (2652); Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336).

⁷⁹⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 158; Böhm, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 45 ff.

⁷⁹⁵ Vgl.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 12; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336).

⁷⁹⁶ Vgl.: bereits das BAG vom 10.11.1955 in AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 158; Seier, Der Allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 61; Vgl.: Walker „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“ in ZfA 2005, S. 45 ff. (62).

Fortbildung im Vergleich zu bereits lange berufstätigen Arbeitnehmern deutlich gravierender sind.

Außerdem wird vertreten, der Anspruch ergebe sich auch daraus, dass sowohl seitens des Auszubildenden als auch des betriebsverfassungsrechtlichen Organs ein Interesse daran besteht, dass das Organ und seine Mitglieder ungestört ihrer organschaftlichen und betrieblichen Tätigkeit nachgehen können. Dies beinhaltet auch die tatsächliche Tätigkeit im Betrieb und die damit einhergehenden Interaktionen mit den Kollegen.⁷⁹⁷

Ein Verfügungsanspruch des Auszubildenden auf tatsächliche Beschäftigung liegt somit vor.

bb Verfügungsgrund

Über den gegebenen Verfügungsanspruch hinaus muss auch ein Verfügungsgrund gegeben sein.⁷⁹⁸

Da ein nicht tatsächlich ausgeübter Beschäftigungsanspruch durch Zeitablauf unwiderruflich untergeht, wird bereits die daraus resultierende dauerhafte Rechtsvereitelung als Verfügungsgrund angesehen.⁷⁹⁹ Selbst wenn man dieses Argument ablehnt, weil es dem Fixschuld- und Dauerschuldcharakter des Arbeitsverhältnisses immanent sei, so dass sich daraus kein wesentlicher Nachteil gem. § 940 ZPO ergebe,⁸⁰⁰ kann ein Verfügungsgrund dennoch anzunehmen sein. Er könnte dadurch entstehen, dass bei einer Nichtbeschäftigung des Auszubildenden dessen organschaftliche Stellung im Betrieb dauerhaft Schaden nehmen könnte, weil sein Ansehen in der Belegschaft durch den Ausschluss von der Beschäftigung beschädigt werden könnte. Dies müsste der Auszubildende im Verfahren entsprechend den allgemeinen Grundsätzen glaubhaft machen.⁸⁰¹ Ob dies gegeben ist hängt von den Verhältnissen im Betrieb und der Homogenität der Belegschaft, sowie davon ab, wie lange ein Hauptverfahren vor dem entscheidenden Arbeitsgericht in der Regel bis zur Entscheidung anhängig ist.

b. Ergebnis – Einstweiliger Rechtsschutz

Dem Auszubildenden steht es offen zu versuchen, neben einem laufenden Hauptsacheverfahren seine tatsächliche Beschäftigung in einem einstweiligen Verfügungsver-

⁷⁹⁷ Vgl.: Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.42; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22.

⁷⁹⁸ Vgl.: Eismann/Koch in ErfK, § 85 BetrVG, Rn. 5; Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Möller-Glöße, ArbGG, § 85, Rn. 44; Vogg, „Einstweilige Feststellungsverfügung?“ in NJW 1993, S. 1357 ff. (1362).

⁷⁹⁹ Vgl.: Pielsticker, S. 148; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 158.

⁸⁰⁰ Vgl.: Reinhard/Kliemt, „Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren“ in NZA 2005, S. 545 ff. (547 ff.).

⁸⁰¹ Vgl.: Reinhard/Kliemt, „Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren“ in NZA 2005, S. 545 ff. (547 ff.); siehe zu den Voraussetzungen des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs von Arbeitnehmern: Böhm, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 61 ff.; Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 18 ff.

fahren durchzusetzen. Der Verfügungsanspruch des Auszubildenden auf tatsächliche Beschäftigung ist dadurch begründet, dass es für einen Arbeitnehmer in einem bestehenden Arbeitsverhältnis von großer Bedeutung ist, tatsächlich seiner beruflichen Tätigkeit nachzugehen, um sich beruflich weiterzuentwickeln und nicht die sozialen Kontakte im Betrieb zu verlieren. Da ein nicht tatsächlich ausgeübter Beschäftigungsanspruch durch Zeitablauf unwiderruflich untergeht und durch eine Nichtbeschäftigung des Auszubildenden dessen organschaftliche Stellung im Betrieb dauerhaft Schaden zu nehmen droht, könnte ebenfalls Verfügungsgrund gegeben sein.

4. Ergebnis – Verfahrensmöglichkeiten des Auszubildenden

Sollte der Arbeitgeber einen mandatierten Auszubildenden nach dessen Weiterbeschäftigungsverlangen nicht weiterbeschäftigen bzw. den Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses in Frage stellen, kann der Mandatsträger auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses nach Abschluss der Ausbildung oder auf Feststellung dessen konkreten Inhalts klagen. Er kann feststellen lassen, dass ein Beschäftigungsverhältnis zwischen ihm und dem Arbeitgeber entstanden ist, oder eine Leistungsklage auf Lohnansprüche aus diesem Beschäftigungsverhältnis geltend machen bzw. auch seine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb verlangen. Dem Auszubildenden steht es außerdem offen zu versuchen, neben einem laufenden Hauptsacheverfahren seine tatsächliche Beschäftigung in einem einstweiligen Verfügungsverfahren durchzusetzen. Der Verfügungsanspruch des Auszubildenden auf tatsächliche Beschäftigung ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die tatsächliche Beschäftigung in Arbeitsverhältnissen gegeben. Da ein nicht tatsächlich ausgeübter Beschäftigungsanspruch durch Zeitablauf unwiderruflich untergeht und durch eine Nichtbeschäftigung des Auszubildenden dessen organschaftliche Stellung im Betrieb dauerhaft Schaden nehmen könnte, ist der Verfügungsgrund gegeben.

C. Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit § 78a BetrVG

Die Darlegungs- und Beweislastverteilung in Arbeitsgerichtsverfahren, die im Zusammenhang mit einer Weiterbeschäftigung i.S.d. § 78a BetrVG stehen, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Urteils- oder Beschlussverfahren. Dies bedeutet, dass im Rahmen eines Urteilsverfahrens der Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz gilt. Somit hat jede Partei die für ihre Position günstigen Tatsa-

chen vorzutragen und ggf. unter Beweis zu stellen.⁸⁰² Dem Arbeitsgericht stehen für streitige Tatsachenfragen nur die in den § 46 II 2 ArbGG i.V.m. §§ 142, 143, 144, ZPO genannten Beweismittel des Augenscheines, des Urkundsbeweises, des Sachverständigenbeweises und der Parteivernehmung zur Verfügung. Ein Urkundenbeweis ist nur statthaft, wenn sich zumindest eine Partei auf eine vorhandene Urkunde bezogen hat. Voraussetzung des Zeugenbeweises ist außerdem, dass die beweisbelastete Partei den Zeugen mit ladungsfähigem Namen und Anschrift benennen kann.⁸⁰³ Im Rahmen eines seitens des Arbeitgebers angestrebten Beschlussverfahrens nach § 78a IV BetrVG gilt hingegen der Amtsermittlungsgrundsatz. In diesem Verfahren hat das Arbeitsgericht den Sachverhalt im Rahmen der gestellten Anträge von Amts wegen gemäß § 83 I 1 ArbGG zu erforschen und sicherzustellen, dass sich seine Entscheidung auf einen vollständigen und richtigen Sachverhalt stützt.⁸⁰⁴ Jedoch obliegt es den Parteien auch in diesem Verfahren, an einer Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, so dass sie den vom Gericht geforderten Sachvortrag, der das prozessuale Begehren stützt, einbringen müssen. Das Gericht ist jedoch nicht an diesen Vortrag oder an Geständnisse gebunden, sondern kann darüber hinaus bei Bedenken Beweis erheben oder weitere Ermittlungen anstellen.⁸⁰⁵

1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 78a BetrVG

Nach den aufgeführten Grundsätzen obliegt es dem Auszubildenden, der seine Weiterbeschäftigung gemäß § 78a II BetrVG erreichen möchte, im Verfahren darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Voraussetzungen des § 78a BetrVG gegeben sind. Diese Voraussetzungen beinhalten unter anderem seine Mandatsträgereigenschaft als Auszubildender und das Ende seiner Ausbildung, welche regelmäßig seitens des Arbeitgebers nicht bestritten werden dürfte.⁸⁰⁶ Lediglich bei temporär nachgerückten Ersatzmitgliedern können sich hier Probleme ergeben, die ggf. durch Vorlage der Protokolle der Organsitzungen durch den Auszubildenden als Urkunden oder die Zeugenbefragung anderer Mandatsträger geklärt werden müssten. Macht hingegen der Arbeitgeber geltend, die Voraussetzungen des § 78a BetrVG lägen nicht vor, wäre er insoweit hinsichtlich der beizubringenden Tatsachengrundlagen beweispflichtig.

⁸⁰² Siehe zum Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren ausführlich: Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens Rn. 262 ff.; Opolony, Arbeitsgerichtsprozess, Rn. 86 ff.

⁸⁰³ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 156.

⁸⁰⁴ Vgl.: Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens Rn. 726; Opolony, Arbeitsgerichtsprozess, Rn. 739 ff.; Schäfer, „Zum Wechsel des Jugendvertreters vom Ausbildungs- ins Arbeitsverhältnis“ in NZA 1985, 418 ff. (419).

⁸⁰⁵ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 157; Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens Rn. 726; Opolony, Arbeitsgerichtsprozess, Rn. 741 ff.

⁸⁰⁶ So auch Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (772).

2. Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsverlangens

Der Auszubildende ist ferner dahingehend darlegungs- und beweisbelastet, dass er sein Weiterbeschäftigungsverlangen gegenüber dem Arbeitgeber frist- und formgerecht gemäß § 78a BetrVG erklärt hat.⁸⁰⁷ Im Falle der Nichterweislichkeit geht dies zu seinen Lasten und bedeutet, dass der Auszubildende im Falle des Bestreitens beweisen müsste, dass der Arbeitgeber von seiner Willenserklärung in Form des schriftlichen Weiterbeschäftigungsverlangens fristgemäß Kenntnis erlangt hat oder dem Arbeitgeber die Kenntnisnahme nach der Verkehrsanschauung zumindest möglich gewesen wäre.⁸⁰⁸ Aus diesem Grund sollte sich der Auszubildende die Entgegennahme des Weiterbeschäftigungsverlangens durch den Arbeitgeber quittieren lassen, ähnlich wie sich Arbeitgeber eine Ausfertigung eines Kündigungsschreibens seitens des Arbeitnehmers aus Beweis Zwecken als Empfangsbestätigung unterzeichnen lassen.⁸⁰⁹

3. Arbeit zu geänderten Bedingungen

Es obliegt dem Auszubildenden darzulegen und zu beweisen, dass er im Rahmen seines Weiterbeschäftigungsverlangens gegenüber dem Arbeitgeber erklärt hat, dass er gegebenenfalls auch zu anderen Arbeitskonditionen, wie z.B. in Teilzeit, auf einer anderen Qualifikationsstufe oder an einem anderen Beschäftigungsort, arbeiten würde.⁸¹⁰ Kann er dies nicht, so steht ihm ein anderweitiger Arbeitsplatz bei Unzumutbarkeit der Beschäftigung auf einem geeigneten Arbeitsplatz nicht zu. Deswegen sollten Auszubildende in Schreiben über die Geltendmachung der Weiterbeschäftigung ebenfalls aufnehmen, dass sie bei Nichtvorliegen eines geeigneten Arbeitsplatzes auch zu anderen Konditionen weiterbeschäftigt werden möchten.

4. Unzumutbarkeit

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung trägt allein der Arbeitgeber, weil das Nichtvorliegen der Zumutbarkeit die für den Arbeitgeber zentrale positive Tatbestandsvoraussetzung der Norm darstellt.⁸¹¹ Hier obliegt es dem Arbeitgeber insbesondere, das Fehlen eines freien und geeigneten Arbeitsplatzes zu beweisen.⁸¹² Er kann sich jedoch zunächst darauf beschränken zu be-

⁸⁰⁷ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 72, 37.

⁸⁰⁸ Vgl.: BAG vom 31.10.1985 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 15; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14.

⁸⁰⁹ Vgl.: Friedrich in GK-KR, § 4 KSchG, Rn. 101; Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 KSchG, Rn. 136, 139.

⁸¹⁰ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 72;

⁸¹¹ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 72; Bengelsdorf, „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78a BetrVG“ in NZA 1991, S. 537 ff. (544); Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 66.

⁸¹² So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 104.

haupten, ihm sei eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden nicht möglich. Bestreitet der Auszubildende diese Behauptung, ist es Sache des Arbeitgebers, die Behauptung unter Beweis zu stellen. Diesbezüglich kann und muss sich der Arbeitgeber einer Vielzahl verschiedener Beweismittel bedienen. Insbesondere wird er im Hinblick auf die Geeignetheit bzw. Leistungseinstufung des Auszubildenden und dem damit verbundenen Vergleich mit anderen Auszubildenden auf Urkunden in Form von Ausbildungszeugnissen zurückgreifen. Hinsichtlich der Frage, ob überhaupt ein freier und geeigneter Arbeitsplatz im Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung zur Verfügung steht, wird sich der Arbeitgeber ähnlicher Beweismittel wie bei der Begründung einer betriebsbedingten Kündigung bedienen müssen.⁸¹³

5. Rechtsmissbräuliches Übernahmeverlangen

Ebenso trägt der Arbeitgeber gegebenenfalls die Darlegungs- und Beweislast, dass es sich bei dem Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden um ein rechtsmissbräuliches Übernahmeverlangen handelt und folglich unwirksam ist und keine Rechtsfolge nach sich zieht.⁸¹⁴ Dies wird dem Arbeitgeber mit den ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln nur schwerlich gelingen. Insbesondere ist es so gut wie ausgeschlossen, die inneren Beweggründe des Auszubildenden, warum dieser sich in das Gremium hat wählen lassen, oder warum ein Vertretungsfall eingetreten ist, zu beweisen.

6. Ergebnis

Die Rechte und Pflichten der Parteien in Verfahren nach § 78a BetrVG richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Urteils- bzw. Beschlussverfahren. Im Rahmen eines Urteilsverfahrens nach § 78 II a BetrVG obliegt die Darlegungs- und Beweislast der Partei, für die die Tatsachen günstig sind. Handelt es sich um ein Beschlussverfahren i.S.d. § 78a IV BetrVG, gilt hingegen der Amtsermittlungsgrundsatz.

D. Beteiligung betriebsverfassungsrechtlicher Organe

Unterschiedliche Auffassungen bestehen in arbeitsgerichtlichen Verfahren gemäß § 78a IV BetrVG darüber, welche betriebsverfassungsrechtlichen Organe neben Arbeitgeber und Auszubildendem an den Verfahren zu beteiligen sind. Insbesondere hinsichtlich der

⁸¹³ Siehe zur Darlegungs- und Beweislast für betriebsbedingte Kündigungen Griebeling in GK-KR, § 1 KSchG, Rn. 553 ff.

⁸¹⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 71; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 65; Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 KSchG, Rn. 707; Reinecke, „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG“ in DB 1981, S. 889 ff. (889).

Konzernauszubildendenvertretung ist fraglich, ob diese an solchen Verfahren zu beteiligen ist.

Gemäß § 78a IV 2 BetrVG sind in einem Verfahren der Betriebsrat bzw. die Bordvertretung oder der Seebetriebsrat per Gesetz beteiligt. Auch die Beteiligung der Jugend- und Auszubildendenvertretung wird explizit normiert, wenn der Auszubildende dieser angehört.⁸¹⁵ Die Beteiligtenstellung einer Konzernauszubildendenvertretung folgt weder direkt noch aus einer entsprechenden Anwendung von § 78a IV 4 Satz 2 BetrVG. Die für das Beschlussverfahren geltenden Grundsätze zur Beteiligung betriebsverfassungsrechtlicher Stellen nach § 83 III ArbGG können nur dann Beteiligungsrechte des Konzernbetriebsrats begründen, wenn der Auszubildende Mitglied des Konzernbetriebsrats war, weil Beteiligter eines Beschlussverfahrens in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes nur die Stelle sein kann, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung, insbesondere ihrer personellen Zusammensetzung, betroffen wird.⁸¹⁶ Eine darüber hinausgehende Beteiligung des Konzernbetriebsrats bei nicht vorliegender Mitgliedschaft des Auszubildenden kann hingegen nicht begründet werden. Neben den genannten Organen ist der Konzernbetriebsrat somit immer dann, aber auch nur dann, an den Verfahren zu beteiligen, wenn es sich bei dem Auszubildenden um ein Mitglied des Konzernbetriebsrats handelt, eine Konstellation, die in der Praxis aufgrund der gesetzlichen und tatsächlichen Voraussetzungen einer Konzernbetriebsratsmitgliedschaft, insbesondere der regelmäßig erwarteten langjährigen Tätigkeit in untergeordneten Betriebsräten, äußerst selten vorkommen dürfte.

E. Streitwert

Fraglich und bisher weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur umfassend geklärt ist, in welcher Höhe der Streitwert in Beschlussverfahren des § 78a BetrVG anzusetzen ist. Diese Unklarheit und unterschiedliche Beurteilung ist darauf zurückzuführen, dass zum einen solche Verfahren vor den Arbeitsgerichten meist auf dem Vergleichsweg beendet werden und zum anderen oftmals beide Seiten der Verfahren durch eine Organisation aus dem Lager ihrer Sozialpartner – Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften –⁸¹⁷ gerichtlich vertreten werden. Diese betreiben gerichtliche Verfahren

⁸¹⁵ Vgl.: Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 20; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn. 17; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 53.

⁸¹⁶ Vgl. für die ständige Rspr. des BAG nur BAG vom 15. 11. 2006, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 38.

⁸¹⁷ Vgl. Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Sozialpartner.

für ihre Mitglieder kostenlos, so dass der Streitwert nur für die Gerichtsgebühren entscheidend ist und somit nur eine untergeordnete Rolle spielt.⁸¹⁸

Hinzu kommt, dass in arbeitsrechtlichen Beschlussverfahren gemäß § 2 II GKG keine Gerichtskosten erhoben werden.⁸¹⁹ Infolge dieser Gerichtskostenfreiheit fehlt eine gesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich der zugrunde liegenden Streitwerte und es entfällt für die Gerichte die Verpflichtung, die zur Berechnung der Kosten erforderlichen Streitwerte festzusetzen.⁸²⁰ Daher erfolgt im Beschluss im Gegensatz zur Kostenfestsetzung im Urteilsverfahren gemäß § 61 I ArbGG keine Festsetzung des Streitwerts des Verfahrens.⁸²¹ Da dennoch außergerichtliche Kosten anfallen können, ist der Streitwert für deren Berechnung auf andere Weise festzustellen.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes zur Berechnung der anwaltlichen Vergütung hat auf Grundlage des § 33 I RVG zu erfolgen, wobei die Wertvorschriften des § 23 RVG heranzuziehen sind. Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei Verfahren nach § 78a IV BetrVG um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit i.S.d. § 23 III RVG handelt. Da eine gesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich des zugrunde liegenden Streitwerts fehlt, ist der Gegenstandswert durch das Gericht nach billigem Ermessen i.S.d. § 23 III 2 RVG zu bestimmen.⁸²² Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber zur Beschränkung von nicht durch die Gegenseite erstattungsfähigen Kosten im Rahmen von arbeitsgerichtlichen Kündigungsrechtsstreiten in § 42 II GKG Sonderregeln geschaffen hat, die bei Bestandsstreitigkeiten verhindern, dass der Streitwert mehr als einen Quartalsverdienst umfasst.⁸²³ Bezüglich des Streitwertes eines Verfahrens nach § 78a BetrVG ist außerdem zu differenzieren, ob der Arbeitgeber oder der Auszubildende Antragsteller ist und um welchen konkreten Antrag es sich handelt.

1. Arbeitgeber als Antragsteller

Stellt der Arbeitgeber einen Antrag nach § 78a IV BetrVG, handelt es sich unabhängig davon ob er die Feststellung begehrt oder die Auflösung eines zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses betreibt, um eine im Ergebnis einer Kündigung gleichstehende Zielrichtung, weil das Ausbildungsverhältnis bzw. Arbeitsverhältnis nicht über einen be-

⁸¹⁸ Einen guten Überblick zum aktuellen arbeitsgerichtlichen Kostenrecht verschafft Natter „Die Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts auf das arbeitsgerichtliche Verfahren“ in NZA 2004, S. 686 ff.

⁸¹⁹ Vgl.: Eisemann/Koch in ErfK, § 40 BetrVG, Rn. 3.

⁸²⁰ Vgl.: LAG Hamburg vom 26. 10. 2006 in NZA-RR 2007, S. 154 (154); LAG Köln vom 20.02.2006 in NZA-RR 2006, S. 434 (434).

⁸²¹ Vgl.: Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Möller-Glöge, ArbGG, § 84 Rn. 14.

⁸²² Vgl.: LAG Köln vom 20.02.2006 in NZA-RR 2006, S. 434 (434); LAG Hamburg vom 26. 10. 2006 in NZA-RR 2007, S. 154 ff. (154).

⁸²³ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 168.

stimmten Tag hinaus fortbesteht bzw. aufgelöst wird.⁸²⁴ In diesen Fällen ist der Gegenstandswert entsprechend § 42 IV GKG mit drei Monatsverdiensten anzusetzen.⁸²⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nicht auf die Monatsverdienste im Ausbildungsverhältnis, sondern auf das Entgelt des Arbeitsverhältnisses nach der Übernahme, um die es in dem Verfahren geht, abzustellen ist.

2. Auszubildender als Antragsteller

a. Feststellungsantrag, dass Beschäftigungsverhältnis zustande gekommen ist

Breibt der Auszubildende im Urteilsverfahren die Feststellung, dass gemäß § 78a II BetrVG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, liegt ebenso wie bei einem arbeitgeberseitigen Verfahren nach § 78a IV BetrVG eine mit drei Monatsverdiensten zu bewertende Bestandsstreitigkeit vor, weil die Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses wie in einem Kündigungsverfahren zu bewerten ist.⁸²⁶

b. Antrag auf tatsächliche Beschäftigung

Da der übernommene Auszubildende nicht automatisch einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im zustande gekommenen Arbeitsverhältnis hat, muss der Auszubildende diese Beschäftigung gegebenenfalls klageweise im Rahmen einer Leistungsklage geltend machen. Der Streitwert eines solchen Antrages ist entsprechend der Situation bei einem Weiterbeschäftigungsantrag im Kündigungsverfahren zu bemessen und folglich mit einem Monatsverdienst anzusetzen.⁸²⁷

3. Ergebnis

In Beschlussverfahren des § 78a BetrVG werden keine Gerichtskosten erhoben. Die Festsetzung des Gegenstandswertes zur Berechnung der anwaltlichen Vergütung erfolgt über die §§ 33 I, 23 RVG und wird vom Gericht nach billigem Ermessen i.S.d. § 23 III 2 RVG bestimmt. Stellt der Arbeitgeber einen Antrag nach § 78a IV BetrVG, handelt es sich um eine einem Kündigungsverfahren ähnliche Situation, so dass der Streitwert

⁸²⁴ Vgl.: LAG Hamburg vom 26. 10. 2006 in NZA-RR 2007; S. 154 ff. (154); Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 168.

⁸²⁵ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 168; Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, Rn. 745; in der Begründung auch das LAG Köln vom 20.02.2006 in NZA-RR 2006, 434, das als Streitwert jedoch im Rahmen seines Ermessens nur zwei Monatsgehälter ansetzt, sich diesem anschließend Weigand in GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 54.

⁸²⁶ Vgl.: Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, Rn. 745; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 43; a.A.: LAG Köln vom 20.02.2006 in AuR 2006, S. 216, das zwei Monatsgehälter als Streitwert festsetzt.

⁸²⁷ So auch Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 168; Ostrowicz/Künzl/Schäfer, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens Rn. 745.

mit drei Monatsverdiensten des sich an die Ausbildung anschließenden Arbeitsverhältnisses anzusetzen ist. Dies gilt entsprechend, wenn der Auszubildende die Feststellung betreibt, ein Arbeitsverhältnis sei zustande gekommen. Bei klageweiser Durchsetzung der tatsächlichen Beschäftigung ist hingegen nur ein Monatsverdienst anzusetzen, weil die Situation einem Weiterbeschäftigungsantrag im Kündigungsverfahren entspricht.

F. Kosten der Rechtsvertretung des Auszubildenden

Dem Arbeitgeber obliegt es aufgrund § 40 I BetrVG, die Kosten und den Sachaufwand des Betriebsrates zu tragen.⁸²⁸ Dies gilt gemäß § 73 II BetrVG auch für die Kosten der Jugend- und Auszubildendenvertretung. Hierunter fallen zumeist auch die Kosten der gerichtlichen und außergerichtlichen rechtlichen Beratung der betriebsverfassungsrechtlichen Organe oder einzelner Mitglieder, wenn diese im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Organs stehen.⁸²⁹

Durch eine Streitigkeit nach § 78a BetrVG entsteht dem Arbeitgeber jedoch keine Kostentragungspflicht gemäß § 40 I BetrVG gegenüber dem Auszubildenden.⁸³⁰ Denn bei den Kosten für die Rechtsvertretung des Mandatsträgers handelt es sich nicht um Kosten der Tätigkeit oder im Namen eines Betriebsverfassungsgremiums. Vielmehr nimmt der Auszubildende nur eigene Interessen, nämlich die Übernahme in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis, gegenüber dem Arbeitgeber wahr, die keine Erstattungspflichten begründen.⁸³¹ Eine solche Wahrnehmung individualrechtlicher Interessen durch ein Organmitglied kann keinen Kostenerstattungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber auslösen, weil der Auszubildende zwar Mandatsträger ist, aber in diesen Fällen so zu behandeln ist wie jeder andere Arbeitnehmer, der lediglich individualrechtliche Interessen verfolgt.⁸³² Eine kostentragungspflichtige Besserstellung seiner Person gegenüber anderen Beschäftigten ist weder geboten noch erlaubt. Die Kosten des Verfahrens für den Auszubildenden würde jedoch eine bestehende Rechtsschutzversicherung tragen. Bei Gewerkschaftsmitgliedern würde überdies nach abgelaufener Wartezeit die DGB-Rechtsschutz-GmbH eine arbeitsgerichtliche Vertretung übernehmen.⁸³³

⁸²⁸ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 40, Rn. 3; Reichold in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 40, Rn. 2; Eisemann/Koch in ErfK, § 40 BetrVG, Rn. 1.

⁸²⁹ Vgl.: Reichold in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 40, Rn. 12; Eisemann/Koch in ErfK, § 40 BetrVG, Rn. 3 ff.; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 40, Rn. 18 ff.; Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn. 30; Schwarze/Hartwig „Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren“ in JuS 2005, S. 1089 ff. (1093); Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 8.

⁸³⁰ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 53; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 26; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 11; Moderegger, „Aktuell im Herbst 2004: Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in ArbRB 2004, S. 280 ff. (282).

⁸³¹ So auch das BAG vom 05.04.2000 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 33; Weigand in GK-KR, § 78a, Rn. 54; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 8.

⁸³² Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 53.

⁸³³ Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn. 30.

G. Zusammenfassung

Bezüglich der prozessualen Vorgänge im Zusammenhang mit § 78a BetrVG lässt sich festhalten, dass es bei der Frage, welche Anträge gestellt werden müssen, zum einen entscheidend darauf ankommt, ob Arbeitgeber oder Auszubildender Antragsteller des Verfahrens ist, sowie darauf, zu welchem Zeitpunkt der Antrag gestellt wird. Außerdem erhebt sich die Frage, ob die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung oder die persönliche Voraussetzungen des Auszubildenden bestritten oder nur Bestandteile des grundsätzlich unstrittigen Weiterbeschäftigungsverhältnisses in Frage gestellt werden.

Der Arbeitgeber bedient sich erfahrungsgemäß eines Feststellungs- oder Auflösungsantrags i.S.d. § 78a IV BetrVG, um die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden durch ein Gestaltungsurteil feststellen zu lassen, welches ex nunc Wirkung entfaltet, so dass für den Zeitraum zwischen Beendigung des Ausbildungsverhältnisses und letztinstanzlicher Entscheidung eines Instanzgerichts ein wirksames Beschäftigungsverhältnis mit allen wechselseitigen Rechten und Pflichten besteht. Dem Arbeitgeber steht es ferner offen, den Inhalt des konkreten Weiterbeschäftigungsverhältnisses, die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a BetrVG gerichtlich überprüfen zu lassen oder die ihm zustehenden Rechte des § 78a BetrVG bzw. diesbezügliche Vorfragen im einstweiligen Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten durchzusetzen. Es wird ihm allerdings nur in Ausnahmefällen gelingen, die erforderlichen Verfügungsgründe glaubhaft zu machen, weil ihm die Rechtsdurchsetzung regelmäßig nicht durch das Abwarten einer Hauptsacheentscheidung erschwert oder ausgeschlossen wird.

Der Auszubildende kann auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses oder dessen Inhalts klagen oder in einer Leistungsklage seine Lohnansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis geltend machen bzw. auch seine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb verlangen. Darüber hinaus kann er seine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb in einem einstweiligen Verfügungsverfahren klageweise geltend machen, wobei der Verfügungsanspruch des Auszubildenden dadurch, dass es für einen Arbeitnehmer in einem bestehenden Arbeitsverhältnis von großer Bedeutung ist, tatsächlich seiner beruflichen Tätigkeit nachzugehen, regelmäßig als gegeben anzusehen ist.

Die Beweislastverteilung zwischen den Parteien in Verfahren nach § 78a BetrVG richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Urteils- bzw. Beschlussverfahren. Im Rahmen eines Urteilsverfahrens nach § 78 II a BetrVG obliegt die Darlegungs- und Beweislast der Partei, für die die Tatsachen günstig sind. Handelt es

sich um ein Beschlussverfahren i.S.d. § 78a IV BetrVG, gilt hingegen der Amtsermittlungsgrundsatz.

Neben Arbeitgeber und Auszubildenden sind in Verfahren nach § 78a BetrVG gemäß § 78a IV 2 BetrVG der Betriebsrat bzw. die Bordvertretung oder der Seebetriebsrat beteiligt, daneben ggf. auch die Jugend- und Auszubildendenvertretung, wenn der Auszubildende ihr angehört. Eine Beteiligung des Konzernbetriebsrats ist dagegen grundsätzlich nicht geboten.

Da im Beschlussverfahren des § 78a BetrVG keine Gerichtskosten erhoben werden, erfolgt die Festsetzung des Gegenstandswertes zur Berechnung der anwaltlichen Vergütung über die §§ 33 I, 23 RVG und wird vom Gericht nach billigem Ermessen i.S.d. § 23 III 2 RVG bestimmt. Stellt der Arbeitgeber einen Antrag nach § 78a IV BetrVG oder betreibt der Auszubildende die Feststellung eines zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses, handelt es sich um eine einem Kündigungsverfahren ähnliche Situation, so dass der Streitwert mit drei Monatsverdiensten eines sich an die Ausbildung anschließenden Arbeitsverhältnisses anzusetzen ist. Bei der klageweisen Durchsetzung einer tatsächlichen Beschäftigung ist hingegen nur ein Monatsverdienst zugrunde zu legen, weil die Situation einem Weiterbeschäftigungsantrag im Kündigungsverfahren entspricht.

Obwohl es dem Arbeitgeber gemäß §§ 40 I, 72 II BetrVG obliegt, die Kosten und den Sachaufwand des Betriebsrates und der Jugend- und Auszubildendenvertretung zu tragen, und zwar einschließlich der Kosten einer tätigkeitsbezogenen gerichtlichen und außergerichtlichen rechtlichen Beratung der betriebsverfassungsrechtlichen Organe oder einzelner Mitglieder, entsteht dem Arbeitgeber aus § 78a BetrVG keine Kostentragungspflicht gegenüber dem Auszubildenden. Dies beruht darauf, dass es sich bei den Kosten für die Rechtsvertretung des Mandatsträgers nicht um Kosten der Tätigkeit oder im Namen des jeweiligen Betriebsverfassungsgremiums handelt, sondern um Kosten aus der Wahrnehmung individualrechtlicher Interessen des Auszubildenden.

VIII. Ergebnis Teil A

Der 1974 neu in das BetrVG eingefügte § 78a BetrVG schützt die in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen vor der Benachteiligung durch den Arbeitgeber bei Übernahmen nach Ablauf ihrer Ausbildungszeit. Er dient außerdem der Sicherung der Kontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und soll es den Auszubildenden ermöglichen, die Mandate ohne Furcht vor Nachteilen für ihren beruflichen Werdegang wahrzunehmen, und dadurch die Unabhängigkeit der Amtsführung sicherstellen. Darüber hinaus soll die Bereitschaft zum betriebsverfassungsrechtlichen

Engagement bei Jugendvertreter- und Betriebsratswahlen gefördert werden. Eine Rangfolge dieser Schutzzwecke lässt sich weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus der Gesetzesbegründung erkennen, so dass sie als gleichwertig anzusehen sind. Nach der Schaffung des § 78a BetrVG stand diese Norm immer wieder in der Kritik und es wurden Änderungsmöglichkeiten diskutiert, die von der Streichung über kleine Änderungen bis hin zur Ausweitung der Norm reichten. Diese Diskussion ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 78a BetrVG mit seiner Weiterbeschäftigungsverpflichtung einen tief greifenden Eingriff in die Grundrechte der Arbeitgeber darstellt, weil er ein neues Beschäftigungsverhältnis des Auszubildenden nach Abschluss des ursprünglichen Ausbildungsverhältnisses ohne den Willen des Arbeitgebers erst begründet und nicht nur dessen Inhalt ausgestaltet. Da dies einen Eingriff in die durch Art. 12 I 1 GG geschützte Privatautonomie des Arbeitgebers darstellt, muss die Norm verfassungsgemäß interpretiert werden. Das heißt: Der Begriff der „Unzumutbarkeit“ muss weit ausgelegt werden und sich auch auf die Leistungsfähigkeit der Auszubildenden erstrecken, so dass ein Qualitätsvergleich mandatierter und nicht mandatierter Auszubildender erfolgen darf. Dies ergibt sich auch aus Art. 3 GG.

Den Schutz des § 78a BetrVG genießen Auszubildende, wobei der Begriff des Auszubildenden sich an der Begriffsbestimmung des BBiG zu orientieren hat, so dass Auszubildender i.S.d. § 78a BetrVG zumindest derjenige ist, der nach Maßgabe der §§ 3 ff. BBiG in einem Berufsausbildungsverhältnis steht, in dem die für den Ausbildungsberuf notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse in einem geordneten dualen Ausbildungsgang vermittelt werden.

Beschäftigte, die in einem anderen Vertragsverhältnis i.S.d. 26 BBiG angestellt sind, können nur dann den Schutz des § 78a BetrVG in Anspruch nehmen, wenn sie eingestellt worden sind, um in einem geordneten Ausbildungsgang von mindestens zwei Jahren berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben, so dass sich der Schutz grundsätzlich nicht auf Volontärsverhältnisse, Fortbildungen, Umschulungen, Praktika und Traineeprogramme erstreckt. Der § 78a BetrVG setzt weiter ein tatsächliches Mandatsverhältnis des Auszubildenden in einem der genannten betriebsverfassungsrechtlichen oder einer anderen Vertretung gemäß § 3 I Nr. 1, 2 und 3 BetrVG voraus, nicht jedoch in einem Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, einer Gesamtjugendvertretung oder einer Vertretung nach § 3 II Nr. 4 und 5 BetrVG. Mitglieder des Wahlvorstandes, die unterlegenen Wahlbewerber oder Initianten einer betriebsverfassungsrechtlichen Organwahl unterliegen nicht dem Schutz, gewählte Ersatzmitglieder nur dann, wenn sie entweder endgültig in das entsprechende Organ nachrücken oder ein

verhindertes Mitglied für einen nicht unbedeutenden Zeitraum durch die aktive Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben vertreten haben.

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 78a II BetrVG ist für den Auszubildenden unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht aus § 78a I BetrVG nachgekommen ist. Er muss innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich i.S.d. § 126 BGB die Weiterbeschäftigung verlangen, wobei weder eine Begründung noch der Verweis auf eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung erforderlich ist. Es steht dem Auszubildenden frei, ein bereits erklärtes Verlangen anzufechten. Ein Widerruf des Verlangens nach dessen Zugang beim Arbeitgeber ist zwar nicht möglich, jedoch wird kein vernünftiger Arbeitgeber einen Auszubildenden an sein Verlangen binden. Eine Geltendmachung ist dann ausgeschlossen, wenn das Ausbildungsverhältnis gekündigt, ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen oder auf das Recht aus § 78a BetrVG verzichtet worden ist.

Bei einem durch § 78a BetrVG entstehenden Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein kraft Gesetzes begründetes, unbefristetes ausbildungsgerechtes Vollzeitarbeitsverhältnis, dessen Arbeitsentgelt dem üblichen Entgelt des ersten Berufsjahres entsprechen muss. Falls unbefristete Vollzeitstellen nicht zur Verfügung stehen, sind gegebenenfalls Teilzeit- oder befristete Stelle anzubieten oder die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist nach § 78a IV BetrVG gerichtlich feststellen zu lassen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a II BetrVG begründet jedoch keinen direkten Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Betrieb; dieser könnte bei sich aus § 78a BetrVG ergebenden Arbeitsverhältnissen nur arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden. Dem Betriebsrat steht weder aus § 78a II S.1 BetrVG noch aus § 78a IV BetrVG ein Mitwirkungsrecht zu. Bei der konkreten Eingruppierung des zu übernehmenden Auszubildenden hat der Betriebsrat jedoch Mitwirkungsrechte nach § 99 BetrVG.

Die Weiterbeschäftigung kann dem Arbeitgeber aus persönlichen, verhaltensbedingten oder betrieblichen Gründen unzumutbar sein, wobei geringere Anforderungen als bei § 626 BGB ausreichen. Sollten die Voraussetzungen des § 626 I BGB aber vorliegen, so ist für einen Arbeitgeber immer die Weiterbeschäftigung unzumutbar. Eine personen- oder verhaltensbedingte Unzumutbarkeit kann nur gegeben sein, wenn eine Pflichtverletzung zumindest auch gegen die Pflichten aus dem Ausbildungsverhältnis verstößt. Neben eindeutigen verhaltensbedingten Unzumutbarkeitsgründen sind auch der Nichtabschluss der Ausbildung und ungenügende Qualifikationen oder Fähigkeiten Gründe, um Unzumutbarkeit anzunehmen, wenn ein Leistungs- oder Qualitätsvergleich zwischen Mandatsträgern und normalen Auszubildenden ergibt, dass ein Unterschied von

mindestens einer vollen Note besteht. Eine betriebsbedingte Unzumutbarkeit ist stets gegeben, wenn im Betrieb zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung kein freier, vollwertiger ausbildungsgerechter Arbeitsplatz für den Mandatsträger zur Verfügung steht oder seiner Übernahme gesetzliche oder tarifliche Verbote entgegenstehen. Freie Arbeitsplätze auf einer niedrigeren Stufe sind dem Auszubildenden mit entsprechend reduziertem Entgelt anzubieten. Innerhalb von drei Monaten vor oder nach dem Ende der Ausbildung frei werdende Arbeitsplätze auf einer ausbildungsgerechten Stufe sind dem Auszubildenden anzubieten, wenn nicht die Besetzung zum vorgesehenen Zeitpunkt aufgrund der wirtschaftlichen und betrieblichen Umstände erforderlich ist.

Arbeitgeber stellen im Zusammenhang mit § 78a BetrVG meist einen Feststellungs- oder Auflösungsantrag i.S.d. § 78a IV BetrVG, um die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden durch ein Gestaltungsurteil feststellen zu lassen. Es steht ihnen außerdem offen, den Inhalt des konkreten Weiterbeschäftigungsverhältnisses, die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a BetrVG gerichtlich überprüfen zu lassen oder diesbezügliche Vorfragen im einstweiligen Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten vorzubringen. Es wird einem Arbeitgeber allerdings nur in Ausnahmefällen gelingen, die erforderlichen Verfügungsgründe glaubhaft zu machen, weil ihm die Rechtsdurchsetzung regelmäßig nicht durch das Abwarten der Entscheidung der Hauptsache erschwert oder ausgeschlossen werden.

Auszubildende können auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses oder dessen Inhalts klagen oder in einer Leistungsklage Lohnansprüche aus diesem Beschäftigungsverhältnis geltend machen bzw. eine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb verlangen. Letzteres ist auch im einstweiligen Verfügungsverfahren möglich. Die Beweislastverteilung zwischen den Parteien richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Urteils- bzw. Beschlussverfahren. Im Beschlussverfahren des § 78a BetrVG werden keine Gerichtskosten erhoben, so dass die Festsetzung des Gegenstandswertes zur Berechnung der anwaltlichen Vergütung über die §§ 33 I, 23 RVG erfolgt und vom Gericht nach billigem Ermessen i.S.d. § 23 III 2 RVG bestimmt wird. Dem Arbeitgeber entsteht aus § 78a BetrVG keine Kostentragungspflicht gegenüber dem Auszubildenden, weil es sich bei den Kosten für die Rechtsvertretung des Mandatsträgers nicht um Kosten der Tätigkeit oder im Namen des jeweiligen Betriebsverfassungsgremiums handelt.

Teil B: Auswirkungen des § 78a BetrVG für Auszubildende und Arbeitgeber

In diesem Teil der Untersuchung werden die Auswirkungen des § 78a BetrVG auf die Auszubildenden, die Unternehmen und den Arbeitsmarkt dargestellt sowie weitere Probleme beleuchtet, die eine Anwendung der Norm nach sich zieht.

I. Auswirkungen von Gesetzen

Zuerst soll zum besseren Verständnis kurz erörtert werden, wie sich gesetzliche und insbesondere arbeitsrechtliche Normen auf die ihnen Unterworfenen auswirken und ob darüber hinausgehende Effekte zu beobachten sind.

A. Unmittelbare Auswirkungen

Eine gesetzliche Norm führt durch die Setzung von festgeschriebenen Handlungsweisen und die Festlegung von Rechtsfolgen, die gegebenenfalls auch gegen den Willen der ihr Unterworfenen eintreten, unmittelbar zu den gewünschten Ergebnissen und Effekten des Normgebers, die sich meist in der Gesetzbegründung finden, zum Teil aber auch darüber hinausgehen.⁸³⁴

Bei § 78a BetrVG ist die gewünschte Folge der Schutz der in Ausbildung befindlichen betriebsverfassungsrechtlichen Mandatsträger und der entsprechenden Organe, indem die Mandatsträger im Anschluss an ihr Ausbildungsverhältnis in ein unbefristetes Ausbildungsverhältnis übernommen werden müssen, wenn sie dies verlangen und eine Übernahme dem Arbeitgeber nicht unzumutbar ist.

Für die betroffenen Auszubildenden stellt die Regelung grundsätzlich eine Steigerung an Rechtssicherheit bzgl. eines möglichen Weiterbeschäftigungsverhältnisses im Betrieb dar. Ob sich dies auch in einer Steigerung des betriebsverfassungsrechtlichen Engagements niederschlägt, ist bisher empirisch weder belegt noch widerlegt.

B. Mittelbare Auswirkungen

Jedes Gesetz bzw. dessen Reform oder eine Änderung der Rechtsprechung kann, neben den unmittelbar daraus ihr resultierenden gewollten und zumindest vom Gesetzgeber als positiv bewerteten Folgen mittelbar negative Auswirkungen nach sich ziehen.⁸³⁵

⁸³⁴ Siehe zu den Wirkungen von Gesetzen: Brandt; „Vergleich zwischen Zielsetzung des Gesetzgebers und den tatsächlichen Wirkungen des Gesetzes“ in Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, S. 23 ff. (23); Hof, „Einführung“ in Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, S. 15 ff. (15 ff.).

⁸³⁵ Siehe für das Kündigungsrecht z.B.: Schiefer, „Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis“ in NZA 2002, S. 770 ff. (770) oder Rühthers, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1608); zu möglichen Flexibilisierungen des Arbeitsrechts: Thüsing, „Flexibilität und Sicherheit - Eine neue Balance im Arbeitsrecht“ in NJW 2005, S. 3477 ff.

Dies kann sich insbesondere aus dem Verhalten bzw. der Anpassung des Verhaltens derjenigen ergeben, die dem Gesetz unterworfen sind. Ferner können Dritte, die nicht Adressat der Norm, Nachteile erleiden bzw. keine Vorteile erlangen.

C. Auswirkungen arbeitsrechtlicher Normen

Für den Bereich des Arbeitsrechts lässt sich ein Zusammenhang zwischen der legislativen und der judikativen Rechtssetzung, ihren Änderungen und den unmittelbaren Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt nicht leugnen, sondern ist vielfach belegt.⁸³⁶ Dies gilt insbesondere, wenn Gesetze bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern, wie z.B. Frauen, Auszubildende oder Behinderte, einem besonderen Bestands- oder Kündigungsschutz unterwerfen oder den bereits bestehenden Schutz ausweiten. Dieser gesteigerte Schutz kann sich nicht nur negativ auf andere, nicht betroffene, Arbeitnehmer sondern langfristig in genau demselben gesteigerten Ausmaß ebenfalls nachteilig auf die eigentlich schützenswerten Gruppen auswirken.⁸³⁷

1. Arbeitsrechts als Richterrecht

Besonders kompliziert und intransparent für den laienhaften Rechtsanwender, wie es die meisten Arbeitgeber in Deutschland sind,⁸³⁸ stellt sich der Wirkung der Änderung von rechtlichen Rahmenbedingungen vor allem dann dar, wenn es sich bei dem betroffenen Rechtsbereich wesentlich um Richterrecht handelt, dessen Ausgestaltung stark von der richterlichen Interpretation geprägt wird. Dies ist beim deutschen Arbeitsrecht der Fall.⁸³⁹

Die Kenntnis des normierten Rechts reicht dann nicht für eine sichere Rechtsanwendung aus und führt zu juristischen Fehleinschätzungen.⁸⁴⁰ Daraus ergibt sich eine hohe Rechtsunsicherheit, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtsklarheit widerspricht.⁸⁴¹ Hieraus resultiert auch die Beobachtung der Rechtsanwender in den Unternehmen,

⁸³⁶ Vgl.: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ In NJW 2003, S. 546 ff. (546); Schramm/Schlese/Kattenbach in Schramm/Zachert, Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 7 ff.; Bradtke/Fischer/Hübner/Schramm/Zachert, „Personalpolitische Wirkungen von Arbeitsrechtsreformen“ in WSI Mitteilungen 2004, S. 138 ff. (138 ff.).

⁸³⁷ Adomeit, „Die Agenda 20 -10 – sozialphilosophisch“ in NJW 2003, S. 2356-2358.

⁸³⁸ Ca. 70 % der sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplätze in Deutschland entfallen auf den Mittelstand und auf Kleinbetriebe, die meistens über keine arbeitsrechtlich geschulten Mitarbeiter verfügen, siehe hierzu: Wagner/Koller/Schnabel, „Sind mittelständische Betriebe der Jobmotor der deutschen Wirtschaft?“, S. 10; Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Mittelstandsreport 2009, S. 15.

⁸³⁹ Diesbezüglich führt Rütters aus, dass aufgrund des deutschen Richterrechts im Kündigungsschutzrecht der Aufwand und Ertrag der Regeln in keinem sinnvollen Verhältnis zueinander mehr stehen, weil die anfänglichen, gesetzgeberischen Normzwecke durch das Richterrecht in vielen Bereichen unzulässig verfälscht worden sind und dies keine Vorteile aber viele Nachteile für die Gesamtheit der Arbeitnehmer bringt: vgl. Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1608).

⁸⁴⁰ Vgl.: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ In NJW 2003, S. 546 ff. (546); Schmidt/Worobiej in Schramm/Zachert, Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 54 ff.; Schiefer, „Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis“ in NZA 2002, S. 770 ff. (777).

⁸⁴¹ Vgl. Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1608).

dass das gefühlte Arbeitsrecht nicht mit dem geschriebenen Recht übereinstimmt bzw. eine wesentliche Differenz zwischen der tatsächlichen – durch Gerichte festgestellten - und der vermeintlichen – in den Gesetzen enthaltenen - Rechtslage besteht.⁸⁴² Diese Situation ist umso gravierender, weil die Unternehmen das Arbeitsrecht, dem sie unterliegen, als wichtigen Standortfaktor für Investitionsentscheidungen in Deutschland betrachten, selbst wenn der arbeitsrechtliche Rahmen objektiv nicht die ökonomische Wichtigkeit besitzt, wie er im subjektiven Maße von den Unternehmen wahrgenommen wird.⁸⁴³ Diese Rechtsunsicherheit führt im Ergebnis zu einer reduzierten oder verlangsamten Handlungsweise der Unternehmen, weil sie erst in langwierigen Prozessen unter Zuhilfenahme interner oder externer Berater ein Höchstmaß an Rechtssicherheit herstellen müssen.

Die stets eintretende Auswirkung der Neuschaffung oder Änderung von Gesetzen und ist auch bei der richterlichen Auslegung zu beachten.

2. Weitreichende Folgen der Normsetzung

Veränderungen der Rechtslage können sich im Arbeitsrecht nicht nur auf den eigentlich geschützten Personenkreis beziehen, sondern darüber hinaus auch Auswirkungen auf weitere Arbeitnehmer, den Betrieb oder sogar auf den Arbeitsmarkt als Ganzes entfalten. Im Ergebnis kann dies bedeuten, dass die Norm für eine einzelne, die geschützte Person - zumindest kurzfristig - positive Wirkung nach sich ziehen könnte, im Gesamtkontext aber als kontraproduktiv zu werten wäre, weil die mittelbaren negativen Folgen der Norm für die Arbeitnehmer oder die Arbeitgeber in einer Gesamtschau überwiegen.⁸⁴⁴

Diese negativen Auswirkungen können sich langfristig möglicherweise sogar auf den an sich schützenswerten Personenkreis, d.h. im vorliegend zu betrachtenden Fall die sich in Ausbildung befindlichen Mandatsträger, negativ auswirken. Dies kann daraus resultieren, dass der eigentlich gewollte Schutz der Mandatsträger mittelbar ins Gegenteil verkehrt wird, indem z.B. entweder ihre Arbeit im Betrieb nicht mehr die Unterstützung erfährt, die sie erfahren sollte, oder indem die Arbeitnehmergruppe, der sie angehören, insgesamt weniger vom Unternehmen beschäftigt oder eingestellt wird.

⁸⁴² Vgl.: Bradtke/Fischer/Hübner/Schramm/Zachert, „Personalpolitische Wirkungen von Arbeitsrechtsreformen“ in WSI Mitteilungen 2004, S. 138 ff. (139); Schramm/Zachert in Schramm/Zachert, Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 359.

⁸⁴³ Vgl.: Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1608); Kissel, Standortfaktor Arbeitsrecht, S. 84.

⁸⁴⁴ Siehe hierzu für den Kündigungsschutz im Allgemeinen und den Sonderkündigungsschutz im speziellen: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ In NJW 2003, S. 546 ff. (546); Albach, Die Beschäftigungsentscheidung der Unternehmungen, S. 12 ff. ; Zachert in Schramm/Zachert, Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung, S. 37.

Die negative Auswirkung einzelner arbeitsrechtlicher Schutznormen kann sich in einer Gesamtschau des Arbeitsrechts –unter Berücksichtigung seiner vielfach gegebenen Normen zum Schutz einzelner Personengruppen - noch potenzieren.⁸⁴⁵ Gerade bei gänzlich neuen Normen ist es für den Gesetzgeber schwer abzuschätzen, zu welchen Folgen die Norm tatsächlich führen könnte.

3. Ergebnis

Bei der Betrachtung möglicher negativer Auswirkungen des § 78a BetrVG ist zwischen den Folgen zu unterscheiden, die sich mittel- und unmittelbar bei den Arbeitgebern einstellen, und jenen, die auf Seiten der Auszubildenden und der übrigen Arbeitnehmer eintreten und auch aus den arbeitgeberseitigen Auswirkungen des § 78a BetrVG resultieren.

Des Weiteren ist zu untersuchen, ob aus § 78a BetrVG über diese negativen Folgen hinaus weitere Probleme erwachsen, die weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung oder die Literatur bisher ausreichend berücksichtigt haben.

D. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt, dass jede Gesetzesnorm verschiedene Auswirkungen entfaltet, die zum einen positiv wie negativ sein und zum anderen mittelbar als auch unmittelbar auftreten können. Im Bereich des Arbeitsrechts können sich diese Effekte sowohl auf Seiten des Arbeitgebers und des Auszubildenden einstellen als auch den gesamten Arbeitsmarkt betreffen. Die Tatsache, dass im Bereich des Arbeitsrechts das Richterrecht ein starke Stellung einnimmt und somit die Kenntnis des normierten Rechts nicht ausreicht, führt zu Rechtsunsicherheiten, die weitere Auswirkungen nach sich ziehen können. Dies könnte den Betrachter zu dem Schluss kommen lassen, dass bei der Norm im Ganzen die negativen Auswirkungen überwiegen. Vor der Integration des § 78a BetrVG in das Betriebsverfassungsrecht konnte zwar vom Gesetzgeber theoretisch durchdacht werden, zu welchen Folgen die Norm führen könnte, jedoch zeigen sich viele Auswirkungen in ihrem ganzen Umfang erst in der praktischen Anwendung.

II. Arbeitgeberseitige Auswirkungen des § 78a BetrVG

Da die Rechtsfolgen des § 78a BetrVG, die Weiterbeschäftigungsansprüche der Auszubildenden in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, vor allem die Arbeitgeber in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit treffen, wirkt sich die Norm wie die meisten arbeitsrechtlichen Gesetze vor allem als – zumindest empfundene - Beschränkung auf

⁸⁴⁵ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 131, Rn. 60 ff.; 161.

Seiten der Arbeitgeber direkt, aber auch indirekt aus. Empirische Untersuchungen zu den arbeitgeberseitigen Auswirkungen des § 78a BetrVG liegen bisher nicht vor, weil sie sowohl sehr zeit- und kostenintensiv wären und auch die Bereitschaft der Unternehmen, an solchen Erhebungen teilzunehmen, eher gering ist. Einerseits müsste eine große Anzahl von Betrieben aller Branchen und Unternehmensgrößen befragt werden, andererseits stehen die Unternehmen insbesondere schriftlichen Befragungen, selbst wenn diese anonym erfolgen, sehr kritisch gegenüber, wie der Verfasser bei eigenen Versuchen und Anfragen feststellen musste.⁸⁴⁶ Mündliche Auskünfte vieler Unternehmen und die Erfahrungen bei der prozessualen Vertretung und Beratung in Bezug auf § 78a BetrVG sind jedoch nachfolgend in die Ausarbeitung eingeflossen.

Die unmittelbaren Beschränkungen und deren mittelbare Auswirkungen können vielfältiger Natur sein. Sie hängen unter anderem von der Rechtsfolge der Norm, der Branchenzugehörigkeit und Größe des Unternehmens, der Grundeinstellung des Arbeitgebers zu betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen und der wirtschaftlichen Situation und Leistungsfähigkeit des Unternehmens ab.⁸⁴⁷

Eine direkte Auswirkung könnte darin bestehen, dass die Kosten der Ausbildung insgesamt für den Arbeitgeber höher anzusetzen sind als dies ohne die Anwendung des § 78a BetrVG im Betrieb der Fall wäre, weil der Weiterbeschäftigungsanspruch der ehemaligen Auszubildenden direkt aus dem Ausbildungsverhältnis resultiert und in die arbeitgeberseitige Kostenkalkulation einzubeziehen ist. Mögliche indirekte Auswirkungen sind z. B. ein verringertes Angebot von Ausbildungsplätzen,⁸⁴⁸ um gar nicht erst der Möglichkeit eines Weiterbeschäftigungsanspruches nach § 78a BetrVG ausgesetzt zu sein, oder die Nichtförderung des Engagements von Arbeitnehmern in betriebsverfassungsrechtlichen Organen.

A. Erhöhung der Kosten der Ausbildung

Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers für Mandatsträger aus § 78a BetrVG könnte dazu führen, dass die Kosten für Ausbildungsmaßnahmen im Betrieb insgesamt steigen, weil der Arbeitgeber Auszubildende übernehmen muss, die er sonst nicht weiterbeschäftigt hätte. Wie bei allen personalpolitischen Entscheidungen berücksichtigen die Unternehmen die daraus resultierenden Kosten und vergleichen sie bei

⁸⁴⁶ Bei der Befragung von Unternehmen zu Wirkungen und Kosten des Kündigungsschutzes haben Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 27, insgesamt Antworten von nur 1.770 Unternehmen ausgewertet. Die Ergebnisse waren jedoch auch für einen Forschungsbericht des Instituts der Deutschen Wirtschaft bestimmt.

⁸⁴⁷ Vgl.: Junker in "Betriebsverfassung im europäischen Vergleich" in ZfA 2001, S. 225 ff. (243); Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ In NJW 2003, S. 546 ff. (550).

⁸⁴⁸ Sieh zum Ausbildungsverhalten von Unternehmen insgesamt: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 13 ff.

vorzunehmenden Einstellungen oder Ausbildungsvorhaben für verschiedene mögliche Alternativen.⁸⁴⁹ Betrachtet man die berufliche Ausbildung unter rein ökonomischen Gesichtspunkten, handelt es sich hierbei um eine Investition, deren Rentabilität sich ebenso wie bei anderen Sachinvestitionen des Arbeitgebers erst im Anschluss an die Investitionsphase ermitteln lässt.⁸⁵⁰

Unter den Kosten der Ausbildung sind alle Kosten des Ausbildungsbetriebes zu verstehen, die im Zusammenhang mit dem Ausbildungsprozess entstehen.⁸⁵¹ Hierzu gehören vor allem Personalkosten der Auszubildenden und der Ausbilder, Anlage- und Sachkosten sowie sonstige Kosten, die in irgendeiner Weise durch die Ausbildung bedingt sind.⁸⁵² Diese als Bruttokosten der Ausbildung bezeichneten Kosten differieren sowohl regional als auch nach Art des Ausbildungsberufes.⁸⁵³ Von ihnen sind die direkten und indirekten Erträge abzuziehen, die die Auszubildenden für den Arbeitgeber während der Ausbildungszeit erwirtschaften. Das sich daraus ergebende Delta wird als Nettokosten bezeichnet.⁸⁵⁴

Außerdem sind zu den Kosten solche hinzuzurechnen bzw. abzuziehen, die bei dem Arbeitgeber erst nach Ende der Ausbildung, im Zusammenhang mit diesen oder durch den Verbleib des Ausbildungsabsolventen im jeweiligen Betrieb anfallen oder entfallen.⁸⁵⁵

Wie bei der Kostenkalkulation des allgemeinen Kündigungsschutzes lassen sich die Kosten des Weiterbeschäftigungsanspruches des § 78a BetrVG somit in direkt und indirekt verursachte Kosten unterteilen.⁸⁵⁶

1. Direkte Kosten der Ausbildung

Die direkten Kosten ergeben sich unmittelbar aus dem Ausbildungsverhältnis bzw. stehen direkt mit diesem in Zusammenhang.⁸⁵⁷ Den direkten Kosten ist gemeinsam, dass sie aufgrund des Ausbildungsvertrages oder gesetzlicher bzw. kollektivvertraglicher

⁸⁴⁹ Vgl.: Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 26 ff., 37; Jahn, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, S. 203 ff.

⁸⁵⁰ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 139; Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition?, S. 15; Wachter, Anreizstrukturen in der betrieblichen Berufsausbildung, S. 13 ff, die von Investitionen in Humankapital sprechen.

⁸⁵¹ So bereits Warth, Lehrlingsausbildung und die Frage der Ausbildungskosten. S.26; Bardeleben/Beicht/Stockmann, Was kostet die betriebliche Ausbildung, S. 63; Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition? S. 29 ff.

⁸⁵² Vgl.: Bardeleben/Beicht/Kalman, Was kostet die betriebliche Ausbildung, S. 11; Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition? S. 29 ff.; Kath in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.1. S. 10.

⁸⁵³ Einen guten Überblick über die Bruttokosten der verschiedenen Ausbildungsberufe gibt Cramer in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.3. S. 9.

⁸⁵⁴ Vgl.: Bardeleben/Beicht/Kalman, Was kostet die betriebliche Ausbildung, S. 15; Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition? S. 30.

⁸⁵⁵ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 139.

⁸⁵⁶ Vgl.: Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 17.

⁸⁵⁷ Vgl.: Bardeleben/Beicht/Kalman, Was kostet die betriebliche Ausbildung, S. 11.

Normen nur während des Ausbildungsverhältnisses entstehen und somit für den Arbeitgeber bereits vor Beginn einer Ausbildung, mit Ausnahme eventueller Ausbildungsvergütungs- und Entgeltsteigerungen während der Ausbildungsjahre, von vornherein kalkulierbar sind.⁸⁵⁸

Der Arbeitgeber weiß somit vor und während der laufenden Ausbildung, in welcher Höhe die direkten Kosten des Ausbildungsvorhabens für ihn ausfallen werden. Zu den direkten Kostenarten zählen die Personalkosten, die Anlage- und Sachkosten, die sonstigen Kosten sowie die Kosten für eventuell zu berücksichtigende tarifliche oder anderweitige Weiterbeschäftigungspflichten.⁸⁵⁹

a. Vergütungen und Sozialleistungen

Zu den Ausbildungskosten gehören an prominenter Stelle die monatlichen Vergütungen der Auszubildenden und ihrer haupt- oder nebenberuflichen Ausbilder im Betrieb nebst den dazugehörigen gesetzlichen und tariflichen Sozialleistungen, d.h. vor allem Arbeitslosen-, Kranken- und Rentenversicherungsbeiträge. Der Kostenblock der Personalkosten für Auszubildende und Ausbilder steht in einer Gesamtschau der Ausbildungskosten mit einem Anteil von ca. 90 % deutlich an erster Stelle, wobei auf die Personalkosten der Auszubildenden durchschnittlich ca. 50% und auf die der Ausbilder durchschnittlich ca. 35 % entfallen.⁸⁶⁰

Diese Kosten sind abhängig von der jeweiligen Region und Branche, in der der Auszubildende und seine Ausbilder tätig sind, sowie von der jeweiligen entgeltlichen Eingruppierung im Tarifsystem bzw. im Betrieb.⁸⁶¹ Im Jahr 2005 lagen die tariflichen Ausbildungsvergütungen in den alten Bundesländern im Gesamtdurchschnitt bei 623 Euro pro Monat. In den neuen Ländern betragen sie im selben Jahr im Gesamtdurchschnitt 529 € pro Monat.⁸⁶²

Die Personalkosten bilden somit den Kostenbestandteil der Ausbildung, der dessen Großteil ausmacht. Jeder Ausbildungsbetrieb kann jedoch vor dem Beginn der Ausbildung ziemlich genau berechnen, welche Entgeltkosten ihm durch die Ausbildung entstehen werden.

⁸⁵⁸ Vgl.: Cramer in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.3. S. 11; Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 143.

⁸⁵⁹ Vgl.: Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition? S. 43; Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 140 ff.

⁸⁶⁰ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 140; Cramer in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.3. S. 9.

⁸⁶¹ Siehe die Übersicht über die Ausbildungskosten nach Ausbildungsberufen bei: Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 32, die, obwohl veraltet, die unterschiedlichen Ausbildungsvergütungen verdeutlicht.

⁸⁶² Siehe BMBF, Berufsbildungsbericht 2006, S. 174 ff.

b. Anlage- und Sachkosten

Unter Anlage- und Sachkosten sind die Kosten der Ausbildung zu verstehen, die anfallen, weil der Auszubildende Werkzeug- und Maschinenausstattung, sowie EDV- oder Telekommunikationsanlagen nutzt und Gebrauchsmaterial oder Energie im Rahmen der betrieblichen Ausbildung verbraucht. Diese Kosten werden für die Auszubildenden nur anteilig berücksichtigt, weil die Infrastruktur und sonstige Güter auch von den anderen Beschäftigten des Betriebs genutzt werden. Sie sind mit ca. 3 % der Ausbildungskosten anzusetzen und unterliegen im jährlichen Vergleich keinen größeren Schwankungen,⁸⁶³ so dass sie deshalb bereits vor Ausbildungsbeginn durch den Arbeitgeber ermittelt und in seinen Kalkulationen berücksichtigt werden können.

c. Sonstige Kosten

Des Weiteren sind in der Gesamtsumme der Ausbildungskosten die sonstigen Kosten für Lehrmaterialien, Gebühren für fachliche oder allgemeinen Lehrgänge und Fortbildungen sowie für Schutz- bzw. Berufsbekleidung enthalten. Außerdem hat der Arbeitgeber für die personelle Verwaltung und Betreuung der Auszubildenden eine entsprechende Organisation in Form einer Personalabteilung oder zumindest eines dafür zuständigen Mitarbeiters vorzuhalten, sofern keine Auslagerung erfolgt ist.⁸⁶⁴ Diese Kosten sind für die Unternehmen aufgrund von Erfahrungswerten relativ genau im Voraus zu kalkulieren, weil sie im Jahresvergleich nicht stark voneinander abweichen. Sie machen insgesamt ca. 8 % der Ausbildungskosten aus.⁸⁶⁵

d. Tarifvertragliche Weiterbeschäftigungspflicht

Sollte der Arbeitgeber aufgrund kollektivrechtlicher Regelungen verpflichtet sein, seine Auszubildenden nach Abschluss der Ausbildung, zumeist befristet, zu übernehmen, so sind diese Kosten ebenfalls als Kosten der Ausbildung anzusehen. Da der Arbeitgeber seine tarifvertragliche Verpflichtung bereits vor Beginn der Ausbildung kennt, kann er sich darauf einstellen und die Weiterbeschäftigungskosten im Voraus mit einkalkulieren.

e. Negative Kosten durch Nutzenbestandteile

Den Betrieben entstehen durch die eigene Ausbildung auch direkte Nutzenvorteile, die in der Kostenbetrachtung nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Diese finanziellen Vorteile entstehen, weil die Auszubildenden bereits während der Ausbildungszeit im Betrieb Arbeitsleistungen erbringen, die entweder andere Beschäf-

⁸⁶³ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 142.

⁸⁶⁴ Siehe hierzu: Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition? S. 43.

⁸⁶⁵ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 142.

tigte entlasten oder sogar dem Endkunden in Rechnung gestellt werden können und somit einen Wert für den Arbeitgeber innehaben. Sollten diese Arbeiten nicht durch Auszubildende erledigt werden, so müsste der Arbeitgeber stattdessen andere, ausschließlich teurere Beschäftigte abstellen. Der jeweilige Nutzen steigt regelmäßig mit der Fortdauer der Ausbildung und der damit einhergehenden Verbesserung von Qualifikation und Produktivität, weil der Auszubildende immer höherwertige Aufgaben übernehmen kann.⁸⁶⁶

f. Ergebnis

Dem Arbeitgeber entstehen durch die Ausbildung direkte Kosten, bei denen er jedoch bereits vor der Entscheidung, einen Auszubildenden zu beschäftigen, weiß, in welcher Höhe und für welchen Zeitraum sie anfallen werden.

Sie stellen somit für ihn eine feste, aber auch kalkulierbare Größe dar, der er die aus der Ausbildung erwachsenden direkten Nutzensvorteile gegenüberstellen kann, um zu entscheiden, ob die Ausbildung insgesamt eine lohnende Investition darstellt. Der Weiterbeschäftigungsanspruch eines Auszubildenden wirkt sich bezüglich der direkten Kosten nicht unmittelbar aus, weil diese unabhängig vom Übernahmeanspruch bereits vor dessen Geltendmachung entstehen und eine Geltendmachung insoweit zu keinerlei Veränderung der Kostenhöhe führt.

2. Indirekte Kosten der Ausbildung

Neben den kalkulierbaren direkten Kosten können dem Arbeitgeber aufgrund eines Ausbildungsverhältnisses auch indirekte Kosten entstehen, die in besonderen tatsächlichen Konstellationen und unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen anfallen und deren Höhe deshalb für den Arbeitgeber nicht oder nur schwer zu kalkulieren ist. Auf diese Kosten und deren Entstehung hat das Unternehmen zumeist keinen oder nur geringen Einfluss. Sie können einerseits bei allen Ausbildungsverhältnissen auftreten, zum anderen aber auch in speziellen Einzelfällen, wenn bestimmte Voraussetzungen zu dem allgemeinen Ausbildungsverhältnis hinzutreten.

a. Negative Kosten durch Nutzenbestandteile

Ebenso wie bei den direkten Kosten erwachsen dem Betrieb durch die eigene betriebliche Ausbildung auch indirekte Nutzungsvorteile, die bei nicht selbst durchgeführten Ausbildungsmaßnahmen für die Betriebe entfallen würden und die als Ausbildungsan-

⁸⁶⁶ Vgl.: Cramer in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.31., S. 5 ff.; Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 143; Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 58.

reize für Unternehmen fungieren können. Bei diesen sogenannten Opportunitätsenerträgen handelt es sich vor allem um die Reduzierung von Personalbeschaffungs-, Einarbeitungs- und Qualifizierungskosten, die sich dadurch ergeben, dass ein selbst ausgebildeter und anschließend übernommener Auszubildender sich mit den örtlichen und sozialen Gegebenheiten im Betrieb bereits auskennt und mit den speziellen fachlichen Abläufen vor Ort vertraut ist, die in jedem Unternehmen anders ausgestaltet sind.⁸⁶⁷

Solche Vorteile kommen nicht zum Tragen, wenn fertige Auszubildende fremder Unternehmen oder sonstige Arbeitnehmer vom Arbeitsmarkt für den eigenen Betrieb rekrutiert werden müssen. Allein die Einsparmöglichkeiten bei der Personaleinarbeitung werden mit ca. 25 % des durchschnittlichen Einkommens des ersten Berufsjahres des jeweiligen Beschäftigten angesetzt, sind aber in bei einzelnen Branchen unterschiedlich hoch.⁸⁶⁸

Die Opportunitätskostenerträge treten zum einen immer erst nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung auf, wenn die Auszubildenden über die erforderliche Qualifikation für den zu besetzenden Arbeitsplatz verfügen, zum anderen auch nur dann, wenn für die Ausbildungsabsolventen im Betrieb tatsächlich Bedarf besteht.⁸⁶⁹ Bei einer gesetzlichen Übernahmepflicht bei Ausbildung über den Bedarf hinaus oder der Übernahme von Auszubildenden, die nicht über die seitens des Arbeitsgebers gewünschte Qualifikation verfügen oder schlimmstenfalls die Ausbildung nicht bestanden haben, fallen somit keine oder nur geringe Opportunitätsenerträge an, weil die Beschäftigten nicht im Interesse des Arbeitgebers eingesetzt werden können.⁸⁷⁰

Die Kostenvorteile sind umso größer, je besser der selbst ausgebildete Arbeitnehmer die seitens des Unternehmens benötigten und geforderten Qualifikationen und Fähigkeiten besitzt. Vorteile sind nicht vorhanden, wenn eine Person weiterbeschäftigt werden muss, für die kein Bedarf im Betrieb besteht oder die nicht entsprechend dem gesuchten Arbeitsplatzprofil ausgebildet worden ist.

b. Kosten für betriebsverfassungsrechtliche Organe

Zu den im Betrieb des Weiteren anfallenden indirekten Kosten der Berufsausbildung, die im Zusammenhang mit dem § 78a BetrVG genannt werden müssen, gehören unter

⁸⁶⁷ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 143 ff.; Cramer in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.3.1., S. 15; Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 59; Beicht/Walden „Kosten-Nutzen-Relationen in der betrieblichen Berufsausbildung“ in Krekel/Walden Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland: Empirische Untersuchungen und Schlussfolgerungen, Seite 34 ff. (40).

⁸⁶⁸ Siehe hierzu: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 145; Beicht/Walden „Kosten-Nutzen-Relationen in der betrieblichen Berufsausbildung“ in Krekel/Walden, Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland: Empirische Untersuchungen und Schlussfolgerungen, Seite 34 ff. (40).

⁸⁶⁹ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 147.

⁸⁷⁰ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 147.

anderem die Kosten der Wahl einer Jugend- und Auszubildendenvertretung und die Kosten für deren laufenden Betriebs. Diese Kosten fallen nur an, wenn in einem Betrieb eine Jugend- und Auszubildendenvertretung gewählt werden kann, d.h. ein Betriebsrat besteht und zugleich in der Regel fünf Jugendliche beschäftigt werden, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt werden und das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.⁸⁷¹ Die Kosten dieser Wahlen hat der Arbeitgeber gemäß § 20 III BetrVG zu tragen.⁸⁷²

Die Kosten der Jugend- und Auszubildendenvertretungen beliefen sich deutschlandweit im Jahr 2003/2004 auf durchschnittlich 7,85 Euro pro Mitarbeiter,⁸⁷³ ein relativ niedriger Betrag, wenn man ihn mit den knapp 340,00 Euro jährlichen Kosten der Betriebsratsstätigkeit pro Beschäftigten vergleicht.⁸⁷⁴ Jedoch bedeutet das dauerhafte Überschreiten des dargestellten Grenzwertes von fünf beschäftigten Personen, entweder Jugendlichen oder Auszubildenden unter 26 Lebensjahren, dass die Gefahr weiterer Kosten für den Arbeitgeber entsteht, die er gegebenenfalls vermeiden möchte oder aus ökonomischen Erwägungen sogar ausschließen muss. In derartigen Fällen müsste der Arbeitgeber darauf bedacht sein, dass der Grenzwert nicht endgültig überschritten wird. Dass die Wahl und die Existenz von Jugend- und Auszubildendenvertretungen gesetzlich gewünscht ist und seitens vieler Betriebsräte gefördert wird, legitimiert diese zwar, ändert aber nichts daran, dass sie in den Betrieben Kosten verursachen, die einseitig der Arbeitgeber zu tragen hat und sich möglicherweise unter wirtschaftlichen Umständen nicht leisten kann.

Hinzu kommt, dass das deutsche Betriebsverfassungsrecht insgesamt zu einer weitgehenden betrieblichen Mitbestimmung des Betriebsrats und weiterer Gremien mit den entsprechenden Mitbestimmungskosten führt, die allein die Arbeitgeber und nicht die Arbeitnehmer tragen müssen.⁸⁷⁵ Diese Kosten beliefen sich im Jahr 2004 auf ca. 650,00 Euro pro Mitarbeiter.⁸⁷⁶ Diese Kostenbelastung wird seitens vieler Arbeitgeber als ungerechtfertigt angesehen, weil ihr keine unmittelbar messbaren Gegenleistungen gegenüberstehen.

⁸⁷¹ Siehe zu den Voraussetzungen der Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretungen: Rose in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 60 Rn. 21 ff.; Richardi/Annuaß in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 61, Rn. 3; Walter, Das Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen, S. 9 ff.

⁸⁷² Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 20 Rn. 31; Walter, Das Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen, S. 38.

⁸⁷³ D.h. pro beschäftigte Person und nicht nur pro Auszubildenden.

⁸⁷⁴ Siehe hierzu: Nienhoff.; Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 311 ff, 322 ff.

⁸⁷⁵ Vgl.: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ In NJW 2003, S. 546 ff. (552);

Nienhoff: Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 308.

⁸⁷⁶ Siehe hierzu „Betriebliche Mitbestimmung – Die Kosten sind keine Peanuts“ in Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft, Nr. 8 aus 2006, S. 4 ff. (4).

c. Kosten des Weiterbeschäftigungsanspruchs

Weitere indirekte Kosten für den Arbeitgeber können entstehen, wenn ein Auszubildender seinen Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 78a BetrVG geltend macht und der Arbeitgeber diesen erfüllen bzw. den Anspruch gerichtlich abwehren muss. Auch die gerichtliche Abwehr zieht Kosten in Form von Gerichtskosten und möglichen Anwaltskosten nach sich.⁸⁷⁷ Diese sind zwar geringer als die Entgeltkosten einer unbefristeten Weiterbeschäftigung, jedoch auch im Fall der erfolgreichen Abwehr eines Weiterbeschäftigungsverlangens ärgerlich, weil der Arbeitgeber Kosten für eine Entscheidung tragen muss, die ihm in seiner Einschätzung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung oder des Vorliegens der Voraussetzungen der Norm bestätigt hat.

Ohne einen gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruch des Auszubildenden könnte sich der Arbeitgeber für die automatische Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nach Abschluss der Ausbildung entscheiden, wenn er der Auffassung wäre, es gäbe für den Betrieb eine bessere Alternative. Eine solche Alternative könnte in der Nichtbeschäftigung des Mandatsträgers oder in der Beschäftigung eines geeigneteren Arbeitnehmers liegen.⁸⁷⁸

Da die Arbeitgeber während der gesamten Ausbildungsphase damit rechnen müssen, dass ein Auszubildender aufgrund einer bestehenden, ehemaligen oder zukünftigen betriebsverfassungsrechtlichen Organmitgliedschaft dem Schutz des § 78a BetrVG unterfällt und aufgrund eines wirksam erklärten Weiterbeschäftigungsanspruches in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen ist, müssen sie diesbezüglich vorbeugende finanzielle oder organisatorische Maßnahmen ergreifen.

Zum einen kann ein Arbeitgeber nicht im Rahmen seiner personellen Organisationshoheit uneingeschränkt über freie oder eventuell frei werdende Arbeitsplätze disponieren, weil er dort den Auszubildenden nach dessen Ausbildung zumindest vorübergehend - bis zur Feststellung der Unzumutbarkeit -, wenn nicht sogar unbefristet weiterbeschäftigen muss. Dies verringert die Anpassungsfähigkeit des Unternehmens und führt dazu, dass die Kosten von betrieblichen Personalumstellungsmaßnahmen höher sind, als dies notwendigerweise der Fall wäre.⁸⁷⁹

Gravierender ist, dass der Arbeitgeber die Kosten, die in der Folgezeit der Ausbildung aufgrund des entstehenden Beschäftigungsverhältnisses und der daraus resultierenden Entgeltansprüchen auf ihn zukommen, in seiner Kostenkalkulation hinsichtlich der Ge-

⁸⁷⁷ Vgl. Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutz in Deutschland, S. 24.

⁸⁷⁸ Vgl.: v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 174 ff.

⁸⁷⁹ So für den gesetzlichen Kündigungsschutz auch: Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 15; Jahn, Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes, S 132 ff.

samtkosten der Ausbildung einbeziehen muss. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich bei den Vergütungsansprüchen nicht um Ausbildungsvergütungen handelt, sondern um solche eines vollwertigen Beschäftigungsverhältnisses. Diese Gehälter liegen auch in den Einstiegsstufen nach abgeschlossener Ausbildung in der Regel deutlich, oft um das Zwei- bis das Dreifache über einer Ausbildungsvergütung. Wenn den Kosten der Weiterbeschäftigung keine oder nur geringe Opportunitätserträge gegenüberstehen, stellt die Weiterbeschäftigungsverpflichtung eine deutliche und schwer zu rechtfertigende Kostensteigerung zu Lasten des Arbeitgebers dar, die für ihn um so einschneidender ist, wenn er aufgrund des Weiterbeschäftigungsverlangens auf die Übernahme eines besser qualifizierten anderen Auszubildenden verzichten muss und die Situation sich Jahr für Jahr wiederholt.

Diese Punkte führen letztendlich dazu, dass die Ausbildungsverhältnisse in Betrieben, in denen Mandatsträger in betriebsverfassungsrechtlichen Organen tätig sind, höhere Ausbildungskosten verursachen als in solchen Betrieben, in denen solche Mandatsverhältnisse nicht bestehen oder nicht zu erwarten sind. Den Kostennachteil werden die Unternehmen in ihre Kostennutzenrechnung hinsichtlich eines Tätigwerdens am Ausbildungsmarkt einbeziehen. Sie werden Auszubildende nur dann einstellen, wenn die positiven Effekte der Ausbildung trotz der erhöhten Ausbildungskosten die finanzielle Investition und einzukalkulierenden Risiken rechtfertigen.

3. Ergebnis

Insgesamt lässt sich festhalten, dass durch die betriebliche Ausbildung für die Unternehmen sowohl Erträge als auch Kosten entstehen, die Weiterbeschäftigungsverpflichtung aus § 78a BetrVG dessen ungeachtet jedoch objektiv zu steigenden Ausbildungskosten zu Lasten der Arbeitgeber führt, die sich nicht automatisch durch die spätere gesetzlich bedingte tatsächlich Weiterbeschäftigung der Ausbildungsabsolventen refinanzieren lassen. Hierbei handelt es sich um indirekt verursachte Kosten, weil sie sich nicht unmittelbar aus einem bestehenden Ausbildungsverhältnis ergeben, sondern aus sich an das Ausbildungsverhältnis anschließenden Beschäftigungsverhältnissen. Diese Kosten müssen von den Arbeitgebern für die betriebsverfassungsrechtlichen Organe, in denen die Auszubildenden tätig sind, getragen werden.

In welcher Höhe solche Kosten tatsächlich im konkreten Einzelfall den Betrieben entstehen oder wie sie subjektiv auf Seiten des Arbeitgebers wahrgenommen werden, lässt sich empirisch nicht belegen. Genauso wenig kann festgestellt werden, ob die kalkulierten Bruttokosten der Ausbildungsbetriebe den tatsächlich in den Betrieben anfal-

lenden Kosten entsprechen oder ob es sich hierbei zum Teil um Fixkosten handelt, die unabhängig von einer durchgeführten Ausbildung anfallen.⁸⁸⁰

Vor allem lässt sich arbeitgeberseitig nicht planen, ob und in welcher Höhe erhöhte Kosten entstehen werden, weil sie z.B. nicht anfallen, wenn kein Weiterbeschäftigungsverlangen geltend gemacht wird oder dieses aufgrund einer Unzumutbarkeit der Beschäftigung im Einzelfall gerichtlich abgewendet werden kann.

B. Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei Übernahmen

Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG könnte des Weiteren dazu führen, dass es dem Arbeitgeber verwehrt wird, aufgrund seiner unternehmerischen Entscheidung die am besten für das Unternehmen geeigneten Ausbildungsabsolventen für eine mögliche Übernahme in ein an die Ausbildung sich anschließendes Beschäftigungsverhältnis zu berücksichtigen, obwohl eine gute und nachhaltige Personalauswahl und Stellenbesetzung Voraussetzung für erfolgreiches Wirtschaften der Unternehmen ist. Die Einstellung von leistungsschwächeren Arbeitnehmern führt hingegen zu Produktionseinbußen.⁸⁸¹

Da nach der bisherigen Rechtsprechung und h.M. der Literatur dem Arbeitgeber ein Qualifikationsvergleich im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung einer Weiterbeschäftigung versagt wird, hat der Arbeitgeber bei zu wenigen Weiterbeschäftigungsplätzen nicht die Möglichkeit, eine fachbezogene Bestenauslese vorzunehmen, um dadurch eine leistungsfähige Belegschaft zu erhalten oder aufzubauen.⁸⁸² Doch gerade hierauf zielt die auch seitens der Politik geforderte Ausbildung über den eigenen Bedarf hinaus ab, nämlich die Möglichkeit der Auswahl der besten selbstausgebildeten Auszubildenden für den eigenen Betrieb bei gleichzeitiger Freisetzung der übrigen Auszubildenden für den Arbeitsmarkt und für die Unternehmen, die nicht selber ausbilden können oder wollen, um auf diese Weise auch Defizite des Ausbildungsmarktes auszugleichen.⁸⁸³ Vor allem in Branchen, in denen eine betriebsspezifische Qualifikation oder Spezialwis-

⁸⁸⁰ Vgl.: Bardeleben/Beicht/Stockmann, Was kostet die betriebliche Ausbildung, S. 67 ff.

⁸⁸¹ Vgl.: Adomeit/Mohr, „Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz“ S. 179 ff. (179); Vgl. Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutz in Deutschland, S. 24.

⁸⁸² So z.B.: LAG Berlin vom 18. 7. 1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8 und das LAG Hamm vom 21. 10. 1992 in BB 1993, 294 oder Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Kukat, „Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 6.11.1996“ in BB 1997, S. 1794 ff. (1795); Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 44; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1465).

⁸⁸³ Vgl.: Troitsch/Krekel/Ulrich, „Wege und Instrumente zur Steigerung und Stabilisierung der betrieblichen Ausbildungsbeteiligung“ in Krekel/Walden, Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland, S. 53 ff. (55).

sen aufgrund des erworbenen Fachwissens für die Unternehmen von großer Bedeutung ist, wirkt sich das Verbot einer Bestenauslese besonders negativ aus.⁸⁸⁴

Da den Auszubildenden bewusst ist, dass bei einer Übernahme nach Ausbildungsabschluss im Normalfall der am besten qualifizierte Auszubildende durch den Arbeitgeber berücksichtigt wird, stehen alle Auszubildenden untereinander im Wettbewerb und versuchen die individuell bestmöglichen Leistungen zu erbringen. Dies stellt einen Anreiz zur Steigerung der eigenen Leistung für alle Auszubildenden dar, die sich im Durchschnitt in besseren Noten und größeren Fähigkeiten widerspiegelt.

Tritt der Fall ein, dass bedingt durch eine Ausbildung über den Bedarf hinaus mehr Auszubildende eine Übernahme nach Abschluss der Ausbildung durch den Betrieb des Arbeitgebers anstreben, als freie Plätze vorhanden sind, so hat der Arbeitgeber, sobald unter den Auszubildenden ein Mandatsträger sein sollte, diesen nach geltender Gesetzeslage und Rechtsprechung ohne Rücksicht auf etwaige Leistungsunterschiede vorrangig zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass gegebenenfalls besser qualifizierte oder geeignete Auszubildende nicht übernommen werden können, obwohl sich der Arbeitgeber für sie entschieden hat oder hätte.

Das könnte besonders in kleineren und mittleren Betrieben, in denen in Deutschland mehr als 70 % aller Arbeitsplätze angesiedelt sind, dazu führen, dass die Leistungsfähigkeit der jüngeren Mitarbeiter sinkt, weil nicht die Leistungsstärksten durch Übernahme in den Betrieben nachwachsen.⁸⁸⁵ Dies gilt selbst dann, wenn die Anzahl der aufgrund des § 78 a BetrVG weiterbeschäftigten Mandatsträger im Verhältnis zu den übernommenen Auszubildenden insgesamt eher gering ist.⁸⁸⁶

Langfristig wirkt sich dieses Manko auf den gesamten Betrieb und seine Wettbewerbsfähigkeit am Markt aus, weil sowohl die Qualifikation der übernommenen Mitarbeiter als auch die Motivation der Auszubildenden sinkt. Letztere ist dadurch begründet, dass bei den nicht mandatierten Auszubildenden, sobald ein Mandatsträger seine Weiterbeschäftigung verlangt hat oder sich dieses auch nur andeutet, die Leistungsbereitschaft in den nachfolgenden Ausbildungsabschnitten zurückgeht, weil dann feststeht, dass ihre Übernahme trotz besserer Leistung ausgeschlossen sein wird. Dies kann einen Leistungsabfall bei allen Auszubildenden bedingen, deren Übernahme nicht zu erwarten ist. Unternehmen, die sich ihrer gesamtgesellschaftspolitischen Verantwortung stellen, indem sie über den Bedarf hinaus ausbilden, haben somit das Nachsehen, weil sie durch

⁸⁸⁴ So auch Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 39.

⁸⁸⁵ Vgl.: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ in NJW 2003, S. 546 ff. (548); Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 26.

⁸⁸⁶ Zahlen zu dem Verhältnis der nach § 78 a BetrVG Weiterbeschäftigten zu den übernommenen Auszubildenden werden leider weder von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden noch anderweitig erhoben.

die Überbedarfsausbildung höhere Ausbildungskosten aufbringen müssen, diese aber nicht langfristig nachträglich durch die Übernahme der Leistungsbesten refinanzieren können. Die gut qualifizierten Leistungsträger können überdies noch von Konkurrenzunternehmen übernommen werden, die keine oder nur geringe Ausbildungskosten aufgebracht zu haben. Diese können nun mehr gut qualifizierte Fachkräfte uneingeschränkt am Markt wählen und einstellen, und sie müssen bei ihrer Einstellungsentscheidung nicht auf bisherige Mandate der Bewerber Rücksicht nehmen.

Dies ist weder für die nicht mandatierten Auszubildenden noch für die Unternehmen – und im Ergebnis langfristig auch nicht für die Gesellschaft – hinzunehmen, weil der Anreiz zur Ausbildung des eigenen Nachwuchses durch die Unternehmen und die Leistungsbereitschaft in der betrieblichen Ausbildung untergraben werden. Außerdem werden auch der Appel der Tarifvertragsparteien, über den eigenen Bedarf hinaus auszubilden, und die Klarstellung, dass Ausbildung Vorrang vor Übernahme habe,⁸⁸⁷ ad absurdum geführt, weil die Wahlmöglichkeit zwischen mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden für die Arbeitgeber nicht mehr besteht.

C. Verminderung der Einstellung und Übernahme von Auszubildenden und Arbeitnehmern

Die gesetzliche Rechtsfolge des § 78a BetrVG könnte dadurch, dass Kostensteigerungen für die Unternehmen eintreten und die Übernahme der Leistungsbesten eines Ausbildungsjahrganges versagt wird, dazu führen, dass die Ausbildungsbereitschaft der Betriebe sinkt und als Konsequenz Ausbildungsverhältnisse erst gar nicht erst eingegangen werden. Außerdem könnte das Verhalten der Arbeitgeberseite am Arbeits- und Ausbildungsmarkt auch unabhängig vom Kostenpunkt insgesamt beeinflusst werden, wenn man davon ausgeht, dass das Ausbildungsverhalten von Betrieben nicht immer nur von rein ökonomischen Parametern bestimmt wird, sondern ebenfalls sonstige Einflussfaktoren bei personalpolitischen Entscheidungen eine entscheidende Rolle spielen können.⁸⁸⁸

1. Minderung der Ausbildungstätigkeit der Unternehmen

Zunächst ist festzustellen, dass es zurzeit keine gesetzlich normierte Pflicht für Unternehmen gibt, betriebliche Ausbildung überhaupt oder in einer bestimmten personellen

⁸⁸⁷ Vgl.: Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S 1329 ff. (1329).

⁸⁸⁸ So wie dies: Grossmann/Meyer, Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition?, S. 139 ff.; und Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 139 ff, anhand einer reinen Kosten-Nutzen-Analyse der beruflichen Ausbildung versuchen.

Größenordnung durchzuführen,⁸⁸⁹ obwohl eine solche Verpflichtung bzw. zumindest die Einführung einer Ausbildungsplatzabgabe immer wieder in der politischen und gesellschaftlichen Diskussion aufkommt.⁸⁹⁰

Das Ausbildungsverhalten der Unternehmen kann neben ökonomischen Aspekten, wie z.B. den zu erwartenden Kosten oder Nutzen, auch anderen, z.B. rechtlichen oder sozialen Einflüssen unterliegen, wobei die Auswertung und Bewertung dieser Einflüsse oder möglichen Vor- oder Nachteile durch das Unternehmen nicht immer zu rationalen Ergebnissen führen muss.⁸⁹¹ Belastbare empirische Untersuchungen und Auswertungen hierzu liegen noch nicht vor oder sind nicht eindeutig, zumal die Unternehmen ihre Bewertungen auch nicht deutlich kommunizieren und im Gegensatz zu einer rein ökonomischen Kostenkalkulation deshalb schwer messbar sind.⁸⁹²

Die Rechtsfolge des § 78a BetrVG ist im Ergebnis jedoch den bekannteren Situationen ähnlich, in denen dem Arbeitgeber die Kündigung von Arbeitnehmern durch den allgemeinen oder den besonderen Kündigungsschutz oder den Bestandsschutz aus seiner Sicht unzumutbar erschwert oder verteuert wird und dies arbeitgeberseitig als Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gewertet wird.⁸⁹³ Wenn eine solche Beschneidung der personellen Organisationsfreiheit der Unternehmen vorliegt, neigen Arbeitgeber dazu, Neueinstellungen oder das Anbieten von Ausbildungsplätzen, also die Schaffung neuer Arbeits- und Ausbildungsplätze oder die Übernahme von Auszubildenden im Anschluss an die Ausbildung, nach Möglichkeit zu vermeiden oder erst nach reiflicher Überlegung und längerer Vorlaufzeit vorzunehmen. Schlimmstenfalls kann die Unmöglichkeit oder Erschwerung von Kündigungen bzw. der Zwang zur Weiterbeschäftigung dazu führen, dass der Arbeitgeber Auszubildende kurzfristig gar nicht einstellt oder übernimmt bzw. sich gänzlich vom Ausbildungsmarkt zurückzieht. Dies kann so weit gehen, dass aufgrund der entstehenden Rechtsunsicherheit langfristig keine Neueinstellungen mehr erfolgen, um auf diese Weise nicht später in personellen Entschei-

⁸⁸⁹ Siehe hierzu insgesamt das überaus interessante Rechtsgutachten von Mückenberger, Die Ausbildungspflicht der Unternehmen nach dem Grundgesetz, S. 11 ff, 130 ff, der jedoch zu dem Ergebnis kommt, dass es eine grundrechtsdogmatisch herzuleitende Sozialpflicht der Unternehmen auf dem Gebiet der Berufsausbildung geben würde, nach der Ausbildungsplätze zur Verfügung zu stellen seien.

⁸⁹⁰ So forderte z.B. die Partei die Linke unterstützt von Gewerkschaften traditionell die Einführung einer solchen Abgabe während Arbeitgeberverbände, CDU und FDP dieser ablehnend gegenüberstehen. Ein entsprechender Gesetzentwurf wurde 2004 zwar vom Bundestag angenommen, scheiterte jedoch im Bundesrat (BR-Drs. 227/04)

⁸⁹¹ Vgl.: Troltsch/Krekel/Ulrich, „Wege und Instrumente zur Steigerung und Stabilisierung der betrieblichen Ausbildungsbeteiligung“ in Krekel/Walden, Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland, S. 53 ff. (62 ff.).

⁸⁹² Einen Versuch weitere Gründe für bzw. gegen die Ausbildungsbereitschaft der Betriebe aufzuzeigen unternimmt: Wachter, Anreizstrukturen in der betrieblichen Berufsausbildung, S. 131 ff, der verschiedene Studien ausgewertet hat und zu dem Ergebnis kommt, dass sowohl Betriebsgröße, Standort als auch die Branche eine große Bedeutung für die Ausbildungsbereitschaft der Betriebe haben, das Vorhandensein von Betriebsräten hingegen einen negativen Effekt hat.

⁸⁹³ Vgl.: Göhner/Bräunig, Bericht der Kommission Mitbestimmung BDA/BDI, S. 50.

dungen beschränkt zu sein, weil bestimmte Beschäftigte bevorzugt behandelt werden müssen.⁸⁹⁴

Ein Verzicht auf die Schaffung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen ist immer dann verstärkt zu beobachten, wenn die Neueinstellungen dazu führen würden, dass mitbestimmungsrelevante Grenzen, sei es der betrieblichen oder der Unternehmensmitbestimmung, oder kündigungsschutzrechtliche Schwellenwerte überschritten würden, so dass eine Erweiterung der Mitbestimmung oder des Kündigungsschutzes eintreten würde.⁸⁹⁵ Hervorzuheben ist insbesondere, dass kleine und mittlere Unternehmen von arbeitsrechtlichen Beschränkungen stärker belastet werden als Großunternehmen, die aufgrund höherer Beschäftigtenzahlen und professionelleren Personal- und Rechtsabteilungen ungewollte Weiterbeschäftigungen oder den Ausschluss von Kündigungen vermeiden bzw. durch die höhere Personaldichte besser abfedern können.⁸⁹⁶ Kleine und mittlere Unternehmen neigen in solchen Situationen zu der Konsequenz, insgesamt weniger Einstellungen vorzunehmen und arbeitsrechtliche Schwellenwerte nicht zu überschreiten, so dass häufig die Beschäftigtenzahlen genau unterhalb des nächsthöheren relevanten Grenzwertes stagnieren.⁸⁹⁷ Diese Zurückhaltung der Arbeitgeber resultiert auch aus der gesetzlichen Verpflichtung, Auszubildende nach ihrer Ausbildung zu übernehmen, wenn sie Mitglieder der Jugend- oder Auszubildendenvertretung waren, so dass erst gar keine Auszubildenden eingestellt werden.⁸⁹⁸

Der vermeintliche Schutz für Mandatsträger führt so zu einem kontraproduktiven Verhalten der Arbeitgeber, welches allen Beteiligten, vor allem aber den Auszubildenden und Ausbildungsplatzsuchenden, schadet, weil weniger Ausbildungsplätze in den Betrieben zur Verfügung stehen, als es ohne die Weiterbeschäftigungsverpflichtung der Fall wäre.

Ob es sich hierbei um eine rational nachzuvollziehende Entscheidung handelt, die langfristig im Interesse der Unternehmen liegt, kann dahinstehen, denn es obliegt der unter-

⁸⁹⁴ Vgl.: Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1604); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681; Schiefer, „Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis“ in NZA 2002, S. 770 ff. (770); v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 183; Hardege, Regulierung Und Flexibilität“ in IW, Die Zukunft der Arbeit in Deutschland, S. 204.

⁸⁹⁵ Siehe zu der Bedeutung der Grenzwerte z.B.: Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 19 ff.; v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 185 ff.

⁸⁹⁶ Vgl.: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ in NJW 2003, S. 546 ff. (550); Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 28.

⁸⁹⁷ Vgl.: Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 42, nach deren Untersuchung 37 % der Unternehmen mit unter 50 Beschäftigten aufgrund des Kündigungsschutzes auf Einstellungen verzichtet haben, aber dies bei nur 26 % der Unternehmen mit über 500 Beschäftigten der Fall ist; indirekt auch v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 188; der darstellt, das KMU bei einer Lockerung des Bestandsschutzes auch überproportional am Arbeitsmarkt tätig werden.

⁸⁹⁸ Vgl.: Göhner/Bräunig, Bericht der Kommission Mitbestimmung BDA/BDI, S. 50.

nehmerischen Freiheit, ob und in welchem Umfang Ausbildungs- und Arbeitsplätze geschaffen werden. Außerdem kommt es vorliegend nicht darauf an, inwieweit eine unternehmerische Entscheidung dauerhaft wirtschaftlich nachvollziehbar ist, sondern darauf, welche Folgen diese Entscheidung insgesamt hat und welche Lehren daraus gezogen werden können, dass die Entscheidung in einer solchen Form durch Unternehmen getroffen werden.

Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG kann also im Ergebnis dazu führen, dass Arbeitgeber weniger oder gar keine Auszubildenden zu Ausbildungszwecken einstellen und keine Auszubildenden übernehmen, um nach Abschluss der Ausbildung auf keinen Fall gesetzlichen Weiterbeschäftigungsverpflichtungen ausgesetzt zu sein. Die resultierende Verringerung der betrieblichen Ausbildung steht dem volkswirtschaftlichen Interesse an deren nachhaltiger Förderung konträr entgegen. Infolgedessen kann den sozialpolitisch bedeutenden Problemen der steigenden Jugendarbeitslosigkeit und der langfristigen Vermeidung eines Mangels an gut ausgebildeten Fachkräften nicht adäquat entgegengetreten werden.⁸⁹⁹

2. Mangel an selbstausgebildeten Fachkräften in den Betrieben

Die Einstellung oder Verringerung der eigenen Ausbildung führt zwar kurzfristig zu dem Ergebnis, dass eine Erfassung des Arbeitgebers durch die gesetzliche Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG nicht vorliegen kann. Als langfristige Folge entsteht jedoch das Problem, dass die Betriebe keine selbstausgebildeten Fachkräfte im Anschluss an die Ausbildung übernehmen können, deren betriebliche Ausbildungsinhalte sie selbst gesteuert haben. Sollte sich die Situation einstellen, dass im Unternehmen Personalbedarf besteht, kann nicht auf eigene und bereits bekannte Ausbildungsabsolventen zurückgegriffen werden. Vielmehr muss das Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt tätig werden und versuchen, dort im Wettbewerb um die am besten qualifizierten Mitarbeiter gegenüber anderen Unternehmen zu bestehen.

Wie dargestellt, liegen die Kosten für die Rekrutierung und Einarbeitung von fremden Bewerbern im Vergleich zur Übernahme im Betrieb ausgebildeter Mitarbeitern deutlich höher, weil keine oder deutlich geringere Opportunitätserträge anfallen.⁹⁰⁰ Diese höheren Kosten muss das Unternehmen tragen und einkalkulieren.

⁸⁹⁹ Vgl.: Kothe, „Beschäftigungssicherung durch befristete Übernahme von Auszubildenden – Bedeutung und Struktur tariflicher Weiterbeschäftigung“ in NZA 1997, S. 457 ff. (457).

⁹⁰⁰ Vgl.: Richter, Das Ausbildungsverhalten von Betrieben, S. 143 ff.; Cramer in Cramer/Schmidt/Wittwer, Ausbilder-Handbuch, Kapitel 8.3.1., S. 15; Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 59.

Die eintretenden Folgen werden die Unternehmen, sollte ihnen der Zusammenhang überhaupt bewusst sein, erst nach einigen Jahren des dauerhaften Nichttätigwerdens am Ausbildungsmarkt spüren. Es ist jedoch denkbar dass den Unternehmen diese Kostensteigerung gar nicht bewusst wird, weil die Kosten der Ausbildung und die Kosten für Personalbeschaffung und -einarbeitung nicht bei derselben Kostenstelle abfallen oder erfasst werden und ein diesbezügliches Controlling im Unternehmen fehlt.

Dass sich die Unternehmen diese Probleme selbst zuzuschreiben haben und sie nur indirekt auf der Setzung gesetzgeberischer Normen beruhen, mildert das Problem für die Unternehmen und für die Wirtschaft nicht.

3. Minderung der Einstellung von Arbeitnehmern

Ebenso kann § 78a BetrVG durch seine Rechtsfolge dazu führen, dass Arbeitgeber insgesamt vermindert am Arbeitsmarkt Arbeitnehmer nachfragen, um sie in Beschäftigungsverhältnisse zu bringen. Wie bereits dargestellt, führt der verpflichtende Weiterbeschäftigungsanspruch, wie auch der allgemeine und der besondere Kündigungsschutz, dazu, dass Arbeitgeber sich in ihrer unternehmerischen Freiheit eingeschränkt fühlen und deshalb von der Neuschaffung oder Nachbesetzung vakanter Arbeitsplätze absehen, so dass sie nicht oder nur vermindert auf dem Arbeitsmarkt tätig werden.⁹⁰¹ Insgesamt gehen folglich potentielle Arbeitsplätze verloren oder werden nach ihrem Freiwerden nicht umgehend wiederbesetzt, was insgesamt zu einer Verminderung von zusätzlichen Beschäftigungsmöglichkeiten führt.⁹⁰²

Zwar ist es richtig, dass die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG im Vergleich zu der großen Anzahl von arbeitsrechtlichen Sonderkündigungsschutznormen oder dem allgemeinen Kündigungsrecht in deutlich geringerer Weise eine Einschränkung der Freiheit des Unternehmers darstellt und somit auch weniger auf dessen Tätigwerden auf dem Arbeitsmarkt Auswirkung haben sollte.⁹⁰³ Dennoch kann auch diese Beschränkung im Zusammenspiel mit anderen Bestandsschutzregeln zur Folge haben, dass Arbeitgeber von Neueinstellungen, wenn auch in geringerer Anzahl, absehen. Auch hier gilt, dass kleinere Betriebe deutlich eher von Neueinstellungen absehen als größere Unternehmen.⁹⁰⁴

⁹⁰¹ Vgl.: Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1604); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681;); v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 183; Schiefer, „Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis“ in NZA 2002, S. 770 ff. (770); Hardege, Regulierung Und Flexibilität“ in IW, Die Zukunft der Arbeit in Deutschland, S. 204.

⁹⁰² Vgl.: Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 45.

⁹⁰³ Ähnlich.: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 410.

⁹⁰⁴ Vgl.: Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 45.

Im Ergebnis führt dies zu einer Reduzierung von Neueinstellungen, zu einer Erschwerung des Wiedereinstiegs in den Arbeitsmarkt für Arbeitsuchende und letztendlich zu einer erhöhten Arbeitslosigkeit.⁹⁰⁵

D. Reduktion der Förderung des betriebsverfassungsrechtlichen Engagements

Die Pflicht zur Weiterbeschäftigung von Mandatsträgern aus § 78a BetrVG und die damit verbundene Einschränkung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit könnte darüber hinaus neben einer Änderung der Ausbildungs- und Einstellungspolitik zur Folge haben, dass Arbeitgeber ihre Meinung zur betrieblichen Mitbestimmung überprüfen und ggf. ändern.

Arbeitgeber, die bisher betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung und deren Organen grundsätzlich positiv gegenüberstanden, könnten deren Förderung und Unterstützung einstellen oder verringern, wenn sie erstmalig oder erneut einer ihrer Meinung nach nicht zumutbaren Pflicht zur Weiterbeschäftigung eines Mandatsträgers konfrontiert werden. Unternehmen, die die betriebliche Mitbestimmung – begründet oder unbegründet – bisher kritisch beurteilten, könnten durch einen Weiterbeschäftigungsanspruch in ihrer Kritik des bestehenden Systems bestärkt werden, weil sie gegen ihren Willen ein Beschäftigungsverhältnis auferlegt bekommen, welches sie entweder nicht mit dem Mandatsträger oder überhaupt nicht eingehen wollten. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen fühlen sich durch die betriebliche Mitbestimmung und die mit ihr einhergehenden Rechte der Arbeitnehmer und die verursachten Kosten belastet.⁹⁰⁶

Der Widerstand der Arbeitgeber gegen betriebsverfassungsrechtliche Organe oder Strukturen kann vielfältiger Natur sein und annäherungsweise zu den Hemmnissen führen, die Arbeitgeber auch der Errichtung eines Betriebsrats oder der Durchführung seiner Arbeit in den Weg legen könnten.⁹⁰⁷

Neben dem reinen Verlust der positiven Einstellung gegenüber der Betriebsverfassung und der Unterstützung ihrer Mandatsträger kann auch eine direkte oder indirekte Ablehnung oder sogar Verhinderung der Tätigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Organe resultieren. Zwar ist jede direkt oder indirekte Behinderung oder Beeinflussung der Wahl des Betriebsrats durch § 20 I, II BetrVG verboten und könnte strafrechtliche Konsequenzen

⁹⁰⁵ Vgl.: v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 276.

⁹⁰⁶ Vgl.: Rütters „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“ in NJW 2003, S. 546 ff. (550).

⁹⁰⁷ Siehe zu den zu den Quoten der Behinderung in den Betrieben: Dorsch-Schweizer/Schulten „Betriebs- und Personalräte zwischen Belegschaft, Arbeitgeber und Gewerkschaft“ in WSI-Mitteilungen 2001, S. 113 ff. (115 ff.), nach deren Untersuchung auf Grundlage der Befragung von Betriebsräten im Durchschnitt 62% der Betriebsräte angaben, sie würden manchmal und 13% der Betriebsräte angaben, sie würden häufig in ihrer Arbeit behindert.

quenzen haben.⁹⁰⁸ Das gleiche gilt über § 63 II 2 BetrVG auch für die Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretung. Jedoch sind Behinderungen denkbar und kommen in der betrieblichen Praxis, wie diesbezügliche Verfahren vor den Gerichten zeigen,⁹⁰⁹ durchaus vor.

Auch allein die subjektive Ablehnung der betrieblichen Mitbestimmung durch den Arbeitgeber oder dessen Führungskräfte kann deren Verwirklichung entgegenstehen, ohne dass direkt auf das Verhalten der Arbeitnehmer Einfluss genommen wird.

Daneben können auch rein unternehmerische Entscheidungen, die nicht vor dem Hintergrund einer Behinderung der betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit sondern aus ökonomischen oder sonstigen Gründen getroffen werden, ebenfalls betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen nach sich ziehen.

Eine solche indirekte Auswirkung auf die Wahl oder Tätigkeit von betriebsverfassungsrechtlichen Organen kann z.B. daraus resultieren, wie ein Unternehmen und die ihm angegliederten Betriebe aufgrund der unternehmerischen Entscheidung organisiert sind.⁹¹⁰ Durch die Unternehmensstruktur und deren Änderung kann die Anzahl der Mitarbeiter insgesamt oder die der Auszubildenden eines Betriebes beeinflusst und auf diese Weise die Wahl eines Betriebsrates oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung insgesamt gehemmt, dessen Auflösung betrieben, oder die Anzahl der Mitglieder des jeweiligen Organs gesteuert werden.⁹¹¹ Des Weiteren können Arbeitgeber direkt auf die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Mitarbeiter und Auszubildenden durch Einstellungen und Kündigungen Einfluss nehmen und dadurch indirekt steuern, ob und in welcher Größe betriebsverfassungsrechtliche Organe im Betrieb entstehen und bestehen bleiben können.⁹¹² Beide Beispiele zeigen, dass unternehmerische Entscheidungen einen Einfluss auf das Bestehen und die Größe von betriebsverfassungsrechtlichen Organen ausüben können.

Dem Arbeitgeber ist es somit zumindest indirekt - über die Unternehmensorganisation oder die Anzahl der Beschäftigten und Auszubildenden - möglich, darauf Einfluss zu nehmen, ob und in welchem Umfang betriebsverfassungsrechtliche Organe in seinem

⁹⁰⁸ Siehe hierzu ausführlich: Dörner, „Verbot der Wahlbehinderung“ in FS Kreutz, S. 81 ff.; Vogt, „Behinderung und Beeinflussung von Betriebsratswahlen“ in BB 1987, S. 189 ff. (190).

⁹⁰⁹ Siehe nur BAG vom 13.10.1977 in AP KSchG 1969 § 1 Nr. 1 Verhaltensbedingte Kündigung; BAG vom 04.12.1986 in NZA 1987, S. 166.

⁹¹⁰ Vgl. zu dieser Thematik insgesamt: Brockschmidt, Auswirkung der Unternehmensorganisation auf die Betriebsverfassung, S. 1 ff.

⁹¹¹ Vgl.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 36; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 1, Rn. 31 ff, 58 ff, 111 ff, § 60, Rn. 4 f.; Brockschmidt, Auswirkung der Unternehmensorganisation auf die Betriebsverfassung, S. 12 ff.; Eisemann in ErfK, § 1 BetrVG, Rn. 20.

⁹¹² Vgl.: Eisemann in ErfK, § 1 BetrVG, Rn. 20; Richardi in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 1, Rn. 108 ff, 130 ff.

Unternehmen tätig werden. Eine direkte Einflussnahme auf die Wahl der Organe und deren Zusammensetzung ist ihm hingegen verwehrt.

E. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG auf Seiten der Arbeitgeber beachtliche Auswirkungen haben kann. Zu nennen sind hier die Kosten, die indirekt aus der Verpflichtung entstehen, Mandatsträger nach deren Ausbildungsabschluss weiterzubeschäftigen. Außerdem kann diese Verpflichtung eine positive oder neutrale Einstellung der Unternehmen zur betrieblichen Mitbestimmung umkehren oder weiter verschlechtern, weil die Weiterbeschäftigung ähnlich den Erschwernissen im Kündigungsrecht als Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit aufgefasst wird. Außerdem wird den Arbeitgebern verwehrt, eine eigene Auslese der nach der bisherigen Leistung am besten für die Übernahme geeigneten Auszubildenden vorzunehmen.

Infolgedessen neigen Arbeitgeber dazu, von vornherein keine oder weniger Auszubildende zu Ausbildungszwecken einzustellen bzw. keine Auszubildenden nach ihrem Abschluss zu übernehmen, um nicht der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG zu unterliegen. Auch von sonstigen Einstellungen sehen Arbeitgeber in solchen Situationen der Einschränkung der personalpolitischen Freiheit vermehrt ab. Dies kann längerfristig dazu führen, dass den Unternehmen die geeigneten Fachkräfte fehlen und diese über den normalen Arbeitsmarkt rekrutieren müssen, was zu erhöhten Personalbeschaffungs- und Einarbeitungskosten führt.

Die eintretende Folge ist weder für einen Ausbildungs- oder Arbeitsplatz Suchenden noch für die Wirtschaft und Politik ein befriedigender Zustand. Vielmehr wäre eine höhere Ausbildungs- und Einstellungsbereitschaft der Betriebe volkswirtschaftlich wünschenswert.

III. Arbeitnehmer- bzw. auszubildendenseitige Auswirkungen des § 78a BetrVG

Auch auf Seiten der Arbeitnehmer und der Auszubildenden kann die Rechtsfolge des § 78a BetrVG Auswirkungen verschiedenster Art nach sich ziehen, die meist aus den arbeitgeberseitigen Effekten der Norm hervorgehen und dies quasi auf die Arbeitnehmer und Auszubildenden spiegeln oder übertragen.

A. Keine oder verringerte Übernahme und Einstellung von Arbeitnehmern oder Auszubildenden

Wie bereits dargestellt, kann der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 78a BetrVG eine verminderte Einstellungs- oder Übernahmequote von Auszubildenden und von Arbeitnehmern im Allgemeinen nach sich ziehen. Dies stellt ebenso wie der kündigungsrechtliche Bestandsschutz eine Beschränkung der Berufsfreiheit des Art. 12 I 1 GG der Arbeits- bzw. Ausbildungsplatzsuchenden dar.⁹¹³

1. Einstellung von Auszubildenden

Die Reduktion der zur Verfügung stehenden Ausbildungsplätze in einem Betrieb wirkt sich direkt auf die Anzahl der möglich und tatsächlich eingestellten Ausbildungssuchenden aus, die eine duale Ausbildung anstreben. Da weniger Ausbildungsplätze zur Verfügung stehen, bekommen weniger Auszubildende die Möglichkeit, in den entsprechenden Betrieben zu lernen bzw. die Ausbildung zu dem Zeitpunkt zu beginnen, der von ihnen angestrebt wird. Insbesondere Ausbildungssuchende, die aufgrund ihrer unterdurchschnittlichen schulischen Leistungen und/oder mangelnden sozialen Kompetenzen über ein schwaches Bewerbungsprofil verfügen, wird es schwerer oder überhaupt nicht gelingen, sich einen Ausbildungsplatz in dem von ihnen angestrebten Ausbildungsberuf zu sichern. Vor allen in Zeiten, in denen die Ausbildungsreife vieler Ausbildungsplatzsuchender bezweifelt wird, ist dies umso gravierender.

Zweifel äußern sich auch darin, dass die Betriebe immer wieder Probleme haben, für die ausgeschriebenen Ausbildungsstellen geeignete Bewerber zu finden, weil diese wegen fehlender Mobilität, schlechter Schulnoten oder fehlender Sozialkompetenz nicht qualifiziert genug für den Beginn der angestrebten Ausbildung sind, also die Ausbildungsreife der Bewerber nicht gegeben ist.⁹¹⁴ Deutlich wird die mangelnde Ausbildungsreife vieler Bewerber auch dadurch, dass der „Lenkungsausschuss des Nationalen Pakts für Ausbildung und Fachkräftenachwuchs“ das Thema Ausbildungsreife zu einem seiner Schwerpunkte gemacht und durch die Herausgabe eines Kriterienkatalogs hervorgehoben hat.⁹¹⁵

⁹¹³ Vgl.: BVerfG vom 24.04.1991 in AP Nr. 70 zu Art. 12; v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 276.

⁹¹⁴ Vgl. z.B.: Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Impulse für mehr Ausbildung, S. 2 ff.; Troltsch/Krekel/Ulrich, „Wege und Instrumente zur Steigerung und Stabilisierung der betrieblichen Ausbildungsbe- teiligung“ in Krekel/Walden, Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland, S. 53 ff. (78).

⁹¹⁵ Siehe hierzu Bundesagentur für Arbeit, Nationaler Pakt für Ausbildung und Fachkräftenachwuchs, S. 1 ff.

2. Übernahme von Auszubildenden

Wenn es der Arbeitgeber aufgrund eines oder mehrerer gestellter oder noch zu erwartender Weiterbeschäftigungsverlangen vorzieht, keine oder eine geringere Anzahl Auszubildende zu übernehmen, verringert dies die Übernahmequote der Auszubildenden insgesamt.

In derartigen Fällen kann er die anfallende Arbeit besser auf vorhandene Beschäftigte verteilen, als Auszubildende zu übernehmen und sich der Gefahr auszusetzen, dass er insgesamt zu viele Auszubildende übernehmen muss, für die er im Zweifel keine Beschäftigungsmöglichkeit hat.⁹¹⁶ Dies reduziert die Übernahmequote der Auszubildenden, die nach Abschluss der Ausbildung direkt in ein Arbeitsverhältnis im eigenen Ausbildungsbetrieb übernommen werden. Besonders betroffen sind kleine und mittlere Unternehmen mit wenigen Beschäftigten, bei denen jedem Arbeitnehmer ein größeres prozentuales Gewicht an der Gesamtbelegschaft zukommt als in großen Unternehmen. Durch die Nichtübernahme von Auszubildenden ist es dem Arbeitgeber leicht möglich darzulegen, dass ihm eine Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers unzumutbar wäre, weil keine freien Arbeitsplätze zur Verfügung stehen.

Der eigentlich beabsichtigte Schutz der Auszubildenden führt auf diese Weise zu einem kontraproduktiven Verhalten der Arbeitgeber, das allen Beteiligten, aber vor allem den Auszubildenden und Mandatsträgern schadet.⁹¹⁷

3. Einstellung von Arbeitnehmern

Auch für Arbeitnehmer bei Drittunternehmen sowie Arbeitssuchende hat die Rechtsfolge des § 78a BetrVG negative Folgewirkungen.

Da über freie Arbeitsplätze im Unternehmen nicht immer autonom seitens der Unternehmensführung disponiert werden kann, werden die betroffenen Unternehmen, wie dargestellt, vermindert auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt tätig und es werden weniger fremde Arbeitnehmer eingestellt, als dies theoretisch möglich wäre. Im Ergebnis wirkt sich die Weiterbeschäftigungsverpflichtung gegenüber den Mandatsträgern ebenso wie das Kündigungsrecht auch insbesondere auf Arbeitssuchende aus, die zurzeit in keinem Beschäftigungsverhältnis stehen. Für sie wird der Zugang zum Arbeitsmarkt beeinträchtigt oder erschwert, wenn er nicht sogar verschlossen wird.⁹¹⁸ Aber auch ein

⁹¹⁶ Vgl.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668).

⁹¹⁷ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681.

⁹¹⁸ Vgl.: v. Meden, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 136; Stelljes, Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, S. 108 ff.; v. Wickede, Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht, S. 276.

Wechsel von Arbeitnehmern von Drittunternehmen wird beschnitten bzw. erschwert, wenn freie Arbeitsplätze nicht anhand einer freien unternehmerischen Entscheidung an den am besten geeigneten Bewerber vergeben werden können. Selbst dann, wenn ein Bewerber über eine bessere Qualifikation als der Mandatsträger verfügt, bleibt ihm der Arbeitsplatz aufgrund des gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruches des § 78a BetrVG verschlossen.

Dies ist insbesondere für junge Bewerber ein Nachteil, weil sie ohnehin aufgrund des hohen Kündigungsschutzniveaus und der damit verbundenen Zugangsbarrieren in Deutschland beim Eintritt in den Arbeitsmarkt vor erheblichen Problemen stehen.⁹¹⁹

4. Ergebnis

Eine nachhaltige Steigerung der Ausbildungstätigkeit der Unternehmen setzt voraus, dass die Betriebe, wenn sie, wie allseits gefordert über den Bedarf hinaus ausbilden, bei der anschließenden Übernahme eine größtmögliche personalpolitische Freiheit in der Frage besitzen, welche Auszubildenden in Anschlussarbeitsverhältnisse übernommen werden und welchen Auszubildenden aufgrund der erbrachten Leistungen oder Fähigkeiten solche Beschäftigungsverhältnisse nicht angeboten werden.

Ähnliches gilt für die Einstellung von geeignetem Personal zur Besetzung von freien Arbeitsplätzen im Unternehmen. Beidem steht der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a BetrVG entgegen, weil dieser eine autonome personelle Entscheidung der betroffenen Unternehmen ausschließt.

B. Keine Übernahme der leistungsbesten Auszubildenden

Eine weitere Konsequenz der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG besteht darin, dass Auszubildende, die eigentlich aufgrund der erbrachten Leistungen berechnete Hoffnungen auf eine Übernahme durch ihren Ausbildungsbetrieb hegen dürfen, nach Abschluss der Ausbildung nicht übernommen werden, obwohl sie die Leistungstärksten ihres Jahrgangs waren und vor allem deutlich bessere Qualifikationen aufweisen als der oder die übernommenen Mandatsträger.

Die Unternehmen sind, um dauerhaft wettbewerbsfähig zu bleiben, darauf angewiesen, für die bei ihnen freien oder frei werdenden Arbeitsplätze diejenigen Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt auszuwählen und einzustellen, die nach ihrer Ansicht die beste Qualifikation aufweisen und das beste Potential besitzen, die geforderten Ansprüche des zu besetzenden Arbeitsplatzes zu erfüllen. Bei der Übernahme eigener oder der Einstellung betriebsfremder Auszubildender erfolgt die Auswahl grundsätzlich nach denselben Kri-

⁹¹⁹ Vgl.: OECD in OECD Wirtschaftsberichte: Deutschland 2006, S. 104.

terien: der Qualifikation und der Leistungsfähigkeit. Diese hat der Auszubildende am besten im eigenen Betrieb oder Unternehmen erworben, weil dann gewährleistet ist, dass das in der Ausbildung Erlernte größtenteils anschließend verwertet und angewendet werden kann und keine Einarbeitungsverluste entstehen.⁹²⁰

Die Qualifikation lässt sich regelmäßig anhand des erworbenen Ausbildungsabschlusses, den darin enthaltenen Einzelnoten und der Leistungen, die im Ausbildungsbetrieb erbracht worden sind, feststellen. Hierbei handelt es sich um objektive Kriterien, die eine unmittelbare Vergleichbarkeit der für eine Übernahme in Frage kommenden Auszubildenden ermöglicht. Danach lässt sich auch unproblematisch feststellen, welcher Auszubildende über eine bessere Qualifikation verfügt. Eine Übernahme der Leistungsbesten ist aber dann nicht möglich, wenn bei der Ausbildung über den Bedarf hinaus und den damit einhergehenden ungenügenden freien Arbeitsplätzen ein Mandatsträger seine Weiterbeschäftigung verlangt und somit den Leistungsträger verdrängt.⁹²¹

Dies spiegelt sich in der Qualifikation der übernommenen Auszubildenden und somit langfristig in der Qualifikation und Leistungsfähigkeit der gesamten Belegschaft des Betriebes wider. Eine faire Behandlung der Leistungsträger ist essentiell für eine Hochleistungsgesellschaft wie die deutsche, in der die Wissensvermittlung und -steigerung aufgrund fehlender Rohstoffe ein wichtiges Gut darstellt. Wenn die nachwachsende Generation von Leistungsträgern im eigenen Betrieb erfährt, dass es für das berufliche Fortkommen nicht auf die erbrachte Leistung, sondern auf die Mitgliedschaft in betriebsverfassungsrechtlichen Organen ankommt, darf sich die Gesellschaft insgesamt – aber vor allem die Politiker und Vertreter von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Unternehmen – nicht wundern, wenn die Leistungsbereitschaft insgesamt und nachhaltig sinkt.⁹²²

Im Ergebnis sollte sich die Übernahme von Auszubildenden nach deren beruflichen Qualitäten bzw. Fähigkeiten und nicht danach bemessen, Mitglied einer betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung zu sein, um auf diese Weise die langfristige Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu sichern und Leistungsanreize für die Auszubildenden durch die Übernahme der Leistungsbesten zu setzen.⁹²³

⁹²⁰ Vgl.: Neubäumer, Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen, S. 37 ff.

⁹²¹ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681.

⁹²² Vgl.: Preis in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, Rechts- und wirtschaftspolitische Aspekte des Bestandsschutzrechts, Rn. 35.

⁹²³ Vgl.: Göhner/Bräunig, Bericht der Kommission Mitbestimmung BDA/BDI, S. 50,

C. Arbeitnehmervertreter durch falschen Anreiz

Der gesetzliche Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a BetrVG kann dazu führen, dass sich Auszubildende aus Interessen, die dem Motiven des Betriebsverfassungsgesetzes entgegenstehen, oder durch falsche Anreize in betriebsverfassungsrechtliche Organe wählen lassen, um den gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend machen zu können.

Der Betriebsrat hat die Aufgabe – kurz gefasst –, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in betrieblichen Angelegenheiten zu gewährleisten. Dazu gehört unter anderem, die allgemeinen Aufgaben des § 89 BetrVG wahrzunehmen und darüber hinaus die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsbefugnisse der §§ 87 bis 113 BetrVG gegenüber dem Betriebspartner geltend zu machen. Er hat mit dem Arbeitgeber vertrauensvoll zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammenzuarbeiten.⁹²⁴ Aufgabe der Jugend- und Auszubildendenvertretung ist es hingegen, die speziellen Interessen der jugendlichen oder in Ausbildung befindlichen Arbeitnehmer gegenüber dem Betriebsrat zum Ausdruck zu bringen und sicherzustellen, dass diese in allen Entscheidungen des Betriebsrats berücksichtigt werden.⁹²⁵

Der Anreiz, in diesen und anderen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien vertreten zu sein, sollte vor allem darin bestehen, die Rechte und Angelegenheiten der Arbeitnehmer oder Auszubildenden zu wahren und zu fördern und deren Interessen zum einen untereinander in Ausgleich zu bringen und zum anderen gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten.⁹²⁶

Ein falscher Anreiz ist es hingegen, lediglich auf das eigene Interesse oder den eigenen Vorteil bedacht zu sein und sich nur zur Förderung des eigenen Nutzens in ein betriebsverfassungsrechtliches Organ wählen zu lassen.⁹²⁷ Dies trifft zum einen auf Arbeitnehmer zu, die Mandate nur annehmen, um einen materiellen, in jüngerer Vergangenheit meist einen finanziellen Vorteil zu erlangen, zum anderen aber auch auf solche, die sich aufgrund besonderer Rechte, die sich z.B. aus den §§ 15 KSchG, 103 BetrVG

⁹²⁴ Siehe zu den Aufgaben und Befugnissen des Betriebsrats ausführlich: Thanheiser „Aufgaben des Betriebsrats“ in AiB 2006, Seite 298 ff. (298 ff.) oder BAG vom 19.10.1999 in NZA 2000, S. 837; Richardi in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, Einleitung zum vierten Teil; Rn. 2 ff.; Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 215, Rn. 11 ff.

⁹²⁵ Vgl. hierzu: Rotermund; Die Interessenwahrnehmung durch Jugendliche und Auszubildende in der Betriebsverfassung, S. 44 ff.

⁹²⁶ Etwas befremdlich erscheint in diesem Zusammenhang der Artikel in der „Welt“ vom 09.08.2005, http://www.welt.de/print-welt/article687647/Betriebsrat_als_Karrieresprung.html, in dem gefordert wird, dass Betriebsräte einen fixen Gehaltszuschlag von mindestens 20 Prozent bekommen sollten.

⁹²⁷ Vgl. zu den Problemen der materiellen Anreize aus der jüngeren Vergangenheit: Schweibert/Buse in „Rechtliche Grenzen der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern - Schattenbosse zwischen „Macht und Ohnmacht““ in NZA 2007, S. 1080 ff. (1080 ff.); Fischer in „Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post Hartzem“ - antiquiert oder Systemerfordernis?“ in NZA 2007, S. 484 ff. (484 ff.).

ergeben, in diese Organe wählen lassen.⁹²⁸ Gleiches trifft auf die Wahl eines Auszubildenden zu, der in den Genuss der Rechtsfolgen des § 78a BetrVG gelangen möchte und sich deshalb in ein Organ i.S.d. Norm wählen lässt, weil die Rechtsfolgen für den Mandatsträger, die Weiterbeschäftigung im Betrieb oder die erschwerte Kündbarkeit, ähnlich sind.⁹²⁹

Beides schadet der Qualität der Arbeit und dem Ansehen des Organs. Ein aus den genannten Gründen errungenes Mandat kann bedeuten, dass gewählte Mitglieder den Aufgaben des Organs nicht gerecht werden und dessen Arbeit aufgrund der fehlenden Qualifikation oder Identifikation insgesamt nicht oder schlechter erfüllt wird, als wenn alle Mitglieder dem Wohl des Betriebes verpflichtet wären. Diese Schwächung oder Gefährdung betrifft insbesondere auf kleinere betriebsverfassungsrechtliche Organe, die auf die quantitative und qualitative Mitarbeit jedes einzelnen Mandatsträgers angewiesen sind.⁹³⁰

Es liegt in der Natur der Sache, dass der eigennützige Mandatsträger die Rechte seiner Mitauszubildenden und anderer Arbeitnehmer nicht in dem Umfang und in der Intensität in seinen Entscheidungen berücksichtigen wird, wie es ein uneigennütziger Vertreter tun würde, dem am Wohl des Betriebes und der Belegschaft gelegen ist. Dies führt insgesamt zumindest langfristig zu einer Schwächung der Belange der Arbeitnehmer eines Betriebes – eine Folge, die dem Sinn und Zweck des BetrVG konträr entgegensteht und zu Lasten der Arbeitnehmer des Betriebes geht.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Mandatsträger, die Mandate anstreben oder innehaben, den betriebsverfassungsrechtlichen Interessen der Arbeitnehmer und Auszubildenden schaden, wenn sie nicht aus altruistischen Motiven handeln, sondern nur auf Eigennutz wie den Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a BetrVG blicken.

D. Zusammenfassung

Die arbeitgeberseitigen direkten und indirekten Effekte des § 78a BetrVG spiegeln sich auch als Auswirkungen auf der Seite der Arbeitnehmer und Auszubildenden wider.

Zum einen führt die arbeitgeberseitige Reduktion von Einstellungen und Übernahmen naturgemäß dazu, dass weniger Auszubildende und Arbeitnehmer die Möglichkeit er-

⁹²⁸ Aus diesem Grund erstreckt auch das BAG vom 17.02.1983 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 14 den Schutz des § 15 KSchG nicht auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch Fristablauf, weil es befürchtet: „Sie würde nur zu der Möglichkeit führen, daß Arbeitnehmer mit einem wirksam befristeten Arbeitsvertrag versuchen, durch die Wahl in eine Betriebs- bzw. Personalvertretung eine Rechtsstellung zu erlangen, die sie ohne dieses Amt nicht erlangen würden.“

⁹²⁹ Vgl.: „Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG, in DB 1981, S. 889 ff. (889); Pielsticker, S. 80; a.A. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 72, der darauf abstellt, dass es nicht in der Macht des Einzelnen steht, ob er letztlich gewählt wird und sich seine Vorstellungen hinsichtlich des Schutzes nach § 78a BetrVG verwirklichen lassen.

⁹³⁰ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 71; Pielsticker, S. 45.

halten eine Beschäftigung zu finden. Zum anderen können wegen des Anspruchs auf Weiterbeschäftigung der Mandatsträger nicht immer die leistungsstärksten Arbeitnehmer davon ausgehen, dass sie auf freien Arbeitsplätzen im Betrieb weiterbeschäftigt werden. Außerdem erfährt dadurch, dass sich Auszubildende eventuell aus falschen oder egoistischen Motiven in betriebsverfassungsrechtliche Organe haben wählen lassen, die Arbeit der Organe eine qualitative Verschlechterung. Dies läuft den betriebsverfassungsrechtlichen Interessen der Belegschaft und dem Sinn und Zweck der betrieblichen Mitbestimmung insgesamt zuwider.

IV. Problematik des Überhangs von Auszubildendenvertretern

Wie ausgeführt ist die Regelung des § 78a BetrVG aufgrund ihrer tatsächlichen direkten und indirekten Auswirkungen für Arbeitgeber, Auszubildende und Belegschaft sehr fragwürdig.⁹³¹ Zu nennen sind vor allem die Unkalkulierbarkeit und die Erhöhung der Kosten der Ausbildung, die Behinderung oder Verhinderung der Ausbildung über Bedarf bzw. die Reduktion der Ausbildung oder der Übernahme von Auszubildenden sowie das Verbot der Bestenauslese bei der Übernahme von Ausbildungsabsolventen. Neben diesen sowohl arbeitgeber- als auch arbeitnehmerseitigen Nachteilen des § 78a BetrVG weist die Norm weitere Problemfelder auf, die im betrieblichen Alltag zu Schwierigkeiten führen können.

Ein bisher wenig beleuchtetes Problem resultiert aus der Ausbildung über den Bedarf hinaus im Zusammenspiel mit einer Situation, in der zu einem Zeitpunkt mehr Mandatsträger ein Weiterbeschäftigungsverlangen geltend machen, als es freie Arbeitsplätze zur Übernahme von Auszubildenden im Betrieb gibt. Hieraus resultiert für den Arbeitgeber regelmäßig wie bei tarifvertraglichen Übernahmeansprüchen ein betrieblicher Unzumutbarkeitsgrund bzgl. der Weiterbeschäftigung der über die festgelegte Übernahmequote hinaus ausgebildeten Mandatsträger.⁹³²

Eine solche Konstellation tritt vermehrt ein, wenn sich über den Bedarf auszubildende hinaus Betriebe in einer wirtschaftlichen Schieflage befinden und deshalb Arbeitsplätze abbauen müssen auf, Einstellungen verzichten oder nur wenige Neueinstellungen vornehmen, um dadurch zumindest langfristig bestimmte Kernkompetenzen und einen gesunden Personalmix für die weitere Entwicklung des Unternehmens vorzuhalten. In diesen Fällen stellt sich das Problem, nach welchen Kriterien der Arbeitgeber zu entscheiden hat, welchen Mandatsträger er auf eine freie Stelle übernehmen soll bzw. muss und

⁹³¹ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668).

⁹³² Vgl. für die Weiterbeschäftigung bei tarifvertraglichen Übernahmeverpflichtungen: Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S. 1329 ff. (1331).

welchen Mandatsträgern er die Weiterbeschäftigung aufgrund einer betriebsbedingten Unzumutbarkeit wegen nicht genügend freier Stellen verweigern darf.

Das Problem stellt sich hingegen nicht, wenn bei einzelnen Mandatsträgern personen- oder verhaltensbedingte Unzumutbarkeitsgründe vorliegen, die aber im Gegensatz zu den betriebsbedingten Gründen in der betrieblichen Praxis eine untergeordnete Rolle spielen. Beim Vorliegen solcher personen- oder verhaltensbedingter Unzumutbarkeitsgründe hat keine Auswahl zwischen den Mandatsträger zu erfolgen. Vielmehr ist gegenüber dem nicht geeigneten Mandatsträger die Unzumutbarkeit anhand der allgemeinen Grundsätze nach § 78a IV BetrVG gerichtlich feststellen zu lassen.

A. Freie unternehmerische Entscheidung oder Beachtung objektiver Kriterien

Sinn einer jeden Personalauswahl, insbesondere bei Besetzungen von freien Stellen in Betrieben und Unternehmen, ist es, unter den Bewerbern den am besten geeigneten künftigen Mitarbeiter herauszufinden, auszuwählen und einzustellen.⁹³³ Es stellt sich die Frage, ob dies auch in der Situation eines Überhangs von Mandatsträgern gilt. Darf der Arbeitgeber auch dann seine unternehmerische und personalwirtschaftliche Entscheidung frei treffen und ohne Einschränkung den Mandatsträger übernehmen, den er persönlich nach rein subjektiven Maßstäben für am geeignetsten hält, oder muss sich die Entscheidung an objektiven und überprüfbaren Kriterien messen lassen?

Die Beantwortung dieser Frage hängt vor allem davon ab, ob die Weiterbeschäftigung des ausgewählten Mandatsträgers eher einer Neueinstellung des übernommenen Mandatsträgers entspricht oder wegen der Nichtberücksichtigung des anderen Auszubildenden eher die Maßstäbe einer betriebsbedingten Kündigung für die nicht übernommenen Mandatsträger heranzuziehen sind.

Die Unterscheidung zwischen Einstellung und Kündigung ist deshalb bedeutsam, weil bei Einstellungen und Kündigungen unterschiedliche Anforderungen an die Kriterien der Auswahlentscheidung gestellt werden können und müssen. Im letzteren Falle hätte der Arbeitgeber z.B. die Vorgaben des § 1 III KSchG zu berücksichtigen und auf die Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und eine Schwerbehinderung abzustellen.

⁹³³ So auch Adomeit/Mohr, „Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz“ S. 179 ff. (181).

1. Kriterien bei Neueinstellungen und betriebsbedingten Kündigungen

a. Kriterien bei Neueinstellungen

Hinsichtlich der Einstellung von Arbeitnehmern steht fest, dass der Arbeitgeber bei diesen - außer im Bereich des öffentlichen Dienstes - nicht grundsätzlich zu einer rein sachbezogenen Entscheidung verpflichtet ist, die unter Beachtung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu erfolgen hat.⁹³⁴ Der Arbeitgeber kann vielmehr seine personalpolitischen Entscheidungen so lange frei treffen, wie er nicht willkürlich handelt und sich nicht von bestimmten - grundgesetzlich oder gesetzlich normierten – verbotenen Gesichtspunkten leiten lässt. Diese Diskriminierungsverbote ergeben sich entweder, wie z.B. bei den Art 3 III, 9 III GG, direkt aus dem Grundgesetz oder sind in arbeitsrechtlichen Regelungen wie vor allem dem AGG, § 75 BetrVG, oder den Generalnormen des BGB festgeschrieben.⁹³⁵ Zwar begründet ein Verstoß des privatrechtlichen Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG gemäß § 15 VI AGG mangels Kontrahierungszwanges keinen Anspruch auf Naturalrestitution in Form der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, jedoch entsteht gegen den Arbeitgeber ggf. ein Anspruch auf Schadensersatz.⁹³⁶ Eine Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit in personalpolitischen Angelegenheiten ist folglich nicht zu verkennen.

b. Kriterien bei betriebsbedingten Kündigungen

Noch stärker ist die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit bei betriebsbedingten Kündigungen des Arbeitgebers.

Zwar obliegt es dem Arbeitgeber hier grundsätzlich ebenfalls nicht, bei diesbezüglichen Kündigungsentscheidungen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zu berücksichtigen, es sei denn, er handelt willkürlich und behandelt identische Tatbestände, insbesondere im Bereich der verhaltensbedingten Kündigungen, unterschiedlich. Dann wäre die Kündigung unwirksam, weil der Arbeitgeber selbst durch die anderweitige Kündigung konkludent ausgedrückt hat, dass die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern trotz eines bestimmten Fehlverhaltens für ihn zumutbar ist.⁹³⁷ Jedoch hat sich der Gleichbehandlungsgrundsatz bei betriebsbedingten Kündigungen zum einen in Form

⁹³⁴ Vgl.: Buchner in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 40, Rn. 148; Buchner, „Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen“, S. 577 ff. (579).

⁹³⁵ Vgl.: Willemsen/Schweibert, „Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“ in NZA 2006, S. 2583 ff. (2583); Adomeit/Mohr, „Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz“ S. 179 ff. (179).

⁹³⁶ Vgl.: Deinert in Däubler/Bertzbach, AGG, § 15, Rn. 127 ff.; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 15, Rn. 68; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 7, Rn. 10.

⁹³⁷ So auch das BAG vom 14.10.1965 in AP BetrVG 1952 § 66 Nr. 27; BAG vom 25.03.1976 in AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 6; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 134, Rn. 101.

des § 1 III KSchG konkretisiert,⁹³⁸ der die soziale Ungerechtfertigkeit einer betriebsbedingten Kündigung normiert. Zum anderen enthält das KSchG nicht nur Normen über den allgemeinen Kündigungsschutz hinsichtlich sozialwidriger Kündigungen, sondern auch Regelungen zum besonderen Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern und zum besonderen Kündigungsschutz bei Massenentlassungen. Außerdem besteht außerhalb des KSchG z.B. im BBiG, im SGB IX, im BetrVG oder im BGB eine Vielzahl von spezialgesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften, die meistens auf eine besondere und abgrenzbare Kategorie von Arbeitnehmern wie z.B. Mütter, Schwerbehinderte, Wehrpflichtige oder Auszubildende, Anwendung finden und diesen Personengruppen einen besonderen Schutz zukommen lassen.⁹³⁹

Ob sich darüber hinaus bei betriebsbedingten Kündigungen deren Wirksamkeit allein nach dem Kündigungsschutzrecht richtet und das AGG auf Kündigungen nicht anwendbar ist oder zusätzlich neben dem KSchG zur Anwendung kommt, wird bisher in der Literatur heftig diskutiert und ist durch die deutschen Arbeitsgerichte noch nicht abschließend geklärt, obwohl § 2 IV AGG für Kündigungen explizit vorschreibt, dass ausschließliche die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten sollen.⁹⁴⁰

2. Einstellung des übernommenen oder betriebsbedingte Kündigung des abgelehnten Mandatsträgers

Wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen, die an Neueinstellungen oder betriebsbedingte Kündigungen gestellt werden, ist – vor allem bzgl. einer möglichen Sozialauswahl – zu entscheiden, welche arbeitsrechtliche Maßnahme greift, wenn mehr in Ausbildung befindliche Mandatsträger ihr Übernahmeverlangen erklärt haben, als freie Arbeitsplätze zur Verfügung stehen und deshalb nicht alle mandatierten Auszubildenden übernommen werden können.

a. Betriebsbedingte Kündigung

Für den Mandatsträger, der ein Übernahmeverlangen gestellt hat, das seitens des Arbeitgebers mangels eines freien Arbeitsplatzes nicht erfüllt werden kann, stellt sich die Situation ähnlich einer betriebsbedingten Kündigung dar. Er hat grundsätzlich aus § 78a

⁹³⁸ Vgl.: Preis in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Rn. 61.

⁹³⁹ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 134, Rn. 4.

⁹⁴⁰ Vgl.: Hein „AGG x KSchG = Europa²? - Die Kündigung zwischen allgemeinem und besonderem Kündigungsschutz, Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz und Europarecht“ in NZA 2008, S. 1033 ff. (1033); Willemssen/Schweibert, „Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“ in NZA 2006, S. 2583 ff. (2584); Lingemann/Beck, „Auswahlrichtlinie, Namensliste, Altersgruppenbildung und Altersdiskriminierung“ in NZA 2009 S. 577 (581). Obwohl dass BAG in seiner Entscheidung vom 06.11.2008 in NZA 2009, S. 361 das Verhältnis vom KSchG zum AGG aufgegriffen und geklärt hat, bleibt abzuwarten, wie ggf. der EuGH zu dieser Thematik steht.

BetrVG einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, dem im konkreten Fall nicht entsprochen wird, so dass seine Beschäftigung mittelbar durch die Geltendmachung der Unzumutbarkeit durch den Arbeitgeber tatsächlich beendet wird. Außerdem wird auch bezüglich der Streitwertfeststellung im gerichtlichen Verfahren nach § 78a IV BetrVG darauf abgestellt, dass die Situation einer Kündigung ähnlich ist.⁹⁴¹

Jedoch ist unabdingbare Voraussetzung der Wirksamkeit jeder betriebsbedingten Kündigung, dass zumindest gemäß § 623 BGB eine schriftliche Kündigungserklärung des Arbeitgebers gegenüber dem zu Kündigenden abgegeben wird, um ein sonst weiterbestehendes Beschäftigungsverhältnis zu einem bestimmten Termin zu beenden.⁹⁴² Eine solche Kündigungserklärung wird seitens des Arbeitgebers nicht gegenüber dem Auszubildenden erklärt; vielmehr teilt er dem Auszubildenden, wenn überhaupt, gemäß § 78a I BetrVG mit, dass er ihn nach Abschluss der Ausbildung nicht weiterbeschäftigen werden wird. Der Arbeitgeber sieht auch keinen Grund, eine Kündigung gegenüber dem Auszubildenden auszusprechen. Denn das befristete Arbeitsverhältnis des Mandatsträgers wäre ohne dessen Verlangen der Weiterbeschäftigung auch ohne die Erklärung einer arbeitgeberseitigen Kündigung mit Abschluss der Ausbildung gemäß § 21 BBiG automatisch beendet.⁹⁴³

Bei Erklärung eines Übernahmeverlangens des Auszubildenden kann das Beschäftigungsverhältnis nicht durch eine Kündigungserklärung des Arbeitgebers, sondern nur durch eine gerichtliche Entscheidung des Arbeitsgerichts auf Antrag des Arbeitgebers aufgehoben werden bzw. wird gar nicht begründet.⁹⁴⁴ Eine Kündigungserklärung des Arbeitgebers hätte somit in der Situation einer Unzumutbarkeit keine Aussicht auf Erfolg. Eine Kündigung ist in den Konstellationen der Nichtübernahme aller Mandatsträger deshalb nicht zu sehen.

Überdies entspricht die Situation des Übernahmearbeitsverhältnisses auch eher den gesetzlich normierten Fällen des § 24 BBiG, wonach Auszubildende, die im Anschluss an ihr Arbeitsverhältnis wissentlich vom Arbeitgeber tatsächlich im Betrieb weiterbeschäftigt werden, ein gesetzlich begründetes Arbeitsverhältnis mit dem Ausbildungsbetrieb eingehen.⁹⁴⁵ Sollte der Arbeitgeber der tatsächlichen Beschäftigung entweder im

⁹⁴¹ LAG Hamburg vom 26.10.2006 in NZA-RR 2007, S. 154; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 168.

⁹⁴² Vgl.: Müller-Glöße in ErfK, § 623 BGB, Rn. 10 ff.; Henssler in Jauernig, Kommentar zum BGB, § 623 BGB, Rn.30 ff.;

⁹⁴³ Vgl.: Benecke in Benecke/Hergenröder, Berufsbildungsgesetz, § 21 BBiG, Rn. 3.; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 21 BBiG, Rn. 5; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 8; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2.

⁹⁴⁴ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 8; Oetker, Die Anhörung S. 15.

⁹⁴⁵ Vgl.: Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 6; Wiencke, S. 19; Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 174, Rn. 127; Benecke, „Das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis nach § 24 BBiG“ in NZA 2009, S. 820 ff. (821 ff.).

Voraus oder bei Tätigkeitsaufnahme des Auszubildenden widersprechen, wird dies weder in der einschlägigen Literatur noch in der Rechtsprechung als betriebsbedingte Kündigung angesehen, sondern lediglich als Verhinderung der Begründung eines unbefristeten gesetzlichen Vollarbeitsverhältnisses.⁹⁴⁶

Folglich wirkt sich die unzumutbarkeitsbegründete Nichtübernahme eines Mandatsträgers trotz dessen erklärten Weiterbeschäftigungsverlangens für diesen zwar tatsächlich wie eine betriebsbedingte Kündigung aus, rechtlich ist sie jedoch nicht als eine solche zu werten. Vielmehr handelt es sich um eine normale Beendigung eines befristeten Ausbildungsverhältnisses gemäß § 21 BBiG, bei dem die Ausnahme des 78a BetrVG aufgrund einer gegebenen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht dazu führt, dass eine Übernahme in ein Beschäftigungsverhältnis erfolgt.⁹⁴⁷

Die Kündigung eines Beschäftigungsverhältnisses liegt somit nicht vor, so dass auch dessen Voraussetzungen nicht beachtet werden müssen.

b. Neueinstellung

Fraglich ist, ob die Weiterbeschäftigung des zu übernehmenden Mandatsträgers eine Neueinstellung darstellt, die entsprechend den allgemeinen Kriterien bei Einstellungen überprüfbar wäre.

Bei dem aufgrund des Gestaltungsrechts des § 78a II BetrVG entstehenden Anschlussarbeitsverhältnis handelt es sich, wie ausgeführt, um ein kraft Gesetzes begründetes Beschäftigungsverhältnis, das nicht auf dem bisherigen Ausbildungsvertrag oder einem anderen neu abgeschlossenen Arbeitsvertrag beruht und gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Arbeitgebers begründet werden kann. Auf den Willen der Parteien des Arbeitsverhältnisses kommt es nicht an.⁹⁴⁸ Das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis betrifft jedoch im Allgemeinen und speziell im zu diskutierenden Fall eines Überhangs an Weiterbeschäftigungsverlangens lediglich das „Ob“ einer Übernahme eines Mandatsträgers und konkretisiert den Inhalt des nachfolgenden Beschäftigungsverhältnisses. Es betrifft jedoch nicht die Frage, „Wer“ von den Mandatsträgern bei zu wenigen Anschlussarbeitsverhältnissen zu übernehmen ist, weil dies im Normalfall grundsätzlich jeder Mandatsträger ist, der sein Verlangen auf Weiterbeschäftigung fristgerecht erklärt hat.

⁹⁴⁶ Vgl. für den § 24 BBiG: Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 22 BBiG, Rn. 28; Benecke in Benecke/Hergenröder, Berufsbildungsgesetz, § 24 BBiG, Rn. 13.

⁹⁴⁷ Im Ergebnis so auch LAG Hamm vom 21.02. 2003 in NZA-RR 2003, S. 547 ff. (549); Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S. 1329 ff. (1331), die Voraussetzungen einer Sozialauswahl deshalb auch nur „entsprechend“ anwenden möchten.

⁹⁴⁸ Vgl.: Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 159, Rn. 47; ; Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (158); Moritz „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG“ in DB 1974, S. 1016 ff. (1016); Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 237.

Da im Falle der betrieblichen Ausbildung über den Bedarf hinaus und eines anschließenden Überhangs an Auszubildenden der Arbeitgeber eine Auswahl treffen muss, welche Mandatsträger er auf freie Stellen übernimmt, ist dies mit der Situation einer Einstellung zumindest vergleichbar, in der sich um eine freie ausgeschriebene Stelle mehrere interne oder externe Interessenten bewerben.⁹⁴⁹ Nachdem sich der Arbeitgeber bei einem Bewerbungsüberhang nach Sichtung aller Bewerbungsunterlagen, der Durchführung von ggf. mehreren Gesprächsrunden⁹⁵⁰ und Eignungsuntersuchungen mit einigen Bewerbern auf einen Kandidaten festgelegt hat, werden mit diesem Vertragsverhandlungen geführt und der Arbeitsvertrag geschlossen, bevor anschließend die Einstellung im Unternehmen erfolgt.⁹⁵¹

Bei einem Überhang an Mandatsträgern mit Übernahmeverlangen entfallen zwar regelmäßig die inhaltlichen Vertragsverhandlungen, weil sich der Inhalt des unbefristeten Vollzeitverhältnisses grds. bereits aus dem Gesetz ergibt,⁹⁵² jedoch sind die übrigen Schritte der Anbahnung des Beschäftigungsverhältnisses identisch.

Des Weiteren ähnelt die Situation des Übernahmearbeitsverhältnisses des § 78a BetrVG – wie dargelegt – auch den gesetzlich normierten Fällen des § 24 BBiG, wonach Auszubildende, die im Anschluss an ihr Ausbildungsverhältnis tatsächlich im Betrieb weiterbeschäftigt werden, dadurch ein gesetzlich begründetes Arbeitsverhältnis eingehen. Hierbei ist anerkannt, dass es sich um eine Einstellung handelt.⁹⁵³ Zwar stellt die Übernahme des sich in Ausbildung befindlichen Mandatsträgers keine Einstellung im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes dar, sie ist jedoch aber zumindest eine einstellungsähnliche Situation im Sinne der allgemeinen Kriterien beim Abschluss von Arbeitsverträgen nach dem ein Arbeitgeber wie bei einer Neueinstellung vorgeht.

3. Ergebnis

Sollten mehrere Mandatsträger einen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 78a II BetrVG geltend machen, aber nicht alle wegen nicht ausreichend zur Verfügung stehender freier Arbeitsplätze übernommen werden, so stellt dies eine einstellungsähnliche Situation der übernommenen Auszubildenden und nicht eine betriebsbedingte Kündi-

⁹⁴⁹ Siehe zur Stellenausschreibung im Zusammenhang mit dem AGG: Adomeit/Mohr, „Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz“ S. 179 ff. (180); Wisskirchen/Bissels, „Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG“ in NZA 2007, S. 167 ff. (170).

⁹⁵⁰ Vgl. zur aktuellen Problematik des Fragerechts des Arbeitgebers bei Einstellungen: Wisskirchen/Bissels, „Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG“ in NZA 2007, S. 167 ff. (167 ff.).

⁹⁵¹ Einen guten Überblick über die verschiedenen Stadien der Vertragsanbahnung gibt: Linck Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, §§ 25, 26.

⁹⁵² Siehe zum Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses: BAG vom 24.07.1991 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 18; Künzli in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 78.

⁹⁵³ Vgl. für den § 24 BBiG: Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 22 BBiG, Rn. 28; Benecke in Benecke/Hergenröder, Berufsbildungsgesetz, § 24 BBiG, Rn. 18.

gung der nicht übernommenen Mandatsträger dar. Der Arbeitgeber kann seine personalpolitischen Einstellungsentscheidung somit frei treffen, solange er nicht willkürlich handelt und nicht gegen gesetzliche Verbote, insbesondere Diskriminierungsverbote, verstößt, so dass eine gewisse Einschränkung gegeben ist.

B. Kriterien bei der Auswahl der zu übernehmenden Mandatsträger

Da feststeht, dass die Weiterbeschäftigungsentscheidung bzgl. der zu übernehmenden Mandatsträger im Fall eines Überhangs nicht gänzlich eine freie unternehmerische Entscheidung sein kann, sondern den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen bei Einstellungen genügen muss, stellt sich die Frage, welche Kriterien der Arbeitgeber als Entscheidungshilfe heranziehen darf bzw. welche Eigenschaften der Mandatsträger vielleicht sogar berücksichtigen muss. Von den unzähligen Kriterien, sollen nachfolgend die für die betriebliche Praxis wichtigsten und naheliegensten aufgezeigt und bewertet werden. Darf der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung vor allem, wie bei allgemeinen Einstellungsentscheidungen, lediglich auf die Qualifikation der infrage stehenden Mandatsträger abstellen oder ist eine Art von Sozialauswahl zu treffen? Ist außerdem entscheidend, in welchem Organ die die Weiterbeschäftigung verlangenden Mandatsträger tätig waren oder ob einer der Auszubildenden eine besondere Stellung im Organ innehatte, wie z.B. die des Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter. Kann diesbezüglich auch die Länge der Mitgliedschaft in den betriebsverfassungsrechtlichen Organen eine entscheidende Rolle bei der Auswahl spielen?

1. Kriterium der zwingenden Sozialauswahl i.S.d. § 1 III KSchG

Man könnte annehmen, dass bei der Auswahl der in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmenden Mandatsträger der Arbeitgeber die sozialen Gesichtspunkte des Alters, der Betriebszugehörigkeit, der Unterhaltspflichten sowie etwaiger Schwerbehinderungen des § 1 III KSchG grundsätzlich zumindest entsprechend zu berücksichtigen habe. Er müsste somit eine Art Sozialauswahl zwischen den Auszubildenden treffen,⁹⁵⁴ um die Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigen zu können.

Da eine direkte Anwendung der Norm aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 1 III KSchG, der von einer Sozialauswahl bei Kündigungen spricht, ausscheidet, käme nur eine entsprechende oder analoge Anwendung in Betracht.⁹⁵⁵

⁹⁵⁴ Vgl.: LAG Hamm vom 21.02. 2003 in NZA-RR 2003, S. 547 ff. (549); Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S 1329 ff. (1331), beide jedoch bezogen auf eine tarifvertragliche Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber Auszubildenden und nicht auf ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes.

⁹⁵⁵ So auch Schmidt, Der Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse, S. 168, für die Frage der Anwendbarkeit des § 1 III bei Wiedereinstellungsansprüchen von Arbeitnehmern.

Der Sozialauswahl kommt im Rahmen des Kündigungsschutzes - zusammengefasst - die Funktion zu, den oder die zu kündigenden Arbeitnehmer bei betriebsbedingten Kündigungen individuell zu konkretisieren, wenn feststeht, dass einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern gekündigt werden darf, weil entsprechende Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen entfallen. Mittels der Sozialauswahl verdrängen die nach den gesetzlichen Kriterien des § 1 III KSchG zu bestimmenden Arbeitnehmer andere vergleichbare, in der Regel weniger schutzbedürftige Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze eventuell sogar nicht direkt von der Maßnahme betroffen sind.⁹⁵⁶

Bei der zwischen den Mandatsträgern vorzunehmenden Auswahl handelt es sich jedoch, wie gezeigt wurde, nicht um eine Entscheidung, die Grundlage einer Kündigung sein soll, sondern um eine Entscheidung, die einer einstellungsähnlichen Situation vorausgeht. Bei solchen Einstellungen und den ihnen zugrunde liegenden Auswahlentscheidungen ist der deutschen Rechtsordnung eine Sozialauswahl jedoch gänzlich fremd, weil es keine sozialwidrigen Einstellungen oder Nichteinstellungen gibt.⁹⁵⁷ Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber vorab eine sozial gerechtfertigte Kündigung ausgesprochen hat, sich anschließend während der laufenden Kündigungsfrist die betriebs- oder personalwirtschaftliche Prognose positiv verändert und sich dadurch ein Wiedereinstellungs- bzw. Weiterbeschäftigungsanspruch der betroffenen Arbeitnehmer ergibt, bei dem eine Sozialauswahl i.S.d. § 1 III KSchG analog bzw. über die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs des § 242 BGB zu erfolgen hat.⁹⁵⁸ Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend jedoch nicht gegeben, weil vor der Übernahmeentscheidung oder durch sie keine Kündigungen ausgesprochen worden sind.

Des Weiteren bliebe bei Auszubildenden am Ende ihrer Ausbildung aufgrund des regelmäßigen Ausbildungsbeginns und der normalen Ausbildungsdauer zu bedenken, dass vor allem der soziale Gesichtspunkt der Betriebszugehörigkeit identisch – meist drei Jahre – sein dürfte und auch das Alter in der Regel ähnlich – um die 20 Jahre – sein sollte. Dies dürfte eine Sozialauswahl ad absurdum führen, weil diese in der Regel bei Alter und Betriebszugehörigkeit deutlich unterschiedliche Werte aufweist.

⁹⁵⁶ Vgl. nur: BAG vom 07.02.1985 in AP KSchG 1969 § 1, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 9; Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 135, Rn. 42; Müller, Sozialauswahl und Kündigungsschutz, § 2, Rn. 59; Schmidt, Der Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse, S. 168.

⁹⁵⁷ Vgl.: Müller, Sozialauswahl und Kündigungsschutz, § 3, Rn. 9, der darauf hinweist, dass die Sozialauswahl nur im Rahmen einer betriebsverfassungsrechtlichen Auswahlrichtlinie Bedeutung erlangen kann; Schmidt, Der Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse, S. 168; Lück, Probleme der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG, S. 43 ff.; Pflüger, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 201; Fischer, Weiterbeschäftigung durch Arbeitsplatzverschaffung, S. 17.

⁹⁵⁸ Vgl. zu der Sozialauswahl bei Wiedereinstellungs-/Weiterbeschäftigungsansprüchen: BAG vom 20.06.2000 in AP § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung Nr. 6; Pflüger, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 201; Müller, Sozialauswahl und Kündigungsschutz, § 3, Rn. 40 ff.; Schmidt, Der Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse, S. 169 ff.

Bei einer personalpolitischen Einstellungsentscheidung, welche Mandatsträger bei einem Überhang von Übernahmeverlangen i.S.d. § 78a II BetrVG weiterzubeschäftigen sind, hat der Arbeitgeber somit grundsätzlich keine Verpflichtung eine Sozialauswahl entsprechend § 1 III KSchG durchzuführen.

2. Kriterium der Stellung im Organ und der Länge der Mitgliedschaft

Da der § 78a BetrVG auch dem Schutz der Funktionalität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe dient, wäre es denkbar bei der Entscheidung, welche Mandatsträger bei einer Weiterbeschäftigung zu bevorzugen sind, deren Stellung im jeweiligen Organ zu berücksichtigen, so dass einfache Mandatsträger erst zu übernehmen wären, sobald die Weiterbeschäftigung des Vorsitzenden oder dessen Stellvertreters gewährleistet ist. Ebenso wäre unter Funktionalitätsgesichtspunkten zu erwägen, ob die Seniorität der Mandatsträger eine Rolle spielen könnte, ob also Mitglieder mit längerer betriebsverfassungsrechtlicher Organmitgliedschaft schützenswerter sind als solche mit kürzerer, weil dadurch sichergestellt würde, dass langfristig aufgebautes betriebsverfassungsrechtliches Spezial- und Fachwissen im Organ verbleibt.

Auch eine solche Vorgehensweise bei der Auswahlentscheidung der weiter zu beschäftigenden Mandatsträger ist im deutschen Arbeitsrecht nicht vorgesehen und wird auch bei ähnlichen Konstellationen nicht angewendet.

In der vergleichbaren Situation, wenn im Rahmen des § 15 IV KSchG bei einer Betriebsstilllegung in mehreren Phasen ein Überhang von Mandatsträgern entsteht und über deren Kündigungsreihenfolge entschieden werden muss, spielt weder deren Stellung im jeweiligen Organ noch die Länge der Mitgliedschaft eine Rolle.⁹⁵⁹ Sollte die Belegschaft im Vorfeld einer Betriebsstilllegung stufenweise reduziert werden, ist zwar eine Kündigung der von § 15 I bis III a KSchG geschützten Arbeitnehmer nicht ausgeschlossen, solange ihnen erst in der letzten Phase gekündigt wird. Sollte die Weiterbeschäftigung aller geschützten Arbeitnehmer nach den genannten Grundsätzen bis zur völligen Betriebsstilllegung nicht möglich sein, so hat jedoch zwischen ihnen eine Sozialauswahl analog den Kriterien des § 1 III KSchG und nicht eine betriebsverfassungsrechtlich bedingte Auswahl zu erfolgen.⁹⁶⁰ Allerdings ist unabhängig von der durchzuführenden Sozialauswahl unter den Mandatsträgern zum Schutz der Kontinuität der Arbeit des geschützten Vertretungsorgans den im Nachwirkungszeitraum sonderkündigungsgeschützten Ersatzmitgliedern gegenüber den aktiven Amtsinhabern vorrangig zu

⁹⁵⁹ Siehe ausführlich zum Sonderkündigungsschutz bei Betriebsstilllegungen: Werres, „Betriebsstilllegung und Sonderkündigungsschutz“ in NZI 2009, Seite 24 ff. (24 ff.).

⁹⁶⁰ Vgl.: BAG vom 16.09.1982 in AP KO § 22, Nr. 4; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 178.

kündigen.⁹⁶¹ Die Auswahlentscheidung im Rahmen des § 15 IV KSchG hat also anhand einer Sozialauswahl entsprechend § 1 III KSchG zu erfolgen, wobei aktiven Organmitgliedern erst nach den Ersatzmitgliedern zu kündigen ist, aber sonst keine betriebsverfassungsrechtlichen Kriterien heranzuziehen sind.

Es sprechen keine Hinweise dafür, im Rahmen der Auswahlentscheidung des § 78a BetrVG eine andere Wertung zugrunde zu legen, so dass die Amtsstellung und die Dauer der Organmitgliedschaft nicht als Auswahlkriterium bei diesbezüglichen Einstellungsentscheidungen herangezogen werden müssen.

3. Kriterium der in der Ausbildung erbrachten Leistungen

Für den Arbeitgeber sind zur Sicherstellung der langfristigen Leistungsfähigkeit des Unternehmens vor allem die durch Prüfungsnoten belegten Qualifikationen oder Fähigkeiten und die Sozialkompetenz der Ausbildungsabsolventen von besonderer Bedeutung, auf die er bei externen Einstellungen und internen Übernahmen oder Verlängerungen im Allgemeinen regelmäßig abstellt. Grundsätzlich steht es ihm im Rahmen eines Einstellungs- und Auswahlermessens offen, die fachlichen und sonstigen Voraussetzungen, die für die freie Beschäftigungsstelle erfüllt sein müssen, festzulegen und die Bewerber anhand der gewählten Kriterien zu bewerten.⁹⁶² Die arbeitgeberseitig bestimmten und von den Bewerbern aufzuweisenden Merkmale könnten sich dabei alleine auf die bisher in der Ausbildung erbrachten Leistungen und Qualifikationen der Mandatsträger beziehen.

Im Rahmen der Prüfung der Unzumutbarkeit der Übernahme von Mandatsträgern wird allerdings von der überwiegenden Literatur und der Rechtsprechung vertreten, dass ein Vergleich der in der Ausbildung erzielten Prüfungsergebnisse zwischen dem Mandatsträger und besser qualifizierten Mitbewerbern eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung grundsätzlich nicht begründen kann, weil im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung gerade kein Qualifikationsvergleich zwischen Mandatsträger und anderen Auszubildenden vorgenommen werden darf.⁹⁶³ Eine allgemein schlechtere Qualifikation oder ein un-

⁹⁶¹ Vgl.: Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 179; Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 49; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 15 KSchG, Rn. 35.

⁹⁶² Vgl.: BAG vom 31.05.1983 in AP § 95 BetrVG 1972 Nr. 2 ; Buchner, „Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen“, in NZA 1991, S. 577 ff. (579); Scholz in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 48 ff, 55 ff.

⁹⁶³ So das LAG Berlin vom 18.07.1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8 und das LAG Hamm vom 21.10. 1992 in BB 1993, 294; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Kukat, „Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 6.11.1996“ in BB 1997, S. 1794 ff. (1795); Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 44; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn. 589; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1465); a.A. z.B.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungs-

terdurchschnittlicher Notendurchschnitt ist auch nicht als Sachgrund für die Befristung eines übernommenen Auszubildenden anzuerkennen, wenn die Befristung dazu dienen soll, den Arbeitsplatz in absehbarer Zeit wieder für nicht näher konkretisierte künftige Arbeitnehmer mit besseren Qualifikationen und Benotungen freizumachen, weil weder Zeitpunkt noch Arbeitnehmer konkret bestimmt sind.⁹⁶⁴

Zum einen ist das Verbot eines Qualifikationsvergleiches zwischen mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden hinsichtlich der Übernahmeentscheidung fragwürdig.⁹⁶⁵

Zum anderen stellt sich die Situation in der vorliegend zu bewertenden Konstellation anders dar. Zuallererst werden nicht Mandatsträger mit Nichtmandatsträgern verglichen, sondern die Qualifikationen und Fähigkeiten der Mandatsträger untereinander, so dass sämtliche Argumente der Verneiner der Zulässigkeit eines Qualifikationsvergleichs im Rahmen der Zumutbarkeit des § 78a BetrVG keine Geltung erlangen können. Des Weiteren steht entgegen der Befristungsfrage fest, welcher Arbeitnehmer zu welcher Zeit – ein bestimmter anderer Mandatsträger zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung – die Beschäftigung aufnehmen soll. Folglich können diese Argumente nicht gegen die Anwendung des Einstellungskriteriums der Qualifikation und Fähigkeit sprechen.

Auch sonstige Einwände rechtfertigen es nicht, die Einstellung von Beschäftigten davon abhängig zu machen, ob diese über die entsprechenden Qualifikationen, Fähigkeiten und Kompetenzen verfügen, die das Unternehmen für die zu besetzende Stelle bzw. den gesuchten Arbeitnehmer voraussetzt. Der Arbeitgeber kann seine Auswahlentscheidung über die Wahl des zu übernehmenden Auszubildenden folglich anhand der vorliegenden bzw. nicht gegebenen Qualifikationen und Befähigungen der Mandatsträger treffen.

4. Allgemeine Einschränkung der Einstellungsfreiheit

Wie bereits angedeutet, ist der Arbeitgeber in seinen Handlungen jedoch an bestehende verfassungsrechtliche, gesetzliche und ggf. auch kollektivvertragliche Regelungen gebunden, wobei es sich weitgehend um spezielle Diskriminierungsverbote zum Schutz

recht, § 78a, Rn. 10; Wollenschläger, „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“ in NJW 1974, S. 935 ff. (936); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (672); Gamillscheg, „Kündigung und Versetzung der Vertreter der Arbeitnehmer – Eine rechtsvergleichende Übersicht.“ in ZfA 1977, 239 ff. (287); Weng, „Weiterbeschäftigungsanspruch eines Jugendvertreters nach § 78a BetrVG trotz entgegenstehender betrieblicher Gründe?“ in DB 1976, S. 1013 ff, 1015.

⁹⁶⁴ Vgl.: BAG 01.12.1999 in BB 2000, S. 1525 ff.; Backhaus in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 14 TzBfG, Rn. 315 ff.

⁹⁶⁵ Siehe hierzu: Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (672), oder von Roetteken „Rechtsprechungsübersicht zum Personalvertretungsrecht“ in NZA-RR 2001, S. 505 ff. (523).

der Arbeitnehmer handelt. Bei Einstellungsentscheidungen sind dabei vor allem die Beschränkungen und Benachteiligungsverbote des AGG, des BetrVG und das allgemeine Willkürverbot zu beachten.

a. Diskriminierungsverbote des AGG

Im Rahmen des AGG sind vor allem unmittelbare oder mittelbare Benachteiligungen wegen der in § 1 AGG genannten Gründe⁹⁶⁶ untersagt, wobei nicht jede unterschiedliche Behandlung aus einem der Gründe eine verbotene Benachteiligung darstellt.⁹⁶⁷

Die arbeitgeberseitige positive Auswahlentscheidung zugunsten des am qualifiziertesten Mandatsträgers wäre angreifbar, wenn sie auf einem der Benachteiligungsmerkmale beruht.⁹⁶⁸ Ob eine solche Benachteiligung vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden, jedoch spricht bereits vieles dafür, dass eine Entscheidung, die aufgrund objektiver Merkmale wie Qualifikation oder Fachwissen getroffen worden ist, keine Benachteiligung wegen Rasse, Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder der sexuellen Identität darstellt.

Eine verbotene Benachteiligung bei der Übernahmeentscheidung wegen der Mitgliedschaft in einem betriebsverfassungsrechtlichen Organ scheidet von vornherein aus, weil zum einen alle die Übernahme verlangenden Auszubildenden dieses Merkmal aufweisen und zum anderen die betriebsverfassungsrechtliche Betätigung unter keines der Benachteiligungsmerkmale zu subsumieren ist. Dies ist darin begründet, dass bereits die gewerkschaftliche Betätigung nicht unter den Begriff der Weltanschauung des § 1 AGG fällt und deshalb dies erst recht nicht für die betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit gelten kann.⁹⁶⁹

Ein Verstoß gegen § 1 AGG ist somit bei einer Auswahlentscheidung aufgrund der Qualifikation der Bewerber grundsätzlich ausgeschlossen.

b. Kriterium des § 75 BetrVG

Die Entscheidung, welche Mandatsträger nach ihrer Ausbildung übernommen werden, ist an § 75 BetrVG unter Berücksichtigung bestehender betrieblicher Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG zu messen. Deshalb muss überprüft werden, ob sie willkürlich ist

⁹⁶⁶ Die in § 1 AGG genannten Benachteiligungsgründe sind: Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität.

⁹⁶⁷ Vgl.: Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 3, Rn. 7; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3, Rn. 1.

⁹⁶⁸ Vgl.: Adomeit/Mohr, „Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz“ S. 179 ff. (182).

⁹⁶⁹ So auch: Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 1, Rn. 57; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 1, Rn. 46. Der Schutz der gewerkschaftlichen Tätigkeit wird aber über Art. 9 II, § 75 BetrVG gewährleistet.

oder nicht den Grundsätzen von Recht und Billigkeit entspricht.⁹⁷⁰ Grundsätzlich werden sich Arbeitgeber bei Übernahmeentscheidungen aufgrund eines qualitativen Unterschieds der Mandatsträger nicht willkürlich verhalten. Es liegt vielmehr im Interesse der Unternehmen, den aufgrund von objektiven Kriterien am besten geeigneten Auszubildende zu übernehmen, um Einarbeitungskosten zu reduzieren.⁹⁷¹

Sollten betriebliche Auswahlrichtlinien die Voraussetzungen einer Übernahme der Auszubildenden regeln, so sind diese zu befolgen. Zwar finden solche Auswahlrichtlinien, wenn der die Weiterbeschäftigung verlangende Mandatsträger aus irgendwelchen Gründen nicht die Voraussetzungen dieser Richtlinien erfüllt, bei der normalen Überprüfung der Unzumutbarkeit des „Ob“ der Übernahme eines Mandatsträgers keine Anwendung.⁹⁷² Dies kann jedoch nicht gelten, wenn es nicht um die Frage geht, ob überhaupt ein Mandatsträger, der die Richtlinien nicht erfüllt, übernommen wird und somit der Schutzzweck des § 78a BetrVG leerlaufen würde.

Sobald bei einer Ausbildung über den Bedarf hinaus feststeht, dass ein oder mehrere Mandatsträger übernommen werden sollen und nur zu klären ist, welcher von mehreren Mandatsträgern der geeignetste ist, müssen die zwischen den Betriebsparteien ausgehandelten Einstellungs- und Auswahlrichtlinien wieder Beachtung erlangen. Eine Schlechterstellung aufgrund der betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit kann nicht gegeben sein, weil ja ein Vergleich zwischen mehreren Mandatsträgern vorgenommen wird.

5. Ergebnis

Sollten mehr Mandatsträger ein Übernahmeverlangen geltend machen als Weiterbeschäftigungsarbeitsplätze im Betrieb frei sind, so kann der Arbeitgeber die Auswahl zwischen ihnen anhand von ihm gewählter Kriterien vornehmen, solange dies nicht willkürlich ist oder gegen das AGG, sonstige Gesetze oder betriebliche Auswahlrichtlinien verstößt. Er hat seine Einstellungsentscheidung insbesondere nicht anhand von Kriterien der Sozialauswahl, der Länge der Mitgliedschaft oder der Stellung in den betriebsverfassungsrechtlichen Organen zu treffen. Es steht ihm im Ergebnis folglich frei, allein auf Qualifikation, Leistung und Sozialkompetenz abzustellen.

⁹⁷⁰ Vgl.: BAG vom 05.04.1984 in AP BBiG § 17 Nr. 2; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Fischer, Weiterbeschäftigung durch Arbeitsplatzverschaffung, S. 17.

⁹⁷¹ Vgl.: Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 45.

⁹⁷² Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 128; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

C. Zusammenfassung

In Situationen, in denen mehrere Mandatsträger ein Übernahmeverlangen gemäß § 78a II BetrVG geltend machen, aber nicht alle von ihnen wegen nicht ausreichend zur Verfügung stehender freier Arbeitsplätze übernommen werden können, liegt keine betriebsbedingte Kündigung der nicht übernommenen Mandatsträger vor, sondern eine Einstellung der übernommenen Auszubildenden.

Der Arbeitgeber kann seine personalpolitischen Einstellungsentscheidung insofern frei treffen, sofern er nicht willkürlich handelt und nicht gegen gesetzliche Verbote, insbesondere Diskriminierungsverbote, verstößt. Seine Auswahlentscheidung hat sich nicht an Kriterien der Sozialauswahl, der Länge der Mitgliedschaft oder der Stellung in den betriebsverfassungsrechtlichen Organen zu orientieren. Es steht ihm im Ergebnis folglich frei, allein auf die in der Ausbildung erbrachte Qualifikation und Leistung und auf bewiesene Sozialkompetenz abzustellen.

V. Ergebnis Teil B

Der § 78a BetrVG bzw. dessen Rechtsfolgen entfalten wie jede Gesetzesnorm Auswirkungen, die zum einen sowohl positiv als auch negativ sein und zum anderen mittelbar oder unmittelbar auftreten können. Da es sich beim § 78a BetrVG um eine arbeitsrechtliche Norm handelt, können Effekte bei Arbeitgebern, Auszubildenden sowie Arbeitnehmer auftreten und den Arbeitsmarkt tangieren. Da das Arbeitsrecht insgesamt richterrechtlich weitergebildet wird, entstehen bei den Anwendern Rechtsunsicherheiten, die weitere Auswirkungen nach sich ziehen können. Zwar wurden die Folgen der Einführung des § 78a BetrVG vom Gesetzgeber theoretisch durchdacht, jedoch sind diese in der Praxis vielfältiger und weitreichender als erwartet.

Auf Seiten der Arbeitgeber führt die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG mittel- oder unmittelbar zu höheren Ausbildungskosten, dem Risiko, dass sich die Einstellung der Unternehmen zur betrieblichen Mitbestimmung verändert, und der Unmöglichkeit der Bestenauslese. All diese Auswirkungen haben zur Folge, dass die Arbeitgeber dazu neigen, keine oder weniger Auszubildende einzustellen bzw. keine Auszubildenden nach deren Abschluss zu übernehmen, um nicht der Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG zu unterliegen. Jedoch kann den Unternehmen dann längerfristig der geeignete eigene Fachkräftenachwuchs fehlen was zu erhöhten Personalbeschaffungs- und Einarbeitungskosten führt. All dies steht der seitens der Politik gewünschten erhöhten Ausbildungs- und Einstellungsbereitschaft der Betriebe kontraproduktiv gegenüber.

Die arbeitgeberseitigen Effekte des § 78a BetrVG spiegeln sich auf Seite der Arbeitnehmer und Auszubildenden wider. Weniger Auszubildende und Arbeitnehmer erhalten die Möglichkeit, eine Beschäftigung oder einen Ausbildungsplatz zu finden. Außerdem können wegen des Weiterbeschäftigungsanspruchs der Mandatsträger nicht immer die leistungsstärksten Auszubildenden davon ausgehen, dass sie auf freien Arbeitsplätzen im Betrieb übernommen werden. Die Arbeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und die Interessenwahrung der Belegschaft können darunter leiden, dass sich Auszubildende aus falschen oder rein egoistischen Motiven in betriebsverfassungsrechtliche Organe wählen lassen.

Eine weitere Problematik entsteht, wenn mehr Mandatsträger ein Übernahmeverlangen gemäß § 78a II BetrVG geltend machen, als freie Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung stehen. In diesen Fällen stellt die Nichtübernahme von Mandatsträgern keine betriebsbedingte Kündigung, sondern eine Einstellung der übernommenen Auszubildenden dar, so dass der Arbeitgeber seine personalpolitischen Einstellungsentscheidung unabhängig einer Sozialauswahl frei treffen kann, sofern er dabei nicht willkürlich handelt oder gegen gesetzliche Verbote verstößt.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Auswirkungen, die der § 78a BetrVG am Arbeitsmarkt entfaltet, sowohl den Belangen der Arbeitgeber, Auszubildenden und Arbeitnehmer als auch dem Interesse der Gesellschaft an verstärkter Ausbildungs- und Einstellungstätigkeit entgegensteht.

Teil C: Reaktionen der Arbeitgeber auf die Rechtsfolge des 78a BetrVG und Möglichkeiten zur Änderung der Vorschrift

Die meisten Rechtsnormen zeigen erst nach der Implementierung in das geltende Recht ihre Schwachstellen und Lücken, wenn das zuvor theoretische Recht und auf die gesellschaftliche und ökonomische Wirklichkeit trifft.

Sobald die Auswirkungen erkannt sind, hat dies zum einen zur Folge, dass sich die Anwender auf die Norm einstellen und die Möglichkeiten, die das Gesetz bietet, nutzen. Zum anderen führt dies dazu, dass in vielen Fällen anschließend Änderungen oder Reformen einzelner Normen oder ganzer Gesetze vorgenommen werden, damit der ursprüngliche Sinn und Zweck der Regelung erreicht werden kann.⁹⁷³ Gleichzeitig müssen auch immer europarechtliche Änderungen oder Vorgaben in deutsches Recht implementiert werden.

Dies gilt insbesondere auch im Arbeitsrecht, indem sich die gesetzlichen Regelungen neben dem allgemeinen Wandel einer steten Veränderung des Arbeitsumfeldes, z.B. der eingesetzten technischen Mittel, der gesellschaftspolitischen Meinung oder der ökonomischen Leitbilder, gegenübersehen, auf die das Recht bzw. der Gesetzgeber reagieren muss, um einen effektiven Rahmen für den Arbeitsmarkt zu gewährleisten.⁹⁷⁴

Bevor nachfolgend mögliche und vielleicht sogar erforderliche Änderungsmöglichkeiten für den § 78a BetrVG aufgezeigt werden, sollen die gegebenen betrieblichen Tendenzen beleuchtet werden, um die Rechtsfolge der Norm bzw. deren negative Auswirkungen auf Seiten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer vermeiden bzw. für beide Seiten und die übrigen Arbeitnehmer positiv anpassen oder anders gestalten zu können. Diese Tendenzen ergeben sich zum großen Teil direkt aus den bereits dargestellten Auswirkungen der Norm.

I. Reaktionen der Arbeitgeber auf die Rechtsfolge des § 78a BetrVG

Wie unter den Auswirkungen des § 78a BetrVG begründet, führt die Rechtsfolge der Norm zum einen dazu, dass bei den Arbeitgebern höhere, durch den Weiterbeschäftigungsanspruch verursachte ausbildungsbedingte Kosten entstehen, und zum anderen

⁹⁷³ Als Beispiel hierfür seien nur die andauernden Reformen und Reformvorhaben des BetrVG genannt, siehe z.B. Richardi, „Die Reform des Betriebsverfassungsrechts“ in NZA 2000, Seite 161 ff. (161 ff.), der auf die ordnungspolitische Unentschiedenheit hinweist und eine Neuausrichtung der Betriebsverfassung fordert. Gut stellen Schiefer und Korte, „Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes“ in NZA 2001, S. 351 (351 ff.) die Reform des Gesetzes über Entwurf und verschiedene Stellungnahmen und deren Auswirkungen dar.

⁹⁷⁴ Andererseits gibt es seit über 100 Jahren in Deutschland immer wieder Versuche, ein Arbeitsvertragsgesetz zu normieren, bisher ohne Erfolg. Siehe für die Entwicklungen der jüngeren Vergangenheit: Wank, „Zum Stand der Diskussion um ein Arbeitsvertragsgesetz“, in RdA 2009, S. 122 ff. (122 ff.).

dazu, dass die Grundeinstellung der Arbeitgeber gegenüber der betrieblichen Mitbestimmung verändert wird. Die Arbeitgeber empfinden die Norm daneben als Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, insbesondere weil es ihnen verwehrt wird, die aus ihrer Sicht geeignetsten Auszubildenden in Beschäftigungsverhältnisse zu übernehmen. Auch bei den Auszubildenden und Arbeitnehmern führt § 78a BetrVG zu negativen Konsequenzen, wie z.B. der Reduzierung von Einstellungen und Übernahmen oder der Nichtübernahme der jeweils Besten eines Ausbildungsjahrgangs.

Dies könnte die Arbeitgeber veranlassen, den Eintritt der Rechtsfolgen des § 78a BetrVG zu meiden, indem entweder die Norm im Betrieb gar nicht erst Anwendung finden kann, weil keine Arbeitsplätze geschaffen oder bestehende Arbeitsplätze gestrichen werden, auf denen Mandatsträger weiterbeschäftigt werden könnten, obwohl eigentlich Bedarf an mehr Beschäftigten besteht.

Auch an eine vorzeitige Kündigung des Mandatsträgers vor Abschluss der Ausbildung aus einem verhaltensbedingten Grund ist zu denken. Deshalb können auch die Auszubildenden ein Interesse daran haben, dass § 78a BetrVG in ihrem Betrieb nicht zur Anwendung kommt, und zwar sowohl die Mandatsträger als auch nicht mandatierte Auszubildende.

In welcher Form ein Nichteintritt der Rechtsfolge des § 78a BetrVG in der betrieblichen Wirklichkeit auftritt, zeigt sich häufig anhand von gerichtlichen Verfahren. In diesen wird meist am Rande der Entscheidung oder in der Sachverhaltsdarstellung auf Umstände hingewiesen, aus denen hervorgeht, dass eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers im konkreten Fall nicht besteht, weil eine bestimmte Tatbestandsvoraussetzung nicht gegeben bzw. im Umfeld der Übernahmeentscheidung weggefallen sei. Bezüglich möglicher Vermeidungen der Anwendbarkeit des § 78a BetrVG lässt sich danach unterscheiden, ob es seitens der Arbeitgeber überhaupt noch zu Einstellungen oder Übernahmen von Auszubildenden kommt oder ob die Auszubildenden nicht anstelle von unbefristeten Vollzeitarbeitsverhältnissen nur in ein befristetes oder ein Teilzeitarbeitsverhältnis übernommen werden.

Auch hängt die personalwirtschaftliche Entscheidung der Arbeitgeber davon ab, wie sie die zukünftige wirtschaftliche Situation des Unternehmens und dessen Möglichkeit, geeignete Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu rekrutieren, einschätzen.

A. Keine Einstellung von Auszubildenden bzw. keine freien Arbeitsplätze.

Der weitestgehende Weg, die Anwendbarkeit des § 78a BetrVG im Betrieb nicht zur Geltung kommen zu lassen, besteht darin, dass die Voraussetzungen der Norm nicht gegeben sind bzw. unproblematisch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung im Betrieb festgestellt werden kann.

Solche Konstellationen liegen erkennbar vor, wenn der Betrieb entweder gar keine Ausbildung betreibt, obwohl er hierzu in der Lage wäre, oder im Zeitraum anstehender Übernahmen keine freien Arbeitsplätze zur Verfügung stehen, auf denen Auszubildende weiterbeschäftigt werden könnten.

1. Keine Ausbildungstätigkeit

Der § 78a BetrVG schützt nur Beschäftigte eines Betriebes, die rechtlich als Auszubildende oder diesen rechtlich Gleichgestellte gewertet werden und Mitglied in einem betriebsverfassungsrechtlichen Organ sind.

Ob sich im Betrieb beschäftigte Auszubildende in eines der relevanten Organe wählen lassen, ist für die Arbeitgeber nicht abschließend vorhersehbar und hängt von vielen Komponenten ab, wie z.B. dem Unternehmensklima oder dem Verhältnis des Auszubildenden zu betriebsverfassungsrechtlicher Tätigkeit. Dies sind Kriterien, die sich im Laufe der Ausbildung ändern können. Selbst wenn der Arbeitgeber weiß oder ahnt, dass eine mögliche Wahl bevorsteht, ist es ihm aus guten Gründen verboten, auf die Wahl oder die Wähler Einfluss zu nehmen, um sich nicht gemäß §§ 20 I, II, 63 II 2, 119 I Nr. 1 BetrVG strafbar zu machen.⁹⁷⁵

Der einfachste Weg für den Arbeitgeber, die Anwendung des § 78a BetrVG im Betrieb auszuschließen wäre ein völliger Verzicht auf die betriebliche Ausbildung, weil dadurch unterbunden wäre, dass einer der Auszubildenden ein betriebsverfassungsrechtliches Mandat ausüben könnte. Der Arbeitgeber müsste seinen Fachkräftebedarf auf dem freien Arbeitsmarkt decken und das Risiko eingehen, dass ihm dies nicht immer gelingt. Ob ein Arbeitgeber einen solchen Weg einschlägt, hängt davon ab, wie er die Vorteile der Ausbildung – vor allem in Form der Eigengewinnung von Nachwuchskräften – im Vergleich zu den aufgezeigten Nachteilen des Weiterbeschäftigungsanspruchs und der außerbetrieblichen Gewinnung von Arbeitskräften einschätzt. Ist er der Auffassung, ge-

⁹⁷⁵ Vgl.: Trümmer in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 119, Rn.3 ff.; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 20 Rn. 2 ff.; Walter, Das Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen, S. 37; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 20, Rn. 9 ff. Vogt, „Behinderung und Beeinflussung von Betriebsratswahlen“ in BB 1987, S. 189 ff. (190).

nügen qualifizierte Fachkräfte kostengünstig auf dem Arbeitsmarkt rekrutieren zu können, wird er auf die eigene Ausbildung verzichten.

2. Keine Zurverfügungstellung von freien Arbeitsplätzen

Außerdem wäre es dem Arbeitgeber möglich, einen Weiterbeschäftigungsanspruch eines Mandatsträgers dadurch zu verhindern, dass eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung i.S.d. § 78a IV BetrVG evident und somit leicht gerichtlich durchsetzbar wäre, so dass der Mandatsträger entweder sofort oder nach einer rechtlichen Beratung durch Betriebsrat, Gewerkschaftsvertretern oder einen Rechtsanwalt von der ggf. gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs Abstand nehmen würde.

Die Evidenz ist insbesondere dann gegeben, wenn zum Zeitpunkt der anstehenden Weiterbeschäftigung alle der Ausbildung und Qualifikation des Auszubildenden entsprechenden Arbeitsplätze, eindeutig belegt sind und der Arbeitgeber aufgrund der wirtschaftliche Situation nicht plant, solche Arbeitsplätze in näherer Zukunft zu schaffen. Da der Auszubildende bei nicht vorhandenen freien ausbildungsgerechten Arbeitsplätzen nicht verlangen kann, dass für ihn ein anderweitig besetzter Arbeitsplatz freigeündigt wird, neue Arbeitsplätze geschaffen, vorhandene Überstunden abgebaut, Zeitarbeitnehmer durch eigenes Personal ersetzt oder die im Betrieb verwendeten Schichtpläne umgestellt werden, um einen zusätzlichen Arbeitsplatz für ihn zu schaffen, ist offensichtlich kein freier Arbeitsplatz vorhanden, auf dem er weiterbeschäftigt werden kann.⁹⁷⁶

Eine solche Situation nicht vorhandener freier Arbeitsplätze könnte auch dadurch eintreten, dass eigentlich geplante oder vorgesehene Arbeitsplätze erst in einem deutlichen zeitlichen Abstand vom mindestens drei Monaten zum Ausbildungsabschluss des Mandatsträgers neu besetzt werden.⁹⁷⁷

Nicht selten kommt es auch vor, dass der Arbeitgeber intern geplant oder angedacht hat, einen nicht mandatierten Auszubildenden nach dessen Abschluss unbefristet im Betrieb weiterzubeschäftigen, weil dieser nach Auffassung des Arbeitgebers angesichts seiner erbrachten Leistungen der geeignetste Auszubildende für eine Übernahme ist. Für diesen Auszubildenden sollte ein neuer, zusätzlicher Arbeitsplatz geschaffen werden, der bisher in der offiziellen Stellenplanung des Betriebs noch nicht besteht und von

⁹⁷⁶ Vgl.: BAG vom 16.01.1979 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 5; BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 55; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 31; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Horcher, „Wann muß der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freikündigen“ in NZA-RR 2006, S. 393 ff. (401 ff.); Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335).

⁹⁷⁷ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 37; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 24; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 14; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 9; Natzel in „Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“ in DB 1998, S. 1721 ff. (1721).

dem die Belegschaft und vor allem die betriebsverfassungsrechtlichen Gremien auch noch nicht Kenntnis haben. Ein Weiterbeschäftigungsverlangen eines Mandatsträgers bestand im Zeitpunkt der Planung nicht. Nach den bisher inoffiziellen Überlegungen des Arbeitgebers macht ein Mandatsträger seinen Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 78a BetrVG geltend. In dieser Situation reagieren viele Arbeitgeber indem sie für den eigentlich zu übernehmenden Auszubildenden keine neue Stelle schaffen, ihn somit nicht übernehmen und die Arbeit auf vorhandene Arbeitnehmer verteilen, weil sie den am besten geeigneten Auszubildenden nicht mehr übernehmen dürfen. Da dann kein freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht, ist die Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers für den Arbeitgeber unzumutbar und dieser braucht nicht übernommen zu werden. Aber auch der eigentlich gewollte Auszubildende kann und wird dann nicht übernommen und beide müssen über Bewerbungen eine Folgebeschäftigung auf dem regulären Arbeitsmarkt suchen.

Der vermeintliche Schutz eines einzelnen Auszubildenden würde so zu einem - entweder sich auf einen konkreten Fall beziehend oder als abstrakte Vorbeugung - kontraproduktiven Verhalten des Arbeitgebers führen, das den Auszubildenden in ihrer Gesamtheit schadet, weil die Wahrscheinlichkeit einer Übernahme reduziert wird. Dies gilt insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, die sich die Übernahme nicht leistungsgerechter Auszubildender oder Arbeitnehmer nicht leisten können, wenn sie langfristig im Wettbewerb bestehen wollen.

3. Ergebnis

Um sich keinem Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Zusammenhang von Weiterbeschäftigungsansprüchen Auszubildender auszusetzen, wird ein Arbeitgeber im äußersten Falle davon Abstand nehmen, überhaupt Auszubildende zu beschäftigen, und somit die betriebliche Ausbildung einstellen. Der Arbeitgeber kann die Rechtsfolge des § 78a BetrVG in seinem Betrieb außerdem dadurch ausschließen, dass er im zeitlichen Umfeld eines zu befürchtenden Weiterbeschäftigungsanspruchs keine freien Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung stellt, so dass zumindest die Übernahme des Mandatsträgers unzumutbar wäre.

B. Einstellung von Auszubildenden nur auf Teilzeit- oder befristeter Basis

Neben der absoluten Abkehr von der Ausbildung oder der Übernahme von Auszubildenden auf freien, unbefristeten Vollzeitbeschäftigungsstellen könnte der Arbeitgeber allen oder einem Teil der Auszubildenden anbieten, sie in ein Teilzeit- oder in ein befristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen, um auf diese Weise zwar Auszubildende zu

übernehmen, gleichzeitig aber eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigungsverpflichtung durch das Nichtvorhandensein freier Vollzeitarbeitsplätze zu erreichen. Da ein solches Teilzeit- oder befristetes Arbeitsverhältnis kein vollwertiges, unbefristetes Arbeitsverhältnis ist, auf das sich ein eventuelles Weiterbeschäftigungsverlangen des mandatierten Mandatsträgers erstreckt, könnte auf diese Weise eine arbeitgeberseitig nicht gewollte unbefristete Weiterbeschäftigung als unzumutbar vermieden werden.

1. Übernahme von Auszubildenden als Teilzeitkräfte

Sollten im Ausbildungsbetrieb zum Zeitpunkt einer verlangten Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers keine Vollzeitarbeitsverhältnisse, sondern Teilzeitarbeitsverhältnisse zur Besetzung frei sein, wäre eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden in einem Vollzeitarbeitsverhältnis unzumutbar.⁹⁷⁸ Dem Arbeitgeber steht es grundsätzlich frei, ob er den Arbeitsaufwand innerhalb seines Betriebes durch Teilzeit- oder Vollzeitbeschäftigte erledigen lässt; eine partielle Bevorzugung einer der beiden Möglichkeiten steht ihm dabei ebenso offen wie eine Festlegung auf nur Vollzeit- oder nur Teilzeitkräfte.⁹⁷⁹ Selbst wenn die im Betrieb vorhandenen Teilzeitarbeitsplätze zusammengerechnet ein oder mehrere Vollzeitarbeitsverhältnisse ergeben, kann deren Zusammenlegung vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, um den Mandatsträger voll weiterbeschäftigen zu können, weil dies einen unangemessenen Eingriff in seine unternehmerische Entscheidungsfreiheit darstellt.⁹⁸⁰

Das Recht der unternehmerischen Entscheidung wird zwar im Rahmen des § 78a BetrVG eingeschränkt, aber nicht so weitgehend, dass eine Einschränkung der Wahlfreiheit zwischen Voll- und Teilzeitstellen verlangt werden darf.

Allerdings müsste der Arbeitgeber dem Mandatsträger die Übernahme in einem Teilzeitarbeitsverhältnis anbieten, wenn dieser im Rahmen seines Weiterbeschäftigungsverlangens auch die Übernahme in ein solches Arbeitsverhältnis angeboten bzw. gefordert hat.⁹⁸¹ Der übernommene Auszubildende könnte anschließend eine Aufstockung seiner Arbeitszeit nach den allgemeinen Grundsätzen des § 9 TzBfG verlangen.⁹⁸²

⁹⁷⁸ So auch das BAG vom 13.11.1987 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 18, bestätigt durch BAG vom 24.07.1991 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 24; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 118.

⁹⁷⁹ Diesbezüglich ist der gesetzliche Anspruch der Arbeitnehmer auf die Beschäftigung in Teilzeitarbeitsverhältnissen aus dem TzBfG zu beachten; siehe hierzu ausführlich: Gehring, Das Recht auf Teilzeitarbeit - Anspruch und Wirklichkeit, S. 17 ff. oder Eger, Der Rechtsanspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG, S. 33 ff.

⁹⁸⁰ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 34; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 118; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Jäger/Künzl, „Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, S. 347 ff. (351).

⁹⁸¹ Vgl.: BAG vom 06. 11. 1996 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 107; in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 25.

⁹⁸² Siehe zur Aufstockung i.S.d. § 9 TzBfG: Preis in ErfK, § 9 TzBfG, Rn. 3 ff.;

Sollte ein solches erweitertes Verlangen nicht gestellt sein, ist der Arbeitgeber in keiner Weise verpflichtet, den Auszubildenden im Betrieb weiterzubeschäftigen und zwar weder auf dem nicht freien Vollarbeitsplatz wegen begründeter Unzumutbarkeit noch auf dem gegebenen Teilzeitarbeitsplatz, weil dieser nicht von § 78a BetrVG umfasst wird. Dem Arbeitgeber steht es somit offen, durch die rechtliche Gestaltung der gegebenenfalls offenen oder neu zu schaffenden Beschäftigungsverhältnisse als Teilzeitverhältnisses einer Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines Mandatsträgers in einem Vollzeitarbeitsverhältnis zu begegnen, den er dann bei entsprechend erweitertem Weiterbeschäftigungsverlangen aber in einem Teilzeitbeschäftigungsverhältnis beschäftigen müsste.

2. Übernahme von Auszubildenden in befristete Beschäftigungsverhältnisse

Gleiches gilt, wenn dem Arbeitgeber im Betrieb keine freien unbefristeten, sondern nur befristete Arbeitsverhältnisse zum Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses des Mandatsträgers zur Verfügung stehen. Dem Arbeitgeber ist es im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben der §§ 14 ff TzBfG gestattet selbst zu wählen, ob und in welcher Form er in seinem Betrieb mit befristeten oder mit unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen personalpolitisch arbeiten und gestalten möchte.⁹⁸³

Auch bei einem befristeten Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein inhaltlichen Minus zu dem von § 78a BetrVG vorgesehenen unbefristeten Vollbeschäftigungsverhältnis, so dass dem Arbeitgeber kein freier Arbeitsplatz zur Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers zur Verfügung steht und ihm dies im Ergebnis unzumutbar ist.⁹⁸⁴ Jedoch ist der Arbeitgeber auch hier verpflichtet, den Mandatsträger in dem befristeten Beschäftigungsverhältnis weiterzubeschäftigen, wenn dies von seinem Weiterbeschäftigungsverlangen gedeckt ist.⁹⁸⁵ Sollte dies nicht der Fall sein, besteht keine Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Mandatsträger, weder befristet noch unbefristet.⁹⁸⁶

⁹⁸³ Zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen und Beschränkungen siehe: Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, S. 1 ff.

⁹⁸⁴ Vgl.: BAG vom 24. 7. 1991 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 23; LAG Köln vom 04.09.1996 in NZA-RR 1997, S. 435; Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 34; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 104; Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 25; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 117; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 13; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (275).

⁹⁸⁵ Vgl.: BAG vom 06. 11. 1996 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 26; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 107; in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 25.

⁹⁸⁶ So auch BAG vom 13.11.1987 in AP BetrVG 78a Nr. 18; BAG 24.07.1991 in AP BetrVG 78a Nr. 23; a.A. Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 119; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.38, die davon ausgehen, dass ein Teilzeit- oder ein befristetes Beschäftigungsverhältnis per Gesetz zustande kommen würde, welches gegebenenfalls per Teilaufhebungsantrag durch den Arbeitgeber gelöst werden müsste.

Einem erwarteten unerwünschten Weiterbeschäftigungsverlangen eines Mandatsträger könnte ein Arbeitgeber begegnen, indem er die rechtliche Gestaltung von freien oder neu zu schaffenden Beschäftigungsverhältnissen als befristete Arbeitsverhältnisse vornimmt, die von dem Weiterbeschäftigungsverlangen des § 78a BetrVG nicht umfasst sind. Sollte jedoch ein erweitertes Weiterbeschäftigungsverlangen des Mandatsträgers vorliegen, dass auch befristete Beschäftigungsverhältnisse einschließt, so wäre dieser auch entsprechend zu beschäftigen. Sobald das befristete Arbeitsverhältnis ausläuft würde, wäre die Beschäftigung des Mandatsträgers gemäß § 15 TzBfG endgültig beendet, weil keine erneute Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers besteht.⁹⁸⁷

3. Ergebnis

Dem Arbeitgeber steht es anheim, durch personalpolitische Entscheidungen, freie oder frei werdenden Arbeitsplätze nur mit Arbeitnehmern in befristeten oder Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen zu besetzen und damit einem Weiterbeschäftigungsverlangen eines Mandatsträgers bereits im Voraus zu begegnen, so dass eine Weiterbeschäftigung in einem unbefristeten Vollarbeitsverhältnis für den Arbeitgeber unzumutbar wäre. Sollte der Mandatsträger sein Verlangen auch auf die inhaltlich reduzierten Arbeitsverhältnisse erstrecken, so wäre ihm ein solches Beschäftigungsverhältnis anzubieten, welches dann aber nicht durch die Rechtsfolge des § 78a BetrVG, sondern durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages begründet würde. Die hätte zur Folge, dass das befristete Beschäftigungsverhältnis mit Fristablauf automatisch endet.

C. Angebot von befristeten Verträgen oder Teilzeitverträgen

Neben der Möglichkeit, überhaupt keine Auszubildenden zu beschäftigen, keine freien Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung zu stellen bzw. allen Ausbildungsabsolventen lediglich befristete oder Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse im Anschluss an die Ausbildung anzubieten, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber die Anwendbarkeit des § 78a BetrVG auch dadurch vermeiden kann, indem er den mandatierten Auszubildenden andere als die von § 78a BetrVG vorgesehenen unbefristeten Beschäftigungsverhältnisse als Anschlussarbeitsverhältnisse anbietet.

Da der Auszubildende auf die Wahrnehmung seiner Rechte aus § 78a BetrVG gänzlich verzichten kann, kann er auch ein anderes als ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit

⁹⁸⁷ Vgl.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681.

dem Arbeitgeber vereinbaren.⁹⁸⁸ Ein solches inhaltlich anders gestaltetes Beschäftigungsverhältnis müsste im Wege der Parteienvereinbarung begründet werden.⁹⁸⁹

Im Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrages wäre konkludent ein Verzicht des Auszubildenden auf die Übernahme in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis i.S.d. § 78a BetrVG enthalten, unabhängig davon, ob das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden bereits gestellt war oder nicht.⁹⁹⁰ Der Mandatsträger könnte sich anschließend nicht mehr wirksam auf einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung aus § 78a BetrVG berufen, so dass der Arbeitgeber bezüglich des Inhalts des Beschäftigungsverhältnisses die für ihn wichtige Rechtssicherheit erlangt.

Arbeitgeber und Auszubildender können somit einzelvertraglich andere Beschäftigungsverhältnisse miteinander vereinbaren als das gesetzlich vorgesehene unbefristete Vollarbeitsverhältnis. Zu den vereinbarten Konditionen wird der Auszubildende im Anschluss an seine Abschlussprüfung im Betrieb weiterbeschäftigt. Sollten nachfolgend unbefristete oder vollzeitige Arbeitsplätze im Betrieb frei werden, für die der Mandatsträger qualifiziert ist, so würde sich ein Anspruch auf eine Aufstockung oder Entfristung nur aus den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen herleiten lassen. Ein Anspruch des Mandatsträgers aus § 78a BetrVG auf die Beschäftigung auf einer frei werdenden Stelle bestünde nicht; vor allem wäre bei der Vergabe des entsprechenden Beschäftigungsverhältnisses keine automatische Bevorzugung des Organmitglieds gegenüber anderen nichtmandatierten Beschäftigten gegeben.⁹⁹¹

Ob ein Auszubildender ein Angebot auf Abschluss eines befristeten oder eines Teilzeitarbeitsverhältnisses annimmt, hängt in erster Linie davon ab, wie er die Aussichten einschätzt, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung in einem unbefristeten Vollzeitarbeitsverhältnis unzumutbar ist und er dann gänzlich ohne ein Arbeitsverhältnis nach Abschluss der Ausbildung dastünde. Außerdem entscheidet bei einer Minderzahl an freien Übernahmeplätzen oft das Betriebsklima darüber, ob ein Mandatsträger seine Rechte aus § 78a BetrVG geltend zu machen versucht, wenn dadurch anderen Auszubildenden eine Übernahme verwehrt wird, oder ob er sich mit einem befristeten Voll-

⁹⁸⁸ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22c; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 8 a; Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 63, Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333), Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 16.

⁹⁸⁹ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 120.

⁹⁹⁰ So auch das BVerwG vom 31.05.2005 in NZA-RR 2005, S. 613 für die Parallelvorschrift des § 9 BPersVG; LAG Baden-Württemberg vom 01.04.2005 in AiB 2005, S. 563 oder LAG Köln 23.02.2000 in AiB 2001, S. 53; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 88 ff.

⁹⁹¹ Siehe zur Aufstockung i.S.d. § 9 TzBfG z.B.: Kliemt „Der neue Teilzeitananspruch - Die gesetzliche Neuregelung der Teilzeitarbeit ab dem 1. 1. 2001“ in NZA 2001, S. 63 ff. (68 ff.).

zeitarbeitsverhältnis begnügt, um so die Übernahme eines anderen Auszubildenden ebenfalls zu sichern.

Fest steht, dass Arbeitgeber, welche Mandatsträger nicht entsprechend § 78a BetrVG in einem unbefristeten Vollzeitverhältnis weiterbeschäftigen möchten, den Auszubildenden befristete oder Teilzeitverträge anbieten können, selbst dann, wenn Zweifel bestehen, ob eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung tatsächlich gegeben und gerichtlich durchsetzbar wäre. Sollte der mandatierte Auszubildende ein solches Angebot annehmen, mit dem auch ein Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte aus § 78a BetrVG einhergeht, hätte der Arbeitgeber bzgl. des Umfangs der Weiterbeschäftigung Rechtssicherheit. Wenn der Mandatsträger das Angebot ausschlägt, müsste der Arbeitgeber gegebenenfalls den Weg der Klage auf Feststellung der Unzumutbarkeit der Beschäftigung über § 78a IV BetrVG gehen.

D. Abschluss von Aufhebungsverträgen

Unter Umständen könnte es sowohl für den Arbeitgeber als auch für die mandatierten Auszubildenden von Vorteil sein, die eine Anwendbarkeit des § 78a BetrVG auszuschließen. Dies ist möglich, indem das Beschäftigungsverhältnis durch einen Aufhebungsvertrag vor oder zum Ende der Ausbildung einvernehmlich beendet wird und nicht eine der beiden Seiten eine gerichtliche Klärung i.S.d. § 78a BetrVG herbeiführt.

Für einen Arbeitgeber besteht in jedem Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich die Möglichkeit, neben einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung das Arbeitsverhältnis durch den Abschluss eines schriftlichen Aufhebungsvertrages - mit oder ohne Zahlung einer zu verhandelnden Abfindung - und die damit einhergehende Auflösung des Arbeitsverhältnisses einvernehmlich zu beenden.⁹⁹²

Wie ausgeführt, kann der Auszubildende auf die ihm zustehenden Rechte aus § 78a BetrVG verzichten, wobei es ihm offen steht, den Verzicht auch konkludent durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages auszudrücken und das Beschäftigungsverhältnis zum vertraglich vorgesehenen Termin einvernehmlich zu beenden.⁹⁹³ Der Beendigungszeitpunkt des Beschäftigungsverhältnisses könnte sowohl während des laufenden Ausbildungsverhältnisses als auch zum Ende der befristeten Ausbildungszeit gelegt

⁹⁹² Vgl.: Biebl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 21 BBiG, Rn. 2; Ernst, Aufhebungsverträge zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, S. 26; Thies, Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, S. 2; Giesing, Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, S. 19.

⁹⁹³ Vgl.: Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22c; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 8 a; Kreutz in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 63, Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1333), Koch in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 176, Rn. 16.

werden, ohne dass dadurch die zwingenden gesetzlichen Kündigungsregeln des BBiG umgangen oder verletzt werden.⁹⁹⁴

Wenn ein einvernehmlicher Auflösungsvertrag zustande kommt, kann der Schutz des § 78a BetrVG nicht greifen, weil gerade keine einseitige Beendigung oder Nichtfortsetzung der Beschäftigung erfolgt, sondern eine einvernehmliche, durch den Auszubildenden beeinflussbare Auflösung des Ausbildungsverhältnisses, die keinen Benachteiligungsschutz für Mandatsträger nach sich zieht.⁹⁹⁵

Ob ein Auflösungsvertrag geschlossen wird, um arbeitgeberseitig eine unbefristete Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers aufgrund des § 78a BetrVG auszuschließen, oder ob er auf eine arbeitnehmerseitige Initiative zurückgeht, um z.B. auf diese Weise einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers zuvorzukommen oder um ein anderweitiges Beschäftigungsverhältnis einzugehen, kann dahinstehen.⁹⁹⁶ Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass Auszubildende - im Gegensatz zu sonstigen Arbeitnehmern - nicht zu befürchten haben, ihnen würde bei Nichtunterzeichnung des Aufhebungsvertrages jedenfalls ordentlich gekündigt werden. Da Auszubildende dem besonderen Kündigungsschutz des § 22 II Nr. 1 BBiG unterliegen, wäre nur eine außerordentliche Kündigung möglich, die jedoch nur in den seltensten Fällen gerechtfertigt ist.

In der Regel einigen sich Arbeitgeber und Auszubildender in Fällen des Vorliegens eines Kündigungsgrundes darauf, dass das Beschäftigungsverhältnis mit dem Bestehen der Ausbildung sein Ende findet. Dann hat der Auszubildende seine Ausbildung erfolgreich abgeschlossen und kann sich auf dem Arbeitsmarkt dementsprechend als Fachkraft bewerben. Der Arbeitgeber hat den Vorteil der Rechtssicherheit bzgl. einer möglichen Weiterbeschäftigungsverpflichtung. Aus diesem Grund sind arbeitsgerichtliche Verfahren, die Aufhebungsverträge im Zusammenhang mit § 78a BetrVG zum Inhalt haben, äußerst selten, nachdem sich die Parteien gerade auf eine Aufhebung des Beschäftigungsverhältnisses geeinigt haben.⁹⁹⁷

Einem Arbeitgeber, der mandatierte Auszubildende nicht entsprechend § 78a BetrVG übernehmen möchte, steht es somit frei, das Beschäftigungsverhältnis auch nach er-

⁹⁹⁴ Vgl.: BAG vom 10.11.1988 in AP § 15 BBiG Nr. 8; Biebl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 21 BBiG, Rn. 2.

⁹⁹⁵ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 87; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 67;

Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1334).

⁹⁹⁶ Zu den Einschränkungen der Vertragsfreiheit bei Aufhebungsverträgen im Allgemeinen siehe: Thies, Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, S. 9 ff.; Giesing, Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, S. 28 ff.

⁹⁹⁷ Wenn es in der Vergangenheit zu solchen Verfahren gekommen ist, ging es nicht um die Frage des „Ob“ der Möglichkeit eines Aufhebungsvertrages, sondern des „Wann“, also darum, inwieweit ein Auflösungsvertrag auch außerhalb der Dreimonatsfrist des § 78a II BetrVG abgeschlossen werden kann; vgl.: LAG Hessen vom 09.08.1974 in BB 1975, S. 1205.

klärtem Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden, durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung zu beenden.

E. Wirksame Kündigung des Ausbildungsverhältnisses

Eine weitere Möglichkeit des Arbeitgebers, einen andernfalls wirksamen Weiterbeschäftigungsanspruch des Auszubildenden i.S.d. § 78a BetrVG zu unterbinden, geht dahin, das bestehende Ausbildungsverhältnis mit dem Mandatsträger vor dessen Ende bzw. bereits vor dem Weiterbeschäftigungsverlangen wirksam zu kündigen, wenn dieses im Einzelfall aufgrund eines Kündigungsgrundes rechtlich zulässig ist. Wird eine solche wirksame Kündigung durch den Arbeitgeber ausgesprochen, entsteht im Anschluss an das Ausbildungsverhältnis des Mandatsträgers kein Arbeitsverhältnis, weil kein Beschäftigungsverhältnis im regulären Beendigungszeitpunkt der Ausbildung mehr besteht, auf das sich § 78a BetrVG beziehen könnte. Somit ist ein Anknüpfungspunkt für eine Weiterbeschäftigung des Auszubildenden zum Beendigungszeitpunkt seiner Ausbildung nicht mehr vorhanden und der Weiterbeschäftigungsanspruch kann gar nicht erst entstehen⁹⁹⁸

Die Kündigung des Auszubildenden als Mandatsträger setzt allerdings voraus, dass die besonderen Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung aus § 15 KSchG und 22 II Nr. 1 BBiG erfüllt sind, weil eine ordentliche Kündigung sowohl eines betriebsverfassungsrechtlichen Organmitgliedes als auch eines Auszubildenden nach dem Ablauf der Probezeit ausgeschlossen ist.⁹⁹⁹

Es ist zwar nicht Aufgabe dieser Untersuchung, die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nach § 15 KSchG und § 22 II Nr. 1 BBiG im Detail darzulegen; diesbezüglich sei auf die ausführliche Fachliteratur zu dieser Thematik verwiesen.¹⁰⁰⁰

Doch müssen die wichtigsten Grundlagen kurz skizziert werden, um die hohen Anforderungen, die an die Voraussetzungen einer solchen Kündigung und ihre Gründe gestellt werden, zu umreißen.

1. Voraussetzungen des § 15 KSchG

Gemäß § 15 I KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung oder eines Seebetriebsrats unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen und die nach

⁹⁹⁸ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 86; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 67; ; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1334);

⁹⁹⁹ Vgl.: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1334);

¹⁰⁰⁰ Vgl. hierzu z.B. Müller, Die Kündigung von Amtsträgern, S. 1 ff.; Bröhl, Die außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit, S. 113 ff.; Hoins, Die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen, S. 1 ff.

§ 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt worden ist. Folglich erfordert eine Kündigung Tatsachen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen. Der § 15 I KSchG definiert nicht, wann solche Tatsachen vorliegen.¹⁰⁰¹

Obwohl die Norm nicht explizit auf den § 626 BGB hinweist, bestimmt sich das Recht zur außerordentlichen Kündigung i.S.d. § 15 KSchG nach dessen Voraussetzungen, wobei tarifvertraglich oder einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsrechte den zwingenden Schutz des § 15 KSchG nicht einschränken können.¹⁰⁰² Für den Begriff des wichtigen Grundes zur Kündigung von Mandatsträgern gelten die allgemeinen Regeln, wie sie für die außerordentliche Kündigung gegenüber allen anderen Arbeitnehmern bestehen, d.h. vor allem, ob dem Arbeitgeber aufgrund des gegebenen Sachverhalts eine Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten ist oder nicht. Da Mandatsträgern nicht ordentlich gekündigt werden darf, ist bei diesen eine fiktive ordentliche Kündigungsfrist zugrunde zu legen, mit deren Hilfe der bemessen werden muss, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung fiktiv zumutbar ist.¹⁰⁰³

Hinsichtlich des vorliegenden Grundes kann nach betriebsbedingten, personenbedingten oder verhaltensbedingten Aspekten unterschieden werden. Jedoch kann eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung nur in seltenen Ausnahmefällen unter Einräumung einer notwendigen Auslaufrist in Betracht gezogen werden, weil nach der Betriebsrisikolehre¹⁰⁰⁴ der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer für Störungen, die im Betrieb ihren Ursprung nehmen, einzustehen hat.¹⁰⁰⁵

Bei den personen- und verhaltensbedingten Gründen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können, ist zwischen Pflichtverletzungen allein aus dem Beschäftigungsverhältnis, allein aus der Organtätigkeit oder gleichzeitig aus beiden zu unterscheiden.¹⁰⁰⁶

Ist nur eine Verletzung von betriebsverfassungsrechtlichen Amtspflichten gegeben, kann sich daraus kein Grund für eine individualrechtliche Kündigung herleiten lassen,

¹⁰⁰¹ Zur Ausnahme bei Massenänderungskündigungen siehe: Hilbrandt, „Sonderkündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern bei Massenänderungskündigungen“ in NZA 1997, S. 465 ff. (465 ff.).

¹⁰⁰² Vgl.: So auch das BAG vom 22.08.1974 in AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 1; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 15 KSchG, Rn. 15, 17; Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 24.

¹⁰⁰³ Vgl.: BAG vom 17.03.1988 in AP BGB § 626 Nr. 99; Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 26; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 100; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 15 KSchG, Rn. 18.

¹⁰⁰⁴ Siehe ausführlich zu neueren Betriebsrisikolehre: Luke in „§ 615 S. 3 BGB - Neuregelung des Betriebsrisikos?“ in NZA 2004, S. 244 ff. (244 ff.).

¹⁰⁰⁵ Vgl.: BAG vom 13.06.2002 in AP BGB § 615 Nr. 97; Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 27; Kolitz, Kündigungsfreiheit versus Unkündbarkeit“, S. 262.

¹⁰⁰⁶ Vgl.: Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 28.

weil einem solchen Verstoß wirksam mit betriebsverfassungsrechtlichen Mitteln, namentlich dem Verfahren nach § 23 I BetrVG, begegnet werden muss.¹⁰⁰⁷

Liegt allein eine Verletzung von Pflichten aus dem Beschäftigungsverhältnis vor, so steht der Mandatsträger jedem anderen Arbeitnehmer gleich. Dies kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen; eine Besserstellung verbietet sich in diesen Fällen bereits nach § 78 BetrVG.¹⁰⁰⁸ Eine Pflichtverletzung könnte z.B. in einer unrichtigen Spesenabrechnung des Organmitglieds,¹⁰⁰⁹ einer Manipulationen bei der Zeiterfassung,¹⁰¹⁰ einer vorsätzlich falschen eidesstattlichen Versicherung in einem Verfahren gegen den Arbeitgeber oder der Bereitschaft zur Falschaussage gegen den Arbeitgeber,¹⁰¹¹ der Begehung von Vermögensdelikten wie z.B. Diebstahl oder Betrug zu Lasten des Arbeitgebers¹⁰¹² oder dem unerlaubten Führen von Privattelefonaten auf Kosten des Arbeitgebers bei gleichzeitiger Verdachtsverschiebung auf einen Kollegen¹⁰¹³ liegen. Diese Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, dass eine erhebliche Pflichtverletzung arbeitsvertraglicher Pflichten des Mandatsträgers vorliegen muss, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

Besteht die Pflichtverletzung des Mandatsträgers in einer sogenannten Misch- oder Simultanverletzung sowohl auf arbeitsrechtlicher als auch auf betriebsverfassungsrechtlicher Seite, kommt nicht nur die Abberufung nach § 23 I BetrVG, sondern auch eine außerordentliche Kündigung in Betracht, wenn bereits die Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht die Voraussetzungen nach § 626 BGB erfüllt.¹⁰¹⁴ Als Beispiele sind beleidigende Äußerungen eines Betriebsratsmitglieds während einer Sitzung, an der er in seiner Funktion als Betriebsrat teilgenommen hat,¹⁰¹⁵ die Aufstellung von bewusst falschen öffentlichen Äußerungen, die den Betriebsfrieden stören können,¹⁰¹⁶ oder die verfassungsfeindliche schwerwiegende Ehrverletzung anderer Arbeitnehmer eines Betriebes im Betriebsratswahlkampf¹⁰¹⁷ zu nennen. Diese Beispiele belegen, dass nur bei wirklich ernsthaften Verstößen gegen Amts- und Beschäftigungspflichten eine außerordentliche Kündigung des Mandatsträgers gerechtfertigt sein kann.

¹⁰⁰⁷ Vgl. zur ständigen Rspr. des BAG nur: BAG vom 03.12. 1954 in AP KSchG § 13 Nr. 2; BAG vom 16.10.1986 in AP BGB § 626 Nr. 95; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 15 KSchG, Rn. 20; Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 29; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 101.

¹⁰⁰⁸ Vgl.: BAG vom 16.10.1986 in AP BGB § 626 Nr. 95; BAG vom 17.01.2008 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 62 Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 28; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 98.

¹⁰⁰⁹ Vgl.: BAG vom 22.08. 1974 in AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 1.

¹⁰¹⁰ Vgl.: BAG vom 24.04.1975 in AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 3; BAG vom 27.01.1977 in AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 7.

¹⁰¹¹ Vgl.: BAG vom 16.10.1986 in AP BGB § 626 Nr. 95.

¹⁰¹² Vgl.: BAG vom 10.02.1999 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 42.

¹⁰¹³ Vgl.: BAG vom 04.03.2004 in AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 50.

¹⁰¹⁴ Vgl.: BAG vom 03.12.1954 in AP KSchG § 13 Nr. 2; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 103; Kiel in ErfK, § 15 KSchG, Rn. 30; in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 15 KSchG, Rn. 21.

¹⁰¹⁵ Vgl.: BAG vom 02.04.1987 in AP BGB § 626 Nr. 96.

¹⁰¹⁶ Vgl.: BAG vom 26.05.1977 in AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 5.

¹⁰¹⁷ Vgl.: BAG vom 15.12.1977 AP BGB § 626 Nr. 69.

Festzuhalten bleibt, dass die außerordentliche Kündigung eines in Ausbildung befindlichen Mandatsträgers nach § 15 I KSchG möglich ist, wenn dessen hohe Anforderungen an den Kündigungsgrund i.S.d. § 626 BGB erfüllt sind. Der Mandatsträger kann dann nicht über das Weiterbeschäftigungsverlangen gemäß § 78a BetrVG trotz einer schwerwiegenden Vertragsverletzung sein Verbleiben im Betrieb durchsetzen, nur weil er einem Betriebsverfassungsgremium angehört.¹⁰¹⁸

2. Voraussetzungen des § 22 II Nr. 1 BBiG

Bei Auszubildenden kommt eine ordentliche Kündigung eines jeden Vertragspartners nur während der Probezeit als entfristete ordentliche Kündigung in Betracht.¹⁰¹⁹

Voraussetzung einer Kündigung eines Auszubildenden nach Ablauf der Probezeit ist gemäß § 22 II Nr. 1 BBiG, unabhängig davon, ob er Mandatsträger ist oder nicht, dass ein wichtiger Grund vorliegt. Dieser darf dem zur Kündigung Berechtigten nicht länger als zwei Wochen bekannt sein und die Kündigung muss innerhalb dieser Frist schriftlich unter Angabe der Kündigungsgründe erfolgen. Da diese Vorschrift ebenso wie § 15 KSchG inhaltlich an § 626 BGB angelehnt ist,¹⁰²⁰ kann insoweit auf die Ausführungen zu den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung verwiesen werden, wobei darüber hinaus bei § 22 II Nr. 1 BBiG auch eine Gefährdung des Erreichens des Ausbildungszieles gegeben sein muss.¹⁰²¹ Außerdem sind der besondere Charakter des Auszubildendenverhältnisses sowie regelmäßig vor allem das junge Alter des Auszubildenden und sein charakterlicher Entwicklungsstand zu beachten.¹⁰²²

Pflichtverstöße des Auszubildenden sind daher nur unter erschwerten Bedingungen als unzumutbar für den Auszubildenden zu bewerten, so dass eine außerordentliche Kündigung kurz vor Abschluss der Ausbildung als kaum möglich anzusehen ist.¹⁰²³ Zwar sind betriebsbedingte Gründe einer außerordentlichen Kündigung eines Auszubildenden denkbar,¹⁰²⁴ jedoch haben sie ebenso wenig wie personenbedingte Gründe eine große praktische Relevanz.¹⁰²⁵

¹⁰¹⁸ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 87;

¹⁰¹⁹ Vgl.: BAG 10.11.1988 AP BBiG § 15 Nr. 8; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 87; Hoins, Die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen, S. 54; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 22 BBiG, Rn. 22.

¹⁰²⁰ So auch Biebl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 22 BBiG, Rn. 14; Schlachter in ErfK, § 22 BBiG, Rn. 3.

¹⁰²¹ Vgl.: Hoins, Die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen, S. 57 ff.; Schlachter in ErfK, § 22 BBiG, Rn. 3; Biebl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 22 BBiG, Rn. 13.

¹⁰²² So explizit das ArbG Essen vom 27.09.2005 NZA-RR 2006, S. 246; vgl. auch: Schlachter in ErfK, § 22 BBiG, Rn. 3; Biebl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 22 BBiG, Rn. 14; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, § 22 BBiG, Rn. 33.

¹⁰²³ So auch das BAG vom 10.05.1973 in EzA BBiG § 15 Nr. 2; LAG Baden-Württemberg vom 31. 10.1996 in NZA-RR 1997, 288; ArbG Essen vom 27.09.2005 NZA-RR 2006, S. 246.

¹⁰²⁴ Vgl.: Hoins, Die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen, S. 75.

¹⁰²⁵ Vgl.: Benecke in Benecke/Hergenröder, Berufsbildungsgesetz, § 22 BBiG, Rn. 23.

Neben den bereits unter den Voraussetzungen des § 15 KSchG angeführten Fällen können als weitere Beispiele für verhaltensbedingte Gründe genannt werden: Vermögensdelikte wie Diebstahl oder Betrug gegenüber dem Ausbilder oder Kollegen,¹⁰²⁶ Androhung von Gewalt oder Gewalttaten im Betrieb durch den Auszubildenden,¹⁰²⁷ grobe Beleidigungen gegenüber dem Ausbilder oder Vorgesetzten,¹⁰²⁸ rassistisches Verhalten oder Verbreiten von solchem Gedankengut,¹⁰²⁹ eigenmächtiger Urlaubsantritt oder wiederholtes unentschuldigtes Fehlen oder Zuspätkommen sowohl in der Berufsschule als auch im Betrieb.¹⁰³⁰

Wenn solche Verhaltensweisen von Auszubildenden an den Tag gelegt werden, ist es dem Arbeitgeber auch nach Abschluss der Probezeit möglich, eine außerordentliche Kündigung wirksam auszusprechen, so dass das Ausbildungsverhältnis vorzeitig beendet wird und kein Weiterbeschäftigungsverhältnis gemäß § 78a BetrVG im Anschluss begründet werden kann.

3. Ergebnis

Zu einer Kündigung eines auszubildenden Mandatsträgers wird ein Arbeitgeber I immer dann greifen, wenn die Voraussetzungen des § 5 I KSchG und des § 22 II Nr. 1 BBiG kumulativ im Einzelfall gegeben sind und bereits feststeht oder zu vermuten ist, dass der Mandatsträger einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend machen wird. Der Arbeitgeber wird in diesen Fällen vermeiden wollen, dass ein Auszubildender, der bereits während der Ausbildung nicht hinzunehmende Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen werden muss, in dem weiteres Fehlverhalten zu befürchten ist.

Dem Auszubildenden wäre durch eine außerordentliche Kündigung der Abschluss seiner Ausbildung verwehrt und er müsste diese entweder in einem anderen Betrieb fortsetzen, wenn sich ein solcher aufgrund der Vorgeschichte überhaupt finden ließe, oder als ungelernte Kraft auf dem Arbeitsmarkt bestehen. In einer solchen Situation wäre der Auszubildende besser beraten, mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren, dass er seinen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht geltend machen werde. Durch einen solchen Verzicht könnte er erreichen, dass keine arbeitgeberseitige Kündigung vor Abschluss der

¹⁰²⁶ Vgl.: LAG Düsseldorf vom 06.11.1973 in EzB BBiG § 15 II Nr. 1 Nr. 17; ArbG Gelsenkirchen vom 20.03.1980 in BB 1980, S. 679, wobei unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, ob nur Vermögensdelikte ab einem bestimmten Wert oder besondere Vertrauensstellung des Auszubildenden eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

¹⁰²⁷ Vgl.: LAG Düsseldorf vom 13.02.1990 in EzB BBiG § 15 II Nr. 1 Nr. 73

¹⁰²⁸ Vgl.: ArbG Göttingen vom 13.04.1976 in GewArch 1977, 153, wobei wie bei allen beleidigenden Äußerungen auch der allgemeine Umgangston im Betrieb berücksichtigt werden muss.

¹⁰²⁹ Vgl.: BAG vom 01.07.1999 in AP BBiG § 15 Nr. 11; LAG Köln vom 11.08.1995 in NZA-RR 1996, S. 128.

¹⁰³⁰ Vgl.: LAG Hamm vom 07.11.1978 in DB 1979, S. 606; ArbG Bielefeld vom 22.09.1983 in EzB BBiG § 6 I Nr. 3, Nr. 3.

Ausbildung ausgesprochen wird. Dann wäre es dem Auszubildenden möglich, seine Ausbildung abzuschließen und sich danach auf dem Arbeitsmarkt zu bewerben.

F. Zusammenfassung

Da der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a BetrVG arbeitgeberseitig häufig als Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit angesehen wird, werden Arbeitgeber als intensivste Konsequenz der gesetzlichen Übernahmepflicht davon Abstand nehmen, überhaupt Auszubildende zu beschäftigen, einzustellen oder im zeitlichen Umfeld eines zu befürchtenden Weiterbeschäftigungsanspruchs freie Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung zu stellen, so dass die Übernahme des Mandatsträgers nicht erfolgen muss.

Arbeitgeber können des Weiteren die personalpolitische Entscheidung treffen, freie oder frei werdenden Arbeitsplätze nur mit Arbeitnehmern in befristeten oder Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen zu besetzen, so dass eine Weiterbeschäftigung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis für den Arbeitgeber unzumutbar wäre. Zudem besteht die Möglichkeit mit dem Mandatsträger für die Zeit nach Ausbildungsende befristete oder Teilzeitverträge abzuschließen, wenn zweifelhaft ist, ob eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung überhaupt tatsächlich besteht ist. Mit dem Abschluss eines solchen Arbeitsvertrages geht ein Verzicht des mandatierten Auszubildenden auf die Geltendmachung der Rechte aus § 78a BetrVG einher, während bzgl. des Umfangs der Weiterbeschäftigung Rechtssicherheit für den Arbeitgeber erreicht ist.

Arbeitgeber können das Beschäftigungsverhältnis mit dem Mandatsträger auch nach erklärtem Weiterbeschäftigungsverlangen durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung beenden. Sollten die Voraussetzungen der §§ 15 KSchG, 22 BBiG gegeben sein, können Arbeitgeber gegenüber dem Mandatsträger eine außerordentliche Kündigung aussprechen, so dass ein Weiterbeschäftigungsverhältnis nicht entstehen kann. Da dem Auszubildenden durch eine solche außerordentliche Kündigung der Abschluss seiner Ausbildung verwehrt wird, läge es in dieser Situation im Interesse des Auszubildenden, mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren, dass er auf den Weiterbeschäftigungsanspruch verzichtet bzw. verzichten wird, wenn er dann seine Ausbildung abschließen könnte.

Den Arbeitgebern stehen neben den gerichtlichen Verfahren des § 78a IV BetrVG somit vielfältige personalwirtschaftliche Möglichkeiten offen, einen wirksamen Weiterbeschäftigungsanspruch eines mandatierten Auszubildenden zu vermeiden, wenn freie Arbeits-

plätze nicht zur Verfügung stehen oder der Auszubildende nicht der geeignetste für eine Übernahme ist.

II. Änderungsmöglichkeiten bzw. Verbesserungen des § 78a BetrVG

Ob es in einem demokratisch legitimierten Rechtssystem hinnehmbar ist, wenn Rechtsanwender Normen und Gesetze bzw. deren Rechtsfolgen nicht akzeptieren und deshalb im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten Gestaltungsspielräume nutzen, ist eher eine rechtsphilosophische oder dogmatische als eine praktische Frage, die durch die vorliegende Ausarbeitung nicht beantwortet werden kann und soll.

Wie im Kündigungsrecht im Allgemeinen stehen insbesondere der Aufwand und Ertrag des § 78a BetrVG in seiner jetzigen Form anscheinend in keinem sinnvollen Verhältnis zueinander.¹⁰³¹ Teilweise wird sogar vertreten, es sei evident, dass ein gesteigerter Schutz der in Ausbildung befindlichen Mandatsträger wie auch anderer besonderer Arbeitnehmergruppen – z.B. Frauen oder Schwerbehinderte – für diese in erhöhten Maße langfristig nachteilig und insgesamt sozialpolitisch waghalsig sei. Nach dieser Ansicht ist es erstaunlich, wie viele Ausbildungsverträge trotzdem immer noch in Deutschland abgeschlossen werden.¹⁰³²

Deshalb lassen die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dem § 78a BetrVG und seinen Rechtsfolgen und die Probleme der nachteiligen direkten, indirekten, arbeitgeber- und arbeitnehmerseitigen sowie arbeitsmarktpolitischen Folgen verschiedene Änderungsmöglichkeiten, Ergänzungen oder Verbesserungen des § 78a BetrVG als diskussionswürdig erscheinen.

Denkbare Änderungsmöglichkeiten reichen von einer Erweiterung oder Ausdehnung des § 78a BetrVG über die mögliche Anpassung oder Definition des Begriffs der Unzumutbarkeit bis zu der gänzlichen Streichung der Norm. Bei der Bewertung solcher Änderungen ist vor allem zu bedenken, wie sie sich auf die Situation der Mandatsträger auswirken, ob sich das Verhalten der Arbeitgeber hinsichtlich der Ausbildung und Einstellung von ändert und inwieweit insgesamt eine Verbesserung für Auszubildende und Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu erwarten wäre.

A. Erweiterung des § 78a BetrVG - Übernahmepflicht für alle Auszubildenden

Es wäre daran zu denken, die Regelung des § 78a BetrVG insofern zu erweitern, dass diese sich nicht mehr nur auf betriebsverfassungsrechtlich mandatierte Auszubildende

¹⁰³¹ Siehe für das Kündigungsrecht im Allgemeinen: Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1608);

¹⁰³² Adomeit, „Die Agenda 20 -10 – sozialphilosophisch“ in NJW 2003, S. 2356-2358.

bezieht, sondern alle Auszubildenden erfasst und diesen unabhängig von einem Mandat einen generellen Übernahmeanspruch gegenüber den Arbeitgebern zuspricht. Diese allgemeine Übernahmeverpflichtung könnte den bisher in einzelnen Tarifverträgen der Druck- oder Metall- und Elektroindustrie normierten Übernahmeverpflichtungen nachempfunden und z.B. in das BBiG integriert werden.¹⁰³³ Dementsprechend würden grundsätzlich alle Auszubildenden nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung für einen bestimmten Zeitraum, z.B. sechs oder zwölf Monate, in ein befristetes Arbeitsverhältnis übernommen, soweit dem nicht verhaltens- bzw. personenbedingte oder betriebsbedingte¹⁰³⁴ Gründe entgegenstehen.

1. Auswirkung der Änderung

a. Generelle Übernahmepflicht aller Auszubildenden

Aufgrund einer solchen Erweiterung der Norm und Ausdehnung des geschützten Personenkreises auf alle Auszubildenden würde eine generelle Übernahmeverpflichtung für alle Ausbildungsabsolventen losgelöst von ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit bestehen, die nur unter den normierten strengen Ausnahmen ausgeschlossen werden könnte.

Die Auszubildenden hätten bereits mit Beginn der Ausbildung die Sicherheit, dass sie im Anschluss an eine erfolgreich abgeschlossene Ausbildung zumindest in ein befristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen werden. Dies besäße für sie neben der erhöhten sozialen Sicherheit während der Beschäftigungszeit den weiteren Vorteil, dass sie im Anschluss an dieses Arbeitsverhältnis, sollten sie nicht erneut übernommen werden, aufgrund der in der Berufspraxis erworbenen Kenntnisse nicht mehr als Berufsanfänger eingestuft würden. Darüber hinaus würde sich bei Arbeitslosigkeit die Bemessungsgrundlage für die Gewährung von Arbeitslosengeld erhöhen, weil dieses im zwölfmonatigen Rückblick dann auf Grundlage des Entgelts für Ausgelernte und nicht für Auszubildende berechnet wird.¹⁰³⁵

Im Verlauf der befristeten Beschäftigung könnten die Betroffenen sich außerdem innerbetrieblich beweisen und sich für eine erneute Übernahme empfehlen, über die zum Ende der Befristung anhand von Qualifikation und Leistung einerseits und betrieblichen Beschäftigungsbedarfs andererseits zu entscheiden wäre.

¹⁰³³ Vgl. zu den tarifvertraglichen Übernahmeverpflichtungen: Schulze in „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“ in NZA 2007, S 1329 ff. (1329); Bauer/ Diller, „Beschäftigungssicherung in der Metallindustrie“ in NZA 1994, S. 353 ff. (355); Vogelsang in Schaub, Arbeitsrechts - Handbuch, § 174, Rn. 124 ff.

¹⁰³⁴ Betriebsbedingte Gründe könnten z.B. Ausbildung über den Bedarf hinaus oder andere akute Beschäftigungsprobleme sein, bei denen Übernahmepflichtigen zu betriebsbedingten Kündigungen führen würden.

¹⁰³⁵ Vgl. zur Berechnung des Arbeitslosengeldes: Winkler, „Die Berechnung des Arbeitslosengeldes nach Hartz III“ in Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht 2006, Seite 147 ff. (147 ff.).

b. Reduzierung von Ausbildung und Einstellung

Eine gesetzliche Pflicht zur allgemeinen Übernahme aller Auszubildenden würde, solange sie nicht mit diesen ständig legitimierenden betrieblichen Gründen in Form eines Beschäftigungsbedarfs für alle Auszubildenden in den Unternehmen einhergeht, dazu führen, dass die Ausbildungsbereitschaft der Betriebe weiter zurückgeht.

Die Arbeitgeber hätten nicht die Möglichkeit, freie Arbeitsplätze anhand reiner Qualifikationsentscheidungen zu besetzen und bei der Auswahlentscheidung sowohl auf eigene Auszubildende als auch auf besser qualifizierte Bewerber vom Arbeitsmarkt bei gleichzeitiger Nichtbeachtung eigener schlechter qualifizierter Auszubildender zuzugreifen. Auf solchen Einschränkungen der personalpolitischen Entscheidungsfreiheit reagieren Unternehmen indem sie versuchen der gesetzlichen Norm nicht zu unterliegen, und zu diesem Zweck die Ausbildung stark reduzieren oder sogar einstellen würden.¹⁰³⁶ Im Ergebnis stünden weniger Ausbildungsplätze zur Verfügung als ohne eine generelle Übernahmepflicht.

Die Ausbildungsbereitschaft der Unternehmen würde auch dadurch beeinflusst, wie sie ihre Chancen im Wettbewerb um Arbeitskräfte einschätzen, insbesondere ob sie ohne eigene Ausbildung ausreichend Facharbeiter für ihr Unternehmen am Arbeitsmarkt rekrutieren können. Allerdings würden sich Unternehmen, falls sie nicht sicher sind, ob sie nach einem bevorstehenden Ausbildungszyklus für alle sich bewerbenden Auszubildenden Beschäftigungsmöglichkeiten zur Verfügung zu haben, eher darauf beschränken, nur denjenigen Auszubildenden einen Platz anzubieten, für die eine Beschäftigung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit garantiert werden kann. Sollten zu einem späteren Zeitpunkt mehr Beschäftigte im Unternehmen benötigt werden, so würde der Arbeitgeber auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt Personal anwerben, Zeitarbeiter einstellen oder die bereits im Unternehmen angestellten Beschäftigten zu Mehrarbeit auffordern oder die Ableistung von bezahlten Überstunden anbieten.¹⁰³⁷

¹⁰³⁶ Vgl.: Rütters, „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“ in NJW 2002, S. 1601 ff. (1604); Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (668); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 681; Schiefer, „Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis“ in NZA 2002, S. 770 ff. (770); v. Klitzing, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 183; Hardege, Regulierung und Flexibilität“ in IW, Die Zukunft der Arbeit in Deutschland, S. 204.

¹⁰³⁷ Dies ist ebenso bei beschäftigungssichernden Kündigungsschutzregeln, die kurzfristige Einstellungen in Zeiten wirtschaftlichen Wachstums verhindern, vgl. dazu: Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 37 ff.; Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 17.

2. Diskussion der Änderung

Eine generelle gesetzliche Übernahmepflicht von Auszubildenden wäre im Ergebnis zwar für die Auszubildenden, die ihre Ausbildung abschließen, positiv zu werten, weil sie hinsichtlich einer Anschlussbeschäftigung Sicherheit erhalten und dann bereits erlernte Kenntnisse und Fähigkeiten vertiefen können. Diese führt anschließend aufgrund der besseren Qualifikation zu einer größeren Vermittelbarkeit und Akzeptanz auf dem Arbeitsmarkt.

Jedoch gilt dieser Vorteil nicht für Personen, die keine Ausbildungsstelle angeboten bekommen haben und somit vom Ausbildungsmarkt ausgeschlossen sind, weil die Unternehmen ihre Ausbildungstätigkeit reduziert haben, um nicht Gefahr zu laufen, bei einer verschuldeten oder unverschuldeten Ausbildung über den Bedarf hinaus die grundsätzlich nicht benötigten Ausbildungsabsolventen ebenfalls einstellen zu müssen. Insbesondere Jugendlichen, und hier insbesondere solche mit geringeren Schulqualifikation und Sozialkompetenz, wird dadurch der Einstieg in die Arbeitswelt weiter erschwert oder sogar versperrt.

Eine Situation, in der ein Teil der Ausbildungssuchenden vom Arbeitsmarkt ausgegrenzt oder deren Zugang deutlich gehemmt wird, liegt weder im Interesse der Unternehmen noch im Interesse der Auszubildenden insgesamt. Dies ist auch gesamtwirtschaftlich und gesellschaftspolitisch wenig sinnvoll, weil Ausbildungssuchende durch die Ausbildung die Möglichkeit erhalten sollen, Qualifikationen und Fähigkeiten zu erwerben, um diese nach absolvierter Ausbildung im Arbeitsmarkt weiter zu nutzen. Für eine auf langfristiges wirtschaftliches Wachstum ausgerichtete Gesellschaft ist es notwendig, einer größtmöglichen Anzahl von Ausbildungssuchenden den Einstieg in die Ausbildung zu erleichtern und nicht durch kontraproduktive Normen zu behindern.

Eine Ausweitung von Übernahmeverpflichtungen für Ausbildungsabsolventen außerhalb von freiwilligen Übernahmen oder betriebsinternen oder tarifvertraglichen Regelungen sollte somit unterbleiben.¹⁰³⁸

3. Ergebnis

Eine Erweiterung oder Ausweitung des § 78a BetrVG in Form einer gesetzlichen Pflicht zur allgemeinen Übernahme aller Auszubildenden ist insgesamt als kontraproduktiv zu werten, es sei denn, sie würde ständig mit einem betrieblichen Beschäftigungsbedarfs für alle Auszubildenden einhergehen. Eine solche Pflicht würde zwar die Übernahme al-

¹⁰³⁸ Eine allgemeine Pflicht zur Übernahme wird auch von den Gewerkschaften nicht gefordert; deren Forderungen nach Ausweitungen der Übernahmeverpflichtung für Auszubildende beziehen sich immer nur auf tarifvertragliche Regelungen.

ler Auszubildenden am Ende ihrer Ausbildung garantieren, hätte jedoch zur Folge, dass die Arbeitgeber insgesamt ihre Ausbildungstätigkeit reduzieren. Zudem würden Ausbildungssuchende schwerer oder gar keinen Ausbildungsplatz finden. Langfristig käme es zu einer Schwächung der Gesamtwirtschaft.

B. Abschaffung des § 78a BetrVG

Die konträre Alternative zu einer Erweiterung bzw. Ausdehnung des § 78a BetrVG auf sämtliche Auszubildende bestünde darin, die Norm aus dem BetrVG ersatzlos zu streichen. Eine solche Streichung des § 78a BetrVG würde sich auch mit der Forderung vieler Unternehmen decken, den Kündigungsschutz in Deutschland insgesamt zu lockern,¹⁰³⁹ weil die Norm kündigungsrechtsähnliche Züge aufweist. Die Abschaffung des § 78a BetrVG wird seitens der Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI gefordert.¹⁰⁴⁰ Die Vertreter der Gewerkschaften lehnen dies allerdings vehement ab.¹⁰⁴¹

1. Auswirkung der Änderung

a. Wegfall des besonderen Schutzes der Mandatsträger

Die Streichung des § 78a BetrVG würde unmittelbar dazu führen, dass für die ihm bisher unterliegenden Mandatsträger kein gesetzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch mehr besteht würde und deshalb ein Arbeitsverhältnis im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis auf unbestimmte Zeit nicht mehr zwingend begründet wird.

Der § 78a BetrVG wurde in das BetrVG eingefügt, um die in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen vor einer möglichen Benachteiligung durch den Arbeitgeber im Rahmen von Übernahme nach Ablauf ihrer Ausbildungszeit zu schützen. Ferner sollte er die Sicherung der Kontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe durch das Fortbestehen der Beschäftigungsverhältnisse der Mandatsträger nach Ablauf der Ausbildungszeit gewährleisten.¹⁰⁴² Die Auszubildenden sollten in der Lage sein, ihre Mandate ohne Furcht vor Nachteilen für ihren beruflichen Werde-

¹⁰³⁹ Vgl.: Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 52 ff, nach deren Untersuchung mehr als 60 % von 900 befragten Unternehmen Reformbedarf im deutschen Kündigungsschutzrecht sehen, wobei erneut kleiner Unternehmen eher Reformbedarf sehen; Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 40 ff.

¹⁰⁴⁰ Vgl.: Göhner/Bräunig, Bericht der Kommission Mitbestimmung BDA/BDI, S. 50,

¹⁰⁴¹ Vgl.: Hayen, „Angriff auf die Mitbestimmung“ in AiB 2005, S. 7 ff. (11), der Referatsleiter „Betriebliche Mitbestimmung / Europäische Betriebsräte“ beim DGB-Bundesvorstand, Bereich Mitbestimmung und Unternehmenspolitik ist.

¹⁰⁴² Vgl.: BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 1; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.2; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 308, Rn. 181; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.2; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1463);.

gang wahrzunehmen und ihr Amt unabhängig auszuüben.¹⁰⁴³ Dieser Schutz würde bei einer Streichung der Norm fortfallen.

b. Keine Verpflichtung zur Übernahme der Mandatsträger

Eine Abschaffung des § 78a BetrVG hätte weiter zur Folge, dass die in Ausbildung befindlichen Mandatsträger keine Sonderstellung bezüglich einer möglichen Übernahme durch den Arbeitgeber besitzen. Die gesetzliche Übernahmeverpflichtung würde entfallen und eine Übernahme würde nur auf freiwilliger Basis und nach durch den Arbeitgeber zu definierenden Kriterien erfolgen. Die Arbeitgeber könnten die Übernahmeentscheidung im Rahmen der allgemeinen Grundsätze frei definieren.

2. Diskussion der Änderung

Die Streichung des § 78a BetrVG würde einerseits den mandatierten Auszubildenden den Schutz vor einer möglichen Schlechterstellung aufgrund ihrer Tätigkeit bei Übernahmen entziehen. Andererseits wäre der Arbeitgeber von einer Einschränkung der personalwirtschaftlichen Auswahlentscheidung befreit und eine generelle Bevorzugung der Mandatsträger gegenüber anderen Auszubildenden bei nicht ausreichenden Übernahmeplätzen wäre ausgeschlossen. Diese Punkte gilt es gegeneinander abzuwägen.

a. Schutzlosigkeit der Mandatsträger

Insbesondere steht in Frage, ob die in Ausbildung befindlichen Mandatsträger nach einer möglichen Streichung des § 78a BetrVG bei anstehenden Übernahmeentscheidungen den Arbeitgebern schutzlos gegenüberstehen und deshalb benachteiligt werden könnten, oder ob eine solche Lage nicht zwingend eintritt.

aa Benachteiligung von Mandatsträgern

Fraglich ist zunächst, ob die Arbeitgeber die betriebsverfassungsrechtlichen Mandatsträger bei personalpolitischen Entscheidungen, wie z.B. einer Übernahme, per se benachteiligen würden. Dies ist jedoch weder empirisch belegt noch grundsätzlich anzunehmen.

Da den Arbeitgebern daran gelegen ist, die leistungsfähigsten Auszubildenden zu übernehmen, basieren die Übernahme und Auswahlentscheidungen in der Regel darauf, welcher der Auszubildenden die besten Qualifikationen und Befähigungen nachweisen kann und bei wem die Wahrscheinlichkeit am höchsten ist, dass er die Arbeitsaufgaben der zu besetzenden Stelle am besten dauerhaft erledigen kann. Darauf, ob die Auszu-

¹⁰⁴³ Vgl.: BAG vom 16.08.1995 in AP BetrVG 78a Nr. 25; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (272).

bildenden betriebsverfassungsrechtlich tätig waren, kommt es folglich nicht an. Sollte der Mandatsträger der geeignetste Auszubildende für eine zu besetzende freie Stelle sein, so wird er übernommen werden. Ist ein anderer Auszubildender besser qualifiziert, so wird dieser den Vorzug erhalten.

Eine pauschale Benachteiligung der Mandatsträger bei Übernahmen oder sonstigen personalpolitischen Entscheidungen ist bei einer alternativlosen Streichung des § 78a BetrVG somit nicht zu erwarten.

bb Allgemeiner arbeitsrechtlicher Schutz

Sollte in Ausnahmefällen eine Übernahme wegen der Organtätigkeit nicht erfolgen, bietet das Arbeitsrecht unabhängig vom § 78a BetrVG ausreichend Möglichkeiten, diesem wirksam zu begegnen.

Zwar würden in Zukunft der unmittelbare Schutz und die gesetzliche Übernahmeverpflichtung des § 78a BetrVG entfallen und die Mandatsträger müssten sich wie alle anderen Auszubildenden, auf freie Weiterbeschäftigungsstellen im Betrieb bewerben. Bei der Übernahmeentscheidung wäre der Arbeitgeber jedoch weiterhin an die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze bei Einstellungen gebunden, so dass eine Nichtübernahme der Mandatsträger rechtlich nicht haltbar wäre, wenn die Entscheidung willkürlich getroffen wurde oder sie gegen das AGG, § 78 BetrVG, sonstige Gesetze oder betriebliche Auswahlrichtlinien verstößt. Einer Nichtberücksichtigung des Mandatsträgers nur aufgrund seiner betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit könnte somit wirksam entgegengetreten werden.

b. Freie Auswahlentscheidung und Förderung der Leistungsträger

Durch die Streichung des § 78a BetrVG wäre dem Arbeitgeber bei seiner Auswahlentscheidung, welche Auszubildenden er gegebenenfalls in Beschäftigungsverhältnisse übernehmen möchte, nicht mehr auferlegt, zuerst die Mandatsträger zu berücksichtigen. Er könnte seine Entscheidung über die Wahl der zu übernehmenden Auszubildenden folglich wie bei anderen Einstellungen anhand der vorliegenden bzw. nicht gegebenen Qualifikationen und Befähigungen der Mandatsträger treffen, ohne auf betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeiten Rücksicht nehmen oder in irgendeiner Form positiv zu beachten zu müssen.

Dies würde sich auf die Motivation aller Auszubildenden auswirken, weil die Einstellungsentscheidung wieder allein nach der erbrachten Leistung und nicht unter Berücksichtigung betriebsverfassungsrechtlicher Tätigkeit erfolgt. Sie wäre somit für jedermann kalkulierbar und nachvollziehbar. Dies wirkt sich langfristig auch positiv auf die

Leistungsfähigkeit der Unternehmen aus, weil das qualitative Niveau der Belegschaft dauerhaft angehoben wird. Dies sichert Arbeitsplätze und fördert deren Aufbau in den Unternehmen.

c. Rechtssicherheit und Prozessminimierung

Streitigkeiten im Rahmen des § 78a BetrVG, die meist die Frage der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers betreffen, würden in Zukunft entfallen. Die führt zu einer deutlichen Kostenentlastung für die Arbeitgeber sowohl bei den Prozesskosten als auch der Entgeltfortzahlung für die weiterzubeschäftigenden Mandatsträger während eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens, das gegebenenfalls über mehrere Instanzen geführt werden müsste.

Außerdem würde die Rechtssicherheit für den Arbeitgeber über bestehende oder nicht bestehende Arbeitsverhältnisse von Mandatsträgern im Anschluss an die Ausbildungsverhältnisse deutlich gesteigert, weil der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit für die Pflicht etwaiger Weiterbeschäftigungen keine Relevanz mehr entfaltet.

d. Auswirkungen auf den Ausbildungs- und Arbeitsmarkt

Wie ausgeführt wirkt sich der § 78a BetrVG negativ auf den Ausbildungs- und Arbeitsmarkt aus, weil er zum einen die Bereitschaft der Arbeitgeber zur Einstellung von Arbeitnehmern insgesamt hemmt und zum anderen die Durchführung von Ausbildung reduziert.

Durch eine Streichung der Norm wäre dieses Hemmnis für den Arbeitsmarkt beseitigt. Es würden voraussichtlich mehr Einstellungen vorgenommen und mehr Ausbildungsmöglichkeiten von den Arbeitgebern zur Verfügung gestellt, weil sie keine nachteiligen Folgen der ungewollten Weiterbeschäftigung von Auszubildenden oder deren kosten- und zeitintensive gerichtliche Abwehr zu befürchten haben. Dies trifft vor allem auf kleine und mittlere Unternehmen zu, die derzeit wegen des regulatorischen Umfelds auf die Schaffung von Ausbildungsstellen verzichten oder sie nur im geringeren Umfang durchführen. Gerade jüngeren Arbeits- oder Ausbildungsplatzsuchenden käme hier die Beseitigung von arbeitsrechtlichen Beschränkungen vermehrt zugute, weil es gerade die besonderen Arbeitnehmergruppen sind, bei denen sich der besondere Kündigungsschutz und sonstige arbeitsrechtliche Schutzrechte besonders negativ auf die Beschäftigungsmöglichkeiten auswirken.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁴ Vgl.: Hardege/Schmitz, Die Kosten des Kündigungsschutzes in Deutschland, S. 14.

Wie stark die Auswirkung auf das Ausbildungsverhalten wäre, lässt sich nicht exakt voraussagen und hängt vor allem vom allgemeinen gesamtwirtschaftlichen Umfeld und der wirtschaftlichen Situation des einzelnen Unternehmens ab.

3. Ergebnis

Es spricht vieles dafür, dass eine Streichung des § 78a BetrVG mehr positive als negative Effekte nach sich ziehen würde. Vor allem ist nicht zu erwarten, dass Arbeitgeber Auszubildende lediglich aufgrund ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit nicht übernehmen, weil Einstellungsentscheidungen hauptsächlich aufgrund von Befähigung und Leistung getroffen werden. Überdies wären Übernahmeentscheidungen weiterhin anhand der allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze gerichtlich überprüfbar. Auf dem Arbeitsmarkt wäre vor allem bei kleineren und mittleren Unternehmen mit einer vermehrten Ausbildungstätigkeit zu rechnen.

Eine Streichung würde jedoch bei Betriebsräten und Gewerkschaften auf starken Widerstand stoßen, weil diese auf Besitzstandswahrung der errungenen Mitbestimmungs- und Kündigungsschutzregeln bedacht sind. Ein solcher Schritt erscheint daher, selbst unter der derzeitigen politischen Konstellation der Regierungsparteien aus Union und FDP wenig realistisch, weil auch die Union deutlich gemacht hat, dass keine gravierenden Änderungen im Arbeitsrecht und vor allem keine Einschnitte im Kündigungsschutzrecht zu erwarten sind. Dies geht auch aus der ersten Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vom 10. November 2009 eindeutig hervor.¹⁰⁴⁵

C. Anpassung des § 78a BetrVG an die betriebliche Notwendigkeit

Da die bisher behandelten Alternativen der Erweiterung oder der Abschaffung des § 78a BetrVG, um im Ergebnis mehr Klarheit und Transparenz für Arbeitgeber und Auszubildenden zu schaffen, wenig positive Perspektiven bieten oder politisch nicht durchsetzbar erscheinen, muss überlegt werden, ob eine inhaltliche Änderung der an sich bestehen bleibenden Norm eine Verbesserung der tatsächlichen Situation für Auszubildende, Arbeitnehmer und Arbeitgeber und eine Besserung des Ausbildungs- und Arbeitsmarktes verspricht. Ziel einer effektiven „Reform“ müsste es vor allem auch sein, unbestimmte Rechtsbegriffe auf ein Mindestmaß zu reduzieren, um für die Anwender ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit zu erlangen.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁵ Siehe Plenarprotokoll 17/3, S. 34. Die Bundeskanzlerin führte bezüglich des Arbeitsrechts unter anderem aus: „Wir werden die Mitbestimmung und die Betriebsverfassung nicht ändern. Wir werden auch die Schutzwirkung des Kündigungsschutzes nicht mindern. Das schafft Vertrauen und hat auch etwas damit zu tun, das Verhältnis der Bürger zu ihrem Staat zu verbessern.“

¹⁰⁴⁶ Vgl. zum Zweck einer Reform des Kündigungsschutzes: Donges/Eekhoff/Franz/Möschel/Neumann, Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt, S. 41.

1. Darlegungspflicht der Unzumutbarkeit des Arbeitgebers in der Mitteilung nach § 78a I BetrVG

Beabsichtigt ein Arbeitgeber, einen Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder des Betriebsrates ist, nach Beendigung seines Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, so hat er dem Auszubildenden dies gem. § 78a I BetrVG drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich mitzuteilen. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die angesprochenen Auszubildenden rechtzeitig von der geplanten Nichtübernahme Kenntnis erlangen und einen angemessenen Überlegungszeitraum haben, ob sie eine Weiterbeschäftigung nach § 78a II BetrVG verlangen wollen oder sich nach einer anderweitigen Arbeitsstelle umsehen wollen.¹⁰⁴⁷

Der Arbeitgeber ist dabei nach bisheriger Rechtslage nicht verpflichtet, dem Auszubildenden die Gründe einer Nichtweiterbeschäftigung zu erläutern, sondern hat lediglich mitzuteilen, dass eine Übernahme des Mandatsträgers in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis auf einem ausbildungsgerechten Arbeitsplatz nicht erfolgen wird.¹⁰⁴⁸ Ob die Übernahme für den Arbeitgeber unzumutbar ist, entscheidet gegebenenfalls anschließend das Arbeitsgericht.

Da der Auszubildende bzw. dessen rechtlicher Berater der Mitteilung der Nichtübernahme aus der reinen Information deren Grund nicht entnehmen kann, bleibt dem Auszubildenden nur die Möglichkeit, die Entscheidung an sich sicherheitshalber gerichtlich überprüfen zu lassen, um die Chancen einer Übernahme zu wahren.

Deshalb sollte überdacht werden, den Arbeitgeber zu verpflichten, die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zumindest kurz zu begründen. Der § 78a I BetrVG könnte dahingehend ergänzt werden, dass der Arbeitgeber, der beabsichtigt, einen Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrats, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrats ist, nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, dies dem Auszubildenden drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses unter Angabe der Gründe der Unzumutbarkeit schriftlich mitzuteilen hat.

¹⁰⁴⁷ Vgl.: BT-Drucks. 7/1170, S. 3; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 12; Gross in Gross/Thon/Ahmad/Woitaschek, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 8.

¹⁰⁴⁸ Vgl.: BVerwG vom 15.10.1985 in PersR 1986, S. 173; Opolony „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1332); Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 6.

a. Auswirkung der Änderung

aa Klarheit über die Gründe der Unzumutbarkeit für den Auszubildenden

Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Gründe der Unzumutbarkeit darzulegen, hätte den Vorteil, dass der Auszubildende anhand der Begründung prüfen könnte, ob eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung vorliegt oder zumindest nicht ganz abwegig ist.

Für den Auszubildenden wäre es einfacher zu beurteilen, ob ein klageweises Vorgehen gegen die Entscheidung des Arbeitgebers mit dem Ziel der Feststellung der Zumutbarkeit der Übernahme sinnvoll ist oder ob er besser beraten ist, keine gerichtlichen Schritte einzuleiten. Vor dem Hintergrund, dass dem Mandatsträger gegenüber dem Arbeitgeber kein Kostenerstattungsanspruch aus §§ 40 I, 73 II BetrVG zusteht, weil es sich nicht um eine betriebsverfassungs-, sondern um eine individualrechtliche Streitigkeit handelt,¹⁰⁴⁹ ist dies für den Auszubildenden besonders wichtig.

Außerdem wäre der Auszubildende aufgrund der Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe eventuell eher bereit, auch die Übernahme in andere als unbefristete Vollarbeitsverhältnisse anzustreben und darüber mit dem Arbeitgeber Gespräche aufzunehmen oder das Beschäftigungsverhältnis nach Beendigung der Ausbildung außergerichtlich auf dem Vergleichsweg zu beenden. Nach einer Klageerhebung sind diese Möglichkeiten meist nicht mehr gegeben, weil sich die Fronten sowohl arbeitgeber- als auch auszubildendenseitig verhärtet haben.

bb Formaler Aufwand des Arbeitgebers

Die Begründung der Unzumutbarkeit durch den Arbeitgeber hätte für diesen die Folge, dass er das Mitteilungsschreiben ausführlicher gestalten müsste. Die bloße Mitteilung, eine Übernahme werde nicht erfolgen, wäre dann nicht mehr ausreichend. Dies führt zu einem höheren bürokratischen Aufwand, den ein Arbeitgeber generell vermeiden oder verringern möchte.

cc Vermeidung von Arbeitsgerichtsprozessen und schnellere Rechtssicherheit

Wenn der Auszubildende aufgrund der Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe eventuell auf eine Klage vor dem Arbeitsgericht verzichtet bzw. ein anderes als ein unbefristetes Vollarbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber einzugehen bereit ist, würden Streitigkeiten

¹⁰⁴⁹ Vgl.: Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 53; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 26; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 11; Moderegger, „Aktuell im Herbst 2004: Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in ArbRB 2004, S. 280 ff. (282).

vor den Arbeitsgerichten vermieden werden, die auch bei Verfahren nach § 78a BetrVG meist auf dem Vergleichswege beendet werden.

Dies hätte zur Folge, dass zum einen die Arbeitsgerichte entlastet werden und zum anderen Arbeitgeber und Mandatsträger zeitnah ohne lange arbeitsgerichtliche Verfahren über ein bestehendes oder nicht bestehendes Anschlussarbeitsverhältnis rechtssicher Kenntnis erlangen.

b. Diskussion der Änderung

Die dargestellte Änderung oder Ergänzung des § 78a I BetrVG um die arbeitgeberseitige Pflicht der Begründung der Unzumutbarkeit wäre im Ergebnis sowohl für die Auszubildenden als auch für die Arbeitgeber positiv. Beide Seiten könnten Arbeitsgerichtsprozesse vermeiden und erlangten bzgl. des Weiterbeschäftigungsverhältnisses schnellere Rechtssicherheit dadurch, dass der Mandatsträger, gegenüber dem die Nichtübernahme erklärt wird, das Vorliegen einer Unzumutbarkeit anhand der arbeitgeberseitigen Begründung außergerichtlich prüfen und ggf. auch nachvollziehen kann.

Der bürokratische Aufwand für den Arbeitgeber hält sich insofern in Grenzen, als er die Unzumutbarkeit zumindest in nicht schriftlicher Form bereits geprüft haben dürfte, bevor er sie bejaht hatte. Er muss diese Gründe, meist die nicht vorhandenen freien Arbeitsplätze, kurz schriftlich aufzeigen. Die Gründe sollten insbesondere in kleinen und mittleren Betrieben für den Auszubildenden auch schnell nachvollziehbar sein, weil er die betrieblichen Gegebenheiten kennt. Die Chance für die Arbeitgeber, durch eine gute Begründung ein arbeitsgerichtliches Verfahren zu vermeiden, sollte Anreiz genug sein, eine Unzumutbarkeit sorgfältig schriftlich zu begründen und den formalen Mehraufwand auf sich zu nehmen.

Jedoch bleibt zu bedenken, dass es sich bei der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach der bisherigen Rechtslage um eine Ordnungsnorm handelt, deren Nichtbefolgung grds. keine direkten Rechtsfolgen nach sich zieht¹⁰⁵⁰. Dem Arbeitgeber wäre es auch weiterhin möglich, eine Mitteilung gegenüber dem Mandatsträger nicht abzugeben. Erklärt er die Nichtübernahme, hätte er diese jedoch zu begründen. Eine Nichtbegründung würde weder eine Übernahmepflicht entstehen lassen noch sonstige Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Ein ökonomisch denkender Arbeitgeber wird die Chance, die die Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe bietet, wohl eher annehmen als darauf zu verzichten.

¹⁰⁵⁰ Vgl.: Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 3; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK.KR, § 78a BetrVG, Rn 51; Stege/Weinspach/Schiefer, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a Rn. 3; Raab „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“ in FS Konzen S. 719 ff. (743); Houben, „§ 78a BetrVG - Schutz vor einer Schutznorm?“ in NZA 2006, S. 769 ff. (771); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

c. Ergebnis

Insgesamt könnte eine Pflicht zur Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe eine positive Ergänzung des § 78a I BetrVG darstellen, weil dann der Auszubildende die Unzumutbarkeit vor einer Klageerhebung überprüfen könnte, dadurch das Prozessrisiko minimiert würde und Arbeitgeber und Auszubildende im Ergebnis schneller Rechtssicherheit bzgl. eines Anschlussbeschäftigungsverhältnisses erlangen könnten.

2. Voraussetzung des Bestehens der Abschlussprüfung

Grundsätzlich entsteht der Anspruch des Auszubildenden auf Übernahmen in ein ausbildungsgerechtes Arbeitsverhältnis erst in der Zeit nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses, d.h. ab dem Bestehen der Abschlussprüfung. Eine Unzumutbarkeit der Übernahme in ein ausbildungsgerechtes Arbeitsverhältnis ist dann gegeben, wenn der Auszubildende seine Abschlussprüfung zum wiederholten Mal nicht bestanden hat und somit seine Ausbildung insgesamt zwar beendet, aber nicht erfolgreich abgeschlossen hat.¹⁰⁵¹

Zwar hat der Auszubildende, der seine Ausbildung endgültig nicht erfolgreich abgeschlossen hat und bei dessen Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt neben ausbildungsgerechten Arbeitsplätzen auch Arbeitsplätze für unqualifizierte oder minderqualifizierte Arbeitnehmer zur Verfügung stehen, keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung.¹⁰⁵² Jedoch muss der Arbeitgeber eine diesbezügliche Unzumutbarkeit im Wege eines Arbeitsgerichtsverfahrens nach § 78a IV BetrVG beantragen, was kosten- und zeitintensiv sein kann.¹⁰⁵³ Außerdem müssen die Arbeitgeber damit rechnen, dass ein Arbeitsgericht eine Unzumutbarkeit verneinen könnte.¹⁰⁵⁴

Aus diesem Grund könnte das Bestehen der Abschlussprüfung zwingende Voraussetzung dafür sein, dass der Auszubildende ein Verlangen nach § 78a II BetrVG wirksam geltend machen kann bzw. dessen Rechtsfolge eintritt. Da jedoch das Bestehen oder Nichtbestehen der Abschlussprüfung gegebenenfalls erst am letzten Tag der Ausbildung feststeht, müsste das Verlangen vorab gestellt werden können und die Rechtsfol-

¹⁰⁵¹ Vgl.: BAG vom 23.06.1983 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 10, das explizit ausführt, dass die fehlende Eignung im Rahmen der Unzumutbarkeit geltend gemacht werden kann; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 23; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 50; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 44; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

¹⁰⁵² A.A. explizit das LAG Niedersachsen vom 08.04.1975 in DB 1975, 1224; vgl. auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 50; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn. 35; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 85 oder Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124, der dies damit begründet, dass in solchen Fällen der § 78a BetrVG einer teleologischen Reduktion unterzogen werden müsste.

¹⁰⁵³ Vgl.: Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 124.

¹⁰⁵⁴ So z.B. das Niedersachsen vom 08.04.1975 in DB 1975.

ge dieser Erklärung nachträglich bei nicht bestandener Prüfung nicht eintreten. Dies wäre z.B. dadurch erreichbar, dass der § 78a II BetrVG dahingehend ergänzt wird, dass wenn ein in Absatz 1 genannter Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangt, zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet gilt, wenn die Berufsausbildung erfolgreich abgeschlossen ist.

Somit wäre bereits vor und während des laufenden Ausbildungsverhältnisses jedem Mandatsträger deutlich, dass nur eine bestandene Ausbildung den Schutz des § 78a BetrVG herbeiführen kann.

a. Auswirkung der Änderung

aa Keine Rechtsfolge des Weiterbeschäftigungsverlangens

Sollte die bestandene Abschlussprüfung feste Tatbestandsvoraussetzung des § 78a BetrVG dafür sein, dass die Rechtsfolge des Weiterbeschäftigungsverlangens eintreten kann, hätte dies zur Folge, dass das endgültige Nichtbestehen der Abschlussprüfung direkt dazu führt, dass die Weiterbeschäftigung aufgrund der nicht gegebenen Voraussetzungen der Norm nicht vorläge. Jeder Auszubildende wüsste, dass seine Weiterbeschäftigung aufgrund der Mandatsträgerschaft nur durch das Bestehen der Ausbildung überhaupt in Frage kommt. Die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Auszubildenden wäre bei Nichtabschluss der Ausbildung unmittelbar nicht gegeben und müsste nicht erst mittelbar im Rahmen eines Klageverfahrens i.S.d. § 78a IV BetrVG festgestellt werden.¹⁰⁵⁵

bb Kosten- und Zeitersparnis

Für die Arbeitgeber ergibt sich eine direkte Kosten- und Zeitersparnis, weil ihnen Verfahren über die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung trotz nicht bestandener Ausbildung erspart bleiben, denn jeder Auszubildende weiß, dass das Nichtbestehen der Ausbildung nicht erst im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Unzumutbarkeit begründen kann, sondern bereits zwingende Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a II BetrVG ist.

Arbeitsgerichtsprozesse über mehrere Instanzen über den unbestimmten Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit oder darüber, ob der Auszubildende wirksam erklärt hat, er würde auch auf unterausbildungsgerechten Arbeitsplätzen übernommen werden wollen, wür-

¹⁰⁵⁵ Vgl.: Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

den sich dann erübrigen, weil jeder vernünftige oder beratene Auszubildende ein solches Verfahren auch aufgrund der Kostentragungslast nicht anstreben würde.

cc Anreiz zum Ausbildungsabschluss

Bei einer entsprechenden gesetzlich festgeschriebenen Aussage gilt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nur dann als begründet, wenn die Ausbildung erfolgreich abgeschlossen worden ist. Dies ist ein eindeutiger und unmissverständlicher Anreiz für jeden in Ausbildung befindlichen Mandatsträger, seine Ausbildung erfolgreich abzuschließen. Nur bei erfolgreich abgeschlossener Ausbildung kann ein unbefristetes anschließendes Vollarbeitsverhältnis überhaupt begründet werden. Bei nicht bestandener Ausbildung bleiben nicht einmal der prozessuale Weg und die damit verbundene Hoffnung auf einen Vergleich über die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, weil jeder Arbeitgeber zu Recht auf den eindeutigen Wortlaut der Norm verweisen würde. Ein stärkerer Anreiz für Mandatsträger, ihre Ausbildung erfolgreich abzuschließen, ist schwer vorstellbar.

b. Diskussion der Änderung

Das Nichtbestehen der Ausbildung würde sowohl bei Erhaltung der jetzigen Fassung des § 78a BetrVG über die prozessuale Feststellung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung als auch bei Aufnahme der tatbestandlichen Voraussetzung des Bestehens der Abschlussprüfung einem Anschlussarbeitsverhältnis im Wege stehen, so dass das Ergebnis beider Alternativen identisch ist. Die Wege zu diesem Ergebnis sind jedoch völlig unterschiedlich; zum einen ein kostspieliger und zeitintensiver Gang durch das arbeitsgerichtliche Verfahren, zum anderen über den tatbestandlichen Ausschluss der Weiterbeschäftigung, sollte der Anreiz des Ausbildungsabschlusses bei dem Mandatsträger nicht gewirkt haben und er einen Abschluss nicht erlangt hat.

Eine Schlechterstellung des mandatierten Auszubildenden wäre durch eine diesbezügliche Änderung der Norm also nicht gegeben.

c. Ergebnis

Im Ergebnis ist in § 78a II BetrVG klarzustellen, dass der bestandene Abschluss zwingende Voraussetzung der Rechtsfolge der Übernahme in ein Anschlussarbeitsverhältnis ist.¹⁰⁵⁶ Dies setzt für die Mandatsträger Anreize, das Arbeitsverhältnis erfolgreich zu beenden und verhindert kostspielige und zeitintensive Arbeitsgerichtsprozesse über die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auf freien, aber nicht ausbildungsgerechten Arbeitsplätzen im Betrieb.

¹⁰⁵⁶ So auch Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (278).

3. Mindestfrist für das Verlangen der Weiterbeschäftigung des 78a II BetrVG

Der Mandatsträger muss das Weiterbeschäftigungsverlangen gemäß dem Wortlaut des § 78a II BetrVG innerhalb der letzten drei Monate des Ausbildungsverhältnisses erklärt haben, damit es Wirksamkeit gegenüber dem Arbeitgeber erlangen kann. Dies bedeutet, dass die Erklärung frühestens drei Monate vor und spätestens am Tag der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses abgegeben werden muss.¹⁰⁵⁷ Ein vor dem gesetzlich festgeschriebenen Zeitraum erfolgtes Weiterbeschäftigungsverlangen entfaltet keine Rechtswirkung und müsste innerhalb der dreimonatigen Frist wiederholt werden, um den Arbeitgeber wirksam zu binden.¹⁰⁵⁸

Daraus, dass das Weiterbeschäftigungsverlangen auch erst am letzten Tag oder innerhalb der letzten Tage vor Beendigung der Berufsausbildung abgegeben werden kann, entsteht arbeitgeberseitig ein prozessuales Problem. Zum einen kann dem Arbeitgeber verwehrt werden, einen Feststellungsantrag im Sinne des § 78a IV Nr. 1 BetrVG zu stellen, zum anderen wird die Wahrscheinlichkeit reduziert, dass über einen gestellten Feststellungsantrag noch während des laufenden Ausbildungsverhältnisses gerichtlich entschieden werden kann, so dass der Auszubildende auf jeden Fall bis zur endgültigen Entscheidung auch nach Abschluss seines Ausbildungsverhältnisses weiterbeschäftigt und entlohnt werden muss. Dies stellt für die Mandatsträger einen nicht zu unterschätzenden finanziellen Anreiz dar, das Weiterbeschäftigungsverlangen so spät wie möglich zu stellen, was meist auch erst in den letzten Tagen oder Wochen vor Beendigung der Ausbildung geschieht. Diese Vorgehensweise wird in der Praxis von vielen Betriebsräten und Rechtssekretären empfohlen und hat inzwischen ebenfalls in die Literatur Eingang gefunden.¹⁰⁵⁹

Deswegen ist zu überlegen, ob nicht die Einführung einer Mindestfrist von z.B. einem Monat vor Ausbildungsende,¹⁰⁶⁰ vor deren Ablauf der Auszubildende seine Weiterbeschäftigung verlangen muss, der Situation angemessen wäre. Dann hätte der Arbeitgeber zumindest eine Chance, ein Verfahren gemäß § 78a IV Nr. 1 BetrVG einzuleiten

¹⁰⁵⁷ So auch Rudolph, „Fristen im Betriebsverfassungsgesetz“ in AiB 2007, S.653 ff. (655); Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274); Hayen, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen durch § 78a BetrVG“ in AiB 1982, S. 76 ff. (77); Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn.14, der die Erklärung so nah wie möglich am Ende der Berufsausbildung sogar empfiehlt, um dem Arbeitgeber weniger Zeit für seinen Antrag nach § 78a IV zu geben.

¹⁰⁵⁸ Vgl.: BAG vom 15.01.1980 in AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (274).

¹⁰⁵⁹ Diese Vorgehensweise unterstützend z.B.: Wamsler in Becker/Wamsler/Helm/Stevens-Bartol/Seebacher, § 78a BetrVG, Rn.14.

¹⁰⁶⁰ Hinsichtlich der konkreten zeitlichen Ausgestaltung wäre die Frist von einem Monat angemessen, weil auf diese Weise dem Auszubildenden zwei Monate Zeit bleiben zu überdenken, ob er eine Weiterbeschäftigung anstrebt. Außerdem würde auch die sechsmonatige Frist des § 12 I BBiG nicht tangiert werden.

und die meist früh terminierte Güteverhandlung durchzuführen. Außerdem hätte er genügend Zeit, etwaige Personalentscheidungen zu überdenken und zu treffen, den Betriebsrat zu konsultieren und über das entsprechende Personal zu disponieren.¹⁰⁶¹

Der § 78a II BetrVG wäre bei einer solchen Vorgehensweise in der Form zu ergänzen, dass ein in § 78a I BetrVG genannter Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate, aber spätestens einen Monat vor Beendigung seines Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangen kann.

a. Auswirkung der Änderung

aa Frühzeitige Erklärung des Weiterbeschäftigungsverlangens

Unmittelbare Folge einer entsprechenden gesetzlichen Mindestfrist vor Abschluss der Berufsausbildung, vor der der Mandatsträger sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären müsste, wäre, dass der Auszubildende sich bereits vor dieser - neuen - Frist darüber Gedanken machen müsste, ob er eine anschließende Weiterbeschäftigung im Ausbildungsbetrieb wünscht oder den Betrieb verlassen möchte.

Die meisten Auszubildenden werden sich mit der Thematik der Weiterbeschäftigung deutlich vor der neu einzufügenden Monatsfrist auseinander gesetzt haben, wenn nicht sogar vor der bisherigen Dreimonatsfrist des § 78a II BetrVG oder der sechsmonatigen Frist des § 12 I BBiG, weil sich für sie frühzeitig die Frage stellt, welche Beschäftigungsmöglichkeiten sich nach der Ausbildung bieten. Entscheidet sich ein Mandatsträger gegen den eigenen Ausbildungsbetrieb und das Verlangen der Weiterbeschäftigung, ändert die neue Frist nichts. Ohne Abgabe einer Erklärung bzgl. der Weiterbeschäftigung endet das Beschäftigungsverhältnis mit Abschluss der Ausbildung automatisch.¹⁰⁶² Wünscht er hingegen die Weiterbeschäftigung, hat er die Erklärung anschließend vor Ablauf der Monatsfrist abzugeben. Dies sollte für den Auszubildenden keine große Hürde darstellen, zumal er seine Erklärung zwar nicht rechtlich,¹⁰⁶³ aber tatsächlich widerrufen könnte, weil kein Arbeitgeber einen solchen Auszubildenden weiterbeschäftigen würde.

¹⁰⁶¹ Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1336); Gammillscheg, „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (280).

¹⁰⁶² Vgl.: Opolony, „Das Recht der Berufsausbildung nach dem Berufsausbildungsreformgesetz“ in BB 2005, S. 1050 ff. (1052); Oberthür „Die Übernahme organisierter Auszubildender“ in ArbRB 2006, S. 157 ff. (157); Grünberger, „Beendigung von Berufsausbildungsverhältnissen“ in AuA 1996, S. 155 ff. (155).

¹⁰⁶³ Siehe zur Widerrufsmöglichkeit: z.B. Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 22 b; Pielsticker, S. 77 ff.

bb Prozessuale Klärung während der Ausbildung

Die Einfügung der einmonatigen Mindestfrist, vor der der Mandatsträger sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss, hat weiter zur Folge, dass dem Arbeitgeber noch während des laufenden Ausbildungsverhältnisses die Möglichkeit eingeräumt wird, damit in Verbindung stehende Personalentscheidungen zu treffen und das entsprechende Personal zu disponieren.

Insbesondere hat er die Möglichkeit, deutlich vor Ende der Ausbildung zu entscheiden, ob er den Mandatsträger im Betrieb weiterbeschäftigen kann, ob also ein freier ausbildungsgerechter Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht, oder ob ihm die Weiterbeschäftigung unzumutbar ist.

Sollte er sich für die klageweise Geltendmachung der Unzumutbarkeit i.S.d. § 78a IV BetrVG entscheiden, hat er aufgrund der Monatsfrist die Aussicht, dass zumindest eine früh terminierte Güteverhandlung noch während der laufenden Berufsausbildung stattfindet. In dieser besteht die Chance, dass der Arbeitsrichter deutlich macht, dass er auf Grundlage der bisherigen Sachverhaltskenntnis und Rechtseinschätzung die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung wahrscheinlich feststellen wird oder nicht so entschieden wird. Infolgedessen könnten die Parteien das Verfahren prozessual entweder durch Gerichtsentscheid oder auf dem Vergleichsweg beenden. Eine entgeltspflichtige Weiterbeschäftigung des Auszubildenden nach Ende der Ausbildungszeit könnte dann unterbleiben.

Selbst wenn die Güteverhandlung fruchtlos verlaufen sollte, wäre die nachfolgende Hauptsacheverhandlung zeitnäher an dem Beendigungszeitpunkt der Ausbildung terminiert, als dies ohne die Einfügung der Monatsfrist der Fall wäre.

Somit steht entweder eine Zumutbarkeit der Beschäftigung früher fest, was für den Auszubildenden von Vorteil ist, weil er dann mit einem unbefristeten Vollzeitbeschäftigungsverhältnis kalkulieren und ggf. andere Bewerbungsvorhaben einstellen kann. Oder es wird auf die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung erkannt, so dass das bereits begründete Beschäftigungsverhältnis ex nunc gelöst wird und für den Arbeitgeber anschließend keine weiteren Lohnkosten mehr anfallen.

Eine Entscheidung würde also in beiden Fällen zeitnäher zum Ausbildungsende erfolgen und bei einer Feststellung der Unzumutbarkeit zu keinen oder geringeren Kosten durch die Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers führen.

b. Diskussion der Änderung

Die Erweiterung des § 78a II BetrVG um eine gesetzliche Mindestfrist vor Abschluss der Berufsausbildung, vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären müsste, würde den Entscheidungszeitpunkt für das Verlangen der Weiterbeschäftigung um einen Monat vorverlegen.

Dies stellt, wie erwähnt, für den Auszubildenden kein großes Hindernis dar. Nachteilig wäre lediglich die gegebenenfalls ergehende gerichtliche Feststellung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, die ebenfalls früher erfolgen würde, so dass dem Mandatsträger Entgeltansprüche für den entsprechenden Zeitraum gegenüber dem Arbeitgeber nicht entstehen. Dies betrifft jedoch nur einen möglichen Zeitraum nach Beendigung der Ausbildung, weil sich bis zu deren ordentlicher Beendigung die Entgeltansprüche aus dem Ausbildungsvertrag ergeben.

Zum anderen würde die Fristaufnahme dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnen einen Feststellungsantrag auf Nichtzustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses zu stellen, über den eventuell noch abschließend während oder zumindest zeitnah nach Abschluss der Berufsausbildung entschieden würde.

Zwar wird der Feststellungsantrag inzwischen durch die Arbeitsgerichte automatisch ohne erneute Antragstellung des Arbeitgebers in einen Auflösungsantrag umgedeutet, wenn im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses über einen Feststellungsantrag des Arbeitgebers noch nicht rechtskräftig entschieden und zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit entstanden sein sollten,¹⁰⁶⁴

jedoch führt die Weiterbeschäftigung des Auszubildenden, insbesondere wenn tatsächlich keine innerbetriebliche Beschäftigungsmöglichkeit für ihn vorliegt und dies auch nachfolgend gerichtlich festgestellt wird, zu erhöhten Personalkosten der Arbeitgeber, die schwer zu begründen sind.

Sollte das Gericht allerdings die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung feststellen, verschlechtert sich die Stellung des Auszubildenden nicht, er hat von seinem weiterbestehenden Vollarbeitsverhältnis lediglich früher Kenntnis.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Normierung einer Frist vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss, dem Auszubildenden nur dann Nachteile bringt, wenn das Arbeitsgericht früher als bisher üblich die Unzumutbarkeit der Beschäftigung nach Beendigung der Ausbildung feststellt und dem Auszubil-

¹⁰⁶⁴ Vgl.: BAG vom 29.11.1989 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 20 unter Abkehr von der früheren Rechtsprechung des BAG, siehe hierzu vor allem BAG vom 14.05.1987 AP BPersVG § 9 Nr. 4; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 46; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn. 17; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 29, 34.

denden die Entgeltansprüche für diesen Zeitraum gegenüber seinem Arbeitgeber verloren gehen.

Dem Arbeitgeber entsteht entsprechend der Vorteil, diese Kosten nicht übernehmen zu müssen. Somit würde die Aufnahme der Frist zu einer größeren Gerechtigkeit der Kostenverteilung führen, weil sich der Zeitraum, für den der Arbeitgeber Entgelte bezahlen muss, obwohl nachträglich gerichtlich festgestellt worden ist, die Beschäftigung sei unzumutbar gewesen, verringert.¹⁰⁶⁵

c. Ergebnis

Die Aufnahme einer Frist in § 78a II BetrVG, vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss, sollte vorgenommen werden. Dies reduziert teilweise die bisherigen Nachteile der Norm, dass ein Arbeitgeber nach Beendigung der Ausbildung - bei nachträglicher Feststellung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung – dem übernommenen Auszubildenden gegenüber entgeltspflichtig war, indem der in Frage stehende Zeitraum verkürzt wird und günstigstenfalls eine Klärung noch während des bestehenden Ausbildungsverhältnisses erfolgen könnte.

4. Beschränkung der Weiterbeschäftigungsverpflichtung auf die laufende Amtsperiode

Nach der bisherigen Ausgestaltung des § 78a BetrVG ist dessen Rechtsfolge nicht an einen Verbleib des Auszubildenden nach seiner Übernahme im betriebsverfassungsrechtlichen Organ, in das er gewählt wurde, gekoppelt. Das gesetzlich begründete Beschäftigungsverhältnis bleibt auch dann bestehen, wenn der Mandatsträger nach der Übernahme in ein Beschäftigungsverhältnis freiwillig oder aufgrund einer Wahl aus dem Amt ausscheidet. Der Schutz des § 78a BetrVG geht damit deutlich weiter als der besondere Kündigungsschutz der Betriebsräte aus § 15 KSchG, der nur während der Amtszeit bzw. für einen Zeitraum von bis zu einem Jahr nach Beendigung der Amtstätigkeit gilt.

Aus diesem Grund wäre es denkbar, den Weiterbeschäftigungsanspruch des Auszubildenden auf die aktuelle Amtsperiode zu beschränken, so dass die Formulierung des § 78a II BetrVG insofern zu ändern wäre, dass zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis für die Zeit der betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit, längstens die Zeit der laufenden Amtspe-

¹⁰⁶⁵ So auch Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (280,282); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht – Band 2, S. 690.

riode als begründet gilt. Der bisherige § 78 a III BetrVG wäre konsequenterweise zu streichen.

a. Auswirkung der Änderung

aa Befristung des Weiterbeschäftigungsanspruchs

Die Änderung der Rechtsfolge des § 78a II BetrVG, dahingehend, so dass das entstehende Arbeitsverhältnis nicht unbefristet begründet wird, sondern sich nur auf die Zeit der fortbestehenden Mandatstätigkeit und längstens auf die laufende Amtsperiode des jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Organs erstreckt, stellt eine Befristung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines gesetzlich normierten Sachgrundes dar.

Sollten somit die Voraussetzungen des § 78a BetrVG gegeben sein und der Auszubildende nach Beendigung der Ausbildung kraft Gesetzes in ein Beschäftigungsverhältnis übernommen werden, so wäre die Dauer dieses Beschäftigungsverhältnisses sowohl an das Fortbestehen der betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit des Mandatsträgers als auch an die Amtsperiode des Organs gekoppelt. Die Länge der Befristung hängt dann von der Dauer der tatsächlichen Mitgliedschaft im Organ bzw. der Dauer der Amtsperiode des Organs - also zwischen zwei und vier Jahren¹⁰⁶⁶ und dem Zeitpunkt der letzten Wahl ab.

Sollte entweder die Tätigkeit des ehemaligen Auszubildenden oder die Amtsperiode enden, entfiere der sachliche Befristungsgrund und das Beschäftigungsverhältnis würde automatisch beendet werden. Eine Kündigung durch den Arbeitgeber müsste nicht ausgesprochen werden, so dass für den Mandatsträger auch kein Kündigungsschutz i.S.d. § 15 KSchG bestünde.¹⁰⁶⁷ Eine Beschäftigung des übernommenen Auszubildenden über diesen Zeitpunkt hinaus wäre nur aufgrund eines neuen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien möglich, über das diese nach den allgemeinen Grundsätzen der arbeitsvertraglichen Privatautonomie entscheiden könnten.

Folglich würde sich die Befristung auf die individuellen Interessen des Übernommenen auswirken, weil das gesetzlich begründete Beschäftigungsverhältnis kein unbefristetes mehr wäre und bereits im Zeitpunkt der Übernahme feststünde, wann dieses spätestens sein Ende findet. Jedoch besteht für den übernommenen Auszubildenden die Möglichkeit, seine Leistungsfähigkeit und Qualifikation im betrieblichen Alltag unter Beweis

¹⁰⁶⁶ Siehe für die Amtszeit des Betriebsrats den § 21 I BetrVG, die der JAV § 64 I BetrVG, sowie für die des Seebetriebsrats und der Bordvertretung die Verweisungsnormen der §§ 115 I, 116 I BetrVG.

¹⁰⁶⁷ Ständige Rechtsprechung des BAG, vergleiche diesbezüglich nur: BAG vom 17. 2. 1983 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 14; Linck in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 15 TzBfG, Rn. 16; Hergenröder in Münchener Kommentar zum BGB, § 15 KSchG, Rn. 79.

zu stellen, um seine Chancen auf eine erneute freiwillige Übernahme und die damit einhergehende Weiterbeschäftigung zu verbessern.

bb Kalkulierbarkeit der Weiterbeschäftigung

Eine Befristung auf die laufende Amtsperiode stellt sicher, dass das gesetzliche Beschäftigungsverhältnis nicht unbefristet begründet wird. Dadurch werden die Weiterbeschäftigung und die daraus entstehenden Kosten für den Arbeitgeber leichter berechenbar, weil er zum Zeitpunkt der Übernahme weiß, wie lange das Beschäftigungsverhältnis längstens andauern wird. Auf dieser Grundlage kann er kalkulieren, wann der Arbeitsplatz erneut frei wird und er diesen neu zu besetzen hat, dies ggf. auch mit dem sich bewährenden Mandatsträger.

Außerdem würde dies die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers weniger beeinträchtigen. Der Arbeitgeber muss den zu übernehmenden Auszubildenden nicht mehr unbefristet, sondern nur noch für einen bestimmbaren definierten Zeitraum in seinem Betrieb beschäftigen und wäre anschließend wieder in seiner Vertragspartnerwahl frei. Eine Beschränkung der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG würde bliebe weiterhin bestehen, jedoch in einem deutlich geringeren Ausmaß, als dies bei einem unbefristeten Übernahmeanspruch der Fall wäre.

cc Keine Beeinträchtigung der Mandatstätigkeit des Auszubildenden

Der § 78a BetrVG soll bekanntlich dem Schutz der in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen vor Benachteiligung durch den Arbeitgeber im Rahmen der Übernahme der Auszubildenden nach Ablauf ihrer Ausbildungszeit dienen. Den Auszubildenden soll ermöglicht werden, ihre Mandate ohne Furcht vor Nachteilen für ihren beruflichen Werdegang wahrzunehmen, und die Unabhängigkeit ihrer Amtsführung soll abgesichert werden.¹⁰⁶⁸

Der Arbeitgeber hätte auch aufgrund eines gesetzlich begründeten Beschäftigungsverhältnisses, selbst wenn es nur befristet ausgestaltet ist, den Auszubildenden nach Abschluss der Ausbildung im Betrieb weiterzubeschäftigen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Norm gegeben sind. Eine Benachteiligung des Mandatsträgers durch den Arbeitgeber bei der Übernahme von Auszubildenden wegen seiner betriebsverfassungsrechtlicher Mandatstätigkeit ist somit ausgeschlossen, weil der Arbeitgeber bei nicht vorliegender Unzumutbarkeit keine Wahlmöglichkeiten hat. Der Auszubildende

¹⁰⁶⁸ Vgl.: BT-Drucks. 7/1170, S. 1; Oetker in GK-BetrVG, § 78a, Rn. 1; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.2; Kania in ErfK, § 78a BetrVG, Rn. 1; Joost in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 308, Rn. 181; Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 2; Gamillscheg „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“ in FS Wiedemann, S. 269 ff. (272).

kann seine Mandatstätigkeit dann frei von Furcht vor Nachteilen ausüben und ohne sich in seiner Amtstätigkeit beeinflusst zu fühlen.

In den gesetzgeberischen Schutzzweck der Norm würde durch die Befristung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses nicht eingegriffen, weil die Befristung erst dann ausläuft, wenn die Mandatstätigkeit endet.

dd Sicherung der Organtätigkeit

Weiterer Schutzzweck des § 78a BetrVG ist die Sicherung der Kontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe, indem er das Fortbestehen der Beschäftigungsverhältnisse der Mandatsträger nach Ablauf der Ausbildungszeit gewährleistet.¹⁰⁶⁹

Die Befristung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses des Mandatsträgers auf die laufende Amtsperiode des Organs stellt weiterhin sicher, dass dessen Tätigkeit des entsprechenden Organs und dessen Zusammensetzung nicht durch den Arbeitgeber beeinträchtigt werden kann. Während des laufenden befristeten Beschäftigungsverhältnisses ist der Mandatsträger wie auch unbefristet beschäftigte Organmitglieder unverändert durch § 15 KSchG geschützt.

Sollte der Mandatsträger freiwillig während der laufenden Amtsperiode ausscheiden, so ist die Funktionstüchtigkeit des Organs wie bisher durch das Nachrücken von Ersatzmitgliedern gesichert. Über die laufende Amtsperiode hinaus wird die Tätigkeit des Organs nicht gefährdet, weil durch die Neuwahl der Mandatsträger die Funktionstüchtigkeit gewährleistet wird. Dies ist ohne Befristung nicht anders, weil der Amtsträger jederzeit aus dem Organ ausscheiden kann oder sich nicht erneut einer zukünftigen Wahl stellen könnte. Dann ändert sich die Zusammensetzung des Organs ebenfalls.

Der Schutzzweck der Norm wird folglich durch die Einfügung der Befristung nicht beeinträchtigt.

b. Diskussion der Änderung

Die Befristung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses auf die laufende Amtszeit des Mandatsträgers würde weder Sinn noch Schutzzweck des § 78a BetrVG entgegenstehen.

Kontinuität und Funktionalität des Organs wären weiterhin gewährleistet und einer Benachteiligung der in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen im Rahmen der Übernahme nach ihrer Ausbildungszeit würde vorgebeugt, so dass

¹⁰⁶⁹ Vgl.: BAG vom 12.11.1997 in AP BetrVG 78a Nr. 31; Kittner/Bachner in Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn.2; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1463); Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 2.

diese ihre Mandate ohne Furcht vor Nachteilen für ihren beruflichen Werdegang wahrzunehmen können und ihre Unabhängigkeit gesichert ist.

Daneben würde die Befristung eine organisatorische und finanzielle Entlastung der Arbeitgeber mit sich bringen, weil die entstehenden Weiterbeschäftigungsverhältnisse aufgrund der Befristung überschaubarer und kalkulierbarer werden. Dies würde zu einer deutlichen Steigerung der Akzeptanz der Norm auf Seiten der Unternehmen führen, weil der bisherigen gegebenen Einengung der personalpolitischen Auswahl- und Entscheidungsfreiheit deutlich entgegengewirkt würde.

Für den einzelnen Arbeitnehmer wäre die Befristung als eine persönliche Schlechterstellung gegenüber der bisherigen unbefristeten Rechtslage zu werten. Jedoch soll die Rechtsfolge des § 78a BetrVG nicht den individuellen Interessen einzelner Auszubildender dienen, sondern dem Schutz der Betriebsverfassung und der Arbeitnehmerrechte insgesamt, die auch bei einer Befristung zu erreichen wäre.¹⁰⁷⁰ Eine befristete Übernahme der in Ausbildung befindlichen Mandatsträger wäre somit ausreichend, weil sonst auch eine nicht gerechtfertigte Besserstellung des Mandatsträgers i.S.d. § 78 BetrVG im Raum stünde.

Des Weiteren ist zu beachten, dass auch sonstige befristet beschäftigte Arbeitnehmer, insbesondere Betriebsräte, mit dem Ablauf ihres befristeten Vertragsverhältnisses automatisch gemäß § 15 I TzBfG aus dem Betrieb ausscheiden, ohne dass eine über die Befristung hinausgehende Beschäftigung gesetzlich vorgeschrieben wäre. Dies gilt sogar dann, wenn die Amtsperiode noch nicht beendet ist.¹⁰⁷¹

Warum für die in Ausbildung befindlichen Mandatsträger etwas anderes gelten sollte, erschließt sich nicht.

c. Ergebnis

Da die Erreichung des Schutzzwecks des § 78a BetrVG nicht beeinträchtigt würde, sollte der Weiterbeschäftigungsanspruch des Auszubildenden auf die aktuelle Amtsperiode beschränkt werden. Dadurch würde die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers weniger belastet als bei einem unbefristeten geltenden Anspruch auf Weiterbeschäftigung, die Kalkulierbarkeit der Weiterbeschäftigung würde für den Arbeitgeber erhöht und die Kosten der Ausbildung würden sinken. Die individuellen Interessen des Auszubildenden an einer unbefristeten Weiterbeschäftigung können dieser Änderung des § 78a BetrVG nicht

¹⁰⁷⁰ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (671); Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1528).

¹⁰⁷¹ Ständige Rechtsprechung des BAG, vergleiche diesbezüglich nur: BAG vom 17. 2. 1983 in AP KSchG 1969 § 15 Nr. 14.

entgegenstehen, weil sie nicht durch die Norm geschützt werden dürfen und eine individuell begründete Besserstellung bereits gegen § 78 BetrVG verstieße.¹⁰⁷²

5. Einbeziehung eines Leistungsmerkmals im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der „Unzumutbarkeit“ des § 78a IV BetrVG

Wie aufgezeigt, würde eine verfassungskonforme Auslegung des Zumutbarkeitsbegriffes des § 78a BetrVG durch die Arbeitsgerichte dazu führen, dass eine weiter als bisher erfolgte Auslegung des Begriffes zu erfolgen hätte. Somit wäre vor allem ein objektiver Vergleich der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden vor einer Übernahmeentscheidung möglich. Sollten die in der dualen Ausbildung erbrachten Leistungen objektiv über eine Note zuungunsten des Mandatsträgers auseinander fallen, wäre auch dessen Nichtberücksichtigung aufgrund einer Unzumutbarkeit möglich und würde keine Benachteiligung darstellen.¹⁰⁷³

a. Auswirkung der Änderung

aa Keine Übernahmepflicht des Mandatsträgers, bei deutlich schlechteren Leistungen

Die Einbeziehung eines Vergleichs der objektiv während der Ausbildung erbrachten Leistungen bei der Übernahmeentscheidung der Auszubildenden mit der Folge, dass Minderleistungen des Mandatsträgers dessen Übernahmeanspruch unzumutbar machen, würde dessen bisherigen Anspruch auf Weiterbeschäftigung einschränken. Nach der bisherigen Rechtsauslegung des § 78a IV durch die h.L. und die Rechtsprechung konnte der Arbeitgeber eine Unzumutbarkeit nicht mit einem Qualitätsvergleich der Auszubildenden begründen, selbst wenn objektiv ein gravierender Unterschied von mehreren Noten in der Ausbildungsleistung offensichtlich war.¹⁰⁷⁴

Sollte ein solcher Vergleich zulässig sein, würde ein Mandatsträger bei schlechteren erbrachten Leistungen seinen Übernahmeanspruch verlieren, wenn es nicht genügend freie Weiterbeschäftigungsplätze für alle Auszubildenden im Betrieb gibt. Der Arbeitgeber könnte den Auszubildenden, die bessere Leistungen erbracht haben, bei dem An-

¹⁰⁷² Vgl.: Müller, „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetz“ in DB 1974, S. 1526 ff. (1529).

¹⁰⁷³ So auch Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 (672).

¹⁰⁷⁴ Vgl. z.B. das LAG Berlin vom 18.07.1995 in LAGE BetrVG 1972 § 78a Nr. 8; das LAG Hamm vom 21.10.1992 in BB 1993, 294 oder Thüsing in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 41; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, § 78a, Rn. 49; Kittner/Bacher in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 78a, Rn.35; Preis in Wlotzke/Preis, BetrVG, § 78a, Rn 24; Schrader in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 78a BetrVG, Rn. 44; Feudner, „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen“ in NJW 2005, S. 1462 ff.(1465).

gebot einer Übernahme den Vorzug geben, ohne dass der Mandatsträger seine Übernahme auf § 78a BetrVG gestützt gerichtlich durchsetzen könnte.

bb Übernahme der leistungsbesten Auszubildenden

Dies hätte unmittelbar zur Folge, dass bei freien Arbeitsplätzen die Leistungsbesten übernommen werden können.

Sollte es sich dabei um einen Mandatsträger handeln, so wird er übernommen, sollte es ein Auszubildender ohne betriebsverfassungsrechtliches Mandat sein, so steht diesem die Übernahme in ein Weiterbeschäftigungsverhältnis zu.

Die Übernahmeentscheidung wird dadurch sowohl für Arbeitgeber als auch für die Auszubildenden insgesamt transparenter und kalkulierbarer, weil sie allein nach objektiven Qualitätsmerkmalen gefällt werden kann, ohne auf betriebsverfassungsrechtliche Mandate Rücksicht nehmen zu müssen. Sobald feststeht, wie viele freie Arbeitsplätze im Unternehmen zum Übernahmezeitpunkt vorhanden sein werden, können sich die Auszubildenden anhand der erbrachten Leistungen ausrechnen, ob sie eine Chance haben, übernommen zu werden. Sie müssten dabei nicht mehr wie bisher bedenken, ob ein Mandatsträger, der deutlich schlechtere Leistungen erbracht hat, eventuell noch am letzten Tag der Ausbildung seinen Übernahmeanspruch geltend macht.

Anhand dieser einfachen Überlegung könnte jeder Auszubildende vor dem Ende seiner Ausbildung herausfinden, ob er Chancen auf eine betriebliche Übernahme hat oder ob eine anderweitige Bewerbung sinnvoll wäre.

cc Setzung von Leistungsanreizen bei allen Auszubildenden

Indirekt führt eine Stärkung der objektiv erbrachten und messbaren Leistungen bei der Frage, welche Auszubildenden bei Übernahmen zu berücksichtigen sind, dazu, dass für alle Auszubildenden Anreize gesetzt werden, die Ausbildung möglichst gut abzuschließen.

Bei nicht ausreichenden freien Übernahmeplätzen kann nur eine gute, im Vergleich mit den anderen Auszubildenden bessere Ausbildungsnote und die damit einhergehende Qualifikation die Übernahme gewährleisten und den Verbleib im Ausbildungsbetrieb ermöglichen.

Dies führt nicht nur dazu, dass die nicht mandatierten Auszubildenden versuchen werden, möglichst gute Ausbildungsnoten zu erringen, sondern darüber hinaus wird auch die Leistungsbereitschaft der Mandatsträger, gefördert bei denen eine deutliche schlechtere Note eine Übernahme trotz Mandatsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar machen könnte.

b. Diskussion der Änderung

Abgesehen von der Tatsache, dass die Arbeitgeber im Rahmen der Vertragsfreiheit ein berechtigtes Interesse daran haben, möglichst die besten oder zumindest gute Auszubildende im Betrieb zu halten und nur diesen Weiterbeschäftigungsverhältnisse anzubieten bzw. schlechtere oder eventuell sogar die leistungsschwächsten nicht übernehmen zu müssen,¹⁰⁷⁵ ist zu bedenken, dass in bestehenden Arbeitsverhältnissen ein erheblicher negativer Leistungsunterschied oder eine deutliche Reduzierung der Leistungserbringung im Vergleich zu durchschnittlichen Arbeitnehmern einen Grund für eine personenbedingte Kündigung darstellen kann.¹⁰⁷⁶

Für die Auszubildenden wäre die Einbeziehung des Qualitätsvergleichs eine eindeutige Hinwendung zu objektiv überprüfbaren Kriterien bei der Übernahmeentscheidung, die auf alle Auszubildenden Anwendung finden würden, ohne einzelne Auszubildende nur aufgrund einer betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit besser zu stellen. Eine Entscheidung auf Grundlage der erbrachten Leistungen wäre auch für die Mandatsträger vorausseh- und nachvollziehbar, weil sie bereits bei ihrer Wahl wüssten, dass nicht das errungene Mandat eine Übernahme gewährleistet, sondern auch gute Leistungen in der Ausbildung zu erbringen sind. Insgesamt führt dies zu einer Leistungssteigerung aller Auszubildenden und folglich zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Betriebe und der Volkswirtschaft.¹⁰⁷⁷

Wenn sich bei der Beendigung der Ausbildungszeit zeigt, dass ein anderer Auszubildender deutlich besser qualifiziert ist als der Mandatsträger, so muss es dem Arbeitgeber möglich sein, diesen statt des Mandatsträgers zu übernehmen, wenn nicht genügend ausbildungsgerechte freie Arbeitsplätze zur Verfügung stehen. Eine sachgrundlose absichtliche Benachteiligung des Mandatsträgers kann dann nicht vorliegen, weil die Benachteiligungslegitimation gerade in dem deutlichen Qualifikationsunterschied der Auszubildenden liegt, die objektiv feststell- und überprüfbar ist.¹⁰⁷⁸

Ein solcher Leistungsvergleich muss objektiv nachvollziehbar sein. Dies wäre immer dann gewährleistet, wenn der Leistungsunterschied der zu vergleichenden Auszubil-

¹⁰⁷⁵ Für die Parallelvorschrift des § 9 BPersVG das BVerwG vom 01.11.2005 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 40; 17. 5. 2000 AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 36 oder BVerwG vom 09.09.1999 in AP § 9 BPersVG Nr. 14; Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, GK-KR, § 78a BetrVG, Rn. 126; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (672 ff.).

¹⁰⁷⁶ Vgl.: Nicolai in Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, § 78a BetrVG, Rn. 28 mit Verweis auf § 1 KSchG; siehe zur Kündigung aufgrund von Leistungsminderung: BAG 11.12.2003 AP KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 48 und Oetker in ErfK, § 1 KSchG, Rn. 167.

¹⁰⁷⁷ Ähnlich: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335 f.).

¹⁰⁷⁸ Vgl.: Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsrecht, § 78a, Rn. 10; Blaha/Mehlich in „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? - Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““ in NZA 2005, S. 667 ff. (672 ff.) oder Meist/Schmitz, Personalvertretungsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern, C 17 a für die Parallelvorschrift des 9 BPersVG.

denden deutlich ausfällt und sich z.B. in einer Differenz von mindestens einer vollen Note zeigt. Sollte der Arbeitgeber allerdings deutlich machen, dass seine Auswahlentscheidung nicht auf den erbrachten Leistungen beruht, sondern durch die betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit beeinflusst wurde, so wäre ihm verwehrt, sich auf die Unzumutbarkeit zu berufen.

c. Ergebnis

Eine verfassungskonforme Auslegung des Zumutbarkeitsbegriffes des § 78a BetrVG dergestalt, dass ein objektiver nachvollziehbarer Vergleich der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden vor einer Übernahmeentscheidung möglich ist, wenn zwischen diesen eine Notendifferenz von mindestens einer ganzen Note vorliegt, ist zu befürworten. Dies würde zu mehr Transparenz bei der Übernahme führen und Anreize zur Verbesserung der eigenen Qualifikation bei den Auszubildenden setzen, ohne den Mandatsträger ungebührlich zu benachteiligen.

Ob die Gerichte eine solche Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffes allerdings in naher Zukunft umsetzen werden, ist zu bezweifeln. Außerdem bleibt zu befürchten, dass auch weiterhin nicht alle Arbeitsgerichte die Unzumutbarkeit identisch auslegen, was – zumindest anfangs - nicht erwünschte Rechtsunsicherheit bei Auszubildenden und Arbeitgebern auslösen würde.

Dennoch wäre eine weite Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffs aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erstrebenswert und aus betriebspraktischen Gründen sowohl für Arbeitgeber als auch für Auszubildende vorteilhaft, insbesondere weil die Norm dadurch größere betriebliche Anerkennung erfahren würde.

6. Anpassung des Begriffs der Unzumutbarkeit durch gesetzliche Definition

Überlegenswert erscheint es, ob der bisher nicht bestimmte Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit des § 78a BetrVG eine gesetzliche Definition erfahren sollte. Dabei könnten auch die unterschiedlichen rechtlichen Auslegungen der Unzumutbarkeit im BetrVG und im BPersVG vereinheitlicht werden, um für die Rechtsanwender größere Rechtssicherheit zu erlangen. Dies bezieht sich vor allem auf die dargestellte Problematik von deutlichen Leistungsunterschieden zwischen Mandatsträgern und nicht mandatierten Auszubildenden.

Aus diesem Grund sollte in § 78a IV BetrVG ein neuer Satz 2 eingefügt werden, wonach die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber insbesondere dann nicht zugemutet

werden kann, wenn der die Übernahme geltend machende Auszubildende in seiner Ausbildung deutlich schlechtere Leistungen erbracht hat als andere Auszubildende, die der Arbeitgeber übernehmen möchte.

a. Auswirkung der Änderung

aa Förderung der Transparenz, der Chancengleichheit und Setzung von Leistungsanreizen

Wie dargestellt führt die Möglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildender zu mehr Transparenz und setzt bei allen Auszubildenden Anreize, die eigene Qualifikation zu verbessern, um die Übernahmechance zu erhöhen. Gleichzeitig werden die Chancengleichheit auf Übernahme und die Anerkennung der Norm gefördert, weil nicht mehr allein die betriebsverfassungsrechtliche Tätigkeit einen Übernahmeanspruch begründen kann.¹⁰⁷⁹

bb Steigerung der Rechtssicherheit

Gegenüber einer Änderung der gerichtlichen Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffes hat eine gesetzliche Definition den Vorteil zu einer deutlich höheren und längerfristigeren Rechtssicherheit für alle Anwender. Es wird gewährleistet, dass der Begriff der Unzumutbarkeit von allen Gerichten - zumindest letztinstanzlich - identisch ausgelegt wird. Wenn eine klare Definition, wann bei Leistungsunterschieden die Übernahme vom Arbeitgeber nicht verlangt werden kann, fester Bestandteil des Gesetzestextes ist, wäre klargestellt, dass in den Fällen, in denen eine gravierende Differenz bzgl. der Leistung verschiedener Auszubildender vorliegt, eine Unzumutbarkeit auf jeden Fall gegeben ist. Auf weitere zu wertende oder abzuwägende Umstände des Einzelfalls käme es dann nicht mehr an.

Die Arbeitgeber könnten sich darauf verlassen, dass die Übernahme eines nicht mandatierten Auszubildenden bei gleichzeitiger Ablehnung der Übernahme des Mandatsträgers aufgrund einer Notendifferenz von mehr als einer ganzen Note nicht gerichtlich daran scheitert, dass die Abschlussnote des Mandatsträgers nicht in die Überlegung einbezogen werden darf oder die Höhe der Abweichung nicht ausreichend wäre. Auch die mit dem Mandatsträger in Konkurrenz um freie Weiterbeschäftigungsplätze stehenden Auszubildenden, könnten frühzeitig ihre Chancen auf Übernahme beurteilen.

¹⁰⁷⁹ Ähnlich: Opolony, „Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, S. 1329 ff. (1335 f.).

b. Diskussion der Änderung

Wenn bereits eine weite Auslegung des Unzumutbarkeitsbegriffs durch die Arbeitsgerichte befürwortet wird, selbst wenn dies durch unterschiedliche Auslegung anfangs zu Rechtsunsicherheit führen könnte, so muss die Aufnahme einer Definition in den Gesetzestext, wann eine Unzumutbarkeit vorliegt, auf noch größere Zustimmung stoßen. Für die betrieblichen Rechtsanwender wäre eine solche Definition eine große Hilfe und würde die betriebsinternen Diskussionen, ob und wann der Mandatsträger zu übernehmen ist, selbst wenn andere Auszubildende bessere Noten aufweisen, zumindest bei besonders gravierenden Notendifferenzen beenden.

c. Ergebnis

Die Aufnahme einer gesetzlichen Definition in § 78a IV, nach der die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber insbesondere dann nicht zugemutet werden kann, wenn der die Übernahme geltend machende Auszubildende in seiner Ausbildung deutlich schlechtere Leistungen erbracht hat als andere Auszubildende, die der Arbeitgeber übernehmen möchte, wäre somit insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit sowie der Steigerung von Chancengleichheit und Transparenz zu begrüßen.

7. Ergebnis – Anpassung des § 78a BetrVG

Für die betriebliche Praxis wären die dargestellten Änderungen bzw. Ergänzungen des § 78a BetrVG von Vorteil, weil sie sowohl den Auszubildenden als auch den Arbeitgebern Vorteile und Rechtssicherheit bringen und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betriebe steigern, zugleich jedoch dem Schutzzweck der Norm nicht entgegenstehen.

In § 78a I BetrVG sollte die Aufnahme einer Pflicht zur Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe durch den Arbeitgeber integriert werden. Dies wäre positiv zu werten, weil dadurch bei nur geringem formalen Aufwand die Auszubildenden die Unzumutbarkeit vor einer Klageerhebung überprüfen könnten, das Prozessrisiko minimiert würde und Arbeitgeber und Auszubildende im Ergebnis schneller Rechtssicherheit bzgl. eines Anschlussbeschäftigungsverhältnisses erlangen würden.

In § 78a II BetrVG sollten folgende Umgestaltungen vorgenommen werden: Als zwingende Voraussetzung der Rechtsfolge der Übernahme in ein Anschlussarbeitsverhältnis ist zu normieren, dass der Auszubildende die Berufsausbildung erfolgreich abgeschlossen hat, um so Anreize zu schaffen, die Ausbildung erfolgreich zu beenden, und um kostspielige und zeitintensive Arbeitsgerichtsprozesse über die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auf nicht ausbildungsgerechten aber freien Arbeitsplätzen im Be-

trieb zu vermeiden. Ebenfalls ist eine Frist aufzunehmen, vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss, so dass er sich nicht erst am letzten Tag der Ausbildung erklären darf. Diese Frist verringert den bisherigen Nachteil der Norm, dass der Arbeitgeber - bei nachträglicher Feststellung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung – dem Auszubildenden gegenüber bis zu dieser Feststellung entgeltspflichtig ist, ohne den Mandatsträger erheblich zu beeinträchtigen. Außerdem wäre eine gerichtliche Entscheidung noch während der laufenden Ausbildung denkbar.

Ferner ist der Weiterbeschäftigungsanspruch des Auszubildenden auf die aktuelle Amtsperiode zu beschränken; § 78 a III BetrVG wäre somit zu streichen. Dies beeinträchtigt weder den Schutzzweck des § 78a BetrVG noch schmälert es berechnigte Interessen des Mandatsträgers, weil die individuellen Interessen des Auszubildenden an einer unbefristeten Weiterbeschäftigung nicht durch § 78a BetrVG geschützt werden. Auf der anderen Seite wird die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers weniger belastet sowie gleichzeitig die Kalkulierbarkeit der Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber erhöht und deren Kosten gesenkt.

Da eine verfassungskonforme Auslegung des Zumutbarkeitsbegriffes des § 78a BetrVG durch die Gerichte dergestalt, dass ein objektiv nachvollziehbarer Vergleich der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden vor einer Übernahmeentscheidung zulässig ist, wenn zwischen diesen eine Notendifferenz von mindestens einer ganzen Note vorliegt, nicht zu erwarten steht, sollte eine entsprechende Regelung einer gesetzlichen Definition in § 78a IV aufgenommen werden. Dies würde mehr Transparenz und Chancengleichheit bei der Übernahme schaffen und Anreize zur Verbesserung der eigenen Qualifikation bei den Auszubildenden setzen, ohne den Mandatsträger ungebührlich zu benachteiligen.

Nach alledem sollte der § 78a BetrVG wie folgt geändert und ergänzt werden:

§ 78a Schutz Auszubildender in besonderen Fällen

(1) Beabsichtigt der Arbeitgeber, einen Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrats, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrats ist, nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, so hat er dies drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses dem Auszubildenden **unter Mitteilung der Gründe der Unzumutbarkeit** schriftlich mitzuteilen.

(2) ¹Verlangt ein in Absatz 1 genannter Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate, **aber spätestens einen Monat** vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung, so gilt zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis **für die Zeit der betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit, längstens für die Zeit der laufenden Amtsperiode, als begründet, wenn er seine Berufsausbildung erfolgreich abschließt.**

²Auf dieses Arbeitsverhältnis ist insbesondere § 37 Abs. 4 und 5 entsprechend anzuwenden.

(3) ¹Der Arbeitgeber kann spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Arbeitsgericht beantragen,

- 1. festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis nach Absatz 2 oder 3 nicht begründet wird, oder
- 2. das bereits nach Absatz 2 oder 3 begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen,

wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. ² **Die Weiterbeschäftigung kann dem Arbeitgeber insbesondere dann nicht zugemutet werden, wenn der die Übernahme geltend machende Auszubildende in seiner Ausbildung deutlich schlechtere Leistungen erbracht hat, als andere Auszubildende, die der Arbeitgeber übernehmen möchte.** ³In dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht sind der Betriebsrat, die Bordvertretung, der Seebetriebsrat, bei Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung auch diese Beteiligte.

(4) Die Absätze 2 bis 4 finden unabhängig davon Anwendung, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht nach Absatz 1 nachgekommen ist.

D. Zusammenfassung

Da sich in der betrieblichen Praxis das komplexe Verfahren der Weiterbeschäftigung und der gerichtlichen Geltendmachung einer vorhandenen Unzumutbarkeit negativ auswirkt und dies sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Auszubildenden Nachteile nach sich zieht, sollten die Notwendigkeit des § 78a BetrVG und dessen konkrete Ausgestaltung überdacht werden.

Es ist festzustellen, dass die hierzu konträr entgegenstehende Maßnahme einer allgemeinen gesetzlichen Pflicht zur Übernahme aller Auszubildenden nach deren Ausbildung insgesamt als kontraproduktiv zu werten ist. Da kein ständiger betrieblicher Beschäftigungsbedarf für alle Auszubildenden besteht, würde dies eine Reduzierung der Ausbildungstätigkeit der Unternehmen nach sich ziehen, um der Übernahmepflicht nicht zu unterliegen. Dies würde die Ausbildungssuche erschweren und langfristig die Gesamtwirtschaft schwächen.

Zwar würden bei einer Streichung des § 78a BetrVG mehr positive als negative Effekte eintreten, jedoch würde ein solcher Schritt bei Betriebsräten und Gewerkschaften auf starken Widerstand stoßen, weil diese auf Wahrung der errungenen Mitbestimmungs- und Kündigungsschutzregeln bedacht sind. Dies gilt selbst dann, wenn mit vermehrter betrieblicher Ausbildungstätigkeit zu rechnen ist und nicht befürchtet werden muss, dass Arbeitgeber Auszubildende lediglich aufgrund ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit nicht übernehmen und die Mandatsträger zudem weiterhin durch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Normen geschützt sind.

Folglich bleibt nur die Möglichkeit, Änderungen oder Ergänzungen an der grds. weiter geltenden Norm vorzunehmen. Für die betriebliche Akzeptanz und Anwendbarkeit des § 78a BetrVG wären verschiedene Änderungen bzw. Ergänzungen von Vorteil, die nicht nur den Auszubildenden und den Arbeitgebern nützen und die ökonomische Wirtschaftlichkeit der Betriebe steigern, sondern auch der Umsetzung des Schutzzwecks der Norm nicht entgegenstehen. Die Aufnahme einer Pflicht zur Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe durch den Arbeitgeber sollte in § 78a I BetrVG integriert werden, so dass bei geringem formalen Aufwand die Auszubildenden die Unzumutbarkeit vor einer Klageerhebung überprüfen könnten; dies verringert das Prozessrisiko und führt zu schneller Rechtssicherheit.

Auch in § 78a II BetrVG sollten Änderungen und Ergänzungen vorgenommen werden. Zum einen müsste als Voraussetzung der Übernahme der erfolgreiche Abschluss der Berufsausbildung normiert werden; dies trägt dazu bei, kostspielige und zeitintensive Arbeitsgerichtsprozesse über die Voraussetzungen einer möglichen Unzumutbarkeit zu

vermeiden und setzt Anreize, die Ausbildung erfolgreich zu beenden. Zum anderen sollte eine Frist aufgenommen werden, vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss, um bei nachträglicher Feststellung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung den Zeitraum der Entgeltfortzahlung zu verkürzen und eine gerichtliche Entscheidung während der laufenden Ausbildung zu ermöglichen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch sollte auf die aktuelle Amtsperiode beschränkt werden. Dies würde weder den Schutzzwecks des § 78a BetrVG noch berechnigte Interessen des Mandatsträgers beeinträchtigen, weil rein individuelle Interessen des Auszubildenden nicht durch § 78a BetrVG geschützt werden. Auf der anderen Seite werden die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers weniger belastet, die Kalkulierbarkeit der Weiterbeschäftigung verbessert und die Kosten der Ausbildung gesenkt.

In § 78a IV BetrVG sollte eine gesetzliche Definition des Unzumutbarkeitsbegriffes aufgenommen werden, nach der ein objektiv nachvollziehbarer Vergleich der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden vor einer Übernahmeentscheidung zulässig ist, wenn zwischen diesen eine Notendifferenz von mindestens einer ganzen Note vorliegt. Durch diese Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffs würden mehr Transparenz und Chancengleichheit bei der vorzunehmenden Übernahme geschaffen und Anreize zur Verbesserung der eigenen Qualifikation bei den Auszubildenden gesetzt, ohne den Mandatsträger ungebührlich zu benachteiligen.

In der Konsequenz sollte § 78a BetrVG in der auf den Seiten 257/258 formulierten Form geändert werden.

Ob sich für die vorgeschlagene Änderungen, die eine Novellierung des BetrVG durch den Deutschen Bundestag erfordern würde, politische Mehrheiten mobilisieren lassen, darf bezweifelt werden, obwohl dies unter einer bürgerlichen Regierung einfacher wäre als unter einer Mitte-Links- oder einer linken Regierung. Fest steht, dass die Gewerkschaften eine Änderung des § 78a BetrVG, der auch nur zu der geringsten Einschränkung der bisherigen Rechtslage führt, sofort mit dem Argument des Angriffs auf die betriebliche Mitbestimmung bekämpfen würden. Dies gälte selbst dann, wenn die Änderung für den allgemeinen Ausbildungsmarkt nicht kontraproduktiv, sondern förderlich wäre, weil eine Neugestaltung des 78a BetrVG langfristig zu mehr Ausbildungsplätzen in den Betrieben führen könnte.

Eine Änderung scheint, selbst unter der derzeitigen politischen Konstellation der Regierungsparteien aus Union und FDP wenig realistisch, weil die Union in der jüngeren Ver-

gangenheit deutlich ausgedrückt hat, dass keine gravierenden Änderungen im Arbeitsrecht und vor allem keine Einschnitte im Kündigungsschutzrecht zu erwarten sind.¹⁰⁸⁰

III. Ergebnis Teil C

Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a BetrVG wird arbeitgeberseitig vielfach als Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit angesehen, so dass Arbeitgeber z.T. versuchen, dessen Voraussetzungen im Betrieb nicht eintreten zu lassen. In der weitest gehenden Konsequenz verzichten Arbeitgeber gänzlich darauf, Auszubildende zu beschäftigen, einzustellen oder im zeitlichen Umfeld eines zu befürchtenden Weiterbeschäftigungsanspruchs freie Arbeitsplätze im Betrieb zu haben, um auf diese Weise die Zumutbarkeit der Übernahme eines Mandatsträgers zu vermeiden.

Neben dem gerichtlichen Verfahren des § 78a IV BetrVG sind als weitere Mittel, der Rechtsfolge des § 78a BetrVG zu entgehen, zu nennen: personalpolitische Entscheidungen, freie oder frei werdende Arbeitsplätze nur mit Arbeitnehmern in befristeten oder Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen zu besetzen, mit dem Mandatsträger für die Zeit nach Ausbildungsende befristete oder Teilzeitverträge abzuschließen, das Beschäftigungsverhältnis mit dem Mandatsträger durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung zu beenden oder sogar eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, wenn die Voraussetzungen der §§ 15 KSchG, 22 BBiG gegeben sind. Im letzteren Fall läge es im Interesse des Auszubildenden mit seinem Arbeitgeber zu vereinbaren, dass er auf einen Weiterbeschäftigungsanspruch verzichtet, wenn er dadurch seine Ausbildung abschließen könnte.

Aufgrund dieser rechtlich und personalwirtschaftlich zulässigen und notwendigen Möglichkeiten sowie der Tatsache, dass sich in der betrieblichen Praxis das komplexe Verfahren der Weiterbeschäftigung und der gerichtlichen Geltendmachung einer Unzumutbarkeit insgesamt negativ auswirkt, sind die Notwendigkeit des § 78a BetrVG und dessen konkrete Ausgestaltung zu überdenken.

Eine allgemeine gesetzliche Pflicht zur Übernahme aller Auszubildenden wäre als kontraproduktiv zu werten, weil dies eine weitere Reduzierung der Ausbildungstätigkeit der Unternehmen nach sich ziehen, damit die Ausbildungssuche erschweren und langfristig zu einer Schwächung der Gesamtwirtschaft führen würde.

Die komplette Streichung der Norm wäre zwar zu begrüßen aber nur schwer gegen den Widerstand der Betriebsräte, der Gewerkschaften und des politisch linken Spektrums

¹⁰⁸⁰ Siehe BT- Plenarprotokoll 17/3, S. 34. Die Bundeskanzlerin führt bezüglich des Arbeitsrechts unter anderem aus: „Wir werden die Mitbestimmung und die Betriebsverfassung nicht ändern. Wir werden auch die Schutzwirkung des Kündigungsschutzes nicht mindern. Das schafft Vertrauen und hat auch etwas damit zu tun, das Verhältnis der Bürger zu ihrem Staat zu verbessern.“

durchzusetzen, obwohl dies durch vermehrte betriebliche Ausbildungstätigkeit für den Arbeitsmarkt, die Auszubildende und die Arbeitgeber im Ergebnis mehr positive als negative Effekte hervorrufen würde und die Mandatsträger weiterhin durch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Normen geschützt sind.

Da somit weder eine allgemeine Übernahmepflicht noch eine Streichung des § 78a BetrVG einen gangbaren Weg öffnen, sollte von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, Änderungen an der grds. weiter geltenden Norm vorzunehmen, um die betriebliche Akzeptanz und die Anwendbarkeit des § 78a BetrVG zu erhöhen bzw. zu erleichtern.

Aus diesem Grund sollte in § 78a I BetrVG eine Pflicht zur Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe durch den Arbeitgeber aufgenommen werden. Außerdem sollten in § 78a II BetrVG der erfolgreiche Abschluss der Berufsausbildung, eine Frist, vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss und eine Beschränkung des Weiterbeschäftigungsanspruchs auf die aktuelle Amtsperiode aufgenommen werden. In § 78a IV sollte ergänzend eine gesetzliche Definition des Unzumutbarkeitsbegriffes eingefügt werden, die einen objektiv nachvollziehbaren Vergleich der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden vor einer Übernahmeentscheidung erlaubt, wenn zwischen ihnen eine Notendifferenz von mindestens einer ganzen Note vorliegt.

Inwieweit diese Änderungsvorschläge umsetzbar sind hängt von den politischen Gegebenheiten ab.

Auf der sozialen Ebene würde der Versuch einer Reform seitens der Betriebsräte und der Gewerkschaften mit dem Argument eines Angriffs auf die betriebliche Mitbestimmung auf schärfste bekämpft werden, selbst wenn die Änderung insgesamt für den allgemeinen Ausbildungsmarkt nicht kontraproduktiv, sondern förderlich sein könnte und nicht nur den Auszubildenden und den Arbeitgebern nützen, sondern darüber hinaus der Gesamtwirtschaft neue Impulse geben würde.

Teil D: Zusammenfassung der Ausarbeitung

- Nach der Normsetzung des § 78a BetrVG stand dieser immer wieder in der Kritik und es wurden Änderungsmöglichkeiten diskutiert, die von der Streichung über kleine Änderungen bis hin zur Ausweitung der Norm reichten.
- Diese Diskussion ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 78a BetrVG mit seiner Weiterbeschäftigungsverpflichtung einen tief greifenden Eingriff in die Grundrechte der Arbeitgeber darstellt, weil er ein neues Beschäftigungsverhältnis des Auszubildenden nach Abschluss des ursprünglichen Ausbildungsverhältnisses ohne den Willen des Arbeitgebers erst begründet und nicht nur dessen Inhalt ausgestaltet. Da dies einen Eingriff in die durch Art. 12 I 1 GG geschützte Privatautonomie des Arbeitgebers darstellt, muss die Norm verfassungsgemäß interpretiert werden, so dass der Begriff der „Unzumutbarkeit“ weit ausgelegt werden und sich auch auf die Leistungsfähigkeit der Auszubildenden erstrecken muss und ein Qualitätsvergleich mandatierter und nicht mandatierter Auszubildender erfolgen darf. Dies ergibt sich auch aus Art. 3 GG.
- § 78a BetrVG schützt die in Ausbildung befindlichen Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen vor der Benachteiligung durch den Arbeitgeber bei Übernahmen nach ihrer Ausbildungszeit, er soll die Bereitschaft zum betriebsverfassungsrechtlichen Engagement fördern, der Kontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Organe dienen und den Auszubildenden ermöglichen, die Mandate ohne Furcht vor Nachteilen für ihren beruflichen Werdegang wahrzunehmen und die Unabhängigkeit der Amtsführung sicherstellen.
- Eine Rangfolge dieser Schutzzwecke lässt sich weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus der Gesetzesbegründung erkennen, so dass diese als gleichwertig anzusehen sind.
- Dem Schutz des § 78a BetrVG unterfallen Auszubildende, wobei der Begriff des Auszubildenden sich an der Begriffsbestimmung des BBiG zu orientieren hat, so dass Auszubildender i.S.d. § 78a BetrVG zumindest derjenige ist, der nach

Maßgabe der §§ 3 ff. BBiG in einem Berufsausbildungsverhältnis steht, in dem die für den Ausbildungsberuf notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse in einem geordneten dualen Ausbildungsgang vermittelt werden. Beschäftigte, die in einem anderen Vertragsverhältnis i.S.d. 26 BBiG angestellt sind, können nur dann den Schutz des § 78a BetrVG in Anspruch nehmen, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen, so dass sich der Schutz grundsätzlich nicht auf Volontärsverhältnisse, Fortbildungen, Umschulungen, Praktika und Traineeprogramme erstreckt.

- § 78a BetrVG setzt ein tatsächliches Mandatsverhältnis des Auszubildenden in einem der genannten betriebsverfassungsrechtlichen oder einer anderen Vertretung gemäß § 3 I Nr. 1, 2 und 3 BetrVG voraus, nicht jedoch in einem Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, einer Gesamtjugendvertretung oder einer Vertretung nach § 3 II Nr. 4 und 5 BetrVG. Gewählte Ersatzmitglieder schützt § 78a BetrVG nur dann, wenn sie entweder endgültig in das entsprechende Organ nachrücken oder ein verhindertes Mitglied für einen nicht unbedeutenden Zeitraum durch die aktive Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben vertreten haben. Mitglieder des Wahlvorstandes, die unterlegenen Wahlbewerber oder Initianten einer betriebsverfassungsrechtlichen Organwahl unterliegen nicht dem Schutz der Norm.
- Der Anspruch aus § 78a II BetrVG ist für den Auszubildenden unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht aus § 78a I BetrVG nachgekommen ist, so dass er innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich i.S.d. § 126 BGB die Weiterbeschäftigung verlangen muss. Ein Geltendmachen ist dann ausgeschlossen, wenn das Ausbildungsverhältnis gekündigt, ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen oder auf das Recht aus § 78a BetrVG verzichtet worden ist.
- Durch § 78a BetrVG wird per Gesetzes ein unbefristetes und ausbildungsgerechtes Vollzeitarbeitsverhältnis, dessen Arbeitsentgelt dem üblichen Entgelt des ersten Berufsjahres entsprechen muss, begründet. Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a II BetrVG begründet jedoch keinen direkten Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Betrieb.

- Dem Betriebsrat steht im Rahmen des § 78a BetrVG – außer bei der konkreten Eingruppierung des zu übernehmenden Auszubildenden – kein Mitwirkungsrecht zu.
- Eine Weiterbeschäftigung kann dem Arbeitgeber aus persönlichen, verhaltensbedingten oder betrieblichen Gründen unzumutbar sein, wobei geringere Anforderungen an die Zumutbarkeit als bei § 626 BGB ausreichen.
- Eine personen- oder verhaltensbedingte Unzumutbarkeit kann nur gegeben sein, wenn eine Pflichtverletzung zumindest auch gegen die Pflichten aus dem Ausbildungsverhältnis verstößt.
- Neben eindeutigen verhaltensbedingten Unzumutbarkeitsgründen sind auch der Nichtabschluss der Ausbildung und ungenügende Qualifikationen oder Fähigkeiten Gründe, um eine Unzumutbarkeit anzunehmen, wenn ein Leistungs- oder Qualitätsvergleich zwischen Mandatsträgern und normalen Auszubildenden ergibt, dass ein Unterschied von mindestens einer vollen Note besteht.
- Eine betriebsbedingte Unzumutbarkeit ist gegeben, wenn im Betrieb zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung kein freier, vollwertiger ausbildungsgerechter Arbeitsplatz für den Mandatsträger zur Verfügung steht oder seiner Übernahme gesetzliche oder tarifliche Verbote entgegenstehen. Innerhalb von drei Monaten vor oder nach dem Ende der Ausbildung frei werdende Arbeitsplätze auf einer ausbildungsgerechten Stufe sind dem Auszubildenden anzubieten, wenn nicht die Besetzung zum vorgesehenen Zeitpunkt aufgrund der wirtschaftlichen und betrieblichen Umstände erforderlich ist.
- Freie Arbeitsplätze auf einer niedrigeren Stufe sind dem Auszubildenden nur mit entsprechend reduziertem Entgelt anzubieten.
- Sollten mehr Mandatsträger ein Übernahmeverlangen gemäß § 78a II BetrVG geltend machen, als freie Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung stehen, stellt die Nichtübernahme von Mandatsträgern keine betriebsbedingte Kündigung,

sondern eine Einstellung der übernommenen Auszubildenden dar, so dass der Arbeitgeber seine personalpolitischen Einstellungsentscheidung unabhängig einer Sozialauswahl frei treffen kann, sofern er dabei nicht willkürlich handelt oder gegen gesetzliche Verbote verstößt.

- Arbeitgeber stellen im Zusammenhang mit § 78a BetrVG meist einen Feststellungs- oder Auflösungsantrag i.S.d. § 78a IV BetrVG, um die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Auszubildenden durch ein Gestaltungsurteil feststellen zu lassen. Es steht ihnen außerdem offen, den Inhalt des konkreten Weiterbeschäftigungsverhältnisses, die Voraussetzungen oder den Eintritt der Rechtsfolge des § 78a BetrVG gerichtlich überprüfen zu lassen oder diesbezügliche Vorfragen im einstweiligen Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten vorzubringen.
- Auszubildende können auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses oder dessen Inhalts klagen oder in einer Leistungsklage Lohnansprüche aus diesem Beschäftigungsverhältnis geltend machen bzw. eine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb verlangen. Letzteres ist auch im einstweiligen Verfügungsverfahren möglich. Die Beweislastverteilung zwischen den Parteien richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Urteils- bzw. Beschlussverfahren.
- Im Beschlussverfahren des § 78a BetrVG werden keine Gerichtskosten erhoben, so dass die Festsetzung des Gegenstandswertes zur Berechnung der anwaltlichen Vergütung über die §§ 33 I, 23 RVG erfolgt und vom Gericht nach billigem Ermessen i.S.d. § 23 III 2 RVG bestimmt wird.
- Dem Arbeitgeber entsteht aus § 78a BetrVG keine Kostentragungspflicht gegenüber dem Auszubildenden, weil es sich bei den Kosten für die Rechtsvertretung des Mandatsträgers nicht um Kosten der Tätigkeit oder im Namen des jeweiligen Betriebsverfassungsgremiums handelt.

-

- Der § 78a BetrVG bzw. dessen Rechtsfolgen entfalten wie jede Gesetzesnorm Auswirkungen, die zum einen sowohl positiv als auch negativ sein und zum anderen mittelbar oder unmittelbar – bei Arbeitgebern, Auszubildenden sowie Arbeitnehmer – auftreten können und zudem als arbeitsrechtliche Norm den Arbeitsmarkt tangieren können.
- Da das Arbeitsrecht insgesamt richterrechtlich weitergebildet wird, entstehen bei den Anwendern Rechtsunsicherheiten, die weitere Effekte nach sich ziehen können. Zwar wurden die Folgen der Einführung des § 78a BetrVG vom Gesetzgeber theoretisch durchdacht, jedoch sind diese in der Praxis vielfältiger und weitreichender als erwartet.
- Die Auswirkungen, die der § 78a BetrVG am Arbeitsmarkt entfaltet, steht in einer Gesamtschau sowohl den Belangen der Arbeitgeber, Auszubildenden und Arbeitnehmer als auch dem Interesse der Gesellschaft an verstärkter Ausbildungs- und Einstellungstätigkeit entgegen.
- Arbeitgeberseitig führt die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des § 78a BetrVG mittel- oder unmittelbar zu höheren Ausbildungskosten, dem Risiko, dass sich die Einstellung der Unternehmen zur betrieblichen Mitbestimmung verändert, und der Unmöglichkeit der Bestenauslese mit der Folge, dass Arbeitgeber dazu neigen, keine oder weniger Auszubildende einzustellen bzw. keine Auszubildenden nach deren Abschluss zu übernehmen. Dies kann längerfristig zu einem Mangel an eigenem Fachkräftenachwuchs und anschließend zu erhöhten Personalbeschaffungs- und Einarbeitungskosten führen.
- Auf Seite der Arbeitnehmer und Auszubildenden führt § 78a mittelbar zu weniger Beschäftigungs- und Ausbildungsmöglichkeiten. Außerdem können wegen des Weiterbeschäftigungsanspruchs der Mandatsträger nicht die leistungsstärksten Auszubildenden davon ausgehen, dass sie im Betrieb übernommen werden.
- Die Arbeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe und die Interessenwahrung der Belegschaft können darunter leiden, dass sich Auszubildende aus fal-

schen oder rein egoistischen Motiven in betriebsverfassungsrechtliche Organe wählen lassen.

-

- Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 78a BetrVG wird arbeitgeberseitig vielfach als Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit angesehen, so dass diese z.T. versuchen, dessen Voraussetzungen im Betrieb nicht eintreten zu lassen.
- Arbeitgeber verzichten deshalb teilweise gänzlich darauf, Auszubildende zu beschäftigen, einzustellen oder im zeitlichen Umfeld eines zu befürchtenden Weiterbeschäftigungsanspruchs freie Arbeitsplätze im Betrieb zu haben.
- Aus personalpolitischer Sicht können Entscheidungen, freie oder frei werdende Arbeitsplätze nur mit Arbeitnehmern in befristeten oder Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen zu besetzen, mit dem Mandatsträger für die Zeit nach Ausbildungsende befristete oder Teilzeitverträge abzuschließen, das Beschäftigungsverhältnis mit dem Mandatsträger durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ausbildung zu beenden oder sogar eine außerordentliche Kündigung auszusprechen dem § 78a BetrVG entgegenwirken.
- Die Erfordernisse des § 78a BetrVG und dessen konkrete Ausgestaltung sind zu überdenken, weil sich in der betrieblichen Praxis das komplexe Verfahren der Weiterbeschäftigung und der gerichtlichen Geltendmachung einer Unzumutbarkeit insgesamt negativ auswirkt.
- Eine allgemeine gesetzliche Pflicht zur Übernahme aller Auszubildenden wäre als kontraproduktiv zu werten, weil dies eine weitere Reduzierung der Ausbildungstätigkeit der Unternehmen nach sich ziehen, damit die Ausbildungssuche erschweren und langfristig zu einer Schwächung der Gesamtwirtschaft führen würde.

- Die komplette Streichung der Norm wäre zu begrüßen, aber nur schwer gegen den Widerstand der Betriebsräte, der Gewerkschaften und des politisch linken Spektrums durchzusetzen, obwohl dies durch vermehrte betriebliche Ausbildungstätigkeit für den Arbeitsmarkt, die Auszubildende und die Arbeitgeber im Ergebnis mehr positive als negative Effekte hervorrufen würde.
- Im Ergebnis sollte von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, Änderungen an der grds. weiter geltenden Norm vorzunehmen, um die betriebliche Akzeptanz und die Anwendbarkeit des § 78a BetrVG zu erhöhen bzw. zu erleichtern.
- Diese Änderung sollte eine Pflicht zur Mitteilung der Unzumutbarkeitsgründe durch den Arbeitgeber, die Voraussetzung des erfolgreiche Abschluss der Berufsausbildung, eine Frist, vor der der Auszubildende sein Weiterbeschäftigungsverlangen erklären muss und eine Beschränkung des Weiterbeschäftigungsanspruchs auf die aktuelle Amtsperiode beinhalten. Außerdem sollte eine gesetzliche Definition des Unzumutbarkeitsbegriffes eingefügt werden, die einen objektiv nachvollziehbaren Vergleich der Leistungsfähigkeit und der Qualität von mandatierten und nicht mandatierten Auszubildenden vor einer Übernahmeentscheidung erlaubt.

¹ § 78a BetrVG

(1) Beabsichtigt der Arbeitgeber, einen Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrats, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrats ist, nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, so hat er dies drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses dem Auszubildenden schriftlich mitzuteilen.

(2) Verlangt ein in Absatz 1 genannter Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung, so gilt zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet. Auf dieses Arbeitsverhältnis ist insbesondere § 37 Abs. 4 und 5 entsprechend anzuwenden.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch, wenn das Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Betriebsrats, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrats endet.

(4) Der Arbeitgeber kann spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Arbeitsgericht beantragen,

1. festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis nach Absatz 2 oder 3 nicht begründet wird, oder
2. das bereits nach Absatz 2 oder 3 begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. In dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht sind der Betriebsrat, die Bordvertretung, der Seebetriebsrat, bei Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung auch diese Beteiligte.

(5) Die Absätze 2 bis 4 finden unabhängig davon Anwendung, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht nach Absatz 1 nachgekommen ist.

§ 9 BPersVG

(1) Beabsichtigt der Arbeitgeber, einen in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz, dem Krankenpflegegesetz oder dem Hebammengesetz stehenden Beschäftigten (Auszubildenden), der Mitglied einer Personalvertretung oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung ist, nach erfolgreicher Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen, so hat er dies drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses dem Auszubildenden schriftlich mitzuteilen.

(2) Verlangt ein in Absatz 1 genannter Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung, so gilt zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluß an das erfolgreiche Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch, wenn das Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit der Personalvertretung oder der Jugend- und Auszubildendenvertretung erfolgreich endet.

(4) Der Arbeitgeber kann spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Verwaltungsgericht beantragen,

1. festzustellen, daß ein Arbeitsverhältnis nach den Absätzen 2 oder 3 nicht begründet wird, oder
2. das bereits nach den Absätzen 2 oder 3 begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. In dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist die Personalvertretung, bei einem Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung auch diese beteiligt.

(5) Die Absätze 2 bis 4 sind unabhängig davon anzuwenden, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht nach Absatz 1 nachgekommen ist.

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus*
Mohr, Jochen „Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz“
in NZA 2007, Seite 179 –184
- Adomeit, Klaus* „Die Agenda 20 –10 – sozialphilosophisch“
in NJW 2003, Seite 2356 – 2358
- Albach, Horst* Die Beschäftigungsentscheidung der Unternehmungen
Arbeitslosigkeit aus betriebswirtschaftlicher Sicht
Berlin 1996
- Altvater, Lothar*
Hamer, Wolfgang
Kröll, Michael
Lemcke, Martin
Peiseler, Manfred Bundespersonalvertretungsgesetz
6. Auflage, Frankfurt 2008
- Armbrüster, Christian* „Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?“
in NJW 2007, Seite 1494 – 1498
- Ascheid, Reiner*
Preis, Ulrich
Schmidt, Ingrid Großkommentar Kündigungsrecht
3. Auflage, München 2007
- Axer, Peter* „Eigentumsschutz für Wirtschaftliche Betätigung. Zum Grundrechtsschutz von Unternehmen gegen staatliche Wirtschaftregulierung“
in Festschrift für Isensee, Seite 121 – 148
Berlin, 2002
- Badura, Peter* Staatsrecht
2. Auflage , 1996 München
- Bardeleben, Richard*
von
Beicht, Ursula,
Kalman, Feher Was kostet die betriebliche Ausbildung
Bielefeld, 1997
- Bardeleben, Richard*
von
Beicht, Ursula,
Stockmann, Rita Was kostet die betriebliche Ausbildung
Berlin, Bonn 1991

- Barwasser, Franz H* „Der Befreiungsantrag des Arbeitgebers nach § 78a Abs 4 BetrVG“
in DB 1976, Seite 2114–2116
- Bauer Jobst-Hubertus
Diller, Martin* „Beschäftigungssicherung in der Metallindustrie“
in NZA 1994, Seite 353–355
- Bauer, Jobst-Hubertus
Göpfert, Burkhard
Krieger, Steffen* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
2. Auflage, München 2008
- Baumann-Czichon,
Bernhard
Germer, Lothar* Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in
Deutschland
Bremen 1997
- Becker-Schaffner,
Reinhard* „Die Rechtsprechung zu § 78 a BetrVG“
in DB 1987, Seite 2647 – 2653
- Becker, Knut
Wamsler, Thomas
Helm, Rüdiger
Stevens-Bartol, Eckart
Seebacher, Krikor R.* Betriebsverfassungsgesetz
11. Auflage, Münster
- Beicht, Ursula
Walden, Günter* „Kosten-Nutzen-Relationen in der betrieblichen Berufsausbil-
dung“
in Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland: Empirische
Untersuchungen und Schlussfolgerungen, Seite 34 – 48
Bielefeld 2004
- Benecke, Martina* Das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis nach § 24 BBiG
in NZA 2009, Seite 820 –825
- Benecke, Martina
Hergenröder, Carmen
Silvia* Berufsbildungsgesetz
München 2009
- Bengelsdorf, Peter* „Die gesetzes- und verfassungswidrige Umdeutung des § 78 a
BetrVG“
in NZA 1991, Seite 537– 544
- Bensch, Karen* Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz
im Arbeitsverhältnis
Berlin 2005, zugleich Dissertation an der Friedrich-Schiller-
Universität Jena 2003
- Benöhr, Hans-Peter* „Ausbildungsverhältnis und Jugendvertretung“
in NJW 1973, Seite 1778 – 1782

- Blaha, Ralf*
Mehlich, Tobias „Unbefristeter Arbeitsvertrag durch Wahl? – Vertragsfreiheit contra „Azubi-Schutz““
in NZA 2005, Seite 667–672
- Blanke, Hermann* „Nochmals: Sind Radaktionsvolontäre Tendenzträger?“
in AiB 1983, Seite 30– 32
- Bleistein, Franzjosef*
Thiel, Adolf Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung,
5. Auflage, Köln, 2006
- Boecken, Winfried*
Joussen, Jakob Teilzeit- und Befristungsgesetz,
1. Auflage, Baden Baden 2007
- Boemke, Burkhard*
Föhr, Silvia Arbeitsformen der Zukunft
Heidelberg 1999
- Boemke, Burkhard* Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis
München 1999
- Boemke, Burkhard* „Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht“
in NZA 1993, Seite 532 – 538
- Boemke, Burkhard* „Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht wegen Grundrechtsverletzung?“
in NJW 1993, Seite 2083 – 2085
- Böhm, Eva-Martina* Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers
Münster, 2007, zugleich Dissertation an der Universität Siegen 2007
- Bontrup, Heinz-Josef*
Pulte, Peter Handbuch Ausbildung
München 2001
- Borrmann, Helga* „Diskussionsbericht“
in RdA 1989, Seite 150 – 152
- Bradtke, Marcus,*
Fischer, Nicole,
Hübner, Sabine,
Schramm, Florian,
Zachert, Ulrich „Personalpolitische Wirkungen von Arbeitsrechtsreformen“
in WSI Mitteilungen 2004, Seite 138 – 144
- Brandt, Edmund* „Vergleich zwischen Zielsetzung des Gesetzgebers und den tatsächlichen Wirkungen des Gesetzes“
in Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, Seite 23 – 34
- Brockschmidt, Cordula*
la Auswirkung der Unternehmensorganisation auf die Betriebsverfassung
Dissertation an der Universität Münster 1998

- Bröhl, Knut* Die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist
München 2005
- Brors, Christine* Die Abschaffung der Fürsorgepflicht
Tübingen 2002, zugleich Habilitationsschrift an der Westfälischen Wilhelm-Universität Münster 2001
- Brüning, Christoph* „Voraussetzungen und Schutz eines grundrechtlichen Schutzanspruchs“
in JuS 2000, Seite 955 – 959
- Bryde, Brun-Otto* „Artikel 12 Grundgesetz – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit“
in NJW 1984, Seite 2177 – 2184
- Buchner, Herbert* „Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei Einstellungsentscheidungen“
in NZA 1991, Seite 577 – 593
- Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.)* Nationalen Pakt für Ausbildung und Fachkräftenachwuchs
Nürnberg 2009
- Bundesministerium für Bildung und Forschung (Hrsg.)* Berufsbildungsbericht 2006
Bonn, Berlin 2006
- Busemann, Andreas
Schäfer, Horst* Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht
5. Auflage, Berlin 2006
- Clemenz, Susanne* Das einstweilige Verfügungsverfahren im Arbeitsrecht
in NZA 2005, Seite 129 – 135
- Coester, Michael* „Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Beendigung der Ausbildung – Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung – anderweitige Besetzung eines freien Arbeitsplatzes– Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“
in SAE 1999, Seite 1–7
- Cramer, Günther
Schmidt, Hermann
Wittwer, Wolfgang* Ausbilder-Handbuch
Köln, 109 Ergänzungs-Lieferung
- Dannenberg, Onno* „Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung von JAV-Mitgliedern“
in AiB 1998, Seite 707–709
- Däubler, Wolfgang
Dorndorf, Eberhard
Bonin, Birger
Deinert, Olaf* AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht
München 2008
- Däubler, Wolfgang
Bertzbach, Martin* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
2. Auflage, Baden-Baden 2008

- Däubler, Wolfgang
Kittner, Michael
Klebe, Thomas
(Hrsg.)
Depenheuer, Otto
Heintzen, Markus
Matthias, Jestaedt
Axer, Peter* Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar
Band II: §§ 74 – 132
8. Auflage, München, Neuwied 2005
- Deutscher Industrie-
und Handelskammer-
tag (Hrsg.)
Deutscher Industrie-
und Handelskammer-
tag (Hrsg.)* Mittelstandsreport 2009
Berlin, Brüssel 2009
- Dieterich, Thomas* Impulse für mehr Ausbildung
Berlin 2006
- Dieterich, Thomas* Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht
Köln 1995
- Dieterich, Thomas* „Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat“
in AuR 2007, Seite 65 – 70
- Donges, Juergen B.
Eekhoff, Johanna,
Franz, Wolfgang
Möschel, Wernhard
Neumann, Manfred,
J.M.* Flexibler Kündigungsschutz am Arbeitsmarkt
Berlin 2004
- Dörner, Hans-Jürgen* „Das Verbot der Wahlbehinderung nach § 20 BetrVG – Tatbe-
stand und Rechtsfolgen“
in Festschrift für Peter Kreutz, Seite 81 – 92
Köln, 2010
- Dörner, Hans-Jürgen* Der befristete Arbeitsvertrag – eine systematische Darstellung
des Befristungsrechts
München 2004
- Dorsch-Schweizer,
Marlies Schulten,
Thorsten* „Betriebs- und Personalräte zwischen Belegschaft, Arbeitge-
ber und Gewerkschaft“
In WSI-Mitteilungen 2001, Seite 113 – 123
- Dreier, Horst* Grundgesetz – Band 1
2. Auflage Tübingen 2004
- Düwell, Franz Josef
(Hrsg.)* Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar
2. Auflage, Baden Baden 2006
- Düwell, Franz Josef
Dahl, Holger* „Leiharbeitnehmer: First in, first out“
in DB 2007, Seite 1699 – 1701

- Eger, Sabine* Der Rechtsanspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG
Dissertation an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg 2003
- Eich, Rolf-Achim* „Die Annahmeerklärung als Voraussetzung für den Erwerb des Betriebsratsamtes durch Ersatzmitglieder“
in DB 1976, Seite 47 – 51
- Ernst, Falk* Aufhebungsverträge zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen
Köln, Berlin, Bonn, München 1993, zugleich Dissertation an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1992
- Etzel, Gerhard*
Bader, Peter
Fischermeier, Ernst
Friedrich, Hans-Wolf
Griebeling, Jürgen
Lipke, Gert-Albert
Pfeiffer, Thomas
Rost, Friedhelm
Spilger, Andreas Michael
Vogt, Norbert
Weigand, Horst
Wolff, Ingeborg Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
8. Auflage, Köln 2007
- Euler, Heinz*
Mückenberger, Ulrich Der gesetzliche Schutz von Jugendvertretern – eine Lücke im Gesetz!
in ZRP 1973, Seite 260 – 263
- Fehling, Michael*
Faust, Florian
Rönnau, Thomas „Durchblick: Grund und Grenzen des Eigentums- und Vermögensschutzes“
in JuS 2006, Seite 18 – 26
- Feudner, Bernd W.* „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen – Einschränkungen der Abschluss- und Vertragsfreiheit durch § 78a BetrVG und § 9 BPersVG“
in NJW 2005, Seite 1462 – 1466
- Fischer, Cornelia* Weiterbeschäftigung durch Arbeitsplatzverschaffung
Berlin 2007, zugleich Dissertation an der Ludwig-Maximilians-Universität München 2006/2007
- Fischer, Gabriele*
Dahms, Vera
Bechmann, Sebastian
Bilger, Frauke
Frei, Marek
Wahse, Jürgen
Möller, Iris Langfristig handeln, Mangel vermeiden: Betriebliche Strategien zur Deckung des Fachkräftebedarfs
IAB-Betriebspanels 2007
Nürnberg, 2008

- Fischer, Ulrich* „Das Ehrenamtsprinzip der Betriebsverfassung „post Hartzem“ – antiquiert oder Systemerfordernis?“
In NZA 2007, Seite 484 – 489
- Fitting, Karl*
Engels, Gerd
Schmidt, Ingrid
Trebinger, Yvonne
Linsenmaier, Wolfgang Betriebsverfassungsgesetz
23. Auflage, München 2006
- Galperin, Hans*
Löwisch, Manfred Betriebsverfassungsrecht
6. Auflage, Heidelberg 1982
- Gamillscheg, Franz*
Hueck, Götz
Wiedemann, Herbert Festschrift „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“
München 1979
- Gamillscheg, Franz* Kollektiver Arbeitsrecht – Band II
München 2008
- Gamillscheg, Franz* „Blinder Eifer um § 78a BetrVG“
in Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, Seite 269 – 282
München 2002
- Gamillscheg, Franz* „Kündigung und Versetzung der Vertreter der Arbeitnehmer – Eine rechtsvergleichende Übersicht.“
in ZfA 1977, Seite 239–310
- Geffert, Roger* Beschäftigung wider Willen
Dissertation Universität Konstanz 1994
- Gehring, Steffen* Das Recht auf Teilzeitarbeit – Anspruch und Wirklichkeit
Baden Baden 2006, zugleich Dissertation an der Universität Tübingen 2005
- Germelmann, Claas-Hinrich*
Matthes, Hans-Christoph
Prütting, Rudi
Möller-Glöge, Hanns Arbeitsgerichtsgesetz
6. Auflage, München 2008
- Giesen, Richard* „Betriebsersetzung durch Tarifvertrag?“
in BB 2002, Seite 1480 – 1486
- Giesing, Elmar* Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge
Baden Baden 2008, zugleich Dissertation an der Universität Tübingen 2007

- Göhner, Reinhard*
Bräunig, Klaus (Hrsg.) „Mitbestimmung Modernisieren“
Bericht der Kommission Mitbestimmung BDA/BDI
Berlin 2004
- Greßlin, Martin*
Simon, Oliver „Abbau von Leiharbeit vor betriebsbedingten Kündigungen?“
in BB 2007, Seite 2454 – 2459
- Gross, Roland*
Thon, Horst
Ahmad, Natascha
Woitaschek, Frank Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
2. Auflage, Köln 2008
- Grossmann, Stefan*
Meyer, Hans Ludwig Berufsausbildung im dualen System – eine lohnende Investition?
Frankfurt am Main 2002, zugleich Dissertation an der Universität Hannover 2001
- Grünberger, Johannes* „Beendigung von Berufsausbildungsverhältnissen“
in AuA 1996, Seite 155–159
- Hanau, Peter*
Heither, Friedrich
Kühling, Jürgen Richterliches Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Dieterich
zum 65. Geburtstag
München 1999
- Hanau, Peter* „Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz“
in Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, Seite
201 – 214
München 1999
- Hardege, Stefan*
Schmitz, Edgar Die Kosten des Kündigungsschutz in Deutschland
- Hardege, Stefan* „Regulierung Und Flexibilität“
in Institut der Deutschen Wirtschaft, Die Zukunft der Arbeit in
Deutschland, Seite 204 – 224.
- Hayen, Ralf-Peter* „Angriff auf die Mitbestimmung – Zum Bericht der „Kommission
Mitbestimmung“ von BDA und BDI“
in AiB 2005, 7 – 10
- Hayen, Ralf-Peter* „Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen durch § 78a
BetrVG“
in AiB 1982, Seite 76–78
- Heigl, Christoph* „Der Übernahmeanspruch von JAV-Mitgliedern“
in PersR 1997, Seite 297–308
- Hein, Ekkehardt* „AGG x KSchG = Europa2? – Die Kündigung zwischen allgemeinem
und besonderem Kündigungsschutz, Allgemeinem
Gleichbehandlungsgesetz und Europarecht“
in NZA 2008, Seite 1033 – 1038

- Henssler, Martin* Arbeitsrecht Kommentar
Willemsen, Heinz Josef 3. Auflage, Köln 2008
Kalb, Heinz-Jürgen
- Hess, Harald* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
Schlochauer, Ursula 7. Auflage, Köln 2008
Worzalla, Michael
Glock, Dirk
Nicolai, Andrea
- Hesse, Konrad* Grundzüge des Verfassungsrecht in der Bundesrepublik
Deutschland
20. Auflage, 1999
- Hilbrandt, Christian* „Sonderkündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern bei
Massenänderungskündigungen“
in NZA 1997, Seite 465 – 470
- Hillgruber, Christian* „Abschied von der Privatautonomie“
in ZRP 1995, Seite 6 – 9
- Hirdina, Ralph* „Rechtsfragen zur Kündigung eines Praktikumsvertrages“
in NZA, 2008 Seite 916 – 919
- Hof, Hagen* „Einführung“
in Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgs-
bedingungen von Gesetzen, Seite 15 – 22
- Hof, Hagen* Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgsbe-
Lübbe-Wolff, Gertrude dingungen von Gesetzen
(Hrsg.) Baden Baden 1999
- Hoins, Hans* Die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen, insbe-
sondere aus betrieblichen Gründen
Frankfurt am Main 2009, zugleich Dissertation an der Universi-
tät Hamburg 2008
- Hömig, Dieter* Grundgesetz
8. Auflage, Baden Baden 2007
- Hönn, Günther* Festschrift für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag
Oetker, Hartmut Köln, 2010
Raab, Thomas
- Horcher, Michael* „Wann muss der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freikündigen?
Oder gibt es einen Verdrängungswettbewerb außerhalb der
Sozialauswahl“
in NZA-RR 2006, Seite 393 – 402

<i>Horstmeier, Gerrit</i>	Prekäre Beschäftigungsverhältnisse Berlin 2009
<i>Houben, Christian-Armand</i>	„Weiterbeschäftigungspflicht auf höheren Arbeitsplätzen – ein Tabubruch im Kündigungsrecht“ in NZA 2008, Seite 851 – 856
<i>Houben, Christian-Armand</i>	„§ 78 a BetrVG – Schutz vor einer Schutznorm“ in NZA 2006, Seite 769 – 773
<i>Hoyningen-Huene, Linck, Rüdiger</i>	Kündigungsschutzgesetz 14. Auflage, München 2007
<i>Hummel, Dieter Spoo, Sibylle</i>	„Der Weiterbeschäftigungsanspruch von Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung“ in PersR 1996, Seite 299 – 302
<i>Ilbertz, Wilhelm Widmaier, Ulrich</i>	Bundespersönlichkeitsgesetz 11. Auflage, Stuttgart 2008
<i>Immenkötter, Udo</i>	Das allgemeine Recht auf Beschäftigung Dissertation an der Universität zu Köln 1968
<i>Institut der deutschen Wirtschaft (Hrsg.)</i>	Die Zukunft der Arbeit in Deutschland Köln 2008
<i>Institut der Deutschen Wirtschaft (Hrsg.)</i>	„Betriebliche Mitbestimmung – Die Kosten sind keine Peanuts“ in Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft Nr. 8 aus 2006, Seite. 4 – 5 Köln 2006
<i>Jäger, Sonja Künzl, Reinhard</i>	„Probleme der Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG 1972 und § 9 BPersVG“ in ZTR 2000, Seiten 300 – 305 und 347 – 353
<i>Jahn, Elke J.</i>	Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes Berlin 2001, zugleich Dissertation an der Universität Erlangen-Nürnberg 2001
<i>Jarass, Hans D.</i>	„Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?– Grundfragen der Struktur der Eigentumsgarantie“ in NJW 2000, Seite 2841–2845
<i>Jarass, Hans D. Pieroth, Bodo</i>	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 10. Auflage, München 2009
<i>Jauernig, Othmar</i>	Kommentar zum BGB 13. Auflage, München 2009
<i>Junker, Abbo</i>	„Betriebsverfassung im europäischen Vergleich!“ In ZfA 2001, Seite 225 – 243

- Kissel, Otto Rudolf* Standortfaktor Arbeitsrecht
Frankfurt am Main 1999
- Kleinschmidt, Jens* Der Verzicht im Schuldrecht
Tübingen 2004, zugleich Dissertation an der Universität Re-
gensburg
- Kliemt, Michael* „Der neue Teilzeitananspruch – Die gesetzliche Neuregelung der
Teilzeitarbeit ab dem 1. 1. 2001“
in NZA 2001, Seite 63 – 71
- Klitzing, Henning von* Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Be-
standsschutzes
Berlin, 2004, zugleich Dissertation an der Alberts-Ludwig-
Universität Freiburg 2000/2001
- Knopp, Anton* Berufsbildungsgesetz
Kraegeloh, Wolfgang 5. Auflage, Köln, Berlin, München 2005
- Koch in Schaub, Gün-
ter* Arbeitsrechtshandbuch
13. Auflage, München 2009
Koch, Ulrich
Linck, Rüdiger
Vogelsang, Hinrich
- Koch-Rust, Victoria* „Rechtliche Gestaltung der Praxisphase bei dualen Studien-
Rosentreter, Gabriele gängen“
in NZA 2009, Seite 3005 – 3008
- Kolitz, Beatrice* Kündigungsfreiheit versus „Unkündbarkeit“
Baden Baden 2007, zugleich Dissertation an der Universität
Augsburg 2005
- Kothe, Wolfgang* „Beschäftigungssicherung durch befristete Übernahme von
Auszubildenden – Bedeutung und Struktur tariflicher Weiter-
beschäftigung“
in NZA 1997, Seite 457–465
- Kraft, Alfons* Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar
Wiese, Günther Band II: §§ 74–132
Kreutz, Peter 8. Auflage, München, Neuwied 2005
Oetker, Hartmut
Raab, Thomas
Weber, Christoph
Franzen, Martin
- Krekel, Elisabeth M.* Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland: Empirische Un-
Walden, Günter tersuchungen und Schlussfolgerungen
(Hrsg.) Bielefeld 2004

<i>Kukat, Klaus</i>	„Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.11.1996“ in 1997, Seite 1794 – 1795
<i>Künzl, Reinhard</i>	„Begründung von Teilzeitarbeitsverhältnissen gemäß § 78 a Betriebsverfassungsgesetz“ in BB 1986, Seite 2404 – 2409
<i>Leibholz, Gerhard</i> <i>Rinck, Hans-Justus</i>	Grundgesetz Köln, 48. Lieferung, August 2008
<i>Leinemann, Wolfgang</i> <i>Taubert, Thomas</i>	Berufsbildungsgesetz 2. Auflage, München 2008
<i>Lingemann, Stefan</i> <i>Beck, Charlotte</i>	„Auswahlrichtlinie, Namensliste, Altersgruppenbildung und Altersdiskriminierung“ in NZA 2009 577 – 581
<i>Loritz, Karl-Georg</i>	„Der praktische Wert der verfassungsrechtlichen Eigentums- garantie für die unternehmerische Betätigung“ in BB 1993, Seite 225 – 229
<i>Löwisch, Manfred</i> <i>Meier-Rudolph, Wolf- gang</i>	„Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebe- trieb in der Rechtsprechung des BGH und des BAG“ in JuS 1982, Seite 237 – 244
<i>Löwisch, Manfred</i> <i>Kaiser, Dagmar</i>	Betriebsverfassungsgesetz 5. Auflage, Heidelberg 2002
<i>Lück, Peter</i>	Probleme der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG Frankfurt a.M, 1989, zugleich Dissertation an der Universität Köln, 1989
<i>Luke, Joachim</i>	„§ 615 S. 3 BGB – Neuregelung des Betriebsrisikos?“ in NZA 2004, Seite 244 – 247
<i>Lunk, Stefan</i>	„§ 99 Abs.3 BetrVG – Zustimmungsverweigerung per Telefax“ in ArbRB 2003, Seite 40 – 41
<i>Malottke, Anette</i>	„Die Übernahme von JAV Mitglieder“ in AiB 2006, Seite 493 – 498
<i>Mangoldt, Hermann</i> <i>von</i> <i>Klein, Friedrich</i> <i>Starck, Christian</i>	Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 1 5. München Auflage, 2005
<i>Maties, Martin</i>	„Generation Praktikum – Praktika, Einfühlungsverhältnisse und ähnliche als umgangene Arbeitsverhältnisse“ in RdA 2007, Seite 135 – 144

- Matthes, Hans-Christoph* „Die Anträge des Arbeitgebers nach § 78 a IV BetrVG und § 9 BPersVG“
in NZA 1989, Seite 916 – 919
- Maunz, Theodor
Dürig, Günter* Grundgesetz Kommentar
53. Auflage, München 2009
- Maute, Hans-Bernd* Gleichbehandlung von Arbeitnehmern
Frankfurt am Main 1993, zugleich Dissertation der Universität
Bielefeld 1990
- Meden, Andreas von* Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Berlin 2008, zugleich Dissertation an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 2008
- Meist, Andreas
Schmitz, Michael* Personalvertretungsgesetz für das Land Mecklenburg-
Vorpommern
Wiesbaden 1998
- Moderegger, Christian* „Aktuell im Herbst 2004: Wahl der Jugend- und
Auszubildendenvertretung“
in ArbRB 2004, Seite 280 – 282
- Moderegger, Christian* „Jugend und Auszubildendenvertretung“
In ArbRB 2002, Seite 339 – 342
- Moll, Wilhelm* Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht
2. Auflage, München 2009
- Moritz, Heinz Peter* „Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG und seine
Wirkung für die Jugendvertretung und ihre Mitglieder“
in DB 1974, Seite 1016 – 1018
- Mückenberger, Ulrich* Die Ausbildungspflicht der Unternehmen nach dem Grundge-
setz
1. Aufl. □ Baden-Baden, 1986
- Müller-Glöge, Rudi
Preis, Ulrich
Schmidt, Ingrid (Hrsg.)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
9. Auflage, München 2009
- Müller, Christoph* Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers
Köln 1996
- Müller, Hans-Peter* „Übernahme eines in Ausbildung befindlichen Mitglieds eines
Betriebsverfassungsorgans in ein Arbeitsverhältnis kraft Ge-
setz“
in DB 1974, Seite 1526 – 1532

- Müller, Katrin* Die Kündigung von Amtsträgern : Auswirkungen von Mängeln im Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG auf die außerordentliche Kündigung von Amtsträgern
Hamburg, 2005, zugleich Dissertation an der Universität Münster, 2005
- Müller, Knut* Sozialauswahl und Kündigungsschutz
Baden Baden 2008
- Münch, Ingo von
Kunig, Phillip* Grundgesetzkommentar
4. Auflage, München 1993
- Musielek, Hans Joachim* Kommentar zur Zivilprozessordnung
6. Auflage, München 2008
- Natter, Eberhard* „Die Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts auf das arbeitsgerichtliche Verfahren“
in NZA 2004, Seite 686 – 694
- Natzel, Ivo* „Anmerkung zum BAG Beschluss vom 12.11.1997“
in DB 1998, Seite 1721 – 1722
- Natzel, Ivo* „Anmerkung zum BAG Beschluss vom 13.11.1987“
in SAE 1989, Seite 147 – 149
- Natzel, Ivo* „Duale Studiengänge – arbeitsrechtliches Neuland?“
in NZA 2008, Seite 567 – 571
- Nebeling, Martin
Dippel, Harms* „Praktikanten, die besseren Arbeitnehmer?!“
in NZA-RR 2004, Seite 617 – 622
- Neubäumer, Renate* Betriebliche Ausbildung „über Bedarf“ und Arbeitsmarktchancen
Paderborn 1991
- Neumann, Volker* „Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik“
in DVBL 1997, Seite 92 – 100
- Neuner, Jörg* „Diskriminierungsschutz durch Privatrecht“
in JZ 2003, Seite 57 – 65
- Niederhoff, Horst-Udo* Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland
14. Auflage, Köln 2005
- Nielebock, Helga* „Übernahme von Mitgliedern der Jugend- und Ausbildungsvertretung nach der Ausbildung“
in AiB 1990, 219 – 220
- Oberthür, Nathalie* „Die Übernahme organisierter Auszubildender“
in ArbRB 2006, Seite 157 – 160

<i>OECD (Hrsg.)</i>	OECD Wirtschaftsberichte: Deutschland 2006 2006
<i>Oetker, Hartmut</i>	Die Anhörung des Betriebsrates vor Kündigungen 1. Auflage, Kiel 1987
<i>Oetker, Hartmut</i>	„Ausgewählte Probleme zum Beschwerderecht des Beschäftigten nach § 13 AGG“ in NZA 2008, Seite 264 – 270
<i>Oetker, Hartmut</i>	„Die Ausprägung der Grundrechte des Arbeitnehmers in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland“ in RdA 2004, Seite 8 – 19
<i>Oetker, Hartmut</i>	„Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung“ in RdA 1997, Seite 9 – 21
<i>Oetker, Hartmut Preis, Ulrich Rieble, Volker</i>	Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht München 2004
<i>Opolony, Bernhard</i>	Taschenbuch Berufsausbildungsrecht Heidelberg 2001
<i>Opolony, Bernhard</i>	Der Arbeitsgerichtsprozess München 2005
<i>Opolony, Bernhard</i>	“Das Recht der Berufsausbildung nach dem Berufsausbildungsreformgesetz“ in BB 2005, Seite 1050 – 1053
<i>Opolony, Bernhard</i>	„Aktuelles zum Annahmeverzugslohn im Rahmen von Kündigungsschutzverfahren“ in BB 2004, Seite 1386 – 1389
<i>Opolony, Bernhard</i>	“Die Weiterbeschäftigung von Auszubildenden nach § 78a BetrVG“ in BB 2003, Seite 1329 – 1337
<i>Ostrowicz, Alexander Künzl, Reinhard Schäfer, Horst</i>	Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens 3. Auflage, Berlin 2006
<i>Otto, Hansjörg</i>	Personelle Freiheit und soziale Bindung München 1978
<i>Palandt, Otto</i>	Bürgerliches Gesetzbuch 68. Auflage, München 2009

- Pätzold, Heidi* Besonderer Kündigungsschutz für Mitglieder des Wirtschaftsausschusses
Marburg 2001, zugleich Dissertation an der Phillips-Universität zu Marburg 2001
- Paulus, Christoph G.
Zenker, Wolfgang* „Grenzen der Privatautonomie“
in JuS 2001, Seite 1 – 9
- Pflüger, Daniel* Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers im kündigungrechtlichen Bestandsschutz
Hamburg, 2004, zugleich Dissertation an der Universität Münster 2004
- Picker, Eduard* „Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?“
in JZ 2003, Seite 540 – 545
- Pielsticker, Wilhelm* Der Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen nach § 78a BetrVG
Spardorf 1987, zugleich Dissertation Universität Münster 1986
- Pieroth, Bodo
Schlink, Bernhard* Grundrechte Staatsrecht II
24. Auflage, Heidelberg 2008
- Pietzcker, Jost* „Artikel 12 Grundgesetz – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit“
in NVwZ 1984, Seite 550 – 556
- Preis, Ulrich* „Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes“
in NZA 1997, Seite 1256 – 1270
- Pütz, Helmut* Selten sind die Überflieger
Bielefeld 1998
- Raab, Thomas* „Die Schriftform in der Betriebsverfassung“
in Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Seite 719 – 761
Tübingen 2006
- Rauscher, Thomas
Wax, Peter
Wenzel, Joachim* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 2
3. Auflage, München 2007
- Rebmann, Kurt
Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland* Münchener Kommentar zum BGB, Band 1/1
5. Auflage, München 2006
- Rebmann, Kurt
Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland* Münchener Kommentar zum BGB, Band 4
5. Auflage, München 2009

<i>Reinecke, Gerhard</i>	„Die Übernahme des Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis nach § 78 a BetrVG“ in DB 1981, Seite 889 – 895
<i>Reinhard, Barbara, Kliemt, Tina</i>	„Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren“ in NZA 2005, Seite 545 – 554
<i>Reppen, Tilman Lobinger, Thomas Hense, Ansgar</i>	Vertragsfreiheit und Diskriminierung Berlin 2007
<i>Reul, Adolf</i>	“Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht“ in DNotZ 2007, Seite 185 – 209
<i>Reuter, Dieter</i>	„Grundlagen des Kündigungsschutzes“ in Festschrift „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, Seite 405 – 427 München, 1979
<i>Reuter, Wolf J.</i>	„Betrieblich beschränkter Prüfungsmaßstab für Auflösungsanträge nach § 78 a Abs. 4 BetrVG“ in BB 2007, Seite 2678–2681
<i>Richardi, Reinhard</i>	„Die arbeitsrechtliche Regelungsautonomie der Kirchen“ in Festschrift „25 Jahre Bundesarbeitsgericht“, Seite 430 – 454 München, 1979
<i>Richardi, Reinhard</i>	Die Reform des Betriebsverfassungsrechts“ In NZA 2000, Seite 161 – 167
<i>Richardi, Reinhard Wlotzke, Otfried</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1 – Individualarbeitsrecht Band I 2. Auflage, München 2000
<i>Richardi, Reinhard Wlotzke, Otfried</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2 – Individualarbeitsrecht II 2. Auflage, München 2000
<i>Richardi, Reinhard Wlotzke, Otfried</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3 – Kollektives Arbeitsrecht 2. Auflage, München 2000
<i>Richardi, Reinhard</i>	Arbeitsrecht in der Kirche, 4. Auflage, München 2003
<i>Richardi, Reinhard</i>	Betriebsverfassungsgesetz Kommentar 11. Auflage, München, 2008
<i>Richardi, Reinhard Dörner, Habs-Jürgen Weber Christoph</i>	Personalvertretungsrecht 3. Auflage, München 2008

- Richter, Julia F.* Das Ausbildungsverhalten von Betrieben
Berlin 2000, zugleich Dissertation der Friedrich-Schiller-Universität Jena 2000
- Ricken, Oliver* „Annahmeverzug und Prozessbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits“
in NZA 2005, Seite 323 – 330
- Ridder, Hans-Gerd* Personalwirtschaftslehre
2. Auflage, Stuttgart 2007
- Rieble, Volker* Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht
Berlin u.a. 1996
- Riedel, Ingo* Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Arbeitsrecht
Dissertation an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg 1987
- Roetteken, Torsten von* „Rechtsprechungsübersicht zum Personalvertretungsrecht“
in NZA-RR 2001, Seite 505–523
- Röger, Hendrik* „Gesetzliche Schriftform und Textform bei arbeitsrechtlichen Erklärungen“
in NJW 2004, Seite 1764 – 1767
- Rolfs, Christian
Giesen, Richard
Kreikebohm, Ralf
Udsching, Peter* Arbeitsrecht – Schwerpunktcommentar
München 2008
- Rotermund, Lone* Die Interessenwahrnehmung durch Jugendliche und Auszubildende in der Betriebsverfassung
Hamburg 2004, zugleich Dissertation Universität Kiel 2004
- Rudolph, Wolf-Dieter* „Fristen im Betriebsverfassungsgesetz“
in AiB 2007, Seite 653–655
- Rüthers, Bernd* „Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts“
in NJW 2003, Seite 546–552
- Rüthers, Bernd* „Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts“
in NJW 2002, Seite 1601 – 1609
- Sachs, Michael* Grundgesetz – Kommentar
5. Auflage, München 2009
- Schaefer, Rolf* Das Nachweisgesetz
Köln 2000

- Schäfer, Horst* „Zum Begriff der Unzumutbarkeit in § 78a Abs 4 BetrVG“
in AuR 1978, Seite 202–208
- Schäfer, Horst* „Zum Wechsel des Jugendvertreters vom Ausbildungs- ins Arbeitsverhältnis“
in NZA 1985, 418–420
- Schaub, Günter
Koch, Ulrich* Arbeitsrecht von A–Z
18. Auflage, München 2008
- Schaub, Günter* Arbeitsrechts-Handbuch
13. Auflage, München 2009
- Schiefer, Bernd* „Die „Unzumutbarkeit“ der Weiterbeschäftigung gem. § 78 a Abs. 4 BetrVG“
in Festschrift für Peter Kreuzt, Seite 429 – 449
Köln, 2010
- Schiefer, Bernd* „Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit – Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis“
in NZA 2002, Seite 770 – 772
- Schiefer, Bernd
Korte, Walter* „Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes“
In NZA, 2001, Seite 351 – 357
- Schier, Holger* „Kündigungsschutzstreitigkeiten und Annahmeverzugslohn“
in BB 2006, Seite 2578 – 2580
- Schilberg, Arno* Rechtsschutz und Arbeitsrecht in der evangelischen Kirche
1993, Frankfurt am Main, zugleich Dissertation an der Georg-August-Universität Göttingen 1992
- Schirge, Barbara* „Auszubildender im Sinne des § 78 a BetrVG“
in AiB 2001, Seite 53 – 54
- Schleusener, Aino
Suckow, Jens
Voigt, Burkhard* AGG - Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
Neuwied 2007
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno
Hofmann, Hans
Hopfauf, Axel* Kommentar zum Grundgesetz
11. Auflage, Köln, München 2008
- Schmidt, Bettina M.* Der Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung der Arbeitsverhältnisses
Frankfurt a.M. 2003, zugleich Dissertation an der Universität Hannover, 2002

- Scholz, Rupert* „Verdeckt verfassungsneues zur Mitbestimmung“
in NJW 1986, Seite 1587 – 1591
- Schramm, Florian*
Zachert, Ulrich Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung
München 2008
- Schulze, Marc-Oliver* „Übernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag“
in NZA 2007 Seite 1329 – 1333
- Schüren, Peter* „Leiharbeit in Deutschland“
in RdA 2007, Seite 231 – 235
- Schwab, Dieter* „Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland“
in DNotZ 2006, Seite 649 – 678
- Schwarze, R.*
Hartwig, T. „Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren“
in JuS 2005 Seiten 988 – 994 und 1089 – 1094
- Schweibert, Ulrike*
Buse, Sandra „Rechtliche Grenzen der Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern – Schattenbosse zwischen „Macht und Ohnmacht““
in NZA 2007, Seite 1080 – 1086
- Schwerdtner, Peter* „Beschäftigungsförderungsgesetz, Tarifautonomie und Betriebsverfassung,“
in NZA 1985, Seite 577– 585
- Seier, Ralf* Der Allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch
Dissertation Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen 1990
- Sittard, Ulrich*
Ulbrich, Martin „Die Prozessbeschäftigung und das TzBfG“
in RdA 2006, Seite 218 – 223
- Sobotta, Daniel* Die autonome Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifverträge nach § 3 BetrVG
Baden Baden 2009, zugleich Dissertation der Universität Konstanz 2008
- Söhner, Frank* Der Verzicht des Arbeitnehmers und Auszubildenden auf Bestandschutz
Baden Baden 2008, zugleich Dissertation an der Universität München 2008
- Söllner, Alfred* „Der Verfassungsrechtliche Rahmen der Privatautonomie im Arbeitsrecht“
in RdA 1989, Seite 144 – 150

- Stege, Dieter* Betriebsverfassungsrecht
Weinspach, Friedrich K. 9. Auflage, Köln 2002
Schiefer, Bernd
- Stein, Peter* „Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht“
in BB 2000, Seite 457– 464
- Stelljes, Volker* Zur Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes
Berlin 2002, zugleich Dissertation an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel 2002
- Strieder, Peter* „Besonderheiten der Auflösungsklage nach § 78a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG“
in BB 1983, Seite 579 – 581
- Szücs, Christian* Verzicht und Vergleich im österreichischem, deutschen und schweizer Arbeitsrecht
Wien 2006
- Teusch, Jan L.* „Organisationstarifverträge nach § 3 BetrVG,“
in NZA 2007, Seite 124 – 130
- Thannheiser, Achim* „Aufgaben des Betriebsrats“
in AiB 2006, Seite 298 – 302
- Thies, Christoph T.* Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge
Berlin 2007, zugleich Dissertation an der Universität Bielefeld 2007
- Thüsing, Gregor* „Flexibilität und Sicherheit – Eine neue Balance im Arbeitsrecht“
in NJW 2005, Seite 3477– 3479
- Thüsing, Gregor* „Vereinbarte Betriebsratsstrukturen“
in ZIP 2003, Seite 693–706
- Troltsch, Klaus* „Wege und Instrumente zur Steigerung und Stabilisierung der betrieblichen Ausbildungsbeteiligung – Ergebnisse von Expertengesprächen in Betrieben“
Krekel, Elisabeth M.
Ulrich, Joachim Gerd in Zukunft der Berufsausbildung in Deutschland: Empirische Untersuchungen und Schlussfolgerungen, Seite 53–93
Bielefeld 2004
- Trupp, Andreas* „ Die Bedeutung des § 133 BGB für die Auslegung von Willenserklärungen“
in NJW 1990 Seite 1346–1347

- Tschöpe, Ulrich* „Low Performer“ im Arbeitsrecht“
in BB 2006, Seite 213 – 220
- Umbach, Dieter
Clemens, Thomas* Grundgesetz – Band I
Heidelberg, 2002
- Umnuß, Karsten* Organisation der Betriebsverfassung und Unternehmerautonomie
Baden Baden 1993, zugleich Dissertation der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.B.
- Urban, Sandra* Das Kündigungsrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes
Berlin 1001, zugleich Dissertation an der Universität Bochum 2000
- Versteyl, Sarah* Die Obergrenze arbeitsrechtlichen Schutzes
Baden Baden 2005, zugleich Dissertation der Universität zu Köln 2004
- Vogg, Stefan* „Einstweilige Feststellungsverfügung?“
in NJW 1993, Seite 1357 – 1365
- Vogt, Aloys* „Behinderung und Beeinflussung von Betriebsratswahlen“
in BB 1987, Seite 189 – 192
- von Roetteken, Torsten* „Rechtsprechungsübersicht zum Personalvertretungsrecht“
In NZA-RR 2001, Seite 505–523
- Wachter, Thomas* Anreizstrukturen in der betrieblichen Berufsausbildung
Hamburg 2008, zugleich Dissertation an der Ludwig-Maximilians-Universität-München Universität München 2008
- Wagner Joachim
Koller, Lena
Schnabel, Claus* „Sind mittelständische Betriebe der Jobmotor der deutschen Wirtschaft?“
University of Lüneburg, Working Paper Series in Economics, No. 71, Dezember 2007 unter www.leuphana.de/vwl/papers
- Walker, Wolf-Dietrich* „Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsrecht“
in ZfA 2005, Seite 45 – 7 9
- Walker, Wolf-Dietrich* „Die Abgrenzung zwischen Urteils – und Beschlussverfahren im Arbeitsgerichtsprozess“
In Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, Seite 1366 – 1382
München 2004
- Walter, Jürgen* Das Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen
Hannover 1998

- Wank, Rolf* „Zum Stand der Diskussion um ein Arbeitsvertragsgesetz“
In RdA 2009, Seite 122 – 123
- Wank, Rolf (Hrsg.)* Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag
München 2002
- Warth, Theodor* „Probleme einer wirtschaftlichen Beurteilung des Lehrlings-
ausbildung und die Frage der Ausbildungskosten“
Münster 1963
- Weber, Ulrich*
Ehrich, Christian
Hörchens, Angela
Oberthür, Nathalie Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht
2. Auflage, Köln 2003
- Weng, Rudolf* „Weiterbeschäftigungsanspruch eines Jugendvertreters nach
§ 78 a BetrVG trotz entgegenstehender betrieblicher Gründe“
in DB 1976, Seite 1013 – 1015
- Werres, Rüdiger* „Betriebsstilllegung und Sonderkündigungsschutz“
in NZI 2009, Seite 24 – 29
- Wickede, Rene von* Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht
Berlin 2009, zugleich Dissertation an der Johannes Gutenberg
Universität zu Mainz 2008
- Wiedemann, Herbert* „Neue Rechtsprechung zur Verteilungsgerechtigkeit und den
Benachteiligungsverboten“
in RdA 2005, Seite 193 – 200
- Wiencke, Alexander* Der Schutz Auszubildender in besonderen Fällen – § 78 a
BetrVG
Dissertation der Freien Universität Berlin, 1983
- Wiesemann, Dana* Die Einigungsstelle als Einrichtung zur Beilegung von Rechts-
streitigkeiten im Betriebsverfassungsrecht
Frankfurt 2003, zugleich Dissertation an der Universität Jena
2003
- Wieser, E.* „Wille und Verständnis bei der Willenserklärung“
in AcP 189, Seite 112 – 121
- Willemsen, Heinz-
Josef*
Schweibert, Ulrike „Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehand-
lungsgesetz“
in NZA 2006, Seite 2583 – 2592
- Winkler, Ute* „Die Berechnung des Arbeitslosengeldes nach Hartz III“
in Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht
2006, Seite 147 – 151

- Wisskirchen, Gerlind* „Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG“
Bissels, Alexander in NZA 2007, Seite 167 –174
- Wlotzke, Otfried* Betriebsverfassungsgesetz
Preis, Ulrich 3. Auflage, München 2006
- Wollenschläger, Michael* „Gesetz zum Schutz in Ausbildung befindlicher Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen“
in NJW 1974, Seite 935 – 936
- Wollschläger, Leona* Unzumutbarkeit als Rechtsgedanke im Rahmen der außerordentlichen Kündigung
Sofie Frankfurt am Main 2009, zugleich Dissertation an der Universität Potsdam 2007
- Wunderlich, Nina* Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäische Gemeinschaftsrecht
Baden-Baden, 2000, zugleich Dissertation an der Universität Freiburg i.B. 2000
- Zachert, Ulrich* „Ein Mosaik von Arbeitnehmergrundrechten im Grundgesetz“
in BB 1998, Seite 1310 –1313

Abkürzungsverzeichnis

- Kirchner, Hildebert* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache
4. Auflage, Berlin 1993
-

