

NZA-Rechtsprechungs-Report

Arbeitsrecht

Aufsätze, Rechtsprechungsberichte und neue Entscheidungen aus den Bereichen: Arbeitsvertragsrecht, Kündigungsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Tarifvertragsrecht, Sonstiges Arbeitsrecht, Betriebliche Altersversorgung, Verfahrensrecht, Arbeitsförderung, Öffentlicher Dienst, Personalvertretung

Seiten 57 – 112
22. Jahrgang
9. Februar 2017

Schriftleitung: Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

Heft **2**

Aufsatz und Bericht

Rechtsanwalt Dr. Klaus Bertelsmann*

Aktives Wahlrecht auch für unter 18-Jährige?

Betriebsverfassung versus Europarecht

Seit 1920 bis heute sind von der Wahl des Betriebsrats Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ausgeschlossen. Die Zahl der Erwerbstätigen im Alter von 15 bis 18 ist mit 628.000 im Jahre 2014 erheblich (Statistisches Bundesamt, Mikrozensus, Wiesbaden 2016), – wenngleich nur ein Teil davon in Betrieben arbeitet, die einen Betriebsrat haben. Dieser Ausschluss jüngerer Arbeitnehmer vom aktiven Wahlrecht wird von der Literatur weitestgehend kommentarlos als gegeben hingenommen. Nach der hier dargelegten Auffassung verstößt der in § 7 BetrVG erfolgte Ausschluss der unter 18-Jährigen gegen EU-Recht, nämlich das Verbot der Altersdiskriminierung in der Richtlinie 2000/78/EG.

I. Einleitung

Das BetrVG bestimmt in seinem § 7, dass *aktiv wahlberechtigt* nur diejenigen Arbeitnehmer des Betriebs sind, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Das *passive Wahlrecht* ist an dieselbe Altersgrenze geknüpft. Die Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer hat bis zum fünfköpfigen Betriebsrat auch Auswirkungen auf die Größe des Betriebsrats (§ 9 S. 1 BetrVG),¹ darüber hinaus zählen alle Arbeitnehmer, gleich ob aktiv wahlberechtigt oder nicht.

Im Folgenden soll dargelegt werden, weshalb in Anwendung von EU-Recht auch Arbeitnehmer *vor* Vollendung des 18. Lebensjahres zum Betriebsrat aktiv wahlberechtigt sein müssen. Der Ausschluss der unter 18-Jährigen ist altersdiskriminierend und ein Verstoß gegen Art. 6 I Buchst. b der „RL 2000/78/EG des Rats zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“.

Allein die Überlegung, dass im AGG Altersdiskriminierung untersagt ist und eine Altersgrenze von 18 für das aktive Wahlrecht inhaltlich nicht gerechtfertigt werden könnte,

kann *nicht* zur Unwirksamkeit der Altersgrenze angeführt werden: BetrVG und AGG stehen nebeneinander und haben kein Über-/Unterordnungsverhältnis – verschiedene Bundesgesetze sind gleichrangig.² Daher kommt eine Überprüfung der Beschränkung des aktiven Wahlrechts auf über 18-Jährige nur bezüglich des Unionsrechts in Betracht.³ Nur ein Verstoß gegen dessen Normen könnte zu einer Unwirksamkeit der Altersgrenze für das aktive Wahlrecht zur Betriebsratswahl führen. Zur Entscheidung dieser Problematik wäre entweder eine Vorlage entsprechender Fragen an den *EuGH* im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV denkbar oder aber eine eigenständige Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit in europarechtskonformer Auslegung der Regelungen.⁴

II. Heutige Altersgrenzen zur Wahl von betrieblichen Arbeitnehmervertretungen

Bei der hier erfolgenden Behandlung der Thematik des aktiven Wahlrechts auch für unter 18-Jährige wird *ausschließlich* auf die Altersgrenze abgestellt. Sonstige Beschränkungen der Möglichkeit der Teilnahme an Betriebsratswahlen, wie zB Mindestzahl von Wahlberechtigten zur Bildung einer Vertretung, Einbeziehung von Leiharbeitnehmern, Mindestdauer der Betriebszugehörigkeit, Wegfall des Wahlrechts in Folge strafgerichtlicher Verurteilung, Geschäftsunfähigkeit, Unvereinbarkeit Mitgliedschaft in mehreren Vertretungen uÄ, werden hier nicht angesprochen, nur die Problematik *Alter*

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner im Rechtsanwaltsbüro *Dr. Bertelsmann und Gäbert* in Hamburg.

1 *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 9 Rn. 41.

2 *BVerfG*, Beschl. v. 18.11.2008 – 1 BvL 4/08, BeckRS 2008, 41121 (zu § 622 II BGB und der dortigen Altersgrenze 25).

3 So zum Verhältnis AGG und BetrAVG *BAG*, NZA-RR 2014, 87 Rn. 27 = NZA 2014, 168 Os.; vorher bereits *BAG*, NZA 2014, 547 Rn. 13.

4 Dazu s. später unter V.

ist hier Thema. Die Darstellung hat den Schwerpunkt Privatwirtschaft, also das Wahlrecht zum *Betriebsrat*.

Die heutige Situation zur Wahlberechtigung von Arbeitnehmern in den verschiedenen Bereichen von Arbeitnehmervertretungen stellt sich in der *Privatwirtschaft* wie folgt dar:

1. Betriebsrat (ab dem BetrVG 1972)

- Aktives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer ab Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 7 S. 1 BetrVG).
- Passives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer ab Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 8 I 1 BetrVG).

2. Jugend- und Auszubildendenvertretung (im BetrVG ab 1988⁵)

- Aktives Wahlrecht für *alle* jugendlichen Arbeitnehmer (also *vor* Vollendung des 18. Lebensjahres), zudem für alle zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten vor Vollendung des 25. Lebensjahres (§ 61 I iVm § 60 I BetrVG).
- Passives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer vor Vollendung des 25. Lebensjahres (§ 61 II BetrVG).

3. Seebetriebsrat (ab dem BetrVG 1972)

- Aktives Wahlrecht für *alle* zum Schifffahrtsunternehmen gehörenden Besatzungsmitglieder unabhängig vom Alter (§ 116 II Nr. 1 BetrVG).
- Passives Wahlrecht für alle Besatzungsmitglieder bzw. alle Arbeitnehmer⁶ ab Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 116 II Nr. 2 BetrVG).

4. Bordvertretung (ab BetrVG 1972)

- Aktives Wahlrecht für *alle* Besatzungsmitglieder des Schiffes unabhängig vom Alter (§ 115 II Nr. 1 BetrVG).
- Passives Wahlrecht für alle Besatzungsmitglieder ab Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 115 II Nr. 2 BetrVG).

5. Schwerbehindertenvertretung (ab SGB IX 2001)

- Aktives Wahlrecht für *alle* im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Menschen unabhängig vom Alter (§ 94 II SGB IX).
- Passives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer des Betriebs (gleich ob schwerbehindert oder nicht), die das 18. Lebensjahr vollendet haben (§ 94 III 1 SGB IX).

Für vier der genannten fünf Gremien gibt es keine Altersgrenze für das aktive Wahlrecht, nur für den Betriebsrat.

Bei den Wahlen zu Aufsichtsräten besteht generell ein aktives und passives Wahlrecht ab Vollendung des 18. Lebensjahres.⁷

III. Hinweise zu früheren Regelungen zur Wahl von betrieblichen Arbeitnehmervertretungen

Für die Bewertung der unterschiedlichen Altersgrenzen erscheint auch ein Blick in frühere Regelungen sinnvoll.

1. Betriebsrat (Betriebsrätegesetz von 1920 [BRG])

- Aktives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer ab Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 20 S. 1 BRG 1920), wobei die Volljährigkeitsgrenze bei 21 lag.
- Passives Wahlrecht für alle aktiv wahlberechtigten Arbeitnehmer ab Vollendung des 24. Lebensjahres (§ 20 S. 2 BRG 1920).

2. Betriebsrat (vom BetrVG 1952 bis zum BetrVG 1972)

- Aktives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer ab Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 6 BetrVG 1952), wobei die Volljährigkeitsgrenze bei 21 lag.
- Passives Wahlrecht für alle aktiv wahlberechtigten Arbeitnehmer ab Vollendung des 21. Lebensjahres (§ 7 I 1 BetrVG 1952).

3. Jugendvertretung (vom BetrVG 1952 bis zum BetrVG idF 1972)

- Aktives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 20 II 1 BetrVG 1952).
- Passives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer zwischen Vollendung des 16. bis Vollendung des 24. Lebensjahres (§ 20 II 3 BetrVG 1952).

4. Jugendvertretung (ab BetrVG 1972–1988)

- Aktives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 61 I BetrVG 1972).
- Passives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer zwischen Vollendung des 16. bis Vollendung des 24. Lebensjahres (§ 61 II BetrVG 1972).

5 Zur Entwicklung s. *Trittin* in *Däubler*, BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 60 Rn. 1–4.

6 Abhängig von der Größe und Struktur des Seeschiffahrtsunternehmens, s. § 116 II Nr. 2 Buchst. a und b BetrVG.

7 § 5 II DrittelbG, §§ 10 II und 18 I MitbestG, §§ 8 II und 6 II Montan-MitbestErgG.

5. Schwerbehindertenvertretung/Vertrauensmann für Schwerbeschädigte (vom SchwBeschG 1953 über das SchwBG von 1974 bis zum SGB IX)

- Aktives Wahlrecht für *alle* im Betrieb beschäftigten Schwerbeschädigten/Schwerbehinderten unabhängig vom Alter (§ 13 II 1 SchwBeschG 1953, § 24 I SchwBG 1974).
- Passives Wahlrecht für alle Arbeitnehmer des Betriebs wie für den Betriebsrat, also bis 1972 ab Vollendung des 21. Lebensjahres, danach ab 18 (§ 13 II 2 SchwBeschG 1953, § 24 III SchwBG 1974).

Die aufgezeigte Struktur in den verschiedenen Bereichen lässt keine stringente Linie des Gesetzgebers erkennen.

Nur nebenbei: Heute kaum noch vorstellbar ist, dass bis zum BetrVG 1972 nur *deutsche Staatsangehörige* zum Betriebsrat wählbar waren,⁸ im Personalvertretungsrecht galt dies bis 1974.⁹ (Deutsche) Frauen durften aber immerhin auch damals schon gewählt werden.

IV. Altersgrenzen im Personalvertretungsrecht

Hier soll noch kurz auf das Personalvertretungsrecht für den *öffentlichen Dienst* verwiesen werden.¹⁰ Das BPersVG¹¹ und verschiedene Landespersonalvertretungsgesetze knüpfen die *aktive* Wahlberechtigung an die Vollendung des 18. Lebensjahres an. Anders ist dies allerdings in neun Landespersonalvertretungsgesetzen, bei denen entweder *alle* Beschäftigten unabhängig vom Alter aktiv wahlberechtigt sind¹² oder alle Beschäftigten ab Vollendung des 16. Lebensjahres.¹³ Selbst beim passiven Wahlrecht gibt es Unterschiede: im BPersVG und in 14 Landespersonalvertretungsgesetzen ist das *passive Wahlrecht* ab Vollendung des 18. Lebensjahres geregelt, in Bayern und in Schleswig-Holstein jedoch sind *alle* Angehörigen des öffentlichen Dienstes unabhängig vom Alter wählbar.

V. Einwirkungen des Europarechts

Im Bereich der Betriebsverfassung sind Gegenstände juristischer Diskussionen nicht das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat erst ab Vollendung des 18. Lebensjahres, sondern im Wesentlichen ausschließlich (wenn auch wichtige) Details, ob denn Geschäftsfähigkeit bzw. die Bestellung eines Betreuers nach § 1896 II BGB Einfluss auf das aktive oder passive Wahlrecht haben kann,¹⁴ Gleiches wird für die Schwerbehindertenvertretung diskutiert.¹⁵

In der Literatur wird – soweit ersichtlich – für die 18-Jahresgrenze des aktiven Wahlrechts zum Betriebsrat weder eine rechtliche Problematik kaum auch nur angesprochen¹⁶ noch über die Sinnhaftigkeit dieser Grenze diskutiert.¹⁷

1. Anwendung von Art. 3 I Buchst. d der RL 2000/78/EG?

Altersgrenzen zur Wahl von Vertretungen der Beschäftigten werden im Hinblick auf EU-Recht höchst selten angesprochen. Manchmal wird darauf hingewiesen, dass Altersgrenzen „rechtlich nicht zu beanstanden sein (dürften)“, sie seien wohl nicht am AGG zu messen.¹⁸ Wenn einmal auf Altersgrenzen in Bezug auf das EU-Recht abgestellt wird, geschieht dies bezüglich Art. 3 I Buchst. d der RL 2000/78/EG und den daran anknüpfenden § 2 I Nr. 4 AGG. Die Normen der

Richtlinie untersagen unter anderem Altersdiskriminierung in Bezug auf Art. 3 I Buchst. d der RL 2000/78/EG, die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen.“¹⁹

Eine Anwendung *dieser* Richtlinienvorschrift auf Altersgrenzen bei Wahlen wird zu Recht abgelehnt:²⁰ dieser Teil der RL 2000/78/EG kann für die hier zugrunde liegende Problematik nicht herangezogen werden. Die betrieblichen Interessenvertretungen sind weder Beschäftigtenvereinigungen noch Arbeitnehmerorganisationen im Sinne dieser Norm.²¹ Ein Betriebsrat vertritt Arbeitnehmerinteressen innerhalb einer abgegrenzten Einheit (dem Betrieb) und nicht berufsspezifisch.²²

2. Anwendung von Art. 3 I Buchst. c der RL 2000/78/EG?

Jedoch ist ein anderer Teil der Richtlinie heranzuziehen, der im Hinblick auf die Altersvorgaben zur Wahlberechtigung bei den betrieblichen Interessenvertretungen zur Anwendung kommt – und wegen des Verstoßes gegen die Richtlinie zur Europarechtswidrigkeit der Altersgrenze 18 für das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat führt. Nach Art. 3 I Buchst. c RL 2000/78/EG ist Diskriminierung (im hier interessierenden Zusammenhang: wegen des Merkmals Alters) nämlich auch untersagt in Bezug auf

“c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts“.²³

Zu den „Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ (im Folgenden: Arbeitsbedingungen) gehören auch die Einbindung in eine Struktur der Vertretung der Arbeitnehmer sowie die Möglichkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter für Gremien.

Anknüpfungspunkt ist der in Art. 3 I Buchst. c der RL 2000/78/EG genannte Begriff der *Arbeitsbedingungen*. Dieser Be-

8 Ausf. *Lamers*, Repräsentanz und Integration der Ausländer in der BRRep. Dtschld. unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, 1977, 89 ff.

9 S. *Lamers*, 87 ff.; im bayerischen PersVG wurde das passive Wahlrecht für Ausländer erst 1994 entsprechend geändert.

10 Dazu *Löwisch*, BB 2014, 120, der die Frage des Willkürverbots des Art. 3 I GG anspricht.

11 § 13 I 1. Die Jugendvertretung ist in § 57 ff. geregelt, mit dem aktiven Wahlrecht bis zur Vollendung des 18. und dem passiven Wahlrecht bis zur Vollendung des 26. Lebensjahres.

12 Baden-Württemberg § 11 I LPersVG, Bayern Art. 13 I BayPVG, Brandenburg § 13 I BbgPersVG, Niedersachsen § 11 I NPersVG, Rheinland-Pfalz § 10 I LPersVG, Sachsen § 13 I SächPersVG, Schleswig-Holstein § 11 I SchlHMBG.

13 Berlin § 12 I PersVG, Hamburg § 12 I HmbPersVG,

14 S. zB *Fitting*, § 7 Rn. 89 u. 90; *Raab*, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 7 Rn. 92.

15 Dazu ausf. *Kohte* in *Däubler/Zimmer*, FS Lörcher, 2013, 110 ff.

16 Ausnahme: *Löwisch*, BB 2014, 117 und *Nicolai* in *Hess*, BetrVG, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 29 – wenn auch beide mit anderen Ergebnissen als hier.

17 ZB *Fitting*, § 7 Rn. 85; *Homburg* in *Däubler*, § 7 Rn. 2; *Raab*, GK-BetrVG, § 7 Rn. 91; *Richardt/Thüsing*, BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 7 Rn. 22.

18 So *Fitting*, § 60 Rn. 2, abstellend vor allem auf die Altersgrenze 25 zum passiven Wahlrecht.

19 Ähnl. formuliert es auch § 18 I Nr. 2 AGG.

20 S. zB *Mohr* in *Franzen*, EU-ArbR, 2016, Kap. 520 Art. 3 Rn. 30; *Hayl/Forst*, AGG, 2. Aufl. 2015, § 18 Rn. 11 ff.; *Löwisch*, BB 2014, 117.

21 So *Däubler* in *ders.*, AGG, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 40; dazu auch *ErfK/Schlachter*, 16. Aufl. 2016, § 2 AGG Rn. 11.

22 *Mohr* in *Franzen*, Kap. 520 Art. 3 Rn. 30.

23 Ähnl. formuliert es auch § 2 I Nr. 2 AGG.

griff ist auch im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Unionskompetenzen in Art. 153 I Buchst. b genannt. Als Arbeitsbedingungen werden alle mit der *unselbstständigen* Tätigkeit zusammenhängenden Umstände und Situationen gewertet, Arbeitsbedingungen setzen also ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus.²⁴ Arbeitsbedingungen sind nicht nur Bedingungen, die im Arbeitsvertrag enthalten sind oder vom Arbeitgeber im Rahmen eines Arbeitsvertrags angewandt werden, sondern auch Leistungen, die notwendig mit dem Arbeitsverhältnis verbunden sind, zudem Rahmenbedingungen, soweit sie (nicht nur faktisch gegeben, sondern) rechtlich beeinflusst sind.²⁵ Auch staatliche „family credits“ in Großbritannien, die notwendig mit einem Arbeitsverhältnis verknüpft waren, waren nach dem *EuGH* Bestandteil der „Arbeitsbedingungen“, weil ansonsten „Situationen, die unmittelbar auf dem Arbeitsverhältnis beruhen, dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen würden“.²⁶ Unter dem Begriff Arbeitsbedingungen „sind alle Umstände zu verstehen, aufgrund derer und unter denen die Arbeitsleistung zu erbringen ist“.²⁷

Der Begriff der Arbeitsbedingungen, der auch in der Regelung der Unionskompetenzen in Art. 153 I Buchst. b AEUV (und auch in Art. 31 I GRC) enthalten ist, ist weit gefasst und könnte im Grunde alle das Arbeitsverhältnis betreffenden Fragen erfassen. Allerdings sind die Tatbestände, die in Art. 153 I Buchst. a und c–k AEUV enthalten sind, bei Überschneidungen wegen ihrer Spezialität vorrangig.²⁸

Die Unterscheidung ist insbesondere auch deshalb relevant, weil die Möglichkeiten der EU zu den verschiedenen Regelungen unterschiedlich sind. Hinsichtlich der Punkte b) „Arbeitsbedingungen“ und e) „Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer“ sind Maßnahmen zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten genannt, als Mittel werden insbesondere Richtlinien als Mindestvorschriften benannt (Abs. 2 Buchst. b). Richtlinien werden im Verfahren nach Art. 294 AEUV mit *qualifizierter Mehrheit im Rat* nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses (WSA) und des Ausschusses der Regionen (AdR) erlassen.²⁹ Im Buchst. f wiederum wird die Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen (einschließlich der Mitbestimmung) behandelt, darauf bezogene Maßnahmen können nur *einstimmig im Rat* auf Vorschlag der Kommission nach Anhörung des EU-Parlamentes, des WSA und des AdR erfolgen.³⁰

Hinsichtlich der Wahl von Arbeitnehmervertretungen ist aber keiner der dort genannten Bereiche in Bezug auf die Geltung der Anti-Diskriminierungsverbote aus dem Bereich „Arbeitsbedingungen“ vorgreiflich – keine der möglicherweise anwendbaren Normen³¹ befasst sich mit dem Wahlrecht und dem dazu notwendigen Alter.

- Der Anwendungsbereich des Buchst. e hat keinerlei Vorgaben für das hier behandelte Wahlrecht, sondern behandelt ausschließlich die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, also Informationsrechte der Arbeitnehmer.
- Der Buchst. f steht in Zusammenhang mit dem Betriebsrat, da in ihm die „Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung“ erwähnt ist. Dies betrifft aber ausschließlich die inhaltliche Seite der Mitwirkung von Arbeitnehmern und gegebenenfalls auch, welche Arten von Vertretungen gebildet werden können, regelt aber nicht Vorgaben für das Wahlrecht wie zB die Nichtdiskriminierung im Zusammenhang mit dem Alter.³²

Der Begriff der Arbeitsbedingungen ist weit auszulegen. Er umfasst alle aus dem im Arbeitsverhältnis folgenden Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien.³³ Zu diesen Rechten des einzelnen Arbeitnehmers gehört auch das Recht, eine Arbeitnehmervertretung zu bilden und diese zu wählen. Daher unterliegt auch die Wahl des Betriebsrats der Vorgabe von Art. 3 I Buchst. c der RL 2000/78/EG, nach dem die „Arbeitsbedingungen“ dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfallen.

Dass der Begriff der Arbeitsbedingungen auch Regelungen umfasst, die wegen ihrer Spezialität in andere Bereiche eingreifen können, wird auch an früheren Regelungen aus den Jahren 1968, 1990 und 1999 deutlich:

Aus den Regelungen von 1968 zum Bereich der Freizügigkeit kann abgeleitet werden, dass zu den „Arbeitsbedingungen“ auch das Wahlrecht zu Vertretungen der Arbeitnehmer gehört. Art. 48 EWG-Vertrag³⁴ regelte ua „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige *Arbeitsbedingungen*“. In Umsetzung der Gleichbehandlung bezogen auf die Arbeitsbedingungen wurde in Art. 8 der „VO (EWG) Nr. 1612/68 des Rats vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft“³⁵ für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats geregelt, dass diese auch das Recht auf Wählbarkeit zu den Organen der Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben hatten. Dies heißt, dass das *passive Wahlrecht* unter die Definition der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ gefasst wurde.

Zu einer „Richtlinie des Rats über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der *Arbeitsbedingungen* (KOM[90] 228 end.)“³⁶ legte die Kommission am 29.6.1990 einen Vorschlag vor. Dieser bezog sich hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage gerade auf die „Arbeitsbedingungen“, er umfasste unter anderem

- Zugangsgarantie für die atypisch Beschäftigten zu Berufsbildungsmaßnahmen,
- Sicherung des Zugangs zu sämtlichen Sozialdiensten des Unternehmens,
- gleichberechtigten Zugang zu den sozialen Sicherungssystemen und
- in seinem Art. 2 II auch die Mitberücksichtigung der Teilzeit-, Zeit-, Saison- und Leiharbeiter bei der Zahl

24 *Mohr in Franzen*, Kap. 520 Art. 3 Rn. 19 unter Verw. auf *EuGH*, ECLI:EU:C:1995:247 = EuZW 1995, 739 Rn. 19 ff. – Meyers.

25 *Mohr in Franzen*, Kap. 520 Art. 3 Rn. 19; v. *Roetteken*, AGG, Losebl. Stand: Dez. 2015, § 10 Rn. 23 ff.; *Langer in v. d. Groeben*, EU-Recht, 7. Aufl. 2015, Art. 153 AEUV Rn. 19; *Fuchs/Marhold*, Europ. ArbR, 3. Aufl. 2010, 175.

26 *EuGH*, ECLI:EU:C:1995:247 = EuZW 1995, 739 Rn. 24 – Meyers.

27 *BAGE* 141, 73 = NZA 2012, 803 = AP TVöD § 26 Nr. 2 Rn. 12; *BAGE* 132, 210 = NZA 2010, 327 = AP AGG § 7 Nr. 1 Rn. 54; beide zu dem Begriff Arbeitsbedingungen in § 2 I Nr. 2 AGG.

28 *Franzen in ders.*, Kap. 20 Art. 153 AEUV Rn. 21.

29 Art. 153 II UAbs. 2 AEUV. Dazu s. *Benecke in Grabitz*, Das Recht der EU, Losebl. Stand: Apr. 2015, Art. 153 AEUV Rn. 6 ff. u. 41; *Sagan in Preis/ders.*, Europ. ArbR, 2015, § 1 Rn. 55 ff.

30 Art. 153 II UAbs. 3 AEUV.

31 Die Sonderregelung von Art. 153 V AEUV ist generell nicht einschlägig.

32 Dies verkennt *Löwisch*, BB 2014, 117, der eine Anwendung der RL 2000/78/EG ablehnt.

33 *Benecke in Grabitz*, Art. 153 AEUV Rn. 41; *Franzen in ders.*, Kap. 20 Art. 153 AEUV Rn. 21.

34 Später Art. 39 II EGV u. Art. 45 II AEUV; dazu *Brechmann in Callies/Ruffert*, Art. 45 AEUV, 2015, Rn. 60 u. 74.

35 ABl. 1968 Nr. L 257 v. 19.10.1968, 2.

36 ABl. 1990 Nr. C 224, 4 (Kursivdruck durch Verfasser).

der Arbeitnehmer, welche die Wahl und die Größe betrieblicher Arbeitnehmervertretungen bestimmt.

Auch seitens der Kommission wurde der Begriff „Arbeitsbedingungen“ also weit verstanden und so interpretiert, dass unter Berufung darauf auch spezielle Regelungen in Bereichen geschaffen werden konnten, deren Themenfeld auch durch andere EU-Vorgaben berührt ist.

Zu erwähnen ist weiterhin, dass im Zusammenhang mit der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG dort in § 7 geregelt ist, dass befristete Beschäftigte auch bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen zu berücksichtigen sind – Ausdruck des Diskriminierungsverbots bezogen auf befristete Beschäftigte, auch bezüglich des aktiven und passiven Wahlrechts.³⁷ Auch dies macht deutlich, dass aus Art. 153 AEUV abgeleitete Richtlinien auf verschiedene Bereiche zugreifen können.³⁸

3. Rechtfertigung der Altersgrenze 18 für das aktive Wahlrecht zur Betriebsratswahl?

Die Ungleichbehandlung wegen des Alters im Zusammenhang mit dem aktiven Wahlrecht zum Betriebsrat ist anhand der RL 2000/78/EG zu werten. Die Beispiele des Art. 6 I Buchst. a–c der Richtlinie sind für eine eventuelle gerechtfertigte Ungleichbehandlung beim Wahlrecht wegen des Alters nicht einschlägig, es könnte sich höchstens um eine Rechtfertigung eines legitimen Ziels nach Satz 1 von Art. 6 handeln. Weshalb aber ein Unterschied gemacht werden soll zwischen Arbeitnehmern, die unter 18 oder über 18 sind, ist nicht ersichtlich – ein für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung erforderliches *legitimes* Ziel ist nicht ersichtlich. Die Angehörigen beider Altersgruppen arbeiten in einem Abhängigkeitsverhältnis beim Arbeitgeber, der zu wählende Betriebsrat ist für die über 18-Jährigen ebenso zuständig wie für die unter 18-Jährigen.

Man kann auch nicht damit argumentieren, dass die Vertretung der Interessen der Jugendlichen der Jugend- und Auszubildendenvertretung übertragen worden ist und deshalb den Jugendlichen dann nicht das Wahlrecht zum Betriebsrat zuzuerkennen ist.³⁹ Der Betriebsrat ist die Vertretung *sämtlicher* Beschäftigter im Betrieb, unabhängig vom Alter. Seine Beschlüsse wirken für alle Beschäftigten; von ihm abgeschlossene Betriebsvereinbarungen gelten für alle Arbeitnehmer unabhängig vom Alter. Die Jugend- und Auszubildendenvertretung ist – wie auch die Schwerbehindertenvertretung – ausschließlich eine *zusätzliche* Institution, die die Berücksichtigung der besonderen Belange der jeweiligen Gruppe möglichst fördern soll und das innerhalb des Betriebsrats aber nur mit relativ beschränkter Beteiligung.⁴⁰

Eine Argumentation mit der „Volljährigkeit“, die ja anknüpfen könnte an das Wahlrecht zB für den Bundestag, kann unter Umständen beim passiven Wahlrecht und der damit verbundenen Übernahme von rechtlichen Verantwortlichkeiten gerechtfertigt werden. Hier könnte durch die für Rechtsgeschäfte notwendige unbeschränkte Geschäftsfähigkeit die Anforderung der Volljährigkeit erklärt werden.⁴¹

Für das aktive Wahlrecht kann das nicht greifen. Mag die Volljährigkeit im Sinne „einer gewissen Reife“⁴² für die Wahl der Volksvertretung noch vertretbar sein (anders schon jetzt die Altersgrenze 16 zur Wahl für diverse Landtage⁴³) – bei der Betriebsratswahl geht es um die eine Vertretung *aller* in gleicher Situation als Arbeitnehmer stehender Personen im Betrieb, unabhängig von deren Alter. Zudem besteht in den oben geschilderten anderen Arbeitneh-

mervertretungen auf der betrieblichen Ebene für das aktive Wahlrecht *keine* Altersgrenze, auch war in den Jahren 1952–1972 die Altersgrenze zum aktiven Wahlrecht mit 18 niedriger als die Volljährigkeitsgrenze von 21 – der Gesetzgeber sah also die Volljährigkeit gerade *nicht* als relevante Altersgrenze an.

Neben dem Fehlen irgend eines legitimen Ziels für die Altersgrenze 18 zum aktiven Wahlrecht für den Betriebsrat ist auch darauf hinzuweisen, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung eines geltend gemachten (hier unterstellt: legitimen) Ziels zu gewährleisten, „wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.⁴⁴ Die europarechtliche Vorgabe einer *Kohärenz* der innerstaatlichen Regelungen,⁴⁵ also einer in sich erkennbaren stringenten Struktur, ist nicht gegeben. Selbst wenn ein legitimes Ziel erkennbar wäre, müssten die Mittel zur Zweckerreichung in sich widerspruchsfrei ausgestaltet und eingesetzt werden.⁴⁶ Oben wurde auf die uneinheitlichen Regelungen hingewiesen, die das Wahlrecht zu den benannten Arbeitnehmervertretungen betreffen – sie folgen keiner nachvollziehbaren Logik. Die Altersgrenze 18 für das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat ist schon nach innerstaatlichem Recht nicht mehr erklärbar, es fehlt ihr die zur „Geeignetheit“ der Erfüllung eines legitimen Ziels notwendige Kohärenz.

VI. Zusammenfassung

1. Der Ausschluss vom aktiven Wahlrecht zum Betriebsrat derjenigen Arbeitnehmer und Auszubildenden, die noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist wegen des Fehlens eines von der RL 2000/78/EG zur Rechtfertigung der Altersdiskriminierung notwendigen legitimen Ziels unzulässig, zudem ist der Ausschluss vom aktiven Wahlrecht in den verschiedenen vergleichbaren Regelungen nicht vorhanden, sodass dem innerstaatlichen System jegliche Kohärenz fehlt. Die Ungleichbehandlung wegen des Alters ist in Ansehung der RL 2000/78/EG nicht gerechtfertigt, die Altersgrenze ist unwirksam. Auch Arbeitnehmer und Auszubildende, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind für den Betriebsrat aktiv wahlberechtigt.

2. Dieses Ergebnis könnte im Wege eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV vor dem *EuGH* erreicht werden. Jedoch könnte die Frage der Europarechtswidrigkeit der Altersgrenze für das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat unter Umständen auch durch die innerstaatlichen Gerichte selbst geklärt werden: sie könnten im Wege der europarechtskonformen Auslegung die Rechtsunwirksamkeit der Altersgren-

37 Brose in *Preis/Sagan*, § 9 Rn. 194 ff.

38 Zur Ergänzung der Befristungsrichtlinie durch das Verbot der Altersdiskriminierung s. auch *Riesenhuber*, *Europ. ArbR*, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 17; Brose in *Preis/Sagan*, § 9 Rn. 14.

39 So *Löwisch*, *BB* 2014, 119.

40 § 67 I BetrVG, allerdings bei (nicht sehr häufigen) Angelegenheiten mit „besonderer Betroffenheit“ für Jugendliche und Auszubildende Teilnahmerecht aller JAV-Mitglieder, bei „überwiegender Betroffenheit“ Teilnahme- und Stimmrecht aller JAV-Mitglieder – dazu s. *Fitting*, § 67 Rn. 12–14, 20.

41 § 113 I BGB dürfte Rechtsgeschäfte als gewähltes Betriebsratsmitglied wohl nicht abdecken.

42 *Nicolai in Hess, BetrVG*, § 7 Rn. 29 sieht dies bei der 18-Jahres-Grenze zum aktiven Wahlrecht zum Betriebsrat als Rechtfertigung der Altersdiskriminierung nach § 10 AGG an – nur ist das AGG dem BetrVG gleichrangig und nicht übergeordnet.

43 Landesparlamente von Brandenburg, Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein.

44 *EuGH*, *ECLI:EU:C:2013:590* = *EuZW* 2013, 951 Rn. 67 – HK Danmark.

45 Näher zum Kohärenzgebot *Mohr in Franzen*, Kap. 520 Art. 6 Rn. 15.

46 *ErfK/Schlachter*, § 10 AGG Rn. 3.

ze feststellen, wenn auch „ohne Vorlage an den *EuGH* feststehen sollte, dass das Gesetz dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewendet werden darf.“⁴⁷ Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Altersgrenze, die 1972 gesetzlich geregelt worden ist, während die Richtlinien gegen die Altersdiskriminierung im Jahre 2000 erlassen worden sind, das die Richtlinien umsetzende AGG dann im Jahre 2006.

3. Hier sollen die Details einer richtlinienkonformen Auslegung nicht dargestellt werden, es wird insoweit auf die entsprechende Literatur verwiesen.⁴⁸ Es ist deutlich, dass eine richtlinienkonforme Auslegung, die so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie (hier: RL 2000/78/EG) stattfinden müsste, zu dem Ergebnis der Rechtsunwirksamkeit des § 7 BetrVG bezüglich der Altersgrenze führen muss. Daran hindert auch nicht die sehr deutliche Benennung der Zahl „Vollendung des 18. Lebensjahres“ nichts – bei der richtlinienkonformen Auslegung ist nicht einmal der Wortlaut eine Grenze.⁴⁹ Im Zusammenhang mit der Altersgrenze 25 bei § 622 II BGB hat das BAG deutlich gemacht, dass eine unionsrechtskonforme Auslegung grundsätzlich den nationalen Gerichten vorbehalten ist. Durch die Nichtanwendung der Norm musste die mit der Regelung verbundene Altersdiskriminierung beseitigt wer-

den, es entfällt der die jüngeren Arbeitnehmer benachteiligende einschränkende Anwendungsbereich.⁵⁰

4. Der Gesetzgeber sollte entsprechenden gerichtlichen Verfahren, die eine Altersdiskriminierung der unter 18-Jährigen und die Rechtsunwirksamkeit dieser Grenze feststellen würden, dadurch zuvor kommen, dass er unverzüglich zumindest die aktive Wahlberechtigung für alle Beschäftigten unabhängig vom Alter normiert⁵¹ – für Betriebsräte ebenso wie für Personalräte. Nicht ausschließlich, weil es das deutsche Recht dem EU-Recht anpassen würde, sondern auch weil es schlicht sinnvoll und überfällig ist. ■

47 *BVerfG*, BeckRS 2008, 41121 (zu § 622 II BGB).

48 Insbes. *Höpfner* in *Franzen*, Kap. 20 Art. 288 AEUV Rn. 46 ff. zur richtlinienkonformen Auslegung, Rn. 76 ff. zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung; *Ruffert* in *Callies/ders.*, Art. 288 AEUV Rn. 77 ff. mwN; zur entspr. damaligen Diskussion um § 622 II BGB mit seiner 25-Jahres-Grenze s. *LAG Berlin-Brandenburg*, NZA-RR 2008, 17; *LAG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 28.5.2008 – 3 Sa 21/08; *KR/Spilger*, 9. Aufl. 2009, § 622 BGB Rn. 56 mwN; *ders.*, 11. Aufl. 2016, § 622 BGB Rn. 60; *Temming*, NZA 2007, 1199.

49 *Höpfner* in *Franzen*, Kap. 20 Art. 288 AEUV Rn. 49; dazu auch die neue Entscheidung des *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:278 = NZA 2016, 537, bes. Rn. 29 ff. – Rasmussen.

50 *BAG*, Urt. v. 9.9.2010 – 2 AZR 715/08, BeckRS 2011, 69261 Rn. 20 u. 21.

51 Bereits im Zusammenhang mit dem *BetrVerf-ReformG 2000* vom DGB vorgeschlagen, *Raab*, GK-BetrVG, § 7 Rn. 91 u. Einl. Rn. 16 ff.

Rechtsprechung

Arbeitsvertragsrecht

Kopftuch-Verbot an öffentlicher Klinik

EMRK Art. 9

1. Die Gewissens- und Religionsfreiheit ist einer der Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft, doch schützt Art. 9 EMRK nicht jedes religiös oder weltanschaulich begründete oder beeinflusste Verhalten. Der Gerichtshof wiederholt insoweit die in seinem Urteil *Leyla Sahin/Türkei* zusammengefassten Grundsätze (EGMR, Slg. 2005-XI Nr. 106 f., 109 = NVwZ 2006, 1389 [1392]).

2. Die Entscheidung, den Arbeitsvertrag der Beschwerdeführerin nicht zu erneuern, weil sie sich weigerte, ihr Kopftuch im Dienst abzulegen, ist ein Eingriff in ihr von Art. 9 EMRK garantiertes Recht, ihre Religion zu bekunden. Der Eingriff war „gesetzlich vorgesehen“ im Sinne von Art. 9 II EMRK und verfolgte das berechtigte Ziel, die Glaubens- und sonstigen Überzeugungen insbesondere der Patienten zu schützen, also die Rechte und Freiheiten anderer im Sinne von Art. 9 II EMRK.

3. Die Konventionsstaaten können sich, wie im vorliegenden Fall, auf die Grundsätze des Laizismus und der Neutralität berufen, um das Tragen von religiösen Zeichen durch ihre Bediensteten einzuschränken. Das gilt nicht nur für den Erziehungs-, sondern auch für den Krankenhausbereich, wo das Personal in Kontakt zu den Patienten steht, die sich häufig in einem Zustand der Gebrechlichkeit und Abhängigkeit befinden.

4. Eine strikte Anwendung der Grundsätze des Laizismus und der Neutralität ist jedenfalls zulässig, wenn es sich bei ihnen wie

in Frankreich um Gründungsprinzipien des Staats handelt. Die Verpflichtung zur Neutralität gilt hier für den gesamten öffentlichen Dienst und Bedienstete verletzen grundsätzlich ihre Dienstpflichten, wenn sie im Dienst ein Zeichen tragen, das eine Religionszugehörigkeit zum Ausdruck bringt.

5. Die Krankenhausverwaltung hat die Beschwerdeführerin auf die Bedeutung ihrer Verpflichtung zu neutralem Verhalten im Dienst hingewiesen, die Schwierigkeiten angesprochen, die sich in ihrem Dienstbereich wegen des von ihr getragenen Kopftuchs ergeben hatten und sie aufgefordert, das Tragen des Kopftuchs zu überdenken. Die französischen Gerichte haben wesentlich auf das französische Konzept des öffentlichen Dienstes abgestellt und auf den ostentativen Charakter des Kopftuchs.

6. Im Ergebnis haben die französischen Behörden und Gerichte ihren Ermessensspielraum nicht überschritten, als sie feststellten, dass zwischen den religiösen Überzeugungen der Beschwerdeführerin und ihrer Verpflichtung, sie im Dienst nicht zu bekunden, ein Kompromiss nicht möglich sei und dann entschieden, dem Erfordernis der Neutralität und Unparteilichkeit Vorrang zu geben.

7. Unter den gegebenen Umständen war die Nichterneuerung des Vertrags der Beschwerdeführerin verhältnismäßig zum verfolgten berechtigten Ziel. Der damit verbundene Eingriff in ihre Freiheit, ihre Religion zu bekunden, war daher in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und hat Art. 9 EMRK nicht verletzt. (Leitsätze der Bearbeiter)

EGMR (V. Sektion), Urt. v. 26.11.2015 – 64846/11 (*Ebrahimian/Frankreich*)

Zum Sachverhalt: Die Bf., *Christiane Ebrahimian*, 1951 geboren, ist französische Staatsbürgerin und lebt in Paris. Mit Zeitverträgen