

# Ausfertigung

24 Ca 1619/11

Eingegangen

01. JULI 2013

Verkündet am: 12.06.2013

kanzlei  
bell.heim.partnerInnen

Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Arbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### SCHLUSS-ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte bell.heim.partnerInnen  
Schwanthalerstraße 73, 80336 München

gegen

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

- 2 -

hat die 24. Kammer des Arbeitsgerichts München - Kammer Ingolstadt - auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2013 durch die Richterin am Arbeitsgericht

die ehrenamtlichen Richter

als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Das gegen die Beklagte ergangene Versäumnisurteil vom 06.07.2012 wird aufrechterhalten.
2. Die Beklagte trägt auch die weiteren Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 6.000,00 € festgesetzt.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten zuletzt noch über den Anspruch der Klägerin auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags sowie Weiterbeschäftigung.

Die Klägerin war bei der Beklagten zunächst über eine Leiharbeitsfirma eingesetzt. Ab 21.06.2010 wurde sie von der Beklagten als Lagermitarbeiterin in der Verpackung mit zuletzt einem Gehalt von EUR 1.500,00 brutto pro Monat in deren Betrieb in Ingolstadt angestellt, befristet bis zum 20.06.2011. Der Vertrag wurde anschließend verlängert bis 20.12.2011.

Am 16.08.2011 wurde die Klägerin in den bei der Beklagten in  bestehenden Betriebsrat gewählt. Die Klägerin wurde zur Betriebsratsvorsitzenden gewählt und vollständig freigestellt.

Im November entschied sich die Beklagte im Bereich Verpackung insgesamt 13 Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, davon drei unbefristet, und vier Arbeitnehmer, darunter die Klägerin, nicht weiter zu beschäftigen.

Am 15.12.2011 trat die Klägerin als Betriebsratsvorsitzende zurück.

Mit ihrer am 15.12.2011 beim Arbeitsgericht München Kammer Ingolstadt eingereichten Klage hat sich die Klägerin im Hauptantrag gegen die Wirksamkeit der Befristungsvereinbarung gewendet und hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags sowie Weiterbeschäftigung geltend gemacht. Aufgrund der ersten Verhandlung vor der Kammer, in der die anwesende Beklagtenvertreterin ausdrücklich erklärte, nicht verhandeln zu wollen, sind nach Antragstellung der Klagepartei und Beantragung eines Versäumnisurteils der Hauptantrag durch Endurteil abgewiesen und die Hilfsanträge durch Versäumnisurteil zugesprochen worden. Das Teilendurteil ist nach erfolgloser Berufung rechtskräftig geworden. Die Beklagte hat gegen das Teilversäumnisurteil Einspruch eingelegt, der nach rechtskräftiger Entscheidung über den Hauptantrag hier noch zur Entscheidung angefallen ist.

Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Sie sei nur wegen ihrer Betriebsratstätigkeit nicht in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen worden.

Die Klägerin stellt zuletzt folgende Anträge:

Das Versäumnisurteil vom 06.07.2012 bleibt aufrechterhalten.

Die Beklagte beantragt:

Das Versäumnisurteil vom 06.07.2012 wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte behauptet, sie habe sich von der Klägerin nicht wegen ihrer Betriebsratsstätigkeit getrennt, sondern weil Auftragsschwankungen und eine flexible Personalplanung dies geböten.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Klägerin und der Beklagten jeweils nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften vom 03.02.2012, 06.07.2012 und 12.06.2013 sowie den übrigen Akteninhalt Bezug genommen, §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 495, 313 Abs. 2 ZPO.

### **Entscheidungsgründe:**

#### I.

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 3a, b, 46, 48 ArbGG, 17 ff GVG eröffnet und das Arbeitsgericht München, Kammer Ingolstadt, ist örtlich zuständig, §§ 46 Abs. 2, 48 ArbGG, 12, 17 ZPO.

#### II.

1. Nachdem die Klage im Hauptantrag rechtskräftig als unbegründet abgewiesen wurde, war nunmehr noch über den Einspruch und die Hilfsanträge zu entscheiden.
2. Der Einspruch war zulässig, da er form- und fristgerecht eingelegt wurde, §§ 341, 341a ZPO, 46 Abs. 2, 59 ArbGG.
3. Die Hilfsanträge sind begründet.  
Nach Rückversetzung des Verfahrens in die Lage vor Eintritt der Säumnis war über die Hilfsanträge der Klägerin auf Unterbreitung eines Angebots auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags sowie Weiterbeschäftigung zu entscheiden, §§ 342 ZPO, § 46 Abs. 2 ArbGG.

4. Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus § 78 S. 2 BetrVG einen Anspruch auf Unterbreitung eines Angebots auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags mit im Übrigen dem im Versäumnisurteil vom 06.07.2012 näher bezeichneten Inhalt.
- a. Nach § 78 S. 2 BetrVG darf ein Betriebsratsmitglied wegen seiner Betriebsratsstätigkeit nicht benachteiligt werden. Dies gilt auch für die berufliche Entwicklung.  
Aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG kann auch ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages folgen. Die Darlegungs- und Beweislast liegt dabei bei der Klagepartei (LAG Berlin-Brandenburg, 04.11.2011 - 13 Sa 1549/11, zitiert nach juris). Ein Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG setzt voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied einer Betriebsvertretung inzwischen in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen worden wäre. Hierfür bedarf es der, wenn auch auf Hilfstatsachen beruhenden Feststellung, dass das Betriebsratsmitglied diese berufliche Entwicklung ohne seine Amtstätigkeit tatsächlich genommen hätte (BAG, 07.08.2005 – 7 AZR 528/04, zitiert nach juris).
- b. Wenn auch das Betriebsratsmitglied letztendlich die negativen Folgen für den Fall der Nichterweislichkeit der Benachteiligung wegen der Betriebsratsstätigkeit zu tragen hat, so trifft den Arbeitgeber im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast eine sekundäre Darlegungspflicht.  
In Konstellationen, in denen die darlegungspflichtige Klagepartei außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und die beklagte Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt, muss die Beklagte den Vortrag der Klagepartei substantiiert bestreiten, wenn sie ihm entgegentreten will. Es ist Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert

zu äußern (BGH 24. 11. 1998, NJW 1999, 714; 17. 1. 2008, NJW 2008, 982). Trägt der sekundär Darlegungspflichtige ausreichend vor, benennt aber keine Beweismittel, kann dies vom Tatsachengericht zwar nicht als Verletzung der sekundären Darlegungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO, wohl aber nach § 286 ZPO als Beweisvereitelung berücksichtigt werden. Benennt der sekundär Darlegungspflichtige dagegen Beweismittel, kann die primär darlegungspflichtige Klagepartei sich der vom Gegner benannten Beweismittel bedienen.

(Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 612a BGB, Rn. 22, 22a). Dies gilt umso mehr, wenn der Arbeitgeber aufgrund seiner Sachnähe ohne Weiteres substantiierte Angaben machen kann (BAG 26. 6. 2008 AP KSchG 1969 § 23 Nr. 42).

- c. Im Bereich des § 612a BGB, des § 8 EFZG oder des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist diese gestufte Darlegungslast anerkannt.

So ist der Arbeitnehmer in den Fällen des § 612a BGB oder des § 8 EFZG zwar für die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungspflichtig, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitgeber die Kündigung unter Verstoß gegen das Maßregelungsverbot oder aus Anlass der Erkrankung ausgesprochen hat. Hat er hierfür aber Hilfstatsachen (Indizien) vorgebracht, die den Schluss auf eine Maßregelung oder den Tatbestand des § 8 EFZG zulassen, so hat der Arbeitgeber im Rahmen einer sekundären Darlegungslast hierauf substantiiert zu erwidern und seine Beweggründe darzustellen (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage 2013, § 8 EFZG, Rn 10; § 612a, Rn. 22; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 612a BGB, Rn. 22, 22a; BAG, 11.08.1992 - 1 AZR 103/92, NZA 1993, 39).

Auch im Bereich des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist eine entsprechende Stufung bei der Darlegung anerkannt. Hat die Klagepartei entsprechende Tatsachen vorgetragen, wonach ein Teil der Arbeitnehmer z.B. eine freiwillige Leistung erhält, andere aber nicht, so ist die Arbeitgeberin im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast verpflichtet, sowohl sämtliche Zwecke für

ihre freiwillige Leistung an (nur) eine Gruppe von Arbeitnehmern als auch die Grundsätze für die Verteilung der freiwilligen Leistung innerhalb der begünstigten Gruppe substantiiert offenzulegen. Kommt sie dieser Offenlegung nicht nach, kann der Kläger Gleichbehandlung nach Maßgabe der begünstigten Gruppe verlangen (BAG, 23.02.2011 - 5 AZR 83/10, zitiert nach juris).

d. Vorliegend gilt nichts anderes. Denn auch im Fall des § 78 BetrVG steht die darlegungspflichtige Klägerin außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs. Ihr sind letztlich nur die nach außen wahrnehmbaren Hilfstatsachen bekannt, nicht aber die für die Entscheidung der Beklagten tragenden Beweggründe. Nur die Beklagte kennt insoweit alle wesentlichen Tatsachen. Bei dieser Sachlage muss die Beklagte den Vortrag der Klägerin – ohne dass es eines Rückgriffs auf europarechtliche Regelungen bedarf – nach den oben dargestellten Grundsätzen substantiiert bestreiten, wenn sie ihm entgetreten will.

e. Die Beklagte ist ihrer sekundären Darlegungslast trotz des entsprechenden Hinweises in der Verhandlung vor der Kammer nicht hinreichend nachgekommen.

Während die Klägerin entsprechende Hilfstatsachen, die für eine Benachteiligung sprechen dargelegt hat, ist die Beklagte eine substantiierte Erklärung hierauf schuldig geblieben.

(1) Als Hilfstatsache spricht für die Klägerin die Tatsache, dass sie vor ihrer Betriebsratstätigkeit zunächst als bloße Leiharbeiterin von der Beklagten in ein Arbeitsverhältnis übernommen wurde und ihr zunächst befristeter Vertrag anschließend auch verlängert wurde. Dagegen ließ die Beklagte die Befristung unmittelbar auslaufen, nachdem die Klägerin zur Betriebsratsvorsitzenden gewählt und zu 100% freigestellt wurde. Gleichzeitig wurden aber im Bereich Verpackung insgesamt 13 Arbeitnehmer weiterbeschäftigt, davon drei unbefristet.

- (2) Es wäre Sache der Beklagten gewesen hierauf substantiiert zu erwidern, warum, wenn nicht wegen der Betriebsratstätigkeit, die Klägerin nicht entfristet weiterbeschäftigt werden konnte. Allein der pauschale Verweis, dass dies aufgrund der flexiblen Personalplanung und des schwankenden Auftragsvolumens erforderlich gewesen sei, genügt dem nicht. Denn die Beklagte hat außer dieser Behauptung keine nachvollziehbare Tatsachenbasis geliefert, wie sich welche Auftragsschwankung wo ausgewirkt hat und warum die flexible Personalplanung gerade die Nichtverlängerung der – zum damaligen Zeitpunkt zu 100% freigestellten Klägerin – geboten hat. Zwar ist es richtig, dass sich allein aus der Betriebsratstätigkeit in Verbindung mit europarechtlichen Grundsätzen weder die Unwirksamkeit der Befristung, noch ein Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags ergibt (LAG Berlin-Brandenburg, 04.11.2011 - 13 Sa 1549/11; LAG München, 18.02.2011 - 7 Sa 896/10; BAG, 05.12.2012 - 7 AZR 698/11). Das entbindet die Beklagte aber nicht von ihrer sekundären Darlegungslast, wenn es um die Klärung geht, ob eine Benachteiligung eines Betriebsratsmitglieds ausgeschlossen werden kann.
- (3) Die Vorsitzende hat in der Verhandlung am 12.06.2013 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach Einschätzung der Kammer auch unabhängig von der Tatsache, ob der Klägerin vorab eine Entfristung bereits zugesagt wurde und unabhängig davon, ob es vom Standortleiter oder Geschäftsführer negative Äußerungen im Hinblick auf Betriebsratstätigkeit gegeben hat, sich die Frage stellt, nach welchen Kriterien die Beklagte die Auswahlentscheidung getroffen hat, als sie im November 2011 die Entscheidung getroffen hat, dreizehn Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, davon drei unbefristet und vier darunter die Klägerin nicht. Die Vorsitzende hat deutlich gemacht, dass nicht nachvollziehbar sei, was konkret mit dem Stichwort flexible Personalplanung gemeint sei, insbesondere inwieweit die Be-



klagte durch Auftragsschwankungen gerade zur Entlassung der Klägerin, die zu 100 % freigestellt war, veranlasst gewesen sei. Sie hat weiter darauf hingewiesen, dass es nach Einschätzung der Kammer Sache der Arbeitgeberin sei, ihre Motivation im Hinblick auf die Nichtverlängerung der Klägerin so nachvollziehbar darzustellen, dass ersichtlich ist, dass die Betriebsrats-tätigkeit hierbei unerheblich war.

Trotz der detaillierten Hinweise hat der in Untervollmacht zur Verhandlung entsandte Beklagtenvertreter daraufhin lediglich angegeben, hierzu keine weiteren Informationen zu haben.

Da die Beklagte damit ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen ist, war davon auszugehen, dass die Klägerin wegen ihrer Betriebsrats-tätigkeit nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen wurde. Sie hat daher einen Anspruch auf Unterbreitung eines unbefristeten Vertragsangebots mit im Übrigen dem im Versäumnisurteil vom 06.07.2012 näher bezeichneten Inhalt.

5. Die Klägerin hat darüber hinaus einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Es gelten insoweit die Grundsätze, die das BAG im Bereich von Kündigungsschutzstreitigkeiten entwickelt hat (BAG, 27. 2. 85, GS 1/84 (NZA 1985, 702).

Wenn zwischen den Parteien der Bestand des Arbeitsverhältnisses im Streit steht – dort wegen der Frage der Wirksamkeit einer Kündigung, hier wegen der Frage des Anspruchs auf Übernahme in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis – so hat der Arbeitnehmer nach der o.g. Entscheidung des Großen Senats des BAG auch außerhalb der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG im Bereich der Kündigungsschutzstreitigkeiten einen arbeitsvertragsrechtlichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen.

Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses, in dem der Bestand des Arbeitsverhältnisses zu klären ist, ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers für die Dauer dieses Prozesses. Dieses überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers.

Ab dem Zeitpunkt, ab dem in dem Prozess ein Urteil ergangen ist, das den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv klärt, ändert sich die Interessenlage. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen; es besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch für den Arbeitnehmer.

Im Kündigungsprozess ist dies regelmäßig ab dem Zeitpunkt der Fall, ab dem ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Gleiches muss gelten, wenn wie im vorliegenden Fall jedenfalls erstinstanzlich die Arbeitgeberin zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags verurteilt wird. Denn auch in diesem Fall ist jedenfalls für die erste Instanz der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geklärt. Die Beklagte hat auch nicht eingewandt, dass die Klägerin nach dem Rücktritt vom Betriebsratsvorsitz, wegen einer etwa weiter bestehenden Freistellung keinen Anspruch mehr auf Beschäftigung habe.

Damit hat die Klägerin einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Die Hilfsanträge waren damit begründet, weshalb das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten war.

#### IV.

1. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 ZPO, da die Beklagte unterlegen ist.

2. Die Streitwertfestsetzung im Urteil beruht auf §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 ArbGG, 3, 5 ZPO, 42 Abs. 3 S. 1, 45 GKG. Für den Antrag auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags wurden drei Bruttomonatsgehälter angesetzt. Der Weiterbeschäftigungsantrag wurde mit einem Bruttomonatsgehalt angesetzt.
3. Nach Maßgabe nachfolgender Rechtsmittelbelehrung ist für die Beklagte hinsichtlich der Verurteilung auf Abschluss eines Arbeitsvertrags die Berufung nach § 64 Abs. 2 c ArbGG statthaft, im Übrigen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € übersteigt, § 64 Abs. 2 b ArbGG.

Für die Klägerin ist ein Rechtsmittel mangels Beschwer nicht gegeben.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Berufung einlegen, soweit es um die Verurteilung zum Abschluss eines Arbeitsvertrags geht, im Übrigen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € übersteigt,.

Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Landesarbeitsgericht München**  
**Winzererstraße 104**  
**80797 München**

eingelegt werden.

Die Berufung muss innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich begründet werden.

Die Berufungsschrift und die Berufungsbegründungsschrift müssen jeweils von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Sie können auch von dem Bevollmächtigten einer Gewerkschaft, eines Arbeitgeberverbandes oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände unterzeichnet werden, wenn sie für ein Mitglied eines solchen Verbandes oder Zusammenschlusses oder für den Verband oder den Zusammenschluss selbst eingelegt wird.

Mitglieder der genannten Verbände können sich auch durch den Bevollmächtigten eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Dr. Hesse

