

beglaubigte Abschrift

7 Sa 1191/16
5 Ca 605/16
ArbG Dortmund



Verkündet am 14.03.2017:

Brüggemann,
Regierungsbeschäftigte,
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landesarbeitsgericht Hamm

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen



Vgl. z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Hagen	
10. APR. 2017	
Erledigt	Fristen + Termine
	Bearbeitet 13

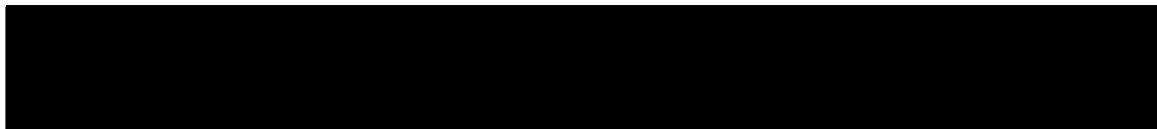
RIF 1015 + RBF 1216 not.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

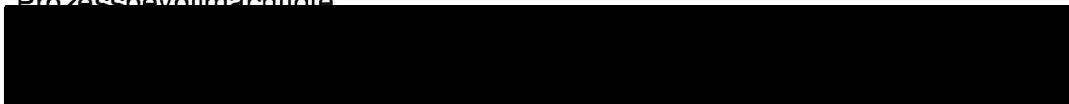
DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Hagen, Körnerstraße 43, 58095 Hagen,

gegen



- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:



hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 14.03.2017
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Auferkorte
sowie die ehrenamtlichen Richter Hufenbach und aus der Wiese
für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 06.09.2016 – 5 Ca 605/16 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Anspruch des Klägers als Jugend- und Auszubildendenvertreter auf Beschäftigung im erlernten Ausbildungsberuf.

Der 1995 geborene Kläger war bei der Beklagten zunächst als Auszubildender für den Beruf des Elektrikers für Betriebstechnik seit dem 01.08.2012 beschäftigt. Grundlage des Ausbildungsverhältnisses war ein schriftlicher Berufsausbildungsvertrag vom 01.03.2012, der als Ende des Berufsausbildungsverhältnisses den 31.01.2016 vorsah. Wegen der Einzelheiten des Ausbildungsvertrages wird auf die Kopie Bl. 25 und 26 d.A. Bezug genommen. Während der Dauer des Ausbildungsverhältnisses wurde der Kläger zum Jugend- und Auszubildendenvertreter gewählt.

Die Beklagte ist in der Produktion hochwertiger Eisengussteile unternehmerisch tätig; kraft beiderseitiger Verbandsmitgliedschaft sind die Parteien an die Tarifverträge der nordrhein-westfälischen Metall- und Elektroindustrie gebunden.

Mit Schreiben vom 12.10.2015 teilte der Kläger der Beklagten unter anderem folgendes mit:

„Sehr geehrte Herren,

seit dem 01.08.2012 befinde ich mich in unserem Unternehmen in einem Berufsausbildungsverhältnis als Elektriker. Am 06.01.2016 werde ich die Berufsausbildung beenden.

Unserer betrieblichen Jugend- und Auszubildendenvertretung gehöre ich seit dem 14.11.2014 als ordentlich gewähltes Mitglied an.

Hiermit verlange ich gem. § 78 a Abs. 2 BetrVG die Weiterbeschäftigung nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses in meinem erlernten Beruf und somit einen Einsatz in der Fachabteilung. Ich weise darauf hin, dass damit im Anschluss an mein Ausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet gilt.

Ich bitte um Bestätigung.“

Wegen der Einzelheiten des Schreibens des Klägers wird auf die Kopie Bl. 27 d.A. Bezug genommen.

Die Beklagte teilte dem Kläger nicht mit, dass sie ihn nicht in ein Arbeitsverhältnis im erlernten Ausbildungsberuf oder mit einer anderweitigen Beschäftigung nach Beendigung der Ausbildung übernehmen werde.

Bei der Beklagten, die ca. 500 Mitarbeiter beschäftigt, wurden im Jahre 2014 mit dem Betriebsrat ein Interessenausgleich und ein Sozialplan abgeschlossen, der sich über einen Personalabbau von insgesamt 55 Arbeitsplätzen verhält. Die Berufe des Elektronikers für Betriebstechnik sind bei der Beklagten ausschließlich in der ca. 60 Mitarbeiter umfassenden Abteilung „Instandhaltung“ tätig; dort findet ein Abbau von insgesamt sechs Stellen aufgrund des vorgenannten Interessenausgleichs statt. Bereits seit dem Jahre 2011 sind hier keine Neueinstellungen erfolgt. Die im Jahre 2011 eingestellten Auszubildenden wurden in den Berufen des Elektronikers und des Schlossers nur für ein Jahr befristet übernommen. Eine Nachbesetzung dieser Stellen erfolgte nicht. In der Zeit vom 31.12.2014 bis zum 31.03.2016 sind insgesamt sechs Stellen in der Instandhaltung ersatzlos abgebaut worden, davon drei Stellen für Elektriker bzw. Elektroniker. Die Personalabbaumaßnahmen standen bereits Ende 2015 fest. Vor diesem Hintergrund übernahm die Beklagte keinen der insgesamt sechs Auszubildenden, die Anfang 2016 die Prüfung bestanden haben, in ihren Ausbildungsberufen. Sämtlichen Auszubildenden bot die Beklagte jedoch an, in der Produktion zu arbeiten.

Unter diesen sechs Auszubildenden befand sich auch der Kläger, der am 07.01.2016 ausweislich der Bescheinigung der Abschlussprüfung der SIHK zu Hagen (Bl. 28 d.A.) die Prüfung bestanden hat. Ebenfalls mit Datum vom 07.01.2016 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der unter „1. Aufgabe“ vorsieht:

„(1) Herr [REDACTED] wird ab dem 08.01.2016 als Kerneinleger innerhalb der Abteilung Formanlage aus dem Ausbildungsverhältnis übernommen.
...“

Unter der Rubrik „2. Bezüge“ ist eine tarifliche Einstufung nach „Tarifentgelt EG 3“ nebst Gießereizulage vereinbart.

Zudem enthält der Arbeitsvertrag in Ziffer 11. (3) folgende Regelung:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.“

Dieser Arbeitsvertrag, der nach dem äußeren Erscheinungsbild von der Beklagten vorformuliert worden ist, enthält unterhalb der vom Kläger und den Vertretern der Beklagten geleisteten Unterschriften einen handschriftlichen Vermerk, der wie folgt lautet:

„Unter dem Vorbehalt der rechtlichen Überprüfung der vereinbarten Tätigkeit und des Verdienstes“.

Wegen der Einzelheiten des Arbeitsvertrages im Übrigen wird auf die Kopie Bl. 29 ff. d.A. Bezug genommen.

Zum Zustandekommen dieses Arbeitsvertrages hat die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer vorgetragen, der Kläger habe sich zunächst Bedenkzeit erbeten und den Arbeitsvertrag erst – so habe er es der Beklagten mitgeteilt – nach Besprechung mit dem Betriebsrat unterzeichnet.

Seit dem 08.01.2016 beschäftigt die Beklagte den Kläger als Kerneinleger zu den Bedingungen des vorerwähnten Arbeitsvertrages.

Mit Schreiben vom 26.01.2016 wandte sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers an die Beklagte mit dem Hinweis, diese müsse den Kläger als Elektroniker beschäftigen.

Nachdem der für die Beklagte seinerzeit handelnde Arbeitgeberverband dieses Ansinnen mit Schreiben vom 02.02.2016 abgelehnt hatte (Bl. 37 d.A.), verfolgt der Kläger sein Begehren gerichtet auf Versetzung und Beschäftigung als Elektroniker mit der

vorliegenden, beim Arbeitsgericht Dortmund vorab per Fax am 15.02.2016 eingegangenen Klage weiter.

Er hat vorgetragen:

Die Beklagte habe es versäumt, ein Verfahren gemäß § 78 a Abs. 4 BetrVG gerichtet auf Nichtübernahme des Klägers in ein Arbeitsverhältnis bzw. auf Auflösung eines kraft Gesetzes zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses einzuleiten. Aus diesem Grunde sei sie verpflichtet, dem Kläger als Elektroniker, also in seinem erlernten Ausbildungsberuf, tatsächlich zu beschäftigen. Da sie dies nicht tue, sei sie zudem verpflichtet, ihm diesen Arbeitsbereich tatsächlich zuzuweisen, ihn also zu versetzen. Auf eine fehlende Beschäftigungsmöglichkeit als Elektroniker könne sich die Beklagte außerhalb des gerichtlichen Verfahrens nach § 78 a BetrVG nicht berufen. Da die Beklagte den Kläger tatsächlich nach Abschluss des Vertrages vom 07.01.2016 beschäftige, habe sie auch dessen Vorbehalt akzeptiert und sei demzufolge auch aus diesem Grunde zur ausbildungsgerechten Beschäftigung verpflichtet.

Der Kläger hat beantragt,

1. den Kläger zu versetzen vom „Kerneinleger in der Abteilung Formanlage“ zum „Elektroniker“,
2. den Kläger als Elektroniker zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen:

Für die Beklagte habe – sie betrachte es als unstreitig – ein freier Arbeitsplatz als Elektroniker, den sie dem Kläger nach Abschluss der Ausbildung hätte anbieten können, nicht zur Verfügung gestanden. Insoweit verweise sie auf ihr Vorbringen zum Personalabbau auf der Grundlage des Interessenausgleichs und Sozialplans aus dem Jahre 2014. Allerdings sei es ihr verwehrt gewesen, das Verfahren nach § 78 a Abs. 4 BetrVG gerichtet auf Nichtübernahme des Klägers bzw. Auflösung des gesetzlich zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses durchzuführen, da sie die Möglichkeit gehabt und auch genutzt habe, den Kläger anderweitig zu beschäftigen, nämlich als

Kerneinleger. Dieses Angebot habe sie allen sechs Auszubildenden des Jahrgangs unterbreitet, die zeitgleich mit dem Kläger die Prüfung bestanden hätten. Aufgrund dieser Beschäftigungsmöglichkeit wäre es ihr nicht möglich gewesen, sich auf die Unzumutbarkeit der Übernahme des Klägers zu berufen.

Die Beklagte gehe davon aus, dass der im Arbeitsvertrag erklärte „Vorbehalt“ des Klägers am Inhalt des Arbeitsvertrages als Kerneinleger nichts ändere, da es sich allenfalls um eine zulässige Rechtsbedingung des Inhalts handele, dass die Beschäftigung als Kerneinleger nicht zum Tragen kommen solle, wenn eine solche zu ausbildungsadäquaten Bedingungen zumutbar sei. Genau dies sei – im Wesentlichen unstreitig – nicht der Fall, weshalb der Vorbehalt ins Leere gehe.

Durch Urteil vom 06.09.2016, dem Vertreter des Klägers unter dem 16.09.2016 zugestellt, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass der vom Kläger erklärte Vorbehalt rechtlich irrelevant sei, da das Gesetz einen solchen – anders im Fall der Änderungskündigung im Sinne des § 2 KSchG – nicht vorsehe. Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellen würde, dass es sich um eine auflösende Bedingung für den Fall handeln würde, dass ein Weiterbeschäftigungsverlangen im Sinne des § 78 Abs. 2 Satz 1 BetrVG erfolgreich gewesen wäre, so ergebe sich kein anderes Ergebnis, da zwischen den Parteien unstreitig sei, dass ein freier Arbeitsplatz mit der Beschäftigungsmöglichkeit als Elektroniker bei der Beklagten nicht bestehe. Wegen der Einzelheiten der angegriffenen Entscheidung wird auf Bl. 95 – 103 d.A. Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vorliegenden, vorab per Telefax beim Landesarbeitsgericht am 11.10.2016 eingegangenen und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 16.12.2016 mit Schriftsatz vom 12.12.2016, vorab am selben Tage beim Landesarbeitsgericht eingegangen, begründeten Berufung.

Der Kläger trägt vor:

Er habe mit der Vorbehaltserklärung unter dem Arbeitsvertrag unzweifelhaft zu erkennen gegeben, dass er nicht vorbehaltlos als Kerneinleger beschäftigt werden wolle. Er

habe diesen Arbeitsvertrag nur unterzeichnet, um nach der Ausbildung eine unbefristete Tätigkeit aufzunehmen und die Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Für die Beklagte sei damit klar gewesen, dass der Kläger seine gesetzlichen Ansprüche nach dem Übernahmeverlangen vom 12.10.2015 weiter verfolgen werde. Wenn die Beklagte wie auch das Arbeitsgericht Dortmund auf den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 17.02.2010, 7 ABR 89/08, abstellten, so habe dort eine andere Sachverhaltskonstellation zugrunde gelegen. Im Fall des Bundesarbeitsgerichts sei es nämlich darum gegangen, dass der Jugend- und Auszubildendenvertreter ausdrücklich gewünscht habe, auch zu Arbeitsbedingungen beschäftigt zu werden, die nicht seiner vorherigen Berufsausbildung entsprachen. Der Kläger habe sich umgekehrt verhalten. Die Beklagte hätte das Verfahren nach § 78 a Abs. 4 BetrVG einleiten können und müssen. Der Kläger bestreite im Übrigen, dass der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände eine Weiterbeschäftigung des Klägers als Elektroniker nicht zugemutet werden könne. Hierauf komme es allerdings nicht an, da diese Prüfung ausschließlich im Rahmen des genannten Beschlussverfahrens hätte durchgeführt werden können.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 06.09.2016 – 5 Ca 605/16 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen,

1. den Kläger zu versetzen vom „Kerneinleger in der Abteilung Formanlage“ zum „Elektroniker“,
2. den Kläger als Elektroniker zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung in allen Punkten als zutreffend.

Im Übrigen hebt sie hervor, dass der Arbeitsvertrag mit der Beschäftigung „als Kerneinleger“ und der daraus folgenden tariflichen Eingruppierung einvernehmlich zwi-

schen den Parteien geschlossen worden sei. Es entspreche ebenso der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass eine Abänderung des gesetzlich zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses nach § 78 a BetrVG im Konsensprinzip möglich sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet, da er weder einen Anspruch auf Versetzung auf einen Arbeitsplatz als Elektroniker, also die tatsächliche Zuweisung dieses Arbeitsbereiches, noch auf entsprechende Beschäftigung gemäß § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 78 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG hat.

1. Die Anträge des Klägers sind zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt gemäß § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO. Nach dieser Bestimmung ist der Kläger gehalten, neben der bestimmten Angabe des Klagegegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag zu formulieren. Durch diese Vorgabe des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wird zum einen der Streitgegenstand abgegrenzt; zum anderen werden die Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung geschaffen. Damit muss der Klageantrag den erhobenen Anspruch konkret bezeichnen (BAG, Beschluss vom 15.04.2009, 3 AZB 93/08 Rdnr. 16).

Sowohl der Begriff der Versetzung wie auch des Beschäftigungsinhaltes „Elektroniker“ beschreiben das Rechtsschutzziel des Klägers hinreichend klar. So ist unter dem Begriff der Versetzung die tatsächliche Zuweisung des vom Kläger begehrten Arbeitsbereiches zu verstehen; im Rahmen des Beschäftigungsantrages ist zu bedenken, dass dem Arbeitgeber gemäß § 106 GewO ein umfassendes Direktionsrecht für die konkrete Zuweisung der Arbeit zusteht. Würde man vom klagenden Arbeitnehmer verlangen, dass dieser die von ihm begehrte Tätigkeit katalogartig beschreibt und würde man einem solchen Antrag stattgeben, so wäre das Arbeitsverhältnis, welches Grundlage des Beschäftigungsanspruches ist, unzulässigerweise durch eine vom Gericht vorge-

nommene Einschränkung des Direktionsrechtes gekennzeichnet. Das ist indessen weder Intention noch Inhalt des Beschäftigungsanspruches, wie ihn der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch in der Entscheidung BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht näher beschrieben hat. Damit reicht es für die Bestimmtheit des Antrages aus, wenn der Kläger seine Beschäftigung als „Elektroniker“ begehrt.

2. Die Anträge des Klägers sind nicht begründet.

a) Allerdings ist zunächst gemäß § 78 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten mit dem Beschäftigungsinhalt „Elektroniker“ begründet worden.

aa) Dies jedoch nicht bereits wegen der von der Beklagten unterlassenen Nichtübernahmeerklärung im Sinne des § 78 a Abs. 1 BetrVG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Jugend- und Auszubildendenvertreter innerhalb einer Frist von drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses mitzuteilen, wenn er ihn nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen beabsichtigt. An dieser Stelle bedurfte es keiner Entscheidung der Berufungskammer zu der Frage, ob eine solche Nichtübernahmeerklärung auch zwingend in den Fällen zu erfolgen hat, in denen der Arbeitgeber die Übernahme in ein vom Ausbildungsberuf abweichendes Arbeitsverhältnis beabsichtigt. Denn die Nichteinhaltung der Frist des § 78 a Abs. 1 BetrVG stellt eine Obliegenheit des Arbeitgebers dar, deren Verletzung schon wegen des Wortlautes und des näheren Verfahrens in § 78 a Abs. 2 und Abs. 4 BetrVG nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern allenfalls zu Schadensersatzansprüchen führen kann (BAG, Urteil vom 15.01.1980, 6 AZR 621/78 Rdnr. 13; Fitting u.a. BetrVG 28. Aufl., § 78 a Rdnr. 16 sowie Richardi u.a. BetrVG 15. Aufl./Thüsing, § 78 a Rdnr. 19 und 20).

bb) Das Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigungsinhalt „Elektroniker“, also im erlernten Ausbildungsberuf (BAG, Urteil v. 19.08.2015, 5 AZR 1000/13; Fitting aaO., § 78 a Rdnr. 31 m. zahlreichen N.) ist gemäß § 78 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründet worden, da der Kläger streitlos seit 2014 Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung ist, sein Verlangen im Sinne des § 78 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG rechtzeitig (innerhalb von drei Monaten vor Bestehen der Abschlussprüfung, vgl. BAG vom 31.10.1985, 6 AZR 557/84) an die Beklagte gestellt hat und er mit dem 07.01.2016 die Abschlussprüfung im Berufsbild „Elektroniker für Betriebstechnik“ bestanden hat.

Die Fiktion des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 78 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist ausweislich der vorgelegten Bescheinigung der SIHK zu Hagen mit dem 07.01.2016 eingetreten, da zu diesem Zeitpunkt die Abschlussprüfung vom Kläger bestanden wurde (§ 21 Abs. 2 BBiG). Da nach den Erörterungen im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer deutlich geworden ist, dass der Arbeitsvertrag, der eine Beschäftigung als Kerneinleger vorsieht, zeitlich nach Bestehen der Abschlussprüfung zwischen den Parteien abgeschlossen worden ist, konnte dieser Arbeitsvertrag zunächst am Entstehen des gesetzlich begründeten Arbeitsverhältnisses als Elektroniker nichts ändern.

b) Das so entstandene Arbeitsverhältnis haben die Parteien einvernehmlich abgeändert, was möglich ist, da auch das kraft gesetzlicher Fiktion begründete Arbeitsverhältnis ein Vertragsverhältnis der Parteien ist und im Rahmen des geltenden Rechts der Vertragsfreiheit unterfällt. So entspricht es auch der ständigen, zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das eine Abänderung des über § 78 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses dem Konsensprinzip unterliegt (vgl. nur BAG vom 08.09.2010, 7 ABR 33/09 Rdnr. 28).

aa) Die einvernehmliche Abänderung des Beschäftigungsinhaltes „Elektroniker“ nebst der dazu gehörigen tariflichen Vergütung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrages vom 07.01.2016, da die Parteien dort den Beschäftigungsinhalt „Kerneinleger“ mit der dazugehörigen tariflichen Eingruppierung vereinbart haben.

bb) Daran ändert auch der vom Kläger unter den Arbeitsvertrag handschriftlich gesetzte Zusatz über den Vorbehalt nichts, wobei es keiner Entscheidung der Berufungskammer dazu bedurfte, ob es sich hierbei um eine zulässige auflösende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 BGB handelt.

(1) Der vom Kläger handschriftlich unter den Arbeitsvertrag gesetzte Vorbehalt bedarf als einseitige Willenserklärung zunächst der Auslegung. Er erweist sich nämlich nicht als eindeutig, da der „Vorbehalt der rechtlichen Überprüfung“ nicht aus sich heraus erklärt, welchen konkreten Inhalt der Kläger dieser Erklärung beimessen möchte. Im Rahmen der Auslegung der Willenserklärung ist dabei zunächst darauf abzustellen, wie diese aus Sicht des Empfängerhorizontes unter Berücksichtigung der Kenntnisse eingeweihter Kreise verstanden werden konnte (Münchener Kommentar zum BGB, 7.A./Busche, § 133 Rdnr. 12). Da der Kläger im Arbeitsvertrag ausdrücklich die Beschäftigung als Kerneinleger mit der Beklagten vereinbart hat und erst an anderer

Stelle den Vorbehalt erklärt hat, ist zunächst – insoweit folgt die Berufungskammer dem Kläger nicht – festzuhalten, dass der Kläger in jedem Falle mit der Beschäftigung als Kerneinleger sein Einverständnis gegeben hat, es sei denn, eine solche Vereinbarung erweise sich nicht als rechtmäßig. Mit diesem Erklärungsinhalt wird auch dem Ansinnen des Klägers gerecht, der in der Berufungsbegründung ausdrücklich erklärt hat, es sei ihm in jedem Falle darauf angekommen, nach Abschluss der Ausbildung nicht arbeitslos zu werden. Demgegenüber findet die Interpretation des Klägers, es sei ihm in erster Linie auf die Beschäftigung als Elektroniker angekommen und nur, wenn das nicht möglich sei, auf eine solche als Kerneinleger, weder nach dem Aufbau des Vertrages, noch nach dem Inhalt des Vorbehalts, noch nach seinen eigenen Erklärungen eine Stütze.

(2) Unterstellt man demnach zugunsten des Klägers die generelle Möglichkeit und Wirksamkeit des erklärten Vorbehaltes als auflösende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 BGB, so ergibt sich allerdings zugunsten der Beklagten, dass diese dem Kläger zu Recht eine Beschäftigung als Kerneinleger angeboten hat, sie sogar hierzu verpflichtet gewesen ist. Denn nach ständiger und zutreffender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Arbeitgeber, der einen Jugend- und Auszubildendenvertreter nach Abschluss der Berufsausbildung nicht im erlernten Ausbildungsberuf, jedoch in einer anderen Tätigkeit übernehmen kann, verpflichtet, dem Jugend- und Auszubildendenvertreter diese anzubieten, wenn er zumindest hilfsweise dazu bereit ist und diese konkret benennt (ausdrücklich BAG, Beschluss vom 17.02.2010, 7 ABR 89/08 m.w.N.). Würde man eine solche Verpflichtung ablehnen, so würde dies im Bereich des § 78 a BetrVG zu einem „alles-oder-nichts“-Prinzip führen; selbst wenn es also eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Jugend- und Auszubildendenvertreter geben würde, die allerdings nicht dem erlernten Ausbildungsberuf entspricht, müsste der Arbeitgeber das Nichtübernahme- bzw. Auflösungsverfahren des § 78 a Abs. 4 BetrVG durchführen mit der Konsequenz, dass in den Fällen, in denen tatsächlich kein Arbeitsplatz im Ausbildungsberuf zur Verfügung steht, das Ausbildungsverhältnis mit der Nichtübernahme- oder Auflösungsentscheidung des Arbeitsgerichts enden würde. Eine solche Auffassung, die mit dem Vertreter des Klägers im Verhandlungstermin vor der Berufungskammer umfassend erörtert worden ist, überzeugt nach Ansicht der Berufungskammer nicht. Denn sie wird dem Schutzzweck der Vorschrift des § 78 a BetrVG, der in der Unabhängigkeit der Amtsführung und der Kontinuität der Tätigkeit der

Jugend- und Auszubildendenvertretung besteht, nicht gerecht (vgl. zur Frage der Übernahme in ein befristetes Arbeitsverhältnis Fitting, aaO., § 78 a Rdnr. 58). Dies gilt vorliegend umso mehr, als dass die Beklagte sämtliche weiteren fünf Auszubildenden, die mit dem Kläger die Abschlussprüfung bestanden haben, in ein Arbeitsverhältnis zu anderen Bedingungen als die des erlernten Ausbildungsberufes übernommen hat. Würde man nun die Beklagte zwingen, gegenüber dem Kläger das Verfahren des § 78 Abs. 4 BetrVG durchzuführen und würde dieses Erfolg haben, käme es zu einem Ungleichgewicht zu Lasten der Jugend- und Auszubildendenvertreter. Die Fallkonstellation ist damit mit den Grundsätzen vergleichbar, die das Bundesarbeitsgericht zutreffend im Beschluss vom 17.02.2010 aaO. festgehalten hat, nach denen der Arbeitgeber die abweichende Übernahmemöglichkeit bereits in einer Nichtübernahmemitteilung im Sinne des § 78 a Abs. 1 BetrVG beschrieben und der Jugend- und Auszubildendenvertreter sich hinreichend konkret hilfsweise mit einer solchen Beschäftigung einverstanden erklärt hat.

cc) Im Sinne der Auslegung des vom Kläger erklärten Vorbehaltes (2.b)bb)(1)) war die Beklagte auch wegen der Beschäftigungsmöglichkeit als Elektroniker berechtigt, dem Kläger die Beschäftigung als Kerneinleger anzubieten. Der Kläger hat zwar im Berufungsverfahren bestritten, dass es der Beklagten nicht zumutbar sei, den Kläger als Elektroniker nach Bestehen der Abschlussprüfung zu übernehmen. Allerdings hat der Kläger hierzu keinerlei Tatsachen vorgetragen, obschon er zum Vorbringen der Beklagten zu dem im Jahre 2014 abgeschlossenen Interessenausgleich und Sozialplan, der die von der Beklagten vorgetragene betriebsändernde Maßnahmen beschreibt, hätte vortragen können. So sind auch die Zahlen zum Personalabbau im Bereich der Instandhaltung, in der streitlos die Elektroniker beschäftigt werden, vom Kläger nicht substantiiert angegriffen worden. Die Berufungskammer musste daher davon ausgehen, dass es sich insoweit um ein unzulässiges Bestreiten mit Nichtwissen im Sinne des § 138 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 ZPO handelt. Die Tatsachen gelten damit als zugestanden, wobei bereits die angegriffene Entscheidung ausdrücklich festgehalten hat, dass davon auszugehen sei, dass die von der Beklagten vorgetragene Tatsachen zum Personalabbau im Bereich der Instandhaltung unstreitig seien.

dd) Nach alledem verbleibt es dabei, dass eine einvernehmliche Änderung des gemäß § 78 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG kraft Gesetzes zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses durch den Vertrag vom 07.01.2016 eingetreten ist und die vom Kläger in seinem Vorbehalt aufgeführten Voraussetzungen dafür, dass eine Überprüfung der vereinbarten Tätigkeit als Kerneinleger auf ihre Rechtmäßigkeit hin möglich sein müsse, ergibt, dass sie nicht zu beanstanden ist mit der Folge, dass der Vorbehalt nicht zum Tragen kommen kann.

ee) Aus diesen Gründen war die Berufungskammer nicht gehalten, der Frage der Wirksamkeit des erklärten Vorbehaltes unter dem Gesichtspunkt der arbeitsvertraglich vereinbarten Schriftform (vgl. § 127 Abs. 1 i.V.m. § 126 Abs. 1 BGB) nachzugehen, da der vom Kläger dem Arbeitsvertrag am Ende zugesetzte Vorbehalt nicht von ihm unterzeichnet ist.

c) Entgegen der Auffassung des Klägers war es der Beklagten nicht verwehrt, sich im vorliegenden Rechtsstreit auf die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit im Ausbildungsberuf zu berufen und die dementsprechenden Tatsachen vorzutragen, da sie dieses ausschließlich im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach § 78 a Abs. 4 BetrVG hätte tun können und sie solches Beschlussverfahren – streitlos – nicht eingeleitet hat. Zwar ist es richtig, dass die gerichtliche Entscheidung über die Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses bzw. dessen Auflösung allein dem Beschlussverfahren des § 78 a Abs. 4 BetrVG vorbehalten ist. Hierum geht es allerdings im vorliegenden Rechtsstreit nicht, da es der Beklagten – von vornherein absehbar – möglich und zumutbar war, den Kläger in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen, wenn auch zu geänderten Bedingungen. Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass ihr in einer solchen Konstellation das Verfahren des § 78 a Abs. 4 BetrVG jedenfalls nicht mit Erfolg zur Verfügung gestanden hätte, obschon sie eine Beschäftigungsmöglichkeit als Elektroniker nicht zur Verfügung stellen kann. Auch an dieser Stelle würde die vom Kläger vertretene Auffassung zum „alles-oder-nichts“-Prinzip führen, dem das Bundesarbeitsgericht zutreffend eine Absage erteilt hat (7 ABR 33/09 aaO. und 7 ABR 89/08 aaO.; so auch LAG Hamm vom 11.10.2013, 10 TaBV 5/12).

d) Abschließend weist die Berufungskammer darauf hin, dass sich der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auch nicht aus § 8 Ziffer 1 des einheitlichen Tarifvertrages zur Beschäftigungsbrücke in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen vom

15.10.2004 ergeben kann, wonach Auszubildende nach bestandener Abschlussprüfung im Grundsatz für mindestens 12 Monate in ein Arbeitsverhältnis übernommen werden. Unabhängig davon, dass die tarifliche Systematik schon wegen der nur auf ein Jahr befristeten Übernahmeverpflichtung nicht mit § 78 a BetrVG vergleichbar ist (vgl. hierzu auch BAG 7 ABR 33/09 aaO.), deckt die tarifliche Norm den vom Kläger formulierten Anspruch auf Beschäftigung im erlernten Ausbildungsberuf in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis nicht.

Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

II. Der Kläger trägt die Kosten der erfolglosen Berufung gemäß § 97 ZPO.

III. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

REVISION

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen: