

beglaubigte Abschrift

17 Sa 1484/17

3 Ca 672/17

ArbG Iserlohn



Verkündet am 19.04.2018:

Klischat, Regierungssekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landesarbeitsgericht Hamm**Im Namen des Volkes****Urteil**

In Sachen

◀ Mdt. z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Hagen - 9. MAI 2018	
Erliegt	Fristen + Termine <i>(green checkmark)</i>
Bearbeitet <i>(blue B)</i>	

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Hagen, Körnerstraße 43, 58095 Hagen,

gegen

i. Inhaber

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwaltskanzlei

i. Hannover,

hat die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 19.04.2018
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht
sowie die ehrenamtlichen Richter und
für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeits-
gerichts Iserlohn vom 23.08.2017 – 3 Ca 672/17 – abgeän-
dert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.458,90 Euro brutto abzüglich gezahlter 1.044,22 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.414,68 Euro seit dem 12.04.2017 und eine Verzugs-pauschale gemäß § 288 Abs. 5 BGB in Höhe von 160 Euro zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen, soweit sie verurteilt wird, an den Kläger eine Verzugs-pauschale von 160 Euro zu zahlen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche des Klägers aus einem beendeten Arbeitsverhältnis.

Der Kläger war auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages vom 29.02.2016 (Bl. 21 – 23 d. A.) seit dem 01.03.2016 als Linienbusfahrer mit dem Tätigkeitsort Lüdenscheid bei der Beklagten beschäftigt. Der Arbeitsvertrag war gemäß § 1.1.3 bis zum 28.02.2017 befristet.

In § 3.1 des Arbeitsvertrages vereinbarten die Parteien eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden. Nach § 3.3.2 legte die Beklagte Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und die Pausen nach den gesetzlichen und betrieblichen Regelungen unter besonderer Berücksichtigung der betrieblichen Belange fest.

Gemäß § 4.1 betrug der Stundenlohn 11 Euro. Die Vergütung war jeweils nachträglich zum Monatsende fällig, § 4.4.5. Die Beklagte zahlte die Vergütung tatsächlich jeweils zum 15. des Folgemonats.

§ 9 des Arbeitsvertrages enthält folgende Verfallfristen:

- 9.1 Alle Ansprüche, die sich aus oder in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind von den Vertragschließenden binnen einer Frist von drei Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Frist von weiteren drei Monaten beim Arbeitsgericht einzuklagen. Anderenfalls verfallen diese Ansprüche.
- 9.2 Die Haftung für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten oder für Schäden, die auf einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei bzw. eines Erfüllungsgehilfen der anderen Vertragspartei beruhe bleibt von dieser Ausschluss- und Verfallklausel unberührt.

Die Beklagte erstellte für die Monate Oktober und Dezember 2016 Schichtpläne, wegen deren Einzelheiten auf die von dem Kläger vorgelegten Kopien (Bl. 38, 39 d. A.) Bezug genommen wird.

Sie rechnete für Oktober 2016 93,08 Arbeitsstunden mit einem Stundenlohn von 11 Euro ab.

Für November 2016 vergütete sie 42,25 Stunden.

Für Oktober und November 2016 liegen Lohnabrechnungen (Bl. 24, 25 d. A.) vor.

Im Dezember 2016 arbeitete der Kläger am 01. und 02.12. In der Zeit vom 05.12.2016 bis zum Ende des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraumes nach § 3 Abs. 1 EntFG am 15.01.2017 war er arbeitsunfähig krank. Die Beklagte zahlte für Dezember 2016 687,07 Euro netto und für Januar 2017 357,15 Euro netto.

Mit Schreiben vom 15.02.2017 (Bl. 26, 27 d. A.) und vom 20.02.2017 (Bl. 28, 29 d. A.) machte der Kläger für Oktober 2016 einen weiteren Entgeltbetrag von 406,34 Euro brutto und für November 2016 in Höhe von 965,25 Euro brutto geltend.

Mit seiner am 05.04.2017 bei dem Arbeitsgericht Iserlohn eingegangenen, der Beklagten am 11.04.2017 zugestellten Klage hat er ihre Verurteilung zur Erteilung von Verdienstabrechnungen für die Monate Dezember 2016 und Januar 2017, zur Zahlung von 3.458,90 Euro brutto abzüglich erhaltener 1.044,22 Euro netto und einer Verzugs-pauschale gemäß § 288 Abs. 5 BGB in Höhe von 160 Euro begehrt.

Er hat behauptet:

Die Beklagte habe ihn ab Oktober 2016 nicht mit der vertraglichen Wochenarbeitszeit von 30 Stunden beschäftigt. Unstreitig habe er mit dem Fahrdienstleiter mehrfach und regelmäßig telefoniert. In diesen Telefonaten habe er eine vertragsgemäße Beschäftigung angemahnt.

Als Springer sei er von dem Fahrdienstleiter nach Bedarf eingeteilt worden. Die Beklagte habe Schichtpläne erstellt, die im Aufenthaltsraum ausgehängt worden seien. In diesen Schichtplänen sei er nicht mit seiner vertraglichen Arbeitszeit berücksichtigt worden. Ohne Einteilung habe er nicht arbeiten können mit der Folge, dass er seine Arbeitskraft nicht anbieten müssen.

Seine Geltendmachung vom 15.02.2017 habe er noch am 15.02.2017 per Telefax an die Beklagte versandt.

Wegen der Berechnung der klägerischen Forderungen im Einzelnen wird auf die Klageschrift vom 05.04.2017 (Bl. 18 – 20 d. A.) Bezug genommen.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte schulde ihm auch eine Verzugs-pauschale von monatlich 40 Euro, insgesamt 160 Euro, da sie sich in Zahlungsverzug befinde.

Er hat beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, ihm über die als Lohn Dezember 2016 erbrachte Zahlung in Höhe von 687,07 EUR und die als Lohn Januar 2017

erbrachte Zahlung in Höhe von 357,15 EUR jeweils eine Abrechnung zu erteilen.

2. die Beklagten zu verurteilen, an ihn 3.458,90 EUR brutto abzüglich erhaltener 1.044,22 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (11.04.2017) zu zahlen.
3. die Beklagten zu verurteilen, an ihn eine Verzugs pauschale gem. § 288 Abs. 5 BGB in Höhe von 160,00 EUR zu zahlen.

Die Beklagte hat den Klageantrag zu 1) anerkannt. Im Übrigen hat sie beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat ausgeführt:

Der Kläger habe nicht die Funktion eines Springers innegehabt.

Er habe bei Arbeitsvertragsschluss in 12 km von der Betriebsstätte entfernt gewohnt. Später sei er nach verzogen. Bis zu seinem Umzug habe er kein Problem damit gehabt, Umläufe und andere Dienste zu fahren, sodass sie ihn regelmäßig im Umfang von 30 Wochenstunden habe einsetzen können. Er habe die Wahlfreiheit gehabt, Dienst anzunehmen oder abzulehnen.

Nach seinem Umzug habe sich seine Einteilung als äußerst schwierig dargestellt. Bei vielen Fahrten habe er mitgeteilt, dass er aufwändige Dienste nicht fahren könne. Er habe nur Dienste angenommen, die von leicht zu erreichen gewesen seien. Ihm seien mehr Dienste als abgerechnet und vergütet angeboten worden. Er hätte ohne weiteres 30 Wochenstunden fahren können.

In den Monaten Oktober, November, Dezember 2016 und anteilig Januar 2017 seien ihm im Raum Dienste auf den Linien BR S2, BR S3 und BR S4 angeboten worden. Es habe sich um geteilte Dienste gehandelt. Herr habe ihm in regelmäßigen Telefonaten diese Dienste angeboten. Irgendwann habe der Kläger mitgeteilt,

er nehme geteilte Dienste nicht an und brauche deshalb auch nicht mehr angerufen zu werden.

Sie bestreite mit Nichtwissen, die Geltendmachung vom 15.02.2017 per Fax am gleichen Tag erhalten zu haben.

Mit Teilanerkennnis- und Schlussurteil vom 23.08.2017 hat das Arbeitsgericht Iserlohn die Beklagte verurteilt, dem Kläger über die als Lohn Dezember 2016 erbrachte Zahlung in Höhe von 687,07 Euro und die als Lohn Januar 2017 erbrachte Zahlung von 357,15 Euro jeweils eine Abrechnung zu erteilen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Es hat ausgeführt:

Dem Kläger stünden die geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht zu. Die Beklagte habe sich mit der Annahme weiterer Arbeitsleistungen des Klägers nicht in Verzug befunden.

Er habe seine Arbeitsleistung nicht tatsächlich angeboten. Er habe seine diesbezügliche Darlegungslast nicht ausreichend erfüllt.

Die Beklagte sei auch nicht nach § 295 BGB in Annahmeverzug geraten. Es sei davon auszugehen, dass er seine Arbeitsleistung ohne eine Einteilung durch sie nicht habe erbringen können, sodass ein wörtliches Angebot ausreichend gewesen wäre. Auch insoweit habe er seine Darlegungslast nicht erfüllt, sondern lediglich pauschal behauptet, regelmäßig mündlich wie telefonisch eine vertragsgemäße Beschäftigung angelehnt und seine Arbeitskraft angeboten zu haben.

Ein Angebot der Arbeitskraft sei nicht nach § 296 BGB entbehrlich gewesen. Danach sei ein Angebot entbehrlich, wenn für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt sei. Zwar habe der Kläger weitere Tätigkeiten als Linienbusfahrer erst nach einer entsprechenden Einteilung durch Schichtpläne der Beklagte erbringen können. Die Einteilung sei jedoch nicht nach dem Kalender bestimmt gewesen. Da der Kläger selbst behauptete, er sei in einer Funktion als

Springer eingesetzt worden, hätten die weiteren Einsätze nach den personellen Erfordernissen der Beklagten erfolgen können. Im ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis sei darüber hinaus § 296 BGB regelmäßig nicht anwendbar.

Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit ab dem 05.12.2016. Er sei zwar arbeitsunfähig krank gewesen. Für die Höhe der Entgeltfortzahlung sei das Entgelt maßgeblich, das er bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erhalten hätte. Abzustellen sei auf die individuelle Arbeitszeit des erkrankten Arbeitnehmers. Bei Schwankungen sei eine vergangenheitsbezogene Betrachtung zulässig und geboten.

Entgegen der Auffassung des Klägers sei die Entgeltfortzahlung nicht auf der Basis einer 30 Stundenwoche zu leisten. Ein Entgeltfortzahlungsanspruch bestehe nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung sei. Vorliegend habe dem Kläger in den vorangegangenen Monaten auch ohne seine Arbeitsunfähigkeit kein über die tatsächlich geleistete Arbeitszeit hinausgehender Vergütungsanspruch zugestanden. Er habe seine Arbeitskraft nicht angeboten. Seinem Vortrag lasse sich auch nicht entnehmen, dass er für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit beabsichtigt habe, seine Arbeitskraft anzubieten.

Seine individuelle, für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung maßgebliche Arbeitszeit sei schwankend gewesen, sodass die Entgeltfortzahlung anhand des Durchschnitts eines Referenzzeitraumes in der Vergangenheit zu berechnen sei. Lege man die in den Monaten Oktober und November 2016 geleistete Arbeitszeit zugrunde, ergebe sich eine durchschnittliche Arbeitszeit von 72,7 Stunden. Bei einem Stundenlohn von 11 Euro resultiere daraus ein Betrag von 579,32 Euro brutto. Die Beklagte habe jedoch für Dezember 2016 bereits 687,07 Euro gezahlt, sodass ein weitergehender Zahlungsanspruch für die Kammer nicht ersichtlich sei.

Auch für Januar 2017 stehe dem Kläger keine weitere Vergütung zu. Die Beklagte habe für den Entgeltfortzahlungszeitraum 357,15 Euro gezahlt. Unter Zugrundelegung des Referenzzeitraumes Oktober und November 2016 wäre für einen vollen Monat Entgeltfortzahlung in Höhe von 579,32 Euro zu zahlen gewesen.

Da sich die Beklagte mit der Entgeltzahlung nicht in Verzug befunden habe, stehe dem Kläger auch keine Verzugschuld zu.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Blatt 70 bis 75 der Akte Bezug genommen.

Gegen das ihm am 14.09.2017 zugestellte Urteil hat der Kläger am 16.10.2017 (Montag) bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.12.2017 am 12.12.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend begründet.

Er rügt das erstinstanzliche Urteil als fehlerhaft und führt aus:

Er könne zwar ein tatsächliches oder wörtliches Angebot seiner Arbeitskraft nicht darlegen. Ein Angebot sei jedoch gemäß § 296 BGB entbehrlich gewesen, da er seine Arbeitsleistung erst nach erfolgter Arbeitseinteilung durch die Beklagte habe erbringen können. Sie habe arbeitsvertraglich die Verpflichtung gehabt, ihn für 30 Wochenstunden einzuteilen und ihm zur Durchführung seiner Arbeit einen Bus zur Verfügung zu stellen. Er habe keine regelmäßigen, von vornherein ausnahmslos feststehenden Arbeitszeiten einhalten müssen. Die Beklagte habe vielmehr im Voraus einen Dienstplan erstellt, aus dem sich die eingeteilten Bustouren für die einzelnen Arbeitnehmer ergeben hätten. Seine Arbeitsleistung habe somit zwingend eine Handlung der Beklagten vorausgesetzt.

Das erstinstanzliche Gericht sei auch unzutreffend davon ausgegangen, dass die Mitwirkungshandlung nicht kalendermäßig bestimmt gewesen sei. Es sei vielmehr eine monatliche Arbeitseinteilung erforderlich gewesen, und zwar dergestalt, dass die Einteilung spätestens am letzten Tag des vorausgehenden Kalendermonats für den Folgemonat habe erfolgen müssen. Da jedoch unstreitig eine Arbeitseinteilung im Umfang von 30 Wochenarbeitsstunden nicht zum Ende des vorhergehenden Kalendermonats erfolgt sei, sei ein Arbeitskraftangebot entbehrlich gewesen.

Die Mitwirkungshandlung der Beklagten ergebe sich im Übrigen auch aus § 3.2 des Arbeitsvertrags.

Es sei auch nicht zutreffend, dass § 296 BGB im ungekündigten Arbeitsverhältnis ausnahmslos nicht anwendbar sei. Er verweise auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 04.03.2010 (6 Sa 117/10). Sein Fall sei vergleichbar.

Er berufe sich auch auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19.01.1999 (9 AZR 679/97). Das Bundesarbeitsgericht habe ausgeführt, dass es dem Arbeitgeber als Gläubiger der geschuldeten Arbeitsleistung obliege, den Einsatz fortlaufend zu planen und durch Weisungen hinsichtlich Ort und Zeit näher zu konkretisieren. Komme er dieser Obliegenheit nicht nach, gerate er in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer bedürfe.

Auch in seiner Entscheidung vom 26.01.2011 (5 AZR 819/09) habe das Bundesarbeitsgericht darauf hingewiesen, dass es eines Verlangens des Arbeitnehmers, ihm Arbeit zuzuweisen, nicht bedürfe, wenn zunächst eine Arbeitseinteilung durch den Arbeitgeber erfolgen müsse.

Da er ab dem 05.12.2016 arbeitsunfähig krank gewesen sei, habe er für die Dauer von sechs Wochen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Der Kläger beantragt,

das Teilanerkennnis- und Schlussurteil des Arbeitsgerichts Iserlohn abzuändern und die Beklagte weiterhin zu verurteilen, an ihn 3.458,90 Euro brutto abzüglich erhaltender 1.044,22 Euro netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

sowie an ihn eine Verzugs pauschale gemäß § 288 Abs. 5 BGB in Höhe von 160 Euro zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend und führt aus:

Die Rechtsausführungen des Klägers in der Berufungsbegründung seien unzutreffend. Ihm seien Dienste mehrfach angeboten worden. Insofern verweise sie auf ihren erstinstanzlichen Vortrag. Er habe jedoch nur die Dienste angenommen, die für ihn nach seinem Umzug nach Wuppertal leicht zu erreichen gewesen seien. Andere Dienste habe er ausgeschlagen.

Mit Beschluss vom 08.02.2018 hat die Berufungskammer der Beklagten aufgegeben, im Einzelnen unter Beweisantritt vorzutragen, wann genau dem Kläger in den wöchentlichen Telefonaten welche Dienste für den streitgegenständlichen Zeitraum mit welcher jeweiligen Reaktion des Klägers angeboten worden seien.

Die Beklagte hat dazu mit am 10.04.2018 bei dem Landesarbeitsgerichts eingegangenen Schriftsatz vorgetragen:

Es sei nicht mehr klar zu eruieren, an welchem Tag der Zeuge den Kläger angerufen habe. In der mündlichen Verhandlung werde Herr anwesend sein und werde anhand der Orderbücher erklären können, welche zusätzlichen Einsätze zum damaligen Zeitpunkt angestanden hätten. Der Kläger hätte diese fahren können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2 b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO an sich statthafte und form- sowie fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 23.08.2017 ist begründet, da die zulässige Zahlungsklage begründet ist.

I.

Der Anspruch des Klägers auf Zahlung von 3.458,90 Euro brutto abzüglich der Erfüllungsleistungen der Beklagten von 1.044,22 Euro ergibt sich für die Zeit von Oktober 2016 bis zum 04.12.2016 aus §§ 611 Abs. 1, 611 a Abs. 2, 615 Satz 1 BGB, da sich die Beklagte mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug befand. Für die Zeit vom 05.12.2016 bis zum 15.01.2017 rechtfertigt sich sein Anspruch aus §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 EntFG.

1. Für die Zeit vom 01.10.2016 bis zum 04.12.2016 verlangt der Kläger zu Recht Annahmeverzugslohn.

a. Das Arbeitsverhältnis bestand bis zum 28.02.2017.

b. Gemäß § 293 BGB kommt der Arbeitsgeber in Annahmeverzug, wenn er die angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt. Er kann auch teilweise mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten. Das ist der Fall, wenn er die Annahme der Arbeitsleistung nicht generell ablehnt, aber weniger Arbeitsleistung annimmt, als der Arbeitnehmer schuldet, der Arbeitgeber also den Umfang der Arbeitsleistung rechtswidrig einschränkt (BAG 07.11.2002 – 2 AZR 742/00 – Rdnr. 40, BAGE 103, 265).

aa. Der Kläger hat seine Arbeitsleistung nach den mit der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des Arbeitsgerichts Iserlohn weder tatsächlich im Sinne des § 294 BGB noch wörtlich im Sinne des § 295 BGB angeboten.

bb. Ein Angebot war jedoch gemäß § 296 BGB entbehrlich.

Danach bedarf es des Angebotes nicht, wenn der Arbeitgeber eine Handlung vorzunehmen hat, deren Zeitpunkt nach dem Kalender bestimmt ist, und er diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt.

1) Zu Recht hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass es im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich eines tatsächlichen oder zumindest eines wörtlichen Angebots des Arbeitnehmers bedarf, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen.

So hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 25.04.2007 (5 AZR 504/06 – Rdnr. 19, NZA 2007, 801) erkannt, dass im ungekündigten Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht angenommen werden könne, der Arbeitgeber habe eine vorzunehmende Handlung nicht rechtzeitig vorgenommen. Mache der Arbeitgeber von einem vermeintlichen Recht Gebrauch, die Arbeitszeit flexibel zu gestalten, sei § 296 BGB nicht anwendbar.

Dagegen hat es in seinem Urteil vom 26.01.2011 (5 AZR 819/09 – Rdnr. 19, BAGE 137, 38) ausgeführt, dass der Arbeitgeber, der eine Vorgabe zur Arbeitszeitverteilung unterlasse, vielmehr einen flexiblen Abruf der Arbeit pflege, mit Ablauf eines jeden Tags in Annahmeverzug komme, wenn und soweit er die sich aus dem Arbeits- und Tarifvertrag ergebende Sollarbeitszeit nicht ausschöpfe. Eine Erklärung des Arbeitnehmers, er wolle mehr arbeiten, sei entbehrlich.

In der Entscheidung vom 16.04.2013 (9 AZR 554/11 – Rdnr. 18, NZA 2013, 849) hat es angenommen, ein Lehrer habe, werde er in einem zu geringen Umfang eingesetzt, seine Arbeitsleistung tatsächlich oder wörtlich anzubieten, da § 296 BGB nicht eingreife. Zwar habe der Lehrer weiteren Unterricht erst nach der entsprechenden Ergänzung des Unterrichtsplanes erteilen können. Doch sei dafür keine Zeit nach dem Kalender bestimmt, da die Lage der weiteren Unterrichtsstunden jederzeit nach den schulischen Erfordernissen bestimmt werden könne.

Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte weder auf ein Recht zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung berufen noch konnte die Lage der geschuldeten Arbeitszeit jederzeit bestimmt werden.

Gemäß § 3 Nr. 1 des Arbeitsvertrags vom 29.02.2016 schuldete der Kläger eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden, wobei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen von der Beklagten nach den gesetzlichen und betrieblichen Regelungen unter besonderer Berücksichtigung der betrieblichen Belange festgelegt wurden.

Unstreitig hat sie die Arbeitszeiten des Klägers, der als Busfahrer auf die Zuweisung von Fahrzeug und Fahrroute zur Erbringung seiner Arbeitsleistung angewiesen war, durch Schichtpläne festgesetzt, die jedoch in den streitgegenständlichen Monaten nicht die volle vertragliche Arbeitszeit ausschöpften. Die Mitwirkungsverpflichtung der Beklagten bestand demnach in der Organisation des täglichen und wöchentlichen Arbeitseinsatzes durch Erstellung von Schichtplänen (zur Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers durch Ermöglichung der Eintragung von Arbeitszeiten in Schichtpläne durch den Arbeitnehmer BAG 12.06.1996 – 5 AZR 960/94 – Rdnr. 53, NJW 1997, 962).

Die von der Beklagten zu erbringende Handlung ist kalendermäßig bestimmt. Der Kläger schuldete vertraglich regelmäßig, nicht durchschnittlich auf das Kalenderjahr gerechnet, 30 Wochenstunden Arbeitsleistung. Solange die Arbeitszeit von 30 Wochenstunden noch erreicht werden konnte, befand sich die Beklagte nicht in Annahmeverzug. Sobald aber nach dem öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrecht diese Wochenarbeitszeit nicht mehr erreicht werden konnte, wurde die geschuldete Arbeitsleistung unmöglich. Bei einer zulässigen werktäglichen Arbeitszeit von 8 Stunden, § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbZG, trat damit jedenfalls am Ende einer Arbeitswoche nach § 296 BGB Annahmeverzug der Beklagten ohne ein besonderes Angebot des Klägers ein (vgl. dazu BAG 08.10.2008 – 5 AZR 715/07 – Rdnr. 24, EzA § 615 BGB 2002 Nr. 27).

2) Die Beklagte ist ihrer Mitwirkungspflicht nicht in vollem Umfang nachgekommen.

Für Oktober 2016 hat sie einen Schichtplan erstellt, der nur 93,08 Arbeitsstunden vorsah, obwohl der Kläger von ihr unbestritten 124,3 Stunden schuldete.

Für November 2016 liegt kein Dienstplan vor. Nach Vortrag des Klägers wurde er nur 42,25 Stunden eingesetzt, schuldete aber 128,6 Stunden.

Im Dezember 2016 war er am 01.12. und 02.12. eingesetzt und ab dem 05.12. arbeitsunfähig krank. Zu vergüten waren 132,6 Stunden.

a) Die Beklagte hat nicht einer Beweisaufnahme zugänglich dargelegt, ihm weitere Dienste angeboten zu haben, die er abgelehnt hat.

Soweit sie erstinstanzlich behauptet hat, sie habe ihm bestimmte Touren in mit geteilten Diensten angeboten, hat sie ihren Vortrag trotz gerichtlicher Auflage in der Berufungsinstanz nicht konkretisiert. Zwar hat der Kläger unstreitig wöchentlich mit ihrem Mitarbeiter telefoniert. Auf sein Bestreiten, er habe den Einsatz in geteilten Diensten auch nicht nach dem zum 10.11.2016 vollzogenen Umzug nach abgelehnt, hätte sie im Einzelnen darlegen müssen, wann welche Dienste angeboten und abgelehnt wurden, zumal sich in den Schichtplänen weniger vorgeplante Touren befinden, für November 2016 anscheinend überhaupt kein Schichtplan für den Kläger aufgestellt wurde.

b) Es ist auch nicht ersichtlich geworden, dass und gegebenenfalls wann sich die Parteien darauf verständigt haben, dass er keine geteilten Dienste mehr fahren sollte. Im Übrigen folgt daraus noch nicht, dass seine Vertragsarbeitszeit nicht mit ungeteilten Diensten hätte belegt werden können, sich die Parteien stattdessen auf eine gegenüber der vertraglichen Arbeitszeit verminderte Arbeitszeit geeinigt haben.

c) Angesichts des nur lückenhaften Vorbringens der Beklagten war die Kammer nicht gehalten, die von ihr im Kammertermin am 19.04.2016 gestellten Zeugen und Nienhaus zu vernehmen. Die Zeugenvernehmung hätte einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dargestellt.

c. Aus den dargestellten Gründen konnte die Kammer auch nicht zu der Überzeugung gelangen, der Kläger sei nicht bereit gewesen, über die zugeteilten und geleisteten Dienste hinaus Arbeitsleistung zu erbringen.

Gemäß § 297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 BGB zu der für seine Mitwirkungshandlung bestimmten Zeit außer Stande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken.

§ 297 BGB erfasst auch den Fall des fehlenden Leistungswillens bei bestehendem Leistungsvermögen (Erman/Hager, BGB, 15. Auflage, § 297 BGB Rdnr. 2).

aa. Allein der Umzug des Klägers nach I begründet kein Unvermögen, die Arbeitsleistung zu erbringen, mag die Anfahrtszeit zum Betrieb auch länger als vor dem Umzug gewesen sein.

bb. Der Umzug an sich zeigt keinen Leistungsunwillen. Die Beklagte hat insoweit nicht ausreichend substantiiert vorgetragen.

2. Der Anspruch auf Vergütung folgt für die Zeit vom 05.12.2016 bis zum 15.01.2017 aus §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 1 EntFG.

a. Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass der Kläger in diesem Zeitraum unverschuldet arbeitsunfähig krank war.

b. Die krankheitsbedingte Unfähigkeit, die Arbeitsleistung zu erbringen, war die einzige Ursache für die Arbeitsverhinderung.

Die Beklagte befand sich bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in Annahmeverzug. Befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug und erkrankt der vorübergehend oder dauerhaft nicht beschäftigte Arbeitnehmer, so endet der Annahmeverzug des Arbeitgebers, weil der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht mehr ordnungsgemäß anbieten kann. Zugleich wird damit aber diese Ursache der Arbeitsverhinderung beseitigt. Die Arbeitsunfähigkeit wird monokausal für den Arbeitsausfall und es entsteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch für maximal sechs Wochen (ErfK/Reinhardt, 18. Auflage, § 3 EntFG - Rdnr. 21).

c. Der Kläger hat seinen Anspruch zutreffend auf den sechswöchigen Zeitraum beschränkt, für den der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung leisten muss.

3. Für die Zeit vom 01.10.2016 bis zum 15.01.2017 schuldete die Beklagte ihm insgesamt 3.458,90 Euro brutto. Sie ist seinen nachvollziehbaren Berechnungen nicht mit Einwendungen gegen die Höhe der Ansprüche entgegengetreten.

Durch Zahlung von 1.044,22 Euro hat sie den Anspruch gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt.

4. Der Kläger hat die Ausschlussfrist nach § 9 seines Arbeitsvertrags gewahrt.

Es handelt sich um eine zweistufige Ausschlussfrist.

a. Auf der ersten Stufe sind Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis binnen einer Frist von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen.

Es kann dahinstehen, ob die Verfallklausel, die offenkundig eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB darstellt, gegen § 3 Satz 1 MiLoG verstößt. Danach sind Vereinbarungen, die wie eine Ausschlussfrist die Geltendmachung des Anspruchs auf Mindestlohn beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam. Daraus folgt, dass Ausschlussfristen, die wie hier nach Inkrafttreten des MiLoG vereinbart wurden, jedenfalls gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoßen, wenn sie den Anspruch auf Mindestlohn nicht ausdrücklich ausnehmen (ErfK/Franzen a. a. O. § 3 MiLoG - Rdnr. 30; zu Mindestentgelten nach der PflegeArbbV BAG 24.08.2016 – 5 AZR 703/15 – Rdnr. 15 f., BAGE 156, 150).

Der Kläger hat die Verfallfrist gewahrt.

Gemäß § 4.4.5 des Arbeitsvertrages war die Vergütung nachträglich zum Monatsende fällig. Tatsächlich ist die Zahlung der Entgelte nach eigenem Vorbringen der Beklagten, dem der Kläger nicht widersprochen hat, stets erst am 15. des Folgemonats erfolgt.

Die Ausschlussfrist für den Monat Oktober 2016 endete demnach gemäß §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 15.02.2017. Die Entgelte für diesen Monat und für den Monat November 2016, für den die Ausschlussfrist am 15.03.2017 endete, wurden von dem Kläger mit Schreiben vom 15.02.2017 geltend gemacht. Die Beklagte hat erstinstanzlich zwar mit Nichtwissen bestritten, dass ihr das Schreiben per Telefax noch am 15.02.2017 zugegangen ist. Da der Zugang des Telefaxes Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung ist, ist die Erklärung mit Nichtwissen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzureichend.

Die Geltendmachung per Fax wahrt die vereinbarte Schriftform (BAG 11.10.2000 – 5 AZR 313/99 – Rdnr. 16 ff., BAGE 96, 28).

Die Vergütung für Dezember 2016 war am 15.01.2017 fällig und wurden mit der der Beklagten am 11.04.2017 zugestellten Klage rechtzeitig geltend gemacht. Gleichzeitig hat der Kläger die Ausschlussfrist für Januar 2017 gewahrt.

b. Mit der am 11.04.2017 zugestellten Klage hat er auch die Klagefrist von drei Monaten für seine Ansprüche aus Oktober und November 2016 gewahrt. Die zweite Stufe der Ausschlussfrist begann frühestens am 15.02.2017.

5. Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 288, 286 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 1, 247 BGB.

II.

Der Kläger hat weiterhin Anspruch auf Zahlung einer Pauschale von jeweils 40 Euro für die Monate Oktober 2016 bis Januar 2017, § 288 Abs. 5 BGB.

Danach hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners Anspruch auf Zahlung einer Pauschale von 40 Euro, wenn der Schuldner kein Verbraucher ist.

1. Die Beklagte ist kein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, sondern Unternehmerin im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB.

2. Sie befand sich – wie ausgeführt – für die Monate Oktober 2016 bis Januar 2017 in Zahlungsverzug, da die Vergütung kalendermäßig bestimmt zum 15. des Folgemonats fällig war, sie aber in Höhe der Klageforderung die Entgeltansprüche nicht erfüllt hat.

3. Nach der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 34 Satz 1 EGBGB ist § 288 Abs. 5 BGB in der seit dem 29.06.2014 geltenden Fassung nur auf Schuldverhältnisse anwendbar, die nach dem 28.07.2014 entstanden sind. Die Parteien haben den Arbeitsvertrag am 29.02.2016 geschlossen.

4. § 288 Abs. 5 BGB ist auch im Arbeitsrecht anwendbar.

Die Berufungskammer schließt sich der überzeugenden Rechtsauffassung der Landesarbeitsgerichte Niedersachsen (27.02.2018 – 10 Sa 25/17; 31.01.2018 – 2 Sa 946/17; 20.04.2017 – 5 Sa 1263/16), des Sächsischen Landesarbeitsgerichts (18.10.2017 – 7 Ta 149/17), des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg (14.11.2017 – 11 Sa 1102/17; 22.03.2017 – 15 Sa 1992/15), des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (09.10.2017 – 4 Sa 8/17; 13.10.2016 – 3 Sa 34/16) und des Landesarbeitsgerichts Köln (22.11.2016 – 12 Sa 524/16; 16.08.2017 – 3 Sa 15/17) an.

a. Dem Anspruch steht nicht § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB entgegen, der eine Anrechnungsregelung enthält, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist. Der Vorschrift kommt bei Entgeltforderungen aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund des Fehlens eines außergerichtlichen Kostenerstattungsanspruchs keine Bedeutung zu.

b. Die Kammer folgt nicht der Auffassung, dass § 12 a ArbGG eine spezialgesetzliche Ausnahmeregelung enthält, die der Anwendung des § 288 Abs.5 BGB im Arbeitsrecht entgegensteht (so LAG Köln 04.10.2017 – 5 Sa 229/17 – Rdnr. 69 ff.; Diller, NZA 2015, 1095, 1096).

Der Wortlaut des § 288 Abs.5 BGB enthält keine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf dem Gebiet des Arbeitsrechts.

Eine planwidrige Regelungslücke ist nicht erkennbar. Die Ausgestaltung der Norm im Jahre 2014 stellt sich als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass die Vorschrift der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr dient und der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der Richtlinie bewusst übererfüllt hat, deshalb nicht ersichtlich ist, dass er es planwidrig versäumt hat, eine Ausnahmeregelung für das Arbeitsrecht zu schaffen, zumal es systemwidrig erscheint, dem Arbeitnehmer bei verspäteter oder unvollständiger Zahlung die gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB und gegebenenfalls weitergehenden Verzugsschaden nach § 288 Abs. 4 BGB zuzusprechen, ihm jedoch die Schadenspauschale zu verwehren. Die Neuregelung in § 288 Abs. 5 BGB knüpft gerade an die vorhergehenden Absätze an (LAG Niedersachsen 31.01.2018 a. a. O. Rdnr. 34 – 37).

Auch das Ziel der Norm, interne Beitreibungs- und Mahnkosten des Gläubigers abzudecken, ihr Sanktionscharakter gebieten nicht die Herausnahme arbeitsrechtlicher Forderungen (LAG Köln 22.11.2016 a. a. O. Rdnr. 91 ff.).

Die Pauschale ist für jeden Monat des Verzugs zu zahlen (LAG Berlin-Brandenburg 14.11.2017 a. a. O. Rdnr. 134 ff.).

B.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG für die Beklagte beschränkt auf ihre Verurteilung zur Zahlung der Schadenspauschale zuzulassen. Im Übrigen lag kein Grund für eine Revisionszulassung vor.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

REVISION

eingelegt werden, soweit sie zur Zahlung der Schadenspauschale von 160 Euro verurteilt wurde.

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Rechtsmitteleinlegung in elektronischer Form bis zum 31.12.2017: Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Rechtsbeschwerde wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

Rechtsmitteleinlegung in elektronischer Form ab dem 01.01.2018: Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Be-

hördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

/Kli



Beglaubigt.

Hamm, den 09.05.2018

Klischat, Regierungssekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schriftstück wurde maschinell erstellt und ist ohne Unterschrift gültig, § 169 Abs. 3 ZPO.