

# Altersgrenze und Arbeitnehmermandat

Prof. Dr. Volker Rieble\*

Neuerdings stellt sich die Frage nach der Vertragsverlängerung für durch eine wirksame Altersgrenze befristete Arbeitnehmer – die das Unternehmen noch braucht. Solche Vertragsverlängerungen über die Regelaltersgrenze hinaus werfen eine Reihe bislang wenig beachteter Rechtsfragen auf. Sonderproblem ist die Verlängerung für Arbeitnehmer des Unternehmens mit einem Mitbestimmungsmandat insbesondere im Aufsichtsrat. Wahl- und Amtsperioden sind nicht mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses abgestimmt.

## I. Altersgrenze und Amtsverlust

Sind Arbeitsvertragslaufzeit einerseits und Mandatslaufzeit andererseits nicht abgestimmt, sorgt das Ende des Arbeitsverhältnisses für den Amtsverlust des Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat, wegen fehlender Wählbarkeit. Für die paritätische Mitbestimmung ist das in § 24 Abs. 1 MitbestG besonders gesagt. Im DrittelbG fehlt eine Vorschrift, doch handelt es sich um ein allgemeines Prinzip der Mitbestimmung: Einem ehemaligen Arbeitnehmer fehlt die Legitimationsgrundlage für sein Amt, wie auch § 24 Nr. 4 BetrVG zeigt. Anderes gilt nur für die externen Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, weil deren Wählbarkeit gerade nicht von einem Arbeitsverhältnis abhängt.

Die „rechtzeitige“ Verlängerung des Arbeitsverhältnisses verhindert also den gesetzlich angeordneten Amtsverlust. Rechtzeitig heißt: vor Erreichen der Altersgrenze. Ist diese nämlich einmal erreicht, so tritt der Amtsverlust kraft Gesetzes ein – und kann auch durch eine vermeintlich „rückwirkende“ Verlängerung nicht mehr ungeschehen gemacht werden.

Das Unternehmen kann so Besetzungskontinuität erreichen, ein etwaiger Nachrücker rückt nicht auf (Ersatzmitglied nach § 17 MitbestG, § 7 DrittelbG). Vor allem aber kann die Verlängerung für die laufende Amtsperiode dann, wenn kein Nachrücker vorhanden ist, die gerichtliche Ersatzbestellung (§ 104 AktG) oder gar eine Neuwahl erübrigen.

## II. Rechtliche Folgeprobleme: Begünstigung oder Abstrafung und Compliance

### 1. Mandatssteuerung

Was sich positiv anhört, hat eine Schattenseite: Kann doch derjenige, der über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die Altersgrenze hinaus entscheidet, diese Entscheidung (auch) an der Amtsführung des Betroffenen ausrichten: Unliebsame, schwierige und unbequeme Mandatare scheiden aus – und die netten, geschmeidigen, „konstruktiven“ bleiben

im Amt. Solche „Differenzierung“ kann für das Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmerbank in der letzten Amtsperiode handlungsleitend wirken: Wer sein Amt mag, wird seine Kooperationsbereitschaft gegenüber denjenigen zeigen, die über den Arbeitsvertrag und damit das Mandat entscheiden.

Umgekehrt kann eine solche Verlängerung gezielt dazu eingesetzt werden, ein erwartbar nachrückendes Ersatzmitglied zu verhindern: So hatte das Daimler-Betriebsratsmitglied Bell das Nachrückticket für den planmäßig mit der Altersgrenze ausscheidenden Ansgar Osseforth „in der Tasche“. Nachdem Bell aber Unregelmäßigkeiten (Arbeitszeitbetrug) vorgeworfen worden waren, hatten Daimler und Osseforth das Arbeitsverhältnis und damit das Aufsichtsratsmandat über die Altersgrenze am 30.11.2012 hinaus bis zum 31.03.2013 verlängert – um so Zeit für die rechtliche Auseinandersetzung mit Bell zu gewinnen.

### 2. Nichtverlängerung als Altersdiskriminierung?

Allgemein-arbeitsrechtlich wirkt die Konstellation ein kompliziertes und ungeklärtes AGG-Problem auf: Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf (alters-)diskriminierungsfreie Entscheidung über sein Verlängerungsbegehren nach Eignung und Befähigung – oder trägt die Altersgrenze auch das Nichtberücksichtigen des Verlängerungsbegehrens. Der EuGH hat die Altersgrenzenbilligung mit dem Gebot diskriminierungsfreier Verlängerung gekoppelt. Demjenigen, der durch die Altersgrenze seinen Arbeitsplatz verliert, müsse der Arbeitsmarkt weiter offen stehen. Das war in der deutschen Literatur als widersprüchlich aufgefasst worden.

### 3. Verlängerungsentscheidung als Begünstigung oder Benachteiligung

Für die Betriebsverfassung stellt sich ein anderes Problem: Die Verlängerung eines „verdienten und beliebten“ Betriebsratsmitglieds kann sich als verbotene und strafbare Betriebsrats-Begünstigung darstellen (§§ 78 Satz 2, 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Umgekehrt kann die Nichtverlängerung des

missliebigen Betriebsratsmitglieds sich als ebenso verbotene und strafbare Benachteiligung darstellen. Gleiches gilt für Mitglieder des Sprecherausschusses (§§ 2 Abs. 3, 34 Abs. 1 Nr. 3 SprAuG).

In der deutschen Unternehmensmitbestimmung gibt es „nur“ ein Benachteiligungsverbot (§ 26 Satz 2 MitbestG). Die Begünstigung bleibt „erlaubt“. Auch ist jenes Verbot nicht strafbewehrt, aber doch Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB und Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Wird also einem Arbeitnehmervertreter die Vertragsverlängerung nicht aus sachlichen Gründen, sondern wegen seiner Amtsführung verweigert, begründet das womöglich einen Schadenersatzanspruch. Eine Rückausnahme gilt in der Europäischen Aktiengesellschaft, weil der scharfe Amtsträgerschutz nach § 44 Nr. 3 SEBG auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt. Praktisch werden die betriebsverfassungsrechtlichen Grenzen und die des MitbestG parallel laufen – weil die unternehmensinternen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat typischerweise Mitglied des Betriebsrats oder im Fall des leitenden Angestellten Mitglied des Sprecherausschusses sind, sodass die Benachteiligung durch Nichtverlängerung gleich beide Verbote missachtet.

#### 4. Gleichbehandlung mit Eignervertretern?

Wenig ertragreich ist der Rückgriff auf die gebotene Gleichbehandlung von Arbeitnehmervertretern und Eignervertretern im Aufsichtsrat. Auch wenn Eignervertreter über Altersgrenzen (Ziffer 5.4.1 DCGK) hinaus weitermandatiert werden, folgt daraus kein unmittelbarer Gleichbehandlungsanspruch für Arbeitnehmervertreter. Denn in eben dem entscheidenden Punkt sind beide nicht vergleichbar: Der Arbeitnehmervertreter wird nicht im Mandat, sondern im bezahlten Arbeitsverhältnis verlängert, schuldet grundsätzlich eine Arbeitsleistung. Außerdem entscheiden unterschiedliche Akteure: Wenn Aktionäre ihre Vertreter über eine Altersgrenze hinaus durch Wahl oder Entsendung beauftragen, bindet das den Vorstand in seinem Arbeitgeberverhalten nicht.

#### 5. Compliance- und Governance-Fragen

Mit Blick auf diese möglichen Rechtsverstöße ist die Verlängerungsentscheidung zugleich ein erhebliches Compliance-Problem. Zentral gilt das für die strafbewehrte Benachteiligung oder Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern oder solchen des Sprecherausschusses. Auch wenn es sich um Antragsdelikte handelt und der Strafantrag selten gestellt wird, ist die auch nur objektive Erfüllung eines Straftatbestands erhebliches Unrecht, das die unternehmensinterne Compliance-Abteilung unterbinden muss. Da die Verlängerungsentscheidung für ein solches Aufsichtsratsmitglied typischerweise im Vorstand getroffen wird, muss doch der Aufsichtsrat als Gremium seinerseits den Vorstand beaufsichtigen.

Zugleich ist die Corporate Governance betroffen: Mit der Vertragsverlängerung entscheidet letztlich der Vorstand,

welche Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ihn kontrollieren „dürfen“. Die Kontrollierten bestimmen punktuell und ausnahmsweise ihre Kontrolleure. Wenn eine solche Einflussnahme auf das Kontrollverhalten des Arbeitnehmervertreters reagiert, besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmervertreter eben dieses antizipiert und sich als Mandatsträger möglichst vorstandsfreundlich verhält, eben um die gewünschte Verlängerung zu erhalten.

Nun ist nicht jede Einflussnahme des Vorstands auf die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat von vornherein unzulässig. Restrukturierungsentscheidungen können bei Betriebsstilllegung jedenfalls theoretisch zum Ende von Arbeitsverhältnis und Mandat führen. Löst der Vorstand eine Konzernverbindung, so endet die Konzernzugehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer und damit ihre hierdurch vermittelte Wählbarkeit – und also das Mandat: § 7 Abs. 2

MitbestG verlangt für die Wählbarkeit Unternehmenszugehörigkeit, die § 5 MitbestG für die Arbeitnehmer abhängiger Tochtergesellschaften im Konzern fingiert. Entfällt mit der Konzernierung diese Fiktion, so verlieren die Arbeitnehmer ihre Wählbarkeit und damit wiederum ihr Aufsichtsratsmandat (§ 24 Abs. 1 MitbestG, § 2 Abs. 1 DrittelbG). Schließlich kann der Vorstand auch die Kündigung oder Vertragsaufhebung eines Aufsichtsratsmitglieds betreiben.

Zum Compliance- und Governance-Problem wird die Frage dann, wenn der Vorstand seine Entscheidung auch mit Blick auf Amt und Mandat trifft oder gar zielgerichtet agiert. In

der Betriebsverfassung gibt es gelegentlich Strukturveränderungen, die ganz gezielt ein „nerviges“ Betriebsratsmitglied treffen sollen. Solange sich nur überhaupt Sachgründe finden lassen, ist die „wahre“ Motivation kaum aufzuspüren. Bei der Arbeitsvertragsverlängerung dagegen sind die Gründe personenbezogen. Und weil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat typischerweise auch Betriebsratsmitglied ist und ebenso typischerweise voll freigestellt, kann sich doch die Verlängerungsentscheidung überhaupt nur am Amtsinhaber oder an seinem Nachrücker ausrichten. So sollte die Vertragsverlängerung im Daimler-Fall den Nachrücker verhindern, weil dieser „Dreck am Stecken“ hatte. Das mag man für sich genommen als sachgerecht ansehen; mir leuchtet die Entscheidung in der Sache unmittelbar ein.

Nur: Das MitbestG kennt keine vom Vorstand festzustellende Amtsunwürdigkeit, die eine solche gezielte Verhinderung rechtfertigte. Allein die Belegschaft hat ein freies Abberufungsrecht (§ 23 MitbestG, § 12 DrittelbG) und kann so ihr Misstrauen ausdrücken. Der Vorstand kann nicht einmal die gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund betreiben, dies behält § 103 Abs. 3 AktG dem Aufsichtsrat als Gremium vor; nur bei Eignervertretern sind auch Aktionäre berechtigt – nie aber der Vorstand.

Auf der anderen Seite bleibt der Vorstand für die Entscheidung über Arbeitsverträge auch von Mandatsträgern zu-

» Unternehmen sind gut beraten, ein Konzept für die Arbeitsvertragsverlängerung von Mandatsträgern zu entwickeln, das erstens diskriminierungsfreie Entscheidungen ermöglicht und zweitens den Eindruck verhindert, der Vorstand suche sich seine Kontrolleure aus.«

ständig. Die präventive Einschaltung eines Gerichts sieht das Gesetz nur für die außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern vor (§ 103 BetrVG). Der Leitenden-Vertreter im Aufsichtsrat genießt keinen Kündigungsschutz, weder kraft eines Sprecherausschussamtes noch aus dem MitbestG. Er kann nur geltend machen, wegen seines Amtes benachteiligt zu sein.

Der DCGK sieht das Problem bislang nicht. Ein vernünftiger Ausgleich zwischen der „Exekutiv-Verantwortung“ des Vorstands, die notwendig die Entscheidung über Arbeitsvertragsangelegenheiten umfasst, und der Sicherung eines vom Vorstand unabhängigen Aufsichtsrats könnte insbesondere darin liegen, dass der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion zu der beabsichtigten oder verweigerten Vertragsverlängerung Stellung nimmt (wobei das betroffene Mitglied nicht mitwirkt). Mehr als eine solche Verfahrensicherung kann das Recht derzeit nicht bieten.

### III. Rechtsprechung zur Arbeitsvertragsverlängerung von Betriebsratsmitgliedern

Nun mag man es drehen und wenden – das Unternehmen gerät in die Gefahr, sich stets falsch zu verhalten: Verlängert es das Arbeitsverhältnis, so droht ein Begünstigungsvorwurf; verweigert das Unternehmen die Verlängerung, kann dies Benachteiligung sein. Zu Aufsichtsratsmitgliedern fehlt bislang Rechtsprechung. Deshalb liegt es nahe, die allerdings kümmerliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vertragsverlängerung von demnächst ausscheidenden Betriebsratsmitgliedern heranzuziehen. Denn dort stellt sich dasselbe Problem.

Das Bundesarbeitsgericht nimmt in zwei Entscheidungen zu dieser Frage Stellung: Im Urteil vom 05.12.2012 betont das Gericht, dass das Betriebsratsamt nicht automatisch zu einer Entfristung oder Verlängerung in den Arbeitsverhältnissen von Betriebsratsmitgliedern führt; auch ein Verlängerungsanspruch analog § 78a BetrVG scheidet aus. Das Gericht sieht richtig, dass weder die Anhörungsrichtlinie 2002/14 noch Art. 27, 28 und 30 GRCh ein solches striktes Amtsträgerprivileg gebieten, sondern dass ein scharfer Diskriminierungsschutz genügt. Das Gericht betont, dass jede „Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht“, verboten ist und dass es auf die Motive oder Absicht nicht ankomme. Explizit sagt das Gericht, dass die Nichtverlängerung des auslaufenden Arbeitsvertrags eine solche Benachteiligung sein kann.

In der Entscheidung vom 23.01.2002 war das Gericht (noch) sehr großzügig und meinte: „Das andernfalls aufgrund befristeten Arbeitsvertrags auslaufende Arbeitsverhältnis eines Betriebsratsmitglieds kann befristet verlängert werden, wenn der befristete Vertrag zur Sicherung der personellen Kontinuität der Betriebsratsarbeit geeignet und erforderlich ist.“ Allerdings ging es in jener Entscheidung zuerst um die Befristungskontrolle; das BAG hatte die Verlängerung als Anschlussbefristung gesehen und das Interesse des Arbeitgebers an der personellen Kontinuität des Betriebsrats und an der Vermeidung von Neuwahlen als

befristungsrechtlichen Sachgrund gewertet. Das Begünstigungsverbot hatte der Senat nur am Rande problematisiert, nämlich für den Fall, dass dem Betriebsratsmitglied noch über die Amtsperiode hinaus ein unbefristeter (!) Arbeitsvertrag verschafft würde.

### IV. Konsequenz

Nimmt man die Entscheidung des BAG vom 05.12.2012 beim Wort, so darf der Amtsträger im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern weder begünstigt noch benachteiligt werden. Es ist also eine hypothetische Betrachtungsweise anzustellen, inwieweit der Mandatar als Normalarbeitnehmer für eine entsprechende Vertragsverlängerung in Betracht gekommen wäre.

Weder die begünstigende Verlängerung bei hypothetischem Arbeitsverhältniseinde noch die Nichtverlängerung bei hypothetischer Weiterbeschäftigung sind zulässig. Dieser Maßstab ist derzeit wenig plausibel, weil es kaum Vergleichsfälle in der Normalbelegschaft gibt. Die Unternehmen fangen gerade erst an, Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus neu zu denken. Immerhin wird man streng beanstanden müssen, wenn der Arbeitgeber bei dem einen Amtsträger zur Vertragsverlängerung schreitet und bei dem anderen nicht. Dann nämlich liegt es auf der Hand, dass die Differenzierung an eine Bewertung der individuellen Amtsführung anknüpft.

Zieht man zusätzlich die Entscheidung vom 23.01.2002 heran, ist jedenfalls die auf die laufende Amtsperiode beschränkte Verlängerung im Amtskontinuitätsinteresse stets zulässig. Zwar knüpft eben dies auch an das Amt an und ist insofern „an sich“ Begünstigung, doch hatte das BAG seinerzeit eben diese beschränkte Begünstigung als immanent durch den Wunsch nach Amtskontinuität gerechtfertigt gesehen.

Mit Blick auf die Halbseitigkeit des § 26 MitbestG ist die Verlängerung deutlich risikoloser als die Nichtverlängerung – und damit aus Compliance-Sicht vorzuzugswürdig.

Unternehmen sind gut beraten, für die Verlängerung der Arbeitsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern ein geregeltes Konzept zu entwickeln. Dabei ist Compliance- und Governance-Aspekten sinnvollerweise dadurch Rechnung zu tragen, dass der Aufsichtsrat selbst eine Stellungnahme zur Vertragsverlängerung für sein Mitglied abgibt – um den Eindruck zu vermeiden, der Vorstand suche sich seine Kontrolleure selbst aus. Das betroffene Mitglied wirkt an ihr nicht mit.

### Literaturhinweise

- Stoffels, ZAAR 31 (2013), S. 53-73.
- Bauer/Gottschalk, BB 2013, S. 501-507.
- BAG, Urteil vom 23.01.2002 – 7 AZR 611/00 – DB 2002, S. 1379-1381.
- BAG, Urteil vom 05.12.2012 – 7 AZR 698/11 – DB 2013, S. 1180-1182.

---

\* Prof. Dr. Volker Rieble, Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, LMU, Direktor ZAAR.