

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 6 Sa 83/22**

2 Ca 583 a/21 ArbG Neumünster  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 6.Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... und die ehrenamtlichen Richter ... und ... auf die mündliche Verhandlung vom 28.06.2023

**für Recht erkannt:**

**Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 27.04.2022 – 2 Ca 583 a/21 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.**

**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 über die Höhe der dem Kläger ab dem Jahr 2021 bei 100%-iger Zielerreichung zu zahlenden erfolgsabhängigen Vergütung.

Die Beklagte, ein Unternehmen der Chemischen Industrie, gehört zum internationalen J... & J... Konzern. In ihrem Außendienst beschäftigt sie etwa 490 Arbeitnehmer, darunter den Kläger. Der Außendienst gliedert sich in verschiedene B... U... bzw. Geschäftsbereiche. Der Kläger arbeitet in der B... U... D... und zählt zu den sog. „Sales Reps“. Er war ursprünglich bei der Fa. S... GmbH beschäftigt. Nach dem mit der Fa. S... GmbH geschlossenen Arbeitsvertrag vom 11./15.07.2008 und der gleichzeitig geschlossenen Provisionsvereinbarung hatte der Kläger Anspruch auf ein festes Monatsgehalt und daneben auf „Provisionen aus dem jeweils gültigen Provisionssystem“. In der Provisionsvereinbarung heißt es u.a.: „Derzeit ist bei einer Zielerreichung von 100 % eine Jahresprovision in Höhe von 25.000 € brutto erreichbar. Die Ziele werden auf der Grundlage einer realistischen Vorplanung jährlich neu definiert“. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ging zum 01.07.2014 im Wege eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Im Unterrichtungsschreiben vom 27.6.2014 (Anlage K 8) zum Betriebsübergang teilte die Beklagte Folgendes mit:

„Unverändert bleibt auch die erfolgsabhängige Vergütung, also Ihre Provision.“

Im Betrieb der Beklagten gilt eine „Rahmenbetriebsvereinbarung über variable Vergütung von Vertriebsmitarbeitern“ vom 31.03.2015 (Anlage K 3, im Folgenden „RBV“). Dort heißt es unter Ziff. 2:

„Vergütungsstruktur

(1) Die Vergütung der Arbeitnehmer des Außendienstes besteht grundsätzlich aus zwei Vergütungsbestandteilen, einem fixen Vergütungsbestandteil und einem variablen Bestandteil.

(2) Die Höhe des fixen Vergütungsbestandteils ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag ...

(3) Jährliche BU-bezogene Provisionssysteme: Für die im Betrieb N... ansässigen B... U... gelten unterschiedliche Provisionssysteme. Die Provisionssysteme sind auf das Kalenderjahr befristet. Der Arbeitgeber stellt dem Betriebsrat die BU-bezogenen Provisionssysteme für das Folgejahr vor Ablauf des laufenden Jahres, spätestens im Februar des Folgejahres, vor.

(4) Die Provisionssysteme sind mitbestimmt; sie bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Betriebsrats. Die generelle „Provisionssystematik“ wird bis Mitte/Ende Januar des Folgejahres vorgestellt.“

Auf dieser Grundlage verhandeln die Betriebspartner jährlich auf die B... U... bezogene Provisionsmodelle. Vereinbart werden u.a. Progressionswerte und Auszahlungsschwellen. Beispielhaft wird auf die Anlagen C... 1 und 4 verwiesen.

Die Arbeitsvertragsparteien trafen für jedes Kalenderjahr eine Zielvereinbarung, die zuletzt nicht immer unterschrieben wurde. Über die Höhe der bei Erreichung eines bestimmten Zielerreichungsgrads zu zahlende Provision verhandelten sie in dem Zusammenhang nicht. Allerdings wurde der bei 100%-iger Zielerreichung zu zahlende Betrag in der Zielvereinbarung erwähnt.

Die Zielprovision belief sich zumindest seit 2015 bei 100%-iger Erreichung der Ziele (Zielerreichungsgrad 100 %) auf 40.000,00 EUR brutto. Bei einem geringeren Zielerreichungsgrad wurde weniger gezahlt, bei höherem Zielerreichungsgrad wurde eine Übererfüllungsprämie gezahlt nach Maßgabe der im betreffenden Jahr geltenden Progressionsskala.

Anfang des Jahres 2021 kündigte die Beklagte an, die Provision für sämtliche Mitarbeiter ihrer drei Geschäftsbereiche „E...“, „C...“ und „D...“ zu vereinheitlichen. Das „Provisionsmodell“ für 2021 sieht in seiner letzten mit dem Betriebsrat vereinbarten Version für die Gruppe der Sales Rep bei einem Zielerreichungsgrad (ZEG) von 100 % eine Provision in Höhe von 36.000,- EUR vor, im Kalenderjahr 2022 eine Provision

von 34.000,- EUR und im Kalenderjahr 2023 sowie in allen folgenden Kalenderjahren nur noch eine Provision in Höhe von 32.000,- EUR.

Hiergegen hat sich der Kläger mit der vorliegenden Klage gewandt und gemeint, er habe weiterhin Anspruch auf einen „Provisionstopf“ von 40.000,00 EUR. Der jährlich zur Verfügung stehende „Provisionstopf“ sei Teil der vertraglichen Vergütungsabrede und nicht Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats. Einer kollektiven Regelung sei nur das Provisionssystem und nicht der Provisionstopf zugänglich. Der vertragliche Anspruch ergebe sich jedenfalls aus der Unterrichtung über den Betriebsübergang vom 27.06.2014. Darin sei ihm die Beibehaltung des Provisionstopfes zugesagt worden. Zudem habe sich das jahrelange gleichförmige Verhalten der Beklagten zu einer betrieblichen Übung verfestigt. Aus diesem Verhalten könnten der Kläger und seine Kollegen schließen, ihnen solle die Vergünstigung (Provisionstopf in bestimmter Höhe) dauerhaft gewährt werden. Jedenfalls habe sich eine individuelle Übung etabliert. Diese dürfe die Beklagte nicht einseitig ändern.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Feststellungsantrag sei unzulässig und die Klage im Übrigen unbegründet. Sie stelle mitbestimmungsfrei einen „Gesamtprovisionstopf“ bereit, über dessen Verteilung sie Jahr für Jahr gemeinsam mit dem Betriebsrat entscheide. Die bei 100%-iger Zielerreichung erreichbare Provision sei ein Ergebnis dieser mitbestimmten Verteilungsentscheidung. Arbeitgeberseitig werde also ein Gesamtprovisionstopf vorgegeben, aus dem sich durch die mitbestimmte Verteilungsentscheidung die individuellen Provisionstöpfe ergeben würden. Die Beklagte hat gemeint, der Kläger habe mangels entsprechender Vereinbarung keinen kollektiv-rechtlichen Anspruch auf einen Provisionstopf in Höhe von 40.000,- EUR. Es sei auch keine betriebliche Übung entstanden, da die Beklagte bei der Gewährung der Provisionstöpfe lediglich kollektiv-rechtliche Regelungen umgesetzt habe. Alle Parameter des jährlichen Provisionssystems hätten „unter Mitbestimmungsvorbehalt“ gestanden.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien im ersten Rechtszug und ihrer dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der auf Feststellung gerichtete Antrag, dass für die Jahre 2021, 2022 und 2023 ein Provisionstopf in Höhe von 40.000,- EUR anzuwenden sei, sei für das Jahr 2021 wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig. Im Übrigen sei die Feststellungsklage, wie auch die hilfsweise erhobene Zahlungsklage, zulässig aber unbegründet. Dem Kläger stehe eine jährliche Zielprovision von 40.000,- EUR nicht zu. Die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung seien nicht erfüllt. Insbesondere liege kein Verhalten vor, aus dem der Kläger unter Berücksichtigung aller Begleitumstände auf einen Bindungswillen der Beklagten schließen durfte. Für den Kläger sei ersichtlich gewesen, dass sowohl die Zielvereinbarungen, in der der Provisionstopf genannt worden sei, als auch das "Provisionsmodell" stets auf ein Jahr befristet gewesen seien. Insofern sei es letztlich unerheblich, ob der Provisionstopf Teil des mitbestimmten Provisionssystems gewesen sei. Eine andere individualrechtliche oder kollektivrechtliche Anspruchsgrundlage gebe es nicht. Insbesondere lasse sich ein Anspruch auch nicht aus dem Informationsschreiben über den Betriebsübergang herleiten.

Gegen das ihm am 20.05.2022 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 23.05.2022 Berufung eingelegt und diese am 15.07.2022 begründet.

Er hält seine Feststellungsklage insgesamt für zulässig. Einer sukzessiven Umstellung auf eine Leistungsklage habe es nicht bedurft. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe er aufgrund betrieblicher bzw. individueller Übung Anspruch auf Beibehaltung des Provisionstopfs von 40.000,- EUR bei 100%-iger Zielerreichung. Das habe eine andere Kammer des Arbeitsgerichts in einem Parallelfall zutreffend entschieden. Für die variable Vergütung seien das Provisionssystem, die Zielvereinbarung und der Provisionstopf maßgebend. Letzterer sei individualrechtlich geschuldet und weder Gegenstand des mitbestimmten Provisionssystems noch der Zielvereinbarung zwischen Regionalvertriebsleiter und Außendienstmitarbeiter. Aufgrund der jahrelangen vorbehaltlosen und nicht verhandelten Zugrundelegung eines Provisionstopfs in Höhe von 40.000,- EUR bei 100%-iger Zielerreichung habe der Kläger auf einen entsprechenden Bindungswillen der Beklagten schließen dürfen. Der Provi-

sionstopf sei einmal ausgehandelt worden und seither integraler Bestandteil der Vergütung. Die jährliche Wiedergabe auf dem Formular der Zielvereinbarung bedeute nicht, dass hierüber stets neu verhandelt worden ist.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Neumünster vom 27.04.2022, zugestellt am 20.05.2022, Az. 2 Ca 583 a/21, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegenüber dem Kläger bei der Berechnung seiner Provision für die Jahre 2021, 2022 und 2023 und darüber hinaus jeweils einen Provisionstopf von 40.000,00 EUR (jeweils bezogen auf einen Zielerreichungsgrad von 100%) anzuwenden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Das Arbeitsgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klage sei insgesamt unzulässig und im Übrigen unbegründet. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, auf das Arbeitsverhältnis des Klägers auch zukünftig einen "Provisionstopf" in Höhe von 40.000,- EUR bei einer Zielerreichung von 100 % anzuwenden. Es fehle an einer entsprechenden Anspruchsgrundlage. Der Kläger könne sein Begehren insbesondere nicht auf eine betriebliche oder individuelle Übung stützen, da die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Es liege kein Arbeitgeberverhalten vor, aus dem der Kläger folgern konnte, ihm solle auf Dauer eine Zielprovision von 40.000,- EUR "gewährt" werden. Die Zielprovision, der vom Kläger sog. Provisionstopf, sei Teil des mitbestimmten Provisionsystems und keine „Leistung“ der Beklagten. Im Kern wende sich der Kläger also gegen eine mitbestimmte Verteilungsentscheidung, die den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Gesamtdotierungsrahmen zur Gewährung einer erfolgsabhängigen Vergütung im Außendienst des Unternehmens neu strukturiere.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**A.** Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 1 und 2, 66 Abs. 1 ArbGG i.A. §§ 519 ff. ZPO.

**B.** Die Berufung ist jedoch unbegründet. Die zuletzt vom Kläger noch verfolgte Feststellungsklage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

I. Der Feststellungsantrag ist zulässig.

1. Zu den Begrifflichkeiten ist festzuhalten, dass die dem Kläger individualrechtlich zugesagte erfolgsabhängige Vergütung im Arbeitsvertrag und der Provisionsvereinbarung, aber auch in der Rahmenbetriebsvereinbarung (RBV), in den ab dem Jahre 2021 geltenden mitbestimmten Regelungen (vgl. Anlagen C... 1 und 4) und in sämtlichen Schriftsätzen als „Provision“ bezeichnet wird. Zur Berechnung dieser Provision sind die Begriffe „Provisionsbudget“ als Summe aller ausgezahlten bzw. auszahlenden Provisionen (vgl. Ziff. 3.7 RBV), „Provisionssysteme“ (die auf das Kalenderjahr befristet sind, vgl. Ziff. 2 Abs. 3 und 4 RBV) und „Provisionstopf“ auseinanderzuhalten. Als Provisionstopf bezeichnet der Kläger den individuellen Ausgangspunkt für die Berechnung der zustehenden Provision (Provision bei 100 %iger Zielerreichung). Die Beklagte nennt diesen Ausgangspunkt auch „Zielbonusbetrag“ (s. Anlagen C... 1 und 4). Die Parteien streiten darüber, ob dieser Punkt Gegenstand des Provisionsystems ist oder nicht. Schließlich findet sich in Ziff. 3 RBV noch der Begriff „Provisionsziel“. Damit sind die jeweils individuell zu erreichenden Umsätze bzw. Parameter gemeint, die einer Zielerreichung von 100 % entsprechen. Zwischen den Parteien ist strittig, ob diese Provisionsziele einseitig durch den Arbeitgeber - gegebenenfalls mitbestimmt - (so die Beklagte) oder einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer als Zielvereinbarung (so der Kläger) festgelegt werden.

2. Dem Kläger geht es nach seinem gesamten erst- und zweitinstanzlichen Vortrag um die Feststellung, dass ihm bei 100%-iger Zielerreichung ein Betrag von 40.000,-

EUR brutto zusätzlich zu seinem Festgehalt zusteht, und zwar ab dem Jahr 2021 und darüber hinaus.

Dafür spricht schon der Antragswortlaut. Dort ist von der Feststellung der Höhe des „Provisionstopfs“ die Rede. Mit der Formulierung, dass bei der Provisionsberechnung ein „Provisionstopf von 40.000,- EUR (jeweils bezogen auf einen Zielerreichungsgrad von 100%) anzuwenden“ sei, trägt er dem Umstand Rechnung, dass die tatsächliche Provisionshöhe vom Zielerreichungsgrad (über oder unter 100 %) im jeweiligen Jahr abhängt. Die weiteren Regelungen des Provisionsmodells sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits, wie der Kläger im Berufungstermin nochmals betont hat.

Auch in seiner Berufungsbegründung hat der Kläger deutlich gemacht, dass er mit seinem Feststellungsantrag klären will, ob die Beklagte individualrechtlich verpflichtet ist, ihm Jahr für Jahr einen mit 40.000,- EUR dotierten Provisionstopf zur Verfügung zu stellen. Der Kläger stützt sein Begehren auf keine kollektive Anspruchsgrundlage, etwa die RBV. Er macht auch keine übliche Vergütung im Sinne von § 612 Abs. 2 BGB wegen mangelnder Festlegung der (variablen) Vergütung geltend oder Schadensersatz wegen unterlassener Festsetzung der für die Berechnung der Provision notwendigen Parameter, denn diese wurden verhandelt bzw. vorgegeben. Weiter beansprucht der Kläger keine bestimmte Vergütung unter dem Gesichtspunkt einer AGB-rechtlich (§§ 305 ff. BGB) unwirksamen Arbeitsvertragsregelung. Schließlich beruft er sich nicht auf eine unzutreffende Leistungsbestimmung seitens der Beklagten gemäß § 315 Abs. 1 BGB oder verlangt eine entsprechende Bestimmung durch das Gericht gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB.

3. Der so verstandene Feststellungsantrag ist insgesamt zulässig.

a) Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Dabei können nur Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses. Allerdings muss sich die Feststellungsklage nicht auf das Rechtsverhältnis als Ganzes erstrecken. Sie kann sich auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen

aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang der Leistungspflicht beschränken (sog. Elementenfeststellungsklage; BAG 15.11.2011 – 9 AZR 348/10 – Rn. 19).

Eine Feststellungsklage ist wegen des Vorrangs der Leistungsklage grundsätzlich unzulässig, wenn dem Kläger eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar ist. Dieser Grundsatz steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage jedoch nicht entgegen, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu erreichen ist und prozesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (BAG aaO Rn. 22 f.).

b) Hier liegt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor. Der Kläger behauptet, dass ihm ein arbeitsvertraglicher Anspruch auf einen bestimmten Provisionstopf zusteht und damit bei 100%-iger Zielerreichung eine variable Vergütung iHv. 40.000,- EUR. Damit geht es ihm nicht allein um eine interne Rechengröße, die für sich genommen keine Auswirkungen hat, sondern um eine (einzelvertragliche) Festlegung, auf der die weiteren Berechnungsschritte zwingend aufbauen.

Der Kläger hat an der begehrten Feststellung ein rechtliches Interesse i.S.v. § 256 ZPO. Dem steht nicht entgegen, dass er wegen der bereits fälligen Provisionszahlungen für die Jahre 2021 und 2022 Leistungsklage erheben könnte. Eine Klage auf künftige Leistungen – über das Jahr 2022 hinaus - würde scheitern, weil die Ansprüche abhängig von den erreichten Zielen sind. Der Kläger hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der grundsätzlichen Klärung, ob die Provisionsberechnung, so wie hier geschehen, geändert werden konnte oder ob sie – wie er meint – beibehalten werden muss. Diese Frage kann grundsätzlich Gegenstand einer Feststellungsklage sein (vgl. BAG 25.06.1996 – 1 AZR 853/95 – Rn. 20 für einen vergleichbaren Antrag).

II. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass der jährliche Provisionstopf bei 100%-iger Zielerreichung stets auf 40.000,- EUR festgesetzt wird. Dies ergibt sich weder aus seinem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der Provisionsvereinbarung, noch aus individueller oder betrieblicher

Übung. Das Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten hat sich bezüglich des Provisionstopfes auch nicht in der Weise konkretisiert, dass sie verpflichtet ist die Zielprovision jedes Jahr auf 40.000,- EUR festzusetzen.

1. Der Arbeitsvertrag regelt die Dotierung des Provisionstopfes mit 40.000,- EUR nicht. Aufgrund seines Arbeitsvertrags hat der Kläger Anspruch auf ein festes Monatsgehalt und daneben auf „Provisionen aus dem jeweils gültigen Provisionssystem“. In der Provisionsvereinbarung heißt es weiter, dass derzeit bei einer Zielerreichung von 100 % eine Jahresprovision in Höhe von 25.000,- EUR brutto erreichbar ist. Eine Festschreibung der Dotierung mit 40.000,- EUR p.a. fehlt. Die Ausgestaltung der erfolgsabhängigen Vergütung richtet sich somit unter Berücksichtigung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats beim Provisionssystem nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB).

2. Der Kläger kann die begehrte Dotierung des Provisionstopfes auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer individuellen Übung verlangen, da sich eine solche nicht herausgebildet hat.

a) Eine individuelle Übung kommt immer dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber eine Zahlung nur an einen Arbeitnehmer vorgenommen hat und damit – anders als bei der betrieblichen Übung - das kollektive Element fehlt. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer aus einem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers auf ein Angebot schließen konnte, das er gemäß § 151 BGB durch schlüssiges Verhalten angenommen hat (vgl. BAG 14.09.2011 - 10 AZR 526/10 – Rn. 13).

b) Eine individuelle Übung scheidet hier bereits deshalb aus, weil die Beklagte unstreitig gegenüber allen Mitarbeitern des Geschäftsbereichs (B... U...) die variable Vergütung in gleicher Weise berechnet und die Dotierung des Provisionstopfs für alle Mitarbeiter gleich angewandt und über viele Jahre nicht angetastet hat. Insofern hat das Verhalten der Beklagten kollektiven Bezug, wie auch die zahlreichen parallel gelagerten Rechtsstreitigkeiten vor allen Kammern des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein zeigen.

3. Der Kläger kann die begehrte Dotierung des Provisionstopfes nicht aus einer betrieblichen Übung herleiten.

a) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und ob er auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durfte (BAG 25.01.2023 – 10 AZR 109/22 – Rn. 10). Im Wege der Auslegung des Verhaltens des Arbeitgebers ist zu ermitteln, ob die Belegschaft davon ausgehen musste, die Leistung werde nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nur für eine bestimmte Zeit gewährt (BAG 17.03.2010 – 5 AZR 317/09 – Rn. 20). Bei den durch betriebliche Übung begründeten Vertragsbedingungen handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB (BAG 25.01.2023 - 10 AZR 109/22 – Rn. 11).

b) Bei der hier in Streit stehenden Dotierung des Provisionstopfes bzw. Festlegung des Provisionsziels handelt es sich nicht um eine Leistung oder Vergünstigung im Sinne einer betrieblichen Übung.

aa) Die Zuordnung eines Geldbetrags zu einem bestimmten Leistungsgrad stellt keine eigenständige Leistung/Vergünstigung im vorgenannten Sinne dar. Tatsächlich geleistet wird nämlich die variable Vergütung, die von den Parteien sog. Provision. Der Provisionstopf i.S.d. Zuordnung von Leistungsgrad und Geldbetrag ist nur eines von mehreren Elementen zur Berechnung der – unstreitig im Arbeitsvertrag zugesagten – variablen Vergütung („jeweils gültiges Provisionssystem“).

bb) Das Institut der betrieblichen Übung dient der Begründung eines eigenständigen

zusätzlichen (vertraglichen) Anspruchs und unterscheidet sich von den Konstellationen, in denen entweder das Direktionsrecht des Arbeitgebers oder dessen Leistungsbestimmungsrecht konkretisiert werden. Dort ist das Verhalten des Arbeitgebers bereits notwendiger Baustein zur Konkretisierung entweder der Leistungs- oder der Gegenleistungspflicht. Während bei der betrieblichen Übung das wiederholte Arbeitgeberverhalten zur Begründung eines zusätzlichen (vertraglichen) Anspruchs ausreicht, muss in den Fällen der Konkretisierung des Direktions- und Leistungsbestimmungsrechts neben dem Zeit- bzw. Wiederholungsmoment ein weiteres Umstandsmoment hinzutreten. Allein die wiederholte gleichförmige Ausübung des Direktions- bzw. Leistungsbestimmungsrechts begründet kein Vertrauen der Arbeitnehmer in die Fortsetzung der konkreten Ausübungspraxis. Die Ausübung dieses Rechts ist dem Arbeitsvertrag immanent. Hinzukommen müssen Umstände, denen die Arbeitnehmer objektiv entnehmen können, der Arbeitgeber werde seine Rechte zukünftig nur noch gemäß der bisherigen Praxis ausüben. Die Arbeitnehmer müssen also auf eine konkret festgelegte Ausübung des billigen Ermessens vertrauen dürfen (vgl. BAG 26.09.2012 -10 AZR 336/11 – Rn. 14; BAG 23.08.2017 - 10 AZR 376/16 – Rn. 21).

c) Im Übrigen fehlt es an der Kongruenz des tatsächlichen Arbeitgeberverhaltens und der von Klägerseite begehrten Rechtsfolge, nämlich der Festschreibung einer bestimmten Dotierung des Provisionstopfes.

aa) Die Beklagte zahlte die variable Vergütung in der Vergangenheit – anders als bei einer betrieblichen Übung - zunächst nicht ohne Rechtsgrund. Vielmehr erfolgten die Zahlungen aufgrund der Regelung im Arbeitsvertrag, der diese ergänzende Provisionsvereinbarung sowie der Bestimmungen der jeweils anzuwendenden Betriebsvereinbarungen. Unstreitig steht dem Kläger nach seinem Arbeitsvertrag eine variable Vergütung zu. Aus der Erbringung einer vertraglichen Leistung des Arbeitgebers kann aber nicht auf eine vertragserweiternde bzw. -ergänzende Willenserklärung geschlossen werden.

bb) Soweit man auf das Fortschreiben der bisherigen Dotierung des Provisionstopfes, sei es durch aktives Tun oder durch Unterlassen einer Veränderung abstellt, ist für die Parteien bei objektiver Betrachtung klar, dass sich die aus dem Provisionstopf ableitbare variable Vergütung nicht aus einer eigenständigen Rechtsgrundlage ergibt, sondern eben aus dem Vertrag, der eine variable Vergütung nach Leistungsbestimmung durch die Beklagte („jeweils gültiges Provisionssystem“) vorsieht.

4. Der Kläger kann die Feststellung der gewünschten Dotierung des Provisionstopfes nicht aufgrund einer entsprechenden Konkretisierung des der Beklagten obliegenden Leistungsbestimmungsrechts verlangen.

a) Auch die Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten nach § 315 Abs. 1 BGB durch die über mehrere Jahre erfolgte Bereitstellung eines mit 40.000,- EUR dotierten Provisionstopfes ist Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Der Kläger will festgestellt wissen, dass sich die Leistungsbestimmung hinsichtlich des Parameters „Provisionstopf“ konkretisiert hat (s.o. B. I. 2.). Er argumentiert zwar mit dem Begriff der individuellen bzw. betrieblichen Übung. Im Kern will er aber, dass das Gericht auf tatsächlicher Ebene eine bestimmte jahrelang geübte Verhaltensweise festschreibt. Da insofern der Sachverhalt ein einheitlicher ist, handelt es sich um lediglich einen Streitgegenstand mit mehreren denkbaren Anspruchsgrundlagen, über den hier zu entscheiden ist.

b) Das Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten hat sich tatsächlich nicht auf einen Betrag von 40.000,- EUR konkretisiert.

aa) Dabei wird nicht übersehen, dass der Annahme einer individualrechtlichen Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts bezogen auf die Dotierung des Provisionstopfs zugunsten des Klägers die abweichende mitbestimmte Dotierungspraxis ab dem Jahr 2021 nicht grundsätzlich entgegensteht. Eine einzelvertragliche Regelung kann einer kollektiven, mit dem Betriebsrat ausgehandelten Regelung unter dem Gesichtspunkt des Günstigkeitsprinzips vorgehen (vgl. Fitting BetrVG 31. Aufl. § 87 Rn. 502). Allerdings kann sich die Mitbestimmungssituation auf die Beantwortung der

Frage auswirken, ob überhaupt eine Konkretisierung eingetreten ist. Die Frage, ob eine – etwaige - individualrechtliche Konkretisierung durch eine neue, aber durch den Betriebsrat mitbestimmte arbeitgeberseitige Leistungsbestimmung aufgehoben werden kann (Ablösung einer betrieblichen Übung durch Vereinbarung außerhalb einer Betriebsvereinbarung), muss hier nicht entschieden werden und würde ohnehin einen anderen Streitgegenstand betreffen.

bb) Der vertraglichen jährlichen Leistungsbestimmung hinsichtlich der variablen Vergütung und der Dotierung des Provisionstopfes steht nicht entgegen, dass die Beklagte - und vorher schon die Betriebsveräußerin - stets gleichbleibend im Geschäftsbereich D... für die dort tätigen Mitarbeiter über mehrere Jahre einen mit 40.000,- EUR dotierten Provisionstopf in Ansatz gebracht hat.

(1) Allein die gleichbleibende Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts über einen längeren Zeitraum führt nicht zu einer Konkretisierung mit der Folge, dass jede andere Ausübung des Ermessens nicht mehr der Billigkeit entspreche (BAG 23.08.2017 - 10 AZR 376 /16 – Rn. 21). Voraussetzung einer Konkretisierung ist, dass über den bloßen Zeitablauf („Zeit-/Wiederholungsmoment“) hinaus Umstände vorliegen, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Beibehaltung der bisherigen Leistungsbestimmungspraxis für die Zukunft begründen. Hierbei sind alle Umstände zu betrachten (vgl. BAG 26.09.2012 -10 AZR 336/11 – Rn. 14).

(2) Der Kläger hat außer dem Zeit-/Wiederholungsmoment keine weiteren konkreten Umstände genannt, die ein schützenswertes Vertrauen begründen könnten. Solche sind auch nicht ersichtlich.

(a) Das Informationsschreiben der Veräußerin im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang lässt sich nicht als Argument für die Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts anführen. Unabhängig davon, ob einem Unterrichtungsschreiben hinsichtlich der Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts überhaupt ein bestimmter Erklärungswert beigemessen werden kann, enthält es hier nur einen allgemeinen Verweis darauf, dass die erfolgsabhängige Vergütung, also die Provision,

durch den Betriebsübergang keine Veränderung erfährt. Das Leistungsbestimmungsrecht besteht danach fort.

(b) Gegen die Konkretisierung der Leistungsbestimmung spricht die Regelung in der Provisionsvereinbarung, wo dynamisch formuliert ist, dass der Mitarbeiter einen Anspruch auf Provisionen „aus dem jeweils gültigen Provisionssystem“ hat und er „in das jeweils gültige variable Provisionssystem“ integriert ist. Eine Jahresprovision in Höhe von EUR 25.000,- brutto wird als „derzeit“ erreichbar bezeichnet. Vertraglicher Ausgangspunkt ist also ein – auch für den Kläger objektiv erkennbar - immer wieder veränderbares System. Bei Abschluss des Arbeitsvertrags waren 25.000,- EUR erreichbar, später 40.000,- EUR. Das Provisionsziel war also veränderbar. Die durchaus mögliche Einschränkung der Variabilität bedürfte angesichts dieser vertraglichen Regelungen einer besonders konkreten Handlung der Beklagten, an der es hier fehlt.

(c) Gegen eine Konkretisierung spricht insbesondere auch, dass die Dotierung des sog. Provisionstopfs (im Sinne einer Zielgröße bei 100%-iger Zielerreichung) der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. Die Dotierung des Provisionstopfs ist entgegen der Auffassung des Klägers Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 BetrVG.

(aa) Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und bei der Einführung und Anwendung neuer Entlohnungsmethoden. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist, das betriebliche Lohngefüge angemessen und durchsichtig zu gestalten und die betriebliche Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit zu wahren. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist nicht die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts. Mitbestimmungspflichtig sind die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsform (BAG 28.02.2006 - 1 ABR 4/95 – Rn. 15; BAG 03.12.1991 - GS 2/90 -). Nicht mitbestimmungspflichtig ist dagegen der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Dotierungsrahmen (vgl. zB. Fitting BetrVG, 31. Aufl., § 87 Rn 451; Kania/Erfurter Kommentar, 23. Aufl., BetrVG § 87 Rn. 103). Ebenfalls nicht mitbestimmt ist eine individuelle Lohnvereinbarung.

(bb) Danach unterliegt die hier streitige Dotierung des Provisionstopfs entgegen der Auffassung der Klägerseite der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Die Dotierung der Provisionstöpfe bzw. die Festsetzung der Zielprovision für die verschiedenen Berufsgruppen unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats. Warum Mitarbeiter, die eine bestimmte Tätigkeit ausüben, eine Zielprovision einer bestimmten Höhe erreichen können, andere Mitarbeiter, die eine andere Tätigkeit ausüben hingegen nicht, ist eine Frage der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Hier liegen die Zielprovisionen (Provisionstöpfe) zwischen 8.000,- EUR für Head Office Sales und 45.000,- EUR für Senior B... Manager. Innerhalb dieser Spanne verwirklicht sich nach der Beurteilung der Betriebspartner die Lohngerechtigkeit.

Beim Provisionstopf handelt es sich nicht um eine der Mitbestimmung entzogenen Geldfaktor. Ein Geldfaktor i.d.S. liegt vor, wenn ein Parameter der einzige einheitliche Faktor ist, bei dem das Regelwerk in Geld umgerechnet wird. Dies ist hier nicht der Fall. Bei dem Provisionstopf, der in der Vergangenheit je nach Position und Geschäftsbereich unterschiedlich dotiert war, handelt es sich um einen „midpoint“ oder „Ausgangswert“ für die tatsächlich zu zahlende variable Vergütung. Man könnte ihn auch als „Eckprovision“ bezeichnen. Jedenfalls unterliegt dieser Aspekt auch nach der Rechtsprechung des BAG der Mitbestimmung (vgl. BAG 25.06.1996 – 1 AZR 853/95 – Rn. 25 ff.; BAG 16.12.1986 – 1 ABR 26/85 – LS 1).

Der Provisionstopf ist gerade nicht individualvertraglich für den Einzelfall geregelt. Vielmehr war der Provisionstopf für alle vergleichbaren Außendienstmitarbeiter der B... U... D... gleichermaßen mit 40.000,- EUR dotiert.

Es handelt sich bei dem Provisionstopf auch nicht um den mitbestimmungsfreien Gesamtdotierungsrahmen. Dieser Dotierungsrahmen, der nicht der Mitbestimmung unterliegt, ist nach der Terminologie der Parteien das Provisionsbudget (s.o. B. I. 1). Der Provisionstopf als Einzelaspekt der Provisionsberechnung ist dagegen nicht der betrieblichen Lohngerechtigkeit entzogen. Würde man das anders sehen, wäre Lohngerechtigkeit für den Betriebsrat nicht herstellbar, weil ein Faktor der Provisionsberechnung willkürlich durch den Arbeitgeber gesetzt wäre.

(cc) Angesichts der bestehenden Mitbestimmung des Betriebsrats ist der objektive Erklärungswert des Handelns bzw. des Nichthandelns der Beklagten so zu verstehen, dass sie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gerade nicht durch Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts (einseitig) einschränken wollte. Dies gilt umso mehr, als das Verhalten der Beklagten ohnehin nicht direkt gegenüber den Mitarbeitern erfolgt ist, sondern gegenüber dem Betriebsrat im Rahmen der Verhandlung des jeweils aktuellen Provisionssystems.

Unerheblich ist, ob der Betriebsrat (in der Vergangenheit) von einem Mitbestimmungsrecht ausgegangen ist oder wie der Kläger die Mitbestimmungspflichtigkeit beurteilt hat. Maßgebend ist der objektiv zu bestimmende Empfängerhorizont.

**C.** Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

**D.** Für die Zulassung der Revision liegen keine Gründe i.S.v. § 72 Abs. 2 ArbGG vor.

gez. ...

gez. ...

gez. ...