



21

als Urkundsbeamter/in  
der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

Zustellung an:  
Proz.-Bevollm.  
d. 30.06.07  
am: 30.06.07  
Vollstreckbare  
Ausfertigung  
mit Zustell-Vermerk  
ist erteilt.

In Sachen

n. - Kläger -

an

- Beklagte -

hat das Arbeitsgericht Berlin, 27. Kammer, auf die mündliche Verhandlung vom 13.06.2007 durch die Richterin am Arbeitsgericht S. [redacted] A. [redacted] als Vorsitzende sowie die ehrenamtlichen Richter Herr L. [redacted] und Frau Ch. [redacted] für Recht erkannt:

- I. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Servicekraft weiterzubeschäftigen.
- III. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.010,90 EUR brutto (tausendzehn 90/100) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.04.07 zu zahlen.
- IV. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten zu 79 % und dem Kläger zu 21 % bei einem Gesamtstreitwert von 1.532,16 EUR auferlegt.
- V. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 1.213,08 EUR festgesetzt.

## Tatbestand

Die Parteien streiten um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sowie um Vergütungsansprüche.

Der Kläger war von November 2001 bis Juni 2002 sowie erneut ab Oktober 2005 bei der Beklagten als Servicekraft beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht abgeschlossen. Der Kläger erhielt eine Vergütung in Höhe von 7,67 EUR brutto pro Stunde. Die Beklagte beschäftigte den Kläger als Tagesaushilfe. Im Falle eines aktuellen Personalbedarfs rief die Beklagte den Kläger jeweils an und bot ihm eine Tätigkeit als Tagesaushilfskraft an. Der Kläger war nicht verpflichtet, diese Angebote der Beklagten anzunehmen. Der Kläger arbeitete im Oktober 2005 7 Stunden, im November 2005 15 Stunden, im Dezember 2005 23,25 Stunden, im Januar 2006 47 Stunden, im Februar 2006 33,25 Stunden, im März 2006 18 Stunden, im April 2006 28,5 Stunden, im Mai 2006 26,5 Stunden, im Juni 2006 0 Stunden, im Juli 2006 13 Stunden, im August 2006 0 Stunden, im September 2006 28 Stunden, im Oktober 2006 27 Stunden, im November 2006 36,25 Stunden und im Dezember 2006 40 Stunden. Unter Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Vergütung von 7,67 EUR pro Stunde erhielt der Kläger in der Zeit von Oktober 05 bis Dezember 05 eine durchschnittliche monatliche Bruttoentlohnung von 181,80 EUR. Seit Januar 2007 wird der Kläger nicht mehr von der Beklagten beschäftigt. Ihm wurde Anfang März 2007 von dem Personalleiter Gastronomie telefonisch mitgeteilt, dass man mit seinen Leistungen nicht zufrieden sei und ihn deshalb nicht mehr beschäftigen werde.

Mit seiner am 22.3.2007 beim Arbeitsgericht Berlin eingegangenen und der Beklagten am 4.4.2007 zugestellten Klage begehrt der Kläger die Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses. Weiterhin macht er einen Weiterbeschäftigungsanspruch und Vergütungsansprüche aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges geltend.

Der Kläger ist der Ansicht, dass zwischen ihm und der Beklagten ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet wurde, welches durch das Telefonat nicht beendet werden konnte. Der Kläger ist weiterhin der Ansicht, es sei ein

...

Abrufarbeitsverhältnis begründet worden. Da bislang eine Kündigung nicht erfolgt sei, bestehe das Arbeitsverhältnis unverändert fort. Die Beklagte sei somit auch verpflichtet, ihm aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges die durchschnittliche Vergütung weiter zu zahlen, die er in der Zeit von Oktober 05 bis Dezember 2006 verdient habe. Dabei müssten jedoch die Monate Juni und August 2006 herausgerechnet werden, da er in diesen beiden Monaten nicht beschäftigt worden sei. Es ergebe sich somit ein monatlicher Durchschnitt von 202,18 EUR brutto. Er habe daher einen Anspruch für die Monate Januar bis Mai 2007 in Höhe von 1.010,90 EUR brutto.

Der Kläger beantragt,

- 1)  
festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht,
- 2)  
die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Servicekraft weiter zu beschäftigen,
- 3)  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.010,90 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass zwischen ihr und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis nicht bestehe. Der Kläger sei als Tagesaushilfe beschäftigt worden. Erst wenn zwischen den Parteien Einvernehmen über das „Ob“ des konkreten Einsatzes erzielt worden sei und der Kläger seine Arbeit auch tatsächlich aufgenommen habe, sei jeweils ein befristetes Aushilfsarbeitsverhältnis zustande gekommen. Schriftliche Arbeitsverträge seien nicht abgeschlossen worden. Der Kläger habe keinen

24

Anspruch auf eine Tätigkeit an einem bestimmten Tag oder in einem bestimmten Umfang. Eine Kündigung sei daher nicht notwendig gewesen. Dem Kläger seien auch in der Zeit von November 01 bis Juni 2002 und Oktober 2005 bis Dezember 2006 nur unregelmäßig Angebote zum Abschluss eines Tagesaushilfsarbeitsverhältnisses unterbreitet worden. Die von dem Kläger geleisteten Arbeitsstunden hätten in den Jahren 2005 und 2006 zwischen 0 und 40 Stunden pro Monat gelegen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Klage hatte Erfolg.

I.

Die Klage ist zulässig; insbesondere ist der Rechtsweg zum Arbeitsgericht gem. § 2 Abs .1 Ziffer 1 a und b ArbGG eröffnet. Das erforderliche rechtliche Interesse des Klägers an der begehrten Feststellung folgt hieraus bereits aus der Tatsache, dass sich die Beklagte auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beruft und von der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mehr als ausschließlich die von dem Kläger geltend gemachten Vergütungsansprüche abhängig sind. Der Kläger war somit nicht allein auf die Leistungsklage zu verweisen.

II.

Die Klage ist auch begründet. Zwischen den Parteien besteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Die Beklagte ist daher verpflichtet, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Servicekraft weiter zu beschäftigen und ihm aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges die Vergütungsansprüche für den Zeitraum von Januar 2007 bis Mai 2007 zu erfüllen.

...

1.

Zwischen den Parteien ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Beklagte kann sich nicht auf eine Befristung des Arbeitsverhältnisses berufen, da die Befristung des Arbeitsvertrages gem. § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf. Zwischen den Parteien ist jedoch eine schriftliche Vereinbarung über die Befristung nicht zustande gekommen.

a)

Zwar ist es gerade im Bereich der Gastronomie und Hotellerie aufgrund des saisonal schwankenden Arbeitsbedarfes durchaus üblich, Tagesaushilfsverträge abzuschließen. Diese bedürfen jedoch zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die Beklagte hätte eine Rahmenvereinbarung mit dem Kläger abschließen können, in welcher sie sich das Recht vorbehält, dem Kläger Arbeitsangebote zu unterbreiten und der Kläger frei entscheiden kann, ob er diese Angebote annimmt. Für den Fall der Annahme hätte sodann jeweils ein auf einen Tag befristetes Aushilfsarbeitsverhältnis begründet werden können, welches jeweils der Schriftform bedarf. Die von der Beklagten gewählte Möglichkeit, den Kläger nach Bedarf einzusetzen, ohne jeweils schriftliche Verträge mit dem Kläger abzuschließen, führt jedenfalls nicht zu einer wirksamen Befristung des Arbeitsvertrages.

Zwischen den Parteien ist somit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Da sich die Beklagte unstreitig vorbehalten hat, den Kläger nur bei Bedarf auf Abruf zu beschäftigen, besteht zwischen den Parteien gem. § 12 TzBfG ein Arbeitsverhältnis auf Abruf.

Gem. § 12 Abs. 1 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart.

b)

Dieses Abrufarbeitsverhältnis ist nicht durch die telefonische Mitteilung der Beklagten, dass der Kläger zukünftig nicht mehr eingesetzt werde, beendet worden. Gem. § 623 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Da die Beklagte dem Kläger lediglich telefonisch mitgeteilt hat, dass sie nicht beabsichtige, ihn zukünftig einzusetzen, ist das Arbeitsverhältnis aufgrund dieser Erklärung jedenfalls nicht beendet, da es auch insoweit an der Schriftform mangelt.

c)

Der Kläger war auch nicht gehalten, die Unwirksamkeit der Befristung innerhalb einer Frist von 3 Wochen gem. § 17 TZBFG geltend zu machen. Die Klagefrist des § 17 Satz 1 TZBFG gilt nicht, wenn der Streit zwischen den Parteien nur darum geht, ob eine Befristung überhaupt vereinbart ist. Hiergegen hat sich der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG mit einer allgemeinen Feststellungsklage, wie hier geschehen, gem. § 256 Abs. 1 ZPO zur Wehr zu setzen (vgl. BAG Urteil vom 20.2.2002 EZA § 17 TZBFG Nr. 1 ). Die gesetzliche Regelung verpflichtet den Arbeitnehmer nämlich nur dann, die Klagefrist einzuhalten , wenn er die Rechtsunwirksamkeit der Befristung geltend machen will, was voraussetzt, dass überhaupt eine Befristung vereinbart ist.

Zwischen den Parteien besteht somit ein unbefristetes Abrufarbeitsverhältnis fort.

2.

Die Beklagte ist daher auch verpflichtet, dem Kläger die Vergütung für den Zeitraum von Januar bis Mai 2007 zu zahlen. Die Beklagte befindet sich seit Januar 2007 im Annahmeverzug gem. § 615 Abs. 1 BGB, da sie dem Kläger keine Arbeit zugewiesen hat. Gem. § 12 Abs. 2 TzBfG wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, dem Kläger die Lage der Arbeitszeit jeweils mindestens 4 Tage im Voraus mitzuteilen. Bereits hieraus ergibt sich, dass die Beklagte zunächst ein entsprechendes Arbeitsangebot unterbreiten muss, um eine Arbeitspflicht beim Kläger auszulösen. Die Beklagte gerät daher bereits dadurch in Verzug, dass sie

dem Kläger kein Arbeitsangebot unterbreitet hat. Der Kläger war nicht verpflichtet, von sich aus seine Arbeitskraft ausdrücklich im Sinne des § 296 BGB anzubieten (vgl. Dörner – Arbeitsrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis – C IV.1d) – Rn 2881). Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger nicht leistungsbereit oder leistungsfähig war, liegen nicht vor.

a).

Der Kläger hat somit Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Gem. § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG gilt eine Arbeitszeit von 10 Stunden wöchentlich als vereinbart, wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist. Da die Parteien keine Vereinbarung hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit getroffen haben, gilt somit eine Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart. Dem Kläger steht somit mindestens der von ihm berechnete Durchschnitt für die Zeit von Oktober 05 bis Dezember 06 im Umfang von 26,36 Stunden monatlich und somit ein Betrag in Höhe von 202,18 EUR brutto monatlich zu. Der Kläger hat somit Anspruch auf Vergütung für den Zeitraum von Januar bis Mai 2007 in Höhe von 5 x 202,18 EUR brutto = 1.010,90 EUR brutto gem. § 615 BGB i. V. m. § 12 Abs. 1 Satz TzBfG.

b)

Der Zinsanspruch ab Zustellung der Klage am 5.4.2007 ist gem. §§ 288 Abs. 1, 291, 247 BGB begründet.

3.

Der Kläger kann von der Beklagten ebenfalls verlangen, dass diese ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Servicekraft weiterbeschäftigt. Die Grundsätze des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts (27.2.1985 EZA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9) über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits gelten entsprechend auch dann, wenn um die Wirksamkeit einer Befristung oder auflösenden Bedingung gestritten wird (vgl. BAG vom 13.6.1985, EZA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr.16). Denn die Unsicherheit ist hier wie dort dieselbe. Gewinnt also der Arbeitnehmer erstinstanzlich, wird der

...

Arbeitgeber auf entsprechenden Antrag zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen sein, sofern der Arbeitgeber nicht erfolgreich Gegengründe (überwiegende schutzwürdige Interessen auf seiner Seite) ins Feld führen kann (vgl. BAG vom 24.10.2001, AP Nr. 11 zu § 1 Beschäftigungsförderungsgesetz 1996). Da die Beklagte solche überwiegenden schutzwürdigen Interessen nicht dargelegt hat, war sie antragsgemäß zur Weiterbeschäftigung des Klägers zu verurteilen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 91 ZPO. Soweit der Kläger die Zahlungsklage teilweise zurückgenommen hatte, war er gem. § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO zu verurteilen, die hierdurch entstandenen Kosten zu tragen.

Die Streitwertentscheidung folgt aus den §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 42 Abs. 4 GKG, 3 ff ZPO.