

**11 Sa 7/10**  
25 Ca 17218/08  
(ArbG München)

Verkündet am: 11.11.2010

Heger  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

W. W.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Firma E. L. AG

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Müller und die ehrenamtlichen Richter Rieden und Krahl

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 24.11.2009 - 25 Ca 17218/08 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**
  
- 2. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger Zahlungsansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche dafür schuldet, dass sie ihm zur Erlangung erfolgsabhängiger Vergütung nicht mehr wie im früheren Umfange Kontaktadressen potenzieller Versicherungskunden zur Verfügung stellt.

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Versicherungsbranche. Ihr Vertrieb ist in 15 Regionaldirektionen aufgegliedert. Der Kläger ist in der Regionaldirektion Mü. tätig. Innerhalb der Organisation wird zwischen dem sog. Zielgruppengeschäft und der Bestandsorganisation unterschieden.

Der Zielgruppenvertrieb gliedert sich in die Bereiche DA., DE. und den Bd. auf. Der Kläger ist dem Bereich des Zielgruppenvertriebs des Bd. zugeordnet.

Die Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und dem Bd. erfolgt über Mitarbeiter der Beklagten, die sowohl als selbstständige Unternehmer als auch als Angestellte der Beklagten tätig sind, die nach dem internen Sprachgebrauch als Beauftragte (auch Vorwerber) bezeichnet werden. Die Beauftragten haben die Aufgabe, aus ihnen zur Verfügung gestellten allgemein zugänglichem Adressmaterial von Umsatzsteuerpflichtigen Mitglieder für den Bd. zu werben und bei dem besuchten Kunden darüber hinaus auch einen Beratungstermin für ein umfassendes Beratungsgespräch durch einen nach interner Sprachregelung bezeichneten Berater - wie auch der Kläger - (auch bezeichnet als Vermittler) zu vereinbaren.

Die Beratungstermine werden in einen bei der Beklagten bestehenden Terminpool gegeben und auf die sog. Berater verteilt.

Diese Berater, die teilweise angestellte Mitarbeiter der Beklagten als auch selbstständige Handelsvertreter sind, versuchen, in einem oder mehreren Beratungsterminen die Produkte der Beklagten zu verkaufen. Kommt es zu einem Geschäftsabschluss, wird die Provision im Verhältnis 30 % zu 70 % zwischen Beauftragten und Berater aufgeteilt.

Der am 20.05.1949 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit 01.09.1977 auf der Basis einer Vielzahl sich ändernder und ergänzender sowie neu formulierter Arbeitsverträge - auf das als Anlage K 22 vorgelegte Anlagenkonvolut (vgl. Bl. 526/625 d. A.) wird Bezug genommen - beschäftigt. Zunächst war er als Bausparspezialist im Werbeaußendienst (vgl. Arbeitsvertrag vom 13.12.1985, Bl. 586 d. A.), sodann als Beauftragter für das Versicherungsgeschäft bei der D. B. (vgl. Vertrag vom 18.04.1990, Bl. 573 d. A.) beschäftigt. Seit 1993 ist er im Werbeaußendienst im Zugangsweg Bd. eingesetzt.

Nach einer Organisationsänderung und einem hierauf abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 19.08.2002 (vgl. Bl. 550 d. A.), der u. a. die Vereinbarung enthält, dass das Einsatzgebiet des Klägers auch weiterhin das ehemalige Gebiet der Filialdirektion Mü. sein werde, er nicht verpflichtet sei, Termine außerhalb des ehemaligen Geschäftsgebiets wahrzunehmen und von ihm bisher vermittelte und derzeit betreute Verträge auch wie bisher zur Bearbeitung und weiteren Betreuung zugeschlüsselt würden, wobei ein Bezirks- oder Kundenschutz dadurch nicht entstehe, beinhaltet der zuletzt vorgelegte Arbeitsvertrag

vom 30.01.2007 (vgl. Bl. 526/527 d. A.) im Wesentlichen eine Bezugnahme der aktualisierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) mit Druckdatum 01.07 (vgl. Bl. 528/535 d. A.), welche u. a. folgende Regelungen enthalten:

**„I. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis**

...

**2. Werbetätigkeit**

*Ihre Werbetätigkeit erstreckt sich auf die Vermittlung von bestandsfähigen Versicherungs- und Bausparanträgen und andere Finanzdienstleistungen für die HM. und die mit ihr vertraglich verbundenen Gesellschaften (im Nachfolgenden zusammenfassend Produkte/Produktgeber/HM. genannt). Fondsprodukte dürfen Sie nur nach einer entsprechenden Schulung und unter Beachtung der Vertriebsrichtlinien vermitteln.*

*Ihre Aufgabe ist es auch, Kunden der HM. hinsichtlich der von Ihnen vermittelten Versicherungsverträge laufend zu betreuen, und zwar so lange, wie der Kunde die Prämien noch nicht für drei Jahre entrichtet hat. Zu Ihren Betreuungsaufgaben gehören insbesondere regelmäßige Kontaktbesuche, Maßnahmen zur Rettung stornogefährdeter Verträge, Unterstützung und Hilfe bei Kundenanfragen und in Leistungsfällen sowie bei der Klärung von Bankrückläufern.*

...

**7. Kunden- und Vermittleranschriften/Abwerbung von Vermittlern/Kundenausspannungen**

*Ihnen übergebenes Adressmaterial darf nur für den bestimmungsgemäßen Zweck verwendet werden.*

...“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die vorgenannten AVB Bezug genommen.

Der Kläger bezog zuletzt eine Grundvergütung in Höhe von 0,- € brutto, eine Sozialzulage, eine sollkostenpflichtige Reisekostenpauschale, Bestandsboni sowie eine erfolgsabhängige Vergütung, die arbeitsvertraglich zuletzt mit 0,- € brutto je Netto-Einheit berechnet wurde.

Die Entwicklung des jährlichen Gesamtbruttoeinkommens des Klägers stellt sich in etwa (die Jahreswerte differieren im Sachvortrag des Klägers und der Beklagten sowohl erstinstanzlich wie auch im nunmehrigen Berufungsverfahren in einer Bandbreite bis zu ca. 4.000,- € jährlich) wie folgt dar:

- 5 -

Jahr 2000: 0,- €

Jahr 2001: 0,- €

Jahr 2002: 0,- €

Jahr 2003: 0,- €

Jahr 2004: 0,- €

Jahr 2005: 0,- €

Jahr 2006: 0,- €

Jahr 2007: 0,- €

Jahr 2008: 0,- €

Für das Jahr 2009 gibt die Beklagte ein Jahresgesamtbrutto in Höhe von 0,- € an, das vom Kläger nicht mehr näher bestritten wurde.

Mit Schreiben vom 01.11.2005 (vgl. Anl. K 13, Bl. 131/133 d. A.) teilte der Vorstand der Beklagten u. a. Folgendes mit:

„...“

*Die HM. und die DA. werden in einer Vertriebsdirektion HM. zusammengeführt. ...*

*Unser Ziel besteht darin, beide Vertriebsorganisationen personell auszubauen, verbunden mit einer Betonung des Unternehmertums. Dementsprechend wollen wir die Anzahl der Angestellten weiter reduzieren. Wir gehen zum jetzigen Zeitpunkt davon aus, dass wir von bisher ca. 1.400 Angestellten in den beiden Vertriebsorganisationen im Zielmodell mit ca. 500 Angestellten agieren werden. ...“*

Im Zusammenhang mit der Neustrukturierung schlossen der Vorstand der Beklagten und der bei ihm gebildete Gesamtbetriebsrat im Jahr 2006 eine „Interimsbetriebsvereinbarung“ (vgl. Anl. B 3, Bl. 374/375 d. A.), in der sie sich u. a. auf eine Rahmenbetriebsvereinbarung „Strategie HM. und DA.“ nebst Anlagen verständigten und die u. a. folgende weitere Regelung enthält:

„...“

3. *Die Geltung der E.-Schutzvereinbarung vom 19.12.1997 einschließlich der damit in Bezug genommenen Sozialpläne vom 30.11.1984 (Innendienst) sowie vom 10.04.1990 (Außendienst) wird vorerst über den 31.12.2007 hinaus für ein weiteres Jahr bis 31.12.2008 verlängert. Diese Verlängerung wird nur wirksam, wenn die Rahmenbetriebsvereinbarung „Strategie HM. und DA.“ gemäß der in Ziffer 1 genannten Anlage 1 in Kraft tritt.*

...“

Der dort in Bezug genommene Sozialplan vom 10.04.1990 (Außendienst, vgl. Bl. 185/191 d. A.) enthält u. a. folgende Regelungen:

„...“

## **7. Sicherung einer Weiterbeschäftigung im Unternehmen durch Versetzungen**

- 7.1 *Entfallen aus Anlass der genannten Maßnahmen Arbeitsmöglichkeiten in der bisherigen Zielgruppe, dem bisherigen Zugangsweg oder in dem bisherigen Gebiet, so sind den betroffenen Außendienst-Angestellten gleichwertige und zumutbare anderweitige Arbeitsmöglichkeiten im Außendienst desselben oder eines anderen Betriebes, ggf. auch in einer anderen Organisation, der HM. anzubieten.*

*Betroffene Außendienst-Angestellte können hierzu auch selbst Vorschläge unterbreiten.*

...

- 7.1.2 *Als gleichwertig gelten grundsätzlich Arbeitsmöglichkeiten, die auf der Basis eines Anstellungsvertrages die Erzielung eines Einkommens in der bisherigen Höhe ermöglichen.*

...

## **7.2 Ausgleich von Einkommensminderungen**

*Es wird erwartet, dass von den genannten Maßnahmen betroffene Außendienst-Angestellte mit Hilfe der HM. und durch persönlichen Einsatz und entsprechendes Engagement dazu beitragen, dass notwendige Veränderungen in ihrem Arbeitsbereich nur in unvermeidbarem Umfang zu Einkommensminderungen führen. Sie sind auch weiterhin verpflichtet, Ihre volle Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Dennoch eintretende Einkommensverluste werden im Rahmen der nachfolgenden Bestimmungen ausgeglichen.*

### **7.2.1 Ausgleich von Einkommensminderungen aus verändertem Einsatz**

*Außendienst-Angestellte, die von einer der genannten Maßnahmen betroffen sind, erhalten, um Einkommensminderungen aufgrund des veränderten Einsatzes zu vermeiden, bis zum Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist und für die Dauer der Einarbeitungszeit gemäß Ziffer 6.3 eine Garantie auf den Geldwert der Produktion sowie den gutgeschriebenen Bestandsbonus eines im Einzelfall festzulegenden Vergleichszeitraumes, erhöht um die in diesem Zeitraum abgerechnete Provisions-Ausfall-Entscheidung wegen Urlaub und/oder Krankheit und/oder Betriebsratsaktivität. Ein eventuell während des Ausgleichszeitraumes entstehender und am Ende dieses Zeitraumes noch bestehender Unterschuss wird abgebucht.*

*Der Vergleichszeitraum beträgt 12 zusammenhängende Monate. Er soll möglichst nah an dem Zeitpunkt der Veränderung des Arbeitseinsatzes liegen, aber davon noch nicht beeinflusst sein.*

*Der Vergleichszeitraum soll höchstens 24 Monate vor der Veränderung des Arbeitseinsatzes beginnen.*

*Für die Garantie gilt ab 4. Monat eine Additivrechnung, in die der tatsächlich abgerechnete Geldwert der Produktion sowie der gutgeschriebene Bestandsbonus zuzüglich Provisions-Ausfall-Entschädigung wegen Urlaub und/oder Krankheit und/oder Betriebsratsstätigkeit einbezogen wird.*

### **7.2.2 Ausgleich von Einkommensminderung durch Versetzung unterstellter/betreuter Vermittler**

*Führungskräfte und Spezialisten werden Einkommensminderungen, die nachweislich aus der Versetzung bisher unterstellter oder betreuter Vermittler im Zusammenhang mit den genannten Maßnahmen herrühren, ausgeglichen. Der Ausgleich erfolgt bis zum Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist und danach generell für die Dauer von 12 Monaten auf der Basis eines gemäß Ziffer 7.2.1 festzulegenden Vergleichszeitraumes.*

*Verzichten Führungskräfte oder Spezialisten auf eine Fortsetzung der Tätigkeit unter den veränderten Voraussetzungen, findet Ziffer 7.2.3 Anwendung.*

### **7.2.3 Ausgleich von Einkommensminderungen durch Funktionsverlust**

*Ist die Versetzung mit dem gänzlichen Verlust einer Führungs- oder Spezialisten-Funktion verbunden, sind die bisherigen durchschnittlichen Bezüge bis zum Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist fortzuzahlen. Ferner wird der materielle Nachteil aus dem Wegfall von Leitungs- oder Beteiligungsprovision oder sonstiger Bezüge oder Bezugssteile durch eine einmalige Abfindung ausgeglichen.*

*Die Höhe der Abfindung bestimmt sich grundsätzlich nach dem zwölfwachen Differenzbetrag aus dem bisherigen monatlichen durchschnittlichen Einkommen eines angemessenen Vergleichszeitraumes gemäß Ziffer 7.2.1 (ohne Vergütungen, die Kostenersatz darstellen) und den anzurechnenden Bezügen des neuen Arbeitsvertrages.*

*Der Abfindungsbetrag erhöht sich entsprechend der Dauer der Tätigkeit als Führungskraft oder Spezialist wie folgt:*

*Dauer der Tätigkeit über 5 Jahre auf 125 %*

*Dauer der Tätigkeit über 15 Jahre auf 150 %*

*Dauer der Tätigkeit über 25 Jahre auf 200 %*

*der jeweiligen Grundabfindung.*

*Der Abfindungsbetrag wird nicht in die Geldwertrechnung einbezogen.*

...“

Ein Antrag des Klägers, entsprechend der Sozialplanregelung mit einer „Turboprämie“ aus dem Angestelltenverhältnis auszuschneiden, wurde von der Beklagten abgelehnt.

Seit dem Jahr 2003 nahm die Zahl der Beauftragten im Bereich Bd. der Regionaldirektion Mü. von vormals 26 stetig ab: 2003: 24; 2004: 22; 2005: 21; 2006: 17; 2007: 11 und 2008: 9. Zum Stand April 2010 legte der Kläger eine Auswertung mit 15 Bd.-Beratern vor.

Der Kläger hatte im Jahr 2003 170 Termine, im Jahr 2005 hatte er 152 Termine, im Jahr 2006 waren es nur noch 133 Termine. Im Jahr 2007 reduzierten sich die Termine auf 103, im Jahr 2008 hatte er dann 109 Termine.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte durch die Reduzierung der Zahl der Beauftragten und die daraus resultierende Verringerung der Beratungstermine sowie seines Gehalts das Ziel verfolge, das Vertriebssystem im Bereich Bd. und den Angestellten-Außendienst dadurch abzuschaffen, dass er in eine Eigenkündigung getrieben werde.

Er hat weiter die Auffassung vertreten, wegen der erlittenen Gehaltsverluste habe er einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Beklagten.

Den Schaden hat er entsprechend den Sozialplanregelungen dadurch berechnet, dass er ab dem Stichtag des Sozialplans (ab 30.09.2006) einen Bruttoverdienst von Oktober 2006 bis Dezember 2008 (= 27 Monate) in Höhe von 0,- € gehabt habe. Dem tatsächlich verdienten Bruttoverdienst hat er ein Einkommen von 27 Monaten entsprechend der Berechnung des Sozialplandurchschnitts (14.431,84 € pro Monat) insgesamt in Höhe von 389.659,68 € gegenübergestellt. Die rechnerische Differenz in Höhe von 0,- € ergäbe den geltend gemachten Schadensersatz.

Hilfsweise hat er für die Jahre 2003 bis 2005 einen Jahresdurchschnittsverdienst in Höhe von 0,- € errechnet, einen finanziellen Nachteil aufgrund der missglückten Geschäftspolitik für die Jahre 2005 bis 2008 auf 0,- € beziffert und einen Gesamtschaden für die Jahre 2006 bis 2008, errechnet aus den jeweiligen jährlichen tatsächlichen Bruttoeinkommen in Höhe von insgesamt 0,- €, dargestellt.

Sein Schadensersatzanspruch folge daraus, dass die Beklagte die Zahl der Beauftragten zumindest fahrlässig reduziert habe. Nachdem sie im Jahr 2004 ihre Absicht bekundet habe, die Zugangswege über den Bd. zu schließen, habe sie dann zunächst keinen neuen Beauftragten mehr eingestellt und einen Aderlass bei den Beauftragten dadurch bewirkt, dass sie eine erhebliche Zahl von diesen unter Zahlung von Abfindungen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden ließ.

Dies habe dazu geführt, dass die Quantität und Qualität der Termine zurückgegangen sei. Neu eingestellte Beauftragte würden mangelhaft geschult und verstärkt bei potenziellen Kunden Termine vereinbaren, die von vornherein nicht erfolgsträchtig wären, da die Kunden zu Vertragsschlüssen finanziell gar nicht in der Lage seien. Schließlich habe die Beklagte eine telefonische Nachkontrolle der Termine veranlasst und auch dadurch das Vertrauen der Kunden in die Berater erschüttert.

Weiterhin hat der Kläger vorgetragen, dass er ohne die Versorgung mit werthaltigen Terminen seine Tätigkeit nicht sinnvoll ausüben könne, wobei er auch kaum mit Bestandskunden weitere Verträge schließen könne. Denn spätestens nach drei Jahren würden die Daten auf die Agenturen umgeschlüsselt. Tatsächlich erfolge jedoch die Umschlüsselung bereits deutlich früher. Danach könne er nicht mehr auf die Daten der Kunden zurückgreifen.

Hilfsweise hat er die Zahlung einer Abfindung Zug um Zug gegen Abschluss eines Aufhebungsvertrages geltend gemacht.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. *Die Beklagte wird verurteilt, 168.923,59 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.*
2. *Hilfsweise:*  
*Die Beklagte wird verurteilt, 144.919,60 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.*

3. *Es wird festgestellt, dass die Beklagte dem Kläger alle durch die Umstrukturierung entstehenden künftigen Nachteile zu ersetzen hat, insbesondere zukünftige Schadensersatzansprüche für 2009 und später bzw. auch schon für das Jahr 2005 gemäß obigen Anträgen Ziff. 1. bzw. 2.*

4. *Höchst hilfsweise:*

*Die Beklagte wird verurteilt, 519.546,33 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Abschluss eines Aufhebungsvertrages gemäß Punkt 8 des Sozialplans vom 10.04.1990, zu zahlen.*

Die Beklagte hat demgegenüber beantragt,

*die Klage abzuweisen.*

Sie hat die Auffassung vertreten, dass ein Anspruch auf Schadensersatz nicht bestehe, da sie keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt habe. Insbesondere bestehe keine Verpflichtung zur Bereitstellung von Terminen. Der Rückgang der Termine sei ihr nicht zurechenbar. Das Ausscheiden von Beauftragten könne sie nicht verhindern, sie habe sich jedoch um Neuverpflichtungen bemüht. Sie hat bestritten, dass es ein Verbot von Neueinstellungen von Beauftragten gegeben noch dass die Absicht bestanden habe, den dualen Zugangsweg Bd. oder den Angestellten-Außendienst vollständig abzuschaffen.

Das Projekt „Strategie HM. und DA.“ habe keine vergütungsrechtlichen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis des Klägers genommen.

Die von ihm vorgetragene Einkommensrückgänge beruhten wesentlich auf einer Gesetzesänderung zum 01.01.2005. Dadurch hätten lebensversicherungsbasierte Produkte als steuerliches Anlagemodell deutlich an Attraktivität verloren. Deshalb sei der Markt für diese Produkte im Jahr 2005 allgemein eingebrochen.

Schließlich sei der Kläger auch nicht auf die Bereitstellung von Terminen angewiesen, da er weder rechtlich noch faktisch daran gehindert sei, selbst Beratungstermine mit Neukunden oder Bestandskunden zu vereinbaren.

Zur rechtlichen Bewertung hat die Beklagte die Meinung vertreten, dass sie weder eine Pflichtverletzung begangen habe, die Grundsätze billigen Ermessens nicht überschritten habe und auch eine Fürsorgepflichtverletzung nicht gegeben sei. Schließlich habe sie nicht in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen, da sie keine Vertragsänderungen vorgenommen habe und Vergütungschancen den Kernbereich nicht berührten. Auch Ansprüche aus Annahmeverzug oder Unmöglichkeit seien nicht gegeben.

Das Arbeitsgericht hat mit Endurteil vom 24.11.2009, auf das wegen der weiteren Einzelheiten des unstreitigen Sachverhalts, des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien sowie der Begründung des Arbeitsgerichts Bezug genommen wird, die Klage insgesamt abgewiesen.

Gegen dieses den Klägervetretern am 01.12.2009 zugestellte Urteil haben diese am 04.01.2010, einem Montag, Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 01.03.2010 verlängerten Berufungsbegründungsfrist an diesem Tag begründet.

Der Kläger beanstandet, dass das Arbeitsgericht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses und zur Umgehung des Kündigungsschutzes verkannt habe und das Urteil insoweit quasi einen Leitfadens für unrechtmäßiges Arbeitgeberhandeln in diesem Bereich darstelle.

Außerdem negiere es ohne hinreichende Begründung eine Reihe von weiteren vorgetragenen Anspruchsgrundlagen.

Bei weitgehender Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Sachvortrags meint der Kläger, die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen als einfache Werbervträge stellten nur nicht weiter ausgefüllte Rahmenverträge dar. Fehlende schriftliche Vereinbarungen würden nicht bedeuten, dass es keine vertraglichen Regelungen gäbe. Die arbeitsvertraglichen Formularvereinbarungen passten nicht auf das gelebte Arbeitsverhältnis.

nis. Vielmehr bestünde eine betriebliche Übung dahingehend, ausreichend qualitativ erfolgsversprechende Termine zur Verfügung zu stellen. Die betriebliche Übung bestehe auch darin, dass Beauftragte seit Jahrzehnten Termine generiert und an den Kläger und die anderen Berater weitergegeben hätten.

Es gäbe eine immanente Schwelle, dass die notwendige Zahl der Vorwerber nicht unterschritten werden dürfe.

Eine vertragliche Änderung liege bereits in der Änderung des zugewiesenen Gebiets vom Großraum Mü. auf O. Es sei eine grundlegende Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten, nachdem das Gesamtbruttojahreseinkommen des Klägers um über 50 % gesunken sei.

Weiterhin habe das Arbeitsgericht auch die übrigen Anspruchsgrundlagen zu Unrecht abgelehnt. Durch die geringe Zahl der Vorwerber habe die Beklagte gegen billiges Ermessen verstoßen, wobei auch eine Abwägung zu Art. 14 GG fehle.

Es liege auch ein Verstoß gegen die arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht vor. Da die Beklagte nicht für das angemessene Verhältnis von Beauftragten zu Beratern gesorgt habe, hätte jedenfalls das Grundgehalt, wie sich auch aus dem Sozialplan ergäbe, erhöht werden müssen.

Weiterhin lässt der Kläger die Rechtsmeinung vortragen, dass ein Fall des klassischen Annahmeverzugs vorläge, da er jeden Freitag auf ausreichende Termine warte. Insoweit sei die Beklagte vorleistungspflichtig.

Eine eigene Neukundenakquise sei nicht vorgesehen und auch nicht zumutbar. Insbesondere müsse er nicht das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin übernehmen. Es bestehe daher jedenfalls auch eine Teilunmöglichkeit zur Erbringung seiner Arbeitsleistung.

Schließlich habe das Arbeitsgericht auch § 138 BGB ebenso wenig beachtet wie Art. 12 GG.

Während des Berufungsverfahrens sei nunmehr eine noch größere Pflichtverletzung der Beklagten bekannt geworden. Sie mache ihm vorsätzlich Konkurrenz. Es würden sog. Juniorsalespartner der Mü. Agenturen im Gebiet der Regionaldirektion auf dieselben Kunden angesetzt, die auch der Kläger bearbeite. Dies habe sein Kollege Herr S. bei einem Besuch des Kunden N. festgestellt. Dort sei der Juniorsalespartner Be. mit Visitenkarten der Beklagten, die ihn als Mitarbeiter im Unternehmensservice auswiesen, aufgetreten.

Außerdem habe die Beklagte das System der Zugangswege Bd. zerstört, da sie seit dem Jahr 2006 etwa 70 bis 80 % des Stadtgebiets Mü. sowie der Stadt und des Landkreises A. exklusiv an den Bd. abgetreten habe. Damit habe sie die Bearbeitung für den Kläger gesperrt. Der Bd. setze nun selbst ein Callcenter für Mitgliederwerbung in Absprache mit der Beklagten ein, wodurch der Kläger praktisch ausgetrocknet werde.

Schließlich sei der Umsatzrückgang auch nicht auf das Marktgeschehen zurückzuführen, da aufgrund des hohen fachlichen Niveaus der Beratung der Kunden durch den Kläger ein Marktvergleich für die Kunden praktisch kaum eine Rolle spiele.

Der Kläger beantragt,

*unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts München (Az. 25 Ca 17218/08) die Beklagte zu verurteilen,*

- 1. 168.923,59 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen;*
- 2. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, 144.919,60 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.*

Die Beklagte hat beantragt,

*die Berufung zurückzuweisen.*

Sie verteidigt den erstinstanzlichen Entscheid, der das Klagebegehren zutreffend mangels Anspruchsgrundlage abgewiesen habe.

Der Kläger begründe nicht ausreichend, woraus sich eine rechtliche Verpflichtung der Beklagten ergeben soll, ihre Organisationsstruktur, Art und Umfang der Vorwerber in einer bestimmten Art und Weise auszugestalten. So lege er in keiner Weise dar, worin angesichts der zahlreichen von ihr nicht beeinflussbaren Entwicklungen eine Verletzungshandlung liegen solle und warum diese ursächlich für den Vergütungsrückgang gewesen sein soll.

Betriebliche Organisationsfragen zu einem konkreten Vertriebssystem seien grundsätzlich einer betrieblichen Übung nicht zugänglich.

Der Kläger übersehe auch, dass die Beklagte selbst ein ureigenes Interesse daran habe, ihren Außendienstmitarbeitern ein optimales Arbeitsumfeld bereitzustellen und zu erhalten, um ausreichende Umsätze zu generieren.

Das Projekt „Strategie HM. und DN.“ habe keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Vergütungschancen des Klägers gehabt. Seine arbeitsvertraglichen Grundlagen seien dadurch nicht geändert worden.

Vielmehr habe er durch die Vergrößerung der Regionaldirektion auch die Möglichkeit bekommen, Terminangebote in einem größeren Gebiet anzunehmen. Allerdings habe es zu keiner Zeit eine entsprechende Verpflichtung hierzu gegeben.

Der Kläger stelle unzulässigerweise eine Verbindung von betrieblichen Ereignissen mit seiner Vergütungsentwicklung her. Insoweit übersehe er nach wie vor das Marktgeschehen und die entsprechenden Auswirkungen der steuerrechtlichen Änderungen.

Es sei ihm nicht verwehrt, selbst Termine sowohl mit Neukunden als auch mit Bestandskunden zu vereinbaren und Letztere bei Bedarf nachzuversichern.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass eine ausdrückliche Vereinbarung zur Beschäftigung einer bestimmten Anzahl von Beauftragten weder vom Kläger behauptet noch existent ist. Derartiges ergäbe sich auch nicht aus einer betrieblichen Übung, für die es bereits an einer gleichartigen wiederholten Praktizierung fehle. Bei einer variablen Vergütung könne eine betriebliche Übung i. S. eines Bestandsschutzes nicht gegeben sein. Die Grenzen billigen Ermessens habe die Beklagte schon deshalb nicht verletzt, da es bereits an einer einseitigen Änderung der Vertragssituation fehle. Daher komme auch ein Verstoß gegen die sog. Kernbereichslehre nicht in Betracht. Da der Kläger grundsätzlich selbst zur Generierung von Beratungsterminen verpflichtet sei, könne auch ein Verstoß im Bereich der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht nicht angenommen werden.

Letztlich fehle es auch an der hinreichenden Darstellung der Kausalität zwischen dem Rückgang der Vorwerber und dem Umsatzrückgang, da der Kläger insoweit das Marktgeschehen ausblende. Auch die übrigen von ihm bemühten Anspruchsgrundlagen lägen tatbestandlich nicht vor.

Schließlich könne auch sein neuer Sachvortrag zu einer behaupteten bewusst geschaffenen Konkurrenzsituation seinem Anliegen nicht zum Erfolg verhelfen. Das Nebeneinander zwischen Agentur- und Zielgruppenvertrieb sei bereits seit geraumer Zeit vorhanden, die in den Agenturen eingesetzten Juniorsalespartner erhielten aber keine Termine von Beauftragten. Der Fall Be. stelle einen zu bedauernden Einzelfall dar, da die Doppelvergabe von Terminen darauf zurückzuführen sei, dass Herr Be. vor seinem Wechsel in die Agenturtätigkeit fünf Jahre lang im Zielgruppenvertrieb tätig gewesen sei. Die Visitenkarte habe er wohl in Eigenregie gedruckt.

Eine vertragliche Verkleinerung seines Einsatzgebiets habe es nicht gegeben. Zutreffend sei, dass der Bd. im Bemühen um neue Mitglieder Mitte 2009 ein Callcenter mit der Werbung von Mitgliedern beauftragt habe. Dies werde jedoch nach Absprache mit der Beklagten vorwiegend für solche Gebiete betrieben, die mangels entsprechender Kapazitäten nicht durch eigene Beauftragte besetzt werden könnten. Ein entsprechendes Vorgehen des Bd. könne sie nicht unterbinden.

Ihr Ziel sei es, die Beauftragten-Struktur langfristig wieder so auszubauen, dass die eigene Vertriebstätigkeit des Bd. überflüssig werde. Außerdem habe der Bd. den Versuch, eigene Werber zu beschäftigen, wieder eingestellt, wobei der Kläger uneingeschränkt im gesamten Gebiet der Regionaldirektion Mü. tätig werden könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, auf die des Klägers vom 01.03.2010, 18.05.2010, 23.08.2010 und den nachgelassenen Schriftsatz vom 27.10.2010 sowie der Beklagten vom 05.05.2010 und 21.09.2010, nebst der Sitzungsniederschrift vom 29.09.2010 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg.

#### **I.**

Die nach § 64 Abs. 2 lit. b ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520, 222 Abs. 2 ZPO) und daher zulässig. Der Kläger hat seine Berufung auch noch ausreichend begründet (§ 520 Abs. 3 ZPO); er wiederholt zwar in weiten Teilen seinen erstinstanzlichen Sach- und Rechtsvortrag, setzt sich aber noch hinreichend mit den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen auseinander.

#### **II.**

Soweit der Kläger in der Berufung nur noch seine erstinstanzlich gestellten Zahlungsanträge zu Ziff. 1 und hilfsweise zu Ziff. 2 der Klage weiterverfolgt, ist seine Berufung unbe-

gründet. Das Arbeitsgericht hat - wenn auch knapp begründet - zu Recht angenommen, dass die von ihm geltend gemachten Zahlungsansprüche weder als Schadensersatzansprüche noch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten bestehen.

Zwischen den Parteien besteht keine vertragliche Vereinbarung dahingehend, dass die Beklagte eine bestimmte (Mindest-)Anzahl von sog. Beauftragten zur Unterstützung der betrieblichen Außendiensttätigkeit des Klägers zur Verfügung stellt. Selbst bei Berücksichtigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls scheidet insoweit eine Pflichtverletzung der Beklagten aus. Daneben besteht auch kein unzulässiger kündigungsgeschützt geschützter Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses, kein Annahmeverzug, keine (Teil-)Unmöglichkeit, keine Sittenwidrigkeit des Handelns auf Seiten der Beklagten, kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder gar gegen das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

**1. Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien:**

**a) Inhalt der Arbeitsleistung:**

Nach den zuletzt vorgelegten Arbeitsverträgen vom 19.08.2002 (vgl. Bl. 550 d. A.) und vom 30.01.2007 (vgl. Bl. 526/527 d. A.) war als Tätigkeitsinhalt zwischen den Parteien eine Werbetätigkeit, erstreckt auf die Vermittlung von bestandsfähigen Versicherungs- und Bausparanträgen sowie anderen Finanzdienstleistungen für die HM. und die mit ihr vertraglich verbundenen Gesellschaften, vereinbart. Daneben war es auch Vertragsaufgabe des Klägers, Kunden der HM. hinsichtlich der von ihnen vermittelten Versicherungsverträge laufend zu betreuen, und zwar so lange, wie der Kunde die Prämien noch nicht für drei Jahre entrichtet hat (vgl. Ziff. I. 2. der AVB des Arbeitsvertrages vom 30.01.2007).

Eine Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger für seine Werbetätigkeit Adressmaterial potenzieller Kunden zur Verfügung zu stellen, enthält der Vertrag nicht. In Ziff. I. 7. der AVB wird lediglich darauf hingewiesen, dass dem Kläger übergebenes Adressmaterial nur für den bestimmungsgemäßen Zweck verwendet werden darf. Eine bindende Verpflichtung

zur Übergabe entsprechenden Adressmaterials durch die Beklagte an ihn ist damit nicht - und auch nicht an anderer Vertragsstelle - zwischen den Parteien vereinbart. Insoweit trägt der vereinbarte Vertrag die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit in sich, was auch durch die in Ziff. I. 1. der AVB vereinbarte Schriftformklausel bestätigt wird.

Darüber hinaus trägt der Kläger weder nach Zeitpunkt, Inhalt und handelnden Personen eine entsprechende Vertragsabsprache vor.

An keiner Stelle der Vertragswerke ist eine Einengung seiner Tätigkeit im Werbe- und Vermittlungsdienst allein auf den Zugangsweg im dualen System des Bd. vereinbart.

Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers führt dies auch nicht zu einer arbeitsvertraglich noch nicht ausgefüllten Rahmenvereinbarung, sondern dazu, dass die Beklagte gem. § 106 Satz 1 GewO den Inhalt der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen kann.

Diese Bestimmung ist vorliegend durch die Beklagte auch durch Zuweisung des Klägers zum Arbeitsbereich „Dualer Zugangsweg Bd.“ in der Regionaldirektion Mü. erfolgt. Insoweit wurde und wird diese Zuweisung von ihm auch grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Zudem hat er auch nicht beanstandet, dass die Beklagte nach dem Rückgang der Beauftragten und der von diesen generierten Termine den bisherigen Bestand an Beratern nicht verkleinert hat. Die von ihm insoweit beanstandete fehlende Abwägung des Erstgerichts zu Art. 14 GG müsste auf jeden Fall auch die entsprechenden Rechtspositionen der übrigen Berater ebenso berücksichtigen wie die unternehmerische Betätigungsfreiheit der Beklagten. Im Übrigen berührt Art. 14 GG nicht die Art der zugewiesenen Tätigkeit, sondern die hierfür zu gewährende Vergütung (vgl. die nachfolgenden Ausführungen zu b).

Aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien besteht auch keine weitere, ggf. über ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers auszufüllende Regelungslücke. Anders als in den Fällen vereinbarter variabler Gehaltsbestandteile, die an die Erfüllung von Zielvereinbarungen anknüpfen und entsprechende Festlegungsverpflichtungen des Arbeitgebers begründen (vgl. BAG v. 12.05.2010, 10 AZR 390/09, zit. n. Juris),

ist vorliegend die Entgeltabsprache über die Einheitenbewertung abschließend erfolgt. Weiterer Festlegungen zur Errechnung der erfolgsabhängigen Vergütung bedarf es nicht.

**b) Vergütungsabrede:**

**aa) Billiges Ermessen:**

Die Anwendung der Grundsätze billigen Ermessens auf die Vergütungsabrede zwischen den Parteien scheidet schon deshalb aus, da § 106 Satz 1 GewO einerseits die Anwendung billigen Ermessens nur auf den Inhalt, den Ort und die Zeit der Arbeitsleistung erstreckt und andererseits eine Ermessensausübung ausscheidet, da die Arbeitsbedingungen durch den Arbeitsvertrag festgelegt sind. Eine derartige arbeitsvertragliche Festlegung ist vorliegend auch hinsichtlich der Vergütungsabrede erfolgt. Neben der zwischen den Parteien unstreitigen Vereinbarung einer Grundvergütung in Höhe von 0,- € brutto haben die Parteien unter Ziff. III. der AVB des Arbeitsvertrages vom 30.01.2007 eine im Versicherungsbereich übliche und rechtlich zulässige erfolgsabhängige Vergütung über eine Einheitenbewertung sowohl für die Vermittlungs- als auch für die Bestandserhaltungstätigkeit vereinbart (vgl. Ziff. III. A. Ziff. 11 der AVB). Die Zulässigkeit einer derartigen erfolgsabhängigen Provisionsvereinbarung folgt aus § 65 i. V. m. § 85 Abs. 1 u. 3 sowie §§ 87 a bis 87 c HGB.

Die Entgeltabrede kann dabei für einen Handlungsgehilfen in der Weise erfolgen, dass - wie vorliegend geschehen - ein monatlicher Mindestverdienst vorgesehen ist, der mit Provisionsansprüchen verrechnet wird. Bei Tarifbindung, die vorliegend nicht vorgetragen ist, muss das monatliche Fixum mindestens das tarifliche Entgelt erreichen. Dies ist vorliegend, unbeschadet der Frage der Tarifbindung, ebenfalls der Fall. Im Übrigen kann der Arbeitnehmer auf reiner Provisionsbasis entlohnt werden. Die Vergütungsabrede ist erst dann gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn der Arbeitnehmer nach den betrieblichen Verhältnissen trotz ausreichender Mühe kein angemessenes Entgelt für seine Arbeit verdienen kann, wofür er die Beweislast trägt (vgl. BAG v. 14.11.1966, AP HGB § 65 Nr. 4; LAG Berlin v. 03.11.1986, AP HGB § 65 Nr. 14; MüKo HGB/von Hoyningen-Huene, § 65 Rn. 11).

Der Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung ist es immanent, dass damit der Arbeitnehmer einen Teil des Betriebsrisikos übernimmt. Dies macht auch der Verweis in § 65 HGB u. a. auf § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB „Abgeschlossene Geschäfte“ und auf § 87 Abs. 2 HGB „Rückgewährung bei Nichtleistung durch den Dritten“ deutlich.

Will der Arbeitnehmer das hieraus resultierende Risiko nicht oder nicht vollständig übernehmen, ist er auf eine Vertragsgestaltung i. S. einer Garantieprovision angewiesen. Dies ist vorliegend über die Gewährung einer Grundvergütung geschehen. Darüber hinausgehende Absicherungen hätten eigener vertraglicher Vereinbarungen bedurft, dies ist vorliegend nicht geschehen.

**bb) Keine betriebliche Übung:**

Eine entsprechende Vereinbarung ist auch nicht durch eine vom Kläger behauptete betriebliche Übung gegeben.

Er stützt sich dabei auf eine „immanente Schwelle“ der Zahl der Vorwerber sowie auf einen Anspruch auf ein bestimmtes Entgeltniveau. Dabei benennt er aber weder eine konkrete Schwellengrenze noch ein bestimmtes Entgeltniveau näher. Die betriebliche Übung ist aber gerade geprägt durch ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, aus dem der Arbeitnehmer einen Vertrauenstatbestand nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) und unter Berücksichtigung aller Begleitumstände ableiten durfte. Dabei ist ein objektiver Beurteilungsmaßstab und nicht die subjektive Bewertung durch den einzelbetroffenen Arbeitnehmer zugrunde zu legen. Es ist auch zu beachten, dass ein Bindungswille des Arbeitgebers bei Gegenständen, die die Organisation des Betriebs oder das Direktionsrecht des Arbeitgebers betreffen, nur ausnahmsweise anzunehmen ist (vgl. BAG v. 21.01.1997, AP BetrVG 1972, § 77 Nr. 64).

Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang lediglich darauf, dass die Beklagte bei bereits in der Vergangenheit schwankenden Vorwerberzahlen jedenfalls deutlich mehr Vorwerber in seinem Tätigkeitsgebiet eingesetzt habe, als dies zuletzt der Fall gewesen sei. Da die Zahl der Vorwerber - auch für der Kläger erkennbar - vom jeweiligen Marktgeschehen und den vom Arbeitgeber verfolgten Organisationsstrategien abhängt, vermag er

auch nicht im Einzelnen und näher Tatsachen anzugeben, bei welcher Untergrenze von Vorwerbem und von diesen vermittelten Terminen die Eingreifschwelle für die behauptete betriebliche Übung vorhanden sein soll. Hinzutritt, dass der Kläger ebenfalls wusste, dass der sog. duale Zugangsweg auch von der Mitwirkung eines Dritten, nämlich dem Bd., abhing. Handlungsoptionen Dritter, am Arbeitsverhältnis nicht unmittelbar Beteiligter, können aber keine unmittelbaren Vertrauenstatbestände zu Lasten der Arbeitgeberseite begründen.

Schließlich verbleibt es auch in diesem Zusammenhang dabei, dass aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung ein Vertrauenstatbestand, der die Erfolgsabhängigkeit an zusätzliche, vertraglich nicht vereinbarte Vorleistungsverpflichtungen des Arbeitgebers anknüpft, nur ausnahmsweise in Betracht kommen kann (vgl. BAG v. 26.09.2007, NZA 2007, 109). Für das Vorliegen eines derartigen Ausnahmefalls reichen die Sachdarstellungen des Klägers jedoch nicht aus. So begründet er nicht näher, worauf er den von ihm angelegten Referenzzeitraum bezieht, ebenso wenig kann er eine nur annähernde, einer gleichartigen betrieblichen Übung zukommende Relation zwischen der Zahl der Beauftragten und der werthaltigen Termine darstellen. Im Gegenteil: Die von ihm zuletzt mit Stand April 2010 vorgelegte Auswertung der Bd.-Beauftragten mit einer Gesamtzahl von 15 macht die fehlende Belastbarkeit des Zahlenwerks hin zu einer betrieblichen Übung ebenso deutlich wie sein Sachvortrag zur unterschiedlichen Qualität der vermittelten Termine, die wiederum auf unterschiedliche Ausgangsfaktoren wie fehlende Bonität der Kunden oder fehlende Qualität der Beauftragten zurückgeführt werden.

Dabei negiert der Kläger auch mit einer un schlüssigen Begründung den plausibel vorge tragenen Einbruch im Vermittlungsgeschäft aufgrund der steuerrechtlichen Änderungen sowie der Marktsituation in Bezug auf die Marktkonkurrenten. Wenn er in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass unabhängig von der Marktsituation die hohe Qualität der Beratung das durchschlagende Verkaufsargument bei den Kunden gewesen sei, kann dies doch nur bei den tatsächlich vermittelten und besuchten Kunden gelten. Wenn aber die vom Kläger selbst aufgestellte Prämisse „Weniger Kunden gleich geringerer Umsatz“, wie naheliegend, gilt, kann er nicht das allgemeine Marktgeschehen im Vorfeld seiner Be-

ratungstätigkeit ausblenden. Ein Bindungswille der Beklagten, unabhängig vom Markt und seinen Entwicklungen, lässt sich damit nicht darstellen.

## **2. Keine Pflichtverletzung:**

Da, wie dargestellt, zwischen den Vertragsparteien eine bestimmte Mindestzahl von Vorwerbern bzw. eine bestimmte Mindesthöhe der erfolgsabhängigen Vergütung nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen geworden ist, stellt der Rückgang der Zahl der beauftragten Vorwerber und der Rückgang in der erfolgsabhängigen Vergütung des Klägers keine schadensersatzauslösende Pflichtverletzung i. S. d. §§ 280 Abs. 1, 252 BGB seitens der Beklagten dar. Dahinstehen kann in diesem Zusammenhang, dass er mit seinem Sachvortrag auch nicht eine hinreichende Kausalität zu den haftungsbegründenden und insbesondere den -ausfüllenden Tatbeständen darzustellen vermag. Dies gilt zunächst für den Hauptantrag, der hinsichtlich der Schadenshöhe auf Sozialplanregelungen verweist, die anderen tatbestandlichen Voraussetzungen und anderen zeitlichen Zuordnungen folgen. Für seinen Hilfsantrag blendet der Kläger den unstreitig gebliebenen Sachvortrag der Beklagten aus, wonach seine erfolgsabhängige Vergütung im Jahr 2009 wiederum in etwa den Wert des Jahres 2006 erreicht habe, wobei auch die Bestandsboni eine relativ gleichbleibende Größenordnung in etwa der Höhe der fixen Grundvergütung darstellten.

Die Beklagte hat auch nicht anderweitig gegen Vertragsverpflichtungen verstoßen. Der Kläger ist der Beklagten in ihrem Sachvortrag, dass die Kundenwerbung durch den Juni-orsalespartner Be. ein singulärer Einzelfall gewesen sei, nicht entgegengetreten. Abgesehen davon, dass dieser Einzelfall nicht einen Kunden des Klägers betraf, kann mit diesem Einzelfall nicht belegt werden, dass die Beklagte, wie er meint, ihn bewusst schädigen will.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass zwischen den Parteien ein Gebiets- oder Kundenschutz gerade einzelvertraglich nicht vereinbart ist. Dies ist auch ausdrücklich im Arbeitsvertrag vom 19.08.2002 entsprechend festgehalten.

### **3. Kein Verstoß gegen arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht:**

Aus einem Schuldverhältnis erwachsen den Vertragsparteien nicht nur Leistungs-, sondern auch Verhaltenspflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte, die Rechtsgüter und die Interessen des anderen Teils (§ 241 Abs. 1 BGB).

Die Rücksichtnahmepflichten bestehen allerdings regelmäßig nur im Rahmen der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und als Nebenpflichten zu den beiderseitigen Hauptleistungspflichten.

Die äußere Grenze der Rücksichtnahmepflichten bildet allerdings der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Arbeitgeber ist keineswegs verpflichtet, bei der Rücksicht auf den Arbeitnehmer die eigenen schutzwerten Interessen zu vernachlässigen. Notwendig ist eine Interessenabwägung, ob das Schutzinteresse des Arbeitnehmers das Eigeninteresse des Arbeitgebers überwiegt, d. h. aus Sicht eines verständigen Dritten angemessen erscheint (vgl. BAG v. 10.07.1991, BB 1992, 211).

Wenn der Kläger darauf verweist, die Beklagte hätte das Grundgehalt erhöhen müssen, wenn sie nicht für ein angemessenes Verhältnis von Vorwerbern zu Beratern Sorge, bezieht er sich unmittelbar auf die in Synallagma stehenden Hauptleistungspflichten beider Seiten. Nachdem aber die beiderseitigen Hauptleistungspflichten bereits abschließend vertraglich geregelt sind, kann er nicht über die Rücksichtnahmeverpflichtungen eine ausstehende Änderung der Hauptpflichten allein zu seinen Gunsten durchsetzen. Dabei übersieht er auch, dass im Falle des § 241 Abs. 1 BGB beiderseitige Verhaltenspflichten zur Rücksichtnahme bestehen. Insoweit kann die grundsätzlich der Arbeitgeberseite zukommende freie unternehmerische Entscheidung, mit welchen Organisationsstrukturen sie den Betriebsablauf gestalten will, nicht außer Acht bleiben. Dabei kann der Kläger ebenso nicht mit seinen Einwänden dahingehend gehört werden, dass er aus seiner Sicht bessere, am Markt erfolgreicher durchsetzbarere, Organisationskonzepte aufzeigen könnte. Insoweit obliegt es auch der von ihm nicht beeinflussbaren Organisationshoheit der Beklagten, ob und in welchem Umfang sie sich von bisherigen Mitarbeitern im Zuarbeitungsbereich des Klägers trennt oder nicht.

Wenn schon im existenzielleren Bereich der Kündigung von Arbeitsverhältnissen es grundsätzlich der nur in engen Grenzen der Missbrauchs- und Willkürkontrolle unterfallenden freien unternehmerischen Entscheidung obliegt, mit welcher Personalausstattung und mit welchem Organisationskonzept die Unternehmensziele erreicht werden sollen, gilt dies erst Recht für den vorliegenden Bereich möglicher mittelbarer Auswirkungen und Organisationsentscheidungen auf erfolgsabhängige Vergütungen.

#### **4. Kein Eingriff in den geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses:**

Ein Eingriff in den durch die gesetzliche Änderungskündigungsschutzregelung geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses ist dann gegeben, wenn die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ihrem Inhalt und Umfang nach in einer sich unmittelbar auf die Vergütung auswirkenden Weise geändert wird und damit sowohl Leistung als auch Gegenleistung eine Veränderung erfahren (vgl. BAG v. 21.04.1993, 7 AZR 297/92).

Dies ist vorliegend nicht der Fall, da, wie bereits dargestellt, eine vertragliche Änderung der Arbeitspflicht des Klägers ihrem Inhalt und Umfang nach nicht erfolgt ist. Eine dem Direktionsrecht zugehörige Änderung der Zuweisung seiner Tätigkeit zur Kundenwerbung im Bereich des Zugangswegs Bd. ist im streitgegenständlichen Zeitraum nicht erfolgt. Damit ist auch nicht die von ihm angezogene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28.05.1997 (5 AZR 125/96, zit. n. Juris) einschlägig, wonach die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem Arbeitnehmer im Einzelfall nicht zu einer grundlegenden Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung führen darf.

#### **5. Kein Annahmeverzug:**

Der Kläger kann seine Zahlungsansprüche auch nicht auf die Grundsätze des Annahmeverzugs gem. § 615 BGB stützen. Die Beklagte befand sich nicht gem. § 296 Satz 1 BGB in Gläubigerverzug, weil, wie bereits dargestellt, der Kläger keinen vertraglichen Anspruch auf die Zurverfügungstellung einer Mindestzahl von Kundenterminen hat. Wenn er sich bei dieser Vertragslage darauf verlässt, dass die Beklagte ihm ausreichend werthaltige Termine jeweils am Freitag zur Verfügung stellt, kann er sie mit seinem Erscheinen zum Verteilungstermin nicht in Annahmeverzug setzen, da dieses Erscheinen nicht seine gem.

Ziff. I. 2. der AVB des Arbeitsvertrages vom 30.01.2007 ihr gegenüber geschuldete Arbeitsleistung darstellt.

#### **6. Keine Unmöglichkeit:**

Unabhängig davon, dass der Kläger aus der von ihm behaupteten (Teil-)Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB keinen Zahlungsanspruch ableiten kann, liegt die behauptete Unmöglichkeit auch nicht vor. Es ist ihm nicht subjektiv unmöglich, die arbeitsvertraglich vereinbarte Werbetätigkeit ohne zur Verfügung gestellte Termine und Kundenadressen auszuüben.

Er trägt hierzu lediglich vor, dass dies bisher noch nie im Arbeitsverhältnis so gelebt worden und es ihm auch unzumutbar sei, eine sog. Kaltakquise durchzuführen. Dies belegt jedoch in keiner Weise die Unmöglichkeit der Durchführung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung, die sich ohnehin nur auf die Werbetätigkeit und nicht unmittelbar auf den Werbeerfolg erstreckt. Außerdem kann die Unzumutbarkeit nicht nachvollzogen werden, da er im gesamten Zuständigkeitsgebiet der Filialdirektion Mü. tätig werden kann, wenn auch nicht tätig werden muss.

Daher scheidet auch eine Teilunmöglichkeit aus, die eine Teilbarkeit der Leistung voraussetzt und der vollständigen Unmöglichkeit nur gleichsteht, wenn nur die vollständige Leistung dem Vertragszweck entspricht und eine Teilleistung für den Gläubiger sinnlos ist (vgl. Palandt/Rueneberg, BGB, 69. Aufl., § 275 Rn. 7 m. w. N.).

#### **7. Keine Ansprüche aus dem Sozialplan:**

Der Kläger hat keine Einzeltatsachen vorgetragen, aus denen sich die tatbestandlichen Voraussetzungen ergäben, die zu einem Anspruch gem. Ziff. 7.2 des Sozialplans (Außendienst) vom 10.04.1990 führen könnten. Gem. Ziff. 7.2 des vorgenannten Sozialplans werden Einkommensverluste im Rahmen der nachfolgenden Bestimmungen ausgeglichen. Nach Ziff. 7.2.1 erfolgt ein Ausgleich bei verändertem Einsatz, nach Ziff. 7.2.2 bei Versetzung unterstellter/betreuter Vermittler und nach Ziff. 7.2.3 bei einer Einkommensminderung durch Funktionsverlust. Keiner der vorgenannten Fälle ist vom Kläger den

zugrunde liegenden Tatsachen nach vorgetragen. Dass er selbst davon ausgeht, dass die Sozialplanregelung auf ihn keine Anwendung findet, ergibt sich auch aus seinem eigenen Sachvortrag in der Klage, wonach der Gesamtbetriebsrat die Installation einer Einigungsstelle zur Überwindung eines Abstimmungs-Patts zwischen Sozialplankommission und der Arbeitgeberseite hinsichtlich von Entschädigungswünschen einzelner Arbeitnehmer, darunter auch dem Kläger, abgelehnt habe.

#### **8. Keine Sittenwidrigkeit:**

Die Entgeltabrede der Parteien ist nicht gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig. Bei einer grundsätzlich zulässigen erfolgsabhängigen Vergütung kann Sittenwidrigkeit erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer nach den betrieblichen Verhältnissen trotz ausreichender Mühe kein angemessenes Entgelt für seine Arbeit verdienen kann, wofür er die Beweislast trägt (vgl. MüKo/Arbeitsrecht-Krause, 3. Aufl., § 58 Rn. 4 m. w. N.). Die vom Kläger vorgetragene Gesamteinkommensentwicklung, insbesondere seiner erfolgsabhängigen Vergütung, kann nicht belegen, dass vorliegend die Grenze der Sittenwidrigkeit bereits überschritten wäre. So hat er auch in den umsatzschwächsten Jahren ein Gesamtbruttoeinkommen in Höhe eines Mehrfachen der Grundvergütung bei Anlehnung an die Tarifvergütung erhalten. Damit hat sich nur das Risiko bei erfolgsabhängigen Vergütungen verwirklicht, dass neben der Chance auf eine überdurchschnittliche Vergütung die damit korrespondierende Volatilität der Vergütungserwartung steht.

Eine Sittenwidrigkeit wird auch nicht durch die bloße Behauptung des Klägers, dass die Beklagte ihn „das Wasser abgrabe“, belegt. Dem steht schon entgegen, dass sich seine erfolgsabhängigen Vergütungen im Jahr 2009, bezogen auf das Vorjahr, wieder deutlich gesteigert haben. Dabei ist es nicht entscheidend, ob das bessere Ergebnis durch einen Abschluss mit einem Großkunden entstanden ist. Hinzutritt, dass der Kläger negiert, dass die Beklagte mit einem von ihm unterstellten Vorgehen sich das eigene Wasser in Bezug auf ein Neukundengeschäft „mit abgraben“ würde.

**9. Kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot:**

Zunächst bezieht sich der Einwand des Klägers, dass andere Außendienstmitarbeiter gegen Abfindung ausscheiden dürften und ihm dies verwehrt werde, grundsätzlich auf sein nicht mehr in die Berufung gelangtes Abfindungsbegehren. Für den weiteren Schluss, ihm müsse unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes zumindest eine Ausgleichszahlung für erlittene Gehaltseinbußen gewährt werden, trägt er weder Tatsächliches zu vergleichbaren Sachverhalten vor noch ist hierzu eine Anspruchsgrundlage rechtlich erkennbar. Wie bereits dargestellt, ist das streitgegenständliche Problem der Gehaltseinbußen im Bereich der erfolgsabhängigen Vergütung durch Umsatzrückgänge gerade kollektivrechtlich nicht geregelt worden. Im Übrigen liegt der sachliche Differenzierungsgrund für die mit Abfindung ausgeschiedenen Außendienstmitarbeiter in der Betriebsvereinbarung und dem dort geregelten Zustimmungsvorbehalt durch die Sozialplankommission.

**10. Keine weiteren Mängel des Ersturteils:**

Soweit der Kläger in einer wenig strukturierten Zusammenfassung weitere Mängel des Ersturteils beanstandet, sind diese nicht gegeben.

**a)** Selbst wenn die Zahl der Vorwerber im Stadtgebiet Mü. und im weiteren Umfeld von Mü. auf drei zurückgegangen sein sollte, stellt dies aufgrund der voran dargestellten Vertragssituation keinen arbeitsvertraglichen Pflichtenverstoß der Beklagten dar. Weder ist arbeitsvertraglich eine Mindestanzahl von Vorwerbern noch deren Einsatz im vom Kläger für zumutbar gehaltenen Großraum Mü. vorgesehen. Aufgrund der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, dass er nicht verpflichtet ist, über das ursprüngliche Vertragsgebiet der Regionaldirektion hinaus tätig zu werden, obliegt es seiner Entscheidungsfreiheit, ob er vom Reiseaufwand als unlukrativ angesehene Termine wahrnimmt oder nicht.

**b)** Soweit der Kläger darauf - erneut - abhebt, dass er wegen der im Stadtgebiet Mü. und Umgebung nur drei eingesetzten Vorwerbern seine Arbeitsleistung kaum erbringen kann, begründet dies - wie bereits dargestellt - weder eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, stellt keine sittenwidrige Vertragsgestaltung dar und führt nicht zu einer wie auch immer gearteten Überschreitung billigen Ermessens. Auch in der Berufung führt er nicht

näher aus, warum ihn die arbeitsvertraglich grundsätzlich geschuldete Eigenakquise unzumutbar sein sollte, wobei auch nicht ersichtlich ist, wodurch er bei unmittelbar durch den Bd. für die dortigen Verbandszwecke geworbenen Kunden aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für eine Ansprache in Eigeninitiative „gesperrt“ sein sollte.

**c)** Soweit der Kläger vorträgt, er könne mit Bestandskunden keine weiteren Verträge schließen, fehlt hierzu konkreter, substantzierter Sachvortrag. Arbeitsvertraglich steht ihm gem. Ziff. I. 2., 2. Abs. der in Bezug genommenen AVB des Arbeitsvertrages vom 30.01.2007 die Verpflichtung, aber zugleich auch Berechtigung zur Betreuung der vermittelten Bestandskunden für drei Jahre zu. Er hat nicht dargelegt, in welchen konkreten Fällen ihm dies verwehrt worden sein soll, außerdem bezieht sich seine aufgemachte Schadensberechnung auch nicht hierauf. Zudem ist ein ausdrücklicher Gebiets- oder Kundenschutz arbeitsvertraglich gerade nicht vereinbart.

**d)** Soweit der Kläger darauf hinweist, dass nur bei der Beklagten die Umsätze im Lebensversicherungsmarkt zurückgingen, während dies bei den Konkurrenzunternehmen nicht der Fall sei und diese zunehmend das Geschäft der Beklagten übernehmen würden, beklagt er damit lediglich das Prinzip des freien Wettbewerbs, ohne damit nur ansatzweise haftungsbegründenden Tatsachenvortrag zu liefern.

**e)** Der Hinweis auf eine Geschlechtsdiskriminierung, weil im Innendienst fast ausschließlich Frauen beschäftigt würden, berührt allenfalls den Bereich des nicht mehr in die Berufung gelangten behaupteten Anspruchs auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages gegen Abfindungszahlung. Wenn der Kläger zu guter Letzt meint, noch zur Altersdiskriminierung vortragen zu „müssen“ und dabei auf die Werbekampagne der Beklagten abstellt, berührt dies wiederum letztlich die verwehrt und in der Berufung nicht mehr streitgegenständliche Abfindungslösung. Außerdem erscheint ein Verstoß gegen eine Alters- oder Geschlechtsdiskriminierung durch die beanstandete Werbekampagne ebenso bemüht wie entfernt.

- 29 -

**III.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

**IV.**

Die Revision war für den Kläger gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen, da die Rechtsfrage, ob und in welchem Umfang bei erfolgsabhängigen Vergütungen immanente Schranken und Verpflichtungen zur Mitwirkung seitens des Arbeitgebers bestehen, als von grundsätzlicher Bedeutung angesehen wird.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

- 30 -

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Müller

Rieden

Krahl