

**Bundesarbeitsgericht**  
**Urt. v. 20.01.2021, Az.: 7 AZR 52/20**

---

**Eingruppierungsfeststellungsantrag als zulässiges Ziel einer Feststellungsklage;  
Benachteiligungsverbot aus § 78 Satz 2 BetrVG; Darlegungs- und Beweislast für eine Benachteiligung  
als Betriebsratsmitglied; Keine "Bestenauslese" bei Privatunternehmen**

**Gericht:** BAG

**Entscheidungsform:** Urteil

**Datum:** 20.01.2021

**Referenz:** JurionRS 2021, 22668

**Aktenzeichen:** 7 AZR 52/20

**ECLI:** ECLI:DE:BAG:2021:200121.U.7AZR52.20.0

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Schleswig-Holstein - 26.11.2019 - AZ: 2 Sa 103/19

ArbG Kiel - 20.03.2019 - AZ: 2 Ca 1050 e/18

**Rechtsgrundlagen:**

Art. 33 Abs. 2 GG

§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

§ 256 ZPO

§ 37 Abs. 4 BetrVG

§ 78 S. 2 BetrVG

§ 611a Abs. 2 BGB

**Fundstellen:**

AE 2022, 12

AP-Newsletter 2021, 142-143

ArbR 2021, 326

ArbRB 2021, 268-269

AuR 2021, 337

BB 2021, 1787-1791

DB 2021, 1481-1484

EzA-SD 11/2021, 9

FA 2021, 210

GWR 2021, 266

NZA 2021, 864-869

---

## BAG, 20.01.2021 - 7 AZR 52/20

### Orientierungssatz:

1. Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen nach § 78 Satz 2 BetrVG wegen ihrer Amtstätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Aus § 78 Satz 2 BetrVG kann sich iVm. § 611a Abs. 2 BGB ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt (Rn. 23).
2. Für das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung trägt das Betriebsratsmitglied grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast. Dabei genügt es nicht, dass sich aus seinem Vortrag ergibt, die Beförderung auf eine höher bezahlte Stelle sei ohne das Betriebsratsamt möglich und wahrscheinlich. Das Gericht muss aufgrund der vorgetragenen Tatsachen und Hilfstatsachen zu der Überzeugung gelangen können, dass dem Betriebsratsmitglied ohne das Betriebsratsamt die höherwertige Tätigkeit tatsächlich übertragen worden wäre (Rn. 28).
3. Bei der Frage, ob die Beförderung des Betriebsratsmitglieds auf eine ausgeschriebene höher dotierte Stelle vom Arbeitgeber wegen der Betriebsratstätigkeit abgelehnt wurde, handelt es sich um eine in der Sphäre des Arbeitgebers liegende "innere Tatsache", die einer unmittelbaren Wahrnehmung durch den Arbeitnehmer oder Dritte nicht zugänglich ist. Dem ist in einem Rechtsstreit darüber, ob das Betriebsratsmitglied durch eine vorenthaltene Beförderung in unzulässiger Weise benachteiligt wurde, durch die Anwendung einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen (Rn. 29).
4. Im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast darf der klagende Arbeitnehmer, der darlegt, dass er die fachlichen Qualifikationsanforderungen der höher dotierten Stelle erfüllt, trotz fehlender genauer Kenntnis die Behauptung aufstellen, er sei wegen seiner Betriebsratstätigkeit nicht für die Stelle ausgewählt worden. Der Arbeitgeber muss sich zu dieser Behauptung wahrheitsgemäß erklären. Er hat seine Motive für die Auswahlentscheidung zu Gunsten eines anderen Bewerbers so konkret zu benennen, dass sich das Betriebsratsmitglied hierauf seinerseits einlassen kann (Rn. 30).

### Redaktioneller Leitsatz:

1. Das Verlangen der Feststellung der Vergütungsverpflichtung des Arbeitgebers nach einer bestimmten Entgeltgruppe ist das Begehren der Feststellung eines Teilrechtsverhältnisses. Dies kann mit der Feststellungsklage verfolgt werden.
2. Die Vorschrift des § 78 Satz 2 BetrVG enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne Amtstätigkeit durchlaufen hätten.
3. Die Darlegungs- und Beweislast für eine unzulässige Benachteiligung wegen des Betriebsratsamts trägt grundsätzlich das Betriebsratsmitglied. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt.
4. Ein Privatunternehmen ist nicht an die Grundsätze der "Bestenauswahl" nach § 33 Abs. 2 GG gebunden. Für den privaten Arbeitgeber besteht keine Rechtspflicht, die Auswahlentscheidung ausschließlich nach den Kriterien der "Bestenauswahl" auf der Grundlage des Anforderungsprofils zu treffen.

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,  
pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2021

durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtlichen Richter Kley und Homburg für Recht erkannt:

### **Tenor:**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 26. November 2019 - 2 Sa 103/19 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob dem als Betriebsratsmitglied freigestellten Kläger ein Anspruch auf Vergütung als Pflegedirektor zusteht.
- 2 Der Kläger ist examinierter Krankenpfleger. Zusätzlich erwarb er nach einer dreijährigen Vollzeitausbildung in den Jahren 1991 bis 1993 den Abschluss als Pflegedienstleitung und ist seit dem 1. Juli 1993 bei der Beklagten beschäftigt. Der Kläger ist kraft Mitgliedschaft an die Tarifverträge gebunden, die ver.di mit den H-Kliniken abgeschlossen hat. Für das Arbeitsverhältnis der Parteien gilt danach ua. der Entgelttarifvertrag zum Manteltarifvertrag D vom 1. Januar 1999. Darin ist ua. geregelt:  
  
"§ 2 Allgemeines  
  
1. Die Eingruppierung richtet sich nach den Tätigkeitsmerkmalen der in § 4 aufgeführten Entgeltgruppen. Der Arbeitnehmer ist in die Entgeltgruppe einzugruppieren, deren Tätigkeitsmerkmal er überwiegend erfüllt.  
  
2. Die Entgeltzahlung erfolgt nach der Beschäftigungszeit in den Entgeltgruppen 1 bis 14 des § 4.  
  
3. Als Beschäftigungszeit im Sinne dieses Tarifvertrags gilt die in der Unternehmensgruppe D verbrachte Beschäftigungszeit, ohne Berücksichtigung von Ausbildungs- und Praktikumszeiten."  
  
3 Vom 1. Juli 1993 bis zum 30. September 1994 war der Kläger befristet als stellvertretender Pflegedienstleiter beschäftigt. Nach Rückkehr der Stelleninhaberin O von einer Weiterbildung wurde der Kläger als sog. Bereichsleiter Pflegedienst weiterbeschäftigt. Ab dem 15. Januar 1998 übernahm der Kläger in seiner Eigenschaft als Bereichsleiter Pflegedienst die Koordination für den Bereich Endo-Früh-Rehaphase B und damit verbunden die Leitung der Station 1C zunächst befristet auf ein halbes Jahr. Am 21. Dezember 1998 erklärte die Beklagte dem Kläger eine Änderungskündigung zum 31. März 1999 und bot ihm ab dem 1. April 1999 eine Stelle als stellvertretender Stationsleiter auf der Station 5A an. In einem gerichtlichen Vergleich einigten sich die Parteien darauf, dass der Kläger als sog. zweite Hauptnachtwache tätig wird und Vergütung nach "EG 7 Stufe 3" des anwendbaren Entgelttarifvertrags nebst Besitzstandszulagen erhält.
- 4 Die Beklagte beschäftigte im Jahr 1999 und in den Folgejahren ca. 40 Nachtdienstmitarbeiter, die als Dauernachtwachen eingesetzt waren. Der Nachtdienst erstreckte sich auf alle fünf Fachabteilungen der Beklagten. Die Hauptnachtwache hatte gegenüber allen Mitarbeitern des Nachtdienstes fachlich, organisatorisch und disziplinarisch entsprechende Weisungsbefugnisse. Während der Tätigkeit des Klägers als Hauptnachtwache wurde eine Umorganisation vorgenommen, die dazu führte, dass die Nachtdienstmitarbeiter schrittweise den Stationen zugeordnet wurden und schließlich ein Wechsel auf ein DreiSchicht-Modell erfolgte.
- 5 Im Jahr 2002 wurde der Kläger Mitglied des Betriebsrats. Seit dem 1. April 2006 ist er dessen Vorsitzender und vollständig von der Arbeitsleistung freigestellt.

- 6 Nach dem Ausscheiden des damaligen Pflegedienstleiters im Jahr 2009 bewarb sich der Kläger erfolglos um dessen Stelle. Der statt des Klägers ausgewählte Nachfolger M schied Ende Mai 2013 aus seinem Arbeitsverhältnis aus. Die Stelle wurde zunächst nicht nachbesetzt; stattdessen wurden die Aufgaben von der stellvertretenden Pflegedienstleiterin O wahrgenommen. Seit März 2016 ist diese dauerhaft erkrankt. Als Krankheitsvertretung setzte die Beklagte die damalige Stationsleiterin F ein. Während der urlaubsbedingten Abwesenheit des Klägers wurde die Stelle des Pflegedirektors (m/w) am 15. September 2016 intern ausgeschrieben. In der internen Stellenausschreibung heißt es unter der Überschrift "Ihr Profil" ua.:

"Sie verfügen über eine erfolgreich abgeschlossene Ausbildung zum Gesundheits- und Krankenpfleger (m/w) und verfügen über mehrjährige Erfahrung als Stationsleitung. Aufgrund der mit der Stelle verbundenen Tätigkeit in der aktiven Mitarbeit in der täglichen Pflege unserer Patientinnen und Patienten ist eine mehrjährige und dem aktuellen Wissenstand der Pflege entsprechende Erfahrung zwingend erforderlich.

Darüber hinaus erwarten wir ein sicheres Auftreten und hervorragende kommunikative Fähigkeiten, die Sie bereits in schwierigen Situationen der Personalführung unter Beweis stellen konnten. Ein ausgeprägtes Engagement, Flexibilität und prozessorientiertes und wirtschaftliches Denken bei der Lösung interdisziplinärer Fragestellungen zeichnen Sie ebenso aus. Mit ausgeprägter Sozialkompetenz gelingt Ihnen der Umgang mit allen Berufsgruppen, Patienten und Angehörigen. Sie sind belastbar und motivieren Ihr Team mit einem zielgerichteten und kooperativen Führungsstil. Ein hohes Maß an Organisations- und Durchsetzungsvermögen und Verantwortungsbewusstsein runden Ihr Profil ab."

- 7 Auf die Stelle bewarben sich der Kläger und Frau F. Am 21. Oktober 2016 fand ein Vorstellungsgespräch mit dem Kläger statt. Die auf Arbeitgeberseite ua. teilnehmende Frau T hielt in ihren handschriftlichen Notizen unter "Zusammenfassung/Ergebnis" ua. fest: "keine aktuelle Pflegeerfahrung aktiv, aber elementar bei derzeitiger Lage im Haus" sowie "Stärke in Organisation von Pflege". Nach dem mit Frau F geführten Bewerbungsgespräch notierte Frau T: "Erfahrung in der direkten Pflege und der Stationsleitung sehr ausgeprägt". Nach einer Information durch die für die Arbeitgeberseite an den Vorstellungsgesprächen teilnehmenden Personen, ua. von Frau T, traf der Geschäftsführer der Beklagten die Auswahlentscheidung zu Gunsten von Frau F.
- 8 In der H-Stellenbörse vom 13. Juni 2019 fanden sich fünf Stellenausschreibungen anderer konzernangehöriger Unternehmen für die Position von Pflegedirektoren sowie eine Ausschreibung für die Position eines Pflegerischen Bereichsleiters, die alle eine qualifizierte Weiterbildung bzw. ein abgeschlossenes Studium forderten.
- 9 Mit seiner Klage hat der Kläger gemäß § 78 Satz 2 BetrVG für die Monate Dezember 2017 bis einschließlich Juli 2018 Differenzvergütungsansprüche zwischen der ihm gezahlten Vergütung und der Vergütung nach Entgeltgruppe 10 "Endstufe", in der Beschäftigte eingruppiert sind, die als Pflegedirektor arbeiten, geltend gemacht. Die Vergütung nach der Entgeltgruppe 10 "Endstufe" belief sich seit dem 1. März 2017 auf 4.802,28 Euro brutto. Der Kläger erhielt im fraglichen Zeitraum ein regelmäßiges Gesamtbruttogehalt iHv. 4.276,40 Euro. Unter Anrechnung der Besitzstandszulage iHv. 286,84 Euro auf die Vergütungsdifferenz sowie Weiterzahlung weiterer besonderer Vergütungsbestandteile (Mietzuschuss, persönliche Zulage, Ausgleichszulage) hat der Kläger einen monatlichen Differenzbetrag iHv. 919,70 Euro brutto verlangt.
- 10 Der Kläger hat geltend gemacht, ihm sei die Stelle als Pflegedirektor nur aufgrund seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied nicht übertragen worden. Er habe als einziger Beschäftigter - neben der erkrankten Frau O - die Qualifikation als Pflegedienstleiter sowie eine einschlägige Berufserfahrung in dieser Tätigkeit. Wäre er nicht als Betriebsratsmitglied freigestellt, hätte es deswegen nahegelegen, ihm nach dem Ausscheiden von Herrn M spätestens zu dem Zeitpunkt die Tätigkeit als Pflegedienstleiter zu übertragen, zu dem Frau O wegen ihrer Erkrankung ab März 2016 die Aufgaben als Pflegedienstleiterin nicht mehr wahrnehmen können. Er habe während der gesamten Beschäftigungszeit bei der Beklagten Leitungsaufgaben wahrgenommen. Schon bei seiner Einstellung seien die Parteien davon ausgegangen, er werde langfristig die

Pflegedienstleitung übernehmen. Auch als zweite Hauptnachtwache habe er Leitungsverantwortung gehabt, ab dem Jahr 2000 habe nur noch er die Tätigkeit der Hauptnachtwache ausgeübt.

- 11** Auch die Umstände der Stellenausschreibung vom 15. September 2016 sprächen für eine Benachteiligung wegen der Betriebsratsfähigkeit. Die Beklagte habe die Stellenausschreibung bewusst zu einem Zeitpunkt veröffentlicht, in dem er im Urlaub gewesen sei. Die im Intranet veröffentlichte Stellenausschreibung sei zudem so programmiert worden, dass ein Zugriff von außerhalb nicht möglich gewesen sei. Außerdem sei die Abgabe einer Bewerbung ausschließlich über das Onlinestellenportal möglich gewesen, was nur über einen Dienst-PC der Klinik habe erfolgen können. Auch der Umstand, dass in der Stellenausschreibung vom 15. September 2016 eine Qualifikation als Pflegedienstleitung nicht verlangt worden sei, deute auf eine Benachteiligung hin. Innerhalb des H-Konzerns werde die Stelle des Pflegedirektors stets so ausgeschrieben, dass auch eine entsprechende Qualifikation als Pflegedienstleitung, ein abgeschlossenes Pflegemanagementstudium oder ein ähnlicher Hochschulabschluss erwartet werde. Die Ausweitung des Bewerberkreises auf Stationsleitungen sei nur deshalb erfolgt, weil ansonsten im Rahmen der internen Bewerbung von Beschäftigten der Beklagten nur er als geeigneter Bewerber in Betracht gekommen wäre. Zu berücksichtigen seien auch die Notizen der Mitarbeiterin T. Daraus ergebe sich, dass die Beklagte entscheidend darauf abgestellt habe, dass ihm, dem Kläger, die aktuelle Pflegeerfahrung fehle. Dies sei nur darauf zurückzuführen, dass er als Betriebsratsmitglied freigestellt gewesen sei. Die praktische Erfahrung von Frau F sei hingegen hervorgehoben worden. Es könne nicht zu seinen Lasten bewertet werden, dass er zum Zeitpunkt der Stellenausschreibung aufgrund seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied nicht mit Leitungsaufgaben betraut gewesen sei.
- 12** Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.357,60 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2018 zu zahlen,
  2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn ab dem 1. August 2018 Vergütung nach der Entgeltgruppe 10 Endstufe des Tarifvertrags für die H Kliniken: K, D, E und S zu zahlen,
  3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf die Differenz der geforderten Vergütung nach Entgeltgruppe 10 Endstufe und der monatlich gezahlten Grundvergütung nach Entgeltgruppe 7 Stufe 7 plus Besitzstandszulage iHv. 286,84 Euro jeweils ab Monatsende des fälligen Vergütungsanspruchs zu zahlen.
- 13** Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, der Kläger habe weder hinreichend substantiiert dargelegt, dass er ohne seine Amtstätigkeit Pflegedirektor geworden wäre, noch dass die Entscheidung zu Gunsten von Frau F unter Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG getroffen worden sei. Der Kläger habe vielmehr lediglich dargetan, dass eine Chance auf einen entsprechenden beruflichen Werdegang bestanden habe. Dies reiche nicht aus. Allein die Qualifikation des Klägers lasse nicht darauf schließen, dass der Kläger ohne die Freistellung als Betriebsratsmitglied Pflegedienstleiter geworden wäre. Die Qualifikation begründe lediglich die Möglichkeit der Übertragung dieser Position. Die Entscheidung für Frau F und gegen den Kläger habe nicht maßgeblich auf dem Fehlen der aktuellen Pflegeerfahrung beim Kläger beruht. Sie, die Beklagte, sei als private Arbeitgeberin in der Auswahlentscheidung frei. Es gebe keinen einklagbaren Anspruch auf eine bestimmte Stelle. Die Auswahlentscheidung des privaten Arbeitgebers sei daher einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Es sei nicht Sache des Klägers zu entscheiden, welche Qualifikationen für die Tätigkeit des Pflegedirektors erforderlich seien; dies sei allein ihre Entscheidung als Arbeitgeberin; ihr sei eine mehrjährige Erfahrung als Stationsleitung wichtig gewesen. Auch sei es unerheblich, welche Qualifikationsanforderungen andere konzernangehörige Kliniken an die Position des Pflegedirektors stellten. Die Tätigkeit des Klägers als zweite Hauptnachtwache sei mit der Tätigkeit einer Stationsleitung nicht vergleichbar; es habe sich nicht um eine Aufgabe mit besonderer Leitungsverantwortung gehandelt. Außerdem habe sich die Verantwortung des Klägers nach der vorgenommenen Umorganisation, in der die Nachtdienstmitarbeiter den Stationen zugeordnet worden seien und im Drei-Schicht-System

arbeiteten, erheblich reduziert.

- 14 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

### Entscheidungsgründe

- 15 Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht stattgeben. Die Klage ist zwar zulässig. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen kann der Senat aber nicht abschließend beurteilen, ob die Klage begründet ist.
- 16 I. Die Klage ist zulässig.
- 17 1. In Bezug auf den Leistungsantrag zu 1. ist die Klage hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO . Bei mehreren im Wege einer objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO in einer Klage verfolgten Ansprüchen muss erkennbar sein, aus welchen Einzelforderungen sich die "Gesamtklage" zusammensetzt (vgl. BAG 30. Oktober 2019 - 10 AZR 177/18 - Rn. 15, BAGE 168, 290; 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - Rn. 20). Dies ist vorliegend der Fall: Der Kläger begehrt für den achtmonatigen Zeitraum vom 1. Dezember 2017 bis zum 31. Juli 2018 jeweils 919,70 Euro pro Monat als Differenzvergütung, mithin insgesamt 7.357,60 Euro.
- 18 2. Der Klageantrag zu 2. erfüllt als Feststellungsantrag die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO . Danach kann Klage auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.
- 19 a) Der Kläger begehrt die Feststellung eines Teilrechtsverhältnisses, indem er die Feststellung der Vergütungsverpflichtung der Beklagten nach einer bestimmten Entgeltgruppe verlangt. Insofern entspricht der Antrag dem üblichen Eingruppierungsfeststellungsantrag (vgl. BAG 31. Januar 2018 - 4 AZR 104/17 - Rn. 10; 9. April 2008 - 4 AZR 117/07 - Rn. 13 mwN). Soweit der Klageantrag neben der Entgeltgruppe den Zusatz "Endstufe" nennt, enthält der Klageantrag kein gesondertes Feststellungsbegehren. Nach § 2 Abs. 2 des Entgelttarifvertrags erfolgt die Entgeltzahlung nicht nach einer Stufenzuordnung, sondern "nach der Beschäftigungszeit". Der Kläger begehrt insofern mit dem Klageantrag zu 2. lediglich die Zahlung von Vergütung nach der Entgeltgruppe 10 (im Folgenden EG 10) unter Berücksichtigung seiner Beschäftigungszeit iSd. § 2 Abs. 3 des Entgelttarifvertrags. Nach der Entgelttabelle ist das höchste Grundgehalt der EG 10 im 13. und 14. Beschäftigungsjahr (höchste geregelte Beschäftigungszeit) zu zahlen. Dieses Verständnis des Klageantrags hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt.
- 20 b) Für den vom bezifferten Leistungsantrag zu 1. nicht erfassten Zeitraum ab dem 1. August 2018 besteht auch das erforderliche Feststellungsinteresse, da die Beklagte das Bestehen des Anspruchs verneint (vgl. BAG 9. September 2020 - 4 AZR 385/19 - Rn. 12; 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 12, BAGE 137, 80).
- 21 3. Auch der Feststellungsantrag zu 3. ist - nach gebotener Auslegung - zulässig. Auch wenn er keine ausdrückliche Beschränkung enthält, ist der Antrag zu 3. so zu verstehen, dass mit ihm entsprechend dem Streitgegenstand des Antrags zu 2. lediglich die Zinsverpflichtung im Hinblick auf die ab dem 1. August 2018 fällig werdenden Vergütungsdifferenzen festgestellt werden soll. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt, dass sich die Angaben zu "Stufen" auch im Klageantrag zu 3. auf eine Entgeltzahlung nach seiner Beschäftigungszeit iSd. § 2 Abs. 2 des Entgelttarifvertrags beziehen. Im Ergebnis begehrt der Kläger die Feststellung einer Verzinsungspflicht der Beklagten für die jeweils zum Monatsende fällig werdenden Vergütungsdifferenzen ab dem jeweils Ersten des Folgemonats. Mit diesem Inhalt ist der Antrag

zulässig, da Gegenstand eines Feststellungsantrags neben der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Vergütung nach einer bestimmten Entgeltgruppe auch die Verpflichtung zur Verzinsung der Entgeltdifferenzen sein kann (vgl. BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 15 mwN, BAGE 164, 326).

- 22** II. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage mit einer rechtsfehlerhaften Begründung entsprochen. Auf der Grundlage des bislang festgestellten Sachverhalts kann nicht abschließend beurteilt werden, ob dem Kläger aufgrund des Benachteiligungsverbots in § 78 Satz 2 BetrVG seit dem 1. Dezember 2017 ein Anspruch auf Vergütung nach der EG 10 zusteht.
- 23** 1. Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen die Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Amtstätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Aus § 78 Satz 2 BetrVG kann sich iVm. § 611a Abs. 2 BGB ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt. § 37 Abs. 4 BetrVG enthält insoweit keine abschließende Regelung über die Höhe des Arbeitsentgelts des Amtsträgers. Die Vorschrift des § 78 Satz 2 BetrVG enthält ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen (st. Rspr., vgl. BAG 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19 - Rn. 29 mwN).
- 24** Die Darlegungs- und Beweislast für eine unzulässige Benachteiligung wegen des Betriebsratsamts trägt grundsätzlich das Betriebsratsmitglied. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt (vgl. etwa BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 36 mwN, BAGE 148, 299). Will der Amtsträger geltend machen, dass er ohne Ausübung seines Amts oder ohne die Freistellung durch Beförderung einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, hat er hierzu mehrere Möglichkeiten (vgl. BAG 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19 - Rn. 31 mwN). Er kann vortragen, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Betriebsratstätigkeit erfolglos geblieben ist ( BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b aa der Gründe mwN, BAGE 98, 164). Hat sich ein freigestellter Amtsträger auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, kann und muss er zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass er die Bewerbung gerade wegen seiner Freistellung unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre. Aber auch wenn eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung danach keinen Erfolg gehabt hätte oder hätte haben müssen, steht dies einem Anspruch nicht zwingend entgegen. Scheitert nämlich eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung des freigestellten Amtsträgers an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande gesehen hat, so ist zwar die Entscheidung des Arbeitgebers für den als qualifizierter erachteten Bewerber nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsträgers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellen Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (vgl. BAG 4. November 2015 - 7 AZR 972/13 - Rn. 31; 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 20 mwN).
- 25** 2. Danach ist das Landesarbeitsgericht mit einer rechtsfehlerhaften Begründung zu dem Ergebnis gelangt, der Kläger habe zur Vermeidung einer unzulässigen Benachteiligung wegen des Betriebsratsamts Anspruch auf Vergütung nach EG 10.
- 26** a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger könne nach § 78 Satz 2 BetrVG die Vergütung eines Pflegedirektors nach EG 10 beanspruchen, da ihm ohne die Freistellung als Betriebsratsmitglied im Jahr 2017 diese Position anstelle von Frau F übertragen worden wäre. Der

Kläger habe der ihm insoweit obliegenden Darlegungslast genügt. Das Betriebsratsmitglied, das nach § 78 Satz 2 BetrVG eine höhere Vergütung verlangt, habe unter Darlegung entsprechender Hilfstatsachen vorzutragen, dass es ohne das Betriebsratsamt eine entsprechende berufliche Entwicklung genommen hätte. Die Beförderung müsse aufgrund der gezeigten Leistungen und der Qualifikation des Betriebsratsmitglieds im Bereich des Möglichen liegen. Das Betriebsratsmitglied habe darzutun, dass unter Zugrundelegung der objektiven Tatsachen und unter Berücksichtigung der Lebenswahrscheinlichkeit die angestrebte Karriere möglich und wahrscheinlich sei. Wenn ein Arbeitnehmer befördert worden sei, der für die Stelle weniger qualifiziert sei als das Betriebsratsmitglied, sei davon auszugehen, dass eine Bewerbung des Betriebsratsmitglieds ohne das Betriebsratsamt erfolgreich gewesen wäre. Diesen Anforderungen genüge der Vortrag des Klägers; er lasse den Schluss zu, dass der Kläger ohne die Freistellung als Betriebsratsmitglied für die ausgeschriebene Stelle des Pflegedirektors ausgewählt worden wäre.

- 27 b) Diese Würdigung ist nicht frei von Rechtsfehlern.
- 28 aa) Das Landesarbeitsgericht hat die Anforderungen an die Darlegungslast des Betriebsratsmitglieds für eine Benachteiligung wegen des Betriebsratsamts iSv. § 78 Satz 2 BetrVG verkannt. Es hat es zu Unrecht für ausreichend gehalten, wenn sich aus dem Vortrag des Betriebsratsmitglieds ergibt, dass die Beförderung ohne das Betriebsratsamt möglich und wahrscheinlich ist. Das Betriebsratsmitglied hat vielmehr - ggf. durch Vortrag von Hilfstatsachen - darzulegen, dass es ohne das Betriebsratsamt die behauptete berufliche Entwicklung tatsächlich genommen hätte. Das Gericht der Tatsacheninstanz muss aufgrund der von ihm festgestellten Tatsachen und Hilfstatsachen nach § 286 ZPO zu der Überzeugung gelangen, dass dem Betriebsratsmitglied ohne das Betriebsratsamt die höherwertige Tätigkeit tatsächlich übertragen worden wäre ( BAG 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19 - Rn. 30; 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - zu 2 b der Gründe). Die bloße Möglichkeit bzw. "konkrete Chance" einer derartigen beruflichen Entwicklung genügt nicht ( BAG 11. Dezember 1991 - 7 AZR 75/91 - zu II 2 b der Gründe). Für die volle richterliche Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 ZPO ist ausreichend, dass ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit erreicht ist, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen (st. Rspr., vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 24; BGH 18. Oktober 2017 - VIII ZR 32/16 - Rn. 14).
- 29 bb) Für das Betriebsratsmitglied können zwar im Einzelfall Darlegungsprobleme bestehen, wenn es geltend machen will, dass eine unterbliebene Beförderung auf seiner Amtsstellung beruht (vgl. Happe Die persönliche Rechtsstellung von Betriebsräten S. 57: Kausalität "in der Praxis kaum nachweisbar"). Diesen ist aber in anderer Art und Weise Rechnung zu tragen als dadurch, die bloße Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Beförderung zur Anspruchsbegründung ausreichen zu lassen (aA offenbar Roßbruch PflR 2020, 296, 297; Thüsing/Denzer Anm. LAGE BetrVG 2001 § 78 Nr. 15 S. 24). Dabei ist zu berücksichtigen, dass es demjenigen, der eine Benachteiligung aus einem von der Rechtsordnung missbilligten Grund geltend macht, nicht durch die prozessuale Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in unzumutbarer Weise erschwert werden darf, die sich daraus ergebenden Ansprüche gerichtlich durchzusetzen (vgl. BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 37, BAGE 148, 299). Insbesondere ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich bei der Frage, ob die Beförderung des Betriebsratsmitglieds auf eine ausgeschriebene höher dotierte Stelle vom Arbeitgeber wegen der Betriebsratsstätigkeit abgelehnt wurde, um eine in der Sphäre des Arbeitgebers liegende "innere Tatsache" handelt, die einer unmittelbaren Wahrnehmung durch den Arbeitnehmer oder Dritte nicht zugänglich ist. Deshalb gilt in einem Rechtsstreit darüber, ob das Betriebsratsmitglied durch eine vorenthaltene Beförderung in unzulässiger Weise benachteiligt wurde, eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast ( BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 35 ff., aaO; Fitting BetrVG 30. Aufl. § 78 Rn. 21; unter Hinweis auf Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG auch Roßbruch PflR 2020, 296; vgl. dazu auch Weber in Franzen/Gallner/Oetker Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht 3. Aufl. Richtlinie 2002/14/EG Art. 7 Rn. 7 mwN). Grundsätzlich trägt das Betriebsratsmitglied die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung. Es gibt keinen Erfahrungssatz, nach dem die Nichtberücksichtigung eines Betriebsratsmitglieds bei einer Beförderung auf dessen Betriebsratsstätigkeit beruht. Daher ist weder Raum für eine entsprechende tatsächliche Vermutung noch für die Grundsätze des Anscheinsbeweises. Auch die Beweislastregel des § 22 AGG , in deren Rahmen die überwiegende



Wahrscheinlichkeit der Kausalität aufgrund Indizienbeweises ausreichend ist (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15 - Rn. 27 mwN), findet in Bezug auf § 78 Satz 2 BetrVG weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung (vgl. BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 37, aaO; Annuß NZA 2020, 20, 21; Blattner NZA 2018, 129, 132; Jacobs NZA 2019, 1606, 1610; aA Fitting BetrVG 30. Aufl. § 78 Rn. 21 mwN zur Gegenauffassung).

- 30** Im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast darf der klagende Arbeitnehmer, der darlegt, dass er die Qualifikationsanforderungen der höher dotierten Stelle erfüllt, trotz fehlender genauer Kenntnis ohne Verstoß gegen seine zivilprozessuale Wahrheitspflicht ( § 138 Abs. 1 ZPO ) die Behauptung aufstellen, er sei gerade wegen seiner Betriebsratsstätigkeit nicht für die Stelle ausgewählt worden (vgl. BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 38 mwN, BAGE 148, 299). Der beklagte Arbeitgeber muss sich dann zu der Behauptung wahrheitsgemäß erklären ( § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO ; vgl. BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 38 mwN, aaO). Bestreitet er diese nicht ausdrücklich, gilt sie nach Maßgabe des § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Eine Erklärung mit Nichtwissen ist, nachdem dem Arbeitgeber seine eigenen Beweggründe bekannt sind, nicht zulässig ( § 138 Abs. 4 ZPO ; BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 38, aaO). Vielmehr hat er seine Motive für die Auswahlentscheidung zu Gunsten eines anderen Bewerbers so konkret zu benennen, dass sich das Betriebsratsmitglied hierauf seinerseits einlassen kann.
- 31** Da es sich bei der entscheidungserheblichen Haupttatsache um eine "innere Tatsache" in der Sphäre des Arbeitgebers handelt, kann der Arbeitnehmer für das Vorliegen dieser Tatsache - außer einem Antrag nach § 445 Abs. 1 ZPO auf Vernehmung des Arbeitgebers als Partei - keinen unmittelbaren Beweis antreten. Vielmehr ist er ggf. auf eine Beweisführung durch den Vortrag von Hilfstatsachen (Indizien) verwiesen, die ihrerseits den Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache rechtfertigen (vgl. BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 39 mwN, BAGE 148, 299). Auch zu diesen Hilfstatsachen muss sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen konkret erklären. Er hat die Möglichkeit, die Hilfstatsachen zu bestreiten oder seinerseits Umstände darzutun, die geeignet sind, die Indizwirkung der vom Arbeitnehmer vorgetragenen Hilfstatsachen zu entkräften.
- 32** 3. Der Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob dem Kläger ab Dezember 2017 eine Vergütung nach EG 10 zusteht.
- 33** a) Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger seiner Darlegungslast auf der ersten Stufe genüge getan. Dies erfordert die Darlegung, dass er für die Stelle des Pflegedienstleiters fachlich geeignet ist oder ihm die erforderliche fachliche Eignung ausschließlich wegen des Betriebsratsamts bzw. der Freistellung als Betriebsratsmitglied fehlt, sowie die Behauptung, dass ihm die Stelle ohne das Betriebsratsamt übertragen worden wäre oder hätte übertragen werden müssen. Für die Frage, ob das Betriebsratsmitglied die Anforderungen der Beförderungsstelle erfüllt oder ohne das Betriebsratsamt erfüllen würde, ist grundsätzlich von dem vom Arbeitgeber erstellten Anforderungsprofil auszugehen. Der Arbeitgeber ist innerhalb der durch die Gesetze gezogenen Grenzen (zB §§ 1 , 7 , 11 AGG ) darin frei, die an die Bewerber zu stellenden Qualifikationsanforderungen zu definieren (vgl. Schaub ArbR-Hdb/Linck 18. Aufl. § 25 Rn. 3).
- 34** Nach der Stellenausschreibung der Beklagten für die Stelle des Pflegedirektors vom 15. September 2016 waren in fachlicher Hinsicht eine erfolgreich abgeschlossene Ausbildung zum Gesundheits- und Krankenpfleger, mehrjährige Erfahrung als Stationsleitung und außerdem eine mehrjährige und dem aktuellen Wissensstand der Pflege entsprechende Erfahrung erforderlich. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, der Kläger sei für diese Stelle geeignet gewesen bzw. nur deshalb nicht geeignet gewesen, weil er wegen seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied nicht über die dem aktuellen Wissensstand entsprechende Pflegeerfahrung verfügt habe. Der Kläger ist examinierter Krankenpfleger. Er war in der Zeit vom 1. Juli 1993 bis zum 31. März 1999 bei der Beklagten als stellvertretender Pflegedienstleiter und als Bereichsleiter Pflege tätig und verfügt insofern auch über mehrjährige Erfahrung als Stationsleiter bzw. in Positionen, die einer

Stationsleitung sogar übergeordnet waren. Ob auch die Tätigkeit als Hauptnachtwache einer Stationsleitung gleichzusetzen war, ist für die Erfüllung der geforderten Mindestqualifikationen unerheblich. Dieser zwischen den Parteien umstrittene Punkt ist ggf. für die Frage von Bedeutung, ob die Beklagte ihre Auswahlentscheidung gegen den Kläger auf sachliche Gründe stützen kann, weil Frau F über eine umfangreichere Erfahrung als Stationsleitung verfügt als der Kläger. Über eine "mehrjährige und dem aktuellen Wissensstand der Pflege entsprechende Erfahrung" verfügte der Kläger im Zeitpunkt seiner Bewerbung zwar nicht. Er hat aber dargetan, dass er ohne seine Freistellung als Betriebsratsmitglied über diese Erfahrung verfügt hätte. Da der Kläger zudem behauptet hat, die Beklagte habe ihn wegen seines Betriebsratsamts nicht für die Stelle des Pflegedirektors ausgewählt, trifft die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast.

- 35** b) Das Landesarbeitsgericht wird daher auf der zweiten Stufe unter Berücksichtigung des bisherigen und ggf. weiteren Vortrags der Beklagten zu prüfen haben, ob die Auswahlentscheidung der Beklagten ohne das Betriebsratsamt des Klägers und seine Freistellung auf den Kläger gefallen wäre oder ob die Auswahlentscheidung zu Gunsten von Frau F unabhängig vom Betriebsratsamt des Klägers erfolgt ist. Dabei wird es nicht genügen, dass sich die Beklagte auf die fehlende aktuelle Pflegeerfahrung des Klägers beruft, denn diese fehlte ihm wegen seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied. Die Beklagte wird daher darzulegen haben, weshalb die Auswahlentscheidung auch bei unterstellter aktueller Pflegeerfahrung des Klägers zu Gunsten der Mitbewerberin F ausgefallen wäre. Dabei wird das Landesarbeitsgericht die vom Kläger vorgetragene und ggf. noch vorzutragenden Hilfstatsachen mit in seine Überzeugungsbildung einzubeziehen haben. Zu beurteilen ist, ob die Entscheidung der Beklagten nach ihren Einlassungen ebenso ausgefallen wäre, wenn der Kläger nicht Mitglied des Betriebsrats und als solches freigestellt gewesen wäre (vgl. BAG 11. Dezember 1991 - 7 AZR 75/91 - zu II 2 b der Gründe; MHD ArbR/Krois 4. Aufl. Bd. 3 § 295 Rn. 174; NK-GA/Waskow § 78 BetrVG Rn. 16 mwN).
- 36** aa) Soweit der Kläger sich insoweit darauf berufen hat, die Beklagte habe bewusst darauf verzichtet, die Ausbildung als Pflegedienstleiter zur Einstellungsvoraussetzung zu machen, um ihn als Betriebsratsmitglied in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen, lässt dies keinen unmittelbaren Rückschluss auf die Auswahlentscheidung der Beklagten zu (aA wohl Thüsing/Denzer Anm. LAGE BetrVG 2001 § 78 Nr. 15 S. 22). Der Kläger hat insoweit nicht dargetan, dass sich allein das Erfordernis einer mehrjährigen Erfahrung als Stationsleitung - ohne Ausbildung als Pflegedienstleiter - in Bezug auf die ausgeschriebene Stelle als sachwidrig darstellt. Hingegen erscheint die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe im Vorfeld versucht, seine fristgemäße Bewerbung zu verhindern, indem sie die Ausschreibungsfrist bewusst in seine Urlaubszeit gelegt habe, als Hilfstatsache grundsätzlich geeignet, Zweifel an ihren neutralen Beweggründen zu wecken (ebenso Thüsing/Denzer Anm. LAGE BetrVG 2001 § 78 Nr. 15 S. 22). Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, sie könne im Hinblick auf die große Zahl ihrer Beschäftigten bei Stellenausschreibungen nicht jedes Mal prüfen, wer sich gerade im Urlaub befinde, dürfte dies in Bezug auf die ausgeschriebene, im Unternehmen nur einmal vorhandene Stelle des Pflegedirektors nicht ohne weiteres überzeugen. Zum einen handelt es sich um eine besonders hervorgehobene Position. Ausweislich der Stellenausschreibung arbeitet der Pflegedirektor als Mitglied der Klinikleitung eng mit der Geschäftsführung sowie dem ärztlichen Direktor zusammen. Zum anderen erfüllten nur wenige Arbeitnehmer der Beklagten die Voraussetzungen der internen Stellenausschreibung. Der Kläger war einer von ihnen. Die Beklagte musste daher davon ausgehen, dass sich der Kläger, der in der Vergangenheit bereits als stellvertretender Pflegedirektor bei ihr tätig war, über eine Ausbildung als Pflegedienstleiter verfügt und sich bereits im Jahr 2009 für diese Tätigkeit bei ihr beworben hatte, auch im Jahr 2016 auf die ausgeschriebene Stelle bewerben würde. Das Landesarbeitsgericht wird bei seiner Würdigung der Umstände jedoch zu beachten haben, dass die Beklagte bestreitet, dass eine Einreichung der Bewerbung - wie der Kläger behauptet - nur über das hausinterne Onlineportal von einem PC in der Klinik möglich war.
- 37** bb) Bei der neuen Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass seine bisherige Annahme, der Kläger sei für die Stelle des Pflegedirektors höher qualifiziert als Frau F, was ein Indiz dafür sei, dass die Bewerbung des Klägers ohne seine Freistellung aufgrund seines Betriebsratsamts erfolgreich gewesen wäre, nicht frei von Rechtsfehlern ist.

- 38** (1) Soll ein Vortrag mittels Indizien bewiesen werden, hat das Gericht zu prüfen, ob es die vorgetragenen Hilfstatsachen - deren Richtigkeit unterstellt - von der Wahrheit der behaupteten Haupttatsache überzeugen. Es hat die insoweit maßgebenden Umstände vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei zu ermitteln und alle Beweisanzeichen erschöpfend zu würdigen. Dabei sind die Tatsacheninstanzen grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft sie den behaupteten Indiztatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau beimessen. Revisionsrechtlich ist ihre Würdigung allein darauf zu überprüfen, ob alle Umstände vollständig berücksichtigt und Denk- und Erfahrungsgrundsätze nicht verletzt wurden. Um diese Überprüfung zu ermöglichen, sind nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO die wesentlichen Grundlagen der Überzeugungsbildung nachvollziehbar darzulegen. Dies erfordert zwar keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren Gesichtspunkten. Die Urteilsgründe müssen aber erkennen lassen, dass überhaupt eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat. Es genügt daher nicht, allein durch formelhafte Wendungen ohne Bezug zu den konkreten Fallumständen zum Ausdruck zu bringen, das Gericht sei von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt oder nicht überzeugt ( BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 442/19 - Rn. 63 mwN).
- 39** (2) Danach ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht es als Indiztatsache für eine Benachteiligung iSd. § 78 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG ansieht, wenn ein Arbeitnehmer befördert wurde, der für die Stelle niedriger qualifiziert ist als das Betriebsratsmitglied (vgl. Thüsing/Denzer Rechtssichere Betriebsratsvergütung Rn. 219; dies. Anm. LAGE BetrVG 2001 § 78 Nr. 15 S. 22; ähnlich Jacobs NZA 2019, 1606, 1609 f.: wenn das Betriebsratsmitglied "besser geeignet gewesen wäre"). Zwar ist die Beklagte als Privatunternehmen nicht an die Grundsätze der Bestenauswahl nach Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. Für den privaten Arbeitgeber besteht keine Rechtspflicht, die Auswahlentscheidung ausschließlich nach den Kriterien der "Bestenauslese" auf der Grundlage des Anforderungsprofils zu treffen (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 51). Es entspricht jedoch grundsätzlich der wirtschaftlichen Vernunft, für eine freie Stelle den am besten geeigneten Bewerber auszuwählen. Dies wird regelmäßig der Bewerber mit der höchsten Qualifikation für die zu erfüllenden Aufgaben sein. Daher erscheint es an sich nicht sachwidrig, wenn ein Gericht im Rahmen der Gesamtabwägung in der Auswahl eines weniger qualifizierten Bewerbers ein Indiz für das Abstellen auf sachfremde Auswahlerwägungen durch den Arbeitgeber sieht. Im Prozess steht es dem Arbeitgeber frei, die Indizwirkung durch entsprechenden Sachvortrag zu entkräften.
- 40** (3) Das Landesarbeitsgericht hat allerdings bei der Würdigung der vom Kläger geltend gemachten Hilfstatsache nicht alle Umstände vollständig berücksichtigt. Es hat bezüglich der von ihm als besser erachteten Qualifikation des Klägers gegenüber Frau F allein darauf abgestellt, dass der Kläger aufgrund seiner in den Jahren 1991 bis 1993 absolvierten Ausbildung den Abschluss einer Pflegedienstleitung erworben hat, über den Frau F nicht verfügt. Damit hat das Landesarbeitsgericht allein diese formale Qualifikation des Klägers berücksichtigt, ohne die von der Beklagten aufgestellten Qualifikationsanforderungen der ausgeschriebenen Stelle zu beachten. Danach war die formale Qualifikation als Pflegedienstleitung nicht verlangt. Warum das Landesarbeitsgericht dennoch allein in diesem Umstand eine erhebliche Hilfstatsache für die Behauptung einer Benachteiligung gesehen hat, hat es unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO in den Entscheidungsgründen nicht nachvollziehbar erläutert. Ebenso fehlt es an Ausführungen dazu, warum der Kläger auch unter Berücksichtigung der weiteren in der Stellenausschreibung aufgestellten Anforderungen (kommunikative Fähigkeiten, Sozialkompetenz etc.) aus Sicht des Landesarbeitsgerichts für die ausgeschriebene Stelle besser qualifiziert war als Frau F. Denn die formale Qualifikation ist regelmäßig lediglich einer von vielen Faktoren, die insbesondere bei höherrangigen Arbeitsplätzen ausschlaggebend für die Stellenbesetzung sind (vgl. Giesen RdA 2020, 155, 165).
- 41** c) Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

Rennpferdt

Klose

Kley

Homburg

Verkündet am 20. Januar 2021

Von Rechts wegen!

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu OS 1.: Bestätigung der st. Rspr., vgl. BAG 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19 -

Zu OS 2.: Bestätigung und Fortentwicklung von BAG 11. Dezember 1991 - 7 AZR 75/91 -

Zu OS 3.: Bestätigung und Fortentwicklung von BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - BAGE 148, 299

Zu OS 4.: Bestätigung und Fortentwicklung von BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - BAGE 148, 299

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.