

4 Sa 240/23
22 Ca 7334/22
(ArbG München)

Verkündet am: 29.09.2023

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.
C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

D.
D-Straße, C-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2023 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Dickerhof-Borello und die ehrenamtlichen Richter Dr. Topp und Schneid

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 12.04.2023, Az: 22 Ca 7334/22, wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**

- II. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche für die Zeit vom 29.03.2022 bis 31.05.2022.

Der Kläger war bei der Beklagten, die ausschließlich mit dem Vertrieb der von der Muttergesellschaft D. hergestellten Lastkraftwagen und Bussen in Deutschland befasst ist, seit 01.10.2015 als Beauftragter Verkauf tätig. Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag vom 16.08.2016 (in Anlage S&P1 zum klägerischen Schriftsatz vom 22.08.2022, Bl. 10 ff. d.A.) bestand die Tätigkeit des Klägers im Verkauf „von fabrikneuen Lastkraftwagen (einschließlich Vorführfahrzeuge) unseres jeweiligen Programms“ (Ziff. 1.1.), „insbesondere in der stetigen Akquisition, im Hereinholen von möglichst vielen Bestellungen zu bestmöglichen Erlösen sowie in der laufenden Berichterstattung, insbesondere auch für Zwecke einer stets aktuellen Kunden – und Interessentendatei...“ (Ziff. 1.2.). Die Vergütung des Klägers setzte sich gemäß Ziffer 3 des Arbeitsvertrags zusammen aus einem Fixum in Höhe von € 770,00 brutto monatlich (Ziff. 3.2.), Provisionen für abgeschlos-

sene und zur Ausführung gekommene Geschäfte des Verkaufs von fabrikneuen Lastkraftwagen oder Vorführfahrzeugen, der Vermietung von Fahrzeugen und des Verkaufs von Dienstleistungen (z.B. Wartungs- oder Mietverträgen oder Finanzierungsdienstleistungen) (Ziff.3.3.), Provisionsausgleich für in Ziffer 3.5. geregelte Fälle der Entgeltfortzahlung trotz unterbliebener Leistung sowie die Stellung eines Firmenfahrzeugs und Diensttelefons.

Für die Provisionszahlung existierte eine Gesamtbetriebsvereinbarung zur *Provisionsregelung für LKW-Neuwagen* vom 10.11.2021 (in Anlage B9 zum Beklagtenschriftsatz vom 21.03.2023, Bl. 160 ff.d.A.; im Weiteren: GBV). Danach musste das jährliche Gesamteinkommen dem eines Arbeitnehmers entsprechen, der nach der als Referenz herangezogenen tariflichen Vergütungsgruppe entlohnt wurde, aber keine Provision erhielt. Selbes galt für das monatliche Einkommen, wozu ggf. ein Vorschuss gezahlt werden sollte. Ein zum Jahresende negatives Provisionskonto eines Verkäufers sollte nicht auf Null gesetzt werden. Im April eines Folgejahres sollte dann die Zahlung des Vorjahres jedenfalls das 13,2-fache des tariflichen Monatsbetrags erreichen; eine negative Differenz sollte durch zusätzlich Zahlung ausgeglichen werden. 2022 betrug das maßgebliche Referenzgehalt € 61.947,60 im Jahr bzw. € 4.693,00 im Monat.

Im Zeitraum vom 01.04.2021 bis 31.03.2022 erhielt der Kläger Provisionszahlungen in Höhe von insgesamt € 111.124,39 brutto; hinsichtlich der einzelnen Monatsbeträge wird auf die entsprechende Aufstellung auf Seite 4 der Klageschrift vom 22.08.2022 (Bl. 4 d.A.) Bezug genommen. Der Vorlauf zwischen dem Abschluss eines Geschäfts und der Abrechnung der Provision betrug regelmäßig mehrere Monate.

Mit Email vom 28.03.2022 (in Anlage B1 zum Beklagtenschriftsatz vom 09.11.2022, Bl. 75 d.A.) teilte die D. der Beklagten mit, dass sie angesichts der durch den Ukrainekrieg ausgelösten Lieferengpässe bei Kabelbäumen über mehrere Wochen hinweg Produktionsausfälle erwarte und deshalb entschieden habe, bis auf weiteres keine neuen Aufträge anzunehmen. Sie forderte ihre Vertriebspartner insbesondere zu einer aktiven Bearbeitung des Auftragsbestandes auf: Kunden sollten kontaktiert werden, um Aufträge zu verschieben und Alternativen zu diskutieren.

- 4 -

Mit E-Mail vom 29.03.2022 (in Anlage S&P 02 zum klägerischen Schriftsatz vom 22.08.2022, Bl. 20 d.A.) teilte der Leiter Verkauf Truck Sales Area Central Herr Z. daraufhin allen Verkäufern mit, dass die Beklagte beschlossen habe, bis auf Weiteres keine Aufträge mehr an- und keine Auftragseröffnungen mehr vorzunehmen. Der Fokus müsse wegen der fehlenden Lieferung von Kabelbäumen aus der Ukraine auf dem aktuellen Auftragsbestand und den bestehenden Kundenbeziehungen liegen: Man müsse sich darauf konzentrieren, mit den Kunden ins Gespräch zu gehen, um die Aufträge umzuplanen und mögliche Alternativen zu besprechen.

Nach den in einer Telefonkonferenz der Verkaufsmitarbeiterinnen und –Mitarbeiter am 01.04.2022 (deren Zusammenfassung in Anlage B6 zum Beklagtenschriftsatz vom 09.11.2022, Bl. 100 ff.d.A.) gemachten Vorgaben konnten die Verkäufer – mit Ausnahme derer, die Kommunen betreuten und grundsätzlich weiter an Ausschreibungen teilnehmen durften - in der Zeit vom 29.03.2022 bis 23.05.2022 nur bei Stornierung verbindlicher Verträge über Sattelzugmaschinen im Tausch ein Standardfahrzeug verkaufen, wobei aufgrund einer Abrede mit dem Gesamtbetriebsrat ab 06.05.2022 für jede Stornierung eine Aktionsprämie von € 200,00 gezahlt wurde. Ab 24.05.2022 war der Verkauf aus einer eingeschränkten Palette von Standardfahrzeugen ohne zeitgleiche Stornierung möglich. Außerdem waren Abschlüsse mit offenem Lieferdatum und einer Preisanpassungsklausel möglich.

Zwischen der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat wurde über einen Ausgleich für die im Verkauf Tätigen gesprochen; anderes als die Festsetzung der Stornoaktionsprämie wurde nicht abgesprochen.

In der Zeit zwischen April und September 2022 erhielt der Kläger unter Berücksichtigung von sechs Tagen Urlaub folgende Provisionszahlungen:

April	€ 8.151,16
Mai	€ 12.288,42
Juni	€ 9.701,73
Juli	€ 5.330,97
August	€ 11.523,58
September	€ 9.457,54

Mit seiner am 22.08.2022 beim Arbeitsgericht München eingegangenen Klage macht er weitere Vergütungsansprüche für die Zeit zwischen 29.03.2022 und 31.05.2022 wegen Ausfalls mit Provisions- und Provisionsausfallzahlungen geltend. Dafür hafte die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Betriebsrisikos.

Erstinstanzlich hat er dazu gemeint, die Beklagte habe ihm mit ihrer Email vom 29.03.2022 die Verkaufstätigkeit untersagt. Damit habe sie die vertragsmäßige Leistung durch ihn abgelehnt und sich daher im Annahmeverzug befunden. Die Situation ähnele der vom Bundesarbeitsgericht (am 11.08.1998, 9 AZR 410/97) entschiedenen, in der der Arbeitgeber die Produktion stillgelegt habe und damit die Leistung der Verkäufer unmöglich gemacht habe. Das Risiko von Ausfällen wegen des Kriegs trage die Beklagte unabhängig davon, ob sie die zu verkaufenden Waren selbst produziere oder nur vertreibe. Eine Abwälzung dieses Risikos auf ihre Arbeitnehmer sei unzulässig, weil es sich dabei nicht um marktübliche Schwankungen handle, sondern wesentliche Verdienstmöglichkeiten genommen seien.

Er selbst sei dadurch gehindert gewesen, Provisionen durch Fahrzeugverkäufe zu verdienen. Ohne Provisionen aber erhalte er eine sittenwidrig geringe Vergütung. Eine Beschränkung der Tätigkeit auf Kundenpflege sei daher nicht zulässig; die Beklagte habe ihm ab 29.03.2022 keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt. Es werde vorsorglich bestritten, dass der Betriebsrat einer derart geänderten Tätigkeit des Klägers überhaupt zugestimmt habe.

Hinsichtlich der Höhe seines Anspruchs ist der Kläger im Ergebnis der Meinung gewesen, für 55 Kalendertage (unter Berücksichtigung von Urlaub und Feiertagen) Anspruch auf eine Provision aus dem Durchschnitt der letzten Monate zu haben (€ 308,68 brutto/Tag). Die Zahlungen aus den Monaten April bis September 2022 seien als Provisionen sehr viel früherer Verkäufe irrelevant.

Vor dem Arbeitsgericht hat der Kläger daher beantragt:

- 6 -

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von € 16.977,34 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem üblichen Basiszinsatz aus € 926,04 seit dem 01.04.2022, aus € 7.099,64 seit dem 02.05.2022 und aus € 8.951,72 seit dem 01.06.2022 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, es liege kein Annahmeverzug vor. Die Verkaufsmitarbeiter hätten weiter ihrer Verkaufstätigkeit nachgehen können; namentlich seien sie durch die E-Mail vom 29.03.2022 nicht freigestellt, sondern zu verschiedenen Maßnahmen gegenüber den Kunden und damit gerade im Gegenteil zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung angehalten worden. Es hätten Kundengespräche geführt und Angebote unterbreitet werden können, jedoch ausschließlich mit dem Hinweis, dass Liefertermine nicht fixiert und die Preise anpassungsfähig gehalten würden. Zudem habe die Möglichkeit der allgemeinen Kundenpflege, des Verkaufs digitaler Dienste und Wartungsverträge, der Nachverhandlung bestehender Verträge, der Komplettierung von Finanzierungsunterlagen, der Pflege des Customer-Relations-Management-Systems sowie der Einholung von Produktinformationen und von Informationen über eMobility bestanden. Die – zeitlich beschränkt eingeschränkte - Aufgabenzuweisung bewege sich innerhalb des arbeitsvertraglichen Leistungsversprechens und habe angesichts der kriegsbedingten besonderen Umstände billigem Ermessen entsprochen. Deshalb komme allenfalls ein Schadenersatzanspruch in Frage, nicht aber ein solcher wegen Annahmeverzugs.

Eine solche Haftung sei ohnehin abgedungen durch die konkrete Vergütungsstruktur, die Provisionen nur für verkaufte und tatsächlich gelieferte Fahrzeuge und einen Ausgleich für Einbußen in Ziff. 3.5. des Arbeitsvertrags nur in den dort festgelegten Fällen – etwa bei Freistellung - vorsehe, zugleich aber mit der Garantievergütung aus der GBV einen Sicherheitsstandard biete.

Zu berücksichtigen sei im konkreten Fall, dass mit Nachholeffekten zu rechnen gewesen sei: die in den zwei Monaten nicht zustandegekommenen Geschäfte seien auf später verschoben und dann abgeschlossen worden. Tatsächlich zeige sich dies in der Entwicklung der Verkäufe der Beklagten im Jahr 2022, die im Juli und August einen deutlichen Peak erreicht habe (zu den genauen Zahlen vgl. die Ausführungen im Schriftsatz der Beklagten vom 15.03.2023, dort S. 4, Bl. 144). Die Konzentration auf die Kundenpflege in dem fraglichen Zeitraum habe dieser Wendung gedient und sie ermöglicht.

Mit Endurteil vom 12.04.2023, auf das hinsichtlich seiner Sachverhaltsdarstellung und Rechtsausführungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht München unter dem Aktenzeichen 22 Ca 7334/22 die Klage abgewiesen. Der geltend gemachte Anspruch bestehe nicht, namentlich nicht wegen Annahmeverzugs. Vorliegend handle es sich nicht um eine Stilllegung der Unternehmung durch die Beklagte; vielmehr habe diese dem Kläger Tätigkeiten zugewiesen. Damit habe sie sich im Rahmen billigen Ermessens gehalten: Zwar sei durch den Verkaufsstopp in den Kernbereich der Verkaufstätigkeit eingegriffen; die Kundenpflege sei jedoch Teil der geschuldeten Tätigkeit, die Beschränkung darauf ihrerseits nur zeitlich beschränkt, danach wieder freier Verkauf möglich. Einen Anspruch aber auf die Verfügbarkeit eines bestimmten Sortiments durch die Beklagte habe der Kläger nicht.

Im Rahmen der Beurteilung der Billigkeit des Ermessens sei berücksichtigt, dass die Beschränkung des Klägers sich auf eine zeitlich nicht erhebliche Spanne von sechs Wochen in einer schwierigen Lage der Beklagten angesichts des Ukrainekriegs beschränkt und das Ziel gehabt habe, die Kunden durch die unterbliebene Lieferung nicht zu verkrätzen. Gerade dieser Kundenkontakt sei für die Generierung späterer Aufträge und damit auch im Interesse des Klägers gewesen. Tatsächlich sei ein Nachholeffekt zu erwarten gewesen. Wenn diese späteren Aufträge unterblieben wären, könne allenfalls daraus ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte erwachsen. Bei alledem sei der Kläger nicht auf das niedrige Fixum beschränkt gewesen, sondern durch die GBV mit einer Garantievergütung abgesichert.

Gegen diese ihm am 26.04.2023 zugestellte Entscheidung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 15.05.2023, am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, Berufung eingelegt, die er mit solchem vom 20.07.2023, am selben Tag eingegangen, innerhalb der bis 27.07.2023 verlängerten Frist begründet hat.

Er rügt darin falsche rechtliche Wertung durch das Erstgericht, das Teile seines Vortrags nicht zur Kenntnis genommen habe.

Der Auftragsstopp, den die Beklagte am 29.03.2022 verhängt habe, entspreche einer Betriebsstilllegung und diese begründe wiederum nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in der zitierten Entscheidung Annahmeverzug, was das BAG nicht an einer Dauerhaftigkeit festmache.

Fehlerhaft sei das Erstgericht weiter davon ausgegangen, dass die dem Kläger zugewiesene Tätigkeit die geschuldete sei: der Kernbereich seines Aufgabenbereichs sei die Akquise von Bestellungen. Die Beschränkung auf Begleittätigkeiten greife darein ein und sei nicht vom Direktionsrecht gedeckt, das im Rahmen des vertraglich festgelegten Umfangs konkretisierend wirken, nicht aber den Umfang einschränken dürfe. Zudem stelle sich die Zuweisung allein von Nebentätigkeiten als Zuweisung niederwertiger Arbeit dar und sei auch deshalb ermessensfehlerhaft.

Dass es sich um einen zahlungspflichtigen Annahmeverzug handle, ergebe sich auch aus Ziff. 3.5. des Arbeitsvertrags. Wenn dort ein Ausgleich selbst für tageweisen Ausfall gezahlt werde, so gelte dies erst recht bei einem monatelangen wie dem vorliegenden. Die zeitliche Beschränkung des Annahmeverzugs – hier sechs Wochen – schließe den Annahmeverzug selbst nicht aus.

Jedenfalls halte sich die Beklagte mit ihrer Entscheidung nicht im Rahmen billigen Ermessens: Der Zeitraum vom 29.03. bis 31.05. sei erheblich, zumal am 29.03. nicht absehbar gewesen sei, wie lange das Verbot stehen bleibe.

Nachholeffekte seien nicht eingetreten, zumal ab 24.05. nur Standardfahrzeuge zur Verfügung gestanden seien. Ein Hinweis des Erstgerichts, auf die Nachholung zu rekurrieren, sei unterblieben.

Ohne Beachtung sei geblieben, dass der Kläger – anders als solche Arbeitnehmer, die neben einem hohen Fixum einen geringeren Provisionsanteil erhielten - für diesen Zeitraum Arbeit fast ohne Gegenleistung zu leisten gehabt habe, weil ein Provisionsanteil nicht zu gewinnen und ein Ausgleich dafür nicht vorgesehen gewesen sei. Fehlerhaft gehe das Gericht von einer Monatsgarantie aus: nach der GBV stelle diese allein einen Vorschuss auf künftig zu generierende Provisionsansprüche dar. Zudem diene die GBV dem Schutz der Arbeitnehmer vor schlechtem Geschäft, nicht dazu, Annahmeverzugsansprüche abzubedingen.

Völlig unbeachtet habe das Gericht schließlich die gesetzliche Wertung des § 615 S. 3 BGB zum Betriebsrisiko gelassen: ein Fall höherer Gewalt wie ein Krieg gehe auf Kosten des Arbeitgebers.

Die Ungleichbehandlung mit den Verkäufern an Kommunen, die weiterhin Verkäufe hätten vornehmen dürfen, zeigt, dass die Beklagte Spielraum gehabt habe.

Schließlich fehle es an der notwendigen Mitbestimmung des Betriebsrats, wenn hier die Vergütungsstruktur massiv verändert (§ 87 Nr. 10 BetrVG) und er auf eine andere Stelle versetzt worden sei (§ 99 BetrVG).

Der Kläger beantragt daher zu erkennen:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 12.04.2023, Aktenzeichen 22 Ca 7334/22, wird aufgehoben.**
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von € 16.977,34 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem üblichen Basiszinssatz aus € 926,04 seit dem 01.04.2022, aus € 7.099,64 seit dem 02.05.2022 und aus € 8.951,72 seit dem 01.06.2022 zu zahlen.**

Die Beklagte beantragt

Zurückweisung der Berufung.

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung als zutreffend und ergänzt unter Berufung auf ihren erstinstanzlichen Vortrag zum einen, dass Nachverhandlungen über Verträge mit Kommunen durch Ausschreibungsrecht ausgeschlossen seien, zum anderen, dass der Einsatz des Klägers als Verkäufer bei den Kunden für das Überleben der Beklagten grundlegend notwendig gewesen sei.

Wegen weiterer Einzelheiten zum Sachvortrag der Parteien wie ihrer Rechtsansichten wird ergänzend auf ihr schriftsätzliches Vorbringen nebst Anlagen, namentlich die Schriftsätze des Klägers vom 22.08.2022 (Bl. 1 ff.d.A.), 16.12.2022 (Bl. 116 ff.d.A.) und 21.02.2023 (Bl. 133 ff.d.A.) erst- und vom 15.05.2023 (Bl. 192 ff.d.A.), 26.06.2023 (Bl. 210 ff.d.A.), 20.07.2023 (Bl.215 ff.d.A.), 20.09.2023 (Bl. 260 ff.d.A.) und 21.09.2023 (Bl. 266 ff.d.A.) zweitinstanzlich, die der Beklagten vom 01.09.2022 (Bl. 67 ff.d.A.), 15.03.2023 (Bl. 141 ff.d.A.) und 21.03.2023 (Bl. 151 ff.d.A.) vor dem Arbeits- und vom 18.09.2023 (Bl. 253 ff.d.A.) vor dem Landesarbeitsgericht sowie auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 21.09.2022, 23.03.2023 und 12.04.2023 (Bl. 65 f., 172 ff. bzw. 175 ff.d.A.) vor dem Erst- und vom 29.09.2023 (Bl. 271 ff.d.A.) vor dem Berufungsgericht, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

I.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere entspricht sie der in § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG i. V. m. §§ 519, 520 ZPO vorgeschriebenen Form und ist innerhalb der Monatsfrist des § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG mit Schriftsatz vom 15.05.2023 eingereicht und mit solchem vom 20.07.2023 innerhalb der bis 27.07.2023 verlängerten Frist begründet worden (§ 66 Abs. 1 S. 2 und 5 ArbGG). Die Einlegungsfrist lief angesichts der Zustellung der angegriffenen

Entscheidung am 26.04.2023 nach §§ 222 ZPO, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 26.05.2023 ab.

II.

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend hat das Arbeitsgericht mit sorgsamer Begründung, die sich die Berufungskammer ausdrücklich zu eigen macht (§ 69 Abs. 2 ArbGG), die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 615 BGB.

1. Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt, für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.

Der Arbeitgeber gerät nach Maßgabe der §§ 293 ff. BGB dann in Annahmeverzug, wenn er die Arbeitsleistung ablehnt, indem er den Arbeitnehmer von der Pflicht zu Arbeitsleistung freistellt, aber auch dann, wenn er eine für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, insbesondere dem Arbeitnehmer keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt. Es obliegt dem Arbeitgeber, die Arbeitsbedingungen zu schaffen, die es dem Arbeitnehmer ermöglichen, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Gehört es zu den arbeitsvertraglich vereinbarten Aufgaben des Arbeitnehmers, die vom Arbeitgeber produzierten Waren zu verkaufen, hat der Arbeitgeber für entsprechende Verkaufsmöglichkeiten zu sorgen (BAG v. 11.08.1998, 9 AZR 410/97 Rn. 11- *zitiert nach juris*).

Gemäß § 615 S. 3 BGB gilt entsprechendes in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt (sog. Betriebsrisiko).

2. Unter Anwendung der dargestellten Grundsätze liegt kein Annahmeverzug der Beklagten vor.

a. Die Beklagte hat die Leistung des Klägers nicht abgelehnt noch ihn von der Pflicht zur Leistung freigestellt.

Mit ihrer Email vom 29.03.2022 hat die Beklagte entgegen dem klägerischen Verständnis nicht angekündigt, die Tätigkeit des Klägers nicht anzunehmen. Im Gegenteil wies sie ihm zu diesem Zeitpunkt wie in der Folgezeit, etwa im Rahmen der Besprechung der Verkaufsmitarbeitenden am 01.04.2022, Aufgaben zu, namentlich die verstärkte Betreuung der Bestandskunden.

b. Die Beklagte hat nicht die notwendige Mitwirkungshandlung unterlassen, namentlich nicht dem Kläger einen nicht funktionsfähigen Arbeitsplatz gestellt. Vielmehr war die Zuweisung der Tätigkeit durch die Beklagte eine wirksame Mitwirkungshandlung.

(1) Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber den Inhalt der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, wenn diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind (BAG v. 10.07.2013 10 AZR 915/12 Rz.18 – *zitiert nach juris*).

(2) Die Weisung vom 29.03.2022 bewegte sich im Rahmen des Arbeitsvertrags und entsprach billigem Ermessen.

(a) Die Anweisung der Beklagten, der Kläger solle vorübergehend keine Aufträge annehmen und keine Auftragseröffnungen vornehmen und sich stattdessen darauf konzentrieren, mit den Kunden ins Gespräch zu gehen, um die Aufträge umzuplanen und mögliche Alternativen zu besprechen, war vom Direktionsrecht gedeckt. Namentlich entsprach sie der vertraglichen Absprache der Parteien.

Ausweislich des Arbeitsvertrags der Parteien bestand die klägerische Tätigkeit insbesondere in der stetigen Akquisition möglichst vieler Bestellungen zu bestmöglichen Erlösen. Damit war der Tätigkeitsinhalt nicht auf die reine Verkaufstätigkeit begrenzt; vielmehr gehört zum Verkauf auch die Pflege der Kundenkontakte, um den Absatz überhaupt zu ermöglichen. Wenn die Beklagte den Kläger darauf verwies, sich zeitweise auf diesen Aspekt zu fokussieren, bewegte sie sich im Rahmen der vertraglichen Tätigkeit. Der Prägung der Verkaufstätigkeit durch eben den Verkauf war durch die Aussicht, nach sechs Wochen wieder uneingeschränkt Verkäufe durchführen zu können, genügt; dies stand auch nie zur Diskussion.

Die gegenteilige Meinung des Klägers kann nicht überzeugen. Sie führte dazu, dass die Beklagte vorliegend unabhängig von der konkreten Interessenlage für die Pflege der Bestandskunden während der Phase der Lieferengpässe neue Mitarbeitende hätte einstellen und zugleich den Verkäufern weiter Zahlungen hätte leisten müssen.

(b) Die Ausübung des Weisungsrechtes entsprach billigem Ermessen im Sinn von § 315 Abs. 3 BGB.

i. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 315 Abs. 3 BGB allein die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Direktionsrechts beachtet hat.

Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 S. 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und

Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Hierzu gehören die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen. Eine soziale Auswahl wie im Falle des § 1 Abs. 3 KSchG findet nicht statt. Ob die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt sind, kann nur durch Abwägung mit den dienstlichen Gründen des Arbeitgebers ermittelt werden, die zu der Ausübung des Direktionsrechts geführt haben (BAG v. 10.07.2013 10 AZR 915/12 Rz. 27 f. – *zitiert nach juris*; BAG v. 13.6.2012, 10 AZR 296/11 Rn. 29 f. – *zitiert nach juris*).

- ii. Vorliegend überwogen die Interessen der Beklagten an der Weisung zeitweiser Fokussierung auf Kundenpflege diejenigen des Klägers an ihrer Unterlassung.

Anlass der Weisung war die Ausnahmesituation des Lieferengpasses infolge des Ukrainekriegs. Entsprechend der avisierten Dauer war auch die Maßnahme ihrerseits für etwa sechs Wochen angekündigt. Wenn der Kläger meint, am 29.03.2022 sei ein Ende nicht absehbar gewesen, beachtet er nicht die bereits am 01.04.2022 präsentierte Planung, die wie das offizielle Anschreiben an die Kunden den Sechswochenzeitraum enthielt. Dabei diente die Fokussierung auf die Betreuung der Bestandskunden dazu, diese zu halten und nicht durch Lieferverzögerungen in Schwierigkeiten zu kommen. Dabei war die Beklagte auf die Verkäufer mit deren bestehenden Kontakten zu den Kunden angewiesen.

Dieses Vorgehen entsprach auch dem Interesse des Klägers daran, mit den Kunden in Kontakt zu bleiben, diese zu halten und ausstehende Aufträge möglichst bald nachzuholen. Auf einen derartigen

Nachholeffekt zu hoffen, entsprach einer objektiven Erwartungsmöglichkeit und die entsprechende Prognose der Beklagten plausibel: denn ein entsprechender Bedarf bestand offenbar, und dass die Kunden einfachhin auf die gewünschten LKW oder Busse verzichten könnten, war nicht anzunehmen wie umgekehrt, dass sie ihren Bedarf später decken würden. Dass es tatsächlich zu Nachholeffekten in den Folgemonaten gekommen ist, hat die Beklagte durch Zahlen belegt vorgetragen. Wenn der Kläger dies bestritten, jedoch keinen konkreten Vortrag zumindest dazu geliefert hat, wie die Entwicklung in seinem Gebiet gewesen sei, ist dies unbeachtlich.; die Prognose der Beklagten erscheint plausibel.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass während der streitgegenständlichen Zeitspanne Verkäufe, wenn auch eingeschränkt und auf Standard- und Vorführfahrzeuge beschränkt, möglich waren, nämlich zunächst bei Stornierungen und immer auch dann, wenn keine Lieferzeiten festgelegt und eine Preisanpassungsklausel abgesprochen waren.

Der Einwand des Klägers, er sei durch die Weisung sittenwidrig auf das marginale Fixum reduziert, greift nicht.

Dabei ist die Besonderheit der hiesigen Vergütungsabsprache zu berücksichtigen, wonach der Kläger mit der Vereinbarung von Provisionen nicht eine unmittelbar an die Arbeitsleistung anknüpfende Remuneration erhielt: es steht nicht im Vorhinein fest, ob und in welcher Höhe Verkaufsbemühungen zu Provisionsansprüchen führen. Die Grenze der Unzulässigkeit einer solchen Regelung ist hier nicht erreicht. Diese wäre dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer allein oder vorrangig Provisionen erhalten sollte und dabei von vornherein absehbar wäre, dass er daraus keinen angemessenen Verdienst erreichen könne (BAG v. 20.06.1989, 3 AZR 504/87 Rn. 26 – *zitiert nach juris*; Küttner-Griese, Provision Rn. 3; Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath,

Arbeitsrecht, HGB § 65 Rn. 3 – *zitiert nach beck-online*). Eine derartige Regelung, die dem Arbeitnehmer allein ein unternehmerisches Risiko ohne entsprechende Gewinnaussichten übertrüge, wäre sittenwidrig und nach § 138 BGB unwirksam.

Im hiesigen Fall gilt dies nicht. Der Kläger hatte in der Vergangenheit eine beachtliche Provisionsaussicht, wie sich aus den Zahlungen ergibt. Darüber hinaus ist er durch die GBV insofern abgesichert, als diese eine an tariflicher Absprache orientierte Mindestvergütung zusichert. Zudem waren, wie oben ausgeführt, Nachholeffekte zu erwarten. Wenn dies im Fall des Klägers bei einer konkreten Betrachtung der Provisionen nicht angemessen ausgeglichen wäre, wäre dies durch eine Ausgleichszahlung nach den Grundsätzen der Anpassung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zu kompensieren. Die Wirksamkeit der Weisung zur Arbeitsleistung berührt dies nicht.

Aus demselben Grund widerspricht auch die Wertung des § 615 S. 3 BGB, wonach der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat, nicht der Weisung im konkreten Fall. Die Zuweisung der zeitweise begrenzten Aufgabe ist belastet den Kläger nicht einseitig mit den Folgen mangelnder Lieferbarkeit des zu verkaufenden Gegenstands; vielmehr war mit dem erwarteten Nachholeffekt die Belastung allenfalls eine zeitliche und der Kläger währenddessen durch die Regelungen der GBV abgesichert.

- c. Die Beklagte kam mit dem verhängten zeitweisen Auftragsstopp nicht deshalb in Annahmeverzug, weil damit ihre Mitwirkungshandlung unmöglich geworden wäre. Anders als der Kläger meint, ist die von ihm zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 11.08.1998 (9 AZR 410/97) vorliegend nicht einschlägig.

- (1) Die nach § 296 BGB notwendige Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, kann unmöglich sein. Dies gilt etwa dann, wenn die Waren, zu deren

Verkauf der Arbeitnehmer verpflichtet ist, wegen Stilllegung der Produktion nicht mehr hergestellt werden (BAG v. 11.08.1998, 9 AZR 410/97 Rn. 11 – *zitiert nach juris*).

(2) Eine derartige Situation liegt hier nicht vor.

Zwar nahm die Beklagte sechs Wochen grundsätzlich keine neuen Aufträge entgegen. Doch forderte sie den Kläger gleichzeitig gerade zum Tätigwerden auf. Vor allem sollte er die Bestandskunden betreuen. Auch konnte er Absprachen treffen, die ein offenes Lieferdatum und eine Preisanpassungsklausel enthielten. Zudem bestand jedenfalls ab 24.05.2022 ein Standardsortiment zur Verfügung. Ein Recht darauf, ein bestimmtes Sortiment zur Verfügung zu haben, insbesondere besser verkäufliche Sonderanfertigungen statt Standardmodelle anbieten zu können, hatte der Kläger nicht.

Insofern unterscheidet sich die hiesige Konstellation von derjenigen, die das Bundesarbeitsgericht in der vom Kläger zitierten Entscheidung vom 11.08.1998 (9 AZR 410/97) zu entscheiden hatte. Es bestand die Möglichkeit zu Verkaufstätigkeit, und der Beklagten war möglich, dem Kläger entsprechende Tätigkeiten zuzuweisen und damit ihrer Mitwirkungshandlung nachzukommen. Einer dauerhaften Stilllegung entsprach diese vorübergehende Situation gerade nicht. Wenn der Kläger in seinem Vergleich darauf rekurriert, das Bundesarbeitsgericht mache die Unmöglichkeit der Mitwirkungshandlung nicht an der Dauerhaftigkeit fest, verkennt er, dass Stilllegung selbst die dauerhafte Einstellung der Produktion ist.

d. Die Weisung ist schließlich nicht deshalb unwirksam, weil sie betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen widerspräche. Insbesondere war für sie keine Zustimmung des Betriebsrats nötig.

§ 99 BetrVG ist nicht einschlägig. Es handelt sich um keine Versetzung des Klägers. Vielmehr entsprach die zugewiesene Betreuungstätigkeit der Stelle des Klägers als Verkäufer. Hier gelten die obigen Ausführungen zum Direktionsrecht entsprechend.

Auch § 87 Nr. 10 BetrVG greift nicht. Die Anweisung zur Tätigkeit zielte nicht auf eine Veränderung der Vergütungsstruktur. Damit fehlt es am Mitbestimmungstatbestand, selbst wenn die Maßnahme sich zeitweise auf die Vergütung der betroffenen Arbeitnehmer auswirkte.

III.

Der Kläger hat nach § 97 ZPO als unterliegende Partei die Kosten seines erfolglosen Rechtsstreits zu tragen.

IV.

Die Revision war nicht zuzulassen, insbesondere kommt dem Fall keine besondere über die Klärung der zwischen den Parteien streitigen Rechtsfragen hinausgehende Bedeutung i. S. d. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zu.

Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Dr. Dickerhof-Borello

Dr. Topp

Schneid