

die Stichtagsregelung, welche den Anspruch auf ein Weihnachtsgeld vom ungekündigten Bestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig macht, für wirksam, da es keine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstelle. Es könne zu einem vollständigen Verlust des Anspruchs auf Sonderzahlung kommen, auch ohne dass die Ursache in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt. Das LAG München hat sich insoweit auf die Rechtsprechung des BAG berufen.²² Das BAG hält Rückzahlungsklauseln für zulässig, auch wenn der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Bindungsfristen nicht im Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers liegt.

Fazit

Das Weihnachtsgeld ist nach wie vor eine häufig umstrittene Forderung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Wie jedoch diese Darstellung, insbesondere zur Kontrolle All-

gemeiner Geschäftsbedingungen zeigt, bestehen häufig auch Ansprüche, wenn der Arbeitgeber das Wort »freiwillig« verwendet. Betriebsräte sollten insbesondere ausscheidende Arbeitnehmer auf ihren Anspruch auf Weihnachtsgeld hinweisen. Immer sind hier aber Ausschlussklauseln zu beachten, die sowohl in Arbeitsverträgen als auch in Tarifverträgen vereinbart werden können, damit einmal entstandene Ansprüche nicht untergehen.

MARIA LÜCK ist Rechtsanwältin in Hannover, Sachverständige und Referentin für Betriebsverfassungsrecht, Datenschutz und Demografischer Wandel im Betrieb.

SERVICE aib-web.de

Arbeitshilfen - Anspruch auf Weihnachtsgeld

22 BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, AiB Newsletter 2008, Nr. 3, 2.

Absicherung befristet beschäftigter Betriebsräte gewährleisten

So haben die Münchener Gerichte entschieden

Sachgrundlos befristet beschäftigten Betriebsratsmitgliedern ist rückwirkend ein unbefristeter Anschlussvertrag anzubieten, sofern ein Zusammenhang zwischen dem Betriebsratsamt und der Verweigerung des Anschlussvertrages nicht widerlegt wird.

In Anschluss an die Entscheidung des BAG vom 5.12.2012 – 7 AZR 698/11¹ ist die Absicherung befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder über § 78 BetrVG zu gewährleisten. Dies haben jetzt zwei Entscheidungen berücksichtigt, in denen Arbeitgeber verpflichtet wurden, bisher befristet beschäftigten Betriebsratsmitgliedern einen unbefristeten im Übrigen den bisherigen Vertragsbedingungen entsprechenden Anschlussvertrag anzubieten.²

Anschlussvertrag für Betriebsratsmitglieder

Bei Rechtsstreitigkeiten hat – soweit nicht etwas anderes geregelt ist – jede Seite zu beweisen, worauf sie sich beruft. Aber was gilt, wenn die Rechtsordnung für einen Menschen Rechte garantiert, andererseits aber die Verletzung dieser Rechte aufgrund der objektiven Umstände nicht bewiesen werden kann? Wie ist eine beweislose Partei geschützt?

§ 78 BetrVG gibt vor, dass Benachteiligungen wegen der Betriebsrats Tätigkeit unterbleiben. Bei sachgrundlosen Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG soll der Arbeitgeber gerade nicht dazu verpflichtet sein, eine Befristung zu begründen. In diesem Spannungsfeld zwischen der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers über die Fortsetzung des sachgrundlos befristeten Vertrages und dem Gebot, Benachteiligungen wegen des Betriebsratsamtes zu unterlassen, hatte das Arbeitsgericht München in einem Fall und das Landesarbeitsgericht München in einem anderen Fall zu entscheiden. In zwei Gerichtsverfahren wurde über den Anschlussvertrag für Betriebsratsmitglieder aus einem Betrieb mit einem hohen Befristungsanteil gerungen. In einem Fall wurden etwa 90% in dem anderen etwa 30% der anderen befristet beschäftigten Betriebsangehörigen weiter beschäftigt, die Betriebsratsmitglieder aber nicht. Über die Vergabe eines Anschlussvertrages kann – wenn es sich um kein Betriebsratsmitglied handelt – ein Arbeitgeber innerhalb der gesetzlichen Höchstgrenzen frei entscheiden. Bei einem Betriebsratsmitglied darf da-

1 Helm/Bell, AiB 2013, 423-426.

2 ArbG München v. 12.6.2013 – 24 Ca 1619/11; LAG München v. 2.8.2013 – 5 Sa 1005/12.

gegen die die Mitgliedschaft im Betriebsrat nach § 78 BetrVG keine Rolle spielen. Aber wie beweist man das? Dazu betont das LAG, dass »das Betriebsratsmitglied über die Motivlage des Arbeitgebers naturgemäß in der Regel nur spekulieren kann.«³ Dem Betriebsratsmitglied steht in der Regel kein Beweismittel zur Verfügung. Die Gewährleistung des bestehenden Rechts muss also anders, als über die klassische Beweislastverteilung gewährleistet werden.

Das war passiert

Im dem vom Arbeitsgericht München zu entscheidenden Fall war das Betriebsratsmitglied zunächst als Leiharbeiterin in dem Betrieb tätig, wurde dann von dem Arbeitgeber in eine befristete Beschäftigung übernommen, diese befristete Beschäftigung wurde einmal verlängert, dann wurde die Beschäftigte in den Betriebsrat gewählt. Ein weiterer Anschlussvertrag wurde ihr vom Arbeitgeber nach ihrer Wahl zur Betriebsratsvorsitzenden und Freistellung nach § 38 BetrVG nicht mehr angeboten. Sie machte gerichtlich geltend, dass die Verweigerung des Anschlussvertrages (auch) wegen ihres Betriebsratsamtes erfolgt ist. Da es sich aber um einen Denkakt des Arbeitgebers handelt, wäre es Aufgabe des Arbeitgebers den Gegenbeweis zu erbringen, dass für die Verweigerung des Anschlussvertrages die Betriebsratsstätigkeit keine Rolle gespielt hatte.

In dem durch das LAG München entschiedenen Fall war die Konstellation ähnlich, jedoch wurde der befristete Vertrag hier noch wenige Tage nach der erstmaligen Betriebsratswahl erneut befristet verlängert. Der Beschäftigte war »einfaches« Betriebsratsmitglied und der Arbeitgeber berief sich auf eine generelle Entscheidung zur Personalreduzierung, aufgrund derer er in dem Monat nur ca. 30% der befristeten Verträge verlängerte.

Das Arbeitsgericht München⁴ hatte folgende Leitgedanken.

Zur Stellung des Betriebsratsmitglieds im Rechtsstreit

Nach § 78 Satz 2 BetrVG darf ein Betriebsratsmitglied wegen seiner Betriebsratsstätigkeit nicht benachteiligt werden. Dies gilt auch für die berufliche Entwicklung.⁵

Aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG kann ein Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Anschlussvertrages folgen.⁶

³ LAG München v. 22.3.2013 – 5 Sa 1005/12, n. v.

⁴ Die Entscheidungsgründe des LAG München in dem Parallelfall vom 2.8.2013 – 5 Sa 1005/12 liegen noch nicht vor, aber der Beschluss der Kammer v. 22.3.2013 zeigt, dass sich die Kammern der unterschiedlichen Instanzen über den rechtlichen Lösungsansatz einig sind.

⁵ ArbG München v. 12.6.2013 – 24 Ca 1619/11, aus den Gründen I. 4 a.

⁶ ArbG München a.a.O.

⁷ ArbG München, a.a.O.

⁸ ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 b.

⁹ ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 b.

Eigenanzeige

Joachim Holwe, Michael Kossens, Cornelia Pielenz, Evelyn Räder

Teilzeit- und Befristungsgesetz

Basiskommentar

Bund-Verlag 2013, ca. 300 Seiten, kartoniert, 4. Aufl.

ISBN: 978-3-7663-6239-1

erscheint voraussichtlich 10/2013

ca.: € 29,00

Ein Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG setzt voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied in einer Betriebsvertretung inzwischen in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen worden wäre. Hierfür bedarf es der, wenn auch auf Hilfstatsachen beruhenden Feststellung, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte (BAG v. 7.8.2005 – 7 AZR 528/04).⁷

Zur Stellung des Arbeitgebers im Rechtsstreit

Den Arbeitgeber trifft im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast eine sekundäre Darlegungspflicht. In Konstellationen in denen die darlegungspflichtige Klagepartei außerhalb des Geschehensablaufs steht und die beklagte Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt, muss die beklagte Partei – hier der Arbeitgeber – den Vortrag des Betriebsratsmitglieds substantiiert bestreiten, wenn sie ihm entgegentreten will. Es ist Sache des Arbeitgebers, sich im Rahmen der ihm nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen des Betriebsratsmitglieds substantiiert zu äußern.⁸

Trägt der sekundär darlegungspflichtige Arbeitgeber ausreichend vor, benennt aber keine Beweismittel, kann dies vom Tatsachengericht zwar nicht als Verletzung der sekundären Darlegungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO, wohl aber nach § 286 ZPO als Beweisvereitelung berücksichtigt werden. Denn nur, wenn der sekundär darlegungspflichtige Arbeitgeber Beweismittel benennt, kann sich das primär darlegungspflichtige Betriebsratsmitglied dieser bedienen. Dies gilt umso mehr, wenn der Arbeitgeber aufgrund seiner Sachnähe ohne Weiteres substantiierte Angaben machen kann (BAG v. 26.6.2008 – 2 AZR 264/07).⁹

Ähnliche Konstellationen, die das Gericht zur Stützung seiner Überlegungen heranzieht:

Beschäftigte müssen anspruchsbegründende Tatsachen in den Fällen des Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot für Ansprüche nach § 612 a BGB, wegen des Umfangs des Anspruchs auf Entgeltzahlung im Falle einer Kündigung aus Anlass einer Erkrankung nach § 8 Abs. 1 EFZG

und bei Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vortragen. Immer ist aber eine gestufte Darlegungslast anerkannt. Tragen Beschäftigte vor, dass der Arbeitgeber freiwillige Leistungen einem Teil der Belegschaft gewährt hat, einem weiteren Teil nicht, so ist es Sache des Arbeitgebers im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, sämtliche Zwecke der freiwilligen Leistung an (nur) eine Gruppe von Beschäftigten wie auch die Grundsätze für die Verteilung der freiwilligen Leistung innerhalb der begünstigten Gruppe substantiiert offenzulegen. Kommt der Arbeitgeber dieser Offenlegung nicht nach, können Beschäftigte Gleichbehandlung nach Maßgabe der begünstigten Gruppe verlangen (BAG v. 23.2.2011 – 5 AZR 83/10).¹⁰

Schlussfolgerung des Gerichts zu den prozessualen Regeln

Für die Beweisführung durch das befristet beschäftigte Betriebsratsmitglied gilt nichts anderes:

Auch im Fall des § 78 BetrVG steht das darlegungspflichtige Betriebsratsmitglied außerhalb des Geschehensablaufs.¹¹ Dem Betriebsratsmitglied sind letztlich nur die nach außen wahrnehmbaren Hilfstatsachen bekannt, nicht aber die für die Entscheidung des Arbeitgebers tragenden Beweggründe.¹²

Nur der Arbeitgeber kennt alle wesentlichen Tatsachen für seine Entscheidung.¹³

In einer solchen Sachlage muss der Arbeitgeber den Vortrag des Betriebsratsmitglieds nach den oben dargestellten Grundsätzen substantiiert bestreiten, wenn er ihm entgegen treten will.¹⁴

Absicherung befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder

Immer wieder – besonders aber mit Inkrafttreten des unionsrechtlichen Absicherungsgebots für Arbeitnehmervertreter¹⁵ – ist in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur eine Diskussion um die Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern mit befristetem Vertrag und deren (fehlende) Absicherung in der Betriebsverfassung entbrannt. Oft wurde übersehen, dass immer drei Lösungswege diskutiert wurden. Der erste Lösungsweg war die Nichtanwendung der Bestimmungen über die sachgrundlose Befristung auf befristete Beschäftigte, den zwischenzeitlich das BAG verworfen hat.¹⁶ Der zweite Lösungsweg war die analoge Anwendung des § 78 a BetrVG auch auf befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder. Wegen der Vorgaben zur Abwägung in § 78 a BetrVG, wäre diese Lösung an sich den Kritikern einer Absicherung entgegenkommen. Auch dieser Weg wurde vom BAG abgelehnt.¹⁷ Den dritten Lösungsweg,¹⁸ der abweichend von der bisherigen Praxis nachhaltigen Anwendung des § 78 BetrVG, betont das BAG nicht nur, sondern verbindet dies mit einem Auftrag zur Ef-

fizienz. »Sache des Tatsachengerichts ist es, sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Überzeugung zu bilden«, ob die »Nichtübernahme eines befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes oder in ein weiteres befristetes Arbeitsverhältnis eine unzulässige Benachteiligung darstellt.«¹⁹ Nach dieser Rechtsprechung muss sich das Gericht eine Überzeugung über die tatsächlichen Abläufe bilden und darf sich nicht vorzeitig auf die Formel zurückziehen, dass es dem Betriebsratsmitglied nicht gelungen ist, den Beweis zu führen. Das bedeutet eine wichtige und – soweit die beiden hier erörterten Entscheidungen es unterstreichen – wirksame Entwicklung in der Anwendung des § 78 BetrVG. Die Norm tritt etwas aus ihrer Schattenrolle und gewinnt an praktischer Relevanz. Dies gelingt, wenn man anerkennt, wie es das LAG München am 22.3.2013 hervorhebt, dass »das Betriebsratsmitglied über die Motivlage des Arbeitgebers naturgemäß in der Regel nur spekulieren kann« und darüber hinaus »außerhalb des Geschehensablaufs« für die Entscheidungsfindung über den Anschlussvertrag steht, wie es das Arbeitsgericht München am 12.6.2013 formuliert. Als »beweislose Partei« kann dem Recht nur dann Genüge getan werden, wenn die vom BAG geforderte Schaffung einer »Überzeugung« durch das Tatsachengericht aus dem Arbeitgebervortrag und den angebotenen Beweisen abgeleitet werden kann. Es muss die aus Funktion des Betriebsratsmitglieds und/oder Umständen ergebende Vermutung für einen Zusammenhang zwischen dem Amt und der Ablehnung des Anschlussvertrages zur Überzeugung des Gerichts ausgeräumt sein.

Zu berücksichtigen ist dabei, dass Menschen nicht aus einem Motiv handeln, sondern aufgrund von Motivbündeln.²⁰ Begrüßenswert ist darüber hinaus, dass die Entscheidungen weniger auf die allgemeine Vorgehensweise des Unternehmens abstellen, sondern sich konkret mit der Situation des Betriebsratsmitglieds befassen. Denn letztendlich greift § 78 BetrVG nur für das Betriebsratsmitglied und nicht für andere Beschäftigte. Außerdem sind Arbeitgeber nicht verpflichtet, für die Vergabe von Anschlussverträgen Regeln aufzustellen. Daher lässt sich auch keine Regelverletzung oder Begünstigung bzw. Be-

10 ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 c.

11 ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 d.

12 ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 d.

13 ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 d.

14 ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 d.

15 Vgl. Art. 7 und 8 der Informations- und Konsultationsrichtlinie, RL 2002/14/EG; Huber/Schubert/Ögüt: Die Absicherung befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder, AuR 2012, S. 429–432.

16 BAG v. 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, Rdnr. 36 ff.

17 BAG v. 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, Rdnr. 44 ff.

18 Buchholz ZBVR online9/2011: Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung bei Betriebsratsmitgliedern – das Urteil des ArbG München vom 8.10.2010 und die Richtlinie 2002/14/EG, S. 24 – 32; Helm/Bell/Huber: Ohne Regeln geht es nicht – das europarechtliche Absicherungsgebot für (befristet beschäftigte) Arbeitnehmervertreter, ArbRAktuell, 2012, S. 579 ff.; Helm/Bell/Ögüt/Schubert: Problem erkannt – Kommt die Absicherung befristet beschäftigter Betriebsratsmitglieder?, AiB 2012, 636–640.

19 BAG v. 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, Rdnr. 47.

20 Diese übertragbaren Gedanken betont das BAG immer wieder zu Diskriminierungstatbeständen nach dem AGG, z.B. BAG v. 25.4.2013 – 8 AZR 287/08.

nachteiligung aus einem Regelverstoß ableiten. Auch dies rechtfertigt den Ansatz der beiden Entscheidungen, sich ganz konkret bezogen auf den Einzelsachverhalt eine Überzeugung zu bilden. Mangels überzeugender Darlegung von außerhalb des Amtes liegender Motive für die Nichtverlängerung konnte aber der Eindruck eines maßregelnden Auslaufenlassens des Arbeitsverhältnisses nicht beseitigt werden. Wenn auch die betroffenen Betriebsratsmitglieder zuletzt

Fazit und Ausblick

Die Entscheidungen wenden erstmals § 78 BetrVG effektiv auf den Verdacht des maßregelnden Auslaufenlassens von Arbeitsverträgen von Betriebsratsmitgliedern an. Die Entscheidungen zeigen, dass ein so angewendeter § 78 BetrVG eine Absicherung von befristeten Betriebsratsmitgliedern gewährleisten kann, »ohne dass es eines Rückgriffs auf europarechtliche Regelungen bedarf.«²¹ Der Unterschied zur bisherigen Instanz-Rechtsprechung ist bedeutend und filigran.

Bisher verlangten Arbeits- und Landesarbeitsgerichte von Betriebsratsmitgliedern für die Durchsetzung eines Anschlussvertrages die Darlegung und den Beweis eines maßregelnden Auslaufenlassens des Arbeitsvertrages, also den Beweis dafür, dass diese zielgerichtet benachteiligt wurden.²² Der Ansatz des Arbeitsgerichts und Landes-

arbeitsgerichts München unterscheidet sich hiervon nur leicht, aber unter einem entscheidenden Gesichtspunkt. Beide Kammern ziehen die prozessualen Grundsätze für die »beweislose Partei« heran und erkennen an, dass »die Klagepartei (das Betriebsratsmitglied) außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und die beklagte Partei (der Arbeitgeber) alle wesentlichen Tatsachen kennt.« Den Arbeitgeber trifft die so genannte sekundäre Darlegungslast.²³

Legt man die entscheidenden Überlegungen der beiden Entscheidungen zugrunde, gilt für zukünftige Parallelverfahren folgendes:

Das Betriebsratsmitglied macht geltend, dass das Auslaufenlassen des Vertrages eine von § 78 BetrVG nicht gestattete Maßregelung darstellt.

Der Arbeitgeber trägt vor, warum seines Erachtens ein Zusammenhang zwischen dem Amt und dem Auslaufenlassen des Vertrages ausgeschlossen ist und bietet hierzu Beweis an.

Das Gericht bildet sich die erforderliche Überzeugung ggf. im Wege der Beweisaufnahme, ob ein maßregelndes Auslaufenlassen des Arbeitsvertrages im Sinne des § 78 Satz 2 BetrVG ausgeschlossen werden kann.

Der Rückgriff auf das Unionsrecht ist nach Überzeugung der Gerichte dann entbehrlich, wenn das innerstaatliche Recht dem Absicherungsgebot des Unionsrechts für (befristete) Betriebsräte gerecht wird.

DR. RÜDIGER HELM ist Rechtsanwalt in München/Kapstadt. **REGINA BELL** ist Rechtsanwältin in München.
www.arbeitnehmeranwaelte.de

21 ArbG München a.a.O., aus den Gründen I. 4 d.

22 LAG Berlin-Brandenburg v. 4.11.2011 – 13 Sa 1549/11, Rdnr. 33; LAG Rheinland-Pfalz v. 1.10.2012 – 5 Sa 268/12.

23 Von sekundärer Darlegungslast spricht man, bei der Pflicht einer Prozesspartei trotz Beweisbelastung des Gegners zur Auskunft und zur Benennung von Beweismitteln, wenn die nach den allgemeinen Grundsätzen beweisbelastete Partei »außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt« dem Gegner aber eine Auskunft möglich und zumutbar ist.

SERVICE aib-web.de

Rechtsprechung Entscheidungen im Volltext

Leiharbeit

Zwei brennende Fragen nach wie vor ungeklärt

Hier lesen Sie

- **Wie die Arbeitsgerichte das Merkmal »vorübergehend« im AÜG auslegen**
- **Welche Folgen es hat, wenn ein Leiharbeiter auf einem Dauerarbeitsplatz eingesetzt wird**
- **Wann zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher ein Arbeitsverhältnis zustande kommt**

Zwar hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 10.7.2013 (7 ABR 91/11) zwei wichtige Fra-

gen zur Leiharbeit geklärt. Zwei weitere brennende Fragen sind aber derzeit noch offen: Ab wann ist Leiharbeit nicht