

6 Sa 325/02

7 Ca 8146/090

(Nürnberg)



LANDEsarBEITsGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

A...

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

B...

-... -

Prozessbevollmächtigte: ...

wegen Arbeitsentgelt und sonstiges

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **V e t t e r** als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Mrugalla und Adacker aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2004

für Recht erkannt:

- I. Das Versäumnisurteil des Landesarbeitsgerichts vom 22.07.2003 wird aufrechterhalten.
- II. Die Beklagte hat die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

-

Die Parteien streiten über die Verpflichtung zur Entgeltzahlung aus einem beendeten Arbeitsverhältnis, insbesondere über die Frage der vereinbarten Arbeitsstundenzahl.

Der Kläger war vom 15.07.1999 bis 02.05.2000 bei der Beklagten, die Arbeitnehmer im Messebau beschäftigt, als Messebauer angestellt. Einen schriftlichen Anstellungsvertrag haben die Parteien nicht geschlossen. Die vereinbarten Vertragsbedingungen sind zwischen ihnen streitig.

Die Beklagte ließ für den Kläger für den Monat Juli 1999 unter dem 10.09.1999 eine Abrechnung über einen Betrag von 2.000,- DM brutto erstellen mit den Posten „Stundenlohn Std 100,00“ und dem Faktor 20,- DM/Std; es ergibt sich ein Nettoauszahlungsbetrag von 1.259,77 DM. Für August 1999 weist die auf 15.09.1999 datierte Abrechnung einen Betrag von 3.620,- DM brutto aus, der sich gemäß den ausgewiesenen Posten „Stundenlohn Std 176,00“, „Überstd.-Grundvergütung Std 4,00“ und „Überstunden-Zuschlag Std 4,00“ „%-Zuschlag 25,00“ bei einem Stundenlohn von 20,- DM brutto errechnet; es ergibt sich ein Nettoauszahlungsbetrag von 2.265,54 DM. Für September 1999 weist die auf 15.12.1999 datierte Abrechnung DM 3.200,- brutto und 2.066,38 DM netto aus, errechnet aus „Stundenlohn Std 160,00“ und dem Faktor 20,- DM. Für Oktober 1999 ergibt die ebenfalls unter dem 15.12.1999 erstellte Abrechnung ebenfalls 160 Stunden und 3.200,- DM brutto und ebenfalls 2.066,38 DM netto. Für November 1999 weist die unter dem 17.12.1999 erstellte Abrechnung einen Betrag von 2.840,- DM brutto, entsprechend 1.906,26 DM netto, für 142 Stunden aus, für Dezember 1999 die auf 20.12.1999 datierte Abrechnung einen Betrag von 2.000,- DM brutto und 1.499,42 DM netto für 100 Stunden. Des genauen Wortlautes der Abrechnungen wegen wird auf die mit Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 26.11.2000 vorgelegten Ablichtungen Bezug genommen (Bl. 31 ff. d.A.).

Die Beklagte hat Zahlungen unterschiedlicher Höhe an den Kläger geleistet, und zwar mindestens dreimal 2.200,- DM netto und im Februar 2000 DM 4.000,- netto. Zwischen den Parteien ist streitig, ob daneben im Juli ein Betrag von 1.650,- DM – so

der Vortrag des Beklagten – oder im August ein Betrag von 1.500,- DM - so der Vortrag des Klägers - gezahlt worden ist, ob der im November gezahlte Betrag 2.000,- DM netto oder 2.200,- DM netto betragen hat und ob ein weiterer Betrag von 2.200,- DM im Dezember gezahlt worden ist. Insgesamt gibt der Kläger an, DM 14.400,- netto erhalten zu haben, die Beklagte behauptet einen Auszahlungsbetrag von 16.625,- DM netto, und zwar als Vorschuss.

Der Kläger hat ursprünglich ein monatliches Gehalt von 2.200,- DM brutto für die Monate Februar, März und April 2000 eingeklagt, darüber hinaus einen Betrag von 203,08 DM brutto für die Tage 01.05. und 02.05.2000. Unter Anführung eines Informationsversehens hat er seine Klage dann umgestellt und eine Festanstellung zu 40 Wochenstunden à 20,- DM brutto/Stunde behauptet. Er hat dementsprechend für Februar 2000 Entgelt für 21 Arbeitstage und 168 Stunden, für März Entgelt für 23 Arbeitstage und 184 Stunden, für April Entgelt für 20 Arbeitstage und 160 Stunden eingeklagt (Schriftsatz vom 11.01.2001, Bl. 39 d.A.). Im Schriftsatz vom 02.07.2001 hat er dann erklärt, es sei ein Stundenlohn von 20,- DM brutto bei einer Arbeitszeit von durchschnittlich 160 Stunden monatlich zugesichert worden (Bl. 56 d.A.). Im Schriftsatz vom 24.07.2001 findet sich der Vortrag, es sei vereinbart gewesen, dass er 40 Stunden bei einer monatlichen Zahlung von 160 Stunden zu leisten gehabt habe, dass die Beklagte ihm die 160 Stunden überschreitenden Stunden auf ein Stundenkonto habe gutschreiben sollen (Bl. 62 d.A.).

Der Kläger hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht daher zuletzt folgenden Antrag gestellt:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger DM 10.560,- brutto
nebst 4% Zinsen aus dem sich errechnenden Nettobetrag aus
3.360,- DM brutto seit 01.03.2000,
3.680,- DM brutto seit 01.04.2000,
3.200,- DM brutto seit 01.05.2000,
320,- DM brutto seit 03.05.2000
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat eingewandt, die Klage sei nicht begründet. Dem Kläger ständen keinerlei Ansprüche mehr zu. Er habe insgesamt 16.625,- DM netto als Vorschuss erhalten, mehr als ihm zustehe. Zwischen den Parteien sei vereinbart worden, dass der Kläger 20,- DM brutto für jede geleistete Arbeitsstunde erhalte, aber auch nur für diese. Es sei falsch, dass eine 40-Stunden-Woche vereinbart worden sei. Die Abrechnung habe aufgrund der vom Kläger beizubringenden Stundennachweise erfolgen sollen vor dem Hintergrund, dass der Kläger grundsätzlich auf externen Baustellen eingesetzt

gewesen sei und dass die Zahl der geleisteten Stunden aufgrund der Besonderheiten im Messebau stark geschwankt habe. Wäre dies anders gewesen, hätte der Kläger keine Arbeitszeitaufstellungen fertigen müssen und gefertigt. Eine solche Vorgehensweise sei branchenüblich und mit jedem Mitarbeiter so getroffen; anders könne man wegen der besonderen Ausgestaltung im Messebau nicht arbeiten. Ausweislich der vom Kläger selbst vorgelegten Aufstellungen seien 72 Arbeitsstunden im Juli angefallen, 171 im August, 171,5 im September, 160 im Oktober, 142 im November, 99,21 im Dezember, 51,5 im Januar, 71,25 im Februar, 136,5 im März und 120 im April. Insoweit werde auf entsprechende Aufstellungen, die sich aus Aufzeichnungen des Klägers ableiteten, Bezug genommen (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 26.11.2000, Bl. 22 ff. d.A.). Da der Kläger trotz vielfacher Aufforderung die erforderlichen Stundennachweise nicht beigebracht, aber immer über finanzielle Probleme geklagt habe, habe sie - die Beklagte - diese Vorschusszahlungen geleistet, jeweils vorbehaltlich der Rückforderung im Falle einer Überzahlung. Eine solche Überzahlung sei nunmehr eingetreten.

Die Beklagte hat weiter ausgeführt, es sei wegen der Notwendigkeit, die einzelnen Baustellen den Arbeitnehmern jeweils oft kurzfristig zuzuweisen, unmissverständlich vereinbart gewesen, dass die Arbeitnehmer telefonisch erreichbar sein müssten. Der Kläger sei im Dezember 1999 jedoch nur noch in Ausnahmefällen erreichbar gewesen. Wenn er erreichbar gewesen sei, habe er sich in der Mehrzahl der Fälle geweigert, die Arbeit anzutreten mit der Begründung, er sei durch wichtige Termine oder vorrangige Verpflichtungen an der Arbeit gehindert. Dieses Verhalten sei der Grund gewesen, dass der Kläger ab Dezember 1999 nur mehr oder weniger sporadisch gearbeitet habe. Im Zeitraum Januar bis April sei der Kläger, der dringend gebraucht worden wäre, nicht verfügbar gewesen.

Der Kläger hat die behaupteten Absprachen bestritten und erklärt, es sei falsch, dass eine Arbeit auf Abruf vereinbart gewesen sei. Der häufig unregelmäßige Arbeitsanfall im Messebau könne auch innerhalb einer 40-Stunden-Woche und mit Hilfe von Arbeitszeitkonten ausgeglichen werden. Es sei falsch, dass er telefonisch nicht erreichbar gewesen sei; er sei vielmehr jederzeit telefonisch erreichbar gewesen. Er habe auch in den Monaten Januar bis April zur Verfügung gestanden, gearbeitet und die Regiezettel in diesen Monaten dem Beklagten zur Verfügung gestellt. Er sei vor dem 02.05.2000 einige Tage arbeitsunfähig gewesen. In einem Telefonat am 02.05.2000 habe er dem Ehemann der Beklagten mitgeteilt, dass er wieder arbeitsfähig sei, und um Mitteilung des nächsten Einsatzortes gebeten. Der Ehemann der Beklagten habe ihm mitgeteilt, dass er nach Berlin fahren müsse. Er, der Kläger, habe darauf hingewiesen, dass er schon drei Monate kein Gehalt mehr erhalten habe und die Fahrtkosten nicht vorstrecken könne. Er habe zur Antwort bekommen, wenn er nicht nach Berlin fahre, sei das Arbeitsverhältnis gekündigt. Das Arbeitsverhältnis sei daher seit dem 03.05.2000 beendet. Die von der Beklagten geleisteten Zahlungen bezögen sich auf die nicht streitgegenständlichen Monate Juli 1999 bis Januar 2000. Für die Folgemonate lägen Zahlungen nicht vor.

Das Arbeitsgericht hat durch Endurteil vom 21.11.2001 wie folgt entschieden:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger DM 9.878,40 brutto sowie 4% Zinsen aus dem sich aus DM 3.200,- brutto ergebenden Nettobetrag ab 01.03.2000, 4% Zinsen aus dem sich aus DM 3.200,- brutto ergebenden Nettobetrag ab 01.04.2000, 4% Zinsen aus dem sich aus DM 3.200,- brutto ergebenden Nettobetrag ab 01.05.2000 und 4% Zinsen aus dem sich aus DM 278,40 brutto erge-

benden Nettobetrag ab 03.05.2000 zu zahlen.

2. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Der Streitwert wird auf DM 10.560,- festgesetzt.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, der Kläger habe für die Monate Februar bis April 2000 einen Zahlungsanspruch von je 160 Stunden, für die beiden Tage im Mai von 13,92 Stunden. Der Kläger habe zwar geltend gemacht, es sei eine 40-Stunden-Woche vereinbart gewesen, aber gleichzeitig vorgetragen, ihm sei eine Arbeitszeit von durchschnittlich 160 Stunden monatlich zugesichert worden. Sein Vorbringen könne nur so verstanden werden, dass die Parteien zwar von einer regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Stunden in der Woche ausgegangen seien, dass er aber nur Anspruch auf eine Mindestarbeitszeit von 160 Stunden im Monat haben solle. Die Beklagte habe den diesbezüglichen Sachvortrag des Klägers zwar bestritten, sich aber damit in Widerspruch zu den von ihr selbst erstellten und vorgelegten Abrechnungen gesetzt, insbesondere zur Abrechnung für August 1999. Dort seien über 176 Stunden geleistete Arbeitsstunden ausdrücklich als „Überstunden“ ausgewiesen. Dies setze den Vorhandensein einer Normalarbeitszeit voraus – bei 176 Monatsstunden und 22 Arbeitstagen eben 40 Stunden pro Woche. Bei Arbeit nach Arbeitsanfall hätte es logischerweise Überstunden nicht geben dürfen. Es komme hinzu, dass die von der Beklagten behaupteten Aufzeichnungen des Klägers mit den Abrechnungen nicht übereinstimmten. Auch die sich aus den Aufzeichnungen ergebenden Arbeitsunfähigkeitstage – 04.10. bis 19.11.1999 - habe die Beklagte offensichtlich mit 160 Monatsstunden abgerechnet. Der Kläger habe allerdings nach seinem eigenen Sachvortrag keinen höheren Anspruch als 160 Monatsstunden. Er habe nicht vorgetragen, dass er in den Monaten Februar bis April 2000 über diese Stundenzahl hinausgehende Arbeitsleistungen erbracht habe. Der Einwand der Beklagten, der Kläger sei nicht zur Verfügung gestanden, sei in der vorliegenden Form unbeachtlich. Die Beklagte hätte im einzelnen darstellen müssen, wann sie versucht habe, den Kläger zu erreichen. Hieran fehle es, so dass auch der angebotene Beweis nicht habe erhoben werden können. Auch von Erfüllung könne nicht ausgegangen werden. Die Beklagte habe zwar die Zahlung von Vorschüssen vorgetragen, aber nicht erklärt, für welche Monate welche Abschlagszahlungen geleistet worden seien.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist dem Beklagtenvertreter ausweislich seines Empfangsbekennnisses am 20.04.2002 zugestellt worden (Bl. 92 d.A.). Die Beklagte hat mit Schriftsatz ihres Vertreters vom 14.05.2002, beim Landesarbeitsgericht eingegangen selben Tag, Berufung eingelegt. Sie hat diese Berufung mit am 10.06.2002 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz selben Tages begründet.

Die Beklagte hat sich in der Berufung darauf gestützt, das Arbeitsgericht habe die Beweislast verkannt. Der Kläger sei beweispflichtig dafür, dass eine Arbeitszeit von wenigstens 160 Monatsstunden vereinbart gewesen sei. Sie dagegen habe für ihren Sachvortrag – Bezahlung von Arbeit nur nach Arbeitsanfall – Beweis angeboten. Aus dem Vorliegen der Lohnabrechnungen könne nicht auf eine Mindestarbeitszeit von 160 Stunden geschlossen werden. Der Kläger habe ja auch vorbehaltlos akzeptiert, wenn weniger gezahlt worden sei. Die Abrechnungen sei als vorläufige erstellt worden, da die Arbeitnehmer, so auch der Kläger, die Stundennachweise nicht rechtzeitig vorgelegt hätten. Die Abrechnung für August mit den dort ausgewiesenen Überstunden lasse den vom Arbeitsgericht gezogenen Schluss nicht zu, weil die EDV angesichts der Stundenzahl automatisch Überstunden ausgewiesen habe; eine Korrektur sei angesichts der Geringfügigkeit unterblieben, zumal ja nach den Vorstellungen der Parteien noch eine Schlussabrechnung durchzuführen gewesen sei. Das Arbeitsgericht habe an die Darlegungslast in bezug auf die Nichterreichbarkeit des Klägers von Dezember bis April zu strenge Anforderungen gestellt. Hierauf komme es allerdings angesichts dessen nicht an, dass der Kläger die geleisteten Stunden nicht im Einzelnen vorgetragen habe – und nur hierfür sei sie zahlungspflichtig.

Die Beklagte hat daher in der Berufungsinstanz zunächst beantragt:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 21.11.2001 - Az. 7 Ca 8146/00 - wird aufgehoben.

- II. Die Klage wird abgewiesen.

- III. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Kläger und Berufungsbeklagte hat beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2003 war die Beklagte und Berufungsführerin weder anwesend noch entschuldigt noch vertreten. Der Rechtsstreit wurde daraufhin vertagt. In der mündlichen Verhandlung vom 22.07.2003 war die Beklagte ausweislich der zur Niederschrift getroffenen Feststellungen erneut weder anwesend noch entschuldigt noch vertreten. Der Vorsitzende hat daraufhin Versäumnisurteil erlassen mit folgendem Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 21.11.2001 - Az. 7 Ca 8146/00 – wird auf Kosten der Berufungsführerin zurückgewiesen.

Das Versäumnisurteil wurde dem Beklagtenvertreter am 25.07.2003 zugestellt. Er hat hiergegen mit Schriftsatz vom 28.07.2003, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 29.07.2003, Einspruch eingelegt.

Die Beklagte stellt nunmehr folgenden Antrag:

1. Die Klage wird unter Aufhebung des Versäumnisurteils und des Urteils erster Instanz abgewiesen.

2. Dem Kläger sind die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Kläger beantragt,
das Versäumnisurteil vom 22.07.2003 aufrechtzuerhalten.

Er hält das arbeitsgerichtliche Urteil für richtig und bezieht sich auf seinen erstinstanzlichen Sachvortrag und die Gründe des arbeitsgerichtlichen Urteils. Er führt aus, die Beklagte habe ihm einen Scheck über 2.200,- DM übergeben als Nettoentgelt für Dezember 1999. Dieser sei bei Einlösung gesperrt gewesen. Im Februar habe er daher einen Scheck über 4.000,- DM erhalten mit dem Hinweis, es handle sich um den Lohn für Dezember 1999 und Januar 2000. Dieser sei dann eingelöst worden. Danach habe er keine Lohnzahlungen mehr erhalten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 21.11.2001 (Bl. 83 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 17.02.2004 (Bl. 172 ff. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

-

-

Entscheidungsgründe:

I.

Der Einspruch der Beklagten und Berufungsklägerin gegen das Versäumnisurteil vom 22.07.2003 ist zulässig. Er ist insbesondere rechtzeitig innerhalb der Wochenfrist der §§ 64 Abs. 7, 59 ArbGG beim Landesarbeitsgericht eingegangen. Der Prozess wurde daraufhin in die Lage versetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis der Beklagten befand (§ 342 ZPO).

II.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Der Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt 1.200,- DM (§ 64 Abs. 2 ArbGG in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 518, 519 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, jeweils in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung, vgl. § 26 Nr. 5 EG-ZPO).

III.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts erweist sich als richtig. Es hat der Klage zu Recht zum größten Teil stattgegeben. Die Berufungskammer folgt den sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich weitestgehend anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 543 Abs. 1 ZPO in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung, vgl. § 26 Nr. 5 EG-ZPO). Nur ergänzend ist im Hinblick auf die in der Berufung von den Parteien vorgetragene Argumente noch hinzuzufügen:

1. Auch die Berufungskammer geht davon aus, dass der Kläger für die Monate Februar bis April sowie für 01.05. und 02.05.2000 einen Anspruch auf Lohnzahlung für monatlich 160 Stunden zu einem Stundenlohn von 20,- DM brutto zu beanspruchen hat.
 - a. Die Kammer schließt sich den Ausführungen des Arbeitsgerichts an, dass aus den Gesamtumständen ein entsprechender Anspruch des Klägers wahrscheinlich ist. Zwar ist der Sachvortrag auch des Klägers sehr unpräzise, von Schriftsatz zu Schriftsatz immer wieder leicht abgeändert und in seiner Abfolge in Ansehung der den Parteien durch das Gesetz auferlegten Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 3 ZPO), die ausdrücklich auch eine Pflicht zur Vollständigkeit beinhaltet, nur schwer verständlich. Ähnliches gilt jedoch auch für den Sachvortrag der Beklagten, der Einzelheiten über die zwischen den Parteien getroffenen Absprachen, insbesondere den genauen Wortlaut der angeblichen Erklärungen der Parteien, nicht enthält. Eine Auslegung der von den Parteien getroffenen Absprachen ist aus diesem Grund nahezu unmöglich.
 - b. Auch nach dem Verständnis der Berufungskammer geht diese Unklarheit vorliegend zu Lasten der Beklagten. Diese hat, worauf das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, in den ersten Monaten des Anstellungsverhältnisses Abrechnungen erstellt, die jeweils 160 Monatsstunden erreichen oder gar überschreiten. Die Aussage der Beklagten, der Kläger habe eine niedrigere Abrechnung nie moniert, ist nicht verständlich. Zum einen trägt der Kläger unwidersprochen vor, er habe die Abrechnungen erst im nachhinein, im Laufe der Verfahrens, erhalten. Zum zweiten hat die Beklagte

erklärt, sie habe im wesentlichen 2.200,- DM netto an den Kläger gezahlt. Erst im Februar war der Betrag mit 4.000,- DM für zwei Monate geringer. Des weiteren ist die Aussage selbst im Hinblick auf die von der Beklagten vorgelegten Abrechnungen nicht verständlich: Im Juli 1999 hat der Kläger unstreitig die Arbeit erst am 15.07. aufgenommen, so dass eine Monatsstundenzahl von 100 bei noch 2,5 Wochen genau der 40-Stunden-Woche entspricht. Für August beinhaltet die Abrechnung deutlich darüber liegende Stundenzahlen. Für September und Oktober ist eine Stundenzahl von je 160 ausgewiesen. Aus den von der Beklagten nach den Aufzeichnungen des Klägers erstellten und von ihr vorgelegten Abrechnungen, auf die sie sich selbst bezogen hat, ergibt sich, dass sie im Arbeitsunfähigkeitszeitraum – den die Parteien im übrigen selbst in keiner Weise angesprochen haben – von einer anzusetzenden Stundenzahl von acht Stunden pro Tag ausgegangen ist (Aufstellungen für Oktober und November 1999 als Anlage zum Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 26.11.2000, Bl. 25 und 26 d.A.). Damit sprechen, wie das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt hat, sämtliche Indizien dafür, dass die Parteien davon ausgegangen sind, dass eine Arbeitszeit von durchschnittlich acht Stunden oder 160 Stunden monatlich abzuleisten und zu zahlen wäre. Als weiteres Indiz dient der Sachvortrag der Beklagten, sie habe dem Kläger Vorschüsse in derjenigen Höhe gezahlt, in der sie Arbeitsleistungen und Vergütungsansprüche erwartet habe. Ausgehend von den vorgelegten Abrechnungen, die bei einer Stundenzahl von 160 Stunden 2.066,38 DM netto ausweisen, lag der Betrag mit – nach Angaben der Beklagten fünfmal 2.200,- DM – sogar darüber. Damit durfte das Arbeitsgericht mangels weiterer Einzelheiten zu Recht unterstellen, dass die Parteien bei Abschluss des Anstellungsvertrages eine Arbeitszeit von etwa 8 Stunden täglich ihren Vorstellungen zugrunde gelegt haben. Lassen sich Einzelheiten über die Erklärungen der Parteien bei Vertragsabschluss nämlich nicht feststellen, kommt der tatsächlichen Abwicklung erhebliche Bedeutung für die Auslegung darüber zu, wovon als übereinstimmendem Parteiwillen auszugehen ist (Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Aufl. 2003, § 133 Rn. 17; Erman-Palm, BGB, 11. Aufl. 2004, § 133 Rn. 23, jeweils mit weiteren Nachweisen). Dieser Grundsatz kommt vorliegend zum Tragen.

- c. Dabei kann die Behauptung der Beklagten, es sei eine Arbeit nach Arbeitsanfall vereinbart worden, sogar als richtig unterstellt werden. Diese Aussage widerspricht dem aus den Gesamtumständen, insbesondere aus dem nachträglichen Verhalten der Beklagten ablesbarem mutmaßlichem Parteiwillen letztlich nicht. Auch in diesem Fall erscheint es als ohne weiteres nachvollziehbar, dass – unabhängig von der Verteilung auch über einzelne Monate hinweg – ein bestimmtes Mindestmaß für die Hauptleistungspflichten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers einerseits und Zahlungspflicht des Arbeitgebers andererseits festgelegt ist. Nach den genannten Umständen ist davon auszugehen, dass es sich hierbei nach den Vorstellungen der Parteien um acht Stunden täglich oder – wie das Arbeitsgericht gemäß dem Sachvortrag des Klägers meint - 160 Stunden monatlich handelte.

- d. Dieses Ergebnis ergäbe sich auch dann, wenn man mit einem Teil der Lite-

ratur und Rechtsprechung davon ausgehen würde, dass aus dem vorliegenden Verstoß gegen die Bestimmungen des Nachweisgesetzes eine Beweislastumkehr folge (Nachweise vgl. etwa bei Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2004, Einf. NachwG Rn. 22). Einen schriftlichen Arbeitsvertrag haben die Parteien nicht geschlossen, die Vorlage eines schriftlichen Nachweises über die Menge der zu erbringenden bzw. geschuldeten Arbeitszeit, zu der die Beklagte nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 NachwG verpflichtet gewesen wäre, hat die Beklagte nicht erstellt. Zwar sieht die Kammer mit der überwiegenden Rechtsprechung aufgrund von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Auslegung des NachwG keine Grundlage für eine Beweislastumkehr. Sie schließt sich aber der allgemeinen Auffassung in der Rechtsprechung an (Nachweise vgl. bei Preis, a.a.O., Rn. 23), dass der Verstoß des Arbeitgebers gegen die Bestimmungen des NachwG zu einer Erleichterung bei der Beweisführung des Arbeitnehmers führen kann, dass in diesem Fall das Vorliegen entsprechender Indizien für die Überzeugung des Gerichts ausreichen kann. Folgt man dem, liegen hier entsprechend den Ausführungen des Arbeitsgerichts und den obigen Darlegungen ausreichende Indizien vor.

- e. Letztlich kann darüber hinaus dahinstehen, ob der Sachvortrag der Beklagten richtig ist, sie habe mit dem Kläger eine Arbeitszeit nach Arbeitsanfall in dem Sinn vereinbart, dass ein Anspruch auf Entgelt tatsächlich unabhängig von seiner Arbeitsbereitschaft immer nur dann bestehe, wenn und soweit sie ihm tatsächlich Arbeit zuweise. Eine solche Vertragsgestaltung wäre, selbst wenn sie so getroffen wäre, unwirksam. Sie würde die Höhe der Hauptleistungspflichten der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers überlassen, würde das Risiko nicht vorhandener Beschäftigungsmöglichkeit allein dem Arbeitnehmer aufbürden. Eine solche Vertragsgestaltung widerspricht dem Wesen des Arbeitsvertrages als Dienstleistungsvertrag. Sie stellt – der Arbeitgeber könnte die Hauptleistungspflichten einseitig reduzieren, ohne eine Kündigung oder Änderungskündigung aussprechen zu müssen, welche nach §§ 626 BGB bzw. 1 und 2 KSchG an strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen geknüpft ist – eine objektive Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen dar und ist als solche nach § 134 BGB nicht wirksam (so bereits BAG vom 12.12.1984, 7 AZR 509/83, EzA § 315 BGB Nr. 29). Eine solche Umgehung kann immer dann vorliegen, wenn in den durch die Änderungskündigungsschutzregeln geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen wird, wenn die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ihrem Inhalt und Umfang nach in einer sich unmittelbar auf die Vergütung auswirkenden Weise geändert wird und damit einseitig in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingegriffen wird (BAG vom 21.04.1993, 7 AZR 297/92, EzA § 2 KSchG Nr. 20; BAG vom 07.08.2002, 10 AZR 282/01, EzA § 315 BGB Nr. 51 unter B.II.3. der Entscheidungsgründe; Reinecke in Küttner, Personalbuch 2004, Arbeitszeit Rn. 29; Preis in Erfurter Kommentar, a.a.O. § 611 BGB Rn. 817). Hat sich der Arbeitgeber rechtswidrig ein solches Recht vorbehalten, wird allerdings nicht der gesamte Arbeitsvertrag unwirksam, sondern der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zuweisung von Arbeit in der bisherigen Menge und Vergütung in bisherigem Umfang. Dieses Ergebnis folgt entweder aus einer entsprechenden Anwendung von § 12 TzBfG (hierzu Preis in Erfurter Kommentar, 4. Aufl. 2002, § 12 TzBfG Rn. 6) oder – lehnt man die entsprechende An-

wendung des § 12 TzBfG auf Vollzeitverhältnisse ab – aus allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts über die Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit von Vertragsbedingungen, die sich aus Arbeitnehmerschutzvorschriften ergeben (allg. Auffassung, vgl. nur Preis in Erfurter Kommentar, a.a.O., § 611 BGB Rn. 417 ff. mit umfangreichen Nachweisen; Erman-Edenfeld, BGB, a.a.O., § 611 Rn. 305; LAG Köln vom 07.12.2001, 11(6)Sa 827/01, LAGE § 4 BeschFG 1985/1986 Nr. 1). Nach jetziger, im streitgegenständlichen Zeitraum noch nicht gültiger Rechtslage ergibt sich diese Folge bei allgemeinen Arbeitsbedingungen aus § 306 Abs. 1 BGB in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung.

Nach alledem wäre selbst dann, wenn die Parteien tatsächlich – worauf der auch insoweit unpräzise Vortrag der Beklagten hindeuten könnte – Arbeit nach Arbeitsanfall in dem Sinn vereinbart hätten, dass der Kläger keinerlei Anspruch auf eine bestimmte zu vergütende Arbeitsmenge hätte, wegen der hierin liegenden Umgehung des § 2 KSchG von einem gesetzlichen Anspruch auf acht Stunden täglich oder 160 Stunden monatlich auszugehen.

2. Vorliegend folgt der Anspruch des Klägers auf Vergütung für die Monate Februar bis April 2000 sowie 01.05. und 02.05.2000 teilweise aus § 611 BGB, teilweise aus § 615 BGB und teilweise aus § 3 EFZG. Der Kläger hat – auch insoweit ist der Vortrag der Beklagten widersprüchlich – in diesen Monaten offenbar eine bestimmte Zahl von Arbeitsstunden tatsächlich geleistet. Die genaue Menge ist nach dem Vortrag der Parteien unklar geblieben. Immerhin liegen Angaben durch die Beklagte in den in Ablichtung übergebenen Aufstellungen vor (Anlagen zum Schriftsatz vom 20.11.2000, Bl. 27 ff. d.A.). Soweit der Kläger also Arbeitsleistungen erbracht hat, besteht der Vergütungsanspruch gemäß § 611 BGB.
 - a. Soweit der Kläger keine 160 Stunden monatlich geleistet hat und auch nicht arbeitsunfähig war, folgt sein Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs (§ 615 BGB). Zwar hat der Kläger nicht vorgetragen, dass er seine Arbeitsleistung auch an solchen Zeiten tatsächlich oder wörtlich angeboten hätte (§§ 294, 295 BGB). Dies war jedoch vorliegend nicht erforderlich. Die Beklagte selbst trägt vor, dass sie auf ein solches Angebot verzichtet hat, dass der Kläger verpflichtet gewesen sei, sich zum Zweck der Zuweisung von Arbeit bereit zu halten und telefonisch erreichbar zu sein. Bei einer solchen Abmachung ist das tatsächliche oder wörtliche Angebot des Arbeitnehmers – mit Ausnahme etwa bei Beendigung einer in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Verhinderung, die vorliegend nicht ersichtlich ist – entbehrlich (vgl. § 296 BGB). Die Parteien haben sich über die Art der zu erbringenden Mitwirkungshandlung des Arbeitnehmers abweichend vom Gesetz zu dessen Gunsten geeinigt. An der Wirksamkeit einer solchen Vertragsregelung bestehen keine Bedenken.
 - b. Annahmeverzug besteht in einem solchen Fall allerdings dann nicht, wenn der Arbeitnehmer diese vereinbarte Mitwirkungshandlung nicht eingehalten

hat. Die Beklagte hat dies vorgetragen. Mit Recht hat das Arbeitsgericht den diesbezüglichen Sachvortrag aber für unsubstantiiert gehalten und als einer Beweiserhebung nicht zugänglich angesehen. Die in der Berufung hiergegen gerichteten Angriffe tragen nicht. Die Arbeitsgerichte sind zu einer Beweiserhebung nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn eine spezifizierte Bezeichnung von Tatsachen vorliegt, für deren Richtigkeit der Beweis angeboten ist. Hierbei richtet sich der Grad der notwendigen Substantiierung nach der Einlassung des Gegners, aber auch nach dem Erfordernis, dem Gericht die Vorprüfung der Beweiserheblichkeit und der Beweistauglichkeit zu ermöglichen. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt vor, wenn die beantragte Beweiserhebung nicht dem Beweis vorgetragener Tatsachen dient, sondern der Ausforschung von Tatsachen (ständige Rechtsprechung, vgl. hierzu etwa Zöller-Greger, ZPO, 24. Aufl. 2004, vor § 284 Rn. 4 und 5 mit umfangreichen Nachweisen). Nach diesen Grundsätzen genügt der allgemeine Vortrag, der Kläger sei telefonisch nicht erreichbar gewesen, und wenn, dann habe er die Arbeitsaufnahme wegen anderer Verhinderung abgelehnt, nicht. Die Beklagte selbst bezieht sich offensichtlich auf mehrere, zeitlich nacheinander liegende Vorgänge. Diese sind gerade nicht einzeln spezifiziert. Der Kammer ist bei einem so unklaren Vortrag nicht einmal die Prüfung möglich, ob sich die behauptete Nichterreichbarkeit oder die behaupteten Absagen des Klägers auf den streitgegenständlichen Zeitraum Februar bis April 2000 beziehen. Schon dies würde einer Beweisaufnahme entgegenstehen. Vorliegend ginge die Substantiierungspflicht aber noch weiter: Geht man davon aus, dass der Kläger zwischendurch gearbeitet hat, setzen die jeweilige Nichterreichbarkeit ebenso wie etwaige Absagen des Klägers jeweils neue Kausalverläufe in Gang, die für sich genommen dem Annahmeverzug nur für bestimmte Zeitabschnitte entgegenstehen würden und für sich getrennt zu würdigen wären. In der vorliegenden nicht spezifizierten Form ist auch dem Kläger eine detaillierte Einlassung in keiner Weise möglich. Ein solcher Sachvortrag stellt geradezu die klassische Form des Ausforschungsbeweises dar; auch die Berufungskammer sieht keine rechtliche Möglichkeit, einem solchen Beweisangebot nachzukommen. Der Sachvortrag der Beklagten kann insoweit nicht verwertet werden. Die Kammer muss davon ausgehen, dass eine Verletzung der Mitwirkungshandlungen des Klägers nicht gegeben ist. Damit besteht, soweit der Kläger nicht tatsächlich gearbeitet hat oder arbeitsunfähig krank war, Annahmeverzug. Die Beklagte selbst trägt vor, dass sie dem Kläger ohne diesen Annahmeverzug in den Monaten Februar bis April Arbeiten zu mindestens 160 Stunden monatlich zugewiesen hätte. Damit besteht auch ein Annahmeverzugsanspruch mindestens in dieser Höhe. Legt man den Sachvortrag der Beklagten zugrunde, sie habe dem Kläger Vorschussbeträge im Hinblick auf die erwartete Arbeitsleistung im jeweiligen Folgemonat gezahlt, wäre – worüber vorliegend mangels Streitgegenständlichkeit nicht zu entscheiden ist – von noch höheren, nämlich 2.200,- DM netto entsprechenden monatlichen Bruttobeträgen auszugehen. Die Beklagte hat nach ihrem eigenen Sachvortrag immerhin für August bis Dezember jeweils 2.200,- DM netto an den Kläger gezahlt.

- c. Soweit der Kläger wegen Arbeitsunfähigkeit nicht gearbeitet hat – nach seinen, von der Beklagten nicht kommentierten Angaben „einige Tage im April und am 1. und 2. Mai“ -, besteht der Anspruch nach den obigen Darlegun-

gen gemäß § 3 Abs. 1 EFZG mindestens in der vom Arbeitsgericht entschiedenen Höhe des anteiligen Monatsentgelts.

3. Mit Recht hat das Arbeitsgericht auch festgestellt, dass eine - gegebenenfalls teilweise - Erfüllung der Ansprüche für die Monate Februar bis April mittels gezahlter Vorschussleistungen nicht angenommen werden kann.
 - a. Bei einem Entgelt von 3.200,- DM brutto für 160 Stunden errechnet sich gemäß den Abrechnungen der Beklagten ein Nettoanspruch von 2.066,38 DM. Dieser wäre – neben dem Verdienst für Juli 1999 von 1.259,77 DM und August von 2.265,54 DM - für die Monate September 1999 bis einschließlich Januar 2000 geschuldet. Es errechnet sich ein Nettoanspruch des Klägers in Höhe von 13.857,21 DM. Der Kläger hat einen geringfügig höheren Betrag – nämlich nach eigenen Angaben 14.100,- DM – erhalten. Soweit die Beklagte geltend macht, sie habe weitere bzw. höhere Beträge gezahlt, hat sie dafür keine nachvollziehbaren einzelnen Tatsachen benannt, hat nicht einmal angegeben, in welcher Weise sie die einzelnen Beträge – bar, durch Scheck, durch Überweisung – erfüllt haben will. Auch dieser Vortrag ist daher einer Beweiserhebung nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht zugänglich. Wenn überhaupt, dann könnte allenfalls ein Betrag von 242,79 DM als „Vorschuss" mit den streitgegenständlichen Nettoansprüchen des Klägers verrechnet werden – und dies auch nur dann, wenn man den Sachvortrag der Beklagten, man habe jeweils gerundet etwa 2.200,- DM netto erwartet, außer Betracht lässt.
 - b. Mit Recht hat das Arbeitsgericht aber auch diese Verrechnung verneint. Der Kläger hat behauptet, die einzelnen Beträge als Erfüllung für seine Arbeitsleistungen und Ansprüche aus den Monaten vor Februar 2000 erhalten zu haben, ohne dass die Beklagte zeitnah Abrechnungen erstellt oder ihm solche ausgehändigt habe. Die Beklagte hat zwar bestritten, dass die Ansprüche als Erfüllung gezahlt worden seien, hat geltend gemacht, es seien nur Vorschüsse gewesen. Dem Sachvortrag bezüglich der Abrechnungen ist sie aber nicht entgegengetreten. Sie hat insbesondere den Charakter der Zahlungen als „Vorschüsse", eine Vereinbarung einer noch zu erfolgenden endgültigen Abrechnung, nicht im einzelnen belegt, hat weder Tatsachen vorgetragen, aufgrund derer dies erkennbar wäre, noch Beweis für solche Tatsachen angeboten. Damit kann auch die Berufungskammer nicht von einer Qualifizierung der erfolgten Zahlungen als „Vorschuss" ausgehen, zumal die Beklagte nach ihren Angaben selbst vom Bestehen eines klägerischen Anspruches von 2.200,- DM netto im Monat ausging – sie selbst hat ja erklärt, sie habe die Vorschüsse in der Höhe gezahlt, wie sie Vergütungsansprüche des Klägers erwartet habe. Es bleibt völlig unverständlich, wieso und wie lange der Kläger bei einer solchen, über viele Monate hinweg geübten Handhabung noch damit hätte rechnen sollen, dass die Ansprüche nur Vorschüsse darstellen sollten, die er gegebenenfalls würde zurückzahlen müssen. Dem Kläger stehen die eingeklagten Bruttoansprüche in der vom Arbeitsgericht festgestellten Höhe daher zu.

4. Das Arbeitsgericht hat dem Kläger also zu Recht einen Betrag von DM 9.878,40 brutto nebst gesetzlichen Zinsen aus den sich ergebenden Nettobeträgen zuerkannt. Die Berufung war daher kostenpflichtig gemäß § 97 ZPO zurückzuweisen. Nachdem diese Rechtsfolge bereits mit Versäumnisurteil vom 22.07.2003 tenoriert war, war nur noch auszusprechen, dass das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten war und dass die Beklagte die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 535 Abs. 3, 343 ZPO).

5. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Mrugalla, Ehrenamtlicher Richter

Adacker, Ehrenamtlicher Richter