

Betriebsratsmitglieder in der Befristung - Der altersdiskriminierende Ansatz des § 78a BetrVG

RA Matthias Mücke; RA Michael Huber; RA Dr. Rüdiger Helm, [www.arbeitnehmeranwaelte](http://www.arbeitnehmeranwaelte.de), München

Die Autoren untersuchen nachfolgend, ob die unterschiedliche Gewährleistung von Schutz und Sicherheiten für Betriebsratsmitglieder mit einem befristeten Arbeitsvertrag und für solche mit einem (befristeten) Ausbildungsvertrag ein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung sein kann.

I. Die Ausgangslage

1973 erkannte der Gesetzgeber, dass § 78 BetrVG befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder gegen Risiken der Amtsausübung nicht ausreichend sichert. Seitdem haben befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder einen Anspruch auf einen unbefristeten Anschlussvertrag, sofern sie sich in einer Ausbildung befinden. Befristet beschäftigten Mandatsträgern, die sich nicht in einer Ausbildung befinden, steht diese Option nicht zu. Wenn sie ihr Amt aktiv wahrnehmen, müssen sie damit rechnen, dass der Arbeitgeber ihnen keinen Anschlussvertrag anbietet und das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf endet. Dieses Risiko ist umso höher, wenn die Amtszeit mit schwerwiegenden betrieblichen Konflikten zusammenfällt. Derzeit sind Mandatsträger mit befristetem Vertrag also schutzlos gestellt, sofern sie nicht im Rahmen einer Ausbildung Sicherheiten durch § 78a BetrVG erfahren. Dieses Ergebnis begegnet zu Recht Kritik.

Während 1973 befristete Verträge fast ausschließlich zur Ausbildung geschlossen wurden, betreffen Befristungen heute besonders bei Neueinstellungen alle Berufsgruppen und Tätigkeiten. Die 1973 vom Gesetzgeber geschlossene Schutzlücke wurde ab dem 26.04.1985 durch die BeschFG und das TzBfG schrittweise wieder geöffnet. Art. 7 und 8 K-RL verlangen aber einen lückenlosen Schutz und lückenlose Sicherheiten für Mandatsträger. Die Diskussion um die (fehlenden) Sicherheiten für befristet beschäftigte Mandatsträger wurde aktuell durch eine Entscheidung des ArbG München (ArbG München, ArbRAktuell 2011, 103 m. Anm. Deeg) zur unionsrechtskonformen Anwendung des nationalen Rechts in Hinblick auf Art. 7 K-RL ausgelöst (s. u., a. *Helm/Hjort/Hummel*, ArbRAktuell 2011, 397; *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2011, 619; *Lakies*, ArbRAktuell 2011, 321790).

Hier soll eine andere Folge für das Schutzkonzept der Betriebsverfassung durch das schrittweise ausgeweitete Befristungsrecht ohne entsprechende Anpassung des § 78 a BetrVG erörtert werden. Bei der Einführung des § 78a BetrVG wollte der Gesetzgeber gerade befristet beschäftigten Mandatsträgern Bestandsschutz gewähren. Der mangels Anpassung des § 78a BetrVG entstandene nunmehr ausschließliche Schutz von Auszubildenden kann als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gesehen werden.

II. § 78a BetrVG sollte eine Schutzlücke schließen

1973 erkannte der Gesetzgeber nur ein Jahr nach Erlass des § 78 BetrVG, dass ohne eine Gesetzesänderung die innere Unabhängigkeit von Mandatsträgern mit befristetem Vertrag nicht gewährleistet wäre. Die Hoffnung auf den Anschlussvertrag und die damit verbundenen existentiellen Ängste stellen ein Hemmnis für die - gesetzlich vorgesehene - unabhängige Amtsausübung dar: *„Nach den Vorschriften des Berufsausbildungsgesetzes ist nämlich das Ausbildungsverhältnis grundsätzlich auf die Dauer der Ausbildungszeit befristet. Deshalb steht es dem Arbeitgeber frei, mit dem Auszubildenden nach Abschluss der Berufsausbildung einen Arbeitsvertrag abzuschließen oder nicht. Damit hat es der Arbeitgeber grundsätzlich in der Hand, Mitglieder aus der Jugendvertretung oder des Betriebsrats aus ihren betriebsverfassungsrechtlichen Funktionen zu entfernen. 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.“* (BT-Drucksache v. 26.10.1973, 7/1170). Aus der Gesetzesbegründung geht deutlich hervor, dass der Handlungsbedarf aus der Eigenschaft der Befristung des Vertrages abgeleitet wurde. Sie legt nahe, dass der Gesetzgeber 1973 auch heute übliche Befristungsfälle erfasst hätte, wenn diese damals bereits möglich gewesen wären.

III. Der Regelungsinhalt des § 78a BetrVG im Kontext seiner Zeit

Als im Jahr 1973 der § 78a BetrVG eingeführt wurde gab es ein mit dem TzBfG vergleichbares Befristungsrecht nicht. Vor fast 40 Jahren gab es zwar bereits Beschäftigungsverhältnisse die auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurden, diese bildeten damals jedoch eine seltene Ausnahme, da die Rechtsprechung wegen des Leitbilds des unbefristeten Vertrages enge Grenzen für die Zulässigkeit von sachgrundbefristeten Verträgen heranzog. Der Maßstab für jeden befristeten Vertrag war damals, dass für die Zulässigkeit einer Befristung eine Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes nicht vorliegen durfte. Dagegen war der Ausbildungsvertrag eine gesetzlich erlaubte Befristungsform, die durch diese Rechtsprechung nicht überwunden werden konnte.

Die heute verbreiteten Befristungen werden mit wachsender Regelmäßigkeit zum Normalfall. Nach einer Studie des IAB waren im Jahr 2001 1,7 Mio. Menschen, im Jahr 2011 bereits 2,7 Mio. Menschen befristet beschäftigt (*Hohendanner*, IAB-Kurzbericht 14/2010). Der Anteil der befristeten Neueinstellungen nahm seit 2001 von 32 % bis auf 47 % im Jahr 2009 zu. Mit der Zunahme der Befristungen nimmt auch die Zahl befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder zu, zumal alle Beschäftigtengruppen im Betriebsrat vertreten sein sollen, § 15 BetrVG. Diese Entwicklung unterstreicht wiederum die Notwendigkeit angemessener Sicherheiten für befristet beschäftigte Mandatsträger, wie sie Art. 7 K-RL verlangt.

Kann § 78a BetrVG, der angemessene Sicherheiten für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder in der Ausbildung vorsieht, auf alle befristet Beschäftigten angewendet werden? Dies wäre dann der Fall, wenn dessen Wortlaut Beschäftigtengruppen diskriminierend ausschließt, ohne dass dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt wäre. Damit muss auch die Frage aufgeworfen werden, ob die Regelung des § 78a BetrVG im Falle einer wortlautgetreuen Anwendung der Regelung nicht dem Verbot der Diskriminierung auf Grund des Lebensalters entgegensteht und daher eine Auslegung über den Wortlaut hinaus unionsrechtlich geboten ist (*Riesenhuber/Schmidt-Räntsch*: Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 77).

IV. Vereinbarkeit des Anwendungsbereichs des § 78 a BetrVG mit der RL 2000/78/EG

Nach den Vorgaben des Art. 2 II b) der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (G-RL, 2000/78/EG) sowie nach § 3 II AGG liegt eine mittelbare Diskriminierung (Benachteiligung) aufgrund des Alters vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen ihres Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Typischerweise belegen junge Menschen einen Ausbildungsplatz und genießen, sofern sie in ein Mandat gewählt werden, die besonderen Sicherheiten dieser Norm. Auszubildende stellen den jüngsten abgrenzbaren Teil der Beschäftigten dar. Nach dem Berufsbildungsbericht 2011 des Bundesinstituts für Berufsbildung betrug das Durchschnittsalter aller Auszubildenden im Jahr 2009 im Bundesgebiet 19,8 Jahre. Den größten Anteil davon mit 17,1 % bildet die Gruppe der 17-jährigen. Die Gruppe der Auszubildenden die 40 Jahre oder älter sind, stellt einen Anteil von 0,2 % dar.

Betrachtet man die Gruppe der „Nicht-Auszubildenden“ mit befristetem Vertrag ist dieser Personenkreis im Durchschnitt deutlich älter. Das statistische Bundesamt hat eine Verbreitung befristeter Verträge auf alle Altersgruppen bei einer ursprünglich stärkeren Betroffenheit von Berufsanfängern festgestellt (*Grau*, Statistisches Bundesamt: Befristete Beschäftigung: Jeder elfte Vertrag hat ein Verfallsdatum, 16.03.2010). In der Gruppe der über 50-jährigen Erwerbstätigen haben 4,7 %, in der Gruppe der 40 bis unter 50-jährigen 6,1 % und in der Gruppe der 30 bis 40-jährigen 9,3 % der Erwerbstätigen einen Vertrag mit Verfallsdatum.

Bei einer Vergleichsbetrachtung muss darüber hinaus berücksichtigt werden, dass Befristungskarrieren von mindestens zwei Jahren mit der Gruppe der Auszubildenden zu vergleichen wären, wenn es um die unterschiedliche Behandlung im Falle der Mandatsübernahme geht. Dann dürfte die Betroffenheit älterer Beschäftigter wegen der Verbreitung befristeter Erstverträge noch deutlicher werden. Ihrem Alter nach unterscheidet sich damit die Gruppe der zur Ausbildung befristet Beschäftigten von den Gruppen der anderweitig befristet Beschäftigten.

Sobald ein Gesetz sich in seiner Wirkung auf derart unterscheidbare Altersgruppen erstreckt, ist stets die Frage nach dem legitimen Ziel aufzuwerfen: Grundsätzlich können nach Art.6 der Richtlinie 2002/78/EG Ungleichbehandlungen des Alters wegen nach nationalem Recht gerechtfertigt sein, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich sind. Ein solches Ziel kann nach der Richtlinie auch aus dem Bereich der beruflichen Bildung stammen.

Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Regelung und damit gleichzeitig der Zweck der mittelbar altersbedingten Unterscheidung wurde hier dargestellt. Jedoch ist nach alledem der ursprüngliche Zweck, den mandatsbedingten Risiken befristet Beschäftigter entgegenzuwirken, um diesen – damals betraf es nur Auszubildende – dieselbe Unabhängigkeit wie den übrigen Funktionsträgern zu sichern. Dagegen wäre ein § 78a BetrVG für Zwecke der Ausbildung nie erforderlich gewesen. Sein Ziel ist die innere Unabhängigkeit der Mandatsträger mit befristetem Vertrag (*Richardi*, BetrVG § 78a Rn. 2). Dies gewährleistet der Wortlaut des § 78a BetrVG nur noch für Beschäftigte in Ausbildung, nicht jedoch für andere befristet Beschäftigte. Hierdurch ist erst eine Unterscheidung zwischen den Beschäftigten unterschiedlichen Alters entstanden. Dieses von § 78a BetrVG verfolgte und nicht im Zusammenhang mit der Ausbildung stehende Ziel, rechtfertigt die Herausnahme von Mandatsträgern, die ebenfalls befristet, aber nicht zur Ausbildung beschäftigt sind, nicht. Ähnlich wie dies die *Küçükdeveci*-Entscheidung des EuGH (ArbRAktuell 2010, 64 m. Anm. *Lingemann*) für die unterschiedliche Behandlung von Altersgruppen bei Kündigungsfristen nach dem BGB festgestellt hat, wurde hier eine Norm, die mittelbar Altersgruppen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich behandelt, nicht an die Entwicklung des Unionsrechts angepasst.

V. Gewährleistung des Unionsrechts

Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, a.a.O.) hat eine primärrechtswidrige nationale Norm hinter das Unionsrecht zurückzutreten. Für eine unionsrechtskonforme Anwendung wäre § 78a BetrVG nach den nationalen Auslegungsmethoden so auszulegen, dass eine Verletzung des Unionsrechts unterbleibt. Eine Möglichkeit wäre die teleologische Reduktion, mittels derer das eigentliche Ziel des Unionsrechtsgebers (keine Differenzierung nach Altersgruppen ohne rechtfertigenden Sachgrund) durch die einschränkende Anwendung des Wortlauts des nationalen Gesetzes gewährleistet wird (*Schmidt-Räntsch*, a.a.O.; vgl. auch BGH, NJW 2009, 427: „Der Senat beschränkt sich vielmehr auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion, die ... im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.“). Möglich erscheint darüber hinaus die Erfassung dieses nicht geregelten Sachverhalts durch analoge Anwendung des § 78a BetrVG i.S.d. Analogieschlusses. Als nicht analogiefähig geltend grundsätzlich Ausnahmenvorschriften, jedoch war § 78a BetrVG nach der Gesetzesbegründung die Schließung der letzten Schutzlücke und erfasste 1973 alle oder nahezu alle Mandatsträger mit befristetem Vertrag. Er ist daher eine Regel- und keine Ausnahmenvorschrift.

All dies ist dann notwendig, wenn die durch die Rechtsentwicklung entstandene, von Art. 7 K-RL nicht gewollte, Schutzlücke für Mandatsträger mit befristetem Vertrag nicht in anderer Weise geschlossen wird (vgl. *Helm/Hjort/Hummel*, a.a.O.). Denn die K-RL verlangt Schutz und Sicherheiten für Betriebsratsmitglieder ohne die Herausnahme einzelner Gruppen von Mandatsträgern. Ein Schutz für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder ließe sich andererseits durch die teleologische Reduktion von §§ 14 II, 15 TzBfG gewährleisten (vgl. ArbG München a.a.O.). Ein weiterer in der Literatur als geeignet angeführter Ansatz ist die Anwendung des Maßstabes des § 78a BetrVG auf § 78 Satz 1 BetrVG (*Buchholz*, zbvr online 2011, 24).

VI. Schlussfolgerung

Der § 78a BetrVG stellt eine nicht zu rechtfertigende mittelbare Altersdiskriminierung dar und verstößt damit gegen Unionsrecht. Die Regelungslücke hat der Gesetzgeber schon bei der Schaffung der Norm gesehen. Sie wurde durch Schaffung des § 78a BetrVG jedoch nur unzureichend geschlossen, da zur Zeit der Entstehung der Norm prekäre Beschäftigungsverhältnisse noch die Ausnahme darstellten. Die Regelungslücke ist heute europarechtskonform zu schließen.

Die Regelung ist damit auf Arbeitnehmervertreter mit befristetem Vertrag auch dann anzuwenden, wenn es sich nicht um ein Ausbildungsverhältnis handelt. Dies ist schon deshalb geboten, weil auch Art. 7 K-RL Schutz und Sicherheiten (kumulativ) für alle Mandatsträger verlangt (vgl. auch *Buchholz*, a.a.O., *Helm/Hjort/Hummel*, a.a.O.).

Die Anwendung des § 78a BetrVG stellt weder einen Verstoß gegen das Begünstigungsgebot des § 78 BetrVG dar, noch legt sie dem Arbeitgeber eine zu hohe Bürde auf. Im Ergebnis führt sie nur zu einer Verlagerung der Beweislast. Während im Rahmen des § 78 BetrVG der Arbeitnehmervertreter verpflichtet ist darzulegen und zu beweisen, dass er aufgrund seiner Betriebsrats Tätigkeit benachteiligt wird, ist die Folge der Anwendung des § 78a BetrVG, dass nun der Arbeitgeber darlegen muss, warum eine Weiterbeschäftigung für ihn – möglicherweise auch aus betriebsbedingten Gründen – unzumutbar ist. Dieser Ansatz würde die Mängel der Rechtsprechung, die den Entfristungsanspruch von Betriebsratsmitgliedern allein auf § 78 BetrVG stützt, überwinden.

Der Überprüfungsauftrag des § 78a BetrVG zielt auf den Zeitpunkt der abgelehnten Anschlussbeschäftigung ab. Dies entspricht dem Gebot des Art. 8 K-RL, der vom nationalen Recht „geeignete Gerichtsverfahren“ verlangt, „mit

deren Hilfe die Erfüllung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden“ können. Dieses Justiz-Gewährleistungsgebot lässt sich durch § 78 BetrVG nur schwer umsetzen (vgl. *Buchholz*, a.a.O.). Denn hier muss die Überprüfung einer möglichen Benachteiligung durch die Nichtverlängerungsentscheidung auf den Zeitraum ab Bekanntwerden der Mandatsübernahme abstellen, nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Zudem wird ein Konflikt mit dem Begünstigungsverbot in § 78 Satz 2 BetrVG vermieden. Denn einerseits verbietet § 78 Satz 2 BetrVG die Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern, andererseits fordert Art. 7 K-RL für diese „Sicherheiten“. Objektiv betrachtet stellen diese Sicherheiten eine Begünstigung als Gegengewicht für die Risiken einer ggf. konfliktbehafteten Mandatsübernahme dar. Der Wortlaut des Art. 7 K-RL, nach dem Mandatsträger „ausreichende Sicherheiten genießen“, legt nicht nahe, dass das Unionsrecht dagegen ausschließlich den als Abwehrrecht gestalteten Schutz aus § 78 BetrVG gegen Pflichtverletzungen verlangt. Dann aber entsteht bei der Anwendung des § 78 BetrVG ein Konflikt mit dessen Satz 2, der auf ein „Begünstigungsgebot“ nicht eingerichtet ist. Ausgehend von dem Begriff der „ausreichenden Sicherheiten“ im Sinne einer störungsfreien und gefahrenfreien Funktion, würde dieses Ergebnis nicht nur den unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie entsprechen, sondern auch den Vorstellungen des Gesetzgebers bei der Einführung des § 78a BetrVG am nächsten kommen. Dessen einziges Anliegen war es, ausweislich der Gesetzesbegründung, den „Auszubildenden dieselbe Unabhängigkeit in ihrer Amtsführung wie den wie den übrigen Mitgliedern zu gewährleisten“.