

ren. Ebenso könnte man sich dazu verabreden einen bestimmten, aussichtsreichen Kandidaten zu bevorzugen. Bei der Auflösung dieses Dilemmas sind mehrere wichtige Aspekte zu berücksichtigen. Zunächst ist festzustellen, dass die Entscheidung des LAG *Sachsen-Anhalt* keine überzeugende Lösung für die Problematik schafft. Denn die Wahlversammlung ist eine besondere Betriebsversammlung, die allein dazu dient, den Wahlvorstand für die anstehende Betriebsratswahl zu wählen. Sie findet idR. nur bei der Ersterrichtung des BR statt und nicht – wie regelmäßige Betriebsversammlungen – einmal im Quartal. Daher muss der AG im Vergleich zur »normalen« Betriebsversammlung auch signifikant höhere Schwierigkeiten als sonst zumutbar hinnehmen. Denn nur bei Durchführung der Wahl auf »einer« Betriebsversammlung werden die demokratischen Wahlgrundsätze angemessen berücksichtigt. Darüber hinaus dürfen die Personen, die zur Wahl des Wahlvorstands einladen, nicht durch überzogene Anforderungen an das zu berücksichtigende Verfahren, von ihrer Entscheidung die Wahl eines BR zu initiieren, abgeschreckt werden. Vielmehr muss es einem AN mit durchschnittlichen Kenntnissen vom Betriebsablauf möglich sein, unter Berücksichtigung allgemein anerkannter Grundsätze zur Wahl des Wahlvorstandes einladen zu können. Denn Ziel des BetrVG ist ja gerade die Errichtung von BR zu fördern und nicht die zur Wahlversammlung Einladenden durch ein überreguliertes Errichtungsverfahren zu überfordern. Des Weiteren wäre ein aufwendiges Verfahren mit der Durchführung von 2 Teilbetriebsversammlungen zur Aufstellung der Wahlvorschläge, 2 weiterer Versammlung zur Vorstellung der Kandidaten und

zweier nachfolgender Wahltermine wohl aus wirtschaftlichem Blickwinkel vermutlich kostenträchtiger ohne ein Mehr an Demokratie hervorzubringen. Daher ist es vorzuzugswürdig, wenn der Wahlvorstand, in den seltenen Ausnahmefällen, in denen dem AG die vollständige Betriebseinstellung keinesfalls auch nur einmalig zugemutet werden kann, von dem Teil der AN der tatsächlich auf der Wahl-Betriebsversammlung anwesend ist, gewählt wird. Das demokratische Legitimationsdefizit wäre dann aufgrund der besonderen betrieblichen Umstände hinzunehmen. Da dieses Defizit aus der Sphäre des AG resultiert, erscheint es als widersprüchliches Verhalten, wenn sich der AG auf die Nichtigkeit der Wahl wegen dieses Legitimationsdefizits beruft.

6. Fazit:

Das BAG hat die umstrittene Rechtsfrage zu den Voraussetzungen für den Abbruch einer BR-Wahl unter konsequenter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Norm nachvollziehbar entschieden. Die vom Gesetzgeber und der Gesellschaft gewollte Demokratie im Betrieb sollte nicht an kleinlichen oder fiskalischen Erwägungen scheitern. Es ist daher darauf zu achten, dass die Position des BAG nicht durch neue Spielarten bei der Bestellung des Wahlvorstands vom Sinn her unterlaufen wird, was aufgrund der Entscheidung des LAG *Sachsen-Anhalts* möglich erscheint.

Der Entfristungsanspruch des befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds

RA Dr. Rüdiger Helm, München, RA Regina Bell, München, RA Regine Windirsch, Düsseldorf

Das ArbG München hat in seiner Entscheidung v. 8.10.10¹ den Entfristungsanspruch für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder herausgearbeitet. Der Entscheidung lag die Überlegung des Gerichts zugrunde, dass § 14 Abs. 2 TzBfG zur völligen Schutzlosigkeit von befristet beschäftigten Betriebsratsmitgliedern führt und daher hinter Art. 7 RL 2002/14/EG, der Konsultationsrichtlinie (K-RL), zurücktreten muss.² Art. 7 K-RL verlangt für Beschäftigtenvertreter iSd. K-RL einen Mindestschutz, der sich nach seinem Wortlaut aus einem »ausreichenden Schutz« und »ausreichenden Sicherheiten« zusammensetzen hat. Schutz und Sicherheiten gewährleisten gemeinsam die innere Unabhängigkeit bei der Aufgabenwahrnehmung. Die für das Funktionieren der Betriebsverfassung besonders in Betrieben mit hohem Befristungsanteil wichtige Entscheidung erfuhr hohe Aufmerksamkeit in Fachkreisen. Ablehnende Stimmen ließen in der folgenden Kontroverse nicht lange auf sich warten.

I. Nach der Entscheidung des ArbG München vom 8.10.10 ergangene, anderslautende Entscheidungen und abweichende Literaturstimmen

Fünf Kammern lehnten die Argumentation des ArbG München ab.³ Allen Entscheidungen liegt die Annahme zugrunde, dass »die fehlende Übernahme des Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine nach § 78 BetrVG verbotene Benachteiligung darstellen«⁴ kann. Das von Art. 7 K-RL geforderte Schutzniveau würde

¹ Bell/Helm, ArbG München, 24 Ca 861/10, AiB 2011, 267 ff, AuR 2011, 313.

² Helm/Hjort/Hummel, ArbR Aktuell 2011, 320858 = 2011, 397 ff; Däubler, dbr, 2011, 37 f.

³ ArbG Berlin 1.9.11, 33 Ca 5877/11; ArbG Braunschweig 2.11.11, 3 Ca 366/11 n. rk.; ArbG Hamburg 12.10.11, 26 Ca 123/11, das Verfahren endete am LAG durch Vergleich; LAG Berlin-Brandenburg 4.11.11, 13 Sa 1549/11, n. rk.; LAG München 18.2.11, 7 Sa 896/10, hier geht es aber um ein Ersatzmitglied und zusätzlich um Tarifausslegung.

⁴ PM zu LAG Berlin-Brandenburg aaO.

durch § 78 BetrVG hinreichend gewährleistet. »Der von Art. 7 der RL 2002/14 geforderte effektive Mindestschutz kann indes auch dadurch gewährt werden, dass im Rahmen von § 78 S. 2 BetrVG grundsätzlich von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast ausgegangen wird.«⁵ Die Gerichte verlangen zunächst die Darlegung eines Grundes für die abgelehnte Anschlussbeschäftigung. Die Schwelle wird indes sehr niedrig gelegt. »Ob die – von der Kl. insoweit auch eingeräumten – Mängel in ihrer Arbeitsweise der Kl. anzulasten sind oder ob diese durch die Arbeitssituation bei der Bekl. bedingt waren, ist insoweit unerheblich.«⁶ »Angesichts dieser Umstände ist es zumindest nachvollziehbar, dass sich die Bekl. gegen die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses entschieden hat.«⁷

Art. 7 K-RL verlangt, Mandatsträger gegen eine mögliche Benachteiligung im Amt durch »ausreichenden Schutz« und »ausreichende Sicherheiten« abzusichern. Allein mit § 78 BetrVG kann dies nicht gelingen. Zwar kann »die fehlende Übernahme des Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine nach § 78 BetrVG verbotene Benachteiligung darstellen.«⁸ Andererseits soll der Kausalzusammenhang zwischen der abgelehnten Anschlussbeschäftigung und dem Mandat des Betriebsratsmitglieds nachgewiesen werden, denn »eine Nichtübernahme eines BR ohne diese kausale Verknüpfung ist zulässig.«⁹ Der Nachweis eines Kausalzusammenhangs ist idR. aber bereits deshalb unmöglich, da es sich hierbei um einen Denkkakt handelt, der allenfalls in seltenen Ausnahmefällen nach außen dokumentiert wird.

Von einer tatsächlichen Vermutung einer Benachteiligung gehen die befassen Kammern nicht aus. Vielmehr soll ausreichen, dass »der AG andere Betriebsratsmitglieder übernommen habe«¹⁰, um eine Benachteiligung im Einzelfall auszuschließen. Auch das Begünstigungsverbot des § 78 BetrVG stehe der Anwendung dieser Norm zum Schutz befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder entgegen. »Die Privilegierung von Betriebsratsmitgliedern oder -ersatzmitgliedern durch befristete Fortsetzung oder Entfristung ihrer Arbeitsverhältnisse (...) würde zu einer vom BetrVG verbotenen Besserstellung (...) gegenüber anderen befristet beschäftigten AN führen, § 78 S. 2 BetrVG.«¹¹ Die befassen Kammern bleiben trotz dieser Problematik bei ihrer Auffassung, dass § 78 BetrVG der richtige Anknüpfungspunkt für die Gewährleistung des Gebots des Art. 7 K-RL ist, obwohl dieser in seinem Anwendungsbereich in Satz 2 ein Begünstigungsverbot enthält und andererseits Normen, die eine »angemessene Sicherheit« für Mandatsträger darstellen, auch tatsächlich begünstigende Regelungen sind, wie die §§ 15 KSchG, 78 a, 103 BetrVG belegen.

Weiter prüfen die Entscheidungen Benachteiligungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. »Zu diesem Zeitpunkt war im Zweifel noch nicht absehbar, dass der AN in den BR gewählt wird.«¹² Hier wird eine weitere Schwäche der Argumentation mit § 78 BetrVG deutlich. Denn die Norm müsste – wollte sie als Norm iSd. Art. 7 K-RL herangezogen werden – bezogen auf den Zeitraum der Amtstätigkeit und einer in diesem zeitlichen Zusammenhang stehenden Pflichtverletzung angewendet werden (etwa eine Störung aufgrund einer unterlassenen Handlungspflicht, die dann aber zunächst entwickelt werden müsste).

Die Kammern berufen sich ergänzend auf die *Holst*-Rspr. des *EuGH*¹³ und kommen zu dem Schluss, dass § 78 BetrVG die unionsrechtlichen Vorgaben gewährleiste. »Auch der *EuGH* hat in seiner Entscheidung v. 11.2.10, C-405/08 (...) festgehalten, Art. 7 der RL sei dahingehend auszulegen, dass er nicht verlange, ArbeitnehmervertreterInnen einen verstärkten Kündigungsschutz zu gewähren, sondern

lediglich bei Maßnahmen der Umsetzung der RL, sei es durch Gesetz oder TV, den in Art. 7 vorgesehenen Mindestschutz zu wahren.«¹⁴ Diese Argumentation beinhaltet zwei Annahmen. Zum einen wird unter Heranziehung des Zitats »Mindestschutz« aus der *Holst*-Rspr. geschlossen, dass diese Entscheidung so zu verstehen sei, dass Art. 7 K-RL nur »Schutz« fordere, zum anderen wird angenommen, dass § 78 BetrVG diesen »Schutz« biete.

Die *Holst*-Rspr. kann im Lichte der dieser Entscheidung zugrundeliegenden Norm nicht dahingehend verstanden werden, dass die zusätzlich zum »ausreichenden Schutz« von Art. 7 K-RL geforderten »ausreichenden Sicherheiten« nach Auffassung des *EuGH* gehalten seien. Auch kann nach der Begründung des Gesetzgebers zur Einführung des § 78 a BetrVG nicht davon ausgegangen werden, dass § 78 BetrVG eine die innere Unabhängigkeit eines Mandatsträgers schützende angemessene Schutz- und Sicherheitsgewährleistungsnorm darstellt.

In der Lit. unterstützt *Ulrici* den Ansatz der vorzitierten Entscheidungen. Er betont, ein »sachgerechter Schutz ist (...) nicht durch eine vermeintlich richtlinienkonforme Reduktion des § 14 Abs. 2 TzBfG, sondern allenfalls über ein § 78 a Abs. 2 BetrVG vergleichbares Fortsetzungsrecht zu gewährleisten.«¹⁵ Ihm sind auch übergeordnete Überlegungen wichtig. »Verfestigt sich die Rechtsansicht des ArbG *München*, werden befristet beschäftigte AN zukünftig geradezu ermutigt, sich in der Betriebsverfassung zu engagieren, weil sie hierdurch ihr befristetes Arbeitsverhältnis entfristen können.«¹⁶ Dem ist entgegen zu halten, dass es Sache des Normgebers ist, zu entscheiden, ob Anreize geschaffen werden sollen, falls Normen so verstanden werden. Mit dieser Argumentation ließe sich auch den §§ 78 a, 103 BetrVG, 15 KSchG eine Anreizwirkung unterstellen. *Lakies* hält dem ArbG *München* einen dogmatisch unzulässigen Ansatz vor, denn das Gericht sei aus der Gesetzesbindung entflohen.¹⁷ *Lakies* übersieht, dass der *BGH* in vergleichbaren Normenkonflikten »eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion, die – wie ausgeführt – im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist«¹⁸ verlangt, also nicht den Wortlaut, sondern die richtlinienkonforme Umsetzung des nationalen Rechts in den Mittelpunkt seiner Überlegungen stellt.

5 ArbG *Berlin*, aus den Gründen 3., b), bb).

6 ArbG *Berlin*, aus den Gründen 5., a), bb).

7 ArbG *Hamburg*, aaO.

8 PM zu LAG *Berlin-Brandenburg*, aaO.

9 LAG *Berlin-Brandenburg*, aaO. Rn 27.

10 PM zu LAG *Berlin-Brandenburg*, aaO.

11 LAG *München*, aaO. Rn 69.

12 ArbG *Braunschweig* aaO.

13 *EuGH* 11.2.10, Rs. C-405/08, AuR 2010, 273.

14 LAG *München* aaO.

15 *Ulrici*, *Juris Praxis-Report*, ArbG *München* 8.10.10, 24 Ca 861/10.

16 *Ulrici*, aaO.

17 *Lakies*, *ArbRAktuell* 2011, 447 ff.

18 *BGH* 26.11.08, VIII ZR 200/05, Rn. 34 f.

II. Ergänzende Überlegungen zu Art. 7 K-RL

Es reicht nicht, § 78 BetrVG bei gleichzeitiger Betonung des Begünstigungsverbotens zur Sicherung der Ziele des Art. 7 K-RL anzuwenden. Denn diese Norm enthält keine »Sicherheiten« iSd. Art. 7 K-RL, sondern ermöglicht die Abwehr von festgestellten Störungen. Sicherheiten aber schützen anlassunabhängig. Ebenfalls überzeugt es nicht, bei der gerichtlichen Prüfung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, da die Schutzfunktion des Art. 7 K-RL nicht auf den Vertragsschluss, sondern auf die Amtstätigkeit abstellt und damit der Schutz und die Sicherheiten für den Zeitraum ab Bekanntwerden der Kandidatur den darauf folgenden Zeitraum erfassen müssen.¹⁹ Die derzeit anerkannte Auslegung des § 78 BetrVG ist damit nicht kompatibel.²⁰

Bereits 1973 betonte der Gesetzgeber, dass die Betriebsverfassung ohne Einführung des § 78 a BetrVG keinen geeigneten Schutz für Mandatsträger mit befristetem Vertrag biete. »In jüngster Zeit haben sich Fälle gemehrt, dass Mitglieder von (...) BR, die in einem Berufsausbildungsverhältnis stehen, nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis übernommen worden und damit aus dem BR (...) ausgeschieden sind. Obwohl durch das neue BetrVG die Schutzvorschriften zugunsten der Mitglieder von betriebsverfassungsrechtlichen Organen erheblich verstärkt worden sind, besteht hinsichtlich der in Berufsausbildung beschäftigten Mitglieder noch eine Gesetzeslücke. Nach den Vorschriften des Berufsausbildungsgesetzes ist nämlich das Ausbildungsverhältnis grundsätzlich auf die Dauer der Ausbildungszeit befristet. Deshalb steht es dem AG frei, mit dem Auszubildenden nach Abschluss der Berufsausbildung einen Arbeitsvertrag abzuschließen oder nicht. Damit hat es der AG grundsätzlich in der Hand, Mitglieder der Jugendvertretung oder des BR aus ihren betriebsverfassungsrechtlichen Funktionen zu entfernen. Die Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen sollen jedoch ihr Amt unabhängig und ohne Furcht vor nachteiligen Folgen gerade auch im Hinblick auf den Stand ihres Arbeitsverhältnisses und ihrer beruflichen Entwicklung ausüben können. Deshalb soll durch den vorliegenden Entwurf die noch vorhandene Gesetzeslücke geschlossen werden, indem Mitglieder von Betriebsverfassungsorganen, die in einem Ausbildungsverhältnis stehen, grundsätzlich von Gesetz wegen in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen werden müssen.«²¹

Normzweck des § 78 a BetrVG ist somit, durch den grundsätzlichen Anspruch auf einen unbefristeten Vertrag, die innere Unabhängigkeit von Mandatsträgern zu gewährleisten. Diese Sicherheit wäre eine »ausreichende Sicherheit« iSd. Art. 7 K-RL. Nach seinem Wortlaut erfasst § 78 a BetrVG aber nur Auszubildende. Deren Durchschnittsalter beträgt 19,8 Jahre. Die Gruppe der außerhalb der Ausbildung beschäftigten Betriebsangehörigen ist deutlich älter. Mithin wirkt der eingeschränkte Anwendungsbereich des § 78 a BetrVG dann altersdiskriminierend, wenn man als Normzweck die Begründung des Gesetzgebers von 1973 heranzieht und aus Gründen des Unionsrechts eine Differenzierung nach Ausbildungsverhältnissen und Arbeitsverhältnissen bei der Auslegung der K-RL ablehnt. Denn der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht orientiert sich nicht an den nationalen Gepflogenheiten, sondern wird aus der jeweiligen RL abgeleitet.²² Die Gewährleistung von »Sicherheiten« iSd. Art. 7 K-RL darf sich bei diesem Richtlinienzweck nicht am Durchschnittsalter unterschiedlicher Gruppen von befristet tätigen Mandatsträgern unterscheiden.

*Buchholz*²³ hat einen weiteren Lösungsansatz herausgearbeitet. Er sieht eine Möglichkeit für eine unionsrechtskonforme Anwendung des § 78 BetrVG. Man müsse § 78 BetrVG zukünftig für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder entspr. dem Maßstab des § 78 a BetrVG und der zu dieser Norm ergangenen Rspr. auslegen. »Eine europarechtskonforme Auslegung des § 78 S.2 BetrVG bzw. § 8 BPersVG erfordere, an die Prüfung des Anspruchs des Betriebs- oder Personalratsmitglieds auf Verlängerung des Arbeitsvertrages bzw. unbefristete Weiterbeschäftigung zum Zeitpunkt des Befristungsendes dieselben Anforderungen zu stellen, wie § 78 a BetrVG und § 9 BPersVG dies bereits für den Anspruch auf Übernahme von Jugend- und Auszubildendenvertretern vorsähen. Zu verlangen sei, dass der AG auch in diesem Fall nachweisen müsse, dass ihm die Weiterbeschäftigung unzumutbar sei.«²⁴ »Allerdings reichen hierfür nicht schon solche betriebsbedingten Gründe aus, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 KSchG rechtfertigen. An die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sind (...) strenge Anforderungen zu stellen. Dem AG muss sie schlechterdings nicht zumutbar sein. Eine Weiterbeschäftigung ist daher aus betrieblichen Gründen unzumutbar, wenn (...) im Fall von Betriebsratsmitgliedern beim Befristungsende kein entspr. freier Arbeitsplatz vorhanden ist. Hierbei ist anders als im öD nicht auf den Betrieb, sondern auf das UN abzustellen.«²⁵

Diese Überlegungen verfolgen das Ziel der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts. Sie erkennen an, dass die K-RL eine rechtliche Überprüfung nicht bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern bezogen auf das Befristungsende und die Ablehnung der Anschlussbeschäftigung verlangt.

Buchholz lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass § 78 a BetrVG als Ausnahmenvorschrift nicht analogiefähig sei. Die Norm hat 1973 (fast) alle tatsächlichen Fälle befristeter Verträge von Mandatsträgern erfasst, ihr finales Ziel war der Regelfall, nicht die Ausnahme.

*Däubler*²⁶ fasst die Erkenntnisse des ArbG *München* zum Entfristungsanspruch so zusammen: »Die Entscheidung betritt Neuland. Sie stellt zu Recht fest, dass befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder nicht die nötige Unabhängigkeit vom AG besitzen, weil sie bei einem Auslaufen ihres Arbeitsvertrages ohne weiteres aus dem Betrieb ausscheiden und ihr Mandat verlieren. Bisher hat man dies klaglos hingenommen und in der Lit. allenfalls dann eine Ausnahme erwogen, wenn der gesamte BR seine Unabhängigkeit einbüßte, weil er überwiegend aus befristet Beschäftigten bestand.« Fest steht für ihn: »Zwar verlangt die RL nicht notwendigerweise einen Kündigungsschutz nach dem Muster des § 15 KSchG (...) und des § 103 BetrVG, doch verbietet sie die hier vorliegende völlige Schutzlosigkeit. Eine Norm, die einen solchen Zustand herbeiführt, lässt sich daher nicht mit der Richtlinie vereinbaren und muss richtlinienkonform in der Weise ausgelegt werden, dass sie in solchen Fällen gegenüber Art. 7 der RL zurücktritt. Mangels Rechtsgrundlage ist die Befristung unwirksam.«²⁷

¹⁹ *Däubler*, aaO.

²⁰ *Buchholz*, ZBVR online 9/2011, 24 ff.

²¹ BT-Drs. v. 26.10.1973, 7/1170.

²² *EuGH* 11.11.10, Rs. C-232/09, *Danosa*, Rn. 39, *AuR* 2011, 311.

²³ *Buchholz*, ZBVR online 9/2011, 24 ff.

²⁴ *Buchholz* aaO., 32.

²⁵ *Buchholz* aaO., 29.

²⁶ *Däubler*, dbr 6/2011, 37 f.

²⁷ *Däubler* aaO.

III. Inhalt und Gebot des Art. 7 K-RL

1. Die Gewährleistung der inneren Unabhängigkeit im Unionsrecht

Die Konsultationsrichtlinie folgt strenger noch als die Betriebsverfassung dem Konzept einer sanktionsbewehrten Handlungspflicht in Art. 8 K-RL, flankiert durch einen zu gewährleistenden Schutz mit einem konkreten Ausgestaltungsgebot in Art. 7 K-RL. Zu diesem Schutz gehören sich auf den Zeitraum der Amtstätigkeit beziehende angemessene Sicherheiten für Mandatsträger.²⁸

2. Die Gewährleistung der inneren Unabhängigkeit im nationalen Recht

Letztendlich unterscheidet sich hier das unionsrechtliche kaum von dem betriebsverfassungsrechtlichen Schutzkonzept. Betriebsratsmitglieder agieren in einem potentiell konfliktbehafteten Verhältnis zum AG, zu dem durch den Arbeitsvertrag ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht. Folge ist, dass – ohne besondere Vorkehrungen und rechtliche Schutznormen – befristet beschäftigte Interessenvertreter, die ihren durch die RL untermauerten Auftrag ernst nehmen, nicht immer mit einer Weiterbeschäftigung nach Auslaufen ihrer Befristung rechnen können. Im Wissen um dieses Risiko werden daher befristet Beschäftigte gar nicht erst für den BR kandidieren oder tendenziell den Konflikt mit ihrem AG scheuen, also ein etwa übernommenes Mandat zurückhaltend bis ängstlich wahrnehmen. Für das befristet beschäftigte Betriebsratsmitglied ist der Anschlussvertrag entscheidend. Nur dieser kann seinen Verbleib im Betrieb und damit seine wirtschaftliche Sicherheit gewährleisten. »Ausreichender Schutz« und »ausreichende Sicherheiten« iSd. Art. 7 K-RL fehlen, wenn Mandatsträger auf ein Prekarium angewiesen sind, ein Rechtsverhältnis, welches nur dadurch entstehen kann, dass jemand freiwillig einem anderen ein Recht einräumt.

3. Das finale Gebot des Art. 7 K-RL

Art. 7 K-RL gebietet einen Mindestbestandsschutz. Dieser muss sich aus zwei Elementen zusammensetzen: Dem »ausreichenden Schutz« und den »ausreichenden Sicherheiten«. Gerade das zweite Element des Gebots des Art. 7 K-RL wird schnell übersehen, weil beide Elemente mit dem Wort »Mindestschutz« regelmäßig zusammenfassend beschrieben werden. Die Reduzierung auf das eine Element »ausreichender Schutz« wird Art. 7 K-RL jedoch gerade nicht gerecht.

a. Der Wortlaut

Art. 7 K-RL verlangt im dt. Text, dass Arbeitnehmervertreter »einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen.« In der englischen Fassung lautet die zitierte Passage: »enjoy adequate protection and guarantees to enable them to perform properly the duties which have been assigned to them.« Zu gewährleisten sind Arbeitnehmervertretern nach dem Unionsrecht Schutz iSv. »protection« und Sicherheiten iSv. »guarantees«.

»Als Schutz wird eine Aktion oder eine Vorkehrung gegen eine Bedrohung, gegen eine Unsicherheit oder mögliche unangenehme Er-

eignisse bezeichnet. Das Wort kommt vom mhd. schützen – vor etwas bewahren, hüten oder verteidigen.«²⁹ Diese zitierte Definition wird dem englischen Begriff »protection« gerecht. Es geht um Vorkehrungen gegen ein Risiko unabhängig davon, ob dieses tatsächlich eintritt. Der Schutz werdender Mütter ist durch die entsprechenden Normen gewährleistet, unabhängig davon, ob im konkreten Betrieb ein Risiko tatsächlich besteht.

»Sicherheit bezeichnet einen Zustand, der frei von unvermeidbaren Risiken der Beeinträchtigung ist oder als gefahrenfrei angesehen wird« (vgl. auch de.wikipedia.org/wiki/Sicherheit). Kreditverträge werden mit Sicherheiten verbunden, unabhängig davon, ob diese von dem Kreditgeber dann tatsächlich in Anspruch genommen werden müssen. Sicherheiten sind Schutzmechanismen, die unabhängig von dem Nachweis einer tatsächlichen Benachteiligung, diese von vornherein unterbinden und damit eine innere Unabhängigkeit bei der Amtsausübung erst gewährleisten. Art. 7 K-RL verlangt kumulativ Schutz und Sicherheiten.

b. die Systematische Stellung

Eine weitere Hilfe bei der Auslegung des finalen Auftrags des Art. 7 K-RL ist die daran angeknüpfte Sanktionsandrohung des Art. 8 K-RL. Die Arbeitnehmervertreter sind einer Sanktionsandrohung ausgesetzt. Der Schutz ist also bereits nach der Richtlinien-systematik kein Selbstzweck, sondern verknüpft mit der Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung.

c. Die Grundrechtecharta (GRC)

Die GRC ist nicht wie eine nationale Verfassung unmittelbar auf Lebenssachverhalte anzuwenden, sondern findet ausweislich des Art. 51 Abs. 1 GRC ausschließlich auf die Auslegung und Umsetzung des Unionsrechts Anwendung.³⁰ Es bedarf immer einer unionsrechtlichen oder aus dem Unionsrecht abgeleiteten Bezugnahmenvorschrift, die im Lichte der GRC auszulegen ist. Besondere Bedeutung kommt hier den Art. 28 und 30 GRC bei der Auslegung des Art. 7 K-RL zu.

Art. 28 GRC garantiert das Recht auf Kollektivverhandlungen. Neben den Rechten der Tarifvertragsparteien schützt diese Norm das Recht auf Kollektivverhandlungen nach der K-RL.³¹ Der Schutz erstreckt sich auf die Rechte der Kollektivpartner und der handelnden Individuen.³² Hierher passt auch das in der Kommentarliteratur als schützenswert anerkannte Ziel der Amtskontinuität, denn eine gewisse Stabilität der Zusammensetzung des Betriebsrats ermöglicht erst Kollektivverhandlungen, die sich bei Themen wie dem Arbeitsschutz über Jahre hinziehen können.

Weiter ist Art. 30 GRC als Jedermenschenrecht ausgestaltet. Der europäische Entlassungsbegriff³³ iSd. Art. 30 GRC meint die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ganz allgemein und erfasst das Auslaufen befristeter Beschäftigungsverhältnisse. *Rebhahn* hat bereits 2003 darauf verwiesen, dass die GRC »manche Formen der Befristun-

²⁸ vgl. *EuGH* 11.2.10, Rs. C-405/08, *Holst*, Rn 49.

²⁹ vgl. auch de.wikipedia.org/wiki/Schutz.

³⁰ vgl. *BAG* 8.12.11, 6 AZN 1371/11, Rn. 12.

³¹ *Riedel* in Meyer [Hrsg.]: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 27.

³² *Riedel*, aaO., Art. 28, Rn. 28.

³³ termination of employment.

gen wohl verbieten« wird.³⁴ Entstehungsgeschichtlich führt Art. 30 GRC zu Art. 24 Revidierte Europäische Sozialcharta (RESC) v. 3.5.1996. Art. 24 RESC war Ausgangspunkt für die Diskussion im Grundrechtekonvent über den heutigen Art. 30 GRC. An diesem orientierte sich der 1. Präsidiumsvorschlag v. 27.3.00.³⁵ Die von vielen europäischen Staaten – nicht jedoch von Deutschland – ratifizierte RESC kennt in ihrem Art. 24 ein Recht auf Schutz vor Entlassungen. Der zu der RESC ebenfalls verabschiedete Anhang nennt Fallgruppen, wann typischerweise eine ungerechtfertigte Entlassung vorliegt. Danach liegen keine triftigen Gründe für eine Entlassung vor, wenn »sich jemand um das Amt eines Arbeitnehmervertreters bewirbt, ein solches Amt ausübt oder ausgeübt hat.«³⁶ Mit dem Inkrafttreten der GRC ist der Anhang zu Art. 24 RESC und die vormalige Norm selbst eine Auslegungshilfe zur Auslegung des Art. 30 GRC, der in unionsrechtsrelevanten Zusammenhängen einen Mindestbestandsschutz für das Arbeitsverhältnis garantiert. Im Amtsblatt der Union wird der Bezug auf Art. 24 RESC ausdrücklich als Auslegungshinweis hervorgehoben.³⁷

Riedel betont, dass die »Tätigkeit als BR« ein von Art. 30 GRC geschützter Lebenssachverhalt ist.³⁸ Wie der Schutz zu gewährleisten ist, richtet sich nach den nationalen Rechtsordnungen. Das Schutzmittel selbst ist in Art. 30 GRC nicht ausdrücklich benannt, jedoch dessen finale Ausrichtung: »(...) Schutz vor ungerechtfertigten Entlassungen«. Dabei erfasst der Begriff der Entlassung iSd. Charta nicht nur die arbeitgeberseitige Kündigung, sondern wie ausgeführt jede Beendigung des Arbeitsverhältnisses, somit auch die Nichtentfristung von Arbeitsverhältnissen.³⁹ Die Schutzrichtung im dt. Recht für Arbeitnehmervertreter ist wie für alle Beschäftigten der Bestandsschutz.

d. Schlussfolgerung

Die oben zit. Rspr. übersieht, dass eine Auslegung und unionsrechtskonforme Anwendung des § 78 BetrVG nur – und wenn überhaupt – unter Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 7 K-RL möglich ist. Wenn man der Auffassung folgt, dass § 78 BetrVG das Instrument zur Umsetzung der Vorgaben des Art. 7 K-RL ist, dann muss für unionsrechtrelevante Sachverhalte eine Auslegungsmethode iSv. Buchholz gewählt werden, die die Verwirklichung des Art. 7 K-RL gewährleistet. Dies gebietet der Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung, nach dem höherrangiges Gemeinschaftsrecht auch der Bestimmung des Inhalts der nachrangigen Umsetzungsnorm dient.⁴⁰ Noch überzeugender erscheint entsprechend dem zuvor dargestellten Ansatz des BGH die teleologische Reduktion der Anwendung der §§ 14 Abs. 2, 15 TzBfG. Dieser Weg entspricht auch der Vorgabe des *EuGH*, gegen europäisches Primärrecht verstoßendes nationales Recht in Kollisionsfällen nicht anzuwenden.

IV. Ergebnis

1. Bestehen einer Schutzlücke

»Im dt. Arbeitsrecht besteht insofern eine Regelungslücke, als ein AN im sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis, gestützt auf § 14 Abs. 2 TzBfG, keinen ausreichenden arbeitsrechtlichen Mindestschutz vor der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch Fristablauf erfährt.«⁴¹ »Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlangt jedoch, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung

sichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung der danach anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen RL zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der RL verfolgten Ziel übereinstimmt.«⁴² »Bei verspäteter Umsetzung einer RL besteht die allg. Verpflichtung der nationalen Gerichte, das innerstaatliche Recht richtlinienkonform auszulegen.«⁴³

Im Fall der K-RL hat der dt. Gesetzgeber angenommen, dass die dortigen Regelungen bereits dem nationalen Recht entsprächen. In der »Mitteilung der Kommission an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung der Anwendung der RL 2002/14/EG in der EU« wird unter Ziff. 2.1 festgehalten, dass zwei Länder (Deutschland und Österreich) »der Kommission mitgeteilt [haben], dass ihre geltenden Rechtsvorschriften bereits den Anforderungen der RL entsprechen.«⁴⁴ Denn die BReg und die einbezogenen Verbände und Gewerkschaften hatten 2007 die Problematik der befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieder übersehen. Darüber hinaus stimmt es, dass Betriebsratsmitglieder durch die §§ 103, 78 a BetrVG, 15 KSchG den von Art. 7 K-RL gebotenen Schutz genießen. Erst bei der atypischen Konstellation des befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds zeigt sich die Lücke, wie sie vor Erlass des § 78 a BetrVG auch für Azubi bestanden hat.

2. Der Lösungsansatz des BGH: teleologische Reduktion

Planwidrige Regelungslücken können nach den allg. juristischen Auslegungsmethoden geschlossen werden. Eine im dt. Recht bestehende Auslegungsmethode ist die teleologische Reduktion. Im Wege der teleologischen Reduktion wird der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm von der Rspr. oder Wissenschaft so beschränkt, dass Sachverhalte, die nach dem Wortlaut der Norm, hier von § 14 Abs. 2 TzBfG an sich erfasst würden, von der Anwendung der Norm ausgeschlossen werden. Voraussetzung für die teleologische Reduktion ist, dass die vom Wortlaut umfassten Fälle der inneren Teleologie (= Zielsetzung) des (Verfassungs-) Gesetzes widersprechen. Der *EuGH* verlangt wiederum von den nationalen Gerichten, die Auslegungsmethode zu wählen, die den Vorgaben der RL gerecht wird.⁴⁵

Tatsächlich ist der Wortlaut einer Norm für die vom Unionsrecht gebotene Auslegung oft nachrangig. »Die Grenze der EU-konformen Auslegung bildet zwar grundsätzlich der Wortlaut des nationalen

³⁴ *Rebhahn*, ZFA 2003, 163 (180).

³⁵ *Riedel*: aaO., Art. 28 Rn. 7.

³⁶ Anhang zu der RESC v. 3.5.1996, lit. 3 b zu Art. 24 RESC.

³⁷ Amtsblatt der EU v. 14.12.07 [DE], C 303/17 ff., (S. 27).

³⁸ *Riedel*, aaO., Art. 30 Rn. 15.

³⁹ *Riedel*, aaO. Art. 30 Rd. 15.

⁴⁰ vgl. *Riesenhuber* in *Riesenhuber*: Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. § 11 Rn. 49; *Leible/Domrose*, ebd., § 9 Rn. 42–49.

⁴¹ ArbG München 8.10.10, 24 Ca 861/10.

⁴² *EuGH* 23.4.09, C-378/07, *Angelidaki*.

⁴³ *EuGH* 4.7.06, RS. C-212/04, *Adeneler ua*, Rn. 115.

⁴⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel, den 17.3.08 KOM(2008) 146 endgültig, {SEC(2008) 334}.

⁴⁵ *EuGH* 22.11.05, Rs. C-144/04, *Mangold*, Rn. 77, AuR 2006, 167 mit Anm. Schiek, AuR 2006, 145; *EuGH* 19.1.10, Rs. C-555/07 *Kücükdeveci*, Rn 51, AuR 2010, 264, mit Anm. *Laskawy/Rehsfeld*.

Umsetzungsrechts. Die Gerichte haben aber alle ihnen zu Gebot stehenden Mittel der Auslegung zu nutzen, um ein der Richtlinie entsprechendes Rechtsanwendungsergebnis zu erzielen. Sie müssen deshalb die Techniken, mit denen im nationalen Kontext Normenkonflikte vermieden werden, auch in einem Konflikt des nationalen mit dem EU-Recht anwenden. Dieses Anforderungsprofil relativiert die Wortlautgrenze stark.⁴⁶

Dieses Prinzip beschreibt auch der BGH in einer jüngeren Entscheidung. »Der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung lässt sich schließlich nicht entgegenhalten, sie laufe auf eine horizontale Direktwirkung der RL hinaus, die dieser nicht zukomme (...). Um eine unmittelbare Anwendung der RL geht es hier jedoch nicht, auch nicht in Form einer (lediglich) negativen Anwendung der RL im Verhältnis zwischen Privaten (...). Der Senat beschränkt sich vielmehr auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion, die – wie ausgeführt – im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.«⁴⁷ In diesem Urteil v. 26.11.08 greift der BGH die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH v. 17.4.08⁴⁸ zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Nichtvereinbarkeit des Art. 3 RL 1999/44/EG mit § 439 Abs. 4 BGB auf. Der BGH wählt zur Korrektur der früheren Rechtsprechung die Technik der teleologischen Reduktion. Diese soll nach Diehl auch zukünftig in vergleichbaren Konfliktfällen zur Anwendung kommen.⁴⁹

Mit dem Instrument der teleologischen Reduktion zum Zwecke der primärrechtskonformen Auslegung lassen sich die Ziele des Unionsrechtsgebers zur Gewährleistung des Schutzes und von Sicherheiten von Betriebsratsmitgliedern gegen im konkreten Fall allzu oft nicht zu beweisende Risiken gewährleisten. Dass die §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 1 TzBfG viele Fallgruppen erfassen, die nicht die K-RL betreffen, ist dabei unerheblich. Bei dem Rückgriff auf nationale Generalklauseln ist es ähnlich wie in dem Fall der überschießenden Umsetzung,

»nach der Rspr. des EuGH [ist] lediglich [geboten], dass der Rechtsanwender klar erkennen kann, wie die von der RL erfassten Fälle behandelt werden sollen.«⁵⁰

3. Schlussfolgerung

Eine Regelung wie §§ 14 Abs. 2 iVm. 15 Abs. 1 TzBfG, die einen Zustand völliger Schutzlosigkeit für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder herbeiführt, ist nicht mit dem Primärrecht, insbes. nicht mit Art. 7 K-RL zu vereinbaren und muss unionsrechtskonform in der Weise ausgelegt werden, dass sie nach den Grundsätzen des Vorrangs des Primärrechts gegenüber Art. 7 K-RL durch Heranziehung der Auslegungsmethode der teleologischen Reduktion zurücktritt⁵¹ oder dass – hierauf stützen sich die Autoren hilfsweise – § 78 S. 1 BetrVG angelehnt an den Schutz- und Prüfungsmaßstab des § 78 a BetrVG unionsrechtskonform ausgelegt wird⁵² und dass maßgeblicher Anknüpfungzeitpunkt für die Gewährleistung des ausreichenden Schutzes und der ausreichenden Sicherheiten der Zeitpunkt ist, zu dem die K-RL das Bestehen des Schutzes und der Sicherheiten voraussetzt⁵³, nämlich mit Bekanntwerden der Kandidatur.

46 Schmidt-Räntsch in Riesenhuber: Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 77; Hervorhebung, die Autoren.

47 BGH 26.11.08, VIII ZR 200/05, Rn. 34 f.; Hervorhebung, die Autoren.

48 Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433.

49 Vgl. Anm. zu BGH 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nationalen Rechts bei fehlerhafter Umsetzung einer EG-RL von RiOLG Heinz Diehl in: ZfS 2009, 205 f.

50 Schmidt-Räntsch, aaO. Rn. 81 zur überschießenden Umsetzung.

51 Däubler aaO., ArbG München aaO.; Helm/Hjort/Hummel aaO.

52 Buchholz, aaO., S. 24 ff.; zu beachten sind dann die Hinweise zur Antragstellung von Lakies, aaO.

53 Däubler aaO., ArbG München aaO.; Helm/Hjort/Hummel aaO.

Das »ESUG« aus Arbeitnehmersicht – zweiter Teil

Andrej Wroblewski, Jurist im Ressort Arbeits- und Sozialrecht/BAV, IG Metall Frankfurt/IM.

Im 1. Teil (AuR 2012, 188 ff.) ging es um die durch das ESUG gesteigerten Einflussmöglichkeiten der AN-Vertreter in vorläufigen und endgültigen Gläubigerausschüssen, (v)GA. Nun zu den Neuerungen der Eigenverwaltung (EV), dem neu eingeführten »Schutzschirmverfahren« und dem reformierten Insolvenzplan (IP). Eine umfassende Darstellung dieser besonderen, vom Regelverfahren abweichenden Verfahrensarten¹, ihres durch die Reform erreichten Standes² und der weiteren Teile des ESUG wie zB. der Insolvenzstatistik kann und soll hier nicht erbracht werden; lediglich für die Beratung und Vertretung von AN besonders bedeutsame Neuerungen der Regelungsmaterien EV, Schutzschirm und IP wurden herausgegriffen.

IV. Eigenverwaltung (EV) und Schutzschirm

Die EV ist bislang Rarität; sie wurde 2009 in 0,6 %, 2010 in 0,9 % der Insolvenzverfahren angeordnet.³ Der insolvente Schuldner führt an-

1 Zum Stand vor dem ESUG: Bichlmeier/Wroblewski, Das Insolvenzhandbuch für die Praxis, 3. Auflage, 2010, Teil 5 Rn. 81 ff (Eigenverwaltung); Rn. 1 ff (Insolvenzplan); Zwanziger, Komm. z. ArbR der InsO, 4. Aufl. 2010, Einführung Rn. 268 ff.

2 Zu den Neuerungen durch das ESUG zB.: Gesamtdarstellungen zum ESUG: Römermann, NJW 2012, 645; Zwanziger, BB 2011, 887; Hirte/Knof/Mock, DB 2011, 632, 693; Obermüller, ZInsO 2011, 1809; zum Insolvenzplan: Heinrich, NZI 2012, 235; zur Eigenverwaltung: Wuschek, ZInsO 2012, 116; zum Schutzschirmverfahren: Desch, BB 2011, 841.

3 HK-InsO/Landfermann, Vor §§ 270 ff, Rn. 14.