

---

**Datum:** 25.06.2008  
**Gericht:** Arbeitsgericht Bielefeld  
**Spruchkörper:** 3. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 3 Ca 1263/08  
**ECLI:** ECLI:DE:ARBGBI:2008:0625.3CA1263.08.00

---

**Schlagworte:** Arbeit auf Abruf, tagweise Aushilfstätigkeit, mündliche Kündigung, arbeitsvertragliche Schriftformklausel, Verfall, Annahmeverzug

**Normen:** § 12 TzBfG; § 297 BGB, § 2 NachwG

**Leitsätze:**

1. Zur Unwirksamkeit eines vertraglich vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrechtes des Arbeitgebers über die wöchentliche Dauer der Arbeitszeit.
2. Zur Bestimmung der in diesem Fall zwischen den Arbeitsvertragsparteien geltenden Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit.

---

**Tenor:**

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 7.747,50 € brutto zu zahlen nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 6.198,-- € seit dem 09.05.2008 und auf weitere 1.549,50 € seit dem 09.06.2008 zu zahlen.
  2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.
  3. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 7.747,50 € festgesetzt.
-

## Tatbestand:

- Die Parteien streiten über Arbeitsentgelt. 2
- Der Beklagte ist Inhaber des Restaurant und Hotel W2 in 23456 S3 H2-S4. 3
- Die am 23.05.1961 geborene, ledige und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Klägerin besitzt die polnische Staatsangehörigkeit. Sie war bei dem Beklagten vor der EU - Erweiterung zunächst immer nur vorübergehend – befristet auf maximal 3 Monate – beschäftigt. 4
- Unter dem 16.01.1997 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag, wonach das Arbeitsverhältnis beginnen sollte, sobald dem Beklagten die Arbeitsgenehmigung und die Aufenthaltserlaubnis der Klägerin vorlag. Danach sollte die Klägerin als Hotelfachfrau gegen ein Bruttomonatsgehalt von 2.200,-- DM für den Beklagten tätig sein (wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ablichtung dieses Vertrages Bl. 5 ff. d. A. verwiesen). Ab dem 28.01.1999 verfügte die Klägerin über eine unbeschränkte Arbeitsgenehmigung der Bundesanstalt für Arbeit. Bis einschließlich September 2003 hat die Klägerin auf Basis dieser Vereinbarung gearbeitet. 5
- Die vertragliche Vereinbarung der Parteien ist in der Folgezeit mehrfach mündlich abgeändert worden und war im Wesentlichen in Bezug auf den Arbeitsumfang der Klägerin. Seit Oktober 2003 ist dann einvernehmlich auf Basis der geleisteten Stunden abgerechnet worden (Ablichtung der Abrechnungen für September und Oktober 2003, Bl. 46 ff. d. A.). 6
- Etwa ab Dezember 2004 haben sich die Parteien dann darauf verständigt, dass die Klägerin nur noch als Teilzeitkraft für 4 Tage in der Woche tätig wurde, und zwar nicht an festen Tagen, sondern nur noch nach Bedarf. Den Lohnabrechnungen der Klägerin für den Zeitraum von Oktober 2006 bis März 2007 ist ein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt von 774,75 € zu entnehmen (Ablichtung Bl. 9 – 14 d. A.). 7
- Im April 2007 hat die Klägerin einen Bruttolohn von 283,50 € erzielt. Unter dem 04.05.2007 monierte die Klägerin gegenüber der Ehefrau des Beklagten die pünktliche Lohnzahlung, die daraufhin das Arbeitsverhältnis mündlich kündigte. Unter dem 11.05.2007 erklärte der Beklagte der Klägerin, zwischen den Parteien bestünde kein Arbeitsverhältnis. 8
- Die Klägerin hat vor dem erkennenden Gericht mit Klage vom 18.05.2007 unter dem Aktenzeichen 5 Ca 1350/07 die Differenz der tatsächlich ausgezahlten Vergütung im Monat April von 283,50 € zu 774,75 €, somit 491,25 €, eingeklagt und die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, das nicht durch eine mündliche Kündigung der Ehefrau des Beklagten vom 04.05.2007 beendet ist. Durch Versäumnisurteil vom 06.07.2007 hat die 5. Kammer darauf erkannt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis in Bezug auf das Restaurant und Hotel W2 in der H3 34 in S3 H2-S4 besteht, das auch nicht durch eine mündliche Kündigung der Ehefrau des Beklagten vom 04.05.2007 beendet worden ist. Darüberhinaus wurde der Beklagte verurteilt, an die Klägerin für April 2007 rückständigen Lohn in Höhe von 491,25 € zu leisten (Bl. 16 d. A.). 9
- Die Lohnansprüche der folgenden Monate Juni und Juli 2007 verfolgte die Klägerin im Verfahren 6 Ca 2166/07 vor dem erkennenden Gericht. Insoweit wurde am 05.10.2007 ein Versäumnisurteil verkündet, wonach der Beklagte verurteilt wurde, an die Klägerin 2.321,25 € zu zahlen. Soweit die Klägerin Leistungen der bei Arbeit plus in B1 GmbH beantragt hatte, hat jene der Klägerin die daraus resultierenden Ansprüche gem. § 115 SGB X mit Schreiben 10

vom 22.04.2008 zurückabgetreten (Ablichtung Bl. 19 d. A.).

Nachdem eine vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisurteils des Amtsgerichts Bielefeld vom 06.07.2007 vorlag, wurde unter dem 30.07.2007 gegen den Beklagten die Vollstreckung eingeleitet. Die vollstreckbare Ausfertigung des Versäumnisurteils vom 05.10.2007 – 6 Ca 2166/07 – lag der Klägerin unter dem 17.10.2007 vor. Der Gerichtsvollzieher konnte den zugunsten der Klägerin bestehenden Urteilsbetrag aus dem ersten Versäumnisurteil vom 06.07.2007 erst im Dezember 2007 und den Betrag aus dem zweiten Versäumnisurteil erst im April 2008 Beitreiben. 11

Vor diesem Hintergrund erhob die Klägerin erst nach der erfolgreichen Zwangsvollstreckung erneut Klage auf die mittlerweile aufgelaufenen Entgeltansprüche. Zuvor war der Beklagte unter dem 11.10.2007 angeschrieben und darauf hingewiesen worden, dass neben den durch das Arbeitsgericht titulierten Lohnansprüchen der Klägerin für die Zeit bis Juli 2007 rückständiger Lohn der Klägerin für die Monate August und September 2007 zur Ausgleiche anstehen würde. Mit ihrer vom 05.05.2008 datierenden und am darauf folgenden Tag beim erkennenden Gericht eingegangenen Klage begehrt die Klägerin die Vergütung der Monate August 2007 bis März 2008 in Höhe von 6.198,-- € und für die Monate April und Mai 2008 in Höhe von weiteren 1.579,50 €. Sie meint, der Beklagte befinde sich insoweit im Annahmeverzug. 12

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 13

1. **Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für die Monate August 2007 bis März 2008 rückständigen Lohn in einer Gesamtgrößenordnung von 6.198,-- € brutto zu leisten.** 14
2. **Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 6.198,-- € seit erfolgter Zustellung der Klageschrift der Unterzeichner vom 05.05.2008 zu zahlen.** 15
3. **Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für die Monate April und Mai 2008 den weiteren rückständigen Lohn in Höhe von 1.549,50 € zu leisten nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit erfolgter Zahlung dieses Klageerweiterungsschriftsatzes.** 16

Der Beklagte bittet darum, 17

die Klage abzuweisen. 18

Der Beklagte verweist darauf, dass die Klägerin immer häufiger ihre Nachfragen einer tageweisen Aushilfstätigkeit negativ beschieden habe, sodass sie seit ca. Mitte 2007 nicht mehr für derartige tageweise Aushilfstätigkeiten herangezogen worden sei. Dies sei der Klägerin auch eindeutig mitgeteilt worden. Dieser sei auch dargelegt worden, dass sie mangels festen Arbeitsvertrages gar keinen Anspruch auf ständige Beschäftigung, verbunden mit Lohnzahlungen, habe. 19

Das Gericht hat den Beklagten im Gütetermin vom 16.05.2008 auf die Vorschrift des § 12 TzBfG aufmerksam gemacht und die Klägerin mit Schreiben vom 19.05.2008 gebeten, zu den Verfallfristen des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages für das Hotel und Gaststättengewerbe Stellung zu nehmen. Die Klägerin behauptet, sie habe erstmalig durch das Schreiben des Arbeitsgerichts vom 19.05.2008 von sich aus den für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag des Hotel und Gaststättengewerbes ergebenden Verfallfristen Kenntnis 20

erlangt. Deswegen mache sie vorsorglich ihre vorgetragenen Ansprüche als Schadensersatz geltend. Der Klägerin entstandene Schaden liege darin, dass der Beklagte seinen Verpflichtungen auf Erteilung eines schriftlichen Hinweises in Bezug auf die für das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifverträge nicht nachgekommen ist und die Klägerin in Folge dessen keine Kenntnis von einer Verfallfrist aus dem Tarifvertrag hat.

Wegen des weiteren hier gemäß § 313 Abs. 2 S. 1 ZPO knapp zusammengefassten Sach- und Streitstandes wird gemäß § 313 Abs. 2 S. 2 ZPO auf den Inhalt der im Verfahren gewechselten Schriftsätze nebst in Bezug genommener Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften verwiesen. 21

**Entscheidungsgründe:** 22

Die zulässige Klage ist in vollem Umfang begründet. 23

1. 24

Der Beklagte schuldet der Klägerin rückständiges Arbeitsentgelt in Höhe von insgesamt 7.747,50 € brutto für den Zeitraum vom August 2007 bis Mai 2008. 25

a.) 26

Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis. Der Beklagte hat der Klägerin im Gespräch vom 11.05.2008 gegenüber erklärt, zwischen ihnen bestünde kein Arbeitsverhältnis. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Dies steht seit der Entscheidung der 5. Kammer vom 06.07.2007 zwischen den Parteien rechtskräftig fest – 5 Ca 1350/07 -. 27

b.) 28

Der Beklagte hat die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum nicht beschäftigt. Der Anspruch der Klägerin auf Fortzahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts setzt daher voraus, dass die Klägerin die gesetzlichen, tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Voraussetzungen eines Entgeltanspruchs ohne Arbeitsleistung erfüllt. Der Beklagte befindet sich im Annahmeverzug. 29

Die Parteien hatten ursprünglich eine Vollzeitbeschäftigung gegen eine feste monatliche Vergütung vereinbart. Diese Vereinbarung ist zu einem späteren Zeitpunkt mündlich dahingehend modifiziert worden, dass die Klägerin mit Stundenlohn "auf Abruf" für den Beklagten tätig werden sollte. Hierin liegt ein Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Schriftformklausel § 9 c. des Arbeitsvertrages. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf, § 12 Abs. 1 TzBfG). 30

Durch den Nichtabruf der Arbeitsleistung der Klägerin durch den Beklagten sind regelmäßig die Voraussetzungen des Annahmeverzuges des Arbeitgebers erfüllt, ohne dass es eines Arbeitsangebots der Klägerin bedarf. Jedoch muss die Klägerin zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung bereit und fähig sein, § 297 BGB. Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Klägerin auch nach dem 11.05.2008 arbeitsfähig und arbeitswillig war. Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe in der Zeit zuvor "immer häufiger Nachfragen der tageweisen Aushilfstätigkeiten negativ beschieden" ist auch vor dem Hintergrund der Frist des § 12 Abs. 2 TzBfG, innerhalb derer ein Arbeitnehmer Abrufe verweigern darf, unsubstantiiert. 31

c.)

Der Entgeltanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges besteht auch in der ausgerichteten Höhe, das heißt in Höhe von 7747,50 € brutto. 33

Dies ergäbe sich zwanglos, wenn man die Ansicht verträte, die nachfolgenden mündlichen Änderungen des ursprünglichen Vertrages seien wegen Verstosses gegen die Schriftformklausel unwirksam. Hält man dagegen die mündlichen Vereinbarungen für wirksam, ist hier problematisch, dass die Parteien haben entgegen § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt haben. 34

Die Arbeitszeit ist gemäß § 615 BGB jedoch auch dann zu vergüten, wenn der Arbeitgeber – wie hier – keinerlei Arbeit abrufen. Nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG wird für diesen Fall von Gesetzes wegen eine Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit von 10 Stunden fingiert. 35

Die Vorschrift des § 12 TzBfG begegnet jedoch sozialstaatlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Statuierung einer – dazu noch äußerst geringen – wöchentlichen Arbeitszeit für den Fall einer fehlenden Vereinbarung greift jedenfalls auf Seiten des Arbeitnehmers in die Vertragsfreiheit ein. Es kann regelmäßig nicht vermutet werden, dass der Arbeitnehmer bereit gewesen wäre, einen Arbeitsvertrag mit einem Stundenumfang unterhalb der Grenze der Sozialversicherungspflicht abzuschließen, wenn der Arbeitsvertrag während seiner Laufzeit tatsächlich ganz anders abgewickelt wurde (ähnlich LAG Düsseldorf vom 17.09.2004 – 18 Sa 224/04 – in: LAGE § 315 BGB, 2002 Nr. 1 unter Randnummer 86 der Gründe). 36

Dem Gesetz, insbesondere § 12 TzBfG lässt sich eine Lösung der Frage, wann die Fiktion nicht greift, nicht unmittelbar entnehmen. Eine wöchentliche Arbeitszeit von 10 Stunden wird jedoch nach allgemeiner Ansicht dann nicht fingiert, wenn bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung – wie hier - aus der tatsächlichen Handhabung hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit auf einen von der gesetzlichen Fiktion abweichenden Parteiwillen zu schließen ist. Denn § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG ist lediglich ein Auffangtatbestand, der dann anwendbar ist, wenn sich eine wöchentliche Arbeitszeit in keiner Weise ermitteln lässt (Laux in: Laux/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz, München 2007, § 12 Randnummer 43 unter Verweis auf Rudolf in: NZA 2002, 1013 sowie Mühlmann in: RdA 2006, 359). Wie sich aus dem jeweils 1 Halbsatz des § 12 Abs. 1 S. 3 und 4 TzBfG ("*wenn nicht festgelegt ist*") ergibt, ist die gesetzliche Festlegung der Dauer der wöchentlichen bzw. der täglichen Arbeitszeit gegenüber der vertraglichen Festlegung der Arbeitsvertragsparteien subsidiär. Sie greift als Auffangregelung nur, wenn sich eine anderweitige Festlegung nicht vornehmen lässt (Sievers, TzBfG, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Auflage, Köln 2007 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 27 sowie Arnold / Gräf / Imping / Lehnen / Rambach / Spinner / Vossen, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar zum TzBfG mit Gestaltungshinweisen und Beispielen für die Praxis, 2. Auflage, Freiburg 2007, § 12 TzBfG, Rdnr. 49 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 82; Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, München 2007, 12 TzBfG, Rdnr. 24 ebenfalls mit weiteren Nachweisen). 37

Ob eine andere Arbeitszeitdauer gilt, ist eine Frage der Auslegung bzw. der Ermittlung des konkludenten Parteiwillens. Nach diesem muss feststehen, dass die Parteien eine (andere) Festlegung des Umfangs der Arbeitszeit wollten, was voraussetzt, dass sich die Parteien eindeutig und längerfristig an eine bestimmte Arbeitszeit gehalten haben und in Folge des Umfangs der Abrufe durch den Arbeitgeber der Arbeitnehmer darauf vertrauen durfte, dass damit ein bestimmter Umfang der Arbeitszeit festgelegt und weiter abgerufen werden sollte 38

(ebenso Mikosch in: Becker / Danne / Lang / Lipke / Mikosch / Steinwedel, Gemeinschaftskommentar zum Teilzeitarbeitsrecht (zur Vorgängervorschrift Artikel 1, § 4 Beschäftigungsförderungsgesetz 1987) Neuwied und Darmstadt, Artikel 1, § 4 Randnummer 58 ff.).

Die von dem Beklagten gewählte Vertragsgestaltung und auch die praktische Durchführung beweist den Willen des Beklagten, jeglichen Mindestumfang der Arbeitszeit auszuschließen. Nach seiner (irrigen) Rechtsauffassung besteht gar kein einsatzübergreifendes Dauerarbeitsverhältnis, auf das eine gesetzliche Mindestgarantie zur Anwendung kommen könnte, sondern eine Vielzahl von einsatzbezogenen Arbeitsverhältnissen. Ein solches auf die Umgehung eines Gesetzes ausgerichtetes Verhalten kann nicht dadurch belohnt werden, dass das umgangene Gesetz zum Schutz und Vorteil der umgehenden Partei zur Anwendung kommt. Eine Partei kann sich nicht für ihren Vorteil auf ein Gesetz berufen, auf dessen Ablehnung ihre Umgehungsversuche gerichtet waren. Das hieße, die Schutzrichtung eines Gesetzes im Gegenteil zu verkehren. Vielmehr ist der intentionswidrigen Wirkung des Schutzgesetzes (hier § 12 TzBfG) dadurch zu begegnen, dass die Vereinbarung des uneingeschränkt flexiblen Beschäftigungsumfangs als nichtig anzusehen ist, ohne dass diese Teilnichtigkeit die Gesamtnichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zur Folge hätte. Die sich durch die Teilnichtigkeit ergebende Lücke ist durch Auslegung zu fördern (so schon LAG Köln vom 07.12.2001 – 11 (6) Sa 827/01 – in: NZA-RR 2002, 415-416). 39

Bei der Zehn-Stunden-Fiktion des § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG handelt es sich um eine reine Auffangklausel, die nur dann anwendbar ist, wenn das Arbeitsdeputat nicht durch Auslegung unter Berücksichtigung des Parteiwillens festzustellen ist (LAG Düsseldorf a. a. O. unter Verweis auf Preis und Rudolf a.a.O). Teilweise wird jedoch darauf hingewiesen, dass in diesen Fällen stets erforderlich sei, dass einer Heranziehung zur Arbeit in der Vergangenheit ein entsprechender Erklärungswert entnommen werden könne, was sich nur bei Vorliegen einer eindeutigen und längeren Handhabung annehmen lasse (Staudacher u.a. a. a. O. in Randnummer 268 unter Verweis auf BAG vom 29.11.1983 in: AP Nr. 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 15 unter II.2 a der Gründe, sowie BAG vom 30.10.1991 – 5 AZR 6/91 -; ähnlich Mikosch a. a. O. Randnummer 62). 40

**aa.)** 41

Ist ein Rückgriff auf die Fiktion des § 12 TzBfG dagegen nicht möglich, so wird in der Literatur vorgeschlagen, dem Arbeitnehmer das Recht zu gewähren, innerhalb der vertraglich vorgesehen Bandbreite einmalig seine Arbeitszeit festzulegen (Mikosch a. a. O. Rdnr. 59; Däubler, Das Arbeitsrecht 2: Leitfaden für Arbeitnehmer, 10. Auflage unter 15.3.1.2.1). Gegen diese Möglichkeit wird allerdings eingewandt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass nun der Arbeitnehmer dadurch eine unbillige Leistungsbestimmung treffe, dass er die höchstmögliche Arbeitszeit wähle (LAG Düsseldorf a. a. O. unter Verweis auf Rudolf und Schüren, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 159, Randnummer 10). Aufgrund dieser Erwägungen hat sich diese Ansicht in der arbeitsrechtlichen Literatur bislang nicht durchsetzen können. 42

**bb.)** 43

Überwiegend wird das als sach- und interessengerecht angesehen, auch in diesem Fall die maßgebliche Arbeitszeit aus der bisherigen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Begleitumstände des Einzelfalles abzuleiten. Als Anknüpfungspunkt bietet sich hier eine Durchschnittsberechnung der in der Vergangenheit angefallenen Arbeitsstunden an (so auch LAG Düsseldorf a. a. O. in Randnummer 90). 44

Im vorliegenden Fall spricht für den Rücktritt auf die tatsächliche Vertragshandhabung in der Vergangenheit, dass die Parteien ursprünglich ein Vollzeitarbeitsverhältnis vereinbart hatten, das dann mündlich in ein Teilzeit- und Abruferbeitsverhältnis verändert worden ist. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass innerhalb einer gewissen Schwankungsbreite von ihr eine monatliche Vergütung in Höhe von 774,75 € erzielt worden ist. Hiergegen hat sich der Beklagte weder in den beiden Vorverfahren, noch im vorliegenden Verfahren gewandt und eine anderslautende Vertragsabwicklung in der Vergangenheit behauptet. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Vertragsabwicklung in der Vergangenheit zwangsläufig konkludenten Vereinbarung der Parteien entnehmen, es solle zumindest einem derartigen Umfang gearbeitet werden, dass die Klägerin im Durchschnitt aus ihrer Tätigkeit für den Beklagten eine monatliche Bruttovergütung in Höhe von 774,75 € erzielt.

**d.)** 46

Die Ansprüche der Klägerin sind zwar verfallen. Denn nach § 16.1 des für allgemein verbindlich erklärten Manteltarifvertrages des Hotel- und Gaststättengewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen e. V., dessen fachlichem Geltungsbereich das Arbeitsverhältnis der Parteien zwanglos unterfällt, verfallen alle beiderseitigen Ansprüche, wenn sie nicht drei Monate nach Fälligkeit geltend gemacht worden sind. Beim Ausscheiden aus dem Betrieb (und darunter soll nach teilweise vertretener Ansicht auch das rein tatsächliche Ausscheiden aus dem Betrieb fallen), verfallen alle Ansprüche nach zwei Monaten.

Die Klägerin hat nach dem Obsiegen ihrer beiden Entgeltprozesse vor der 5. und der 6. Kammer des erkennenden Gerichts in der Folgezeit ihre Entgeltansprüche außer August und September 2007 nicht zeitnah – auch nicht mündlich – geltend gemacht. Aufgrund ihrer Klageerhebung im vorliegenden Verfahren wären die Entgeltansprüche von Oktober bis einschließlich Januar, eventuell sogar bis einschließlich Februar 2008 verfallen.

Die Vorschrift des § 16 Manteltarifvertrag Hotel- und Gaststättengewerbe Nordrhein-Westfalen findet auch dann Anwendung, wenn der Beklagte wie hier seine Pflichten gemäß § 2 Nachweisgesetz verletzt, insbesondere nicht auf die Geltung des für allgemeinverbindlich erklärten Manteltarifvertrages Hotel- und Gaststättengewerbe Nordrhein-Westfalen für das Arbeitsverhältnis hingewiesen hat (§ 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 Nachweisgesetz). Allein der Verstoß gegen die aus § 2 Abs. 1 Nachweisgesetz folgende Verpflichtung begründet nicht den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Arbeitgebers (BAG vom 17.04.2002 – 5 AZR 89/01 – in: AP Nr. 6 zu § 2 Nachweisgesetz = § 2 Nr. 5 EZA Nachweisgesetz, unter III.3 der Gründe). Der Verstoß führt nicht gemäß § 242 BGB dazu, dass andere als die tatsächlich vereinbarten oder unmittelbar und zwingend anzuwendenden Vertragsbedingungen gelten. Dies ist unabhängig davon, ob sich die Vertragsregelung im Einzelfall ungünstig für den Arbeitnehmer auswirkt. Der Klägerin steht jedoch ein Schadensersatzanspruch, § 280 BGB, wegen Verletzung der Nachweispflicht in Höhe der verfallenen Ansprüche zu.

**a.)** 50

Der Beklagte war nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nachweisgesetz verpflichtet, spätestens am 16. Februar 1997 die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und der Klägerin auszuhändigen. Dies ist seinerzeit geschehen durch den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 16.01.1977. In die Niederschrift war jedenfalls ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge aufzunehmen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind (§ 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 Nachweisgesetz). Hierzu gehörte der Manteltarifvertrag des Hotel- und Gaststättengewerbes in Nordrhein-Westfalen. Eines Einzelnachweises der Ausschlussfristen des § 16 MTV des Hotel- und

Gaststättengewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen e. V. bedurfte es dagegen nicht (BAG vom 17.04.2002 – 5 AZR 89/01 – unter III.2 der Gründe).

**b.)** 52

Die Nachweispflicht bestand unabhängig von der gemäß § 5 Abs. 4 TVG unmittelbaren und zwingenden Tarifgeltung. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 und § 2 Abs. 3 S. 1 Nachweisgesetz; selbst bei Geltung zwingender Gesetze bedarf es eines Nachweises (vergleiche § 2 Abs. 3 S. 2 Nachweisgesetz). Die Verpflichtung des Beklagten setzte kein entsprechendes Verlangen der Klägerin voraus (vergleiche § 4 Nachweisgesetz). Das Gesetz will gerade auch den rechtsunkundigen Arbeitnehmer schützen. Der Beklagte hat weder die gesetzliche Nachweispflicht erfüllt, noch der Klägerin einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit sämtlichen geforderten Angaben ausgehändigt (§ 2 Abs. 4 Nachweisgesetz). Auch hierzu musste die Klägerin den Beklagten nicht eigens auffordern. 53

**c.)** 54

Der Beklagte hat den – auch im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses noch möglichen - Nachweis nicht nachgeholt. Er befand sich nach den §§ 284 Abs. 2 S. 1 und 285 BGB a. F. im Verzug. 55

**aa.)** 56

Nach § 286 Abs. 1 BGB a. F. ist der durch den eingetretenen Verzug adäquat verursachte Schaden zu ersetzen. Schaden im Sinne von § 249 BGB ist das Erlöschen des Vergütungsanspruchs. Der Schadensersatzanspruch ist auf Naturalrestitution gerichtet. Er ist deshalb wie der Entgeltzahlungsanspruch auf einen Bruttobetrag gerichtet. Die Klägerin kann verlangen, so gestellt zu werden, als sei ihr Vergütungsanspruch nicht untergegangen. Der Schadensersatzanspruch ist in Höhe des erloschenen Arbeitsentgeltsanspruchs begründet, wenn dieser nur wegen Versäumung der Ausschlussfrist erloschen ist und bei gesetzmäßigem Nachweis seitens des Arbeitgebers nicht untergegangen wäre. Bei der Prüfung der adäquaten Verursachung kommt dem Arbeitnehmer die Vermutung eines aufklärungsgemäßen Verhaltens zugute. Danach ist grundsätzlich davon auszugehen, dass jedermann bei ausreichender Information seine Eigeninteressen in vernünftiger Weise wahrt. Für eine abweichende Beurteilung ist der Schädiger darlegungs- und beweispflichtig. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 Nachweisgesetz ist zu vermuten, dass der Arbeitnehmer die tarifliche Ausschlussfrist beachtet hätte, wenn er auf die Geltung des Tarifvertrages hingewiesen worden wäre. Diese Auslegung des Nachweisgesetzes ist geboten, um den Zweck der Nachweisrichtlinie 91/533 EG (vom 14.10.1991) den Arbeitnehmer vor Unkenntnis seiner Rechte zu schützen, wirksam zur Geltung zu bringen. 57

**bb.)** 58

Schließlich besteht auch eine Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, sie habe erstmalig durch das Schreiben des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 19.05.2008 von dem allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen des Hotel- und Gaststättengewerbes und dem sich daraus ergebenden Verfallfristen Kenntnis erlangt. Der der Klägerin entstandene Schaden liege darin, dass der Beklagte seinen Verpflichtungen auf Erteilung eines schriftlichen Hinweises in Bezug auf die für das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifverträgen nicht nachgekommen ist und die Klägerin in Folge dessen 59

keine Kenntnis von einer Verfallfrist aus dem Tarifvertrag hatte. Damit hat die Klägerin zugleich konkludent vorgetragen, bei einer ordnungsgemäßen Unterrichtung hätte sie ihre Ansprüche innerhalb der tarifvertraglichen Verfallfristen geltend gemacht.

Der Beklagte hat die Behauptungen der Klägerin insoweit nicht in Abrede gestellt. 60

**2.** 61

Der Beklagte schuldet der Klägerin auf das rückständige Arbeitsentgelt in Höhe von insgesamt 7.747,50 € brutto für den Zeitraum vom August 2007 bis Mai 2008 auch die geltend gemachten Verzugszinsen. Er befand sich nach den §§ 286 Abs. 2 S. 1 und 287 BGB im Verzug. Nach § 288 Abs. 1 BGB ist eine Geldschuld während des Verzuges mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. 62

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. §§ 495 und 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Nach der letztgenannten Vorschrift trägt derjenige die Kosten des Rechtsstreits, der unterlegen ist. Dies ist im vorliegenden Fall der Beklagte. 63

Der Wert des Streitgegenstandes ist gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen. Die Höhe des Streitwerts ergibt sich aus der Klageforderung. 64

Kleveman 65