LArbG München, Teilversäumnisurteil v. 16.04.2025 – 11 Sa 456/23

Titel:

Vergütung und Schadensersatz für einen als Servicekraft in einer Gaststätte beschäftigten Jurastudenten

Normenketten:

BGB § 295, § 296, § 611, § 612a, § 615, § 670, § 675, § 823 Abs. 2
BetrVG § 20 Abs. 2
ZPO § 263

Leitsätze:

1. Die Erweiterung einer Klage in der Berufungsinstanz in subjektiver Hinsicht ist zwar grundsätzlich nur mit Zustimmung des neuen Beklagten zulässig. Eine Zustimmung ist aber entbehrlich, wenn ihre Verweigerung missbräuchlich wäre. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn derselbe Beklagte in anderer Eigenschaft von Anfang an am Rechtsstreit beteiligt war und den Prozessstoff deshalb gekannt und beeinflusst hat. (Rn. 56) (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine fiktive Anrechnung anderweitigen Verdienstes gem. § 615 S. 2 Hs. 2 BGB scheidet aus, wenn der Arbeitgeber nicht ausreichend substantiiert darlegt, dass es eine für den Arbeitnehmer geeignete und ihm zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit gegeben hätte, auf die er sich mit Erfolg hätte bewerben können. Erforderlich ist insoweit ein schlüssiger Vortrag des Arbeitgebers zu konkreten und zumutbaren Beschäftigungsmöglichkeiten. Nur wenn er solchen im Annahmeverzugsprozess leistet, trägt der Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der Bedingungsvereitelung im weiteren die Darlegungs- und Beweislast, dass eine Bewerbung auf eine solche Stelle erfolglos gewesen wäre. Es ist ein konkreter Vortrag zu Beschäftigungsmöglichkeiten nötig. (Rn. 77) (redaktioneller Leitsatz)
3. Zur Frage, ob dem Arbeitnehmer (hier: Student der Rechtswissenschaft) ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 20 Abs. 2 BetrVG zusteht, wenn dieser infolge von ihm initiierter Aktivitäten zur Wahl eines Betriebsrats nicht mehr zum Dienst in einem Gastronomiebetrieb eingeteilt wurde. (Rn. 80 – 83) (redaktioneller Leitsatz)
4. Die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH für unerlaubte Handlungen kann in einem solchen Fall im Rahmen der Durchgriffshaftung begründet sein, wenn dieser persönlich maßgebliche Handlungen zu verantworten hat und ein Schutzgesetz (hier: § 20 Abs. 2 BetrVG) verletzt hat. (Rn. 87 und 88) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, Arbeitnehmer, Arbeitsleistung, Schadensersatzanspruch, Insolvenzverfahren, Berufung, Arbeitszeit, Arbeitgeber, Annahmeverzug, Betriebsrat, Arbeitsentgelt, Zinsen, Insolvenztabelle, Arbeit, Anspruch auf Aufnahme, Ermessen des Gerichts, Art und Weise, Berufungszulässigkeit, Klageerweiterung, Durchgriffshaftung, Mindestlohnansprüche, Schutzgesetzverletzung, Versäumnisurteil, Arbeitsvertrag, allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch, Gläsergeld, Aufwendungsersatz, Geschäftsführer, Parteierweiterung, Berufungsinstanz, Maßregelungsverbot, Betriebsratswahlschutz

Vorinstanz:

ArbG München, Teilurteil vom 05.09.2023 – 5 Ca 3538/22

Rechtsmittelinstanz:

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

Fundstellen:

RÜ2 2026, 54
LSK 2025, 17450
NZA-RR 2025, 478
NZA 2025, 1270

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Teilurteil des Arbeitsgerichtes München, Az.: 5 Ca 3538/22, vom 05.09.2023 in Ziffer 5. aufgehoben und wie folgt entschieden:

5. Es wird festgestellt, dass die Forderung des Klägers für den Monat
5.1. Januar 2019 i.H.v. 201,94 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2019 bis 01.03.2024
5.2. Februar 2019 i.H.v. 16,91 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.03.2019 bis 01.03.2024
5.3. März 2019 i.H.v. 483,00 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2019 bis 01.03.2024
5.4. April 2019 i.H.v. 509,53 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.05.2019 bis 01.03.2024
5.5. Mai 2019 i.H.v. 889,86 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2019 bis 01.03.2024
5.6. Juni 2019 i.H.v. 998,35 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2019 bis 01.03.2024
5.7. Juli 2019 i.H.v. 1115,76 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.08.2019 bis 01.03.2024
5.8. August 2019 i.H.v. 1084,81 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2019 bis 01.03.2024
5.9. September 2019 i.H.v. 88,21 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.10.2019 bis 01.03.2024
5.10. Oktober 2019 i.H.v. 601,21 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.11.2019 bis 01.03.2024
5.11. November 2019 i.H.v. 340,34 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.12.2019 bis 01.03.2024
5.12. Dezember 2019 i.H.v. 225,31 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2020 bis 01.03.2024
5.13. Januar 2020 i.H.v. 121,81 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2020 bis 01.03.2024
5.14. Februar 2020 i.H.v. 253,49 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.03.2020 bis 01.03.2024
5.15. März 2020 i.H.v. 223,26 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2020 bis 01.03.2024
5.16. Mai 2020 i.H.v. 71,71 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2020 bis 01.03.2024
5.17. Juni 2020 i.H.v. 15,61 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2020 bis 01.03.2024
5.18. Juli 2020 i.H.v 211,55 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.08.2020 bis 01.03.2024
5.19. August 2020 i.H.v 669,22 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2020 bis 01.03.2024
5.20. September 2020 i.H.v. 228,21 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.10.2020 bis 01.03.2024
5.21. Oktober 2020 i.H.v. 51,04 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.11.2020 bis 01.03.2024
5.22. Juni 2021 i.H.v. 97,83 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2021 bis 01.03.2024
5.23. Juli 2021 i.H.v. 36,32 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.08.2021 bis 01.03.2024
5.24. August 2021 i.H.v. 274,22 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2021 bis 01.03.2024

im Insolvenzverfahren über das Vermögen der … im Rang des § 38 InsO unter der laufenden Nummer 30 der Insolvenztabelle anerkannt wird.

6. Es wird festgestellt, dass die Forderungen des Klägers für das Kalenderjahr
6.1. 2020 i.H.v. 9.897,60 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2021 bis 01.03.2024
6.2. 2021 i.H.v. 14.614,20 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2022 bis 01.03.2024
6.3. 2022 i.H.v. 32.235,88 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2023 bis 01.03.2024
6.4. 2023 i.H.v. 32.235,88 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2024 bis 01.03.2024

im Insolvenzverfahren über das Vermögen der … im Rang des § 38 InsO unter der laufenden Nummer 31 der Insolvenztabelle anerkannt wird.

7. Es wird festgestellt, dass die im Insolvenzverfahren über das Vermögen der … 22.04.2024 zur Insolvenztabelle unter der laufenden Nr. 31 angemeldeten und den Anträgen zu 5.2.3. und 5.2.4. zugrunde liegenden Ansprüche des Klägers aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung herrühren.
8. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, dem Kläger 500,- Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.01.2023 zu zahlen.
9. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, dem Kläger 31.735,88 Euro Nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.01.2023 zu zahlen.
10. Die Beklagte zu 3) wird verurteilt, den Kläger auf 29 zusammenhängende Wochen verteilt an 72 Tagen von der Arbeitspflicht zu befreien.
10.1. Die Beklagte zu 3) wird verurteilt, den Kläger der am 13.05.2024 von dem Telefonanschluss … aus erstellten W.-Gruppe „A.-Team“ hinzuzufügen.
11. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen, mit Ausnahme der gegenüber der Beklagten zu 4) erhobenen Anträge.
12. Der Rechtsstreit ist hinsichtlich der Anträge 5.2.4. und 5.4.1. aus dem Schriftsatz vom 04.01.2024 in der Hauptsache erledigt.

II. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch über die Feststellung von behaupteten Zahlungsansprüchen des Klägers zur Insolvenztabelle, nebst der Feststellung, dass die Zahlungsansprüche zum Teil aus unerlaubter Handlung stammen. Darüber hinaus werden die Zahlungsansprüche zum Teil gegen den Beklagten zu 2) persönlich geltend gemacht. Daneben macht der Kläger Ansprüche auf Urlaubserteilung und auf Aufnahme in eine W.-Gruppe sowie auf Feststellung der Verpflichtung der Herausgabe einer Barkaution gegen Rückgabe von Arbeitskleidung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die Beklagte zu 3) geltend. Schließlich begehrt der Kläger gegen die Beklagte zu 4) eine Entschuldigung wegen Diskriminierung.

2
Der 1998 geborene Kläger war bei der Gemeinschuldnerin, der ursprünglichen Beklagten und jetzigen Beklagten zu 4), die eine Gaststätte in München betrieb, 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 zu 4) beschäftigte in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer iSv § 23 KSchG.

3
Der Kläger war bei der Beklagten zu 4) als Kellner und an der Bar in verschiedenen Schichten tätig. Nach Mitteilung, an welchen Tagen keine Einteilung möglich wäre, wurde von der Beklagten zu 4) ein Dienstplan erstellt, aus dem über einen mehrtägigen Zeitraum hinweg, in der Regel eine Woche, zunächst ein Entwurf der Einteilung der jeweiligen Mitarbeiter in die Schichten ersichtlich war. Hinsichtlich dieser Einteilung kam es, zum Teil auch kurzfristig, zu Abänderungen, etwa auch zu einseitigen Streichungen von Schichten durch die Arbeitgeberseite, wenn Personal kurzfristig nicht benötigt wurde. In den Dienstplan wurde bei Dienstantritt dann jeweils handschriftlich von der Arbeitgeberseite die konkret ausgeübte Schicht eingetragen. Zu Teambesprechungen bestand Anwesenheitspflicht. Die Dienstpläne und die Einteilung sowie auch die Kommunikation mit den Mitarbeitern lief über eine W.-Gruppe. Bezüglich der einzelnen Schichten bestand die Notwendigkeit und Anweisung, zumindest hinsichtlich der Frühschicht eine halbe Stunde vor Betriebsöffnung zu erscheinen, bzw. eine Viertelstunde vor dem abgerechneten Arbeitsbeginn eingekleidet und arbeitsbereit zu sein. Für das Umkleiden – mit Ausnahme der regulären Frühschicht – waren zusätzlich 3 Minuten erforderlich, wobei auch drei Minuten Umkleidezeit auch zum Ende jeder Schicht hinzukamen. Bei Spätschichten fielen nach Ladenschluss um 1:00 Uhr noch weitere Arbeiten an. Diese Zeiten wurden nicht vergütet. Nach dem ersten Lockdown im Rahmen der Corona-Pandemie bestand jeweils die Anweisung 18 Minuten vor und nach abgerechnetem Schichtbeginn bzw.-ende anwesend zu sein, was für den Fall der Nichtbefolgung auch mit Strafe bedroht war.

4
Daraus ergaben sich beim Kläger Arbeitszeiten im Zeitraum Januar bis Dezember 2019, wie sie im Rahmen der Schriftsätze vom 31.12.2022 (BL 252-265d.A.) sowie vom 20.06.2023 für den Zeitraum Januar bis März 2020, Mai bis Oktober 2020 und Juli und August 2021 (Bl. 424 bis 432 d. A.) aufgelistet sind. Insoweit wird auf diese Darlegungen verwiesen.

5
Pro Schicht wurde vom Lohn des Klägers ein Gläsergeld i.H.v. 2,00 Euro einbehalten. Der Kläger war auch verpflichtet Dienstkleidung zu tragen, welche er gegen Zahlung einer Kaution von insgesamt 95,00 Euro erhalten hatte. Der Kläger wusch diese Arbeitskleidung, die auch aus hygienischen Gründen getragen werden musste, wobei pro Arbeitstag Kosten i.H.v. 8,00 Euro anfielen.

6
Im Durchschnitt erzielte der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit ein arbeitstägliches Trinkgeld i.H.v. 100,00 Euro.

7
Der Kläger initiierte im Jahr 2021 Aktivitäten zusammen mit zwei anderen Mitarbeitern, Herrn … und Frau …, zur Wahl eines Betriebsrats. Zu diesem Zweck luden die drei Mitarbeiter zu einer Betriebsversammlung ein, in der ein Wahlvorstand gewählt werden sollte. Am 30. Juni 2021, vier Tage nach Aushang der Einladung, wurde der Kläger vom damaligen Betriebsleiter, dem Zeugen …, aus der W. Gruppe kurzzeitig entfernt. Ihm wurde nach Wiederaufnahme erklärt, das sei ein Versehen gewesen. Der Zeuge … erklärte, dies sei eine interne Aufforderung des Beklagten zu 2) gewesen, um den Kläger einzuschüchtern und darauf einzustellen, was mit ihm passieren würde, wenn er die Betriebsratsgründung weiter vorantreiben sollte. Der Zeuge … traf sich am 03.07.2021 mit dem Geschäftsführer und seiner Ehefrau. In diesem Gespräch teilten der Beklagte zu 2) und seine Ehefrau dem Zeugen … mit, die Betriebsratsinitiative des Klägers anmaßend zu finden und keinen Betriebsrat in der Gaststätte, auch aus Kostengründen, haben zu wollen. Der Zeuge solle an den Kläger und die Belegschaft weitertragen, dass durch die Betriebsratsinitiative die Existenz des Betriebes gefährdet sei, was dieser auch tat. Im Vorfeld der Betriebsversammlung trat der Zeuge … auch an die Einladenden heran und teilte mit, dass die Ehefrau des Geschäftsführers der Beklagten, Frau …, seit Tagen „nur am heulen“ gewesen seien und bat die einladende Stelle, die Initiative wieder zurückzunehmen. Die Betriebsversammlung fand jedoch am 05.07.2021 statt. An dieser Betriebsversammlung waren Personen anwesend, die der Belegschaft nicht als Arbeitnehmer der Gaststätte bekannt waren. Hierbei handelte es sich um die Ehefrau des Geschäftsführers, welche den Saal nur unter großen Tumult und Protest verließ, sowie den Sohn des Geschäftsführers, der sich gänzlich weigerte, die Versammlung zu verlassen. Er ließ sich nicht davon abhalten, einen ausgelegten Stimmzettel auszufüllen und damit an der Wahl zu partizipieren. Auch der Ehemann der früheren Betriebsleiterin Frau …, Herr …, war anwesend, obwohl es sich um keinen Arbeitnehmer der Beklagten handelte. Auch Frau … war mit drei Kindern anwesend und verließ ebenfalls den Raum nur unter großem Protest. Zwei weitere Personen, die als Gesellschafterinnen der … für die Personalabrechnungen verantwortlich waren, waren ebenfalls anwesend. Gleiches galt für den Betriebsleiter der Beklagten, den Zeugen …. Bei der Betriebsversammlung wurde kein Wahlvorstand gewählt. Der Mitarbeiter …, der ebenfalls an der Einladung beteiligt war, wurde am 07.07.2021 außerordentlich gekündigt. Der Zeuge … erhielt einen Geldbetrag von der Arbeitgeberin für seinen Einsatz im Zusammenhang mit der Betriebsversammlung.

8
Der Kläger und die ebenfalls an der Einladung beteiligte Mitarbeiterin I. führten weiterhin Aktivitäten fort zur Wahl eines Betriebsrats. Am 27.08.2021 betrat Herr … die Gaststätte und diskutierte mit dem Kläger dort über Möglichkeiten zur Fortführung der gescheiterten Wahl zum Wahlvorstand. Dies bemerkte die Ehefrau des Geschäftsführers und erteilte Herrn … Hausverbot. Ab dem nächsten Tag erfolgte keine Einteilung des Klägers mehr zu Dienstschichten. Mitte Oktober 2021 teilte der Geschäftsführer, der Beklagte zu 2) dem Kläger im Rahmen eines Gesprächs mit, dass er kein Vertrauen mehr in ihn habe. Per W. teilte er ihm zudem am 15.12.2021 mit, dass die aktuelle Situation seiner Beschäftigung entgegenstünde. Gleichzeitig wurden damals neue Mitarbeiter in Service und für die Bar eingestellt und beschäftigt. Der Kläger hatte zumindest ab Oktober 2021 seine Arbeitsleistung angeboten. Eine Beschäftigung erfolgte jedoch nicht.

9
Der Kläger war im Zeitraum 23.03.3022 bis 01.04.2022 arbeitsunfähig erkrankt (Anl. K14, Bl. 394 der Akte).

10
Mit Schreiben vom 05.04.2022 forderte die Beklagte zu 4) den Kläger auf, im Betrieb zu erscheinen und seiner Tätigkeit vertragsgerecht nachzugehen (Anlage K 16, Bl. 396 der Akte). Im Schreiben teilte die Beklagte zu 4) 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 zu 4) 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.

11
Mit Schreiben vom 12.04.2022 kündigte die Beklagte zu 4) das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich (Anl. K3, Bl. 6 der Akte).

12
Über das Vermögen der Beklagten zu 4) wurde am 01.03.2024 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zu 1) als Insolvenzverwalter eingesetzt. Die zur Insolvenztabelle angemeldeten angeblichen Forderungen des Klägers hat der Beklagte zu 1) bestritten.

13
Auf die Beklagte zu 3) ist gem. rechtskräftigem Urteil das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Beklagten zu 4) übergegangen.

14
Mit seiner am 20.04.2022 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten zu 4) am 28.04.2022 zugestellten Klage machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend und verlangte mit Klageerweiterung für den Fall des Obsiegens seine Weiterbeschäftigung.

15
Der Kläger war erstinstanzlich der Auffassung, er 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, zu welcher er zusammen mit anderen Arbeitnehmern der Beklagten zu 4) eingeladen hatte zum Zweck der Wahl eines Betriebsrats. Aufgrund der unwirksamen streitgegenständlichen Kündigung habe sich die Beklagte zu 4) schadensersatzpflichtig gemacht. Sie habe ihre arbeitsvertragliche Leistungstreuepflicht verletzt. Der materielle Schaden umfasse den Verdienstausfall. Als zusätzlichen Verzugsschaden müsse die Beklagte 4) auch den Steuerschaden ersetzen, der durch eine verspätete Zahlung eintrete. Er habe noch keinen Steuerbescheid erhalten, daher sei ein Feststellungsantrag zulässig. Darüber hinaus sah der Kläger im schriftsätzlichen Vorbringen der Beklagten 4) 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 war der Ansicht, die Betriebsleiterin der Beklagten zu 4) habe ihm auf Grundlage eines von ihr organisierten Dienstplanes wechselnde Schichten zugewiesen. Die jeweiligen Anwesenheits- und Umkleidezeiten vor und nach Schichtbeginn bzw. -ende seien zu vergüten. Ruhepausen seien aufgrund des schwankenden Gästeaufkommens nicht gewährt, insbesondere auch nicht im Vorhinein vereinbart worden. Auch angefallene Zuschläge müsse die Beklagte zahlen. Entgegen dem von den Parteien vereinbarten Abrufarbeitsverhältnis habe ihn die Beklagte ab August 2021 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 W.-Gruppe der Beschäftigten der Beklagten zu 4) 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 zu 4) 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.

16
Die Beklagte zu 4) habe trotz seiner Anfrage den Auskunftsanspruch gemäß Art. 15 DSG VO nicht erfüllt.

17
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageschrift vom 20.04.2022 und die Schriftsätze vom 31.12.2022, 21.04.2023, 21.06.2023 sowie 27.07.2023 Bezug genommen.

18
Der Kläger beantragte erstinstanzlich

(gegenüber der damaligen Beklagten, der jetzigen Beklagten zu 4)):

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 W.- Gruppe „Bar dienstplan“ sowie der von der Beklagten am 26. Juli 2014 erstellten W.-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 T-Shirts 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.

19
Die damalige Beklagte (und jetzige Beklagte zu 4) beantragte erstinstanzlich:

Die Klage abzuweisen.

20
Sie behauptete erstinstanzlich 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 damalige Beklagte meinte, sie sei im Rahmen ihres Direktionsrechts berechtigt gewesen, den Kläger auch in der Küche zu beschäftigen. 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.

21
Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung weiterer Vergütung. Die damalige Beklagte bestritt, dass der Kläger an den von ihm genannten Tagen die behaupteten Stunden und Minuten zusätzlich gearbeitet habe.

Den erfolgten Gehaltsabrechnungen lägen zu 100 % die schriftlichen Aufzeichnungen des Klägers zugrunde. Den Antrag auf Erteilung von Auskunft gemäß Art. 15 DSGVO hielt die Beklagte für unbestimmt.

22
Das Arbeitsgericht München hat mit dem angefochtenen Teilurteil vom 05.09.2023 gegenüber der damaligen Beklagten, jetzigen Beklagten zu 4) und Gemeinschuldnerin, festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 12.04.2022 weder fristlos noch ordentlich aufgelöst wurde und die Gemeinschuldnerin zur Weiterbeschäftigung verurteilt sowie auch zur Auskunftserteilung bezüglich verarbeiteter und gespeicherter Daten. Darüber hinaus hat es die Klage abgewiesen mit Ausnahme der Stufenanträge nach Auskunftserteilung.

23
Es hat dies damit begründet, dass die Anträge auf Feststellung der Verpflichtung zur Ersetzung eines Steuerschadens sowie auf Feststellung, dass die Kündigung vom 12.04.2022 einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung entsprach sowie bezüglich des Antrages auf Verpflichtung der Beklagten, unter bestimmten Voraussetzungen die Barkaution zurückzuzahlen, unzulässig seien, da es am maßgeblichen Feststellungsinteresse fehle. Hinsichtlich des Steuerschadens sei die begehrte Feststellung nicht geeignet, Rechtsfrieden zu schaffen, da nicht geklärt sei, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Steuerschaden überhaupt entstanden sei, nachdem der Kläger selbst vorgetragen habe, dass er noch nicht einmal einen Steuerbescheid erhalten habe. Darüber hinaus seien die zwei anderen Anträge auf die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage gerichtet.

24
Der Auskunftsantrag sei zulässig, soweit er sich am Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 HS 2 DSGVO orientiere, Soweit er über dessen Wortlaut hinausgehe, sei der Auskunftsantrag unzulässig, da er unbestimmt sei. Es liege eine zulässige Stufenklage vor, wobei die letzte Stufe, die Erteilung einer Kopie der sich aus der Auskunft ergebenden Daten erst nach erteilter Auskunft vom Kläger zu konkretisieren sei.

25
Die streitgegenständliche Kündigung sei unwirksam, soweit sich die damalige Beklagte als Kündigungsgrund auf unentschuldigtes Fehlen des Klägers am 29.03.2022 berufe, nachdem die Beklagte den Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht infrage gestellt habe. Die beharrliche Weigerung eines Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, sei an sich geeignet eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Eine solche Weigerung habe der Kläger ab 09.04.2022 geäußert. Er könne sich insoweit auch nicht auf ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB berufen, da er die insoweit zur Begründung vorgebrachten Annahmeverzugslohnansprüche im Prozess nicht nachvollziehbar dargelegt habe. Allerdings ergebe die Abwägung der beiderseitigen Interessen, dass der Beklagten die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten gewesen wäre. Es hätte insoweit vor Ausspruch einer Kündigung einer Abmahnung bedurft. Gleiches gelte auch für die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung. Daher sei die Beklagte auch verpflichtet, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag als Kellner/Barmann zu beschäftigen. Eine Tätigkeit in der Küche sei dem Kläger auch nicht im Wege des Direktionsrechts mangels Gleichwertigkeit der Beschäftigung übertragbar.

26
Der Kläger habe jedoch keine Ansprüche auf Zahlung weiterer Vergütung für die Jahre 2019 bis 2021. Die Beklagte habe bestritten, dass der Kläger an bestimmten, konkret benannten Tagen überhaupt Arbeit verrichtet habe und an unstreitigen Arbeitstagen Mehrarbeit. Der Kläger habe sich dazu schriftsätzlich nicht eingelassen und seiner Darlegungslast durch die bloße Bezugnahme auf seine den Schriftsätzen als Anlagen beigefügten handschriftlichen Aufstellungen nicht genügt.

27
Der Kläger habe auch keine Ansprüche auf Annahmeverzugslohn für den Zeitraum 2020 und 2021. Der Kläger habe nicht vorgetragen, wann er wo die ihm arbeitsvertraglich obliegende Leistung der Beklagten tatsächlich angeboten habe und diese die Annahme verweigert habe. Es habe auch kein Arbeitsverhältnis auf Abruf bestanden. Die Parteien hätten keinen schriftlichen Arbeitsvertrag mit Festlegung der wöchentlichen Arbeitszeit geschlossen. Dem Wortlaut des vorgelegten „Personalbogens für Aushilfen und Studenten“, auf dessen Grundlage die Parteien das Arbeitsverhältnis tatsächlich gelebt hätten, sei aber zu entnehmen, dass der Kläger mit einem „Beschäftigtenstatus Student (familienversichert) bis 450 €“ tätig

sein sollte. In diesem festgelegten Rahmen sei es zu den jeweiligen Arbeitseinsätzen des Klägers gekommen. Dass die Parteien entgegen der schriftlichen Rahmenvereinbarung und der gelebten Praxis, auch unter Berücksichtigung der studentischen Tätigkeit des Klägers, Arbeit auf Abruf vereinbart hätten, sei vom Kläger nicht dargelegt.

28
Darüber hinaus habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Ersatz der Vergütung ab April 2022 aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 823, 826 BGB. Die Beklagte habe keine von ihr zu vertretende Pflichtverletzung gegenüber dem Kläger begangen. Die streitgegenständliche Kündigung vom 12.04.2022 sei der Beklagten nicht als schadensauslösende Pflichtverletzung vorzuwerfen. Der Kläger habe keine Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die Beklagte schuldhaft die streitgegenständliche Kündigung ausgesprochen habe, entgegen der Erkenntnis, dass diese unwirksam sei. Die vom Kläger behauptete Nichtigkeit der Kündigung als Reaktion auf die Betriebsversammlung im Juli 2021 scheitere schon am fehlenden zeitlichen Zusammenhang. Die Beklagte habe die Kündigung unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit vertretbarem Rechtsstandpunkt begründet.

29
Dem Kläger stehe auch kein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu. Der Kläger sei zwar durch die Kündigung unmittelbar benachteiligt worden, es fehle aber an einem Kausalzusammenhang zwischen der erfolgten Kündigung und dem Lebensalter des Klägers. Dass die Beklagte im Rahmen ihrer Ausführungen zu Interessenabwägung auf das Lebensalter und die fehlten Unterhaltsverpflichtungen des Klägers eingehe, sei nicht zu beanstanden.

30
Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Aufnahme in die W.-Gruppe des Servicepersonals. Es erschließe sich nicht, inwieweit die Gruppenzugehörigkeit zum notwendigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses gehöre und zwingende Voraussetzung für die Erbringung der Arbeitsleistung sei.

31
Darüber hinaus habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Urlaubsgewährung. Denn aus der Rechtsgrundlage des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches lasse sich nicht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses als Rechtsgrundlage für einen Urlaubsanspruch herleiten.

32
Der zugesprochene Anspruch auf Auskunftserteilung ergebe sich aus Art. 15 Abs. 1 HS 2 DSGVO.

33
Gegen dieses dem Kläger am 04.10.2023 zugestellte Teilurteil richtet sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz vom 30.10.2023, am gleichen Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen.

34
Der Kläger ist im Rahmen der Berufung weiterhin der Auffassung, dass ihm Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung, einschließlich üblicherweise bezahlter Abend- und Nachtzuschläge, nebst einbehaltenem Gläsergeld von 2,- € und Kosten für Wäsche in Höhe von 8.- € pro Einsatztag für den Zeitraum Januar 2019 bis August 2021 zustehe. Die Ansprüche seien daher zur Insolvenztabelle festzustellen.

35
Der Kläger habe die zusätzlich erbrachten Arbeitszeiten bezüglich Vor- und Nacharbeiten vor bzw. nach dem eigentlichen Dienst hinreichend substantiiert bezogen auf die einzelnen Tage dargelegt, welche die damalige Beklagte nicht hinreichend bestritten habe, auch deshalb, weil sie nicht hinreichend vorgetragen habe, warum die Dienstpläne die tatsächlichen Arbeitszeiten nicht wiedergeben würden. Wie sämtliche Beschäftigte in geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen bei der Beklagten zu 4) hätte der Kläger in weitaus größerem Umfang gearbeitet, als abgerechnet worden sei. Hierzu sei man bereit gewesen, wegen der hohen Trinkgelder. Z.B. sei der Kläger auch durch die Betriebsleiterin im August 2019 für Schichten an 17 Tagen eingeteilt worden. Dem Kläger stehe dabei für die erbrachte Leistung der aktuelle Mindestlohn zu, da zwar der Mindestlohnanspruch bereits früher entstanden sei, aber nur durch Zahlung des aktuellen Mindestlohns erfüllt werden könne. Hilfsweise würde die Differenz zwischen damaligem und heutigem Mindestlohn als Verzugsschaden geltend gemacht. Zwischen den Parteien sei kein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden. Der vorgelegte Personalbogen sei zu Zwecken der Sozialversicherung ausgefüllt worden, wobei keine Vergütung in Höhe von Euro 450 vereinbart worden sei, sondern aufgrund

des Zusatzes „familienversichert“ dies angekreuzt worden sei. Damit habe der Kläger aber keine Willenserklärung, sondern nur eine Wissenserklärung abgegeben. Dem Kläger seien tatsächlich regelmäßig Euro 450 ausbezahlt worden, jedoch habe er Arbeiten in deutlich größerem Stundenumfang geleistet. Eine Arbeitszeit sei nicht vereinbart worden, zumal der Personalbogen erst drei Jahre nach Beginn des Arbeitsverhältnisses ausgefüllt worden sei. Soweit man der Angabe des geringfügigen Lohns eine Höchstarbeitszeit entnehmen sollte, habe der Kläger auf dem Personalbogen jedenfalls den Passus bezüglich der Höchststundenzahl gestrichen. Daher sei ein festes Stundendeputat nicht vereinbart worden. Vielmehr hätten die Parteien eine Arbeit auf Abruf vereinbart, wobei mangels Vereinbarung einer Stundenanzahl die gesetzliche Fiktion des § 12 Abs.1 S. 3 TzBfG greife, mithin eine wöchentliche Stundenzahl von 20 Stunden. Die jeweilige Schicht sei auch nicht einvernehmlich vereinbart worden. Zu beachten sei auch, dass die Beklagte zu 4) einseitig Schichten abbestellte und der Kläger bereits in den ersten beiden vollen Monaten seiner Beschäftigung durchschnittlich 79,2 Stunden gearbeitet habe. Der Kläger habe seine Tätigkeit entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen gehabt, z.B. auch abhängig vom Wetter. Auf dem Personalbogen sei auch eine Referenzarbeitszeit von üblicherweise 18:00 Uhr bis 1:00 Uhr angegeben gewesen. Die Arbeit auf Abruf ergebe sich auch aus der Bezeichnung als „Aushilfe“ und dem schwankenden Bedarf in der Gastronomie. Die Parteien hätten auch nur ein Jahresdeputat an Arbeitszeit vereinbart und gewollt. Der Kläger habe auch im ersten Jahr bereits über 1040 Stunden gearbeitet. Bezüglich der Arbeitszeit sei auch hinsichtlich der Beweislast zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 4) ihren Verpflichtungen nach dem Nachweisgesetz nicht nachgekommen sei.

36
Eines Angebots der Arbeitsleistung hätte es nicht bedurft, da die Parteien Arbeit auf Abruf vereinbart hatten, bzw. wegen der Nichtinanspruchnahme auch während der Corona Pandemie ein solches Angebot entbehrlich gewesen sei. Es hätte zunächst auch vereinbarungsgemäß eines wörtlichen Angebots der Arbeit zum Zwecke der Leistungserbringung durch die Beklagte zu 4) gegenüber dem Kläger bedurft. Insoweit sei man von den dispositiven Regelungen der §§ 293 ff. BGB abgewichen. Jedenfalls bestehe der Anspruch gemäß § 326 Abs. 2 S. 1 HS 2 Alt. 1 und 2 BGB. Die fehlende Inanspruchnahme der Arbeitszeit habe die Beklagte zu 4) wesentlich zu verantworten gehabt, jedenfalls hätte die Nichtzuweisung von Arbeitstätigkeiten auch zu einer Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 4) geführt. Jedenfalls im Oktober, November und Dezember 2022 habe der Kläger regelmäßig seine Arbeitsleistung wörtlich angeboten. Bezüglich der Sachbezüge sei der derzeit erhöhte aktuelle steuerliche Wert anzusetzen. Durch die Kündigung habe sich die Beklagte zu 4) schadensersatzpflichtig gemacht. Zum einen bestehe wegen der Diskriminierung ein Entschädigungsanspruch, da eine unmittelbare Benachteiligung vorgelegen habe, nachdem die Beklagte zu 4) nach eigenen Darlegungen das Lebensalter selbst berücksichtigt hatte. Auch eine Rechtfertigung nach § 10 AGG liege nicht vor. Anders als bei einer betriebsbedingten Kündigung seien sozialpolitische Belange hier nicht betroffen. Des Weiteren hätte auch eine mittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters und der sexuellen Orientierung des Klägers vorgelegen, nachdem die Beklagte in ihre Erwägungen das Vorliegen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses einbezogen habe und in ihrem Betrieb die Vollzeitbeschäftigten alle über 30 Jahre alt sein. Der Kläger sei auch wegen der Teilzeittätigkeit nicht weniger auf die Vergütung angewiesen als Vollzeitbeschäftigte.

37
Der Kläger werde auch wegen seiner Bisexualität Im Hinblick auf die Unterhaltspflichten benachteiligt. Daher sei insoweit von einer Schadensersatzpflicht im Hinblick auf entgangene Vergütung und entgangenen Gewinn auszugehen. Eine solche Schadensersatzpflicht ergebe sich auch aus der Verletzung des Verbots, die Wahl eines Betriebsrats zu behindern, als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 20 Abs. 1 BetrVG. Der Kläger habe im Juni 2021 als einladende Stelle Betriebsratswahlen mit initiiert. Das Verhalten der Ehefrau des Geschäftsführers wie auch des Sohn des Geschäftsführers, deren unzulässige Anwesenheit im Rahmen der Betriebsversammlung und Weigerung, diese zu verlassen, und auch die Kündigung des Mitarbeiters … und auch Äußerungen von Betriebsleitern würden zeigen, dass die fehlende Inanspruchnahme der Arbeitsleistung des Klägers wie auch die Kündigung letztlich Folgen eines Vertrauensverlustes infolge der Initiierung der Betriebsversammlung und der Betriebsratswahl gewesen sein. Gerade nach einem Treffen des Klägers mit dem Mitarbeiter … bei dem diesem ein Hausverbot erteilt wurde, sei der Kläger aus der W.-Gruppe entfernt und zur Arbeit nicht mehr eingeteilt worden. Gleichzeitig seien neue Mitarbeiter in Service und für die Bar eingestellt worden. Auch nach dem Hinweis des Klägers, ihm stünden Annahmeverzugslohnansprüche zu, sei er in die Küche versetzt worden. Das Verhalten des Arbeitgebers zeige eine betriebsratsfeindliche Einstellung und sei im Rahmen eines Anscheinsbeweises zu

berücksichtigen. Damit habe sich die Beklagte zu 4) infolge ihrer Kündigung schadensersatzpflichtig gemacht. Dies habe sie auch zu vertreten. Die Unwirksamkeit der Kündigung sei für sie erkennbar gewesen, auch aufgrund der bestehenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers und bestehender und geltend gemachter Ansprüche auf Annahmeverzugslohn. Die Schadensersatzpflicht ergebe sich auch unter Berücksichtigung der Verletzung des Maßregelungsverbots bzw. von § 826 BGB. Dem Kläger seien damit auch entgangene Trinkgelder zu ersetzen, die dieser regelmäßig erzielt habe. Jedenfalls habe der Kläger Ansprüche auf Annahmeverzug. Der Kläger habe auch Anspruch auf den begehrten Urlaub, zumal dieser auf Nichtbeschäftigung gerichtet sei. Der Anspruch des Klägers auf Aufnahme in die W.-Gruppe ergebe sich aus § 241 Abs. 2 BGB und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Zudem sei auch die Maßregelung zu berücksichtigen. Die Ansprüche seien zum Teil als unerlaubte Handlung festzustellen, schon wegen der insolvenzrechtlichen Wirkung.

38
Die im Rahmen des Schadensersatzes zu zahlenden Trinkgelder würden letztlich zu einem Steuernachteil führen.

39
Infolge der Anweisung des Beklagten zu 2) als Geschäftsführer gegenüber dem damaligen Betriebsleiter Herrn …, den Kläger nicht mehr zu beschäftigen im August 2021 und ihn aus der W.-Gruppe zu entfernen, der unzulässigen Versetzung in die Küche und der unwirksamen Kündigung, mithin der betriebsratsfeindlichen Handlungen sei dieser ebenfalls selbst zum Schadensersatz verpflichtet, auch weil er zu Beginn des Arbeitsverhältnisses dem Kläger ein Formular ausgehändigt habe, aus dem eine Haftungsbeschränkung der Beklagten zu 4) nicht hervorgegangen sei, ein Firmenzusatz nicht enthalten gewesen sei. Der Kläger sei daher bis zur Kündigung des Herrn … davon ausgegangen, dass er den Arbeitsvertrag mit dem Beklagten zu 2) in Persona geschlossen habe. Die Erweiterung auf den Beklagten zu 2) sei zulässig, da etwa eine Verweigerung der Zustimmung des Beklagten zu 2) nach Rechtsprechung des BAG und BGH rechtsmissbräuchlich sei, da dieser auf den bisherigen Prozess auch in erster Instanz habe Einfluss nehmen können. Es liege eine vorsätzlich unerlaubte Handlung vor und eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung. Daher sei die Haftungsbeschränkung des Geschäftsführers durchbrochen. Jedenfalls liege eine Haftung nach Rechtsscheingesichtspunkten gemäß § 179 BGB analog vor. Auch wegen Insolvenzverschleppung und Entzug von Gegenständen aus der Insolvenzmasse bestehe die Schadensersatzpflicht. Der geltend gemachte Teilbetrag von Euro 500,00 würde sich verteilen auf einen Schadensposten wegen entgangenen Grundlohns in Höhe von Euro 300, Euro 50 entgangener Nachtzuschläge sowie weiterer Euro 150 entgangenen Trinkgelds. Des Weiteren richte sich die Klage bezüglich der Urlaubsgewährung und der Aufnahme in die W.-Gruppe nunmehr gegen die Beklagte zu 3), da diese das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege des Betriebsübergangs übernommen habe, was rechtskräftig festgestellt worden sei. Sie führe auch eine am 13.05.2024 erstellte W.-Gruppe.

40
Schließlich sei die Beklagte zu 4) zur Entschuldigung bezüglich der von ihr erfolgten Diskriminierung verpflichtet, hilfsweise sei eine solche Diskriminierung festzustellen.

41
Der Kläger beantragt zuletzt:

1. Das Teilurteil des Arbeitsgerichts München vom 05.09.2023 – 5 Ca 3538/22 – wird abgeändert, soweit es die Klage in der Nr. 5 seines Tenors abgewiesen hat und stattdessen wie folgt entschieden:
2. Es wird festgestellt, dass die Forderung des Klägers für den Monat

2.1. Januar 2019 i.H.v. 243,81 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2019 bis 01.03.2024

2.2. Februar 2019 i.H.v. 16,91 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.003.2019 bis 01.03.2024

2.3. März 2019 i.H.v. 608,26 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2019 bis 01.03.2024

2.4. April 2019 i.H.v. 633,56 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.5.2019 bis 01.03.2024

2.5. Mai 2019 i.H.v. 1239,99 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2019 bis 01.03.2024

2.6. Juni 2019 i.H.v. 1221,60 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2019 bis 01.03.2024

2.7. Juli 2019 i.H.v. 1403,76 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.08.2019 bis 01.03.2024
2.8. August 2019 i.H.v. 1384,27 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2019 bis 01.03.2024
2.9. September 2019 i.H.v. 102,37 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.10.2019 bis 01.3.2024
2.10. Oktober 2019 i.H.v. 763,17 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.11.2019 bis 01.003.2024
2.11. November 2019 i.H.v. 348,61 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.12.2019 bis 01.03.2024
2.12. Dezember 2019 i.H.v. 272,32 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2020 bis 01.03.2024
2.13. Januar 2020 i.H.v. 143,84 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2020 bis 01.03.2024
2.14. Februar 2020 i.H.v. 276,14 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.03.2020 bis 01.03.2024
2.15. März 2020 i.H.v. 270,68 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2020 bis 01.03.2024
2.16. Mai 2020 i.H.v. 91,91 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2020 bis 01.03.2024
2.17. Juni 2020 i.H.v. 17,45 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2020 bis 01.03.2024
2.18. Juli 2020 i.H.v 249,50 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.08.2020 bis 01.03.2024
2.19. August 2020 i.H.v843,02 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2020 bis 01.03.2024
2.20. September 2020 i.H.v. 280,23 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.10.2020 bis 01.03.2024
2.21. Oktober 2020 i.H.v. 60,84 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.11.2020 bis 01.03.2024
2.22. Juni 2021 i.H.v. 97,83 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2021 bis 01.03.2024
2.23. Juli 2021 i.H.v. 41,10 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.08.2021 bis 01.03.2024
2.24. August 2021 i.H.v. 274,22 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2021 bis 01.03.2024

im Insolvenzverfahren über das Vermögen der … im Rang des § 38 InsO unter der laufenden Nummer 30 der Insolvenztabelle anerkannt wird.

3.1. Es wird festgestellt, dass die Forderung des Klägers für das Kalenderjahr
3.1.1. 2020 i.H.v. 9988,77 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn bis 01.03.2024
3.1.2. 2021 i.H.v. 14.746,01 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn bis 01.03.2024
3.1.3. 2022 i.H.v. 34.689,79 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn bis 01.03.2024
3.1.4. 2023 i.H.v. 34.689,79 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Verzugsbeginn bis 01.03.2024

im Insolvenzverfahren über das Vermögen der … im Rang des § 38 InsO unter der laufenden Nummer 31 der Insolvenztabelle anerkannt wird.

Für den Fall des Obsiegens mit den Anträgen zu 3.1.3. und 3.1.4.:

42
3.2. Es wird festgestellt, dass die im Insolvenzverfahren über das Vermögen der … … Am 22.4.2024 zur Insolvenztabelle unter der laufenden Nr. 31 angemeldeten und den Anträgen zu 3.1.3. Und 3.1.4. zugrunde liegenden Ansprüche des Klägers aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung herrühren.

43
3.3.1. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, dem Kläger für das Kalenderjahr 2022 500,- Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Verzugsbeginn, hilfsweise ab Rechtshängigkeit, zu zahlen.

Sowie für den Fall des Obsiegens

44
3.3.2. Der Beklagte zu 2) wird weiter verurteilt, dem Kläger für das Kalenderjahr 2022 weitere 34.189,79 Euro nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Verzugsbeginn, hilfsweise ab Rechtshängigkeit, zu zahlen.

4.1 Die Beklagte zu 3) wird verurteilt, den Kläger auf 29 zusammenhängende Wochen verteilt an 72 Tagen von der Arbeitspflicht zu befreien und hierfür vom Gericht eine zu bestimmende Frist zu setzen und weiter für den Fall, dass die Handlung bis zum Ablauf dieser Frist nicht vorgenommen worden ist, zu verurteilen, an den Kläger eine in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag, jedoch nicht weniger als € 12.000,00 zu bezahlen.
4.2. Die Beklagte zu 3) wird verurteilt, den Kläger der am 13.05.2024 von dem Telefonanschluss … aus erstellten W.-Gruppe „A.- Team“ hinzuzufügen.
4.3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 3) verpflichtet ist, dem Kläger unter der auflösenden Bedingung der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses seine Barkaution i.H.v. 95,00 Euro Zug-um-Zug gegen Rückgabe seiner 3 Arbeitsschürzen, 2 T-Shirts und 1 Zip-Jacke zu erstatten.

5.

Die Beklagte zu 4) wird verurteilt, sich bei dem Kläger für die Kündigungen der Beklagten zu 4) vom 11.04.2024 und die im Schriftsatz vom 27.02.2023 (S.4) getätigten Äußerungen

„Der Kläger war lediglich in Teilzeit und auf Basis einer geringfügigen Beschäftigung beschäftigt (…) Der Kläger war – anders als die in Vollzeit fest angestellten Arbeitnehmer der Beklagten – auch nicht unbedingt auf die Einkünfte aus der geringfügigen Beschäftigung angewiesen. Der Kläger war mit einem Alter von nur 24 ja noch jung und hatte weder Kinder noch Unterhaltspflichten.“

schriftlich zu entschuldigen.

Sowie für den Fall des Unterliegens

45
Es wird festgestellt, dass die Kündigungen der Beklagten zu 4) vom 11.04.2024 aufgrund ihrer Äußerungen in ihrem Schriftsatz vom 27.02.2023 (S.4)

„Der Kläger war lediglich in Teilzeit und auf Basis einer geringfügigen Beschäftigung beschäftigt (…) Der Kläger war – anders als die in Vollzeit fest angestellten Arbeitnehmer der Beklagten – auch nicht unbedingt auf die Einkünfte aus der geringfügigen Beschäftigung angewiesen. Der Kläger war mit einem Alter von nur 24 ja noch jung und hatte weder Kinder noch Unterhaltspflichten.“

den Kläger wegen seines Alters und seiner sexuellen Orientierung diskriminieren.

46
Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen zuletzt:

Zurückweisung der Berufung

47
Der Beklagte zu 1) ist im Rahmen der Berufung der Auffassung, dass der Kläger keine Annahmeverzugslohnansprüche besitze, da der Kläger in der Lage gewesen sei, anderweitiges Einkommen in zumindest bisheriger durchschnittlicher Höhe zu erzielen, da Servicekräfte in der Gastronomie oder sonstige Aushilfskräfte gesucht würden. Der Kläger habe seiner Obliegenheit zur Schadensminderung nicht entsprochen. Vorsatz in Bezug auf die Schadensersatzansprüche werde bestritten.

48
Der Beklagte zu 2) ist im Rahmen der Berufung der Auffassung, dass die subjektive Klageerweiterung auf ihn unzulässig sei, da er hierzu keine Zustimmung erteile. Die Verweigerung der Zustimmung sei auch nicht missbräuchlich, da der Beklagte zu 2) mit der Beklagten zu 1) nicht gleichzusetzen sei und als ehemaliger Geschäftsführer der Beklagten zu 1) eine eigenständige Partei im Verfahren darstelle. Er werde erstmals im vorliegenden Verfahren persönlich in Anspruch genommen, ohne unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt auf den Prozessverlauf und das Beweisergebnis erster Instanz Einfluss gehabt zu haben. Spezifische Einwände gegen seine Haftung habe er im erstinstanzlichen Prozess nicht vorbringen können. Es seien auch neue Tatsachenfeststellungen erforderlich. Der Kläger habe auch keine Schadensersatzansprüche aus deliktischer Handlung oder Rechtsscheinhaftung. Der Beklagte zu 2) habe den Kläger nicht aus dem Betrieb entfernen wollen wegen einer beabsichtigten Betriebsratsgründung. Der Vortrag des Klägers hierzu

sei irrelevant. Es greife auch nicht ein Anscheinsbeweis ein, zumal es an einem zeitlichen Zusammenhang zwischen der Kündigung vom 11.03.2022 und der Betriebsversammlung vom 05.07.2021 fehle. Der Beklagte zu 2) habe auch den Mitarbeiter Herrn … nicht angewiesen, den Kläger wegen der geplanten Betriebsratsgründung einzuschüchtern. Er habe auch nicht geäußert, dass die fristlose Kündigung von Herrn … allein auf dessen Initiative zur Gründung eines Betriebsrats zurückzuführen sei. Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß und dem eingetretenen Schaden sei durch den Kläger nicht dargelegt. Es fehle am Vortrag zum Vorsatz. Der Beklagte zu 2) habe den Kläger zu keinem Zeitpunkt gemaßregelt. Es liege auch keine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung vor. Zudem fehle es an konkreten Darlegungen des Klägers bezüglich der haftungsbegründenden Tatsachen, der haftungsbegründenden Kausalität sowie des behaupteten Schadens dem Grunde und der Höhe nach.

49
Das Gericht hat Beweis erhoben über die Behauptung des Klägers, der Kläger sei am 30.06.2021, vier Tage nach dem Aushang der Einladung zur Wahlversammlung, von dem Zeugen ... kurzzeitig aus der betrieblichen W.-Gruppe entfernt worden, wobei dies auf einer internen Aufforderung des Beklagten zu 2) beruhte, um den Kläger einzuschüchtern und darauf einzustellen, was mit ihm passieren würde, wenn er die Betriebsratsgründung weiter vorantreiben sollte, durch uneidliche Vernehmung des Zeugen … wie aus der Sitzungsniederschrift vom 26.03.2025 ersichtlich.

50
Die Anträge 5.2.4. (Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des NachwG) und 5.4.1. (Ersatz eines Steuerschadens) aus der Berufungsbegründung wurden übereinstimmend für erledigt erklärt.

51
Im Termin vom 26.03.2025 erschien für die Beklagten zu 3) und 4) niemand.

52
Der Kläger beantragte insoweit

Erlass eines Versäumnisurteils.

53
Im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

54
Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet.

I.

55
Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 und 2, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519,520 ZPO). Sie ist daher zulässig. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz die Anträge erweitert bzw. Anträge abgeändert hat, sind dem die Beklagten nicht wesentlich entgegengetreten. Im Übrigen erscheint die korrekte Antragstellung sowie auch die erfolgten Klageerweiterungen bzw. Klageänderungen als sachdienlich, da insbesondere auch eine Verwertung des bisherigen Streitstoffs möglich war, § 533 ZPO.

56
Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz die Klage in subjektiver Hinsicht auf den Beklagten zu 2) erweitert hat, ist zwar grundsätzlich eine solche nur mit Zustimmung des neuen Beklagten zulässig (vgl. z.B. BGH 06.04.2000 – IX ZR 422/98). Der Beklagte zu 2) hat diese Zustimmung ausdrücklich verweigert. Eine Zustimmung ist jedoch entbehrlich, wenn ihre Verweigerung missbräuchlich wäre. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn derselbe Beklagte in anderer Eigenschaft von Anfang an am Rechtsstreit beteiligt war und den Prozessstoff deshalb gekannt und beeinflusst hat (BGH a.a.O.). Dabei ist es richtig, dass der in der Berufungsinstanz neu eintretende Beklagte eine Tatsacheninstanz verliert. Dem kann aber keine Bedeutung zukommen, wenn die Zustimmungsverweigerung rechtsmissbräuchlich ist. Wenn nämlich im Kern der Sachverhalt der gleiche bleibt und der neue Beklagte bereits in der ersten Instanz in dem Prozess, wenn auch nicht förmlich als Partei, involviert war, ist der Verlust der ersten Instanz hinzunehmen (BGH 19.04.2024 – VZR 167/23).

57
Im vorliegenden Fall richtete sich in der ersten Instanz das Verfahren gegen die Beklagte zu 4), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist. Da der Geschäftsführer einer GmbH diese nach außen vertritt, war der Beklagte zu 2) maßgeblich in das vorliegende Verfahren mit einbezogen und hatte auch die Möglichkeit, hierauf Einfluss zu nehmen. Insbesondere richtete sich das Verfahren in der ersten Instanz auch auf einen Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, welcher letztlich im Wege der Durchgriffshaftung nunmehr auch gegen den Beklagten zu 2) persönlich geltend gemacht wird. Insoweit hat sich auch der Streitgegenstand, auch wenn es auf ein Verschulden des Beklagten zu 2) persönlich ankommt, nicht geändert. Auch im Rahmen des Verfahrens gegen die Beklagte zu 4) und einen gegen sie gerichteten Schadensersatzanspruch käme es auf ein Verschulden eines ihrer Vertreter an. Insbesondere erfolgte auch keine Beweisaufnahme in der ersten Instanz, sodass der Beklagte zu 2) auch nicht etwa an ein Ergebnis erster Instanz gebunden wäre, das er nicht hätte beeinflussen können.

58
Soweit der Kläger gegenüber dem Beklagten zu 2) Ansprüche als Teilklage geltend gemacht hat, bestehen gegen diesen Antrag keine Bedenken, etwa auch im Hinblick auf die erforderliche Bestimmtheit des Antrages dahingehend, dass feststehen muss, welche Ansprüche für welchen Zeitraum damit geltend gemacht werden. Der Kläger hat insoweit die Ansprüche sowohl hinsichtlich der Höhe nach, 300 Euro bezogen auf Grundlohn, 50 Euro bezogen auf Nachzuschläge und 150 Euro betreffend entgangenes Trinkgeld, zeitlich betreffend Ansprüche aus Mai 2022, konkretisiert (vgl. BAG 21.03.2017 – 3 AZR 164/15).

59
Soweit der Kläger Ansprüche nunmehr auch gegen die Beklagte zu 3) geltend macht, die er gegenüber der Beklagten zu 4) erstinstanzlich verfolgt hat, erfolgt dies im Rahmen des Betriebsübergangs von der Beklagten zu 4) auf die Beklagte zu 3). Dies ist infolge des rechtskräftig entschiedenen Verfahrens, wonach das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 3) fortbesteht, unstreitig. Die Beklagte zu 3) hat hiergegen auch keine Einwendungen vorgebracht. Eine Einwilligung der neuen Beklagten ist insoweit nicht erforderlich (Doukoff Zivilrechtliche Berufung 6.Aufl. § 4Rnr.431).

60
Die Entscheidung ergeht im Wege des Teilurteils, da gegenüber der Beklagten zu 4) geltend gemachte Ansprüche mangels hinreichender Ladung derselben zum Termin noch nicht entscheidungsreif waren. Die Entscheidung gegenüber der Beklagten zu 3) ergeht im Wege des Versäumnisurteils, da diese trotz ordnungsgemäßer Ladung zum Termin nicht erschienen ist und nicht vertreten war.

II.

61
Die Berufung des Klägers ist teilweise begründet.

62
1. Der Kläger hat Anspruch auf Bezahlung restlicher von ihm geleisteter Arbeit aus dem Zeitraum Januar 2019 bis August 2021, im von ihm geltend gemachten zeitlichen Umfang in Höhe des jeweils im Zeitpunkt der Leistungserbringung geltenden Mindestlohns aus § 611 BGB. Dieser betrug im Jahr 2019 € 9,19, im Jahr 2020 € 9,35 und im Jahr 2021 im 1 .Halbjahr € 9,50 und im 2.Halbjahr € 9,60. Der Kläger hat insoweit Anspruch darauf, entsprechend erfolgter Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Beklagten zu 4) und nach Wiederaufnahme des Verfahrens und entsprechender Antragsumstellung nach dem erfolgten Bestreiten des Insolvenzverwalters, dass diese Ansprüche zur Insolvenztabelle festgestellt werden (BAG 25.05.2022 – 6 AZR 224/21).

63
a) Der Kläger hat die von ihm eingeklagten Vergütungsansprüche auch hinreichend schriftsätzlich im einzelnen dargestellt und geltend gemacht. Soweit er insoweit auf die von ihm vorgelegten Dienstpläne verwiesen hat, erfolgt dies, nachdem er die einzelnen Ansprüche bereits im Schriftsatz aufgezählt hat, nur zur Klarstellung und Beweisführung. Der Kläger hat daher nicht lediglich hinsichtlich seiner Ansprüche auf Anlagen verwiesen. Den von Seiten des Klägers geltend gemachten Ansprüchen ist der Beklagte zu 1) auch nicht substantiiert entgegengetreten.

64

aa) Klagt ein Arbeitnehmer Arbeitsvergütung ein, hat er darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen hat, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt (BAG 18.04.2012 – 5 AZR 248/11). Da die konkret zu leistende Arbeit in der Regel vom Arbeitgeber durch Weisungen zu bestimmen ist, genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, indem er vorträgt, er habe sich zur rechten Zeit am rechten Ort bereitgehalten, um Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers zu befolgen. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern. Deshalb hat der Arbeitgeber im einzelnen vorzutragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und ob der Arbeitnehmer den Weisungen nachgekommen ist. Trägt er nichts vor oder läßt er sich nicht substantiiert ein, gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragenen Arbeitsstunden als zugestanden (BAG a.a.O.).

65
bb) Im vorliegenden Fall hat der Kläger im einzelnen vorgetragen, wie sich der Arbeitsablauf hinsichtlich der einzelnen Schichten dargestellt hat, insbesondere inwieweit eine Anwesenheit vor Schichtbeginn und nach Schichtende im jeweiligen Umfang von 30 Minuten bzw. 18 Minuten erforderlich war und insbesondere auch von Seiten der Arbeitgeberin gefordert wurde, sogar unter Androhung einer Vertragsstrafe. Diesen Ausführungen des Klägers ist die Arbeitgeberseite in keiner Weise entgegengetreten. Sie hat sich vielmehr lediglich darauf beschränkt, allgemein zu bestreiten, dass der Kläger jeweils an den von ihm dargestellten Tagen in den von ihm genannten Zeiträumen vor und nach Schicht anwesend gewesen wäre. Die von Seiten des Klägers angegebenen Zeiten, seien auch abgerechnet worden. Demgegenüber hat der Kläger zum einen die jeweiligen Tage, an denen er diese entsprechenden Zeiten absolviert hat sowie darüber hinaus auch Stunden erbracht hat, die von Seiten der Arbeitgeberin nicht abgerechnet worden sein sollen, im einzelnen dargestellt, zum anderen auch eine Zeugenaussage der Zeugin … im Rahmen des gegen den Beklagten zu 2) geführten Ermittlungsverfahrens zitiert, wonach verpflichtende Anwesenheitszeiten vor Schichtbeginn bestanden haben, aber nicht vergütet wurden (s. Schriftsatz v. 18.03.2025 S.3). Schließlich hat der Kläger auch dargelegt, dass die von ihm zu Beweiszwecken vorgelegten Dienstpläne auch die tatsächliche Arbeitsleistung wiedergeben würden, da zwar Dienstpläne auch nach seiner Einlassung einer ständigen Abänderbarkeit unterlagen, jedoch die von ihm vorgelegten Dienstpläne die erbrachte Arbeitsleistung deshalb zeigten, da erst bei Diensterbringung handschriftlich Einträge erfolgt seien, die die endgültige Zuordnung in Form eines Klammerzusatzes darstellten. Auch insoweit hat der Kläger in oben genanntem Schriftsatz eine Aussage der Zeugin … im Ermittlungsverfahren zitiert. All diesen Darstellungen ist die Arbeitgeberseite und der Beklagte zu 1) nicht substantiiert entgegengetreten. Soweit entsprechender letztgenannter Vortrag erneut in der mündlichen Verhandlung vom 26.03.2025 erfolgt ist und als verspätet gerügt wurde, ist zum einen, wie dargestellt, der Vortrag bereits zuvor erfolgt, andererseits dieser Vortrag auch nicht bestritten worden, sodass er noch berücksichtigungsfähig war.

66
Der Kläger hat insbesondere schriftsätzlich im einzelnen vorgetragen, an welchen Tagen er in welchem Umfang Arbeitsleistung erbracht hat. Diese Arbeitsleistung hat zwar die Arbeitgeberseite vor Insolvenzeröffnung bestritten in der Form, dass die einzelnen Tage, an denen der Kläger keine Arbeitsleistung erbracht haben soll, aufgelistet wurden und eine Arbeitsleistung an diesen Tagen bestritten wurde. Dies betraf den Zeitraum aus dem Jahr 2019. Die weiter geltend gemachten Tage aus den Jahren 2020 und 2021 wurden nicht mehr bestritten. Aber auch das Bestreiten der einzelnen Tage aus dem Jahr 2019 erfolgte nicht substantiiert. Ersichtlich aus den vorgelegten Lohnabrechnungen, die zum Teil auch die einzelnen Tage und insoweit abgerechneten Stunden erkennen lassen, hat die Arbeitgeberseite jeweils die Tage bestritten, die aus den Lohnabrechnungen sich nicht ergeben. Demgegenüber hat der Kläger die Tage im einzelnen dargelegt und insoweit mit den Dienstplänen belegt, aus denen im Wege des Klammerzusatzes die tatsächliche Arbeitsleistung nach dem unstreitigen Sachvortrag, wonach erst bei tatsächlicher Arbeitsleistung der Klammerzusatzes eingetragen wurde, sich ergibt. Da die Arbeitgeberseite weder das Procedere hinsichtlich Vor- und Nacharbeiten bestritten hat, auch schwerlich bestreiten konnte, nachdem der Kläger dies auch mit W.-Korrespondenz belegt hat, die Dienstpläne über den Klammerzusatz auch ein erhebliches Indiz für die tatsächliche Arbeitsleistung erbringen, wäre es im Rahmen der abgestuften Darlegungslast zur Erfüllung des Erfordernisses des substantiierten Bestreitens nötig gewesen, im einzelnen darzulegen, wieso der Kläger an diesen einzelnen Tagen tatsächlich keine Arbeitsleistung erbracht haben sollte. Im Zusammenhang damit steht zum einen der Umstand, dass die Arbeitgeberseite für die Monate Februar bis Juli 2019 jeweils alle vom Kläger in diesen Monaten angegebenen Tage bestritten hat, obwohl der Kläger für diese Monate Lohnabrechnungen vorgelegt hat, aus denen sich Lohnzahlungen

ergeben. Insoweit wäre es für ein substantiiertes Bestreiten nötig gewesen, darzulegen, welche Tage abgerechnet wurden und welche Tage nicht, etwa wegen Nichterbringens von Arbeitsleistung. Andererseits ergibt sich auch aus der von Seiten des Klägers vorgelegten W.-Korrespondenz (vergleiche Anlage BK10 Bl. 838 d.A.), dass von Seiten der Arbeitgeberin bewusst Zeiten in Lohnabrechnungen nicht berücksichtigt wurden, um nicht über die Geringfügigkeitsgrenze hinauszugehen, diese Arbeitszeiten dann aber in Bar bezahlt wurden, Umschläge mit Zahlungen übergeben wurden. In dieser Gesamtschau hätte es daher der Arbeitgeberseite oblegen im einzelnen darzulegen, wieso der Kläger an den aus den Dienstplänen ersichtlichen Tagen keine Arbeitsleistung erbracht haben soll. Da somit ein substantiiertes Bestreiten nicht vorgelegen hat, gelten die von Seiten des Klägers dargelegten Arbeitsstunden als zugestanden, § 138 Abs.3 ZPO.

67
cc) Der Kläger hat insoweit Anspruch auf Zahlung der üblichen und vereinbarten Vergütung, welche sich auf den zum damaligen Zeitpunkt geltenden Mindestlohn belief. Setzt man daher diesen Mindestlohn in die jeweilige Berechnung des Klägers im Schriftsatz vom 31.12.2022 (Bl. 126 ff d.A.) und 20.06.2023 (Bl.422 ff d.A.) ein, so ergeben sich die ausgeurteilten Beträge.

68
dd) Darüber hinaus hat der Kläger auch Anspruch auf die von ihm geltend gemachten Lohnabzüge in Form der 2,- Euro Gläsergeld pro Einsatztag. Soweit eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Arbeitgeberseite bestand, widerspricht diese den von Seiten des BAG aufgestellten Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung (vgl. hierzu auch BAG 17.09.1998 – 8 AZR 175/97). Insoweit tritt eine volle Haftung für Schäden nur dann ein, wenn etwa eine grob fahrlässige oder vorsätzliche Schadensherbeiführung durch den Arbeitnehmer vorliegt. Bei etwa nur leichter Fahrlässigkeit, ergäbe sich überhaupt keine Haftung. Die Zahlung des Gläsergeldes erfolgt aber unabhängig davon, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist. Wie etwa bei der Vereinbarung eines Mankogeldes, wäre eine solche Vereinbarung aber nur dann wirksam, wenn gleichzeitig die Chance bestünde eine höhere Vergütung zu erzielen (vgl. BAG 02.12.1999 – 8 AZR 386/98). Da somit die Lohnabzüge zu Unrecht erfolgt sind, hat der Kläger Anspruch auf die entsprechende Auszahlung.

69
ee) Soweit der Kläger Ansprüche im Zusammenhang mit erfolgter Wäsche der überlassenen Arbeitskleidung geltend macht, steht ihm ein Aufwendungsersatzanspruch zu, § 675, 670 BGB, da Kosten für die Reinigung von Arbeitskleidung, deren Tragen aus hygienischen Gründen auch vorgeschrieben ist, der Arbeitgeber zu tragen hat (vgl. LAG Düsseldorf 26.04.2001 – 13 Sa 1804/00). Der Kläger hat im Einzelnen zu dieser Verpflichtung vorgetragen sowie auch zum Umfang der vorgenommenen Reinigungen und deren Kosten. Dem ist die Arbeitgeberseite nicht substantiiert entgegengetreten. Daher waren auch diese Kosten, wie von Seiten des Klägers geltend gemacht, zuzusprechen. Damit ergeben sich hieraus die unter Ziff. 5.1. bis 5.24. zugesprochenen Beträge.

70
ff) Der Kläger hat hingegen keinen Anspruch auf Bezahlung der jeweiligen Stunden in Höhe des von ihm geltend gemachten aktuellen Mindestlohns. Denn der jeweilige Lohnanspruch in Höhe des Mindestlohns entsteht mit jeder geleisteten Arbeitsstunde (BAG 21.12.2016 – 5 AZR 374/16). Das Bundesarbeitsgericht hat als unabdingbaren Mindestschutz auf Entgeltebene die Garantie des gesetzlichen Mindestlohns angesehen (BAG 25.04.2023 – 9 AZR 253/22). Mit dem Mindestlohn soll dabei dem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen gewährleistet werden. Da somit der Anspruch bereits mit Erbringung der Arbeitsleistung entstanden ist, es sich auch nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, da auch §§ 21, 20 MiLoG kein Schutzgesetz darstellen im Sinne des § 823 Abs.2 BGB (BAG 30.03.2023 – 8 AZR 120/22), also ein vertraglicher Anspruch letztlich gegeben ist, der gesetzlich garantiert ist, unterliegt dieser Anspruch auch keiner späteren Erhöhung. Auch vom Zweck dieser Leistung, der Existenzsicherung, ist kein anderes Ergebnis gefordert. Denn der Zeitraum, der hier abgesichert werden soll, liegt bereits in der Vergangenheit. Eine nachträgliche Existenzsicherung ist nicht mehr möglich. Daher käme allenfalls ein Schadensersatzanspruch in der Form in Betracht, wenn die Existenzsicherung etwa durch Kreditaufnahme erfolgt wäre, also ein weitergehender darüber hinausgehender Schaden im Form eines Verzugsschadens eingetreten wäre. Dies hat aber der Kläger nicht substantiiert dargetan, sondern lediglich einen solchen Verzugsschaden unsubstantiiert behauptet. Insoweit war dieser über die ausgeurteilten Beträge hinausgehend geltend gemachte Anspruch zurückzuweisen. Auch bezüglich des 30.05.2019 war ein

Anspruch herauszurechnen, da sich in dem insoweit vorgelegten Dienstplan eine Einteilung und Arbeitsleistung des Klägers nicht ergibt (vgl. BI.288 d.A.)

71
2. Der Kläger hat Anspruch darauf, dass eine Forderung in Höhe von 9.897,60 Euro brutto zur Insolvenztabelle festgestellt wird, da in dieser Höhe für das Jahr 2020 ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn gemäß §§ 611, 615, 293, 296 BGB besteht.

72
a) Zwischen den Parteien bestand im Jahr 2020 ein Arbeitsverhältnis. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberseite war eine Vereinbarung zwischen den Parteien nicht über ein Arbeitsverhältnis auf Geringfügigkeitsbasis, etwa mit einer Arbeitszeit von 10 Stunden pro Woche, zustandegekommen, da ein entsprechender Vertragsschluss mit einem solchen Vertragsinhalt nicht dargelegt wurde. Dieser ergibt sich insbesondere nicht aus dem „Personalbogen für Aushilfen und Studenten“ (BI.369 d.A.). Zum einen ist insoweit bereits zu berücksichtigen, dass dieser vom 05.06.2021 stammt und damit eine Einigung für das Jahr 2020 nicht beinhalten kann. Was daher zu Beginn des Arbeitsverhältnisses im Oktober 2018 etwa zwischen den Parteien im einzelnen und wann vereinbart wurde, ist nicht dargelegt worden. In dem Personalbogen ist des weiteren auch eine Höchststundenanzahl nicht eingetragen. Vielmehr ist dieser Passus derart gestrichen, dass eine entsprechende Höchstarbeitszeit von Seiten des einzig unterzeichnenden Klägers nicht eingetragen wurde. Damit korrespondiert der Umstand, dass der Kläger bereits von Anfang an über die von Seiten der Beklagten behaupteten 10 Stunden pro Woche in Anspruch genommen wurde. Insbesondere auch die oben dargestellten Vergütungsansprüche für das Jahr 2019 zeigen, dass im Durchschnitt bei gearbeiteten insgesamt 1092 Stunden ca. 21 Stunden pro Woche gearbeitet wurde. Nachdem somit eine Vereinbarung einer bestimmten Stundenzahl nicht festgestellt werden konnte, bestimmt sich die Frage des zeitlichen Umfangs, in dem der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten kann, danach, wie tatsächlich die Arbeitszeit praktiziert wurde. Insofern kann es sogar dahingestellt bleiben, ob zwischen den Parteien tatsächlich 10 Stunden pro Woche vereinbart wurden, da bei einem regelmäßigen Überschreiten diese Stundenanzahl, dies maßgeblich ist (vgl. BAG 24.09.2014 – 5 AZR 1024/12 Rnr. 17). Insofern konnte es auch dahinstehen, ob der Kläger in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf nach § 12 TzBfG stand und etwa wegen fehlender Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart galt, § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG.

73
b) Der Kläger wurde jedoch von der Arbeitgeberin nicht in dem Umfang im Jahr 2020 beschäftigt, wie sich die regelmäßige Arbeitszeit aus dem vorhergehenden Zeitraum, insbesondere 2019, ergibt. Damit ist aber die Arbeitgeberseite in Annahmeverzug geraten, da ein Angebot der Arbeitsleistung gemäß § 296 BGB entbehrlich war.

74
aa) Das Angebot zur Erbringung der Arbeitsleistung, das grundsätzlich zur Auslösung des Annahmeverzuges erforderlich ist, war insoweit entbehrlich gemäß § 296 BGB, da vorliegend eine flexible Arbeitszeitgestaltung bestand. Eine Vereinbarung, wann etwa der Kläger seine Arbeitsleistung zu erbringen hatte, also in welchem Umfang und an welchen Wochentagen, bestand nicht. Zwar hatte der Kläger die Tage angegeben, an denen er keine Arbeitseinteilung wünschte, im Übrigen erfolgte aber die Arbeitseinteilung durch die Arbeitgeberseite durch Dienstplanerstellung einseitig und flexibel. Insofern lag die Verantwortung für die Arbeitseinteilung allein bei der Beklagten, welche diese auch als verbindlich ansah. Denn ruft der Arbeitgeber in einer solchen Situation die Arbeit vertragswidrig nicht im Umfang der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeit oder vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts festzulegenden Verteilung ab, bedarf es eines Angebots der Arbeitsleistung nach § 296 S. 1 BGB nicht (BAG 26.01.2011 – 5 AZR 819/09; LAG Köln 04.03.2010 – 6 Sa 117/10).

75
bb) Da somit die Arbeitgeberseite die Arbeitsleistung des Klägers nicht im Umfang von durchschnittlich 21 Stunden pro Woche im Wege der Dienstplaneinteilung in Anspruch genommen hat, ist sie in Annahmeverzug geraten.

76
cc) Der Kläger hat daher grundsätzlich Anspruch auf Vergütung derjenigen Arbeitszeit, die sich aus der Differenz zwischen 1092 Stunden (21 x 52 Wochen), abzüglich gearbeiteter 390,2 Stunden im Jahr 2020

ergibt. Somit liegt ein Annahmeverzug im Umfang von 701,80 Stunden vor. Dabei hat der Kläger jedoch lediglich Stunden im Umfang von 638,3 Stunden geltend gemacht (vgl. Bl. 442 d.A.). Die insoweit zu berücksichtigenden Stunden sind daher mit dem Mindestlohn, der im Jahr 2020 gegolten hat, also 9,35 Euro, zu vergüten. Auch die von Seiten des Klägers geltend gemachten Zuschlagsansprüche für Nacht- und Sonntagsarbeit waren entsprechend der Berechnung des Klägers (Bl. 443 d.A.) anzusetzen, da die Arbeitgeberseite und der Beklagte zu 1) diesen auch nicht entgegengetreten sind. In die Annahmeverzugslohnansprüche fließen auch die in Form des Naturallohns gewährten Möglichkeiten des Klägers ein, vergünstigt Speisen und Getränke zu erhalten. Insoweit ist der Wert von Sachbezügen anzusetzen (Preis ErfK § 615 BGB Rnr.78). Denn insoweit liegt eine Leistung mit Entgeltcharakter vor. Die von Seiten des Klägers angegebenen Werte bezüglich der Sachbezugswerte, denen auch von Beklagtenseite nicht entgegengetreten wurde, ergeben jedoch nicht den von Seiten des Klägers angegebenen Betrag von insgesamt Euro 40,90, sondern lediglich von Euro 36,30 (vgl. Berechnung Bl. 442 d.A.). Somit war lediglich dieser Betrag in die Berechnung einzustellen, sodass letztlich sich der Betrag von 9.897,60 Euro brutto ergibt. Nachdem der Kläger selbst von einem Jahresdeputat an Stunden ausgeht, ist die Beklagtenseite ab Ende des Jahres in Verzug geraten, sodass entsprechend ab diesem Zeitpunkt die Schuld auch zu verzinsen ist.

77
dd) Auf diese Annahmeverzugslohnansprüche muss sich der Kläger auch keinen böswillig unterlassenen Zwischenverdienst gemäß § 615 S. 2 2. HS BGB anrechnen lassen. Denn eine fiktive Anrechnung anderweitigen Verdienstes scheidet jedenfalls insoweit aus, als von Beklagtenseite nicht ausreichend substantiiert dargelegt wurde, dass es eine für den Kläger geeignete und ihm zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit gegeben hätte, auf die er sich mit Erfolg hätte bewerben können. Insoweit ist immer ein schlüssiger Vortrag des Arbeitgebers zu konkreten und zumutbaren Beschäftigungsmöglichkeiten erforderlich. Nur wenn er solchen im Annahmeverzugsprozess leistet, trägt der Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der Bedingungsvereitelung im weiteren die Darlegungs- und Beweislast, dass eine Bewerbung auf eine solche Stelle erfolglos gewesen wäre. Insoweit reicht es auch nicht aus, dass von Beklagtenseite hier auf etwaige Beschäftigungsmöglichkeiten im Gastronomiebereich Bezug genommen wird. Es ist ein konkreter Vortrag zu Beschäftigungsmöglichkeiten nötig (vgl. hierzu ausführlich BAG 15.01.2025 – 5 AZR 273/24). Die von Seiten des Beklagten zu 1) geltend gemachte Auskunft über etwaige Beschäftigungsversuche und Bewerbungen des Klägers hat der Kläger bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 27.07.2023 erbracht.

78
Entsprechend besteht der Anspruch des Klägers, diese Forderung zur Insolvenztabelle festgestellt zu erhalten.

79
3. Der Kläger hat darüber hinaus Anspruch darauf, dass für das Jahr 2021 ein Anspruch in Höhe von 14.614,20 Euro brutto nebst Zinsen zur Insolvenztabelle festgestellt wird. Insoweit kann auf die Ausführungen oben zu Ziff. 2. verwiesen werden. Der Anspruch besteht auch insoweit gemäß §§ 611, 615 BGB, da weiterhin das Arbeitsverhältnis fortbestand, der Kläger jedoch nicht hinreichend zur Arbeitsleistung herangezogen wurde. Nachdem mit der Dienstplaneinteilung auch gleichzeitig eine Handlung der Arbeitgeberseite erforderlich war zur Bewirkung der Leistung des Klägers, war zudem ab dem Oktober 2020 das insoweit unstreitig erfolgte wörtliche Angebot der Arbeitsleistung gemäß § 295 BGB ausreichend. Damit ergibt sich auch insoweit eine Berechnung auf der Basis von geschuldeten 1092 Stunden im Jahr, wobei vom Kläger angesetzte 117,3 Stunden abzuziehen waren, die bereits abgerechnet bzw. eingeklagt wurden. Auch insoweit hat der Kläger lediglich 922,7 Stunden geltend gemacht. Entsprechend den obigen Ausführungen waren wiederum im Rahmen des Naturallohns lediglich 36,30 Euro zu berücksichtigen. Damit ergibt sich unter Zugrundelegung der Berechnung des Klägers (Bl. 443 d.A.) der ausgeurteilte Betrag. Auch insoweit greifen die oben erfolgten Ausführungen hinsichtlich des böswilligen Unterlassens von Zwischenverdienst.

80
a) Des Weiteren hat der Kläger Anspruch darauf, dass ein Betrag in Höhe von 32.235,88 Euro brutto nebst Zinsen zur Insolvenztabelle festgestellt wird, für das Jahr 2022, da der Kläger insoweit einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 20 II BetrVG besitzt, zumindest eine Maßregelung gemäß § 612 a BGB derart erfolgte, dass der Kläger infolge der von ihm initiierten Aktivitäten zur Wahl

eines Betriebsrats als Konsequenz nicht mehr zum Dienst eingeteilt wurde. Auch hieraus ergibt sich ein Schadensersatzanspruch (vgl. BAG 21.09.2011 – 7 AZR 150/10). Die Kammer ist der Überzeugung, dass der Kläger letztlich seit Ende August 2021 bereits nicht mehr zum Dienst eingeteilt wurde infolge der Mitte des Jahres 2021 erfolgten Aktivitäten des Klägers zur Installation eines Betriebsrates, etwa durch Mitinitiierung einer Betriebsversammlung. Die von Seiten des Klägers vorgetragenen Abläufe im Zusammenhang mit dieser Initiative und die auch zeitnah damit erfolgte fehlende Einteilung zu Diensten lässt den Schluss zu, dass dies eine Folge dieser Initiative war. Der Kläger hat aber von seinen Rechten hier zulässigerweise Gebrauch gemacht, sodass jedenfalls eine Maßregelung vorliegt. Gleichzeitig erfolgte die fehlende Diensteinteilung auch deswegen, um weitere Aktivitäten des Klägers, die sich unbestrittenermaßen auch nach der gescheiterten Betriebsversammlung fortgesetzt haben, durch entsprechenden Druck auf den Kläger zu verhindern. Denn auch nach dem Arbeitsangebot des Klägers hat der Geschäftsführer der Beklagten zu 4) die fehlende Inanspruchnahme des Klägers zu Diensten mit einem gestörten Vertrauen begründet, was lediglich den Schluss zulässt, dass gerade aufgrund dieser zulässigerweise erfolgten Aktivitäten der Kläger nicht mehr zu Diensten eingeteilt werden sollte. Dieser Schluss ergibt sich auch aus der Aussage des Zeugen …, der zwar eine unmittelbare Anweisung des Geschäftsführers, den Kläger wegen dieser Aktivitäten nicht mehr einzuteilen, verneint hat, aus dessen Ausführungen sich aber ergibt, dass der Kläger auch im Jahr 2022 durch die Anweisung, in der Küche zu arbeiten, benachteiligt werden sollte, möglicherweise dazu veranlasst werden sollte, das Arbeitsverhältnis von sich aus aufzugeben. Denn der Zeuge hat klar zu erkennen gegeben, dass eine derartige Diensteinteilung absolut ungewöhnlich gewesen wäre. Auch wenn diese etwa aufgrund eines Vorschlags eines Rechtsanwalts erfolgt wäre, ändert dies nichts daran, dass für die Kammer ersichtlich hier nach Möglichkeiten gesucht wurde, den Kläger loszuwerden und auch weitere Aktivitäten zur Installierung eines Betriebsrats zu verhindern. Insofern stellt sich die Kündigung auch nicht etwa als unverschuldet dar, da sie nicht etwa nach anwaltlichem Rat wegen vermeintlicher Nichtbefolgung einer Weisung ausgesprochen wurde, sondern zur Verhinderung weiterer Aktivitäten. Dies zeigt im Übrigen auch der Umstand, dass der Kläger letztlich vorgetragen hat, dass der Zeuge ... für seine Aktivitäten im Zusammenhang mit einer Vermeidung einer Betriebsratswahl durch entsprechende Äußerungen gegenüber der Belegschaft Vergütung von Seiten der Arbeitgeberin erhalten hat, was vom Beklagten zu 1) ebenso wenig bestritten wurde, wie etwaige Äußerungen des Beklagten zu 2) gegenüber dem Zeugen … im Hinblick auf die unerwünschte Betriebsratswahl und im Hinblick auf Einschüchterungsversuche des Klägers auf Geheiß des Geschäftsführers.

81
Damit liegt aber auch ein Verstoß gegen das Schutzgesetz des § 20 Abs. 2 BetrVG vor, da hierdurch eine etwaige Initiative zur Wahl eines Betriebsrats behindert werden sollte.

82
b) Damit ist aber der hierdurch verursachte Schaden dem Kläger zu ersetzen. Der Schaden erfasst zunächst den Verdienstausfall im Umfang der von Seiten des Klägers geltend gemachten 1040 Stunden, die der Kläger regelmäßig zur Arbeitsleistung herangezogen wurde, s. o. zu 2., in Höhe des jeweiligen Mindestlohns. Nachdem sich der Mindestlohn im Laufe des Jahres 2022 im ersten Halbjahr auf 9,82 Euro belief, im zweiten Halbjahr bis zum 30.9.2022 auf 10,45 Euro und danach auf 12,- Euro, sind 520 Stunden mit dem ersten Mindestlohn, 260 Stunden mit dem zwischenzeitlichen Mindestlohn und weitere 260 Stunden mit dem Mindestlohn von 12.- Euro , insgesamt 10.343,40 Euro an Schaden zu ersetzen. Hinzu kommen die von Seiten des Klägers errechneten üblichen Zuschläge im Umfang von 1342,20 Euro, sowie entgangene Sachbezüge im Umfang von 5393,14 Euro, wobei auch hier wiederum der richtige Wert von 36,30 Euro anzusetzen war. Schließlich erfasst der Schadensersatz auch den entgangenen Gewinn in Form erzielbarer Trinkgelder in Höhe von durchschnittlich 100,.- Euro pro Schicht, was letztlich die Parteien auch im Hinblick auf die schriftliche Erklärung des Zeugen … unstreitig gestellt haben (vgl. etwa LAG Hamburg 13.02.2008 – 5 Sa 69/07). Dies ergibt einen weiteren Betrag von 14.857,14 Euro. Hinzu kommt ein Betrag i.H.v. 300.- Energiepreispauschale, die im September 2022 von den Arbeitgebern an die Arbeitnehmer ausbezahlt werden sollte, § 117 Abs. 2 EStG. Auch diesem Anspruch ist der Beklagte zu 1) nicht entgegengetreten. Somit ergibt sich insgesamt ein Betrag i.H.v. 32.235,88 Euro, der wiederum zur Insolvenztabelle festzustellen ist.

83

c) Dem steht auch nicht etwa ein Mitverschulden des Klägers gegenüber oder eine Verletzung der Schadensminderungspflicht dadurch, dass der Kläger sich in diesem Jahr nicht um eine anderweitige Beschäftigung bemüht hat. Zwar kann dies bei einer etwaigen Schadensberechnung berücksichtigt werden (BAG 12.10.2022 – 5 AZR 30/22). Jedoch ermangelt es hier eines konkreten Vortrags des Beklagten zu 1). Das Gericht könnte allenfalls im Wege einer Schätzung einen Betrag in die Schadensberechnung einbeziehen, da eine konkrete erzielbare anderweitige Einkunftsquelle nicht vorgetragen ist. Jedoch sieht sich das Gericht außerstande eine substantiierte Schätzung vorzunehmen, da keinerlei Tatsachen vorgetragen sind, an denen sich die Schätzung orientieren könnte, wie etwaige freie Stellen mit einem bestimmten Arbeitsumfang. Ohne ausreichende greifbare Anknüpfungstatsachen kann jedoch auch eine Schätzung nicht vorgenommen werden, da dann davon ausgegangen werden müsste, dass eine Schätzung völlig in der Luft hängen würde und damit willkürlich wäre (BAG 26.09.2012 – 10 AZR 370/10). Insofern konnte eine schadensmindernde Summe eines etwaigen erzielbaren Verdienstes nicht ermittelt werden.

84
Somit war auch diese Summe zur Insolvenztabelle festzustellen.

85
4. In gleicher Höhe ergibt sich auch für das Jahr 2023 eine zur Insolvenztabelle festzustellende Forderung. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Ziff. 4. verwiesen werden.

86
5. Bezüglich dieser beiden letzten festzustellenden Forderungen, war auch die Feststellung zu treffen, dass diese Forderungen aus einer unerlaubten Handlung stammen. Insoweit kann auf die Ausführungen unter Ziff. 4. a) verwiesen werden. Zwar erfordert eine entsprechende Feststellung auch einen doppelten Vorsatz, d. h. auch einen Vorsatz, der den Schaden mit erfasst (vgl. BGH 21.06.2007 – IX ZR 29/06). Dabei ist aber bedingter Vorsatz ausreichend, d. h., dass der unerlaubten Handlung selbst eine spezifische Schädigungstendenz innewohnen muss, um die Ausnahme aus der Restschuldbefreiung begründen zu können. Der Schädiger muss also wenigstens billigend einen Schadenseintritt in Kauf genommen haben. Insoweit erscheint es aber kaum vorstellbar, dass ein entsprechender Schädigungsvorsatz nicht bestanden hat. Die Arbeitgeberseite wollte gerade durch etwa die fehlende Diensteinteilung weitere Handlungen des Klägers im Hinblick auf die Betriebsratswahl unterbinden und durch die fehlende Diensteinteilung, also gerade durch den dadurch entstehenden Verdienstausfallschaden Druck auf den Kläger ausüben. Insoweit hat die Arbeitgeberseite nicht etwa damit gerechnet in fahrlässiger Weise, dass kein Schaden eintreten würde, sondern diesen Schaden gerade billigend in Kauf genommen. Daher ist auch von dem doppelten Vorsatz auszugehen und war die Feststellung wie beantragt zu treffen.

87
6. Dem Kläger stehen die unter Ziff. 5. ausgeurteilten Ansprüche auch gegenüber dem Beklagten zu 2) persönlich zu, da dieser die entsprechenden maßgeblichen Handlungen als Geschäftsführer persönlich zu verantworten hatte. Da insoweit die Verletzung eines Schutzgesetzes vorliegt im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, ergibt sich auch nicht die Begrenzung der Haftung des Geschäftsführers, sondern vielmehr die Durchgriffshaftung (vgl. insoweit BAG 30.03.2023 – 8 AZR 120/22).

88
Entsprechende Veranlassung durch den Geschäftsführer persönlich zeigt zum einen die Äußerung des Geschäftsführers, die dieser nicht bestritten hat, dass mangels hinreichenden Vertrauens eine weitere Tätigkeit des Klägers Ende des Jahres 2021 abgelehnt wurde. Gleichermaßen hat der Beklagte zu 2) auch den gesamten Vortrag des Klägers im Zusammenhang mit der Betriebsversammlung und etwa auch dem Tätigwerden des Zeugen …, einschließlich des Erhalts einer Geldsumme, nicht bestritten. Des Weiteren hat der Beklagte zu 2) zwar bestritten, den Zeugen … zur Einschüchterung des Klägers aufgerufen zu haben. Dies hatte der Kläger allerdings nicht behauptet. Der Kläger hatte vorgetragen, dass der Zeuge … ihn aus der W.-Gruppe zeitweilig entfernt hatte und dies seiner Einschüchterung dienen sollte, nicht hingegen dass der Zeuge … zur Einschüchterung aufgerufen wurde. Dieser habe lediglich diese Aufforderung mitbekommen. Schließlich ergibt sich auch aus der Aussage des Zeugen … im Hinblick auf die Einteilung des Klägers zu Küchendiensten, dass dies absolut ungewöhnlich war und letztlich nur den Zweck hatte, Druck auf den Kläger auszuüben bzw. eine Kündigung zu provozieren. All dies sollte weitere Aktivitäten des Klägers im Hinblick auf eine Betriebsratswahl verhindern. Damit ist aber § 20 Abs. 2 BetrVG verletzt. Dieser stellt ein Schutzgesetz dar, sodass entsprechend § 823 Abs. 2 BGB der hieraus entstehende Schaden zu

ersetzen ist. Hinsichtlich des Vorsatzes kann auf die Ausführungen unter Ziff. 6. Bezug genommen werden. Kausal ist damit der Schaden, wie er unter Ziff.4. dargestellt wurde entstanden und damit zu ersetzen. Damit war der Teilklage und dem Hilfsantrag stattzugeben.

89
7. Soweit den Ansprüchen gegenüber der Beklagten zu 3) stattgegeben wurde, beruht dies auf der Säumnis der Beklagten zu 3) im Termin vom 26.03.2025 und erfolgte die stattgebende Entscheidung in Form des Versäumnisurteils.

90
a) Insofern waren den Ansprüchen auf Urlaubserteilung und auf Aufnahme in die W.-Gruppe stattzugeben.

91
b) Hingegen waren die Ansprüche im Hinblick auf den Antrag gemäß § 61 Abs. 2 Ar- bGG und im Hinblick auf die beantragte Feststellung, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Kaution für die Arbeitskleidung zurückzugeben ist, im Wege des unechten Versäumnisurteils zurückzuweisen.

92
aa) Ein Antrag gemäß § 61 Abs. 2 ArbGG verlangt eine hinreichende Begründung dahingehend, dass der Kläger darlegen muss, dass ihm durch die Nichtvornahme der Handlung tatsächlich ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser sich darstellt (LAG Hessen 16.02.2011 – 18 Sa 523/10; Schleusener in Germelmann ArbGG § 61 Rnr.30). Dem genügen die Ausführungen des Klägers nicht, der sich zuletzt darauf berufen hat, dass die Entschädigung gemäß § 61 Abs. 2 ArbGG deswegen festzusetzen sei, weil der Kläger ansonsten etwa eine Urlaubsreise nicht antreten könne. Dies ist aber kein Schaden der durch die Nichterteilung des Urlaubs ausgelöst wird. Dann hätte der Kläger darlegen müssen, welcher konkrete Schaden ihm dadurch entsteht, etwa in welcher Höhe Kosten anfallen, die er vorschießen müsse. Im Übrigen entsteht dem Kläger zunächst durch die Nichterteilung des Urlaubs auch kein wirklicher Schaden, da der Urlaub weiterhin bestehen bleibt und auch weiterhin erteilt werden kann. Vom Anspruch auf Urlaubserteilung wäre auch der Anspruch auf Urlaubsentgelt zu trennen, den der Kläger gegebenenfalls getrennt geltend machen müsste.

93
bb) Hinsichtlich des Feststellungsantrages bezüglich der Kaution ermangelt es am derzeitigen aktuellen Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO. Letztlich liegt schon kein feststellbares Rechtsverhältnis vor, vielmehr soll das Gericht gutachterlich im Vorhinein feststellen, ob der Kläger gegebenenfalls künftig einen entsprechenden Anspruch haben werde. Dabei bleibt es letztlich spekulativ, ob überhaupt der entsprechende Streit entstehen wird, nachdem im Wege des Betriebsübergangs eine neue Beklagte an die Stelle der Beklagten zu 4) getreten ist. Darüber hinaus ist auch zweifelhaft, ob es überhaupt zur Rückgabe der Bekleidungsstücke kommen wird, da eine derartige Rückgabe bei gegebenenfalls Verschlechterung der Kleidungsstücke bzw. deren Zerstörung etwa oder Verlust nicht mehr möglich wäre. Jedenfalls besteht kein Grund eine entsprechende Feststellung alsbald für den Kläger zu treffen, nachdem die Beklagte zu 3) dem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zu ihr nicht entgegengetreten ist und insoweit auch fraglich ist, ob die Beklagte zu 3) wie die Beklagte zu 4) den Anspruch nicht ohnehin erfüllen würde.

94
8. Hinsichtlich der Ansprüche auf Feststellung eines Schadens wegen Verletzung des Nachweisgesetzes bzw. auf Feststellung eines Steuerschadens hat sich die Klage in der Hauptsache durch übereinstimmende Erledigterklärung der betroffenen Parteien erledigt.

95
9. Weitergehende Ansprüche des Klägers bestehen nicht. Soweit Ansprüche in geringerer Höhe ausgeurteilt wurden, als sie vom Kläger geltend gemacht wurden, beruht dies auf der Ansetzung der jeweils aktuellen Mindestlöhne und falsche Berechnungen des Klägers bzw. einzelner nicht nachgewiesener Stunden. Insoweit kann auf die oben erfolgten jeweiligen Ausführungen Bezug genommen werden.

96
10. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

97

11. Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht, da dem Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere unter Berücksichtigung der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird verwiesen.