

Beglaubigte Abschrift

10 Sa 559/19
33 Ca 11724/18
(ArbG München)

Verkündet am: 11.03.2020



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Prozessbevollmächtigte/r:

DGB Rechtsschutz GmbH Büro München
Schwanthalerstraße 64, 80336 München

gegen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

- 2 -

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. März 2020

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 28.05.2019, Az.: 33 Ca 11724/18 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um den Bestand des Arbeitsverhältnisses und in diesem Zusammenhang insbesondere um die Frage, ob dem Kläger die Berufung auf einen besonderen Kündigungsschutz als nachgerücktes Betriebsratsmitglied nach § 242 BGB versagt bleibt.

Der 1983 geborene, einem Kind gegenüber unterhaltspflichtige Kläger ist seit dem 01.08.2011 als Mitarbeiter Bauteileprogrammierung bei der Beklagten beschäftigt. In ihrem Betrieb in P, wo auch der Kläger eingesetzt ist, erbringt die Beklagte Logistikservice- und Produktveredelungsdienstleistungen für die europäische Elektronikindustrie. Hierzu beschäftigt sie weit über 10 Mitarbeiter. Das monatliche Bruttoentgelt des Klägers betrug zuletzt € 2.077,87 bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden. Im Laufe des Arbeitsverhältnisses war der Kläger in folgendem Umfang arbeitsunfähig erkrankt:

2010: 13 Arbeitstage

2011: 12,5 Arbeitstage

- 3 -

2012: 10 Arbeitstage
2013: 22 Arbeitstage
2014: 41 Arbeitstage
2015: 51 Arbeitstage
2016: 80,5 Arbeitstage
2017: 86 Arbeitstage
2018: 100,5 Arbeitstage.

Zur genauen Lage der jeweiligen Krankheitszeiten wird auf die Übersichten im Schriftsatz der Beklagten vom 22.02.2019, Seite 3 ff., Bl. 81 ff. d. A. Bezug genommen. Für alle diese Zeiten leistete die Beklagte Entgeltfortzahlung an den Kläger. Der Kläger nahm als Wahlbewerber an der Betriebsratswahl 2018 teil. Das Ergebnis der bei der Beklagten im Betrieb Poing durchgeführten Betriebsratswahl am 19.04.2018 wurde am 23.04.2018 bekanntgegeben. Der Kläger war danach nicht als Betriebsratsmitglied gewählt worden. Turnusmäßige Sitzungen des Betriebsrates bei der Beklagten werden üblicherweise mittwochs durchgeführt. Mit E-Mail-Schreiben vom 26.09.2018 hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat, der aus elf Mitgliedern besteht, zu der beabsichtigten ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung des Klägers nach § 102 BetrVG an (Anlage 86, Bl. 113 ff. d.A.). Mit Schreiben vom 01.10.2018 (Anlage 87, Bl. 138 f. d.A.) sprach sich der Betriebsrat gegen die Kündigung aus, weil dem Kläger „als Betriebsrat Ersatzmitglied und Wahlbewerber ein Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 KSchG“ zustehe. In den Folgetagen bat die Beklagte den Betriebsrat um zusätzliche Informationen hierzu, insbesondere die Übersendung von Wahlvorschlagslisten und die Mitteilung, wann der Kläger als Ersatzmitglied in den Betriebsrat nachgerückt und ob dies dauerhaft oder nur zeitweilig erfolgt sei. In der 41. Kalenderwoche des Jahres 2018 fand die Betriebsratssitzung nicht am Mittwoch, den 10.10.2018, sondern bereits am Dienstag, den 09.10.2018 statt. Vom 10. bis 12.10.2018 fand in Poing eine Sitzung des Europäischen Betriebsrats statt. An der Betriebsratssitzung vom 09.10.2018 nahm der Kläger als Ersatzmitglied teil. Hintergrund für sein Nachrücken waren auf Arbeitsunfähigkeit, Urlaub oder Freizeitausgleich gestützte Abwesenheitszeiten von Mitgliedern bzw. Ersatzmitgliedern des Betriebsrats, wie aus nachstehender Übersicht ersichtlich:

(Hier war eine Tabell emit Namen von Betriebsratsmitgliedern und Ersatzmitgliedern eingefügt)

Alle in der Tabelle dargelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bezogen sich auf einen Zeitraum frühestens ab dem 08.10.2018. Der Ausgleichstag für das Betriebsratsmitglied H am 09.10.2018 wurde am 08.10.2018 eingetragen und war kurz zuvor beantragt worden. Das Ersatzmitglied Ha beantragte seinen Ausgleichstag für den 08.10.2018 sowie den Urlaubstag für den 09.10.2018 in der ersten Oktoberwoche. Das Ersatzmitglied G beantragte seinen Urlaubstag für den 09.10.2018 kurzfristig mit der Begründung privater Probleme. Unter dem 23.10.2018 hörte die Beklagte den Betriebsrat erneut zu einer beabsichtigten ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung des Klägers an (Anlage 812, Bl. 149 ff. d. A.). Hierzu nahm der Betriebsrat mit Schreiben vom 29.10.2018 Stellung (Anlage K4, Bl. 49 ff. d. A.). Dabei verwies er neben dem besonderen Kündigungsschutz des Klägers als Wahlbewerber darauf, dass der Kläger am 09.10.2018 in der Zeit von 9:30 Uhr

bis 15:20 Uhr als Ersatzmitglied in der Betriebsratssitzung teilgenommen und daher nachwirkenden Kündigungsschutz nach § 15 KSchG genieße. Mit Schreiben vom 31.10.2018 sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2018 aus.

Mit seiner Klage vom 13.11.2018, beim Arbeitsgericht München per Fax eingegangen am selben Tag, der Beklagten zugestellt am 26.11.2018, hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt, deren soziale Rechtfertigung gerügt und sich insbesondere auf seinen besonderen Kündigungsschutz als Ersatzmitglied des Betriebsrates berufen.

Nach Rücknahme des allgemeinen Feststellungsantrages hat der Kläger vor dem Arbeitsgericht zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 31.10.2018 nicht beendet wird.
2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1 wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Mitarbeiter Bauteileprogrammierung weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt:

Klageabweisung.

Die Beklagte war der Ansicht, die ordentliche Kündigung sei angesichts der Krankheitszeiten des Klägers und der daraus resultierenden Beeinträchtigung betrieblicher Belange sozial gerechtfertigt. Der Sonderkündigungsschutz als Wahlbewerber greife bei der am 31.10.2018 ausgesprochenen Kündigung nicht mehr. Auf den Sonderkündigungsschutz als

Ersatzmitglied könne der Kläger sich nicht berufen, dies sei rechtsmissbräuchlich. Es sprächen gravierende Anhaltspunkte für das Vorliegen kollusiver Absprachen, die dazu geführt hätten, dass ein etwaiger Vertretungsfall eingetreten sei. Mit der ersten Anhörung des Betriebsrates vom 26.09.2018 sei sowohl für den Kläger als auch für den Betriebsrat absehbar gewesen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nach Ablauf des Sonderkündigungsschutzes als Wahlbewerber zum nächstzulässigen Zeitpunkt beenden werde. Der Betriebsrat habe die ordentliche Sitzung vom 10.10.2018 auf den 09.10.2018 kurzfristig vorverlegt und damit auf einen Tag, an dem ordentliche Betriebsratsmitglieder und offenbar vor dem Kläger auf der Liste stehende Ersatzmitglieder nicht im Betrieb anwesend gewesen seien. Auffällig sei die Häufung der Fehlzeiten im Zeitraum vom 08.10.2018 bis zum 12.10.2018. Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang auch, dass sich der Betriebsrat in seinem Schreiben vom 01.10.2018 bereits auf den Sonderkündigungsschutz des Klägers als nachrückendes Betriebsratsmitglied berufen habe.

Hierzu erwiderte der Kläger, die Betriebsratssitzung vom 10.10.2018 sei wegen der im Zeitraum vom 10.10.2018 bis 12.10.2018 stattfindenden europäischen Betriebsratssitzung vorverlegt worden, weil daran der Betriebsratsvorsitzende sowie dessen Stellvertreter hätten teilnehmen müssen. Als der Kläger am 08.10.2018 um 16:15 Uhr seine Arbeit bei der Beklagten aufgenommen habe, sei er vom Betriebsratsmitglied S an seinem Arbeitsplatz angerufen und gebeten worden, an der am folgenden Tag stattfindenden Betriebsratssitzung teilzunehmen. Als Grund sei die Verhinderung von vielen Betriebsräten und Ersatzmitgliedern genannt worden. Der Kläger habe sein Einverständnis hiermit kundgetan. Der Kläger war der Ansicht, die Voraussetzungen des besonderen Kündigungsschutzes aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG lägen vor. Es sei ihm auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf diesen Sonderkündigungsschutz zu berufen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und ausgeführt, die Kündigung sei unwirksam, da der Kläger besonderen Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 KSchG habe und es auf die Frage der sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht mehr ankäme. Der Schutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG trete für Ersatzmitglieder ein, wenn der Arbeitnehmer zur Betriebsratsarbeit herangezogen worden sei. Er sei nicht davon abhängig, dass der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung von der Vertretungstätigkeit Kenntnis hat (BAG

vom 05.09.1986 - 7 AZR 175/85 unter 8.1.2. der Gründe, m.w.N.). Danach habe für den Kläger vorliegend ebenfalls der Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG bestanden, denn der Kläger habe am 09.10.2018 an der Betriebsratssitzung teilgenommen und damit Betriebsratstätigkeit ausgeübt. Darauf, ob der Vertretungsfall bei den jeweiligen Betriebsratsmitgliedern oder den vor dem Kläger heranzuziehenden Ersatzmitgliedern des Betriebsrates in Wahrheit nicht vorgelegen hat oder tatsächlich besteht, komme es nicht an. Der besondere Kündigungsschutz entfalle selbst dann nicht, wenn sich im Nachhinein herausstelle, dass ein Vertretungsfall in Wahrheit nicht vorgelegen hat (BAG vom 05.09.1986 - 7 AZR 175/85 unter 8.1.2. der Gründe, m.w.N.).

Dem Kläger sei es auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen. Zwar könne die Berufung auf den Sonderkündigungsschutz im Einzelfall gemäß § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn ein Verhinderungsfall kollusiv zu dem Zweck herbeigeführt wurde, dem Ersatzmitglied den besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen (BAG vom 08.09.2011 - 2 AZR 388/10, Rn. 39, 50). Das sei anzunehmen,

wenn der Vertretungsfall nur zum Schein herbeigeführt wurde und das Ersatzmitglied wusste oder es sich ihm aufdrängen musste, dass ein solcher in Wirklichkeit nicht vorlag (BAG vom 16.11.2017 - 2 AZR 14/17, Rn. 25). Für das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Zusammenspiels zwischen den jeweiligen Betriebsratsmitgliedern und dem Ersatzmitglied, insbesondere also dafür, dass die jeweiligen Verhinderungen nur vorgeschoben sind, um dem Kläger einen besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen, und der Kläger dies wusste, müssten tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, wofür die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet sei (vgl. BAG vom 05.09.1986 - 7 AZR 175/85 unter 1. der Gründe).

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes bestünden nicht hinreichend tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger mit Mitgliedern bzw. Ersatzmitgliedern des Betriebsrates kollusiv zusammengewirkt habe, um den besonderen Kündigungsschutz zu erreichen. Zwar sei nicht von der Hand zu weisen, dass viele Betriebsratsmitglieder sowie Ersatzmitglieder am fraglichen Tag, dem 09.10.2018, verhindert waren, nämlich fünf von elf Betriebsratsmitgliedern sowie sieben Ersatzmitglieder. Ob dies für den Betrieb der Beklagten eine „ungewöhnliche Häufung“ sei, wie die Beklagte meint, sei weder vorgetragen noch ersichtlich. Entscheidend sei vorliegend zu werten, dass die Verhinderung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bei vorliegend drei Betriebsratsmitgliedern sowie fünf Ersatzmitgliedern nicht bestritten worden sei. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, die

fraglichen Betriebsratsmitglieder bzw. Ersatzmitglieder hätten ihre krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit etwa nur vorgeschoben, um dem Kläger den besonderen Kündigungsschutz eines Betriebsratsmitglieds zu verschaffen (vgl. BAG vom 05.09.1986 - 7 AZR 175/85, dass auf diesen Gesichtspunkt abstellt, jedoch für einen Fall, indem lediglich eine telefonische Krankmeldung des dortigen Personalratsmitglieds für denselben Tag vorlag; eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung lag nach dem Sachverhalt nicht vor). Im vorliegenden Fall müssten daher die zwei Betriebsratsmitglieder, die für den 09.10.2018 Ausgleichstage beantragt hatten, sowie die zwei Ersatzmitglieder, die für den 09.10.2018 einen Urlaubstag beantragt hatten, in den Blick genommen werden. Ein Anhaltspunkt für ein kollusives Zusammenwirken könne dabei durchaus sein, dass jedenfalls das Betriebsratsmitglied H sowie die Ersatzmitglieder Ha und G kurzfristig den Ausgleichstag bzw. die Urlaubstage beantragt hatten, insbesondere zu einem Zeitpunkt, als dem Betriebsrat als Gremium die Kündigungsabsicht der Beklagten aufgrund des Anhörungsschreibens vom September 2018 bereits bekannt war. Jedoch müsse berücksichtigt werden, dass sowohl der Ausgleichstag als auch die Urlaubstage nicht allein von einer Entscheidung bzw. einem Antrag des jeweiligen Arbeitnehmers abhängen, sondern von Beklagtenseite genehmigt werden mussten. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände davon auszugehen sein sollte, dem Kläger sei die etwaige Zielrichtung dieser Urlaubs- bzw. Ausgleichstagsanträge bekannt gewesen. Aus dem Umstand, dass die Betriebsratssitzung vom 10.10.2018 auf den 09.10.2018 vorverlegt worden ist, lasse sich nichts Nachteiliges ersehen. Bis einschließlich 23.10.2018 hätte die Beklagte dem Kläger, nachdem sie von dessen besonderen Kündigungsschutz als Wahlbewerber erfahren hatte, ohnehin nicht ordentlich kündigen können. Ob der Kläger daher am 09.10. oder am 10.10.2018 an einer Betriebsratssitzung teilgenommen hätte, macht daher diesbezüglich keinen Unterschied. Schließlich könne auch der Ansicht der Beklagten, dass - den Vortrag des Klägers als wahr unterstellt - hinterfragt werden müsse, wieso das Betriebsratsmitglied Sucic am 08.10.2018 beim Telefonat mit dem Kläger bereits habe wissen können, dass der Kläger als Ersatzmitglied für die Betriebsratssitzung heranzuziehen sei, nicht gefolgt werden. Nach unstreitigem Vortrag seien am 08.10.2018 die Betriebsratsmitglieder Xenidis, Niedermeier und Tarlantezos bereits bis einschließlich 09.10. bzw. 10.10.2018 erkrankt gewesen und darüber hinaus seien Ausgleichstage für den 09.10. für die Betriebsratsmitglie-

der B und H beantragt und - davon wird auszugehen sein - genehmigt gewesen. Damit habe seitens des Betriebsrats bereits am 08.10.2018 vom Fehlen von fünf Betriebsratsmitgliedern am Folgetag ausgegangen werden müssen.

Aufgrund der Unwirksamkeit der Kündigung vom 31.10.2018 hat der Kläger einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsvertragsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens.

Hinsichtlich des gesamten erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien sowie der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das Urteil vom 28.05.2019 (Bl. 231 ff. d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 13.08.2019 zugestellte Urteil am 08.08.2019 Berufung eingelegt und diese innerhalb verlängerter Frist am 08.11.2019 begründet. Der Kläger hat am 13.01.2020 innerhalb verlängerter Frist erwidert.

Die Beklagte vertritt in der Berufung weiterhin die Ansicht, der Kläger könne sich nicht auf den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG berufen und die Kündigung sei als krankheitsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt. Die Beklagte rügt, das Arbeitsgericht habe nicht festgestellt, dass der Kläger unstrittig am 09.10.2018 erstmals in den Betriebsrat nachgerückt sei. Man bestreite die Teilnahme des Klägers an der Betriebsratssitzung am 9. Oktober 2018 mit Nichtwissen, ebenso, dass der Kläger an diesem Tag tatsächlich Betriebsratsaufgaben wahrgenommen habe.

Jedenfalls sei ein sich Berufen auf den besonderen Kündigungsschutz treuwidrig. Dies ergebe sich aus einer Reihe von Indizien. So habe der Betriebsrat in seiner ablehnenden Stellungnahme vom 1. Oktober 2018, die aufgrund der Anhörung vom 26.09.2018 erging, ausgeführt, dass dem Kläger „als Betriebsrat Ersatzmitglied und Wahlbewerber ein Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 KSchG" zukomme. Damit habe sich der Betriebsrat bereits zu einem Zeitpunkt auf den Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG berufen, zu dem der Kläger noch gar nicht in den Betriebsrat als Ersatzmitglied nachgerückt

gewesen sei. Die Beklagte habe durch dieses Schreiben erstmals Kenntnis davon erlangt, dass der Kläger sich für die Betriebsratswahl 2018 auf der Liste 1 „einer für alle, alle für einen“ beworben habe. Auf dieser Liste stritten die auf Seite 4 des Endurteils vom 28.05.2019 aufgeführten Personen. Der Kläger selbst habe sich auf Listenplatz 17 befunden. Eine weitere Merkwürdigkeit sei die Tatsache, dass der Betriebsrat der Beklagten die regulär am Mittwoch, dem 10.10.2018 stattfindende Betriebsratssitzung kurzfristig am 08.10.2018 auf den 09.10.2018 vorverlegt habe. Soweit der Kläger vorgetragen habe, die Vorverlegung der Betriebsratssitzung sei deshalb erfolgt, da der Betriebsratsvorsitzende X und sein Stellvertreter N am 10.10.2018 an einer Sitzung des europäischen Betriebsrats teilnehmen mussten, sei dies bemerkenswert, da der Kläger, der sich ansonsten als mit betriebsverfassungsrechtlichen Dingen angeblich wenig vertraut darstelle, diese Zusammenhänge anführe. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Sitzungen des europäischen Betriebsrates am Betriebssitz in P stattfänden und es deshalb bereits fraglich sei, ob es für die Herren X und N am 10.10.2018 ausgeschlossen gewesen wäre, dass sie an der regelmäßigen Betriebsratssitzung teilnehmen könnten.

Um den 09.10.2019 herum habe sich dann folgende Konstellation ergeben: Der Betriebsratsvorsitzende X habe sich am 8. Oktober 2018 für diesen Tag und den 09.10.2018 krankgemeldet. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende N habe sich am 8. Oktober 2018 für diesen Tag bis einschließlich 10.10.2018 krankgemeldet, sei jedoch am Mittwoch, den 10.10.2018 wieder im Betrieb anwesend gewesen. Das Betriebsratsmitglied T habe sich am 08. für diesen Tag und jedenfalls auch für den 09.10.2018 krankgemeldet. Das Betriebsratsmitglied B, habe für den 19.10.2018 einen Ausgleichstag genommen. Das Betriebsratsmitglied Ha habe für den 9. Oktober 2018 einen Urlaubstag genommen, den er in der ersten Oktoberwoche beantragt habe. Das Betriebsratsmitglied H habe für den 9. Oktober 2018 einen Ausgleichstag genommen, den er am 08.10.2018 kurzfristig geltend gemacht habe. Die Ersatzmitglieder V, Hab und Hi hätten sich alle am 09.10.2018 für diesen Tag krankgemeldet, seien am 08.10.2018 jedoch noch im Betrieb der Beklagten anwesend gewesen. Das Ersatzmitglied G habe den Urlaubstag vom 09.10.2018 erst kurz zuvor wegen „privater Probleme“ beantragt, sei am 10.10.2018 wieder im Betrieb gewesen. Das Ersatzmitglied Hab sei am 08.10.2018 noch im Betrieb der Beklagten anwesend gewesen und habe sich für den

09.10.2018 und die Folgetage krankgemeldet. Das Ersatzmitglied Y habe sich am 08. für diesen Tag und jedenfalls auch den 09.10.2018 krankgemeldet. All diese Personen stünden in der Wählerliste vor dem Kläger. Berücksichtige man, dass nach dem eigenen Vortrag des Klägers er am Montag, dem 08.10.2018 gegen 16.15 Uhr von Herrn S darum gebeten worden sei, am Folgetag an der Betriebsratssitzung teilzunehmen, stelle man fest, dass zu diesem Zeitpunkt objektiv noch gar nicht habe feststehen können, dass der Kläger in den Betriebsrat nachrücken werde, da sich die vor ihm auf der Wählerliste stehenden Ersatzmitglieder Hi, Hab und V erst am 09.10.2018 krankgemeldet hätten. Berücksichtige man also, dass sich die vermeintlichen sechs Vertretungsfälle allesamt sehr kurzfristig ergeben hätten und die Betriebsratssitzung kurzfristig auf einen Termin außerhalb des regelmäßigen Sitzungstages verlegt worden sei, müsse man zum Ergebnis kommen, dass nicht nur Anhaltspunkte, sondern ein kollektives Zusammenwirken aller Beteiligten auf Seiten der Betriebsrats- und Ersatzmitglieder mit dem Kläger gegeben gewesen sei. Die Beklagte ist der Ansicht, der Kläger habe zusammen mit dem Betriebsrat oder in Kenntnis des Verhaltens des Betriebsrats unredlich gehandelt. Aus den Umständen ergebe sich, dass der Kläger davon habe wissen müssen. Er sei vorher noch nie als Ersatzmitglied zu einer Betriebsratssitzung geladen worden. Er habe gewusst, wie weit hinten er auf der Liste stehe. Durch die erste Anhörung des Betriebsrats zur geplanten Kündigung sei allen klar gewesen, dass eine Kündigung beabsichtigt sei.

Die Beklagte beantragt:

1. Auf die Berufung der Beklagten vom 3. September 2019 wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28. Mai 2019 - 33 Ca 11724/18 - abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28.05.2019, Az.: 33 Ca 11724/18 wird zurückgewiesen.

Der Kläger verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts und trägt vor, er genieße besonderen Kündigungsschutz als nachgerücktes Betriebsratsmitglied. Er habe am 09.10.2018 als Ersatzmitglied an einer Betriebsratssitzung teilgenommen, wie sich aus der Anwesenheitsliste (Anlage K 5, Bl. 319 ff. d.A.) ergebe. Entgegen der Behauptung der Beklagten sei die Betriebsratssitzung nicht erst am 08.10.2018 kurzfristig vom 10.10.2018 auf den 09.10.2018 vorverlegt worden. Der Betriebsrat habe am 24.09.2018 die Einladung zur europäischen Betriebsratssitzung, die vom 10.10.2018, 9.00 Uhr bis 12.10.2018, 12.00 Uhr stattfinden sollte, erhalten. Da damit klar gewesen sei, dass bei Durchführung der ordentlichen Betriebsratssitzung wie geplant am 10.10.2018 die Herren X und N dann entweder an der einen oder an der anderen Sitzung nicht würden teilnehmen können, sei in der Woche vor der geplanten Sitzung im Gremium entschieden worden, dass die ordentliche Betriebsratssitzung am 10.10.2018 auf den 09.10.2018 verschoben werde. Eine Teilnahme an beiden Sitzungen sei ausgeschlossen gewesen, da die ordentliche Betriebsratssitzung immer um 9.30 Uhr beginne, der Start der europäischen Betriebsratssitzung für 9.00 Uhr angesetzt gewesen sei und es sich bei beiden Sitzungen um ganztägige Veranstaltungen handle. Die Beklagte sei über die Vorverlegung der ordentlichen Betriebsratssitzung am 08.10.2018 informiert worden. Soweit die Beklagte behaupte, die Vertretungsfälle dreier Ersatzmitglieder seien am Tag der Betriebsratssitzung, dem 09.10.2018 eingetreten und diese Ersatzmitglieder hätten sich erst an diesem Tag krankgemeldet, sei dies unzutreffend. Herr V (Frühschicht bis 15.00 Uhr) sei zwar am 08.10.2018 anwesend gewesen, habe sich aber noch am gleichen Tag krankgemeldet und den Betrieb um 14.00 Uhr verlassen, wie sich aus seiner Zeiterfassung ergebe (Anlage K 7, Bl. 322 d. A.). Er habe daraufhin dem Betriebsratsmitglied, Herrn S Bescheid gegeben, dass er nicht - wie vorher angefragt - an der Betriebsratssitzung teilnehmen könne, da er krank sei und am nächsten Tag, dem 09.10.2018 zum Arzt gehen werde. Herr Hab (Tagschicht bis 18.00 Uhr) sei auch am 08.10.2018 anwesend gewesen und habe sich im Laufe des Tages bei seinem Teamleader krankgemeldet und den Betrieb um 17.11 Uhr verlassen, wie sich aus seiner Zeiterfassung ergebe (Anlage K 8, Bl. 323 d. A.). Auch er habe Herrn S mitgeteilt, dass er krank sei, am nächsten Tag gleich in der Früh zum Arzt gehen werde und deshalb nicht an der - vorher angefragten - Betriebsratssitzung teilnehmen könne. Herr Hi (Spätschicht von 14.45 Uhr bis 22.30 Uhr) sei nach Arbeitsbeginn am 08.10.2018 von Herrn S zur Betriebsratssitzung eingeladen worden. Da er am nächsten

Tag einen wichtigen Arzttermin gehabt habe, habe er dies Herrn S sofort mitgeteilt und abgesagt. Die Behauptung der Beklagten, Herr Y sei nur am 08. und 09.10.2018 krankgeschrieben gewesen, sei falsch. Er sei jedenfalls bis 10.10.2018, wenn nicht sogar länger krankgeschrieben gewesen. Dies sei der Beklagten bekannt, da sie Zugriff auf die entsprechenden Daten ihrer Arbeitnehmer habe. Dasselbe gelte für die Herren, V und Hab. Soweit die Beklagte behauptet, der Kläger sei am 08.10.2018 um 16.15 Uhr gebeten worden als Ersatzmitglied nachzurücken, so sei dies nicht richtig. Der Kläger, der am 08.10.2018 in der Spätschicht von 16.15 Uhr bis 0.45 Uhr tätig gewesen sei, sei ca. gegen 17.20 Uhr an seinem Arbeitsplatz von Herrn S telefonisch zur ordentlichen Betriebsratssitzung eingeladen worden. Zu diesem Zeitpunkt seien Herrn S die Krankmeldungen der Herren Hi, V und Hab bekannt gewesen. Auch die Beklagte sei in diesem Zeitrahmen über die Teilnahme des Klägers an der Betriebsratssitzung informiert worden. Dies zeige die E-Mail von Frau D, HR-Managerin an Herrn G, Supervisor der Abteilung des Klägers, mit der Frau D Herrn G über die Einladung informiert habe sowie darüber, dass der Kläger am 08.10.2018 früher Feierabend machen solle, um seine Ruhezeit von 11 Stunden einzuhalten (Anlage K 9, Bl. 324 d. A.). Zusätzlich habe der Kläger selbst um 18.45 Uhr die Personalabteilung, Herrn G und Herrn M darüber informiert (Anl. K 10, Bl. 325 d. A.). Der Kläger sei mündlich zur Betriebsratssitzung eingeladen worden, was zumindest bei kurzfristigen Ladungen wohl üblich sei. Der Kläger habe weder mit dem Betriebsrat kollektiv zusammengewirkt, noch sonst unredlich gehandelt. Er sei von Herrn S angerufen und informiert worden, dass er an der Betriebsratssitzung am nächsten Tag aufgrund von Krankheit und Urlaub anderer Mitglieder teilnehmen müsse. Das habe er getan. Ihm sei zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass dies Auswirkungen auf seinen Kündigungsschutz haben könne. Er sei auch nicht verpflichtet gewesen dies zu überprüfen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird auf die Schriftsätze vom 08.11.2020 (Bl. 286 ff. d. A.), vom 13.01.2020 (Bl. 310 ff. d. A) nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 11.03.2020 (Bl. 326 ff. d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Die Kündigung vom 31.10.2018 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet, da der Kläger sich auf den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG berufen kann.

1.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

11.

Die Berufung ist unbegründet. Die ordentliche Kündigung vom 31.10.2018 ist unwirksam, da der Kläger als Ersatzmitglied, das am 09.10.2018 an einer Betriebsratssitzung teilgenommen hat, den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG genießt und es nicht treuwidrig ist sich darauf zu berufen. Entsprechend besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch.

Zunächst macht sich das Berufungsgericht die zutreffenden Erwägungen des Arbeitsgerichts zu eigen und nimmt darauf Bezug (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Das Vorbringen der Parteien in der Berufung veranlasst zu folgenden Ausführungen:

1. Der Kläger hatte zum Zeitpunkt des Ausspruchs der ordentlichen Kündigung vom 31.10.2018 besonderen Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, da er am 09.10.2018 zur Betriebsratsarbeit herangezogen wurde. Soweit die Beklagte eine Teilnahme des Klägers an der Betriebsratssitzung zunächst bestritten hat, hat sie nach Vorlage

der vom Kläger unterschriebenen Anwesenheitsliste (Anlage K 8, Bl. 319 ff. d. A.) erklärt, ihr lägen keine weitergehenden tatsächlichen Erkenntnisse vor, die es ermöglichen würden, den Vortrag substantiiert zu bestreiten. Der Vortrag des Klägers hinsichtlich seiner Teilnahme an der Betriebsratssitzung am 09.10.2018 ist somit unstreitig, § 138 Abs. 2 ZPO.

Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, dass der Kläger erst am Vorabend der Betriebsratssitzung mündlich zu dieser eingeladen wurde und zu diesem Zeitpunkt die Tagesordnung (wohl) nicht mitgeteilt wurde. Zwar ist nach § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG zu einer Betriebsratssitzung rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden. Jedoch ist auch eine mündliche, etwa telefonische Ladung eines Betriebsratsmitglieds zulässig, z. B. wenn eine Sitzung wegen besonderer Umstände kurzfristig stattfinden muss (Fitting u.a., BetrVG, 27. Aufl., § 29, Rn. 44). Dasselbe gilt auch für Ersatzmitglieder, die zu laden sind, sobald der Vertretungsfall bekannt ist. Eine nicht ordnungsgemäße Ladung zu einer Betriebsratssitzung, kann u. U. Einfluss auf die Wirksamkeit der in dieser Sitzung gefassten Beschlüsse haben, sie ändert jedoch nichts daran, dass das an dieser Sitzung teilnehmende Betriebsratsmitglied oder Ersatzmitglied Betriebsratstätigkeit leistet. Somit hat der Kläger am 09.10.2018 unabhängig von einer wirksamen Ladung, Betriebsratstätigkeit ausgeübt.

Irrelevant ist ebenfalls, ob tatsächlich ein Verhinderungsfall vorlag. Auch dann, wenn zwar ein objektiver Fall einer Verhinderung im Sinne von § 25 Abs. 1 BetrVG nicht vorlag, das Ersatzmitglied jedoch an einer Betriebsratssitzung teilgenommen hat und keine Anhaltspunkte dafür hatte, dass in Wahrheit ein Vertretungsfall nicht vorlag, bestehen die Gründe für den vom Gesetzgeber vorgesehenen Sonderkündigungsschutz. Das Ersatzmitglied übt auch in diesem Fall die vom Gesetz auch auf die Austragung von Streit angelegte Rolle des betrieblichen Gegenspielers des Arbeitgebers aus. Diese Lage ist für das Ersatzmitglied unvermeidbar, weil es - solange keine Anhaltspunkte gegen das Vorliegen eines Vertretungsfalls sprechen - verpflichtet ist, der Einladung zur Betriebsratssitzung zu folgen. Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG würde seinen Zweck verfehlen, wenn er von der späteren Bestätigung des von dem örtlichen Betriebsratsmitglied angegebenen Verhinderungsgrundes abhinge. Nur wenn das Ersatzmitglied weiß oder sich ihm aufdrängt, dass kein Vertretungsfall vorliegt, ist es nicht schutzbedürftig (BAG, Urteil vom 12. Februar 2004, 2 AZR 163/03, Rn. 15 JURIS).

Damit hat der Kläger seit dem 09.10.2018 den nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

2. Die Beklagte hatte auch Kenntnis von der Betriebsratsstätigkeit des Klägers, wie sich aus der vom Kläger vorgelegten E-Mail vom 08.10.2018 von der Mitarbeiterin HR, Frau D an den Vorgesetzten des Klägers ergibt. Die Existenz dieser E-Mail sowie der weiteren E-Mail des Klägers an seine Vorgesetzten und die Personalabteilung bestreitet die Beklagte nicht.

3. Dem Kläger ist es nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 BetrVG zu berufen.

Das Arbeitsgericht hat unter korrekter Darlegung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Recht ausgeführt, dass die Berufung auf den Sonderkündigungsschutz im Einzelfall ausgeschlossen sein kann, wenn ein Verhinderungsfall kollusiv zu dem Zweck herbeigeführt wurde, dem Ersatzmitglied den besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Vertretungsfall nur zum Schein herbeigeführt wurde und das Ersatzmitglied wusste oder es sich ihm aufdrängen musste, dass ein solcher in Wirklichkeit nicht vorlag, wobei die Beklagte für die tatsächlichen Anhaltspunkte darlegungs- und beweisbelastet ist.

Das Arbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass unter Zugrundelegung dieses Maßstabes vorliegend nicht hinreichend tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Kläger mit Mitgliedern bzw. Ersatzmitgliedern des Betriebsrats kollusiv zusammengewirkt hätte, um den besonderen Kündigungsschutz zu erreichen.

a) Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die regulär am Mittwoch, dem 10.10.2018 stattfindende Betriebsratssitzung auf den 09.10.2018 vorverlegt wurde, so kann darin kein Indiz dafür gesehen werden, dass versucht wurde die Sitzung auf einen Tag zu verlegen, an dem der Ersatzfall für den Kläger eintreten kann. Der Grund für die Verlegung ist nachvollziehbar. Unstreitig hat vom 10. bis 12.10.2018 die Sitzung des europäischen Betriebs-

rates stattgefunden, an der der Betriebsratsvorsitzende und der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende teilzunehmen hatten. Da es sich unbestritten jeweils um Ganztagsitzungen gehandelt hat, stand mit Einladung zur europäischen Betriebsratssitzung am 24.09.2018 fest, dass es zu einer Kollision kommen würde, die den Vorsitzenden und den stellvertretenden Vorsitzenden des Betriebsrats der Beklagten daran hindern würde, beide Sitzungen wahrzunehmen. Wenn in dieser Situation durch den Betriebsrat entschieden wird, die eigene reguläre Sitzung auf einen anderen Tag zu verlegen, so ist dies sachlich gerechtfertigt. Auch ist es keinesfalls so, dass der 09.10.2018 der letzte Tag gewesen wäre, an dem der Kläger an einer Betriebsratssitzung hätte teilnehmen müssen, um Sonderkündigungsschutz zu erhalten. Unstreitig war der Kläger bei der am 19.04.2018 durchgeführten Betriebsratswahl Wahlbewerber und hatte sechs Monate nach der Bekanntgabe d.h. bis 23.10.2018 besonderen Kündigungsschutz. Auch die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung am 10.10. und auch in der Folgewoche hätte also ausgereicht, um dem Kläger besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen. Die Verlegung der Betriebsratssitzung auf den 09.10.2018 ist somit kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch.

b) Soweit die Beklagte auf die ungewöhnlich hohe Anzahl von kurzfristigen Ausfällen verweist, ist zunächst richtig, dass objektiv eine große Anzahl von Betriebsrats- und Ersatzmitgliedern am 09.10.2018 eine Verhinderung mitgeteilt hat. Ob diese Anzahl tatsächlich ungewöhnlich hoch ist, ist für das Gericht nicht nachvollziehbar. Zwar ist der Beklagten hier zuzugestehen, dass sie keinen Zugriff auf Protokolle des Betriebsrats über dessen Sitzungen in der Vergangenheit hat, um anhand dieser festzustellen, wann wie viele Ersatzmitglieder teilgenommen haben, doch wäre es der Beklagten sehr wohl möglich anhand der Arbeitszeitaufzeichnungen für ihre Arbeitnehmer herauszufinden, wie viele Abwesenheiten an „normalen Mittwochssitzungen“ zu verzeichnen waren.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei drei Betriebsratsmitgliedern und fünf Ersatzmitgliedern eine Verhinderung in Folge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hat. Unstreitig haben diese Personen alle Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für ihre Fehlzeiten vorgelegt. Es wäre hier Sache der Beklagten konkret darzulegen, warum der Beweiswert dieser Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert sein soll. Hierzu ist kein Vortrag erfolgt. Somit ist für diese Arbeitnehmer von einer arbeitsunfähigkeitsbedingten Abwesenheit auszugehen, die nichts damit zu tun hat, dass dem Kläger ein Kündigungsschutz verschafft werden sollte.

c) Soweit die Beklagte darauf verweist, der Kläger selbst habe vorgetragen am Montag dem 08.10.2018 gegen 16.15 Uhr von Herrn S zur Betriebsratssitzung am Folgetag geladen worden zu sein, zu einem Zeitpunkt, zu dem Herr S noch nicht bekannt gewesen sein könne, dass die vor dem Kläger auf der Wählerliste stehenden Ersatzmitglieder Hi, Hab und V am 09.10.2018 erkrankt sein würden, so ist dieser Vortrag teilweise unrichtig, teilweise vom Kläger entkräftet. Der Kläger hat entgegen der Behauptung der Beklagten, erstinstanzlich nicht vorgetragen, er sei um 16.15 Uhr von Herrn S angerufen und informiert worden, dass er am folgenden Tag an der Betriebsratssitzung teilzunehmen habe. Der Kläger hat im Schriftsatz vom 02.04.2019 (S. 2, Bl. 187 d. A.) vorgetragen „der Kläger hat am 08.10.2018 um 16.15 Uhr seine Arbeit bei der Beklagten aufgenommen. Er wurde am 08.10.2018 von dem Betriebsratsmitglied Herrn S an seinem Arbeitsplatz angerufen ...“. Der Kläger hat also vorgetragen, dass er um 16.15 Uhr seine Arbeit angetreten hat und in der Folge, ohne einen exakten Zeitpunkt zu nennen, von Herrn S angerufen wurde. Der Kläger hat dann in der Berufung detailliert und unter Bezugnahme auf die Zeiterfassungsjournale bei der Beklagten dargelegt, dass Herr V den Betrieb am 08.10.2018 vor dem regulären Schichtende unter Krankmeldung verlassen habe und Herrn S darüber informiert habe. Herr Hab habe sich ebenfalls vor seinem Schichtende (18.00 Uhr) am 08.10.2018 krankgemeldet und den Betrieb um 17.11 Uhr verlassen, worüber er Herrn S informiert und die Teilnahme an der Betriebsratssitzung am Folgetag abgesagt habe. Herr Hi sei von Herrn S nach seinem Arbeitsbeginn um 14.45 Uhr zur Betriebsratssitzung eingeladen worden, habe jedoch sofort mitgeteilt, er könne wegen eines Arzttermins am Folgetag an der Sitzung nicht teilnehmen. Herr S habe also kurz nach 17.00 Uhr, als Herr Hab sich krank meldete gewusst, dass für den Kläger der Ersatzfall eintrete. Deshalb habe er den Kläger um 17.20 Uhr als Ersatzmitglied laden können. Dieser Zeitablauf wäre durch die E-Mail von Frau D (HR Managerin) an den Vorgesetzten des Klägers um 17.46 Uhr bestätigt. Dieser Vortrag des Klägers, der von der Beklagten nicht bestritten und somit gemäß § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden wurde, zeigt einen schlüssigen zeitlichen Ablauf dahingehend, dass Herr S um 17.20 Uhr alle relevanten Informationen hatte, die ein Nachrücken der Person des Klägers für die Betriebsratssitzung am Folgetag nötig machten. Der Ablauf indiziert nicht, dass Herr S dem Kläger schon zu einem Zeitpunkt zur Betriebsratssitzung eingeladen hat, als dieser noch nicht wissen konnte, dass die vor dem Kläger in der Liste stehenden Ersatzmitglieder für die Betriebsratssitzung am 09.10.2018 nicht zur Verfügung stehen.

d) Somit verbleibt die „Merkwürdigkeit“, dass die Betriebsratsmitglieder B und H für den 09.10.2018 Ausgleichstage und die Ersatzmitglieder Ha und G Urlaubstage beantragt hatten, dies kurzfristig und zu einem Zeitpunkt zu dem der Betriebsrat als Gremium die Kündigungsabsicht der Beklagten aufgrund des Anhörungsschreibens vom September 2018 kannte. Dies sind tatsächlich Umstände, die ungewöhnlich sind und auf eine Absprache innerhalb des Betriebsrats hinweisen können. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Urlaubs- bzw. Ausgleichstage von der Beklagten genehmigt waren, da die Genehmigungen von den jeweiligen Vorgesetzten erteilt werden ohne Kenntnis von den Anträgen anderer Betriebsrats-/Ersatzmitglieder und den betriebsverfassungsrechtlichen Auswirkungen.

Jedoch ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände davon auszugehen sein soll, dass dem Kläger die etwaige Zielrichtung dieser Urlaubs- bzw. Ausgleichsanträge bekannt gewesen sein soll. Allein die Tatsache, dass der Kläger in dem vorhergehenden ca. fünf Monaten seit Bekanntgabe der Betriebsratswahlergebnisse am 22.04.2018 und der vermutlich kurz darauf stattfindenden konstituierenden Sitzung noch nicht als Ersatzmitglied herangezogen wurde, muss den Kläger nicht bösgläubig machen. Der Zeitraum war zu kurz für den Kläger, der unstreitig in der Vergangenheit weder reguläres Betriebsratsmitglied noch Ersatzmitglied gewesen ist, um festzustellen, dass es sich um eine angesichts seines Listenplatzes sehr ungewöhnliche Situation gehandelt hat.

Es gibt somit keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass in Wahrheit ein Vertretungsfall nicht vorlag bzw. der Kläger wissen musste, dass die kurzfristigen Urlaubs- bzw. Ausgleichsanträge von den Betriebsrats- bzw. ihm vorgehenden Ersatzmitgliedern gestellt wurden, um ihm Kündigungsschutz zu verschaffen. Somit ist das sich Berufen des Klägers auf den Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht rechtsmissbräuchlich.

Die Kündigung ist unwirksam, ohne das es auf die Frage der sozialen Rechtfertigung ankäme.

3) Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger gemäß den Bedingungen seines Arbeitsvertrages weiterzubeschäftigen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch ergibt sich aus der

Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch vom 27.02.1985, (Gs. 1/84). Danach besteht ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch für einen Arbeitnehmer bei einer stattgebenden Entscheidung des Arbeitsgerichts, sofern nicht ausnahmsweise die Interessen des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung überwiegen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG, § 91 Abs. 1 ZPO / 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gern. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen nach § 72 a ArbGG die Parteien hingewiesen werden, zulassen sollte.