



gez. Gottfried
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes
Beschluss

17. AUG. 2021		
Erledigt	Fristen + Termine	Bearbeitet <i>SGE</i>

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

- Antragstellerin und Beteiligte zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

und

- Antragsgegner und Beteiligter zu 2) -

Betriebsrat

- Antragsgegner/in und Beteiligte/r zu 3) -

Jugend- und Auszubildendenvertretung der

- Antragsgegner/in und Beteiligte/r zu 4) -

Verfahrensbevollmächtigte:

DGB Rechtsschutz GmbH, handelnd durch ihre Rechtssekretäre Falk Bergmann u.a., als mit der Prozessvertretung beauftragte Vertreter, Meyfartstraße 19, 99084 Erfurt

zu 2)

zu 3)

2 BV 4/21

hat das Arbeitsgericht Erfurt, 2. Kammer, auf die mündliche Verhandlung vom 25.06.2021 durch Richterin am Arbeitsgericht als Vorsitzende sowie die ehrenamtlichen Richter Frau und Herr als Beisitzer

beschlossen:

1. Der Antrag wird abgewiesen.
2. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 9.240,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten darüber, ob zwischen der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten zu 2) ein Arbeitsverhältnis gemäß § 78 a BetrVG zustande gekommen ist.

Der Beteiligte zu 2) hat vom 01.09.2017 bis zum 16.02.2021 bei der Beteiligten zu 1) eine Ausbildung zum Fluggerätetechniker, Fachrichtung: Triebwerkstechnik durchlaufen. Seit dem 18.11.2020 ist der Beteiligte zu 2) Ersatzmitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung bei der Beteiligten zu 1), die aus drei Mitgliedern besteht.

Der Beteiligte zu 2) hat am 08.12.2021, am 12.01.2021, am 26.01.2021 und am 02.02.2021 an Betriebsratssitzungen teilgenommen. Am 04.02.2021 nahm der Beteiligte zu 2) an einer Sitzung der Jugend- und Auszubildendenvertretung teil (Aktenblatt 68).

Mit Schreiben vom 09.12.2020 (Aktenblatt 29) beantragte der Beteiligte zu 2) die Übernahme in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis gemäß § 78 a BetrVG. Mit Schreiben vom 25.01.2021 (Aktenblatt 39) lehnte die Beteiligte zu 1) das Übernahmeverlangen ab. Mit Schreiben vom 08.02.2021 (Aktenblatt 42) beantragte der Beteiligte zu 2) erneut die Übernahme in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis im Anschluss an seine Berufsausbildung.

Die Bruttomonatsvergütung für Fluggerätetechniker im ersten Jahr nach der Ausbildung beträgt 3.080,-- € brutto.

Seit Mai 2020 befindet sich die Beteiligte zu 1) in Kurzarbeit. Diese wurde zunächst bis zum 31.03.2021 bewilligt, danach bis zum 31.12.2021 verlängert.

Am 6. Januar 2021 wurden bereits erste Inhalte über die Weiterführung der Kurzarbeit ab 01.04.2021 zwischen der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten 3) besprochen. Über die Fort-

2 BV 4/21

führung der Kurzarbeit bis zum Ende des Jahres 2021 besteht zwischen den Betriebsparteien Einigkeit.

Der Beteiligte zu 2) wurde im Rahmen seiner Ausbildung dem Bereich Logistik (MTL) als Receipt- bzw. Kitting Inspector (PHL) zugeordnet.

Die Beteiligte zu 1) ist der Auffassung, ihr sei und unter Berücksichtigung aller Umstände die unbefristete Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2) nicht zumutbar. Es gebe keinen freien Dauerarbeitsplatz für Fluggerätemechaniker Fachrichtung Triebwerkstechnik.

Die pandemiebedingten ausfallenden oder verspäteten Zulieferungen und Produktions- und Absatzstörungen hätten dazu geführt, dass im Jahr 2020 anstelle von 150 Triebwerken/Output nur 98 betragen hätten. Im Jahr 2021 seien 76 Outputs geplant, im Jahr 2022 89 Triebwerke. Auch die produktiven Arbeitsstunden seien um mehr als 30 % zurückgegangen.

Aus diesem Grund befinde sich die Beteiligte zu 1) in Kurzarbeit, welche gegenwärtig bis zum 31.12.2021 andauere.

Da alle Bereiche im Rahmen der Triebwerksüberholung sehr stark von Kurzarbeit betroffen seien und es auch über das geplante Ausbildungsende sowie über den 31.03.2021 so sein werde, sei es nicht möglich gewesen, den Beteiligten zu 2) entsprechend seiner Ausbildung zu beschäftigen und ihn unbefristet weiter zu beschäftigen.

Zwar sei es richtig, dass es sich um eine kurzfristige wirtschaftliche Situation der Beteiligten zu 1) handele und dass sie sicherlich die Corona-Pandemie irgendwann überwunden sein werde. Wann dies sein werde, könne keiner abschätzen, und sei für das vorliegende Verfahren auch völlig uninteressant, da es nicht entscheidend sei, ob irgendwann ein freier dauerhafter Arbeitsplatz vorhanden sei, sondern es sei entscheidend, ob zum Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ein freier dauerhafter Arbeitsplatz vorhanden sei.

Durch die fehlende Berufspraxis könne der Beteiligte zu 2) weiterhin keine Autorisierung anstreben, welche für einen produktiven Einsatz notwendig sei. Nach luftverkehrsrechtlichen Bestimmungen sei eine Autorisierung vorgeschrieben. Hierzu seien eine Arbeitsprobe und eine schriftliche betriebliche Stempelprüfung notwendig. Die Situation sei schwierig, da keine durchgehende Arbeit vorhanden sei. Bis Ende Januar seien keine Motoren mehr zu bearbeiten gewesen. Im Durchschnitt seien 5 - 6 Monate bei voller Auslastung für eine Autorisierung notwendig. Diese Auslastung sei zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung nicht gegeben und werde es absehbar auch nicht sein.

2 BV 4/21

Darüber hinaus scheidet ein Anspruch des Beteiligten zu 2) auch aus, da eine Anwendung des § 78 a BetrVG auf ein Ersatzmitglied nur dann möglich sei, wenn dieses Ersatzmitglied ein ordentliches Mitglied ordnungsgemäß vertreten habe.

Ein Vertretungsfall habe für die Sitzung der Jugend- und Auszubildendenvertretung am 04.02.2021 nicht vorgelegen.

Sowohl der Vorsitzende der JAV, Herr _____, als auch das dritte JAV-Mitglied, Herr _____, seien an diesem Tag weder krank noch im Urlaub gewesen. Beide hätten sich für die Berufsschule im Home-Schooling befunden.

Auch im Hinblick auf die Betriebsratssitzung am 26.01.2021 ergebe sich nicht, worin die ordnungsgemäße Vertretung des Beteiligten zu 2) sich ergeben solle. Weder Herr _____ noch Herr _____ seien in Urlaub gewesen oder erkrankt, so dass beide als ordentlich gewählte JAV-Mitglieder an einer Sitzung des Betriebsrates hätten teilnehmen können.

Es spreche vieles dafür, dass der Beteiligte zu 2) bewusst als Ersatzmitglied, ohne dass Vertretungsgründe vorlagen, zur JAV-Sitzung und zur Betriebsratssitzung geladen worden sei, um ihn in den Genuss des Schutzes des § 78 a BetrVG kommen zu lassen.

Die Beteiligte zu 1) beantragt,

das zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner und Beteiligten zu 2) nach Ablauf der Ausbildungszeit am 16.02.2021 gemäß § 78 a BetrVG begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

Der Beteiligte zu 2) beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Der Beteiligte zu 3) beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Die Beteiligte zu 4) beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Der Beteiligte zu 2) trägt vor, die Beteiligte zu 1) habe eine Einsatzmöglichkeit des Beteiligten zu 2) nicht ausreichend geprüft. Die Beteiligte zu 1) habe in ihrem Betrieb großflächig Kurzar-

2 BV 4/21

beit zur Überwindung der Corona-Pandemie eingeführt. Unter Kurzarbeit werde allgemein eine vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit verstanden. Sinn und Zweck der Kurzarbeit sei die vorübergehende wirtschaftliche Entlastung des Betriebes zur Senkung der Personalkosten und gleichzeitige Erhaltung der Arbeitsplätze. Durch die Anmeldung von Kurzarbeit habe die Beteiligte zu 1) ja gerade zum Ausdruck gebracht, dass es sich nur um eine kurzfristige wirtschaftliche Schieflage handele.

Der Beteiligte zu 2) sei seit Juni 2020 ausschließlich in seiner Auslernabteilung Receipt Inspection/Kitting Inspection beschäftigt gewesen. Hier sei eine Planstelle für den Beteiligten zu 2) vorgesehen gewesen. Da er also bereits sechs Monate in seiner Abteilung verbracht habe, hätte es dann üblicherweise weitere 2 - 3 Wochen angedauert, bis eine Stempelberechtigung vorgelegen hätte. Die Zuweisung zur Auslernabteilung seit Juni 2020 habe einen reibungslosen Übergang in das Arbeitsverhältnis gewährleisten sollen.

Die Beteiligte zu 1) habe insgesamt fünf Arbeitsplätze als Messtechniker 3-D-Koordinatenmessmaschine ausgeschrieben gehabt. Der Beteiligte zu 2) erkläre sich erneut bereit, dort beschäftigt zu werden.

Für die Betriebsratssitzung am 26.01.2021 habe ein Vertretungsfall vorgelegen. Der Beteiligte zu 2) sei der einzige JAV-Vertreter gewesen. Frau _____ habe an diesem Tag ihre praktische Abschlussprüfung absolviert und sei daher nicht im Haus gewesen. Die Mitglieder _____ und in _____ seien im Erfurter Bildungszentrum geschult worden und seien ebenfalls abwesend gewesen.

Auch für die JAV-Sitzung am 04.02.2021 habe ein Vertretungsfall vorgelegen. Herr _____ und Herr _____ seien in der Berufsschule „1“ _____ im Präsenzunterricht gewesen. Es sei nicht richtig, wenn die Beteiligte zu 1) hier vom Home -Schooling spreche.

Der Beteiligte zu 3) trägt vor, es treffe nicht zu, dass im Betrieb der Beteiligten zu 1) kein freier Arbeitsplatz vorhanden sei. Die Beteiligte zu 1) habe am 20.10.2020 die Stelle eines/einer Messgerätetechniker 3-D-Koordinatenmessmaschine (m/w/d) ausgeschrieben.

Darüber hinaus sei der Bereich Logistik als Receipt- bzw. Kitting Inspector im Vergleich zu anderen Bereichen verhältnismäßig gering von Kurzarbeit betroffen, so dass eine Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2) in diesem Bereich durchaus erfolgen könne.

Mit der Einführung der Kurzarbeit seien die Betriebsparteien einvernehmlich davon ausgegangen, dass durch die pandemischen Umstände kein dauerhafter Beschäftigungswegfall existiere. Je nach Verlauf der Pandemie würden sich die Flugbewegungen wieder derart er-

2 BV 4/21

höhen, dass im Jahr 2022, spätestens im Jahr 2023 durch die dann zu überholenden Triebwerksmotoren bei der Beteiligten zu 1) Vollbeschäftigung bestehen werde. Es komme hinzu, dass in den letzten vier Monaten nach Kenntnis des Beteiligten zu 3) ca. 20 Mitarbeiter eine Eigenkündigung ausgesprochen hätten und ca. sechs Mitarbeiter in die Freistellungsphase der Altersteilzeit gewechselt seien.

Angesichts der derzeit geltenden gesetzlichen Regelungen zum Bezug von Kurzarbeitergeld, insbesondere zur Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen, sei es für die Beteiligte zu 1) zumutbar, den Beteiligten zu 2) in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis weiter zu beschäftigen.

Zum übrigen Sachvortrag wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Der zulässige Antrag ist nicht begründet.

Der Antrag ist zulässig.

Mit Schriftsatz vom 15.02.2021 hatte die Beteiligte zu 1) beantragt, gemäß § 78 a Abs. 4 Z. 1 BetrVG festzustellen, dass zwischen der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten zu 2) nach Ablauf der Ausbildungszeit am 16.02.2021 ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird.

Gemäß § 78 a Abs. 2 BetrVG gilt zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit begründet, wenn ein Auszubildender innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangt.

Gemäß § 78 a Abs. 4 Z. 1 BetrVG kann der Arbeitgeber spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Arbeitsgericht beantragen, festzustellen, dass ein solches Arbeitsverhältnis gerade nicht begründet wird.

Zum Zeitpunkt der Antragstellung mit Schriftsatz vom 15.02.2021, welcher am gleichen Tag per Fax bei Gericht einging, war ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten zu 2) noch nicht gemäß § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG begründet worden, da der Beteiligte zu 2) erst am 16.02.2021 seine Ausbildung mit erfolgreich bestandener Prüfung beendet hat.

2 BV 4/21

Zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag der Beteiligten zu 1) im Anhörungstermin vom 25.06.2021 war das Ausbildungsverhältnis beendet und das Arbeitsverhältnis begründet worden, so dass die Beteiligte zu 1) gemäß § 78 a Abs. 4 S. 1 Z. 2 die Auflösung dieses Arbeitsverhältnisses beantragt hat mit Schriftsatz vom 08.04.2021.

Ist im Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses über einen Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach Nr. 1 des § 78 a Abs. 4 S. 1 BetrVG noch nicht rechtskräftig entschieden, so wird beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 oder 3 BetrVG im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber begründet. Der Feststellungsantrag nach Nr. 1 des § 78 a Abs. 4 S. 1 BetrVG wandelt sich in einem solchen Falle in einen Antrag nach Nr. 2 dieser Vorschrift auf Auflösung des nunmehr begründeten Arbeitsverhältnisses um, ohne dass es einer förmlichen Antragstellung bedarf (BAG vom 29.11.1989 - 7 ABR 67/88). Eine solche förmliche Antragsänderung ist allerdings im vorliegenden Fall erfolgt.

Der Antrag ist demnach zulässig.

Der Antrag ist jedoch nicht begründet.

Die Beteiligten streiten auch darüber, ob der Beteiligte zu 2) überhaupt in den persönlichen Schutzbereich des § 78 a BetrVG fällt. Auf Ersatzmitglieder findet diese Vorschrift nur dann Anwendung, soweit sie im letzten Vierteljahr des Berufsausbildungsverhältnisses einem Betriebsverfassungsorgan angehören und in diesem Zeitraum die Weiterbeschäftigung verlangen.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes dazu, in welcher Verfahrensart - im Urteilsverfahren oder im Beschlussverfahren - ein Streit zwischen Arbeitgeber und Auszubildenden darüber zu führen ist, ob die Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 oder 3 BetrVG erfüllt sind, ist uneinheitlich.

Im zitierten Beschluss vom 29.11.1989 (7 ABR 67/88) hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, dass ein derartiger Streit, ob die Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 oder 3 BetrVG erfüllt sind, im Urteilsverfahren zu entscheiden sind. Das Beschlussverfahren über einen Arbeitgeberantrag nach § 78 a Abs. 4 BetrVG diene allein der Klärung der Frage, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Auszubildenden in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis nicht zugemutet werden könne und deshalb durch rechtsgestaltendes Eingreifen des Gerichtes Abhilfe zu schaffen sei. Die Entscheidung hierüber sei nicht von der vorherigen Feststellung abhängig, dass die Voraussetzungen für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach § 78 a Abs. 2 oder 3 BetrVG gegeben seien.

2 BV 4/21

Mit dem Beschluss vom 29.11.1989 hat das Bundesarbeitsgericht die gegenteilige Rechtsprechung im Urteil vom 13.03.1986 - 6 AZR 424/85 - aufgehoben.

Im Urteil vom 11.01.1995 (7 AZR 574/94) neigt der 7. Senat wieder dazu, es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, in einem einheitlichen Beschlussverfahren (gegebenenfalls auch durch Kombination von Haupt- und Hilfsanträgen) sowohl die Feststellung der Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 und 3 BetrVG als auch die Auflösung eines solchen Arbeitsverhältnisses wegen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nach § 78 a Abs. 4 BetrVG zu verfolgen.

Auch im Beschluss vom 17.02.2010 - 7 ABR 89/08) prüft das Bundesarbeitsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BetrVG, ob die dortige Beteiligte zu dem geschützten Personenkreis des § 78 a Abs. 1 BetrVG gehört.

Dieser Auffassung schließt sich das Gericht im vorliegenden Verfahren an.

Für alle Verfahrensbeteiligten ist es von Bedeutung, dass die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist bzw. wieder aufgelöst wird, von entscheidender Bedeutung. Die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 und 3 BetrVG überhaupt vorliegen, verzögert die Entscheidung über die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht. Müsste der Arbeitgeber die Frage, ob die Voraussetzungen des § 78 a BetrVG überhaupt vorliegen, im Urteilsverfahren klären, das üblicherweise länger dauert als das Beschlussverfahren, bestünde auch die Gefahr, dass das Beschlussverfahren zu einem reinen abstrakten Rechtsgutachten über die Frage der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung wird, wenn nämlich im Beschlussverfahren das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, sich aber zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Begründung des Arbeitsverhältnisses im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis gar nicht vorgelegen haben. Gleiches gilt, wenn die Weiterbeschäftigung für zumutbar erachtet wird, sich aber in einem Urteilsverfahren im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Begründung dieses Arbeitsverhältnisses gar nicht vorgelegen haben.

Nach Auffassung des Gerichtes ist deshalb im vorliegenden Fall im Beschlussverfahren auch zu überprüfen, ob die Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG vorgelegen haben.

Nach § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG gilt zwischen einem Auszubildenden, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung 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.

2 BV 4/21

Diese Übernahmeverpflichtung soll die Ämterkontinuität der in § 78 a 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 S. 2 BetrVG dar. Durch ein form- und fristgerechtes Übernahmeverlangen des Auszubildenden entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitglied der in § 78 a Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen nach § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis in seinem Ausbildungsberuf.

Der Beteiligte zu 2) ist seit dem 18.11.2020 Ersatzmitglied der bei der Beteiligten zu 1) gewählten Jugend- und Auszubildendenvertretung.

Auch Ersatzmitglieder der Jugendvertretung haben die Rechte nach § 78 a Abs. 2 BetrVG, wenn sie ein ordentliches Mitglied vertreten (BAG vom 15.01.1980 - 6 AZR 726/79). Insoweit kann auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zu § 15 KSchG zurückgegriffen werden, da beide Vorschriften sicherstellen sollen, dass die Tätigkeit der Mitglieder der Jugendvertretung und des Betriebsrates unabhängig von dem Druck, berufliche Nachteile zu erleiden, ausgeübt werden kann.

Auch das vorübergehend tätige Ersatzmitglied unterliegt dem Schutz des § 78 a BetrVG. Dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Umfang während der Vertretungszeit effektiv Aufgaben anfallen. Maßgeblich ist allein, dass das Ersatzmitglied während der Vertretungszeit die Mitgliedschaftsrechte in der Jugendvertretung hat.

Der Beteiligte zu 2) hat als Ersatzmitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung unstrittig an Sitzungen des Betriebsrates am 08.12.2021, 12.01.2021, 26.01.2021 und 02.02.2021 teilgenommen. Ferner hat der Beteiligte zu 2) an der Sitzung der Jugend- und Auszubildendenvertretung am 04.02.2021 teilgenommen.

Soweit sie die Beteiligte zu 1) vermutet, dass für diese Sitzungen ein Vertretungsfall tatsächlich nicht vorgelegen hat, sondern dass der Beteiligte zu 2) als Ersatzmitglied herangezogen wurde, um ihn in den Genuss des Schutzes des § 78 a BetrVG zu bringen, ergeben sich hierfür für das Gericht keine Anhaltspunkte.

Zu § 15 KSchG führt das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 12.02.2004 (2 AZR 163/03) aus, dass der Schutz des § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG für Ersatzmitglieder eintrete, wenn der Arbeitnehmer zur Betriebsratsarbeit herangezogen worden sei. Er entfalle nicht schon dann, wenn sich im Nachhinein herausstelle, dass ein Vertretungsfall in Wahrheit nicht vorgelegen habe. Ausgeschlossen sei der Schutz des § 15 KSchG, wenn der Vertretungsfall durch kollu-

2 BV 4/21

sive Absprachen zum Schein herbeigeführt werde, oder das Ersatzmitglied wisse oder es sich ihm aufdrängen müsse, dass kein Vertretungsfall vorliege.

Auch dann, wenn zwar ein objektiver Fall einer Verhinderung im Sinne des § 25 Abs. 1 BetrVG nicht vorgelegen habe, das Ersatzmitglied jedoch an einer Betriebsratssitzung teilgenommen habe und keine Anhaltspunkte dafür gehabt habe, dass in Wahrheit ein Vertretungsfall nicht vorgelegen habe, bestünden die Gründe für den vom Gesetzgeber vorgesehenen Sonderkündigungsschutz. Das Ersatzmitglied übe auch in diesem Fall die vom Gesetz auch auf die Austragung von Streit angelegte Rolle des betrieblichen Gegenspielers des Arbeitgebers aus. Diese Lage sei für das Ersatzmitglied unvermeidbar, weil es - solange keine Anhaltspunkte gegen das Vorliegen eines Vertretungsfalles sprächen - verpflichtet sei, der Einladung zur Betriebsratssitzung zu folgen. Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG würde seinen Zweck verfehlen, wenn er von der späteren Bestätigung des von dem ordentlichen Betriebsratsmitglied angegebenen Verhinderungsgrundes abhinge. Nur wenn das Ersatzmitglied wisse oder es sich ihm aufdränge, dass kein Vertretungsfall vorläge, sei es nicht schutzbedürftig.

Diese Ausführungen des Bundesarbeitsgerichtes im Urteil vom 12.02.2004 sind auf den Schutz des § 78 a BetrVG für Ersatzmitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung entsprechend anzuwenden.

Für ein kollusives Zusammenwirken zwischen der Beteiligten zu 4) oder dem Beteiligten zu 3) und dem Beteiligten zu 2) sind für das Gericht keinerlei Tatsachen ersichtlich, außer der von der Beteiligten zu 1) geäußerten Vermutung, für die die Beteiligte zu 1) außer dem Heranziehen des Beteiligten zu 2) zu den Sitzungen keine Tatsachen vorträgt.

Jedenfalls zur Sitzung der Jugend- und Auszubildendenvertretung am 04.02.2021 dürfte ein Vertretungsfall für den Beteiligten zu 2) vorgelegen haben. Die Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung als Vorsitzender und in hatten an diesem Tag Berufsschulunterricht. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob dieser Berufsschulunterricht als Präsenzveranstaltung abgehalten wurde, oder sich beide Mitglieder im sogenannten Home-Schooling befunden haben. Sie waren jedenfalls aufgrund des Berufsschulunterrichtes verhindert, an der Sitzung der Jugend- und Auszubildendenvertretung teilzunehmen.

Der Beteiligte zu 2) unterfällt damit als Ersatzmitglied dem persönlichen Geltungsbereich des § 78 a BetrVG.

2 BV 4/21

Der Beteiligte zu 2) hat mit Schreiben vom 09.12.2020 (Aktenblatt 29) auch fristgerecht innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gemäß § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG schriftlich von seinem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung beantragt.

Mit Schreiben vom 08.02.2021 (Aktenblatt 42) hat der Beteiligte zu 2) diesen Antrag nochmals wiederholt.

Sein Ausbildungsverhältnis endete am 16.02.2021.

Die Voraussetzungen des § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG sind damit erfüllt. Danach entsteht kraft Gesetzes durch ein vom Auszubildenden form- und fristgerecht erhobenes Weiterbeschäftigungsverlangen ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis, das einen Anspruch auf eine ausbildungsgerechte Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb begründet.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass es vorliegend nicht entscheidungserheblich ist, ob die Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2) auf anderen Arbeitsplätzen hätte einsetzen können, beispielsweise als Messtechniker 3-D-Koordinaten oder im administrativen Bereich.

§ 78 a BetrVG begründet einen Anspruch auf eine ausbildungsgerechte Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb. Der Beteiligte zu 2) hat unstreitig keine Ausbildung im administrativen Bereich oder als Mitarbeiter in einem Metallberuf oder als Messtechniker.

Inhaltliche Änderungen des gemäß § 78 a BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses unterliegen dem Konsensprinzip. Eine Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des Auszubildenden zu anderen als den sich aus § 78 a BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen besteht nur dann, wenn sich der Auszubildende zumindest hilfsweise mit einer Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen bereit erklärt hat.

Ein Auszubildender, der bei Fehlen einer ausbildungsadäquaten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auch zu anderen als den sich aus § 78 a Abs. 2 BetrVG ergebenden Arbeitsbedingungen in ein Arbeitsverhältnis im Ausbildungsbetrieb übernommen werden möchte, muss dem Arbeitgeber unverzüglich nach dessen Nichtübernahmemitteilung seine Bereitschaft zu einer Übernahme in ein Arbeitsverhältnis zu geänderten Vertragsbedingungen mitteilen. Eine Einverständniserklärung im gerichtlichen Verfahren über den Auflösungsantrag genügt nicht. Dem Arbeitgeber muss ausreichend Zeit für die Prüfung der Bereitschaftserklärung und gegebenenfalls die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens nach § 99 Abs. 1 BetrVG verbleiben (BAG vom 17.02.2010 - 7 ABR 89/08).

2 BV 4/21

Im vorliegenden Fall hat der Beteiligte zu 2) weder in seinem Antrag auf Weiterbeschäftigung vom 09.12.2020 (Aktenblatt 29) noch in seinem wiederholten Antrag vom 08.02.2021 (Aktenblatt 42) seine Bereitschaft zur Übernahme in ein Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen erklärt. In beiden Anträgen hat er vielmehr die Weiterbeschäftigung „in dem von mir erlernten Beruf“ beantragt.

Der Beteiligte zu 2) kann sich daher im vorliegenden Verfahren nicht darauf berufen, die Beteiligte zu 1) könne ihn auf anderen Arbeitsplätzen einsetzen.

Zwischen den Parteien ist deshalb gemäß § 78 a BetrVG ein Vollzeitarbeitsverhältnis als Fluggerätemechaniker, Fachrichtung: Triebwerkstechnik zustande gekommen.

Gemäß § 78 a Abs. 4 S. 1 Z. 2 kann der Arbeitgeber spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses bei dem Arbeitsgericht beantragen, das begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann.

Bei § 78 a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG handelt es sich um einen Gestaltungsantrag, der das entstandene Arbeitsverhältnis nicht rückwirkend, sondern erst mit Rechtskraft des Beschlusses beenden kann.

Der Begriff der Unzumutbarkeit in § 78 a BetrVG deckt sich nicht mit dem Begriff der Unzumutbarkeit des § 626 Abs. 1 BGB. Die zum Begriff der Unzumutbarkeit in § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze lassen sich nicht auf § 78 a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BetrVG übertragen. Der Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB liegt vor, 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 § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG entstandenen Arbeitsverhältnisses ist demgegenüber maßgeblich, ob dem Arbeitgeber die Beschäftigung des Amtsträgers in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zumutbar ist (BAG vom 25.02.2009 - 7 ABR 61/07).

Neben personen- und verhaltensbedingten Gründen können auch betriebliche Gründe die Auflösung des kraft Gesetzes entstandenen Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Die Fortsetzung des nach § 78 a Abs. 2 S. 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 (BAG vom 17.02.2007 - 7 ABR 89/08). Ob ein Beschäftigungsbedarf für den durch § 78 a BetrVG geschützten Auszubildenden zur Verfü-

2 BV 4/21

gung stehe, bestimme sich nach den arbeitstechnischen Vorgaben und der Personalplanung des Arbeitgebers, der darüber entscheide, welche Arbeiten im Betrieb verrichtet werden sollten und wie viele Arbeitnehmer damit beschäftigt würden. Ohne Bedeutung sei daher, ob Arbeitsaufgaben vorhanden seien, mit deren Verrichtung ein Arbeitnehmer betraut werden könne. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen Arbeitsplätze neu zu schaffen, um die Weiterbeschäftigung zu gewährleisten (BAG vom 25.02.2009 - 7 ABR 61/07).

Allerdings sind an den Begriff der Unzumutbarkeit gemäß § 78 a Abs. 4 BetrVG strengere Anforderungen zu stellen als an das dringende betriebliche Erfordernis gemäß § 1 KSchG. Für das Auflösungsverlangen reichen nicht schon solche betriebsbedingten Gründe aus, die eine ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers nach § 1 KSchG rechtfertigen könnten. Damit würde der Schutz der ausgebildeten Amtsträger in einer dem § 78 a nicht gerecht werdenden Weise auf den bloßen Kündigungsschutz normaler Arbeitnehmer abgesenkt (Fitting § 78 a Rz. 53). Zweck des § 78 a sei jedoch die Schaffung eines den anderen betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträgern entsprechenden Schutzes. An die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung aus betrieblichen Gründen seien deshalb strenge Anforderungen zu stellen. Dem Arbeitgeber müsse sie schlechterdings unzumutbar sein.

Für die Prüfung der Unzumutbarkeit ist dabei abzustellen auf den Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses (BAG vom 16.07.2008 - 7 ABR 13/07).

Nach allem Vorstehenden war es der Beteiligten zu 1) im vorliegenden Fall nicht unzumutbar, das gesetzlich begründete Vollzeitverhältnis mit dem Beteiligten zu 2) fortzusetzen.

Die Beteiligte zu 2) befindet sich seit Mai 2020 in Kurzarbeit. Zum Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses, also dem Zeitpunkt der Begründung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses am 16.02.2021 befand sich die Beteiligte zu 1) weiterhin in Kurzarbeit, die bis Ende des Jahres 2021 verlängert worden ist.

Trotz der im Juni 2020 bereits bestehenden Kurzarbeit wurde der Beteiligte zu 2) im Bedarfsplan für einen Zeitraum nach Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses im Bereich Logistik als Receipt- bzw. Kitting Inspector vorgesehen und dieser Abteilung bereits zugewiesen.

Dies erfolgte vor dem Hintergrund, den Zeitaufwand für die erforderliche Autorisierung zu verkürzen.

Die von der Beklagten thematisierte Autorisierung ist keine zusätzliche Ausbildung oder Fortbildung. Diese Autorisierung muss jeder Mitarbeiter durchlaufen, bevor er eigenverantwortlich

2 BV 4/21

und ohne Anleitung und Überprüfung an den Motoren etc. arbeiten darf. Diese Autorisierung ist luftverkehrsrechtlich vorgeschrieben und betrifft jeden Arbeitnehmer. Die dem Beteiligten zu 2) noch fehlende Autorisierung stellt somit keinen Unzumutbarkeitsgrund im Sinne des § 78 a Abs. 4 BetrVG dar.

Der Beteiligte zu 2) war damit im Bedarfsplan für die Abteilung Logistik als Receipt- bzw. Kitting Inspector bereits während der Zeit der Kurzarbeit vorgesehen und dieser Abteilung zugeordnet.

Zum Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses am 16.02.2021 bestand zwischen der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten zu 3) bereits Einigkeit darüber, dass die zunächst bis zum 31.03.2021 beabsichtigte Kurzarbeit jedenfalls bis zum 31.12.2021 verlängert wird.

Wird Kurzarbeit geleistet, so spricht dies dafür, dass die Betriebsparteien nur von einem vorübergehenden Arbeitsmangel und nicht von einem dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf ausgehen (BAG vom 23.02.2012 - 2 AZR 548/10). Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel wiederum könne eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Entfalle die Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer aufgrund später eintretender weiterer Umstände oder veränderter wirtschaftlicher und - oder organisatorischer Rahmenbedingungen auf Dauer könne allerdings trotz der Kurzarbeit ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung bestehen.

Das Bundesarbeitsgericht hat damit in dieser Entscheidung klargestellt, dass allein die Einführung von Kurzarbeit ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG noch nicht darstellt.

Wie oben ausgeführt, geht der Begriff der Unzumutbarkeit in § 78 a BetrVG über das dringende betriebliche Erfordernis im Sinne des § 1 KSchG hinaus.

Bereits zu den betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers entgegen stehen, führt das Bundesarbeitsgericht in der zitierten Entscheidung aus, dass die betrieblichen Erfordernisse dringend sein müssten, die Kündigung im Interesse des Betriebes also unvermeidbar sein müsse, und der Arbeitgeber zuvor alle Möglichkeiten auszuschöpfen habe, die mit dem Ziel geschaffen worden seien und bestünden, durch eine Flexibilisierung der Arbeitszeit betriebsbedingte Kündigungen in Zeiten geringeren Arbeitsanfalls zu vermeiden. Hätten die Betriebsparteien durch die Einführung von Kurzarbeit den Umfang der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit auf ein Niveau abgesenkt, das den Ausspruch

2 BV 4/21

betriebsbedingter Kündigungen gerade überflüssig mache, könne ein dringendes betriebliches Kündigungserfordernis regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Arbeitszeitreduzierung voll ausgeschöpft habe und gleichwohl noch ein Beschäftigungsüberhang bestehe.

Übertragen auf den Begriff der Unzumutbarkeit im Sinne des § 78 a BetrVG bedeutet dies vorliegend, dass es der Beteiligten zu 1) nicht unzumutbar ist, das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis mit dem Beteiligten zu 2) fortzusetzen, da für die Beteiligte zu 1) die Möglichkeit besteht, einseitig aufgrund der Vereinbarungen mit dem Beteiligten zu 3) den Beteiligten zu 2) auf Kurzarbeit zu setzen.

Zwischen dem Beteiligten zu 3) und der Beteiligten zu 1) scheint unstreitig zu sein, dass die Abteilung, in deren Bedarfsplan der Beteiligte zu 2) im Juni 2020 aufgenommen war, im Verhältnis zum Gesamtbetrieb von Kurzarbeit weniger betroffen ist als andere Abteilungen. Allein das Argument, im Betrieb der Beteiligten zu 1) sei Kurzarbeit angeordnet und freiwerdende Arbeitsplätze würden nicht wieder besetzt, reicht zur Begründung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beteiligten zu 2) nicht aus.

Hätte der Beteiligte zu 2) keinen Kündigungsschutz als Mandatsträger, wäre nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes eine betriebsbedingte Kündigung allein mit dem Argument der angeordneten Kurzarbeit nicht begründet.

Umso mehr muss dies gelten, vor dem Hintergrund des Begriffes der Unzumutbarkeit des § 78 a BetrVG.

Ausschlaggebend ist im vorliegenden Fall, dass die Beteiligte zu 1) aufgrund der Vereinbarungen mit dem Beteiligten zu 3) den Beteiligten zu 2) ohne dessen Einverständnis auf Kurzarbeit setzen kann. Da die Anordnung von Kurzarbeit grundsätzlich nur im beiderseitigen Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgen kann, hätte der Beteiligte zu 2) ohne das Vorliegen der kollektivrechtlichen Absprache zwischen der Beteiligten zu 1) und dem Beteiligten zu 3) sein Einverständnis zur Fortsetzung bzw. Begründung des Arbeitsverhältnisses unter den Bedingungen zur Kurzarbeit unverzüglich nach Ablehnung der Beteiligten zu 1), dem Beteiligten zu 2) in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen, erklären müssen (siehe obige Ausführungen). Dies war im vorliegenden Fall nur deshalb nicht notwendig, da die kollektivrechtliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten zu 1) und 3) besteht.

Es war der Beteiligten zu 1) deshalb im vorliegenden Fall nicht unzumutbar, den Beteiligten zu 2) unbefristet zu beschäftigen und Kurzarbeit anzuordnen.

2 BV 4/21

Das gesetzlich begründete unbefristete Arbeitsverhältnis war deshalb nicht gemäß § 78 a Abs. 4 S. 1 Z. 2 BetrVG aufzulösen. Der darauf gerichtete Antrag war abzuweisen.

Die Entscheidung über die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes berücksichtigt drei Monatsgehälter im Arbeitsverhältnis.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann die Beteiligte zu 1) das Rechtsmittel der **Beschwerde** einlegen.

Die Beschwerde muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach Zustellung dieses Beschlusses **schriftlich** bei dem

Thüringer Landesarbeitsgericht, Rudolfstraße 46, 99092 Erfurt

eingelegt werden.

Dabei ist zu beachten, dass bei einer Zustellung durch Niederlegung bei einer Postanstalt die Frist bereits mit der Niederlegung und Benachrichtigung in Lauf gesetzt wird, nicht erst mit der Abholung der Sendung.

Die Einlegung kann auch elektronisch unter Verwendung des elektronischen Rechtsverkehrs erfolgen. **Eine Einlegung mittels einfacher E-Mail ist allerdings nicht zulässig.** Im elektronischen Rechtsverkehr sind besondere Bedingungen einzuhalten. Diese vom Nutzer einzuhaltenden Bedingungen sind in der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV) in der jeweils geltenden Fassung geregelt. **Die Nichtbeachtung dieser Voraussetzungen kann zum Verlust des Rechtsmittels führen.** Ergänzend wird auf die Internetseite www.justiz.de verwiesen, auf deren Inhalt und Verfügbarkeit das Gericht keinen Einfluss hat, weshalb diesbezüglich keine Gewähr übernommen wird.

Die Beschwerde ist gleichzeitig oder **innerhalb von zwei Monaten** nach der Zustellung dieses Beschlusses **schriftlich** zu begründen.

Die Beschwerde und Beschwerdebegründung **müssen** von:

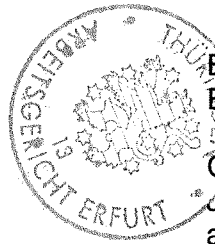
1. einer/m zugelassenen Rechtsanwältin/Rechtsanwalt oder
2. einer Gewerkschaft oder Vereinigung von Arbeitgebern oder einem Zusammenschluss solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder einem Zusammenschluss mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder oder
3. einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet,

2 BV 4/21

eingereicht werden.

Für den-Beteiligten zu 2); 3) und 4) ist ein Rechtsmittel **nicht** gegeben.

gez. Meier
Richterin am Arbeitsgericht



Beglaubigt
Erfurt, 13-08-2021

Gottfried
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle