

Beglaubigte Abschrift
Arbeitsgericht Freiburg
Aktenzeichen: 3 Ca 522/17
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 08.03.2019

Dabak
Urkundsbeamtin/er der Geschäftsstelle



Im Namen des Volkes Urteil

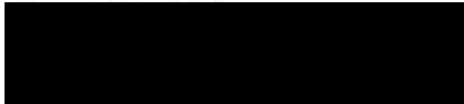
In der Rechtssache



- Kläg. -

**Proz.-Bev.: DGB Rechtsschutz GmbH
Friedrichstraße 41 - 43, 79098 Freiburg**

gegen



- Bekl. -



hat das Arbeitsgericht Freiburg - 3. Kammer - durch den Richter am
Arbeitsgericht Gundel, d. ehrenamtlichen Richter Bissinger und d. ehrenamtlichen Richter Hau-
fe auf die mündliche Verhandlung vom 20.02.2019

für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, 450,00 Euro brutto (November 2017) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 15.12.2017 an die Klägerin zu bezahlen.
2. Der Beklagte wird verurteilt, 481,56 Euro brutto (Überstunden) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 31.10.2017 an die Klägerin zu bezahlen.

3. Der Beklagte wird verurteilt, 450,00 Euro brutto (Dezember 2017) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 15.01.2018 an die Klägerin zu bezahlen.
4. Der Beklagte wird verurteilt, 60,80 Euro netto (Zuschläge) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 31.10.2017 an die Klägerin zu bezahlen.
5. Der Beklagte wird verurteilt, 900,00 Euro brutto (Januar und Februar 2018) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB aus jeweils 450,00 Euro brutto seit dem 15.02.2018 und 15.03.2018 an die Klägerin zu bezahlen.
6. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu unveränderten Arbeitsbedingungen über den 31.10.2017 hinaus bis 28.02.2018 fortbestanden hat.
7. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
8. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits
9. Der Streitwert wird auf Euro 2.382,49
10. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen, soweit sie nicht kraft Gesetzes statthaft ist.

Tatbestand

Die Parteien streiten zuletzt über Vergütungsansprüche der Monate November und Dezember 2017 sowie Januar und Februar 2018, des Weiteren über Überstundenvergütung in Höhe von 521,69 € sowie Sonntagszuschläge in Höhe von 60,80 €, des Weiteren über den Bestand des Arbeitsverhältnisses über den 31. Oktober 2017 hinaus im Wege der Befristungskontrollklage und des allgemeinen Feststellungsantrages.

Die am 7. April 1952 geborene Klägerin war seit dem 1. Juli 2014 bei dem Beklagten als examinierte Krankenschwester im ambulanten Pflegedienst tätig. Das Arbeitsverhältnis richtete sich nach dem Arbeitsvertrag vom 1. Jul 2014 (vgl. Blatt 79 – 88 d. A. sowie der Anlage 1 Dienstfahrzeuge Blatt 89 d. A.). Der Arbeitsvertrag lautet in Auszügen wie folgt:

„§ 3

Beginn des Arbeitsverhältnisses

- (1) Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1.7.2014.
- (3) Vor Dienstantritt darf der Arbeitsvertrag nicht gekündigt werden.

§ 4

Probezeit

- (1) Die Probezeit beträgt 6 Monate.
- (2) Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Kalenderwochen gekündigt werden.
- (3) Innerhalb der Probezeit besteht für den Arbeitnehmer kein Urlaubsanspruch.

§ 5

Kündigung

- (1) Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis – auch im Falle seiner Befristung – nach einer Frist von vier Wochen gekündigt werden. Ändert sich die Kündigungsfrist aufgrund gesetzlicher Vorschrift für einen der Vertragspartner, so gilt diese Änderung auch für den anderen Vertragspartner. Während der Kündigungsfrist kann der Arbeitnehmer unter Anrechnung auf seinen Urlaubsanspruch von der Pflicht zur Erbringung seiner Arbeitsleistung freigestellt werden.
- (2) Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Für den Fall ihrer Unwirksamkeit gilt eine fristlose Kündi-

gung zugleich als fristgerechte Kündigung zum nächst möglichen Termin.

(3) Die Kündigung bedarf der Schriftform.

(4) Das Vertragsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Erreichen des gesetzlich festgelegten Rentenalters oder durch Erleiden einer dauerhaften Erwerbsunfähigkeit, spätestens mit Vollendung des 65. Lebensjahres.

§ 9

Vergütung

(1) Der Arbeitnehmer erhält eine Vergütung von monatlich 450,00 € (brutto).

(2) Die Auszahlung des Gehaltes erfolgt im Nachhinein bis zum 15. Tag des folgenden Monats. Überzahlungen sind vom Arbeitnehmer zurückzuzahlen.

§ 17

Verfallklausel

Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit ihm in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach deren Fälligkeit gegenüber der jeweils anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden. Wird ein Anspruch hier nach abgelehnt oder erfolgt keine Erklärung binnen zwei Wochen, so verfällt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach Ablehnung oder Ablauf der zweiwöchigen Erklärungsfrist gerichtlich geltend gemacht wird.“

Unstreitig übte die Klägerin bis 30. September 2017 die Tätigkeit bei dem Beklagten entsprechend den arbeitsvertraglichen Bedingungen aus. Die einzelnen Tätigkeiten sowie Früh- oder Spätdienst sowie der Umfang der Tätigkeiten ergibt sich aus den Stundennachweisen/Arbeitsnachweise Blatt 123 – 132 d. A..

Unstreitig gab der Beklagte den Betrieb aus gesundheitlichen Gründen auf. Der bestehende Patientenstamm wurde aufgeteilt und an zwei Pflegedienste oder drei Pflegedienste übergeben (vgl. zu den Einzelheiten des Vortrages Blatt 22 – 24 d. A. und Schriftsatz des Beklagten vom 2.3.2018). Ob der Beklagte die Schließung am 20. September 2017 der Klägerin mitteilte oder die Klägerin, Gerüchten folgend, bei dem Beklagten mit Schreiben vom 5. Oktober 2017 nachfragte und sodann von der Beendigung der Betriebstätigkeit des Beklagten erfuhr, ist zwischen den Parteien streitig. Für den Vortrag der Klägerin wird auf Blatt 16 d. A., Schreiben vom 5. Oktober 2017 Bezug genommen.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die laufende Vergütung in Höhe von 450,-- € bis einschließlich des Monats Oktober 2017 bezahlt wurde.

Zwischen den Parteien ist des Weiteren unstreitig, dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten mit Schreiben vom 10. Januar 2018 das Arbeitsverhältnis zum 28. Februar 2018 kündigte. Unstreitig war zuvor eine schriftliche Kündigung des Beklagten nicht erfolgt.

Die Klägerin begehrt die Vergütung der Monate November, Dezember 2017, Januar und Februar 2018 unter dem Aspekt des Annahmeverzugs. Sie begehrt des Weiteren Mehrarbeitsstunden im Umfang von 40,13 Stunden zu 13,-- €. Die Mehrarbeitsstunden ergäben sich aus dem Stundennachweis/Arbeitsnachweis des Monats September 2017 sowie den weiteren vorlaufenden Stunden-/Arbeitsnachweisen, welche jeweils die Stunden bis auf zwei Stellen hinter dem Komma saldierten (vgl. Blatt 123 – 132 d. A.).

Die Klägerin begehrt weiterhin 60,80 € Sonntagszuschläge, gestützt auf 47,5 Stunden Sonntagsstätigkeit zu je 1,28 €, wie dies im Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2014 in § 7 Abs. 4 vereinbart sei.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin am 1. Dezember 2015 Rente seitens der gesetzlichen Rentenversicherung in Anspruch nahm. Weiter ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klägerin am 7. April 1952 geboren wurde. Ebenso ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klägerin in den Monaten Mai, Juni, Juli, August und September 2017 Tätigkeiten für den Beklagten entsprechend der Einteilung durch den Beklagten ausübte.

Die Klägerin trägt vor, der Beklagte hatte Kenntnis des Rentenbezugs der Klägerin gehabt. Im Jahr 2017, zu Anfang des Jahres, sei zuletzt über den Rentenbezug der Klägerin gesprochen

worden, der Beklagte habe sie gefragt, ob sie ein größerer Stundenkontingent übernehmen wolle. Die Klägerin habe dies im Hinblick auf den Bezug vorgezogener Rente und die Anrechnung weitergehender Tätigkeit abgelehnt. Im Übrigen habe die Klägerin zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des Regelaltersrentenalters zu beenden. Weiterhin seien bei dem Beklagten weitere Mitarbeiter beschäftigt gewesen, welche das gesetzliche Rentenalter hinaus gearbeitet hätten, zum Beispiel Herr Johann Letha, der bereits das 68. Lebensjahr vollendet hatte und mit 20 Stunden pro Woche bis zur Aufgabe des Geschäftsbetriebs bei dem Beklagten beschäftigt gewesen sei. Das Arbeitsverhältnis ende frühestens mit dem Ablauf der Kündigungsfrist, zum 28. Februar 2018.

Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs des Beklagten erkläre die Klägerin, sie arbeite bei dem Freiburger Pflegedienst, bei welchem sie eine Vergütung in Höhe von 450,-- € monatlich beziehe. Sie sei dort im Frühdienst tätig, ab 7.00 Uhr bzw. 7.30 Uhr bis 10.00 Uhr. In Ausnahmefällen, welche Vertretungsfälle seien, im Spätdienst (vgl. 117 d. A.). Bei dem Beklagten sei die Klägerin weit überwiegend im Spätdienst ab 17.00 Uhr am Nachmittag tätig gewesen, wie sich dies aus den vorgelegten Dienstplänen ergebe.

Hinsichtlich des vereinbarten Stundenlohns verweise die Klägerin auf die Lohnabrechnungen vom 9. August 2017 und 11. September 2017 (Blatt 121 und 122 d. A.), der Beklagte habe selbst einen Stundenlohn 1 in Höhe von 12,-- € zugrunde gelegt (vgl. Blatt 118 und 121 und 122 d.A.).

Hinsichtlich der angefallenen Sonntagszuschläge wird auf die Aufstellung der Klägerin im Schriftsatz vom 3. April 2018 Blatt 118 Bezug genommen.

Die Klägerin stellt zuletzt die Anträge:

1. Der Beklagte wird verurteilt, 450,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 30.11.2017 an die Klägerin zu zahlen.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 521,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 31.10.2017 zu zahlen.
3. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 450,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit Klagerhebung am 21.12.2017 zu zahlen.

4. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 60,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 31.10.2017 zu zahlen
5. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbesteht.
6. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mit Ablauf des 31.10.2017 aufgrund Befristung des Arbeitsvertrages vom 1.7.2014 beendet wurde.
7. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 900,-- € brutto zuzüglich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der EZB aus jeweils 450,-- € seit dem 1.2. und 1.3.2018 zu zahlen.
8. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 160,-- € zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor, er berufe sich auf die Befristung des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014. Mit Eintritt des gesetzlichen Regelalters von 65 Jahren und 6 Monaten, mithin mit Ablauf des Monats Oktober 2017, sei das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien infolge Befristungseintritts beendet worden. Hilfsweise berufe sich der Beklagte auf die ausgesprochene Kündigung vom 10. Januar 2018, welche zum 28. Februar 2018 das Arbeitsverhältnis beende.

Im Hinblick auf die geltend gemachten Annahmeverzugslohnansprüche mache der Beklagte die Auskunft hinsichtlich anderweitigen Erwerbs bzw. Erwerbsmöglichkeiten geltend. Im Übrigen stehe die anderweitig ausgeübte Tätigkeit entgegen.

Den Mehrarbeitsvergütungsansprüchen halte der Beklagte entgegen, dass die Mehrarbeit ohne ausdrückliche Anforderung geleistet worden sei, entstehende Überstunden 1 : 1 durch Freizeit ausgeglichen werden sollten. Dies ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag § 8 Abs. 2 vom 1. Juli 2014. Im Übrigen habe die Klägerin schon vor Einstellung des Pflegedienstes über die Hälfte ihrer Sollstunden gearbeitet. Die Mehrarbeit würde seitens des Beklagten bestritten. Im beiderseitigen Interessen hätten die Parteien die Entstehung von Sozialversicherungsbeiträgen bei 450,-- € überschreitenden Verdienst vermeiden wollen, weshalb die Regelung des Freizeitausgleichs in den Arbeitsvertrag genommen worden sei.

Der Annahmeverzugslohnanspruch sei auch dem Grunde nach nicht entstanden. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Oktober 2017 infolge wirksam vereinbarter Befristung nach § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 seien alle folgenden Vergütungsansprüche entfallen. Der Vertrag sei im Lichte der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, Urteil vom 13. Oktober 2015, 1 AZR 553/13, Rnr. 23 auszulegen.

Einen Stundenlohn hätten die Parteien nicht vereinbart. Die Sonntagszuschläge seien nicht nachvollziehbar und substantiiert dargelegt.

Im Übrigen berufe sich der Beklagte auf die Verfallklausel des § 17 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 (vgl. Blatt 76 d. A.).

Soweit die Klägerin Stundennachweise vorlege, indiziere dies keine tatsächlich erbrachte Leistung. Seitens des Beklagten unterschriebene Stundennachweise bestünden nicht.

Der Beklagte bestreite einen Betriebsübergang. Weder der Betrieb als Ganzes noch ein Betriebsteil sei unter Wahrung seiner Identität auf einen Erwerber veräußert worden. Vermögenswerte, wie Fahrzeuge, hätten wegen der Veräußerung aus gesundheitlichen Gründen nur noch zu Zerschlagungswerten notveräußert werden können. Während der Beklagte zunächst vortrug, die Patienten auf zwei Pflegedienste aufgeteilt zu haben, trugt der Beklagte mit Schriftsatz vom 2. März 2018 vor, mit Mühe die Patienten auf drei Pflegedienste aufgeteilt zu haben.

Zuletzt beruft sich der Beklagte auf die verspätete Erhebung der Klage. Die Klägerin vermöge sich gegen eine entsprechende Befristungsklausel nicht mehr zu wenden, da die Befristung auf § 17 Abs. 1 Satz 1 TzbfG wirksam geworden sei. Die Klage sei am 13. Dezember 2017 bei dem Arbeitsgericht Freiburg eingegangen, das Befristungsende sei der 31. Oktober 2017 gewesen.

Die Klage sei daher abzuweisen.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Güteverhandlung vom 12. Januar 2018, die mündlichen Verhandlungen vor der Kammer vom 13. Juni 2018 und 20. Februar 2019 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und mit Ausnahme des parallelen Befristungskontrollantrages, der Zahlungsklage iHv. übersteigenden 40,13 Euro brutto (Antrag zu 2), eines Teils der monatlichen Verzugszinsen (Antrag zu 1, zu 3 und zu 6) und der Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB (Antrag zu 7) auch begründet.

I.

Die Klage ist zulässig.

1. Die bezifferten Anträge sind hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
2. Der allgemeine Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO verfügt über das erforderliche Feststellungsinteresse.
 - a) Zwar wendet sich die Klägerin nicht gegen die Kündigung des Beklagten, weshalb das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 28.02.2018 endet.
 - b) Die Klägerin begehrt jedoch im Hinblick auf die Bedingung und Befristung in der Vertragsklausel des § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vom 1.07.2014 auf deren Beendigungswirkung sich der Beklagte ausdrücklich bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor der Kammer berufen hat, die Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses nach § 15 Abs. 5 TzBfG, wofür nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der allgemeine Feststellungsantrag und nicht der (fristgebundene) Befristungskontrollantrag zu stellen ist (BAG 18. Oktober 2006 – 7 AZR 749/05 (Rn. 10), FA 2007, 141 sowie 7 AZR 750/05 und 7 AZR 751/05, zit. nach juris; ebenso: BAG 7. Oktober 2015 – 7 AZR 40/14 (Rn. 15f.), NJW 2016, 1403; BAG 28. September 2016 – 7 AZR 377/14 (Rn. 28), NZA 2017, 55; Erfurter Kommentar-Müller-Glöge, 18. Aufl. § 15 Rn 36; Henssler/Willemsen/Kalb-Rennpferdt, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 15 TzBfG Rn. 50).
3. Die Befristungskontrollklage ist ebenfalls zulässig.

4. Die Anträge sind auch im Übrigen zulässig.

II.

Die Klage ist mit Ausnahme von 40,13 Euro brutto in Antrag zu 2, eines Teils der Verzugszinsen und der Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB (Antrag zu 7) begründet. Das Arbeitsverhältnis endet nicht mit Ablauf des 31. Oktober 2017 durch Befristung (vgl. 1). Der Beklagte war im Verzug der Annahme (vgl. 3), er schuldet auch die Vergütung iHv. 481,56 Euro brutto, ebenso die vertraglichen Zuschläge für Sonntagsarbeit nach § 7 Abs. 4 Satz 1 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 (vgl. 4) sowie die entsprechenden gesetzlichen Zinsen (vgl. 5). Die Verzugspauschale schuldet der Beklagte nicht (vgl. 6).

1. Soweit sich der Beklagte auf die Befristung zum Ablauf des 31. Oktober 2017 in Folge Eintritt des gesetzlichen Rentenalters beruft, greift dies nicht durch.

a) Zwar kann sich - die Wirksamkeit der Regelung in § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 zu Gunsten des Beklagten unterstellt - die Klägerin nach § 17 Satz 1 TzBfG iVm. § 7 Satz 1 KSchG in Folge des Ablaufs der drei-wöchigen Klagerhebungsfrist auf die Befristungskontrollklage nicht berufen, weil die Befristung als rechtswirksam gilt.

aa) Die Klägerin hat die Regelaltersgrenze mit Ablauf des 31. Oktober 2017 erreicht. Die Regelaltersgrenze wird zurzeit gem. § 35 Satz 2 SGB VI mit Vollendung des 67. Lebensjahrs erreicht. Nach dem Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demographische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung vom 20.4.2007 (vgl. BGBl. I. Nr. 16, 20/30.4.2007, S. 550) wurden mit Beginn des Jahres 2012 die Altersgrenzen in der gesetzlichen Rentenversicherung stufenweise angehoben, wobei die Regelaltersgrenze für die Geburtsjahrgänge 1947 bis 1958 um jeweils einen Monat pro Jahr auf 66 Jahre und für die Geburtsjahrgänge 1959 bis 1964 um jeweils zwei Monate pro Jahr auf 67 Jahre ansteigt (vgl. Preiss/Kohl/Breuer/Limbach in: E-lerl/Raspels, Praxishandbuch Flexible Einsatzformen von Arbeitnehmern, 1. Aufl. 2012, Kapitel 33 Rentnerbeschäftigung Rn. 31; Erfurter Kommentar/Rolfs, § 41 SGB VI, Rn 2 nebst Anhang).

- bb) Die Klägerin erfüllt am 1. November 2017 die Voraussetzungen einer Regelaltersrente. Die Klägerin ist am 7. April 1952 geboren. Sie hat einen Regelaltersrentenzugang im Alter von 65 Jahren und 6 Monaten. Die Klägerin vollendet das Alter im Laufe des Monats Oktober 2017, mit dem 7. Oktober 2017, weshalb die Voraussetzungen der Rentengewährung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB VI am 1. November 2017 vorlagen (vgl. zur Berechnung: Schmidt in: Schlegel/Voelzke, Ju-risPK-SGB VI, 2. Aufl. 2013, § 99 SGB VI Rn. 19 mwN.).
- cc) Die Klägerin hat die Klage am 13.12.2017 bei dem Arbeitsgericht Freiburg eingereicht. Sie hat die drei-wöchige Klagerhebungsfrist, welche mit Ablauf des 21. Oktober 2017 abgelaufen war, nicht gewahrt.
- b) Doch ist der Allgemeinen Feststellungsantrag in der Sache begründet. Selbst bei Wirksamkeit der Regelung in § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 konnte die Beendigung nicht auf den Ablauf des 31. Oktober 2017 eintreten.
- aa) Nach § 22 Abs. 1 TzBfG können die Rechtsfolgen des § 15 Abs. 5 TzBfG nicht vertraglich abbedungen werden (BAG 11. Juli 2007 – 7 AZR 501/06 (Rn.27), DB 2007, 2777; BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 (Rn. 25), NZA 2014, 1330; aus der Literatur statt aller: Staudinger/Preis (2016) BGB § 625 Rn. 40; Henssler/Willemsen/Kalb-Rennpferdt, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 15 TzBfG Rn. 36 jeweils mwN.).
- bb) Das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach § 15 Abs. 5 TzBfG setzt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 28. September 2016 – 7 AZR 377/14, (Rn. 30f.), NZA 2017, 55) und der Literatur (vgl. statt aller: Henssler/Willemsen/Kalb-Rennpferdt, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 15 TzBfG Rn. 39ff. jeweils mwN.) voraus, dass das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird und der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht. Die Vorschrift regelt - ebenso wie § 625 BGB - die stillschweigende Verlängerung von Arbeitsverhältnissen unabhängig vom Willen der Parteien. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch die Vertragsparteien iSv. § 15 Abs. 5 TzBfG ist ein Tatbestand schlüssigen Verhaltens kraft gesetzlicher Fiktion, durch die ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des vorangegangenen befristeten Arbeitsvertrags zustande kommt. Die Regelung beruht auf der Erwägung, die Fortsetzung

der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer mit Wissen des Arbeitgebers sei im Regelfall der Ausdruck eines stillschweigenden Willens der Parteien zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses (BAG 7. Oktober 2015 - 7 AZR 40/14 (Rn. 24), NJW 2016, 1403; BAG 3. September 2003 - 7 AZR 106/03 - zu 4 a der Gründe, BAGE 107, 237). Der Eintritt der in § 15 Abs. 5 TzBfG angeordneten Fiktion setzt voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bewusst und in der Bereitschaft fortsetzt, die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis weiter zu erfüllen. Der Arbeitnehmer muss die vertragsgemäßen Dienste nach Ablauf der Vertragslaufzeit tatsächlich ausführen (BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 749/05 (Rn. 15), aaO.). Dabei genügt nicht jegliche Weiterarbeit des Arbeitnehmers. Diese muss vielmehr mit Wissen des Arbeitgebers selbst erfolgen.

cc) Arbeitgeber iSv. § 15 Abs. 5 TzBfG ist nicht jeder Vorgesetzte (vgl. zu § 625 BGB BAG 21. Februar 2001 - 7 AZR 98/00 - zu B I der Gründe, BAGE 97, 78), sondern der Arbeitgeber selbst. Seiner Kenntnis steht die Kenntnis der zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigten Vertreter gleich (BAG 11. Juli 2007 - 7 AZR 197/06 - Rn. 26; 21. Februar 2001 - 7 AZR 98/00 - zu B I der Gründe, aaO.; 25. Oktober 2000 - 7 AZR 537/99 - zu B IV 4 der Gründe, BAGE 96, 155).

dd) Wortlaut und Normzweck sprechen dafür, dass sich die Kenntnis des Arbeitgebers nur auf die Fortsetzung der Tätigkeit, nicht aber auf den Ablauf der Vertragslaufzeit beziehen muss, ein Irrtum darüber wäre daher irrelevant (vgl. LAG Düsseldorf 26. September 2002 - 5 Sa 748/02, DB 2003, 668; KR/Lipke, § 15 TzBfG Rn. 54; APS/Backhaus, § 15 TzBfG Rn. 67, Sievers, TzBfG § 17 Rn. 53; den Irrtum über die Beendigung für erheblich haltend dagegen: Dörner, Die Befristung, Rn. 743; Erfurter Kommentar-Müller-Glöge, § 15 TzBfG Rn. 28a).

ee) Danach ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden. Dies selbst unter Betrachtung einer sog. Doppelbefristung – dies zu Gunsten des Beklagten angenommen. Im Einzelnen:

- (1) Auf die Zweckerreichung der Erwerbsunfähigkeit (vgl. § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vom 1.07.2014) beruft sich der Beklagte nicht.
- (2) Die Klägerin hat sowohl nach Renteneintritt am 1. Dezember 2015 und jedenfalls auch nach der Vollendung des 65. Lebensjahres am 07. April 2017 das

Arbeitsverhältnis bei dem Beklagten unstreitig durch tatsächliche Ausübung der Tätigkeit fortgesetzt. Der Rentenbezug der Klägerin ab 1. Dezember 2015 ist jedenfalls als unstreitig nach § 138 Abs. 3 ZPO anzusehen.

- (3) Auch die vertragliche Gestaltung und die Durchführung ließe im Übrigen auf die Kenntnis der Klägerin und des Beklagten zwingend schließen. Wer versteigt 450 Euro monatlich bezahlt und umgekehrt erhält und daneben ein Überstundenkonto führt, der weiß, dass eine (entgelt)geringfügige Tätigkeit iSd § 8 SGB IV nicht vorliegt. Die Rechtsfolge war jedoch für beide Parteien günstig und von diesen erstrebt. Bei der Klägerin erfolgte keine Anrechnung auf die vorgezogene Rente, die nur einen anrechnungsfreien Hinzuverdienst von 450 Euro zulässt. Der Beklagte ersparte sich Arbeitgeberanteile, welche sonst angefallen wären.
 - (4) Der Beklagte besaß ausweislich des Geburtsdatums im Deckblatt des Arbeitsvertrages auch Kenntnis des Lebensalters der Klägerin und damit der Vollendung des 65. Lebensjahres mit dem 07.04.2017.
 - (5) Die Klägerin hat sowohl nach Renteneintritt als auch nach Vollendung des 65. Lebensjahrs tatsächlich, nach dem von dem Beklagten vorgegebenen Dienstplan (weiter)gearbeitet. Die wissentliche Entgegennahme der Arbeitsleistung durch den Beklagten kann nach der festen Überzeugung der Kammer schwerlich klarer dokumentiert werden, als durch Einteilung im Dienstplan und der tatsächlichen Arbeit nach dem vorgegebenen Dienstplan. Daher war zwischen den Parteien ab 1. Dezember 2015, jedenfalls ab dem 07. April 2017 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nach § 16 Abs. 1 TzBfG mit dem bisherigen Inhalt des Arbeitsvertrages vom 1.07.2014 – jedoch ohne die Befristung – entstanden.
 - (6) Die erstmalige Berufung auf die Befristung im Prozess stellt keinen unverzüglichen Widerspruch dar. Es fehlte bereits der Bezug zur Tätigkeit, unabhängig von dem zeitlichen Abstand, der jenseits der Unverzüglichkeit (§ 121 BGB) liegt.
- c) Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bleibt von einer nachfolgenden Regelaltersgrenze unberührt.

d) Im Übrigen wäre die (weitergehende) Befristungsvereinbarung rechtsunwirksam.

aa) Inhalt und Bedeutung der Klausel können, ja müssen, auch im Rahmen des § 15 Abs. 5 TzBfG geprüft werden. Dies im Hinblick auf die im Vertrag geregelte Befristung und deren Datum als Anknüpfungspunkt des § 15 Abs. 5 TzBfG und des § 625 BGB (vgl. zur parallelen Geltung: Erfurter Kommentar-Müller-Glöge, § 15 TzBfG Rn. 25; allerdings ist § 15 Abs. 5 iVm § 22 Abs. 1 TzBfG unabdingbar: Staudinger/Preis (2016) BGB § 625 Rn. 40; Henssler/Willemsen/Kalb-Rennpferdt, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 15 TzBfG Rn. 36 jeweils mwN.) der Beendigung und der Fortsetzung über diesen Zeitpunkt hinaus.

bb) Das zitierte Urteil des BAG (richtig: BAG, 13. Oktober 2013 – 1 AZR 853/13 (Leitsatz und Rn. 21), NZA 2016, 54) ist in doppelter Hinsicht nicht einschlägig: Erstens betrifft es eine Altersgrenze in einer Betriebsvereinbarung, vorliegend geht es um eine Altersgrenze in einem Formularvertrag. Zweitens ist der Wortlaut der Regelung abweichend: In der zitierten Entscheidung lautet der Wortlaut (vgl. BAG aaO. Rn. 3):

„14. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

14.1 Allgemeine Gründe

Das Arbeitsverhältnis wird beendet: ...c) nach Ablauf des Kalendermonats, in dem der Mitarbeiter das 65. Lebensjahr vollendet.“

Vorliegend lautet die Formulierung:

„§ 5

Kündigung

(1).....

(4) Das Vertragsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit dem Erreichen des gesetzlich festgelegten Rentenalters oder durch Erleiden einer dauerhaften Erwerbsunfähigkeit, spätestens mit Vollendung des 65. Lebensjahres.“

cc) Das äußere Erscheinungsbild der Befristungsabrede begründet eine tatsächliche Vermutung dafür, dass § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ist (vgl. BAG 9. Dezember 2015 – 7 AZR 68/14 (Rn. 12), NZA 2016, 695 mwN.). Der Vertrag ist überdies

mit Musterarbeitsvertrag überschrieben, vordruckt und seitens des Beklagten der Klägerin gestellt.

dd) Vorsorglich: Wäre der von dem Beklagten gestellte Vertrag auf die Klägerin abgestimmt und die Befristungsabrede nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden, handelte es sich um eine sogenannte Einmalbedingung iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Diese unterliegt den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Auslegungsregeln (vgl. BAG 25. Juni 2015 - 6 AZR 383/14 (Rn. 23), ZTR 2015, 582). Die Regelungen der §§ 305 ff. BGB finden deshalb ebenfalls Anwendung.

ee) Die Klausel unter § 5 Abs. 4 ist bereits nicht wirksam einbezogen. Sie ist nach § 305c Abs. 1 BGB überraschend. Dies sowohl nach der grafischen Gestaltung als auch nach deren Inhalt. Die auf das Erreichen der Regelaltersgrenze bezogene Befristungsabrede in § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrags ist nicht Bestandteil der vertraglichen Regelungen der Parteien geworden. § 305c Abs. 1 BGB steht dem entgegen. Nach § 305c Abs. 1 BGB werden überraschende Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil (zu § 305c BGB: BAG 9. Dezember 2015 - 7 AZR 68/14 (Rn. 18), NZA 2016, 695 mwN.).

(1) Überraschend sind Vertragsklauseln nach der st. Rechtsprechung des BAG dann, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Ihnen muss ein "Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt" innewohnen. Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher Widerspruch bestehen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere das äußere Erscheinungsbild des Vertrags. Auch das Unterbringen einer Klausel an einer unerwarteten Stelle im Text kann sie als überraschende Klausel erscheinen lassen. Das Überraschungsmoment ist umso eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist. Im Einzelfall muss der Verwender darauf besonders hinweisen oder die Klausel drucktechnisch hervorheben (BAG 27. Juli 2005 - 7 AZR 443/04 (Rn.21), NZA 2006, 37 mwN.; BAG 6. August 2003 - 7 AZR 9/03 (zu I 2 b der Gründe), AP BGB § 133 Nr. 51; bereits: BAG 29. November 1995 - 5 AZR 447/94 (zu II 3 der Gründe), AP AGBG § 3 Nr. 1). Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und red-

lichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Maßgebend sind insoweit die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden nicht rechtskundigen Vertragspartners (vgl. zum Maßstab: BAG 28. September 2017 – 8 AZR 67/15 (Rn. 59), NZA 2018, 589; BAG 4. August 2015 – 3 AZR 137/13 (Rn. 31), BAGE 152, 164; BAG 23. Januar 2014 – 8 AZR 130/13 (Rn. 18); zit. Nach juris jeweils mwN.).

(2) Danach gilt: Zwar ist eine Klausel, welche eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung vorsieht, für sich genommen nicht überraschend. Auch ist eine Überschrift im Fettdruck für sich genommen nicht überraschend. Jedoch ist die Kombination der Überschrift Kündigung im Fettdruck und dem abweichenden Inhalt im vierten Absatz ohne Hervorhebung irreführend. Unter der Überschrift „Kündigung“ erwartet ein nicht rechtskundiger Verbraucher Kündigungsregelungen (vorliegend: Absatz 1: Probezeit, Absatz 2: außerordentliche Kündigung und Absatz 3: Schriftform). Ist die Überschrift durch Fettdruck besonders hervorgehoben, so verstärkt dies den Eindruck und lässt allein eine Kündigungsregelung erwarten (zur drucktechnischen Hervorhebung eine Befristung: BAG 16. April 2008 – 7 AZR 132/07 (Leitsatz und Rn. 16f.), NZA 2008, 876). Folgt sodann unter Absatz 4. folgt ohne jede Kennzeichnung im Normaldruck und im Gegensatz zur Überschrift ein von der drucktechnisch hervorgehobenen Überschrift abweichender Inhalt, der gerade das Gegenteil zum Ausdruck bringt, indem ein abweichender Inhalt – die Beendigung ohne Kündigung – geregelt wird, so ist dies überraschend und daher nach § 305c Abs. 1 BGB rechtsunwirksam. Dies umso mehr, weil die Befristung eine benachteiligende, über die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit hinausgehende in Rechte der Klägerin eingreifende und die Rechte des Verwenders erweiternde Regelung enthält. Weiter sind mehrere Beendigungstatbestände kumulativ oder alternativ als Befristung und als Bedingung geregelt, worin eine weitergehende schwer zu überschauende und benachteiligende Regelung liegt.

- ff) Die Kammer stützt die Entscheidung ausdrücklich alternativ als weiteren Unwirksamkeitsgrund für den Fall, dass eine wirksame Einbeziehung bejaht würde auf

einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1, § 1 iVm. § 7 Abs. 2 AGG, § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG.

(1) Die Regelung des § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages verstößt gegen § 7 Abs. 1, § 1 AGG und stellt eine Altersdiskriminierung dar, mit der Folge deren Rechtswirksamkeit nach § 7 Abs. 2 AGG. Sie enthält eine Bezugnahme auf das gesetzlich festgelegte Rentenalter, dann eine Regelung zur Erwerbsunfähigkeit und zuletzt eine Höchstbefristung auf das 65. Lebensjahr: ..., „spätestens mit Vervollendung des 65. Lebensjahres.“

(2) Das gesetzlich festgelegte Rentenalter ist das 65. Lebensjahr und für die Jahrgänge nach 1946 eine ansteigende Altersgrenze, die jedoch stets jenseits des 65. Lebensjahres liegt (vgl. § 235 SGB VI). Eine Höchstbegrenzung auf das 65. Lebensjahr stellt daher für alle Jahrgänge mit ansteigender Regelaltersgrenze jenseits des 65. Lebensjahres eine Befristung auf einen Zeitpunkt vor dem Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze dar und damit einen nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigten Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG, weil allein die politische Entscheidung der allgemeinen Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung die sachliche Rechtfertigung der Befristung iSd. § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG darstellt. Bei jeder Abweichung liegt ein Verstoß gegen Unionsrecht und zwingendes Gesetzesrecht vor.

(3) § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages verstößt auch gegen § 7 Abs. 1 AGG, soweit im Wege der Auslegung der letzte Halbsatz allein auf die dauerhafte Erwerbsunfähigkeit („Erwerbsminderung iSd. § 43 SGB VI“) bezogen würde. Bezöge sich der letzte Halbsatz allein auf die dauerhafte Erwerbsunfähigkeitsrente, so läge darin entweder eine Diskriminierung dauerhaft Erwerbsgeminderter, deren Arbeitsverhältnis vor Erreichen der Regelaltersrente – unabhängig von der verbliebenen Leistungsfähigkeit – und deshalb ohne sachlichen Grund endete oder jedenfalls ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG, § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG, weil auf einen Zeitpunkt für die Beendigung vor Eintritt der Regelaltersgrenze abgestellt wird. Eine Erwerbsminderungsrente endet nach der gesetzlichen Regelung des § 43 Abs. 1 und Abs. 2 SGB VI erst mit dem Bezug der Regelaltersrente.

(4) Die Anknüpfung an die Bedingung der dauerhaften Erwerbsunfähigkeit verstößt – ohne Koppelung an einen Tatbestand der gesetzlichen Rentenversiche-

nung - für sich bereits gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG iVm. § 7 Abs. 1 und 7 Abs. 2 AGG, weil keinerlei sachliche Rechtfertigung zu erkennen ist (vgl. BAG 15. Februar 2017 – 7 AZR 82/15, NZA-RR 2017, 398; BAG 23. März 2016 – 7 AZR 827/13 (Rn. 22), BAGE 155, 1; BAG 14. Januar 2015 – 7 AZR 880/13 (Rn. 30), juris; BAG 23. Juli 2014 – 7 AZR 771/12 (Rn. 58), BAGE 148, 357).

(5) Der geringfügige Tätigkeitsumfang, der neben einer Erwerbsminderungsrente möglich ist und der Tatbestand der „Verschlossenheit der Arbeitsmarktes“ iSd. Rentenversicherungsrechtes, neben welchem ebenfalls eine Tätigkeit möglich ist, stehen der Bedingung ebenfalls entgegen (vgl. BAG 15. Februar 2017 – 7 AZR 82/15, NZA-RR 2017, 398).

gg) Die Kammer stützt die Unwirksamkeit auch auf § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Neben dem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG, führte § 5 Abs. 4 des Arbeitsvertrages - wäre die Klausel Vertragsinhalt geworden - nicht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses, da die in § 5 Abs. 4 der Vereinbarung enthaltene Regelung über die Befristung des Arbeitsverhältnisses den Anforderungen des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht genügt.

(1) Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit von Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich sind (vgl. für eine Doppelbefristung: BAG, Urteil vom 08. August 2007 – 7 AZR 605/06 (Rn. 32f), DB 2008, 132). Das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Transparenzgebot gilt nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die nicht von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Die Bestimmung verpflichtet den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein und verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Formularbestimmung genügt dem Bestimmtheitsgebot nur dann, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwen-

ders so klar und präzise wie möglich umschreibt (BGH 25. Oktober 2006 - VIII ZR 23/06 (zu IV 2 c aa der Gründe mwN.), BGHZ 170, 1). Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BAG, Urteil vom 08. August 2007 – 7 AZR 605/06 (Rn. 32f), DB 2008, 132; BAG 11. April 2006 - 9 AZR 557/05 (Rn. 40), AP BGB § 307 Nr. 17; BGH 11. Mai 2005 - IV ZR 25/04 (zu II 1 c aa der Gründe), MDR 2005, 1227). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BAG, Urteil vom 08. August 2007 – 7 AZR 605/06 (Rn. 32f), DB 2008, 132; BGH 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05 - BGHZ 165, 12, zu II 3 b der Gründe).

(2) Die redaktionelle Abfassung der im Arbeitsvertrag 1. Juli 2014 in § 5 Abs. 4 enthaltenen Beendigungstatbestände wird dem Bestimmtheitsgebot und damit auch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gerecht. Wegen der weitreichenden wirtschaftlichen Folgen, die mit der Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses verbunden sind, muss die vom Verwender gewählte Befristungsabrede den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den durchschnittlichen Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennen lassen. Wird wie im Streitfall in einem Formulararbeitsvertrag eine Befristungsabrede getroffen, bei der das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Zeitbefristung vorzeitig durch Eintritt einer oder mehrerer auflösenden Bedingungen enden kann, so ist die vorzeitige Beendigungsmöglichkeit im Vertragstext deutlich erkennbar hervorzuheben. Der Beklagte hätte daher bei der Formulierung der in § 5 Abs. 4 genannten Beendigungstatbestände kenntlich machen müssen, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 vor Ablauf der Befristung auf das gesetzliche Rentenalter oder nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung, jedenfalls durch Höchstbefristung auf das 65. Lebensjahr eintreten kann.

(3) Dies alles dahingestellt, bleiben bei der Auslegung jedenfalls vermeidbare Spielräume, welche gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen.

hh) Die Kammer stützt die Unwirksamkeit weiter auch auf § 305c Abs. 2 BGB. Wäre die Klausel Vertragsinhalt geworden, so vermöchte sich der Beklagte nicht zur

Beendigung des Vertragsverhältnisses auf § 5 Abs. 4 der Vereinbarung vom 1. Juli 2014 enthaltene Regelung über die Befristung des Arbeitsverhältnisses zu berufen.

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Maßgebend für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Bleibt nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel, geht dies gemäß § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders (BAG 5. März 2013 – 1 AZR 417/12 (Rn. 59), NZA 2013, 916; BAG 14. September 2011 – 10 AZR 526/10 (Rn. 19), BAGE 139, 156). Es müssen „erhebliche Zweifel“ an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht (BAG 5. März 2013 – 1 AZR 417/12 (Rn. 61), NZA 2013, 916; BAG 14. September 2011 – 10 AZR 526/10 (Rn. 20), BAGE 139, 156).

(2) Erhebliche Zweifel bestehen vorliegend schon allein im Hinblick auf die Frage, ob sich die Höchstbefristung auf das 65. Lebensjahr auf alle Satzteile oder den zweiten Satzteil bezieht. Dies Zweifel sind durch Auslegung nicht behebbare, weshalb § 305 c Abs.2 BGB anzuwenden ist.

2. Ob die Kündigung des Beklagten an § 613a Abs. 4 BGB scheitert, wofür angesichts des eigenen Vortrages der Übertragung der Patienten als dem entscheidenden Leistungssubstrat auf zwei oder drei andere Pflegedienstes manches spricht, kann dahinstehen. Die Klägerin begehrt keine über den 28.02.2018 hinausgehende Leistung. Sie hat auch prozessual keinen punktuellen Kündigungsschutzantrag iSd. § 4 Satz 1 KSchG gestellt. Der Allgemeine Feststellungsantrag umfasst zwar grundsätzlich auch weitere Beendigungstat-

bestände, die jedoch gesondert durch einen eigenständigen Antrag anzugreifen sind. Das ist nicht erfolgt. Die Kammer hat die Rechtsfolge daher klarstellen in den Tenor aufgenommen.

3. Der Klägerin stehen auch die geltend gemachten Annahmeverzugslohnansprüche für die vier Monate November 2017 bis Februar 2018 iHv. unstreitig jeweils 450 Euro brutto gegen den Beklagten zur Seite. Aufgrund der unwirksamen Befristung befand sich der Beklagte ab dem 1. November 2017 im Verzug der Annahme der Arbeitsleistung der Klägerin nach §§ 615 Satz 1, 611 BGB iVm. §§ 293, 295 BGB. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat auf Grund der vorstehenden klagstattgebenden Entscheidung jedenfalls bis zum Ablauf des 28. Februar 2018 fortbestanden. Der von der für unwirksam erklärten Befristung abhängige, für die Zeit ab dem 1. November 2017 bis zum 28. Februar 2018 geltend gemachte Vergütungsanspruch folgt aus § 615 Satz 1 BGB.

a) Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Streiten die Parteien über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, genügt gemäß § 295 BGB ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber mit der Berufung auf das Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt, er werde keine weitere Arbeitsleistung mehr annehmen (vgl. BAG 4. November 2015 – 7 AZR 851/13 (Rn. 74), NZA 2016, 634). Dieses wörtliche Angebot kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandsschutzklage einreicht (BAG 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 (Rn. 28), BAGE 143, 119). Für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung geht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dagegen davon aus, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich (vgl. BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 (Rn. 22), zitiert nach juris; BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 (Rn. 14), BAGE 141, 34; BAG 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 (Rn. 28), BAGE 143, 119).

b) Danach gilt: Der Anspruch auf Annahmeverzugslohn ist dem Grunde nach, gegeben. Die Klägerin hat die Arbeitsleistung iSv. §§ 611, 615 Satz 1 BGB angeboten.

aa) Ein tatsächliches Angebot war entbehrlich. Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Folge Befristung nach § 5 Abs. 4 des Arbeitsver-

trages vom 1. Juli 2014. Der Beklagte hat sich während des gesamten Rechtsstreits auf die Beendigung zum Ablauf des 31. Oktober 2017 berufen.

- bb) Unabhängig von Vorstehendem ist ein tatsächliches Angebot der Klägerin auch deshalb entbehrlich, weil der Beklagte die Arbeitsleistung nicht geplant hat und ein Leistungssubstrat nicht mehr zur Verfügung stand. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung in § 7 Abs.3 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 hat der Beklagte keine Einsatzpläne mehr erstellt und die Arbeitsleistung der Klägerin nicht mehr abgerufen, vgl. § 7 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014.

Die Klägerin konnte in Folge Betriebseinstellung nicht tatsächlich anbieten. Der Beklagte hat selbst mit Schriftsatz vom 10. Januar 2018 (vgl. Blatt 31 und 32 der Akte) vorgetragen, am 20. September 2017 den Pflegedienst eingestellt zu haben und dies der Klägerin mitgeteilt zu haben. Die zu pflegenden Personen habe er auf zwei andere Pflegedienste übertragen (vgl. Blatt 32 der Akte), mit Schreiben vom 22.3.2018 auf drei Pflegedienste (vgl. Blatt 78 der Akte). Der Beklagte hat die Klägerin unstreitig nicht mehr zur Arbeit eingeteilt. Einen Dienstplan hat er nicht erstellt. Arbeit hat er nicht zugewiesen.

Die Klägerin hat mit Schreiben vom 5.10.2017 (vgl. Blatt 16 der Akte), die Arbeitsleistung wörtlich angeboten iSv. § 295 BGB. Das Arbeitsgericht Freiburg hat die streitgegenständlichen Befristung des Beklagten für unwirksam erklärt.

- c) Der Anspruch ist der Höhe nach unstreitig.

- d) Soweit der Beklagte sich auf den Auskunftsanspruch hinsichtlich anderweitiger Vergütung beruft, begründet dieser keine Einrede, er ist erfüllt.

- aa) Macht der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber, der in Annahmeverzug geraten ist, Ansprüche auf Fortzahlung seiner Vergütung geltend, so ist er dem Arbeitgeber zur Auskunft über die Höhe seines anderweitigen Verdienstes im Verzugszeitraum verpflichtet (BAG 29. Juli 1993 – 2 AZR 110/93 (Rn.27), BAGE 74, 28; bereits: BAG 14. August 1974 - 5 AZR 497/73, AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969; Staudinger/Richardi, BGB, 12. Aufl., § 615 Rz 158 mwN.). Der Anspruch auf Auskunft über die Höhe des anderweitigen Verdienstes, ergibt sich aus der entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 74 c Abs. 2 HGB, die in einem parallel gelagerten Fall der Anrechnung anderweitigen Verdienstes eine Auskunftspflicht über die Höhe des anrechenbaren Verdienstes vorsieht. Den Arbeitgeber trifft im

Rahmen der §§ 615 Satz 2 BGB, 11 KSchG die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und in welcher Höhe anrechenbare Bezüge den Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortzahlung seiner Vergütung während der Zeit des Annahmeverzuges mindern. Diese Belastung mit der Darlegungs- und Beweislast ist nur tragbar, wenn den Arbeitnehmer eine Auskunftspflicht zumindest über die Höhe seines anderweitigen Verdienstes trifft. Der Arbeitgeber mag zwar noch darlegen und beweisen können, dass der Arbeitnehmer überhaupt anderweitigen Verdienst hatte; es wird ihm aber regelmäßig die Höhe des anderweitigen Erwerbs ohne Einleitung aufwendiger Überwachungsaktionen unbekannt sein. Andererseits kann der Arbeitnehmer über die Höhe seines Zwischenverdienstes verhältnismäßig einfach Auskunft erteilen.

bb) Wenn der Arbeitnehmer die Auskunft nicht oder nicht ausreichend erteilt hat, kann der Arbeitgeber die Zahlung solange verweigern, bis er die Auskunft erhält (BAG 29. Juli 1993 – 2 AZR 110/93 (Rn.28), BAG 74, 28; BAG 19. Juli 1978 - 5 AZR 748/77, AP Nr. 16 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; zu III 4 der Gründe). Die Zahlungsklage ist in einem derartigen Fall als zur Zeit unbegründet abzuweisen. Ein Leistungsverweigerungsrecht hat der Arbeitgeber allerdings nur, soweit von einer Nichterfüllung der Auskunftspflicht auszugehen ist. Ist die erteilte Auskunft lediglich in einzelnen Punkten unvollständig, so kommt nur eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Ableistung einer eidesstattlichen Versicherung in Betracht.

cc) Die Klägerin hat in der Güteverhandlung vorgetragen ab November 2017 anderweitig im Umfang von 450 Euro monatlich in der Frühschicht gearbeitet zu haben. Dies ergibt sich aus dem Protokoll vom 16.01.2018 und aus der Verfügung vom 26.01.2018 Ziffer 10 und zugleich aus dem gerichtlichen Vergleichsvorschlag (vgl. Blatt 39 und 40 der Akte). Mit Schriftsatz vom 03. April 2018 präzisiert die Klägerin den Vortrag indem sie darlegt bei dem Freiburger Pflegedienst im Frühdienst von 7.00/7.30 Uhr bis 10.00 Uhr gearbeitet zu haben, ausnahmsweise einmal im Spätdienst (vgl. Blatt 126 und 127 der Akte). Das ist hinreichend und erfüllt den Auskunftsanspruch des Beklagten. Die Art der Tätigkeit, deren Lage und Umfang sowie die Höhe der Vergütung und der Arbeitgeber sind benannt.

e) Eine Anrechnung nach § 615 Satz 2 BGB, wie der Beklagte dies fordert, ist tatbestandlich nicht gegeben, weil die anderweitige Arbeitsleistung nicht kausal durch den Entfall der Arbeitsleistung bei dem Beklagten frei wurde und die anderweitige Tätigkeit auch während der Tätigkeit für den Beklagten ausgeübt hätte werden können. § 8 SGB IV spielt hierbei als rein sozialversicherungsrechtliche Norm keine Rolle.

aa) Der anderweitige Verdienst, den die Klägerin während des Anrechnungszeitraums erzielt hat, ist nicht pro-rata-temporis, sondern auf die Gesamtvergütung für die Dauer des (beendeten) Annahmeverzugs anzurechnen (vgl. BAG 16. Mai 2012 – 5 AZR 251/11 (Rn.29), NZA 2012, 971). Zum Zwecke der dafür erforderlichen Vergleichsberechnung (Gesamtberechnung) ist zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln. Dieser Gesamtvergütung ist das gegenüberzustellen, was die Arbeitnehmerin in der betreffenden Zeit anderweitig verdient hat (BAG 12. Dezember 2006 – 1 AZR 96/06 (Rn. 33), BAGE 120, 308; BAG 22. November 2005 – 1 AZR 407/04 (Rn. 22), BAGE 116, 246; BAG 19. Februar 1997 – 5 AZR 379/94, zu 2 der Gründe, jeweils mwN.). Aufgrund der im Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime bestimmen die Parteien mit ihren Anträgen und Einwendungen den der Gesamtberechnung zugrunde zu legenden Zeitraum.

bb) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich der Arbeitnehmer aber nicht jeden im Verzugszeitraum erzielten Verdienst anrechnen lassen muss (BAG 6. September 1990 – 2 AZR 165/90, Rn. 34, juris mwN.). Bereits das Reichsgericht hat (vgl. RG 12. Juli 1904, RGZ 58, 402, 404) ausgeführt, anrechnungspflichtig sei nur derjenige Verdienst, den der Dienstpflichtige durch anderweitige Verwendung desjenigen Teils seiner Arbeitskraft erwerbe, welche er dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. Dem ist das Bundesarbeitsgericht (vgl. BAG 1. März 1958, AP Nr. 1 zu § 9 KSchG) zu anderweitigem Einkommen durch Überstunden gefolgt.

Weitergehend hat das BAG (BAG 16. Mai 1969, AP Nr. 23 zu § 133 f. GewO, zu III 2 a der Gründe) zur Anrechnung nach § 74 c Abs. 1 HGB entschieden, Nebeneinnahmen, die zusätzlich zum Verdienst aus dem hauptberuflichen Arbeitsverhältnis erzielt würden, blieben bei der Anrechnung außer Betracht, weil sie nicht mit dem Freiwerden der Arbeitskraft zusammenhingen. Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht im Folgenden fortgeführt (vgl. BAG 14. August 1974, aaO.; BAG 6. September 1990 – 2 AZR 165/90, Rn. 35, juris mwN)

fortgeführt. Danach bleibt während der Dauer des Annahmeverzuges ein Nebenverdienst insoweit unberücksichtigt, wie er auch bei Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten möglich gewesen wäre. Wird der Verdienst durch Arbeitsleistungen in der eigentlich freien Zeit erzielt, so unterliegt er nicht der Anrechnung.

cc) Danach gilt: Sowohl das Volumen der Tätigkeit als auch deren Lage lässt eine Anrechnung nicht zu.

(1) Das Volumen der anderweitigen Tätigkeit steht einer Anrechnung entgegen. Die Klägerin war bei dem Beklagten im Umfang von ca. 9 Stunden pro Woche tätig. Dies steht einer anderweitigen Tätigkeit von weiteren 9 Stunden pro Woche nicht entgegen.

(2) Auch die Lage der Arbeitszeit führt nach dem derzeitigen Vortrag nicht zur Anrechnung nach § 615 Satz 2 BGB. Die weit überwiegende Zeit, war die Klägerin im „Spätdienst 1“ ab 16.00 Uhr bis 21.00 Uhr im Umfang von fünf Stunden tätig (vgl. die Dienstpläne Blatt 123 bis 132 der Akte). Eine Tätigkeit in der Zeit von 21 bis 16 Uhr, beispielsweise im Frühdienst oder im Nachtdienst, wird daher nicht ursächlich durch den Entfall der Tätigkeit bei dem Beklagten frei. Sie ist schon aus Kausalitätsgesichtspunkten nicht anrechenbar.

(3) Die weitere ausgeübte Tätigkeit wäre im Übrigen – arbeitszeitrechtlich - auch während der Tätigkeit für den Beklagten – von Konkurrenzfragen abgesehen, auf die es rechtlich für die Anrechnung als Vermögensausgleichung nicht ankommt – möglich gewesen.

(4) Selbst soweit die Klägerin an einzelnen Tagen im Frühdienst für den Beklagten tätig war, steht dies der Anrechnung nicht entgegen, wenn die anderweitige Tätigkeit an anderen Tagen ausgeübt würde. Zuletzt hat der Beklagte keine Dienstplanung mehr vorgenommen. Er kann sich deshalb bei einer Teilzeitkraft, die zuletzt überwiegend im Spätdienst 1 tätig war, nicht hypothetisch darauf berufen, sie jederzeit im Wege des Direktionsrechts anderweitig und damit auch im Frühdienst eingesetzt haben zu können.

f) Zuletzt steht die Ausschlussfrist nicht entgegen. Sie ist unwirksam. Die Ausschlussfrist nach § 17 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 ist aus zwei Gründen nichtig.

- aa) Erstens ist sie zu kurz bemessen, nach der Rechtsprechung des BAG muss eine arbeitsvertragliche Ausschlussfrist mindestens drei Monate Verfallfrist umfassen (zur ersten Stufe: BAG 28. September 2005 – 5 AZR 52/05 (Leitsatz), BAGE 116, 66; zur zweiten Stufe: BAG 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 (Leitsatz), BAGE 115, 19; zur prozessualen Geltendmachung: BAG 26. April 2006 – 5 AZR 403/05, BAGE 118, 60).
- bb) Zweitens nimmt sie die Ansprüche auf den Pflegemindestlohn nach der § 2 PflegeVVO iVm. § 9 Satz 3, § 13 AEntG nicht von der Ausschlussfrist aus und verstößt daher gegen ein gesetzliches Verbot mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach § 134 BGB (vgl. BAG 24. August 2016 – 5 AZR 703/15 (Leitsatz und Rn. 17), NZA 2016, 1539; Anmerkung ZAT 2016, Gundel/Sartorius, ZAP 2017, 685ff.).
4. Der Klägerin steht auch der Anspruch auf Zahlung von 40,13 Stunden á 12 Euro brutto je Stunde, daher im Wert von 481,56 Euro brutto gegen den Beklagten zur Seite. Der Anspruch stützt sich erstens auf § 611 BGB, Auszahlung des Arbeitszeitkontos. Hilfsweise stützt sich der Anspruch auf § 612 BGB Überstundenvergütung. Hinsichtlich des übersteigenden Betrages von 40,13 Euro brutto ist die Klage abzuweisen.
- a) Die Parteien haben in § 7 eine monatlich durchschnittliche Arbeitszeit vereinbart, die in einem Ausgleichszeitraum von einem halben Jahr eingehalten werden muss. Das ist die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos.
- Diese Auslegung wird bestärkt durch die verbindliche Weisung der Arbeitseinsätze per Einsatzplan, § 7 Abs. 3 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014, durch die unbegrenzte zeitliche Weisung § 7 Abs. 2 und die Abrufarbeit nach den Erfordernissen des Arbeitgebers § 7 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014.
- Dem entspricht auch die tatsächliche Handhabung. Vergütungsabrechnung unter Saldierung der Stunden bis auf das „Hundertstel“ hinter dem Komma genau, spricht für ein Arbeitszeitkonto, weshalb die Klägerin allein gearbeitete Stunden aus dem Zeitkonto geltend macht und sich der Anspruch auf § 611 BGB stützt (zu den Anforderungen: BAG 13. März 2002 – 5 AZR 43/01 (Leitsatz und Rn.11), DB 2002, 2383; LAG Rheinland-Pfalz 25. November 2014 – 6 Sa 310/14, juris). Umfang und Höhe der Vergütung ergeben sich aus der vertraglichen Vereinbarung und den nach § 7 Abs.3 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 bindenden Einsatzplänen des Beklagten. Warum diese

falsch sein sollen, wo doch gerade arbeitsvertraglich deren Bindung angeordnet ist, trägt der Beklagte nicht vor. Der Einsatzplan September 2017 weist einen Stundensaldo von 40,13 Stunden auf. Die Vergütungsabrechnung 12 Euro als Stundenlohn 1. In dieser Höhe ist der Anspruch begründet.

b) Hilfsweise besteht der Anspruch selbst unter den Aspekt der Überstunden. Ist im Arbeitsvertrag die Vergütung von Überstunden weder positiv noch negativ geregelt, kommt als Anspruchsgrundlage dafür nur § 612 Abs. 1 BGB in Betracht. Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (vgl. BAG, Urteil vom 27. Juni 2012 – 5 AZR 530/11(Rn.18), NZA 2012, 1147). Diese Vergütungserwartung ist im Streitfall gegeben.

c) Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es nicht. Die Vergütungserwartung ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche - objektive - Vergütungserwartung wird deshalb in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein (BAG 17. August 2011 - 5 AZR 406/10 (Rn. 20 mwN.), EzA BGB 2002 § 612 Nr. 10; BAG, Urteil vom 27. Juni 2012 – 5 AZR 530/11(Rn.18), NZA 2012, 1147). Sie wird nach der Rechtsprechung des BAG in drei entschiedenen Fallkonstellationen fehlen, wenn:

arbeitszeitbezogen und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind (BAG 21. September 2011 - 5 AZR 629/10 - Rn. 32, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 11),

Dienste höherer Art geschuldet sind (BAG 17. August 2011 - 5 AZR 406/10 - Rn. 21, aaO) oder insgesamt eine deutlich herausgehobene, die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitende Vergütung gezahlt wird (BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 765/10 (Rn. 21), juris).

Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt.

- d) Danach gilt: Mit dem Vortrag der Klägerin lässt sich eine Vergütungserwartung nicht verneinen.
- (1) Zunächst ist keine der durch das Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fallgruppen gegeben.
 - (2) Sodann arbeitet die Klägerin nach der Arbeitszuweisung durch den Beklagten, wie die vorgelegten Stundennachweise/Arbeitsnachweise belegen.
 - (3) Eine Pflegekraft, die nicht nur caritativ tätig wird, kann nach der Verkehrssitte eine Vergütung für jede geleistete Tätigkeit erwarten.
 - (4) Umgekehrt kann der Beklagte eine Tätigkeit der Klägerin als Pflegekraft nur gegen Vergütungszahlung erwarten.
 - (5) Diese Erwartung hat sich in der praktischen Handhabung der Parteien niedergeschlagen. Der Beklagte hat akribisch die gearbeiteten Stunden erfasst und saldiert. Die Klägerin erhielt eine stetige Vergütung in Höhe von 450 Euro monatlich. Eine Pauschalvergütung war nicht vereinbart. Vielmehr wollten beide Parteien eine sozialversicherungsrechtlich geringfügige Tätigkeit iSd. § 8 SGB IV herbeiführen, unabhängig von der tatsächlichen monatlichen Arbeitsleistung. Auch das akribische Verfahren des Saldierens der Ist- und Sollstunden spricht eindeutig für eine sog Spitzabrechnung und gegen eine Pauschalierung.
 - (6) Auch das Auslegungsindiz des gesetzeskonformen Verhaltens, spricht für eine Vergütungserwartung: Im Monat August 2017 hat die Klägerin ausweislich der Arbeitsnachweise 53,50 Stunden, im Monat März 2017 52,50 Stunden gearbeitet. Bei einer Pauschalvergütung von 450 Euro läge darin ein Verstoß gegen das AEntG iVm. § 2 PflegeArbbV (im August: $53,50 \times 10,20 \text{ Euro} = 545,70 \text{ Euro}$ brutto; im März: $535,50 \text{ Euro}$ brutto), der eine Ordnungswidrigkeit darstellte. Entweder ist der Beklagte „hart gesotten“ oder – wovon die Kammer ausgeht – wollen die Parteien idealtypisch eine gesetzeskonforme Lösung, mithin vorliegend die Vergütung der durch Dienstplan zugewiesenen, nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehend gearbeiteten, monatlich saldierten und genau, mit zwei Stellen hinter dem Komma – bis auf das „Hundertstel“ – akribisch erfassten Stunden.
- e) Die Höhe der geschuldeten Vergütung muss nach der gesetzlichen Mindestlohnregelung des § 2 PflegeArbbV iVm. § 9 Satz 3, § 13 AEntG mindestens 10,20 Euro brutto je Stunde bis Oktober 2017 betragen.
- Die Klägerin entnimmt die Höhe der Vergütung aus der Abrechnung des Beklagten, die dieser selbst erstellte. Dort gibt der Beklagte 12 Euro je Stunde unter der Rubrik „Hinweise zur Abrechnung“ als „Stundenlohn 1“ an (vgl. Blatt 121 und 122 der Akte). Wenn

sich der Beklagte nun gegen seine eigene Abrechnung wendet, muss er vortragen, warum diese falsch sein soll. Einen derartigen Vortrag ist der Beklagte jedoch schuldig geblieben. Die Kammer geht daher von den nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehenden 12 Euro brutto je Stunde aus. Dies entspräche auch ungefähr der Division der 450 Euro durch die in den Stunden nachweisen angegebenen Sollstundenzahl (11,85 Euro brutto). Im Arbeitsvertrag ist eine Sollstundenzahl nicht enthalten. Ebenso entspräche diese Vergütung der Vergütung einer Pflegekraft auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, mithin der Üblichkeit nach § 612 BGB.

- f) Die Ausschlussfrist nach § 17 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 steht nicht entgegen, sie ist aus zwei Gründen nichtig. Auf die obigen Ausführungen und die Rechtsprechung des BAG wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

5. Der Klägerin steht auch der Anspruch auf Sonntagszuschläge in Höhe von 47,5 Stunden zu je 1,28 Euro, daher 60,80 Euro brutto gegen den Beklagten aus § 611 BGB iVm. § 7 Abs. 4 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 zur Seite. Der Anspruch ist nach dem Grund unstreitig, nach der Höhe jedenfalls als nach § 138 Abs. 3 ZPO unstreitig anzusehen.

- a) Der Anspruch folgt aus der unstreitigen arbeitsvertraglichen Vereinbarung. Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 schuldet der Beklagte 1,28 Euro brutto Zuschlag für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit.

- b) Der Umfang des Anspruches mit 47,5 Stunden ist nach § 138 Abs. 3 ZPO unstreitig. Die Klägerin stützt den Anspruch auf die Dienstpläne des Beklagten, die nach § 7 Abs. 3 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 verbindliche Weisungen darstellen. Die Klägerin konnte ohne vertragsbrüchig zu werden nicht abweichen. Es wäre nun an dem Beklagten gewesen darzulegen, dass oder wann die Klägerin abweichend von der verbindlichen Weisung nicht gearbeitet hat. Dies stand auch in der Kenntnis des Beklagten. Wäre ein pflegebedürftiger am Abend nicht gepflegt worden, hätte es der Beklagte mit Sicherheit erfahren. Hierzu ist ein Vortrag des Beklagten nicht ansatzweise zu erkennen. Auch warum die Einsatzpläne falsch sein sollen, hat der Beklagte nicht vorgetragen.

- c) Der Beklagte hat ausschließlich die Grundvergütung bezahlt. Die vertragliche Abrede sieht jedoch eine zusätzliche Zahlung vor. Die vorgelegten Abrechnungen belegen ei-

nen Zuschlag nicht. Zur Erfüllung der Zuschläge hat der Beklagte nicht substantiiert vorgetragen.

- d) Die Ausschlussfrist nach § 17 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014 steht nicht entgegen, sie ist aus zwei Gründen nichtig. Auf die obigen Ausführungen und die Rechtsprechung des BAG wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.
6. Der Zinsanspruch folgt aus dem Gesichtspunkt des Verzuges nach § 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB.
- a) Die Verzinsung beginnt mit der Fälligkeit der Vergütung nach § 9 Ziffer 2 des Arbeitsvertrages vom 1. Juli 2014. Mithin ab dem 15. des Folgemonats. Der jeweils übersteigende Umfang (Antrag zu 1, zu 3 und zu 6) unterliegt der Klagabweisung.
 - b) Die Mehrarbeitsvergütung Stand September 2017 (Antrag zu 2) und die Zuschläge sind entsprechend dem Begehren (ne ultra petita) ab dem 31.10.2017 zu verzinsen. Im Übrigen waren die übersteigenden Verzugszinsforderungen abzuweisen.
7. Ein Anspruch auf Verzugspauschale iHv. 40 Euro je Abrechnungszeitraum besteht nach der Rechtsprechung des BAG nicht. Die 3. Kammer nimmt auf die Begründung des BAG Bezug. Danach schließt § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern auch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch für bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz entstandene Beibehaltungskosten und damit insoweit auch einen Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB aus (vgl. BAG 25. September 2018 – 8 AZR 26/18, 8 AZR 27/18 und 70/18, jeweils bundesarbeitsgericht.de; entgegen: LAG Köln 22. November 2016 12 Sa 524/16; LAG Baden-Württemberg 13. Oktober 2016 - 3 Sa 34/16; vgl. auch: Gundel/Sartorius, ZAP, Fach 17R 2017, 872).
8. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 2 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG. Die beklagte Partei hat, als weit überwiegend unterliegende Partei, die gesamten Prozesskosten zu tragen. Die Befristungskontrollklage löst keine gesonderten Kosten aus, sie geht zum einen in den bezifferten Klageträge auf, andererseits in der allgemeinen Feststellungsklage. Die Zuvielforderung in Höhe von 40,13 Euro war verhältnismäßig geringfügig und veranlasste jedenfalls keine oder nur geringfügig höhere Kosten. Zinsen erhöhen den Streitwert nicht.

9. Der Streitwert für die Beschwerdesumme war aufgrund § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen. Er bestimmt sich nach der Summe der bezifferten Klaganträge iHv. 2.382,49 Euro nach § 3 ZPO.
10. Die Berufung ist nach § 64 Abs. 2 b und c ArbGG für den Beklagten und die Klägerin statthaft. Eine gesonderte Zulassung der Berufung war nicht veranlasst. Die Voraussetzungen des § 64 Abs. 3 ArbGG sind nicht gegeben.

Rechtsmittelbelehrung

1. Gegen dieses Urteil können d. Parteien Berufung einlegen.

Wird das Urteil nicht in dem Umfang angefochten, in dem die Parteien unterlegen sind, hängt die Zulässigkeit der Berufung davon ab, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt oder der Beschwerdegegenstand das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses betrifft.

Die Einlegung der Berufung hat binnen eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder mittels elektronischen Dokuments nach § 46c ArbGG beim Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Freiburg -, Habsburgerstr. 103, 79104 Freiburg i. Br. zu erfolgen. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten. Die Berufungsschrift kann auch als elektronisches Dokument eingereicht werden. Eine Einreichung per gewöhnlicher E-Mail ist nicht zulässig. Wie Sie ein elektronisches Dokument bei Gericht einreichen können, wird unter www.ejustice-bw.de beschrieben.

Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Landesarbeitsgericht zu begründen.

Der Berufungskläger muss sich vor dem Landesarbeitsgericht durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen Berufungs- und eine eventuelle Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet oder bei Einreichung mittels elektronischen Dokuments nach § 46c ArbGG autorisiert sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden. Die Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts bittet, Schriftsätze in fünffacher Fertigung einzureichen. Dies gilt nicht bei Einreichung der Schriftsätze als elektronisches Dokument gemäß § 46c ArbGG.

D. Vorsitzende:
Gundel



Beglaubigt
Freiburg, den 12.03.2019

Urkundsbeamtin/er der Geschäftsstelle

Dieses Schreiben wurde maschinell
erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Justiz nach Artikel 13 und Artikel 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung finden sich auf der Internetseite des Gerichts unter dem Menüpunkt "Service" / "Informationen zum Datenschutz in der Justiz". Auf Wunsch übersenden wir diese Informationen auch an Verfahrensbeteiligte in Papierform.