

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 229/16

4 Ca 332 b/16 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 30.08.2017

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Berichtigt durch Beschlüsse vom
03.01.2018 (Bl. 28-29 und 30-32)

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit
pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 30.08.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 07.07.2016 – 4 Ca 332 b/16 – teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, 920,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2015 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, 1.675,26 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2016 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, 12.248,06 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2016 zu zahlen.
4. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits (beide Rechtszüge) trägt die Klägerin 54 % und die Beklagte 46 %.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um verschiedene Zahlungsansprüche.

Die Klägerin trat am 15.01.2002 aufgrund schriftlichen Anstellungsvertrags (Anlage K 1 = Blatt 14 ff. der Akte) als Medizinprodukteberaterin in die Dienste der Firma C... M... A... GmbH (C...). Die C... wurde im Jahr 2013 auf die Beklagte verschmolzen und als B... U... „C...“ vollständig eingegliedert. Anlässlich der Verschmelzung schlossen die C... und der bei ihr gewählte Betriebsrat am 05.06.2013 einen Interessenausgleich und Sozialplan. Wegen des Inhalts wird auf die Anlage CMS 1 (Blatt 140 ff. der Akte) verwiesen. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ging in der zweiten Hälfte des Jahres 2013 im Wege des Betriebsübergangs auf die Beklagte über.

Die Beklagte veräußerte im Jahr 2015 die B... U... „C...“ an die C... H... G... GmbH und informierte die Klägerin mit Schreiben vom 20.08.2015 über den zum 03.10.2015 anstehenden Betriebsübergang. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 18.09.2015 (Anlage K 3 = Blatt 31 f. der Akte). Die Beklagte stellte die Klägerin mit Schreiben vom 01.10.2015 (Anlage K 4 = Blatt 33 der Akte) von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter „Fortzahlung ihrer anstellungsvertraglichen Vergütung“ zunächst widerruflich frei. Mit Schreiben vom 26.10.2015 (Anlage K 4 = Blatt 34 der Akte) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2016 (Anlage K 5 = Blatt 35 der Akte). Die Kündigungsschutzklage der Klägerin hatte vor dem Arbeitsgericht Neumünster Erfolg (4 Ca 1201 b/15). Die Beklagte hat ihre gegen das Urteil eingelegte Berufung zurückgenommen

Die Bezüge der Klägerin setzen sich nach dem mit C... geschlossenen Anstellungsvertrag vom 03.04.2012 aus einem in 13 Teilen zu zahlenden Jahresgehalt sowie einer Provision zusammen. Dazu heißt es in § 3:

- „1. Es wird ein Jahresgehalt in Höhe von € 48.854,- vereinbart. Das Gehalt wird in 13 Anteilen zu € 3.758,- gewährt (der 13. Anteil wird im November gezahlt).
2. Frau A... erhält zusätzlich bei Erreichung der Umsatzziele und qualitativen Ziele eine jährliche Provision in Höhe von 20.937,00 EUR. Die Provision wird

monatlich ermittelt und in 12 Teilen p.a. gewährt. ... Es gilt der jeweils gültige Provisionsplan.“

Anfang des Jahres werden jeweils Umsatzziele festgelegt. Werden diese Ziele vollständig erreicht, wird die Provision zu 100 % gezahlt. Werden die Ziele über- oder unterschritten, wird die Provision nach Maßgabe einer Progressionsstaffel gezahlt (vgl. beispielhaft Anlage K 7 = Blatt 37 der Akte und Anlage CMS 4 = Blatt 189, 196 der Akte). Streitig ist, ob der 30 %-ige Provisionsanteil an der Gesamtvergütung für das Jahr 2015 nur die Umsatzprovision umfasst oder auch sonstige Provisionsansprüche und welches Grundgehalt zugrunde zu legen ist.

Die Beklagte teilte der Klägerin die Umsatzziele für das Jahr 2015 mit Schreiben aus dem Februar 2015 mit (Anlage K 13 = Blatt 47 der Akte). Die Quartalsziele lauten:

- Q 1: 462.133
- Q 2: 453.036
- Q 3: 429.384
- Q 4: 474.869

Ferner sind dort drei Projektziele für das 1. Quartal 2015 definiert. Auf den weiteren Inhalt des Schreibens wird verwiesen.

Die Beklagte erstellte eine Quartalsübersicht für das Jahr 2015 (Anlage K 21 = Blatt 92 der Akte). Danach belief sich der Umsatz der Klägerin im 1. Quartal auf 428.777 EUR, im 2. Quartal auf 484.291 EUR und im 3. Quartal auf 439.486 EUR.

Die Klägerin erhielt von C... und in der Folge von der Beklagten monatlich einen sog. Prämienvorschuss. Zuletzt zahlte die Beklagte den Vorschuss im November 2015 in Höhe von 1.558,57 EUR brutto. Über die Provision wurde vierteljährlich abgerechnet, zuletzt im Oktober 2015.

Gemäß § 4 des Anstellungsvertrags hat die Klägerin Anspruch auf einen Dienstwagen.

Bei C... erhielt die Klägerin monatlich u.a. vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 40,00 EUR brutto sowie eine sog. Fitnessgebühr in Höhe von ebenfalls 40,00 EUR brutto. Über die Rechtsgrundlage dieser Zahlungen besteht Streit.

Die Beklagte zahlte der Klägerin die vermögenswirksamen Leistungen seit Januar 2014 und die Fitnessgebühr seit Juli 2014 nicht mehr.

Die Beklagte zahlte der Klägerin seit Juli 2013 eine monatliche Telefonpauschale (zuletzt 25,56 EUR brutto) und eine Garagenmiete (51,53 EUR brutto). Ab Dezember 2015 zahlte die Beklagte diese Beträge nicht mehr.

Im Oktober 2015 zahlte die Beklagte an die Klägerin:

- 5.431,00 EUR brutto Grundgehalt
- 4.663,54 EUR brutto Quartalsprämie
- 1.558,57 EUR brutto Provisionsvorschuss
 - 30,00 EUR brutto Verpflegungspauschale
 - 1,28 EUR brutto Kontoführungsgebühr
 - 51,13 EUR brutto Garagenmiete
 - 25,56 EUR brutto Telefonkosten
- 558,00 EUR brutto Pkw geldwerter Vorteil Pkw

Im November 2015 zahlte die Beklagte an die Klägerin:

- 5.431,00 EUR brutto Grundgehalt
- 5.431,00 EUR brutto Weihnachtsgeld
- 1.558,57 EUR brutto Provisionsvorschuss
 - 1,28 EUR brutto Kontoführungsgebühr
 - 51,13 EUR brutto Garagenmiete
 - 25,56 EUR brutto Telefonkosten
- 558,00 EUR brutto geldwerter Vorteil Pkw

Im Dezember 2015 zahlte die Beklagte an die Klägerin:

- 5.431,00 EUR brutto Grundgehalt
- 300,00 EUR brutto Prämie sonstige
- 1,28 EUR brutto Kontoführungsgebühr

558,00 EUR brutto geldwerter Vorteil Pkw

Im Januar 2016 zahlte die Beklagte an die Klägerin

5.431,00 EUR brutto Grundgehalt

1,28 EUR brutto Kontoführungsgebühr

558,00 EUR brutto geldwerter Vorteil Pkw

Im Jahr 2015 zahlte die Beklagte der Klägerin sog. Basisbezüge in Höhe von insgesamt 70.357,00 EUR brutto. Daneben rechnete sie für die private Nutzung des Dienstwagens 12 x 558,00 EUR ab (77.053,00 EUR brutto). Im Jahr 2013 hatten die Basisbezüge der Klägerin 67.025,00 EUR brutto betragen, im Jahr 2014 waren es 68.742,00 EUR brutto. Die Privatnutzung des Dienstwagens war auch in den Jahren 2013 und 2014 abgerechnet worden.

Die Klägerin hat mit ihrer Klage Zahlung der Fitnessgebühr für die Monate Juli 2014 bis November 2015 (17 x 40,00 EUR) und des Arbeitgeberanteils der vermögenswirksamen Leistungen für die Monate Juli 2013 bis November 2015 (29 x 40,00 EUR) geltend gemacht, insgesamt 1.840,00 EUR brutto. Die Beklagte habe die Leistungen zu Unrecht nicht mehr erbracht.

Daneben hat sie für den Monat Dezember 2015 weitere Bruttovergütung in Höhe von 1.715,26 EUR verlangt. Zu Unrecht seien ihr die vermögenswirksamen Leistungen in Höhe von 40,00 EUR, die Telefonpauschale von 25,56 EUR brutto, die Garagenmiete in Höhe von 51,13 EUR brutto, die Fitness-Gebühr in Höhe von 40,00 EUR und der Provisionsvorschuss in Höhe von 1.558,57 EUR brutto nicht gezahlt worden.

Für den Monat Januar 2016 hat die Klägerin neben dem ihr vorenthaltenen Entgelt in Höhe von 1.715,26 EUR (Provisionsvorschuss, vermögenswirksame Leistungen, Telefonpauschale, Garagenmiete, Fitness-Gebühr) zudem Zahlung restlicher Provision für das Jahr 2015 in Höhe von 27.273,37 EUR brutto geltend gemacht.

Ihr stehe Umsatzprovision in Höhe von 42.930,00 EUR zu. Darauf habe die Beklagte (nur) 25.467,63 EUR gezahlt (11 x Vorschuss 1.558,57 EUR brutto = 17.144,27 EUR brutto; auf Quartalsabrechnung April 2015 3.659,82 EUR brutto und auf Quartalsab-

rechnung Oktober 2015 4.663,54 EUR brutto). Zur nicht gezahlten Umsatzprovision in Höhe von 17.462,37 EUR brutto kämen noch die Quartalsboni für die Zielerreichung in Höhe von 6.484,00 EUR und die Projektboni in Höhe von 3.327,00 EUR.

Die Klägerin hat gemeint, ihr stünden auch für das 4. Quartal 2015 Provisionszahlungen zu. Dafür spreche Ziffer 4.2 der bei der Beklagten geltenden Rahmenbetriebsvereinbarung über variable Vergütung von Vertriebsmitarbeitern vom 31.03.2015. Zudem habe sie im 4. Quartal des Vorjahres 103 % des vorgegebenen Umsatzzieles erreicht. Diese Quote hätte sie auch im 4.Quartal 2015 erreicht, wenn sie hätte arbeiten können. Deshalb ergebe sich für das 4. Quartal eine Umsatzprovision von 10.732,84 EUR brutto (Aufstellung Blatt 9 der Akte). Dass sie wegen der Freistellung keine Provision erzielen könne, falle nicht in ihre Risikosphäre.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin

1. 1.840,00 EUR brutto (40,00 EUR monatlich Fitnessgebühr für die Monate Juli 2014 bis November 2015 und 40 EUR monatlich vermögenswirksame Leistungen für die Monate Juli 2013 bis November 2015) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2015 zu zahlen,
2. 8.005,54 EUR (Bruttogehalt Dezember 2015) abzüglich hierauf abgerechneter 6.290,28 EUR brutto und gezahlter 4.152,00 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2016 auf 1.715,26 EUR zu zahlen,
3. 34.978,91 EUR (Bruttogehalt Januar 2016) abzüglich hierauf abgerechneter 5.990,28 EUR brutto und gezahlter 3.999,15 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2016 auf 28.988,63 EUR zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, mangels Anspruchsgrundlage könne die Klägerin die mit dem Antrag zu 1 begehrte Zahlung für das Fitness-Ticket und des Arbeitgeberanteils der vermögenswirksamen Leistungen nicht verlangen.

Die der Klägerin für den Monat Dezember 2015 zustehenden Ansprüche seien durch Zahlung von 6.290,28 EUR brutto erfüllt. Daher gehe der Antrag zu 2 ins Leere. Zahlung einer Telefonpauschale und der Garagenmiete könne die Klägerin mangels Anspruchsgrundlage nicht verlangen. Gleiches gelte für das Fitness-Ticket und die vermögenswirksamen Leistungen. Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Provisionsvorschusses bestehe ebenfalls nicht, da sich ein solcher aus dem Vertrag nicht ergebe. Ein Vorschuss sei nicht zu zahlen, wenn fest stehe, dass die Umsatzziele nicht erreicht und Provisionen nicht anfallen werden. Im Dezember 2015 habe die Klägerin keine Provisionen mehr erwirtschaftet. Die Beklagte könne wegen des Betriebsübergangs der B... U... C... mit Wirkung zum 03.10.2016 keine Umsätze mehr in diesem Bereich erzielen. Die Klägerin erwirtschaftete nur deswegen keine Provisionen mehr, weil sie wegen ihres Widerspruchs gegen den Betriebsübergang noch bei der Beklagten beschäftigt sei und nicht bei der Betriebsübernehmerin. Sie könne von der Beklagten keine fiktive Provision verlangen, obwohl sie tatsächlich keine Umsätze erziele. Den Vorschuss für den Monat Dezember 2015 verlange die Klägerin ein weiteres Mal mit der Provisionsabrechnung für das 4. Quartal.

Auch für den Monat Januar 2016 (Antrag zu 3) könne die Klägerin aus den genannten Gründen keinen Provisionsvorschuss verlangen. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt, für das 1. bis 3. Quartal 2015 mehr Provisionen beanspruchen zu können, als von der Beklagten bereits gezahlt. Die Klägerin behaupte auf Seite 9 ihrer Klage einen erreichten Umsatz pauschal ins Blaue hinein. Für das 4. Quartal bestehe ein Provisionsanspruch bereits dem Grunde nach nicht, weil die Klägerin nicht gearbeitet und keine Umsätze in der B... U... C... erzielt habe. Die weiteren Boni und Prämien (neben der Umsatzprovision) stünden der Klägerin mangels Anspruchsgrundlage nicht zu.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Klägerin habe Anspruch auf Zahlung der vermögenswirksamen Leistungen, der Fitnessgebühr, der Garagenmiete sowie der Telefonpauschale. Die Beklagte habe diese Beträge über Jahre an die Klägerin gezahlt, so dass sie sich jetzt nicht darauf berufen könne, dass eine Anspruchsgrundlage für die Zahlung nicht ersichtlich sei. Auch die Provisionsvorschüsse seien jahrelang gezahlt worden und müssten daher weiter gezahlt werden. Die Klägerin habe daher Anspruch auf Zahlung der Vorschüsse für Dezember 2015 und Januar 2016.

Die Klägerin habe daneben Anspruch auf Zahlung der Provisionen und Boni für das 4. Quartal 2015 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Die Beklagte habe die Klägerin mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs freigestellt. Dadurch sei sie in Annahmeverzug geraten, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitsleistung der Klägerin bedurft hätte. Die Beklagte müsse die Vergütung zahlen, die der Klägerin bei einer Weiterbeschäftigung zugestanden hätte. Dazu gehörten auch Provisionen und Boni. Es müsse der Bonus gezahlt werden, der infolge des Annahmeverzuges nicht erzielt werden konnte. Fehle es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über die Berechnung des Verdienstaufschlags, sei dessen Höhe zu schätzen. Hier sei der Umsatz für das 4. Quartal 2015 auf 489.115,00 EUR zu schätzen. Das entspreche der Zielerreichungsquote des 4. Quartals des Vorjahres (103 %).

Gegen das ihr am 22.07.2016 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 22.08.2016 Berufung eingelegt und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 24.10.2016 am 24.10.2016 begründet.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin habe nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit C... keinen Anspruch mehr auf Zahlung des Fitness-Tickets gehabt. Die Betriebsparteien hätten im Interessenausgleich und Sozialplan vom 05.06.2013 geregelt, dass die Zahlung des Fitness-Tickets zum 30.06.2013 auslaufe. Aktive Nutzer des Tickets – wie die Klägerin – hätten dafür mit dem Gehalt für Juli 2013 eine Einmalzahlung in Höhe von 468,99 EUR brutto erhalten (Anlage CMS 3 = Blatt 187 der Akte).

Auch der Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen habe nur für die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit C... bestanden. Die bei C... geltende Regelung habe einen Arbeitgeberzuschuss vorgesehen. Nach Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte sei an die Stelle des Anspruchs die Möglichkeit des Abschlusses einer Direktversicherung getreten.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht der Klägerin restliches Gehalt für Dezember 2015 in Höhe von 1.715,26 EUR brutto zugesprochen. Ein Anspruch auf Zahlung eines Provisionsvorschusses (1.558,57 EUR) bestehe nicht, auch nicht aufgrund der vom Arbeitsgericht angenommenen betrieblichen Übung. Die Rahmenbetriebsvereinbarung über variable Vergütung von Vertriebsmitarbeitern sehe eine quartalsweise Abrechnung und Auszahlung im Folgemonat vor. Eine Auszahlungsregelung enthalte auch das mit dem Betriebsrat abgestimmte Provisionssystem für den Bereich C... 2015 (Anlage CMS 4 = Blatt 189 ff. der Akte). Anspruch auf Zahlung des Fitness-Tickets und der vermögenswirksamen Leistungen (2 x 40,00 EUR) bestehe aus den genannten Gründen auch für Dezember 2015 nicht.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht der Klägerin schließlich restliches Gehalt für Januar 2016 sowie Provision und Boni in Höhe von insgesamt 28.988,63 EUR brutto zugesprochen.

Einen Provisionsvorschuss in Höhe von 1.558,57 EUR könne die Klägerin aus den genannten Gründen auch für Januar 2016 nicht verlangen, ebenso wenig Zahlung des Fitness-Tickets und der vermögenswirksamen Leistungen.

Das Arbeitsgericht habe nicht begründet, warum die Beklagte restliche Provision für die ersten drei Quartale 2015 zahlen müsse. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass sie mehr Provision als gezahlt beanspruchen könne. Aus der von der Klägerin als Anlage K 21 (Blatt 92 der Akte) vorgelegten Aufstellung ergebe sich ein Anspruch in Höhe von 16.269,00 EUR (2.181,00 EUR für das 1. Quartal, 7.716,00 EUR für das 2. Quartal und 6.372,00 EUR für das 3. Quartal).

Die Klägerin gehe bei ihren Berechnungen von einer falschen Berechnungsgrundlage für die Quartalsprovision aus. Die bei 100 %-iger Zielerreichung erreichbare Gesamtjahresprovision einschließlich aller Provisionsanteile belaufe sich auf 28.007,84 EUR und nicht auf 33.022,71 EUR (wie von der Klägerin angenommen). Der Zielbetrag für das Jahr 2015 sei aus den Beträgen für die Vorjahre übernommen worden. Grundlage sei das „C... Provision System“ (Anlagen CMS 4 und 5). Basis für die Provision 2014 sei danach das Grundgehalt für das Jahr 2013 gewesen. Diese Basis sei für die Provision 2015 in Abstimmung mit dem Betriebsrat beibehalten worden.

Unter Zugrundelegung des Grundgehalts Klägerin im Jahr 2013 ergebe sich ein (30 %-iger) Zielbetrag in Höhe von 28.007,84 EUR.

Komponenten des Provisionssystems seien

- Jahressumme Quartalsboni Basisumsatz mit 45 %
- Jahresendbonus Bonusbasisumsatz mit 20 %
- Jahressumme Quartalsboni L.E. mit 20 %
- Projektspezifischer Bonus mit 15 %.

Das ergebe sich aus dem Provisionssystem für 2015, dem der Betriebsrat zugestimmt hat (vgl. Anlage CMS 7 = Blatt 293 der Akte).

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht der Klägerin weitere Boni in Höhe von 6.484,00 EUR und 3.327,00 EUR zugesprochen. Zu diesen Ansprüchen habe die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen.

Für das 4. Quartal 2015 habe die Klägerin weder Anspruch auf Provisionen noch auf Boni. Die Beklagte befinde sich nicht im Annahmeverzug, denn sie habe die Klägerin freistellen dürfen, nachdem diese dem Betriebsübergang widersprochen habe. Überdies könnten auch im Annahmeverzug nur die Entgeltbestandteile verlangt werden, die infolge des Verzugs nicht erzielt werden konnten. Die Klägerin hätte aber die Provisionen erzielen können, wenn sie dem Betriebsübergang nicht widersprochen hätte.

Schließlich habe das Arbeitsgericht den Provisionsanspruch der Klägerin für das 4. Quartal 2015 falsch geschätzt. Es hätte von 100 %-iger Zielerreichung ausgehen und eine Gesamtjahresprovision von 28.007,84 EUR annehmen müssen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 07.07.2016 – 4 Ca 332b/16 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Sie behauptet, mit C... vereinbart zu haben, dass die vermögenswirksamen Leistungen und die Fitness-Gebühr als Arbeitsentgelt geschuldet werden. Diese Leistungen seien ihr im Einstellungsgespräch individualrechtlich angeboten worden. Im Zuge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte habe diese bestätigt, dass alle individualrechtlichen bzw. arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen fortgelten, die Vergütung und ihre Zusammensetzung unverändert bleiben. Eine Vereinbarung über den Wegfall des Anspruchs auf vermögenswirksame Leistungen sei der Klägerin nicht bekannt. Eine Direktversicherung habe sie nicht abgeschlossen. Auch eine Vereinbarung über die Fitnessgebühr sei der Klägerin unbekannt.

Zur Provision bemerkt die Klägerin, dass sich die Aufteilung 70 % Grundgehalt zu 30 % Provision nur auf die Umsatzprovision beziehe. Jahresendbonifikationen, Bonifikationen und Provisionen für Produktgruppenziele fielen daneben an.

Bei den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen für das Jahr 2015 handele es sich um ein nicht genehmigtes und tatsächlich nicht durchgeführtes Abrechnungssystem. In der Vergangenheit sei stets das Gehalt des laufenden Jahres der Ermittlung der Umsatzprovision zugrunde gelegt worden, um das Verhältnis 70/30 zu ermitteln. Das Jahresgrundgehalt der Klägerin habe 2015 unstreitig 77.053,00 EUR betragen. In 2014 habe es sich auf 75.398,16 EUR belaufen. Das Grundgehalt 2013 könne dagegen nicht als Grundlage der Berechnung dienen.

Die Umsatzziele für 2015 seien unstreitig. Unstreitig gelte auch die Progressionstabelle gemäß Anlage K 7.

Für das 1. Quartal 2015 habe die Beklagte wegen interner Verzögerungen einen Umsatz von 428.777,00 EUR zugrunde gelegt und die Außendienstmitarbeiter damit so gestellt, als wären 100 % des Umsatzziels erreicht.

Die Klägerin meint, sie könne auch während der Freistellung Provisionszahlungen als Teil des Verzugslohns beanspruchen. Die Beklagte trage die Verantwortung dafür, dass sie ihre Arbeitsleistung nicht mehr erbringen könne. Die Beklagte stelle ihr keinen Arbeitsplatz zur Verfügung. Den Verdienstausfall im 4. Quartal 2015 habe das Arbeitsgericht zutreffend geschätzt.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsprotokolle verwiesen.

Die Berufungskammer hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin R... sowie des Zeugen R.... Wegen der Zeugenaussagen wird auf die Sitzungsniederschrift vom 30.08.2017 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung der Beklagten ist dem Beschwerdewert nach statthaft (§ 64 Abs. 2 b) ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt worden.

Die Berufung ist auch zum ganz überwiegenden Teil frist- und formgerecht begründet worden (§§ 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). Nur soweit das Arbeitsgericht die Beklagte unter Ziffern 2 und 3 des Tenors (auch) zur Zahlung der Telefonpauschale (25,56 EUR brutto) und Garagenmiete (51,13 EUR brutto) für die Monate Dezember 2015 und Januar 2016 verurteilt hat, ist die hiergegen gerichtete Berufung unzulässig und deshalb zu verwerfen, d.h. im Umfang von 153,38 EUR. Denn die Beklagte hat sich innerhalb der Berufungsbegründungsfrist mit der Begründung des

Arbeitsgerichts nicht auseinandergesetzt. Auf diese beiden Ansprüche ist die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung vom 24.10.2016 mit keinem Wort eingegangen.

B. Soweit die Berufung der Beklagten zulässig ist, ist sie teilweise begründet. Zu den Anträgen im Einzelnen:

I. Der mit dem Antrag zu 1 geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Fitness-Gebühr und vermögenswirksamen Leistungen steht der Klägerin nicht in dem vom Arbeitsgericht zugesprochenen Umfang von 1.840,00 EUR brutto zu. Die Klägerin kann nur Zahlung der vermögenswirksamen Leistungen in Höhe von 920,00 EUR nebst den begehrten Zinsen verlangen, nicht hingegen die Fitness-Gebühr.

1. Ein Anspruch auf Zahlung der Fitness-Gebühr besteht nicht. Diese Leistung ist nicht Teil der vereinbarten Vergütung iSv. § 611 Abs. 1 BGB.

Die Klägerin hat nicht beweisen können, dass ihr die Beklagte die Zahlung der Fitness-Gebühr individualrechtlich zugesagt hat. Die Klägerin hat zwar behauptet, ihr sei die Fitness-Gebühr bei der Einstellung als arbeitsvertragliche Leistung und damit als Teil ihrer Vergütung zugesagt worden. Die Beklagte hat das bestritten und behauptet, die Fitness-Gebühr sei bei C... aufgrund einer (freiwilligen) Betriebsvereinbarung gezahlt worden. Dafür spreche auch § 4 des Interessen- und Sozialplans vom 05.06.2013 iVm. dessen Anlage 1 a. Eine individualrechtliche Zusage gebe es dagegen nicht.

Falls die Leistung - wie von der Beklagten substantiiert behauptet - aufgrund einer bei C... geltenden Betriebsvereinbarung erbracht worden ist, ist sie durch Einmalzahlung aufgrund § 4 Interessenausgleich und Sozialplan vom 05.06.2013 iVm. der Anlage 1 b abgefunden und die Leistungspflicht damit beendet worden. In dieser Vereinbarung haben die Betriebsparteien der C... durch Betriebsvereinbarung (§ 4 Satz 2) geregelt, dass die Zahlung des monatlichen Fitness-Tickets zum 30.06.2013 ausläuft und mit der Juli-Abrechnung 2013 eine Einmalzahlung an die aktiven Nutzer in Höhe von 468,00 EUR brutto erfolgt. Die Klägerin hat diese Einmalzahlung erhalten.

Der Klägerin hat dagegen nicht beweisen können, dass die Fitness-Gebühr auf einer arbeitsvertraglichen Grundlage gezahlt worden ist. Weder die Zeugin R... noch der Zeuge R... haben bestätigt, dass der Klägerin diese Leistung bei Vertragsschluss individualrechtlich zugesagt worden ist. Die Aussage des Zeugen R... war unergiebig. Er konnte sich an die Zahlung einer Fitness-Gebühr bei C... gar nicht erinnern. Er konnte sich auch nicht erinnern, mit der Klägerin über eine solche Gebühr gesprochen zu haben.

Die Zeugin R... hat zwar ausgesagt, dass bei C... ein Zuschuss von bis zu 40,00 EUR monatlich an Mitarbeiter gezahlt worden ist, die einen Vertrag mit einem Fitnessstudio vorgelegt haben. An die Anspruchsgrundlage erinnerte sie sich aber nicht. Dazu konnte sie nichts sicher sagen. Ob der Klägerin ein solcher Zuschuss zugesagt worden ist, vermochte die Zeugin ebenfalls nicht zu sagen. Denn sie hat an den Gesprächen mit der Klägerin vor Vertragsschluss nicht teilgenommen. Nach ihrer Aussage wurde sie erst mit der Ausfertigung des verhandelten Vertrags befasst.

Die Berufungskammer hält beide Zeugen für glaubwürdig. Sie haben konzentriert, sachlich und freimütig ausgesagt. Dabei haben sie deutlich gemacht, woran sie sich erinnern und woran nicht mehr. Mutmaßungen haben sie vermieden. Ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens war bei ihnen nicht erkennbar. Weder die Zeugin R..., noch der Zeuge R... arbeiten derzeit für die Beklagte.

2. Ein Anspruch auf Zahlung der vermögenswirksamen Leistungen besteht als vereinbarte Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB) für die Monate Januar 2014 bis September 2015 (a). Für die Monate Oktober und November 2015 folgt der Anspruch aus § 615 Satz 1 BGB (b). Für die Zeit von Juli 2013 bis Dezember 2013 ist der Anspruch erloschen, weil durch Zahlung erfüllt, § 362 BGB (c).

a) Für die Zeit von Januar 2014 bis September 2015 kann die Klägerin monatlich vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 40,00 EUR brutto verlangen, mithin 840,00 EUR brutto.

Die Gewährung vermögenswirksamer Leistungen kann einzelvertraglich, in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag vereinbart werden. Im

Streitfall sind die vermögenswirksamen Leistungen Teil der einzelvertraglich vereinbarten Vergütung, § 611 Absatz 1 BGB. Die Klägerin hat behauptet, C... habe ihr diese Leistung bei der Einstellung zugesagt und in der Folge auf individualrechtlicher Grundlage gezahlt. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Insbesondere hat die Beklagte nicht vorgetragen, auf welcher (anderen) Grundlage die Zahlung in der Vergangenheit erfolgt ist, etwa aufgrund einer bei C... geltenden Betriebsvereinbarung. Deshalb gilt der Vortrag der Klägerin als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO.

Die auf individualvertraglicher Ebene bei C... begründete Zahlungspflicht ist auch nicht im Zuge der Verschmelzung auf die Beklagte im Jahr 2013 durch eine andere Leistung abgelöst worden. Zwar ist die Beklagte der Auffassung, an die Stelle der vermögenswirksamen Leistungen sei die Möglichkeit des Abschlusses einer Direktversicherung getreten. Eine Ablösung der einen Leistung durch die andere ist im Interessenausgleich und seinen Anlagen aber nicht vorgesehen. Auch sonst ist keine ersetzende Regelung ersichtlich, weder auf kollektiver, noch auf individueller Ebene. Insbesondere handelt es sich bei dem Informationspaket zur Verschmelzung (Bl. 150 ff. der Akte) um keine solche Regelung, sondern lediglich um eine Unterrichtung der von der Verschmelzung betroffenen Mitarbeiter durch die Beklagte. Auf der 10. Folie wird zudem nur erwähnt, dass nach Wirksamwerden der Verschmelzung der Eintritt/Übertritt in die Direktversicherung möglich ist. Von einer Ablösung der alten C...-Regelung (Arbeitgeberzuschuss in Höhe von 40,00 EUR) ist keine Rede.

b) Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von weiteren 80,00 EUR brutto für die Monate Oktober und November 2015 folgt aus § 615 Satz 1 BGB. Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Arbeitnehmer aufgrund dieser Vorschrift für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Die Beklagte befand sich ab dem Monat Oktober 2015 in Annahmeverzug.

aa) Zwischen den Parteien bestand über den 30.09.2015 hinaus ein Arbeitsverhältnis. Da die Klägerin am 18.09.2015 dem Betriebsübergang auf die C... H... GmbH

widersprochen hatte, blieb das Arbeitsverhältnis zur Beklagten als bisheriger Betriebsinhaberin erhalten.

bb) Nimmt der Veräußerer, hier die Beklagte, nach dem Widerspruch die Arbeitsleistung nicht an, gerät er in Annahmeverzug. Zur Begründung des Annahmeverzugs bedurfte es weder eines tatsächlichen Angebots der Klägerin gemäß § 294 BGB noch eines wörtlichen Angebots gemäß § 295 BGB. Vielmehr war ein Angebot der Arbeitsleistung überhaupt nach § 296 Satz 1 BGB entbehrlich.

Die Beklagte stellte der Klägerin nach dem Betriebsübergang der B... U... C... zum Oktober 2015 keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz mehr zur Verfügung. Vielmehr stellte sie die Klägerin mit Schreiben vom 01.10.2015 von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Die Beklagte wies in dem Schreiben darauf hin, die Klägerin in der B... U... C... nicht weiter beschäftigen zu können; gleichwohl behielt sie sich vor, die Klägerin aufzufordern, im Rahmen des Know-how-Transfers bei der Übernehmerin der B... U... tätig zu werden. Von dieser Möglichkeit machte die Beklagte aber im streitbefangenen Zeitraum keinen Gebrauch.

Mit der Aufhebung der Arbeitspflicht bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis verzichtet der Arbeitgeber auf die Erbringung und das Angebot der Arbeitsleistung mit der Folge, dass er sich auch ohne tatsächliches und wörtliches Angebot der Arbeitsleistung in Annahmeverzug befindet (BAG 26.06.2013 – 5 AZR 432/12 – Rn. 18). Unabhängig von der erklärten widerruflichen Freistellung hat die Beklagte in dem Schreiben vom 01.10.2015 zum Ausdruck gebracht, dass sie die weitere Annahme der Arbeitsleistung der Klägerin zumindest vorerst ablehnt und die ihr obliegende Mitwirkungshandlung nicht vornehmen will. Damit hat die Beklagte es versäumt, zum Oktober 2015 die Arbeitsbedingungen zu schaffen, die es der Klägerin ermöglichen, die von ihr geschuldete Arbeitsleistung als Medizinprodukteberaterin zu erbringen, sei es an anderer Stelle bei der Beklagten oder bei der C... H... G... GmbH.

cc) Der Verzugslohnanspruch der Klägerin umfasst auch die vermögenswirksamen Leistungen. Die Klägerin hat nach § 615 Satz 1 BGB Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Dabei handelt es sich um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Er rich-

tet sich auf die Bruttovergütung und für seine Höhe gilt das Lohnausfallprinzip. Die Rechtslage ist mit der bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vergleichbar. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit erzielt hätte (BAG 18.09.2001 – 9 AZR 307/00 – Rn. 44; LAG Schleswig-Holstein 27.10.2011 – 4 Sa 237/11 – Rn. 34). Hätte die Klägerin weiter gearbeitet, hätte sie auch in den Monaten Oktober und November 2015 die Zuschüsse erarbeitet.

c) Für die Monate Juli bis Dezember 2013 kann die Klägerin die begehrten Zuschüsse nicht verlangen. Die Parteien haben in der Berufungsverhandlung vom 15.02.2017 unstreitig gestellt, dass die Beklagte diese Zuschüsse an die Klägerin gezahlt und damit den Anspruch erfüllt hat, § 362 BGB.

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

II. Das Arbeitsgericht hat der Klägerin die von ihr mit dem Antrag zu 2 geltend gemachte restliche Vergütung für den Monat Dezember 2015 zum ganz überwiegenden Teil zu Recht zugesprochen. Soweit sich die Beklagte mit ihrer Berufung gegen die Verurteilung zur Zahlung der Telefonkostenpauschale in Höhe von 25,56 EUR und der Garagenmiete in Höhe von 51,13 EUR wendet, ist ihr Rechtsmittel bereits unzulässig, da innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht begründet worden (s.o. A.). Im Übrigen ist die Berufung nur zu einem geringen Teil begründet.

1. Die Klägerin hat in der Berufungsverhandlung unstreitig gestellt, dass die Beklagte ihr für den Monat Dezember 2015 tatsächlich 6.290,28 EUR brutto und nicht nur 4.152,00 EUR netto gezahlt hat. Das war bei der Neufassung des Tenors zu berücksichtigen und die Beklagte allein zur Zahlung des noch offenen Bruttobetrags zu verurteilen.

2. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Vergütung für den Monat Dezember 2015 folgt aus § 615 Satz 1 BGB. Die Beklagte befand sich, wie unter B. I. 2. b) aus-

geführt, seit Oktober 2015 in Annahmeverzug. Die Verzugsvoraussetzungen lagen auch im Dezember 2015 vor.

3. Der Verzugslohnanspruch der Klägerin umfasst, wie unter B. I. 2. b) cc) ausgeführt, die vermögenswirksamen Leistungen. Die Klägerin hat also für den Monat Dezember 2015 Anspruch auf 40,00 EUR brutto, da die Beklagte ihr die vermögenswirksamen Leistungen nicht gezahlt hat.

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin auch Anspruch auf Zahlung des Provisionsvorschusses in Höhe von 1.558,57 EUR unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Der Verzugslohn umfasst die gesamte vereinbarte Vergütung. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit erzielt hätte (BAG 18.09.2001 – 9 AZR 307/00 – Rn. 44; LAG Schleswig-Holstein 27.10.2011 – 4 Sa 237/11 – Rn. 34). Dazu gehören alle Entgeltbestandteile nach § 611 BGB, somit auch Provisionen, die dem Arbeitnehmer infolge des Annahmeverzugs entgangen sind (BAG 11.08.1998 – 9 AZR 410/97 – Rn. 13). Hätte die Klägerin weiter gearbeitet, hätte sie auch im Dezember 2015 den Provisionsvorschuss erhalten. Das ergibt sich aus § 3 Abs. 2 des Anstellungsvertrags. Dort ist geregelt, dass die jährliche Provision in 12 Teilen p.a. gewährt wird. Damit sind die Vorschusszahlungen gemeint. Der Vorschuss wäre also bei Weiterarbeit zu zahlen gewesen.

Auf die Fitness-Gebühr besteht nach der Ablösung durch die Einmalzahlung kein Anspruch mehr.

4. Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 BGB.

III. Das Arbeitsgericht hat der Klägerin die von ihr mit dem Antrag zu 3 geltend gemachten Ansprüche nur zum Teil zu Recht zugesprochen. Im Einzelnen:

1. Mit dem Antrag zu 3 macht die Klägerin u.a. für den Monat Januar 2016 eine um 1.715,26 EUR brutto höhere als ihr von der Beklagten gezahlte Vergütung geltend. Die Klägerin hat in der Berufungsverhandlung unstreitig gestellt, dass die Beklagte

ihr für diesen Monat insgesamt 5.990,28 EUR brutto gezahlt hat. Das war bei der Neufassung des Tenors zu berücksichtigen.

Die Mehrforderung der Klägerin für den Monat Januar 2016 entspricht im Übrigen der für den Monat Dezember 2015 und setzt sich zusammen aus den vermögenswirksamen Leistungen (40,00 EUR), der Fitnessgebühr (40,00 EUR), dem Provisionsvorschuss (1.558,57 EUR), der Garagenmiete (51,13 EUR) und der Telefonpauschale (25,56 EUR).

Die Berufung der Beklagten ist unzulässig, soweit sich die Beklagte gegen die Verurteilung zur Zahlung der Telefonkostenpauschale in Höhe von 25,56 EUR und der Garagenmiete in Höhe von 51,13 EUR wendet. Denn die Beklagte hat ihre Berufung hinsichtlich dieser Streitgegenstände innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht begründet (s.o. A.).

Die Berufung ist begründet, soweit die Klägerin die Fitness-Gebühr (40,00 EUR brutto) verlangt. Diese steht ihr nicht (mehr) zu.

Im Übrigen ist die Berufung unbegründet, nämlich was die Verurteilung zur Zahlung der vermögenswirksamen Leistungen (40,00 EUR brutto) und des Provisionsvorschusses (1.558,57 EUR brutto) betrifft. Zur Begründung wird auf die Ausführungen für den Monat Dezember 2015 verwiesen (B. II.).

2. Mit dem Antrag zu 3 verfolgt die Klägerin außerdem Ansprüche auf Zahlung von Provisionen, Boni und Sonderprämien für das Jahr 2015. Das Arbeitsgericht hat ihr die geltend gemachten 27.273,37 EUR brutto zugesprochen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist teilweise begründet, im Übrigen unbegründet.

Im Einzelnen:

a) Für die ersten drei Quartale 2015 hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Basisumsatzprovision in Höhe von 10.890,35 EUR. Der Anspruch folgt

aus § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 3 des Anstellungsvertrags. Hinzu kommt die Basisumsatzprovision für das 4. Quartal 2015 in Höhe von 4.201,02 EUR. Der Anspruch ergibt sich aus § 615 Satz 1 BGB.

aa) Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 des Anstellungsvertrags erhält die Klägerin zusätzlich zu ihrem Jahresgehalt bei Erreichung der Umsatzziele und qualitativen Ziele eine jährliche Provision. Auf das als Jahresgehalt bezeichnete Festgehalt nach Absatz 1 entfallen 70 % des Gesamtgehalts und auf die Provision nach Absatz 2 30 %. Das ergibt sich rechnerisch aus den Beträgen im Anstellungsvertrag, der Handhabung der Parteien während des Arbeitsverhältnisses und ihrer Erklärungen im Berufungstermin. Eine Erhöhung des Jahresgehalts nach § 3 Abs. 1 Anstellungsvertrag führte danach zu einer Erhöhung der Provision nach § 3 Abs. 2 Anstellungsvertrag, wie etwa der Fall der Vergütungserhöhung für das Jahr 2006 zeigt (Anlage BB 2 = Bl. 266 der Akte).

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 4 Anstellungsvertrag gilt der jeweils gültige Provisionsplan. Das ist im vorliegenden Fall der Provisionsplan für das Jahr 2015 (Anlage CMS 4 = Bl. 198 ff. der Akte). Dieser unterscheidet zwischen Basisumsatzzielen, Projektgruppenzielen/Unternehmensziel und Projektzielen. Auch die Parteien gehen nach ihren Erklärungen im Berufungstermin von diesen Zielen aus. Auf das Umsatzziel entfallen nach dem Provisionsplan 45 % der Provisionssumme, auf Projektgruppenziele/Unternehmensziel 40 % und auf Projektziele 15 %. Je nach Zielerreichung bemisst sich der Auszahlungsgrad für Jahresziel pro Quartal und die Produktgruppenziele aufgrund einer Progressionstabelle (vgl. Bl. 196 der Akte).

Entgegen der Auffassung der Klägerin beläuft sich im streitbefangenen Jahr 2015 die Gesamtprovision, einschließlich aller Provisionsarten, auf 30 % des Gesamtgehalts. Die Basisumsatzprovision ist nur eine Provisionsart. Sie macht allein nicht 30 % des Gesamtgehalts aus. Das ergibt sich aus dem Provisionssystem 2015, das nach § 3 Absatz 2 Satz 4 des Anstellungsvertrags maßgebend ist. In dem System ist auf Seite 6 für das Jahresumsatzziel ein Anteil von 45 % an der Gesamtprovision vorgesehen. Die weiteren Provisionsarten (Produktgruppenziele / Unternehmensziele und Projektziel) machen zusammen 55 % aus. Im Jahr 2015 entspricht die Basisumsatzprovisi-

on also nicht 30 % des Gesamtgehalts. Das mag in vergangenen Jahren und auch noch im Jahr 2014 anders gewesen sein, wie die Anlage K 6 nahe legt. Deshalb musste die Zeugin R... auch nicht zu der Abrechnung in der Vergangenheit gehört werden. Denn entscheidend ist der Provisionsplan für das jeweilige Jahr, hier der für das Jahr 2015. Dieser Plan sieht eine andere Aufteilung vor.

Aus dem Anstellungsvertrag ergibt sich nichts anderes, insbesondere nicht, dass auf die Basisumsatzprovision 30 % des Gesamtgehalts entfallen. Nach § 3 Absatz 2 Satz 1 des Anstellungsvertrags ist die jährliche Provision (in Höhe von 30 % des Gesamtgehalts) „bei Erreichung der Umsatzziele und der qualitativen Ziele“ erreicht. Grundlage der 30 %-igen Provision nach § 3 Abs. 2 des Anstellungsvertrags ist somit nicht allein der Umsatz. Der Anstellungsvertrag sieht vor, dass neben dem Umsatz auch andere Ziele für die 30 %-ige Provision festgelegt werden. Der Anstellungsvertrag der Klägerin steht dem Provisionssystem 2015 demnach nicht entgegen, sondern lässt es zu. Den Anstellungsvertrag hat die Klägerin ungeachtet etwaiger anderer Versprechungen im Zuge des Einstellungsvorgangs unterschrieben.

Die Klägerin hat nicht beweisen können, dass ihr entgegen der Formulierung des Anstellungsvertrags eine 30 %-ige Umsatzprovision zugesagt worden ist, zu der weitere Provisionen hinzukommen. Der von ihr benannte Zeuge R... hat in seiner Vernehmung eine solche Abrede oder Zusage nicht bestätigt. Er hat ausgesagt, dass die Klägerin einen Standardvertrag erhalten hat. Dieser Vertrag beinhaltete die übliche Splittung 70/30. Wie sich die 30 %-ige variable Vergütung verteilt, ist nach Aussage des Zeugen in Jahreszielgesprächen festgelegt worden, wobei sich die 30 % auf verschiedene Zielbereiche verteilen. Die Umsatzkomponente nahm also nicht zwingend die vollen 30 % ein. Hinzu konnten Komponenten wie Projektziele und Projektgruppenziele oder auch andere Komponenten kommen. Nach Aussage des Zeugen waren nur sog. Incentive-Boni nicht von den 30 % erfasst, konnten also hinzu kommen. Die Berufungskammer hält den Zeugen R... aus den oben genannten Gründen für glaubwürdig. Seine Aussage ist glaubhaft, denn er hat die Einstellungsgespräche mit der Klägerin geführt.

Basis für die Berechnung der Provision ist das von der Klägerin erzielte Grundgehalt. Das sind die monatlich gezahlten Basisbezüge und das 13. Gehalt. Das folgt aus § 3

Abs. 1 des Anstellungsvertrags, der von dem in 13 Anteilen zu zahlenden Jahresgehalt ausgeht. Dieses Gehalt macht 70 % des Gesamtgehalts aus. Nach ihm bestimmt sich die Höhe der erzielbaren Provision. Sie macht 30 % des Gesamtgehalts aus.

Maßgebend für die Provisionsberechnung für das Jahr 2015 ist das von der Klägerin im Jahr 2013 erzielte Grundgehalt. Das folgt aus dem Provisionsplan. Im Jahr 2014 war das Grundgehalt 2013 zugrunde gelegt worden, wie Seite 2 des Provisionssystems für das Jahr 2014 zu entnehmen ist. Für das Jahr 2015 ist kein anderes Grundgehalt als Basis vereinbart worden, so dass es auch für 2015 zugrunde zu legen ist. Der Betriebsrat hat beiden Provisionssystemen zugestimmt.

Das Grundgehalt der Klägerin belief sich im Jahr 2013 auf 67.025,00 EUR brutto. Die Klägerin konnte bei 100 %-iger Zielerreichung somit eine Provision in Höhe von 28.725,00 EUR brutto erreichen (Gesamtgehalt 95.750,00 EUR, davon 70 % Grundgehalt 67.025,00 EUR und 30 % Provision 28.725,00 EUR), nicht etwa die von der Beklagten angenommenen 28.007,84 EUR.

bb) Auf Grundlage des Anstellungsvertrags und des Provisionsplans für das Jahr 2015 ergeben sich folgende Ansprüche auf Umsatzprovision in Höhe von insgesamt 15.091,37 EUR:

(1) 1. Quartal

Die Klägerin erreichte bei einem Umsatzziel von 462.133,00 EUR einen Umsatz von 428.777,00 EUR und damit einen Zielerreichungsgrad von 92,8 %. Nach der Progressionstabelle ergibt sich ein Ausschüttungsgrad von 47 %. Bei einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 45 % (= 3.231,56 EUR) an der Gesamtprovision und einem Ausschüttungsgrad von 47 % errechnet sich eine Basisumsatzprovision in Höhe von.

(2) 2. Quartal

Die Klägerin erreichte bei einem Umsatzziel von 453.036,00 EUR einen Umsatz von 484.291,00 EUR und damit einen Zielerreichungsgrad von 106,9 %. Nach der Progressionstabelle ergibt sich ein Ausschüttungsgrad von 170 %. Bei einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 45 % (= 3.231,56 EUR) an der Gesamtprovision und einem Ausschüttungsgrad von 170 % errechnet sich eine Basisumsatzprovision in Höhe von 5.493,65 EUR.

(3) 3. Quartal

Die Klägerin erreichte bei einem Umsatzziel von 429.384,00 EUR einen Umsatz von 439.486,00 EUR und damit einen Zielerreichungsgrad von 102,4 %. Nach der Progressionstabelle ergibt sich ein Ausschüttungsgrad von 120 %. Bei einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 45 % (= 3.231,56 EUR) an der Gesamtprovision und einem Ausschüttungsgrad von 120 % errechnet sich eine Basisumsatzprovision in Höhe von 3.877,87 EUR.

(4) 4. Quartal

(a) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin auch für das 4. Quartal 2015 Anspruch auf Zahlung der Umsatzprovision, und zwar unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs, § 615 Satz 1 BGB.

Der Verzugslohn umfasst die gesamte vereinbarte Vergütung. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit erzielt hätte (BAG 18.09.2001 – 9 AZR 307/00 – Rn. 44; LAG Schleswig-Holstein 27.10.2011 – 4 Sa 237/11 – Rn. 34). Dazu gehören alle Entgeltbestandteile nach § 611 BGB, somit auch Provisionen, die dem Arbeitnehmer infolge des Annahmeverzugs entgangen sind (BAG 11.08.1998 – 9 AZR 410/97 – Rn. 13). Haben die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart, wie der Verdienstaufschlag zu berechnen ist, so ist dessen Höhe nach § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen. Mangelt es bei schwankender Vergütung an hinreichend konkreten Vereinbarungen oder festen Anhaltspunkten für die Frage des mutmaßlich erzielten Entgelts, so ist ausgehend von diesem Rechtsgedanken das Tatsachengericht zur Schätzung befugt. Dabei kann die von dem Arbeitnehmer bis zum Eintritt des Annahmeverzugs erzielte Vergütung einen Anhaltspunkt liefern (BAG 18.09.2001 – 9 AZR 307/00 – Rn. 44).

(b) In Anwendung dieser Grundsätze ist die Zielerreichung der Klägerin in den ersten drei Quartalen des Jahres 2015 sowie im 4. Quartal 2014 der vorzunehmenden Schätzung zugrunde zu legen. In den ersten drei Quartalen des Jahres 2015 schwankte die Quote zwischen 92,8 und 106,9 %. Im 4. Quartal 2014 lag sie bei 103 %. Da die Beklagte einräumt, dass das Provisionssystem 2015 erst nach dem ersten Quartal des Jahres vorlag, kommt der Zielerreichung im 4. Quartal 2014 besonderes Gewicht zu. Da auch die Ergebnisse der ersten drei Quartale des Jahres 2015 im Mittel in der Nähe der Quote von 103 % liegen, ist diese zugrunde zu legen. Es fehlen Anhaltspunkte im Vortrag der Beklagten dazu, warum die Klägerin bei Weiterarbeit im 4. Quartal 2015 geringere Umsätze als im Betrachtungszeitraum erzielt hätte.

(c) Bei einem Umsatzziel von 429.384,00 EUR und einem geschätzten Zielerreichungsgrad von 103 % ergibt sich nach der Progressionstabelle ein Ausschüttungsgrad von 130 %. Bei einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 45 % (= 3.231,56 EUR) an der Gesamtprovision und einem Ausschüttungsgrad von 130 % errechnet sich eine Basisumsatzprovision in Höhe von 4.201,02 EUR.

c) Der Klägerin stehen folgende weitere Provisionsansprüche zu:

aa) Provision für die Erreichung von Projektzielen kann die Klägerin in Höhe von 3.113,04 EUR beanspruchen:

Bei einer Zielerreichung im 1. Quartal von 67 %, einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 15 % (= 1.077,18 EUR) an der Gesamtprovision errechnet sich eine Provision in Höhe von 721,71 EUR.

Bei einer Zielerreichung im 2. Quartal von 50 %, einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 15 % (= 1.077,18 EUR) an der Gesamtprovision errechnet sich eine Provision in Höhe von 538,59 EUR.

Bei einer Zielerreichung im 3. Quartal von 100 %, einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 15 % (= 1.077,18 EUR) beträgt die Provision 1.077,18 EUR.

Für das 4. Quartal 2015 ist nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze eine Schätzung vorzunehmen. Die Klägerin hat im Jahr 2015 durchschnittlich 72 % der Projektziele erreicht. Bei einer Quartalsprovision von 7.181,25 EUR, einem Anteil von 15 % (= 1.077,18 EUR) ergibt sich somit eine Provision von 775,56 EUR.

bb) Außerdem hat die Klägerin Anspruch auf sog. LE-Provision. Diese beläuft sich nach dem Vortrag der Beklagten für die beiden ersten Quartale 2015 auf insgesamt 2.801,00 EUR und für das 3. Quartal 2015 auf 1.540,00 EUR. Diesen Vortrag hat sich die Klägerin hilfsweise zu Eigen gemacht.

Für das 4. Quartal 2015 ist nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze eine Schätzung vorzunehmen. Die Klägerin hat in den ersten drei Quartalen des Jahres annähernd gleich hohe LE-Provisionen erarbeitet. Sie lagen durchschnittlich bei 1.447,00 EUR. Dieser Betrag ist im Wege der Schätzung für das 4. Quartal anzusetzen.

Insgesamt beläuft sich der Anspruch auf LE-Provision für das Jahr 2015 auf 5.788,00 EUR.

cc) Schließlich kann die Klägerin einen sog. Jahresendbonus Basisumsatz verlangen. Dieser beläuft sich nach dem Vortrag der Beklagten für die ersten drei Quartale 2015 auf 4.201,00 EUR. Diesen Vortrag hat die Klägerin übernommen.

Für das 4. Quartal 2015 ist nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze eine Schätzung vorzunehmen. Ausgehend von dem in den ersten drei Quartalen des Jahres erzielten Jahresendbonus ist davon auszugehen, dass die Klägerin im 4. Quartal einen entsprechend hohen Bonus erarbeitet hätte, also 1.400,33 EUR. Dieser Betrag ist im Wege der Schätzung für das 4. Quartal anzusetzen.

Insgesamt beläuft sich der Anspruch auf den Jahresbonus für das Jahr 2015 auf 5.601,33 EUR.

d) Auf die Provisionsansprüche der Klägerin für das Jahr 2015 in Höhe von insgesamt 29.593,74 EUR hat die Beklagte unstreitig mit der Quartalsabrechnung April 2015 einen Betrag von 3.659,82 EUR gezahlt und mit der Quartalsabrechnung Oktober 2015 weitere 4.663,54 EUR. Außerdem hat die Beklagte der Klägerin in den Monaten Januar bis November 2015 jeweils 1.558,57 EUR als Provisionsvorschuss gezahlt. Für die Anspruchsberechnung ist hinzuzurechnen der für den Monat Dezember 2015 zugesprochene Vorschuss in Höhe von 1.558,57 EUR. Dieser Vorschuss ist im Antrag zu 2 enthalten und der Klägerin vom Arbeitsgericht zu Recht zugesprochen worden (s.o. B. II. 3).

Damit sind mit dem Provisionsanspruch der Klägerin für das Jahr 2015 in Höhe von 29.593,74 EUR insgesamt 19.020,94 EUR zu verrechnen. Es verbleibt ein Anspruch in Höhe von 10.572,80 EUR.

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

C. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 97 ZPO.

Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht. Der Entscheidung liegen die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Rechtsgrundsätze zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs sowie zur Höhe des Verzugslohns bei schwankender Vergütung zugrunde.

gez. ... gez. ... gez. ...

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 229/16
4 Ca 332 b/16 ArbG Neumünster



Beschluss

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein am 03.01.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer **b e s c h l o s s e n :**

Auf den Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten vom 05.10.2017 wird der Tatbestand des Urteils vom 30.08.2017 auf Seite 4 in Satz 2 des vorletzten Absatzes wie folgt berichtigt:

Das Wort „zuletzt“ wird durch das Wort „zunächst“ ersetzt und das Wort „im“ durch das Wort „ist“.

Gründe:

Der Tatbestand des Urteils ist bezogen auf den Streitgegenstand der Klage zwar nicht unrichtig. Denn für die Entscheidung über die streitgegenständlichen Ansprüche bedurfte es nur der Feststellung, dass die Beklagte den Prämienvorschuss bis November 2015 gezahlt hat („zuletzt“) und (danach) im streitbefangenen Zeitraum (bis Januar 2016) nicht mehr. Die Parteien stritten darüber, ob der Vorschuss im Dezember 2015 und Januar 2016 zu zahlen war.

Auch wenn für das streitige Verfahren irrelevant, trifft es zu, dass die Beklagte ab Juli 2016 die Vorschüsse wieder gezahlt hat. Zur Vermeidung von Dunkelheiten ist der Tatbestand deshalb berichtigt worden. Durch die Berichtigung wird dem Eindruck entgegengewirkt, die Beklagte habe nach November 2015 keine Prämienvorschüsse mehr an die Klägerin gezahlt.

Gegen diesen Beschluss ist ein Rechtsmittel nicht gegeben (§ 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO).

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 229/16

4 Ca 332 b/16 ArbG Neumünster



Beschluss

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein am 03.01.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter... als Beisitzer **b e s c h l o s s e n :**

Auf den Tatbestandsberichtigungsantrag der Klägerin vom 06.10.2017 wird im Tatbestand des Urteils vom 30.08.2017 auf Seite 13 der in der fünften Zeile beginnende Satz durch folgenden Satz ersetzt:

„Für das I. Quartal 2015 habe die Beklagte wegen interner Verzögerungen nicht den tatsächlich erzielten Umsatz zugrunde gelegt. Vielmehr habe sie die Außendienstmitarbeiter so gestellt, als wären in diesem Quartal 100 % des Umsatzzieles erreicht.“

Der weitergehende Tatbestandsberichtigungsantrag wird zurückgewiesen.

Gründe:

Auf den Tatbestandsberichtigungsantrag der Klägerin vom 06.10.2017 ist der Tatbestand des Urteils vom 30.08.2017 wie aus dem Tenor ersichtlich zu berichtigen.

1. Der Tatbestand des Urteils war insoweit unrichtig, als der Eindruck erweckt wurde, die Klägerin habe im zweiten Rechtszug vorgetragen, die Beklagte habe für das I. Quartal 2015 einen Umsatz von 428.777,00 EUR zugrunde gelegt und die Außendienstmitarbeiter damit so gestellt, als wären 100 % des Umsatzziels erreicht. Dieser Schluss lag zwar nahe, denn auf Seite 8 der Berufungserwiderung erwähnt die Klägerin diesen Betrag im ersten Satz unter Ziffer 4. Im folgenden Satz trägt die Klägerin dann aber vor, dass die Beklagte aufgrund interner Verzögerungen die Klägerin und alle anderen betroffenen Außendienstmitarbeiter bezüglich des Quartalsumsatzes des I. Quartals des Jahres 2015 so gestellt hat, als hätten diese das Quartalsziel mit 100 % der Umsatzziele erreicht. Das ist richtig zu stellen.

Wie das Umsatzziel konkret aussah, hat die Klägerin im zweiten Rechtszug in keinem ihrer Schriftsätze vorgetragen. Der von ihr im ersten Rechtszug genannte Betrag konnte nicht ohne Weiteres in die Darstellung des zweitinstanzlichen Vorbringens aufgenommen werden, zumal die Klägerin, wie erwähnt, dort einen anderen Betrag genannt hat.

2. Da die Klägerin sich nicht ausdrücklich zu der Frage erklärt hat, ob sie ihren Tatbestandsberichtigungsantrag hinsichtlich des Antrags zu 2. weiterverfolgt, wird dieser hiermit als unbegründet zurückgewiesen. Die Klägerin kann nicht verlangen, dass der Satz „Bei den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen für das Jahr 2015 handele es sich um ein nicht genehmigtes und tatsächlich nicht durchgeführtes Abrechnungssystem“ auf Seite 12 des Urteils in die Darstellung ihres im zweiten Rechtszug streitigen Vortrags aufgenommen wird. Damit begehrt die Klägerin keine Korrektur einer Unrichtigkeit. Vielmehr wünscht sie eine Ergänzung ihres (streitigen) Sachvortrags im Tatbestand. Darauf hat sie aus § 320 ZPO keinen Anspruch. Auf die Frage, ob das Abrechnungssystem für 2015 rechtzeitig erstellt worden ist, stellt die Entscheidung zudem gar nicht ab.

Gegen diesen Beschluss ist ein Rechtsmittel nicht gegeben (§ 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO).