

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 627/11
18 Sa 1170/10
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. September 2012

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. September 2012 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Mandrossa und Pollert für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. März 2011 - 18 Sa 1170/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1

Der 1960 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit Januar 2006 als 2
Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrags vom
15. Dezember 2006 gelten für das Arbeitsverhältnis die tariflichen Bestimmun-
gen der Industrie der Steine und Erden im Lande Hessen. § 8 des Rahmentarif-
vertrags für die Arbeitnehmer der Industrie der Steine und Erden im Lande
Hessen vom 27. April 2005 (*im Folgenden: RTV*) lautet:

- „1. Ansprüche aus Mehrarbeit, Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit, auf Zahlung von Zuschlägen jeder Art verfallen, wenn sie nicht innerhalb von vier Wochen nach Fälligkeit bei dem Arbeitgeber geltend gemacht werden.
2. Alle sonstigen beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich erhoben werden.
3. Werden die Ansprüche abgelehnt, so verfallen sie, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung gerichtlich geltend gemacht werden.“

Das Arbeitsverhältnis der Parteien war bis zum 31. Januar 2008 befris- 3
tet.

Am 27. Februar 2008 unterzeichnete der Kläger ein mit „Empfangsbestätigung - Ausgleichsquittung“ überschriebenes Dokument, welches auszugsweise folgenden Inhalt hat:

4

„Anlässlich Ihres Austrittes zum 31.01.2008 übersenden wir Ihnen die nachfolgend aufgeführten Arbeitspapiere:

1. Lohnsteuerbescheinigung 2007 und 2008 und Lohnsteuerkarte 2008
2. Meldebescheinigung zur Sozialversicherung - Abmeldung
3. Lohnabrechnung Januar/Februar 2008

Bitte bestätigen Sie durch Ihre Unterschrift die Richtigkeit der letzten Gehaltsabrechnung, den Empfang der o.g. Arbeitspapiere und, dass aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung keinerlei weitere Ansprüche gegen das Unternehmen bestehen.“

Im Zeitraum 6. Februar bis 12. April 2008 bezog der Kläger Arbeitslosengeld iHv. 2.660,46 Euro.

5

Der Kläger erhob Befristungskontrollklage. Mit Schreiben vom 11. März 2008 bot die Beklagte den Prozessbevollmächtigten des Klägers dessen Prozessbeschäftigung an. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 17. März 2008 nahm der Kläger dieses Angebot an. In der Zeit vom 25. März bis zum 11. April 2008 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Am 13. April 2008 nahm der Kläger die Arbeit wieder auf. Die Beklagte vergütete im Rahmen der Prozessbeschäftigung nur die vom Kläger geleisteten Arbeitsstunden mit einem Stundenlohn von 10,78 Euro brutto ohne Zuschläge und Sonderzahlungen. Entgeltfortzahlung an Feiertagen und Urlaubsentgelt erhielt der Kläger nicht. Insgesamt zahlte die Beklagte für die Zeit bis zum 30. September 2008 10.780,00 Euro brutto.

6

Das Arbeitsgericht Hagen stellte mit Urteil vom 12. August 2008 fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Befristung beendet wurde. Das den Parteien am 29. August 2008 zugestellte Urteil wurde rechtskräftig. Ab 1. Oktober 2008 wickelten die Parteien das Arbeitsverhältnis wieder vertragsgemäß ab.

7

8
Mit der am 9. Oktober 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. Februar bis zum 30. September 2008 geltend gemacht. Für die Monate Februar bis April 2008 hat er den sich aus der Abrechnung für Januar 2008 ergebenden Gesamtbruttobetrag von 2.086,68 Euro zugrunde gelegt, wobei in diesem Betrag auch ein „Ausgleich Urlaub“ enthalten war. Für die Zeit vom 13. April bis zum 30. September 2008 hat er Vergütung für die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sowie Zuschläge für Sonntags-Nachtarbeit iHv. 75 % und für Schicht-Nachtarbeit iHv. 15 % beansprucht. Auf die Gesamtsumme hat der Kläger die bezogene Bruttovergütung und das Netto-Arbeitslosengeld angerechnet.

9
Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.231,89 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 28. Juli 2009 abzüglich 2.660,46 Euro netto zu zahlen.

10
Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Alle Ansprüche seien verfallen. Den Ansprüchen des Klägers stehe zudem die unterzeichnete Ausgleichsquittung entgegen. Die verspätete Arbeitsaufnahme im Rahmen des Prozessbeschäftigungsverhältnisses gehe zulasten des Klägers. Das Gehalt für April mache der Kläger doppelt geltend. Auch lege der Kläger einen unzutreffenden Monatslohn zugrunde und berechne die Zuschläge falsch.

11
Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

12
Die Revision des Klägers ist begründet. Die Vergütungsansprüche des Klägers sind nicht verfallen. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. In welcher Höhe dem Kläger noch Ansprüche zustehen, kann der Senat nicht entscheiden. Es bedarf hierzu weiterer tatsäch-

licher Feststellungen. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 Abs. 1 ZPO).

- I. Die Vergütungsansprüche des Klägers sind nicht gemäß § 8 Ziff. 3 RTV verfallen. Vielmehr ist § 8 Ziff. 3 RTV verfassungskonform dahingehend auszu- 13
legen, dass mit Erhebung einer Bestandsschutzklage (*Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage*) die davon abhängigen Ansprüche wegen Annahmeverzugs im Sinne der tariflichen Ausschlussfrist gerichtlich geltend gemacht sind.
1. Mit einer Bestandsschutzklage wahrt der Arbeitnehmer, ohne dass es 14
einer bezifferten Geltendmachung bedarf, die erste Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist für alle vom Ausgang dieses Rechtsstreits abhängigen Ansprüche. Mit einer solchen Klage erstrebt der Arbeitnehmer nicht nur die Erhaltung seines Arbeitsplatzes, sondern bezweckt darüber hinaus, sich die Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzugs zu erhalten. Die Ansprüche müssen weder ausdrücklich bezeichnet noch beziffert werden (*für die Kündigungsschutzklage ständige Rechtsprechung seit BAG 10. April 1963 - 4 AZR 95/62 - BAGE 14, 156*).
2. Zugleich macht der Arbeitnehmer mit einer Bestandsschutzklage die 15
vom Ausgang dieses Rechtsstreits abhängigen Ansprüche im Sinne der zweiten Stufe einer tarifvertraglich geregelten Ausschlussfrist „gerichtlich geltend“.
- a) Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war für die 16
Wahrung der zweiten Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist regelmäßig die Erhebung einer bezifferten Klage erforderlich (*BAG 3. November 1961 - 1 AZR 302/60 - SAE 1962, 155; 26. April 2006 - 5 AZR 403/05 - Rn. 20, BAGE 118, 60; 17. November 2009 - 9 AZR 745/08 -*). Die Frist für diese Klage wurde mit Zugang des Klageabweisungsantrags beim Arbeitnehmer in Gang gesetzt, ohne dass es einer ausdrücklichen Ablehnungserklärung bedurfte (*BAG 17. November 2009 - 9 AZR 745/08 - Rn. 36; 26. April 2006 - 5 AZR 403/05 - Rn. 18, aaO*).

- b) An dieser Rechtsprechung kann nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2010 (- 1 BvR 1682/07 - AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 196 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 197) nicht festgehalten werden. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass der Arbeitnehmer in seinem Grundrecht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes verletzt werde, wenn das tarifliche Erfordernis einer gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen, die vom Ausgang einer Bestandsstreitigkeit abhängen, nach den bisherigen Grundsätzen des Bundesarbeitsgerichts ausgelegt und angewandt werde. Dem Arbeitnehmer werde insoweit eine übersteigerte Obliegenheit zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche wegen Annahmeverzugs auferlegt. Die Art der Geltendmachung der Ansprüche auf Vergütung wegen Annahmeverzugs müsse dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar sein. Das sei nicht der Fall, wenn er gezwungen werde, Ansprüche wegen Annahmeverzugs einzuklagen, bevor die Bestandsstreitigkeit rechtskräftig abgeschlossen sei. Damit erhöhe sich sein Kostenrisiko im Rechtsstreit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses. 17
- c) Tarifvertragliche Ausschlussfristen, die eine rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung vorsehen, sind verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die vom Erfolg einer Bestandsschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche bereits mit der Klage in der Bestandsstreitigkeit gerichtlich geltend gemacht sind. 18
- aa) Die verfassungskonforme Auslegung von Rechtsnormen gebietet, die Wertentscheidungen der Verfassung zu beachten und die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung zu bringen (BVerfG 21. Dezember 2010 - 1 BvR 2760/08 - Rn. 16, GRUR 2011, 223; 15. Oktober 1996 - 1 BvL 44/92, 1 BvL 48/92 - BVerfGE 95, 64; 30. März 1993 - 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, 1 BvL 11/90 - BVerfGE 88, 145; BAG 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 27 f., AP TzBfG § 14 Nr. 82 = EzA TzBfG § 14 Nr. 77; Voßkuhle AöR 125, 177). Ist eine Norm verfassungskonform auslegbar, ist für die Annahme ihrer Unwirksamkeit mit ggf. nachfolgender ergänzender Tarifauslegung kein Raum mehr. 19

- bb) Die durch eine undifferenzierte tarifliche Regelung veranlasste verfassungswidrige Obliegenheit zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche wegen Annahmeverzugs wird vermieden, wenn in der Erhebung der Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage die gerichtliche Geltendmachung der vom Ausgang dieser Bestandsschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche liegt. 20
- cc) Der Wortlaut des Tarifvertrags steht dieser verfassungskonformen Auslegung nicht entgegen. Bereits zur Auslegung der zweiten Stufe einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Ausschlussfrist (vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 253/09 - Rn. 31, AP BGB § 310 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 10; 19. März 2008 - 5 AZR 429/07 - Rn. 22, BAGE 126, 198) hat der Senat entschieden, dass der Wortsinn eines „Einklagens“ bzw. einer „gerichtlichen Geltendmachung“ der vom Ausgang der Bestandsschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche nicht zwingend verlange, dass gerade der Streitgegenstand „Vergütung“ zum Inhalt des arbeitsgerichtlichen Verfahrens gemacht werden müsse (vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 253/09 - Rn. 31, aaO; 19. März 2008 - 5 AZR 429/07 - Rn. 22, aaO). Eine an einen engen prozessualen Begriff des Streitgegenstands anknüpfende weitere Klage verlange eine solche Klausel nicht. Hinzu kommt, dass bei der verfassungskonformen Auslegung dem Wortsinn nur eine eingrenzende Funktion zukommt. Der Umstand, dass die Tarifvertragsparteien die Formulierung in Kenntnis der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verwandt haben, steht der nunmehr verfassungsrechtlich gebotenen Neuinterpretation nicht entgegen. 21
- dd) Die verfassungskonforme Auslegung des Merkmals „gerichtliche Geltendmachung“ berücksichtigt in angemessener Weise den Zweck einer zweistufigen Ausschlussfrist. Ausschlussfristen bezwecken, dem Schuldner zeitnah Gewissheit darüber zu verschaffen, mit welchen Ansprüchen er noch zu rechnen hat. Zulasten des Arbeitnehmers wirkende Ausschlussfristen sollen den Arbeitgeber vor der Verfolgung unzumutbarer Ansprüche bewahren, das sind regelmäßig solche, mit deren Geltendmachung er nicht rechnet und auch nicht zu rechnen braucht (so schon RG 27. Februar 1940 - RAG 162/39 - ARS Bd. 38 22

S. 355). Erhebt der Arbeitnehmer Bestandsschutzklage, kann der Arbeitgeber an der Ernstlichkeit der Geltendmachung der hiervon abhängigen Vergütungsansprüche nicht wirklich zweifeln. Schon mit der Erhebung einer Bestandsschutzklage kann sich der Arbeitgeber auf die vom Ausgang dieser Streitigkeit abhängigen Forderungen einstellen, Beweise sichern und vorsorglich Rücklagen bilden. Ihm muss bewusst sein, dass ggf. auch über die Höhe der zu zahlenden Vergütung noch Streit entstehen kann und nicht selten auch entsteht. Dass die Ansprüche nicht in einer den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO entsprechenden Bestimmtheit geltend gemacht werden, ist - wie bei der Wahrung der ersten Stufe der Ausschlussfrist für Ansprüche, die vom Ausgang der Bestandsschutzstreitigkeit abhängen - aus verfassungsrechtlichen Gründen hinzunehmen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass durch den Zwang zur vorzeitigen Erhebung der Klage auch der Arbeitgeber unnötigen Kostenrisiken ausgesetzt würde.

ee) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist, um den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu entsprechen, nicht auf eine Kostenbelastung des Arbeitnehmers im Einzelfall abzustellen. Maßgeblich ist nicht der Umfang der wirtschaftlichen Belastung, die den Arbeitnehmer durch den Rechtsstreit trifft, sondern der Gesichtspunkt der Risikoerweiterung. Kann der Arbeitnehmer nicht das Obsiegen in der Bestandsschutzstreitigkeit abwarten, wird ihm ein prozessuales Risiko aufgebürdet, das die Durchsetzung des gesetzlichen Bestandschutzes beeinträchtigen kann. Die Frage der Wirksamkeit und der Einhaltung der tariflichen Ausschlussfrist von einer einzelfallbezogenen Prüfung der Kostenbelastung abhängig zu machen, führte zudem zu größter Rechtsunsicherheit. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer rechtsschutzversichert ist, Prozesskostenhilfe beanspruchen kann, ob er die - im Misserfallsfall - unnötigen Kosten der Zahlungsklage aus eigenen Mitteln unproblematisch aufbringen oder sie durch eine strategisch günstige Antragstellung vermeiden könnte. Das Kostenrecht gilt für alle Parteien gleichermaßen, seine gesetzlichen Wertungen sind zwingend. Das erfordert zugunsten des durchschnittlich kündigungsfähigen Arbeitnehmers als Tarifnormunterworfenen, der mit

23

den Möglichkeiten einer kostengünstigen Prozessführung nicht vertraut ist, eine einheitliche Auslegung des Tarifvertrags.

ff) Durch die verfassungskonforme Auslegung bleibt das tarifliche Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen, die nicht vom Ausgang einer Bestandsschutzstreitigkeit abhängig sind, erhalten. Im Übrigen wird die Entstehung einer Regelungslücke vermieden, die erst zu einer ergänzenden Auslegung berechtigen würde. Denn Voraussetzung einer ergänzenden Auslegung ist, dass entweder eine unbewusste Regelungslücke vorliegt oder nachträglich eine Regelung lückenhaft geworden ist. Hieran fehlt es bei verfassungskonformer Auslegung des Tarifvertrags. 24

II. Einer Anrufung des Großen Senats gemäß § 45 ArbGG bedarf es nicht, denn alle Senate des Bundesarbeitsgerichts sind gehindert, die frühere Auslegung zweistufiger tariflicher Ausschlussfristen aufrechtzuerhalten. Die Rechtsfrage, welche Anforderungen an die Wahrung der zweiten Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist für Ansprüche, die vom Ausgang einer Bestandschutzstreitigkeit abhängen, zu stellen sind, ist wegen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2010 (- 1 BvR 1682/07 - AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 196 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 197) neu zu beantworten. Schon im Hinblick auf § 31 BVerfGG entfällt die Vorlagepflicht, wenn das Bundesverfassungsgericht die entscheidungserhebliche Rechtsfrage abweichend von der bisherigen Rechtsprechung selbst entschieden hat (vgl. BGH 21. März 2000 - 4 StR 287/99 - zu II 2 b aa der Gründe, BGHSt 46, 17; 26. Januar 1977 - 3 StR 527/76 - NJW 1977, 686; 17. März 2011 - IX ZR 63/10 - Rn. 30, BGHZ 189, 1). Nichts anderes gilt, wenn es den Fachgerichten aufgegeben hat, einen bestimmten rechtlichen Komplex insgesamt anhand der von ihm entwickelten Maßstäbe neu zu gestalten (BGH 21. März 2000 - 4 StR 287/99 - zu II 2 b aa der Gründe, aaO; 5. August 1998 - 5 AR (VS) 1/97 - BGHSt 44, 171). Die rechtliche Grundlage der früheren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ist durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2010 (- 1 BvR 1682/07 - aaO) entfallen. Deshalb fehlt es an 25

der für eine Anrufung des Großen Senats erforderlichen Identität der Rechtslage (vgl. BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 81, NZA 2012, 1029).

III. Das Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig. 26

1. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs iSd. §§ 615, 293 ff. BGB lagen spätestens seit Erhebung der Befristungskontrollklage vor. 27

a) Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Streiten die Parteien über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, genügt gemäß § 295 BGB ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber mit der Berufung auf das Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt, er werde keine weitere Arbeitsleistung mehr annehmen. Dieses wörtliche Angebot kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandsschutzklage einreicht (vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 253/09 - Rn. 13, AP BGB § 310 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 10; BGH 28. Oktober 1996 - II ZR 14/96 - zu II der Gründe, NJW-RR 1997, 537; 9. Oktober 2000 - II ZR 75/99 - zu 1 der Gründe, AP BGB § 615 Nr. 88 = EzA BGB § 615 Nr. 100). Lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung geht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von der Anwendbarkeit des § 296 BGB aus (zuletzt BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 14 mwN, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 36). 28

Wann im Streitfall ein wörtliches Angebot in diesem weit verstandenen Sinn vorlag, muss das Landesarbeitsgericht noch feststellen. Dabei wird es zu beachten haben, dass der Protest bereits vor Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses bekundet worden sein könnte. Spätestens mit Zustellung der Befristungskontrollklage war das wörtliche Angebot jedenfalls gegeben. 29

b) Das Angebot der Prozessbeschäftigung beendete den Annahmeverzug nicht. Zur Beendigung des Annahmeverzugs muss der Arbeitgeber die Arbeitsleistung als Erfüllung des mit dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrags annehmen. Nicht ausreichend ist hingegen, dass er dem Arbeitnehmer vorsorg- 30

lich einen für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits befristeten neuen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen oder eine durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung des Vertrags anbietet. Der Arbeitgeber muss vielmehr bei der Annahme unmissverständlich klarstellen, dass er zu Unrecht gekündigt bzw. zu Unrecht auf der Wirksamkeit der Befristung beharrt habe (vgl. BAG 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu I der Gründe, BAGE 108, 27; 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - BAGE 50, 164). Die Beklagte beschäftigte den Kläger erst wieder ab dem 1. Oktober 2008 zu den vertragsgemäßen Bedingungen.

c) Zweifel an der Leistungsfähigkeit und -willigkeit (§ 297 BGB) des Klägers bestehen nicht. Zwar war der Kläger vom 25. März bis zum 11. April 2008 arbeitsunfähig krank und somit nicht leistungsfähig. Dies führt indes nur dazu, dass dem Kläger für diesen Zeitraum die Ansprüche nicht als Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 BGB, sondern gemäß § 3 Abs. 1 EFZG als Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zustehen. 31

d) Der Kläger muss sich für die Zeit vom 11. bis zum 25. März 2008 nicht gemäß § 615 Satz 2 BGB den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er in dieser Zeit bereits im Rahmen einer Prozessbeschäftigung bei der Beklagten hätte verdienen können. Geht es um eine Arbeitsmöglichkeit beim bisherigen Arbeitgeber, darf der Arbeitnehmer regelmäßig abwarten, ob ihm eine zumutbare Arbeit angeboten wird. Einer eigenen Initiative bedarf es nicht (BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - Rn. 20, BAGE 116, 359; 22. Februar 2000 - 9 AZR 194/99 - zu II 2 bis 4 der Gründe, AP KSchG 1969 § 11 Nr. 2 = EzA BGB § 615 Nr. 97). Fordert der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf, eine konkrete Tätigkeit zu verrichten, begründen kurzfristige Verzögerungen, die auf der Einschaltung eines Prozessbevollmächtigten und der Überprüfung der Zumutbarkeit der angebotenen Prozessbeschäftigung in angemessener Zeit beruhen, noch kein Indiz für eine Böswilligkeit hinsichtlich des unterlassenen Zwischen- 32

2. Die „Empfangsbestätigung - Ausgleichsquittung“ vom 27. Februar 2008 steht den Ansprüchen des Klägers nicht entgegen. Die im Präsens abgefasste 33

Erklärung bezieht sich nur auf etwaige Ansprüche aus der Zeit bis zum Ablauf der Befristung am 31. Januar 2008 und nicht auf die streitgegenständlichen Ansprüche, die nach dem 31. Januar 2008 entstanden sind.

IV. Die Höhe der Ansprüche kann der Senat mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen nicht selbst berechnen. Das Landesarbeitsgericht wird insoweit Folgendes zu beachten haben: 34

1. Für die Zeit vom 1. Februar bis zum 12. April 2008 steht dem Kläger zunächst die vertragliche bzw. tarifliche Vergütung zu. Wie hoch diese ist und für welche Arbeitsleistung die monatliche Vergütung geschuldet wird, bedarf der Aufklärung. Jedenfalls sind die für Januar 2008 abgerechneten Urlaubsabgeltungsansprüche insoweit nicht zu berücksichtigen. Soweit der Kläger für die Zeit bis zum 12. April 2008 Überstundenvergütung begehrt, ist § 4 Abs. 1a EFZG zu beachten. 35

2. Nicht zu beanstanden ist, dass der Kläger seine Ansprüche für die Zeit ab dem 13. April 2008 auf der Grundlage der im Rahmen des Prozessbeschäftigungsverhältnisses tatsächlich geleisteten Stunden berechnet. 36

3. Hinsichtlich der Zuschläge für Schicht-, Sonntags- und Nachtarbeit wird der Kläger die einzelnen Zeiträume, für die er Zuschläge verlangt, zu konkretisieren haben. Der Darlegungslast genügen weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber durch die bloße Bezugnahme auf die den Schriftsätzen als Anlagen beigelegten Stundenaufstellungen oder sonstigen Aufzeichnungen. Anlagen können lediglich zur Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nicht ersetzen (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - NZA 2012, 939; BGH 2. Juli 2007 - II ZR 111/05 - Rn. 25 mwN, NJW 2008, 69; vgl. auch BVerfG 30. Juni 1994 - 1 BvR 2112/93 - zu III 2 a der Gründe, NJW 1994, 2683*). Die Darlegung der einzelnen Zeiträume, für die Zuschläge verlangt werden, hat vielmehr entsprechend § 130 Nr. 3 und Nr. 4 ZPO schriftsätzlich zu erfolgen. Beigefügte Anlagen können den schriftsätzlichen Vortrag erläutern oder belegen, verpflichten das Gericht aber nicht, sich die unstreitigen oder streitigen Arbeitszeiten aus den Anlagen selbst zusammenzusuchen. Dies gilt im Streitfall gerade auch 37

deshalb, weil die Schlüssigkeit der geltend gemachten Ansprüche davon abhängt, an welchen Wochentagen und zu welchen konkreten Uhrzeiten die Arbeit geleistet wurde. Die Höhe der Zuschläge richtet sich sodann nach § 3 Ziff. IV RTV. Hiernach ist für Arbeiten an Sonntagen in der Nacht ein Zuschlag von 75 % zu zahlen. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten gilt dies auch, wenn die Nachtarbeit am Sonntag zugleich Schichtarbeit ist. Während § 3 Ziff. IV Buchst. c und Buchst. d RTV für Werktage ausdrücklich zwischen Nachtschichtarbeit und Nachtarbeit unterscheiden, findet sich eine solche Unterscheidung in § 3 Ziff. IV Buchst. e RTV für Sonntags-Nachtarbeit gerade nicht.

4. Das Landesarbeitsgericht wird ferner aufzuklären haben, auf welcher Grundlage dem Kläger eine Jahressondervergütung für 2008 zustehen könnte.

38

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Mandrossa

Dirk Pollert