

**Titel:**

**Kein Annahmeverzug nach Obsiegen im Kündigungsschutzprozess bei Nichtannahme eines Beschäftigungsangebots des bisherigen Arbeitgebers**

**Normenketten:**

BGB § 242, § 615

KSchG § 11 S. 1 Nr. 2

BUrlG § 11 Abs. 1

**Leitsätze:**

**Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot des bisherigen Arbeitgebers, für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses ein Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen zu begründen, nicht an, so unterlässt der Arbeitnehmer böswillig anderweitigen Erwerb, wenn die geänderten Arbeitsbedingungen zumutbar sind. (Rn. 28)**

**Im Rahmen der Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB sind zunächst die Ansprüche des Arbeitnehmers aus § 615 S. 1 BGB sowie der böswillig unterlassene Verdienst nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 KSchG festzustellen, um sodann beides im Wege der Gesamtsaldierung miteinander zu verrechnen. Anzurechnen ist hierbei ausschließlich das, was der Arbeitnehmer durch anderweitige Verwendung desjenigen Teils seiner Arbeitskraft hätte erwerben können, den er dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. Gegenüberzustellen ist damit der Vergütungsanspruch für die Zeit, für welche Arbeitsleistungen zu erbringen waren, und der Verdienst, den er in dieser Zeit anderweitig hätte erwerben können. Der erzielbare Zwischenverdienst ist folglich in dem Umfang anzurechnen, wie er dem Verhältnis der beim Arbeitgeber ausgefallenen Arbeitszeit zu der bei Annahme zumutbarer Arbeit zu leistenden entspricht (Anschluss an BAG BeckRS 2017, 116229 Rn. 33). (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Annahmeverzug, böswilliges Unterlassen, Beschäftigungsangebot des bisherigen Arbeitgebers, Zumutbarkeit, Kündigungsschutz, Obliegenheit, Zwischenverdienst

**Vorinstanz:**

ArbG Bayreuth, Urteil vom 17.12.2018 – 2 Ca 771/17

**Fundstellen:**

DB 2020, 510

BeckRS 2019, 32525

LSK 2019, 32525

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bayreuth - Kammer Hof - vom 17.12.2018 - 2 Ca 771/17 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (März 2016)

EUR 870,26 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 43,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 nebst Zinsen aus EUR 176,84 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.04.2016 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (April 2016)

EUR 73,-- brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 23,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Mai 2016)

EUR 86,-- brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 23,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 zu bezahlen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juni 2016)

EUR 86,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 abzgl. vom Netto EUR 208,42 zu bezahlen.

5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juli 2016)

EUR 73,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.08.2016 zu bezahlen.

6. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (August 2016)

EUR 99,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.09.2016 zu bezahlen.

7. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (September 2016)

EUR 86,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.10.2016 zu bezahlen.

8. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Oktober 2016)

EUR 73,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.11.2016 zu bezahlen.

9. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (November 2016)

EUR 86,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.12.2016 zu bezahlen.

10. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Dezember 2016)

EUR 86,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.01.2017 zu bezahlen.

11. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Januar 2017)

EUR 86,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.02.2017 zu bezahlen.

12. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Februar 2017)

EUR 60,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.03.2017 zu bezahlen.

13. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (März 2017)

EUR 99,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.04.2017 zu bezahlen.

14. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (April 2017)

EUR 60,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.05.2017 zu bezahlen.

15. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Mai 2017)

EUR 99,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.06.2017 zu bezahlen.

16. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juni 2017)

EUR 86,-- brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 23,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.07.2017 zu bezahlen.

17. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juli 2017)

EUR 702,40 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 15,59 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.08.2017 zu bezahlen.

18. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (August 2017)

EUR 821,07 brutto nebst Zinsen aus diesem Betrag in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit

05.09.2017 zu bezahlen.

II. Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens trägt der Kläger  $\frac{3}{4}$ , die Beklagte  $\frac{1}{4}$ . Von den Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens trägt der Kläger  $\frac{9}{10}$ , die Beklagte  $\frac{1}{10}$ .

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Tatbestand**

**1**

Der Kläger verfolgt mit der Klage Annahmeverzugslohnansprüche nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess gegenüber der Beklagten.

**2**

Der am ...1984 geborene Kläger war bei der Beklagten zunächst im Zeitraum vom 08.04. bis 15.12.2014 als Lkw-Fahrer beschäftigt, sodann wieder ab 12.01.2015. Das Arbeitsverhältnis im Jahr 2014 endete durch Arbeitgeberkündigung, verbunden mit einer Wiedereinstellungszusage. Dem Arbeitsverhältnis im Jahr 2015 liegt ein undatiertes „Arbeitsvertrag befristet bis 19.12.2015“ zugrunde. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23.09.2015, fehlerhaft datiert auf 23.09.2014, zum 25.09.2015.

**3**

Die Beklagte fährt mit mehreren Zügen Verkehr „just in time“ zwischen Produktionsstätten der Automobilzulieferindustrie und der Automobilindustrie.

**4**

Das Arbeitsgericht Bayreuth stellte mit Urteil vom 06.07.2016 - 1 Ca 695/15 - fest, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch eine Arbeitgeberkündigung, noch durch eine Befristungsvereinbarung beendet wurde. Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat mit rechtskräftigem Urteil vom 11.07.2017 - 7 Sa 407/16 - die gegen das oben bezeichnete Urteil des Arbeitsgerichts Bayreuth eingelegte Berufung kostenpflichtig zurückgewiesen. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage. Im laufenden Verfahren übersandte die Beklagte mit Begleitschreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 23.02.2016 einen von ihrem Geschäftsführer bereits unterschriebenen Arbeitsvertrag vom 14.03.2016. Dieser sah eine Einstellung des Klägers als Kraftfahrer ab 14.03.2016 vor. Dieser sah eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden, verteilt auf die Tage von Montag bis Samstag und die Verpflichtung zur Mehrarbeit vor. Ferner war eine arbeitstägliche Bruttopauschalvergütung vorgesehen bei einer Arbeitszeit bis 7 Stunden von 60,00 €, bis 9 Stunden von 77,00 € und bis 10 Stunden von 85,00 € brutto. Hinzu kamen noch eine monatliche Prämie für unfallfreies Fahren sowie pauschalierte Nachtzuschläge und Spesen. Ferner waren zweistufige Ausschlussfristen von jeweils drei Monaten vorgesehen.

**5**

Darauf ließ der Kläger mit Antwortschreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 04.03.2016 mitteilen, dass er grundsätzlich bereit sei, bei der Beklagten wieder zu zumutbaren Bedingungen zu arbeiten und begehrte Änderungen und Erläuterungen zum Vertragsangebot. Er wollte als rechtlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses den 08.04.2014 mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen (Wegfall der Probezeit, sofortiger Kündigungsschutz, entsprechende Kündigungsfrist). Die Arbeits- und Vergütungsregelungen akzeptierte er, bat aber um Erläuterung des zeitlichen Umfangs der Nachtarbeit für den Anspruch auf den pauschalierten Nachtzuschlag. Hinsichtlich der Ausschlussfristen bat er, deren Wegfall in Erwägung zu ziehen. Letztlich wünschte er die Erledigung der noch rechtshängigen Ansprüche vor Wiederaufnahme der Arbeit. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten teilte mit Schreiben vom 08.03.2016 daraufhin mit, dass die Regelung zu den Ausschlussfristen nicht in Wegfall geraten könne und der Nachtzuschlag als arbeitstägliche Pauschale bezahlt wird, wenn mindestens zwei Stunden in dem Zeitraum von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr gearbeitet wird. Im Übrigen wies der Prozessbevollmächtigte darauf hin, dass die Einzelheiten der Wünsche des Klägers erst mit der Beklagten besprochen werden müssen. Die Parteien waren sich einig, dass der angebotene Arbeitsvertrag vom 14.03.2016 keine wie auch immer

geartete Auswirkung auf das Kündigungsschutzverfahren haben sollte und bei einem Obsiegen des Klägers der neu angebotene Arbeitsvertrag nicht den ursprünglichen Arbeitsvertrag ersetzen sollte. Anlässlich des Termins zur streitigen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht Bayreuth im Kündigungsschutzverfahren unterhielten sich die Parteien nach übereinstimmender Auskunft in der mündlichen Verhandlung selbst noch einmal über die Bedingungen der Weiterbeschäftigung. Sie fanden keine Einigung und der Kläger nahm die Arbeit nicht auf.

## 6

Er bezog bis Juni 2016 Arbeitslosengeld. Im Anschluss daran nahm er keine abhängige Beschäftigung auf, da er es nach Auskunft in der mündlichen Verhandlung nicht nötig hatte. Nach Zurückweisung der Berufung der Beklagten im Kündigungsschutzprozess mit Urteil vom 11.07.2017 wurde er mit Schreiben vom 18.07.2017 zur Arbeitsleistung aufgefordert. Daraufhin kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20.07.2017 zum 31.08.2017. In der Zeit vom 21.07. bis 31.08.2017 nahm der Kläger in Absprache mit der Beklagten Urlaub.

## 7

Mit seiner Zahlungsklage hat der Kläger die Beklagte auf Ansprüche auf Annahmeverzug für den Zeitraum ab Oktober 2015 bis August 2017 in Anspruch genommen. Anrechenbaren Zwischenerwerb aus böswilligem Unterlassen hat er bestritten. Die Beklagte beanstandete die Ansprüche des Klägers der Höhe nach und machte böswillig unterlassenen Zwischenerwerb geltend.

## 8

Unter Berücksichtigung von Urlaubsabgeltung beantragte der Kläger erstinstanzlich zuletzt:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Oktober 2015) EUR 2.430,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 486,33 nebst Zinsen aus EUR 2.017,05 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.11.2015 zu bezahlen.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (November 2015) EUR 2.250,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 711,00 nebst Zinsen aus EUR 1.612,38 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.12.2015 zu bezahlen.

III. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Dezember 2015) EUR 2.430,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 711,00 nebst Zinsen aus EUR 1.792,38 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.01.2016 zu bezahlen.

IV. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Januar 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 nebst Zinsen aus EUR 1.702,38 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.02.2016 zu bezahlen.

V. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Februar 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 868,42 nebst Zinsen aus EUR 1.570,63 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.03.2016 zu bezahlen.

VI. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (März 2016) EUR 2.430,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 nebst Zinsen aus EUR 1.792,38 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.04.2016 zu bezahlen.

VII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (April 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 nebst Zinsen aus EUR 1.570,63 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.05.2016 zu bezahlen.

VIII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Mai 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 736,80 nebst Zinsen aus EUR 1.570,63 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.06.2016 zu bezahlen.

IX. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juni 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachtzuschläge in Höhe von EUR 73,38 abzgl. vom Netto EUR 208,42 nebst Zinsen aus EUR 1.570,63 in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.07.2016 zu bezahlen.

X. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juli 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.08.2016 zu bezahlen.

XI. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (August 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.09.2016 zu bezahlen.

XII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (September 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.10.2016 zu bezahlen.

XIII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Oktober 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.11.2016 zu bezahlen.

XIV. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (November 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.12.2016 zu bezahlen.

XV. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Dezember 2016) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.01.2017 zu bezahlen.

XVI. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Januar 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.02.2017 zu bezahlen.

XVII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Februar 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.03.2017 zu bezahlen.

XVIII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (März 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.04.2017 zu bezahlen.

XIX. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (April 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.05.2017 zu bezahlen.

XX. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Mai 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.06.2017 zu bezahlen.

XXI. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juni 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.07.2017 zu bezahlen.

XXII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (Juli 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.08.2017 zu bezahlen.

XXIII. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger (August 2017) EUR 2.340,00 brutto sowie Nachzuschläge in Höhe von EUR 73,38 nebst Zinsen aus beiden Beträgen je in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.09.2017 zu bezahlen.

XXIV. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 2.160,00 brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

**9**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

**10**

Das Arbeitsgericht Bayreuth hat der Klage mit Urteil vom 17.12.2018 mit geringen Abstrichen bei der Höhe des monatlichen Bruttolohnanspruches und bei der Urlaubsabgeltung stattgegeben. Zur Begründung verwies das Arbeitsgericht darauf, dass kein anrechenbarer Zwischenerwerb durch böswilliges Unterlassen vorliege.

**11**

Das Gericht verweist zur weiteren Darstellung des unstreitigen Tatbestandes und des streitigen Parteivorbringens im erstinstanzlichen Verfahren auf das Urteil vom 17.12.2018.

**12**

Das Urteil vom 17.12.2018 wurde der Beklagten am 01.02.2019 zugestellt. Sie legte dagegen Berufung ein mit Berufungsschrift vom 01.03.2019, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen am gleichen Tag. Die Berufungsbegründungsschrift vom 29.03.2019 ging am gleichen Tag beim Landesarbeitsgericht Nürnberg ein.

**13**

Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, dass für den Fall, dass Annahmeverzugslohnansprüche zur Diskussion stünden, diese allenfalls für den Zeitraum vom 01.10.2015 bis einschließlich 13.03.2016 geschuldet sein könnten, nicht mehr für die Zeit danach wegen böswilligen Unterlassens von Zwischenerwerb. Der Kläger habe ab diesem Zeitpunkt eine anderweitige zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit, welche ihm durch die Beklagte angeboten worden sei, ausgeschlagen und damit die Erzielung anderweitigen Verdienstes böswillig unterlassen.

**14**

Im Übrigen werde das Urteil des Arbeitsgerichtes akzeptiert.

**15**

Die Beklagte und Berufungsklägerin stellt folgende Anträge:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bayreuth vom 17.12.2018, zugestellt 01.02.2019, Az. 2 Ca 771/17 wird abgeändert, soweit es der Klage stattgegeben hat und die Klage wird abgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt wurde,

an den Kläger (März 2016) 2070,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € abzüglich vom Netto 736,80 € nebst Zinsen aus 1406,58 € i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.04.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (April 2016) 1890,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € abzüglich vom Netto 736,80 € nebst Zinsen aus 1226,58 € i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.05.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (Mai 2016) 1980,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € abzüglich vom Netto 736,80 € nebst Zinsen aus 1316,58 € i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.06.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (Juli 2016) 1890,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.08.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (August 2016) 2070,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.09.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (September 2016) 1980,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.10.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (Oktober 2016) 1890,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.11.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (November 2016) 1980,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.12.2016 zu bezahlen,

an den Kläger (Dezember 2016) 1980,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.01.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (Januar 2017) 1980,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.02.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (Februar 2017) 1800,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.03.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (März 2017) 2070,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.04.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (April 2017) 1800,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.05.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (Mai 2017) 2070,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.06.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (Juni 2017) 1980,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.07.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (Juli 2017) 1890,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.08.2017 zu bezahlen,

an den Kläger (August 2017) 2070,- € brutto sowie Nachtzuschläge i.H.v. 73,38 € nebst Zinsen aus beiden Beträgen je i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 05.09.2017 zu bezahlen.

## **16**

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt:

Die Berufung wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

## **17**

Der Kläger verweist in der ersten und zweiten Instanz darauf, dass die Beklagte mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 08.03.2016 mitteilen ließ, die Einzelheiten der Wünsche des Klägers im Zusammenhang mit dem Vertragsangebot müssten noch besprochen werden, eine ergänzende Stellungnahme seitens der Beklagten aber nicht mehr erfolgt sei. Vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass der Kläger vom 21.07. bis 31.08.2017 in Urlaub gewesen sei und in dieser Zeit eine Anrechnung nach § 11 KSchG ausscheide.

## **18**

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

## **Entscheidungsgründe**

I.

### **19**

Die Berufung ist zulässig.

### **20**

Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1 und 2 c) ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Absatz 1 ArbGG.

II.

### **21**

Die Berufung ist teilweise begründet.

### **22**

Der Kläger hat Anspruch auf Vergütung nach § 615 Satz 1 BGB iVm § 611 BGB aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Annahmeverzuges für die Zeit vom 01.03.2016 bis 31.08.2017 sowie auf Zahlung von Urlaubsentgelt für beantragten und bewilligten Urlaub nach § 11 BurlG. Er muss sich auf seine Ansprüche anrechnen lassen nach § 11 KSchG, was er ab 14.03.2016 böswillig unterlassen hat, zu verdienen.

## 23

1. Die Beklagte kam mit Ausspruch der Kündigung vom 23.09.2015, fehlerhaft datiert auf 23.09.2014, zum 25.09.2015 in Annahmeverzug, nachdem diese Kündigung rechtsunwirksam war, LAG Nürnberg, Urteil vom 11.07.2017 - 7 Sa 407/16 -.

## 24

Die Höhe der Annahmeverzugsansprüche des Klägers ist unstreitig. Die Beklagte hat in der Berufung die Berechnung der klägerischen Ansprüche aus Annahmeverzug der Höhe nach durch das Erstgericht ausdrücklich nicht angegriffen. Der Kläger hat, soweit das Erstgericht seiner Berechnung nicht gefolgt ist, keine Anschlussberufung eingelegt und die Berechnung des Erstgerichtes ebenfalls in der Berufung ausdrücklich akzeptiert. Die in der 1. Instanz zugesprochenen Ansprüche aus Annahmeverzug sind der Höhe nach daher auch der Entscheidung des Gerichtes zugrunde zu legen.

## 25

2. Der Kläger muss sich nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG eine Anrechnung gefallen lassen, da er es böswillig unterlassen hat, eine zumutbare Arbeit anzunehmen.

## 26

(1) Besteht nach der Entscheidung des Gerichts im Kündigungsschutzprozess das Arbeitsverhältnis fort, muss sich der Arbeitnehmer nach § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. § 11 S. 1 KSchG ist eine Sonderregelung zu § 615 S. 2 BGB. Die beiden Vorschriften sind inhaltsgleich, BAG, Urteil vom 16.06. 2004 - 5 AZR 508/03 -, dort Rdz. 16, zitiert nach juris.

## 27

Dabei ist zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben, § 242 BGB, sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl, Art. 12 GG, die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar war. Der Arbeitnehmer unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund angebotene Arbeit ablehnt. Böswilligkeit setzt dabei nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Der Arbeitnehmer muss vorsätzlich eine ihm gebotene Arbeit nicht angetreten haben. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten reicht nicht aus. Die angebotene Arbeit muss dem Arbeitnehmer nach den konkreten Umständen des Falles zumutbar sein. Die fehlende Zumutbarkeit kann sich aus der Art der Arbeit, den sonstigen Arbeitsbedingungen oder der Person des Arbeitgebers ergeben. Die Frage der Zumutbarkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach Treu und Glauben zu bestimmen.

## 28

Die Anrechnung nach § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG kommt auch in Betracht, wenn der Arbeitgeber, der sich mit der Annahme der Dienste in Verzug befindet, eine zumutbare Arbeit anbietet, BAG, Urteil vom 11.01.2006 - 5 AZR 98/05 -, dort Rdz. 18, zitiert nach juris. Dies gilt insbesondere für den Fall einer bis zur endgültigen Entscheidung des Kündigungsrechtsstreits befristeten Weiterbeschäftigung zu denselben Arbeitsbedingungen. Die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer hängt hier vornehmlich von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsprozess ab. Allerdings ist vom Arbeitnehmer grundsätzlich nicht geschuldet, sich auf eine dauerhafte Änderung der vertraglichen Bedingungen seiner Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber einzulassen. Nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG geht es nur um eine Obliegenheit des Arbeitnehmers zum Erwerb von Zwischenverdienst, BAG, Urteil vom 11.01.2006, aaO., dort Rdz. 24, zitiert nach juris. Dabei kann es dem Arbeitnehmer im Rahmen dieser Obliegenheit zum Zwischenerwerb auch zumutbar sein, eine minderbezahlte Arbeit anzunehmen, Urteil vom 11.10.2006 - 5 AZR 754/05 -, dort Rdz. 22, zitiert nach juris.

## 29

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die angebotene Beschäftigung unzumutbar ist, liegt beim Arbeitnehmer, BAG, Urteil vom 24.09.2003 - 5 AZR 500/02 -, dort Rdz. 27, zitiert nach juris für die Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber und BAG, Urteil vom 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 -, dort Rdz. 23, zitiert nach juris für die Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber.

## 30

Bei der Abrechnung sind die Ansprüche des Klägers aus § 615 Satz 1 BGB festzustellen. Ferner ist der böswillig unterlassene Verdienst nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 KSchG festzustellen. Beides ist im Wege der Gesamtsaldierung miteinander zu verrechnen. Anzurechnen ist ausschließlich das, was der Kläger durch anderweitige Verwendung desjenigen Teils seiner Arbeitskraft hätte erwerben können, den er der Beklagten zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. Gegenüberzustellen ist damit der Vergütungsanspruch für die Zeit, für welche Arbeitsleistungen zu erbringen waren, und der Verdienst, den er in dieser Zeit anderweitig hätte erwerben können. Der erzielbare Zwischenverdienst ist folglich in dem Umfang anzurechnen, wie er dem Verhältnis der bei der Beklagten ausgefallenen Arbeitszeit zu der bei Annahme zumutbarer Arbeit zu leistenden entspricht, BAG, Urteil vom 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 -, dort Rdz. 33, zitiert nach juris.

**31**

(2) Für den vorliegenden Fall ergibt sich hieraus:

**32**

a) a. Der Kläger hat ein ihm zumutbares Beschäftigungsangebot der Beklagten böswillig ausgeschlagen.

**33**

Mit dem Vertragsangebot vom 14.03.2016 ging es nicht grundsätzlich darum, das Arbeitsverhältnis der Parteien dauerhaft auf eine neue vertragliche Basis zu stellen. Insoweit ist zwischen den Parteien unstreitig, dass eine dauerhafte Änderung der vertraglichen Grundlagen des Arbeitsverhältnisses nicht beabsichtigt war. Es sollte damit auch kein Einfluss genommen werden auf den zu diesem Zeitpunkt noch laufenden Kündigungsschutzprozess. Die Parteien haben insoweit ihr gemeinsames Verständnis des Vertragsangebotes in der streitigen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht Bayreuth vom 15.11.2018 bekundet. Danach war mit dem Vertragsangebot eine Auswirkung auf das Kündigungsschutzverfahren nicht beabsichtigt. Dieses Verfahren hätte weitergeführt werden sollen. Der ursprüngliche Arbeitsvertrag hätte im Falle des Obsiegens des Klägers im Kündigungsschutzverfahren dann auch nicht durch den neu angebotenen Arbeitsvertrag ersetzt werden sollen. Damit sollte es sich nach dem gemeinsamen Verständnis der Parteien um ein Art Prozessbeschäftigung handeln. Da es um keine dauerhafte Änderung der vertraglichen Beziehungen der Parteien ging, war aus diesem Grund die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bei der Beklagten nicht ausgeschlossen.

**34**

Das Vertragsangebot vom 14.03.2016 war auch in den einzelnen angebotenen Konditionen zumutbar.

**35**

Im Hinblick auf das Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 04.03.2016 kann für die Entscheidungsfindung davon ausgegangen werden, dass aus Sicht des Klägers alle dort nicht zur Diskussion gestellten Vertragsregelungen für ihn ohne weiteres zumutbar waren.

**36**

Der Kläger hatte den Wunsch geäußert, als rechtlich maßgeblichen Eintrittstermin in das Arbeitsverhältnis den 08.04.2014 zu vereinbaren mit den entsprechenden Folgerungen für Probezeit, Kündigungsschutz und Kündigungsfrist. Der Wunsch des Klägers, mit einer solchen Regelung dem laufenden Kündigungsschutzprozess die Bedeutung zu nehmen, ist verständlich, aber nicht geeignet, dem Angebot mit Schreiben vom 23.02.2016, die Arbeit wieder ab 14.03.2016 aufzunehmen, die Zumutbarkeit zu nehmen.

**37**

Der Kläger hatte ferner die Arbeitsregelungen akzeptiert unter dem Vorbehalt der Rechtsunwirksamkeit der vorgesehenen Pflicht zur Mehrarbeit. Auch daraus lässt sich eine Unzumutbarkeit des Beschäftigungsangebotes nicht ableiten.

**38**

Der Kläger hatte einen Verzicht auf die Ausschlussfristenregelung gewünscht. Die dortige Fristenregelung von zwei Mal drei Monaten Geltendmachungsfrist in der ersten und zweiten Stufe entspricht den Regelungen in § 24 MTV für die Arbeitnehmer des Speditions-, Transport- und Logistikgewerbes in Bayern vom 08.12.2014. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Fristenregelung, die die zuständige Gewerkschaft für die einschlägige Branche vereinbart hat, im Falle des Klägers unzumutbar sein sollte. Der Kläger hat insoweit auch nicht ergänzend vorgetragen im Verfahren.

### 39

Die Beschäftigung bei der Beklagten war auch nicht deshalb unzumutbar, weil die Beklagte dem Kläger verhaltensbedingt gekündigt hatte und die erhobenen Kündigungsvorwürfe weder zurückgenommen noch sie wenigstens nicht mehr aufrechterhalten hatte. Der Kläger hatte ungeachtet dessen schon mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 04.03.2016 die Bereitschaft zur Weiterbeschäftigung signalisiert und nur bei einzelnen Bedingungen des neuen Arbeitsvertrages Änderungswünsche geltend gemacht. Er hat aber weder in diesem Schreiben noch im Verlaufe des gesamten Annahmeverzugsprozesses jemals eingewandt, wegen des mit der Kündigung seitens der Beklagten erhobenen Vorwurfes des vertragswidrigen Verhaltens seinerseits sei eine Beschäftigung bei dieser für ihn nicht zumutbar.

### 40

Auch bei einer zusammenfassenden Betrachtung aller Umstände des Falles ergeben sich aus dem klägerischen Vorbringen keine zwingenden Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger die angebotene Weiterbeschäftigung bei der Beklagten nicht zumutbar gewesen wäre. Der Kläger hat es deshalb auch böswillig unterlassen, dieses zumutbare Beschäftigungsangebot wahrzunehmen. Denn mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 04.03.2016 akzeptierte er das Beschäftigungsangebot nur mit Modifikationen. Darin lag nach Maßgabe des § 150 Abs. 2 BGB eine Ablehnung des Beschäftigungsangebotes der Beklagten, verbunden mit einem eigenen neuen Angebot. Auf dieses Angebot und die Reaktion der Beklagten darauf kommt es aber nicht an.

### 41

Der Kläger hat auch böswillig gehandelt. Dies ergibt sich schon daraus, dass die von seinem Prozessbevollmächtigten in die Verhandlungen eingebrachten Änderungswünsche im Ergebnis den Kündigungsschutzprozess erledigen sollten im Sinne des Klägers. So hatte der Kläger den Wunsch geäußert, als rechtlich maßgeblichen Eintrittstermin in das Arbeitsverhältnis den 08.04.2014 zu vereinbaren mit den entsprechenden Folgerungen für Probezeit, Kündigungsschutz und Kündigungsfrist. Dieses Verlangen hatte er verknüpft mit dem Begehren, den Kündigungsschutzprozess und die damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen noch vor einer Wiederaufnahme seiner Tätigkeit für die Beklagte zu erledigen. So führte der Prozessbevollmächtigte des Klägers in seinem Schreiben vom 04.03.2016 aus, die rechtshängigen Ansprüche sollten vor Wiederaufnahme der Tätigkeit erledigt werden. Die vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens abhängigen Zahlungsansprüche waren zum Zeitpunkt dieses Schreibens noch nicht rechtshängig, bildeten aber den wirtschaftlichen Hintergrund. Damit wurde das Anliegen der beklagten Partei, mit der Weiterbeschäftigung eine Regelung zu finden, die den laufenden Kündigungsschutzprozess und davon abhängige Ansprüche nicht abschließend erledigte, bewusst konterkariert.

### 42

b) Es ergibt sich folgende Abrechnung:

### 43

Der Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611, 615 Satz 1 BGB ist in der Höhe nach Maßgabe der Berechnungen des Erstgerichtes zwischen den Parteien unstreitig.

### 44

Für die Zeit ab dem 14.03.2016 bis zum 20.07.2017 ist neben dem erhaltenen Arbeitslosengeld nach § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG anspruchsmindernd auch zu berücksichtigen, was der Kläger bei der Beklagten zu verdienen unterlassen hat nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG.

### 45

Der Kläger konnte im neuen Arbeitsverhältnis bei einer regelmäßigen täglichen Arbeitszeit wie im Verlauf des alten Arbeitsverhältnisses von 7 bis 9 Stunden einen Tagesverdienst von 77,00 € brutto verdienen. Da er in der Vergangenheit bei der Beklagten unfallfrei gefahren ist, konnte er perspektivisch ferner monatlich 200,00 € brutto zusätzliche Prämie für unfallfreies Fahren verdienen. Der Anspruch auf die arbeitstägliche Prämie von 10,00 € brutto je Tag wurde auch im Ersturteil bei der Berechnung des klägerischen Anspruches auf Annahmeverzugslohn berücksichtigt. Schließlich konnte er noch pro Nachtschicht unabhängig von ihrer Länge einen pauschalierten Nachtzuschlag von 10,00 € brutto verdienen, wenn er wenigstens 2 Stunden arbeitete in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr. Er hatte in der Vergangenheit nach den unstreitigen Feststellungen des Erstgerichtes in der Zeit von Juni 2014 bis August 2015 insgesamt 514,13 Stunden zuschlagspflichtige Nachtarbeit geleistet, monatlich also 36,72 Stunden. Eine

zuschlagspflichtige Nachtschicht liegt nach den Bestimmungen des ArbZG vor, wenn der Arbeitnehmer in der Zeit von 23:00 Uhr bis 06:00 Uhr mehr als 2 Stunden arbeitet. Der Kläger konnte mithin in dieser zuschlagspflichtigen Zeit unter Zugrundelegung von 36,72 zuschlagspflichtigen Stunden im Monat an wenigstens 5 Tagen im Monat den arbeitstäglich pauschalierten Nachtzuschlag ins Verdienen bringen. Mit der pauschalierten Regelung des Nachtzuschlages von 10,00 € pro Schicht konnte er in der neuen Beschäftigung damit mindestens 50,00 € brutto pro Monat erwirtschaften. Für eine darüber hinaus gehende Inanspruchnahme der Arbeitskraft des Klägers in nachzuschlagspflichtiger Zeit und einen sich daraus ergebenden höheren Betrag wäre die Beklagte in der Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte hat insoweit nicht vorgetragen.

#### 46

Es ergibt sich anrechenbarer unterlassener Bruttozwischenwerb wie folgt:

„14.03. bis 31.03.2016:“

Grundvergütung: 23 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.971,00 €, für die Zeit ab 14.03.2016  
anteilig  $1.971,00 € \times 14/23 = 1.199,74 €$

Nachtzuschlag:  $50,00 € \times 14/23 = 30,43 €$  April 2016:

Grundvergütung: 21 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.817,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Mai 2016:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Juni 2016:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Juli 2016:

Grundvergütung: 21 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.817,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € August 2016:

Grundvergütung: 23 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.971,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € September 2016:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Oktober 2016:

Grundvergütung: 21 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.817,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € November 2016:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Dezember 2016:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Januar 2017:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Februar 2017:

Grundvergütung: 20 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.740,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € März 2017:

Grundvergütung: 23 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.971,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € April 2017:

Grundvergütung: 20 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.740,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Mai 2017:

Grundvergütung: 23 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.971,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 € Juni 2017:

Grundvergütung: 22 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.894,00 €,

Nachtzuschlag: 50,00 €

01.07. bis 20.07.2017:

Grundvergütung: 21 vergütungspflichtige Tage x 77,00 € + 200,00 € = 1.817,00 €, für die Zeit bis 20.07.  
anteilig  $1.817,00 € \times 14/21 = 1.211,33 €$

Nachtzuschlag:  $50,00 € \times 14/21 = 33,33 €$

21.07. bis 31.08.2017: kein anrechenbarer unterlassener Zwischenerwerb, da Anspruch auf Urlaubsentgelt.

#### 47

Es ergeben sich mithin noch folgende Zahlungsansprüche:

14.03. bis 31.03.2016:

Grundvergütung: 2.070,00 € brutto - 1.199,74 € = 870,26 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 30,43 € = 42,95 € April 2016:

Grundvergütung: 1.890,00 € - 1.817,00 € = 73,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Mai 2016:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Juni 2016:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Juli 2016:

Grundvergütung: 1.890,00 € - 1.817,00 € = 73,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € August 2016:

Grundvergütung: 2.070,00 € - 1.971,00 € = 99,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € September 2016:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Oktober 2016:

Grundvergütung: 1.890,00 € - 1.817,00 € = 73,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € November 2016:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Dezember 2016:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Januar 2017:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Februar 2017:

Grundvergütung: 1.800,00 € - 1.740,00 € = 60,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € März 2017:

Grundvergütung: 2.070,00 € - 1.971,00 € = 99,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € April 2017:

Grundvergütung: 1.800,00 € - 1.740,00 € = 60,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Mai 2017:

Grundvergütung: 2.070,00 € - 1.971,00 € = 99,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 € Juni 2017:

Grundvergütung: 1.980,00 € - 1.894,00 € = 86,00 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € - 50,00 € = 23,38 €

01.07. bis 20.07.2017:

Grundvergütung: 1.890,00 € x 14/21 = 1.260,00 € - 1.211,33 € = 48,67 € brutto Nachtzuschlag: 73,38 € x 14/21 = 48,92 € - 50,00 € x 14/21 = 33,33 € = 15,59 €.

#### **48**

3. Der Kläger hat Anspruch auf Urlaubsentgelt nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BurlG.

#### **49**

(1) Nach §§ 1, 3 Abs. 1 BurlG ist der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers alleine vom rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängig. Er steht nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum auch eine Arbeitsleistung erbracht hat, zuletzt BAG, Urteil vom 21.05.2019 - 9 AZR 259/18 -, dort Rdz. 12, zitiert nach juris.

#### **50**

Der Urlaubsanspruch erlischt nicht mit Ablauf des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraumes zum 31.03. des Folgejahres, wenn der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht genügt, den Arbeitnehmer so rechtzeitig zur Urlaubsnahme unter Hinweis auf die Rechtsfolge des Verfalls aufzufordern, dass der Arbeitnehmer den Urlaub auch noch nehmen kann, so nunmehr BAG, Urteil vom 19.02.2019 - 9 AZR 423/16 -, dort Rdz 39f, zitiert nach juris, im Anschluss an EuGH, Urteil vom 06.11.2018 - C-684/16 -. Genügt der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht, so kumulieren sich die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers auch über mehrere Jahre.

#### **51**

Das dem Arbeitnehmer zustehende Urlaubsentgelt berechnet sich nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BurlG aus dem durchschnittlichen Verdienst des Arbeitnehmers der letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs. Dabei werden Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfälle oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, nicht berücksichtigt nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BurlG. Diese Berechnung bedarf aus europarechtlichen Gründen der Korrektur. Nach EuGH, Urteil vom 13.12.2018 C-385/17, „Hein“, dort Rdz. 53, zitiert nach juris, steht dem Arbeitnehmer im Rahmen des europarechtlichen Mindesturlaubs nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 das gewöhnliche Arbeitsentgelt zu, das er bei Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung erhält. Nationale Regelungen, die hier eine Kürzung beispielsweise wegen Kurzarbeit im Bezugszeitraum für die Berechnung des Urlaubsentgeltes vorsehen, sind deshalb unwirksam. Dabei erwirbt der Arbeitnehmer aber den Anspruch auf diesen Urlaub nur für Zeiträume, in denen er tatsächlich auch eine Arbeitsleistung erbringt, EuGH, aaO., Rdz. 41, zitiert nach juris. Diesen europarechtlichen Vorgaben wird Genüge getan, wenn § 11 Abs. 1 Satz 3 BurlG auf die (anteiligen) Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers nicht angewendet wird, die er erworben hat in Zeiten, in denen er gearbeitet hat oder nicht gearbeitet hat und kein Fall unverschuldeter Arbeitsversäumnis vorlag i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 3 BurlG.

#### **52**

(2) Hier bestand das Arbeitsverhältnis vom 12.01.2015 bis 31.08.2017.

#### **53**

Im Jahr 2015 hat der Kläger seinen Urlaub genommen bis auf unstreitig 10 Tage.

#### **54**

Im Jahr 2016 hat der Kläger einen gesetzlichen Urlaubsanspruch von 20 Tagen nach § 3 BurlG. Dabei war nach den Angaben der Parteien von einer regelhaften 5-Tage-Woche auszugehen. Der Arbeitsvertrag gewährt mit 24 Tagen Urlaubstagen in einer 6-Tage-Woche keinen darüber hinausgehenden Urlaubsanspruch.

#### **55**

Im Jahr 2017 hat der Kläger ebenfalls den gesetzlichen Urlaubsanspruch von 20 Tagen, da eine Kürzung bei Ausscheiden in der 2. Jahreshälfte nicht in Betracht kommt nach § 5 BurlG, mithin in Summe 50 Tage.

**56**

Für diese 50 Urlaubstage steht dem Kläger damit ein arbeitstägliches Urlaubsentgelt nach § 11 BurlG zu in folgender Höhe zu unter Berücksichtigung selbst verschuldeter Kürzung des Entgeltanspruches wegen böswillig unterlassenen Erwerbs in den letzten drei Monaten vor Antritt des Urlaubs am 21.07.2017:

21.04. bis 30.04.2017:  $(60,00 \text{ €} + 23,38 \text{ €}) \times 6/20 = 25,01 \text{ €}$

01.05. bis 31.05.2017:  $99,00 \text{ €} + 23,38 \text{ €} = 122,38 \text{ €}$

01.06. bis 30.06.2017:  $86,00 \text{ €} + 23,38 \text{ €} = 109,38 \text{ €}$

01.07. bis 20.07.2017:  $48,67 \text{ €} + 15,59 \text{ €} = 64,26 \text{ €}$

Summe:  $321,03 \text{ €} : 65 \text{ Arbeitstage} = 4,93 \text{ €}$ .

**57**

Mit der europarechtlich gebotenen Korrektur ergibt sich:

**58**

Der Kläger hat im Jahr 2015 einen Urlaubsanspruch erworben, von dem bei Jahresende unstreitig zwischen den Parteien noch 10 Tage offen waren. Er hat im Jahr 2015 gearbeitet bzw. konnte nicht arbeiten, weil die Beklagte seine Arbeitsleistung nicht angenommen hat. Letzteres gilt auch für die Zeit vom 01.01. bis zum 14.03.2016, als er die ihm von der Beklagten angebotene Arbeit böswillig nicht angetreten hat. Der in dieser Zeit erworbene Urlaubsanspruch berechnet sich mit 20 Tagen x 2,5 Monate = 5 Tage. Für 15 Tage Urlaub kann der Kläger daher aus europarechtlichen Gründen Urlaubsentgelt verlangen, das seinem gewöhnlichen Arbeitsentgelt entspricht. Das gewöhnliche arbeitstägliche Arbeitsentgelt des Klägers lag nach den unstreitigen Feststellungen des Erstgerichtes bei 90,00 € brutto zuzüglich (73,38 € x 3 Monate: 65 Arbeitstage =) 3,39 € Nachtzuschlag = 93,39 € brutto.

**59**

Damit steht dem Kläger im Juli für die 7 Urlaubstage vom 21.07. bis 31.07.2017 Urlaubsentgelt zu in Höhe von  $7 \times 93,39 \text{ € brutto} = 653,73 \text{ € brutto}$  und mithin für Juli insgesamt  $48,67 \text{ € brutto Grundvergütung} + 653,73 \text{ € brutto Urlaubsentgelt zuzüglich } 15,59 \text{ € Nachtzuschlag} = 702,40 \text{ € brutto}$  sowie  $15,59 \text{ € Nachtzuschlag}$ .

**60**

Damit steht dem Kläger im August für weitere 8 Urlaubstage Urlaubsentgelt zu in Höhe von  $8 \times 93,39 \text{ € brutto} = 747,12 \text{ € brutto}$  und für die restlichen 15 Urlaubstage bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses  $15 \times 4,93 \text{ € brutto} =$

$73,95 \text{ € brutto}$ , mithin für August insgesamt  $821,07 \text{ € brutto}$ .

**61**

Die erstinstanzlich ausgeurteilte Urlaubsabgeltung wurde nicht mit Berufung angegriffen, sodass sich insoweit weitere Ausführungen erübrigen.

**62**

Die Zinsansprüche des Klägers ergeben sich aus §§ 286, 288 BGB.

**63**

Der Berufung war daher teilweise stattzugeben.

**III.****64**

Die Parteien tragen die Kosten des Rechtsstreits anteilig im Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens, § 92 Abs. 1 ZPO.