

5 Sa 1005/12
10 Ca 537/12
(ArbG München - Kammer Ingolstadt -)

Verkündet am: 02.08.2013

Gapp
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

C.
C-Straße, C-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, A-Stadt

gegen

Firma E.
E-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte F.
F-Straße, F-Stadt

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Dr. Müller und Faßnacht

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 17.10.2012 – 10 Ca 537/12 – abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 22.03.2012 den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit im Übrigen den nachgenannten Arbeitsbedingungen anzubieten:

§ 1 Aufgabengebiet

Der Mitarbeiter wird seit dem 22.03.2010 als Lagerarbeiter beschäftigt. Die Gesellschaft kann dem Mitarbeiter jederzeit bei betrieblicher Notwendigkeit andere Tätigkeiten zuweisen, die den Kenntnissen und Fähigkeiten des Mitarbeiters entsprechen. Auch aus einer länger andauernden Tätigkeit an einem Arbeitsplatz ergibt sich kein Verzicht der Gesellschaft für ihr Direktionsrecht.

Arbeitsort ist C-Stadt.

§ 2 Vertragsdauer und Kündigungsfristen

Das Arbeitsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Es gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen.

Das Anstellungsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des Monats, in dem der Mitarbeiter das 67. Lebensjahr vollendet, in dem er vorzeitiges Altersruhegeld oder in dem er erstmals eine Rente wegen dauernder Berufs- und Erwerbsunfähigkeit erhält. Im Falle einer vorgezogenen Altersrente nach § 36 SGB VI wird der Arbeitnehmer die vorgenannte Vereinbarung innerhalb von drei Jahren vor dem vorgesehenen Ausscheiden schriftlich bestätigen. (§ 41 S. 2 SGB).

Die Kündigung bedarf zu Ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Bei oder nach einer Kündigung ist die Gesellschaft berechtigt, den Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich freizustellen. Die Freistellung erfolgt unter Anrechnung der dem Arbeitnehmer eventuell noch zustehenden Urlaubsansprüche sowie eventueller Guthaben auf dem Arbeitszeitkonto. Der Urlaub wird zu Beginn der Freistellungsphase gewährt. In der Zeit der Freistellung gilt § 615 BGB entsprechend mit der Folge, dass sich der Arbeitnehmer einen in der Zeit der Freistellung durch Verwendung seiner Arbeitskraft erzielten Verdienst auf den Vergütungsanspruch gegenüber der Gesellschaft anrechnen lassen muss.

Der Mitarbeiter ist verpflichtet, mit der tatsächlichen Beendigung seiner Diensttätigkeit sämtliche von der Gesellschaft erhaltenen Unterlagen, Schriftstücke, Geräte oder sonstige Gegenstände zurückzugeben.

§ 3 Vergütung

Das Arbeitsentgelt beträgt 8,00 € je Stunde.

Der Zuschlag auf den Stundenlohn beträgt:

- | | | |
|----|---|----------|
| a) | von der 41. Wochenstunde an | 25 v.H. |
| b) | für Nachtarbeit (20:00 Uhr – 06:00 Uhr) | 15 v.H. |
| c) | für Sonntagsarbeit | 50 v.H. |
| d) | für Arbeit an gesetzlichen Feiertagen | 125 v.H. |

Beim Zusammentreffen mehrerer Zuschläge ist nur der jeweils höchste zu zahlen, ausgenommen hiervon ist ein Zusammentreffen der Zuschläge von b) mit Zuschlägen von c) und d).

Das Arbeitsentgelt wird bis spätestens zum 10. des Folgemonats bezahlt. Es besteht die Möglichkeit erstmals nach 1 Monat Betriebszugehörigkeit an einer Abschlagszahlung teilzunehmen. Die Zahlung wird so gesteuert, dass sie bis spätestens 30. jeden Monats auf dem angegebenen Konto zur Verfügung steht. Die Abschlagszahlung endet mit dem letzten Abrechnungsmonat vor dem Monat, an dem der Austritt erfolgt.

§ 4 Sonderzahlungen

Finanzielle Leistungen, mit Ausnahme des unter § 3 vereinbarten Stundenlohns nebst Zuschlägen, sind freiwillige Leistungen der Gesellschaft, die ohne Anerkennung einer Rechtspflicht gewährt werden und auch bei wiederholter Zahlung keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründen.

§ 5 Abtretung

Abtretung und Verpfändung von Vergütungsansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis sind ausgeschlossen.

Im Falle einer Lohnpfändung ist die Gesellschaft berechtigt, für die Bearbeitung einer Lohnpfändung 20,00 € (incl. erforderlicher Überweisungen) einzubehalten.

Mit Mitarbeiter bleibt der Nachweis vorbehalten, dass kein oder nur ein geringer Schaden entstanden ist.

§ 6 Arbeitszeit

Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden. Die Verteilung dieser Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage obliegt der Gesellschaft, wobei berechnete Interessen des Mitarbeiters zu berücksichtigen sind. Der Mitarbeiter ist verpflichtet, bei Bedarf und je nach Anforderung der Kunden des Arbeitgebers ---- auch Schichtarbeit (Wechselschicht – Früh-Spät- Nacht) zu leisten sowie an Samstagen, Sonn- und Feiertagen – soweit gesetzlich zulässig – zu arbeiten.

Der Arbeitgeber ist berechtigt im Falle betrieblicher Notwendigkeit bis zu 10 Überstunden pro Woche anzuordnen. Bei der Anordnung von Überstunden hat der Arbeitgeber die berechtigten Belange des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

§ 7 Urlaub

Der Mitarbeiter erhält einen Jahresurlaub von 22 Werktagen – ausgenommen Samstage. Dieser ist in Abstimmung mit dem Vorgesetzten schriftlich festzulegen. Er ist grundsätzlich im Kalenderjahr zu nehmen. Nicht genommener Urlaub verfällt am 31. Dezember des Kalenderjahres ersatzlos. Stehen etwaige betriebliche Belange gegen den Abbau des kompletten Jahresurlaubs, so ist in Einzelfällen eine Übernahme des Resturlaubs bis zum 31. März des Folgejahres mit der Geschäftsleitung abzustimmen. Die Höhe des zu zahlenden Entgeltes während des Urlaubs errechnet sich aus der tatsächlich gearbeiteten durchschnittlichen Zeit der letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt. Dies gilt auch für sämtliche Zuschläge mit Ausnahme des Überstundenzuschlags. Der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Urlaubsanspruch wird im Ein- und Austrittsjahr anteilig gewährt. Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz.

§ 8 Krankheit und Dienstverhinderung

Im Krankheitsfall wird Lohnfortzahlung entsprechend dem Entgeltfortzahlungsgesetz geleistet. Die Höhe des zu zahlenden Entgeltes während der Krankheit errechnet sich aus der tatsächlich gearbeiteten durchschnittlichen Zeit der letzten 13 Wochen vor Beginn der Krankheit.

Der Mitarbeiter wird bei Arbeitsverhinderung die Gesellschaft unter Angabe von Gründen bis 08:30 Uhr (bei Schichtdienst rechtzeitig jeweils vor Schichtbeginn) telefonisch oder persönlich unterrichten. Darüber hinaus hat der Mitarbeiter unaufgefordert für jeden Krankheitstag der Arbeitsunfähigkeit (also ab dem ersten Tag) innerhalb von 3 Tagen ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Dauert eine Arbeitsunfähigkeit länger als in der vorgelegten Bescheinigung angegeben, so hat der Mitarbeiter die Verpflichtung die Gesellschaft spätestens am letzten Werktag der Arbeitsunfähigkeit zu benachrichtigen. Auf Verlangen der Gesellschaft ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich einem Vertrauensarzt, der von der Gesellschaft benannt wird, vorzustellen. Der Arbeitnehmer entbindet den Arzt von der ärztlichen Schweigepflicht, soweit es zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit notwendig ist.

§ 9 Nebenbeschäftigung

Nebentätigkeiten, die zu einer Beeinträchtigung der Arbeitskraft führen oder die Belange der Gesellschaft beeinträchtigen können, bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Gesellschaft.

§ 10 Verschwiegenheitsverpflichtung

Über alle Firmenangelegenheiten ist gegenüber Außenstehenden und unbeteiligten Mitarbeitern Verschwiegenheit zu bewahren. Diese Schweigepflicht gilt über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus und erstreckt sich auch auf die Angelegenheiten der Kunden der Gesellschaft. Dies gilt auch für alle Vereinbarungen über Löhne und sonstige Zuwendungen an den Mitarbeiter seitens der Gesellschaft.

§ 11 Vertragsstrafe

Der Mitarbeiter verpflichtet sich, in folgenden Fällen folgende Vertragsstrafen an die Gesellschaft zu zahlen:

bei schuldhaftem Nichtantritt des Arbeitsverhältnisses 951,50 € fiktiv

bei Ausscheiden, ohne die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist einzuhalten 1.903,00 € fiktiv

Der Ausspruch einer Kündigung sowie die Geltendmachung eines höheren Schadens durch die Gesellschaft bleibt vorbehalten. Die Vertragsstrafe bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist entsteht nur, wenn der Mitarbeiter kein Recht zur außerordentlichen Kündigung hatte.

§ 12 Arbeitspapiere/Änderung persönlicher Daten

Der Mitarbeiter verpflichtet sich, der Gesellschaft alle notwendigen Einstellungsunterlagen wie Lohnsteuerkarte, Sozialversicherungsausweis, Urlaubsbescheinigung, Arbeitserlaubnis, Aufenthaltserlaubnis usw. zu übergeben. Weitere Angaben betreffend Bankkonto, Krankenkasse sowie die Anschrift sind bei jeder Änderung dem Arbeitgeber sofort bekanntzugeben.

§ 13 Unfallverhütungs- und Arbeitssicherheitsvorschriften/Unfallmeldung

Der Mitarbeiter verpflichtet sich ausdrücklich, die für den jeweiligen Arbeitsplatz geltenden Unfallverhütungs- und Arbeitssicherheitsvorschriften sorgfältig zu beachten.

Bei Betriebs- und Wegeunfällen ist der Mitarbeiter verpflichtet, unverzüglich eine Unfallmeldung bei der Gesellschaft zu erstatten.

§ 14 Alkoholverbot

Der Mitarbeiter nimmt ausdrücklich zur Kenntnis, dass in unserem Unternehmen absolutes Alkoholverbot besteht, auch während der Fahrten zum Arbeitsplatz.

§ 15 Arbeitskleidung/Sicherheitsschuhe

Der Mitarbeiter ist verpflichtet, während der Arbeit Sicherheitsschuhe zu tragen. Er ist auch verpflichtet, während der Arbeit die gestellte Arbeitskleidung zu tragen. Die Gesellschaft stellt dem Mitarbeiter die Sicherheitsschuhe sowie die Arbeitskleidung kostenlos zur Verfügung.

§ 16 Kontrollen

Der Mitarbeiter erklärt sich zur Vermeidung von Diebstählen bereit, sich Taschen- und Gepäckkontrollen zu unterwerfen. Dies gilt auch für seine Kraftfahrzeuge.

§ 17 Ausschlussfristen und Verjährung

Alle Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis – müssen innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden, andernfalls verfallen sie. Die Ausschlussfrist beginnt, wenn der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsteller von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können.

Lehnt der jeweils andere Teil die Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs ab oder erklärt sich binnen 3 Wochen, müssen die Ansprüche innerhalb von sechs weiteren Monaten nach Zugang der Ablehnung oder des Fristablaufs gerichtlich geltend gemacht werden, andernfalls verfallen diese.

Der Ausschluss gilt nicht, soweit ein Anspruch auf Haftung wegen Vorsatz beruht.

§ 18 Nebenabreden, Schriftform

Die Parteien sind sich einig, dass keine über den Wortlaut dieses Vertrages hinausgehenden mündlichen Vereinbarungen getroffen wurden.

Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages, auch dieser Bestimmung bedürfen der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden.

2. Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung des zwischen ihnen abgeschlossenen Arbeitsvertrages bzw. über die Verpflichtung der Beklagten, mit dem Kläger einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen und den Kläger zu beschäftigen.

Mit Arbeitsvertrag vom 22.03.2010 stellte die Beklagte den Kläger ab 22.03.2010 befristet bis 21.03.2011 als Lagerarbeiter ein (zu den Einzelheiten des Arbeitsvertrages wird auf die Anlage K 1, Bl. 50 ff. d. A., Bezug genommen). Mit Schreiben vom 14.03.2011 (Anlage K 2, Bl. 55 d. A.) wurde das befristete Arbeitsverhältnis bis 21.09.2011 verlängert. Mit Schreiben vom 29.08.2011 (Anlage K 3, Bl. 56 d. A.) erfolgte eine weitere Verlängerung bis 21.03.2012.

Am 16.08.2011 wurde der Kläger zum Mitglied des neu gebildeten Betriebsrats im C.er Betrieb der Beklagten gewählt.

Am 12.03.2012 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass das Arbeitsverhältnis nicht verlängert werden würde und der 21.03.2012 sein letzter Arbeitstag sei. In einem Gespräch mit dem für den Betrieb C-Stadt zuständigen Geschäftsführer X. am 14.03.2012 bot dieser dem Kläger an, dass er seine bisherige Tätigkeit im Betrieb der Beklagten weiterhin über die Zeitarbeitsfirma Z. ausüben könne.

Von den im März 2012 auslaufenden befristeten Arbeitsverträgen wurden einige unbefristet fortgeführt, einige erneut befristet und andere beendet. In unbefristete Arbeitsverhältnisse wurden auch Betriebsratsmitglieder übernommen.

Der Kläger hat vertreten, die Befristung seines Arbeitsvertrages sei im Hinblick auf seine Eigenschaft als Betriebsratsmitglied unwirksam. Eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG verstosse bei Betriebsratsmitgliedern gegen Art. 7 und Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/14/EG. Zwar gewähre das deutsche Arbeitsrecht mit § 15 KSchG und § 103 BetrVG in Übereinstimmung mit der Richtlinie ausreichenden Schutz der Betriebsratsmitglieder vor arbeitgeberseitigen Kündigungen. Für befristete Arbeitsverhältnisse bestehe dagegen kein diesen Vorgaben entsprechender Schutz. Es liege deshalb im deutschen Arbeitsrecht eine planwidrige Regelungslücke vor, die gemäß den Auslegungsmethoden des europäischen Gerichtshofes durch teleologische Reduktion dahingehend zu schließen sei, dass § 14 Abs. 2 TzBfG auf eine Fallkonstellation wie die Vorliegende nicht angewendet werden könne. Wenigstens könne er, gegebenenfalls in analoger Anwendung von § 78 a BetrVG, von der Beklagten den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages verlangen.

Der Kläger hat beantragt:

- 1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch Fristablauf zum 21.03.2012 geendet hat.**
- 2. Hilfsweise:**
Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 22.03.2012 ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu unterbreiten, wonach der Kläger unbefristet und im Übrigen zu den Arbeitsbedingungen aus dem mit ihm geschlossenen und zweimal verlängerten Arbeitsvertrag vom 22.03.2010 zu beschäftigen ist.
- 3. Hilfshilfsweise:**
Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 22.03.2012 den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit im Übrigen den nachgeannten Arbeitsbedingungen zu unterbreiten.
(zu den im Antrag benannten nachgeannten Arbeitsbedingungen wird auf den Tenor (dort Nr. 1 § 1 - § 18 des vorliegenden Urteils Bezug genommen).
- 4. Im Falle des Obsiegens mit den Anträgen zu 1 – 3 wird die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen, jedoch unbefristet tatsächlich als Lagerarbeiter / Verpacker weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger deswegen nicht fortgesetzt, weil sie keinen Beschäftigungsbedarf mehr gehabt habe und der Zeitraum des § 14 Abs. 2 TzBfG ausgeschöpft gewesen sei. Sie habe im Zeitraum August 2011 bis November 2011 ihre Personaldecke um 19 Arbeitsplätze reduziert und sei darauf angewiesen, weil sie selbst aufgrund des Werkvertrages mit der Y. und der W. ihren Per-

sonalbedarf nicht langfristig kalkulieren könne, eine möglichst hohe Anzahl von befristeten Arbeitsverhältnissen abzuschließen, die es ihr ermöglichten, auf erhebliche Auftragschwankungen, die nicht absehbar seien, reagieren zu können. Wenn das Arbeitsverhältnis mit einem Betriebsratsmitglied aufgrund Befristung ende, sei dies Ausdruck einer zuvor getroffenen Vereinbarung und nicht Folge einer einseitigen Kündigungserklärung. Im Falle einer vereinbarten Befristung sei die Interessenlage gegenüber einer Kündigung deshalb anders, weil das Arbeitsverhältnis aufgrund der Abrede ende und damit das Argument der besonderen persönlichen Schutzbedürftigkeit nicht greife. Es gebe auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Arbeitsverhältnis nur wegen des Betriebsratsamtes nicht fortgesetzt worden sei. Die Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sei Ausdruck ihrer Bemühungen, Personal abzubauen bzw. flexibel auf Auftragsschwankungen reagieren zu können und habe mit der Betriebsratsstätigkeit nichts zu tun. Es könne nicht sein, dass alleine die Wahl eines Arbeitnehmers während eines befristeten Arbeitsverhältnisses dazu führe, dass das wirksam befristet abgeschlossene Arbeitsverhältnis nach Fristablauf als unbefristetes fortzusetzen sei. Bereits daraus, dass mit namentlich benannten Betriebsratsmitgliedern unbefristete Arbeitsverhältnisse abgeschlossen worden seien, ergebe sich, dass nicht auf die Betriebsratsstellung abgestellt worden sei. Die Entscheidung, ob und wie lange befristete Arbeitsverhältnisse fortgesetzt oder gar in unbefristete Arbeitsverhältnisse überführt würden, werde ausschließlich nach der Personalplanung getroffen. Im März 2012 seien insgesamt 77 Arbeitsverhältnisse ausgelaufen, von denen 33 überhaupt nicht verlängert worden seien. 44 Arbeitsverhältnisse seien verlängert worden, wobei lediglich 13 Arbeitsverhältnisse unbefristet fortgeführt worden seien. Wenn sich die Beklagte entschlossen habe, künftigen Personalbedarf gegebenenfalls über eine Leiharbeitsfirma zu decken, sei dies ihr gutes Recht und von ihrer Planungs- und Organisationshoheit gedeckt. Der Umstand, dass sie im März 2012 13 Arbeitsverhältnisse in unbefristete überführt habe, während sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht fortgesetzt habe, habe nichts mit dessen Betriebsratsstätigkeit zu tun, sondern sei darin zu sehen, dass es dem Kläger während seiner Beschäftigung nicht gelungen sei, sie von seiner Leistungsfähigkeit zu überzeugen (zum erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 17.07.2012, Bl. 89 ff. d. A. und 05.09.2012, Bl. 209 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Mit Urteil vom 17.10.2012 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses sei nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG zulässig und eine Unwirksamkeit der Befristung ergebe sich auch nicht aus Art. 7, Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/14/EG bzw. aus Art. 27 und Art. 30 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Es gebe keine Regelungslücke im deutschen Arbeitsrecht für den Fall, dass ein Arbeitnehmer während seines befristeten Arbeitsverhältnisses zum Betriebsratsmitglied gewählt werde. Ausreichenden Schutz und Sicherheit gewähre für diesen Fall die Bestimmung des § 78 S. 2 BetrVG. Zwar trage der Arbeitnehmer die Beweislast für den Zusammenhang zwischen seiner Betriebsratstätigkeit und einer Benachteiligung. Nach den Grundsätzen einer abgestuften Darlegungslast müsse sich der Arbeitgeber aber im Einzelnen substantiiert dazu einlassen, dass kein Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit bestehe. Hier habe der Kläger keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Benachteiligung gerade wegen seiner Tätigkeit als Betriebsratsmitglied vorgetragen. Für eine Analogie zu § 78 a BetrVG fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke (zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf sein Urteil vom 17.10.2012, Bl. 241 ff. d. A., Bezug genommen).

In der Berufung hält der Kläger an seinen Anträgen fest. Die Ausführungen der Beklagten zur Personalplanung seien bereits deshalb unhaltbar, weil Einzelfallentscheidungen durch die Standortleitung getroffen würden und die Personalabteilung ausschließlich Hinweise zum rechtlichen Status gebe. Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Betriebsrat und der Beklagten habe es zur Befristungspraxis, der Freistellung wegen der Betriebsratstätigkeit und der Verweigerung der Anschlussbeschäftigung der vormaligen Betriebsratsvorsitzenden gegeben. Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht den Grundsatz der richtlinienkonformen Rechtsfindung nicht angewandt. Der zielführendste Lösungsansatz sei es, im Wege der Nichtanwendung des § 14 Abs. 2 TzBfG auf Betriebsratsmitglieder Art. 7 der Richtlinie zu gewährleisten. Ein weiterer zielführender Lösungsansatz sei es, in entsprechender Anwendung des § 78 a BetrVG, den Anspruch auf einen Anschlussvertrag zu prüfen. § 78 S. 2 BetrVG könne den vom Unionsrecht geforderten Mindestschutz von Betriebsratsmitgliedern nicht gewährleisten (zur Berufungsbegründung des Klägers im Einzelnen wird auf den Schriftsatz vom 21.12.2012, Bl. 291 ff. d. A., Bezug genommen).

Der Kläger beantragt:

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München, Kammer Ingolstadt, vom 17.10.2012, 10 Ca 537/12 – zugestellt am 30.10.2012 – wird abgeändert.**
- 2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch Fristablauf zum 21.03.2012 geendet hat, sondern unbefristet fortbesteht.**
- 3. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 2.:**

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 22.03.2012 ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu unterbreiten, wonach der Kläger unbefristet im Übrigen zu den Arbeitsbedingungen aus dem mit ihm geschlossenen und zweimal verlängerten Arbeitsvertrag vom 22.03.2010 zu beschäftigen ist.

- 4. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit vorstehenden Anträgen:**

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 22.03.2012 den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit im Übrigen den nachgenannten Arbeitsbedingungen zu unterbreiten: (zum Inhalt der nachgenannten Arbeitsbedingungen wird auf den Tenor, Nr. 1 §§ 1 – 18 des vorliegenden Urteils Bezug genommen).

- 5. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände enden wird, sondern unbefristet und ungekündigt fortbesteht.**
- 6. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 3 und zu 4 (bzw. dem Hilfs- oder Hilfsantrag) wird die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen, jedoch unbefristet, tatsächlich als Lagerarbeiter / Verpacker tatsächlich weiterzubeschäftigen.**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Der Kläger könne nicht darlegen, dass der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ausschöpfung des längstmöglichen Befristungszeitraums nach § 14 Abs. 2 TzBfG in seiner Betriebsratsstätigkeit zu sehen sei. Es sei bereits dargelegt, dass die Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Personalplanung zu sehen gewesen seien und es dem Kläger auch nicht gelungen sei, sie in einer Art und Weise von seiner Leistungsfähigkeit zu überzeugen, dass sie das Arbeitsverhältnis mit ihm fortgesetzt hätte. Der Ansatz des Klägers würde zu einer Privilegierung als Betriebsratsmitglied gegenüber der sonstigen Belegschaft führen. Art. 7 der Richtlinie würde hierdurch vollkommen überstrapaziert. Die Ausübung der Funktion als Betriebsrat sei wegen der wirksamen Befristung begrenzt, so dass der aus Art. 7 der Richtlinie folgende ausreichende Schutz zu dem Zeitpunkt, zu dem die Parteien die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Befristungsabrede vereinbart hätten, ende. Der Kläger sei während des Arbeitsverhältnisses vor Kündigungen geschützt gewesen und im Übrigen seien mit zwei Arbeitnehmern, die während der Laufzeit ihrer befristeten Arbeitsverhältnisse ebenso zum Betriebsratsmitglied gewählt worden seien, die Arbeitsverhältnisse verlängert worden. Die Personalplanung habe eine Beschäftigung des Klägers über den längstmöglichen Befristungszeitraum hinaus nicht zugelassen. Man habe dessen Arbeitskraft schlicht und einfach nicht benötigt und habe insbesondere keine weiteren Arbeitsverhältnisse begründen wollen, die nur unter den strengen Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes hätten gekündigt werden können (zur Berufungserwiderung der Beklagten wird auf deren Schriftsatz vom 27.02.2013, Bl. 357 ff. d. A., Bezug genommen).

Auf den aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06.03.2013 ergangenen Hinweis- und Auflagenbeschluss vom 06.03.2013 (Bl. 288 f. d. A.) trägt die Beklagte weiter vor: Sie habe das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht wegen seiner Betriebsratszugehörigkeit nicht fortgesetzt, sondern aus personenbedingten Gründen davon abgesehen, das Arbeitsverhältnis als Unbefristetes fortzusetzen. Im zweiten Jahr der Beschäftigung habe

sich gezeigt, dass der Kläger nicht belastbar und Willens sei, den Arbeitsanweisungen seiner Vorgesetzten zu folgen. Häufig sei er durch Arbeitsanweisungen seiner Vorgesetzten sichtlich genervt und gereizt gewesen und habe sich deren Anweisungen wiederholt widersetzt. Er sei unbelehrbar gewesen und habe – teilweise sehr vehement und aufbrausend – auf seinen Auffassungen beharrt. Häufig habe er eindeutige Anweisungen seiner Vorgesetzten ignoriert und sich klaren Arbeitsanweisungen widersetzt. Anstatt diese Arbeitsanweisungen – er sei als Lagerarbeiter eingestellt gewesen und es habe nicht zu seinen Aufgaben gehört, bestehende Betriebsstrukturen und Arbeitsabläufe in Frage zu stellen und während der Leistungserbringung darüber zu diskutieren – auszuführen, sei er unbelehrbar gewesen und habe alles besser gewusst, weswegen er immer wieder begonnen habe, unnötige Diskussionen führen zu wollen. Die Arbeitsatmosphäre mit dem Kläger sei im Betrieb C-Stadt äußerst unerfreulich und nicht akzeptabel gewesen, weswegen auch wiederholt Personalgespräche geführt worden seien, wobei er darauf hingewiesen worden sei, dass er sein Sozialverhalten im Betrieb ändern solle. Er habe sein Verhalten aber nicht abgestellt, sondern dieses kultiviert. Im Übrigen seien im Jahr 2011 Arbeitsunfähigkeitszeiten von 29 Tagen aufgetreten, nämlich in der Zeit vom 18.01. bis 05.02.2011 an 14 Tagen, in der Zeit vom 25. bis 30.07.2011 von fünf Tagen sowie in der Zeit vom 08. bis 13.08.2011 an fünf Tagen und noch in der Zeit vom 14. bis 19.11.2011 an weiteren fünf Tagen. Auch aufgrund der sich zeigenden steigenden Tendenz der Krankheitsanfälligkeit hinsichtlich häufiger Kurzerkrankungen, aber auch wegen der sehr schwierigen Persönlichkeit habe man sich entschlossen, das Arbeitsverhältnis nicht fortzusetzen (zu den Einzelheiten der Beantwortung des Auflagenbeschlusses vom 06.03.2013 durch die Beklagte wird auf deren Schriftsatz vom 10.05.2013, Bl. 400 ff. d. A., Bezug genommen).

Der Kläger nahm hierauf dahingehend Stellung, dass der neuerliche Vortrag der Beklagten zu keiner Klärung führe. Festzuhalten bleibe, dass er im März 2012 im Gegensatz zu elf anderen Mitarbeitern keinen unbefristeten Anschlussvertrag erhalten habe. Die Beklagte bleibe pauschal und mache es ihm unmöglich hierauf substantiiert einzugehen (auf den klägerischen Schriftsatz vom 13.06.2013, Bl. 403 ff. d. A., wird Bezug genommen).

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig und teilweise auch erfolgreich.

Soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass das mit der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch Fristablauf geendet hat, bleibt die Berufung allerdings ohne Erfolg. Nach §§ 78 S. 2 BetrVG, 823 Abs. 2 BGB hat der Kläger aber – was von ihm mit Hilfsantrag geltend gemacht wird – Anspruch darauf, dass ihm die Beklagte ein rückwirkendes Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu den Konditionen des zuvor befristeten Arbeitsverhältnisses anbietet.

1.

Der Feststellungsantrag, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch Fristablauf zum 21.03.2012 geendet hat, ist unbegründet, weil zwischen den Parteien wirksam nach § 14 Abs. 2 TzBfG eine Befristung vereinbart wurde. Die Voraussetzungen einer sog. sachgrundlosen Befristung nach der genannten Vorschrift lagen vor. Der kalendermäßig befristete Arbeitsvertrag endete deshalb mit Ablauf der vereinbarten Zeit (§ 15 Abs. 1 TzBfG).

§ 14 Abs. 2 TzBfG kommt auch auf Betriebsratsmitglieder zur Anwendung. Insbesondere gebieten Art. 7 und Art. 8 der Richtlinie 2002/14 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (Richtlinie 2002/14) – auch unter Berücksichtigung von Art. 27, 28 und 30 der Grundrechtscharta – bei sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnissen mit Betriebsratsmitgliedern kein Verständnis des § 14 Abs. 2 TzBfG dahingehend, dass die Vorschrift richtlinien-/unionsrechtskonform zu reduzieren ist oder nicht zur Anwendung kommt (BAG vom 05.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, S. 515; LAG München vom 19.12.2012 – 10 Sa 725/12; LAG Niedersachsen vom 08.08.2012 – 2 Sa 1733/11; LAG Berlin-Brandenburg vom 04.11.2011 – 13 Sa 1549/11; LAG München vom 18.02.2011 – 7 Sa 896/10).

a)

Zwar müssen die nationalen Gerichte das innerstaatliche Recht soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der fraglichen Richtlinie unionsrechtskonform ausle-

gen, um das in ihr festgestellte Ergebnis zu erreichen und somit der Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen. Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verlangt dazu, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der danach anerkannten Auslegungsmethoden alles in ihrer Zuständigkeit liegende unternehmen, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt (EuGH vom 10.03.2011 – C-109/09 – [Deutsche Lufthansa]). Der Grundsatz kann es erfordern, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, fortzubilden. Dies kann auch dazu führen, eine nationale Bestimmung entgegen ihrem Wortlaut hinsichtlich eines Teils der von ihr erfassten Fälle nicht anzuwenden, also die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung einzuschränken (BAG vom 05.12.2012, a.a.O.; zur Auslegung einer Vorschrift im Wege einer verfassungskonformen teleologischen Reduktion vgl. BAG vom 29.06.2011 – 7 ABR 15/10).

b)

Bei § 14 Abs. 2 TzBfG besteht aber kein solches Korrekturbedürfnis. Das Fehlen einer Einschränkung der Zulässigkeit einer kalendermäßigen Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Fall der Mitgliedschaft im Betriebsrat stellt keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes dar, die dem von Art. 7 und Art. 8 der Richtlinie 2002/14 geforderten (Mindest-)Schutz von Arbeitnehmervertretern und der Gewährleistung der Durchsetzung ihrer Rechte zuwiderliefe. Das gilt auch unter Berücksichtigung der Art. 27, 28 und 30 der Grundrechtscharta.

Gemäß Art. 7 der Richtlinie 2002/14 tragen die Mitgliedsstaaten dafür Sorge, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen. Art. 8 der Richtlinie 2002/14 verpflichtet die Mitgliedsstaaten, für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie geeignete Maßnahmen – insbesondere Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Durchsetzung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen – sowie wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen vorzusehen, die im Falle eines Verstoßes gegen diese Richtlinie durch den Arbeitgeber oder durch die Arbeitnehmervertreter Anwendung finden.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt sowohl aus dem Wortlaut von Art. 7 der Richtlinie 2002/14 als auch daraus, dass diese nur einen allgemeinen Rahmen mit Mindestvorschriften vorsieht, dass der Unionsgesetzgeber den Mitgliedsstaaten in Bezug auf die hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter zu treffenden Schutzmaßnahmen und zu bietenden Sicherheiten ein weites Ermessen eingeräumt hat (vgl. EuGH vom 11.02.2010 – C-405/08 – [Holst]).

Ausgehend von diesen unionsrechtlichen Vorgaben ist eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 14 Abs. 2 TzBfG auf befristete Arbeitsverträge von Mitgliedern des Betriebsrats nicht geboten. Allerdings genösse ein sachgrundlos befristet beschäftigtes Betriebsrats(ersatz-)mitglied keinen ausreichenden Schutz und keine ausreichenden Sicherheiten, wenn die Beendigung seines Arbeitsvertrags mit seinem Mandat oder mit seiner Amtstätigkeit begründet werden könnte. Das Gesetz sieht für eine derartige unzulässige Benachteiligung aber hinreichende Sanktionen vor. Eine teleologische Reduktion von § 14 Abs. 2 TzBfG ist daher nicht erforderlich. Dem unionsrechtlich gebotenen Schutz eines Betriebsratsmitglieds vor einer im Zusammenhang mit einer Befristung stehenden Benachteiligung wird nämlich durch § 78 S. 2 BetrVG – ggf. i.V.m. § 280 Abs. 1 und/oder § 823 Abs. 2 BGB – Rechnung getragen. Danach dürfen Mitglieder des Betriebsrats nicht wegen ihrer Tätigkeit benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. (ausführlich BAG vom 05.12.2012, a.a.O.).

Eine analoge Anwendung von § 78 a Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BetrVG kommt dagegen nicht in Betracht. Es fehlt insoweit an der erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Befristet beschäftigte Amtsträger sind vor den nachteiligen Folgen ihrer Amtsführung zwar durch die in § 15 KSchG enthaltenen Kündigungsbeschränkungen und den durch das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG gewährleisteten Schutz vor der einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber geschützt. Eine mit § 78 a BetrVG vergleichbare Schutzvorschrift gegenüber der Beendigung eines nur auf Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses hat der Gesetzgeber aber gerade nicht geschaffen und hiervon auch im Zusammenhang mit dem am 28.07.2001 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes und späteren Änderungen des BetrVG abgesehen. Außerdem ist die Interessenlage der von § 78 a Abs. 2 S. 1 BetrVG erfassten Konstellatio-

nen nicht in jeder Hinsicht dieselbe wie bei befristet beschäftigten Mandatsträgern (ausführlich BAG vom 05.12.2012, a.a.O.).

2.

Der Hilfsantrag, wonach die Beklagte verurteilt werden soll, dem Kläger mit Wirkung vom 22.03.2012 ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu unterbreiten, wonach der Kläger unbefristet „im Übrigen zu den Arbeitsbedingungen aus dem mit ihm geschlossenen und zweimal verlängerten Arbeitsvertrag vom 22.03.2010“ zu beschäftigen ist, ist unzulässig. Es handelt sich um keinen bestimmten Antrag i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, denn die wesentlichen Vertragsbedingungen werden im Antrag nicht benannt (vgl. demgegenüber BAG vom 09.02.2011 – 7 AZR 91/10, NZA-RR 2012, S. 232).

3.

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Beklagte mit Wirkung vom 22.03.2012 zur Abgabe eines Angebots mit einem im Antrag ausformulierten Inhalt zu verurteilen, ist dagegen zulässig. Der Antrag ist auch begründet; der Kläger hat im Wege des Schadensersatzes einen Anspruch darauf, dass ihm die Beklagte ein solches Angebot unterbreitet (§ 78 S. 2 BetrVG, §§ 823 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB).

a)

Der Antrag ist hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (vgl. BAG vom 15.05.2012 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, Seite 1279).

b)

Der Antrag ist auch begründet, denn die Entscheidung der Beklagten, das befristete Arbeitsverhältnis des Klägers nicht über das Befristungsende zum 31.03.2012 hinaus als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortzusetzen, verstößt hier gegen das Verbot der Benachteiligung von Mitgliedern des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nach § 78 S. 2 BetrVG. Die Beklagte ist deshalb im Wege des Schadensersatzes verpflichtet, dem Kläger ein Angebot zur nahtlosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den Bedingungen des bislang befristeten Arbeitsverhältnisses zu unterbreiten. Seit Inkrafttreten des § 311 a Abs. 1 BGB i.d.F. des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes kommt auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht, die auf eine Vertragsänderung zu einem in der

Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist (BAG vom 09.02.2011 – 7 AZR 91/10, NZA-RR 2012, S. 232).

aa) § 78 S. 2 BetrVG ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (Richardi/Thüsing, BetrVG, 13. Aufl., § 78 Rn. 34).

bb) Eine Benachteiligung i.S.v. § 78 S. 2 BetrVG ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich. Es genügt die objektive Schlechterstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern (vgl. BAG vom 20.01.2010 – 7 ABR 68/08). Die verbotene Benachteiligung kann sowohl in einer einseitigen Maßnahme des Arbeitgebers als auch in einer vertraglichen Vereinbarung liegen. Eine Maßnahme rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art kann in einem Unterlassen bestehen, etwa indem einem von § 78 S. 2 BetrVG geschützten Mandatsträger Vorteile vorenthalten werden, die der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt. Daher kann die Nichtübernahme eines befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes oder in ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis eine unzulässige Benachteiligung darstellen, wenn sie gerade wegen der Betriebsratsstätigkeit erfolgt. Sich hierüber erforderlichenfalls unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Überzeugung zu bilden, ist Sache des Tatsachengerichts (BAG vom 05.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, S. 515).

Auch wenn das Betriebsratsmitglied letztlich die Beweislast für die behauptete Benachteiligung trägt, ist bei der Prüfung, ob eine solche Benachteiligung i.S.d. § 78 S. 2 BetrVG vorliegt, von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast auszugehen. Das ist schon deshalb geboten, weil das Betriebsratsmitglied über die Motivlage des Arbeitgebers naturgemäß in der Regel nur spekulieren kann. Deshalb ist es, wenn das Betriebsratsmitglied vorträgt, die Nichtverlängerung seines Arbeitsverhältnisses beruhe auf seiner Betriebsratszugehörigkeit, zunächst Sache des Arbeitgebers, im Einzelnen substantiiert darzulegen, aus welchen Gründen das befristet abgeschlossene Arbeitsverhältnis nicht in ein unbefristetes umgewandelt wurde (vgl. LAG Niedersachsen vom 08.08.2012 – 2 Sa 1733/11; – das LAG Niedersachsen geht sogar davon aus, dass nach den Regeln über den Beweis des ersten Anscheins gegebenenfalls auch eine tatsächliche Vermutung da-

für bestehen kann, dass ein Zusammenhang zwischen dem Betriebsratsamt und der benachteiligenden Entscheidung bestehen kann, ebenso Fitting, BetrVG, 26. Aufl., § 78 Rn. 21).

cc) Darauf, dass die Beklagte ihrer sie im Rahmen oben dargestellter Grundsätze treffenden abgestuften Darlegungslast bis dahin nicht ausreichend nachgekommen sei, wies die Berufungskammer mit Beschluss vom 06.03.2013 hin.

Auch unter Berücksichtigung des daraufhin erfolgten Vortrags ist das Vorbringen der Beklagten nicht geeignet, der Anforderung, dass es im Rahmen abgestufter Darlegungs- und Beweislast Sache des Arbeitgebers ist, darzulegen, aus welchen Gründen das befristete Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht in ein unbefristetes umgewandelt wurde, gerecht zu werden. Die Ausführungen der Beklagten bewegen sich ausschließlich im Allgemeinen. Auffällig ist auch, dass der von ihr behauptete wesentliche Grund für die Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses vor und nach dem genannten Auflagenbeschluss ein anderer ist. Die Kammer hat sich deshalb unter Berücksichtigung des geleisteten Vortrags und aller Umstände des Einzelfalles die Überzeugung gebildet (vgl. BAG vom 05.12.2012, a.a.O.), die Nichtfortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger gehe auf dessen Betriebsratstätigkeit zurück.

Insbesondere erstinstanzlich und auch in der Berufungserwiderung berief sich die Beklagte auf fehlenden Beschäftigungsbedarf sowie das Bedürfnis, auf Auftragsschwankungen durch eine hohe Zahl befristeter Arbeitsverhältnisse flexibel reagieren zu können. Die Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses seien lediglich in der „Personalplanung“ zu sehen gewesen. Angesichts dessen, dass im März 2012 einige Arbeitsverhältnisse in unbefristete umgewandelt wurden, andere wiederum nicht, ist das stichwortartige Berufen auf eine Personalplanung aber nicht ausreichend nachvollziehbar. Was ist denn Inhalt der Personalplanung und nach welchen Kriterien wird ein befristetes Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umgewandelt, ein anderes nicht? Handelt es sich um ein unternehmensweites Konzept, das auf die einzelnen Niederlassungen runtergebrochen wird, oder hat jede einzelne Niederlassung eine eigene Personalplanung? Wenn sich die Beklagte auf „Personalplanung“ beruft, ist diese auch darzulegen, denn auf bloße Stichworte kann sich der Kläger nicht einlassen, geschweige denn dass er eigene Kenntnis von ihren

behaupteten Konzepten haben muss. Darauf, dass ihr Vortrag zur „Personalplanung“ angesichts der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zu allgemein ist, wurde die Beklagte mit Hinweis und Auflagenbeschluss vom 06.03.2013 hingewiesen. Im darauf folgenden Schriftsatz ging sie – überraschenderweise – auf die zuvor herangezogene „Personalplanung“ überhaupt nicht mehr ein, sondern trug vor, man habe aus „personenbedingten“ Gründen davon abgesehen, das Arbeitsverhältnis als unbefristetes fortzusetzen. Allerdings bleibt auch dieser Vortrag auf rund 1 ½ Seiten mit Schriftsatz vom 10.05.2013 wiederum völlig im Allgemeinen. Welchen Anweisungen seiner Vorgesetzten widersetzte sich der Kläger wiederholt? Bei welchen Gelegenheiten, zu welchen Themen und mit welchem Inhalt kam es zu Diskussionen zwischen dem Kläger und Vorgesetzten? Die Beklagte schildert hierzu keinen einzigen konkreten Sachverhalt.

Zur Beurteilung, ob hier eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Betriebsratstätigkeit vorliegt, ist es aber notwendig, zu wissen, auf welche Situationen und Konflikte mit dem Kläger sich die Beklagte berufen will. Wenn sie völlig allgemein schreibt, er habe sich klaren Arbeitsanweisungen widersetzt, kann hierunter z. B. auch ein Konflikt darüber verstanden werden, ob er berechtigt ist, seinen Arbeitsplatz zu verlassen, um an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen. Wiederum ist der Vortrag der Beklagten, weil es an jeglicher Substantiierung fehlt, für den Kläger nicht einlassungsfähig. Den Eindruck, dass es auch um Themen gegangen sein könnte, die mit der Wahrnehmung seines Betriebsratsamts zu tun haben, bestärkt die Beklagte selbst durch ihre Formulierung, er sei als Lagerarbeiter eingestellt gewesen und es habe nicht zu seinen Aufgaben gehört, bestehende Betriebsstrukturen und Arbeitsabläufe infrage zu stellen und während der Leistungserbringung darüber zu diskutieren.

Zudem geht die Berufungskammer davon aus, dass die Beklagte den Kläger nicht allgemein als leistungsschwachen und aufsässigen Mitarbeiter eingeschätzt hat, denn kurz vor Auslaufen seiner Befristung wurde ihm am 14.03.2012 durch den für den Betrieb C-Stadt zuständigen Geschäftsführer X. angeboten, dass er seine bisherige Tätigkeit im Betrieb weiterhin über die Zeitarbeitsfirma Z. ausüben könne. Es widerspricht der Lebenserfahrung, dass ein Arbeitgeber gegenüber einem Mitarbeiter, mit dem man disziplinarische Schwierigkeiten hat, anregt, dass dieser als Leiharbeiter seine Tätigkeit fortsetzen solle.

Eine Erklärung hierfür ergibt sich aber naheliegend daraus, dass der Kläger aus Sicht der Beklagten gerne wiederkommen konnte, nur ohne Stellung als Betriebsratsmitglied.

Im Hinblick darauf, dass zu prüfen ist, ob im damaligen Entschluss der Beklagten, den Kläger nicht weiterzubeschäftigen, eine Benachteiligung i.S.d. § 78 Satz 2 BetrVG liegt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der von ihr zuletzt herangezogene Grund einer „steigenden Tendenz zur Krankheitsanfälligkeit“ tatsächlich eine bestimmende Rolle bei ihrer Entscheidung gespielt hat. Von einem solchen Grund war weder erstinstanzlich noch in der Berufungserwiderung die Rede. Auch stellt die Beklagte nur die Krankheitstage im Jahre 2011 dar, sodass wohl davon auszugehen ist, dass der Kläger nach seiner Erkrankung vom 14. bis 19.11.2011 bis zum Auslaufen der Befristung im März 2012 arbeitsfähig war. 24 der von der Beklagten benannten 29 Krankheitstage liegen vor der letzten Verlängerung der Befristung.

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit anderen Betriebsratsmitgliedern steht der Überzeugungsbildung der Berufungskammer nicht entgegen. Es wird nicht davon ausgegangen, dass die Beklagte ganz allgemein die Übernahme eines Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis verweigert. § 78 S. 2 BetrVG schützt aber jedes einzelne Betriebsratsmitglied, auch das unbequeme. Aufgrund des unsubstantiierten Vortrages der Beklagten ist nicht auszuschließen, dass diese eine Unterscheidung danach getroffen hat, wie „intensiv“ die einzelnen Betriebsratsmitglieder ihr Betriebsratsamt wahrgenommen haben. Jedenfalls was den Kläger angeht, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und des Vortrages der Parteien davon auszugehen, dass dessen Betriebsratsaktivität ein wesentliches Motiv für die Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis war.

dd) Die Benachteiligung des Klägers wegen seiner Betriebsratsaktivität durch die Beklagte erfolgte auch schuldhaft.

4.

Der Antrag des Klägers, ihn zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen unbefristet als Lagerarbeiter/Verpacker „weiterzubeschäftigen“ ist derzeit unbegründet. Ein solcher Anspruch könnte sich nur aus einem Arbeitsvertrag ergeben. Die Verurteilung der

Beklagten richtet sich auf die Abgabe eines Angebotes. Solange noch keine Annahme durch den Kläger nach wirksam abgegebenem Angebot (§ 894 ZPO) vorliegt, ist der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien aber nicht zustande gekommen.

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

Eine Revisionszulassung ist nicht veranlasst. Auf die Möglichkeit, Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht (§ 72 a ArbGG) zu erheben, wird hingewiesen.

Dr. Wanhöfer

Dr. Müller

Faßnacht