2 Sa 807/13
30 Ca 3444/13
(ArbG München)

Verkündet am: 13.03.2014

Souli
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin B.
B-Straße, A-Stadt

gegen

Firma C. B.V., NL,
diese vertreten durch
C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, C-Stadt

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waitz und die ehrenamtlichen Richter Manzinger und Hadyk

für Recht erkannt:

1. **Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 20.08.2013 – 30 Ca 3444/13 – wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.**

2. **Die Revision für die Klägerin wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten vor allem über die Wirksamkeit eines befristeten Einsatzes der Klägerin als Kassiererin sowie darüber, ob das Arbeitsverhältnis unbefristet mit dem Inhalt einer Tätigkeit als Kassiererin fortbesteht.

Die Klägerin ist jedenfalls seit 24.11.2009 bei der Beklagten beschäftigt. Im Anstellungsvertrag vom 20.11.2009 (Bl. 9 ff d.A.) heißt es u.a.:

> „1. Art und Ort der Tätigkeit
> Die Mitarbeiterin wird mit Wirkung vom 24. November 2009 als Verkäuferin in der Filiale A-Stadt, E Straße 14, angestellt.
>
> Das Aufgabengebiet der Mitarbeiterin umfasst den Verkauf sowie auch Kassiererтätigkeit. …“

Nach Ziffer 2 des Arbeitsvertrages gelten für das Arbeitsverhältnis die zwischen dem Landesverband des Hamburger Einzelhandels e.V. und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung.

Das Arbeitsverhältnis war zunächst bis 23.05.2010, dann bis 23.11.2010 befristet. Am 12.10.2010 vereinbarten die Parteien die unbefristete Fortführung des Arbeitsverhältnisses (Bl. 42 d.A.).

Am 14.05.2012 vereinbarten die Parteien eine „befristete Vertrags-/Entgeltveränderung“ für die Zeit vom 01.05.2012 bis 31.08.2012 (Bl. 59 d.A.). Danach sollte die Klägerin statt bisher als Verkäuferin nun als Kassiererin tätig sein. Als Verkäuferin hatte die Klägerin zuvor eine Vergütung nach der Gehaltsgruppe 2 a des Lohn- und Gehaltstarifvertrages des Hamburger Einzelhandels erhalten. Als Kassiererin erhielt sie eine Vergütung nach der Gehaltsgruppe 3.

Im August 2012 bewarb sich die Klägerin auf eine ausgeschriebene Position als Kassiererin in der Filiale der Beklagten in der Fstraße in A-Stadt.

Am 10.09.2012 vereinbarten die Parteien eine Verlängerung der befristeten Positionsveränderung bis zum 28.02.2013 (Bl. 60 d.A.).

Am 06.02.2013 teilte die Klägerin der Leiterin der Filiale in der Kaufingerstraße mit, dass sie schwanger sei. Mit Aushang vom 07.02.2013 schrieb die Beklagte eine Stelle einer Kassiererin in der Filiale Estraße intern aus. Diese Stelle wurde zum 01.03.2013 mit einer anderen Mitarbeiterin der Filiale besetzt. Die Klägerin hatte sich auf diese Stelle nicht beworben.

Die Klägerin hat schon in erster Instanz die Auffassung vertreten, die Befristungsvereinbarung vom 10.09.2012 sei wegen fehlender Schriftform gem. § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam. Sie sei über den 31.08.2012 hinaus als Kassiererin beschäftigt worden, ohne dass die Parteien eine weitere schriftliche Befristung der Kassierertätigkeit vereinbart hätten.

Vor der Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft sei ihr immer wieder der Eindruck vermittelt worden, dass sie sich als Kassiererin bewährt habe und als solche weiterbeschäftigt werde. Nach der Bekanntgabe der Schwangerschaft habe ihr die Filialleiterin am 06.02.2013 erklärt, dass ihr Kassierervertrag über den 28.02.2013 nicht weitergeführt werden könne. Sie, die Filialleiterin, brauche eine Kassiererin, die den Kassenabschluss bis 21.00 Uhr machen könne. Die Klägerin könne aufgrund ihrer Schwangerschaft aber nur bis 20.00 Uhr beschäftigt werden. Es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn sich die Beklagte ausschließlich wegen der Schwangerschaft auf den Ablauf der Befristung berufe.

Für Mai 2013 stehe ihr nach der Gehaltsgruppe 3 eine Vergütung in Höhe von € 1.847,38 brutto zu. Tatsächlich habe die Beklagte lediglich € 1.792,28 brutto vergütet (Gehaltsgruppe 2 a) und in der Gehaltsabrechnung für Mai 2013 einen Nettobetrag von € 56,95 abgezogen als angebliche Überzahlung für die Monate März und April 2013.

Dagegen hat die Beklagte schon in erster Instanz vorgetragen, der befristete Einsatz der Klägerin als Kassiererin sei zur Erprobung erfolgt. Im Herbst 2012 sei in der Filiale in der Estraße ein neues Kassensystem eingeführt worden.

Das TzBfG finde auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen keine Anwendung. Bei der vorzunehmenden Angemessenheitsprüfung sei zu berücksichtigen, dass es einen Sachgrund für die Befristung gegeben habe. Die Filialleiterin G habe der Klägerin nicht signalisiert, dass sie sich bewährt habe und an der Kasse weiter beschäftigt werden solle. Vielmehr habe die Filialleiterin die Klägerin mehrfach mündlich wegen deren Gesprächigkeit ermahnt und sie darauf hingewiesen, dass sie ihr Verhalten an der Kasse ändern und die übrigen Kassiererinnen während der Arbeit nicht stören solle.

Unzutreffend sei auch der Sachvortrag der Klägerin zum Gespräch zwischen ihr und der Filialleiterin am 06.02.2013. Dabei habe die Klägerin selbst gemutmaßt, ihr Kassierervertrag werde bestimmt nicht verlängert. Daraufhin habe die Filialleiterin lediglich mitgeteilt, dass sie dies nicht wisse. Im Übrigen beschäftige die Beklagte schwangere Mitarbeiterinnen als Kassiererinnen.

Mit Endurteil vom 20.08.2013 hat das Arbeitsgericht die Klage mit dem Feststellungsantrag, dass die vereinbarte Positionsveränderung zur Kassiererin nicht aufgrund Befristung zum 28.02.2013 beendet ist, sondern darüber hinaus fortbesteht sowie hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag mit dem Antrag auf Zahlung von € 54,50 brutto sowie € 56,95 netto abgewiesen.

Das Arbeitsgericht hat angenommen, die Befristung des Einsatzes der Klägerin als Kassiererin sei wirksam. Diese sei eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB und unterliege der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Die Vertragskontrolle erstrecke sich nur auf den letzten vorbehaltlos vereinbarten befristeten Einsatz der Klägerin als Kassiererin. Die Befristungsabrede vom 10.09.2012 sei nicht wegen Verstoßes gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerte Transparenzgebot unwirksam, auch wenn der Grund für die Befristung in der Vereinbarung nicht angegeben sei. Bei einer ausschließlich kalendermäßigen Befristung einzelner Arbeitsbedingungen müsse der Grund für die Befristung nicht schriftlich vereinbart werden (BAG vom 02.09.2009 – 7 AZR 233/08 – Juris).

Die vereinbarte Befristung des Einsatzes als Kassiererin halte der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB statt. Für die bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen vorzunehmende Inhaltskontrolle würden zwar andere Maßstäbe gelten als für die Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 TzBfG. Gleichwohl seien die Umstände, die die Befristung eines Arbeitsvertrages insgesamt rechtfertigen können, bei der Inhaltskontrolle nicht ohne Bedeutung. Liege der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ein Sachverhalt zugrunde, der die Befristung des Arbeitsvertrages insgesamt rechtfertigen könne (§ 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG), überwiege in aller Regel das Interesse des Arbeitgebers an der nur befristeten Vereinbarung. Hier sei die Befristung wegen der Erprobung der Klägerin erfolgt und damit sachlich gerechtfertigt (entsprechend § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG). Es komme allein auf das objektive Bestehen des Sachgrundes zum Zeitpunkt der Befristungsabrede an. Dagegen habe der Grund der Erprobung nicht schriftlich niedergelegt werden müssen. In der Filiale der Klägerin sei im Herbst 2012 ein neues Kassensystem eingeführt worden. Dies sei Gegenstand einer Betriebsvereinbarung gewesen (Bl. 103 f d.A.). Es lägen keinerlei Anhaltspunkte vor, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Befris-

tungsabrede am 10.09.2012 bereits ausreichende Zeit mit dem neuen Kassensystem beschäftigt gewesen sei.

Auch wenn die Klägerin über den 31.08.2012 hinaus als Kassiererin beschäftigt und erst am 10.09.2012 die weitere Befristung schriftlich fixiert worden sei, mache dies die Befristung nicht wegen eines Verstoßes gegen das Schriftformerfordernisses des § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam. Auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen seien die Vorschriften des TzBfG und damit auch das in § 14 Abs. 4 TzBfG normierte Schriftformgebot nicht anwendbar (BAG vom 18.06.2008 – 7 AZR 245/07 – Juris).

Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf unbefristete Fortsetzung ihrer Beschäftigung als Kassiererin aufgrund Vertrauensschutzes. Zwar könne ein Arbeitgeber verpflichtet sein, einen an sich wirksam befristeten Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit fortzusetzen, wenn er beim Arbeitnehmer die Erwartung geweckt hat, dieser werde bei Eignung und Bewährung befristet weiterbeschäftigt und wenn sich der Arbeitgeber mit einer Ablehnung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten und dem von ihm geschaffenen Vertrauensbestand setze (BAG vom 16.03.1989 – 2 AZR 325/88 – Juris). Hierzu habe die Klägerin aber keine Tatsachen vorgetragen. Sie habe nur die Rechtsbehauptung aufgestellt, dass ihr der Eindruck vermittelt worden sei, sie habe sich bewährt und werde als Kassiererin weiterbeschäftigt. Dagegen habe sie nicht vorgetragen, wodurch der Eindruck entstanden sein soll.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen dieses der Klägerinvertreterin am 02.09.2013 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung der Klägerin vom 02.10.2013, die am 18.11.2013 begründet worden ist, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zu diesem Tag verlängert worden war.

Die Klägerin rügt, das Arbeitsgericht übersehe den einschlägigen Manteltarifvertrag des Hamburger Einzelhandels (MTV), wenn es annehme, auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen sei das Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht anzuwenden. Nach § 2 MTV gehöre zum Arbeitsverhältnis ein schriftlicher Vertrag, der u.a. die Probezeit

regelt. Selbst wenn der Sachgrund der Erprobung vorgelegen hätte, wäre diese „Probezeit“ damit schriftlich zu fixieren gewesen. Außerdem hätte die Probezeit nach § 2 MTV nicht mehr als drei Monate betragen dürfen.

Zudem habe das Arbeitsgericht zu Unrecht einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund Vertrauensschutzes verneint. Die Klägerin habe schon in erster Instanz Umstände vorgetragen, mit denen ihr der Eindruck vermittelt worden sei, dass sie als Kassiererin über den 28.02.2013 hinaus beschäftigt werde. So sei sie eine der ersten Kassiererinnen gewesen, die die Kasse fachgerecht bedienen konnten. Ihre Arbeitsleistung sei nie beanstandet worden. Nach ihrer Bewerbung für eine Tätigkeit in der Filiale in der Fstraße habe die Filialleiterin G ihr erklärt, dass sie sie nicht gehen lasse, da sie sie weiter an der Kasse brauche. Sie sei immer eine der schnellsten und gründlichsten Kassenmitarbeiterinnen gewesen und habe nie eine Kassendifferenzerklärung abgeben müssen. Ihre Kolleginnen und Vorgesetzten hätten bei einem Einsatz der Klägerin in der Spätschicht ihre Erleichterung zum Ausdruck gebracht, weil sie dann davon hätten ausgehen können, dass die Kassenabschlüsse rechtzeitig und ordentlich erfolgen würden. Selbst in Zeiten des Weihnachtsgeschäfts sei sie als einzige Kassiererin mit Kassierervertrag in die Spätschicht eingeplant worden.

Schließlich stelle die Berufung der Beklagten auf den Fristablauf eine unzulässige Rechtsausübung dar, da die Nichtverlängerung der Tätigkeit als Kassiererin ausschließlich mit ihrer Schwangerschaft begründet worden sei.

Die Klägerin stellt folgende Anträge:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird da Urteil des Arbeitsgerichts München vom 20.08.2013, GZ: 30 Ca 3444/13, abgeändert.

2. Es wird festgestellt, dass die zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbarte Positionsveränderung zur Kassiererin nicht aufgrund Befristung zum 28.02.2013 beendet ist, sondern als unbefristete Positionsveränderung zur Kassiererin in der Gehaltsgruppe 3 des Lohn- und Gehaltstarifver-

trages des Hamburger Einzelhandels über den 28.02.2013 hinaus fortbesteht.

Für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag in Ziffer 2:

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für Mai 2013 Vergütung in Höhe von € 54,50 brutto sowie weitere Vergütung in Höhe von € 56,95 netto, jeweils nebst Verzugszinsen in Höhe von Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.06.2013 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des Arbeitsgerichts für zutreffend. Bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen bestehe kein Schriftformerfordernis. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 2 des Manteltarifvertrages für den Hamburger Einzelhandel. Diese Regelung sei auf die Befristung einzelner Vertragsbedingungen nicht anwendbar. Außerdem habe es schriftliche und jeweils von der Klägerin unterzeichnete Vereinbarungen über ihren befristeten Einsatz als Kassiererin gegeben (Anlagen B 4 und B 5). § 2 MTV regle den Zeitpunkt der Übergabe eines schriftlichen Vertrages nicht. Schließlich enthalte § 2 MTV keine Sanktionsregelung. Der behauptete Verstoß führe also nicht zu einem unbefristeten Arbeitsvertrag.

Die Wirksamkeit der Befristung scheitere auch nicht an der fehlenden Angabe des Befristungsgrundes in der Befristungsabrede. Das Arbeitsgericht gebe zutreffend die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wieder.

Auf die Befristung einzelnen Vertragsbedingungen sei auch § 15 Abs. 5 TzBfG nicht anwendbar, so dass eine unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach dem Ablauf der Befristung nicht zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Kassiererin führe.

Die Klägerin habe in den Aufgaben einer Kassiererin erprobt werden sollen. Die Erprobung sei zunächst im Rahmen des ersten befristeten Arbeitseinsatzes an dem alten Kas-

sensystem und erst im Rahmen der zweiten Befristung mit der Einführung des neuen Kassensystems im November 2012 an dem neuen Kassensystem erfolgt. Während der ersten Befristung habe sich die Klägerin noch nicht an dem neuen Kassensystem beweisen können. Die Entscheidung über die Einführung des neuen Kassensystems sei erst am 19.07.2012 gefallen, wie sich aus der vorgelegten Betriebsvereinbarung (Anlage B 6) ergebe.

Ein Anspruch auf dauerhafte Beschäftigung als Kassiererin ergebe sich auch nicht aus Vertrauensschutz. Gegenüber der Klägerin sei nicht geäußert worden, dass sie sich bewährt habe und an der Kasse weiterbeschäftigt werden solle. Der Vortrag der Klägerin zu Kassendifferenzen und zur Geschwindigkeit des von ihr durchgeführten Kassenabschlusses sei unsubstantiiert. Gleiches gelte für den Vortrag der Klägerin, sie sei von ihren Kolleginnen und Vorgesetzten als eine schnelle, zuverlässige und gründliche Mitarbeiterin anerkannt. Die Filialleiterin G habe der Klägerin mehrfach mitgeteilt, dass ihre Arbeitsleistung an der Kasse unzureichend sei. Nach der Bewerbung der Klägerin für eine andere Filiale im August 2012 habe die Filialleiterin lediglich geäußert, nicht auf alle Mitarbeiter, die sich für die Filiale Fstraße beworben hatten, verzichten zu können. Schließlich sei der Sachvortrag der Klägerin unzutreffend, ihr befristeter Vertrag als Kassiererin sei aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht fortgeführt worden. Aber selbst wenn man den Sachvortrag der Klägerin hierzu als zutreffend unterstelle, ergebe sich daraus kein Anspruch auf unbefristete Tätigkeit als Kassiererin. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot führe nach dem AGG lediglich zu einer Entschädigungspflicht.

Schließlich weist die Beklagte darauf hin, dass auch bei der Mitarbeiterin H der befristete Arbeitseinsatz an der Kasse für die Zeit vom 02.05.2012 bis 27.02.2013 nicht verlängert worden sei. Nur bei einer Verlängerung oder einer unbefristeten Fortsetzung einer befristeten Vertragsänderung würden die Mitarbeiter eine schriftliche Vertragsänderung erhalten.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf die Berufungsbegründung vom 18.11.2013, die Berufungserwiderung vom 22.01.2014 sowie die Sitzungsniederschrift vom 27.02.2014 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 64 Abs. 1, Abs. 2 b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist unbegründet, denn das Arbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Befristung der Vertragsänderung mit einer Tätigkeit als Kassiererin wirksam ist. Eine Unwirksamkeit der Befristung zum 28.02.2013 ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass die Klägerin über den Ablauf der ersten Befristung hinaus bis 09.09.2012 als Kassiererin weiter beschäftigt wurde, ohne dass in dieser Zeit schon eine weitere schriftliche Befristung der Kassierertätigkeit vereinbart war. Die Befristung der Tätigkeit als Kassiererin bedurfte weder nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform, noch gilt die Befristung nach § 15 Abs. 5 TzBfG als auf unbestimmte Zeit verlängert, weil die Kassierertätigkeit über den 31.08.2012 fortgesetzt wurde. Das TzBfG ist nämlich auf die Befristung von Arbeitsbedingungen nicht anwendbar (1). § 2 MTV führt zu keiner anderen Beurteilung (2). Die vereinbarte Befristung hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand (3). Das Arbeitsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass sich ein Anspruch der Klägerin auf eine unbefristete Tätigkeit als Kassiererin nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ergibt (4). Schließlich stellt es keine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) dar, wenn sich die Beklagte auf den Fristablauf beruft (5).

1. Das Arbeitsgericht hat ausführlich und unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (insbesondere Urteil vom 18.06.2008 – 7 AZR 245/07 – Juris) begründet, dass die Vorschriften des TzBfG auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen keine Anwendung finden. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird deshalb insoweit auf die Begründung des Arbeitsgerichts Bezug genommen

(§ 69 Abs. 2 ArbGG). Daraus ergibt sich zunächst, dass die Fortsetzung der Kassierertätigkeit über den Ablauf der ersten Befristung am 31.08.2012 hinaus nicht dazu führte, dass die Tätigkeit als Kassiererin dauerhaft Vertragsinhalt wurde. § 15 Abs. 5 TzBfG, aus dem sich eine solche Rechtsfolge ergeben könnte, ist auf die Befristung einzelnen Arbeitsbedingungen nicht anwendbar. Vielmehr besteht das Arbeitsverhältnis nach dem Ablauf einer Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ohnehin fort, so dass es der in § 15 Abs. 5 TzBfG geregelten Fiktion nicht bedarf (BAG vom 03.09.2003 – 7 AZR 106/03 – NZA 2004, 255).

Außerdem bedarf – wie vom Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt – die befristete Veränderung einzelner Arbeitsbedingungen nicht nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform (BAG vom 03.09.2003 aaO). Der Umstand, dass es vom 01. bis 09.09.2012 zunächst keine schriftliche Vereinbarung über die Befristung gab, macht die Befristung nicht unwirksam.

2. Die Unwirksamkeit der Befristung zum 28.02.2013 ergibt sich auch nicht aus § 2 MTV. Aus dieser Bestimmung kann weder abgeleitet werden, dass schon vor dem 10.09.2012 eine schriftliche Vereinbarung über die Verlängerung der Befristung hätte geschlossen noch dass der Grund für die Befristung in die Vereinbarung hätte aufgenommen werden müssen.

Nach § 2 MTV gehört zum Arbeitsverhältnis ein schriftlicher Vertrag, der u.a. die Probezeit regelt. Aufgrund dieser Bestimmung war die Beklagte nicht verpflichtet, den Grund für die Befristung, der nach ihrer Darstellung in der Erprobung der Klägerin lag, in die Vereinbarung aufzunehmen. § 2 MTV ist nämlich auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen nicht anwendbar. Die Regelung bezieht sich vielmehr auf die Probezeit am Anfang eines Arbeitsverhältnisses. In diesem Sinne wird der Begriff Probezeit, der sich beispielsweise in § 622 Abs. 3 BGB findet, allgemein verstanden. Verwenden die Tarifvertragsparteien – wie hier – einen Rechtsbegriff, ist anzunehmen, dass sie ihn in seiner rechtlichen Bedeutung verwenden wollen (BAG vom 25.09.2013 – 10 AZR 850/12 – NZA 2014,52).

Im Übrigen weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass auch dann, wenn (wie nicht) ein Verstoß gegen § 2 MTV vorliegen würde, ein Anspruch auf eine unbefristete Tätigkeit als Kassiererin bestünde. Zum einen regelt § 2 MTV nicht, zu welchem Zeitpunkt der schriftli-

che Vertrag vorliegen muss und die Parteien haben am 10.09.2012 eine schriftliche Vereinbarung über die Verlängerung der Befristung bis 25.02.2013 geschlossen. Zum anderen regelt § 2 MTV die Folgen eines Verstoßes nicht. Eine unbefristete Tätigkeit als Kassiererin lässt sich auch nicht mit § 16 TzBfG begründen. Danach gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn die Befristung rechtsunwirksam ist. Wie ausgeführt gilt aber das TzBfG und damit auch § 16 TzBfG nicht für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, wie sie hier vorliegt.

3. Die Unwirksamkeit der Befristung ergibt sich weiter nicht aus den §§ 305 ff BGB. Vielmehr hat das Arbeitsgericht zu Recht angenommen, dass die Verlängerung der Befristung bis zum 28.02.2013 einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält. Dies hat das Arbeitsgericht auf den Seiten 7 bis 10 seines Urteils ausführlich und zutreffend begründet. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf diese Ausführungen Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Nur ergänzend wird darauf hingewiesen, dass auch die Berufungskammer unter Berücksichtigung des gesamten Sachvortrags der Parteien und der mündlichen Verhandlungen vom 27.02.2014 davon überzeugt ist, dass die Befristung dazu diente, die Klägerin zu erproben. Dies hat die Beklagte ausführlich begründet und vorgetragen, die Erprobung sei zunächst im Rahmen des ersten befristeten Arbeitseinsatzes an dem alten Kassensystem und dann im Rahmen der zweiten Befristung an dem neuen Kassensystem erfolgt. Über die Einführung des neuen Kassensystems sei erst am 19.07.2012 und damit nach dem Abschluss der ersten Befristungsabrede entschieden worden. Zum Beleg hat die Beklagte die Gesamtbetriebsvereinbarung zur Einführung des neuen Kassensystems vorgelegt (Anlage B 6).

Hierzu hat die Klägerin nicht konkret Stellung genommen, sondern nur pauschal das Vorliegen eines Sachgrundes für die Befristung bestritten. Dies begründet keine Zweifel an der Richtigkeit des Vortrags der Beklagten. Vielmehr spricht auch der Sachvortrag der Klägerin für den Erprobungszweck. Sie trägt nämlich vor, dass auch mit Kolleginnen Vereinbarungen über einen befristeten Einsatz als Kassiererin geschlossen wurden und diese Kolleginnen dann nach Fristablauf entweder neu befristet oder unbefristet als Kassiererinnen weiter beschäftigt worden seien. Ein solches Vorgehen der Beklagten ist jedenfalls ein Indiz dafür, dass die Befristungen nicht willkürlich vereinbart wurden. Vielmehr gab es nach dem Sachvortrag der Klägerin Kolleginnen, die zunächst befristet und dann später

dauerhaft als Kassiererinnen eingesetzt wurden. Vor diesem Hintergrund gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die mit der Klägerin vereinbarten Befristungen einen anderen Zweck verfolgten als den, die Klägerin zu erproben.

4. Ein Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit einer dauerhaften Tätigkeit als Kassiererin ergibt sich weiter nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes. Wie vom Arbeitsgericht zutreffend und unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 16.03.1989 – 2 AZR 325/88 – NZA 1989,719) ausgeführt, kann ein Arbeitgeber verpflichtet sein, einen an sich wirksam befristeten Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit fortzusetzen, wenn er beim Arbeitnehmer die Erwartung geweckt und bestätigt hat, dieser werde bei Eignung und Bewährung unbefristet weiter beschäftigt und wenn sich der Arbeitgeber mit seiner Ablehnung einer dauerhaften Weiterbeschäftigung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten und dem damit von ihm geschaffenen Vertrauenstatbestand setzt.

Weder aus dem erstinstanzlichen Sachvortrag der Klägerin noch aus ihrer Berufungsbegründung ergibt sich, dass die Beklagte einen solchen Vertrauenstatbestand geschaffen hat.

Die Klägerin beruft sich zunächst auf die Qualität ihrer Arbeit und trägt insbesondere vor, sie habe die Kasse als eine der ersten Kassiererinnen fachgerecht bedienen können, ihre Arbeitsleistung sei nie bemängelt worden. Sie habe nie eine Kassendifferenzerklärung abgeben müssen und sei während des Weihnachtsgeschäfts in die Spätschicht mit der Tätigkeit des Kassenabschlusses eingeplant worden. Insoweit rügt die Beklagte teilweise zu Recht, dieser Sachvortrag sei nicht hinreichend konkret. Jedenfalls ergibt sich aus diesem Sachvortrag kein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin, sie werde unbefristet als Kassiererin weiter beschäftigt. Ein solches Vertrauen kann nur durch Äußerungen von Vertretern der Arbeitgeberin begründet werden. Auch bei guter Arbeit konnte die Klägerin nicht ohne Weiteres davon ausgehen, sie werde dauerhaft als Kassiererin eingesetzt. Zum einen kann es mehr geeignete Arbeitnehmerinnen als freie Stellen geben. Zum anderen kann der Arbeitgeber bei der Beurteilung der Bewährung auch auf andere Kriterien als die Qualität der Arbeit abstellen.

Eventuelle Äußerungen von Kolleginnen sind nicht geeignet, einen Vertrauenstatbestand zu schaffen. Nur die Beklagte selbst kann über den dauerhaften Einsatz der Klägerin als Kassiererin entscheiden. Die Klägerin trägt nur eine Äußerung von Vorgesetzten konkret vor, nämlich die behauptete Erklärung der Filialleiterin G im August nach 2012 nach der Bewerbung der Klägerin auf eine Position als Kassiererin in der Filiale in der Neuhauserstraße. Es kann dahinstehen, ob diese Äußerung so wie von der Klägerin behauptet gefallen ist, was die Beklagte bestreitet. Auch bei Zugrundelegung des Sachvortrags der Klägerin war diese Äußerung deshalb nicht geeignet, ein Vertrauen in ihre dauerhafte Beschäftigung als Kassiererin zu begründen, weil etwa einen Monat später die Vereinbarung vom 10.09.2012 über eine Verlängerung der Befristung getroffen wurde. Das Angebot der Beklagten auf Abschluss dieser Verlängerungsvereinbarung konnte die Klägerin so verstehen, dass die Beklagte jedenfalls noch nicht endgültig über eine dauerhafte Tätigkeit als Kassiererin entscheiden wollte.

5. Schließlich stellt es keine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) dar, wenn sich die Beklagte auf den Fristablauf beruft. Insoweit ist es für den vorliegenden Rechtsstreit unerheblich, ob die Filialleiterin G am 06.02.2013 die Nichtfortsetzung der Tätigkeit als Kassiererin über den 28.02.2013 hinaus mit der Schwangerschaft der Klägerin begründete. Selbst wenn man den Sachvortrag der Klägerin hierzu zu ihren Gunsten als zutreffend unterstellt, ergibt sich hieraus nicht, dass das Arbeitsverhältnis über den 28.02.2013 hinaus mit dem Inhalt einer Kassierertätigkeit fortbestand und der Klägerin die Vergütung nach der Gehaltsgruppe 3 des Lohn- und Gehaltstarifvertrages des Hamburger Einzelhandels zusteht.

Das Bundesarbeitsgericht hat zwar in einem Urteil vom 28.11.1963 (2 AZR 140/63 – AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) angenommen, die Berufung auf den Ablauf der Probezeit, während der sich die Arbeitnehmerin voll bewährt hat, stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn sie ausschließlich wegen einer während der Probezeit eingetretenen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin erfolgte. In einem solchen Fall bestehe das Arbeitsverhältnis über das vereinbarte Fristende hinaus fort.

Diese Rechtsprechung kann nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im August 2006 jedenfalls nicht auf den vorliegenden Fall übertragen

werden, in dem es nicht um die Befristung des Arbeitsverhältnisses geht, sondern um die befristete Änderung von Arbeitsbedingungen. § 15 Abs. 6 AGG bestimmt nämlich, dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG keinen Anspruch auf einen beruflichen Aufstieg begründet, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund. Wenn die Nichtverlängerung der Tätigkeit als Kassiererin über den 28.02.2013 hinaus nur wegen der Schwangerschaft der Klägerin erfolgte, wie dies die Klägerin behauptet, so liegt ein Verstoß der Beklagten gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vor. Dann hat die Klägerin nämlich wegen ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfahren als andere Personen in einer vergleichbaren Situation, deren Kassierertätigkeit bei Bewährung unbefristet fortgeführt wurde (§ 3 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG). Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG) auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft vor.

Der damit nach dem Sachvortrag der Klägerin vorliegende Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot kann einen Anspruch auf Entschädigung oder Schadensersatz begründen (§ 15 AGG). § 15 Abs. 6 AGG schließt aber daneben einen Anspruch auf einen beruflichen Aufstieg aus, wenn er sich nicht aus einem anderen Rechtsgrund ergibt. Die Klägerin macht mit der begehrten Feststellung, dass eine unbefristete Positionsänderung in die Gehaltsgruppe 3 vorliegt, einen Anspruch auf einen beruflichen Aufstieg geltend. Nach dem Arbeitsvertrag vom 20.11.2009 umfasst das Aufgabengebiet der Klägerin nämlich den Verkauf und die Kassierertätigkeit. Bei Geltung dieses Vertrages steht der Klägerin unstreitig grundsätzlich nur die Vergütung nach der Gehaltsgruppe 2 a bzw. 2 b zu, es sei denn die Kassierertätigkeit überwiegt, während ihr bei einer unbefristet geregelten Tätigkeit als Kassiererin das höhere Gehalt nach der Gehaltsgruppe 3 zustände.

Die Annahme, dass § 15 Abs. 6 AGG einen Anspruch der Klägerin auf unbefristete Tätigkeit als Kassiererin ausschließt, steht nicht im Widerspruch zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011 (7 AZR 524/09 – NZA 2011, 970). Danach steht § 15 Abs. 6 einem unbefristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, wenn die Vereinbarung über die Dauer der Befristung altersdiskriminierend ist. Das Bundesarbeitsgericht nimmt an, eine unzulässige Benachteiligung bei der Befristungsdauer führe nach

§ 7 Abs. 2 AGG zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede. Der von § 15 Abs. 6 AGG bezweckte Schutz der Privatautonomie gebiete keine entsprechende Anwendung der Bestimmung auf eine nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksame Befristungsabrede. Es fehle an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Interessenlage. Im Hinblick auf die Auswahlfreiheit des Arbeitgebers sei es nämlich wertungsmäßig ein Unterschied, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, einen von ihm abgelehnten Arbeitnehmer einzustellen oder auf einer anderen (Beförderungs-)Position zu beschäftigen, oder ob er verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer, den er aus eigener Willensentscheidung auf einer bestimmten Position eingestellt hat, weiterzubeschäftigen.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich in entscheidungserheblicher Weise von der Konstellation, über die das Bundesarbeitsgericht entschieden hat. Die mit der Klägerin vereinbarte Befristung ist nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, sondern die von der Klägerin behauptete Benachteiligung erfolgte später bei der Nichtverlängerung der befristeten Änderung der Arbeitsbedingungen. Außerdem macht die Klägerin- wie ausgeführt – einen Anspruch auf einen beruflichen Aufstieg geltend, so dass § 15 Abs. 6 AGG unmittelbar anwendbar ist und die Voraussetzungen einer Analogie nicht zu prüfen sind. Auch nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ist es wertungsmäßig ein Unterschied, ob der Arbeitgeber – wie hier – zu einer Beförderung verpflichtet ist oder zur Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers, den er aus eigener Willensentscheidung auf einer bestimmten Position eingestellt hat.

6. Über den Zahlungsantrag war nicht zu entscheiden, da er nur für den nicht vorliegenden Fall eines Obsiegens mit dem Feststellungsantrag gestellt wurde.

III.

Nach § 97 Abs. 1 ZPO trägt die Klägerin die Kosten ihrer erfolglosen Berufung.

IV.

Dieses Urteil ist für die Beklagte unanfechtbar, denn sie ist nicht beschwert. Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 ArbGG, denn die Frage, ob der Arbeitsvertrag dauerhaft zu geänderten Bedingungen fortbesteht, wenn sich der Arbeitgeber auf die lediglich befristete Änderung von Arbeitsbedingungen nur wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin beruft, hat grundsätzliche Bedeutung und wird für den vorliegenden Fall anders beantwortet als in der zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28.11.1963.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter http://www.bundesarbeitsgericht.de

Waitz Manzinger Hadyk