ArbG München, Teilurteil v. 05.09.2023 – 5 Ca 3538/22

Titel:

Schadensersatz, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsleistung, Annahmeverzug, Arbeitsvertrag, Zinsen, Arbeit, Auskunft, Ermessen, Auskunftsanspruch, Feststellungsinteresse, rechtliches Interesse, wichtiger Grund, Treu und Glauben, Kündigungsschutz, Arbeitsverweigerung, Direktionsrecht, Weiterbeschäftigung, Entschädigungsanspruch

Schlagworte:

Schadensersatz, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsleistung, Annahmeverzug, Arbeitsvertrag, Zinsen, Arbeit, Auskunft, Ermessen, Auskunftsanspruch, Feststellungsinteresse, rechtliches Interesse, wichtiger Grund, Treu und Glauben, Kündigungsschutz, Arbeitsverweigerung, Direktionsrecht, Weiterbeschäftigung, Entschädigungsanspruch

Rechtsmittelinstanzen:

ArbG München, Beschluss vom 05.02.2024 – 5 Ca 3538/22

LArbG München, Beschluss vom 08.04.2024 – 11 Ta 37/24

LArbG München, Teilversäumnisurteil vom 16.04.2025 – 11 Sa 456/23

LArbG München, Versäumnis- und Schlussurteil vom 04.06.2025 – 11 Sa 456/23

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.04.2022 nicht mit sofortiger Wirkung aufgelöst wurde.

2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12.04.2022 aufgelöst wurde.

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Kellner/Barmann weiter zu beschäftigen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen über

- personenbezogene Daten, die Gegenstand der Verarbeitung bei der Beklagten sind,

- die Verarbeitungszwecke;

- die Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden;

- die Empfänger, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind

- die geplante Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden, oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer;

- wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden, alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten; Im Übrigen wird der Auskunftsanspruch abgewiesen.

5. Im Übrigen werden die Klageanträge – mit Ausnahme der Stufenanträge 2 und 3 aus Antrag 5.1 – abgewiesen.

6. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

7. Der Streitwert wird auf Euro 80.613,00 festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Frage der Beendigung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses und Zahlungsansprüche des Klägers. Daneben macht der Kläger seine Weiterbeschäftigung sowie Feststellungs- und Auskunftsansprüche nebst Urlaubserteilung geltend.

2
Der 1998 geborene Kläger war bei der Beklagten, die eine Gaststätte in A-Stadt betreibt, seit Oktober 2018 beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Ausweislich zweier vom Kläger vorgelegter Personalbögen, datiert auf den 05.06.2021, war er als „Aushilfe“ mit einem Beschäftigtenstatus „Student (familienversichert) bis 450 €“ und einer „Hauptbeschäftigung: Kellner/Bar“ tätig (Anl. K1, Bl. 3/4 der Akte). Die Beklagte beschäftigt in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer iSv § 23 KSchG.

3
Der Kläger war im Zeitraum 23.03.3022 bis 01.04.2022 arbeitsunfähig erkrankt (Anl. K14, Bl. 394 der Akte).

4
Mit Schreiben vom 05.04.2022 forderte die Beklagte den Kläger auf, im Betrieb zu erscheinen und seiner Tätigkeit vertragsgerecht nachzugehen (Anlage K 16, Bl. 396 der Akte). Im Schreiben teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie Aushilfstätigkeiten in der Bar und/oder in der Küche als gleichwertig ansehe, sodass die Anweisung (auch) in der Küche zu arbeiten jedenfalls vom Direktionsrecht gedeckt sei. Mit Schreiben vom 09.04.2022 (Anl. K4, Bl. 7 der Akte) forderte der Kläger die Beklagte auf, Gehälter für den Zeitraum 15.10.2021 bis 31.03.2022 in Höhe von insgesamt Euro 4.665,20 nachzuzahlen, andernfalls werde er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen und nicht mehr am Arbeitsplatz erscheinen.

5
Mit Schreiben vom 12.04.2022 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich (Anl. K3, Bl. 6 der Akte).

6
Mit seiner am 20.04.2022 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 28.04.2022 zugestellten Klage macht der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend und verlangt mit Klageerweiterung für den Fall des Obsiegens seine Weiterbeschäftigung. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe er sein Zurückbehaltungsrecht wirksam ausgeübt. Die Kündigung sei zudem nichtig, da sie im Zusammenhang mit den Ereignissen im Rahmen einer Betriebsversammlung im Juli 2021 stehe. Aufgrund der unwirksamen streitgegenständlichen Kündigung habe sich die Beklagte schadensersatzpflichtig gemacht. Sie habe ihre arbeitsvertragliche Leistungstreuepflicht verletzt. Der materielle Schaden umfasse den Verdienstausfall. Als zusätzlichen Verzugsschaden müsse die Beklagte auch den Steuerschaden ersetzen, der durch eine verspätete Zahlung eintrete. Er habe noch keinen Steuerbescheid erhalten, daher sei ein Feststellungsantrag zulässig. Darüber hinaus sieht der Kläger im schriftsätzlichen Vorbringen der Beklagten zur Verhältnismäßigkeit der Kündigung, er sei noch jung und habe keine Kinder, eine Altersdiskriminierung. Die Beklagte habe daher immateriellen Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 2 AGBG zu leisten. Er sei auch nicht verpflichtet, Küchentätigkeiten auszuüben. Laut Personalbogen sei eine Beschäftigung in der Bar und im Service vereinbart, er sei mit diesen Tätigkeiten weiter zu beschäftigen. Mit Klageerweiterung vom 31.12.2022 sowie 21.06.2023 verlangt der Kläger weitere Vergütung für 2019, 2020 und 2021. Er behauptet, die Betriebsleiterin der Beklagten habe ihm auf Grundlage eines von ihr organisierten Dienstplanes wechselnde Schichten zugewiesen. Die Frühschicht habe tatsächlich nicht um 9:00 Uhr, sondern schon bereits um 8:30 Uhr begonnen, bei den übrigen Schichten sei Anwesenheitspflicht eine Viertelstunde vor Schichtbeginn gewesen. Anwesenheitspflicht eine Viertelstunde vor dem abgerechneten Arbeitsbeginn bedeutete auch, in den Geschäftsräumen angekleidet und arbeitsbereit zu sein. Für das Umkleiden – mit Ausnahme der regulären Frühschicht – seien zusätzlich 3 Minuten erforderlich gewesen. Drei Minuten Umkleidezeit komme auch zum Ende jeder Schicht hinzu. Bei Spätschichten seien nach Ladenschluss um 1:00 Uhr noch weitere Arbeiten angefallen, jedoch nicht vergütet worden. Ruhepausen seien aufgrund des schwankenden Gästeaufkommens nicht gewährt, insbesondere auch nicht im Vorhinein vereinbart worden. Die zusätzlich geleisteten Zeiten seien zu vergüten, auch angefallene Zuschläge müsse die Beklagte zahlen. Entgegen dem von den Parteien vereinbarten Abrufarbeitsverhältnis habe ihn die Beklagte monatelang gar nicht oder nicht im gesetzlich vorgesehenen Umfang zur Arbeit herangezogen. Sie schulde daher Annahmeverzug für die Jahre 2020 und 2021. Darüber hinaus sei er in die WhatsApp Gruppe der Beschäftigten der Beklagten aufzunehmen. Sämtliche im Service beschäftigten Arbeitnehmer seien in dieser Gruppe aufgeführt. Die Gruppe werde als digitales schwarzes Brett benutzt. Bei Fortbestand

des Arbeitsverhältnisses habe die Beklagte Urlaub von insgesamt 53 Urlaubstagen zusammenhängend zu gewähren. Er habe in der Vergangenheit keinen Urlaub eingebracht und sei zu keinem Zeitpunkt darauf hingewiesen worden, dass ihm Urlaubsansprüche zustünden und diese verfielen.

7
Die Beklagte habe trotz seiner Anfrage den Auskunftsanspruch gemäß Art. 15 DSG VO nicht erfüllt.

8
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageschrift vom 20.04.2022, den Schriftsatz vom 31.12.2022, 21.04.2023, 21.06.2023 sowie 27.07.2023 Bezug genommen.

9
Der Kläger beantragt zuletzt,

1. festzustellen,

1.1. dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die von der Beklagten ausgesprochene außerordentliche (fristlose) Kündigung vom 12. April 2022, noch durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum 15. Mai 2022 aufgelöst wurde,

1.2. die Beklagte für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1.1. zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Barmann oder Kellner weiterzubeschäftigen,

2. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für den Monat

2.1. Januar 2019 238,48 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Februar 2019,

2.2. Februar 2019 16,91 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. März 2019,

2.3. März 2019 592,31 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. April 2019,

2.4. April 2019 617,77 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. Mai 2019,

2.5. Mai 2019 1.203,09 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 3. Juni 2019,

2.6. Juni 2019 1.193,17 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juli 2019,

2.7. Juli 2019 1.318,11 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. August 2019,

2.8. August 2019 1.346,14 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. September 2019,

2.9. September 2019 100,57 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Oktober 2019,

2.10. Oktober 2019 742,55 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 4. November 2019,

2.11. November 2019 399,91 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. Dezember 2019,

2.12. Dezember 2019 170,33 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. Januar 2020,

2.13. Januar 2020 140,89 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 3. Februar 2020,

2.14. Februar 2020 273,10 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. März 2020,

2.15. März 2020 264,33 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. April 2020,

2.16. Mai 2020 89,20 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. Juni 2020,

2.17. Juni 2020 17,20 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juli 2020,

2.18. Juli 2020 244,41 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 3. August 2020,

2.19. August 2020 819,74 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. September 2020,

2.20. September 2020 273,26 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Oktober 2020,

2.21. Oktober 2020 59,52 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. November 2020,

2.22. Juni 2021 97,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juli 2021,

2.23. Juli 2021 40,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2. August 2021,

2.24. August 2021 365,70 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. September 2021 zu zahlen.

3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für das Kalenderjahr

3.1. 2020 10.317,04 Euro brutto aus Annahmeverzug nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn,

3.2. 2021 15.220,54 Euro brutto aus Annahmeverzug nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn, sowie für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1.1. für das Kalenderjahr

3.3. 2022 35.055,92 Euro brutto als materiellen Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn zu zahlen,

4. festzustellen,

4.1. dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Steuerschaden zu ersetzen, der durch die verspätete Leistung der mit dem Zahlungsantrag zu 3.3. gewährten Beträgen entsteht, inklusive der Besteuerungen, die sich aus diesem Schadensersatz in den Folgejahren ergeben werden,

4.2. dass die Kündigungen der Beklagten vom 12. April 2022, zugestellt am 16. April 2022, der vorsätzlich unerlaubten Handlung entsprechen,

5. die Beklagte zu verurteilen,

5.1. dem Kläger über die auf ihn personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung durch die Beklagte wurden, deren Kategorien und Verarbeitungszwecke, die geplante Dauer, für die diese gespeichert werden sowie die dem zugrundeliegenden Kriterien, die konkreten Empfänger, gegenüber denen diese offengelegt worden sind sowie die Art und Weise, wie sie diesen offengelegt wurden, alle verfügbaren Informationen über deren Herkunft Auskunft zu erteilen, ihre nach bestem Wissen erfolgte Vollständigkeit und Richtigkeit zu Protokoll des Gerichts an Eides statt zu versichern und dem Kläger einen Papierausdruck der dieser Auskunft zugrundeliegenden Daten zur Verfügung zu stellen,

5.2. dem Kläger eine Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, 5.000 Euro jedoch nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten seit Verzugsbeginn zu zahlen,

5.3. den Kläger der von der Beklagten am 5. November 2013 erstellten WhatsAppGruppe „Bar dienstplan“ sowie der von der Beklagten am 26. Juli 2014 erstellten WhatsApp-Gruppe „Dienstplan“, die am 1. Februar 2023 zu „A. Service“ umbenannt wurde, wieder hinzuzufügen,

6. die Beklagte für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1.1. zu verurteilen,

6.1. den Kläger auf 21 zusammenhängende Wochen verteilt an 53 Tagen von der Arbeitspflicht zu befreien,

6.2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger unter der auflösenden Bedingung seines Beschäftigungsverhältnisses seine Barkaution in Höhe von 95,00 Euro Zug-um-Zug gegen Rückgabe seiner 3 Arbeitsschürzen, 2 TShirts und 1 Zip-Jacke zu erstatten,

7. die Beklagte für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1.1. zu verurteilen, dem Kläger

7.1. ein Urlaubsentgelt in Höhe von 4.656,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über Basiszinssatz ab Verzugsbeginn auszuzahlen,

7.2. seine Barkaution in Höhe von 95 Euro Zug-um-Zug gegen Rückgabe seiner 3 Arbeitsschürzen, 2 T-Shirts und 1 Zip-Jacke auszuzahlen.

10
Die Beklagte beantragt,

Die Klage abzuweisen.

11
Sie behauptet im Wesentlichen, der Kläger sei als Aushilfe in Teilzeit geringfügig beschäftigt worden. Zwischen den Parteien sei gerade vereinbart gewesen, dass das monatliche Arbeitsentgelt des Klägers regelmäßig nicht Euro 450,00 übersteigen sollte, wie aus dem Personalbogen vom 05.06.2021 zu entnehmen sei. Zwischen den Parteien sei keine Arbeit auf Abruf vereinbart gewesen. Der Kläger habe nur dann für die Beklagte gearbeitet, soweit dies mit seinem Studium und anderen Terminen vereinbar gewesen sei. Jeder Arbeitseinsatz des Klägers sei zwischen den Parteien vereinbart worden. Grund für die außerordentliche Kündigung vom 12.04.2022 sei gewesen, dass der Kläger der Arbeit am 29.03.2022 und am 11.04.2022 unentschuldigt ferngeblieben sei und ab 09.04.2022 beharrlich seine Arbeit unberechtigt verweigert habe. Ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Die Beklagte meint, sie sei im Rahmen ihres Direktionsrechts berechtigt, den Kläger auch in der Küche zu beschäftigen.

12
Dass Küchentätigkeiten gegenüber den Tätigkeiten an der Bar als niedriger im Sozialbild anzusehen seien, sei unzutreffend. Der Entgelttarifvertrag für das Gaststättengewerbe zeige vielmehr, dass Küchentätigkeiten mit Tätigkeiten an der Bar gleichwertig seien. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung weiterer Vergütung. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger an den von ihm genannten Tagen die behaupteten Stunden und Minuten zusätzlich gearbeitet hat. Den erfolgten Gehaltsabrechnungen lägen zu 100% die schriftlichen Aufzeichnungen des Klägers zugrunde. Den Antrag auf Erteilung von Auskunft gemäß Art. 15 DSGVO hält die Beklagte für unbestimmt. Hinsichtlich der weiteren Ausführungen wird auf die Schriftsätze vom 27.02.2023, 31.05.2023 sowie 08.08.2023 Bezug genommen.

13
Eine von der Beklagten mit Schriftsatz vom 23.06.2023 erhobene Widerklage haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt.

14
Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 3.08.2023 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

15
Die vorliegende Entscheidung erfasst nicht die zweite und dritte Stufe des zulässigen Stufenantrags Ziffer 5. Insoweit hatte lediglich ein Teilurteil zu ergehen. Über die Hilfsanträge Ziffer 7 war nicht zu entscheiden, die innerprozessuale Bedingung ist nicht eingetreten.

16
Die Klage ist – soweit über sie entschieden wurde – nur teilweise zulässig.

17
Den Anträgen auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger einen Steuerschaden zu ersetzen (Ziffer 4.1), sowie auf Feststellung, dass die Kündigung vom 12.04.2022 einer vorsätzlich unerlaubten Handlung entsprach (Ziffer 4.2) sowie dem Antrag auf Verpflichtung der Beklagten, unter bestimmten Voraussetzungen die Barkaution zurückzuzahlen (Ziffer 6.2), fehlt es am besonderen Feststellungsinteresse.

18
Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Das besondere Feststellungsinteresse ist nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann. Die Rechtskraft der Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen um denselben Fragenkomplex ausschließen (vgl. BAG 07.02.2019 – 6 AZR 84/18, juris). Ein Feststellungsinteresse liegt nicht vor, wenn nur einzelne Elemente eines Rechtsverhältnisses, abstrakte Rechtsfragen oder rechtliche Vorfragen zur Entscheidung des Gerichts gestellt werden. Durch eine Entscheidung hierüber wird kein Rechtsfrieden geschaffen (BAG 17.06.2014 – 3 AZR 412/13, juris).

19
Die vom Kläger erstrebte Feststellung in Ziffer 4.1 ist nicht geeignet, Rechtsfrieden zu schaffen. Es wird dadurch nicht geklärt, ob und ggf. in welcher Höhe ein Steuerschaden überhaupt entstanden ist. Der Kläger trägt selbst vor, dass er noch nicht einmal einen Steuerbescheid erhalten hat. Der Antrag 4.2 ist ebenso wie der Antrag 6.2 auf die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage gerichtet.

20
Der im Rahmen der Stufenklage in Ziffer 5.1 gestellte Auskunftsantrag ist entgegen der Auffassung der Beklagten zulässig, soweit der Antrag den Wortlaut von Art. 15 DSGVO wiedergibt. Angesichts der Besonderheit des unionsrechtlich determinierten Auskunftsanspruchs ist es zulässig, dass der Arbeitnehmer – soweit er vom Arbeitgeber noch keinerlei Auskünfte erhalten hat – einen am reinen Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 Halbs. 2 DSGVO orientierten Antrag ohne nähere Konkretisierung stellt. Soweit der Kläger in seiner Antragsformulierung über den reinen Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 Halbs. 2 DSGVO hinausgeht, ist sein Auskunftsantrag unzulässig, da unbestimmt. Das Auskunftsbegehren ist zulässigerweise im Rahmen einer Stufenklage (§ 254 ZPO) gestellt. Diese ist zunächst auf Erteilung einer Auskunft zu richten, welche Daten die Beklagte verarbeitet, auf der zweiten Stufe steht ggf. die Versicherung an Eides statt, dass die Auskunft zutreffend und vollständig ist, und schließlich kann die Überlassung einer Kopie der sich aus der Auskunft ergebenden personenbezogenen Daten verlangt werden (vgl. BAG 27.04.2021 – 2 AZR 342/20, BAGE 174, 351-357). Der noch iSv § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unbestimmte Antrag auf Erteilung einer Kopie ist zulässig und erst nach erteilter Auskunft vom Kläger zu konkretisieren.

II.

21
Die zulässige Klage ist – soweit über sie entschieden wurde – nur teilweise begründet. Die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung ist unwirksam. Auch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt. Der Kläger kann seine Weiterbeschäftigung wie beantragt verlangen. Der Auskunftsantrag im Wege der Stufenklage ist begründet. Im Übrigen war die Klage abzuweisen.

22
1. Die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung ist unwirksam.

23
a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der – ggf. fiktiven – Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (BAG 23. Oktober 2014 – 2 AZR 865/13, BAGE 149, 355).

24
Der kündigende Arbeitgeber ist darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, die einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB begründen sollen. Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen. Allerdings hat hierzu der Arbeitnehmer seinerseits nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert vorzutragen; er muss darlegen, warum sein Fehlen als „entschuldigt“ anzusehen sei. Nur die im Rahmen der insofern abgestuften Darlegungs- und Beweislast vom Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen hat der Arbeitgeber zu widerlegen (BAG 22. 10.2015 – 2 AZR 569/14, BAGE 153, 111125).

25
b) Soweit sich die Beklagte als Kündigungsgrund auf unentschuldigtes Fehlen des Klägers am 29.03.2022 beruft, ist dies nicht zutreffend. Die Beklagte hat den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht in Frage gestellt.

26
c) Die beharrliche Weigerung eines Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist „an sich“ geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm angewiesene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachdrücklich nicht leisten will. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Annahme, er handele rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (BAG 29. August 2013 – 2 AZR 273/12, juris).

27
Der Kläger hat ab 09.04.2022 die Arbeit beharrlich verweigert. Der Kläger kann sich nicht auf die Ausübung eines ihm zustehenden Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 Abs. 1 BGB berufen. Nach dieser Vorschrift darf der Schuldner, der aus dem gleichen Rechtsverhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat – sofern sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergibt –, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Dem Arbeitnehmer kann ein Recht zustehen, die Arbeitsleistung zurückzuhalten, wenn der Arbeitgeber seine aus dem Arbeitsverhältnis folgenden Haupt- oder Nebenpflichten schuldhaft nicht erfüllt. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts steht unter dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB und unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer unter Angabe des Grundes dem Arbeitgeber klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht mit Blick auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung wahrnehmen. Nur so wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, den möglichen Anspruch des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. zu erfüllen. Der Kläger hat im Schreiben vom 09.04.2022 gegenüber der Beklagten Annahmeverzugslohnansprüche für den Zeitraum 15.10.2021 bis 31.12.2021 sowie 01.01.2022 bis 31.03.2022 in Höhe von € 4.665,20 geltend gemacht. Dass ihm für diesen Zeitraum Lohnansprüche in geltend gemachter Höhe gemäß §§ 611a, 615 BGB überhaupt zustehen, hat er im Prozess nicht nachvollziehbar dargelegt und ist damit seiner Verpflichtung aus § 138 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen.

28
d) Dennoch erweist sich die streitgegenständliche fristlose Kündigung als unwirksam. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen führt dazu, dass der Beklagten die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten gewesen wäre. Der Kläger durfte zumindest eine Auseinandersetzung mit seiner Auffassung zu dem von ihm angenommenen und geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht erwarten. Er hätte daher vor Ausspruch einer Kündigung abgemahnt werden müssen. Eine Abmahnung stellt sich nicht im Hinblick

darauf als entbehrlich dar, dass die Beklagte in ihrer Arbeitsaufforderung vom 05.04.2022 darauf hingewiesen hat, sie bewerte eine mögliche Nichtaufnahme der Arbeit als Arbeitsverweigerung. Denn der Kläger hat sich auf ein aus seiner Sicht bestehendes Zurückbehaltungsrecht aus der nicht erfolgten Zahlung von Annahmeverzugsvergütung für einen früheren Zeitraum berufen und damit zu erkennen gegeben, dass sein Fernbleiben nicht im Zusammenhang mit der Arbeitsanweisung vom 05.04.2022 stand. Vor Ausspruch der Kündigung hätte es daher einer Klarstellung der Beklagten bedurft, dass sie auch bei Berücksichtigung des vom Kläger im Schreiben vom 09.04.2022 behaupteten Sachverhalts eine Pflichtverletzung als gegeben ansieht und ein weiteres Fernbleiben eine Kündigung zur Folge hat.

29
2. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ist rechtsunwirksam, da sie sozial ungerechtfertigt iSv § 1 Abs. 2 KSchG ist.

30
Das KSchG findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien unstreitig Anwendung. Auch eine ordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzt regelmäßig eine Abmahnung voraus. Dass diese im Streitfall nicht entbehrlich war, wurde unter 1 d) der Urteilsgründe dargelegt. Darauf wird Bezug genommen.

31
3. Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag als Kellner/Barmann zu beschäftigen (BAG, Großer Senat, Beschluss vom 27.02.1995, Az. GS 1/84, juris). Die streitgegenständliche Kündigung hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet. Überwiegende Interessen der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers sind nicht dargetan.

32
Der Kläger ist als Kellner/Barmann zu beschäftigen. Die im Personalbogen niedergelegte und in der Vergangenheit gelebte Praxis sieht zwar lediglich eine „Haupttätigkeit“ des Klägers mit den Aufgaben eines Kellners/Barmanns vor, so dass für die Beklagte grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet ist, über ihr Direktionsrecht nach § 106 Satz 1 GewO dem Kläger auch andere gleichwertige und zumutbare Aufgaben zuzuweisen. Dazu gehört aber nicht die Tätigkeit in der Küche. Es erschließt sich nicht, inwieweit die Speisenvor- und -zubereitung, die Beseitigung von Abfällen und die Reinigung von Geschirr und weiteren Utensilien gleichwertig mit der Tätigkeit im Gast- und Servicebereich sein soll. Die Beklagte, die für die Voraussetzung der Gleichwertigkeit die Darlegungs- und Beweislast trägt, hat dies nicht substantiiert dargelegt. Gleichwertigkeit bestimmt sich mangels anderer Anhaltspunkte grundsätzlich aus der auf den Betrieb abgestellten Verkehrsauffassung und dem sich daraus ergebenden Sozialbild. Bei Anwendung eines tariflichen Vergütungssystems orientiert sie sich zwar in der Regel an diesem System (BAG 17.08.2011 – 10 AZR 322/10, AP GewO § 106 Nr. 13). Sie wird aber nicht allein durch die Vergütung hergestellt. Das Arbeitsverhältnis genießt Bestandsschutz auch gegen eine inhaltliche Änderung der Tätigkeit. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit kommt es auf den Inhalt und die Anforderungen der Tätigkeit an. Dass der von der Beklagten in Bezug genommene Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis der Parteien zur Anwendung gelangt, ist von ihr nicht dargelegt. Da die Weisung der Beklagten an den Kläger, Aufgaben in der Küche zu erledigen, nicht vom Direktionsrecht gedeckt ist, hat sie den Kläger mit den Haupttätigkeiten als Kellner/Barmann weiter zu beschäftigen.

33
4. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung weiterer Vergütung für die Jahre 2019, 2020 und 2021 gemäß § 611a Abs. 2 BGB.

34
Verlangt der Arbeitnehmer Vergütung für Arbeitsleistungen, hat er darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen, dass er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen hat, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt. Die Beklagte hat vorliegend bestritten, dass der Kläger an bestimmten, konkret benannten Tagen überhaupt Arbeit verrichtet hat und an unstreitigen Arbeitstagen Mehrarbeit im behaupteten Umfang geleistet hat. Der Kläger hat sich dazu schriftsätzlich nicht eingelassen und seiner Darlegungslast durch die bloße Bezugnahme auf seinen den Schriftsätzen als Anlagen beigefügten handschriftlichen Aufstellungen nicht genügt. Anlagen können lediglich zur Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nicht ersetzen (BGH 02.07.2007 – II ZR 111/05, NJW 2008, 69; BAG 16.05.2012 – 5 AZR 347/11, BAGE 141, 330).

35
5. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach den §§ 615, 293 ff., 611a Abs. 1 BGB für den Zeitraum 2020 und 2021. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs liegen nicht vor.

36
Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Der Kläger hat nicht vorgetragen, wann er wo die ihm arbeitsvertraglich obliegende Leistung der Beklagten tatsächlich angeboten und diese die Annahme verweigert hat.

37
Die Parteien haben entgegen der Auffassung des Klägers kein Arbeitsverhältnis auf Abruf iSd. § 12 TzBfG vereinbart mit der Folge, dass die Beklagte mit jedem Arbeitstag in Annahmeverzug geraten ist, an dem sie die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Sollarbeitszeit nicht ausgeschöpft hat (BAG 26.01.2011 – 5 AZR 819/09, NZA 2011, 640). Nach § 12 Abs. 1 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss die Vereinbarung eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, bleibt die Vereinbarung eines Abrufverhältnisses hiervon unberührt, es gilt dann gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG ab dem 01.01.2019 eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Vorliegend haben die Parteien keinen schriftlichen Arbeitsvertrag mit Festlegung der wöchentlichen Arbeitszeit geschlossen. Dem Wortlaut des vorgelegten „Personalbogen für Aushilfen und Studenten“, auf dessen Grundlage die Parteien ihr Arbeitsverhältnis tatsächlich gelebt haben, ist aber zu entnehmen, dass der Kläger mit einem „Beschäftigtenstatus Student (familienversichert) bis 450 €“ tätig sein sollte. Mit seiner Unterschrift auf dem Personalbogen wurde zudem die Bestätigung verlangt, dass er „kein weiteres geringfügiges Beschäftigungsverhältnis“ ausübt. Im diesem festgelegten Rahmen kam es über Jahre hinweg einvernehmlich und vom Kläger unbeanstandet zu seinen Arbeitseinsätzen. Dass die Parteien entgegen der schriftlichen Rahmenvereinbarung und der gelebten Praxis – und im Übrigen auch unter Berücksichtigung der studentischen Tätigkeit des Klägers, die in nicht planbarem Umfang dessen Anwesenheit bei Veranstaltungen und weitere Arbeitsverpflichtungen verlangt – Arbeit auf Abruf vereinbart haben, ist vom Kläger nicht dargelegt.

38
6. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatz der Vergütung ab April 2022 aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 823, 826 BGB.

39
Die Beklagte hat schon keine von ihr zu vertretende Pflichtverletzung gegenüber dem Kläger begangen. Die streitgegenständliche Kündigung vom 12.04.2022 ist der Beklagten nicht als schadensauslösende Pflichtverletzung vorzuwerfen. Der Kläger hat keine Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die Beklagte schuldhaft die streitgegenständliche Kündigung ausgesprochen hat, entgegen der Erkenntnis, dass diese unwirksam ist. Die vom Kläger behauptete Nichtigkeit der Kündigung als Reaktion auf die Betriebsversammlung im Juli 2021 (§ 612 a BGB) scheitert schon am fehlenden zeitlichen Zusammenhang. Die Beklagte hat im Übrigen die Kündigung unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit vertretbarem Rechtsstandpunkt begründet. Sie durfte daher zur Annahme gelangen, die Kündigung werde sich als rechtswirksam erweisen.

40
7. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.

41
Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus. Zwar wurde der Kläger durch die Kündigung der Beklagten unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, denn er hat eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Der Kläger hat die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aber nicht wegen seines Alters erfahren.

Hinreichende Indizien iSv. § 22 AGG für einen Kausalzusammenhang zwischen der erfolgten Kündigung und seines Lebensalters hat der Kläger nicht vorgetragen bzw. unter Beweis gestellt. Dass die Beklagte im Rahmen ihrer Ausführungen zur Interessenabwägung auf das Lebensalter und die fehlenden Unterhaltsverpflichtungen des Klägers eingeht, ist nicht zu beanstanden.

42
8. Ein Anspruch des Klägers auf Aufnahme in die WhatsApp-Gruppe des Servicepersonals besteht nicht.

43
Inwieweit die Gruppenzugehörigkeit zum notwendigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses gehört oder zwingende Voraussetzung für die Erbringung der Arbeitsleistung ist, erschließt sich aus dem Sachvortrag des Klägers nicht.

44
9. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Urlaubsgewährung.

45
Aus den Rechtsgrundlagen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs lässt sich nichts für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses als Rechtsgrundlage eines Urlaubsanspruchs herleiten. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis. Der auf die Sicherung des ideellen Beschäftigungsinteresses des Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits gerichtete Weiterbeschäftigungsanspruch verlangt nur die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers. Ein Arbeitsverhältnis wird bei Aufnahme der Beschäftigung nicht begründet. Erzwingt der Arbeitnehmer durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder deren Androhung seine Weiterbeschäftigung, ist der Arbeitgeber nur zu einer tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers und nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags mit diesem verpflichtet (BAG 12.02.1992 – 5 AZR 297/90, BAGE 69, 324). Die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betriebsablauf durch Aufnahme der Beschäftigung begründet kein Arbeitsverhältnis (BAG 27.05.2020 – 5 AZR 247/19, BAGE 170, 311-326).

10. Die Beklagte hat die im Tenor bezeichneten Auskünfte gemäß Art. 15 Abs. 1 Halbs. 2 DSGVO zu erteilen.

III.

46
Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

47
Die Streitwertfestsetzung folgt § 61 Abs. 1 ArbGG, 42 Abs. 2 GKG, 3ff ZPO.

IV.

48
Gegen dieses Urteil können beide Parteien Berufung einlegen. Auf nachfolgende Belehrung wird hingewiesen.