
Datum: 04.10.2017
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 Sa 229/17
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2017:1004.5SA229.17.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn, 2 Ca 1300/16
Schlagworte: Keine Verzugspauschale im Arbeitsrecht
Normen: §§ 288 Abs. 5 BGB, 12 a ArbGG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
§ 288 Abs. 5 BGB findet im Arbeitsrecht keine Anwendung.

Tenor:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 28. September 2016– 2 Ca 1300/16 EU - teilweise abgeändert:

Die Klage wird für den Monat Juli 2016 in Höhe von weiteren 139,97 EUR nebst Zinsen und in Bezug auf die geltend gemachte Pauschale in Höhe von insgesamt 80 EUR nebst Zinsen abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits tragen beide Parteien zu je 1/2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte zu 19/20 und die

IV. Die Revision wird für die Klägerin zugelassen, soweit der Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Pauschale in Höhe von insgesamt 80 EUR abgewiesen worden ist. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Tatbestand

- Die Parteien streiten noch über Zahlungsansprüche der Klägerin für die Zeit vom 5. Juli 2016 bis zum 31. August 2016. 1 2
- Die Klägerin ist ausgebildete Kinderkrankenschwester. Sie war bei der Beklagten vom 1. Dezember 1984 bis zum 1. Oktober 2016 als Kinderkrankenschwester mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 18,38 Stunden zu einem monatlichen Bruttogehalt von zuletzt 1.438,17 EUR angestellt. Ihr Einsatz erfolgte auf der Station K 3. 3
- Die Klägerin war vom 13. Februar 2013 bis zum 5. Februar 2014 arbeitsunfähig erkrankt. Eine sich anschließende Wiedereingliederung blieb erfolglos. Die Klägerin erkrankte erneut langfristig arbeitsunfähig. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Klägerin ab Ende März 2016 wieder arbeitsfähig oder ob sie bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durchgehend arbeitsunfähig war. 4
- Im Jahre 2015 klagte die Klägerin auf Beschäftigung auf der Station Innere I oder II. Nachdem sie erstinstanzlich ohne Erfolg blieb, nahm sie die Berufung am 14. Juli 2016 zurück. 5
- Mit Schreiben vom 29. Juli 2015 forderte die Beklagte die Klägerin auf, am 17. August 2015 ihre Tätigkeit in der ambulanten Kinderkrankenpflege (E) aufzunehmen. Auf die von der Klägerin erhobene Klage entschied das Arbeitsgericht Bonn rechtskräftig, dass die Weisung rechtswidrig war. 6
- In dem ersten Gerichtsverfahren trug die Klägerin u.a. in dem Schriftsatz vom 10. Februar 2016 vor, sie könne „ihre Tätigkeit auf der Kinderstation aus gesundheitlichen Gründen und der vorhandenen Mobbingsituation nicht mehr ausüben“. Ob sie damit nur die Station K 3 oder auch die weitere Kinderstation K 2 meinte, ist zwischen den Parteien streitig. 7
- Die Parteien führten am 15. Mai 2015 und 08. März 2016 BEM-Gespräche. Am 17. März 2016 attestierte der Betriebsarzt der Beklagten, D . B , eine Wiederaufnahme der Tätigkeit als Kinderkrankenschwester sei „in naher Zukunft“ möglich. 8
- Die Klägerin wies die Beklagte in einem Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 30. März 2016 darauf hin, dass die betriebsärztliche Untersuchung ergeben habe, dass sie die Tätigkeit als Kinderkrankenschwester in naher Zukunft wieder aufnehmen könne. Sie verlangte die Beschäftigung auf der Station K 2. 9
- In einem weiteren BEM-Gespräch verständigten sich die Parteien am 5. April 2016 darauf, dass die Klägerin einen Antrag bei der D R (DRV) stellen sollte. Die DRV wies den Antrag der Klägerin vom 9. Mai 2016 auf Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben mit 10

Bescheid vom 8. Juni 2016 zurück. Zur Begründung verwies die DRV darauf, dass die Klägerin weiterhin als Kinderkrankenschwester arbeiten könne.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2016, welches bei der Beklagten am 4. Juli 2016 einging, übersandte die Klägerin der Beklagten eine Kopie des Bescheides „zur Kenntnisnahme“. 11

Mit ihrer Klage vom 30. Juni 2016, die der Beklagten am 6. Juli 2016 zugestellt worden ist, hat die Klägerin u.a. die Verurteilung der Beklagten zu ihrer Beschäftigung als Kinderkrankenschwester auf der Kinderstation K 2 verlangt. Mit Schriftsatz vom 7. Juli 2016 hat die Beklagte den Antrag auf Klageabweisung angekündigt. In der Güteverhandlung vom 22. Juli 2016 hat sie den Klageantrag anerkannt. Daraufhin ist antragsgemäß ein inzwischen rechtskräftiges Teilanerkennnisurteil ergangen. 12

Mit Schreiben vom 25. Juli 2016 hat die Beklagte die Klägerin aufgefordert, ihre Arbeit am 1. August 2016 aufzunehmen. Auf ihren Antrag hin ist der Klägerin Urlaub für den Zeitraum vom 1. bis zum 4. August 2016 Urlaub bewilligt worden. 13

Am 4. August 2016 hat ein weiteres BEM-Gespräch stattgefunden, das von den Parteien teilweise unterschiedlich geschildert worden ist. Mit Schreiben vom 4. August 2016 hat die Beklagte die Klägerin erneut aufgefordert, ihre Arbeit am 5. August 2016 aufzunehmen. Die Klägerin hat sich ab dem 5. August 2016 bis Ende September 2016 krank gemeldet. Sie hat Atteste für den 5. bis zum 14. August 2016 von dem Allgemeinmediziner R und für den 15. August bis zum 30. September 2016 von dem Allgemeinmediziner D . R vorgelegt. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2016 hat die Klägerin das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt. 14

In dem hiesigen Verfahren hat die Klägerin zuletzt noch Zahlungsansprüche für den Juli und August 2016 geltend gemacht, die sie für den Juli 2016 sowohl auf den Gesichtspunkt des Annahmeverzugs als auch auf den des Schadenersatzes gestützt hat. 15

Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe die Beklagte mit Schreiben vom 30. März 2016, jedenfalls aber mit Schreiben vom 1. Juli 2016, ordnungsgemäß aufgefordert, sie auf der Station K 2 zu beschäftigen. Im Übrigen sei es Sache der Beklagten gewesen, sie zum Dienst einzuteilen. Sie sei sowohl leistungsbereit als auch leistungsfähig gewesen. Sie hat die Meinung vertreten, die Beklagte befinde sich in Zahlungsverzug und müsse daher gemäß § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB für die beiden Monate jeweils 40 EUR nebst Zinsen zahlen. 16

Die Klägerin hat beantragt, 17

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.438,17 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.05.2016 sowie pauschaler Entschädigung in Höhe von 40,00 € zu bezahlen; 18
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.438,17 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.06.2016 zu bezahlen, sowie pauschalen Schadensersatz in Höhe von 40,00 €; 20
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.438,17 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.07.2016 zu bezahlen, sowie 22

pauschalen Schadenersatz in Höhe von 40,00 €;

- 4. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.438,17 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.08.2016 sowie eine pauschale Entschädigung in Höhe von 40,00 € zu bezahlen; 225
- 5. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 1.438,17 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.09.2016 sowie eine pauschale Entschädigung in Höhe von 40,00 € zu bezahlen; 227
- 6. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, bei der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX die Anwesenheit von Rechtsanwalt R N zu gestatten. 229

Die Beklagte hat beantragt, 30

die Klage abzuweisen. 31

Sie hat die Ansicht vertreten, ihrer Verpflichtung zur Zahlung stehe entgegen, dass die Klägerin weder leistungsbereit noch leistungsfähig gewesen sei und zudem ihre Arbeitskraft nicht ordnungsgemäß angeboten habe. Sie habe in dem Vorprozess – unstreitig – bis zum 14. Juli 2016 ihr Begehren weiter verfolgt, auf den Stationen Innere I oder II zu arbeiten. Zur Begründung habe sie mehrfach darauf verwiesen, ihre Tätigkeit als Kinderkrankenschwester nicht mehr ausüben zu können. Hilfsweise hat sie die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im August 2016 bestritten. 32

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 28. September 2016 teilweise stattgegeben. Dabei hat es die Beklagte zur Zahlung der Hauptforderung ab dem 5. Juli 2016 und der geltend gemachten Verzugspauschale, jeweils nebst Zinsen, verurteilt. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. 33

Die Beklagte ist nach wie vor der Auffassung, dass sie nicht zur Zahlung verpflichtet sei. Die für ihre Leistungsfähigkeit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin habe keine Arbeitsfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Sie habe auch nach dem 14. Juli 2016 ihre angebliche Arbeitsfähigkeit als Kinderkrankenschwester nicht positiv mitgeteilt. In dem am 4. August 2016 geführten Gespräch habe sie sich auf ausdrückliche Frage nicht dazu erklärt, ob sie als Kinderkrankenschwester arbeiten könne. Stattdessen habe ihr Prozessbevollmächtigter die Beendigung des Arbeitsverhältnisses angesprochen. Aus dem Vortrag der Klägerin in dem Vorverfahren ergebe sich zudem, dass sie nicht leistungsfähig gewesen sei. Am 5. April 2016 habe sie den Wunsch geäußert, Leistungen der DRV in Anspruch zu nehmen. Den Ablehnungsbescheid habe sie nicht unverzüglich vorgelegt. Hilfsweise bestreitet sie die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im August 2016. Ihr Prozessbevollmächtigter habe am 4. August 2016 erklärt, sie könne kein Interesse an einer Arbeitnehmerin haben, die wegen Krankheit immer wieder ausfalle. Der Prozessbevollmächtigte habe das Gespräch mit der Bemerkung, dass man mal sehen werde, ob die Klägerin am 5. August 2016 ihren Dienst antreten werde, abrupt abgebrochen. Sie habe Atteste von zwei Ärzten vorgelegt, die zudem Allgemeinmediziner seien. Sie könnten die von der Klägerin offensichtlich geltend gemachte psychische Erkrankung nicht diagnostizieren. 34

Die Beklagte beantragt,	35
unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bonn vom 28.09.2016 – 2 Ca 1300/16 EU – die Klage, soweit sie verurteilt wurde, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 1.186,54 € brutto sowie weitere 40,00 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2016 und einen Betrag in Höhe von 1.438,17 € brutto sowie weitere 40,00 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2016, zu zahlen, abzuweisen.	36
Die Klägerin beantragt,	37
die Berufung zurückzuweisen.	38
Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil. Ihr Prozessbevollmächtigter habe am 4. August 2016 die Beendigung des Arbeitsverhältnisses angesprochen, weil die Beklagte erklärt habe, sie wolle die Kinderkrankenschwestern in Zukunft stationsübergreifend einsetzen. Den Bescheid der DRV habe sie nicht sofort eingereicht, weil sie zunächst mit ihrem Prozessbevollmächtigten Rücksprache gehalten habe. Sie habe die Atteste zweier Ärzte vorgelegt, weil Herr R die Urlaubsvertretung ihres Hausarztes gewesen sei.	39
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.	40
<u>Entscheidungsgründe</u>	41
I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde gemäß §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 und 5 ArbGG, §§ 519 und 520 ZPO frist- und formgerecht eingelegt und begründet.	42
II. Das Rechtsmittel ist teilweise begründet. Der Klägerin steht für den 5. und 6. Juli 2016 kein Zahlungsanspruch zu. Die Beklagte befand sich an diesen Tagen nicht in Annahmeverzug. Sie hat sich auch nicht schadenersatzpflichtig gemacht. Zu Recht hat das Arbeitsgericht der Klägerin die geltend gemachten Zahlungsansprüche ab dem 7. Juli 2016 zugesprochen. Zwar befand sich die Beklagte nicht in Annahmeverzug. Der Klägerin kann jedoch für den Zeitraum vom 7. bis zum 31. Juli 2016 ein Schadenersatzanspruch in Höhe der entgangenen Vergütung beanspruchen. Für den Zeitraum vom 1. bis zum 4. August 2016 hat die Beklagte der Klägerin Urlaubsentgelt zu zahlen. Für die Zeit danach ist Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten. Dagegen kann die Klägerin die geltend gemachte Verzugspauschale in Höhe von 40 EUR monatlich nicht verlangen.	43
1. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 1.046,57 EUR brutto für den Zeitraum vom 7. bis zum 31. Juli 2016. Der weitergehend für den 5. und 6. Juli 2016 geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 139,97 EUR brutto besteht nicht.	44
a) Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 i. V. m. § 611 BGB ist nicht gegeben.	45
aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt ein Gläubiger gem. § 293 BGB in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung grundsätzlich tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Unter den Voraussetzungen des § 295	46

BGB genügt ein wörtliches Angebot. Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber zumindest konkludent erklärt hat, er werde die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen. Lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung geht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon aus, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich (*st. Rspr., vgl. nur BAG 24. Februar 2016 – 4 AZR 950/13 – ZTR 2016, 507*).

Ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Arbeitgeber vorher erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder wenn eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unterbleibt. Das wörtliche Angebot muss als rechtsgeschäftsähnliche Handlung dem Arbeitgeber zugehen und es muss sich inhaltlich auf die geschuldete Arbeitsleistung, dh. am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise beziehen (*BAG 24. Februar 2016– 4 AZR 950/13 – ZTR 2016, 507; 24. September 2014- 5 AZR 611/12 - BAGE 149, 144*). 47

Die geschuldete Arbeitsleistung ist die Tätigkeit, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zuletzt wirksam in Ausübung seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO zugewiesen hat. Kann der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, aber eine andere im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende Tätigkeit verrichten, ist das Angebot einer anderen Tätigkeit ohne Belang, solange der Arbeitgeber nicht durch eine Neuausübung seines Direktionsrechts diese zu der iSv. § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat. Andernfalls könnte der Arbeitnehmer den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung selbst konkretisieren. Das widerspräche § 106 Satz 1 GewO. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist Sache des Arbeitgebers (*BAG 27. Mai 2015 – 5 AZR 88/14 – NZA 2015, 1053*). 48

bb) Danach befand sich die Beklagte im Juli 2016 nicht in Annahmeverzug, weil sie der Beklagten kein Arbeitsangebot unterbreitet hat, dass sich auf die ihr wirksam zugewiesene Tätigkeit bezog. 49

Die der Klägerin zuletzt wirksam zugewiesene Tätigkeit war im Juli 2016 die Arbeit als Kinderkrankenschwester auf der Station K 3. Auf die Zuweisung der Tätigkeit in der ambulanten Kinderkrankenpflege (E) kann nicht abgestellt werden, weil die diesbezügliche Weisung der Beklagten nach der rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts Bonn im Vorprozess als rechtswidrig anzusehen ist. Für die Station K 3 hat die Klägerin ihre Arbeitskraft nicht angeboten. 50

b) Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 1.046,57 EUR brutto für den Zeitraum vom 7. bis zum 31. Juli 2016 aus § 280 Abs. 1 BGB. Die Beklagte hat, indem sie der Klägerin keine andere Tätigkeit zuwies, schuldhaft ihre Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt. Für den 5. und 6. Juli 2017 muss die Beklagte keinen Schadenersatz leisten. 51

aa) Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Ist der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen, kann es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem 52

Direktionsrecht erneut Gebrauch macht und die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens anderweitig derart konkretisiert, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich wird. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen seinem Leistungsvermögen entsprechenden Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist (*BAG 27. Mai 2015 – 5 AZR 88/14 – NZA 2015, 1053*).

Der Arbeitnehmer ist nach allgemeinen Regeln für die den Schadensersatzanspruch begründenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet. Abweichende Beweislastregeln greifen zu seinen Gunsten nicht ein (*BAG 27. Mai 2015 – 5 AZR 88/14 – NZA 2015, 1053*). 53

bb) Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin für den 5. und 6. Juli 2016 kein Schadenersatzanspruch zu, weil sie nicht ausreichend konkret die Umsetzung auf einen ihrem Leistungsvermögen entsprechenden Arbeitsplatz verlangt und der Beklagten mitgeteilt hat, wie sie sich ihre weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung, vorgestellt hat. 54

Sie kann sich zunächst nicht auf das Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 30. März 2016 berufen. In diesem hat sie zwar die Beschäftigung als Kinderkrankenschwester auf der Station K 2 verlangt, allerdings unter Bezugnahme auf die betriebsärztliche Untersuchung. Dem Attest vom 17. März 2016 ist nicht mit der notwendigen Klarheit zu entnehmen, ab wann von einer Arbeitsfähigkeit der Klägerin auszugehen ist. Auch ist in dem Schreiben vom 30. März 2016 nicht ausgeführt, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt von ihrer Arbeitsfähigkeit ausging. 55

Der mit Schreiben vom 1. Juli 2016 erfolgten Übersendung des Bescheides der DRV misst die Kammer keinen Erklärungswert zu, weil die Klägerin keine Ausführungen zu der Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit gemacht hat. 56

cc) Der Klägerin steht für den Zeitraum vom 7. bis zum 31. Juli 2016 ein Schadenersatzanspruch zu. 57

Die Klägerin hat in der Klageschrift ausreichend konkret die Umsetzung auf einen ihrem Leistungsvermögen entsprechenden Arbeitsplatz verlangt und der Beklagten mitgeteilt, wie sie sich ihre weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorgestellt hat. Sie hat verlangt, ab sofort auf der Station K 2 eingesetzt zu werden und damit deutlich gemacht, dass sie leistungsbereit ist und von ihrer Leistungsfähigkeit ausgeht. 58

Der Beklagten wäre es möglich und zumutbar gewesen, die Klägerin einen Tag nach Zustellung der Klageschrift auf der Station K 2 einzusetzen. Einwände, die gegen einen Einsatz der Klägerin ab dem 7. Juli 2016 auf dieser Station sprechen könnten, hat die Beklagte nicht vorgebracht. Sie hat vielmehr durch ihr wenig später erklärtes Anerkenntnis verdeutlicht, dass ihr eine Beschäftigung der Klägerin möglich gewesen wäre. 59

Die Beklagte war verpflichtet, die Klägerin ab dem 7. Juli 2016 auf der Station K 2 einzusetzen. Ihr ist zuzugeben, dass eine Verpflichtung nicht bestanden hätte, wenn von 60

einer Leistungsunwilligkeit und/oder Leistungsunfähigkeit der Klägerin auszugehe gewesen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die Klägerin war – wie bereits ausgeführt – leistungswillig. Sie hat in der Klageschrift ihre Beschäftigung auf der Station K 2 verlangt und damit ihre Bereitschaft, auf der Station zu arbeiten, dokumentiert. Anhaltspunkte dafür, dass es sich nur um ein Lippenbekenntnis gehandelt hat, bestehen nicht. Sie ergeben sich auch nicht daraus, dass die Klägerin bis zum 14. Juli 2016 auch die Beschäftigung auf der Station Innere I oder II verlangt hat. Sie hat der Beklagten damit lediglich die Wahl überlassen, wie sie den Einsatz der Klägerin gestaltet. Davon, dass sie einer Einteilung auf der Station K 2 nicht nachgekommen wäre, kann nicht ausgegangen werden. Der Wunsch der Klägerin, Leistungen der DRV in Anspruch zu nehmen, besagt nicht, dass sie nicht leistungswillig war (und auch nicht, dass sie nicht leistungsfähig war). Die Klägerin hat lediglich einen Antrag gestellt, der abschlägig beschieden worden ist. Der Umstand, dass die Klägerin den Bescheid nicht sofort vorgelegt hat, besagt nicht, dass sie nicht leistungswillig war. Darüber hinaus lag der Beklagten die Kopie des Bescheides vor dem 7. Juli 2016 vor. Nicht als substantiiertes Bestreiten ist auch der weitere Hinweis der Beklagten darauf, dass die Klägerin nach dem Anerkenntnisurteil die Arbeit nicht wieder aufgenommen hat, zu werten. Dies hat für die Frage nach der Leistungswilligkeit (und der nach der Leistungsfähigkeit) keine Aussagekraft, weil es hierfür Gründe gibt. Zunächst hat die Beklagte der Klägerin Urlaub bewilligt, danach war die Klägerin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses krankgeschrieben.

Die Klägerin war auch leistungsfähig. Die Beklagte hat den diesbezüglichen Sachvortrag der darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin nicht substantiiert bestritten. Die Klägerin konnte sich zunächst darauf beschränken, darauf zu verweisen, dass sie die Arbeit wieder aufnehmen wollte, nachdem sie nicht weiter krankgeschrieben worden war. Eine Arbeitsfähigkeitsbescheinigung konnte und musste sie entgegen der Auffassung der Beklagten nicht vorlegen, weil Ärzte bei gegebenen Anlass Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, nicht aber Arbeitsfähigkeitsbescheinigungen ausstellen. Für ihre Arbeitsfähigkeit spricht zudem das Attest des Betriebsarztes, der nicht als Arzt ihres Vertrauens angesehen werden kann. Zwar hat er in dem Attest vom 17. März 2016 nicht angegeben, was er unter „naher Zukunft“ versteht, nach allgemeinen Sprachverständnis ist allerdings anzunehmen, dass mehr als drei Monate später von dem Eintritt der Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden kann. Es ist auch dann Arbeitsfähigkeit der Klägerin anzunehmen, wenn das Gespräch vom 4. August 2016 so verlaufen sein sollte, wie die Beklagte behauptet. Zunächst kommt einem möglichen Schweigen der Klägerin zu der Frage, ob sie als Kinderkrankenschwester arbeiten kann, kein Erklärungswert dahingehend zu, dass dies nicht der Fall ist. Gleiches gilt für das Ansprechen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Juli 2016 schon abgelaufen war und sich die Frage der Beklagten auf den aktuellen Gesundheitszustand der Klägerin bezog.

Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt, weil sie aufgrund der Erklärungen der Klägerin und der vorgelegten Dokumente hätte erkennen können, dass sie die Klägerin ab dem 7. Juli 2016 auf der Station K 2 zumutbar hätte beschäftigen können.

dd) Für die zwei nicht zugesprochenen Tage waren 139,97 EUR in Abzug zu bringen.

2. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 1.438,17 EUR brutto für den August 2016.

- a) Für den Zeitraum vom 1. bis zum 4. August 2016 folgt der Anspruch aus § 611 Abs. 1 BGB i. V. m. § 11 BUrlG. Die Beklagte muss Urlaubsentgelt entrichten, weil sie der Klägerin Urlaub bewilligt hat und die Klägerin – wie ausgeführt - nicht arbeitsunfähig erkrankt war.
- b) Für den Zeitraum vom 5. bis zum 31. August 2016 kann die Klägerin gemäß § 611 Abs. 1 BGB i. V. m. § 3 EFZG Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verlangen. Die Beklagte hat den Beweiswert der von der Klägerin vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht erschüttert. 67
- aa) Ein ärztliches Attest begründet regelmäßig den Beweis für die Tatsache einer Arbeitsunfähigkeit (*BAG 17. Juni 2003 – 2 AZR 123/02 – NZA 2004, 564*). 68
- Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG hat der Arbeitnehmer eine Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtlicher Dauer vorzulegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Tage dauert. Ein solches Attest hat einen hohen Beweiswert, es ist der gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweis für die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Bezweifelt der Arbeitgeber die attestierte Arbeitsunfähigkeit, beruft er sich insbesondere darauf, der Arbeitnehmer habe den die Bescheinigung ausstellenden Arzt durch Simulation getäuscht oder der Arzt habe den Begriff der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verkannt, dann muss er die Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um die Beweiskraft des Attestes zu erschüttern (*BAG 17. Juni 2003 – 2 AZR 123/02 – NZA 2004, 564*). 69
- Gelingt es dem Arbeitgeber, den Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern bzw. zu entkräften, so tritt hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast wieder derselbe Zustand ein, wie er vor Vorlage des Attestes bestand. Es ist dann Sache des Arbeitnehmers, seinen Vortrag z. B. mit Hinweisen zu den Fragen, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben, welche Verhaltensmaßregeln der Arzt gegeben hat, welche Medikamente gegeben wurden, weiter zu substantiieren. Erst wenn der Arbeitnehmer insoweit seiner Substantiierungspflicht nachgekommen ist und ggf. die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht entbunden hat, muss der Arbeitgeber auf Grund der ihm obliegenden Beweislast den konkreten Sachvortrag des Arbeitnehmers widerlegen. Mit der Patientenkartei und der Vernehmung des behandelnden Arztes kommen dabei regelmäßig Beweismittel in Betracht, die eine weitere Sachaufklärung versprechen. In derartigen Fällen ist auch stets zu prüfen, ob die Umstände, die den Beweiswert des ärztlichen Attestes erschüttern, nicht sogar so gravierend sind, dass sie ein starkes Indiz für die Behauptung des Arbeitgebers darstellen, die Krankheit des Arbeitnehmers sei nur vorgetäuscht; dann müsste der Arbeitnehmer dieses Indiz entkräften (*BAG 17. Juni 2003 – 2 AZR 123/02 – NZA 2004, 564*). 70
- Der dargestellte hohe Beweiswert kommt nur einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu. Liegt sie nicht vor, stellt sich die Rechtslage so dar, als habe der Arbeitnehmer kein ärztliches Attest eingereicht (*BAG 17. Juni 2003 – 2 AZR 123/02 – NZA 2004, 564*). 71
- bb) Danach hat die Klägerin einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, weil sie ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt hat, deren Beweiskraft die Beklagte nicht erschüttert hat. 72
- Die Allgemeinmediziner waren zunächst berechtigt, der Klägerin nach entsprechender Diagnose Arbeitsunfähigkeit zu attestieren. Abgesehen davon, dass nicht 73

bekannt und nicht konkret vorgetragen ist, wegen welcher Erkrankung die Atteste ausgestellt worden sind, trifft der Hinweis der Beklagten, ein Allgemeinmediziner könne eine psychische Erkrankung nicht diagnostizieren, nicht zu.

Der Umstand, dass die Klägerin Atteste von zwei Ärzten vorgelegt hat, erschüttert den Beweiswert nicht. 74

Die von der Beklagten behaupteten Äußerungen der Klägerin in dem Gespräch vom 4. August 2016 begründen keine Anhaltspunkte für eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit. Sie haben keinen Bezug zur Arbeits(un)fähigkeit der Klägerin. 75

3. Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 BGB. 76

4. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 80 EUR aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB. Die sog. Verzugspauschale fällt im Arbeitsrecht nicht an. Der Anwendung von § 288 Abs. 5 BGB auf arbeitsrechtliche Forderungen steht § 12a ArbGG entgegen (wie hier ArbG Düsseldorf, 12.05.2016 – 2 Ca 5416/15; Diller, NZA 2015, 1095 ff.; Ulrici, jurisPR-ArbR 16/2017 Anm. 5 und jurisPR-ArbR 44/2016 Anm. 2; a.A. LAG Niedersachsen 20. April 2017 – 5 Sa 1263/16; LAG Köln 22. November 2016 – 12 Sa 524/16 – ZTR 2017, 105; LAG Baden-Württemberg 13. Oktober 2016 – 3 Sa 34/16; Lembke, NZA 2016, 1501 ff.). 77

Die Kammer ist zu dieser Annahme gelangt, indem sie von der zu § 12a ArbGG ergangenen ständigen Rechtsprechung des BAG ausgegangen ist. Das BAG nimmt an, dass § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG „jeden denkbaren Schadenersatzanspruch ausschließt“. Die Vorschrift schränke nicht nur den prozessualen Kostenerstattungsanspruch ein, sondern entfalte zugleich materiell-rechtliche Wirkungen (BAG 30. April 1992 – 8 AZR 288/91 – NZA 1992, 1101). In der Entscheidung vom 27. Oktober 2005 (BAG 27. Oktober 2005 – 8 AZR 546/03 – NZA 2006, 259) hat der 8. Senat inhaltlich übereinstimmend ausgeführt, § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG schließe einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch, der als Schadenersatzanspruch entstanden sei, aus, gleichgültig, worauf er gestützt werde. 78

Solange das BAG an dieser Rechtsprechung festhält, ergibt sich daraus nach Auffassung der Kammer die Konsequenz, dass im Arbeitsrecht kein Anspruch auf die Verzugspauschale besteht. Dies folgt aus dem Rechtscharakter des Anspruchs aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB, der als pauschalisierter Schadenersatzanspruch zu verstehen ist (Diller, NZA 2015, 1095; MüKo/Ernst § 288 BGB Rdn. 29; vgl. auch Ulrici, jurisPR-ArbR 16/2017 Anm. 5, der „auf die Nähe des Anspruchs aus § 288 Abs. 5 BGB zum Anspruch auf Verzugsschadenersatz verweist). Diesem Verständnis der Vorschrift entspricht es, dass § 288 Abs. 5 Satz 2 BGB die Anrechnung der Pauschale auf einen geschuldeten Schadenersatz vorsieht. 79

Darüber hinaus ist in der Literatur (vgl. nur Ulrici, jurisPR-ArbR 16/2017 Anm. 5; Diller, NZA 2015, 1095, 1096) zutreffend darauf verwiesen worden, dass es als widersprüchlich anzusehen ist, dem Arbeitnehmer eine unabhängig vom tatsächlichen Aufwand zu leistende Pauschale zuzubilligen, obwohl der Ersatz für den tatsächlichen außergerichtlichen Aufwand, der typischerweise erheblich höher ausfällt, ausgeschlossen ist. 80

5. Der Klägerin stehen für den geltend gemachten Anspruch auf die Verzugspauschale keine Zinsen zu. Dies ergibt sich nicht nur aus den vorstehenden Erwägungen, sondern unabhängig hiervon bereits daraus, dass die Klägerin insoweit keinen Zinsantrag gestellt hat (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 81

III.	Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i. V. m. § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.	82
IV.	Die teilweise Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ArbGG. Im Übrigen war die Revision nicht zuzulassen, weil die Entscheidung auf den besonderen Umständen des Einzelfalls beruht.	83
	<u>RECHTSMITTELBELEHRUNG</u>	84
	Gegen dieses Urteil kann von der Klägerin	85
	REVISION	86
	eingelegt werden, soweit sie zugelassen worden ist.	87
	Im Übrigen ist für die Klägerin und für die Beklagte gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	88
	Die Revision muss <u>innerhalb einer Notfrist* von einem Monat</u> schriftlich oder in elektronischer Form beim	89
	Bundesarbeitsgericht	90
	Hugo-Preuß-Platz 1	91
	99084 Erfurt	92
	Fax: 0361-2636 2000	93
	eingelegt werden.	94
	Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	95
	Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	96
	<ul style="list-style-type: none"> • 1. Rechtsanwälte, 	97
	<ul style="list-style-type: none"> • 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, 	99
	<ul style="list-style-type: none"> • 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. 	100
	In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	101

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	102
Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.	103
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	104
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.	105
