

## **Ohne Regeln geht es nicht – das europarechtliche Absicherungsgebot für (befristet beschäftigte) Arbeitnehmervertreter**

RA Dr. Rüdiger Helm, RAin Regina Bell, RA Michael Huber, [www.arbeitnehmeranwaelte.de](http://www.arbeitnehmeranwaelte.de), München

**Die Autoren begrüßen, dass in der arbeitsgerichtlichen Praxis das Absicherungsgebot für Arbeitnehmervertreter aus den Art. 7, 8 der Richtlinie 2002/14/EG (K-RL) und das Erfordernis, dieses auch für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder zu gewährleisten, durch die Rechtsprechung zunehmend aufgegriffen wird. Sie zeigen am Beispiel der Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 08.08.2012 (ArbRAktuell 2012, 541 m. Anm. Steiner) auf, dass der von diesem, aber auch von anderen Landesarbeitsgerichten verfolgte Lösungsansatz, über eine Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG fehl geht. Die Gerichte greifen das Spannungsfeld zwischen dem Absicherungsgebot aus dem Unionsrecht und der Schutzlosigkeit befristeter Arbeitsverträge zwar richtigerweise auf, werden aber in der Umsetzung ihren selbst gesetzten Ansprüchen nicht gerecht. Sie wenden schon den Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfindung zu eng an, so dass auch aus diesem Grund der Lösungsansatz nach § 78 S. 2 BetrVG leer laufen muss. Die folgenden Ausführungen zur Entscheidung des LAG Niedersachsen betreffen ebenfalls die Entscheidungen des LAG München vom 18.02.2011 (BeckRS 2012, 75537) und des LAG Berlin-Brandenburg vom 04.11.2011 (ArbRAktuell 2011, 619 m. Anm. Fuhlrott).**

### **I. Die Entscheidung des LAG Niedersachsen**

Das LAG Niedersachsen (ArbRAktuell 2012, 541) hatte sich im zweiten Rechtszug mit einer Entscheidung des ArbG Braunschweig vom 02.11.2011 (3 Ca 366/11) zur Absicherung befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder zu befassen und hat wie folgt entschieden:

*„Der von Artikel 7 der Richtlinie 2002/14/EG geforderte Mindestschutz für die Arbeitnehmervertreter im deutschen Recht wird auch bei nach § 14 II TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen von Betriebsratsmitgliedern unter anderem durch die §§ 78 Satz 2, 119 BetrVG (i.V.m. § 280 I BGB oder § 823 II BGB) gewährleistet. Aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG kann sich ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages ergeben, wenn die Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis allein auf der Betriebsratsstätigkeit beruht. Die Darlegungs- und Beweislast für eine derartige Benachteiligung trägt der Arbeitnehmer. Der von Artikel 7 der Richtlinie 2002/14/EG geforderte effektive Mindestschutz ist dadurch zu gewähren, dass im Rahmen von § 78 Satz 2 BetrVG von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast auszugehen ist. Mangels einer planwidrigen Regelungslücke kann § 78a II 1 BetrVG nicht analog angewandt werden.“ (Leitsätze des Gerichts)*

Der Entscheidung des LAG Niedersachsen – aber auch die anderen vorzitierten LAGs – liegen unter anderem zwei Annahmen zugrunde, die einer dringenden Erörterung bedürfen.

1. Der Wortlaut der innerstaatlichen Norm bilde die Grenze für die richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfindung (Rn. 74).
2. Das unionsrechtlich gebotene Absicherungsgebot erfasst auch befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder. Die von Art. 7 K-RL geforderte Absicherung sei aber bereits durch § 78 S. 2 BetrVG „gewährleistet“ (Rn. 80). Dieses Recht i.S.d. Art. 8 K-RL gewährleiste das Instrument der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, nach dem zunächst die alleinige Behauptung der Benachteiligung ausreiche und erst nach Darlegung der Umstände durch den Arbeitgeber der Beweis durch das Betriebsratsmitglied zu erbringen sei (Rn. 81).

### **1. Der Wortlaut des innerstaatlichen Rechts als Grenze für die richtlinienkonforme Auslegung?**

Das LAG Niedersachsen nimmt an, dass der Wortlaut der innerstaatlichen Norm die Grenze für die europarechtskonforme Auslegung bilde und ein Überschreiten von dessen Wortlautgrenze bereits zu einer contra- legem-Auslegung führe (Rn. 74). Die richtlinienkonforme Auslegung, wie sie der EuGH (so zuletzt ArbRAktuell 2010, 64 m. Anm. Lingemann) und die Obergerichte (BAG, ArbRAktuell 2010, 193 m. Anm. von Medem; BGH, NJW

2009, 427; BVerfG, ArbRAktuell 2010, 483 m. Anm. *Bauer*) verwenden, geht einen anderen Weg. Ausgangspunkt ist entgegen dem LAG Niedersachsen der Wortlaut und Zweck der Richtlinie und nicht der der innerstaatlichen Norm (BAG, a.a.O.). Dabei endet die richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfindung gerade nicht an der Grenze des Wortlauts der innerstaatlichen Norm: *„Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die nationalen Gerichte die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung zu diesem Zweck einschränken müssen“* (BAG, a.a.O. Rn. 25). Vielmehr liegt dieser juristischen Methode – dem französischen Recht folgend – ein weiterer Auslegungsbegriff zugrunde, der auch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung mit umfasst (BAG, a.a.O.). Wegen des unterschiedlichen Begriffsinhalts im innerstaatlichen und europäischen Recht wird daher in der Literatur statt dem Begriff der „richtlinienkonformen Auslegung“ der genauere Begriff der „richtlinienkonformen Rechtsfindung“ vorgeschlagen. Ausgangspunkt bildet die Grundannahme, dass der Mitgliedsstaat *„den Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie ergeben, in vollem Umfang nachkommen wollte“* (BAG, a.a.O. Rn. 25). Hier wurde die fehlende Umsetzung des Absicherungsgebots durch das bestehende Recht vom Gesetzgeber nicht erkannt und daher kein Umsetzungsbedarf der Richtlinie gesehen. Bei nicht erkannten Umsetzungsdefiziten ist die Rechtsprechung mit folgender Maßgabe zur Gewährleistung des Unionsrechts gefordert: *„Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung z. B. durch teleologische Reduktion scheidet nicht notwendig an der Grenze des Wortlauts. (...) Der Begriff der Auslegung „contra legem“ ist funktionell zu verstehen. Er meint den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung unzulässig ist, weil sie eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern will und damit - nach deutschem Verfassungsrecht - die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) sowie das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 II 2 GG) verletzt. Wird diese Grenze nicht überschritten, ist das nationale Recht richtlinienkonform fortzubilden, wo es nötig und möglich ist“* (BAG, a.a.O., Rn. 29).

Dadurch, dass das LAG Niedersachsen vom Wortlaut der innerstaatlichen Norm ausgeht, verkennt es die Aufgabenstellung, die Gerichten bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung zukommt, nämlich das Unionsrecht mit den innerstaatlichen Rechtsfindungsmethoden weitestmöglich umzusetzen. Hierbei kann schon wegen seines zeitlich deutlich früheren Inkrafttretens, aber auch wegen des völlig anderen Regelungszusammenhangs (Beschäftigungsförderung und „Brückenfunktion“ in die Normbeschäftigung) nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber mit § 14 II TzBfG den Verpflichtungen aus Art. 7 K-RL nicht nachkommen und eine Absicherungslosigkeit von befristet beschäftigten Betriebsratsmitgliedern durch diese Norm erreichen wollte.

## **2. Die Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG auf die vorliegende Fallkonstellation**

§ 78 S. 2 BetrVG kennt in seiner praktischen Anwendung insbesondere zwei Fallgruppen, die der zielgerichteten Benachteiligung oder Begünstigung und die der aus den Umständen abzuleitenden Benachteiligung bzw. Begünstigung. In der ersten Fallgruppe geht es um das zielgerichtete „Kaufen“ oder „Maßregeln“ von Mandatsträgern. Ein aus den Umständen abzuleitender der Norm entgegenstehender Vorgang wäre dagegen z.B. der Ausschluss von Betriebsratsmitgliedern von der Weihnachtsfeier oder die Zahlung einer Prämie an alle Beschäftigten einer Abteilung, nicht aber an die dort tätigen Betriebsratsmitglieder.

In den vorgenannten Entscheidungen der LAGs nahmen die Gerichte an, dass aus den tatsächlichen Umständen herausgearbeitet werden müsse, ob eine Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds bei der Vergabe von Anschlussverträgen vorliegt. Regelmäßig stellten sie aber fest, dass es dem Betriebsratsmitglied nicht gelungen sei, eine solche Konstellation nachzuweisen. Diese Vorgehensweise widerspricht aber der Konstruktion des § 78 Satz 2 und seiner praktischen Anwendung: Denn eine Benachteiligung oder Begünstigung lässt sich erst ermitteln, wenn das Regelverhalten bekannt ist, auf das abgestellt wird. Ein Regelverhalten kann aus einem gesetzlichen, tariflichen, sozialen oder betrieblichen Standard abgeleitet werden. Solange die Gerichte diese Vorfrage nicht aufklären und hier Grundannahmen herausarbeiten und durch Hinweise den Verfahrensbeteiligten offenlegen, läuft die Rechtsverfolgung leer. Auch Vertreter der Gegenauffassung mahnen an, dass *„der Arbeitgeber [im Entfristungsprozess] (...) gehalten sein [wird], sein Verhalten gegenüber dem Betriebsratsmitglied im Vergleich zum Verhalten gegenüber anderen Arbeitnehmern zu rechtfertigen.“* (Weller, BB 2012, 2760).

Welche Fallgruppen, welchen Zeitraum und welche sonstigen Umstände hält das Gericht für die Beurteilung der Frage, ob eine Benachteiligung durch die Verweigerung der Anschlussbeschäftigung vorliegt für relevant? Ohne die Ermittlung der Grundlagen, auf die § 78 S. 2 BetrVG angewendet werden soll, ist es objektiv ausgeschlossen, den Nachweis einer Benachteiligung im Rahmen der Prüfung dieser Norm zu ermitteln. Der Weg über § 78 S. 2 BetrVG mag für ein Gericht schwierig sein, da ein betrieblicher Standard sowohl nach seinem Inhalt, wie auch nach dem Zeitraum, der für die Ermittlung der Benachteiligung herangezogen wird, mühsam herausgearbeitet werden muss, bevor überhaupt erkennbar wird, ob eine unterschiedliche oder gleiche Behandlung vorliegt. Aber ohne Regel lässt

sich kein Abweichen ermitteln. Der Lösungsansatz des LAGs Niedersachsen, ohne Klärung dieser Vorfragen § 78 S. 2 BetrVG anzuwenden, geht daher fehl. Denn tatsächlich gewährt das LAG überhaupt keine Absicherung i.S.d. Art. 7, 8 K-RL, weil es bei der Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG bereits kein Regelverhalten zugrunde legt, von dem abgewichen worden sein könnte.

In der Literatur wird für die Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG folgendes Beispiel angeführt: Wenn alle Beschäftigten einen Anschlussvertrag erhalten, nur nicht die befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieder, läge eine widerlegliche Vermutung für eine Benachteiligung vor (*Ulrici/Uhlig*, juris PR-ArbR 11/2012 Anm. 1; *Weller*, BB 2012, 2760). Für die Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG leuchtet dieses Beispiel ein. Es ist aber nur anwendbar, wenn die betriebliche Praxis auch dem entspricht. Bisher ist eine solche Konstellation nicht bekannt. *Ulrici/Uhlig* ist es aber zu verdanken, dass sie herausgearbeitet haben, dass die Notwendigkeit einer Regel besteht, wenn man eine richtlinienkonforme Lösung über § 78 S. 2 BetrVG anstrebt. *Bömke* betont hier völlig zu Recht dringenden Klarstellungsbedarf bezüglich der anzulegenden Grundsätze an eine Prüfung (*Bömke*, juris PR-ArbR 18/2012 Anm. 1). Tatsächlich stellt sich die Frage, ob nicht richtiger Weise einem anderen Ansatz der Obergerichte zu folgen ist und die „*Methoden, mit denen im nationalen Kontext Normenkonflikte vermieden werden, auch in einem Konflikt mit EU-Recht*“ anzuwenden seien (*Schmidt-Räntsch*, in Riesenhuber: Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 77). Zu beachten bleibt dabei das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfindung: „*Dieses Anforderungsprofil relativiert die Wortlautgrenze stark*“ (*Schmidt-Räntsch*, a.a.O.).

Nach Auffassung des LAG Niedersachsen stehe, wie in Art. 8 K-RL gefordert, für die Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG auch ein effektives Verfahren zur Durchsetzung des Absicherungsgebots zur Verfügung. Im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast trage zwar das Betriebsratsmitglied die Beweislast, zunächst müsse aber der Arbeitgeber vortragen. Wenn es dem Betriebsratsmitglied auf den Vortrag des Arbeitgebers hin nicht gelingt, zu beweisen, dass der Anschlussvertrag gerade wegen der Betriebsratsstätigkeit abgelehnt wurde, verliert das Betriebsratsmitglied zwar den Prozess, dennoch soll dieses Prozedere aus Sicht des LAGs die von Art. 8 K-RL gebotene Effektivität gewährleisten.

Art. 8 K-RL verlangt justizförmige Verfahren, die durch „wirksame, angemessene und abschreckende“ Sanktionen begleitet werden. Ein Gerichtsverfahren, in dem jedenfalls nicht erkennbar deutlich wird, welcher Maßstab Anwendung findet, ist nicht geeignet, Art. 7 K-RL durchzusetzen. Denn ein Arbeitgeber, von dem nicht einmal die Darlegung von Standards und Zeiträumen in der innerbetrieblichen Praxis der Anschlussverträge eingefordert wird, trägt keinerlei Risiko, so dass bereits die Abschreckungsfunktion mangels Eignung nicht eintreten kann. Das LAG kommt also trotz der zunächst erkannten Notwendigkeit, befristete Betriebsratsmitglieder abzusichern, nicht zu einem Lösungsansatz, der geeignet ist, Art. 7 Abs. 1 K-RL Wirkung zu verschaffen. Denn wenn es betont, dass es ausreicht „*wenn das Betriebsratsmitglied, das die Gründe für die Nichtverlängerung seines Vertrages in der Regel nicht kennt, zunächst vorträgt, dass diese Entscheidung wegen seines Betriebsratsamtes bzw. seiner Betriebsratsstätigkeit erfolgt ist*“ und der Arbeitgeber hierauf „*im Einzelnen [darlegt], aus welchen Gründen das befristet abgeschlossene Arbeitsverhältnis nicht befristet verlängert oder in ein unbefristetes umgewandelt wurde*“, bleibt offen, um welchen Maßstab es geht.

Beide hier erörterten Aspekte, die richtlinienkonforme Rechtsfindung und der Gehalt des § 78 S. 2 BetrVG machen deutlich, dass die Entscheidung des LAG Niedersachsen nicht überzeugen kann. Weitere hier nicht angesprochene erörterungswürdige Aspekte kommen hinzu (vgl. soweit nicht bereits zitiert *Däubler*, dbr 6/2011, 37, *Helm/Hjort/Hummel*, ArbRAktuell 2011, 397; *Helm/Bell/Windirsch*, AUR 2012, 293, *Huber/Schubert/Ögüt*, AUR 2012, 429, *Helm/Bell/Schubert/Ögüt*, AiB 2012, 636). Endgültige Gewissheit kann – wie bereit *Bömke* (a.a.O.) schreibt – jedoch grundsätzlich nur das BAG (und hinsichtlich des Vorwurfs der Europarechtswidrigkeit der EuGH) bringen. Dabei ist das BAG auch aufgefordert, klare Position dazu zu beziehen, welche Anforderungen an die Darlegung einer Amtsbezogenheit einer Benachteiligung zu stellen sind und inwieweit hierbei eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast anzunehmen ist.

## II. Fazit

Grundsätzlich erscheint ein Lösungsweg, mit dem eine richtlinienkonforme Rechtsfindung erreicht werden kann, über andere Auslegungsmethoden, wie z.B. die teleologische Reduktion, naheliegender. Denn wenn man richtiger Weise davon ausgeht, dass das Absicherungsgebot alle Arbeitnehmervertreter, also auch solche mit befristetem Vertrag, erfasst, dann handelt es sich um eine Spezialnorm, wie beispielsweise die §§ 78a, 103 BetrVG, 15 KSchG, die für andere befristet Beschäftigte nicht greift. Hier liegt der Lösungsansatz über die Normenkonkurrenz näher (*Schmidt-Räntsch*, a.a.O.; *Roth*, ebd. § 14 Rn. 54 ff.; EuGH, EuZW 2010, 26).

Soll dagegen § 78 S. 2 BetrVG angewendet werden, dürfte dies richtlinienkonform nur möglich sein, wenn in den beschriebenen Fallkonstellationen die Grundsätze, die die Rechtsprechung für § 78a BetrVG entwickelt hat, entsprechend herangezogen werden (so z.B. *Buchholz* in ZBVR online 9/2011). Denn Art. 7 K-RL verlangt neben dem Schutz kumulativ Sicherheiten i.S.d. englischen „*guarantees*“. Diese sollen bereits bei der Amtsausübung bestehen. Um dies zu gewährleisten, ist mehr gefordert als eine – hier ohnehin zu oberflächliche erfolgte – Betrachtung der Situation zum Zeitpunkt des Auslaufens des Vertrages. Um das an einem Beispiel zu verdeutlichen: Auch wenn das LAG Niedersachsen angenommen hätte, dass der Arbeitgeber jedenfalls dann unterliegt, wenn er keine schlüssigen betrieblichen Regeln dargelegt, anhand derer ein Gericht herausarbeiten kann, ob § 78 S. 2 BetrVG verletzt ist, wäre das nur § 78 S. 2 BetrVG gerecht geworden. Denn auch dann fehlt es immer noch an der zeitlichen und qualitativen Vorgabe der K-RL für das Vorliegen einer effektiv rechtlich gewährleisteten Absicherung, die bereits bei der Amtsausübung bestehen muss und nicht nur „*Schutz*“ sondern auch „*Sicherheiten*“ im Sinne von „*guarantees*“ verlangt, die Betriebsratsmitglieder zu „*genießen*“ haben.