
Datum: 25.10.2016
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 803/16
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2016:1025.7SA803.16.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bochum, 2 Ca 1412/15
Schlagworte: Annahmeverzug, Leistungseinschränkung
Normen: §§ 293, 611 S. 1, 615 S. 1 BGB, § 3 Abs. 1 EFZG

Tenor:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 29.03.2016 – 2 Ca 1412/15 – teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt,

1. an den Kläger 469,55 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2015 zu zahlen;

2. an den Kläger 1.197,69 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.08.2015 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 90 %, die Beklagte zu 10 %.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Parteien streiten um Ansprüche des Klägers auf Zahlung von Annahmeverzugsvergütung sowie Weihnachtsgeld.

Der 1957 geborene, mit einem GdB von 90 schwerbehinderte Kläger war zunächst seit dem Jahre 2006 bei einer Firma T & F in E beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis ging zum 01.02.2008 im Wege eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Die Parteien schlossen hierüber unter dem 05.02.2008 einen schriftlichen Arbeitsvertrag, wegen dessen Einzelheiten auf die Kopie Bl. 25 bis 31 d.A. Bezug genommen wird. Einen Hinweis auf Tarifierung enthält der Arbeitsvertrag nicht. Seit vielen Jahren ist der Kläger, der zugleich Mitglied des Betriebsrates der Beklagten ist, als Verkäufer in der Filiale der Beklagten in X mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von zuletzt 32 Stunden zu einem Bruttomonatsgehalt von durchschnittlich 1.700,- € tätig. Neben dem Kläger sind zwei weitere Verkäufer in Vollzeit in dieser Filiale beschäftigt. 3

Die Beklagte vertreibt Camping- und Freizeitartikel an Endkunden. Eine Übersicht des Sortiments hat der Kläger in Form eines Kataloges als Anlage zum Schriftsatz vom 03.10.2015 zur Gerichtsakte gereicht. Im Sortiment der Beklagten finden sich Artikel, die ein Gewicht von mehr als 10 kg aufweisen. Hierzu gehören u.a. Campinggasflaschen mit einem Füllgewicht von 11 kg bzw. über 20 kg, die die Beklagte in ihrer Filiale anbietet. Auch Artikel, wie z.B. Familienzelte oder Markisen, weisen entsprechende Gewichte aus. Insoweit ist zwischen den Parteien unstreitig, dass zum Arbeitsbereich des Klägers nicht nur die Kundenberatung und der Tausch von Gasflaschen gehört, sondern auch das Verräumen von Ware, die von den Lieferanten in Kartons angeliefert wird. Streitig ist indessen, welchen konkreten Umfang eine Tätigkeit mit Heben und Tragen von mehr als 10 kg schweren Lasten hat. 4

Nachdem der Kläger im Jahre 2011 wegen einer schwerwiegenden Darmerkrankung arbeitsunfähig war, erlitt er im Frühjahr 2015 einen Bandscheibenvorfall, der zu einer Arbeitsunfähigkeit ab dem 10.04.2015 mindestens bis zum 22.06.2015 führte. In der Woche vor dem 23.06.2015 meldete sich der Kläger bei der Beklagten telefonisch und wies darauf hin, dass er ab dem 23.06.2015 wieder arbeitsfähig sei und dementsprechend seine Tätigkeit aufnehme. Er wies auch darauf hin, dass er zumindest vorübergehend Gewichte von mehr als 10 kg nicht heben solle, worüber ein ärztliches Attest vorliege. 5

Am 23.06.2015 erschien der Kläger in der Filiale in X. Der dortige Filialleiter erläuterte ihm gegenüber, dass die Beklagte entschieden habe, sie gehe von einer weiter fortbestehenden Arbeitsunfähigkeit aus. Der Kläger wurde nach Hause geschickt. Hiergegen wandte er sich mit Schreiben vom 23.06.2015 (Bl. 4 d.A.). 6

In dem vom Kläger beschriebenen Attest (ohne Datum) heißt es u.a.: 7

„...“ 8

Der oben genannte Patient befindet sich in unserer ambulanten Behandlung. 9

Aufgrund einer Erkrankung des Stütz- und Bewegungsapparates soll das Heben von Gewichten ab 10 kg vermieden werden.“ 10

Auf die Kopie Bl. 23 d.A. wird Bezug genommen. 11

Unter dem 17.07.2015 legte der Kläger ein weiteres ärztliches Attest vor, in welchem es sodann heißt: 12

„...“	13
Aus orthopädischer Sicht ist der o.g. ab dem 23.07.2015 wieder zu 100 % arbeitsfähig. Es besteht keinerlei Einschränkung in Bezug auf zu hebende Lasten.“	14
Auf die Kopie Bl. 24 d.A. wird im Übrigen Bezug genommen.	15
Ab dem 23.07.2015 ist der Kläger wieder tätig. In der Zeit vom 23.06.2015 bis 23.07.2015 zahlte die Beklagte an den Kläger kein Arbeitsentgelt. Die Krankenkasse des Klägers bescheinigte mit Wirkung vom 19.06.2015 eine Arbeitsfähigkeit formularmäßig ab dem 23.06.2015 (Bl. 117 d.A.) und lehnte einen Antrag auf Zahlung des Krankengeldes vom 23.06. bis 22.07.2015 mit der Begründung ab, eine Arbeitsunfähigkeit ab dem 23.06.2015 könne nicht festgestellt werden (Kopie Bl. 196 d.A.).	16
Für den Kläger errechnet sich für den Zeitraum vom 23.06. bis 30.06.2015 eine Bruttovergütung in Höhe von 469,55 € und für den Zeitraum vom 01.07. bis 22.07.2015 in Höhe von 1.197,69 €.	17
Ende des Jahres 1999 – also viele Jahre vor Eintritt des Klägers in das Unternehmen der Beklagten – schloss diese mit dem bei ihr gewählten Betriebsrat eine als „Zukunftsvertrag 2001“ überschriebene Betriebsvereinbarung. Dort ist u.a. geregelt:	18
„§ 7 Weihnachts- und Urlaubsgeld	19
1. Alle Mitarbeiter erhalten mindestens die tariflichen Sonderzuwendungen, soweit die tariflichen Anspruchsvoraussetzungen (Betriebszugehörigkeit etc.) erfüllt sind und nicht einzelvertraglich abweichende Regelungen getroffen wurden.	20
...	21
3. Mitarbeiter ab dem 5. Beschäftigungsjahr erhalten als Weihnachtsgeld als freiwillige Leistung ein volles 13. Monatsgehalt.	22
...“	23
Wegen der Einzelheiten des „Zukunftsvertrages“ wird auf die Kopie Bl. 46 bis 50 d.A. Bezug genommen.	24
Unter dem 30.08.2005, also immer noch vor Eintritt des Klägers bei der Beklagten, vereinbarte sie mit dem Betriebsrat die Aufhebung der „BetriebsvereinbarungZukunftsvertrag 2001“. In dieser Aufhebungsvereinbarung heißt es u.a.:	25
„Darüber hinaus wird vereinbart, dass die Nachwirkung von § 7 Abs. 3 (Anspruch auf übertarifliches Weihnachtsgeld) einvernehmlich zum 31. August 2005 beendet wird. Die Mitarbeiter haben somit ab 01. September 2005 nur noch Anspruch auf Weihnachtsgeld gem. den tariflichen Bestimmungen.“	26
Auf die Kopie Bl. 89 d.A. wird Bezug genommen.	27
Mit der vorliegenden, beim Arbeitsgericht Bochum am 09.07.2015 eingegangenen und zuletzt mit Schriftsatz vom 28.12.2015 erweiterten Klage verlangt der Kläger – soweit für das Berufungsverfahren noch von Interesse – die Zahlung der Vergütung für den Rumpffmonat Juni 2015 sowie den anteiligen Juli 2015. Darüber hinaus begehrt er für die Jahre 2011 bis	28

2015 die Zahlung eines Urlaubs- bzw. Weihnachtsgeldes. Wegen der Berechnung des Klägers im Einzelnen wird auf die Anlage zum Schriftsatz vom 23.12.2015, Bl. 116 d.A., Bezug genommen.

Der Kläger hat vorgetragen: 29

Die Beklagte schulde die Arbeitsvergütung für die anteiligen Monate Juni und Juli 2015, da sie sich in Annahmeverzug befunden habe. Er habe seine Arbeitskraft tatsächlich angeboten, was die Beklagte streitlos abgelehnt habe. Er sei auch in der Lage gewesen, seine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, da die Einschränkung des Arztes hinsichtlich des Hebens von Gewichten mit mehr als 10 kg seinem Einsatz nicht entgegengestanden hätte. Betrachte man das Sortiment der Beklagten, so zeige sich, dass es zu 98 % aus Artikeln bestehe, die deutlich weniger als 10 kg wiegen würden. Bei einer typischen Arbeitswoche des Klägers würde es sich im Wesentlichen um Arbeiten im Stehen und Gehen, täglich rund 380 Minuten, handeln. Von dieser Zeit entfielen auf Kundenberatung und Verkauf 240 Minuten, auf Auftragsabwicklung und Versand 30 Minuten, auf die Bearbeitung von Warenlieferung (2 x wöchentlich) 60 Minuten und auf die Regalpflege (Präsentation, Auszeichnung) 50 Minuten. Soweit die Beklagte den Austausch von Gasflaschen angesprochen habe, so seien ihm dabei bereits seit seiner schwerwiegenden Darmerkrankung im Jahre 2011 die Kollegen behilflich. Beim Einräumen der Ware gehe der Kläger so vor, dass er die angelieferten Kartons aufschneide, um anschließend die deutlich weniger als 10 kg wiegenden Teile einzuräumen. Schwere Markisen würden zu 100 % an einen Partnerbetrieb in der Form geliefert, dass sie nach Anlieferung durch eine Spedition auf dem Gelände der Beklagten von Monteuren der Partnerfirma abgeholt würden. Der Verkauf und der Transport größerer Zelte finde bereits aus Platzgründen in der Filiale in X nicht statt. Sollten schwerere Kühlboxen zu verkaufen sein, so seien diese so platziert, dass sie durch ein Schieben der Kartons dem Kunden ausgehändigt werden könnten. 30

Äußerst hilfsweise meint der Kläger, dass ihm im Zeitraum vom 24.06. bis 23.07.2015 Vergütung wegen geleisteter Betriebsratstätigkeit zustehe. Auf die Stundenaufstellung im Schriftsatz vom 23.12.2015, dort Seite 3 (Bl. 115 d.A.) wird Bezug genommen. 31

Dem Kläger stünden darüber hinaus Ansprüche auf Zahlung des Weihnachtsgeldes auf der Grundlage des Zukunftsvertrages 2001 in Verbindung mit der Aufhebungsvereinbarung zu. Diese beschreibe ausdrücklich, dass Ansprüche entsprechend den tariflichen Bestimmungen bestehen würden. Insoweit gehe der Kläger davon aus, dass es sich um die Tarifbestimmungen des Einzelhandels handeln würde. 32

Der Kläger hat beantragt, 33

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 469,55 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2015 zu zahlen; 335
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.197,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2015 zu zahlen; 337
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.800,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2012 zu zahlen; 339

- 4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.836,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2013 zu zahlen; 41
- 5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.880,07 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2014 zu zahlen; 423
- 6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.898,27 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2015 zu zahlen; 445
- 7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.936,89 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2016 zu zahlen. 467

Die Beklagte hat beantragt, 48

die Klage abzuweisen. 49

Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei in der Zeit vom 23.06. bis 22.07. weiterhin arbeitsunfähig erkrankt gewesen, da er nicht in der Lage gewesen sei, ohne das Risiko der Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes sämtliche vertraglich geschuldeten Leistungen zu erbringen. Da das deutsche Arbeitsrecht den Begriff der Teilarbeitsfähigkeit nicht kenne, müsse die Beklagte von der Arbeitsunfähigkeit für diesen Zeitraum ausgehen. Wegen Ablaufs des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums stünde dem Kläger daher kein Anspruch zu. Sofern sich der Kläger hilfsweise auf die Verrichtung von Betriebsratstätigkeit berufen habe, trete die Beklagte dem entgegen. Hierauf komme es allerdings auch nicht an, da die Betriebsratstätigkeit einen Zahlungsanspruch nicht generiere, sondern einen Anspruch nur im Falle seines Bestehens aufrechterhalte. 50

Die Angaben des Klägers zum zeitlichen Umfang der von ihm verrichteten Arbeiten seien nicht zutreffend; so seien beispielsweise im Kalenderjahr 2014 allein in der Filiale X 3.110 Gasflaschen ausgetauscht worden. 51

Zu bedenken sei auch, dass in der Filiale in X neben dem Kläger nur zwei weitere Mitarbeiter in Vollzeit mit 40 Wochenarbeitsstunden beschäftigt seien. Aufgrund der Öffnungszeiten der Filiale montags bis freitags von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr sowie samstags von 9.00 Uhr bis 14.00 Uhr seien nicht permanent alle drei Mitarbeiter in der Filiale tätig. Ein geordneter Betriebsablauf ermögliche es daher nicht, Gasflaschen oder andere schwere Artikel mit zwei Mitarbeitern herauszugeben oder einen anderen Mitarbeiter aus einem Verkaufsgespräch herauszunehmen, um dem Kläger behilflich zu sein. 52

Das vom Kläger angesprochene Weihnachtsgeld stehe ihm nicht zu. Die vom Kläger angesprochene Betriebsvereinbarung, auch in Form der Aufhebungsvereinbarung, befinde sich seit dem Jahre 2005 und damit vor Eintritt des Klägers in der Nachwirkung. Soweit dort Weihnachtsgeld angesprochen sei, beruhe dies darauf, dass auf der Grundlage anderer Betriebsübergänge Mitarbeiter beschäftigt würden, denen die Beklagte kraft einzelvertraglicher Vereinbarung tarifliche Leistungen gewähren müsse. 53

Durch Urteil vom 29.03.2016, dem Vertreter des Klägers zugestellt am 09.06.2016, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei in der Zeit vom 23.06. bis 22.07.2015 weiter arbeitsunfähig erkrankt gewesen. 54

Anspruch auf tarifliche Leistungen hinsichtlich eines Urlaubs- oder Weihnachtsgeldes habe der Kläger nicht, da Tarifverträge nicht zur Anwendung kämen und ein Anspruch aus dem Zukunftsvertrag 2001 wie auch der dazu gehörigen Aufhebungsvereinbarung nicht bestehe.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vorliegenden, am 05.07.2016 vorab per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangenen und mit Schriftsatz vom 01.08.2016, am selben Tage beim Landesarbeitsgericht vorab per Telefax eingegangen, begründeten Berufung. 55

Der Kläger trägt vor: 56

Der Kläger sei ab dem 23.06.2015 arbeitsfähig gewesen, was sich bereits daraus ergebe, dass die behandelnden Ärzte weitere Arbeitsunfähigkeit nicht angenommen haben. Der Hinweis in der ärztlichen Bescheinigung ohne Datum, die der Kläger anlässlich seines Arbeitsantrittes am 23.06.2015 vorgelegt hat, enthalte aufgrund der Beschreibung „soll“ eine Vermeidungsempfehlung und bedeute nicht, dass ein solches Heben für den Kläger gänzlich ausgeschlossen gewesen sei. Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit verlange, dass es absehbar sei, dass aus der Ausübung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit gesundheitlich abträgliche Folgen erwachsen. Dies ergebe sich nicht aus dem Attest. Die Annahme der Beklagten sei insofern reine Spekulation. 57

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass aufgrund der Bestimmungen der Lastenhandhabungsverordnung eine Verpflichtung der Beklagten bestehe, das Heben und Tragen von Lasten so auszugestalten, dass es insbesondere für den menschlichen Stützapparat verträglich sei. Daraus folge, dass die Dauer der Belastung eine entscheidende Rolle spiele. Die Gasflaschen, auf die die Beklagte abstelle, müssten nur kurz angehoben werden, um sie auf eine Sackkarre zu stellen. Ein solches Hilfsmittel habe die Beklagte ihren Mitarbeitern notfalls zur Verfügung zu stellen. Das kurzzeitige Anheben von Lasten habe dem Kläger überhaupt gar keine Probleme bereitet. 58

Darüber hinaus sei die Beklagte verpflichtet gewesen, ihr arbeitgeberseitiges Direktionsrecht so auszuüben, dass der Kläger bei punktuellen Belastungen des Hebens von Gewichten von mehr als 10 kg Unterstützung erhält. Lediglich im Falle der Unzumutbarkeit sei die Beklagte hierzu nicht verpflichtet. Die Anwesenheit von mindestens zwei Verkäufern, regelmäßig drei Verkäufern, stehe einer solchen Unzumutbarkeit entgegen, zumal die Arbeitskollegen bereits in der Vergangenheit auf eine verminderte körperliche Leistungsfähigkeit des Klägers Rücksicht genommen hätten. 59

Ein Anspruch auf Nachzahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld ergebe sich aus der Aufhebungsvereinbarung vom 30.08.2005, die ihrerseits die Qualität einer Betriebsvereinbarung habe. Darüber hinaus sei der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. 60

Der Kläger beantragt, 61

das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 29.03.2015 – 2 Ca 1412/15 – abzuändern und 62

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 469,55 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2015 zu zahlen; 63

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.197,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2015 zu zahlen; 64

65

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.800,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2012 zu zahlen;	
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.836,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2013 zu zahlen;	66
5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.880,07 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2014 zu zahlen;	67
6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.898,27 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2015 zu zahlen;	68
7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.936,89 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2016 zu zahlen.	69
Die Beklagte beantragt,	70
die Berufung zurückzuweisen.	71
Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung als zutreffend und verweist ergänzend darauf, dass die ärztliche Bescheinigung vom 17.07.2015 von einer wiedererlangten „100% Arbeitsfähigkeit“ spricht, was zwangsläufig bedeute, dass zum Zeitpunkt der Erstellung des undatierten Attestes eine solche nicht vorgelegen habe. Eine Teilarbeitsfähigkeit hingegen sei im deutschen Arbeitsrecht nicht bekannt.	72
Eine Umorganisation der Tätigkeit in dem Sinne, dass der Kläger vollständig von dem Heben von Lasten von mehr als 10 kg entbunden werden konnte, sei nicht möglich gewesen, da gerade nicht ständig drei Verkäufer, sondern entsprechend den Öffnungszeiten der Filiale teilweise auch nur zwei anwesend seien. Schließlich habe die Beklagte die Ausführungen des behandelnden Arztes in dem undatierten Attest nicht lediglich als Empfehlung verstehen dürfen, sondern als eine medizinisch begründete Einschränkung.	73
Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle Bezug genommen.	74
Entscheidungsgründe	75
Die zulässige Berufung des Klägers ist zum Teil begründet.	76
I. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 469,55 € brutto für den Zeitraum vom 23.06.2015 bis 30.06.2015 sowie in Höhe von 1.197,69 € brutto für den Zeitraum vom 01.07. bis 22.07.2015 gemäß § 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 611 Abs. 1 BGB, da die Beklagte sich in diesen Zeiträumen mit der Annahme der Dienste des Klägers im Sinne des § 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 293 BGB in Verzug befand.	77
1. Der Kläger hat seine Arbeitskraft an seinem Arbeitsplatz am 23.06.2015 tatsächlich angeboten, § 294 BGB.	78
2. Der Kläger hat seine Arbeitsleistung im Sinne des § 294 BGB so angeboten, wie sie zu bewirken ist. Zwar hat der Kläger bereits in der Woche vor dem 23.06.2015 gegenüber der Beklagten darauf hingewiesen, dass eine ärztliche Bescheinigung vorliege, nach der er keine Gewichte von mehr als 10 kg heben soll. Allerdings führt die Vorlage dieser ärztlichen Bescheinigung nicht zu einem Unvermögen des Klägers im Sinne des § 297 BGB dazu, dass	79

ihm die geschuldete Arbeitsleistung unmöglich war.

a) Der Kläger war nämlich nicht arbeitsunfähig im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Die Berufungskammer folgt der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach für den Begriff der Arbeitsunfähigkeit eine vom Arzt nach objektiven Maßstäben vorzunehmende Bewertung des Gesundheitszustandes maßgebend ist. Arbeitsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung der Krankheit nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert würde (BAG, Urteil vom 23.01.2008, 5 AZR 393/07 Rdnr. 19 und Urteil vom 09.04.2014, 10 AZR 637/13 Rdnr. 21 m.w.N.). 80

b) Dabei ist zu bedenken, dass ein Arbeitnehmer nicht schon dann stets leistungsunfähig im Sinne des § 297 BGB ist, wenn er aus Gründen in seiner Person nicht mehr alle Tätigkeiten verrichten kann, die zu den vertraglich vereinbarten Tätigkeiten gehören. Maßgeblich ist in diesen Fällen die Frage, ob es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist, einem krankheitsbedingt nur eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer leidensgerechte Arbeiten zuzuweisen oder nicht. Insoweit obliegt es dem Arbeitgeber im Rahmen des ihm nach § 106 GewO zustehenden Direktionsrechtes, bei der Zuweisung der Tätigkeiten die Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (so ausdrücklich, BAG, Urteile vom 27.08.2008, 5 AZR 16/08 sowie Urteil vom 09.04.2014 aaO. Rdnr. 37 am Ende). Der Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen, als er in § 106 GewO seit dem 01.01.2003 in dessen Satz 3 angefügt hat, der Arbeitgeber müsse auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen. Wenn auch bislang nicht vollständig geklärt ist, welchen abschließenden Regelungsgehalt der Gesetzgeber dieser Formulierung beigemessen hat, so steht doch fest, dass die Regelung die Pflicht beschreibt, Leistungseinschränkungen, seien sie auch vorübergehender Art, zu berücksichtigen (ErfK/Preis 16.A., § 106 GewO Rdnr. 22). Auf die Frage, ob eine Schwerbehinderung i.S.d. Bestimmungen des SGB IX die Leistungseinschränkung bedingt, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (zur Gesetzesbegründung vgl. Bundestagsdrucksache 14/8796, S. 24). 81

c) Hinzu kommt schließlich, dass die vollständige Darlegungs- und Beweislast für die Frage einer fortbestehenden Arbeitsunfähigkeit bei der Beklagten liegt, die den Kläger tatsächlich nach Hause geschickt hat (ErfK/Preis aaO, § 615 BGB Rdnr. 109 m. zahlreichen Nachweisen). 82

d) Ausgehend von diesen Grundsätzen gilt vorliegend folgendes: 83

Die Berufungskammer konnte nicht mit der Beklagten davon ausgehen, dass der Kläger ab dem 23.06.2015 arbeitsunfähig im Sinne des § 3 Abs. 1 EFZG war. 84

aa) Unstreitig ist dem Kläger von seinen behandelnden Ärzten ab dem 23.06.2015 eine Arbeitsunfähigkeit nicht attestiert worden (vgl. § 5 EFZG). Dies wird verdeutlicht durch den ablehnenden Bescheid der Krankenkasse des Klägers, die wegen eines geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung (weiteren) Krankengeldes auf eine ärztlicherseits fehlende attestierte Arbeitsunfähigkeit ab dem 23.06.2015 verweist. 85

bb) Unabhängig davon, ob man den Hinweis des behandelnden Arztes in der undatierten Bescheinigung auf das Gewicht von 10 kg als Empfehlung oder als zwingend versteht, führt dies allein nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Sinne des § 3 Abs. 1 TzBfG, auch nicht zu einer sogenannten Teilarbeitsunfähigkeit, die gegebenenfalls eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bedeuten würde (vgl. BAG, Urteile vom 29.01.1992, 5 AZR 37/91). 86

(1) Denn der Beklagten war es im Sinne der bereits zitierten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, denen die Berufungskammer folgt, vom 27.08.2008 aaO. und vom 09.04.2014 aaO. möglich und zumutbar (vgl. auch ErfK/Preis aaO, § 106 GewO Rdnr. 8), den Kläger zumindest vorübergehend von dem Heben von Lasten mehr als 10 kg zu entlasten oder ihm aber entsprechende Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen. (2) Hierbei verkennt die Berufungskammer nicht, dass aufgrund der Anwesenheit von teilweise nur zwei Verkäufern betriebliche Probleme entstehen können, wenn einer der Verkäufer sich in einem Kundengespräch befindet. Inwiefern es allerdings dann für einen begrenzten Zeitraum, den der Kläger in seinem Telefonat vor dem 23.06.2015 angekündigt hatte, unzumutbar sein soll, dem Kläger im Einzelfall behilflich zu sein, erschließt sich nicht.

(3) Dabei musste die Berufungskammer auch bedenken, dass eine gesetzliche Pflicht der Beklagten aufgrund der Lastenhandhabungsverordnung (LasthandhabV) besteht, geeignete Arbeitsmittel, insbesondere mechanische Ausrüstungen einzusetzen, um manuelle Handhabung von Lasten, die eine Gefährdung insbesondere für die Lendenwirbelsäule mit sich bringen, zu vermeiden (§ 2 Abs. 1 LasthandhabV). Insoweit ist davon auszugehen, dass diese Bestimmungen der Lastenhandhabungsverordnung die arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht im Sinne des § 618 Abs. 1 BGB konkretisieren. Inwieweit es der Beklagten danach unzumutbar sein soll, gegebenenfalls Hebehilfen oder Transporthilfen zur Verfügung zu stellen, ist weder vorgetragen, noch ersichtlich. 88

(4) Darüber hinaus hatte die Beklagte zu bedenken, dass der Kläger seit vielen Jahren ein anerkannter schwerbehinderter Mensch ist mit der Folge, dass er auf der Grundlage des § 81 Abs. 4 Ziffer 4 SGB IX ohnehin einen Anspruch auf behinderungsgerechte Einrichtung des Arbeitsplatzes hat. Die Berufungskammer musste in diesem Zusammenhang allerdings aus den vorstehenden Gründen keine Entscheidung dazu treffen, ob für sich genommen eine Leistungseinschränkung aufgrund der Schwerbehinderung dazu führt, dass es sich bei dem Angebot des Klägers auf Erbringung der Arbeitsleistung am 23.06.2015 um ein vertragsgerechtes Angebot handelte. Denn allein aus dem Umstand, dass eine vorübergehende Nichtzuweisung einzelner Tätigkeiten der Beklagten nicht unzumutbar war, ergibt sich die Vertragsgemäßheit des klägerischen Angebots, s.o.. 89

3. Schließlich kann sich die Beklagte auch nicht darauf stützen, dass sie aufgrund ihrer Fürsorgepflicht wegen der undatierten ärztlichen Bescheinigung gehalten gewesen wäre, dem Kläger keine Arbeit zuzuweisen (ErfK aaO., § 615 Rdnr. 64; BAG, Urteil vom 17.02.1998, 9 AZR 130/97). 90

4. Abschließend hatte die Berufungskammer bei den Zumutbarkeitserwägungen zu berücksichtigen, dass der Kläger vorgetragen hatte, seine Arbeitskollegen seien ihm auch schon in der Vergangenheit nach seiner schwerwiegenden Darmerkrankung im Einzelfall beim Heben und Tragen von Lasten behilflich gewesen. Zwar hat die Beklagte dieses Vorbringen bestritten; allerdings hat sie sich insoweit auf ein Bestreiten mit Nichtwissen beschränkt, obschon es Gegenstand der eigenen Wahrnehmung der Beklagten ist, ob dieses Vorbringen des Klägers zutreffend ist oder nicht, vgl. § 138 ZPO. Wenn aber die Berufungskammer danach davon ausgehen musste, dass eine solche Hilfsbereitschaft der Arbeitskollegen im Einzelfall besteht, so ist erst recht davon auszugehen, dass es jedenfalls keine konkreten Beschwerden anderer Beschäftigter über die Leistungseinschränkungen in der Person des Klägers gegeben hat. Dieses Kriterium ist bei der Interessenabwägung, die bei der Prüfung der Ausübung des Direktionsrechts nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 3 BGB) vorzunehmen ist, von enormer Bedeutung (BAG vom 09.04.2014 aaO., Rdnr. 32). 91

Nach alledem steht fest, dass der Kläger im Zeitraum vom 23.06.2015 bis 22.07.2015 nicht im Sinne des § 3 Abs. 1 EFZG arbeitsunfähig und damit im Sinne des § 297 BGB leistungsunfähig war mit der Folge, dass die Beklagte gemäß § 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 293 BGB in Annahmeverzug geriet.

5. Da die Berechnung des klägerischen Anspruchs zwischen den Parteien nicht im Streit war, hatte seine Berufung in diesem Umfang Erfolg. Auf die vom Kläger lediglich als Hilfserwägung vorgebrachten Argumente zur Betriebsratstätigkeit kam es demnach nicht an. Soweit ursprünglich im Antrag hinsichtlich des Juli-Zeitraumes der Hinweis darauf, dass es sich um eine Bruttovergütung handele, nicht enthalten war, ist die Berufungskammer davon ausgegangen, dass der klägerische Antrag insoweit zu ergänzen war. Der Zinsanspruch des Klägers folgt aus §§ 286 i.V.m. 288 BGB. Der Verzugsbeginn für den Monat Juli war allerdings auf den 03.08.2015 festzusetzen, da der 01.08.2015 ein Sonnabend war, vgl. § 193 BGB. 93

II. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung des von ihm so bezeichneten Urlaubs-/Weihnachtsgeldes für die Jahre 2011 bis 2015. 94

1. Ein Anspruch des Klägers ergibt sich mangels Vereinbarung nicht aus dem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 05.02.2008; wie der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer erläutert hat, fand sich eine entsprechende Regelung auch nicht in seinem Arbeitsvertrag mit der Firma T & F aus dem Jahre 2006. Ebenso ist zwischen den Parteien unstreitig geblieben, dass die vom Kläger für die Berechnung seines Anspruchs herangezogenen Bestimmungen der Tarifverträge für den nordrhein-westfälischen Einzelhandel weder kraft beiderseitiger Tarifbindung (vgl. § 3 TVG) noch aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung zum Tragen kommen. 95

2. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung des von ihm begehrten Urlaubs-/Weihnachtsgeldes aus der Betriebsvereinbarung „Zukunftsvertrag 2001“ oder der dazugehörigen Aufhebungsvereinbarung aus dem Jahre 2005. An dieser Stelle musste sich die Berufungskammer nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob die Aufhebungsvereinbarung aus dem Jahre 2005 ihrerseits eine eigenständige Betriebsvereinbarung darstellt. Denn selbst wenn man davon ausgeht, gilt folgendes: 96

a) Ein Anspruch auf eine tarifliche Leistung kann rechtswirksam durch Betriebsvereinbarung nicht begründet werden, wie sich aus § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ergibt. Hiernach können nämlich Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Insoweit besteht zwar die Möglichkeit, dass auch die Betriebspartner grundsätzlich übertarifliche Leistungen vereinbaren können; damit würde es sich dann um sogenannte freiwillige Leistungen handeln, die einer Betriebsvereinbarung im Sinne des § 88 BetrVG zugänglich sind. Die konstitutive Begründung originär tariflicher Ansprüche hingegen ist ihnen nicht möglich. 97

b) Allerdings geht die Berufungskammer nicht davon aus, dass die Aufhebungsvereinbarung aus dem Jahre 2005 originär tarifliche Ansprüche überhaupt begründen wollte. Aus den vorstehenden Gründen ist vielmehr mit der Beklagten davon auszugehen, dass es sich lediglich um einen deklaratorischen Hinweis darauf handelt, dass in den Fällen, in denen tarifliche Ansprüche geschuldet werden, weil deren Voraussetzungen vorliegen, diese von der Aufhebung des „Zukunftsvertrages“ unberührt bleiben. Deutlich wird dies insbesondere auch an der Formulierung des § 7 des „Zukunftsvertrages“, der nämlich in seiner Ziffer 1 ausdrücklich beschreibt, dass die Mitarbeiter die tariflichen Sonderzuwendungen erhalten, 98

soweit die tariflichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Damit ist bereits im Zukunftsvertrag selbst beschrieben, dass Ansprüche auf tarifliche Leistungen nur bei Vorliegen der entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein sollen, was zwangsläufig nur einen deklaratorischen Hinweis auf die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen im Hinblick auf die Anwendung tariflicher Bestimmungen bedeuten kann. Dass und warum die „Aufhebungsvereinbarung“ aus dem Jahre 2005 hierüber noch hinausgehen soll, erschließt sich nicht.

c) Im Übrigen wird wegen des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung eines Urlaubs- und Weihnachtsgeldes auf die zutreffenden Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung, insbesondere zum Nachwirkungszeitraum, Bezug genommen, vgl. § 69 Abs. 2 ArbGG. 99

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO. Sie entspricht dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen im Prozess. 100

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG waren nicht gegeben. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, in der die Berufungskammer im Wesentlichen die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugrunde gelegt hat. 101