Bundesarbeitsgericht 7. Senat	Beschluss vom 15. Dezember 2011 - 7 ABR 40/10 -
I. Arbeitsgericht Essen	Beschluss vom 15. Dezember 2009 - 2 BV 67/09 -
II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf	Beschluss vom 19. Mai 2010 - 12 TaBV 23/10 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Weiterbeschäftigung eines Auszubildendenvertreters in einem Arbeitsverhältnis

Gesetze:

BetrVG § 78a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2; BBiG aF § 5 Abs. 1 Satz 2; BBiG nF § 12 Abs. 1 Satz 2; BGB § 125 Satz 1, § 126 Abs. 1, §§ 126b, 242

Leitsätze:

keine

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

7 ABR 40/10
12 TaBV 23/10
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Dezember 2011

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

3.

4. …

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 15. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Schmidt sowie den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Deinert und die ehrenamtliche Richterin Donath für Recht erkannt:

> Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. Mai 2010 - 12 TaBV 23/10 - wird zurückgewiesen.
>
> Auf die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2. wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. Mai 2010 - 12 TaBV 23/10 - aufgehoben, soweit dem Auflösungsantrag der Arbeitgeberin stattgegeben wurde. Insoweit wird die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob zwischen einem früheren Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung und der Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Hilfsweise macht die Arbeitgeberin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses geltend. 1

Die antragstellende Arbeitgeberin ist eine in E ansässige Genossenschaftsbank. In ihrem Betrieb ist der zu 3. beteiligte Betriebsrat gewählt. Der Beteiligte zu 2. war bis November 2008 Vorsitzender der im Betrieb gebildeten Jugend- und Auszubildendenvertretung. 2

Der Beteiligte zu 2. absolvierte bei der Arbeitgeberin eine Ausbildung für den Beruf des Bankkaufmanns. Die Ausbildungszeit sollte ursprünglich am 31. August 2008 enden. Aus krankheitsbedingten Gründen wurde der Ausbil- 3

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

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

dungsvertrag einvernehmlich bis 31. August 2009 verlängert. Der Beteiligte zu 2. beendete die Ausbildung erfolgreich mit der Abschlussprüfung. Das Prüfungsergebnis wurde ihm am 26. Juni 2009 mitgeteilt. Abweichend von den üblicherweise bis Mitte Juni 2009 durchgeführten Abschlussprüfungen hatte der Beteiligte zu 2. erst einen späteren Prüfungstermin Ende Juni 2009 erhalten.

Im letzten Quartal 2008 übernahm die Arbeitgeberin ua. den Auszubildenden B in ein Arbeitsverhältnis. 4

Der Beteiligte zu 2. bewarb sich mit E-Mail vom 23. Januar 2009 um eine am 19. Januar 2009 als „Personalreserve“ ausgeschriebene Stelle. Die Arbeitgeberin beabsichtigte, den Arbeitsplatz mit der amtierenden Vorsitzenden der Jugend- und Auszubildendenvertretung D zu besetzen. Der Betriebsrat stimmte dem am 11. Februar 2009 zu. Mit Schreiben vom 17. Februar 2008 *(gemeint war der 17. Februar 2009)* beantragte der Beteiligte zu 2., ihn nach Abschluss seiner Ausbildung in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis zu übernehmen. Die Arbeitgeberin lehnte das mit Schreiben vom 20. Februar 2009 ab und verwies auf die Mitteilungsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Daraufhin wiederholte der Beteiligte zu 2. mit Schreiben vom 17. März 2008 *(gemeint war der 17. März 2009)* sein Übernahmeverlangen. Mit E-Mail vom 6. April 2009 bewarb sich der Beteiligte zu 2. um eine als Serviceberater in Ü ausgeschriebene Stelle. Die Arbeitgeberin erteilte ihm mit E-Mail desselben Tags eine Absage. Sie versetzte stattdessen den kurz zuvor in ein Arbeitsverhältnis übernommenen Herrn B zum 15. April 2009 von der Filiale F auf die Stelle als Serviceberater in der Filiale Ü. Der Beteiligte zu 2. bewarb sich schließlich erfolglos mit E-Mail vom 23. Juni 2009 um Positionen als Kassierer und Serviceberater in der Filiale F sowie um eine Stelle als Mitarbeiter im Telefonteam. 5

Nachdem Frau D ihre Abschlussprüfung bestanden hatte, wurde sie im Sommer 2009 in ein Arbeitsverhältnis übernommen. Im Sommer 2009 kam es bei der Arbeitgeberin zu mehreren internen Stellenausschreibungen. 6

Die Arbeitgeberin hat mit ihrem am 9. Juli 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag die Auffassung vertreten, zwischen ihr und dem Beteiligten zu 2. sei kein Arbeitsverhältnis nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zustande 7

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gekommen. Der Beteiligte zu 2. habe seine Weiterbeschäftigung nicht innerhalb von drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses verlangt. Die mit E-Mails erfolgten Bewerbungen vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 seien schon nicht als Übernahmeverlangen iSv. § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG anzusehen. Jedenfalls wahrten sie nicht die Schriftform. Ein ggf. zustande gekommenes Arbeitsverhältnis sei jedenfalls nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG aufzulösen, weil der Beteiligte zu 2. nicht habe weiterbeschäftigt werden können. Die ausgeschriebene Stelle eines Serviceberaters in der Filiale Ü sei entsprechend einer früheren Planung mit Herrn B besetzt worden. Auch die Stellen, um die sich der Beteiligte zu 2. mit E-Mail vom 23. Juni 2009 beworben habe, seien nicht als frei anzusehen gewesen. Die Arbeitgeberin habe einen sog. Ringtausch unter mehreren Arbeitnehmern vornehmen müssen, um die Weiterbeschäftigung des Betriebsratsmitglieds H nach der Fremdvergabe seiner bisherigen Tätigkeit als EBL-Berater zu gewährleisten. Welcher Arbeitnehmer auf welche Position habe wechseln sollen, habe von vornherein festgestanden.

Die Arbeitgeberin hat beantragt 8

1. festzustellen, dass zwischen ihr und dem Beteiligten zu 2. nach Ablauf der Ausbildungszeit am 26. Juni 2009 ein Arbeitsverhältnis nicht begründet worden ist;
2. hilfsweise das am 27. Juni 2009 zwischen ihr und dem Beteiligten zu 2. begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

Der Beteiligte zu 2. und der Betriebsrat haben beantragt, die Anträge 9 abzuweisen. Sie haben gemeint, nach dem Ende der Berufsausbildung sei ein Arbeitsverhältnis des Beteiligten zu 2. mit der Arbeitgeberin zustande gekommen. Der Beteiligte zu 2. habe form- und fristgerecht die Übernahme verlangt. Ein außerhalb des Dreimonatszeitraums nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG übermitteltes Weiterbeschäftigungsverlangen sei wirksam, wenn es angelehnt an § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG sechs Monate vor Ausbildungsende gestellt worden sei. Jedenfalls seien auch in den Bewerbungen vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 rechtzeitige Übernahmeverlangen zu sehen. Die Arbeitgeberin habe

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

dennoch die für den Beteiligten zu 2. geeigneten freien Stellen mit anderen Arbeitnehmern besetzt. Die damals amtierende Vorsitzende der Jugend- und Auszubildendenvertretung D sei ohne Verlangen nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG übernommen worden.

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag der Arbeitgeberin stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat den Hauptantrag abgewiesen, aufgrund des Hilfsantrags aber das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses. Der Beteiligte zu 2. verfolgt mit seiner Rechtsbeschwerde das Ziel der Abweisung auch des Hilfsantrags. 10

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass zwischen dem Beteiligten zu 2. und der Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2. hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich des Auflösungsantrags und in diesem Umfang zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann dem Auflösungsantrag nicht stattgegeben werden. 11

I. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist in der Sache erfolglos. Der auf Feststellung eines nicht zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses gerichtete Hauptantrag der Arbeitgeberin ist unbegründet. Zwischen dem Beteiligten zu 2. und der Arbeitgeberin gilt nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings zu Unrecht angenommen, dass ein Auszubildender innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG seine Weiterbeschäftigung nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG verlangen kann. Der angefochtene Beschluss stellt sich hinsichtlich des Hauptantrags jedoch aus anderen Gründen als richtig dar *(§ 561 ZPO)*. Die innerhalb des Dreimonatszeitraums nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG per E-Mail übersandten Bewerbungen vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 wahrten zwar nicht die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB. Der Arbeitgeberin ist es aber 12

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die nicht eingehaltene Schriftform zu berufen.

1. 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 Satz 1 BetrVG ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis im Ausbildungsberuf *(BAG 8. September 2010 - 7 ABR 33/09 - Rn. 18, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 54 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 6; 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 16, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 53 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5)*. 13

2. Danach ist zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 2. im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Voraussetzungen des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG sind bis auf das Schriftformerfordernis erfüllt. Der Beteiligte zu 2. gehört zu dem von § 78a Abs. 1 BetrVG geschützten Personenkreis. Er verlangte mit den E-Mails vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 innerhalb der Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG, weiterbeschäftigt zu werden. Die E-Mails genügten dem Schriftformerfordernis des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG iVm. § 126 Abs. 1 BGB zwar nicht. Die Arbeitgeberin beruft sich aber treuwidrig auf die nicht gewahrte Schriftform *(§ 242 BGB)*. 14

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

a) Der Beteiligte zu 2. gehört zu dem von § 78a Abs. 1 BetrVG geschützten Personenkreis. 15

aa) Nach § 78a Abs. 3 BetrVG gelten die vorangegangenen Absätze auch, wenn das Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit der Jugend- und Auszubildendenvertretung endet. Für die Wirksamkeit des Übernahmeverlangens nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist es unschädlich, wenn der Auszubildende am Ende des Berufsausbildungsverhältnisses nicht mehr Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung ist. Es kommt nicht auf das Ende der Amtszeit der Jugend- und Auszubildendenvertretung an, sondern darauf, wann das Amt des betroffenen Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung endet *(vgl. BAG 15. Januar 1980 - 6 AZR 726/79 - zu II 2 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 78a Nr. 9)*. Dafür spricht vor allem der Schutzzweck des § 78a BetrVG. Mit ihm soll sichergestellt werden, dass Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung ihre Tätigkeit unabhängig von dem Druck möglicher beruflicher Nachteile ausüben können *(vgl. nur BAG 15. Januar 1980 - 6 AZR 726/79 - zu II 2 a aE der Gründe, aaO)*. Dieser Druck kann nur dann teilweise vermieden werden, wenn der Auszubildende auch nach seinem Ausscheiden aus der Jugend- und Auszubildendenvertretung während eines bestimmten Zeitraums nicht mit Nachteilen bei der sog. Übernahme rechnen muss *(vgl. in diesem Sinn Fitting 25. Aufl. § 78a Rn. 10)*. 16

bb) Der Beteiligte zu 2. gehörte bis November 2008 der Jugend- und Auszubildendenvertretung als deren Vorsitzender an. Bei Beendigung des Ausbildungsverhältnisses am 26. Juni 2009 war die Jahresfrist des § 78a Abs. 3 BetrVG demnach noch nicht verstrichen. 17

b) Der Beteiligte zu 2. verlangte seine Weiterbeschäftigung nicht form- und fristgerecht iSv. § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Die unzutreffend mit dem Jahr 2008 datierten Schreiben, die in Wirklichkeit vom 17. Februar 2009 und 17. März 2009 stammen, gingen der Arbeitgeberin vor Beginn der Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu. Die Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG ist nicht entsprechend anzuwenden. Mit den E-Mails vom 6. April 18

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

2009 und 23. Juni 2009, die der Arbeitgeberin innerhalb der Dreimonatsfrist zugingen, hielt der Beteiligte zu 2. das Schriftformerfordernis des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG nicht ein. Die Vorschrift verlangt Schriftform iSv. § 126 Abs. 1 BGB und lässt Textform iSv. § 126b BGB nicht genügen. Der Arbeitgeberin ist es jedoch nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf das mit den E-Mails vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 nicht gewahrte Schriftformerfordernis zu berufen.

aa) Die Schreiben des Beteiligten zu 2. vom 17. Februar 2009 und 17. März 2009, die die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB wahren, gingen der Arbeitgeberin außerhalb der Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu. Die Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG findet keine analoge Anwendung. 19

(1) Für die Berechnung der dreimonatigen Frist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist der Beendigungszeitpunkt des Berufsausbildungsverhältnisses maßgeblich. 20

(a) Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 BBiG endet das Berufsausbildungsverhältnis grundsätzlich mit Ablauf der Ausbildungszeit. Besteht der Auszubildende vor Ablauf der Ausbildungszeit die Abschlussprüfung, endet das Berufsausbildungsverhältnis nach § 21 Abs. 2 BBiG schon mit Bekanntgabe des Ergebnisses durch den Prüfungsausschuss. Um den Beginn der Dreimonatsfrist zu ermitteln, ist von dem Zeitpunkt an, in dem die Abschlussprüfung bestanden wird, zurückzurechnen *(vgl. BAG 31. Oktober 1985 - 6 AZR 557/84 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 50, 79)*. 21

(b) Danach endete das Berufsausbildungsverhältnis hier mit dem 26. Juni 2009. Die Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begann mit dem 26. März 2009. Die Schreiben des Beteiligten zu 2. vom 17. Februar 2009 und 17. März 2009 gingen der Arbeitgeberin daher vor Beginn der Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu. 22

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

(2) Die Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht analog anzuwenden. Ein Weiterbeschäftigungsverlangen iSv. § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG, das früher als drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gestellt wird, ist unwirksam. 23

(a) Das Bundesarbeitsgericht hat dieses Ergebnis ua. damit begründet, nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BBiG aF sei eine Vereinbarung nichtig, nach der sich der Auszubildende für einen längeren Zeitraum als drei Monate vor dem Ende des Berufsausbildungsverhältnisses auf den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitgeber festlege. Auch der von § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG bezweckte Schutz des Auszubildenden verlange, dass sich der Auszubildende nicht einseitig früher als drei Monate vor dem Ende des Berufsausbildungsverhältnisses durch eine Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber binde. Werde die Frist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG nicht gewahrt, habe das die gleiche Wirkung, als werde die Frist des § 5 Abs. 1 Satz 2 BBiG aF nicht eingehalten *(vgl. BAG 15. Januar 1980 - 6 AZR 621/78 - zu II 4 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 78a Nr. 8)*. Wahrt der Auszubildende die Dreimonatsfrist nicht, ist er gehalten, sein Weiterbeschäftigungsverlangen fristgerecht zu bestätigen oder zu wiederholen. 24

(b) Demgegenüber vertritt ein Teil des Schrifttums die Auffassung, dass ein Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden jedenfalls dann nicht unwirksam sei, wenn es innerhalb von sechs Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gestellt worden sei. Die Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG beruhe auf demselben Schutzzweck wie die inzwischen durch § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG in eine Sechsmonatsfrist umgewandelte Dreimonatsfrist des § 5 Abs. 1 Satz 2 BBiG aF. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Fristenregelung des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG versehentlich nicht angepasst habe *(vgl. nur Fitting § 78a Rn. 19; HaKo-BetrVG/Lorenz 3. Aufl. § 78a Rn. 12)*. 25

(c) Entgegen der von Teilen des Schrifttums geäußerten Ansicht sind die Voraussetzungen einer Analogie zu der Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 26

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Satz 2 BBiG nicht erfüllt. § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist nicht unbeabsichtigt lückenhaft. Auch die Interessenlage ist in den von § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG und § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG geregelten Fällen nicht in jeder Hinsicht identisch.

(aa) Aus dem Wortlaut des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG geht die Dreimonatsfrist unzweifelhaft hervor. Die Begrenzung des Übernahmeverlangens auf den Dreimonatszeitraum dient dem Schutz des Auszubildenden. Er soll sich nicht vorzeitig darauf festlegen, nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis einzugehen *(vgl. BAG 15. Januar 1980 - 6 AZR 621/78 - zu II 4 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 78a Nr. 8)*. Das stimmt mit den gesetzgeberischen Wertungen in § 5 Abs. 1 Satz 2 BBiG aF und § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG überein. Daneben dient die Dreimonatsfrist aber auch der Rechtssicherheit und der Planungssicherheit des Arbeitgebers *(vgl. BT-Drucks. 7/1334 S. 3; GK-BetrVG/Oetker 9. Aufl. § 78a Rn. 75)*. 27

(bb) Die Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG ist nicht entsprechend anzuwenden. § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist nicht planwidrig lückenhaft. Die Interessenlage der von beiden Bestimmungen geregelten Fälle ist auch nicht identisch. Die Dreimonatsfrist kann deswegen nicht auf sechs Monate verlängert werden. 28

(aaa) Dem steht die Änderung der in § 5 Abs. 1 Satz 2 BBiG aF enthaltenen Dreimonatsfrist durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996 *(BGBl. I S. 1476)* nicht entgegen. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG können sich Auszubildende innerhalb der letzten sechs Monate des Berufsausbildungsverhältnisses dazu verpflichten, nach dessen Beendigung mit den Ausbildenden ein Arbeitsverhältnis einzugehen. § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG enthält dennoch keine unbeabsichtigte Lücke. Der Gesetzgeber hat das BetrVG mit dem Betriebsverfassungsgesetz-Reformgesetz vom 23. Juli 2001 *(BGBl. I S. 1852)* vielmehr umfassend reformiert, diese Novelle aber nicht zum Anlass genommen, die Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG an die Sechsmonatsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG anzupassen. 29

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

(bbb) Im Übrigen ist die Interessenlage der von § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG einerseits und der von § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG andererseits geregelten Fälle auch nicht in jeder Hinsicht dieselbe. Beide Vorschriften dienen zwar dazu, den Auszubildenden vor einer zu frühen Bindung zu bewahren. Daneben schützt die Frist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG aber anders als die des § 12 Abs. 1 Satz 2 BBiG auch die Interessen des Arbeitgebers. Übernahmeverlangen von Auszubildenden, die früher als drei Monate vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses gestellt werden, sind unbeachtlich und müssen bei der Personalplanung nicht berücksichtigt werden. 30

bb) Der Beteiligte zu 2. verlangte mit den E-Mails vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 erneut, weiterbeschäftigt zu werden. Eine solche Auslegung musste sich für die Arbeitgeberin nach den festgestellten Tatsachen zumindest aus dem Zusammenhang mit den ausdrücklichen Übernahmeverlangen vom 17. Februar 2009 und 17. März 2009 ergeben. Die E-Mails vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 wahren die Schriftform der § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG, § 126 Abs. 1 BGB nicht. Die in ihnen enthaltenen Weiterbeschäftigungsverlangen sind deshalb nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Der Arbeitgeberin ist es aber nach Treu und Glauben *(§ 242 BGB)* verwehrt, sich auf den Formmangel zu berufen. 31

(1) § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ordnet an, dass das Weiterbeschäftigungsverlangen des Auszubildenden schriftlich zu erfolgen hat. Die Bestimmung verlangt Schriftform iSv. § 126 Abs. 1 BGB und lässt Textform iSv. § 126b BGB nicht genügen. Das ergibt die Auslegung des Schriftformerfordernisses in § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG nach dem rechtlichen Charakter des Weiterbeschäftigungsverlangens und der gebotenen funktionalen Betrachtung. Der Auszubildende macht ein Gestaltungsrecht geltend, wenn er verlangt, weiterbeschäftigt zu werden. Warn- und Beweisfunktion verlangen strenge Schriftform *(im Ergebnis ebenso zB Fitting § 78a Rn. 21; APS/Künzl 3. Aufl. § 78a BetrVG Rn. 55; WPK/Preis 4. Aufl. § 78a Rn. 9a; GK-BetrVG/Oetker § 78a Rn. 63; KR/Weigand 9. Aufl. § 78a BetrVG Rn. 28)*. 32

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das Formerfordernis des § 126 BGB trotz des offenen Wortlauts der Vorschrift auf Rechtsgeschäfte beschränkt. Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen ist die Bestimmung nicht unmittelbar anzuwenden. Daran hat die Ergänzung des § 126 BGB um § 126a und § 126b BGB durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001 *(BGBl. I S. 1542)* nichts geändert. Auch §§ 126a, 126b BGB sind wegen des fortbestehenden Sachzusammenhangs mit den Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte unmittelbar nur auf Willenserklärungen anwendbar. Für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen gelten sie allenfalls entsprechend *(vgl. BAG 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - Rn. 32, BAGE 130, 1; 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - Rn. 28, BAGE 128, 364)*. 33

(b) Verlangt der Auszubildende, nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG weiterbeschäftigt zu werden, übt er ein Gestaltungsrecht aus, dem eine Willenserklärung und nicht lediglich eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung zugrunde liegt. 34

(aa) Willenserklärungen sind auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gerichtet und dessen notwendiger Bestandteil. Ihr Zweck ist es, eine gerade und ausschließlich durch den Willen des Erklärenden hervorgerufene Rechtswirkung zu erzeugen. Sie führen eine Rechtsfolge herbei, weil sie gewollt ist und wie sie gewollt ist. Sie haben demnach die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen zum Ziel. Demgegenüber sind rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärungen, deren Rechtsfolgen nicht eintreten, weil sie final als solche gewollt sind, sondern weil das Gesetz das unabhängig vom Willen des Erklärenden anordnet. Der Eintritt der Rechtsfolge ist bei ihnen lediglich das äußere Ergebnis der Erklärungen und setzt keinen darauf gerichteten finalen Willen voraus *(vgl. BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 79/07 - Rn. 31 mwN, BAGE 128, 364)*. 35

(bb) Das Weiterbeschäftigungsverlangen nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist - anders als etwa die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG - keine bloße rechtsgeschäftsähnliche Handlung, sondern eine Willens- 36

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

erklärung. Die Rechtswirkung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses tritt aufgrund des im Weiterbeschäftigungsverlangen zum Ausdruck gebrachten Willens des Auszubildenden ein. Durch ein form- und fristgerechtes Übernahmeverlangen entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitglied der in § 78a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis im Ausbildungsberuf *(BAG 8. September 2010 - 7 ABR 33/09 - Rn. 18, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 54 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 6; 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 16, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 53 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5)*.

(c) Die einschneidende Rechtsfolge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, die über einen Kontrahierungszwang hinausgeht und die Privatautonomie erheblich beschränkt, erfordert die strenge Schriftform eines Weiterbeschäftigungsverlangens iSv. § 126 Abs. 1 BGB. Dafür spricht vor allem die Warnfunktion des Schriftformerfordernisses in § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Aufgrund der Warnfunktion soll der Erklärende vor unüberlegten oder übereilten Bindungen geschützt werden. Das gilt im Fall eines Übernahmeverlangens für beide Seiten. Auszubildender und Ausbildender sollen durch das Schriftformerfordernis vor dem unüberlegten oder übereilten Eintritt der schwerwiegenden Rechtsfolge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses geschützt werden. Die Schriftform des Weiterbeschäftigungsverlangens dient ferner dazu klarzustellen und zu beweisen, dass die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis eintreten wird. Es kommt für den Arbeitgeber darauf an zu wissen, von wem die Erklärung stammt, um seinen künftigen Vertragspartner zu erkennen *(vgl. Raab FS Konzen S. 719, 744)*. 37

(2) Die Arbeitgeberin verhält sich aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falls jedoch treuwidrig, indem sie sich darauf beruft, das Schriftformerfordernis des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG sei nicht gewahrt *(§ 242 BGB)*. Die entsprechenden Tatsachen stehen fest. 38

(a) Der Jugendvertreter muss sein Weiterbeschäftigungsverlangen grundsätzlich form- und fristgerecht nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG geltend machen. Ein treuwidriges Verhalten des Arbeitgebers kann nur bejaht werden, 39

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

wenn besondere, außergewöhnliche Umstände hinzutreten. Das ist der Fall, wenn das Verhalten des Arbeitgebers darauf abzielt, den Auszubildenden von der form- und fristgerechten Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsverlangens abzuhalten, obwohl die entstehenden Nachteile für den Arbeitgeber vorhersehbar waren und es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre, sie abzuwenden *(vgl. zu § 9 BPersVG BVerwG 31. Mai 2005 - 6 PB 1.05 - zu 3 b der Gründe mwN, EzBAT MTV § 22 Auszubildende Betriebs- und Personalratsmitglieder [Jugendvertreter] Nr. 16; 9. Oktober 1996 - 6 P 20.94 - zu II 3 b der Gründe, BVerwGE 102, 100)*.

(b) Nach diesen Maßstäben ist es der Arbeitgeberin hier nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Formverstoß zu berufen. Besonderheit des Einzelfalls ist, dass der Beteiligte zu 2. in einer Kombination aus frist- und formwidrigen Erklärungen insgesamt viermal verlangte, weiterbeschäftigt zu werden. Die Schreiben vom 17. Februar 2009 und 17. März 2009 wahrten die Schriftform, gingen der Arbeitgeberin aber nicht in der Dreimonatsfrist des § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu. Die innerhalb der Dreimonatsfrist zugegangenen E-Mails vom 6. April 2009 und 23. Juni 2009 waren dagegen formwidrig. Eine weitere Besonderheit ist, dass das Schreiben vom 17. März 2009 unter gewöhnlichen Umständen - einem Prüfungstermin bis Mitte Juni 2009 - die Dreimonatsfrist gewahrt hätte und die Arbeitgeberin den Fristverstoß abweichend von ihrem Vorgehen nach Zugang des Schreibens vom 17. Februar 2009 nicht rügte. Wegen dieser Einzelfallumstände waren die entstehenden Nachteile zunächst des Fristverstoßes und später der Formverletzung für die Arbeitgeberin vorhersehbar. Sie hätte sie aufgrund der konkreten Besonderheiten der mehrfachen Weiterbeschäftigungsverlangen, des einmaligen Hinweises auf den Fristverstoß und des ursprünglich früher geplanten Prüfungstermins in zumutbarer Weise durch einen weiteren Hinweis abwenden können. Auf die Frage einer allgemeinen Hinweispflicht bei Form- oder Fristverstößen von Weiterbeschäftigungsverlangen kommt es demgegenüber nicht an. 40

II. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2. ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf den Auflösungsan- 41

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

trag und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann dem Auflösungsantrag nicht stattgegeben werden. Aufgrund der getroffenen Feststellungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses tatsächlich kein freier Arbeitsplatz bestand.

1. Der Arbeitgeber kann nach § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG die Auflösung des mit dem Jugendvertreter begründeten Arbeitsverhältnisses 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 *(vgl. BAG 8. September 2010 - 7 ABR 33/09 - Rn. 21, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 54 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 6; 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - Rn. 17, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 53 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5)*. 42

2. 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, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 53 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 5)*. 43

3. Ob ein Beschäftigungsbedarf für den durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden zur Verfügung steht, bestimmt sich nach den arbeitstechnischen 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 deshalb, ob Arbeitsaufgaben vorhanden sind, mit deren Verrichtung ein Arbeitnehmer betraut werden könnte. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, durch organisatori- 44

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

sche 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 *(BAG 8. September 2010 - 7 ABR 33/09 - Rn. 24, AP BetrVG 1972 § 78a Nr. 54 = EzA BetrVG 2001 § 78a Nr. 6)*. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist für die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung iSv. § 78a Abs. 4 BetrVG auf den Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses abzustellen *(BAG 8. September 2010 - 7 ABR 33/09 - Rn. 26 mwN, aaO)*.

4. Nach diesen Grundsätzen durfte die Arbeitgeberin die Stelle im Bereich „Personalreserve“ mit Frau D und die Position des Serviceberaters in Ü mit Herrn B besetzen. Dagegen steht nicht abschließend fest, dass es der Arbeitgeberin angesichts des von ihr angeführten sog. Ringtauschs tatsächlich nicht möglich war, den Beteiligten zu 2. weiterzubeschäftigen. 45

a) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass die Arbeitgeberin Frau D im Bereich „Personalreserve“ vorrangig vor dem Kläger weiterbeschäftigen durfte. Die Arbeitgeberin verstieß nicht gegen den Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 BGB, indem sie mit Frau D die amtierende Vorsitzende der Jugend- und Auszubildendenvertretung vorrangig berücksichtigte. Der Beteiligte zu 2. unterlag nur dem nachwirkenden Schutz des § 78a Abs. 3 BetrVG. 46

b) Das Landesarbeitsgericht hat ferner in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise erkannt, dass die Arbeitgeberin den Arbeitsplatz als Serviceberater in der Filiale Ü mit Herrn B besetzen durfte. Es handelte sich nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht um einen freien Arbeitsplatz, weil die Stelle mit Herrn B aus der Filiale F besetzt werden sollte. Ein zusätzlicher Arbeitsplatz, der mit einem Auszubildenden hätte besetzt werden können, war nach dem schlüssigen Vortrag der Arbeitgeberin nicht vorhanden. Es wäre Sache der übrigen Beteiligten gewesen, sich hierzu zu äußern und deutlich zu machen, welche Punkte des Sachvortrags der Arbeitge- 47

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

berin bestritten werden sollten. Die anderen Beteiligten sind dem Vortrag der Arbeitgeberin in zweiter Instanz aber nicht entgegengetreten.

c) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht jedoch zu Unrecht angenommen, der Kläger habe auch im Zusammenhang mit dem sog. Ringtausch zugunsten des Betriebsratsmitglieds H nicht weiterbeschäftigt werden können. Welche Arbeitnehmer auf welche Stellen versetzt werden mussten, damit das Betriebsratsmitglied H weiterbeschäftigt werden konnte, steht nach den getroffenen Feststellungen nicht fest. Das Landesarbeitsgericht wird die einzelnen Positionen und die betroffenen Arbeitnehmer aufzuklären haben, um die Schlüssigkeit des Vorbringens der Arbeitgeberin würdigen zu können, zumal es im Betrieb im Sommer 2009 zu mehreren internen Stellenausschreibungen kam. 48

Linsenmaier Schmidt Gallner

Deinert Donath

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS