
Datum: 05.11.2013
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 1007/13
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2013:1105.7SA1007.13.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Minden, 3 Ca 1543/12
Normen: § 14 Abs. 2 TzBfG; § 78 S. 2 BetrVG
Leitsätze:

Das formwirksam sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis (§ 14 Abs. 2, S. 1 TzBfG) endet auch dann mit Ablauf der Befristung, wenn der Arbeitnehmer zwischenzeitlich in den Betriebsrat gewählt wurde. Der Arbeitgeber kann sich allerdings auf die Befristung nicht berufen, wenn allein die Wahl in den Betriebsrat ausschlaggebend für die unterbliebene Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ist.

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 30.01.2013
– 3 Ca 1543/12 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten in der Hauptsache um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Befristung. 2

3

Der am 19.10.1958 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.12.2010 als Lagerarbeiter zuletzt mit einem monatlichen Bruttomonatsgehalt von 1.854,00 € mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt.

Dem Arbeitsverhältnis liegt ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 01.12.2010 zugrunde, der überschrieben ist mit „Befristeter Arbeitsvertrag“, einen Beginn des Arbeitsverhältnisses am 01.12.2010 und eine Beendigung zum 31.05.2011 vorsieht, „ohne dass es einer Kündigung bedarf“. Wegen des Arbeitsvertrages wird auf die Kopie Bl. 5-7 d.A. Bezug genommen. 4

Mit einer von beiden Parteien unterzeichneten Vereinbarung vom 04.05.2011, die überschrieben ist mit „Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages“ erfolgte zunächst eine „1. Verlängerung“ bis zum 30.11.2011, durch weitere Vereinbarung vom 28.11.2011 bis zum 31.05.2012 und schließlich durch weitere Vereinbarung vom 08.05.2012 bis zum 30.11.2012. Wegen der Einzelheiten der Verlängerungsvereinbarungen wird auf die Kopie Bl. 8 d.A. Bezug genommen. 5

Mitte 2012 fand bei der Beklagten eine Betriebsversammlung zum Zwecke der Einleitung einer Betriebsratswahl statt. Während dieser Betriebsversammlung wurde ein Wahlvorstand gewählt, dessen Mitglied der Kläger war. Sodann fanden im September 2012 bei der Beklagten Betriebsratswahlen statt; der Kläger wurde gewählt und war dementsprechend seit dem 29.09.2012 Mitglied des Betriebsrats. 6

Zeitgleich mit dem Kläger waren zum 01.12.2010 drei weitere Mitarbeiter bei der Beklagten mit befristeten Arbeitsverträgen eingestellt worden, deren letzte Verlängerungen jeweils zum 30.11.2012 ausliefen. Von diesen Mitarbeitern wurden zwei in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen; ein weiterer Arbeitsvertrag wurde neben dem des Klägers nicht verlängert. In den Jahren 2009 und 2010 wurden bei der Beklagten insgesamt 66 Arbeitnehmer aufgrund befristeter Arbeitsverträge eingestellt, von denen nach Ablauf von zwei Jahren 35 Arbeitnehmer in unbefristete Arbeitsverhältnisse übernommen wurden, wohingegen die befristeten Arbeitsverträge von 31 Arbeitnehmern ausgelaufen waren. Wegen der Auflistung der Beklagten wird auf die Kopie Bl. 33 und 34 d.A. Bezug genommen. 7

Nachdem klar war, dass die Beklagte den Kläger nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernehmen würde, hat er beim Arbeitsgericht Minden am 24.11.2012 in der Hauptsache eine sogenannte Entfristungsklage erhoben. 8

Er hat vorgetragen: 9

Die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ab dem 01.12.2012 sei nur deswegen abgelehnt worden, weil er sich bei den Betriebsratswahlen und anschließend als Betriebsratsmitglied engagiert habe. Sein Bereichsleiter W1 habe ihn aufgefordert, Informationen der Arbeitskollegen über die Durchführung der Betriebsratswahl zu unterlassen. Nach einem Gespräch mit dem Geschäftsführer habe der Bereichsleiter W1 ihn allerdings angesprochen, der Kläger habe etwas in den „falschen Hals“ bekommen. 10

Darüber hinaus hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Vorschrift des § 14 Abs. 2 TzBfG über die sachgrundlose Befristung sei für den Fall, dass ein Mitarbeiter in den Betriebsrat gewählt werde, nicht anwendbar. Insofern enthalte das deutsche Recht eine Regelungslücke. Vorsorglich hat der Kläger angeregt, das Verfahren dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Auf die Ausführungen hierzu im Schriftsatz des Klägervertreters vom 11.01.2013 Bl. 39 und 40 d.A. wird Bezug genommen. 11

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der am 08.05.2012 vereinbarten Befristung nicht am 30.11.2012 beendet worden ist; 13
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Lagerarbeiter tatsächlich weiter zu beschäftigen; 14
3. die Beklagte zu verurteilen, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages ab dem 01.12.2012 zu den sonstigen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 01.12.2010 anzunehmen. 15

Die Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Sie hat vorgetragen: 18

Die Beklagte mache ihre Entscheidung zur Übernahme in unbefristete Arbeitsverhältnisse allein von der Qualität und der Quantität der durchgeführten Arbeiten der beschäftigten Arbeitnehmer ab. Bei den zeitgleich mit dem Kläger eingestellten Arbeitnehmern habe sie deren Leistung schlicht höher eingeschätzt als beim Kläger. Hierfür spreche auch, dass die Beklagte dem Kläger in einem Zwischenzeugnis vom 04.09.2012 lediglich befriedigende Leistungen attestiert habe. Einen Zusammenhang mit den Aktivitäten des Klägers bei der Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl habe es nicht gegeben; Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG sehe die Beklagte nicht. 19

Durch Urteil vom 30.01.2013, dem Klägervorteiler zugestellt am 26.02.2013, hat das Arbeitsgericht Minden die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, dass § 14 Abs. 2 TzBfG eine sachgrundlose Befristung auch in den Fällen erlaube, in denen ein Mitarbeiter während des Laufs der Befristung in den Betriebsrat gewählt werde. Im Übrigen habe der Kläger im Rahmen einer gebotenen abgestuften Darlegungs- und Beweislast zum Benachteiligungsverbot der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften nicht hinreichend vorgetragen, worin ein Zusammenhang mit Betriebsratswahl und Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis liege. Wegen der Einzelheiten der angegriffenen Entscheidung des Arbeitsgerichts Minden wird auf Bl. 50 – 59 d.A. Bezug genommen. 20

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit der vorliegenden, beim Landesarbeitsgericht vorab per Telefax am 21.03.2013 eingegangenen und nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 27.05.2013 am 27.05.2013, vorab am gleichen Tage beim Landesarbeitsgericht eingegangen, begründeten Berufung. 21

Der Kläger trägt vor: 22

Dem Kläger sei zwar bekannt, dass mittlerweile das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 05.12.2012 zum Aktenzeichen 7 AZR 698/11 die Vereinbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG mit den Grundsätzen des Europäischen Rechts und demzufolge die Anwendbarkeit auf Arbeitsverhältnisse mit Beschäftigten, die während des Laufs einer Befristung in den Betriebsrat gewählt worden seien, festgestellt habe. Gleichwohl halte der Kläger an seiner Rechtsauffassung fest und stelle die Position des Bundesarbeitsgerichts zur Überprüfung durch das Landesarbeitsgericht. 23

Da die Beklagte ihre Kriterien zur Übernahme bzw. Nichtübernahme von Arbeitnehmern aus befristeten Arbeitsverhältnissen nicht offengelegt habe, sei es dem Kläger nicht möglich gewesen, im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast abschließend Stellung zu nehmen.

Schließlich halte der Kläger daran fest, die bereits erstinstanzlich aufgeworfenen Fragen dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorzulegen. 25

Der Kläger beantragt, 26

das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 30.01.2013 – 3 Ca 1543/12 – abzuändern und 27

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der am 08.05.2012 vereinbarten Befristung zum 30.11.2012 beendet worden ist; 28

2. für den Fall des Obsiegens mit dem Klageantrag zu Ziffer 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Lagerarbeiter zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen; 29

hilfsweise für den Fall des Unterliegens des Klägers mit den Anträgen zu Ziffer 1. und 2. 30

die Beklagte zu verurteilen, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages ab dem 01.12.2012 zu den sonstigen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 01.12.2010 anzunehmen. 31

Die Beklagte beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen. 33

Sie trägt vor: 34

Die Beklagte gehe davon aus, dass das Bundesarbeitsgericht in der vom Kläger selbst angeführten Entscheidung vom 05.12.2012 die Rechtsfrage einer Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG abschließend entschieden habe, so dass es insbesondere einer Vorlage der vom Kläger angesprochenen Fragen an den Europäischen Gerichtshof nicht bedarf. 35

Der Schutz des Mitarbeiters, der während des Laufs einer Befristung in den Betriebsrat gewählt werde, werde durch das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG gewahrt. 36

Die Beklagte gehe nach wie vor davon aus, dass der Kläger keine hinreichenden Anhaltspunkte dargelegt habe, die den Schluss darauf zuließen, er sei wegen seiner Aktivitäten um die Betriebsratswahl nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden. Der Kläger müsse zumindest Anhaltspunkte darlegen, um eine entsprechende Vortragslast der Beklagten auszulösen. 37

Da der Kläger sich auch im Berufungsverfahren darauf berufen habe, er habe hinreichende Anhaltspunkte dargelegt, trage die Beklagte im Berufungsverfahren rein vorsorglich ergänzend wie folgt vor: Der Mitarbeiter W1 habe für die Beklagte ein Punkteschema entwickelt, welches darüber entscheide, ob im Bereich des sogenannten „Sauberraums“ ein befristet angestellter Arbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag erhalte. Dabei würden sämtliche Mitarbeiter, die im sogenannten Sauberraum tätig seien, d.h. auch Verpacker und Produktionshelfer, berücksichtigt. In die Bewertung würden Arbeitsqualität, Arbeitsquantität, Effektivität, Teamfähigkeit, Selbstständigkeit, Flexibilität, Belastbarkeit sowie Krankenstand einfließen. Für jedes Kriterium werde ein Bewertungsrahmen von null bis einschließlich zehn 38

Punkte angesetzt, wobei die Kriterien unterschiedlich hoch gewichtet würden. Die Arbeitsqualität schlage beispielsweise mit 25 % zu Buche, die Flexibilität bzw. Selbständigkeit mit 8 %. Würde der befristet tätige Arbeitnehmer mindestens 80 % der möglichen Punkte erhalten, erhalte er einen unbefristeten Arbeitsvertrag, andernfalls laufe die Befristung aus. Vergleiche man nun die Beurteilungsbögen der mit dem Kläger zeitgleich eingestellten Beschäftigten mit dem des Klägers, so ergebe sich, dass der Kläger auf 68 % der Punkte, eine weitere Mitarbeiterin auf 76 %, eine dritte Mitarbeiterin auf 80 % sowie der vierte Mitarbeiter auf 85 % der Punkte komme. Dementsprechend seien die beiden letztgenannten Beschäftigten in unbefristete Arbeitsverträge übernommen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle Bezug genommen. 39

Entscheidungsgründe 40

Die nach der Beschwer (§ 64 Abs. 2 ArbGG) an sich statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG; 516 ff. ZPO) hat keinen Erfolg, da das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Beklagten kraft wirksamer Befristung mit Ablauf des 30.11.2012 beendet worden ist und ein Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages nicht besteht. 41

I. 42

A. 43

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist kraft wirksamer Befristung gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG mit Ablauf des 30.11.2012 beendet worden. Insoweit besteht zwischen den Parteien kein Streit, dass bei Vereinbarung des Arbeitsvertrages mit einer erstmaligen Befristung und den sich anschließenden Verlängerungen bis zum 30.11.2012 die nach § 14 Abs. 4 TzBfG gebotene Schriftform eingehalten ist, was letztendlich auch durch die zur Akte gereichten Kopien, deren Inhalt nicht im Streit ist, dokumentiert wird. Darüber hinaus besteht ebenso wenig Streit darüber, dass von der Beklagte ein sogenanntes Anschlussverbot im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zu beachten war, da der Kläger jedenfalls vor dem 01.12.2010 bei der Beklagten nicht beschäftigt war. 44

Demnach endet das Arbeitsverhältnis der Parteien grundsätzlich mit Ablauf der vereinbarten Zeit, also mit Ablauf des 30.11.2012, vgl. § 15 Abs. 1 TzBfG. 45

B. 46

§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist auch auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar, obschon der Kläger seit September 2012 Mitglied des bei der Beklagten gewählten Betriebsrats war. 47

a. 48

§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG differenziert in seinem Wortlaut nicht nach besonderen Schutzrechten, die Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis zustehen können, u.a. durch Wahl in den Betriebsrat (§§ 15 KSchG, 103 BetrVG). 49

b. 50

Trotz der vom Gesetzgeber nicht geschaffenen Ausnahme für die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung besteht weder ein Bedürfnis nach teleologischer Reduktion des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG dahingehend, dass in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer während des Laufs einer Befristung zum Betriebsrat gewählt wird, eine sachgrundlose Befristung ausscheidet, noch besteht Veranlassung, die vom Kläger bereits erstinstanzlich aufgeworfenen Fragen einer Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV zuzuführen.

Die erkennende Kammer folgt nämlich voll inhaltlich der zutreffenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 05.12.2012, 7 AZR 698/11, wonach bei § 14 Abs. 2 TzBfG ein Korrekturbedürfnis nicht besteht und das Fehlen einer Einschränkung der Zulässigkeit einer kalendermäßigen Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes für den Fall der Mitgliedschaft im Betriebsrat keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes darstellt (BAG a.a.O., bei juris Rn. 38 ff).

Die Sachverhaltskonstellation im vorliegenden Streitfall stimmt insoweit mit den Ausführungen in der genannten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts überein, als der Kläger zeitlich nach Vereinbarung der letzten Verlängerung in den Betriebsrat gewählt worden ist.

Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist davon auszugehen, dass der Schutz von Betriebsratsmitgliedern, sofern sie nach Vereinbarung der entsprechenden Befristung oder Verlängerung im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG in den Betriebsrat gewählt worden sind, dadurch gewährleistet wird, dass Betriebsratsmitglieder vor einer unzulässigen Benachteiligung durch § 78 Satz 2 BetrVG geschützt sind mit der Folge, dass die Nichtübernahme eines befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eine unzulässige Benachteiligung darstellen kann, wenn sie gerade wegen der Betriebsrats Tätigkeit erfolgt (Richardi/Thüsing, BetrVG 13. Aufl., § 78 Rn. 23 m.w.N.). Zu bedenken ist in diesem Kontext auch, dass zum Zeitpunkt der letzten Verlängerungsvereinbarung am 08.05.2012 die Betriebsratswahlen weder durchgeführt noch eingeleitet und damit die besonderen Schutzrechte der §§ 15 KSchG, 103 BetrVG in der Person des Klägers noch nicht existent waren; Maßstab für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Befristung ist aber grundsätzlich der Zeitpunkt des Abschlusses des letzten befristeten Arbeitsvertrages/der letzten Verlängerung ist (vgl. grds. BAG, Urteil vom 24.10.2001, 7 AZR 620/00, NZA 2003, S. 153 ff.).

Danach verbleibt es bei der Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG im Streitfall.

C.

Der Beklagten war es wegen des Benachteiligungsverbots des § 78 Satz 2 BetrVG nicht verwehrt, sich gegenüber dem Kläger auf die unter dem 08.05.2012 vereinbarte (letzte) Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages zu berufen.

a.

Die erkennende Berufungskammer geht davon aus, dass in den Fällen, in denen die Nichtübernahme eine Benachteiligung im Sinne dieser Vorschrift darstellen würde, die Arbeitgeberin sich nicht auf die vereinbarte Befristung berufen könnte, da ansonsten eine Umgehung des Benachteiligungsverbots in § 78 Satz 2 BetrVG anzunehmen wäre. Damit orientiert sich die Berufungskammer an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Landesarbeitsgerichts Hamm im Falle einer während einer Befristung eingetretenen

Schwangerschaft (BAG, Urteil vom 28.11.1963, 2 AZR 140/63 bei juris Rn. 21; LAG Hamm, Urteil vom 13.03.1992, 18 Sa 1262/91 bei juris).

b. 60

In diesem Sinne ist es der Beklagten nicht verwehrt, sich auf die Vereinbarung der letzten Verlängerung vom 08.05.2012 zu berufen. 61

Denn weder aus dem Vorbringen des Klägers, noch aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, dass die Beklagte den Kläger wegen seiner Betriebsrattätigkeit benachteiligt hätte, indem sie ihm nicht die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angeboten hat. Der Kläger hat sich insoweit nur darauf berufen, dass der Bereichsleiter W1 ihn kritisch angesprochen habe, als er der Belegschaft für Information zur Betriebsratswahl zur Verfügung gestanden habe. Allerdings ist insoweit zwischen den Parteien auch unstreitig geblieben, dass der Bereichsleiter W1 nach entsprechender Rücksprache mit dem Geschäftsführer der Beklagten gegenüber dem Kläger erklärt hat, er habe wohl „etwas in den falschen Hals bekommen.“ Ansonsten ist als weiterer Anhaltspunkt allein die Tatsache zu benennen, dass der Kläger während des Laufs der Befristung in den Betriebsrat gewählt worden ist und im Vorfeld Aktivitäten zur Durchführung einer Betriebsratswahl entwickelt hat. 62

Demgegenüber sind die unstreitig gebliebenen Tatsachen zu gewichten, dass von den vier mit dem Kläger zeitgleich befristet eingestellten Beschäftigten lediglich zwei übernommen worden sind, wie sich überhaupt aus der ebenfalls streitlos gebliebenen Aufstellung der Beklagten für die Zeiträume ab 2009 ergibt, dass annähernd 50 % der befristet eingestellten Beschäftigten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden sind. Schon diese widersprechenden Indizien lassen keinen hinreichenden Schluss darauf zu, dass der Kläger allein wegen seiner Betriebsratsaktivitäten nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden ist. 63

Die erkennende Berufungskammer folgt hinsichtlich der aufzustellenden Darlegungslast für die benachteiligenden Tatsachen der überwiegenden Auffassung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung sowie der Literatur (vgl. nur LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.11.2011, 13 Sa 1549/11; LAG München, Urteil vom 18.02.2011, 7 Sa 896/10 – Vorinstanz zu BAG vom 05.12.2012 – bei juris Rn. 76 ff und Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht -ErfK-, 13. Aufl./Kania, § 78 BetrVG Rn. 7 m.w.N.). 64

Bei dieser Wertung der Darlegungs- und Beweislast konnte die Berufungskammer unberücksichtigt lassen, dass die Beklagte nach entsprechendem Einwand des Klägers in der Berufungsbegründung im Einzelnen Tatsachen unter Vorlage eines „Punktekataloges“ dargelegt hat, die nach der von ihr vorgetragenen Handhabung die Übernahme bzw. Nichtübernahme von befristet Beschäftigten im Betrieb ausmachen. 65

Selbst wenn man mit der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 08.08.2012 – 2 Sa 1733/11 – bei juris Rn. 81 davon ausgeht, dass dem Kläger ein Beweis des ersten Anscheins zugutekommen kann, stehen sich im Streitfall die vom Kläger vorgebrachten Indizien und die sich nach dem Vortrag der Beklagten gegebenen Erklärungen gegenüber, so dass es bei der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Klägers verbleiben musste. 66

Nach alledem ist das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft wirksamer Befristung gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG mit Ablauf des 30.11.2012 beendet worden (§ 15 Abs. 1 TzBfG). 67

68

II.

Ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten besteht nicht. 69
Dabei bedurfte es keiner Entscheidung zu der Frage, ob der Weiterbeschäftigungsantrag entsprechend seiner Formulierung als Hilfsantrag nicht zur Entscheidung angefallen ist, oder ob es sich um einen sogenannten „uneigentlichen Hilfsantrag“ handelt, der auch bei Abweisung der Entfristungsklage zur Entscheidung anfällt. Denn Grundlage für einen solchen Anspruch kann allenfalls ein bestehendes Arbeitsverhältnis sein, welches zur Beklagten nach Ablauf der wirksamen Befristung zum 30.11.2012 nicht (mehr) gegeben ist (grundlegend BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

III.

Der Kläger hatte gegenüber der Beklagten auch keinen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages im Sinne des von ihm formulierten Hilfsantrages. 70

A.

Wie bereits oben dargestellt, wäre nach Auffassung der Berufungskammer die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG der unbefristete Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, da die Arbeitgeberseite sich nicht auf die Befristung berufen könnte. Nur auf diese Weise wäre das benachteiligte Betriebsratsmitglied hinreichend geschützt, da in der Regel nur beim unmittelbaren Fortbestand auch ein ggf. vollstreckbarer Weiterbeschäftigungsanspruch korrespondiert (s.o. II). Würde man hingegen einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 78 Satz 2 BetrVG annehmen, so würde wegen § 894 ZPO erst mit Eintritt der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung das unbefristete Arbeitsverhältnis entstehen, wenn auch mit der Möglichkeit einer Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ursprünglichen Befristung. Die Möglichkeit des Entstehens einer - tatsächlichen - Beschäftigungslücke scheint aber nicht gerechtfertigt. 71

B.

Die erkennende Berufungskammer ist davon ausgegangen, dass der Hilfsantrag des Klägers, gerichtet auf Annahme eines Angebots zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages, der teilweise in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung geschuldet ist, die bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot einen entsprechenden Anspruch annimmt (LAG Niedersachsen a.a.O.). Geht man indessen mit der erkennenden Kammer davon aus, dass bereits eine Berufung auf die vereinbarte Befristung nicht möglich ist, so bedarf es zur Gewährleistung des effektiven Schutzes im Sinne des § 78 Satz 2 BetrVG der Konstruktion über einen Anspruch auf Annahme eines Angebots zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages nicht; jedenfalls wäre ein solcher Anspruch bei einem nicht festzustellenden Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG ausgeschlossen. 72

Nach alledem hatte die Berufung insgesamt keinen Erfolg. 73

IV.

Der Kläger trägt die Kosten der erfolglosen Berufung gemäß § 97 ZPO. 74

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. 75

