

## **Übernahme eines Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis - Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds**

*LArbG Berlin-Brandenburg 13. Kammer, Urteil vom 04.11.2011, 13 Sa 1549/11*

### **Leitsatz**

1) § 14 Abs. 2 TzBfG ist nicht unionsrechtskonform dahingehend einzuschränken, dass er auf befristete Arbeitsverträge von Betriebsräten keine Anwendung findet.

2) Aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG kann ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages folgen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine derartige Benachteiligung wegen der Betriebsratsarbeit trägt der Arbeitnehmer.

### **Tenor**

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 15.06.2011 – 10 Ca 4964/11 – wird auf seine Kosten bei einem Streitwert von 7.334,40 Euro zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Fortsetzung seines befristeten Arbeitsvertrages über den 31.01.2011 hinaus, die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages sowie seine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen.

Der Kläger war bei der Beklagten, die in Berlin ein Call Center mit regelmäßig über 500 Beschäftigten betreibt, als Telefonagent aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages vom 12.01.2010 gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG für die Zeit vom 01.02.2009 bis einschließlich 31.10.2010 beschäftigt (vgl. den Arbeitsvertrag in Kopie, Bl. 5-14 d.A.). Dieser Vertrag wurde durch die Parteien am 02.11.2009 zunächst bis zum 31.07.2010 verlängert (vgl. die Verlängerung vom 02.11.2009 in Kopie, Bl. 14 d.A.) zuletzt durch die Verlängerung vom 21.04.2010 zum 31.01.2011 (vgl. die Verlängerung vom 21.04.2010 in Kopie, Bl. 17 d.A.).

Im Mai 2010 wurde der Kläger aufgrund der erstmaligen Betriebsratswahl in den Betriebsrat gewählt und wurde dessen Vorsitzender. Er und ein weiteres Betriebsratsmitglied wurden freigestellt gemäß § 38 Abs. 1 BetrVG. Im Zusammenhang mit dieser Freistellung erhöhten die Parteien die wöchentliche Arbeitszeit von 32 auf 40 Std. pro Woche bei einer monatlichen Bruttovergütung von 1.466,88 Euro (vgl. die Vereinbarung vom 17.06.2010 in Kopie, Bl. 18 d.A.). Mit Schreiben vom 12.01.2011 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass mit Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages am 31.01.2011 das Arbeitsverhältnis der Parteien enden werde.

Die Beklagte hat sechs weitere Betriebsratsmitglieder, die ebenfalls befristete Arbeitsverhältnisse hatten, nach dem Ablauf der Befristung unbefristet weiterbeschäftigt. Andererseits hat sie andere Arbeitnehmer, die wie der Kläger ein überdurchschnittliches Zwischenzeugnis oder Arbeitszeugnis erhielten, wie den Kläger nicht weiter über den Ablauf der befristeten Verträge

hinaus beschäftigt. Vor der Beendigung des befristeten Vertrages des Klägers gab es zwei freigestellte Betriebsratsmitglieder bei der Beklagten, nachher ebenfalls.

Mit seiner beim Arbeitsgericht Berlin am 28.01.2011 eingegangenen Klage meint der Kläger, dass er durch die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsvertrages entgegen § 78 S. 2 BetrVG wegen seiner Tätigkeit im Betriebsrat benachteiligt worden sei und daher einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses habe.

Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage insgesamt abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass durch die Nichterhebung einer ordnungsgemäßen Entfristungsklage nach § 17 TzBfG nach Ablauf der Klagefrist von drei Wochen die Befristung nach der zuletzt zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsverlängerung fiktiv rechtswirksam geworden sei gemäß §§ 17 S. 2 TzBfG; 5 KSchG. Die weiteren Ansprüche stütze der Kläger ohne Erfolg auf § 78 S. 2 BetrVG. Zwar dürfte der Kläger als Betriebsratsmitglied nach dieser Vorschrift weder benachteiligt noch begünstigt werden, dies gelte auch für seine berufliche Entwicklung. Ein Verstoß gegen dieses Benachteiligungsverbot liege jedoch nicht vor, da der Kläger nach seinem Vortrag nicht wegen seiner Betriebsratstätigkeit benachteiligt worden sei. Vielmehr sei unstreitig, dass bis auf den Kläger und einen weiteren Arbeitnehmer, der in den Betriebsrat gewählt worden sei, sämtliche übrigen Betriebsratsmitglieder, die ebenfalls im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse gestanden hätten, in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden seien. Schon von daher erweise sich die Klage als unschlüssig. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang gelten mache, durch die Regelung in § 78 S. 2 BetrVG müsse es dem Arbeitgeber auch verwehrt werden können, in unzulässiger Weise auf die Zusammensetzung des Betriebsrats Einfluss nehmen zu können, könne dies zutreffend sein. Der Kläger habe aber keine (Indiz-)Tatsachen vorgetragen, aus denen der Schluss gezogen werden könnte, dass die Beklagte wegen der Art der Amtsauführung durch den Kläger dessen Arbeitsverhältnis – im Gegensatz zu den übrigen, übernommenen Betriebsratsmitgliedern – nicht entfristet habe.

Es komme hinzu, dass der Kläger auch nicht substantiiert vorgetragen habe, inwieweit die Arbeitnehmer, die unstreitig in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden seien, mit ihm vergleichbar seien. Hierzu fehle es an ausreichenden Tatsachenvortrag. Schließlich habe die Beklagte vorgetragen, dass die Arbeitnehmer F., B., H. und J., die ebenso wie der Kläger überdurchschnittlich gute Leistungen attestiert bekommen hätten, nicht übernommen wurden. Dem sei der Kläger zwar insoweit entgegengetreten, als er geltend gemacht habe, die genannten Arbeitnehmer seien von der Beklagten – zuletzt – schlecht beurteilt worden bzw. hätten Anlass zu Beanstandungen gegeben. Das entsprechende Vorbringen des Klägers, der für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 78 S. 2 BetrVG darlegungs- und beweisbelastet sei, sei aber weitgehend unsubstantiiert.

Wegen der weiteren konkreten Begründung des Arbeitsgerichts und des Vortrags der Parteien in der ersten Instanz wird auf das Urteil vom 15.06.2011 (Bl. 152-157 d.A.) verwiesen.

Gegen dieses ihm am 11.07.2011 zugestellte Urteil richtet sich die beim Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg am 25.07.2011 eingegangene und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 22.09.2011 am 22.09.2011 begründete Berufung des Klägers.

Er behauptet, dass nach den von ihm erfüllten Kriterien der Arbeitsleistung die Beklagte ihn hätte übernehmen müssen, insbesondere deshalb, weil er vor seiner Betriebsrats Tätigkeit eigentlich für eine Sonderfunktion (so genannter Second-Level-Bereich) vorgesehen gewesen sei. Die Beklagte suche seit Anfang 2011 im früheren Arbeitsbereich des Klägers Personal. Der Kläger habe als Betriebsratsvorsitzender maßgeblich erstmals zur Installierung einer Einigungsstelle zu dem im Call Center der Beklagten höchstaktuellen Thema der Bildschirmarbeitspause beigetragen. Die erste Sitzung der Einigungsstelle nach dem Ende der Befristung habe auf Seiten des Betriebsrats noch unter dem Eindruck der bis dahin erfolgreichen Tätigkeit des Klägers gestanden. Kurz danach habe dann der neue Vorsitzende samt einer Mehrheit des zum Teil neu zusammengesetzten Betriebsrats mit der Beklagten eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, die keine bezahlten Kurzpausen vorsehe und gleichzeitig mitgeteilt, dass das Einigungsstellenverfahren sich damit erledigt habe.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Urteils erster Instanz – 10 Ca 4964/11 – dem Klageantrag stattzugeben und

1. die Beklagte zu verurteilen, dass seit dem 01.02.2009 zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis gemäß den sonstigen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 12.01.2009 einschließlich der Ergänzung für die Zeit der Freistellung als Vorsitzender des Betriebsrats gemäß Vereinbarung vom 17.06.2010 über den 31.01.2011 hinaus fortzusetzen;
2. die Beklagte zu verurteilen, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages ab dem 01.02.2011 zu den sonstigen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 12.01.2011 einschließlich der Ergänzung für die Zeit der Freistellung als Vorsitzender des Betriebsrats gemäß Vereinbarung vom 17.06.2010 anzunehmen;
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Bedingungen als Customer Service Professional weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte bestreitet eine automatische Übernahme von Mitarbeitern nach einem bestimmten System in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Vielmehr seien 2009 593 Eintritte, aber 255 Austritte von Mitarbeitern zu verzeichnen gewesen, 2010 312 Eintritte, aber 316 Austritte und 2011 bis Ende März 82 Eintritte, aber 106 Austritte. Die Befristungsmöglichkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG diene angesichts des ständigen und schwankenden Personalwechsels, der sich aus der schwankenden Kundennachfrage ergebe, der Flexibilisierung. Dass auf diese Schwankungen des Personalbedarfs reagiert werde, zeige die Nichtübernahme des Klägers trotz seiner überdurchschnittlichen Leistungen genauso wie die Nichtübernahme von anderen Kollegen in seinem Bereich, die ähnlich gut beurteilt worden seien.

Die vom Kläger behaupteten Auswertungen von Mitarbeitergesprächen mit den Kunden diene nicht der Vorbereitung von beabsichtigten Arbeitsvertragsverlängerungen, sondern der Steigerung der Kundenzufriedenheit.

Dem Kläger sei auch keine Beförderung vor seiner Freistellung für die Betriebsratsarbeit angeboten worden, sondern lediglich – wenn überhaupt – eine Versetzung in eine Tätigkeit mit

einem anderen Kundenstamm. Die damals beabsichtigte Tätigkeit für den Kläger stelle weder eine höherwertige noch eine besser vergütete Tätigkeit dar – insofern unstreitig.

Wegen des weiteren konkreten Vortrag der Parteien in der zweiten Instanz wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 22.09.2011 (Bl. 172 ff. d.A.) und der Beklagten vom 20.10.2011 (Bl. 203 ff. d.A.) verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

I. Die gemäß §§ 8 Abs. 2; 64 Abs. 1 und Abs. 2 Buchstabe c, Abs. 6; 66 Abs. 1 S. 1 und S. 5 ArbGG; §§ 519, 520 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO zulässige Berufung ist insbesondere formgerecht und fristgemäß eingelegt und begründet worden.

II. In der Sache hat die Berufung des Klägers jedoch keinen Erfolg. Sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu Recht hat das Arbeitsgericht Berlin die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg folgt dem Arbeitsgericht Berlin, sieht von einer nur wiederholenden ausführlichen Begründung gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG ab und weist wegen des zweitinstanzlichen Vortrags der Parteien nur auf Folgendes hin:

1. Zu Recht hat das Arbeitsgericht Berlin die Klage hinsichtlich der Anträge zu 1. und 3. schon deshalb abgewiesen, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Fiktion des Gesetzes mit Fristablauf am 31.01.2011 geendet hat. Dadurch dass der Kläger die Befristung nicht mit dem Antrag nach § 17 S. 1 TzBfG ("Festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet ist.") angegriffen hat, wird gemäß § 17 S. 2 TzBfG in Verbindung mit §§ 4; 7 KSchG die Befristung wirksam. Damit hat der Kläger auch keinen Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Anschluss des Rechtsstreits.

2. Der Kläger hat aber auch keinen Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung seitens der Arbeitgeberin auf Abschluss eines unbefristeten Vertrages, der gemäß § 894 ZPO vollstreckt werden könnte. Ein solcher Anspruch könnte sich allenfalls aus § 78 S. 2 BetrVG ergeben. Dessen Voraussetzungen liegen jedoch hier nicht vor.

a) Allerdings kann grundsätzlich ein Anspruch eines Betriebsratsmitgliedes auf Abgabe einer Willenserklärung seitens des Arbeitgebers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages gegeben sein, wenn der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG, das auch für die berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds gilt, verstößt, da § 15 Abs. 6 AGG, wonach ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses begründet, weder direkt noch analog auf die vorliegende Konstellation Anwendung findet, da es wegen § 78 BetrVG keine Regelungslücke gibt.

Voraussetzung für einen Anspruch aus § 78 S. 2 BetrVG ist jedoch, dass die Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis **wegen** der Betriebsratstätigkeit erfolgt, eine Nichtübernahme eines Betriebsrats ohne diese kausale Verknüpfung ist zulässig, ansonsten wäre die Übernahme eines Betriebsratmitglieds, nur weil es diese Funktion ausübt, eine nach § 78 S. 2 BetrVG verbotene Begünstigung des Betriebsratmitglieds (vgl. Fitting, BetrVG 25. Auflage, § 78 Rz. 19; GK-BetrVG-Kreutz, 8. Auflage, § 78 Rz. 54; Richardi/Thüsing, BetrVG, 11. Auflage, § 78 Rz. 23, jeweils mit weiteren Nachweisen).

b) Dem steht auch nicht die europäische Richtlinie 2002/14/EG, insbesondere nicht deren Art. 7, entgegen.

Dort heißt es:

"Die Mitgliedstaaten tragen 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."

Zutreffend hat der EuGH in der Entscheidung vom 11.02.2010 – C 405/08 – NZA 2010, 286 ff. ausgeführt, dass nach Art. 7 der Richtlinie die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Ausübung ihrer Funktion ein ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen müssen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen. Weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Artikels sei jedoch zu entnehmen, dass den darin genannten Anforderungen nur dann genügt wäre, wenn Arbeitnehmervertretern ein verstärkter Kündigungsschutz oder so wie vorliegend ein verstärkter Beendigungsschutz gewährt würde. Denn sowohl aus dem Wortlaut von Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG als auch daraus, dass diese nur einen allgemeinen Rahmen mit Mindestvorschriften vorsehe, folge, dass der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten und – vorbehaltlich der ihnen obliegenden Verpflichtung, die in dieser Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse zu erreichen den Sozialpartnern in Bezug auf die hinsichtlich der aus Sicht der Arbeitnehmervertreter zu treffenden Schutzmaßnahmen und zu bietenden Sicherheiten ein weites Ermessen eingeräumt habe. Der von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmervertreter müsse daher im Rahmen geeigneter Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren überprüfen lassen können, ob der Grund für diese Entscheidung nicht seine Eigenschaft oder die Ausübung seiner Funktion als Vertreter ist, und es müssten angemessene Sanktionen für den Fall anwendbar sein, dass sich herausstellen sollte, dass zwischen dieser Eigenschaft oder dieser Funktion und der gegenüber dem Vertreter ausgesprochenen Kündigung ein Zusammenhang bestehe (vgl. im Einzelnen nur EuGH, aaO.; vgl. ebenfalls Arbeitsgericht Berlin 01.09.2011 – 33 Ca 5877/11 – demnächst LAGE § 14 TzBfG Nr. 65).

Dementsprechend folgt aus Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG höchstens derselbe Schutz wie aus § 78 S. 2 BetrVG: Das Betriebsratsmitglied darf nicht **wegen** seiner Betriebsrats Tätigkeit benachteiligt, im konkreten Fall sein befristetes Arbeitsverhältnis nicht **wegen** seiner Betriebsrats Tätigkeit beendet werden.

c) Diese vom Kläger darzulegende konkrete Benachteiligung ist vom ihm vorliegend nicht dargelegt worden:

aa) Eine generelle Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern bei der Beklagten im Rahmen der Entfristung ist gerade nicht festzustellen. Die Beklagte hat die befristeten Arbeitsverträge von sechs Betriebsratsmitgliedern entfristet und sie unbefristet weiterbeschäftigt.

bb) Eine konkrete Benachteiligung des Klägers innerhalb des Kreises der Betriebsratsmitglieder wegen seiner evtl. besonders engagierten Tätigkeit als Betriebsratsvorsitzender ist ebenfalls nicht dargelegt worden. Dass der Kläger maßgeblich die Einsetzung einer Einigungsstelle zur Bildschirmarbeit gefördert haben soll, ergibt keine konkrete Benachteiligung aufgrund seiner Tätigkeit. Denn die Einigungsstelle ist auch durch andere Betriebsratsmitglieder nach seinem Ausscheiden mit einer ersten Sitzung fortgeführt worden.

cc) Die Behauptung, dass die Beklagte alle Arbeitnehmer übernommen bzw. deren Verträge entfristet habe, die eine positive Stellungnahme seitens der einzelnen Teamleiter erhalten hätten, reicht ebenfalls nicht aus für eine konkrete Benachteiligungsdarlegung wegen der Betriebsratsfähigkeit des Klägers. Zwar hat der Kläger vor seiner Wahl zum Betriebsrat ein positives Zwischenzeugnis erhalten, dies haben aber auch andere Mitarbeiter erhalten, die – ohne im Betriebsrat Mitglied zu sein – ebenfalls nicht übernommen worden sind (vgl. dazu das Zwischenzeugnis des Klägers vom 16.03.2010, Bl. 16 d.A., einerseits und die Zwischenzeugnisse der Arbeitnehmer F. in Kopie, Bl. 93 d.A., B. in Kopie, Bl. 94 d.A., sowie die Arbeitszeugnisse Bl. 95 d.A. in Kopie für Frau H. und Bl. 96 d.A. für Frau J. andererseits).

**III.** Der Kläger trägt daher die Kosten seiner erfolglosen Berufung gemäß § 97 Abs. 1 ZPO bei einem Streitwert von 7.334,40 Euro (drei Monatsgehälter für den Antrag zu 2. sowie jeweils ein Monatsgehalt für den Antrag zu 1. und 3.).

**IV.** Für eine Zulassung der Revision für den Kläger im vorliegenden Einzelfall bestand kein Anlass, da selbst bei grundsätzlicher abstrakter Bejahung des Anspruchs auf eine Entfristung nach § 78 S. 2 BetrVG die konkreten Voraussetzungen dieses Anspruchs durch den Kläger nicht erfüllt worden sind.