



§ 78a BetrVG

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern führt nicht zur Unzumutbarkeit der Übernahme eines durch §78a BetrVG geschützten Auszubildenden

BAG, Beschluss vom 25.2.2009-7ABR 61/07

Sachverhalt

Der Betriebsrat der Firma Adam Opel GmbH streitet mit seinem Arbeitgeber über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV). Die Firma Opel und die GM Powertrain GmbH bilden einen Gemeinschaftsbetrieb, innerhalb dessen der Betriebsrat und die Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV) gewählt worden waren. Nach bestandener Abschlussprüfung wurde das JAV-Mitglied als Prüfstandselektriker im Rahmen der GM Powertrain beschäftigt, wo allein im ersten Quartal 2006 fast 5.700 Überstunden geleistet wurden. Außerdem hatte die Arbeitgeberin von den Auszubildenden lediglich vier übernommen, jedoch auf freiwerdende Stellen Leiharbeiter eingesetzt. Beim Arbeitsgericht Darmstadt und beim Hessischen LAG war die Arbeitgeberin erfolgreich. Das BAG hat auf Antrag des Betriebsrats und des früheren Auszubildenden, des JAV-Mitglieds, die Entscheidung des Hessischen LAG aufgehoben und zur neuen Entscheidung zurückverwiesen.

Beschwerde des BR und des JAV-Mitglieds ist begründet

Im Rahmen der Entscheidung des BAG wurde festgestellt, dass Antragsteller nicht der Gemeinschaftsbetrieb sein muss, sondern allein der Vertragsarbeitgeber. Für die Auflösung eines nach §78a BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses geht es daher prozessrechtlich nicht um die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeberstellung aller an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen, sondern nur um die des Vertragsarbeitgebers des ehemaligen Auszubildenden. Daher ist auch der weitere Arbeitgeber, GM-Powertrain, nicht notwendiger Beteiligter des Antrags und der



Vertragsarbeitgeber kann den Auflösungsantrag nach §78a Abs.2 Satz1 BetrVG allein stellen. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats und des JAV-Mitglieds sind begründet. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LAG, dass das Bestehen einer unbefristeten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die beteiligte Arbeitgeberfirma Opel prüfen muss. Dies, weil der Senat auf Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht selbst beurteilen kann, ob der Arbeitgeberin im maßgeblichen Zeitraum vom November 2005 bis Januar 2006 ein freier und bei der Besetzung für das JAV-Mitglied geeigneter unbefristeter Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden habe. Die in §78a BetrVG enthaltene Übernahmeverpflichtung von JAV-Vertretern nach Beendigung ihrer Ausbildung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis soll die Ämterkontinuität der KollegenInnen gewährleisten und den Amtsträger vor nachteiligen Folgen bei seiner Amtsführung während des Berufsausbildungsverhältnisses schützen. Die Vorschrift stellt eine besondere gesetzliche Ausformung des betriebsverfassungsrechtlichen Benachteiligungsgebots von Amtsträgern in §78 BetrVG dar. Durch ein form- und fristgerechtes Übernahmeverlangen des Auszubildenden entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem JAV-Mitglied nach §78a Abs.2 Satz1 BetrVG ein unbefristetes Vollarbeitsverhältnis in seinem Ausbildungsberuf. Der Arbeitgeber kann die Auflösung des kraft Gesetzes entstandenen Arbeitsverhältnisses nur erreichen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer ihm unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. Bei der Auflösung eines nach §78a BetrVG entstandenen Arbeitsverhältnisses ist zu entscheiden, ob dem Arbeitgeber die Beschäftigung des Amtsträgers in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zumutbar ist. Neben personen- und verhaltensbedingten Gründen können auch betriebliche Gründe die Auflösung rechtfertigen. Die Fortsetzung ist dann aus betrieblichen Gründen unzumutbar, wenn er keinen andauernden Bedarf für die Beschäftigung eines Arbeitnehmers hat. Ein Beschäftigungsbedarf liegt dann nicht vor, wenn sich der Arbeitgeber entschlossen hat, eine bestimmte Arbeitsmenge nicht durch die Einrichtung eines Arbeitsplatzes, sondern durch Mehrarbeit der regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu erledigen. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Arbeitsplätze neu zu schaffen, um die Weiterbeschäftigung zu gewährleisten. Ist hingegen im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ein freier Arbeitsplatz vorhanden, hat bei der Prüfung der Unzumutbarkeit ein künftiger Wegfall unberücksichtigt zu bleiben. Hiernach ist es dem Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen nicht allein deshalb unzumutbar, den Auszubildenden zu übernehmen, weil sich der



Arbeitgeber entschlossen hat, die in seinem Betrieb anfallenden Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr Arbeitnehmern zu übertragen, mit denen er selbst einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, sondern Leiharbeitnehmern. Durch diese Entscheidung allein wird weder die Anzahl der Arbeitsplätze noch die Arbeitsmenge, für deren Bewältigung der Arbeitgeber Arbeitnehmer einsetzt, verändert. Die bisher anfallenden Arbeiten werden nach wie vor von dem Arbeitgeber innerhalb seiner betrieblichen Organisation mit Arbeitskräften erledigt, die diese Arbeitsaufgaben nach seinen Weisungen ausführen. Der Arbeitgeber deckt seinen Arbeitskräftebedarf lediglich mit Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, der sie ihm auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zur Förderung seiner Betriebszwecke zur Verfügung stellt. Die dem Arbeitgeber als Entleiher überlassenen Arbeitnehmer werden von diesem nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt. Durch den Einsatz von Leiharbeitern entfällt daher lediglich der Bedarf an der Beschäftigung von Arbeitnehmern, die in einem durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. Dies führt nicht zur Unzumutbarkeit im Sinne von §78a Abs.4 BetrVG, weil sich allein durch die Entscheidung des Arbeitgebers, künftig für die Erledigung der Arbeitsmenge Leiharbeitnehmer einzusetzen, die Zahl der im Betrieb eingerichteten Arbeitsplätze und damit auch der Beschäftigungsbedarf nicht ändert. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist für die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung im Sinne des §78a Abs.4 BetrVG auf den Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses abzustellen. Ein zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung fehlender Beschäftigungsbedarf führt nicht zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, wenn der Arbeitgeber einen innerhalb von drei Monaten vor der vertraglich vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei gewordenen Arbeitsplatz anderweitig besetzt hat und die sofortige Neubesetzung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse geboten ist. Da das BAG die Feststellung eines möglichen freien Arbeitsplatzes innerhalb dieses Zeitraumes der letzten 3 Monate nicht selbst treffen konnte, wurde das Verfahren an das LAG zurückverwiesen.

Entscheidung mit großer Bedeutung

Die Entscheidung des BAG hat für die betriebliche Praxis hinsichtlich des Übernahmeverlangens von JAV-Mitgliedern erhebliche Bedeutung. §78a BetrVG soll die Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schützen, um



wegen der Ausübung des Amtes ohne Furcht von Nachteilen für ihre zukünftige berufliche Entwicklung zu stehen und damit die Unabhängigkeit der Amtsführung zu sichern. Wenn der Arbeitgeber ein JAV-Mitglied nicht nach Abschluss des Ausbildungsverhältnisses übernehmen will, so muss er innerhalb von drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses dem Auszubildenden dies schriftlich mitteilen. Der Auszubildende kann innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangen. Sind diese Förmlichkeiten eingehalten, so gilt zwischen Auszubildenden und Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit begründet. Entscheidend ist also die eigene Aktivität des JAV-Mitglieds, um einen Arbeitsplatz für die Zukunft zu sichern. Hiervon kann sich der Arbeitgeber nur durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung der Arbeitsgerichte lösen, wenn er selbst spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Arbeitsgericht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt mit der Begründung, die Weiterbeschäftigung sei nicht zumutbar. Im gerichtlichen Verfahren der Instanzen der Arbeitsgerichte wird dann im Einzelnen der insofern erforderliche Sachenvortrag überprüft. Die Verfahrensdauer ist der im Schrifttum vertretenen Meinung der Arbeitgeberinteressen zugewandten Verfasser schon seit langem ein Dorn im Auge, sichert sie doch den betroffenen JAV-Mitgliedern für entsprechende Zeiträume einen Arbeitsplatz. Im vorliegenden Verfahren hat daher das JAV-Mitglied schon seit Januar 2006 fortlaufend durch die Instanzen seinen Arbeitsplatz erhalten können. Bisherige Auffassung insbesondere des BAG war jedoch, den Begriff der Zumutbarkeit im Sinne des Gesetzes nicht den strengen Anforderungen des §626 Abs.1 BGB gleichzustellen, sondern darunter liegende Anforderungskriterien zu fordern. §626 Abs. 1 BGB hat sehr hohe Ansprüche formuliert im Hinblick auf die Zumutbarkeit im Falle einer außerordentlichen Kündigung. Die Anwendung der Grundsätze des §626 Abs.1 BGB wurde auch von diversen LAGs in der Vergangenheit gefordert, jedoch vom BAG immer wieder verworfen. Das BAG hat viel mehr eine große Freiheit der unternehmerischen Organisation formuliert, in die nicht eingegriffen werden könne. Im Zusammenhang damit ist bedeutsam, dass kündigungsrechtlich eine Entscheidung des BAG vom 17.1.2007-7 AZR 20/06, ausgeführt hat, der Einsatz von Leiharbeitern führe nicht dazu, dass kein betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung mehr bestehe, der Arbeitgeber führe lediglich die Arbeiten durch andere Kräfte durch, weshalb es kündigungsrechtlich an einer „ultima ratio“ fehle, betriebsbedingt von einem Wegfall der Arbeit zu sprechen. Dieser Rechtssatz des BAG führte nun dazu, dass auch im Hinblick auf die Frage der Unzumutbarkeit der



Weiterbeschäftigung eines JAV-Mitglieds der Einsatz von Leiharbeitnehmern neu beurteilt werden musste. Hier hat das BAG aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtspflege eine Wertgleichheit angenommen und nun mehr den Einsatz von Leiharbeitnehmern freien Arbeitsplätzen gleichgesetzt, wenn wie vorliegend, in der Zeit der angesprochenen drei Monate eine Beschäftigung von Leiharbeitnehmern vorlag, die der Arbeitgeber auch mit JAV-Mitgliedern im Hinblick auf die beruflichen Anforderungen hätte ausfüllen können, d.h., dass der Arbeitgeber statt der Leiharbeitnehmer das JAV-Mitglied hätte weiterbeschäftigen können und müssen. Für die Betriebsräte ergibt sich hieraus vor allem die praktische Bedeutung zur Unterstützung und zum Schutz der JAV-Mitglieder in dem maßgeblichen Dreimonatszeitraum hinsichtlich der Einstellung und Beschäftigung von Leiharbeitnehmern wachsam zu sein, die Informationen und Mitbestimmungsrechte nach §99 BetrVG zu sichern und gut zu dokumentieren, um Tatsachen hinsichtlich der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung im Prozessverfahren vortragen und beweisen zu können. Damit lässt sich die Beschäftigung engagierter JAV-Mitglieder sichern. Durch Beschluss vom 27.8.2009 hat das Hessische LAG, wohin die Sache vom BAG zurückverwiesen worden war, die Anträge der Arbeitgeberin zurückgewiesen; eine Rechtsbeschwerde wurde nicht mehr zugelassen. Damit endete das Verfahren zugunsten des JAV-Mitglieds.

Werner Mansholt

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Darmstadt