



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Tenor berichtigt gemäß
Beschluss v. 10.08.2010.
Düsseldorf, 10.08.2010
Willms, RB'e als UdG

des Herrn S. M., F. straße 77, M.,

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. J. B.,
C. straße 7, L.,

g e g e n

die B. Graphics Germany GmbH & Co. KG, vertreten durch die B.
Deutschland Vertriebs-Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch den
Geschäftsführer N. S., Im N. park 5 b, L.,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: D. Rechtsanwälte,
C. straße 11-13, L.,

hat die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 13.07.2010
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Jansen als Vorsitzen-
den sowie den ehrenamtlichen Richter Weyerstraß und den ehrenamtlichen
Richter Schmitz

für R e c h t erkannt:

**Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten wird das Urteil des Ar-
beitsgerichts Solingen vom 16.07.2005 – 3 Ca 133/06 lev - teilweise abge-
ändert:**

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für das Jahr 2005 eine Verkaufsprämie in Höhe von 6.681.60 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.01.2006 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche des Klägers gegen den Insolvenzverwalter Dr. Q. J.H. auf die Ver-**

**kaufsprämie 2005 aus dem Insolvenzverfahren - 71 IN 590/05 -
Amtsgericht Köln.**

- 2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Monate Januar 2006 bis Oktober 2006 unter Klageabweisung im Übrigen 36.830,00 € brutto abzüglich 21.338,70 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus je 1.549,13 € seit dem 01.02.06, 01.03.06, 01.04.06, 01.05.06, 01.06.06, 01.07.06, 01.08.06, 01.09.06, 01.10.06 und 01.11.06 zu zahlen.**
- 3. Die weitergehenden Berufungen des Klägers und der Beklagten werden zurückgewiesen.**
- 4. Die Kosten des Rechtstreits erster Instanz hat der Kläger zu 75 % und die Beklagte zu 25 % tragen. Die Kosten der zweiten Instanz hat der Kläger zu 63% und die Beklagte zu 37 % zu tragen.**
- 5. Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.**

TATBESTAND

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung, die Weiterbeschäftigung für den Fall des Obsiegens und Zahlungsansprüche ab September 2005.

Der am 21.08.1950 geborene Kläger ist verheiratet und hat zwei unterhaltsberechtigte Kinder. Er war seit dem 01.04.1973 zunächst für die B.-H. AG und dann für die B. Deutschland Vertriebsgesellschaft mbH & Cie KG (nunmehr B. Graphics Germany GmbH & Co KG) im Bereich Consumer Imaging (CI) als Key Account Manager tätig. Der Bereich Consumer Imaging wurde mit Wirkung zum 01.11.2004 auf die neu gegründete B. Photo Germany GmbH übertragen. Durch Beschluss vom 22.12.2005 wurde über das Vermögen der B. Photo Germany GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Kläger erhielt von der B. Photo Germany GmbH ausweislich der Gehaltsabrechnung für September 2005 ein Bruttogehalt von 6.711,00 € und einen geldwerten Vorteil für einen PKW in Höhe von zuletzt 365,00 €. Ab November

2005 stand dem Kläger das Fahrzeug nicht mehr zur Verfügung. Für das Kalender 2004 erhielt der Kläger von der B. Photo Germany GmbH im April 2005 eine Verkaufsprämie von 4.943,00 €.

Mit Schreiben vom 28.12.2005 kündigte der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31.03.2006. Im vorliegenden Verfahren wandte sich der Kläger zunächst gegen diese Kündigung.

Nach dem der Kläger mit Schreiben vom 27.01.2006 gegenüber der Beklagten dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die B. Photo Germany GmbH widersprochen hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22.03.2006 zum 31.10.2006 und stellte den Kläger widerruflich von der Arbeitsleistung frei. Gegen diese Kündigung erhob der Kläger am 05.04.2006 klageerweiternd beim Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage, beantragte ergänzend die Feststellung, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht und erweiterte anschließend die Klage um Zahlungsansprüche.

Das Verfahren bezüglich der Kündigung des Insolvenzverwalters wurde sodann abgetrennt und einem neuen Aktenzeichen zugeführt (Arbeitsgericht Solingen - 3 Ca 240/08 lev -).

Durch Teilurteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 09.08.2006 -3 Ca 133/06 lev - wurde festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Berufung der Beklagten wurde durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 01.03.2007 – 5 (11) Sa 1083/06 - zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 29.10.2009 nahm die Beklagte die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts zurück.

Der Kläger ist seit dem 10.01.2006 als selbständiger Handelsvertreter tätig. Für die Zeit vom 10.01.2006 bis 09.07.2006 erhielt er ein Überbrückungsgeld in Höhe von monatlich 3.556,45 € (insgesamt 21.338,70 €), das sich aus einem

Arbeitslosengeldanteil in Höhe von 2.098,20 € und einem Anteil „Zuschuss zur Sozialversicherung“ in Höhe von 1.458,25 € zusammensetzt.

Am 10.02.2006 kaufte der Kläger einen PKW zum Preis von 13.500,00 €, der nach seinem Vortrag in der Einkommenssteuererklärung 2006 mit 1/5 = 2.700,00 € berücksichtigt wurde. Ausweislich des Steuerbescheides vom 06.11.2007 (Bl. 458/459 d.A.) erzielte der Kläger 2006 Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb in Höhe von 38.016,00 €.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigung vom 22.03.2006 unwirksam sei. Der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß informiert worden. Man habe ihm mitgeteilt, dass im Bereich HealthCare nur Vertriebsmitarbeiter mit einem ingenieurwissenschaftlichen Studium in der Medizin oder IT Technik eingestellt würden und er nicht über die Qualifikation verfüge. Es seien aber auch Personen mit anderer Qualifikation (Industriekaufmann/ Wirtschaftsassistent) tätig. Jedenfalls sei die soziale Auswahl fehlerhaft. Er sei im Bereich HealthCare oder GraphikSystems einsetzbar. Maßgeblich für die Einsatzmöglichkeiten eines Key Account Managers seien nicht die technischen Kenntnisse über das zu verkaufende Produkt, sondern dessen Fähigkeiten zur professionellen Präsentation, Marktbeobachtung und Marktanalyse, zur Pflege der Marktdaten, zur Erstellung von Forecasts und zum kontinuierlichen Berichtswesen. Nach einer Einarbeitungszeit von weniger als drei Monaten könne er als Key Account Manager im Bereich HealthCare oder GraphicSystems eingesetzt werden.

Die Beklagte sei auch verpflichtet, den Lohn für Oktober 2005 bis einschließlich Dezember 2005 abzüglich Insolvenzgeld zuzüglich Zinsen zu zahlen. Sie habe weiter von seinem Lohn einbehaltene, aber nicht abgeführte und deshalb von ihm selbst gezahlte Beiträge zur Pflegeversicherung für September 2005 zuzüglich Zinsen, Nettzuschüsse zur gesetzlichen Krankenversicherung und zur gesetzlichen Pflegeversicherung für die Monate Oktober bis Dezember 2005 zuzüglich Zinsen, Reisekosten für September und Oktober 2005 zuzüglich Zinsen und eine mit der B. Photo Germany GmbH vereinbarte Verkaufsprämie für die Umsätze bis August 2005 zuzüglich Zinsen zu zahlen. Für die Zeit von Ja-

nuar 2006 bis Oktober 2006 ergebe sich ebenfalls ein Anspruch auf Vergütung zuzüglich Zinsen und Zahlung der Nettozuschüsse zur gesetzlichen Krankenversicherung und gesetzlichen Pflegeversicherung. Außerdem könne er die Abführung der Pensionskassenbeiträge für die Monate September 2005 bis Oktober 2006 verlangen.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 22.03.2006 zum 31.10.2006 aufgelöst wird;**
- 2. im Falle des Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Bedingungen als Key Account Manager über den 31.10.2006 hinaus weiter zu beschäftigen;**
- 3. an den Kläger für den Monat Oktober 2005 6.711,00 € brutto abzüglich erhaltener 3.851,58 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.11.2005 zu zahlen;**
- 4. an den Kläger für den Monat November 2005 7.076,00 € brutto abzüglich erhaltener 3.851,58 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.12.2005 zu zahlen;**
- 5. an den Kläger für den Monat Dezember 2005 7.076,00 € brutto abzüglich erhaltener 2.696,27 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.01.2006 zu zahlen;**
- 6. an den Kläger für den Monat September 2005 den vom Nettogehalt einbehaltenen Kranken- und Pflegeversicherungsbeitrag in Höhe von 556,95 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 18.11.2005 zu zahlen;**
- 7. an den Kläger für die Monate Oktober bis Dezember 2005 einen Nettozuschuss zur freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung in Höhe von 697,95 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes aus je 232,65 € netto seit dem 01.11., 01.12.2005 und 01.01.2006 zu zahlen;**

8. an den Kläger für die Monate Oktober bis Dezember 2005 einen Nettzuschuss zur gesetzlichen Pflegeversicherung in Höhe von 80,88 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes aus je 26,96 € seit dem 01.11., 01.12.2005 und 01.01.2006 zu zahlen;
9. an den Kläger für den Monat September 2005 Reisekosten in Höhe von 445,79 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 10.10.2005 zu zahlen;
10. an den Kläger für den Monat Oktober 2005 Reisekosten in Höhe von 114,79 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.11.2005 zu zahlen;
11. an den Kläger für das Jahr 2005 eine Verkaufsprämie in Höhe von 11.761,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.09.2005 zu zahlen;
12. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für die Monate Januar 06 bis Oktober 06 70.760,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins aus je 7.076,00 € seit dem 01.02.06, 01.03.06, 01.04.06, 01.05.06, 01.06.06, 01.07.06, 01.08.06, 01.09.06, 01.10.06 und 01.11.06 zu zahlen;
13. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Januar 2006 bis Oktober 2006 2.326,50 € netto (Nettozuschuss zur gesetzlichen Krankenversicherung) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins aus je 232,65 € seit dem 01.02.06, 01.03.06, 01.04.06, 01.05.06, 01.06.06, 01.07.06, 01.08.06, 01.09.06, 01.10.06, 01.11.06 zu zahlen;
14. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Januar 2006 bis Oktober 2006 299,60 € netto (Nettozuschuss zur gesetzlichen Pflegeversicherung) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins aus je 29,96 € seit 01.02.06, 01.03.06, 01.04.06, 01.05.06, 01.06.06, 01.07.06, 01.08.06, 01.09.06, 01.10.06, 01.11.06 zu zahlen;
15. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate September 2005 bis Oktober 2006 Pensionskassenbeiträge in Höhe von 1.583,12 € an die Bayer Pensionskasse abzuführen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigung wegen Wegfalls des Arbeitsplatzes des Klägers aufgrund des Übergangs des Betriebsteils auf die B. Photo Germany GmbH rechtswirksam sei. Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit sei nicht gegeben. Der Kläger könne auch nicht als Key Account Manager im Bereich HealthCare eingesetzt werden. Dies setze eine mehrjährige Betriebserfahrung im medizinisch-radiologischen Bereich, Spezialkenntnisse in medizinisch-digitaler Bildverarbeitung sowie profunde Kenntnisse über das deutsche Gesundheitswesen (Finanzierungs- und Genehmigungsverfahren) voraus. Die Tätigkeit könne nur nach einer Bewährungszeit von mindestens fünf Jahren in dem speziellen Vertriebsbereich ausgeübt werden. Dies gelte auch für den Bereich GraphicSystems. Es sei ein spezielles Produkt-Know-how im Bereich der Druckvorstufe erforderlich. Umfangreiche Systemkenntnisse, Workflow- Kenntnisse, Software und Datenkenntnisse würden vorausgesetzt. Die dort tätigen Key Account Manager verfügten über eine drucktechnische Ausbildung und arbeiteten seit mehr als 20 Jahren in dem Bereich. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Ihm sei im Einzelnen die Anforderungen an die anderen Tätigkeiten mitgeteilt worden.

Zahlungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs könnten vor tatsächlicher Erhebung des Widerspruchs nicht gegeben sein. Im Übrigen habe der Kläger das in der Zeit erzielte anderweitige Einkommen nicht ausreichend dargetan. Lege man die Einkünfte in Höhe von 38.016,00 € entsprechend dem Steuerbescheid zugrunde und rechne man das Überbrückungsgeld hinzu, habe der Kläger mehr bekommen als er einklage. Ein Anspruch auf eine Verkaufsprämie bestehe nicht, da das Geschäft nach dem Betriebsübergang nicht weiter betrieben worden sei.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben aufgrund Beweisbeschlusses vom 12.12.2007 durch Vernehmung der Zeugin N. M. und des Zeugen E.. Wegen

des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 03.02.2009 (Bl. 440 ff d.A.) Bezug genommen.

Mit Schlussurteil vom 16.07.2008 hat das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage abgewiesen und hierzu im Wesentlichen ausgeführt, dass der Betriebsrat zur Kündigung ordnungsgemäß angehört worden sei. Die Beklagte habe dem Betriebsrat die aus ihrer Sicht maßgeblichen Entscheidungskriterien für die Kündigung mitgeteilt. Ob die Mitteilung so korrekt sei, sei für die Frage der Wirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG unerheblich. Für eine bewusste Fehlinformation fehle es an Anhaltspunkten. Die Kündigung sei auch nicht sozial ungerechtfertigt. Der frühere Arbeitsplatz des Klägers sei weggefallen und eine vergleichbare Beschäftigungsmöglichkeit bei der Beklagten gebe es nicht. Der Kläger könne nicht mit Erfolg auf eine Tätigkeit als die Key Account Manager verweisen. Die Zeugin M. habe überzeugend dargetan, dass dort ein Einsatz nur in Betracht komme, wenn entweder aufgrund der Ausbildung oder aufgrund des jahrelangen Einsatzes im jeweiligen Gebiet umfassende Kenntnisse im Aufgabenbereich vorhanden seien. Dies sei beim Kläger nicht gegeben.

Die Zahlungsansprüche seien nur teilweise begründet. Allerdings habe sich die Beklagte schon vor der Erhebung des Widerspruchs in Annahmeverzug befunden. Ein Arbeitsangebot, das in der Regel zur Begründung des Annahmeverzuges erforderlich sei, sei entbehrlich, wenn der Gläubiger gegenüber dem Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck bringe, dass für den Fall des Widerspruchs kein funktionsfähiger Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden könne. Dies sei hier gegeben. Bereits im Unterrichtungsschreiben über den Betriebsübergang habe die Beklagte mitgeteilt, dass nach dem Übergang des Geschäftsbereichs CI kein Arbeitsplatz mehr vorhanden sei. Für Oktober könne der Kläger das Gehalt in Höhe von 6.711,00 € brutto und für die Monate November und Dezember 2005 jeweils 7.076,00 € brutto abzüglich erhaltenen Insolvenzgeldes zuzüglich Verzugszinsen verlangen. Unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges sei die Beklagte auch zur Zahlung der Zuschüsse zur gesetzlichen Krankenversicherung und zur gesetzlichen Pflegeversicherung zuzüglich Verzugszinsen für die Monate Oktober bis Dezember 2005 verpflichtet. Da die Beklagte auch die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge für

September 2005 hätte zahlen müssen und von dieser Verpflichtung durch Leistung des Klägers an den Versicherungsträger freigeworden sei, ergebe sich insoweit ein Anspruch aus § 812 BGB auf Ersatz der gezahlten 556,95 € zuzüglich Zinsen.

Die Beklagte sei auch zur Zahlung der Vergütung für die Monate Januar 2006 bis Oktober 2006 in Höhe von 70.067,00 € brutto, der Nettzuschüsse zur gesetzlichen Krankenversicherung und gesetzlichen Pflegeversicherung nebst Zinsen verpflichtet. Von der Vergütung seien bei linearer Betrachtung eigene Einnahmen in Höhe von 31.680,00 € brutto in Abzug zu bringen. Von dem verbleibenden Betrag von 39.080,00 € brutto sei weiterhin das gezahlte Überbrückungsgeld in Höhe von 21.338,70 € als Nettobetrag abzuziehen. Für die Zinsentscheidung sei pro Monat ein Zehntel des Differenzbetrages zugrunde zu legen. Mit der Vorlage des Steuerbescheides habe der Kläger die ihm obliegende Auskunftspflicht erfüllt. Schließlich könne der Kläger auch die Zahlung der Pensionskassenbeiträge unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges verlangen.

Weitere Zahlungsansprüche ständen ihm nicht zu. Insbesondere ergebe sich kein Anspruch auf Erstattung von Reisekosten. Diese seien gegen die B. Photo Germany geltend zu machen. Dies gelte auch für den Antrag auf Zahlung der Verkaufsprämie 2005.

Der Kläger hat gegen das ihm am 18.08.2008 zugestellte Schlussurteil des Arbeitsgerichts mit dem am 16.09.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 18.11.2008 mit dem am 17.11.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte hat gegen das am 13.08.2008 zugestellte Schlussurteil des Arbeitsgerichts mit dem am 19.08.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsschrift bis zum 13.11.2008 mit dem am 12.11.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger ist weiterhin der Auffassung, dass kein betriebsbedingter Grund zur Kündigung gegeben sei. Sie verstoße auch gegen die geltenden Betriebsvereinbarungen. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung von 22.03.2006 hätten die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 04.09.1997 und die Überleitungsvereinbarung von 29.08.2004 gegolten. In der Überleitungsvereinbarung sei unter Ziffer 2, 3 festgelegt, dass eine Kündigung erstmals mit Wirkung zum 31.12.2007 ausgesprochen werden könne. In der Änderungsvereinbarung vom 14.10.2002 zur Gesamtbetriebsvereinbarung vom 05.09.1979 sei zudem festgelegt, dass Kündigungen nach Möglichkeit zu vermeiden seien. Es sollte danach versucht werden, den betroffenen Arbeitnehmern einen anderen Arbeitsplatz bei der B. Deutschland Vertriebsgesellschaft mbH & Cie oder einer anderen Firma des Bayer-Konzerns auch nach Umschulung zu verschaffen. Ihm sei so etwas nicht angeboten worden. Er sei zu den Schulungen bereit.

Der Betriebsrat sei zur Kündigung nicht wirksam angehört worden. Es sei mitgeteilt worden, dass keine Beschäftigungsmöglichkeit für ihn vorhanden sei. Eine Sozialauswahl sei nicht einzuhalten, weil dem Kläger für andere Tätigkeiten die erforderliche wissenschaftliche Ausbildung, das notwendige Produkt- und System-Know-how und die einschlägige Berufserfahrung fehlten. Dies sei falsch. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass nur einer der beiden Key Account Manager über eine Ausbildung als Diplom-Ingenieur Medizintechnik verfüge. Es sei auch nicht mitgeteilt worden, ob im Bayer-Konzern Stellen vorhanden seien. Es könne dem Arbeitsgericht nicht gefolgt werden, dass keine bewusste Irreführung des Betriebsrats vorliege. Jedenfalls sei der Betriebsrat hinsichtlich der Ausbildungsvoraussetzungen falsch informiert worden.

Es sei auch für ihn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vorhanden gewesen. Er habe mehr als 30 Jahre für die Beklagte verschiedenste Produkte verkauft. Zuletzt sei er im Verkauf von sogenannten „Minilabs“ tätig gewesen. Gerade für den Bereich sei er in zwei Jahren nur in 1 bis 3 täglichen Seminaren geschult worden. An der Akademie seien noch Außendienstmitarbeiter für den Bereich HealthCare und GraphicSystems geschult worden. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass nur der Account Manager im Vertrieb für ein bestimmtes Verkaufsgebiet und einen bestimmten Kundenkreis zuständig sei. Der Key Account

Manager übe übergreifende strukturelle Tätigkeiten aus. Er sei für Großkunden verantwortlich, die 60% des Umsatzes des Unternehmens ausmachten. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben seien in erster Linie analytische Fähigkeiten und strategisches, unternehmerisches Denken notwendig. Der Key Account Manager müsse Instrumente wie Präsentationen, Rahmenvereinbarungen und Koalitionsverhandlungen auf höchster Ebene beherrschen. Beziehungsmanagement, Ideen und Konzepte zum Nutzen des Kunden und des eigenen Unternehmens seien seine täglichen Aufgaben. Die technischen Kenntnisse seien demgegenüber sekundär und könnten in Schulungen erworben werden.

Der Kläger ist der Auffassung, dass er auch die Reisekosten für September 2005 und Oktober 2005 sowie die Verkaufsprämie für das Jahr 2005 verlangen könne. Die Verkaufsprämie beruhe auf einer Vereinbarung mit der Beklagten im Anstellungsvertrag aus dem Jahr 1973. Er habe als kaufmännischer Reisender einen Anspruch auf ein Festgehalt in Höhe von 1.627,00 DM gehabt und eine Verkaufsprämie bekommen. Neben seinem Gehalt habe er in den Jahren bis 2003 erhebliche Verkaufsprämien erhalten. Im Jahre 2004 sei bei der Beklagten ein neues Prämiensystem vereinbart worden. Er habe als Key Account Manager FFH/GH bei 100 % Zielerfüllung eine Basisprämie in Höhe von 16.700,00 € erreichen können. Die schriftliche Vereinbarung vom Frühjahr 2004 sei von seinem Vorgesetzten Herrn G. M. von 15.000,00 € auf 16.700,00 € korrigiert und abgezeichnet worden. Dieses System sei auf die B. Photo Germany GmbH übertragen worden. Die Verkaufsprämie 2004 von 4.943,00 € sei im April 2005 gezahlt worden. Ausweislich der Listenanweisung vom 31.08.2005 stehe ihm für 2005 ein Betrag von 11.761,00 € zu. Er könne auch die Reisekosten verlangen. Da er in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten gestanden habe, jedoch faktisch bei einer anderen Gesellschaft gearbeitet habe, hafte sie für die bei diesem Einsatz entstandenen Aufwendungen. Hilfsweise ergebe sich ein Anspruch auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gemäß § 280 BGB. Zutreffend habe das Arbeitsgericht auch die Zahlungsansprüche für die Zeit vor dem Zugang des Widerspruchs zuerkannt. Soweit die Ansprüche auf Zahlung des Gehalts für die Zeit von Januar bis Oktober 2006 durch Anrechnung anderweitiger Einkünfte gemindert werde, verfolge er seine Ansprüche weiter. Abzuziehen sei nur der Gewinn, der aus den Einnahmen abzüglich der Ausgaben

bestehe. Mit der Vorlage des Steuerbescheides habe er seine Verpflichtungen erfüllt. Er habe nicht alle Anschaffungskosten und Start-up Investitionen in vollem Umfang eingerechnet, sondern nur zu 1/3, 1/5 oder 1/20. Die Anschaffungen müssten über 3, 5, 20 Jahre abgeschrieben werden. Zur Berechnung des anzurechnenden Verdienstes sei auf das letztlich zu versteuernde Einkommen von 22.006,00 € aus der Einkommenssteuererklärung 2006 abzustellen. Hier von sei noch 4/5 des Kaufpreises für den PKW in Höhe von 13.500,00 € in Abzug zu bringen, da der PKW nur zu ¼ in den Steuerbescheid eingeflossen sei. Der Kauf des PKW sei notwendig gewesen, um die selbstständige Handelsvertreter Tätigkeit ausüben zu können. Im Übrigen könnten auch die im Steuerbescheid erzielten Einkünfte von 38.016,00 € nicht einfach auf 12 Monate verteilt werden, da die Einkünfte nicht in den ersten sechs Monaten erzielt worden seien. Es sei allenfalls ein Verdienst von 20.880,00 € und das Überbrückungsgeld von 21.338,70 abzuziehen. Die Berechnung die Zinsleistungen sei auch nicht überzeugend. Eine Gesamtberechnung könne nicht vorgenommen werden.

Der Kläger beantragt,

unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 16.07.2008 - 3 Ca 133/06 lev -

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 22.03.2006 zum 31.10.2006 aufgelöst wird;**
- 2. im Falle des Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Bedingungen als Key Account Manager über den 31.10.2006 hinaus weiter zu beschäftigen;**
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für den Monat September 2005 Reisekosten in Höhe von 445,79 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.10.2005 zu zahlen;**
- 4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für den Monat Oktober 2005 Reisekosten in Höhe von 114,79 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.11.2005 zu zahlen;**

5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für das Jahr 2005 eine Verkaufsprämie in Höhe von 11.761,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.09.2005 zu zahlen;
6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Januar bis Oktober 2006 49.880,00 € brutto abzüglich 21.338,70 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinses aus monatlich 2862,20 € seit dem 01.2, 01.03, 01.04, 01.05, 01.06, 01.07, 01.08, 01.09, 01.10, und 01.11.2008 zu zahlen;
7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für den Monat November 2006 4998,74 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.12.2006 zu zahlen;
8. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für den Monat Dezember 2006 4998,74 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit dem 01.01.2007 zu zahlen;
9. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für November und Dezember eine Nettoszuschuss zur gesetzlichen Krankenversicherung in Höhe von 465,30 € nebst Zinsen aus die 232,65 € seit dem 01.12.2006 und 01.01.2007 zu zahlen;
10. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für November und Dezember 2006 eine Nettoszuschuss zur gesetzlichen Pflegeversicherung in Höhe von 59,52 € nebst Zinsen aus je 29,46 € seit dem 01.12.2006 und 01.01.2007 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 16.07.2008 - 3 Ca 133/06 lev - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Wirksamkeit der Kündigung auch keine kollektivrechtlichen Vereinbarungen entgegenstünden. Die Überleitungsvereinbarung beinhalte kein Kündigungsverbot für die Beklagte. Die Regelungen beträfen die Fortgeltung von Kollektivvereinbarungen bei der Erwerberin nach dem Betriebsübergang. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht unter

Berücksichtigung der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 04.09.1997. Mit der Änderungsvereinbarung vom 14.10.2002 hätten die Betriebspartner dem Umstand Rechnung getragen, dass die B. Deutschland Betriebsgesellschaft GmbH & Cie KG 2002 aus dem Konzernverbund der Bayer AG ausgeschieden sei. Der Betriebsrat sei zudem ordnungsgemäß gehört worden. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass ein Key Account Manager im Bereich HealthCare über eine entsprechende medizinische Ausbildung verfügen müsse oder die Kenntnisse aufgrund seines jahrelangen Einsatzes in dem Gebiet erworben haben müsse. In dem Bereich seien nur Mitarbeiter mit einer 20jährigen Berufserfahrung tätig. Dies gelte auch für den Bereich Graphics Systems. Die fehlende Vergleichbarkeit sei dem Betriebsrat auch in der Anhörung vom 14.03.2006 mitgeteilt worden. Im Übrigen seien die notwendigen Qualitätsanforderungen dem Betriebsrat aus eigener Kenntnis bekannt. Selbst wenn man davon ausgehe, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bis zum 30.10.2006 bestanden habe, könne der Kläger nicht die vom Arbeitsgericht im Schlussurteil zugesprochenen Beträge verlangen. Vor Zugang des Widerspruchs am 18.01.2007 sei kein Leistungswille des Klägers erkennbar gewesen. Insofern habe auch kein Annahmeverzug entstehen können.

Unabhängig davon sei eine Anspruchsgrundlage für die geltend gemachten Spesenansprüche nicht erkennbar. Der Kläger könne auch keine Verkaufsprämie für 2005 verlangen. Aus den Lohnkontenauszügen ergebe sich nicht, dass der Kläger 2002 bis 2004 Verkaufsprämien erhalten habe. Lediglich aus dem Lohnkonto 2005 sei zu ersehen, dass er für das Jahr 2004 eine Verkaufsprämie in Höhe von 4.943,00 € erhalten habe. Dies führe aber nicht zu einem Anspruch auf die geltend gemachte Verkaufsprämie. Bei der Beklagten sei das operative Geschäft nicht weitergeführt worden. Insofern habe er auch keine Verkaufsprämie erzielen können. Der Listenanweisung aus dem Jahre 2005 komme keine Bedeutung zu, da sich die Beklagte nicht das Verhalten des Rechtsnachfolgers zurechnen müsse. Im Übrigen habe es bei der Beklagten keine unterjährige Zahlung einer Verkaufsprämie gegeben. Die Verkaufsprämienregelung für die Key Account Manager verlange die Erfüllung verschiedener Faktoren. Dies

habe der Kläger nicht ausreichend dargetan. Im Übrigen sei an vergleichbare Mitarbeiter keine Zahlungen vor Jahresablauf geleistet worden. Es könne auch nicht der Berechnung des Klägers für das Jahr 2006 gefolgt werden. Bei einem bestehenden Annahmeverzug habe er sich den anderweitigen Verdienst anzurechnen. Den habe der Kläger konkret anzugeben. Die Vorlage der Einkommenssteuererklärung für das Jahr 2006 reiche nicht aus. Der Kläger habe sämtliche Anschaffungskosten und Investitionen für seinen selbständigen Gewerbebetrieb in dem Jahressteuerbescheid 2006 mit eingerechnet. Dies brauche sich die Beklagte nicht entgegenhalten zu lassen. Selbst wenn man von dem Brutomonatsgehalt von 7.076,00 € ausgehe, müsste sich der Kläger monatlich ausweislich des Einkommenssteuerbescheides 3.393,00 € anrechnen lassen. Hiervon wäre Überbrückungsgeld in Höhe von monatlich 3.556,45 € netto in Abzug zu bringen. Insofern verbliebe nur ein geringer Betrag von monatlich 126,55 €. Auch nur hierauf könnten Zinsen verlangt werden und nicht vom Arbeitsgericht erkannt, 1.774,13 € monatlich. Soweit Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung geltend gemacht würden, sei der Rechtsweg unzulässig. Da das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2006 beendet worden sei, ergebe sich in keinem Fall ein Anspruch auf Zahlungsansprüche nach Oktober 2006.

Das Gericht hat Beweis erhoben aufgrund Beweisbeschlusses vom 13.07.2010 durch die uneidliche Vernehmung des Zeugen M.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes, sowie des widerstreitenden Sachvortrages und der unterschiedlichen Rechtsauffassung der Parteien wird auf die in beiden Instanzen eingereichten Schriftsätze der Parteien, die Protokolle der mündlichen Verhandlungen, die eingereichten Anlage und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A. Die Berufung ist zulässig.

Sie ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Ziffer b) ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt i.V.m. (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 Satz 1 Satz 2 ArbGG, § 519 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG) ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG) begründet worden.

B. Die Berufung des Klägers und der Beklagten hatten nur teilweise Erfolg.

I. Der Kündigungsschutzantrag des Klägers ist unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Klage insoweit abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

1. Die fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 22.03.2006 zum 31.10.2006 ist aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 S.1 KSchG.

Eine ordentliche Kündigung ist u. a. gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt und damit nach § 1 Abs. 1 S.1 KSchG rechtswirksam, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb des Arbeitgebers entgegenstehen, bedingt ist.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung Bundesarbeitsgerichts (Urteil v. 03.02.2008 - 2 AZR 256/01 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; Urteil v. 12.04.2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; Urteil v. 17.06.1999 - 2 AZR 456/98 - EzA § 1 KSchG, Betriebsbedingte Kündigung Nr. 103) können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen, wie z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränk-

kung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. Diese weitere Voraussetzung ist erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein (BAG Urteil v. 17.06.1999 - 2 AZR 456/98 - EzA § 1 KSchG, Betriebsbedingte Kündigung Nr. 103).

Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zudem ausgeschlossen (BAG Urteil v. 05.06.2008 - 2 AZR 107/07 - AP Nr. 178 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, NZA 2008, 1180 - 1182 m.w.N.), wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz gegebenenfalls auch zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz im obengenannten Sinne muss aber für den Arbeitnehmer geeignet sein. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist und der Arbeitnehmer über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt (BAG Urteil v. 24.06.2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132; Urteil v. 25.04.2002 - 2 AZR 260/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121). Dabei unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers. Eine Weiterbeschäftigung hat aber auch dann vorrangig zu erfolgen, wenn sie erst nach einer Einarbeitung des Arbeitnehmers auf einer freien Stelle, gegebenenfalls erst nach einer dem Arbeitnehmer anzubietenden zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme möglich ist (BAG Urteil v. 07.02.1991 - 2 AZR 205/90 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung). Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der des Kündigungszugangs (BAG Urteil v.

30.05.1985 - 2 AZR 321/84 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 36; Urteil v. 12.04.2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; Urteil v. 21.04.2005 - 2 AZR 241/04 - AP Nr. 74 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt, dass die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt ist.

aa) Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Der frühere Arbeitsplatz des Klägers ist wegen des Betriebsteilübergangs bei der Beklagten weggefallen. Der Bereich Consumer Imaging, in dem der Kläger als Key Account Manager war, ist durch Betriebsteilübergang zum 01.11.2004 auf die B. Photo Germany GmbH übergegangen.

bb) Es ergibt sich auch kein Verstoß gegen die Sozialauswahl. Eine Sozialauswahl setzt eine Vergleichbarkeit/ Austauschbarkeit von Arbeitnehmern voraus. An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann ("arbeitsvertragliche Austauschbarkeit" (BAG Urteil v. 02.06.2005 - 2 AZR 480/04 - AP Rn 75 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; Urteil v. 17.02 2000 - 2 AZR 142/99 - AP Nr. 46 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; Urteil v. 5.12 2002 - 2 AZR 697/01 -; Urteil v. 23.11.2004 - 2 AZR 38/04 - AP Rn 70 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl ; Urteil v. 24.05 2005 - 8 AZR 333/04 - EzA BGB § 613 a Nr. 37 m.w.N.). Der Kläger hat nicht behauptet, dass Arbeitnehmer aus seinem bisherigen Bereich weiterbeschäftigt werden. Es ergibt sich auch nicht, dass der Kläger einseitig in den Bereich HealthCare oder GraphicSystems versetzt werden kann.

cc) Die Berufungskammer folgt auch der Auffassung des Arbeitsgerichts, dass es für den Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung keine vergleichbare Beschäftigungsmöglichkeit gab. Der Kläger hat sich zwar auf einen Einsatz im Bereich HealthCare bzw. GraphicSystems berufen, und dass er nach kurzer Einarbei-

tungszeit in der Lage sei, diese Tätigkeit auszuführen. Er hat darauf verwiesen, dass der Key Account Manager nicht über technischen Kenntnisse des zu verkaufende Produkts verfügen müsse, sondern für dessen Einsatzmöglichkeiten andere Fähigkeiten, etwa zur professionellen Präsentation, Marktbeobachtungen und Marktanalyse usw. erforderlich seien. Dem kann aber nach Auffassung der Berufungskammer nicht gefolgt werden. Der Kläger verkennt, dass der Arbeitgeber das Anforderungsprofil für die Tätigkeit bestimmt. Insofern kann er den Einsatz eines Key Account Managers in den Bereichen davon abhängig machen, dass der einzusetzende Arbeitnehmer umfassende Fachkenntnisse aus dem Bereich HealthCare bzw. GraphicSystems besitzt. Das Arbeitsgericht ist zu Recht aufgrund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beklagte dies umsetzt, es keine bereichsübergreifenden Versetzungen gibt und nur Mitarbeiter als Key Account Manager in diesen Bereichen eingesetzt werden, die entweder aufgrund ihrer Ausbildung oder aufgrund ihres jahrelangen Einsatzes auf dem jeweiligen Gebiet umfassende Fachkenntnisse erworben haben. Der Bewertung der Zeugenaussagen hat der Kläger weder in Bezug auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen, noch auf den Inhalt ihrer Aussage erhebliches entgegengehalten. Allein der Verweis darauf, dass er die Arbeiten nach kurzer Einarbeitungszeit erfüllen könne, reicht nicht aus, um eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzunehmen, zumal nicht erkennbar ist, wie er die von der Beklagten beschriebenen umfassenden Fachkenntnisse, in dem von der Rechtsprechung noch zumutbaren Einarbeitungszeitraum von drei Monaten erlangen kann.

dd) Der Wirksamkeit der Kündigung steht auch nicht die Überleitungsvereinbarung vom 28.04.2004 entgegen. Es kann nicht der Auffassung des Klägers gefolgt werden, dass die Ziffer 2.3 eine Kündigung vor dem 31.12.2007 ausschließt. Wie sich aus Abs. 2 der Präambel ergibt, wurde die Überlassungsvereinbarung u.a. „zur Klärung der rechtlichen Auswirkungen des Betriebsübergangs auf die Arbeitsverhältnisse betroffener Arbeitnehmer, auf die kollektivrechtlichen Regelungen,“ geschlossen. Die Ziffer 2 der Überleitungsvereinbarung enthält Regelungen über die Fortgeltung von Kollektivvereinbarungen der

Beklagten bei der B. Photo Germany GmbH. In Ziffer 2.3 heißt es, „Die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 04.09.1997 (Gesamtsozialplan) nebst sie ändernden und ergänzenden Vereinbarungen gilt für alle Arten von Betriebsübergängen und für die übrigen definierten Anwendungsfälle bei der B. Photo Germany GmbH auf der Ebene des Unternehmens als ausschließlich anwendbarer Rahmensozialplan mit der Maßgabe weiter, dass eine Kündigung erstmals mit Wirkung vom 31.12.2007 ausgesprochen werden kann“. Die Regelung kann mithin nur dahingehend verstanden werden, dass sie sich auf Kündigungen bezieht, die durch den Erwerber, die B. Photo Germany GmbH, ausgesprochen werden.

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg auf die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 04.09.1997 i.V.m. der Änderungsvereinbarung vom 14.10.2002 berufen, wonach Kündigungen nach Möglichkeit zu vermeiden sind und versucht werden soll, den betroffenen Arbeitnehmern einen anderen Arbeitsplatz bei der Beklagten oder einer anderen Firma des Bayer-Konzerns gegebenenfalls nach Umschulung und Weiterbildung zu verschaffen. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Bezugnahme in der Gesamtbetriebsvereinbarung auf den Bayer-Konzern (II.) in der Änderungsvereinbarung gestrichen wurde. Unabhängig davon kommt die Gesamtbetriebsvereinbarung nur mit den in 6.3 festgelegten Einschränkungen zur Anwendung. Danach gilt der bisherige Arbeitsplatz am selben Ort bei B. Photo Germany GmbH oder einer Schwester-oder Tochter-Gesellschaft als in den wesentlichen Arbeitsbedingungen gleichwertig und zumutbar gem. I Ziffer 5 des Sozialplans und ein Widerspruch schließt einen Abfindungsanspruch aus. Da der Arbeitsplatz bei der B. Photo Germany GmbH als zumutbar galt und der Kläger selbst durch seinen Widerspruch die Weiterbeschäftigung verhindert hat, ergab sich auch für die Beklagte aus der Gesamtbetriebsvereinbarung keine weitergehende Verpflichtung zur Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, als die, die im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes bestehen.

Nach alledem ist die Kündigung sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG.

2. Die Kündigung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG unwirksam.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (u.a. Urteil v. 22.09.2005 - 2 AZR 365/04 - NV m.w.N.) muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG diejenigen Gründe mitteilen, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentchluss maßgebend sind. Diesen Kündigungssachverhalt muss er in der Regel unter Angabe von Tatsachen, aus denen der Kündigungsentchluss hergeleitet wird, so beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe prüfen kann. Der Betriebsrat muss in der Lage ist, sich ein Bild über die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe machen zu können und ohne weitere Nachforschungen beurteilen kann, ob es sinnvoll ist, gegen die Kündigung Bedenken zu erheben oder Widerspruch einzulegen. Die maßgebenden Tatsachen muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat substantiiert mitteilen (KR- Etzel, 8. Aufl. § 102 BetrVG Rdnr 62 mit w. Rechtsprechungsnachweisen).

Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deshalb nicht mit, weil er darauf die Kündigung nicht oder zunächst nicht stützen will, dann ist die Anhörung ordnungsgemäß, weil eine nur bei objektiver Würdigung unvollständige Mitteilung der Kündigungsgründe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG führt. Eine in diesem Sinne objektiv unvollständige Anhörung verwehrt es dem Arbeitgeber allerdings, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen (BAG Urteil v. 11.12.2003 – 2 AZR 536 /02 - EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 5; Urteil v. 7.11.2002 – 2 AZR 599/01 –

EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; KR-Etzel 7. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 63a). Bewusst fehlerhafte oder unvollständige Sachverhaltsangaben gegenüber dem Betriebsrat, durch die bei diesem ein falsches Bild über den Kündigungssachverhalt entsteht, machen die Anhörung und damit auch die nachfolgende Kündigung unwirksam (vgl. BAG Urteil v. 09.03.1995, - 2 AZR 461/94 -, NZA 1995, 678-680; Urteil v. 11. 07. 1991 – 2 AZR 119/91 - AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972; Urteil vom 16.09.1993 – 2 AZR 267/93 - AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972).

Der Arbeitgeber ist für die ordnungsgemäße Anhörung darlegungs- und beweispflichtig. Es gelten allerdings die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast. Der Arbeitgeber genügt der Darlegungslast, wenn er zunächst die Anhörung schlüssig begründet. Wenn der Arbeitnehmer aber eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung in Zweifel gezogen hat, hat der Arbeitgeber im Einzelnen die Tatsachen darzulegen, aus denen sich die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats ergeben soll; der Arbeitgeber trägt dann insoweit zunächst die Darlegungs- und letztlich die Beweislast (BAG Urteil v. 16.03.2000 - 2 AZR 75/99 - EzA § 626 nF BGB Nr. 179; Urteil v. 09.10.1986 – 2 AZR 649/85 - NV).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden. Die Berufungskammer folgt den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts. Dem Betriebsrat wurden im Anhörungsschreiben vom 14.03.2006 die Sozialdaten und die bisherige Tätigkeit des Klägers mitgeteilt. Es wird auch im Einzelnen beschrieben, warum eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz nicht möglich ist. Dem Kläger ist zwar zu folgen, dass die Angaben im Anhörungsschreiben zu den Ausbildungsvoraussetzungen zur Aufnahme der Tätigkeit im Bereich HealthCare und GraphicSystems fehlerhaft dargestellt sind, soweit auf ein abgeschlossenes Studium hingewiesen wird. Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass im Bereich HealthCare nur ein Key Account Manager von zwei Managern ein Diplom-Ingenieur in Medizintechnik ist und der Andere eine technische Ausbildung hat. Auch im Bereich

GraphicSystems hat kein Key Account Manager ein Studium abgeschlossen. Dem Arbeitsgericht ist aber zu folgen, dass nicht von einer bewussten Irreführung des Betriebsrats ausgegangen werden kann. Das Anhörungsschreiben beschränkt sich nicht darauf als Tätigkeitsvoraussetzung ein Studium aufzuführen. Es wird für den Bereich HealthCare und GraphicSystems im Einzelnen aufgeführt, welche konkreten Kenntnisse und Erfahrungen notwendig sind, um die Tätigkeit auszuüben. Darüber hinaus heißt es nur, „Üblicherweise stellen wir Vertriebsmitarbeiter ein, die über ein ingenieurwissenschaftliches Studium in der Medizin oder IT-Technik verfügen“. Ähnlich verhält es sich im Bereich Grafische Systeme. Aus den Anforderungsbeschreibungen konnte der Betriebsrat folglich entnehmen, dass die Beklagte nur Mitarbeiter in den Bereichen eingesetzt hat und einsetzen will, die ein bestimmtes Anforderungsprofil erfüllen; die entweder durch ein Studium oder in sonstiger Weise über die geforderten speziellen Kenntnisse in den jeweiligen Fachgebieten verfügen. Dies hat auch die Beweisaufnahme ergeben, in der durch die Zeugin M. auf ein Studium bzw. eine technische Ausbildung und den langjährigen Einsatz in diesem Gebiet hingewiesen wurde. Der Zeuge E. hat ebenfalls bestätigt, dass die eingesetzten Key Account Manager im Bereich GraphicSystems über eine jahrzehntelange Erfahrung verfügen. Dies genügt den Anforderungen. Dass der Kläger über spezielle Kenntnisse und Erfahrungen in den Bereichen verfügt, hat er nicht behauptet.

Nach alledem ist die fristgerechte Kündigung wirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2006 beendet. Über den Weiterbeschäftigungsantrag war nicht zu entscheiden, da er nur für den Fall des Obsiegens gestellt ist.

II. Die Zahlungsansprüche des Klägers sind nur teilweise begründet.

Die Berufung des Klägers hatte in Bezug auf die erstinstanzlichen Klageanträge zu 9., 10. (Reisekosten), 12. (Vergütung für die Zeit von Januar bis Oktober

2006) und die zweitinstanzlichen Klageerweiterungsanträge zu 7., 8., 9., 10., (Ansprüche für die Zeit ab November 2005) keinen und in Bezug auf den erstinstanzlichen Klageantrag zu 11. (Verkaufsprämie) teilweise Erfolg.

Die Berufung der Beklagten hatte in Bezug auf die erstinstanzlichen Klageanträge zu 3., 4., 5., 6., 7., 8., 13., 14., 15., (Ansprüche für die Zeit von September 2005 bis Oktober 2005 ohne Verkaufsprämie) keinen und bezüglich des Antrags zu 12. (Vergütung für die Zeit von Januar bis Oktober 2006) teilweise Erfolg.

Die weitergehenden Berufungen der Parteien waren zurückzuweisen.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges gemäß § 615 BGB einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die Zeit von November 2005 bis Oktober 2006. Es steht nunmehr rechtskräftig fest, dass der Kläger dem Betriebsübergang rechtswirksam widersprochen hat und das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortbesteht. Die Beklagte hat die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 01.03.2007 - 5 (11) Sa 1083/07 - mit Schreiben vom 29.10.2009 zurückgenommen.

a) Für die Zahlungsansprüche ab Zugang des Widerspruchschreibens vom 27.01.2006 ergibt sich der Annahmeverzug der Beklagten aus § 295 Satz 1 BGB, da der Kläger seine Arbeitsleistung in diesem Schreiben ausdrücklich angeboten hatte und die Beklagte der ihr gemäß § 295 Satz 1 Alt. 2 BGB obliegenden Mitwirkungshandlung, dem Kläger nach Zugang seines Schreibens einen neuen Arbeitsplatz innerhalb der von ihr geleiteten Betriebsorganisation zuzuweisen, nicht nachgekommen ist.

.

b) Dem Arbeitsgericht ist zu folgen, dass der Kläger die Vergütung auch für die Zeit vor dem Zugang des Widerspruchs verlangen kann.

aa) Das Bundesarbeitsgericht hat sich mit der vorliegenden Fragestellung - Beginn des Annahmeverzugs bei einem Widerspruch nach dem Betriebsübergang - in mehreren Entscheidungen befasst (u.a. Urteil v. 27.11.2008 - 8 AZR 1021/06 – NV, ZInsO 2009, 1715-1720; teilweise Parallelentscheidungen Urteil v. 27.11.2008 - 8 AZR 199/07- NV; BAG v. 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06- NV; jeweils juris.de). Es hat ausgeführt, dass der Arbeitgeber sowohl bei einer ordentlichen als auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit Beginn des Tages in Annahmeverzug gerate, an dem das Arbeitsverhältnis nach dem Inhalt der Kündigung enden soll, soweit der Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungsbereit sei. Der Arbeitgeber komme bei einer Verweigerung der Weiterbeschäftigung seiner Pflicht zur Zuweisung der Arbeit und zur Bereithaltung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes nicht nach. Dies sei aber eine gemäß § 296 BGB nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung, weil der Zeitpunkt durch den Ablauf der Kündigungsfrist bzw. den Zugang der Kündigung aus wichtigem Grund festgelegt sei (BAG Urteil v. 09.08.1984 - 2 AZR 374/83 - EzA BGB § 615 Nr. 43; Urteil v. 21.03.1985 - 2 AZR 201/84 - EzA BGB § 615 Nr. 44). Diese Rechtsprechung sei auf den Streitfall übertragbar. Erkläre der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen des Wegfalles seines Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben sei, so mache er damit deutlich, der ihm obliegenden Mitwirkungshandlung nicht nachkommen zu wollen. Er gerate damit in Annahmeverzug, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitsleistung von Seiten des Arbeitnehmers bedürfe.

bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze, denen sich die Berufungskammer anschließt, befand sich die Beklagte für den streitigen Zeitraum vor Zugang des Widerspruchs gegen den Betriebsübergang in Annahmeverzug. Die Beklagte hat bereits in ihrem Unterrichtungsschreiben vom 22.10.2004 erklärt, dass der bisherige Arbeitsplatz des Klägers bei ihr nicht mehr vorhanden sein wird und auch eine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht besteht. Sie befand sich damit ab dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges in An-

nahmeverzug; eines Angebotes der Arbeitskraft durch den Kläger bedurfte es nicht (BAG Urteil v. 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 – NV, juris.de).

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger zunächst bei dem Erwerber gearbeitet hat. Insbesondere kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht davon ausgegangen werden, dass der nicht leistungswillig/fähig war. Die gesetzlichen Regelungen des Annahmeverzuges gehen davon aus, dass durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bei einem anderen Arbeitgeber nicht zwangsläufig ein Unvermögen des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung i.S.d. § 297 BGB eintritt, welches einen Annahmeverzug ausschließt. So bestimmt § 615 Satz 2 BGB, dass sich der Dienstverpflichtete den Wert desjenigen anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt. Diese Regelung führt auch dazu, Doppelansprüche des Arbeitnehmers gegen den Betriebsveräußerer und den Betriebserwerber, für welchen der Arbeitnehmer vorübergehend eine Arbeitsleistung erbracht hat, auszuschließen (BAG a.a.O).

c) Hinsichtlich der Höhe des Annahmeverzugslohns ist vom monatlichen Brutogehalt nach der Gehaltabrechnung der Firma B. Photo Germany GmbH für Oktober 2005 (6.711,00 €) auszugehen. Dem hat die Beklagte nicht widersprochen bzw. vorgetragen, dass für den streitigen Zeitraum von einem anderen Gehalt auszugehen ist. Es kommt ein geldwerter Vorteil für den Dienstwagen von 365,00 € brutto pro Monat hinzu. Ausweislich des vom Kläger vorgelegten Schreibens der B. Photo Germany GmbH vom 14.12.2005 hat er seit Beginn der Beschäftigung bis zum 27.10.2005 einen Dienstwagen erhalten. Die Verpflichtung, einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung zu stellen, hat Entgeltcharakter und ist Hauptleistungspflicht. Die Überlassung eines Firmenwagens auch zur privaten Nutzung stellt einen geldwerten Vorteil und einen Sachbezug dar. Sie ist steuer- und abgabenpflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts (BAG Urteil v. 16.11.1995 - 8 AZR 240/95 - BAGE 81, 294 = AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 4; Urteil v. 27.05.1999 - 8 AZR 415/98 - BAGE 91, 379 = AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 12; Urteil v. 02.12.1999 - 8 AZR 849/98 - nv.; Urteil v. 11. 10.2000 - 5 AZR 240/99 - BAGE 96, 34 = AP BGB § 611 Sachbezüge Nr.13). Mit dieser Feststellung ist aller-

dings noch nichts darüber ausgesagt, welche Rechtsfolgen (Annahmeverzug oder Schadensersatz) bestehen, wenn eine Erfüllung dieser Hauptleistungspflicht in Natur nicht mehr möglich ist (vgl. BAG Urteil v. 02.12.1999 - 8 AZR 849/98 - NV unter Verweis auf Meier NZA 1999, 1083, 1084: Wertersatzanspruch direkt aus § 615 BGB; anders dagegen BAG Urteil v. 27.05.1999 - 8 AZR 415/98 - aaO; BAG Urteil v. 16.11.1995 - 8 AZR 240/95 - aaO: Schadensersatzanspruch; unklar dagegen BAG Urteil v. 23.06.1994 - 8 AZR 537/92 - AP BGB § 249 Nr. 34 = EzA BGB § 249 Nr. 20 und BAG Urteil v. 25. 01. 2001 - 8 AZR 412/00 - NV.). Es kann dahinstehen, welcher Auffassung zu folgen ist, da die Beklagte nach beiden Auffassungen zur Zahlung des geldwerten Vorteils verpflichtet ist.

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich für Oktober 2005 ein Bruttogehalt von 6.711,00 € und für November und Dezember 2005 jeweils von 7.076,00 € (erstinstanzliche Anträge zu 3., 4., 5.). Hiervon sind das im Oktober und November 2005 gezahlte Insolvenzgeld in Höhe von jeweils 3.851,58 € und für Dezember 2005 in Höhe von 2.696,27 € in Abzug zu bringen. Die Abzugsbeträge ergeben sich aus der eingereichten Bescheinigung der BfA vom 16.01.2006, deren inhaltliche Richtigkeit von der Beklagten nicht bestritten wurde. Die Berufung der Beklagten hatte somit keinen Erfolg.

3. Der Anspruch auf Zahlung der Verkaufsprämie 2005 (erstinstanzlicher Antrag zu 11.) Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche des Klägers gegen den Insolvenzverwalter Dr. Q. J. H. aus dem Insolvenzverfahren – 71 IN 590/05 - Amtsgericht Köln (Anmeldung der Verkaufsprämie 2005 in Höhe von 11.761,00 € vom 03.03.2006) ist teilweise in Höhe von 6.681,60 € brutto begründet. Die weitere Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

aa) Nach § 615 BGB hat der Arbeitgeber die Vergütung zu zahlen, die dem Arbeitnehmer bei Weiterbeschäftigung zu zahlen gewesen wären. Dazu gehören alle Entgeltbestandteile auch Prämien (BAG Urteil v. 11.08.1998 - 9 AZR 410/97 - NV, DB 1998, S. 1719 zur Provision). Bei der Beklagten bestand im Frühjahr 2004 eine Verkaufsprämienregelung, die eine Berechnung unter Ein-

beziehung verschiedener Faktoren vorsah. Für 2004 galt das Prämiensystem Key Account Manager FFH/GH Retail 2004. Der Kläger erhielt aufgrund dieser Regelung im April 2005 von der Rechtsnachfolgerin der Beklagten für das Jahr 2004 eine Verkaufsprämie von 4.943,00 € brutto ausgezahlt. Diese Prämienregelung wurde, wie der Zeuge M. bekundet hat, auch vom Betriebserwerber 2005 angewandt. Der Zeuge M. hat weiterhin glaubhaft bekundet, dass es auch 2004, und zwar seit Beginn seiner Tätigkeit im Jahre 2000 bei der Beklagten Prämienregelungen gab. Die Ziele und Prozentsätze seien allerdings jährlich so auch für das Jahr 2005 angepasst worden. Für das Jahr 2005 sei z.B. das Basisziel bei 100 % von ursprünglich 15.000,00 € wegen des Wegfalls von Softziele auf 16.700,00 € erhöht worden. Er hat auch bestätigt, die Anlage K36 mit dem Prämienanspruch von 11.761,00 € sowie die Listenanweisung über den Betrag erstellt zu haben. Damit gehört die Prämienregelung zu den Entgeltbestandteilen des Klägers, die auch bei der Berechnung des Annahmeverzugslohns zu berücksichtigen sind.

bb) Dem Anspruch dem Grunde nach kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sie ab dem 01.11.2004, dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs, kein operatives Geschäft mehr betreibe, und der Kläger folglich nach dem Widerspruch bei einer tatsächlichen Tätigkeit keine Prämie hätte erzielen können. Stellt der Arbeitgeber einen Teil seines Betriebes ein, so obliegt dies seiner alleinigen unternehmerischen Entscheidung. Kann er den Arbeitnehmer dann nicht vertragsgerecht oder überhaupt nicht beschäftigen, gibt ihm das ggf. zwar das Recht, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hat er allerdings aus Annahmeverzug sämtliche Vergütungsbestandteile an den Arbeitnehmer zu zahlen. Dabei trägt der Arbeitnehmer das Risiko der Nichterzielbarkeit einer Prämie dann nicht, wenn die Zielerreichung durch ein Verhalten des Arbeitgebers unmöglich ist. Bei vom Arbeitgeber zu vertretenden Umständen wird die Prämie so geschuldet, als sei die Beeinträchtigung seitens des Arbeitgebers nicht eingetreten. Allein der Übergang des operativen Geschäfts des Geschäftsbereichs auf die B. Photo Germany GmbH setzt folglich die für die Key Account Manager geltenden Prämienregelungen

nicht außer Kraft (BAG Urteil vom 27.11.2008 - 8 AZR 199/07 - AP Nr. 360 zu § 613a BGB für eine Bonuszahlung aufgrund einer Gesamtbetriebsvereinbarung). Da der Kläger aufgrund seines wirksamen Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die B. Photo Germany GmbH ununterbrochen zu den Arbeitnehmern der Beklagten gehörte, findet die Prämienregelung auf ihn über den 31.10.2004 hinaus Anwendung.

cc) Der Kläger kann allerdings nur die Prämie verlangen, die er infolge des Annahmeverzugs nicht erzielen konnte. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über die Berechnung des Verdienstaufschlags, ist die Höhe zu nach § 287 Abs. 2 zu schätzen (BAG Urteil v. 11.08.1998 - 9 AZR 410/97 - a.a.O.). Da der Kläger keine Regelung für die Berechnung des Verdienstaufschlags vorgelegt hat, ist auch hier eine Schätzung vorzunehmen.

Entgegen der Auffassung des Klägers kann nicht von der bei der Fa. B. Photo Germany GmbH erzielten Verkaufsprämie in Höhe von 11.761,00 € brutto ausgegangen werden. Es ist zu berücksichtigen, dass die Prämienzahlungen in der Vergangenheit erheblich variierten. Nach der Entgeltabrechnung von Februar 2000 hat der Kläger eine Verkaufsprämie von 27.843,40 DM erhalten, während er nach seinem eigenen Vortrag in den Jahren 2002 und 2003 keine Prämie erhalten hat. 2004 betrug die Verkaufsprämie 4.943,00 € und bei dem Rechtsnachfolger bis August 2005 11.671,00 €. Nach Auffassung der Berufungskammer waren für die Berechnung des Prämienanteils nur die Verkaufsprämien 2004 und 2005 heranzuziehen, da sie auf dem Prämiensystem Key Account Manager FFH/GH Retail 2004 beruhten. Dass die Ziele und die Bewertungsmaßstäbe 2005 vom Rechtsnachfolger teilweise den Marktveränderungen angepasst wurden, wie der Zeuge M. bekundet hat, und nicht feststeht, ob die Beklagte bei einer Beschäftigung so verfahren hätte, ändert nichts an der Beurteilung. Angesichts der Ergebnisse des Klägers 2004/2005 ist es angemessen, die Prämie zu Grunde zu legen, die er im Durchschnitt im ganzen Zeitraum erzielt hat. Da der Kläger 2004 und 2005 bis zum 31.08.2005 im Durchschnitt eine Prämie von 835,20 € brutto pro Monat ($4.943,00 \text{ €} + 11.761,00 \text{ €} = 16.704,00 \text{ €} : 20 \text{ Monate} = 835,20 \text{ €}$) erreicht hat, ergibt sich für 2005 ein Anspruch auf eine Verkaufsprämie von 6.681,60 € brutto, Zug um Zug gegen Ab-

tretung der im bezeichneten Insolvenzverfahren angemeldeten Prämienansprüche für den Zeitraum.

4. Für die Zeit vom 01.01.2006 bis 31.10.2006 kann der Kläger eine Vergütung von 36.830,00 € brutto abzüglich 21.338,70 € netto verlangen. Die weitergehenden Berufungen des Klägers und der Beklagten hatten keinen Erfolg.

aa) Ausgangspunkt der Berechnung des Annahmeverzugslohns für 2006 ist der Bruttolohn für die Zeit vom 01.01.2006 bis 31.10.2006 in Höhe von 70.760,00 € (10 x 7076,00 €). Gemäß § 615 S. 2 BGB muss sich der Kläger aber das anrechnen lassen, was er durch seine selbständige Tätigkeit erzielt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der anderweitige Verdienst des Arbeitnehmers auf seine Vergütung für die gesamte Dauer des (beendeten) Annahmeverzugs anzurechnen. Zum Zweck der dafür erforderlichen Vergleichsberechnung (Gesamtberechnung) ist zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln. Dieser Gesamtvergütung ist gegenüberzustellen, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit anderweitig erworben hat. (BAG Urteil v. 22.11.2005 - 1 AZR 407/04 - EzA § 615 BGB 2002 Nr. 14; Urteil v. 24.8.1999 - 9 AZR 804/98 - = AP Nr. 1 zu BGB § 615 Anrechnung; BAG Urteil v. 19.2.1997 - 5 AZR 379/94 - ; Urteil v. 29.7.1993 - 2 AZR 110/93 - = BAGE 74, 28). Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, dass die Gesamtberechnung dem Sinn und Zweck der Anrechnungsvorschrift entspreche. Diese wolle gewährleisten, dass der Arbeitnehmer auf Grund des Annahmeverzugs grundsätzlich nicht mehr und nicht weniger erhalte als die vereinbarte Vergütung, da die andere Verdienstmöglichkeit des Arbeitnehmers allein darauf beruhe, dass der Arbeitgeber dessen Dienste tatsächlich nicht in Anspruch nimmt. (BAG Urteil v. 29.07.1993 - 2 AZR 110/93 - AP Nr. 52 zu § 615 BGB). Dieser Gesichtspunkt würde nur unvollkommen berücksichtigt, wenn eine Anrechnung des daraus erwachsenen Mehrverdienstes auf den jeweiligen Abrechnungszeitraum begrenzt bliebe, in dem er erzielt wurde. Auch wären andernfalls Manipulationsmöglichkeiten, etwa durch die Ausgestaltung der mit dem anderen Arbeitgeber getroffenen Vergütungsabrede, zu Lasten des Arbeitgebers eröffnet. Das vermeide eine Gesamtberechnung. Danach bleibe ein

Mehrverdienst dem Arbeitnehmer nur dann erhalten, wenn der anderweitige Verdienst auch bei einer solchen Berechnung höher ausfalle als der vereinbarte Verdienst. Letztlich seien auch die mit einer Gesamtberechnung für den Fall des noch nicht beendeten Annahmeverzugs verbundenen Anrechnungsschwierigkeiten ebenso wie die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Probleme eher lösbar (vgl. BAG Urteil v. 24.08.1999 - 9 AZR 804/98 - AP BGB § 615 Anrechnung Nr. 1 = EzA BGB § 615 Nr. 96, zu II 3 b der Gründe), als diejenigen, die sich bei einer Anrechnung nach Zeitabschnitten ergeben, falls die Abrechnungszeiträume nicht übereinstimmen oder unterschiedliche Sonderzahlungen anfallen.

Dem folgt die Berufungskammer für den Zeitraum Januar bis Oktober 2006, da der Kläger in diesem Zeitraum eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt und monatlich unregelmäßige Einkünfte erzielt hat. Die Gesamtberechnung wird dem Sinn und Zweck der Vorschrift insoweit am ehesten gerecht. Für die Zeit vorher ist dagegen im Hinblick auf die feststehenden monatlichen Gehälter und Abzugsbeträge (Insolvenzgeld) eine Monatsbetrachtung sachgerecht.

bb) Zur Berechnung der Höhe des anrechnungsfähigen Betrages ist zunächst vom steuerpflichtigen Einkommen des Klägers anteilig für 10 Monate (38.016,00 € : 12 x 10 Monate = 31.680,00 €) auszugehen.

(1) Entgegen der Auffassung der Beklagten war eine weitere Darlegung der Einnahmen und Ausgaben nicht erforderlich, obwohl der Kläger weitere betriebswirtschaftliche Auswertungen vorgelegt hat. Mit der Vorlage des Steuerbescheids genügt der Kläger nach Auffassung der Berufungskammer seiner Auskunftspflicht. Daraus ergeben sich die Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb (BAG Urteil v. 25. 02. 1975 AP HGB § 74c Nr.6; LAG Hessen Urteil v. 18.05.2009 - 7 Sa 1766/08 - juris.de; MüArbR/Boewer § 78 Rn. 62; Küttner/Griese 17. Auflage Annahmeverzug Rd. 14-18; a.A. LAG Berlin, Urteil v. 26.03.1999 – 6 Sa 91/98 - juris.de). Die Einkünfte mögen zwar monatlich in unterschiedlicher Höhe erzielt worden sein, möglicherweise auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine Berechnung nach Monaten erscheint aber

nicht sachgerecht, da den Einnahmen in der Regel erhebliche Arbeitsleistungen vorgeschaltet sind, die nur deswegen erbracht werden konnten, weil der Kläger für die Beklagte keine Arbeitsleistung zu erbringen hatte. Ein angemessenes Ergebnis kann deswegen nach Auffassung der Kammer nur erzielt werden, wenn ausgehend vom Jahresverdienst eine anteilige Berechnung erfolgt.

(2) Die steuerpflichtigen Einnahmen waren nach Auffassung der Berufungskammer im konkreten Fall um 2.700,00 € (1/5 des Kaufpreises für den PKW von 13.500,00 €) zu erhöhen. Der Kläger hat vorgetragen, dass dieser Anteil schon bei der Einkommenssteuererklärung berücksichtigt wurde. Wie ausgeführt gehört zum Annahmeverzugslohn auch der vom Arbeitgeber zu zahlende geldwerte Vorteil für den PKW in Höhe von 365,- €. Wenn aber bereits ein Ausgleich für die nicht zur Verfügungstellung eines PKW gezahlt wird, kann die Beschaffung eines Fahrzeugs nicht erneut, diesmal zur Ermäßigung des anzurechnenden Verdienstes berücksichtigt werden. Das Fahrzeug würde in soweit doppelt berücksichtigt. Ob etwas Anderes zu gelten hat, wenn die steuerlich absetzbaren Kosten für das Fahrzeug im Annahmeverzugszeitraum höher waren als der gezahlte geldwerte Vorteil, kann dahinstehen, da der geldwerte Vorteil von 365,00 € pro Monat für 10 Monate den im Jahre 2005 absetzbaren Teil von 2.700,00 € übersteigt. Es ergeben sich danach für 2006 für 10 Monate zu berücksichtigende Einnahmen von 33.930,00 € ($38.016,00 + 2700,00 \text{ €} = 40.716,00 \text{ €} : 12 \times 10$).

(3) Von den Einnahmen sind nicht die weiteren Kosten für den Pkw in Höhe von 4/5 des Kaufpreises ($13.500,00 : 5 \times 4 = 10.800,00 \text{ €}$) in Abzug zu bringen, da auch der angestellte Arbeitnehmer, der das Fahrzeug benötigt, um seinen neuen Arbeitsplatz zu erreichen, keine weiteren Abzugsmöglichkeit hat. Im Übrigen geht es um die Bewertung der Einnahmen im Annahmeverzugszeitraum. Das Fahrzeug steht über den Annahmeverzugszeitraum zur Verfügung und es verbleibt auch nach dem gesamten Abschreibungszeitraum ein gewisser Restwert. Entgegen der Auffassung des Klägers ist auch nicht von dem letztlich zu ver-

steuernden Einkommen auszugehen. Der nicht selbständige Arbeitnehmer hat sich ebenfalls den Bruttoverdienst anrechnen zu lassen.

(4) Entgegen der Auffassung der Beklagten waren die vom Kläger in den betriebswirtschaftlichen Auswertungen aufgeführten Aufwendungen außer Betracht zu lassen, da sie mit einer selbständigen Tätigkeit verbunden sind. Das außergewöhnliche Aufwendungen getätigt wurden, ist nicht zu erkennen. Insofern ist auch der steuerlichen Bewertung zu folgen.

Es ergibt sich damit für die Zeit vom 01.01.2006 bis zum 31.10.2006 folgende Berechnung:

70.760,00 € - 33.930,00 € (40.716,00 € : 12 Monate x 10 Monate= 33.930 € brutto) = 36.830,00 €. Hiervon ist das ausweislich der Bestätigung des Bundesagentur für Arbeit vom 20.02.2006 gezahlte Überbrückungsgeld in Höhe von 21.338,70 € netto in Abzug zu bringen.

5. Der Kläger kann auch für die Zeit des Annahmeverzugs von Oktober 2005 bis Oktober 2006 die Arbeitgeberzuschüsse zur freiwilligen Krankenversicherung in Höhe von 232,65 pro Monat und zur Pflegeversicherung in Höhe von 29,96 € pro Monat verlangen (erstinstanzliche Anträge zu 7., 8., 13., 14.). Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Die Höhe der geltend gemachten Beträge ergibt sich aus den eingereichten Abrechnungen etwa von September 2005 und Oktober 2005. Den Ansprüchen ist die Beklagte in der Berufung weder dem Grunde noch der Höhe nach entgegen. Sie rügt insoweit lediglich den fehlenden Annahmeverzug bis zum Widerspruch und die Zulässigkeit des Rechtswegs. Damit kann sie aber nicht gehört werden.

Soweit die Beklagte den fehlenden Annahmeverzug vor dem Zugang des Widerspruchs rügt, wird auf die obigen Ausführungen unter B. II. 1. Bezug genommen. Auch die Rüge des Rechtswegs hat keinen Erfolg. Gemäß § 17 a Abs. 5 GVG i.V.m. § 65 ArbGG prüft das Berufungsgericht nicht, ob der bestrittene Rechtsweg zulässig ist. Etwas Anderes gilt nur, wenn der Rechtsweg erst-

instanzlich gerügt wurde und das Gericht nicht durch Beschluss vorab über die Zulässigkeit des Rechtsweges entschieden hat. Dies ist aber nicht gegeben. Unabhängig davon ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 19.08.2008 -5 AZB 75/08- EzA § 2 ArbGG 1979 Nr. 72) nicht einschlägig. Für die Beurteilung ist der Streitgegenstand von Bedeutung. Streiten die Parteien über die Frage, ob dem Arbeitnehmer ein arbeitsvertraglich vereinbarter Lohnanspruch zusteht, ist die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig. Geht es aber darum, in welcher Höhe Beitragsanteile an die Krankenversicherung einzubehalten und abzuführen sind, bestimmt sich dies nach sozialrechtlichen Vorschriften. Es besteht kein Streit über die sozialversicherungsrechtliche Einordnung des Klägers sowie die Höhe der Beträge, die sich aus den eingereichten Abrechnungen von September und Oktober 2005 ergeben.

6. Der Kläger hat auch einen Anspruch auf die im Monat September 2005 vom Nettogehalt einbehaltenen Kranken -und Pflegeversicherungsbeiträge in Höhe von 556,95 € netto (erstinstanzlicher Antrag zu. 6.). Die Berufung der Beklagten war erfolglos.

Ein Anspruch ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 Absatz 1 S. 1 BGB. Nach dem Vortrag des Klägers hat die Beklagte diese Beträge einbehalten und nicht abgeführt. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Sie hat bereits eine Abführung der Beträge nicht behauptet. Die Beklagte ist durch die Leistung des Klägers an den Versicherungsträger von ihrer Leistungsverpflichtung befreit worden und hat den Betrag ohne Rechtsgrund erlangt.

7. Letztlich kann der Kläger auch für die Zeit von September 2005 bis Oktober 2006 die Abführung der Pensionskassenbeiträge in Höhe von 1583,12 € verlangen. Dem Anspruch ist die Beklagte weder dem Grunde noch der Höhe nach in der Berufung entgegengetreten, sodass er ebenfalls als unstreitig anzusehen war.

8. Die weitergehenden Anträge des Klägers hatten keinen Erfolg. Insoweit war die Berufung zurückzuweisen.

a) Der Kläger kann nicht von der Beklagten Reisekosten verlangen (Anträge zu 3., 4. in der Berufung) Es handelt sich um Aufwendungsersatzansprüche aus dem faktischen Arbeitsverhältnis mit der B. Photo Germany GmbH. Diese Ansprüche sind gegen die B. Photo Germany GmbH geltend zu machen.

Es ergibt auch kein Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes. Dies setzt voraus, dass der Schaden durch die Beklagte verschuldet worden ist. Ein Schaden ist nicht kausal, wenn er nicht zugerechnet werden kann. Es kann der Beklagten nicht zugerechnet werden, wenn der Unternehmer nicht in der Lage ist, die im Rahmen des faktischen Arbeitsverhältnisses eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Unabhängig davon hat der Kläger keinen Schaden dargelegt, bzw. dass, warum, in welcher Höhe die Forderung nicht durchsetzbar ist.

b) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung der Vergütung sowie Zahlung von Zuschüssen zur Kranken- und Pflegeversicherung für die Zeit ab November 2006 (Anträge zu 7., 8., 9. 10. in der Berufung). Wie oben unter B. I. ausgeführt ist das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2006 beendet worden.

9. Der Zinsanspruch für die Zahlungsansprüche zu B. II. 2. (Vergütung Oktober bis Dezember 2005), 3. (Verkaufsprämie) 5. (Arbeitgeberzuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung Oktober 2005 bis Oktober 2006. 6. (Nettoeinbehalt September 2005) der Entscheidungsgründe folgt aus § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB. Die Zahlungsansprüche waren mit dem Ablauf des jeweiligen Monats mit dem Gehalt fällig. Bezüglich der Verkaufsprämie kann der Kläger die Zinsen erst ab dem 01.01.2006 verlangen, da es sich um eine Jahresprämie als Teil des Annahmeverzugslohns handelt. Das nur ein anteiliger Betrag geltend gemacht wird, steht dem nicht entgegen, da der Kläger nicht ausreichend dargelegt hat, dass eine anteilige Berechnung und Auszahlung vereinbart war. Der Zeuge M. hat zwar bekundet, dass die Prämie auch vorzei-

tig ausgezahlt worden ist, eine Verpflichtung der Beklagten hierzu lässt sich daraus aber nicht entnehmen.

Zur Berechnung die monatlichen Zinsansprüche für die Zeit vom 01.01.2006 bis 31.10.2006 ist von der rechnerischen Differenz zwischen der Bruttovergütung abzüglich der Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit und dem Überbrückungsgeld geteilt durch die Anzahl der Monate auszugehen. Es ist zwar insoweit eine Gesamtberechnung erfolgt. Es ist aber sachgerecht, diesen Differenzbetrag zur Zinsberechnung gleichmäßig auf die einzelnen Monate zu verteilen, um den unter B 4 aa) aufgeführten Erwägungen Rechnung zu tragen. Es ergibt sich damit eine Zinsanspruch von einem Monatsbetrag von 1549,13 € ($70.760,00 \text{ €} - 33.930,00 \text{ €} = 36.830,00 \text{ €} - 21.338,70 \text{ €} = 15.491,30 \text{ €} : 10 = 1549,13 \text{ €}$ pro Monat), jeweils beginnend mit dem Ersten des Folgemonats.

III. Die Kosten der ersten Instanz haben bei einem Streitwert von 134.470,16 € der Kläger zu 75 % und die Beklagte zu 25 % zu tragen. Die Kosten der zweiten Instanz haben bei einem Streitwert von 102.773,76 € der Kläger zu 63 % und die Beklagte zu 37 % zu tragen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien

REVISION

eingelegt werden, soweit sie jeweils unterlegen sind.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636 2000

eingelegt werden.

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

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

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

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

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

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

Jansen

Weyerstraß

Schmitz



LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

des Herrn S. M., F. straÙe 77, M.,

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. J. B.,
C. straÙe 7, L.,

g e g e n

die B. Graphics Germany GmbH & Co. KG, vertreten durch die B.
Deutschland Vertriebs-Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch den
Geschäftsführer N. S., Im N. park 5 b, L.,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: D. Rechtsanwälte,
C. straÙe 11-13, L.,

wird Satz 1 des Tenors des Urteils des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom
10.08.2010

– 17 Sa 1453/08 - wie folgt berichtigt:

Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten wird das Schlussurteil des Arbeitsge-
richts Solingen vom 16.07.2008 – 3 Ca 133/06 lev - teilweise abgeändert:

Gründe:

Der Tenor war in Satz 1 wegen einer offensichtlichen Unrichtigkeit (Schreibfehler) i.S.d.
§ 319 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu berichtigen.

GemaÙ §§ 64 Abs. 7, 53 Abs. 1 ArbGG konnte die Entscheidung durch den Vorsitzen-
den allein ergehen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel gegeben.

Düsseldorf, den 10.08.2010
Der Vorsitzende der 17. Kammer
Jansen
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

