

<b>Gericht:</b>	Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg 13. Kammer	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	25.04.2007	<b>Normen:</b>	§ 14 Abs 4 TzBfG, § 16 Abs 1 S 1 TzBfG, § 17 TzBfG, § 133 BGB, § 157 BGB, § 296 BGB, § 615 BGB, § 256 Abs 1 ZPO, § 138 Abs 1 ZPO, § 147 Abs 1 S 2 BGB, § 155 BGB, § 164 Abs 1 BGB, § 177 BGB, §§ 177ff BGB
<b>Rechtskraft:</b>	ja	<b>Zitiervorschlag:</b>	Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 25. April 2007 - 13 Sa 129/05 -, juris
<b>Aktenzeichen:</b>	13 Sa 129/05		
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil		

**Abgrenzung eines Einfühlungsverhältnisses vom Arbeitsverhältnis - Entfristungsklage gegen offenkundig unrichtig benannte Partei - Annahmeverzugslohn - Darlegungs- und Beweislast**

### Orientierungssatz

1. Anwendungsfall der ständigen Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage hinsichtlich eines in der Vergangenheit liegenden Rechtsverhältnisses, (Rn.21) zur Wahrung der Frist des § 17 TzBfG durch eine Klage gegen eine offenkundig unrichtig benannte Partei (Rn.35) und zum Annahmeverzugslohn. (Rn.40)
2. Ein Einfühlungsverhältnis kann aus Gründen der Vertragsfreiheit wirksam begründet werden und mit einer solchen Vertragsgestaltung werden keine zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitsrechts umgangen. (Rn.25)
3. Beim Einfühlungsverhältnis übernimmt der potenzielle Arbeitnehmer keine Arbeitspflicht und unterliegt nicht dem Direktionsrecht des künftigen Arbeitgebers, sondern nur dessen Hausrecht. Ihm soll zunächst Möglichkeit gegeben werden, sich einen Überblick zu verschaffen (vgl. LArbG Chemnitz vom 05.03.2004, 2 Sa 386/03 sowie LArbG Bremen vom 25.07.2002, 3 Sa 83/02). (Rn.25)
4. Für den Sonderfall des Einfühlungsverhältnisses trägt regelmäßig derjenige, der sich auf ihn beruft, die Beweislast. Werden die Hauptleistungspflichten eines Arbeitsvertrags (Arbeitsleistung und Vergütung) schon konkretisiert, obliegt es dem Anbietenden, seinen vom Regelfall des Arbeitsvertragsangebots abweichenden Willen des Angebots einer bloßen nicht vergüteten Kennenlernphase unzweideutig auszudrücken sowie ein solches Handeln - und damit die Ausnahme - dazulegen und gegebenenfalls zu beweisen. (Rn.28)
5. Tritt der Wille des Arbeitgebers, einen Einfühlungsvertrag anzubieten, aus objektiver Sicht eines Dritten nicht ausreichend deutlich hervor, sondern bringt eine Mitarbeiterin des Arbeitgebers dem künftigen Mitarbeiter gegenüber vielmehr den Willen zum Ausdruck, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, handelt es sich um ein bloßes Problem der Auslegung der im Namen des Arbeitgebers abgegebenen Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB und nicht um eine Überschreitung der Vertretungsmacht nach §§ 164 Abs 1 S 1, 177ff BGB. (Rn.33)

### Fundstellen

AE 2008, 63-65 (Gründe)

## **Verfahrensgang**

vorgehend ArbG Karlsruhe, 19. Oktober 2005, Az: 8 Ca 462/04, Urteil

## **Diese Entscheidung zitiert**

### **Rechtsprechung**

Vergleiche Sächsisches Landesarbeitsgericht 2. Kammer, 5. März 2004, Az: 2 Sa 386/03

Vergleiche Landesarbeitsgericht Bremen 3. Kammer, 25. Juli 2002, Az: 3 Sa 83/02

## **Tenor**

**1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 19.10.2005 - 8 Ca 462/04 - wird mit der berichtigen Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beklagte Zinsen erst seit 26.04.2005 zu leisten hat.**

**2. Der Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.**

**3. Die Revision wird nicht zugelassen.**

## **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten zuletzt noch darüber, ob zwischen ihnen in der Zeit vom 06.09.2004 bis 15.12.2004 ein Arbeitsverhältnis oder ein bloßes Einfühlungsverhältnis bestand. Für diese Zeit verlangt die Klägerin auch Arbeitsvergütung.
- 2 Der Beklagte, Herr H, betreibt ein Geschäft am ...er Hauptbahnhof, in dem Backwaren verkauft werden. Er ist Franchisenehmer der W. GmbH. Unter dem Namenszug der Franchisegeberin "W." suchte er mit einer Stellenanzeige eine Mitarbeiterin für den Backwarenverkauf. Die Annonce nannte den Namen des Beklagten nicht, sondern gab nur eine Telefonnummer an. Die Klägerin bewarb sich und wurde im Rahmen einer allgemeinen Vorstellungsrunde in der ersten Kalenderwoche im September 2004 zum Gespräch gebeten. Neben ihr nahmen an dem Vorstellungsgespräch der Beklagte und seine Ehefrau, Frau H, teil. Frau H leitet als Angestellte ihres Mannes das Ladengeschäft im ...er Hauptbahnhof. Der Beklagte und seine Frau informierten die Klägerin über die beim Beklagten üblichen Arbeitsbedingungen, zB darüber, dass bei einer Vollzeitbeschäftigung in den ersten drei Monaten 1.100,00 Euro brutto und danach 1.200,00 Euro brutto bezahlt würden und im Wechsel in der Fünf- und in der Sechstageswoche gearbeitet werde. Die Frau des Beklagten schloss das Gespräch damit, dass sich der Beklagte oder seine Frau melden würden, wenn die Klägerin für eine Einstellung in Betracht komme.
- 3 Noch am Tag des Vorstellungsgesprächs oder jedenfalls in derselben Woche rief die Frau des Beklagten die Klägerin an. Der Inhalt des Telefongesprächs ist zwischen den Parteien teilweise umstritten. In der Folge des Telefonats fand sich die Klägerin - wie vereinbart - zum üblichen Arbeitsbeginn am Montag, dem 06.09.2004, um 4.30 Uhr morgens im Geschäft des Beklagten ein. Sie wurde mit der betriebsüblichen Arbeitskleidung ausgestattet und blieb bis 12.15 Uhr. Am folgenden Dienstag und Mittwoch, dem 07.09.2004 und 08.09.2004, erschien sie jeweils wieder um 4.30 Uhr im Geschäft. Am 08.09.2004 klagte sie gegen 8.00 Uhr über Übelkeit und wurde nach Hause geschickt. Der Beklagte und seine Frau waren an diesem Tag nicht im Betrieb. Als die Klägerin am 09.09.2004, gegen 7.00 Uhr, in das Geschäft kam, wurde ihr erklärt, man wolle nicht mit ihr zusammenarbeiten.
- 4 Nach dem 09.09.2004 bezog die Klägerin Hilfe zum Lebensunterhalt. Sie war zuvor arbeitslos gemeldet gewesen. Der Agentur für Arbeit hatte sie mitgeteilt, wegen der Aufnahme der Beschäftigung beim Beklagten seit dem 06.09.2004 nicht mehr arbeitssuchend zu sein. Seit dem 09.09.2004 wurde ihr nicht länger Arbeitslosengeld bewilligt. Von der Stadt K erhielt die Kläge-

rin für die Zeit vom 06.09.2004 bis 15.12.2004 Sozialhilfeleistungen von insgesamt 2.230,20 Euro.

5 Der Beklagte kündigte das – aus seiner Sicht nicht bestehende – sog. Beschäftigungsverhältnis während dieses Rechtsstreits vorsorglich ordentlich mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 04.11.2004.

6 Die Klägerin meint, auf Grund des am 03.09.2004, gegen 17.00 Uhr geführten Vorstellungsgesprächs und des Angebots der Ehefrau des Beklagten, die Arbeit am 06.09.2004 aufzunehmen, sei ein Arbeitsverhältnis begründet worden. Für die Zeit vom 06.09.2004 bis 09.09.2004 habe sie deshalb Anspruch auf Entgelt für geleistete Arbeit. Danach stehe ihr Vergütung aus Annahmeverzug zu. Davon seien die erhaltenen Sozialhilfeleistungen abzuziehen. Die Klägerin lässt sich dahin ein, die Frau des Beklagten habe bei dem Anruf, zu dem es etwa zwei Stunden nach dem Ende des Vorstellungsgesprächs gekommen sei, geäußert, dass die Klägerin am Montag gleich anfangen solle und ihre Arbeitspapiere mitzubringen habe. Vereinbart worden sei eine Grundvergütung von 1.250,00 Euro brutto, eine Wochenarbeitszeit von 36,5 Stunden und eine Verteilung der Arbeitszeit auf fünf Wochentage. Von "Schnuppertagen" sei nie die Rede gewesen.

7 Die Klägerin hat vor dem Arbeitsgericht zuletzt beantragt:

8 **1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien in der Zeit vom 06.09.2004 bis einschließlich 15.12.2004 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat mit einem wöchentlichen Stundenleistungsumfang von 36,5 Stunden im Rahmen einer Fünftagewoche gegen eine Vergütung von 1.250,00 Euro brutto pro Monat.**

9 **2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.375,00 Euro brutto - abzüglich der auf die Stadt K übergegangenen Leistungen in Höhe von 2.230,20 Euro - nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu bezahlen.**

10 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er behauptet, seine Ehefrau habe die Klägerin in dem Telefongespräch in der ersten Kalenderwoche im September 2004 darüber informiert, dass man sie am 06.09.2004 zu einer unverbindlichen Arbeitsprobe einladen wolle, die drei Tage dauern solle. Seine Frau habe der Klägerin mitgeteilt, dass man anschließend darüber entscheiden wolle, ob ein Arbeitsverhältnis begründet werde. Die Frau des Beklagten habe ferner ausgeführt, dass die Parteien mit dem Auftritt der Klägerin beim Beklagten die Voraussetzungen für eine mögliche Zusammenarbeit hätten klären wollen. Der Klägerin sei angeboten worden, sich selbst ein Bild darüber zu schaffen, ob ihr die Arbeit liege. Dabei sei erklärt worden, dass die Klägerin völlig frei sei in der Entscheidung zu kommen, die Arbeit aufzunehmen, die Tätigkeit jederzeit zu beenden, dafür aber keine Vergütung erhalten solle. Nur in diesem Umfang sei Frau H vom Beklagten bevollmächtigt gewesen. Die Klägerin habe einem solchen Vorgehen zugestimmt. Ihre Arbeitspapiere habe die Klägerin am 06.09.2004 unaufgefordert mitgebracht. Der Beklagte ist der Ansicht, die Parteien hätten sich damit auf ein Einfühlungsverhältnis verständigt, das auf drei Tage befristet worden sei. Während dieses Einfühlungsverhältnisses habe die Klägerin aus Gründen der Außenwirkung die beim Beklagten übliche einheitliche Arbeitskleidung getragen. Auch damit sei die Klägerin einverstanden gewesen. Die Feststellungsklage hält der Beklagte bereits für unzulässig. Außerdem sei die Klagefrist des § 17 TzBfG nicht gewahrt, weil die Klägerin zunächst die falsche Rechtspersönlichkeit verklagt habe.

11 Ergänzend verweist die Kammer auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze, ihre Anlagen, die Sitzungsniederschriften und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils.

12 Die Klägerin hat mit ihrer am 21.09.2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen, zunächst gegen die "W. GmbH" gerichteten Klage Anträge auf Feststellung verfolgt, dass das Arbeitsverhältnis

der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 09.09.2004 aufgelöst worden sei und zu unveränderten Bedingungen über den 09.09.2004 hinaus fortbestehe. In der Klageschrift ist an drei Stellen die sog. Filialleiterin H1 genannt. Die Klage ist am 25.09.2004 unter der Beklagtenbezeichnung W. GmbH am Betriebssitz des Beklagten am ... in K durch Übergabe an eine seiner Beschäftigten – Frau B – zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 05.10.2004 hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten damals noch für die W. GmbH deren Passivlegitimation gerügt und mitgeteilt, sie unterhalte keine Bäckerei im ...er Hauptbahnhof. Mit Schriftsatz vom 25.01.2005, beim Arbeitsgericht eingegangen am 26.01.2005 und Herrn H am 03.02.2005 zugestellt, hat die Klägerin erklärt, die Klage solle sich gegen ihn richten. Schon zuvor hatte sie mit Schriftsatz vom 09.11.2004 darum gebeten, die Beklagtenbezeichnung zu berichtigen. Die Klägerin hat ihre Klage mit Schriftsatz vom 21.04.2005, dem Beklagten am 26.04.2005 zugestellt, um den Antrag auf Zahlung von 4.375,00 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung dieses Schriftsatzes erweitert. Die vor dem Arbeitsgericht letztendlich gestellten Anträge auf Feststellung eines in der Zeit vom 06.09.2004 bis 15.12.2004 bestehenden Arbeitsverhältnisses zu bestimmten Bedingungen und auf Zahlung der Vergütung für diesen Zeitraum abzüglich der Sozialhilfeleistungen hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 21.06.2005 beim Arbeitsgericht eingereicht, der dem Beklagtenvertreter am 24.06.2005 zugestellt worden ist. Den Kündigungsschutzantrag hat die Klägerin in der Kammerverhandlung vom 19.10.2005 zurückgenommen.

- 13 Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass zwischen den Parteien in der Zeit vom 06.09.2004 bis 15.12.2004 ein Arbeitsverhältnis mit einem wöchentlichen Stundenleistungsumfang von 36,5 Stunden im Rahmen einer Fünftageweche gegen eine Vergütung von 1.100,00 Euro brutto bestand. Darüber hinaus hat es den Beklagten für die Zeit vom 09.09.2004 bis 15.12.2004 verurteilt, an die Klägerin in der Summe 3.526,09 Euro brutto abzüglich erhaltener Sozialhilfe von 2.230,20 Euro nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Differenzbetrag seit dem 27.04.2004 zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.
- 14 Das Arbeitsgericht hat den Feststellungsantrag auf der Grundlage von §§ 17 TzBfG, 6 KSchG auch als Befristungskontrollantrag verstanden. Da zwischen den Parteien der Bestand des Arbeitsverhältnisses als solcher streitig sei, bestünden keine Bedenken an der gewählten Antragsfassung. Die Feststellungsklage sei fristgerecht erhoben worden, obwohl sie sich zunächst vermeintlich gegen die W. GmbH gerichtet habe. Für den Beklagten, dem die Klage an seinem Betriebssitz zugestellt worden sei, sei von vornherein erkennbar gewesen, dass er selbst in Anspruch genommen werden solle.
- 15 Zwischen den Parteien sei auch ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Aus Sicht eines objektiven Dritten habe die Ehefrau des Beklagten in dem Telefongespräch mit der Klägerin für ihren Mann ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu den im Vorstellungsgespräch genannten Konditionen abgegeben. Dieses Angebot habe die Klägerin angenommen. Auch wenn zugunsten des Beklagten unterstellt werde, dass seine Frau in dem Telefonat gefragt habe, ob die Klägerin bereit sei, für drei Tage unverbindlich, zur Probe und ohne Vergütungsanspruch zu arbeiten, sei ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Anhaltspunkte für einen Geschäftswillen, ein Vertragsverhältnis eigener Art zu begründen, seien nach dem objektivierten Empfängerhorizont nicht ersichtlich. Dagegen spreche indiziell auch der tatsächliche Verlauf in der Zeit vom 06.09.2004 bis 09.09.2004, habe die Klägerin doch zu bestimmten Zeiten in den Betrieb kommen müssen, die Anweisungen des Beklagten bzw. seiner Frau befolgt und die dortige Arbeitskleidung getragen. Die Befristung des Arbeitsvertrags sei unwirksam, weil das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG verletzt sei. Nach § 16 TzBfG werde ein unbefristetes Arbeitsverhältnis fingiert, das durch die ordentliche Kündigung des Beklagten mit Ablauf des 15.12.2004 beendet worden sei.
- 16 Für die Zeit vom 06.09.2004 bis 08.09.2004 habe die Klägerin keinen Anspruch auf Entgelt für geleistete Arbeit, weil sie eine Vergütungsabrede für diesen Zeitraum nicht unter Beweis gestellt habe. Danach stehe ihr vom 09.09.2004 bis 15.12.2004 Entgelt aus Annahmeverzug zu. Ein weiteres tatsächliches oder wörtliches Angebot ihrer Arbeitsleistung sei nach dem 09.09.2004 gemäß § 296 BGB entbehrlich gewesen, weil der Beklagte sich geweigert habe, die Klägerin weiterhin zu beschäftigen. Was die Höhe der Ansprüche der Klägerin angehe, sei zuletzt unstrittig gewesen, dass der Beklagte nur eine monatliche Vergütung von 1.100,00 Euro

in den ersten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses bei einer Verteilung der Arbeitszeit auf fünf Arbeitstage von sechs Werktagen pro Woche angeboten habe.

- 17 Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin, die selbst nicht Berufung eingelegt hat, beantragt, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.
- 18 Die Berufungskammer hat durch Vernehmung der Zeugin I. H Beweis über die Behauptung des Beklagten erhoben, Frau H habe gegenüber der Klägerin am Telefon in der ersten Kalenderwoche im September 2004 erklärt, dass die Parteien mit dem Auftritt der Klägerin bei dem Beklagten die Voraussetzungen für eine mögliche Zusammenarbeit hätten klären wollen und der Klägerin angeboten worden sei, sich selbst ein Bild darüber zu schaffen, ob ihr die Arbeit liege. Dabei sei ihr erklärt worden, dass sie völlig frei sei in der Entscheidung zu kommen, die Arbeit aufzunehmen, die Tätigkeit jederzeit zu beenden, aber dafür keine Vergütung erhalten solle.

### Entscheidungsgründe

- 19 A. Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat der Klage im zugesprochenen Umfang zu Recht stattgegeben. Zwischen den Parteien bestand vom 06.09.2004 bis 15.12.2004 ein Arbeitsverhältnis. Die Klägerin war verpflichtet, wöchentlich 36,5 Stunden gegen eine Vergütung von 1.100,00 Euro zu arbeiten. Die Lage der Arbeitszeit unterfiel dem Direktionsrecht des Beklagten (§ 106 Satz 1 GewO). Für die Zeit vom 09.09.2004 bis 15.12.2004 schuldet er Entgelt aus Annahmeverzug.
- 20 I.1. Die Klage ist auch im Feststellungsantrag zulässig, insbesondere sind die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO erfüllt.
- 21 a) Das Rechtsverhältnis, das festgestellt werden soll, bestand zwar nur in der Vergangenheit. Eine Feststellungsklage wird in der Regel auch unzulässig, wenn das Rechtsverhältnis während des Rechtsstreits erlischt (*BAG 06.05.2003 - 1 AZR 340/02 - Rn. 9, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 80*) . Ein vergangenes Rechtsverhältnis kann aber Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn sich aus ihm nach dem Klagevortrag noch Rechtsfolgen für Gegenwart oder Zukunft ergeben (*st. Rspr. vgl. BAG 15.12.1999 - 5 AZR 457/98 - Rn. 11, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 59; BAG 21.09.1993 - 9 AZR 580/90 - Rn. 13, BAGE 74, 201*) . Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Aus der begehrten Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit ergeben sich noch immer Vergütungsfolgen sowie steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen.
- 22 b) Entsprechendes gilt für das besondere Feststellungsinteresse des § 256 Abs. 1 ZPO. Die Erfordernisse des Rechtsverhältnisses und des Feststellungsinteresses berühren sich insoweit. Der Beklagte bestreitet den Bestand eines Arbeitsverhältnisses als solchen (*vgl. zu der etwas anderen Gestaltung des umstrittenen Fortbestands eines Arbeitsverhältnisses BAG 23.06.2004 - 7 AZR 440/03 - Rn. 26, AP TzBfG § 17 Nr. 5; BAG 20.02.2002 - 7 AZR 622/00 - Rn. 15, EzA TzBfG § 17 Nr. 1*) . Durch die der Rechtskraft fähige Feststellung in der Entscheidungsformel und deren Folgen für die Sozial- und Arbeitslosenversicherung reichen die Wirkungen des Feststellungsurteils über die Auswirkungen des Leistungsausspruchs, der die Annahmeverzugsvergütung umfasst, hinaus. Damit besteht für die begehrte Feststellung ein berechtigtes Interesse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Die Leistungsklage ist im Einzelfall nicht vorrangig gegenüber der Feststellungsklage. In diesem Zusammenhang kann auf sich beruhen, ob in einer Konstellation wie der vorliegenden schon die dreiwöchige Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG immer das nötige Feststellungsinteresse mit sich bringt oder zusätzliche Umstände hinzukommen müssen.
- 23 2. Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Der Beklagte konnte seine Behauptung, zwischen den Parteien sei nur ein dreitägiges sog. Einfühlungsverhältnis und kein Arbeitsverhältnis begründet worden, nicht beweisen. Allerdings unterbreitete er der Klägerin nicht schon in dem in der ersten Kalenderwoche im September 2004 geführten Vorstellungsgespräch ein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrags. Vielmehr handelte seine Ehefrau in dem auf das Bewer-

bungsgespräch folgenden Telefonat in seinem Namen. Ihre Handlungsweise muss sich der Beklagte nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB zurechnen lassen.

- 24 a) Zur Überzeugung der Kammer bot Frau H der Klägerin für den Beklagten in dem nach dem Vorstellungsgespräch geführten Telefonat nicht nur einen Einfühlungsvertrag, sondern einen Arbeitsvertrag an.
- 25 aa) Dabei kann in rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass ein Einfühlungsverhältnis aus Gründen der Vertragsfreiheit wirksam begründet werden kann und mit einer solchen Vertragsgestaltung keine zwingenden Schutzvorschriften des Arbeitsrechts umgangen werden. Als unbezahlte Kennenlernphase kann das Einfühlungsverhältnis als Rechts- oder genauer Vertragsverhältnis eigener Art verstanden werden. Im Unterschied zum Arbeitsverhältnis übernimmt der potenzielle Arbeitnehmer keine Arbeitspflicht. Er unterliegt nicht dem Direktionsrecht des möglichen künftigen Arbeitgebers, sondern nur dessen Hausrecht. Ihm soll zunächst Gelegenheit gegeben werden, sich einen Überblick zu verschaffen (vgl. zB *Sächsisches LAG 05.03.2004 - 2 Sa 386/03 - Rn. 16 bis 18, nicht konventionell veröffentlicht, zitiert nach juris; LAG Bremen 25.07.2002 - 3 Sa 83/02 -, auch in juris nur im Leitsatz veröffentlicht; ErfK/Preis 7. Aufl. § 611 BGB Rn. 184; Küttner/Röller Personalbuch 2007 Arbeitsvertrag Rn. 4*). Es handelt sich damit um einen einseitig verpflichtenden Vertrag. Die Leistungspflicht des potenziellen Arbeitgebers besteht darin, dem etwaigen späteren Arbeitnehmer Zutritt zum Betrieb zu verschaffen. Der potenzielle Arbeitnehmer schuldet wie jede Partei einer Sonderverbindung nach § 241 Abs. 2 BGB Rücksichtnahme und Loyalität (vgl. zu *derartigen einseitig verpflichtenden Verträgen beispielsweise Palandt/Grüneberg BGB 66. Aufl. Einführung vor § 320 Rn. 4*).
- 26 bb) Ob das Konstrukt eines Einfühlungsverhältnisses als Kennenlernphase ohne Eingliederung in den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs und ohne Weisungsrecht des potenziellen Arbeitgebers sinnvoll und durchführbar ist, hat die Kammer nicht zu entscheiden. Besonderheit eines solchen einseitig verpflichtenden Vertragsverhältnisses ist jedenfalls, dass die Kennenlernphase bei geglückter Gewöhnung der Vertragspartner aneinander den Abschluss eines Arbeitsvertrags zum Ziel hat.
- 27 (1) Arbeitsvertrag und Einfühlungsvertrag müssen deswegen klar voneinander zu unterscheiden sein. Diese Unterscheidung muss der Anbietende treffen. Will er subjektiv nur einen Einfühlungsvertrag anbieten, trägt er nach dem objektiven Erklärungswert seines Verhaltens jedoch einen Arbeitsvertrag an, kommt es mit der Annahme des Vertragspartners zum Abschluss eines Arbeitsvertrags, wenn die Sonderfälle von zur Anfechtung berechtigenden Willensmängeln beiseite gelassen werden. Dabei kommt es nicht auf eine etwaige strukturelle Verhandlungsüberlegenheit des Arbeitgebers aus wirtschaftlichen Gründen an. Entscheidend ist vielmehr, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrags nach der gemäß §§ 133, 157 BGB zu berücksichtigenden Verkehrssitte die Regel ist. Vertragspartner, die letztendlich in persönlicher Abhängigkeit zu erbringende vergütete Arbeitsleistungen anstreben, schließen - empirisch betrachtet - ganz überwiegend sofort einen Arbeitsvertrag, während ein Einfühlungsverhältnis nur ausnahmsweise begründet wird, zumal auch ein Probearbeitsverhältnis vereinbart werden kann. Der anbietende Arbeitnehmer oder Arbeitgeber muss aus diesem Grund eindeutig den Geschäftswillen zum Ausdruck bringen, nur einen Einfühlungsvertrag schließen zu wollen.
- 28 (2) Für den Sonderfall des Einfühlungsverhältnisses trägt daher regelmäßig derjenige, der sich auf ihn beruft, die Beweislast. Das gilt zumindest in der hier gegebenen Konstellation, in der schon zuvor über die Dauer der Arbeitszeit - 36,5 Stunden wöchentlich - und über die Vergütung - in den ersten drei Monaten 1.100,00 Euro brutto - gesprochen worden war. Damit wird nicht gegen grundlegende Prinzipien der Darlegungs- und Beweislastverteilung verstoßen. Ihnen zufolge muss jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Norm vortragen und beweisen. Der Bewerber muss demnach in der Regel beweisen, dass ein entgeltliches Arbeitsverhältnis geschlossen wurde. Zu einem Vertragsschluss kommt es allerdings sowohl bei einem Einfühlungsverhältnis als auch bei einem Arbeitsverhältnis, wenngleich es sich bei einem Arbeitsvertrag um einen gegenseitigen Vertrag und bei einem Einfühlungsvertrag um einen einseitig verpflichtenden Vertrag handelt. Der Inhalt des jeweiligen Vertragsverhältnisses muss durch Auslegung ermittelt werden. Werden die Hauptleistungspflichten eines Arbeitsvertrags - Arbeitsleistung und Vergütung - schon konkretisiert, obliegt es dem Anbietenden, sei-

nen vom Regelfall des Arbeitsvertragsangebots abweichenden Willen des Angebots einer bloßen nicht vergüteten Kennenlernphase unzweideutig auszudrücken sowie ein solches Handeln – und damit die Ausnahme – darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (*zumindest für die Vergütungsbestimmung nach § 612 Abs. 1 BGB aA Bertzbach FA 2002, 340, 342; Dollmann ArbRB 2006, 306, 309; Löw RdA 2007, 124, 125*). Dieser Fall unterscheidet sich gerade von derjenigen Gestaltung, in der die Vergütungsfrage noch nicht angesprochen wird.

- 29 cc) Den Beweis des Abschlusses eines Einfühlungsvertrags konnte der Beklagte nicht führen. Seine Frau bot der Klägerin in dem Telefonat, das im Zusammenhang mit dem Vorstellungsgespräch geführt wurde, in seinem Namen den Abschluss eines Arbeitsvertrags an, obwohl die Kammer die Aussage der Zeugin H für in sich stimmig und damit für glaubhaft hält.
- 30 (1) Die Zeugin führte in ihrem Bericht zunächst aus, die Klägerin habe im Vorstellungsgespräch einen sehr guten Eindruck gemacht habe. Insofern unterschied sich ihre Aussage in gewisser Weise von dem prozessualen Vorbringen des Beklagten, der vorgetragen hatte, dass die Klägerin erst angerufen worden sei, nachdem zuvor zwei als geeigneter eingeordnete Bewerberinnen abgesagt hätten. Maßgeblich ist jedoch, dass die Zeugin H bekundete, sie habe die Klägerin in dem Telefonat nach dem Vorstellungsgespräch gefragt, ob sie für etwa zwei oder drei Tage zur Probe arbeiten kommen könne (Bl. 73 letzter Absatz der Berufungsakte). Damit brachte sie den Wunsch, ein unbezahltes Einfühlungsverhältnis zu begründen, nicht eindeutig zum Ausdruck. Die Wortwahl "zur Probe" und "arbeiten" ließen vielmehr allenfalls den Schluss auf ein Probearbeitsverhältnis zu, das gegenüber einem Einfühlungsverhältnis noch immer die Regel ist, zumal die Zeugin H auf Nachfrage des Klägersvertreter bestätigt, dass die sog. Probetage erst in dem Telefongespräch und noch nicht im Vorstellungsgespräch erwähnt worden waren (Bl. 74 vorletzter Absatz und Bl. 75 dritter Absatz der Akte zweiter Instanz). Im Bewerbungsgespräch wurde also nicht zwischen der – nicht angesprochenen – Einfühlung und der – erörterten – Probezeit differenziert, während derer die Klägerin nicht 1.200,00 Euro, sondern nur 1.100,00 Euro verdienen sollte.
- 31 (2) Dabei würdigt die Kammer zugunsten der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugin H, dass sie nicht vorgab, sich trotz der im Zeitpunkt der Beweisaufnahme am 25.04.2007 verstrichenen Zeit von über zweieinhalb Jahren an den genauen Wortlaut des Telefongesprächs zwischen ihr und der Klägerin in der ersten Septemberwoche des Jahres 2004 erinnern zu können (Bl. 74 dritter Absatz der Akte des zweiten Rechtszugs). Die Kammer lässt auch nicht außer Acht, dass Frau H davon ausging, sie habe in dem Telefonat gegenüber der Klägerin geäußert, sie solle kommen und sich das anschauen. Insbesondere solle sie "gucken", ob ihr die Arbeit liege. "Wir" – dh. der Beklagte und seine Frau – hätten die Klägerin ebenfalls anschauen wollen. Deshalb solle es ihre freie Entscheidung sein zu kommen. Es sei ihr überlassen, ob ihr die Arbeit gefalle oder es ihr zu viel Stress sei (Bl. 74 dritter Absatz der Berufungsakte). Im Zusammenhang mit der im Vorstellungsgespräch thematisierten Probezeit und des währenddessen bezahlten Entgelts von 1.100,00 Euro machte die Zeugin H den Charakter eines bloßen unvergüteten Einfühlungsverhältnisses nach dem objektivierten Empfängerhorizont aber nicht hinreichend deutlich.
- 32 Dass sich die Klägerin ebenso wie der Beklagte erleichtert von dem Vertragsverhältnis sollte lösen können, ließ nach dem Gesamtzusammenhang der beiden Gespräche nur den Schluss auf eine Probezeit und eine etwaige verkürzte Kündigungsfrist zu. Dem steht nicht entgegen, dass die Zeugin H bekundete, gegenüber der Klägerin geäußert zu haben, es sei ihre freie Entscheidung zu kommen und zu beurteilen, ob ihr die Arbeit gefalle. Die der Klägerin eingeräumte Entscheidungsfreiheit konnte sie aus Sicht eines objektiven Dritten nur als weiteren Hinweis auf eine für beide Seiten sinnvolle Probezeit verstehen, solange ihr nicht gesagt wurde, dass sie kein Entgelt für die "Probetage" erhalten solle. Deren Dauer war nach den Bekundungen der Zeugin H zudem unklar, sollte die Klägerin doch "für etwa zwei oder drei Tage zur Probe arbeiten kommen" (Bl. 73 letzter Absatz der Berufungsakte). Über die Vergütung für diese Tage wurde nach der Aussage der Zeugin H nicht gesprochen (Bl. 74 zweiter Absatz der zweitinstanzlichen Akte). Nur im Zusammenhang mit der bei einem Arbeitsverhältnis im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers, seiner Vergütungspflicht, und ihrem Fehlen im Rahmen der Einfühlung hätte der Klägerin im Hinblick auf das von der Ehefrau des Beklagten für ihn telefonisch abgegebene Angebot objektiv betrachtet klar werden müssen, dass auch ihre Hauptleistungspflicht, die Arbeitspflicht, während der sog. Probetage nicht bestehen sollte.

Da diese Verknüpfung unterblieb und die Einfühlung im vorangegangenen Vorstellungsgespräch nicht erörtert worden war, musste sie nach dem gemäß §§ 133, 157 BGB maßgeblichen objektivierte Empfängerhorizont von dem Angebot eines Probearbeitsverhältnisses ausgehen. Bei den von der Zeugin H bekundeten Gepflogenheiten im Betrieb des Beklagten, wonach es erst nach den Probetagen zu einem (Arbeits-)Vertrag und einer Personalerfassung komme (Bl. 74 vierter bis sechster und letzter Absatz, Bl. 75 erster bis dritter Absatz), handelt es sich um bloße aus der Perspektive objektiver Dritter nicht erkennbare Interna.

- 33 dd) Der Beklagte kann sich auch nicht auf eine Überschreitung der Vertretungsmacht durch seine Frau berufen, soweit die Zeugin H der Klägerin über das Angebot eines sog. Einfühlungsvertrags hinaus den Abschluss eines Arbeitsvertrags antrug. Dass der Beklagte und seine Ehefrau in seinem Namen subjektiv nur einen Einfühlungsvertrag anbieten wollten, steht nach dem Vortrag des Beklagten fest. Trat dieser Wille aus Sicht eines objektiven Dritten aber nicht ausreichend deutlich hervor, sondern brachte Frau H den Willen, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, zum Ausdruck, handelt es sich um ein bloßes Problem der Auslegung der im Namen des Beklagten abgegebenen Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB, nicht um eine Überschreitung der Vertretungsmacht iSv. § 164 Abs. 1 Satz 1, §§ 177 ff. BGB. Die Folgen eines von seinem subjektiven Willen abweichenden objektiven Erklärungswerts hätten den Beklagten auch bei eigenem Handeln getroffen. Das ihr von Frau H unterbreitete Vertragsangebot des Beklagten nahm die Klägerin noch in dem Telefonat nach dem Vorstellungsgespräch und damit sofort iSv. § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB gegenüber der von ihm bevollmächtigten Frau des Beklagten an. Die Parteien einigten sich durch Erklärungen der Vertreterin des Beklagten und der Klägerin über alle für einen Arbeitsvertrag wesentlichen Punkte, die Dauer der Arbeitspflicht der Klägerin von 36,5 Stunden und die Vergütungspflicht des Beklagten von 1.100,00 Euro in den ersten drei Monaten. Deshalb trat auch kein versteckter Einigungsmangel iSv. § 155 BGB auf. Der äußere Erklärungswert des Verhaltens von Frau H wich nur vom inneren Willen des Beklagten – und auch ihrem eigenen subjektiven Willen als Vertreterin – ab. Da der Beklagte die in seinem Namen abgegebene Willenserklärung nicht anfocht, brauchen etwaige Willensmängel iSv. §§ 166, 119 BGB nicht erörtert zu werden.
- 34 b) Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete auch nicht bereits mit Ablauf des 08.09.2004. Die Befristung des Probearbeitsverhältnisses auf drei oder weniger Tage ist formnichtig nach § 14 Abs. 4 TzBfG. Der Arbeitsvertrag der Parteien galt deswegen als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 16 Satz 1 Halbs. 1 TzBfG). Dabei kommt es nicht entscheidend auf die unklare Dauer der Befristung an.
- 35 aa) Allerdings unterfällt auch der Schriftformverstoß nach § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 Satz 1, § 126 Abs. 1 BGB der Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG. Abweichend von § 4 Satz 1 KSchG ist der Nichtigkeitsgrund des Verstoßes gegen eine gesetzliche Formvorschrift nach § 125 Satz 1 BGB dem Anwendungsbereich der Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG nicht entzogen. Im Unterschied zu einer Kündigung beschränkt sich die Fiktion der Rechtswirksamkeit bei einer Befristung nicht auf bestimmte Unwirksamkeitsgründe. Alle Voraussetzungen einer rechtswirksamen Befristung werden bei versäumter Klagefrist fingiert (zu § 623 BGB aF BAG 01.12.2004 – 7 AZR 198/04 – Rn. 13 ff., AP TzBfG § 14 Nr. 15; noch zu § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 BeschFG BAG 19.09.2001 – 7 AZR 574/00 – Rn. 15 ff., EzA BeschFG 1985 § 1 Klagefrist Nr. 7; vgl. mittelbar auch BAG 23.06.2004 – 7 AZR 440/03 – Rn. 24, AP TzBfG § 17 Nr. 5 und BAG 20.02.2002 – 7 AZR 622/00 – Rn. 48, EzA TzBfG § 17 Nr. 1) .
- 36 bb) Die Klagefrist wahrte die Klägerin hier jedoch mit ihrem ursprünglich gegen die W. GmbH gerichteten allgemeinen Feststellungsantrag. Dieser Antrag ging am 21.09.2004 – unter Berücksichtigung der Vorwirkung des § 167 ZPO also innerhalb der Dreiwochenfrist des § 17 Satz 1 TzBfG – beim Arbeitsgericht ein. Mit der am 25.09.2004 erfolgten Zustellung wurde sie sogar noch innerhalb von drei Wochen nach dem Ende des – unterstellt – befristeten Arbeitsvertrags am 08.09.2004 rechtshängig. Auf die verlängerte Anrufungsfrist nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 6 Satz 1 KSchG kommt es aus diesem Grund nicht an (dazu BAG 16.04.2003 – 7 AZR 119/02 – Rn. 21 ff., AP TzBfG § 17 Nr. 2) .

- 37 (1) Es ist unschädlich, dass die Klägerin zunächst die "W. GmbH" verklagte. Wie die in der Klageschrift dreimal genannte "Fialleiterin Hr" zeigt, wollte die Klägerin ihren wirklichen Arbeitgeber verklagen. Die Parteibezeichnung kann daher jederzeit von Amts wegen richtiggestellt werden. Auch bei offenkundig unrichtigen Benennungen ist grundsätzlich diejenige Rechtspersönlichkeit als Partei angesprochen, die durch die Parteibezeichnung ersichtlich betroffen werden soll (BAG 01.03.2007 - 2 AZR 525/05 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60; BAG 12.02.2004 - 2 AZR 136/03 - Rn. 15, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 50; BAG 27.11.2003 - 2 AZR 692/02 - Rn. 33, BAGE 109, 47) . Das war hier der Beklagte, der unter dem Namenszug seiner Franchisegeberin "W." eine Arbeitnehmerin gesucht hatte, ohne seine Identität offenzulegen. Es bestand auch keine Verwechslungsgefahr des Beklagten mit seiner Franchisegeberin. Im ...er Hauptbahnhof unterhält die W. GmbH weder eine Niederlassung noch eine Filiale noch eine sonstige Betriebsstätte.
- 38 (2) Dem Erfolg des allgemeinen Feststellungsantrags steht auch nicht entgegen, dass sich die Klägerin keines punktuellen Befristungskontrollantrags nach § 17 Satz 1 TzBfG bediente. Für eine allgemeine Bestandsklage spricht schon der Wortlaut des Antrags, der auch in der letzten Fassung auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses vom 06.09.2004 bis 15.12.2004 zu bestimmten Bedingungen gerichtet war (zu der Auslegungsmethodik bei der Abgrenzung von Befristungskontroll- und allgemeinen Feststellungsanträgen anhand des Wortlauts, der Klagebegründung und der sonstigen Umstände BAG 16.04.2003 - 7 AZR 119/02 - Rn. 15 ff., AP TzBfG § 17 Nr. 2 mit Besprechung Bepler jurisPR-ArbR 23/2003 Anm. 1; vgl. auch KR-Bader 8. Aufl. § 17 TzBfG Rn. 5) . Der Beklagte war als - potenzieller - Arbeitgeber dennoch gewarnt, zumal zwischen den Parteien nicht nur die getroffene Befristungsabrede, sondern der Bestand eines Arbeitsverhältnisses als solcher umstritten ist und war. Ein derartiger Streit geht über den Streit über das "Ob" der Befristung hinaus (zu der Differenzierung zwischen der Rechtsunwirksamkeit einer Befristung und dem Streit über die Existenz einer Befristungsvereinbarung BAG 23.06.2004 - 7 AZR 440/03 - Rn. 24, AP TzBfG § 17 Nr. 5; BAG 20.02.2002 - 7 AZR 622/00 - Rn. 48, EzA TzBfG § 17 Nr. 1; BAG 19.09.2001 - 7 AZR 574/00 - Rn. 15 ff., EzA BeschFG 1985 § 1 Klagefrist Nr. 7) . Der Klägerin blieb demnach nur die Möglichkeit einer allgemeinen Feststellungsklage. Der Beklagte wusste seit der Zustellung der Klage am 25.09.2004, dass die Klägerin sich auf den unbefristeten Bestand eines Arbeitsverhältnisses berief. Dem Zweck der Dreiwochenfrist, frühzeitig Rechtssicherheit und -klarheit über den Fortbestand eines befristeten Arbeitsverhältnisses herbeizuführen, war damit genügt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete folglich erst auf Grund der Kündigung des Beklagten vom 04.11.2004 mit Ablauf des 15.12.2004 (§ 622 Abs. 1 BGB). Auf eine nach § 622 Abs. 3 BGB verkürzte Kündigungsfrist von zwei Wochen während einer vereinbarten Probezeit berief sich der Beklagte - aus seiner Perspektive konsequent - nicht, weil er nicht von einem Probearbeitsverhältnis, sondern von einem Einfühlungsverhältnis ausging.
- 39 II. Für die Zeit vom 09.09.2004 bis 15.12.2004 steht der Klägerin auf der Grundlage von § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1, §§ 293 ff. BGB Vergütung aus Annahmeverzug zu.
- 40 1. Der Beklagte geriet seit dem 09.09.2004 in Annahmeverzug. Seit diesem Zeitpunkt stellte er nicht länger einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung iSv. § 296 Satz 1 BGB. Er weigerte sich, mit der Klägerin zusammenzuarbeiten. Die Klägerin musste ihre Dienste deshalb nach ihrem letzten tatsächlichen Arbeitsangebot am 09.09.2004 (§ 294 BGB) bis zum 15.12.2004 nicht erneut tatsächlich oder wörtlich iSv. § 295 BGB anbieten, sondern konnte eine Arbeitsaufforderung des Beklagten abwarten. In seiner Funktion als Gläubiger hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu ermöglichen. Dazu muss er den Einsatz des Arbeitnehmers fortlaufend planen und durch Weisungen hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung näher konkretisieren. Kommt der Arbeitgeber dieser Obliegenheit nicht nach, gerät er in Annahmeverzug. Auf Grund der nötigen nach dem Kalender bestimmten Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers im Sinne von § 296 Satz 1 BGB ist ein tatsächliches oder wörtliches Angebot der Arbeitsleistung nach einer Verweigerung der Zusammenarbeit entbehrlich (vgl. für die st. Rspr., wenn auch nicht in dem hier gegebenen Sonderfall der verweigerten Zusammenarbeit, sondern in der etwas anders gelagerten Konstellation des Ablaufs der Kündigungsfrist BAG 24.09.2003 - 5 AZR 500/02 - Rn. 14 ff., AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 9; BAG 07.11.2002 - 2 AZR 650/00 - Rn. 15, AP BGB § 615 Nr. 98, jeweils mwN) .

- 41 2. Für die Annahmeverzugsvergütung maßgeblich sind die vom Beklagten zugestandenen Bedingungen für ein Arbeitsverhältnis: eine Arbeitszeitdauer von 36,5 Stunden wöchentlich und eine Vergütung von 1.100,00 Euro brutto in den ersten drei Monaten. Die auf die Stadt K durch Gewährung der Hilfe zum Lebensunterhalt übergegangenen Ansprüche sind im letzten Antrag der Klägerin und im Leistungsausspruch des Arbeitsgerichts berücksichtigt (*zu der nach st. Rspr. erforderlichen Gesamtsaldierung BAG 29.07.1993 - 2 AZR 110/93 - Rn. 30, AP BGB § 615 Nr. 52*) .
- 42 3. Der Zinsausspruch folgt aus § 291 Satz 1 Halbs. 1, Satz 2, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Soweit das Arbeitsgericht Prozesszinsen seit dem 27.04.2004 zuerkannt hat, handelt es sich um ein Schreibversehen, das nach § 319 Abs. 1 ZPO zu berichtigen ist. Die Rechtshängigkeit des Leistungsantrags trat erst am 26.04.2005 ein. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Arbeitsgericht der Klägerin entgegen § 308 Abs. 1 Satz 2 ZPO bewusst schon ab einem früheren Zeitpunkt Zinsen zusprechen wollte.
- 43 B. Der Beklagte hat die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.
- 44 Gallner Kling