



LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

in dem Beschlussverfahren

1. Firma **A...**

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

g e g e n

2. **B...**

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

3. **Betriebsrat der Firma A...**

4. **Jugend- und Auszubildendenvertretung der Firma A...**

- weitere Beteiligte -

Verfahrensbevollmächtigte zu 2. und 3.: ...

wegen sonstiges

Die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **W e r n e r** und die ehrenamtlichen Richter **Hölzlein** und **Beigel** aufgrund der mündlichen Anhörung vom 12. September 2006

für Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg, Kammer Coburg vom 12.04.2005, Az. 4 BV 3/05 C, wird zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die von der Arbeitgeberin (Beteiligte zu 1.) nach § 78 a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG beantragte Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer B... (Beteiligter zu 2.).

Die Antragstellerin und Beteiligte zu 1. ist ein konzernabhängiges Unternehmen der Automobil-Zulieferindustrie und beschäftigte am Standort in C... im Jahr 2004 mehr als 350 Arbeitnehmer.

Der am 30.10.1985 geborene Antragsgegner und Beteiligte zu 2. war seit dem 04.09.2001 als Auszubildender zum Industriemechaniker bei der Antragstellerin und Beteiligten zu 1. beschäftigt. Seit 02.12.2004 ist er Vorsitzender der Jugend- und Auszubildendenvertretung (Beteiligte zu 4.). Der Beteiligte zu 3. ist der bei der Antragstellerin und Beteiligten zu 1. gebildete Betriebsrat.

Mit Schreiben vom 06.12.2004 hatte der Beteiligte zu 2. bei der Beteiligten zu 1. die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis im Anschluss an seine Ausbildung gemäß § 78 a BetrVG beantragt. Dieses Schreiben ging am 22.12.2004 bei der Beteiligten zu 1. ein. Diese teilte dem Beteiligten zu 2. mit Schreiben vom 11.01.2005 mit, dass eine Übernahme in ein Arbeitsverhältnis aufgrund akuter Beschäftigungsprobleme nicht möglich sei.

Am 03.03.2005 erhielt der Beteiligte zu 2. das Ergebnis über das erfolgreiche Bestehen der Ausbildungsprüfung.

Auf das Ausbildungsverhältnis fanden die Tarifverträge für die bayerische Metall- und Elektroindustrie Anwendung. Der Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung in der bayerischen Metall- und Elektroindustrie lautet unter II. wie folgt:

Übernahme von Auszubildenden

1. Auszubildende werden im Grundsatz nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung mindestens für einen der Anwartschaftszeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld gem. § 123 SGB III entsprechenden Zeitraum (z. Zt. 12 Monate) in ein Arbeitsverhältnis übernommen, soweit dem nicht personenbedingte Gründe entgegenstehen. Der Betriebsrat ist hierüber unter Angabe der Gründe zu unterrichten. Eine Verpflichtung zur Übernahme besteht nicht über einen Zeitraum von 12 Monaten hinaus.

2. Mit Zustimmung des Betriebsrats kann von der Verpflichtung nach Ziff. 1 abgewichen werden, wenn das Angebot eines Arbeitsverhältnisses wegen akuter Beschäftigungsprobleme im Betrieb nicht möglich ist, oder der Betrieb über seinen Bedarf hinaus Ausbildungsverträge abgeschlossen hat.

Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, entscheidet auf Antrag des Arbeitgebers die tarifliche Schlichtungsstelle gem. § 29 Abschn. D MTV-Arbeiter bzw. § 18 Abschn. D MTV-Angestellte endgültig. Stimmt der Betriebsrat einer Abweichung zu oder wird die Zustimmung des Betriebsrats durch die Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt, gelten die Voraussetzungen für eine Abweichung von der Verpflichtung nach Ziff. 1 als erfüllt.

Neben dem Beteiligten zu 2. hat ja auch der weitere Auszubildende D... die Weiterbeschäftigung nach Abschluss der Ausbildung beantragt. Im Wege der Schnell-schlichtung kam es am 28.01.2005 zu folgender freiwilliger Vereinbarung:

1. Der Auszubildende D... wird im Anschluss an seine Ausbildung bis 30.06.2005 weiterbeschäftigt.
2. Sollten am 01.07.2005 mehr als 5 Leiharbeitnehmer im Werk C... beschäftigt sein, verlängert sich dieses Arbeitsverhältnis um weitere 7 Monate, mindestens auf insgesamt 12 Monate.
3. Die Geschäftsleitung ist verpflichtet, dem Auszubildenden B... einen Arbeitsvertrag zu denselben Bedingungen anzubieten (wie bei D...).

Das Verfahren gemäß § 20 Abschnitt D MTV-Arb in Verbindung mit II 2 Nr. 1 des Tarifvertrags Beschäftigungssicherung wurde unabhängig vom streitgegenständlichen Verfahren eingeleitet, da grundsätzlich jeder Auszubildende verlangen kann, nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung mindestens für einen der Anwartschaftszeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld gemäß § 123 SGB III entsprechenden Zeitraum in ein Arbeitsverhältnis übernommen zu werden. Der Auszubildende D... hat das Angebot zur Weiterbeschäftigung bis 30.06.2005 angenommen, der Beteiligte zu 2. hat das auch ihm unterbreitete Angebot nicht angenommen.

Die Beteiligte zu 1. hat vorgebracht, ihr sei die Weiterbeschäftigung nicht zumutbar im Sinne des § 78 a Abs. 4 BetrVG. Sie hat erstinstanzlich folgenden Antrag gestellt:

Das mit dem Antragsgegner und Beteiligten zu 2. begründete Arbeitsverhältnis wird gemäß § 78 Abs. 4 Nr. 2 BetrVG aufgelöst.

Das Arbeitsgericht hat mit dem am 12.04.2005 verkündeten Beschluss den Antrag zurückgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, für eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung reichten nicht schon solche betriebsbedingten Gründe, die eine ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers nach § 1 KSchG rechtfertigten. Die Beteiligte zu 1. habe keinen substantiierten Sachvortrag dahingehend zu erbringen vermocht, dass die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2. auf dem definitiven Wegfall bzw. der definitiven Verlagerung von Produktionslinien beru-

he. Der von der Beteiligten zu 1. angegebene Abbau von 90 betrieblichen und 50 Arbeitsplätzen von Leiharbeitnehmern stehe zwar außer Frage, die Beteiligte zu 1. hätte jedoch den besonderen Schutz der gewählten JAV-Mitglieder im Rahmen eines beabsichtigten künftigen Personalabbaus mitberücksichtigen müssen. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn die Beteiligte zu 1. vortrage, der Beteiligte zu 2. sei in der Personalplanung nach dem 30.06.2005 überhaupt nicht enthalten gewesen, zumal die Beteiligte zu 1. ohnehin aufgrund des Tarifvertrags zur Beschäftigungssicherung vom 16.02.2004 zur Weiterbeschäftigung eines Auszubildenden nach erfolgreicher Abschlussprüfung für derzeit 12 Monate verpflichtet gewesen sei und noch sei. Vor dem Hintergrund von 250 nach dem 30.06.2005 verbleibenden Arbeitsplätzen sei die grundsätzliche Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2. zu verneinen. Die E...-Produktionslinien blieben nach dem Interessenausgleich vom 02.11.2004 erhalten. Die Beteiligte zu 1. könne sich nicht darauf berufen, dass der Bedarf für einen Einrichter in der E...-Linie durch einen bereits als Einrichter beschäftigten Mitarbeiter gedeckt werden solle. Im Übrigen wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Beschlusses verwiesen.

In der Beschwerde bringt die Beteiligte zu 1. vor, bei Beendigung des Ausbildungsverhältnisses des Beteiligten zu 2. habe kein freier Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden, auf den dieser hätte eingesetzt werden können. Im Interessenausgleich vom 02.11.2004 sei vereinbart worden, dass bis zu 90 Mitarbeiter über Kündigungen und Aufhebungsverträge bis zum 30.06.2005 abgebaut würden. Darüber hinaus hätten auch 50 Arbeitsplätze von Leiharbeitnehmern abgebaut werden müssen. Die entsprechenden Kündigungen seien bereits Ende Februar 2005 und damit vor Ablauf des Ausbildungsverhältnisses des Beteiligten zu 2. ausgesprochen worden. Von den ca. 140 abgebauten Arbeitsplätzen seien etwa 65 Arbeitsplätze abgebaut worden, auf die der Beteiligte zu 2. entsprechend seiner Ausbildung hätte eingesetzt werden können. Seit 01.10.2005 würden im Betrieb der Beteiligten zu 1. auch keine Leiharbeiter mehr beschäftigt. Der Vorsitzende der Schlichtungsstelle habe ebenso wie die Beteiligte zu 1. die Problematik der akuten Beschäftigungsprobleme gesehen. Gleichzeitig habe er versucht, auf freiwilliger Basis eine Einigung zu finden, da ansonsten der Antrag hätte zurückgewiesen werden müssen. Nach längeren Verhandlungen sei auf freiwilliger Basis eine Einigung dahin erzielt worden, dass dem Beteiligten zu 2. eine Beschäftigung bis zum 30.06.2005 angeboten werde. Das Arbeitsgericht habe keine Hinweise dahin gegeben, dass ein unsubstantiiertes Vortrag der Beteiligten zu 1. vorliege. Das Arbeitsgericht habe ausweislich der Begründung als entscheidungserheblich angesehen, dass Arbeitsplätze von Mitarbeitern frei würden, die angeblich in Altersteilzeit gehen würden. Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht den entsprechenden Vortrag der Beteiligten zu 1. als unsubstantiiert betrachtet. Auch habe es sich lediglich um Vermutungen des Arbeitsgerichts gehandelt, die der Entscheidung nicht hätten zugrunde gelegt werden können. Nach der Rechtsprechung des BAG sei der Arbeitgeber nicht verpflichtet, neue Arbeitsplätze zu schaffen oder die betriebliche Organisation so umzugestalten, dass ein Auszubildender nach Ablauf der Ausbildung beschäftigt werden könne. Wegen des weiteren Sachvortrags der Beteiligten zu 1. in der Beschwerde wird auf die Beschwerdebegründung und den weiteren Schriftsatz vom 05.09.2006 verwiesen.

Die Beteiligte zu 1. stellt in der Beschwerde folgenden Antrag:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin hin wird der Beschluss des Arbeitsgerichtes Bamberg -_Kammer

Coburg_ - vom 05. April 2005, AZ: 4 BV 3/05 C aufgehoben.

2. Das zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner begründete Arbeitsverhältnis wird gemäß § 78 a Abs. 4 Nr. 2 BetrVG aufgelöst.

Die Beteiligten zu 2. und 3. beantragen

die Beschwerde der Beteiligten zu 1. zurückzuweisen.

Sie bringen vor, im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses sei sehr wohl ein freier Arbeitsplatz vorhanden gewesen, auf den der Beteiligte zu 2. entsprechend seiner Ausbildung als Schlosser oder Einrichter hätte weiterbeschäftigt werden können. Im Rahmen der E...-Produktionslinie, die nicht vom Personalabbau betroffen gewesen sei, habe Bedarf und in der Folge eine freie Stelle für die Tätigkeit eines Einrichters bestanden. Der Beteiligte zu 2. werde nahezu seit Beendigung seiner Ausbildung aufgrund ausdrücklicher Anweisung der Personalleiterin auch tatsächlich als Einrichter in der E...-Produktionslinie beschäftigt. Höchstvorsorglich werde bestritten, dass in der E...-Produktionslinie alle Arbeitsplätze besetzt gewesen seien bzw. durch den geplanten Personalabbau keine zusätzlichen Arbeitsplätze hätten geschaffen werden können. Im September 2005 sei aufgrund einer internen Stellenausschreibung die unbefristete Stelle eines Einrichters neu besetzt worden. Darüber hinaus sei eine komplett neue Stelle geschaffen worden für einen Arbeitnehmer als Mitarbeiter OES-Logistik. Es seien folglich ab dem 30.06.2005 zwei neue Arbeitsplätze geschaffen und neu besetzt worden. Der Beteiligte zu 2. sei aufgrund seiner Berufsausbildung geeignet, auf einen dieser Arbeitsplätze beschäftigt zu werden. Es werde auch bestritten, dass im Rahmen der Personalplanung Mitarbeiter, die wegen Altersteilzeit ausgeschieden seien, bereits berücksichtigt gewesen seien. Es habe über den 01.07.2005 hinaus ein erhöhter Bedarf an Mitarbeitern bestanden. Die Beteiligte zu 1. habe deshalb bereits gekündigten Arbeitnehmern angeboten, über den 30.06.2005 hinaus befristet bis zum 30.09.2005 weiterzuarbeiten. Zahlreiche der gekündigten Arbeitnehmer hätten dieses Angebot angenommen. Im Zeitraum zwischen 01.07.2005 bis 30.09.2005 seien im Betrieb der Beschwerdeführerin darüber hinaus bis zu 120 Leiharbeiter beschäftigt worden.

Die Beteiligte zu 1. sei im Übrigen tarifvertraglich verpflichtet, Auszubildende nach erfolgreich bestandener Abschlussprüfung für mindestens ein Jahr in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen. Zwei Auszubildende, die ihre Abschlussprüfung im Juli 2005 abgelegt hätten, seien tatsächlich für mindestens 12 Monate übernommen worden. Weitere zwei Auszubildende seien nach bestandener Abschlussprüfung in ein befristetes Arbeitsverhältnis bis 30.06.2006 übernommen worden. Die Beschäftigung von mehr als fünf Leiharbeitnehmern über den 01.07.2005 hinaus habe ebenso die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses mit dem ehemals Auszubildenden D... zur Folge gehabt. Die Beteiligte zu 1. könne sich auch nicht pauschal darauf berufen, dass der Bedarf für einen Einrichter in der E...-Produktionslinie ab dem 30.06.2005 durch einen der verbleibenden 250 Mitarbeiter hätte gedeckt werden sollen. Der Arbeitskräftebedarf der Beteiligten zu 1. habe - voraussehbar - gerade nicht durch die verbleibenden Mitarbeiter gedeckt werden können. Schließlich sei nämlich im September 2005 die Stelle eines Einrichters ausgeschrieben und neu besetzt worden. Zu-

sätzlich sei eine neue Arbeitsstelle geschaffen und weitere vier Auszubildende weiterbeschäftigt worden.

Wegen des weiteren Sachvortrags der Beteiligten zu 2. und 3. in der Beschwerde wird auf die Beschwerdeerwiderung vom 20.02.2006 sowie dem Schriftsatz vom 07.09.2006 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1. ist in der Sache unbegründet.

1. Der Umstand, dass der Beteiligte zu 2. erst kurz vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses, nämlich am 02.12.2004 Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung der Antragstellerin wurde, ändert nichts daran, dass der Schutz des § 78 a BetrVG mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem das Wahlergebnis feststeht (vgl. Fitting, BetrVG, 23. Aufl., § 78 a RdZiff. 8, 9).
2. Der Beteiligte zu 2. hat den Antrag nach § 78 a Abs. 2 BetrVG form- und fristgerecht gestellt, nämlich innerhalb von drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Soweit die Beteiligte zu 1. erstmals im Beschwerdeverfahren im Schriftsatz vom 05.09.2006 Seite 2 vorgetragen hat, der Beteiligte zu 2. habe den Antrag nicht fristgerecht gestellt, da der Antrag vom 06.12.2004 erst am 22.12.2004 eingegangen sei, ist dies unzutreffend. Maßgeblich ist grundsätzlich der normale Ablauf der vorgesehenen Ausbildungszeit. Nur wenn die Ausbildung wegen einer vorgezogenen Abschlussprüfung vorzeitig endet und dies bereits drei Monate vorher bekannt ist, ist für die Fristberechnung der Tag der Bekanntmachung des Ergebnisses durch den Prüfungsausschuss maßgebend (vgl. Fitting, a.a.O., RdZiff. 14 m.w.N.). Im Streitfall war im Berufsausbildungsvertrag das Ende der Ausbildung auf den 28.02.2005 festgelegt. Der Beteiligte zu 2. hat das Ergebnis der Prüfung am 03.03.2005 erhalten, so dass das schriftliche Verlangen des Beteiligten zu 2. vom 06.12.2004, das unstreitig der Beteiligten zu 1. am 22.12.2004 zuzuging, innerhalb der 3-Monatsfrist vor Beendigung der Ausbildung erfolgte und zwar unabhängig davon, ob man auf den Zeitpunkt des Bestehens der Abschlussprüfung abstellt oder auf das vorgesehene Ende der Ausbildung im Ausbildungsvertrag.
3. Maßgebender Zeitpunkt für die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung im Sinn des § 78 a Abs. 4 BetrVG ist der Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses (ständige Rechtsprechung des BAG (vgl. die Entscheidungen vom 12.11.1997, Aktenzeichen: 7 ABR 63/96 und 7 ABR 73/96 = AP Nrn. 30 und 31 zu § 78 a BetrVG 1972; zuletzt BAG vom 15.11.2006, 7 ABR 15/06, Pressemitteilung Nr. 70/06)

Der Begriff der Unzumutbarkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Ausfüllung alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und zu bewerten sind, wie sich aus § 78 a Abs. 4 Satz 1 BetrVG ergibt. Dabei ist der Begriff der Unzumutbarkeit im Sinn des § 78 a Abs. 4 BetrVG unabhängig von den zu § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätzen zu bestimmen (BAG vom 12.11.1997, AP Nr. 31 zu § 78 a BetrVG 1972). Die Weiterbeschäftigung ist dem Arbeitgeber danach grundsätzlich dann unzumutbar, wenn zu diesem Zeitpunkt im Ausbildungsbetrieb kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Auszubildende mit seiner durch die Ausbildung erworbenen Qualifikation beschäftigt werden kann. Dies folgert das BAG daraus, dass bei § 78 a Abs. 4 BetrVG darüber zu

entscheiden ist, ob die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zumutbar ist. Dabei ist der Arbeitgeber nicht etwa verpflichtet, durch eine Änderung der Arbeitsorganisation einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, was zwischen allen Beteiligten auch unstrittig ist. Bei der abschließenden Entscheidung, ob ein Arbeitsplatz für den Auszubildenden freigehalten wird oder nicht, hat der Arbeitgeber alle Umstände des Falles zu würdigen (BAG vom 12.11.1997, AP Nr. 30 zu § 78 a BetrVG 1972 unter II. 2. der Gründe). Im Streitfall ergibt sich aus den Umständen des Falles, dass der Beteiligten zu 1. die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 1. die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2. nicht unzumutbar im Sinn des § 78 a Abs. 4 BetrVG war.

- a. Der Wegfall von 90 Arbeitsplätzen entsprechend dem Interessenausgleich vom 02.12.2004 betrifft nicht die E...-Linie, bei der nach Auffassung des Beteiligten zu 2. nicht nur eine Weiterbeschäftigung möglich sondern auch zumutbar sei, da er nicht nur dort als Einrichter alsbald nach der Entscheidung des Arbeitsgerichts eingesetzt worden sei, vielmehr dort auch im September 2005 eine Stelle ausgeschrieben und besetzt worden sei. Ist im Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ein freier Arbeitsplatz vorhanden, hat bei der Prüfung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung ein künftiger Wegfall von Arbeitsplätzen unberücksichtigt zu bleiben (BAG vom 16.08.1995, AZ: 7 ABR 52/94 = AP Nr. 25 zu § 78 a BetrVG 1972).
- b. Bei der Besetzung eines freien Arbeitsplatzes hat der Arbeitgeber grundsätzlich nur im 3-Monatszeitraum vor dem Ende der Berufsausbildung das spätere Entstehen eines Arbeitsverhältnisses auch gegen seinen Willen einzukalkulieren und liegt es nur innerhalb dieses Zeitraums in seinem eigenen Interesse, sich vor der Neubesetzung eines für den Auszubildenden geeigneten Arbeitsplatzes beim Auszubildenden nach dessen etwaigen Übernahmewunsch zu erkundigen (BAG vom 12.11.1997, AP Nr. 30 zu § 78 a BetrVG 1972 unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 31 unter B. II. 4. der Gründe). Diese Grundsätze gelten „regelmäßig“ (vgl. BAG AP Nr. 31, a.a.O. unter B. II. 4. der Gründe).
- c. Im Streitfall kommen besondere Umstände hinzu, die zu berücksichtigen sind, da „alle“ Umstände des Falles bei der Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung zu berücksichtigen sind (BAG AP Nr. 30 zu § 78 a BetrVG 1972 unter B. II. 1. der Gründe)
 - aa) Nach dem Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung vom 16.02.2004 II. 1. hatte der Beteiligte zu 2. einen Anspruch auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis mindestens für einen der Anwartschaftszeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld gemäß § 123 SGB III entsprechenden Zeitraum (12 Monate), da personenbedingte Gründe nicht entgegenstanden, der Betriebsrat seine Zustimmung nach Abschnitt II. 2. verweigerte und die tarifliche Schlichtungsstelle die Zustimmung des Betriebsrats nicht ersetzte. Die bloße Anrufung der tariflichen Schlichtungsstelle zum Zwecke der Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats entbindet den Arbeitgeber nicht von seiner tariflichen Übernahmeverpflichtung. Die Verpflichtung erlischt erst mit einer entsprechenden Entscheidung der Schlichtungsstelle (BAG vom 29.09.2005, 8 AZR 573/04 = AP Nr. 35 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitgebers). Die Beteiligte zu 1. hat, wie sie sowohl in erster und zweiter Instanz vorgetragen hat, auf „freiwilliger“ Basis ein Beschäftigungsangebot an den Beteiligten zu 2. zur Beschäftigung bis zum 30.06.2005 abgegeben, da ansonsten der Antrag hätte zurückgewiesen werden müssen. Eine

Entscheidung der Schlichtungsstelle bestand somit nicht, so dass die tarifvertragliche Verpflichtung zur Übernahme in ein Arbeitsverhältnis für 12 Monate bestanden hatte. In der angezogenen Entscheidung des BAG vom 29.09.2005 hat das BAG einen Schadensersatzanspruch der Auszubildenden bejaht, weil die Arbeitgeberin ihre tarifvertragliche Verpflichtung zur Übernahme der Auszubildenden für mindestens 12 Monate verletzt hatte. Da die Beteiligte zu 1. den Beteiligten zu 2. jedenfalls für 12 Monate ab Beendigung des Ausbildungsverhältnisses am 03.03.2005 für mindestens 12 Monate hätte weiterbeschäftigen müssen und auf den Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses für den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 78 a Abs. 4 BetrVG abzustellen ist, kann die Beteiligte zu 1. sich nicht auf eine Unzumutbarkeit nach § 78 a Abs. 4 BetrVG berufen. Grundsätzlich kommt zwar nur das Weiterbeschäftigungsverlangen nach § 78 a Abs. 1 BetrVG für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis in Betracht (vgl. BAG vom 06.11.1996, 7 ABR 54/95 = AP Nr. 26 zu § 78 a BetrVG), da inhaltliche Abänderungen dem Konsensprinzip unterliegen, wie das BAG in der genannten Entscheidung ausführt, weshalb ein Auflösungsantrag nicht mit der Begründung abgewiesen werden dürfe, dem Arbeitgeber wäre die Begründung eines anderen als des nach § 78 a Abs. 2 BetrVG entstehenden Arbeitsverhältnisses zumutbar gewesen. Das BAG verweist in dieser Entscheidung auf den Beschluss vom 24.07.1991, AP Nr. 23 zu § 78 a BetrVG, AZ: 7 ABR 68/90. Dort führt das BAG unter B. II. 3. der Gründe aus, der Arbeitgeber könne zwar bei Einverständnis des ehemaligen Auszubildenden einen befristeten Arbeitsvertrag schließen, gegen den Willen des Arbeitgebers könne jedoch der ehemalige Auszubildende die Übernahme nicht auf dem Wege des § 78 a BetrVG durchsetzen. Auf das Konsensprinzip kann sich aber im Streitfall die Beteiligte zu 1. nicht stützen, da ein tarifvertraglicher Anspruch auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis für mindestens 12 Monate bestand und deshalb zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses der Auflösungsantrag unbegründet war. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt würde auch eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Beteiligten zu 2. wegen seines Ehrenamtes (§ 73 b Abs. 2 i.V.m. § 37 Abs. 1 und § 75 Abs. 1 BetrVG) bedeuten, da den sonstigen Auszubildenden die Übernahme für 1 Jahr nicht mit der Begründung verweigert werden kann, es sei kein unbefristeter Arbeitsplatz frei. Hinzu kommt, dass im 12 Monatszeitraum eine geeignete Stelle unbefristet besetzt wurde.

- bb) Das BAG führt in der Entscheidung vom 12.11.1997 AP Nr. 31 zu § 78 a BetrVG unter B. II. 2. der Gründe aus, für das Bestehen eines freien Arbeitsplatzes könne allerdings auch eine Weiterbeschäftigung aufgrund eines vom Arbeitgeber freiwillig eingegangenen befristeten Arbeitsverhältnisses sprechen. Von einer „Freiwilligkeit“ des Angebots der Beteiligten zu 1. in diesem Sinne ist im Streitfall nicht auszugehen, da die Beteiligte zu 1. nach Ablehnung des Betriebsrats die Schlichtungsstelle angerufen hat und das von ihr als freiwillig bezeichnete Angebot nur abgab, weil ansonsten die Schlichtungsstelle den Antrag abgelehnt hätte. Der Beteiligte zu 2. hatte auch keine Veranlassung, das lediglich bis zum 30.06.2005 unterbreitete Angebot zur befristeten Beschäftigung anzunehmen, da ihm schon ein tarifvertraglicher Anspruch auf 12 Monate Beschäftigungszeit zustand. Wenn nach der Auffassung des BAG schon ein freiwilliges Angebot zur befristeten Beschäftigung einer Unzumutbarkeit im Sinne des

§ 78 a Abs. 4 BetrVG entgegenstehen kann, dann ist dies erst recht anzunehmen bei einer tarifvertraglichen Verpflichtung zur Übernahme für 12 Monate.

- cc) Dass ein Bedarf für einen Einrichter in der E...-Linie tatsächlich bestand, ergibt sich nicht nur aus der Erklärung des Geschäftsführers F... im Termin vom 05.04.2005, sondern auch aus der Ausschreibung im September 2005. Die Beteiligte zu 1. hat sich nicht näher dazu erklärt, wann absehbar war, dass der Bedarf für einen Einrichter in der E...-Linie entstand noch dass ein bestimmter Arbeitnehmer, der nicht zur Kündigung anstand, für die Stelle des Einrichters vorgesehen war. Sie hat lediglich allgemein vorgebracht, die Stelle habe mit einem der verbleibenden Arbeitnehmer besetzt werden sollen. Fest steht, dass jedenfalls die Stelle besetzt wurde, während des Zeitraums, in dem der Beteiligte zu 2. nach den tarifvertraglichen Vorschriften hätte weiterbeschäftigt werden müssen und dies eine unbefristete Stelle war. Die Beteiligte zu 1. hat somit die Unzumutbarkeit auch nicht genügend substantiiert, obwohl das Arbeitsgericht und die Beteiligten zu 2. und 3. dies angesprochen hatten.

Unter Berücksichtigung aller Umstände war daher nicht festzustellen, dass die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2. der Beteiligten zu 1. unzumutbar war im Sinne des § 78 a Abs. 4 BetrVG.

Die Beschwerde der Antragstellerin war somit zurückzuweisen.

Gegen diese Entscheidung ist die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 92 a ArbGG) wird hingewiesen.

Werner, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht
Hölzlein, Ehrenamtlicher Richter
Beigel, Ehrenamtlicher Richter

Verkündet am 17.10.2006