

Die Absicherung befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder

RA Michael Huber, München; RA Michael Schubert, Freiburg, RA Dr. Pelin Ögüt, Bremen

«(...) *Employees' representatives, when carrying out their functions enjoy adequate (...) guarantees*«, lautet das Gebot des auch für Dt. verbindlichen Art. 7 (der englischen Fassung) der Konsultationsrichtlinie (RL 2002/14/EG, nachfolgend K-RL) im 2. Halbs. Die englische Fassung ist von Bedeutung, da das Unionsrecht einheitlich unter Berücksichtigung der einzelnen sprachlichen Fassungen auszulegen ist und daher ein Begriff der dt. Fassung, bspw. der Begriff »ausreichende Sicherheiten« nichts anderes bedeuten soll als »guarantees«. Da für BR-Mitglieder mit befristetem Vertrag (außerhalb einer Ausbildung) normierte Sicherheiten iSv. »guarantees« bisher fehlen, könnte dem Absicherungsgebot für AN-Vertreter in Art. 7 K-RL eine wichtige Rolle zukommen. Das ArbG München¹ stieß auf Widerspruch, als es zur Gewährleistung der unionsrechtlich gebotenen Mindestabsicherung eines sachgrundlos befristeten BR-Mitglieds herausgearbeitet hat, dass es dem AG verwehrt ist, sich auf die Befristungsabrede zu berufen. Die Verbreitung und Verstetigung befristeter Verträge und die damit verbundenen Risiken für Mandatsträger unterstreichen die Bedeutung dieser Frage.

I. Befristete Arbeitsverträge in der betrieblichen Praxis

Als *Waltermann* in seinem Gutachten B für den 2010 durchgeführten 68. DJT auf die starke Zunahme prekärer Beschäftigungsverhältnisse hinwies und damit die empirische Grundlage für die dort formulierten Beschlüsse einbrachte, kündigte dies die FAZ mit dem Titel »Sprengstoff auf dem Juristentag«² an. Denn *Waltermann* stellte eine schnelle Zunahme befristeter Beschäftigungsverhältnisse mit zunehmend neg. Effekten für die Betroffenen und die Sozialversicherungssysteme fest. »In absoluten Zahlen ausgedrückt ist die Zahl der befristet Beschäftigten von 1,89 Mio. ... 1998 auf 2,73 Mio. ... 2008 angewachsen. Dies bedeutet einen Zuwachs seit 1998 um 840 000 Personen oder 44 %.«³ »Die größte Gruppe der befristet Beschäftigten bilden die Jungen. ... 2008 waren 30,5 % der 15-25-Jährigen befristet beschäftigt.« Das statistische Bundesamt beschreibt dies durch die Überschrift »Jung, ledig, befristet beschäftigt?«⁴. Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass die befristete Beschäftigung deutlich stärker bei zunehmender Betriebsgröße und in den Bereichen Hotel- und Gaststättengewerbe, Handel, Soziale Dienste und öffentliche Verwaltung genutzt wird.⁵ Umgekehrt entwickelt sich die Normbeschäftigung. Waren 1998 noch 72,6 % der Erwerbstätigen in einem Normarbeitsverhältnis beschäftigt, betrug dieser Anteil 2008 noch 66,0 %.⁶ *Waltermann* arbeitet in seinen Ausführungen ua. den Zusammenhang zwischen atypischer Beschäftigung und einem wachsenden Niedriglohnsektor⁷ heraus. Während 11 % der Normalbeschäftigten einen Niedriglohn erhalten, werden 36 % der befristet Beschäftigten mit einem Brutto-Stundenverdienst unterhalb unterhalb der Niedriglohngrenze vergütet.⁸ Die Wissenschaft beschreibt sich verstetigende Prekaritätskreisläufe⁹ für Menschen, denen sich der Weg in die Normbeschäftigung nicht mehr öffnet und die sich mit einem »stetigen Wechsel zwischen prekärer Beschäftigung, Arbeitslosigkeit und Hilfebezug«¹⁰ verfangen. Besonders für die Altersgruppe der 30- bis unter 40-jährigen mit einem befristeten Arbeitsvertrag, der noch 9,3 % der Erwerbstätigen angehören, wird ein »negativer Klebeffekt«¹¹ beobachtet.

II. Art. 7 K-RL und die Schutzlücke für befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder

Die Betriebsverfassung wurde eingeführt (und 2001 überarbeitet), um Beschäftigten, die sich aufgrund ihrer ungünstigen Bedingungen betrieblich kaum anders Gehör verschaffen können, Anhörungs- und Beteiligungsrechte einzuräumen. Die Zunahme der befristeten Beschäftigung ist auch und gerade ein für die Betriebsverfassung zu lösender kritischer Punkt. Denn der auch in § 15 BetrVG zugrundegelegte Repräsentationsgedanke, nach dem sich der BR aus der Mitte aller

Beschäftigtengruppen und Organisationsbereiche bilden soll, kann weitgehend leerlaufen, wenn eine Gruppe nicht in das betriebsverfassungsrechtliche Absicherungskonzept integriert ist. Das sonst der Betriebsverfassung innewohnende Nebeneinander von Absicherung und Pflichten fehlt für die wachsende Gruppe der befristeten Beschäftigten (ohne Ausbildungsvertrag).

Praxisbsp.: Ein Automobilzulieferer in Ingolstadt setzt auf Leiharbeit und befristete Beschäftigung. Eine Normbeschäftigung haben nur etwa $\frac{1}{3}$ der Betriebsangehörigen. Dennoch hatten die Beschäftigten sich entschieden einen BR zu wählen. Bei Auslaufen der befristeten Verträge werden diese mehrheitlich verlängert, nicht jedoch der Vertrag der freigestellten BR-Vorsitzenden.

Durch das Unionsrecht könnte sich das ändern. Denn die Gerichte haben bisher fast ausschließlich § 78 S. 2 BetrVG geprüft, wenn es um das Auslaufen befristeter Verträge von BR-Mitgliedern ging. Diese Norm greift rechtswidriges Tun und pflichtwidriges Unterlassen auf, also absolute Grenzen, die nicht zu Überschreiten sind. Da aber der Anschlussvertrag in den Grenzen des TzBfG eine freie Arbeitgeberentscheidung ist (ein precarium aus Beschäftigtenperspektive), passen Überlegungen in Hinblick auf das Überschreiten absoluter Grenzen nicht. Darüber hinaus enthält § 78 S.2 BetrVG ausdrücklich ein Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot. Verschiedene Gerichte sehen im Anschlussvertrag eine von § 78 S. 2 BetrVG verbotene Begünstigung.¹² Das BAG hatte umgekehrt zu einem Sachverhalt vor Inkrafttreten des § 14 Abs. 1 TzBfG entschieden, dass die personelle Kontinuität im BR gerade einen Anschlussvertrag (damals mit der Amtskontinuität als Sachgrund für eine Befristung) rechtfertigen kann.¹³ Ein zulässiger Sachgrund und ein unzulässiges Privileg können kaum gleichzeitig vorliegen. Auch der in Art. 7 K-RL verwendete Begriff: »genießen« legt nahe, dass BR-Mitgliedern bei Ausübung ihrer Funktion eine Absicherung zustehen muss, wie dies im dt. Recht – abgesehen für die hier erörterte Gruppe – bereits vor Jahren durch die §§ 15 KSchG, 78 a, 103 BetrVG erfolgt ist. Die Befassung mit dem Begünstigungsverbot unterstreicht, wie schwer der Rspr. die Auflösung des Spannungsfeldes zwischen der Schutzlücke für befristet beschäftigte BR-Mitglieder im dt. Recht und dem Absicherungsgebot des Unionsrecht fällt. Die Absicherung nach Art. 7 K-RL ist wie folgt aufgebaut: AN-Vertreter müssen ausreichenden Schutz (»adequate protection«) und (kumulativ) ausreichende Sicherheiten iSd. englischen »guarantees« bereits zum Zeitpunkt der Wahrnehmung ihrer Aufgaben (»when carrying out their functions«) genießen (»enjoy«). Denn unabhängig vom arbeitsvertraglichen Status der BR-Mitglieder verlangt das Unionsrecht in Art. 7 K-RL dass »AN-Vertreter (...) ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen.« Nach der englischen Fassung sollen sie »enjoy adequate protection and guarantees«, »when carrying out their functions.« Welche ausreichenden Sicherheiten genießen befristet beschäftigte BR-Mitglieder?

III. Gegenauffassungen

In dem entstandenen Meinungsstreit werden Gegenauffassungen vielleicht am engagiertesten von *Boemke* und Wissenschaftlern von dessen Lehrstuhl eingebracht. Dabei zeigt sich, dass zunehmend das Spannungsfeld zwischen der Schutzlücke im dt. Recht und dem Unionsrechtlichen Absicherungsgebot anerkannt wird. *Boemke*¹⁴ stellt für befristet beschäftigte Mandatsträger »ein nicht unbedeutendes Spannungsfeld [, weil] die in § 15 KSchG und § 103 BetrVG verankerten Schutzmechanismen (...) nicht [greifen]« fest. *Ulrici* und *Uhlig* erkennen ausdrücklich an, dass »Art. 7 der RL 2002/14/EG (...) [fordert], dass AN-Vertreter bei der Ausübung ihrer Funktionen (...) auch ausreichende Sicherheiten (insbes. vor dem Verlust des Arbeitsplatzes) genießen [müssen], um eine angemessene Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu gewährleisten.«¹⁵

Die auch hier angestellte Grundbetrachtung, dass BR sich wegen Art. 7 K-RL in ihrem Amt nicht fragen müssen dürfen, ob ihr Standpunkt als BR-Mitglied ihnen individualrechtlich schaden kann, teilen die Autoren. Betrachten *Ulrici* und *Uhlig* aber die Folgen eines Fortfalls der Möglichkeit des AG, sich auf die Befristungsabrede berufen zu können, halten sie dem entgegen, dass ein Anschlussvertrag zu einem »überschießenden Beendigungsschutz«¹⁶ führen würde. BR-Mitgliedern bleibe daher nur »die Möglichkeit, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über § 78 S. 2, § 119 BetrVG (...) zu erstreiten.«¹⁷ Für die prozessuale Durchsetzung eines auf § 78 S. 2 BetrVG gestützten Anspruchs schlagen die Autoren vor, dass sich eine widerlegliche Vermutung für eine Benachteiligung aus der Übernahme aller nicht im BR tätigen AN ableiten ließe und daher BR-Mitgliedern auch prozessuale Anknüpfungspunkte zur Verfügung stünden. *Ulrici* und *Uhlig* fürchten darüber hinaus, dass sich das »Engagement in der Betriebsverfassung geradezu zu einem Sprungbrett

in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis«¹⁸ entwickeln könnte, wenn man dem Lösungsansatz des ArbG *München* folgt. Alle genannten Autoren nehmen weiter an, dass der Gesetzgeber § 78 a BetrVG eingeführt habe, weil er die Übernahme von Azubis als Regelfall ansah, bei Befristungen sei dies umgekehrt.¹⁹

Keines der Argumente ist tragfähig. Einen »überschießenden« Beendigungsschutz gibt es nicht. Aufgabe der Legislative ist es, Normen und Regeln unionsrechtskonform aufzustellen. Aufgabe der Rspr. ist es, unionsrechtswidrige Normen nicht anzuwenden. Wenn die Folge ein unbefristeter Vertrag ist – wie in einem vom *EuGH* 2005²⁰ entschiedenen Fall zur Altersdiskriminierung – dann ist dies nicht deshalb der Fall, weil Gerichte Regeln zu einem Beendigungsschutz aufstellen, sondern Normen verwerfen, die dem unionsrechtlich gebotenen Mindestniveau entgegenstehen.²¹ Es wäre ein Missverständnis, wenn die Entscheidung des ArbG *München*²² zur Entfristung eines BR-Mitglieds dahingehend verstanden wird, dass dieses den Standpunkt eingenommen hätte, dass ein Entfristungsanspruch von BR-Mitgliedern notwendig wäre, um das Unionsrecht zu gewährleisten. Richtig ist vielmehr, dass das Gericht davon ausging, dass eine Norm, wie § 14 Abs. 2 TzBfG zur völligen Schutzlosigkeit von befristet beschäftigten BR-Mitgliedern führt und daher gegen das Unionsrecht steht und nicht zur Anwendung kommen kann.

In den 27 Jahren seit Einführung der sachgrundlosen Befristung wurde kein Fall bekannt, in dem es gelungen wäre über § 78 S. 2 BetrVG eine Absicherung für befristet beschäftigte BR-Mitglieder zu erreichen. Dieser Ansatz ist weder mit Art. 8 K-RL, noch mit dem im dt. Recht bestehenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des Untermaßverbots zu vereinbaren. Gerade das Bsp. von *Ulrici* und *Uhlig*, dass ein Anschlussvertrag durchsetzbar sein kann, wenn ausschließlich BR-Mitglieder keine Anschlussverträge erhalten, unterstreicht neben seiner Praxisferne erhebliche Mängel im Argumentationsansatz aus mindestens 3 Gründen. Zunächst geht eine weit größere Gefahr für die innere Unabhängigkeit von Mandatsträgern von einem differenzierten Umgang mit diesen aus. Deshalb will § 78 S. 2 BetrVG gerade das »Kaufen« und »Bestrafen« von einzelnen BR-Mitgliedern unterbinden. Anknüpfungspunkt des Art. 7 K-RL ist die Absicherung der einzelnen Person und nicht der Umgang mit BR-Mitgliedern und/oder Beschäftigten ganz allg. Zugespißt muss nach dem Unionsrecht auch bei Nichtübernahme aller anderen befristeten Beschäftigten das einzelne befristet beschäftigte BR-Mitglied die Möglichkeit haben, sich auf bereits zum Zeitpunkt seiner Mandatswahrnehmung bestehende Sicherheiten iSv. »garantees« berufen zu können. Weiter verkennt die Argumentation, dass das Unionsrecht auch einen Zeitpunkt für die Gewährleistung der Absicherung bestimmt. Diese müssen BR-Mitglieder während der Aufgabenwahrnehmung »genießen«.

Entgegen der Ansicht der zit. Autoren begründete der Gesetzgeber 1973 bei Einführung des § 78 a BetrVG sein Tätigwerden nicht mit einer von ihm angenommenen Übernahmepraxis von UN, sondern ausdrücklich mit der fehlenden Absicherung befristet beschäftigter Mandatsträger: »Obwohl durch das neue BetrVG die Schutzvorschriften (...) verstärkt worden sind, besteht hinsichtlich der in Berufsausbildung beschäftigten Mitglieder noch eine Gesetzeslücke. Nach den Vorschriften des Berufsausbildungsgesetzes ist (...) das Ausbildungsverhältnis (...) befristet. Deshalb steht es dem AG frei, mit dem Azubi (...) einen Arbeitsvertrag abzuschließen oder nicht. Damit hat es der AG (...) in der Hand, Mitglieder (...) 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 (...) ausüben können. Deshalb soll durch den vorliegenden Entwurf die noch vorhandene Gesetzeslücke geschlossen werden (...).«²³ Darüber hinaus hatte der Gesetzgeber bei Einführung der befristeten Beschäftigung für diese Brückenfunktion in die unbefristete Beschäftigung angenommen.²⁴

Ein »bisschen« Unionsrecht gibt es nicht – wenn Art. 7 K-RL richtigerweise in Hinblick auf die Art. 27, 28, 30 GRC dem Primärrecht zugeordnet wird, muss die Frage beantwortet werden, wie das Primärrecht in Dt. gewährleistet wird. Es kann nicht überzeugen, einerseits ausdrücklich anzuerkennen, dass ausreichende Sicherheiten einschließlich eines Beendigungsschutzes bei der Amtswahrnehmung bestehen müssen, andererseits aber dann auf § 78 S. 2 BetrVG zu verweisen, einer Norm, die in den 27 Jahren der sachgrundlosen Befristung diesen Anforderungen nicht gerecht wurde und nach ihrem Aufbau überhaupt nur bei extrem günstiger Beweislage etwas bewirken kann.

Boemke betont in seinen Überlegungen die Notwendigkeit klarstellender Entscheidungen des *BAG* und *EuGH*, denn »endgültige Gewissheit kann (...) das *BAG* (und hinsichtlich des Vorwurfs der Europarechtswidrigkeit der *EuGH*) bringen.«²⁵

Der abschließenden Betrachtung von *Boemke*, dass hier der *EuGH* letztendlich klarstellend tätig werden muss, wenn

man dem Lösungsansatz des ArbG *München* nicht folgt, ist aber beizutreten. Denn wenn kein Weg einer unionsrechtskonformen Auslegung zB. durch teleologische Reduktion besteht, wie sie der *BGH* gewählt hat oder durch Nichtanwendung unionsrechtswidriger nationaler Normen wählt, steht das auch von *Boemke* zugestandene »nicht unbedeutende Spannungsfeld« unverändert im Raum.

IV. Vorlage zum Europäischen Gerichtshof?

Das ArbG *München*²⁶ legte Art. 7 K-RL dahingehend aus, dass das Unionsrecht eine lückenlose Absicherung (das »Ob« der Absicherung) verlangt und der Gesetzgeber trotz Bestehens einer Schutzlücke für befristet beschäftigte Mandatsträger ohne Ausbildungsvertrag nicht tätig geworden ist. Es hat daher herausgearbeitet, dass § 14 Abs. 2 TzBfG hinter Art. 7 K-RL zurücktreten muss (teleologische Reduktion,²⁷ Nichtanwendungsgebot von dem Unionsrecht entgegenstehenden nationalen Bestimmungen²⁸) und es dem AG im konkreten Fall eines sachgrundlos befristeten BR-Mitglieds verwehrt ist, sich auf die Befristungsabrede zu berufen.²⁹ Das von den Art. 7 und 8 K-RL im Lichte der GRC geforderte Nebeneinander verfahrenssichernder Maßnahmen und Sanktionen bei Verstößen gebietet die effektive Absicherung befristet beschäftigter BR-Mitglieder in Hinblick auf das »Ob« einer Absicherung.³⁰

Schließt man sich den unter Verweis auf die *Holst*-Rspr. des *EuGH*³¹ getroffenen Feststellungen des ArbG *München* bzgl. des »Ob« des Absicherungsgebots nicht an, können Gerichte dem *EuGH* konkrete Fragen zur Auslegung des Unionsrecht gem. Art. 267 AEUV zur Entscheidung vorlegen. Dieser Weg könnte streitgegenständlich auch wegen der Position des *BVerfG* v. 25.2.10³² geboten sein. Denn das *BVerfG* betont, dass das Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf den gesetzlichen Richter immer verletzt ist, wenn in einem das Unionsrecht betreffenden Sachverhalt eine Bandbreite von Auslegungsmöglichkeiten besteht und der *EuGH* bisher zu dieser Frage noch nicht oder nicht eindeutig Stellung genommen hat.³³

Nun ließe sich einwenden, dass der *EuGH* bereits mit der *Holst*-Rspr. zu der hier erörterten Frage Position bezogen hat. Dies ist nur richtig, soweit es um das auf das einzelne BR-Mitglied zu beziehende Absicherungsgebot und das »Ob« der Absicherung geht, das nach der Entscheidung durchgehend³⁴ sein muss. Bezüglich des »Wie« der Absicherung wird teilweise angenommen, dass durch die *Holst*-Rspr. ebenfalls geklärt sei, welcher Maßstab an das durch das Unionsrecht geforderte Absicherungsgebot an den sich aus ausreichendem Schutz und ausreichenden Sicherheiten kumulativ zusammensetzenden »Mindestschutz«³⁵ anzulegen sei. In dem dänischen Fall musste dieser nicht besonders weit gehen, da es sich um im Rahmen eines effektiven Überprüfungsverfahrens iSd. Art. 8 K-RL, einem Kündigungsrechtsstreits gestellte Vorlagefragen anlässlich einer unstrittig betriebsbedingten Kündigung handelte. Die Frage, ob sich aus Art. 7 K-RL ein erhöhter Beendigungsschutz für betriebsbedingte Kündigungen von Arbeitnehmervertretern ableiten lässt, lässt sich ja diskutieren. Zu den unionsrechtlichen Mindestanforderungen an eine Absicherung bei anderen Fallgestaltungen, wie einer verhaltensbedingten Beendigung oder der hier erörterten Konstellation hat sich der *EuGH* dagegen nicht geäußert.

V. Mögliche Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof

Auf Grundlage des bestehenden dt. Rechts ist es in den 27 Jahren seit Einführung des bis heute geltenden Befristungsrechts bisher nicht gelungen, eine die innere Unabhängigkeit gewährleistende Absicherung für befristet beschäftigte BR-Mitglieder zu erreichen.³⁶ Auch wenn kreative Rechtssekretäre und Anwälte in Einzelfällen Lösungen finden können, ist der generelle Anspruch des Art. 7 K-RL nicht umgesetzt. Denn nach der derzeit ganz überwiegenden Rspr. wird von BR-Mitgliedern verlangt, dass sie belegen, dass ihr Anschlussvertrag ausschließlich wegen des Mandates abgelehnt wurde. Der Maßstab, den hier Gerichte ansetzen, dürfte mit dem dt. Verfassungsrecht³⁷ und besonders dem Unionsrecht kaum zu vereinbaren sein, entspricht aber derzeit der verbreiteten Rspr.

Ziel der K-RL und von Art. 27 GRC³⁸ ist die möglichst vollständige Vertretung der Beschäftigten durch Gremien, die den Beratungs- und Konsultationsanspruch wahrnehmen. Die Absicherung der Mandatsträger ist ein Beitrag um dieses Ziel zu erreichen und »weiße Flecken« zu vermeiden. Dennoch helfen die unterschiedlichen Literaturbeiträge und Gerichtsentscheidungen sich einem kritischen Punkt des betriebsverfassungsrechtlichen Schutzkonzepts anzunähern, das mutmaßlich zunächst nicht erkannt wurde. Die Auseinandersetzung mit § 78 S. 2 BetrVG in den jeweiligen Argumentationsketten arbeitet gerade die fehlende Eignung dieses Lösungsweges heraus. Denn gerade weil der AG in

seiner Entscheidung über den Anschlussvertrag im Rahmen des TzBfG weitgehend frei ist und diese Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich ist, belegt dies die fehlende Eignung von § 78 S. 2 BetrVG für den Einzelfall. Was gilt, wenn nicht ausreichend befristet Beschäftigte im Betrieb tätig sind? Was gilt bei nach § 38 BetrVG freigestellten Mitgliedern? Sollen nicht einzelne Mandatsträger abgesichert werden? Viel zu schnell schwenkt die Debatte vom »Ob« der Absicherung in das »Wie« über.

All dies deutet, genauso wie die zunehmende Auseinandersetzung mit der betrieblichen Konfliktlage, an, dass das Problem der inneren Unabhängigkeit erkannt, aber noch nicht »gebannt« wurde. Welche Fragen könnten aber durch den *EuGH* beantwortet werden, wenn Gerichte die bisher erörterten Lösungsansätze so nicht verfolgen wollen? Denkbar wären folgende Fragen:

- Sind die Art. 7 und 8 K-RL iVm. Art. 27 GRC dahingehend auszulegen und in der Weise in einem Rechtsstreit anzuwenden, dass diese Artikel, für die ein Mitgliedstaat innerhalb der in dieser RL vorgeschriebenen Frist keine Umsetzungsmaßnahmen getroffen hat, dem Einzelnen Rechte verleihen, die dieser vor einem nationalen Gericht geltend machen kann?
- Ist Art. 7 K-RL dahingehend auszulegen, dass auch Beschäftigte mit sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen, die – soweit sie nach dem nationalen Recht zu AN-Vertretern iSd. Art. 7 K-RL gewählt wurden – im Falle ihrer Wahl bereits während der Mandatswahrnehmung ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen müssen, die auch gewährleisten, dass sie wegen ihrer Aufgabenwahrnehmung nicht von Anschlussverträgen ausgeschlossen werden können?
- Ist Art. 7 K-RL besonders unter Berücksichtigung auch des englischen Richtlinien textes dahingehend auszulegen, dass für AN-Vertreter eine Absicherung mit 2 Zielen zu gewährleisten ist, (1.) einem Schutz iSd. Abwehr aktiver Störungen, bzw. pflichtwidrigem Unterlassens und (2.) der nach den nationalen Gepflogenheiten vorzunehmenden Bereitstellung von Sicherheiten, die anlassunabhängig sicher stellen, dass amtsbedingte Benachteiligungen im Beschäftigungsverhältnis ausgeschlossen sind?
- Ist Art. 8 K-RL dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung des § 78 S. 2 BetrVG entgegensteht, soweit nach dieser Regelung die alleinige Beweislast für einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen einer unterbliebenen Anschlussbeschäftigung und der Tätigkeit als AN-Vertreter bei dem AN-Vertreter liegt und diesem so aufgegeben wird, ein inneres Motiv des AG zu beweisen?
- Ist Art. 7 K-RL dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der §§ 14 Abs. 2, 15 TzBfG entgegensteht, soweit die Regelungen auf befristet beschäftigte AN-Vertreter angewendet werden, wenn die Anwendung dazu führt, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses allein im Ermessen des AG verbleibt und die gleichen Grundsätze Anwendung finden wie bei Beschäftigten, die nicht als AN-Vertreter tätig waren.

Da die Probleme zudem oftmals erst in einem konkreten Streitfall deutlich werden, liegt es nahe, den Gerichten den 1. Zugriff für die Herstellung richtlinienkonformer Ergebnisse im Wege rechtsfortbildender Judikatur zu eröffnen.³⁹ Die Rspr. wird hier Wege entwickeln müssen, mit denen die 1973 geschlossene seit 1985 wieder bestehende Lücke im betriebsverfassungsrechtlichen Absicherungskonzept, im Rahmen des Gebots der richtlinienkonformen Rechtsfindung⁴⁰ geschlossen wird.⁴¹ Denn auch BR-Mitglieder mit befristetem Vertrag werden von dem Absicherungsgebot der Art. 7, 8 K-RL erfasst.⁴²

[1] ArbG *München* 8.10.10, 24 Ca 861/10, *Bell/Helm*, AiB 2011, 267 ff.

[2] *Budras*: Sprengstoff auf dem Juristentag. In: FAZ 21.9.10; s.a. *Walter*, Zum 68. DJT Das Gutachten „Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?“, *Voigt*, Signale des Juristentages gegen prekäre Beschäftigung, AuR 2010, 449; 68 Deutscher Juristentag Berlin 2010, AuR 2010, 467 ff.

[3] *Waltermann*: Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010, S. B 64.

- [4] *Grau*: Statistisches Bundesamt: Befristete Beschäftigung: Jeder elfte Vertrag hat ein Verfallsdatum, Wiesbaden 2010, S. 2.
- [5] Vgl. *Helm*: Arbeitsschutz als absolute Schranke für Befristungen, S. 49 ff.
- [6] Vgl. Statistisches Bundesamt: Niedrigeinkommen und Erwerbstätigkeit, Wiesbaden 2009, S. 26.
- [7] Als Niedriglohn werden Vergütungen von weniger als zwei Dritteln des Median-Verdienstes verstanden.
- [8] Statistisches Bundesamt: Niedrigeinkommen und Erwerbstätigkeit, Wiesbaden 2009, S. 15.
- [9] Vgl. *Gensicke/Herzog-Stein/Seifert/Tschersich*: Einmal atypisch – immer atypisch beschäftigt? In WSI-Mitteilungen 4/2010, Düsseldorf 2010, S. 179-187.
- [10] *Hirseland/Lobato*: Armutsdynamik und Arbeitsmarkt – Entstehung, Verfestigung und Überwindung von Hilfebedürftigkeit bei Erwerbsfähigen, IAB-Forschungsbericht 3/2010, Nürnberg 2010, S. 30.
- [11] *ebenda*.
- [12] Vgl. LAG *Berlin-Brandenburg* 4.11.11, 13 Sa 1549/11; LAG *München* 18.2.11, 7 Sa 896/10.
- [13] Vgl. BAG 23.1.02, 7 AZR 611/00.
- [14] *Boemke*: jurisPR-ArbR 18/2012 Anm. 1.
- [15] *Ulrici/Uhlig*, jurisPR-ArbR 11/2012 Anm. 1, C I 1.
- [16] *Ulrici/Uhlig*, jurisPR-ArbR 11/2012 Anm. 1, C I 1.
- [17] *Ulrici/Uhlig*, jurisPR-ArbR 11/2012 Anm. 1, C II.
- [18] *Ulrici/Uhlig*, jurisPR-ArbR 11/2012 Anm. 1, C I 2.
- [19] *Boemke*, jurisPR-ArbR 18/2012 Anm. 1, C III; *Ulrici/Uhlig*, jurisPR-ArbR 11/2012 Anm. 1, C 3.
- [20] *EuGH* 22.11.05, Rs. C-144/04 [*Mangold*], AuR 2006, 167 mit Anm. *Schiek*.
- [21] Vgl. *EuGH* 22.11.05, Rs. C-144/04, Rn. 62, Rn. 77 f. [*Mangold*], AuR 2006, 167 mit Anm. *Schiek*; *EuGH* 19.1.10, Rs. C-555/07, RN 55-56 [*Küçükdevici*], AuR 2010, 264 mit Anm. *Laskawy/Rehfeld*; BVerfG 6.7.10, 2 BvR 2661/06, Rn. 77 [*Honeywell*], AuR 2010, 397.
- [22] *Bell/Helm*, ArbG *München* 24 Ca 861/10, AiB 2011, 267 ff., AuR 2011, 313; *EuGH* 22.11.05, Rs. C-144/04, Rn. 62, 77 f. [*Mangold*], AuR 2006, 167 mit Anm. *Schiek*.
- [23] BT-Drucks. 26.10.1973, 7/1170, in Auszügen zit. bei *Helm/Bell/Windirsch*, AuR 2012, 293 ff. (295).

- [24] BReg 24.11.1986, BT-Drs. 10/6555, S. 1.
- [25] *Boemke*, jurisPR-ArbR 18/2012 Anm. 1, D.
- [26] ArbG *München* 8.10.10, 24 Ca 861/10, AuR 2011, 313, Bell/Helm AiB 2011, 267 ff
- [27] Vgl. *BGH* 26.11.08, VIII ZR 200/05, Rn. 34 f.
- [28] Vgl. *EuGH* 22.11.05, C-144/04 [*Mangold*], Rn. 77, AuR 2006, 167 mit Anm. *Schiek*; *EuGH* 19.1.10, C-555/07 [*Küçükdeveci*], Rn 51, AuR 2010, 264 mit Anm. *Laskawy/Rehfeld*; *BVerfG* 6.7.10, 2 BvR 2661/06 [*Honeywell*], Rn 77, AuR 2010, 397; *Schultz-Rönts* in *Riesenhuber*: Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 77.
- [29] Vgl. zB. *Thannheiser*, AiB 2011, 427 ff.; *Däubler*, dbr 2011, S. 37 f.; *Helm/Hjort/Hummel*, ArbRAktuell 2011, 397 f.; *Helm/Bell/Windirsch*, AuR 2012, 293 ff.
- [30] ArbG *München* 8.10.10, 24 Ca 861/10, a. d. Gründen A 2. unter Verweis auf *EuGH* 11.2.10, C-405/08, Rn. 58 f.
- [31] *EuGH* 11.2.10, Rs. C-405/08 [*Holst*].
- [32] Vgl. *BVerfG* 25.2.10, 1 BvR 230/09.
- [33] *BVerfVG* 25.2.10, 1 BvR 230/09, II 1. a) der Gründe.
- [34] Vgl. *EuGH* 11.2.10, Rs. C-405/08 [*Holst*], zB. Rn. 60.
- [35] Vgl. *EuGH* 11.2.10, Rs. C-405/08 [*Holst*], zB. Rn. 57.
- [36] Vgl. *Helm/Bell/Ögüt*, AiB 2012, 636.
- [37] Vgl. *BVerfG* 25.2.10, 1 BvR 230/09.
- [38] Vgl. auch Erläuterung zur Charta der Grundrechte v. 14.12.07, Amtsblatt der Europäischen Union (2007/C 303/02).
- [39] *Roth* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 14 Rn. 53 c.
- [40] Der in der Lit. vorgeschlagene Begriff der richtlinienkonformen Rechtsfindung beschreibt das weitere »Auslegungs«-Verständnis, wie es von Unionsgerichten praktiziert wird (vgl. *BAG* 17.11.09, 9 AZR 844/08, Rn. 29, AuR 2010, 226) in Abgrenzung zu dem engeren die Rechtsfortbildung nicht mitumfassenden dt. Auslegungsbegriff präziser, vgl. *Roth*, aaO. Rn. 24.
- [41] Zu den Methoden: *Roth*, aaO. Rn. 37 ff.
- [42] *Helm/Bell/Windirsch*, AuR 2012, 193 ff.