

Aktenzeichen: 7 ABR 33/09
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluss vom 8. September 2010
- 7 ABR 33/09 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Beschluss vom 28. August 2007
- 16 BV 101/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Beschluss vom 15. Dezember 2008
- 2 TaBV 13/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Auszubildendenvertreters

Gesetze:

BetrVG § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2; Manteltarifvertrag für den Einzelhandel
in Nordrhein-Westfalen vom 10. Februar 2006 § 23 Abs. 4

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 33/09
2 TaBV 13/08
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. September 2010

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin, Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

3.

4.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 8. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Schiller und Krollmann für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. Dezember 2008 - 2 TaBV 13/08 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines früheren Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung. 1
- Die antragstellende und zu 1. beteiligte Arbeitgeberin betreibt Einrichtungsfachgeschäfte. Für ihren in der Gstraße in Köln geführten Betrieb wurden der zu 2. beteiligte Betriebsrat und die zu 4. beteiligte Jugend- und Auszubildendenvertretung gewählt. Der Beteiligte zu 3. absolvierte bei der Arbeitgeberin eine Ausbildung für den Beruf einer Fachkraft für Lagerlogistik, die am 31. August 2007 enden sollte. Er beendete die Ausbildung mit der Abschlussprüfung, die er am 20. Juni 2007 bestand. Zu diesem Zeitpunkt war er Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung. Er war der erste und im Jahr 2007 der einzige Absolvent dieser Berufsausbildung im Betrieb. 2
- Im Berufsausbildungsvertrag vom 27. August 2004 heißt es unter H auszugsweise: 3



„Sonstige Hinweise auf anzuwendende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Manteltarifvertrag des Einzelhandels NRW“

§ 23 Abs. 4 des Manteltarifvertrags für den Einzelhandel in Nordrhein-Westfalen vom 10. Februar 2006 (MTV) lautet:

4

„Spätestens drei Monate vor dem vertraglichen Ende der Ausbildungszeit sollen sich Arbeitgeber und Auszubildender über eine Fortsetzung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses schriftlich erklären. Erklärt sich der Arbeitgeber nicht fristgerecht, gilt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet. Beabsichtigt der Arbeitgeber, einen Auszubildenden nicht in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen, so hat er vor Mitteilung an den Auszubildenden den Betriebsrat zu hören und diesen über die Gründe für die beabsichtigte Nichtübernahme zu informieren. Eine ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgte Mitteilung über die Nichtübernahme ist unwirksam.“

Der Beteiligte zu 3. beantragte mit Schreiben vom 20. April 2007 unter Berufung auf § 78a BetrVG die Übernahme in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis nach Abschluss seiner Ausbildung. Die Arbeitgeberin teilte ihm unter dem 3. Mai 2007 mit, dass sie ihn nicht weiterbeschäftigen werde, weil sie im Bereich Logistik des Einrichtungshauses in der Gstraße keine vakante Stelle anbieten könne. Die Betreffzeile des Schreibens lautet: „Erklärung der Nichtübernahme nach § 23 IV Manteltarifvertrag nach Ende der Ausbildung“. Der Beteiligte zu 3. verlangte mit Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2007 vorsorglich erneut die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG.

5

Die Arbeitgeberin hatte für das Einrichtungshaus in der Gstraße am 29. März 2007 die Stelle einer Führungsnachwuchskraft in der Logistik in Vollzeit ausgeschrieben. Diese Ausschreibung zog sie nach dem Übernahmeverlangen des Beteiligten zu 3. vom 20. April 2007 zurück. Die Stelle wurde mindestens ein halbes Jahr lang nicht besetzt. Der Beschäftigungsbedarf wurde durch Über- oder Mehrarbeit anderer Arbeitnehmer aufgefangen. Im Teilbereich Warenfluss der Logistikabteilung der Arbeitgeberin werden 90 Arbeitnehmer beschäftigt.

6



Die Arbeitgeberin stellte in der Logistikabteilung den Arbeitnehmer B zum 1. Mai 2007 als Ersatz für einen ausgeschiedenen Arbeitnehmer befristet bis 31. August 2007 ein. In der Zeit vom 16. Juni bis 30. Juli 2007 beschäftigte sie im Bereich Warenfluss der Logistik drei Arbeitnehmer befristet mit einer Arbeitszeit von jeweils 100 Monatsstunden.

7

Nach Differenzen über die verweigerte Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3. stimmte der Betriebsrat Überarbeitsanträgen der Arbeitgeberin nicht zu. Er meinte, anstelle der Überarbeit könne eine Vollzeitstelle für den Beteiligten zu 3. geschaffen werden. Die Arbeitgeberin setzte daraufhin in der Zeit vom 24. bis 28. Juli 2007 drei Leiharbeiter ein.

8

Die Arbeitgeberin bot dem Beteiligten zu 3. nach dem Ende der Ausbildung eine Teilzeitstelle im Umfang von 87 Monatsstunden an. Der Beteiligte zu 3. lehnte dieses Angebot ab. Während der ersten zwei Monate nach Abschluss der Ausbildung wurde er zunächst nicht beschäftigt. Seitdem setzt die Arbeitgeberin den Beteiligten zu 3. auf dieser Stelle in Teilzeit von 87 Monatsstunden gegen eine Vergütung nach Lohngruppe IIIc des Lohntarifvertrags für den Einzelhandel im Land Nordrhein-Westfalen (LTV) ein.

9

Der Beteiligte zu 3. hat sich am 15. Dezember 2008 - in der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht - bereit erklärt, mit Tätigkeiten im Warenfluss der Logistik beschäftigt zu werden, die nur einem Teil seiner Ausbildung gerecht werden und nach Lohngruppe IIc LTV zu vergüten sind.

10

Die Arbeitgeberin hat mit ihrer am 12. Juni 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift zuletzt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beteiligten zu 3. verlangt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Weiterbeschäftigung sei ihr unzumutbar, weil es im Ausbildungsbetrieb keine ausbildungsgerechten Dauerarbeitsplätze gebe. Die im Warenfluss ausgeschrieben Arbeitsplätze verlangten grundsätzlich keine abgeschlossene Ausbildung. Sie unterfielen der Lohngruppe II LTV. Die Arbeitgeberin habe außerdem allgemein nur befristete Arbeitsverträge geschlossen. Wegen der Neueröffnung eines weiteren Einrichtungshauses in O habe sie im Einrichtungshaus in der Gstraße einen Umsatzrückgang erwartet. Die Aus-

11



schreibung der Stelle einer Führungsnachwuchskraft in der Logistik im Frühjahr 2007 sei mit Blick auf den zu erwartenden Umsatzrückgang zurückgezogen worden.

Die Arbeitgeberin hat zuletzt beantragt, 12
das zwischen ihr und dem Beteiligten zu 3. gemäß § 78a
BetrVG begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

Die Beteiligten zu 2. bis 4. haben beantragt, den Antrag abzuweisen. 13
Sie haben gemeint, ein betrieblicher Bedarf für die Beschäftigung des Beteiligten zu 3. ergebe sich bereits aus dem regelmäßigen Abschluss befristeter Teilzeitarbeitsverträge im Bereich Warenfluss der Logistik. Bei Vertragsschluss sei stets nicht absehbar, ob der Beschäftigungsbedarf später tatsächlich entfallen werde. Für eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit sprächen auch die in der Logistik aufgelaufenen Überstunden, die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern und der Einsatz eigener logistikfremder Arbeitnehmer. Die später zurückgezogene Ausschreibung der Stelle einer Führungsnachwuchskraft in der Logistik vom 29. März 2007 zeige, dass eine ausbildungsadäquate freie Stelle vorhanden gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin abgewiesen. Das 14
Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser verfolgt die Arbeitgeberin ihren Auflösungsantrag weiter.

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin hat Erfolg. Sie führt zur 15
Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann der Auflösungsantrag der Arbeitgeberin nicht abgewiesen werden. Die vor dem Landesarbeitsgericht erklärte Bereitschaft des Beteiligten zu 3., nicht ausbildungsadäquat weiterbeschäftigt zu werden, wurde nicht rechtzeitig geäußert. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend dar. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zu Recht erkannt, dass zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ein Arbeitsverhältnis begründet wurde. Der Senat kann



aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen aber nicht beurteilen, ob der Auflösungsantrag nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG begründet ist. Es fehlen hinreichende Feststellungen des Beschwerdegerichts, ob im Betrieb der Arbeitgeberin in der Gstraße im Zeitraum vom 20. März bis 20. Juni 2007 ein freier und für eine Besetzung mit dem Beteiligten zu 3. geeigneter dauerhafter Arbeitsplatz als Fachkraft für Lagerlogistik zur Verfügung stand. Der Senat kann nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auch nicht abschließend beurteilen, ob zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. auf der Grundlage von § 23 Abs. 4 MTV ein der Auflösung nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG nicht zugängliches unbefristetes Vollzeitverhältnis zustande gekommen ist.

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält der rechtsbeschwerderechtlichen Prüfung nicht stand. 16

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet wurde. 17

a) Nach § 78a Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 BetrVG gilt zwischen einem Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder eines der anderen dort genannten Betriebsverfassungsorgane ist, und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet, wenn der Auszubildende in den letzten drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich die Weiterbeschäftigung verlangt. Diese Übernahmeverpflichtung soll die Ämterkontinuität der in § 78a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen gewährleisten und den Amtsträger vor nachteiligen Folgen bei seiner Amtsführung während des Berufsausbildungsverhältnisses schützen. Die Vorschrift stellt eine besondere gesetzliche Ausformung des betriebsverfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots von Amtsträgern in § 78 Satz 2 BetrVG dar. Durch ein form- und fristgerechtes Übernahmeverlangen des Auszubildenden entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitglied der in § 78a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen nach § 78a Abs. 2 18



Satz 1 BetrVG ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis im Ausbildungsberuf
(BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 16, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5).

b) Danach ist zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Voraussetzungen des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG sind erfüllt. Der Beteiligte zu 3. gehört zu dem von § 78a Abs. 1 BetrVG geschützten Personenkreis. Er war bei Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung. Der Beteiligte zu 3. hat mit Schreiben vom 20. April 2007 und 16. Mai 2007 innerhalb der Frist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG seine Weiterbeschäftigung von der Arbeitgeberin verlangt.

2. Die angefochtene Entscheidung ist unrichtig, soweit das Landesarbeitsgericht den Auflösungsantrag abgewiesen hat. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann der Antrag der Arbeitgeberin, das nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zustande gekommene Arbeitsverhältnis aufzulösen, nicht abgewiesen werden. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass während des Drei-Monats-Zeitraums vor dem vereinbarten Ende des Ausbildungsverhältnisses ein konkreter freier und für die Besetzung mit dem Beteiligten zu 3. geeigneter Dauerarbeitsplatz vorhanden war.

a) Der Arbeitgeber kann gemäß § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BetrVG die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG verhindern oder gemäß § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG dessen Auflösung herbeiführen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann. Dabei stimmt der Begriff der Zumutbarkeit in § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG mit dem in § 626 Abs. 1 BGB nicht überein (BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 17, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5).

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht erst dann unzumutbar, wenn die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Die zum Begriff der Unzumutbarkeit in § 626



Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze lassen sich nicht auf § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG übertragen. Der Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB ist erfüllt, wenn dem Arbeitgeber schon die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann. Bei der Auflösung des nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG entstandenen Arbeitsverhältnisses ist demgegenüber maßgeblich, ob dem Arbeitgeber die Beschäftigung des Amtsträgers in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zumutbar ist (*BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 18, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 16, EzAÜG BetrVG Nr. 112*).

bb) Neben personen- und verhaltensbedingten Gründen können auch betriebliche Gründe die Auflösung des kraft Gesetzes entstandenen Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Die Fortsetzung des nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen unzumutbar, wenn in seinem Betrieb kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Auszubildende mit seiner durch die Ausbildung erworbenen Qualifikation dauerhaft beschäftigt werden kann. Maßgeblich sind die Verhältnisse im Ausbildungsbetrieb (*BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 19, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 17, EzAÜG BetrVG Nr. 112*).

(1) Ob ein Beschäftigungsbedarf für den durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden zur Verfügung steht, bestimmt sich nach den arbeitsrechtlichen Vorgaben und der Personalplanung des Arbeitgebers, der darüber entscheidet, welche Arbeiten im Betrieb verrichtet werden sollen und wie viele Arbeitnehmer damit beschäftigt werden. Ohne Bedeutung ist daher, ob Arbeitsaufgaben vorhanden sind, mit deren Verrichtung ein Arbeitnehmer betraut werden könnte. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Arbeitsplätze neu zu schaffen, um die Weiterbeschäftigung zu gewährleisten. Von Missbrauchsfällen abgesehen ist der Arbeitgeber grundsätzlich auch nicht gehindert, durch eine Veränderung der Arbeitsorganisation Arbeitsplätze wegfallen zu lassen. Ist dagegen im Zeitpunkt der Beendigung

23

24

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



des Ausbildungsverhältnisses ein freier Arbeitsplatz vorhanden, hat bei der Prüfung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung ein künftiger Wegfall von Arbeitsplätzen unberücksichtigt zu bleiben (*BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 20, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 18 mwN, EzAÜG BetrVG Nr. 112*).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist dem Arbeitgeber die Übernahme eines durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden aus betrieblichen Gründen nicht allein deshalb unzumutbar, weil er sich entschließt, in seinem Betrieb anfallende Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr eigenen Vertragsarbeitnehmern, sondern Leiharbeitnehmern zu übertragen. Allein durch die Entscheidung des Arbeitgebers, künftig für die Erledigung der Arbeitsmenge Leiharbeitnehmer einzusetzen, ändert sich die Anzahl der im Betrieb eingerichteten Arbeitsplätze und damit auch der Beschäftigungsbedarf nicht (*ausführlich BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 21 mwN, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5*).

cc) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist für die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung iSd. § 78a Abs. 4 BetrVG auf den Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses abzustellen. Die Weiterbeschäftigung eines durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden kann dem Arbeitgeber iSv. § 78a Abs. 4 BetrVG im Einzelfall auch zumutbar sein, wenn er einen kurz vor der Beendigung der Berufsausbildung frei gewordenen Arbeitsplatz wieder besetzt hat, statt ihn für einen nach § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden freizuhalten. Das gilt regelmäßig bei einer Besetzung, die innerhalb von drei Monaten vor dem vereinbarten Ende des Ausbildungsverhältnisses vorgenommen wird. Der Arbeitgeber muss innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG mit einem Übernahmeverlangen rechnen. Diesem Verlangen hat er nachzukommen, wenn nicht die Ausnahmetatbestände des § 78a Abs. 4 BetrVG erfüllt sind. Aus diesem Grund führt ein zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung fehlender Beschäftigungsbedarf nicht zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, wenn der Arbeitgeber einen innerhalb von drei Monaten vor der vertraglich vereinbarten Beendigung des Ausbildungsverhältnisses frei gewordenen Arbeitsplatz

25

26

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



besetzt hat und die sofortige Neubesetzung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse geboten war (*BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 23 mwN, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 20, EzAÜG BetrVG Nr. 112*).

b) Danach hält die Begründung, mit der das Landesarbeitsgericht den 27
Auflösungsantrag abgewiesen hat, der rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat unzutreffend angenommen, das in der Anhörung im Beschwerderechtszug erklärte Einverständnis des Beteiligten zu 3. damit, im Bereich Warenfluss der Logistikabteilung und mit Tätigkeiten der Lohngruppe IIc weiterbeschäftigt zu werden, stehe der verlangten Auflösung des Arbeitsverhältnisses entgegen.

aa) Nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG entsteht durch ein vom Auszubildenden form- und fristgerecht erhobenes Weiterbeschäftigungsverlangen kraft Gesetzes ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis, das einen Anspruch auf eine ausbildungsgerechte Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb begründet. Inhaltliche Änderungen dieses Arbeitsverhältnisses unterliegen dem Konsensprinzip. Deshalb darf ein Auflösungsantrag nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG nicht mit der Erwägung abgewiesen werden, dem Arbeitgeber wäre die Begründung eines anderen als des nach § 78a Abs. 2 BetrVG entstehenden Arbeitsverhältnisses zumutbar gewesen. Aus dem Schutzzweck des § 78a BetrVG ergibt sich allerdings eine Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des Auszubildenden zu anderen als den sich aus § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen, wenn sich der Auszubildende zumindest hilfsweise mit einer Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen bereit erklärt hat. Hat der Auszubildende seine Bereitschaft zu einer anderweitigen Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb erklärt, muss der Arbeitgeber prüfen, ob ihm diese möglich und zumutbar ist. Unterlässt er die Prüfung oder verneint er zu Unrecht die Möglichkeit und die Zumutbarkeit, kann das nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG entstandene, auf die ausbildungsgerechte Beschäftigung gerichtete Arbeitsverhältnis nicht nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG aufgelöst werden, obwohl eine vollzeitige Beschäftigungs- 28



möglichkeit in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis im Ausbildungsberuf nicht besteht. Der Arbeitgeber ist dann darauf verwiesen, die notwendigen Änderungen der Vertragsbedingungen durch individualrechtliche Maßnahmen durchzusetzen (*vgl. BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 31 mwN, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 16. Juli 2008 - 7 ABR 13/07 - Rn. 29, BAGE 127, 126*).

bb) Allerdings muss ein Auszubildender, der bei Fehlen einer ausbildungsadäquaten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auch zu anderen als den sich aus § 78a Abs. 2 BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen in ein Arbeitsverhältnis im Ausbildungsbetrieb übernommen werden möchte, dem Arbeitgeber unverzüglich nach dessen Nichtübernahmeerklärung seine Bereitschaft zu einer Weiterbeschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen mitteilen. Eine Einverständniserklärung im gerichtlichen Verfahren über den Auflösungsantrag genügt nicht. Der Auszubildende darf sich nicht darauf beschränken, sein Einverständnis mit allen in Betracht kommenden Beschäftigungen zu erklären oder die Bereitschaftserklärung mit einem Vorbehalt zu verbinden. Er muss die von ihm hilfsweise für möglich gehaltene Beschäftigung vielmehr so konkret beschreiben, dass der Arbeitgeber erkennen kann, wie sich der Auszubildende seine Weiterarbeit vorstellt (*BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 32, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 16. Juli 2008 - 7 ABR 13/07 - Rn. 30, BAGE 127, 126*).

cc) Der Beteiligte zu 3. erklärte sich hier nicht rechtzeitig dazu bereit, zu geänderten Bedingungen weiterbeschäftigt zu werden. Er erteilte sein Einverständnis nicht unverzüglich nach der Nichtübernahmemitteilung der Arbeitgeberin, sondern erst im gerichtlichen Verfahren über den Auflösungsantrag in der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht. Seine Bereitschaft zur Weiterarbeit zu geänderten Bedingungen war demnach unbeachtlich und löste keine weitere Prüfungspflicht der Arbeitgeberin aus.

II. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich weder aus anderen Gründen iSv. § 561 ZPO als richtig dar, noch ist die Sache iSv. § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung reif. Der Beschluss des Landesarbeits-



gerichts war daher aufzuheben und die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

1. Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3. iSv. § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG unzumutbar war. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, welche Tätigkeiten ausbildungsgerecht sind und ob im Ausbildungsbetrieb innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG freie und auf Dauer zu besetzende Vollzeitstellen mit ausbildungsadäquaten Tätigkeiten vorhanden waren. Ebenso wenig lässt sich nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts abschließend beurteilen, ob zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. ein Arbeitsverhältnis nach § 23 Abs. 4 MTV zustande gekommen ist, das nicht nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG aufgelöst werden könnte. 32

a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3. sei der Arbeitgeberin zumutbar, weil der von ihm eingenommene Teilzeitarbeitsplatz mit einer Arbeitszeit von 87 Monatsstunden aufgrund der aufgelaufenen Über- und Mehrarbeit auf eine Vollzeitstelle aufgestockt werden könne. 33

aa) Die Erwägung des Beschwerdegerichts reicht schon deswegen nicht aus, weil das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt hat, dass der eingenommene Teilzeitarbeitsplatz ausbildungsgerecht ist. 34

bb) Im Übrigen ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, durch eine Änderung seiner Arbeitsorganisation einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, um die Weiterbeschäftigung zu gewährleisten (vgl. BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 20 mwN, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5). Das gilt auch für die Entscheidung, ob durch den Abbau von Überstunden zusätzliche Einstellungsmöglichkeiten geschaffen werden sollen. Es unterliegt der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers zu entscheiden, ob durch Abbau von Überstunden ein Arbeitsplatz geschaffen werden soll oder nicht (vgl. BAG 17. Februar 2010 35



- 7 ABR 89/08 - Rn. 27, aaO). Die Arbeitgeberin ist deswegen nicht verpflichtet, das in der Logistik entstandene Überstundenvolumen in einen Dauerarbeitsplatz umzuwandeln. Der kurzfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern in der Zeit vom 24. bis 28. Juli 2007 rechtfertigt ohnehin nicht den Schluss, dass ein Dauerarbeitsplatz vorhanden ist. Schließlich ist auch nicht festgestellt, dass im Drei-Monats-Zeitraum des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG mehrere unbefristete ausbildungsgerechte Teilzeitstellen frei waren, die als Vollzeitstellen hätten behandelt werden können.

b) Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts rechtfertigen bislang nicht die Annahme, die Arbeitgeberin habe ihre Übernahmeverpflichtung aus § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG in rechtsmissbräuchlicher Weise umgehen wollen, indem sie die Ausschreibung einer für den Beteiligten zu 3. geeigneten, ausbildungsgerechten und unbefristeten Stelle nur deshalb zurückgezogen habe, um die Übernahme des Beteiligten zu 3. zu verhindern. Eine missbräuchliche Umgehung der Übernahmeverpflichtung aus § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber eine Veränderung seiner Arbeitsorganisation allein zu dem Zweck vornimmt, eine Übernahme der durch § 78a BetrVG geschützten Personen zu verhindern (vgl. BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 20, EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5; 25. Februar 2009 - 7 ABR 61/07 - Rn. 18 mwN, EzAÜG BetrVG Nr. 112). Hiermit ist es vergleichbar, wenn ein Arbeitgeber die Ausschreibung einer von ihm zur (Neu-)Besetzung vorgesehenen geeigneten Stelle nur deswegen - vorübergehend - zurückzieht, um seiner Übernahmeverpflichtung zu entgehen.

c) Die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lassen schließlich auch keine abschließende Beurteilung zu, ob zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. nach § 23 Abs. 4 MTV ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Ein solches auf tariflicher Grundlage entstandenes Arbeitsverhältnis könnte nicht nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG aufgelöst werden. Die gesetzliche Auflösungsmöglichkeit des § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG erfasst nur das auf der Grundlage von § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründete Arbeitsverhältnis. Sollte die Entscheidung des Senats vom

36

37



29. November 1989, die offenlässt, ob durch Weiterarbeit nach § 17 BBiG aF (heute: § 24 BBiG) ein Arbeitsverhältnis begründet wurde (- 7 ABR 67/88 - zu B II 2 aE der Gründe, BAGE 63, 319), anders zu verstehen sein, hält der Senat an dieser Auffassung nicht länger fest.

2. Auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen kann der Senat demnach nicht abschließend beurteilen, ob der Auflösungsantrag der Arbeitgeberin begründet ist. Die Sache war an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen. 38

a) Das Landesarbeitsgericht wird zunächst aufzuklären haben, ob zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 3. nach dem in der Nichtübernahmeerklärung vom 3. Mai 2007 zitierten § 23 Abs. 4 MTV ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Es wird insbesondere zu prüfen haben, ob der Betriebsrat vor der Nichtübernahmemitteilung ordnungsgemäß informiert und angehört wurde (§ 23 Abs. 4 Satz 3 MTV). Sollte das nicht zutreffen, wäre ein unbefristetes Arbeitsverhältnis auf der Grundlage von § 23 Abs. 4 MTV zustande gekommen, das nicht nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG aufgelöst werden könnte. 39

b) Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass nach § 23 Abs. 4 MTV kein Arbeitsverhältnis begründet wurde, wird es klären müssen, ob für den Beteiligten zu 3. im Zeitraum vom 20. März bis 20. Juni 2007 im Ausbildungsbetrieb ein freier Dauerarbeitsplatz in seinem Ausbildungsberuf zur Verfügung stand. Es wird dabei insbesondere zu prüfen haben, ob die am 29. März 2007 ausgeschriebene Stelle einer Führungsnachwuchskraft in der Logistik ausbildungsgerecht und auf Dauer eingerichtet war. In diesem Fall wird sich das Beschwerdegericht eine Überzeugung davon bilden müssen 40



(§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO), ob die Ausschreibung nur deshalb zurückgezogen wurde, um die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3. zu vereiteln.

Linsenmaier

Kiel

Gallner

Krollmann

Schiller



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)