

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 21. September 2011
- 7 AZR 150/10 -

I. Arbeitsgericht Dortmund

Urteil vom 7. Januar 2009
- 5 Ca 1145/08 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 2. Dezember 2009
- 3 Sa 267/09 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Befristung und Maßregelungsverbot

Gesetze:

BGB § 612a; AGG § 15 Abs. 6 (*in entsprechender Anwendung*); GG Art. 5 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2

Leitsätze:

1. Bietet ein Arbeitgeber einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer keinen Folgevertrag an, weil der Arbeitnehmer ihm zustehende Rechte ausgeübt hat, liegt darin eine von § 612a BGB verbotene Maßregelung.
2. Verletzt der Arbeitgeber das Maßregelungsverbot, kann der Arbeitnehmer Anspruch auf Schadensersatz haben. § 15 Abs. 6 AGG ist jedoch entsprechend anzuwenden. Der Arbeitnehmer kann deshalb keinen Folgevertrag verlangen.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 150/10
3 Sa 267/09
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. September 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gallner und Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Bea und Krollmann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 2. Dezember 2009 - 3 Sa 267/09 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach einem sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag und Beschäftigung. 1

Die Beklagte beschäftigte den Kläger zunächst vom 23. Januar 2006 bis 31. März 2006 aufgrund einer Trainingsmaßnahme. Am 4. Januar 2006 schlossen die Parteien einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. April 2006 bis 31. März 2007. Am 14. November 2006 verlängerten sie den Arbeitsvertrag bis 31. März 2008. Der Kläger wurde als Industriemechaniker in der Abteilung „PVE Shearer“ eingesetzt. Dort werden Walzenlader entwickelt und - zumindest in Prototypen - gefertigt. Die Beklagte hatte die Abteilung zum 1. April 2006 von Großbritannien nach Deutschland verlagert. In der Abteilung arbeiteten neben dem Kläger zwölf gewerbliche Arbeitnehmer. Zehn dieser Arbeitnehmer wurden befristet beschäftigt. Sechs von ihnen wurden mit dem Kläger am 1. April 2006 oder kurz zuvor befristet eingestellt. Diese sechs Arbeitnehmer schlossen später unbefristete Arbeitsverträge mit der Beklagten. 2

Der Kläger ist Mitglied der IG Metall. Er war seit Herbst 2006 Mitglied des gewerkschaftlichen Vertrauenskörpers bei der Beklagten. Seit August 2007 3



war er dessen Leiter. In dieser Eigenschaft ergriff er in einer Betriebsversammlung am 14. Dezember 2007 das Wort, sprach sich für eine Entgeltsonderzahlung aus und machte kritische Anmerkungen zum Abbau von 100 Arbeitsplätzen. Der Geschäftsführer der Beklagten bezeichnete diese Anmerkungen als „Frechheit“. Am 20. Dezember 2007 informierte der frühere Abteilungsleiter L den Kläger darüber, dass die Geschäftsführung dessen Arbeitsvertrag nicht „entfristen“ werde. Der Betriebsrat teilte dem Kläger am 21. Dezember 2007 mit, die Geschäftsführung habe erklärt, dass es Überlegungen gebe, das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht zu „entfristen“. Als der Betriebsrat in der zweiten Januarwoche des Jahres 2008 ein Gespräch mit der Geschäftsführung wegen der „Übernahme“ des Klägers führte, wurde ihm sinngemäß mitgeteilt, er brauche doch nur in das Internet zu schauen.

Der Kläger verlangt mit seiner am 3. März 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags zum 1. April 2008. Er hat sich zunächst auf vertrauensbegründende Zusagen der Beklagten und den Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot gestützt. Zuletzt hat er eine Maßregelung iSv. § 612a BGB angenommen.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe mehrfach erklärt, dass er, wie die anderen befristet Beschäftigten auch, in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen werde. Er habe im Herbst 2007 mehrere persönliche Gespräche über eine unbefristete Einstellung mit dem stellvertretenden Personalleiter der Beklagten M, dem Bereichsleiter R, dem damaligen Abteilungsleiter L und Mitgliedern des Betriebsrats geführt. In allen Gesprächen sei eine geplante unbefristete Einstellung fest in Aussicht gestellt worden. Ihm gegenüber sei erklärt worden, unbefristete Einstellungen seien im Grundsatz klar, verzögerten sich aber im Augenblick wegen der Veränderungen durch den Verkauf der Arbeitgeberin an ein US-amerikanisches Unternehmen. Der stellvertretende Personalleiter M habe ihm schon bei der Einstellung und später in einem Gespräch über die Vertragsverlängerung mitgeteilt, es sei bei der Beklagten zwar üblich, nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zu verfahren. Es sei aber ebenso üblich, die Befristungen in unbefristete Verträge umzuwandeln, sofern keine persönlichen Gründe dagegen sprächen. Der stellvertretende Personallei-

4

5



ter M habe dem Kläger noch im Herbst 2007 bestätigt, im Prinzip sei klar, dass alle in der Abteilung befristet Beschäftigten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen würden. „Von Deutschland aus“ sei alles klar, die Verträge lägen in Amerika zur Unterschrift vor. Es „hänge“ im Moment noch „an“ dem Eigentümerwechsel. Der Bereichsleiter R und der frühere Abteilungsleiter L hätten sich entsprechend geäußert. Die fehlende Unterschrift aus dem in den USA gelegenen Teil der Beklagten habe sich ausschließlich auf den Zeitpunkt der endgültigen Vertragsunterzeichnung bezogen. Nach dem Eigentümerwechsel hätten die Verträge zwar formal in den USA bestätigt werden sollen. Die Kompetenzen für Personalplanung und Personalentscheidungen seien aber in Deutschland geblieben. Im Werk hätten in der ersten Januarwoche des Jahres 2008 Gerüchte die Runde gemacht, dass er wegen seiner Nähe zur Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands (MLPD) nicht übernommen werde.

Der Kläger hat beantragt,

6

1. die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags zu den bisherigen Arbeitsbedingungen aus dem Arbeitsvertrag vom 4. Januar 2006 iVm. dem Arbeitsvertrag vom 14. November 2006 unter Anrechnung der früheren Beschäftigungsdauer als Industriemechaniker mit Wirkung zum 1. April 2008 anzunehmen;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens hinsichtlich des Antrags zu 1. zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

8



Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat die Bedeutung von § 612a BGB verkannt. Die Beklagte hat möglicherweise gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen. Deshalb kommt ein Schadensersatzanspruch des Klägers in Betracht. Mit den beiden bisherigen Klageanträgen, die auf Abgabe einer Annahmeerklärung und Beschäftigung gerichtet sind, kann der Kläger allerdings nicht durchdringen. Einem Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags steht die entsprechende Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG entgegen. Da dieser rechtliche Gesichtspunkt in den Tatsacheninstanzen nicht erörtert worden ist und die nach § 139 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO gebotenen Hinweise nicht erteilt worden sind, wird das Landesarbeitsgericht dem Kläger Gelegenheit geben müssen, seinen Antrag umzustellen, auf Geldersatz zu richten und den Schadensumfang im Einzelnen darzulegen. Der Kläger hat in der Revisionsverhandlung ausdrücklich erklärt, er hätte ggf. einen Antrag auf Geldersatz gestellt, wenn er auf eine mögliche entsprechende Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG hingewiesen worden wäre.

A. Die Klage ist mit den bisherigen Anträgen unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, mit dem Kläger ein unbefristetes Arbeitsverhältnis einzugehen. Sie hat zwar möglicherweise - entgegen der Beurteilung des Landesarbeitsgerichts - gegen § 612a BGB verstoßen. Daraus ergibt sich jedoch kein Einstellungsanspruch des Klägers. Das folgt aus der entsprechenden Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG. Der Kläger kann auch nicht verlangen, über den 31. März 2008 hinaus beschäftigt zu werden.

I. Der auf Abgabe der Annahmeerklärung der Beklagten gerichtete Klageantrag zu 1. kann keinen Erfolg haben. Er ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Antrag zu 1. ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.



- a) Der Kläger erstrebt die Abgabe der Annahmeerklärung zu dem Vertragsangebot, das im Klageantrag zu 1. liegt. Mit Rechtskraft des Urteils soll durch die Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO ein Arbeitsverhältnis entstehen (*vgl. zu der Fiktion zB BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 20 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). Der Wortlaut des Antrags und die Klagebegründung sind unmissverständlich auf Abgabe einer Annahmeerklärung gerichtet, durch die ein Arbeitsverhältnis erneut begründet werden soll. Sie können nicht im Sinn eines Befristungskontrollantrags nach § 17 Satz 1 TzBfG verstanden werden. 13
- b) Der Antrag zu 1. ist in dieser Auslegung zulässig. Er ist ausreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Inhalt des anzunehmenden Arbeitsvertrags ist mit der Tätigkeit eines Industriemechanikers hinreichend konkretisiert. Der Zeitpunkt der Wirkung der Abgabe der Annahmeerklärung - der 1. April 2008 - ist genannt. Die wesentlichen Vertragsbestandteile sind bezeichnet. Sie ergeben sich aus den Arbeitsverträgen vom 4. Januar 2006 und 14. November 2006. 14
2. Der Klageantrag zu 1. ist in seiner bisherigen Fassung unbegründet. Er ist in nicht zu beanstandender Weise auf die rückwirkende Abgabe einer Annahmeerklärung gerichtet. Der Kläger hat jedoch keinen Anspruch auf Annahme seines Vertragsangebots. Er hat nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keine rechtsgeschäftliche Zusage der Beklagten dargelegt. Einem Wiedereinstellungsanspruch unmittelbar aufgrund des Maßregelungsverbots in § 612a BGB oder aus § 612a iVm. § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder aus § 612a iVm. § 823 Abs. 2 BGB oder aus § 612a BGB iVm. dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz steht der Rechtsgedanke des § 15 Abs. 6 AGG entgegen. 15
- a) Der Antrag zu 1. ist nicht schon deswegen unbegründet, weil die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe der Annahmeerklärung zum 1. April 2008 (rück-)wirken soll. 16



- aa) Mit Rechtskraft eines obsiegenden Urteils gilt die Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben. Zu welchem Zeitpunkt die fingierte Abgabe der Annahmeerklärung wirkt, beurteilt sich nach materiellem Recht. Seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (*BGBI. I S. 3138*) kommt auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht, die auf eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf die Leistung zwar ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Im Unterschied zum alten Recht ist in § 311a Abs. 1 BGB aber klargestellt, dass ein Vertrag selbst dann nicht nichtig ist, wenn er in der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden kann (*vgl. für die st. Rspr. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 26 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 17
- bb) Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Urteil, die mit der Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung herbeigeführt werden soll, ist daher zulässig. Ausgeschlossen ist lediglich eine gerichtliche Entscheidung, mit der ein Arbeitsverhältnis mit Rückwirkung zu einem Zeitpunkt vor der (*fingierten*) Abgabe des Angebots begründet werden soll (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 27, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; 4. Mai 2010 - 9 AZR 155/09 - Rn. 17 und 35, BAGE 134, 223*). 18
- b) Für den Wiedereinstellungsanspruch besteht keine vertragliche oder gesetzliche Grundlage. 19
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass die Beklagte dem Kläger den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags nicht zugesagt hat. 20
- (1) Der Senat hat früher angenommen, ein Arbeitnehmer könne einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Anschluss an die Laufzeit eines wirksam befristeten Arbeitsvertrags haben, wenn der Arbeitgeber durch sein Verhalten beim Vertragsschluss oder während der Vertragslaufzeit 21



einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, aufgrund dessen der Arbeitnehmer berechtigterweise habe erwarten dürfen, nach dem Ende der Vertragslaufzeit weiterbeschäftigt zu werden. Der Arbeitgeber sei dann durch Verschulden beim Vertragsschluss zum Schadensersatz und damit zum Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrags verpflichtet (vgl. etwa BAG 20. Januar 1999 - 7 AZR 93/98 - zu II 3 der Gründe; 26. April 1995 - 7 AZR 936/94 - zu II 2 der Gründe, AP AFG § 91 Nr. 4 = EzA BGB § 620 Nr. 144). Diese Rechtsprechung hat der Senat später insofern präzisiert, als allein aus in Anspruch genommenem Vertrauen kein Anspruch auf Wiedereinstellung hergeleitet werden kann. Zu Unrecht enttäushtes Vertrauen verpflichtet lediglich zum Ersatz des Vertrauensschadens, begründet aber keinen Erfüllungsanspruch (vgl. BAG 26. April 2006 - 7 AZR 190/05 - Rn. 17, AP BGB § 611 Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 611 Einstellungsanspruch Nr. 2). Ein vertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrags besteht nur dann, wenn die Erklärungen oder Verhaltensweisen des Arbeitgebers als Zusage auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auszulegen sind (vgl. BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 18, BAGE 127, 239).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler erkannt, dass die Beklagte eine solche Zusage auch auf der Grundlage des als zutreffend unterstellten Vortrags des Klägers nicht erteilt hat. Der Kläger rügt diese Würdigung mit der Revision auch nicht länger. 22

(a) Verträge und Willenserklärungen sind nach dem Empfängerhorizont auszulegen (§§ 133, 157 BGB). Auslegungsziel ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht der innere Wille des Erklärenden, sondern das, was der Adressat nach seinem Empfängerhorizont als Willen des Erklärenden verstehen konnte. Dieser Inhalt kann vom objektiven Sinn des Erklärungstatbestands abweichen (vgl. BAG 26. April 2006 - 7 AZR 190/05 - Rn. 23 mwN, AP BGB § 611 Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 611 Einstellungsanspruch Nr. 2). Die Auslegung atypischer Willenserklärungen obliegt in erster Linie den Tatsacheninstanzen. Sie ist revisionsrechtlich nur darauf überprüfbar, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB richtig angewandt, 23



allgemeine Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder für die Auslegung wesentliche Umstände außer Acht gelassen wurden (*vgl. für die st. Rspr. BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 18, BAGE 121, 247*).

- (b) Solche Rechtsfehler sind dem Landesarbeitsgericht nicht unterlaufen. Es hat alle für die Auslegung maßgebenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt. Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung der eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung zutreffend gewürdigt, dass der stellvertretende Personalleiter M, der Bereichsleiter R und der frühere Abteilungsleiter L auch nach dem bestrittenen Vorbringen des Klägers deutlich machten, sie selbst hätten keinen Einfluss auf den Vertragsschluss. Sie bezogen sich auf Entscheidungsbefugnisse anderer Personen im Unternehmen der Beklagten, insbesondere in dem in den USA gelegenen Teil des Unternehmens. Sie selbst konnten und wollten damit nach dem Empfängerhorizont keine rechtsgeschäftliche Zusage im Sinn eines Vertragsangebots (§ 145 BGB) erteilen oder einen entsprechenden Antrag des Klägers annehmen. 24
- bb) Die fehlende Bereitschaft der Beklagten, ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen, ist keine unzulässige Benachteiligung des Klägers wegen seiner Weltanschauung iSv. §§ 1, 7 Abs. 1 AGG. Sie führt deshalb nicht zu einem Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 AGG. Die Naturalrestitution der Wiedereinstellung ist zudem durch § 15 Abs. 6 AGG ausgeschlossen. 25
- (1) § 15 Abs. 1 AGG begründet einen Anspruch auf Ersatz des durch die verbotene Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens. Für den Umfang des Schadensersatzes gelten die §§ 249 ff. BGB, wobei § 15 Abs. 6 AGG in den dort genannten Fällen eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ausschließt. Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn und damit das entgangene Arbeitsentgelt (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 75, AP AGG § 15 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 10*). 26
- (2) Der Kläger hat nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keinen Vortrag gehalten, der es rechtfertigte anzunehmen, dass er 27



wegen seiner politischen Überzeugung - seiner Nähe zur MLPD - nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen wurde. Die Naturalrestitution der Wiedereinstellung ist ferner nach § 15 Abs. 6 AGG ausgeschlossen.

(a) Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dem Betriebsrat sei in der zweiten Januarwoche des Jahres 2008 sinngemäß mitgeteilt worden, er brauche (*hinsichtlich des Klägers*) doch nur in das Internet zu schauen, trägt einen solchen Schluss nicht. Diesem unstreitigen Vortrag kommt indiziell geringe Bedeutung zu, weil die Aussage nicht ausdrücklich mit der politischen Haltung des Klägers verknüpft ist. Auch das streitige Vorbringen des Klägers, im Werk hätten in der ersten Januarwoche des Jahres 2008 Gerüchte die Runde gemacht, dass er wegen seiner Nähe zur MLPD nicht übernommen werde, hat indiziell geringe Aussagekraft. Sie sind keiner für die Beklagte handelnden Person zugeordnet. Es kann daher auf sich beruhen, ob die Zugehörigkeit zu einer Partei oder das Eintreten für deren Ziele das in § 1 AGG genannte Diskriminierungsmerkmal der Weltanschauung betrifft (*ebenfalls offengelassen von BAG 12. Mai 2011 - 2 AZR 479/09 - Rn. 38, NZA-RR 2012, 43, vgl. dort auch die Ausführungen in Rn. 28 zu den politischen Grundrechten der Freiheit der Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG und der Freiheit, sich in einer Partei politisch zu betätigen, aus Art. 21 Abs. 1 GG; vgl. zu der Kontroverse um den Weltanschauungsbegriff des § 1 AGG zB Annuß BB 2006, 1629, 1631; ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 1 AGG Rn. 8; Wisskirchen/Bissels NZA 2007, 169, 172 f.; zu dem Grundrecht auf Freiheit des weltanschaulichen Bekenntnisses aus Art. 4 Abs. 1 GG noch vor Inkrafttreten des AGG BVerwG 7. Juli 2004 - 6 C 17.03 - zu 3 c ee der Gründe, NJW 2005, 85*).

28

(b) Nach § 15 Abs. 6 AGG begründet ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 1, 7 Abs. 1 AGG auch keinen Anspruch auf Begründung eines sog. Beschäftigungsverhältnisses, hier eines Arbeitsverhältnisses, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund. Ein nach § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch scheidet aus (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 75, AP AGG § 15 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 10*).

29



- cc) Dagegen kommt nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu dem Geschehen in der Betriebsversammlung vom 14. Dezember 2007 eine verbotene Maßregelung des Klägers iSd. allgemeinen Maßregelungsverbots in § 612a BGB in Betracht. Der Kläger kann den Wiedereinstellungsanspruch dennoch weder unmittelbar aus § 612a BGB noch aus § 612a iVm. § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder § 612a iVm. § 823 Abs. 2 BGB oder § 612a BGB iVm. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz herleiten. Dem steht der entsprechend anzuwendende § 15 Abs. 6 AGG entgegen. 30
- (1) § 612a BGB bestimmt, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Die Norm erfasst einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit (*BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 21 mwN, BAGE 121, 247; 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - zu B III 2 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2*). 31
- (a) Das in § 612a BGB geregelte Benachteiligungsverbot soll den Arbeitnehmer in seiner Willensfreiheit bei der Entscheidung darüber schützen, ob er ein Recht ausüben will oder nicht. Diese Entscheidung soll er ohne Furcht vor wirtschaftlichen oder sonstigen Repressalien des Arbeitgebers treffen können (*BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 21, BAGE 121, 247; 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - zu B II 2 b ee (1) der Gründe, BAGE 113, 327*). Indem die Vorschrift dem Arbeitgeber untersagt, bei Vereinbarungen oder Maßnahmen den Umstand zum Nachteil des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat, schränkt sie die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers ein (*vgl. BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 486/08 - Rn. 23, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 209 = EzA BGB 2002 § 242 Gleichbehandlung Nr. 20; 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - aaO*). Wie aus dem auf Arbeitnehmer beschränkten Anwendungsbereich der Bestimmung deutlich wird, beruht sie auf dem für Arbeitsverhältnisse typischen Ungleichgewicht, das sich durch Weisungsrechte des Arbeitgebers und Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers auszeichnet (*vgl. BAG 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - aaO*). 32



(b) Eine Rechtsausübung in diesem Sinn kann nicht nur in der Geltendmachung von Ansprüchen bestehen, sondern auch in der Wahrnehmung sonstiger Rechtspositionen. Von § 612a BGB wird auch die Ausübung von Grundrechten erfasst, soweit sie im Verhältnis zum Arbeitgeber rechtserheblich sind (vgl. *APS/Linck 3. Aufl. § 612a BGB Rn. 7; MünchKommBGB/Müller-Glöge 4. Aufl. § 612a Rn. 7; Staudinger/Richardi/Fischinger (2011) § 612a Rn. 15; HWK/Thüsing 4. Aufl. § 612a BGB Rn. 12*). Dazu gehören insbesondere auch das von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und die durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG gewährleistete Betätigungsfreiheit (vgl. *zum Schutz der freien Meinungsäußerung und der gebotenen Konkordanz der widerstreitenden Grundrechte bei der Übernahme von Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis BVerfG 19. Mai 1992 - 1 BvR 126/85 - zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 86, 122; zum Schutz der freien Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK EGMR 21. Juli 2011 - 28274/08 - [Heinisch] Rn. 62 ff., EzA BGB 2002 § 626 Anzeige gegen Arbeitgeber Nr. 1*).

33

(c) Die verbotene Benachteiligung kann sowohl in einer einseitigen Maßnahme des Arbeitgebers als auch in einer vertraglichen Vereinbarung liegen. Eine Maßnahme rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art kann in einem Unterlassen bestehen (vgl. *MünchKommBGB/Müller-Glöge § 612a Rn. 15; Staudinger/Richardi/Fischinger § 612a Rn. 13*). Ob eine Benachteiligung des Arbeitnehmers vorliegt, ist durch einen Vergleich der Situation des Arbeitnehmers vor und nach der Maßnahme oder Vereinbarung zu beurteilen. Ein Nachteil ist stets gegeben, wenn sich die bisherige Rechtsposition des Arbeitnehmers verschlechtert, seine Rechte also verkürzt werden. Eine Benachteiligung iSv. § 612a BGB kann aber auch darin bestehen, dass dem Arbeitnehmer Vorteile vorenthalten werden, die der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt, die entsprechende Rechte nicht ausgeübt haben (vgl. *für die st. Rspr. BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 21 mwN, BAGE 121, 247; siehe auch 17. März 2010 - 5 AZR 168/09 - Rn. 28, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 211 = EzA BGB 2002 § 242 Gleichbehandlung Nr. 22; 18. September 2007 - 3 AZR 639/06 - Rn. 27, BAGE 124, 71; 31. Mai 2005 - 1 AZR 254/04 - zu II 2 c bb der Gründe, BAGE 115, 68*).

34



(d) Das Maßregelungsverbot ist nur dann verletzt, wenn zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, dh. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (vgl. etwa BAG 17. März 2010 - 5 AZR 168/09 - Rn. 28, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 211 = EzA BGB 2002 § 242 Gleichbehandlung Nr. 22; 18. September 2007 - 3 AZR 639/06 - Rn. 27, BAGE 124, 71; 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 22 mwN, BAGE 121, 247; 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - zu B II 2 a der Gründe mwN, BAGE 108, 269).

35

(e) Ob § 612a BGB für die vorenthaltene Leistung unmittelbar anspruchsbegründende Wirkung zukommt oder ein Primäranspruch lediglich iVm. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht kommt, ist noch nicht abschließend geklärt (offengelassen zB von BAG 17. März 2010 - 5 AZR 168/09 - Rn. 27, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 211 = EzA BGB 2002 § 242 Gleichbehandlung Nr. 22; 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - zu B II 2 a der Gründe mwN zu der Kontroverse, BAGE 113, 327; für eine anspruchsbegründende Wirkung in dem Sinn, dass der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als wäre die verbotene Maßregelung nicht erfolgt, bspw. BAG 15. September 2009 - 9 AZR 685/08 - Rn. 40, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 186; 12. Juni 2002 - 10 AZR 340/01 - zu II 2 der Gründe, BAGE 101, 312). Die Frage kann auch im Streitfall offenbleiben. Jedenfalls kann ein Verstoß gegen § 612a BGB - iVm. § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder iVm. § 823 Abs. 2 BGB - Sekundäransprüche auf Schadensersatz begründen.

36

(f) Den Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er wegen seiner Rechtsausübung vom beklagten Arbeitgeber benachteiligt wurde. Er hat einen Sachverhalt vorzutragen, der auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Maßnahme des Arbeitgebers und einer vorangegangenen zulässigen Ausübung von Rechten hindeutet. Der Arbeitgeber muss sich nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu diesem Vortrag erklären. Sind entscheidungserhebliche Behauptungen des Arbeitnehmers streitig, sind grundsätzlich

37



die von ihm angebotenen Beweise zu erheben (vgl. BAG 23. April 2009 - 6 AZR 189/08 - Rn. 13, BAGE 130, 347).

(2) Nach diesen Grundsätzen kommt hier nach dem unstreitigen und streitigen Vortrag des Klägers zu dem Geschehen in der Betriebsversammlung vom 14. Dezember 2007 eine Benachteiligung des Klägers wegen Ausübung seiner Grundrechte auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG und auf individuelle Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG in Betracht. Es spricht einiges dafür, dass sich die Beklagte nur deshalb weigerte, mit dem Kläger einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu schließen, weil der Kläger in der Betriebsversammlung in seiner Eigenschaft als Leiter des gewerkschaftlichen Vertrauenskörpers gegenüber der Beklagten Kritik geäußert und damit seine Grundrechte ausgeübt hatte.

38

(a) Ein starkes Indiz für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers, die Beklagte habe den Abschluss eines Folgevertrags entscheidend wegen seiner kritischen Äußerungen in der Betriebsversammlung abgelehnt, ist der Umstand, dass der Geschäftsführer der Beklagten die Forderung des Klägers nach einer Entgeltsonderzahlung und seine kritischen Anmerkungen zum Abbau von 100 Arbeitsplätzen als „Frechheit“ bezeichnete. Indizielle Bedeutung kommt auch dem Umstand zu, dass die Beklagte mit dem Kläger - anders als mit den sechs etwa zeitgleich eingestellten Arbeitnehmern - keinen unbefristeten Arbeitsvertrag schloss. Hinzu kommt das streitige Vorbringen des Klägers, wonach verschiedene Verantwortungsträger der Beklagten noch im Herbst 2007 davon ausgingen, es werde zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags kommen.

39

(b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts steht der Anwendung des Maßregelungsverbots in § 612a BGB nicht der Umstand entgegen, dass die Beklagte von ihrer Befugnis Gebrauch gemacht hat, frei darüber zu entscheiden, ob sie nach dem Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses einen weiteren Arbeitsvertrag mit dem Kläger schließt.

40



(aa) Allerdings handelt es sich dann, wenn der Arbeitgeber sein Verhalten an der Rechtsordnung orientiert, um keine nach § 612a BGB unzulässige Benachteiligung. Das in § 612a BGB zum Ausdruck kommende Unwerturteil ist in diesem Fall nicht gerechtfertigt, auch wenn sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers Nachteile für den Arbeitnehmer ergeben (*BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 22, BAGE 121, 247*). Schutzzweck des Maßregelungsverbots ist es nicht, den Arbeitsvertragsparteien die rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Gestaltung der Arbeits- und Ausscheidensbedingungen zu nehmen (*vgl. in dem anderen Zusammenhang eines Abfindungsanspruchs BAG 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - zu B II 2 b ee (2) der Gründe, BAGE 113, 327*).

41

(bb) Der Arbeitgeber orientiert sein Verhalten aber nicht an der Rechtsordnung, wenn er gerade deswegen den Abschluss eines Folgevertrags ablehnt, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt, und der Arbeitgeber den Vertrag ohne die Rechtsausübung geschlossen hätte. Vielmehr handelt es sich in einem solchen Fall um eine verbotene Maßregelung. Der Arbeitgeber übt nicht lediglich in zulässiger Weise seine Vertragsfreiheit aus. Sein Motiv dafür, dem Arbeitnehmer wegen der zulässigen Ausübung von Rechten den Vorteil eines unbefristeten Arbeitsvertrags vorzuenthalten, wird von der Rechtsordnung missbilligt. Das gilt gleichermaßen für vorangehende sachgrundlose Befristungen wie für Befristungen mit Sachgrund. Dem steht das Urteil des Senats vom 13. August 2008 (*- 7 AZR 513/07 - Rn. 23, BAGE 127, 239*) nicht entgegen. Nach dieser Entscheidung begründet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz keinen Anspruch eines Arbeitnehmers auf Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit genießt Vorrang (*vgl. BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 22 f., aaO*). Daran hält der Senat ausdrücklich fest. Der Arbeitgeber, der in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer steht, ist dennoch verpflichtet, bei der Entscheidung über den Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrags das Maßregelungsverbot des § 612a BGB zu beachten. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist nur in den Grenzen der Rechtsordnung geschützt. Das über den allgemeinen arbeitsrecht-

42



lichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinausgehende Maßregelungsverbot des § 612a BGB ist Teil dieser Rechtsordnung. Versagt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Abschluss eines unbefristeten Vertrags aus dem tragenden Beweggrund einer von § 612a BGB verbotenen Benachteiligung, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat, wird dieses Motiv von der Rechtsordnung nicht anerkannt. Das ohne den benachteiligenden Beweggrund zulässige Handeln des Arbeitgebers ist wegen des Maßregelungsverbots in § 612a BGB untersagt.

(3) Obwohl das Landesarbeitsgericht die Bedeutung des § 612a BGB verkannt hat, ist die Abweisung des Klageantrags zu 1. in seiner bisherigen Fassung im Ergebnis nicht zu beanstanden. Dem Kläger kommt weder unmittelbar aus § 612a BGB noch aus § 612a iVm. § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder aus § 612a iVm. § 823 Abs. 2 BGB oder aus § 612a BGB iVm. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ein Wiedereinstellungsanspruch zu. Das folgt aus der gebotenen Analogie zu § 15 Abs. 6 AGG, der eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB durch Wiedereinstellung ausschließt. Der Ausschlussgrund des § 15 Abs. 6 AGG ist unbeabsichtigt lückenhaft. Für das Maßregelungsverbot des § 612a BGB besteht eine vergleichbare Interessenlage wie für die Benachteiligungsverbote des § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG (vgl. zu den Voraussetzungen einer Analogie bspw. BAG 27. Juli 2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 30; 9. Februar 2011 - 7 AZR 221/10 - Rn. 22, EzA TzBfG § 17 Nr. 11).

43

(a) § 612a BGB enthält spätestens seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) eine unbewusste Regelungslücke. Die Vorschrift blieb zu diesem Zeitpunkt - am 18. August 2006 - unverändert. Sie besteht noch immer in der Fassung, in der sie durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1308) eingeführt wurde. Abweichend vom AGG hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, ob sich aus einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses ergeben kann. Bei einem Verstoß

44



des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB kommt jedoch regelmäßig ein Schadensersatzanspruch insbesondere aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 oder aus § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. § 612a BGB ist ein Schutzgesetz iSv. § 823 Abs. 2 BGB (vgl. nur APS/Linck § 612a BGB Rn. 25; MünchKommBGB/Müller-Glöge § 612a Rn. 23; ErfK/Preis § 612a BGB Rn. 23). Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Schadensersatzanspruch darauf gerichtet ist, ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Die gesetzgeberische Wertung, die in § 15 Abs. 6 AGG zum Ausdruck kommt, macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Frage versehentlich nicht geregelt hat. § 15 Abs. 6 AGG knüpft an den aufgehobenen § 611a Abs. 2 und Abs. 5 BGB an und schließt einen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses aus (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 38 f.). Das gilt nicht nur für das Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung im aufgehobenen § 611a BGB, sondern für alle Diskriminierungsverbote des § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG, also für Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Darin kommt ersichtlich eine allgemeine gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck. Nach ihr soll der Arbeitgeber selbst bei massivsten Diskriminierungen - etwa wegen des Geschlechts, der Rasse oder der Religion - nicht verpflichtet werden, ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Der Anspruch des benachteiligten Arbeitnehmers ist auf Geldersatz beschränkt. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei den typischerweise deutlich weniger gewichtigen Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB, etwa bei Geltendmachung von Urlaubsansprüchen oder Überarbeitsvergütung, einen Anspruch des bislang befristet beschäftigten Arbeitnehmers auf Abschluss eines Folgevertrags begründen wollte. Der Gesetzgeber hat die Regelungslücke erkennbar übersehen.

(b) Die Regelungslücke ist mit einer entsprechenden Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG zu schließen. Die Interessenlage von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist bei einer Verletzung des Maßregelungsverbots in § 612a BGB vergleichbar mit derjenigen bei einem Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote in § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG.

45



- (c) Die Entscheidung des Senats vom 6. April 2011 (- 7 AZR 524/09 - Rn. 34, NZA 2011, 970) hindert eine analoge Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG in den Fällen des § 612a BGB nicht. Nach diesem Urteil ist eine Analogie zu § 15 Abs. 6 AGG bei einer aufgrund von § 7 Abs. 2 AGG unwirksamen Befristungsabrede nicht geboten. Im Streitfall geht es dagegen nicht um die Wirksamkeit einer Befristungsvereinbarung und den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses, der sich regelmäßig aus der Unwirksamkeit der Befristungsabrede ergibt, sondern um die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses. Erst dadurch wird die grundrechtlich geschützte Auswahlfreiheit des Arbeitgebers berührt. Ihr trägt § 15 Abs. 6 AGG Rechnung (vgl. BAG 6. April 2011 - 7 AZR 524/09 - aaO). 46
- II. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags anzunehmen. Sie muss ihn deswegen auch nicht beschäftigen. 47
- B. Der Kläger kann mit den beiden bisherigen Klageanträgen, die auf Abgabe einer Annahmeerklärung und Beschäftigung gerichtet sind, wegen des Rechtsgedankens des § 15 Abs. 6 AGG nicht durchdringen, obwohl das Landesarbeitsgericht § 612a BGB verkannt hat. Die Revision konnte gleichwohl nicht nach § 561 ZPO zurückgewiesen werden. Dem Kläger war vielmehr nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gelegenheit zu geben, sachdienliche Anträge zu stellen, um die entsprechende Anwendbarkeit des § 15 Abs. 6 AGG auf Fälle der Verletzung des Benachteiligungsverbots in § 612a BGB zu berücksichtigen und seinen Sachvortrag unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu ergänzen. Der Kläger hat in der Revisionsverhandlung ausdrücklich erklärt, er hätte ggf. einen Antrag auf Geldersatz gestellt, wenn er auf eine mögliche entsprechende Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG hingewiesen worden wäre. Es kann auf sich beruhen, ob es sich dabei um eine Klageänderung iSv. § 263 ZPO oder um einen Fall des § 264 Nr. 3 ZPO handelte. Eine objektive Klageänderung wäre jedenfalls zulässig, weil sie sachdienlich wäre und der bisherige Sachvortrag verwertet werden könnte. Das Landesarbeitsgericht wird sich nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine Überzeugung darüber bilden müssen, ob die Beklagte gegen 48



das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen hat und daraus ein Anspruch auf Geldersatz aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 oder aus § 823 Abs. 2 BGB - jeweils iVm. §§ 612a, 251 Abs. 1, § 252 BGB - folgt. Das hängt davon ab, ob dem Kläger deshalb kein Folgevertrag angeboten wurde, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübte. Sollte die Beklagte § 612a BGB verletzt haben, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, welcher Schaden dem Kläger dadurch entstanden ist. Selbst wenn die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG entsprechend anzuwenden sein sollte, wäre sie durch die ursprünglich auf Wiedereinstellung gerichtete Klage gewahrt.

Linsenmaier

Schmidt

Gallner

Bea

Krollmann

