



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau C. X., L. str. 2, L.,

- Klägerin, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte L. u. a.,
U.-I.-Ring 20, L.,

g e g e n

die H. Laboratorium GmbH, vertr. d. d. Geschäftsführer Q. I.
und G. G., H.-H.-Str. 8, E.,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte P. u. a.,
C. platz 1, T.,

hat die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 08.08.2008
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Heinlein als Vorsit-
zende sowie den ehrenamtlichen Richter Bormann und den ehrenamtlichen
Richter Sydorenko

für R e c h t erkannt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 13.11.2007
– 6 Ca 7270/06 – wird teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zusätzlich

1. für November und Dezember 2006 weitere 2.710,19 € brut-
to nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 zu zahlen,

2. für Januar 2007 2.272,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2007 zu zahlen,
3. für Februar 2007 6.272,-- € brutto abzüglich des sich aus 4.600,-- € brutto abzüglich 1.511,-- € netto ergebenden Nettobetrages nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2007 zu zahlen,
4. für März 2007 1.672,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2007 zu zahlen,
5. für April 2007 1.672,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2007 zu zahlen,
6. für Mai 2007 1.672,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2007 zu zahlen,
7. für Juni 2007 1.672,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2007 zu zahlen,
8. für Juli 2007 weitere 5.212,94 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2007 zu zahlen,
9. für August 2007 6.933,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2007 zu zahlen,
10. für September 2007 6.933,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2007 zu zahlen,
11. für die Klägerin bei der Deutschen Bank zur Bausparvertrag Nummer 3918653-02, Konto-Nr. 9706060, BLZ 500710 beginnend ab November 2006 bis September 2007 monatlich 40,-- € einzuzahlen.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 06.07.2007 nicht aufgelöst worden ist.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte zu 72 % und die Klägerin zu 28 %. Die erstinstanzlichen Kosten trägt die Beklagte zu 67 % und die Klägerin zu 33 %.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen, soweit das Berufungsgericht den Anträgen zu 8. – 10. und dem Antrag zu 11. in Höhe von 110,94 € entsprochen sowie festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 06.07.2007 nicht aufgelöst worden ist.

Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen und einer fristlosen Kündigung sowie über Zahlungsansprüche der Klägerin aus Annahmeverzug.

Die 50 Jahre alte Klägerin war bei der Beklagten seit dem 01.07.1993 beschäftigt, zuletzt als Außendienstleiterin der Region West. Die Beklagte betreibt ein pharmazeutisches Unternehmen, vorwiegend im Bereich der Dermatologie.

Die Klägerin bezog zuletzt eine monatliche Grundvergütung in Höhe von 6.272,-- € brutto. Für die Alterssicherung leistete die Beklagte monatlich 310,38 €. Der Klägerin war die Privatnutzung des ihr zur Verfügung gestellten Dienstwagens gestattet. Der Sachbezug wurde monatlich mit 351,-- € bewertet. Außerdem zahlte die Beklagte monatlich 40,-- € auf das vermögenswirksame Konto der Klägerin und gewährte Urlaubs- und Weihnachtsgeld.

Mit zwei Schreiben vom 21.04.2006 erteilt die Beklagte der Klägerin Abmahnungen und mit einem weiteren Schreiben vom 24.05.2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2006. Hiergegen erhob die Klägerin Klage. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat durch Urteil vom 09.01.2007 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 24.05.2006 nicht aufgelöst wurde und die Beklagte verurteilt, die Abmahnungen aus der Personalakte zu entfernen. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts mit Urteil vom 02.08.2007 zurückgewiesen (AZ: 6 Ca 5271/06 ArbG Düsseldorf, 5 Sa 314/07 LAG Düsseldorf). Die Revision wurde nicht zugelassen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde hat die Beklagte nicht eingelegt. Das vollständig begründete Urteil des Landesarbeitsgerichts wurde ihr am 15.08.2007 zugestellt.

Mit Schreiben vom 06.04.2006 übersandte der Vorgesetzte der Klägerin diesen einen „Aktionsplan zur Behebung der im Personalgespräch aufgetretenen Defizite“.

Darin heißt es u. a.:

- „1. Wochenplan – Jeden Freitag bis 18:00 Uhr stehen dem NVL folgende Daten zur Verfügung:
 - Art der Tätigkeit am jeweiligen Wochentag/bei gemeinsamen Besuchen Namen der MA
 - Ort der Tätigkeit
 - Beginn der Tätigkeit und voraussichtlich letzter Termin des Tages“.

Am Freitag, den 26.05.2006, hatte die Klägerin einen „freien Tag“. Ihren Wochenplan für die Woche vom 29.05. – 02.06.2006 gab sie am 29.05.2006 gegen 15:00 Uhr ab.

Am Freitag, den 02.06.2006, führte die Klägerin ein Personalgespräch mit ihrem Vorgesetzten. Ihren Wochenplan für die Woche vom 06.06. bis 09.06.2006 übersandte sie ihrem Vorgesetzten am Abend des 08.06.2006. In den Wochenplan hatte sie für den 09.06.2006 eingetragen, dass sie den Dienstwagen zur Inspektion bringe. Für diesen Tag war ein Termin bei ihrem Vorgesetzten vorgesehen. Die Klägerin meldete sich entweder am 08.06.2006 (so die Klägerin) oder am 09.06.2006 (so die Beklagte) krank.

Mit Schreiben vom 09.06.2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30.11.2006. Gegen die Kündigung hat die Klägerin mit einem am 20.06.2006 bei dem Arbeitsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz Kündigungsschutzklage erhoben. Nach Verweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht Düsseldorf hat dieses im Kammertermin am 21.11.2006 beschlossen, dass das Verfahren wegen Voreiligkeit des Verfahrens 6 Ca 5271/06 ausgesetzt werde.

Mit einem an den Prozessbevollmächtigten der Klägerin gerichteten Schreiben vom 18.12.2006 erklärte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten, er biete der Klägerin unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.09.2003 namens und im Auftrag der Beklagten Arbeit (kein Arbeitsverhältnis) im Sinne von § 11 Satz 1 KSchG ab sofort wie folgt an: Beschäftigung als Pharmareferentin mit Besuchen bei Allgemeinmedizinern und praktischen Ärzten in den aus den beigefügten Karten ersichtlichen Testgebieten nach Maßgabe der ebenfalls beigefügten Funktionsbeschreibung. Er erklärte ferner, die Klägerin könne, wenn sie diese Arbeit ausführe, damit im Sinne von § 11 Satz 1 KSchG 4.600,-- € brutto pro Monat verdienen. Auf die weiteren Einzelheiten des Schreibens wird Bezug genommen (Bl. 341 – 346 d. A.).

Per E-Mail vom 21.12.2006 teilte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit, die Klägerin nehme das Arbeitsan-

gebot an, und bat um Mitteilung der Bedingungen des Arbeitsverhältnisses gemäß dem Nachweisgesetz. Dieser antwortete unter dem 21.12.2006 und erklärte, die Beklagte habe nur Arbeit und kein Arbeitsverhältnis angeboten. Die Vergütung erfolge nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen.

Mit Schreiben vom 22.12.2006 übersandte die Beklagte der Klägerin diverse Arbeitsunterlagen, darunter eine Liste der zu betreuenden Mediziner. Die Klägerin stellte mit Schreiben vom 29.12.2006 einige Fragen, die die Beklagte nach Eingang des Schreibens am 02.01.2007 per E-Mail beantwortete. Mit Schreiben vom 02.01.2007 bat die Klägerin die Beklagte um detaillierte Beantwortung ergänzender Fragen. Auf die Einzelheiten der Korrespondenz zwischen den Parteien wird Bezug genommen (Bl. 287 – 291, 349 d. A.).

Am 04.01.2007 nahm die Klägerin die angebotene Arbeit auf. Sie arbeitete bis zum 11.01.2007, am 16.01. und 17.01.2007, vom 22.01. bis 24.01.2007 und am 29.01.2007. Mit Schreiben vom 09.01.2007 beantragte die Klägerin die Gewährung von Resturlaub aus dem Jahr 2006 für den 12.01., 19.01. und 26.01.2007 und weitere Tage im Februar und März 2007. Mit Schreiben vom 15.01.2007 wies der Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Prozessbevollmächtigten der Klägerin darauf hin, es sei noch nicht rechtskräftig entschieden, ob das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der ausgesprochenen Kündigung am 31.10.2006 oder 30.11.2006 geendet habe. Sollten die Kündigungen unwirksam sein, hätte die Klägerin ihren Urlaub noch im Jahr 2006 vollständig nehmen können. Da die Beklagte nur Arbeit und kein Arbeitsverhältnis angeboten habe, sei kein Prozessrechtsarbeitsverhältnis auf vertraglicher Grundlage entstanden, das einen Anspruch auf (bezahlten) Urlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz begründen könnte. Der Klägerin sei es aber unbenommen, die von der Beklagten angebotene Arbeit an den von ihr gewünschten Tagen nicht anzunehmen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Anwaltsschreiben vom 15.01.2007 Bezug genommen (Bl. 352 – 354 d. A.).

Mit einem an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 30.01.2007 beanstandete der Prozessbevollmächtigte der Klägerin, dass die Beklagte für Januar 2007 nur 2.173,91 € brutto abgerechnet habe und erklärte im Hinblick darauf, dass sich die Beklagte „über das vorbezeichnete Rest-Januar-Gehalt auch mit der Zahlung der November- und Dezembergehälter“ in Verzug befinde, das „Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung unserer Mandantin“, falls das rückständige Gehalt nicht bis zum 02.02.2007 gezahlt werde.

Die Parteien stritten sodann in einem weiteren Rechtsstreit u. a. darüber, ob zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu den der Klägerin im Anwaltsschreiben vom 18.12.2006 angebotenen Bedingungen zustande gekommen und die Beklagte verpflichtet sei, an die Klägerin für Januar 2007 bis März 2007 jeweils 4.600,- € brutto zu zahlen. Die Klage der Klägerin wurde insoweit in erster und zweiter Instanz abgewiesen (AZ: 2 Ca 1707/07 ArbG Düsseldorf, 11 Sa 1109/07 LAG Düsseldorf). Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist rechtskräftig.

Im vorliegenden Verfahren erweiterte die Klägerin die Klage mit Schriftsätzen vom 10.01.2007 und 12.07.2007 um Zahlungsansprüche aus dem gekündigten Arbeitsverhältnis ab November 2006. Das Arbeitsgericht Düsseldorf veranlasste die Zustellung dieser Schriftsätze an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten.

Ebenfalls im vorliegenden Verfahren teilte die Klägerin mit einem weiteren Schriftsatz vom 12.07.2007 mit, sie habe nun auch eine Kündigung vom 06.07.2007 erhalten und erklärte, sie erweitere die Klage wie folgt: Es wird festgestellt, dass die weitere Kündigung der Beklagten vom 06.07.2007 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortbesteht. Der Schriftsatz ist am 13.07.2007 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangen.

Das Arbeitsgericht hat die Zustellung des Schriftsatzes verfügt. Nach dem in den Gerichtsakten befindlichen Empfangsbekanntnis hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Schriftsatz am 19.07.2007 erhalten.

Mit Schriftsatz vom 15.08.2007 bat die Klägerin um Aufnahme des vorliegenden Verfahrens. Das Arbeitsgericht Düsseldorf bestimmte einen Güetermin. Mit Schriftsatz vom 23.08.2007 erklärte die Beklagte, die Klageerweiterungen seien bisher nicht wirksam erfolgt. Sie lasse sich hierauf nicht rügelos ein und genehmige sie nicht. Die Kündigung vom 06.07.2007 sei nicht innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG angegriffen worden.

Mit Schriftsatz vom 30.08.2007, der bei dem Arbeitsgericht am 31.08.2007 eingegangen ist, hat die Klägerin vorsorglich beantragt, die Klage gegen die Kündigung vom 06.07.2007 nachträglich zuzulassen.

Die Güteverhandlung am 13.09.2007 endete damit, dass das Arbeitsgericht der Klägerin aufgab, nach Ablauf der Nichtzulassungsbeschwerdefrist im dann nicht mehr ausgesetzten Verfahren weitere Handlungen vorzunehmen.

Mit Schriftsatz vom 13.09.2007, der am 13.09.2007 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangen ist, hat die Klägerin eine erneute Klage eingereicht, mit der sie sich ebenfalls gegen die Kündigung vom 06.07.2007 wendet und Zahlungsansprüche in Höhe von 45.633,30 € geltend macht, die auch Gegenstand ihres Schriftsatzes vom 12.07.2007 im vorliegenden Verfahren sind. Diese Klage wurde der Beklagten am 18.09.2007 zugestellt. Das Verfahren wird derzeit von den Parteien nicht betrieben (AZ: 4 Ca 6019/07 ArbG Düsseldorf).

Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass das Arbeitsangebot an die Klägerin mit Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 06.07.2007 geendet hat. Auf Aufforderung der Beklagten hat die Klägerin den ihr überlassenen Dienstwagen im Juli 2007 zurückgegeben.

Die Klägerin hat im vorliegenden Verfahren zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass die Kündigung der Beklagten vom 09.06.2006 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst hat und das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu unveränderten Bedingungen fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 91.300,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 aus 15.211,10 € und aus weiteren 30.422,20 € seit dem 01.07.2007 und aus weiteren 45.666,70 € seit dem 01.10.2007 zu zahlen abzüglich vom Arbeitsamt gezahlter 3.159,60 € netto (für die Monate November und Dezember) sowie abzüglich am 30.01.2007 gezahlter 2.173,91 € brutto und abzüglich am 28.02.2007 gezahlter 1.511,01 € netto zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.045,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 zu zahlen;
4. festzustellen, dass die weitere Kündigung der Beklagten vom 06.07.2007 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortbesteht;
5. vorsorglich: die Klage gegen die Kündigung vom 06.07.2007 nachträglich zuzulassen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat durch Urteil vom 13.11.2007, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 09.06.2006 nicht aufge-

löst ist, die Beklagte verurteilt, an die Klägerin Entgelt für November 2006 in Höhe von 6.272,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 sowie 3.641,81 € brutto und 701,16 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 als Entgelt für Dezember 2006 abzüglich von der Agentur für Arbeit für November und Dezember 2006 gezahlter 3.159,60 € netto zu zahlen, und die Beklagte ferner verurteilt, an die Klägerin 1.045,33 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 sowie 322,61 € brutto Entgelt für den Monat Juli 2007 zu zahlen. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Gegen das ihr am 13.12.2007 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 08.01.2008 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 13.02.2008 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 14.12.2007 zugestellte Urteil mit einem am 21.12.2007 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.03.2008 – mit einem am 12.03.2008 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Klägerin macht erstmals im Berufungsverfahren geltend, die ihr angebotene Tätigkeit als Pharmareferentin sei ihr unzumutbar gewesen. Sie behauptet, das zu bearbeitende Arbeitsgebiet sei wesentlich größer als die Arbeitsgebiete, die Pharmareferenten üblicherweise bearbeiten müssten. Die von der Beklagten angegebene Prioritätenfolge habe bedeutet, dass sie im Wesentlichen Fahrstrecken habe absolvieren müssen. Während ihrer Tätigkeit als Außendienstleiterin habe sie überwiegend nicht selbst fahren müssen, sondern sei Beifahrerin gewesen.

Die Klägerin beantragt nach teilweiser Rücknahme der Berufung,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 13.11.2007
– 6 Ca 5270/06 – teilweise abzuändern und die Beklagte zu
verurteilen, an die Klägerin

1. für November und Dezember 2006 weitere 2.710,19 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 zu zahlen;
2. für Januar 2007 4.098,09 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2007 zu zahlen;
3. für Februar 2007 6.272,-- € brutto abzüglich 1.511,01 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2007 zu zahlen;
4. für März 2007 6.272,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2007 zu zahlen;
5. für April 2007 6.272,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2007 zu zahlen;
6. für Mai 2007 6.272,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2007 zu zahlen;
7. für Juni 2007 6.272,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2007 zu zahlen;
8. für Juli 2007 weitere 6.258,39 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2007 zu zahlen;
9. für August 2007 6.933,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2007 zu zahlen;
10. für September 2007 6.933,-- € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2007 zu zahlen;

11. für die Klägerin bei der Deutschen Bank zum Bausparvertrag Nr. 3918653-02 Kto.-Nr. 9706060 BLZ 500710 für den Zeitraum ab November 2006 bis September 2007 monatlich 40,-- € einzuzahlen;

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 06.07.2007 nicht aufgelöst worden ist;

vorsorglich: die Klage gegen die Kündigung vom 06.07.2007 nachträglich zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen;
2. das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 13.11.2007 – 6 Ca 5270/07 – auf die Berufung der Beklagten in den Ziffern 1 – 4 der Entscheidungsformel dahin abzuändern, dass die Klage auch insoweit mit Ausnahme der Verurteilung zur Zahlung des Entgelts für November 2006 von 6.272,-- € brutto abzüglich darauf bezahlten Arbeitslosengeldes von 1.579,80 € netto und mit Ausnahme des auf November 2006 entfallenden anteiligen Weihnachtsgeldes von 522,62 € abgewiesen wird.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Kündigung vom 09.06.2006 sozial gerechtfertigt ist. Auch ohne einschlägige Abmahnung sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar gewesen. Jedenfalls sei die fristlose Kündigung vom 06.07.2007 mangels rechtszeitiger Klageerhebung wirksam. Zu den Zahlungsansprüchen trägt die Beklagte vor, die Klägerin habe unter Berücksichtigung des berechneten Verschreibungspotenzials räumlich beieinander liegende Ärzte heraussuchen und besuchen müssen. Anders lasse sich ein Be-

suchsdurchschnitt von 9 Besuchen pro Tag auch nicht bewältigen. Die Fortsetzung ihrer bisherigen Tätigkeit als Außendienstleiterin habe sie, die Beklagte, der Klägerin nicht angeboten, weil sie es nicht für sinnvoll gehalten habe, die Klägerin während des noch andauernden Kündigungsschutzprozesses als Vorgesetzte zu beschäftigen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze und den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Beide Berufungen sind zulässig (§§ 64 Abs. 1, Abs. 2 b und c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 Abs. 3 ZPO).

Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet und teilweise unbegründet. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Einer Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht Düsseldorf bedarf es entgegen der Ansicht der Beklagten nicht. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat durch die zuständige Kammer entschieden. Nach dem Geschäftsverteilungsplan des Arbeitsgerichts Düsseldorf ist die Kammer mit dem niedrigsten Aktenzeichen für sämtliche dieser Verfahren zuständig, wenn ein Rechtsstreit zwischen denselben Parteien mehrfach anhängig gemacht wird. Das niedrigere Aktenzeichen im Sinne dieser Bestimmung hat das vorliegende Verfahren, da es bereits im Jahr 2006 anhängig gemacht wurde.

1. Die Klage ist in vollem Umfang zulässig.

a) Der Antrag auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 06.07.2007 nicht aufgelöst worden ist, ist nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig.

Nach § 261 Abs. 1 ZPO wird die Rechtshängigkeit einer Streitsache durch die Erhebung der Klage begründet. Nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO kann die Streitsache während der Dauer der Rechtshängigkeit von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden. Es besteht somit ein Prozesshindernis für eine erneute Klage zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand, d. h. die später erhobene Klage ist unzulässig. Anderweitige Rechtshängigkeit liegt ferner vor, wenn zwei Klagen mit demselben Streitgegenstand gleichzeitig erhoben werden (BAG vom 16.07.1996, AP Nr. 53 zu § 76 BetrVG 1972).

Nach § 253 Abs. 1 ZPO erfolgt die Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift). Welches Verfahren zwischen denselben Parteien bei identischem Streitgegenstand wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig ist, beurteilt sich daher grundsätzlich danach, zu welchem Zeitpunkt die Klage zugestellt wurde. Der Antrag der Klägerin im vorliegenden Verfahren auf Feststellung, dass die weitere Kündigung der Beklagten vom 06.07.2007 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortbesteht, wurde dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 19.07.2007 zugestellt, während die weitere Klage mit demselben Antrag vom 13.09.2007 der Beklagten am 18.09.2007 zugestellt wurde. Die am 19.07.2007 erfolgte Zustellung ist allerdings nicht wirksam. Da das vorliegende Verfahren zu diesem Zeitpunkt ausgesetzt war, konnte der Feststellungsantrag in diesem Verfahren gegenüber der Beklagten nicht wirksam erhoben werden.

Das ergibt sich aus Folgendem: Nach § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen sei. Einen entsprechenden Beschluss hat das Arbeitsgerichts Düsseldorf in seiner Verhandlung am 21.11.2006 verkündet, weil zu diesem Zeitpunkt noch der

Rechtsstreit zwischen den Parteien über die Kündigung vom 24.05.2006 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf anhängig war.

Die Aussetzung dauerte zur Zeit der Zustellung des klageerweiternden Schriftsatzes der Klägerin am 19.07.2007 auch noch an. Zwar hat das Arbeitsgericht nicht ausdrücklich bestimmt, bis zu welchem Zeitpunkt das vorliegende Verfahren ausgesetzt wurde. Sein Beschluss ist jedoch so zu verstehen, dass die Aussetzung bis zur Erledigung des vorgreiflichen Rechtsstreits im Sinne des § 148 ZPO andauerte, da durch die Angabe des Aussetzungsgrundes „Vorgreiflichkeit des Verfahrens“ auf diese Bestimmung Bezug genommen wird. Erledigt war der vorgreifliche Rechtsstreit über die Kündigung vom 24.05.2006 zur Zeit der Zustellung des klageerweiternden Schriftsatzes am 19.07.2007 noch nicht. Er war vielmehr beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf anhängig.

Nach § 249 Abs. 2 ZPO sind die während der Unterbrechung oder Aussetzung eines Verfahrens von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung. Die Aussetzung hat die Unwirksamkeit von Prozesshandlungen zur Folge, die gegenüber dem Prozessgegner vorzunehmen sind (BFH vom 27.09.1990, DB 1991, Seite 897). Damit ist auch die Zustellung eines klageerweiternden Schriftsatzes an die andere Partei während der Dauer der Aussetzung ohne rechtliche Wirkung (KG Berlin vom 03.02.2003 – 8 U 387/01 – JURIS).

Zur Unzulässigkeit des gegen die Kündigung vom 06.07.2007 gerichteten Feststellungsantrags wegen anderweitiger Rechtshängigkeit führt dies indessen nicht. Nach § 189 ZPO gilt ein Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es tatsächlich zugegangen ist, wenn sich die formgerechte Zustellung des Dokuments nicht nachweisen lässt oder das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungs Vorschriften zugegangen ist. Diese Vorschrift findet entsprechend Anwendung, wenn die Aussetzung eines Verfahrens endet. Eine erneute Zustellung nach Wegfall des Aussetzungsgrundes ist nicht erforderlich (BAG vom 12.12.2000, AP Nr. 154 zu § 4 TVG Ausschlussfristen).

Damit gilt der Feststellungsantrag im vorliegenden Verfahren spätestens am 17.09.2007 als zugestellt. Denn das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf im vorgreiflichen Verfahren wurde der Beklagten am 15.08.2007 zugestellt und mit Ablauf der einmonatigen Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 72 a Abs. 2 Satz 1 ArbGG) am 17.09.2007 rechtskräftig. Da die weitere Klage (Verfahren 4 Ca 6019/07 Arbeitsgericht Düsseldorf) der Beklagten erst am 18.09.2007 zugestellt wurde, ist die Rechtshängigkeit dieses Verfahrens zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten. Unzulässig wegen anderweitiger Rechtshängigkeit ist mithin der Feststellungsantrag im beim Arbeitsgerichts Düsseldorf noch anhängigen Rechtsstreit 4 Ca 6019/07, nicht aber der Feststellungsantrag im vorliegenden Verfahren.

b) Aus denselben Gründen sind die Anträge der Klägerin, die ihre Zahlungsansprüche für den Zeitraum Januar 2007 bis Juni 2007 betreffen, nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig.

c) Auch im Übrigen ist die Klage zulässig. Der Antrag zu 11. ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), da sich aus dem angegebenen Betrag und dem angegebenen Zeitraum ergibt, dass die Klägerin insgesamt die Zahlung von 440,-- € auf ihre vermögenswirksames Konto begehrt.

2. Die Klage ist überwiegend begründet.

a) Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 09.06.2006 zum 30.11.2006 nicht aufgelöst worden, da hinreichende verhaltensbedingte Kündigungsgründe nicht vorliegen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Dabei kann zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat, indem sie es unterlassen hat, ihren Wochenplan für die Woche vom 29.05. bis 02.06.2006 bis zum 26.05.2006 und ihren Wochenplan für die Woche vom 06.06. bis 09.06.2006 bis zum 02.06.2006 ihrem Vorgesetzten vorzulegen. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Kündigung gleichwohl für sozial ungerecht-

fertigt angesehen, da es zuvor einer ordnungsgemäßen Abmahnung bedurft hätte. Das Berufungsgericht folgt insoweit den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung und sieht von einer Wiederholung ab (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

Entgegen der Auffassung der Beklagten war eine „einschlägige“ Abmahnung der Klägerin nicht entbehrlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine vorherige Abmahnung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn eine Verhaltensänderung trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder es sich um eine solch schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen werden kann (BAG vom 12.01.2006, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung m. w. N.). Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in Zukunft ihre Wochenpläne nicht rechtzeitig vorgelegt hätte, wenn sie deswegen abgemahnt worden wäre, sind nicht ersichtlich und von der Beklagten nicht vorgetragen. Es handelt sich auch nicht um schwere Pflichtverletzungen, deren Rechtswidrigkeit der Klägerin ohne weiteres erkennbar war, auch wenn dabei berücksichtigt wird, dass die Klägerin als Außendienstleiterin bei der Beklagten beschäftigt war. Tatsachen, dass die verspätete Vorlage der Wochenplanung zu einem Schaden bei der Beklagten geführt oder sonstwie ihre Interessen erheblich beeinträchtigt hat, hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Die verspätete Vorlage der Wochenplanung ist somit eher als „leichte“ Pflichtverletzung zu bewerten, bei der eine vorherige Abmahnung nicht unterbleiben konnte.

b) Das Arbeitsverhältnis ist auch nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 06.07.2007 aufgelöst worden. Diese ist nicht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 7 KSchG wirksam geworden, weil die Klägerin ihre Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht hat. Kündigungsgründe hat die Beklagte nicht vorgetragen.

Die Klägerin hat die dreiwöchige Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG eingehalten. Zwar hat sie ihre gegen die Kündigung vom 09.06.2006 gerichtete Kündigungsschutzklage nicht mit einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO verbunden. Der Streitgegenstand einer solchen Klage ist im Allgemeinen die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis

im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz fortbesteht (BAG vom 12.05.2005, AP Nr. 53 zu § 4 KSchG 1969). Aus der zur Auslegung des Klageziels heranzuziehenden Klagebegründung ergibt sich nicht, dass die Klägerin neben der Kündigungsschutzklage, die sich gegen die Kündigung vom 09.06.2006 zum 30.11.2006 gerichtet hat, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt nach Ablauf der Kündigungsfrist festgestellt wissen wollte. Denn in der Klageschrift ist nur von der Kündigung die Rede. Der Klageantrag ist daher so zu verstehen, dass die Klägerin damit die Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG gemeint hat.

Die Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG beginnt mit dem Zugang der schriftlichen Kündigung. Den genauen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 06.07.2007 hat weder die Klägerin noch die Beklagte vorgetragen. Auch wenn zugunsten der Beklagten angenommen wird, dass die Kündigung der Klägerin am 07.07.2007 zugegangen ist und die Aussetzung des Rechtsstreits erst mit Ablauf der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 02.08.2007 im Vorprozess (6 Ca 7271/06 ArbG Düsseldorf, 5 Sa 314/07 LAG Düsseldorf) am 17.09.2007 geendet hat, ist die Kündigungsschutzklage nicht verspätet.

§ 4 Satz 1 KSchG verlangt eine Klageerhebung innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist. Es gilt daher auch hier, dass die Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt (§ 253 Abs. 1 ZPO). Anwendung findet ferner § 167 ZPO (BAG vom 27.11.2003, AP Nr. 27 zu § 319 ZPO betr. § 270 Abs. 3 ZPO a. F.). Nach dieser Bestimmung tritt dann, wenn durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden soll, diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Überschreitet eine vom Kläger zu vertretende Zustellungsverzögerung den Zeitraum von 14 Tagen nicht, ist die Zustellung nach der Rechtsprechung des BAG und des BGH noch „demnächst“ erfolgt. Dabei wird der auf vermeidbare Verzögerungen im Geschäftsablauf des Gerichts zurückzuführende Zeitraum nicht angerechnet (BAG vom 17.01.2002, EzA § 4 KSchG n. F. Nr. 62 m. w. N.). Diese Frist ist überschritten. Bei einem Zugang der Kündigung am 07.07.2007 lief die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage am 30.07.2007 ab. Bis zum Wegfall des Aussetzungsgrundes am 17.09.2007 sind danach noch weitere sieben Wochen vergangen.

Dennoch ist die Kündigungsschutzklage nach Auffassung der Berufungskammer nicht verspätet. Nach dem Wortlaut des § 167 ZPO kann auch eine Zustellung nach mehreren Monaten noch „demnächst“ sein. Es gibt keine absolute zeitliche Grenze, nach deren Überschreitung eine Zustellung nicht mehr als „demnächst“ anzusehen ist (BGH vom 11.07.2003, NJW 2003, Seite 2830). Grundsätzlich sind einer Partei zwar solche nicht nur ganz geringfügige Verzögerungen der Zustellung zuzurechnen, die ihr Prozessbevollmächtigter bei sachgerechter Prozessführung hätte vermeiden können (BAG vom 17.01.2002, a. a. O.; BGH vom 11.07.2003, a. a. O.). In einem solchen Fall ist daher regelmäßig bei Zustellungsverzögerungen, die einen Zeitraum von 14 Tagen überschreiten, die Zustellung nicht als „demnächst“ anzusehen. Dies kann nach dem Sinn und Zweck des § 167 ZPO aber nicht uneingeschränkt gelten.

Die Vorschrift versucht, die Interessen des Zustellungsbetreibers mit denen des Zustellungsadressaten zu vereinbaren, indem sie die durch die Zustellung herbeizuführende Rechtswirkung einerseits auf den Zeitpunkt zurückbezieht, zu dem das zuzustellende Schriftstück beim Gericht eingegangen ist, und die Rückwirkung andererseits einer zeitlichen Begrenzung unterwirft. Die Regelung dient der Rechtssicherheit in zweifacher Weise, denn sie gibt dem Antragsteller die Möglichkeit, die Fristwahrung durch eigenes Handeln (Einreichung des Schriftstücks bei Gericht) sicherzustellen, und sie schützt das Vertrauen des Adressaten, eine durch Fristablauf erlangte Rechtsposition nicht zeitlich unbegrenzt wieder verlieren zu können (Stöber/Greger in Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 167 Rdn. 1). Ein solches Vertrauen ist bei der Beklagten nicht eingetreten. Der klageerweiternde Schriftsatz mit dem Feststellungsantrag ist bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG eingegangen und wurde dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten noch innerhalb dieser Frist zugestellt. Die Beklagte hat daher frühzeitig Kenntnis davon erlangt, dass die Klägerin sich auch gegen die Kündigung vom 06.07.2007 wehren wollte und der klageerweiternde Schriftsatz rechtzeitig beim Gericht eingereicht war. Der Schutzzweck des § 167 ZPO gebietet es daher nicht, dass die Heilung der Unwirksamkeit der Zustellung mit Ablauf der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 02.08.2007 nicht mehr als „demnächst“ angesehen werden kann.

Auch der Umstand, dass das Arbeitsgericht Düsseldorf den klageerweiternden Schriftsatz zwar zugestellt, aber keine weiteren prozessleitenden Maßnahmen veranlasst hat, schließt es nicht aus, dass die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt ist. In Betracht kommt zwar, dass die Dreiwochenfrist nicht eingehalten wird, wenn der Kläger bei Klageeinreichung bittet, von einer Terminbestimmung abzusehen und deshalb auch die Klage nicht zugestellt wird (Friedrich in KR- § 4 KSchG Rdn. 145). Wird die Klage aber zugestellt und unterbleibt die Terminbestimmung, hat dies auf die Wirksamkeit der Zustellung keinen Einfluss (BGH vom 21.11.1953, BGHZ 11, Seite 175). Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin nicht beantragt, dass das Arbeitsgericht – ungeachtet ihres klageerweiternden Schriftsatzes – dem Verfahren keinen Fortgang gibt. Dass das Arbeitsgericht die Aussetzungsentscheidung vom 21.11.2006 nicht gemäß § 150 ZPO innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG wieder aufgehoben hat, ist ihr daher nicht anzulasten.

Schließlich gebietet es der Zweck der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG, möglichst bald Klarheit über den Weiterbestand oder das Ende des Arbeitsverhältnisses zu schaffen, nicht, dass die Klageerweiterung mit Wegfall des Aussetzungsgrundes als nicht rechtzeitig anzusehen ist. Denn nach Erklärung der fristlosen Kündigung vom 06.07.2007 hing nicht mehr allein die Entscheidung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung vom 09.06.2007, sondern auch die Entscheidung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung vom 06.07.2007 davon ab, ob das Arbeitsverhältnis bereits durch die Kündigung vom 24.05.2006 zum 31.10.2006 aufgelöst war. Es bestand mithin auch wegen der fristlosen Kündigung vom 06.07.2007 der Aussetzungsgrund des § 148 ZPO.

Deshalb ist das Interesse der Beklagten an einem beschleunigten Kündigungsschutzverfahren nicht verletzt, wenn bejaht wird, dass die Zustellungsfiktion am 17.09.2007 noch „demnächst“ erfolgt ist. Der Umstand, dass das vorgreifliche Verfahren erst zu diesem Zeitpunkt rechtskräftig entschieden war, führt vielmehr dazu, dass die Zustellungsverzögerung bis zum Wegfall des Aussetzungsgrundes nicht zulasten der Klägerin geht, auch wenn sie von ihrem Prozessbevollmächtigten zu vertreten war und ihr dies deshalb zuzurechnen ist (§ 85 Abs. 2 ZPO). Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin bereits mit Schriftsatz vom 15.08.2007 die Aufnahme des vorliegenden Verfahrens beantragt hat.

c) Die Zahlungsanträge sind teilweise begründet.

aa) Die Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin über den von ihr nicht angegriffenen Teil der Verurteilung durch das Arbeitsgericht zur Zahlung der Vergütung für November 2006 in Höhe von 6.272,-- € brutto abzüglich des von der Klägerin für November 2006 bezogenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.579,80 € netto sowie des anteiligen Weihnachtsgeldes in Höhe von 522,67 € brutto für November 2006 hinaus die Vergütung für Dezember 2006 in Höhe von 6.272,-- € brutto abzüglich des für Dezember 2006 bezogenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.579,80 € netto sowie das anteilige Weihnachtsgeld in Höhe von 522,67 € brutto für Dezember 2006 sowie vermögenswirksame Leistungen für November und Dezember 2006 in Höhe von 80,-- € brutto zu zahlen. Insgesamt hat die Klägerin daher für diese Monate einschließlich des anteiligen Weihnachtsgeldes Anspruch auf 13.669,33 € brutto abzüglich 3.159,60 € netto Arbeitslosengeld.

Übersehen wurde von der Klägerin, dass das Arbeitsgericht die Beklagte nicht nur zur Zahlung einer Vergütung von 3.641,81 € brutto für Dezember 2006 sondern auch zur Zahlung einer weiteren Vergütung von 701,16 € brutto für Dezember 2006 verurteilt hat. Der in der Berufungsinstanz gestellte Zahlungsantrag für November und Dezember 2006 (Antrag zu 1.) enthält daher eine Zuvielforderung von 701,16 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007, was auch vom Berufungsgericht und der Beklagten übersehen wurde. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Klägerin in Höhe der Zuvielforderung nicht die Zwangsvollstreckung durchführen wird.

Da das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen vom 24.05.2006 zum 31.10.2006 und vom 09.06.2006 zum 30.11.2006 nicht aufgelöst worden ist, schuldet die Beklagte der Klägerin für die Zeit ab November 2006 die vereinbarte Vergütung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs (§ 615 Satz 1 BGB). Sie muss sich erst ab Januar 2007 die ihr von der Beklagten angebotene Vergütung für eine Tätigkeit als Pharmareferentin anrechnen lassen.

Nach § 615 Satz 2 BGB muss sich der zur Dienstleistung Verpflichtete auf seine Vergütungsansprüche aufgrund Annahmeverzuges des zur Dienstleistung Berechtigten den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterlässt. Die Vorschrift ist inhaltsgleich mit § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG. Beide Bestimmungen stellen darauf ab, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist. Eine Anrechnung kommt auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen. Böswillig handelt der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzuges trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (BAG vom 07.02.2007, AP Nr. 12 zu § 615 BGB Böswilligkeit).

Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin die Aufnahme der ihr angebotenen Arbeit im Dezember 2006 nicht böswillig unterlassen. Denn sie kannte die Umstände der ihr angebotenen Arbeit vollständig erst mit Beantwortung der von ihr gestellten Fragen durch die Beklagte. Dass diese Fragen vorgeschoben waren, ist nicht ersichtlich und auch von der Beklagten nicht behauptet worden. Noch am 02.01.2007 hat die Klägerin zusätzliche Fragen gestellt. Bis zur Aufnahme der Arbeit am 04.01.2007 liegen die Voraussetzungen des § 615 Satz 2 BGB daher nicht vor.

bb) Für Januar 2007 hat die Klägerin über die ihr gezahlten 2.173,91 € brutto hinaus Anspruch auf Zahlung weiterer 2.272,-- € brutto. Die ihr angebotene Arbeit als Pharmareferentin war ihr zumutbar. § 615 Satz 2 BGB schließt den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber nur vertragswidrige Arbeit anbietet, denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrages würde den Annahmeverzug beenden. Das Maß der gebotenen Rücksichtnahme beim Arbeitnehmer hängt

regelmäßig davon ab, aus welchen Gründen der Arbeitgeber keine vertragsgemäße Arbeit anbietet (BAG vom 07.02.2007, a. a. O.).

Danach war die der Klägerin angebotene Arbeit als Pharmareferentin ihr nicht deshalb unzumutbar, weil vertraglich zwischen den Parteien eine Tätigkeit und Vergütung als Außendienstleiterin vereinbart ist. Denn die Kündigungen der Beklagten vom 24.05.2006 und 09.06.2006 sind aus verhaltensbedingten Gründen erfolgt. Deshalb ist es nachvollziehbar, dass die Beklagte die Klägerin während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses nicht in der herausgehobenen Stellung einer Außendienstleiterin mit Weisungsbefugnissen gegenüber unterstellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern beschäftigen wollte. Zu befürchten war, dass die Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu Autoritätseinbußen der Klägerin geführt hätte. Da auch die Klägerin zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht hat, ihr sei die Beschäftigung als Pharmareferentin nicht zumutbar, weil sie einen vertraglichen Anspruch auf Beschäftigung als Außendienstleiterin habe, kann der Gesichtspunkt der vertragswidrigen Beschäftigung die Unzumutbarkeit nicht begründen.

Unzumutbar war der Klägerin die angebotene Tätigkeit als Pharmareferentin aber auch nicht aus anderen Gründen. Das Tätigkeitsgebiet war ihr vorher mitgeteilt worden. Auch konnte sie davon ausgehen, dass sie das Dienstfahrzeug selbst fahren muss, weil sie nach der ihr überlassenen Funktionsbeschreibung Ärzte und Apotheken nicht mehr als Außendienstleiterin sondern als Pharmareferentin aufsuchen sollte. Diese Arbeitsumstände hat sie weder vor Aufnahme der Tätigkeit am 04.01.2007 noch während dieser Tätigkeit oder in der Folgezeit angeführt, um die Unzumutbarkeit des Arbeitsangebots zu begründen. Sie hat sie vielmehr erstmals im vorliegenden Berufungsverfahren geltend gemacht. Unabhängig davon, ist aber auch objektiv nicht nachvollziehbar, inwiefern ein Tätigkeitsgebiet, das größer ist, als das Pharmareferenten üblicherweise zugewiesene Tätigkeitsgebiet, zur Unzumutbarkeit der Tätigkeit führt. Denn die Beklagte hat der Klägerin die Aufgabe angeboten, neue Zielgruppen zu analysieren. Sie sollte also nicht die übliche Tätigkeit von Pharmareferenten erledigen. Auch eine Reisetätigkeit mit dem Dienstfahrzeug ist für Pharmareferenten nicht von vornherein unzumutbar.

Soweit die Klägerin schließlich geltend macht, ihr sei aufgetragen worden, unzumutbar lange Fahrtstrecken zu absolvieren, ist auch dies nicht nachvollziehbar. Aus dem Begriff „Priorität“ in den von ihr vorgelegten Ärztelisten lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte damit bestimmt hat, in welcher Reihenfolge die Klägerin die in den Listen angegebenen Ärzte besuchen soll. Da die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt hat, sich nicht an die (angeblich) von der Beklagten bestimmte Reihenfolge gehalten zu haben, und sie auch nicht vorgetragen hat, die Beklagte habe dies beanstandet, spricht nichts für die Richtigkeit der Interpretation des Begriffs „Priorität“ durch die Klägerin. Soweit sie ab dem 04.01.2007 von der angebotenen Arbeitsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, ist dies mithin nicht aus Gründen der Unzumutbarkeit geschehen, so dass die Vergütung für die Tätigkeit als Pharmareferentin nach § 11 Satz 1 KSchG auf den Vergütungsanspruch anzurechnen ist.

Ausgehend von der für Januar 2007 geforderten Grundvergütung in Höhe von 6.272,-- € brutto abzüglich der gezahlten 2.173,91 € brutto ist damit noch ein weiterer Betrag von 1.826,09 € brutto in Abzug zu bringen, so dass eine Restforderung von 2.772,-- € brutto verbleibt. Da die Klägerin nach dem 04.01.2007 bis zum 31.01.2007 an acht Arbeitstagen nicht gearbeitet hat und die erzielbare Vergütung ab dem 04.01.2007 anzurechnen ist, ergibt sich für den Anrechnungszeitraum ein anzurechnender Gesamtbetrag von 4.100,-- € brutto (4.600,-- € : 23 Arbeitstage x 20 Arbeitstage).

Für Februar 2007 hat die Klägerin 1.511,-- € netto erhalten. Anzurechnen sind 4.600,-- € brutto. Auch für die Monate März 2007 bis Mai 2007 sind jeweils 4.600,-- € brutto anzurechnen, so dass eine Restforderung von 1.672,-- € brutto verbleibt.

cc) Ab Juli 2007 hat die Beklagte keine Leistungen der betrieblichen Altersversorgung mehr erbracht. Der Vergütungsanspruch der Klägerin (ohne vermögenswirksame Leistungen) erhöht sich daher auf 6.582,38 € brutto ab dem 01.07.2007. Bis zum Tag des Zugangs der fristlosen Kündigung vom 06.07.2007 ist die Vergütung in Höhe von 1.045,45 € brutto (4.600,-- € : 22 Arbeitstage x 5 Arbeitstage) aus der von der Klägerin nicht mehr ausgeübten Tätigkeit als Pharmareferentin anzurechnen. Das Arbeitsgericht hat einen bis zu diesem Zeitpunkt verbleibenden Vergütungsanspruch von 323,61 €

brutto errechnet, zu dessen Zahlung die Beklagte zu Recht verurteilt worden ist, da sie sich auch im Juli 2007 bis zum Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung vom 06.07.2007 mit der Annahme der Arbeitsleistung der Klägerin als Außendienstleiterin in Verzug befunden hat. Nach dem 06.07.2007 hat die Klägerin entgegen der Ansicht der Beklagten Anspruch auf die vereinbarte Vergütung ebenfalls aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges. Wie ausgeführt, ist die fristlose Kündigung vom 06.07.2007 nicht wirksam geworden. Das Arbeitsangebot als Pharmareferentin bestand dann unstreitig nicht mehr. Der verbleibende Vergütungsanspruch für Juli 2007 beträgt mithin 5.212,94 € brutto (6.582,38 € brutto abzüglich 1.045,45 € abzüglich 323,61 €).

Ab August 2007 erhöht sich der Vergütungsanspruch der Klägerin um den Wert der Privatnutzung des von der Beklagten zurückgeforderten Dienstwagens auf 6.933,-- € brutto. Gegen die Berechnung des Wertes der Privatnutzung durch die Klägerin hat die Beklagte keine Einwendungen erhoben.

dd) Da die Klägerin Anspruch auf Zahlung der vermögenswirksamen Leistungen auf ihr vermögenswirksames Konto hat, ist die Beklagte schließlich verpflichtet, für die Monate November 2006 bis September 2007 insgesamt 440,-- € auf dieses Konto einzuzahlen.

ee) Die ausgerichteten Zinsen hat die Beklagte nach §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu zahlen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 92 Abs. 1 ZPO.

Soweit die Revision zugelassen wurde, waren Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung entscheidungserheblich (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG). Im Übrigen liegt eine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG nicht vor. Die Voraussetzungen für eine Divergenzrevision sind ebenfalls nicht ersichtlich (§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten, soweit sie zugelassen wurde,

REVISION

eingelegt werden.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

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 Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung 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.**

Heinlein

Bormann

Sydorenko