

Lösungshinweise Moot-Court 2013/2014

Grundfall

A. Klageantrag zu 1.

I. Klageantrag/Formalien

1. Allgemeine Zulässigkeitsprobleme

Solche sind nicht zu problematisieren: Das tarifliche Bühnenarbeitsrecht und die Bühnenschiedsgerichtsordnung sind nicht in Bezug genommen; die Einrede des Schiedsvertrages kann und sollte deshalb von Beklagtenseite nicht erhoben werden (§ 101, § 102 Abs. 1 ArbGG). Der Rechtsweg zur Arbeitsgerichtsbarkeit ist ohne weiteres nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b) ArbGG gegeben. Die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Erfurt folgt aus § 21 Abs. 1 ZPO selbst dann, wenn Paulshügel nicht im Bezirk des Arbeitsgerichts Erfurt wohnt und dort seinen allgemeinen Gerichtsstand nach § 13 ZPO haben sollte.

2. Klageantrag

a) Auslegung

Es handelt sich um eine Klage gegen das vertraglich vereinbarte Ende des – kalendermäßig befristeten (§ 3 Abs. 1 TzBfG) - Arbeitsverhältnisses, die sich am Wortlaut des § 17 Satz 1 TzBfG orientiert und damit um eine Befristungskontrollklage. Sie richtet sich gegen die durch Nicht-Abgabe der Nicht-Verlängerungsanzeige vereinbarte letzte Befristung des Arbeitsverhältnisses. Dass dies so gewollt ist, ergibt sich auch daraus, dass damit der richtige Antrag gestellt wird und er dem angestrebten Rechtsverfolgung dient:

Nach der vertraglichen Gestaltung wird ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart, das sich automatisch begrenzt auf ein Jahr verlängert, wenn keine Nicht-Verlängerungsanzeige erfolgt. Mit ihrer Vereinbarung haben die Parteien bei Nicht-Abgabe einer Anzeige der Nicht-Verlängerung den rechtsgeschäftlichen Willen zum Abschluss eines weiteren kalendermäßig befristeten Vertrages (§ 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG) fingiert. Diese Fiktion kann nur durch die Abgabe der Anzeige widerlegt werden. Wird sie also abgegeben, bedeutet dies, dass eine weitere Verlängerung des Vertrages nicht vereinbart wurde.

Das entspricht der Rechtslage bei einer Nichtverlängerungsmitteilung nach Bühnentarifrecht.
dazu BAG 15. Mai 2013 – 7 AZR 665/11 – Rn. 25

Deshalb ist die Erklärung auch keine Kündigung, die etwa gesondert anzugreifen wäre.
BAG 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - für Nichtverlängerungsmitteilung nach Bühnentarifrecht

Klar herauszuarbeiten ist jedoch, dass sich die Befristungskontrollklage allein gegen die letzte Befristung richtet und sich der Streitgegenstand insoweit beschränkt. Ob Paulshügel berechtigt war das befristete Arbeitsverhältnis nicht zu verlängern, ist eine andere Frage und allein Gegenstand der weiteren, nur hilfsweise gestellten Anträge
zur Abgrenzung: BAG 15. Mai 2013 – 7 AZR 665/11 – Rn. 21ff.

Eine solche Verpflichtung führt auch nicht zur Unwirksamkeit der Nicht-Verlängerungsanzeige, die hier möglicherweise zu problematisieren wäre, weil sie zur Verlängerung des befristeten Vertrages und damit dazu führen würde, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung endet. Anders als nach dem Bühnentarifrecht - z.B. § 61 NV-Bühne - haben die Parteien des Arbeitsvertrages hier nämlich die Wirksamkeit der Nicht-Anzeige nicht zu einem eigenständigen Rechtsverhältnis erhoben oder gar Unwirksamkeitsgründe festgelegt.

Anders im Bühnentarifrecht, dazu BAG 15. Mai 2013 – 7 AZR 665/11 – Rn. 29

Wird die im Vertrag vorgesehene Erklärung also abgegeben, so ist die Rechtslage nicht anders, als hätte ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung der Arbeitgeber die Erklärung abgegeben, einen weiteren Vertragsschluss unterlassen zu wollen.

Fragen der genauen dogmatischen Einordnung müssen nicht zwingend ausdrücklich thematisiert, aber bei der Argumentation beachtet werden und auf Nachfrage präsent sein.

b) Zulässigkeit der Klage/Fristfragen

Es gibt keine Zulässigkeitsprobleme. Das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) für die Klage folgt schon aus der gesetzlichen Klagefrist nach § 17 TzBfG von drei Wochen. Die angegriffene Befristung ist auch hinreichend konkretisiert (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO): gemeint ist, die sich aufgrund der letzten Verlängerung des Arbeitsvertrages ergebende Befristung zum 31. Juli 2013.

Die gesetzliche Klagefrist von drei Wochen ab Befristungsablauf ist eingehalten; das kann auch mit einer vor dem Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses angebrachten Klage geschehen. Damit steht zugleich fest, dass die Befristung nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm § 7 KSchG als von Anfang an wirksam gilt und das Arbeitsverhältnis schon deshalb beendet hat mit der Folge, dass die Klage schon aus diesem Grunde unbegründet wäre.

dazu z.B. BAG 24. August 2011 – 7 AZR 228/10 – Rn. 14f.

Alle diese Punkte sind so eindeutig, dass sie nicht zu problematisieren sind.

II. Wirksamkeit der Befristung

1. Maßgebliche Grundlage

Nicht oder allenfalls durch eine vorsorgliche Kurzbemerkung auf Beklagtenseite zu problematisieren ist, ob Nr. 5 des Arbeitsvertrages überhaupt Vertragsinhalt geworden ist. Insbesondere AGB-Recht steht nicht entgegen.

Allerdings handelt es sich um AGB. Es kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsvertrag von Paulshügel gestellt ist. Da Arbeitnehmer Verbraucher sind *ständige Rechtsprechung seit BAG 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 –*

ist AGB-Recht im Rahmen von § 310 Abs. 3 BGB anzuwenden. Die Verlängerungsklausel wird zudem für eine Vielzahl von Verträgen verwendet - § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Nr. 5 des Arbeitsvertrages ist aber deutlich formuliert und ist nicht versteckt, so dass keine überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB vorliegt.

2. Rechtliche Zulässigkeit der automatischen Verlängerungsklausel

a) Verstoß gegen das Schriftformerfordernis - § 14 Abs. 4 TzBfG?

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages der Schriftform. Eine formunwirksame Befristung ist nach § 125 Satz 1 BGB nichtig mit der Folge, dass nach § 16 Satz 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande kommt. Die Einhaltung der Schriftform ist hier fraglich.

Die rechtliche Problematik hier ist ähnlich aber nicht gleich der, die im Zusammenhang mit dem NV-Bühne und seinem System der Nichtverlängerungsmittelungen diskutiert wird.

dort: für Einhaltung der Schriftform

- LAG Köln 21. Januar 2008 – 2 Sa 1046/07 –
- Bühnenbezirksschiedsgericht Berlin 12. April 2002 – BSchG 13/01 –
- Bühnenbezirksschiedsgericht Hamburg 21. Januar 2002 – BSchG 21/01 –

gegen Einhaltung der Schriftform

- GERMELMANN, *Bühnengenossenschaft* 2001 Heft 8 bis 9, S. 19ff.
- BIEDER, *Anmerkung 1 zu LAG Köln LAGE TzBfG § 14 Nr. 42*
- GENENGER, *Anmerkung 2 zu LAG Köln LAGE TzBfG § 14 Nr. 42*

Im hiesigen Fall stellen sich weder das Problem der Verweisung auf einen Tarifvertrag noch die Frage, ob § 14 Abs. 4 TzBfG für kollektivrechtliche Befristungsregeln gilt. Die entscheidende Regelung in Nr. 5 des Arbeitsvertrages ist (was unproblematisch anzunehmen ist, da ersichtlich eine beidseits unterzeichnete Vertragsurkunde vorliegt - § 126 Abs. 2 BGB) schriftlich abgeschlossen worden. Die einzelne befristete Verlängerung jedoch erfolgt danach automatisch und wird nicht mehr ihrerseits schriftlich dokumentiert. Ob dies reicht, ist die entscheidende Frage.

Als Ausgangspunkt der Diskussion eignen sich dabei die beiden Funktionen der gesetzlich in § 14 Abs. 4 TzBfG festgelegten Schriftform:

- Der Arbeitnehmer soll bei Abschluss des Arbeitsvertrages erkennen können, dass er keinen Dauerarbeitsplatz erhält.
- Es soll unnötiger Streit der Parteien über das Vorliegen und den Inhalt der Befristung vermieden werden.

BAG 1. Dezember 2004 – 7 AZR 198/04 – Rn. 24

Geht man davon aus, so ist der erste Zweck der Regelung gewahrt. Problematisch ist der zweite Zweck. Es wäre zu argumentieren:

Klägerseite	Beklagtenseite
Bei Vorliegen der Verlängerung wird nichts mehr dokumentiert, es ist daher unklar, ob tatsächlich die Verlängerung stattfindet.	Dieses Argument trägt hier nicht, weil im Arbeitsvertrag für die Anzeige der Nicht-Verlängerung Schriftform vorgesehen ist.

	<p>Wird diese nicht eingehalten, führt dies nach Zweifelsregel in § 125 Satz 2 BGB zur Nichtigkeit der Anzeige, was für die beabsichtigte Rechtssicherheit ausreicht. Es kann auf den Parallellfall der Kündigung und § 623 BGB hingewiesen werden, wobei dort allerdings die elektronische Form ausgeschlossen ist, während sie hier in erleichterter Weise zur Verfügung steht - § 127 Abs. 2 BGB, allerdings keine mündliche oder fernmündliche Form ausreicht.</p> <p><i>zum Letzten: BT-Drucks. 14/4987 S. 21 und 43</i></p>
--	---

b) Unzulässige Abbedingung von § 15 Abs. 5 TzBfG?

§ 15 Abs. 5 TzBfG bestimmt, dass das Arbeitsverhältnis dann, wenn es nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird, sich auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht. Diese Regelung ist nach § 22 TzBfG nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abdingbar. Fraglich könnte sein, ob sie durch die vertragliche Bestimmung der Parteien abbedungen wird.

Diese Frage ist im Rahmen des Befristungskontrollantrages zu prüfen. Das gilt dann, wenn man annimmt, die vertragliche Regelung sei nichtig und deshalb liege eine rechtsunwirksame Befristungsabrede vor. Es gilt aber auch dann, wenn man davon ausgeht, durch die frühere Weiterarbeit über die jährliche Befristung hinaus sei ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden, das dann auch nicht mit dem 31. Juli 2013 endete.

von Letztem geht ohne weiteres aus: BAG 29. Juni 2011 – 7 AZR 6/10 – Rn. 10

Die Problematik wird auch für die Nichtverlängerungsmittelungen nach dem NV-Bühne diskutiert.

APS-Backhaus 4. Aufl. § 15 TzBfG Rn. 92 f. mwN

Zu argumentieren wäre:

Klägerseite	Beklagenseite
-------------	---------------

<p>Die Vereinbarung komme einem Widerspruch ohne zeitlichen Zusammenhang zur Weiterarbeit gleich. Eine derartige Regelung im ursprünglichen Arbeitsvertrag sei aber mit § 15 Abs. 5 TzBfG nicht vereinbar.</p> <p><i>zu diesem Grundsatz BAG 29. Juni 2011 – 7 AZR 6/10 - Rn. 36, wo allerdings die Wirkung der konkludenten Vereinbarung durch anderweitige Befristungsvereinbarungen begrenzt wird – Rn. 37</i></p>	<p>Die Fallgestaltung entspricht nicht der durch § 15 Abs. 5 TzBfG geregelten Interessenlage. Die Bestimmung soll eine unwiderlegliche Vermutung für die Auslegung konkludenten Handelns begründen. Sie ist daher bei einer ausdrücklichen Vereinbarung über das Zustandekommen eines – hier befristeten – Vertrages überhaupt nicht anwendbar.</p> <p><i>so BAG 18. Oktober 2006 – 7 AZR 749/05 – Rn. 15</i></p>
---	---

c) Unwirksamkeit nach § 308 Nr. 5 BGB?

Diese Problematik kann angedacht werden. Nach der Regel besteht ein Klauselverbot, das verbietet, eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders - hier also Knorrigs - als abgegeben zu betrachten, außer es wird ihm eine angemessene Frist zur tatsächlichen Abgabe der Erklärung gesetzt - hier der Fall - und - hier nicht der Fall - der Vertragspartner wird bei Beginn der Frist besonders auf die Folgen hingewiesen.

Dieses Klauselverbot betrifft Nr. 5 Satz 2 des Arbeitsvertrages aber zunächst nur insoweit, als eine Bindung Knorrigs als Vertragspartner des Verwenders (Verlängerung um ein Jahr) herbeigeführt wird, nicht insoweit als Paulshügel, der Verwender der AGBs, gebunden wird.

Denkbar wäre - das könnte die klägerische Argumentation sein - dass wegen der blue-pencil-Regel = Gesamtunwirksamkeit einer AGB-Klausel bei nicht trennbarer inhaltlich teilunwirksamer Klausel

dazu: BAG 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 -

der Satz insgesamt unwirksam ist. Dann bliebe lediglich Nr. 5 Satz 1 des Vertrages, nämlich die ursprüngliche Befristung zum 31. Juli 2007, stehen. Das rechtliche Ergebnis wäre, dass eine wirksame ausdrückliche Erklärung über die Folgen der Weiterarbeit nicht vorläge und ab dem 1. August 2007 mangels Widerspruchs durch Paulshügel als Arbeitgeber gegen die

Weiterarbeit von Knorrig ab diesem Zeitpunkt nach § 15 Abs. 5 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestünde, das auch nicht zum 31. Juli 2013 enden würde. Das wäre - wohl - trotz § 17 TzBfG relevant, weil nicht die Unwirksamkeit früherer Befristungen, sondern deren Nicht-Bestehen geltend gemacht wird.

Aber: Die blue-pencil-Regel passt hier nicht. Sie soll dafür sorgen, dass weitere Regelungen zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders entfallen, die mit der unzulässigen verwoben sind. Es sollen nicht zu weit gehende Klauseln neu gefasst werden.

BAG 14.1.2009 - 3 AZR 900/07 -

Die Bindung des Arbeitgebers bei Nicht-Abgabe einer Erklärung vor Vertragsende ist aber für den Arbeitnehmer günstig, weil sich der Vertrag dadurch verlängern kann. Dass sich die Gesamt-Unwirksamkeit von § 5 Satz 2 des Arbeitsvertrages über § 15 Abs. 5 TzBfG hier günstig auswirken würde, ist nicht der Klausel geschuldet, sondern dem konkreten Geschehensablauf. Das ist bei der Bewertung unerheblich. Maßstab ist eine generalisierende Betrachtung bezogen auf die Situation bei Vertragsabschluss.

BAG 18. März 2008 - 9 AZR 186/07 -

Und: Hier sprechen Besonderheiten des Arbeitsrechts iSv § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB ohnehin dafür, § 308 Nr. 5 BGB nicht anzuwenden. Zum einen ist es im Arbeitsrecht nichts Besonderes, dass bei Nichtstun des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis weiter besteht. Zum anderen ist das Nicht-Verlängerungsmittelungs-Regime im Theaterbereich wegen § 61 NV-Bühne üblich. Die Besonderheiten spezifischer Bereiche des Arbeitsrechts gehören zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts.

BT-Drucks. 14/7052 S. 189

Davon werden auch tatsächliche Besonderheiten, wie hier ein Bühnenbrauch, erfasst.

Vgl. BAG 14.1.2009 - 3 AZR 900/07 -

Allerdings gilt § 61 NV-Bühne nicht bei Privattheatern wie sich aus § 1 Abs.1 und Abs. 7 iVm. Anlage 1 NV-Bühne ergibt. Das könnte als Gegenargument von Klägerseite angeführt werden.

3. Materielle Rechtfertigung der Befristung

a) Fehlender Sachgrund?

aa) Sachgrund erforderlich

Nicht zu problematisieren ist, dass die Befristung überhaupt eines Sachgrundes bedarf. Dieses sich aus § 14 Satz 1 TzBfG ergebende Erfordernis ist nicht durch die Ausnahmeregelungen in § 14 Abs. 2 bis 3 TzBfG aufgehoben. Diese lassen eine höchstens fünfjährige Befristung zu; das Arbeitsverhältnis besteht mit Ablauf des 31. Juli 2013 aber sechs Jahre.

bb) Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG?

Allein in Betracht kommt eine Befristung wegen der "Eigenart der Arbeitsleistung" im Hinblick auf künstlerische Gesichtspunkte nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG.

(1) Grundsätzliche Möglichkeit

Dass künstlerische Belange einen derartigen Befristungsgrund darstellen können ist vom BAG anerkannt im Hinblick darauf, dass so dem Bestreben der Bühne Rechnung getragen wird, künstlerische Vorstellungen mit dem dafür als geeignet angesehenen künstlerischen Personal zu verwirklichen, dies dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums entgegen zu kommt und zudem das Interesse auch der Arbeitnehmer an freien Arbeitsplätzen berücksichtigt wird.

BAG 28. August 1998 – 7 AZR 263/97 – zu 1b der Gründe mwN

Das kann – allerdings nicht zentral – problematisiert werden. Gegenauffassungen

- verweisen auf die Kündigungsmöglichkeiten

Tanja Schulz, Bühnengerichtsbarkeit und befristeter Bühnenanstellungsvertrag, 1089, S. 175ff.

was aber die von dem Beklagten zu problematisierende Frage aufwirft, ob dadurch wirklich Flexibilität gesichert wird

- wollen diesen Befristungsgrund nur für programmgestaltende Arbeitnehmer gelten lassen, ähnlich wie beim Rundfunk

Seidemann, Befristete Arbeitsverträge und ihre Beendigung an den Bühnen im Vergleich zum Rundfunk, 2002, S. 144

was aber die ebenfalls vom Beklagten zu problematisierende Frage struktureller Unterschiede aufwirft; ist nicht jeder "bühnennahe" Arbeitnehmer künstlerisch relevant?

(2) Hier einschlägig?

- Liebesschwank als Kunst?

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist für die Kunstfreiheitsgarantie nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG entscheidend auf die freie schöpferische Gestaltung abzustellen, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Es gehe um ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufgelöst werden könnten und in erster Linie nicht um Mitteilung, sondern um Ausdruck, nämlich den unmittelbarsten Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers. Das schöpferische, der Ausdruck persönlichen Erlebens, der Formgebung und der kommunikativen Sinnvermittlung spielt darin eine wesentliche Rolle. Der Kunstbegriff kann nicht durch wertende Einengung eingeschränkt werden.

vgl. BVerfG 17. Juli 1984 – 1 BvR 816/82 – zu C II der Gründe

Nach dieser Definition dürfte das "Liebesschwank-Tournee-Theater" der Kunstgarantie unterfallen und damit grundsätzlich der Befristungsgrund eröffnet sein. Dass es nicht die Anforderungen an Theater als moralische Anstalt erfüllen mag, wäre eine wertende Einengung.

- Kurt Knorrig als Künstler?

Hier wäre klägerseitig darauf hinzuweisen, dass die wesentlichen gestalterischen Aufgaben bei den Regisseuren liegen und die künstlerische Umsetzung bei den Schauspielern. Knorrig hat Anpassungsaufgaben nur im Rahmen dieses Konzepts, also von anderen geschaffenen künstlerischen Vorgaben. Die Beobachtungsaufgabe von Knorrig sollte als rein passiv und damit nicht künstlerisch dargestellt werden. Es wäre zu argumentieren, dass die rein organisatorischen Aufgaben letztlich im Mittelpunkt stehen.

Von Beklagtenseite ist dagegen darauf hinzuweisen, dass die Anpassungsaufgaben durchaus eigenständige künstlerische Entscheidungen, wenngleich gebundene, beinhalten. Sie greifen zudem bei den 30% der Aufführungen in Gasthäusern und einem Drittel der

restlichen Aufführungen, also weiteren über 23% der restlichen Aufführungen; das ist die Mehrheit der Aufführungen. Ferner sollte argumentiert werden, auch die beobachtende Funktion erfordere ein künstlerisches Auge des früheren Schauspielers Knorrig. Daraus kann argumentativ ein künstlerischer Schwerpunkt der Tätigkeit Knorrigs hergeleitet werden.

b) Institutioneller Rechtsmissbrauch

Unter bestimmten Umständen kann eine Aneinanderreihung von Befristungen sich als rechtsmissbräuchlich darstellen, was bei den maßgeblichen Entscheidungen nationaler Gerichte wegen § 5 Nr. 1 Buchst. a) der am 18. März 1999 geschlossenen über befristet Arbeitsverträge zwischen EGB-UNICE-CEEP, die sich im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (ABl. L 175 S. 43) befindet, bei der Anwendung nationalen Rechts zu beachten ist.

dazu EuGH 26. Januar 2012 – C-586/10 – Küçük

Das führt zur Anwendung der Grundregeln institutionellen Rechtsmissbrauchs im Befristungsrecht und dazu dass sich auch Befristungen, für die ein Sachgrund besteht, als unwirksam erweisen können. Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Dauer der Befristung und die Anzahl der Befristungen. In Betracht zu ziehen sind aber auch branchenspezifische Besonderheiten und der Grundrechtsschutz.

grundlegend BAG 18. Juli 2012 – 7 AZR 443/09 – Rn.36ff.

Danach spricht hier – einen Befristungsgrund unterstellt - wenig für einen Rechtsmissbrauch, letztlich zumindest wegen des dann zugrunde zu legenden Grundrechtsschutzes. Hingewiesen werden könnte - falls die Frage von Klägerseite überhaupt problematisiert wird – von Beklagtenseite darauf, dass die Tarifvertragsparteien im Bühnenbereich im NV-Solo bei vergleichbaren Fällen eine Nichtverlängerungsmittelteilung erst bei einem länger als 15 Jahre bestehenden Arbeitsverhältnis ausschließen (§ 61 Abs. 3 NV-Bühne).

c) Inhaltskontrolle nach AGB-Recht

Die vorgenannten Rechtssätze regeln für die hier problematische Fallgestaltung die inhaltlichen Vorgaben für die Befristung so abschließend, dass bei Vorliegen der Befristungsvoraussetzungen eine Unangemessenheit ohne Weiteres ausgeschlossen ist, selbst wenn man davon ausginge, es läge eine Abweichung von oder eine Ergänzung zu Rechtsnormen vor, die nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB die Inhaltskontrolle eröffnen könnte.

Die Bestimmung ist so deutlich und klar formuliert, dass sie nicht wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1, Abs. 3 Satz 2 BGB unwirksam ist. All das ist allenfalls durch eine vorsorgliche Kurzbemerkung auf Beklagtenseite zu problematisieren.

d) Verlängerung des Arbeitsverhältnisses mangels Anhörung von Knorrig?

Das ist nicht zu problematisieren.

Das Anhörungserfordernis nach dem Bühnentarifrecht - § 61 Abs. 4 NV-Bühne - haben die Arbeitsvertragsparteien hier nicht übernommen. Das ist selbst dann nicht unangemessen, wenn man wegen § 310 Abs. 4 Satz 3 TzBfG Tarifverträge zum Vergleichsmaßstab bei der Angemessenheitsprüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB macht.

dazu Däubler/Bonin/Deinert-Däubler AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht 3. Aufl. § 307 BGB Rn. 272ff.

Die Regeln im NV-Bühne über die Nichtverlängerungsmitteilung gelten nicht für private Bühnen - § 1 Abs. 1 und 7 iVm Anlage 1 NV-Bühne.

Eine allgemeine Pflicht, einen Arbeitnehmer vor der Nicht-Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses anzuhören gibt es nicht.

B. Klageantrag zu 2.

I. Zum Klageantrag

Mit dem Antrag zu 2. macht der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines erneuten Arbeitsvertrages geltend auf der Basis der Annahme, der Befristungsmechanismus im Arbeitsvertrag sei wirksam und die Befristung auch materiell nicht zu beanstanden.

Wird die im Vertrag vorgesehene Erklärung abgegeben, so ist die Rechtslage nicht anders, als hätte ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung der Arbeitgeber die Erklärung abgegeben, einen weiteren Vertragsschluss unterlassen zu wollen (dazu oben A). Soweit er dazu materiell nicht berechtigt ist, ist die Pflicht zum Abschluss eines Vertrages gerichtlich geltend zu machen.

Dafür ist ein Klageantrag auf Verurteilung auf Abgabe eines Vertragsangebots ein zulässiger Weg. Er lässt es dem Arbeitnehmer offen, dieses Angebot, das mit Rechtskraft des Urteils

nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben gilt, nicht anzunehmen, etwa wegen eines anderen Arbeitsvertrages.

BAG 9. Februar 2011 – 7 AZR 91/10 - Rn. 20

Sonstige Zulässigkeitsbedenken gegen den Antrag bestehen nicht, er bezeichnet das eingeklagte Angebot für den abzuschließenden Vertrag auch hinreichend genau - § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Materiellrechtlich möglich ist dabei wegen § 311a BGB auch eine Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots zur rückwirkenden Vertragsbegründung.

vgl. BAG 9. Februar 2011 – 7 AZR 91/10 - Rn. 25ff.

Teilweise wird eine Einschränkung gemacht, dass ein Arbeitsverhältnis nicht rückwirkend hinter die erstmalige Abgabe eines Vertragsangebots zurückgehend gerichtlich geltend gemacht werden kann, was hier problematisch sein könnte.

BAG 9. Februar 2011 – 7 AZR 91/10 - Rn. 27

Das gilt aus Gründen effektiven Rechtsschutzes aber nicht, wenn der Anspruch rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht wurde.

für den Abschluss eines Altersteilzeitvertrages:

BAG 23. Januar 2007 – 9 AZR 393/06 – Rn. 40

Das ist hier wegen der Klageeinreichung am 7. Mai 2013, also vor Ablauf des Vertrages am 31. Juli 2013, der Fall.

Bei diesen Fragen liegt kein Schwerpunkt des Falles.

II. Pflicht zum Abschluss des Arbeitsvertrages

1. Ansprüche aus dem AGG?

Solche Ansprüche kommen nicht in Betracht. Zwar könnte das Verhalten von Paulshügel gegen von Männchen möglicherweise unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Benachteiligung wegen des Alters (§ 1, § 3, § 7 Abs. 1, § 10 AGG) gewertet werden, aber es geht ja um den Nichtabschluss eines verlängerten Vertrages mit Knorrig. Knorrig könnte nur als Unterstützer nach § 16 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 AGG angesprochen sein. Das würde aber voraussetzen, dass von Männchen Rechte nach dem Gesetz in Anspruch nimmt

oder sich gegen eine benachteiligende Verhaltensweise wehrt und dabei von Knorrig unterstützt würde. Es ist aber schon gar nicht zu irgendeiner AGG-relevanten Verhaltensweise von Paulshügel gegen von Männchen gekommen. Auch hat dieser keine Aktivitäten entwickelt; es steht nicht einmal fest, dass er von der beabsichtigten Anzeige der Nicht-Verlängerung Kenntnis hatte.

An dieser Stelle kommt es deshalb auch nicht auf die Bedeutung von § 15 Abs. 6 AGG an, wonach im Zusammenhang mit einer Benachteiligung nach dem AGG kein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses entsteht.

Mangels Verstoßes gegen das AGG mit Auswirkungen auf Knorrig kommen auch keine Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB iVm dem AGG in Betracht.

2. § 612a BGB ggf. iVm Schadensersatzansprüchen

Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht deshalb benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.

a) Anwendungsbereich der Vorschrift

aa) Arbeitnehmer?

Technisch war Knorrig Stellenbewerber, weil es um die Neu-Begründung eines Arbeitsverhältnisses ging. Es wird vertreten, dass § 612a BGB für Stellenbewerber nicht gilt. Das wird jedoch damit begründet, dass die Vorschrift den Arbeitnehmer bei der Wahrnehmung von Rechten im Arbeitsverhältnis schützen soll.

BAG 15. November 2012 – 6 AZR 339/11 – Rn. 13

Dieser Schutzzweck gebietet hier die Anwendung der Vorschrift, weil es um die Wahrnehmung von Rechten in einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis geht.

BAG 21. September 2011 – 7 AZR 150/10 – Rn. 42

bb) Benachteiligung bei Vereinbarung oder Maßnahme?

Darunter fällt auch das Vorenthalten von Vorteilen

BAG 16. Mai 2013 – 6 AZR 619/11 -

und damit - wie hier - des unterbliebenen Neuabschlusses eines Arbeitsvertrages.

b) Benachteiligung wegen der Wahrnehmung eines Rechts?

Falls die unterbliebene Vertragsverlängerung wegen der Weiterleitung der Auffassung der Schauspieler und der eigenen unterstützenden Auffassung geschah, müsste darin eine Rechtsausübung liegen um zur Anwendbarkeit der Vorschrift zu führen.

aa) Individualrechte nach BetrVG?

Auszugehen ist davon, dass diese Rechte – zumindest als allgemeine Rechtsgedanken – auch dann gelten, wenn kein Betriebsrat besteht.

Nicht einschlägig ist das Beschwerderecht nach § 84 BetrVG, da es eine – gefühlte – eigene Beeinträchtigung voraussetzt.

Ebenso ist § 82 Abs. 1 BetrVG wohl nicht anwendbar. Er setzt eine zumindest mittelbare eigene Beeinträchtigung voraus.

vgl. nur Fitting 26. Aufl. § 82 BetrVG Rn. 4

Dazu ist trotz der kleinen Truppe Knorrig wohl zu weit von der Tätigkeit von Männchens entfernt.

Etwas anderes könnte allenfalls für die Gestaltung von Arbeitsplätzen und Arbeitsabläufen gelten (§ 82 Abs. 1 Satz 2, Alt. 2 und 3 BetrVG); darum geht es hier nicht.

bb) Grundrechte

Soweit sie im Verhältnis zum Arbeitgeber rechtserheblich sind stellen die Grundrechte jeweils ein Recht dar, dessen Wahrnehmung nicht zu Nachteilen führen darf.

BAG 21. September 2011 – 7 AZR 150/10 – Rn. 33

(1) Petitionsrecht (Art. 17 GG)

Ist nicht einschlägig, da "Stelle" im Sinne der Vorschrift nur unmittelbar oder mittelbar staatliche Stellen sind.

Maunz/Dürig-Klein Art. 17 GG Rn. 98 mwN

(2) Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

Es dürfte schon der Schutzbereich nicht betroffen sein: Die Verfassungsnorm schützt nur frei gebildete Vereinigungen, die nach ihrer Gesamtstruktur unabhängig genug sind, um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- oder sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig zu vertreten.

BVerfG 18. November 1954 – 1 BvR 629/52 – zu C. 2. b) bb) der Gründe

Selbst bei allergroßzügigster Auslegung liegt danach keine Vereinigung in diesem Sinn vor. Es fehlt schon an einer Struktur und an jeder Form von Nachhaltigkeit. Die Schauspieler haben sich nur zusammengetan, um einen Brief zu schreiben. Zudem hat Knorrig sich noch nicht einmal an diesem einzelnen Kollektivakt beteiligt, sondern den Brief nur weitergeleitet und kommentiert.

(3) Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG)

(aa) Schutz im Arbeitsverhältnis

Die Meinungsfreiheit gilt auch im Arbeitsverhältnis und im Arbeitsleben, ist jedoch durch die vertragliche Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) begrenzt, die ihrerseits im Lichte des Grundrechts auszulegen ist.

vgl. nur BAG 24. November 2005 – 2 AZR 584/04 – Rn. 23ff.

Begrenzungen können sich damit auch durch sonstige Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ergeben.

Ähnliches gilt auch nach der EMRK: Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit auch im Arbeitsverhältnis zu schützen. Jedoch können sich aus arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten auch Einschränkungen ergeben.

EGMR 12. September 2011 - 28955/06 ua. - für Meinungsäußerung im Rahmen von kollektiven Arbeitsbeziehungen

Dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfallen auch nicht-öffentliche Äußerungen.

so ohne Weitere BVerfG 23. November 2006 – 1 BvR 285/06 –

(bb) Nichtverlängerung wegen der Ausübung der Freiheit

Ein Verstoß gegen § 612a BGB setzt voraus, dass die Benachteiligung nicht nur aus Anlass einer Rechtsausübung erfolgt, sondern diese der tragende Grund, das wesentliche Motiv ist.

BAG 21. September 2011 – 7 AZR 150/10 – Rn. 35

Problematisch ist hier, ob die Nichtverlängerungsanzeige tatsächlich unter Verstoß gegen die Meinungsfreiheit geschah. Hinsichtlich der tatsächlichen Umstände sind folgende Argumentationslinien angebracht:

Klägerseitig ist auszuführen, dass die Nicht-Verlängerung allein wegen der Umstände um die Weiterleitung angezeigt wurde. Dafür spricht schon der Zeitablauf. Wäre es um die unterschiedlichen Beurteilungen der künstlerischen Leistungen von von Männchen durch Knorrig und Muse gegangen, wäre die Anzeige bereits vorher erfolgt. Dass die Weitergabe der Nachricht über die beabsichtigte Nicht-Verlängerung der Grund war, erscheint ebenfalls eher fernliegend, weil insoweit keine Geheimhaltungsanordnung getroffen wurde. Schlussfolgerung klägerseitig: Es kann nur darum gehen, dass Paulshügel die von Knorrig geäußerte Auffassung nicht passte.

Geht man davon aus, so läge eine Nicht-Verlängerung allein wegen der Meinungsäußerung von Knorrig vor; irgendwelche Schranken der Freiheit wären nicht betroffen. Die Geschehnisse wären auch nicht nur Anlass für die Benachteiligung gewesen, was nicht ausreichen würde um einen Verstoß gegen § 612a BGB anzunehmen.

Gegenargumentation Beklagtenseite: Selbst wenn dies so war, so sind die Gesamtumstände doch in das Gesamtgeschehen einzuordnen. Knorrig war praktisch der Vertreter des Arbeitgebers vor Ort. Es wäre seine Aufgabe gewesen, die spontan sich entwickelnden Bedenken der Schauspieler in ruhige Bahnen zu lenken. Es hätte sich angeboten, am nächsten tag vor Absendung des Briefes, den Schauspielern noch Gelegenheit zum Überdenken zu geben, bevor der Brief abgeschickt wurde. Das gilt insbesondere als der Hinweis auf das Betriebsklima auch als zumindest subtile Druckausübung aufgefasst werden könnte.

Auf dieser tatsächlichen Basis läge kein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit vor, sondern ein Verstoß gegen die Arbeitspflicht von Knorrig; zudem wären die Äußerungen nur Anlass für die Benachteiligung, was nicht für einen Verstoß gegen § 612a BGB ausreicht.

Klägerseitig ist dazu darauf hinzuweisen, dass die Aufgabenbeschreibung in Nr. 1 des Arbeitsvertrages Knorrig keine Vorgesetztenaufgaben zuweist sondern nur organisatorische und beobachtende Aufgaben.

c) Rechtsfolge

aa) Grundlage für Erfüllungsansprüche

Streitig, ob § 612a BGB tatsächlich einen Anspruch begründet, so gestellt zu werden, wie wenn die Benachteiligung nicht stattgefunden hätte, jedenfalls werden aber bei einer Verletzung Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 iVm § 241 Abs. 2 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB bejaht.

BAG 21. September 2011 – 7 AZR 150/10 – Rn. 36

Schadensersatzansprüche nach diesen Normen setzen zwar ein Vertreten-Müssen voraus, das wäre hier aber kein Problem. Paulshügel musste – einen Verstoß vorausgesetzt - wissen, dass er Knorrig nicht wegen einer Meinungsäußerung benachteiligen durfte. Er handelte deshalb fahrlässig (§ 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB).

bb) Ausschluss der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach § 15 Abs. 6 AGG analog?

Beklagtenseitig wäre dies unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BAG

BAG 21. September 2011 – 7 AZR 150/10 – Rn. 43ff.

zu bejahen. Mit der Entscheidung zu argumentieren wäre, dass selbst Verstöße gegen ein Diskriminierungsverbot, also schwerwiegende Rechtsverstöße, nicht zu einem Arbeitsverhältnis führen können. bei regelmäßig als weniger gewichtig einzustufenden Verstößen gegen das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB könne nichts anderes gelten. Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass mit dem AGG höherrangiges Recht, umgesetzt wird, nämlich

- Verfassungsrecht

dazu z.B. Zwanziger NZA Beilage 2012 Nr. 4 S. 108ff

- Unionsrecht, nämlich

- die in der amtlichen Anmerkung zum AGG genannten Richtlinien

- die letztlich einen Teil der in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, einer primärrechtlichen Rechtsquelle (Art. 6 Abs. 1 EUV), geregelten Diskriminierungsverbote konkretisieren

Klägerseitig müsste gegen diese Entscheidung argumentiert werden. Es bietet sich als Gegenargument an der Hinweis darauf, dass § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich Ansprüche "aus einem anderen Rechtsgrund" unberührt lässt, was gegen eine Analogie spricht. Zudem enthält das im AGG selbst geregelte Maßregelungsverbot nach § 16 AGG keinen Hinweis auf eine analoge Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG, obwohl § 16 AGG in anderem Zusammenhang, nämlich in Absatz 3, mit der Methode der Verweisung arbeitet.

C. Klageantrag zu 3.

I. Anspruchinhalt

Geltend gemacht ist ein Anspruch auf Entschädigung, was nach dem juristischen Sprachgebrauch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens meint.

II. Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG analog?

1. Analoge Anwendung?

Eine solche käme in Betracht, wenn man auch § 15 Abs. 6 AGG analog anwendet (s. oben B II 2 c bb).

Es wäre klägerseitig zu argumentieren, dass § 15 Abs. 6 AGG Teil eines austarierten Sanktionensystems in § 15 AGG ist. Die Übertragung dieser Regelung, sei daher nur gerechtfertigt, wenn das ganze System übertragen werde.

Von Beklagtenseite wäre dagegen zu halten, dass § 15 Abs. 6 AGG einen eigenständigen Regelungsgehalt hat, nämlich die Abgrenzung zwischen Ansprüchen wegen Fehlverhaltens des Arbeitgebers, aus welchem Rechtsgrund auch immer, und dessen Vertragsfreiheit. Nur dies führe zu einer auf diese Regelung begrenzten Analogie. Es reiche aus, wenn ein Anspruch auf materiellen Schadensersatz gewährt werde.

2. Rechtsfolge

Die analoge Anwendung unterstellt wäre die Rechtsfolge eine angemessene Entschädigung in Geld. Einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung bedarf es dafür nicht. Die Entschädigung wäre nicht nach oben auf drei Monatsgehälter begrenzt, da die

Benachteiligung, die den Anspruch auslöst, ja gerade in der Nicht-Verlängerung des Arbeitsverhältnisses liegt.

BAG 16.3.2010 – 8 AZR 1044/08 – Rn.37

Die Entschädigung wäre nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessen. Dabei ist auch der Abschreckungseffekt zu berücksichtigen. Die Höhe kann sich auch an Monatsgehältern orientieren.

dazu BAG 16.3.2010 – 8 AZR 1044/08 – Rn. 41ff.

Es wäre zu argumentieren:

Kläger	Beklagtenseite
Es werden weniger als fünf Monatsgehälter verlangt. Das ist im Hinblick auf die doch nicht unbedeutende Beschäftigungsdauer, die bislang reibungslose Tätigkeit und der schockierenden und völlig unerwartbaren Handlung des Beklagten angebracht.	Die Forderung ist zu hoch, weil das Arbeitsverhältnis noch nicht sehr lange besteht. Der Verstoß war auch nicht so schwerwiegend, weil keine Systematik dahinter steht, sondern ein ernsthafter Konflikt. <u>Achtung:</u> Es darf nicht der Fehler gemacht werden, auf die Tatsache der Befristung hinweisen, es geht um einen immateriellen Schaden, nicht die typisierte Abgeltung des Bestandsinteresses. Ein Hinweis auf die Befristung wäre selbst diskriminierend nach § 4 Abs. 2 TzBfG.

3. Fristen

Sie sind nicht zu problematisieren. Angesichts der Daten ist sowohl die zweimonatige Frist zur schriftlichen Geltendmachung nach § 15 Abs. 2 AGG analog, als auch die dreimonatige Frist zur Klageerhebung ab schriftlicher Geltendmachung nach § 61b Abs. 1 ArbGG analog mit der Klageschrift gewahrt, wenn man vom frühestmöglichen Zeitpunkt, dem Ausspruch der Nicht-Verlängerungsanzeige an, rechnet.

III. Schmerzensgeldanspruch

1. Schon wegen Maßregelung an sich?

Ein Anspruch wegen des Verstoßes gegen § 612a BGB iVm § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB scheidet aus, weil in § 253 Abs. 2 BGB nicht vorgesehen.

vgl. BAG 21. Februar 2013 – 8 AZR 68/12 – Rn. 27ff.

2. Verletzung des Persönlichkeitsrechts

Trotz § 253 Abs. 2 BGB können Schmerzensgeldansprüche bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 823 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG deliktisch

dazu BAG 16. Mai 2007 – 8 AZR 709/06 – Rn. 120

und nach § 280 Abs. 1 BGB iVm Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vertraglich hergeleitet

dazu BAG 21. Februar 2013 – 8 AZR 68/12 – Rn. 33

werden. Das setzt jedoch eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung bzw. ein schwerwiegendes Verschulden des Handelnden, also mehr als geringfügige Eingriffe voraus.

BAG 21. Februar 2013 – 8 AZR 68/12 – Rn. 34

Das ist hier schwer zu begründen, da im Arbeitsleben übliche Konfliktsituationen diese Voraussetzung nicht erfüllen.

BAG 24. April 2008 - 8 AZR 347/07 – Rn. 47

Fallvariante

Es geht um die Einleitung einer Betriebsratswahl in einem Betrieb mit einer Arbeitnehmerzahl zwischen fünf und fünfzig wahlberechtigten Arbeitnehmern (§ 14a BetrVG). Wie es § 17a Nr. 3 iVm § 17 Abs. 2 und 3, § 14a Abs. 1 BetrVG entspricht haben drei Arbeitnehmer zur Wahlversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes eingeladen - zweistufiges Verfahren. Dafür, dass Knorrig leitender Angestellter im Sinne von § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG und damit kein Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes ist, spricht wenig; insbesondere ist seine Tätigkeit eher nicht konzeptionell und seine Berichtspflicht für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens wohl nicht von Bedeutung, auch liegt eine maßgebliche Beeinflussung von Entscheidungen fern. Die einwöchige Einladungsfrist nach § 28 Abs. 1 Satz 2 WO ist - bei zu unterstellenden üblichen Postlaufzeiten - eingehalten. Gleiches gilt für die Bekanntmachungserfordernisse nach § 28 Abs. 1 Satz 3 WO. Sonstige Fehler sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich und trotz der inhaltlichen Anforderungen nach § 28 Abs. 1 Satz 5 WO in Zeiten des Internet auch nicht naheliegend.

Die Betriebsratswahl initiiierende Arbeitnehmer genießen Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3a KSchG. Damit könnte sich, wenn man die Nicht-Verlängerungsanzeige als einer Kündigung gleichstehend ansähe, ein die Unwirksamkeit dieser Erklärung auslösender Grund ergeben, der dann zur Folge hätte, dass die Befristung das Arbeitsverhältnis nicht beenden würde und dem Klageantrag zu 1. stattzugeben wäre.

insoweit wären die Überlegungen in BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 25 übertragbar

Hier liegt keine Kündigung vor (Grundfall-Lösung zu A I). Nach der Rechtsprechung des BAG sind Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes auch nicht entsprechend anzuwenden.

BAG 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - für § 9 MuSchG

Auf all das kommt es jedoch nicht an und es ist deshalb nicht zu problematisieren, weil Knorrig seine Klage erst nach Ablauf von drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Nicht-Verlängerungsanzeige erhoben hat. Damit ist die Klagefrist nach § 4 KSchG versäumt mit der Folge, dass eine Kündigung als von Anfang an wirksam gelten würde - § 7 KSchG.

Das lässt eine Unwirksamkeit der letzten Befristung und einen Anspruch auf Neubegründung des Arbeitsverhältnisses jedoch unberührt. Änderungen ergeben sich beim Klageantrag zu 2.

hinsichtlich der Begründung. Hier liegt jetzt eine Benachteiligung wegen der recht- und gesetzmäßigen Einleitung einer Betriebsratswahl nahe.

Darin könnte man eine Behinderung der Betriebsratswahl nach § 20 Abs. 1 BetrVG sehen, indes wird in den Wahlprozess nicht eingegriffen. Jedoch liegt jedenfalls eine Beeinflussung der Betriebsratswahl nach § 20 Abs. 2 BetrVG vor. Diese Regelung dient der Integrität der Betriebsratswahl. Diese soll frei und ungehindert durchgeführt werden. Die Ausübung des passiven und aktiven Wahlrechts soll allein auf der freien Entscheidung der Betriebsangehörigen beruhen und keiner Steuerung von dritter Seite unterliegen.

BVerfG 24. Februar 1999 - 1 BvR 123/93 - zu B II 2 b cc der Gründe

Dass eine derart unbeeinflusste Wahl noch stattfinden kann, wenn die Arbeitnehmer befürchten müssen, durch die Teilnahme an der Wahl mit Nachteilen rechnen zu müssen, erscheint lebensfremd.

Auf der Basis der gegenteiligen Annahme spricht zudem einiges dafür, dass das Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG entsprechend anzuwenden ist.

Fitting, 26. Aufl. § 78 Rn. 2 für Wahlvorstandsmitglieder

Jedenfalls gilt aber § 612a BGB.

Eine Benachteiligung wegen Arbeit im Rahmen der Betriebsverfassung kann auch in dem Nicht-Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach Ablauf eines befristeten liegen.

BAG 5. Dezember 2012 - 7 AZR 698/11 - Rn. 47 für § 78 Satz 2 BetrVG

Es stellt sich dann die Frage der Rechtsfolgen und auch hier der entsprechenden Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG. Neben den allgemeinen Argumenten ist aber zusätzlich zu problematisieren, ob diese Vorschrift auch gilt, wenn es um „Störhandlungen des Arbeitgebers“ im Rahmen der Betriebsverfassung geht.

Auf Klägerseite wäre zu argumentieren, dass die dem entgegen stehenden Regelungen eine andere Funktion haben, als Diskriminierungsverbote. Geschützt wird nicht nur der einzelne Handelnde, sondern die Betriebsverfassung als kollektive Ordnung. Das gilt jedenfalls bei Anwendung von § 20 Abs. 2 oder § 78 Satz 2 analog BetrVG. Diese Regelungen verbieten - anders als Diskriminierungsverbote - auch eine Gewährung von Vorteilen wegen der

Tätigkeit in der Betriebsverfassung. Es widerspricht dem Charakter von Betriebsverfassung, wenn sich der Arbeitgeber „rauskaufen“ kann.

Von Beklagtenseite ist darauf hinzuweisen, dass der Wertungsunterschied zwischen den Diskriminierungsverboten und den hier maßgeblichen Verbotsregelungen ebenso besteht wie allgemein im Verhältnis zu § 612a BGB.