

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 106/22

4 Ca 603 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 ehrenamtlichen Richter ... und ... auf die mündliche Verhandlung vom 28.06.2023

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 28.02.2022 – 4 Ca 586 a/21 – abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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 der Klägerin 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 die Klägerin. Der Außendienst gliedert sich in verschiedene B... U...s bzw. Geschäftsbereiche. Die Klägerin arbeitet in der B... U... D... und zählt zu den „S... R...s“. Zuvor war die Klägerin bei der D.. O... GmbH aufgrund Arbeitsvertrags vom 03.04.2008 beschäftigt (Anlage K 5). In § 3 des Vertrags finden sich folgende Regelungen:

„Die Arbeitnehmerin erhält ein monatliches Grundgehalt in Höhe von 4.400,00 € brutto.

Dies entspricht einem Jahresgehalt in Höhe von 57.200,00 € brutto, das in 13 gleichen Raten ausgezahlt wird. Die 13. Rate kommt mit der Novemberabrechnung zur Auszahlung, im Eintrittsjahr entsprechend anteilig.

Die Zahlung einer erfolgsabhängigen Vergütung richtet sich nach der jeweiligen Bonuspolicy des Arbeitgebers. Die Gewährung des Bonus stellt keinen

vertraglichen Anspruch, sondern eine freiwillige Leistung des Unternehmens dar, die jederzeit widerruflich ist, bzw. deren Regelung und Kalkulation jederzeit geändert werden kann.“

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ging im Jahr 2014 im Wege eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über.

Im Betrieb der Beklagten gilt eine „Rahmenbetriebsvereinbarung über variable Vergütung von Vertriebsmitarbeitern“ vom 31.03.2015 (Anlage K 2, 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...s 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...s bezogene Provisionsmodelle. Vereinbart werden u.a. Provisionswerte, Progressionskurven und Auszahlungsschwellen. Die Beklagte erarbeitet die Eckdaten eines Provisionssystems für das jeweilige Kalenderjahr. Diese Eckdaten werden dem Außendienstausschuss des Betriebsrates vorgestellt. Auf dieser Grundlage finden Verhandlungen statt. Die Verhandlungsergebnisse werden in einer PowerPoint/Excel-Darstellungen festgehalten (vgl. beispielhaft Anlagen C... 1 und 2). Der Außendienstausschuss legt das finale Verhandlungsergebnis dem Betriebsrat vor. Dieser beschließt hierüber und teilt seine Entscheidung der Arbeitgeberin per E-Mail mit.

Die Arbeitsvertragsparteien trafen für jedes Kalenderjahr eine Zielvereinbarung, die zuletzt nicht immer unterschrieben wurde. Über die Höhe der bei der Erreichung eines bestimmten Zielerreichungsgrads zu zahlenden 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 dem Jahr 2015 bei 100%-iger Erreichung der Ziele (Zielerreichungsgrad 100 %) auf 40.000,- 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 S... R... 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 die Klägerin mit ihrer Klage gewandt und gemeint, sie habe weiterhin Anspruch auf einen „Provisionstopf“ von 40.000,- EUR. Der jährlich zur Verfügung stehende „Provisionstopf“ sei Teil der vertraglichen Vergütungsabrede. Das jahrelange gleichförmige Verhalten der Beklagten habe sich zu einer betrieblichen Übung verfestigt. Aus diesem Verhalten könnten die Klägerin und ihre 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 Klägerin hat bestritten, dass der Betriebsrat an der „Reduzierungen der Provisionstöpfen“ ordnungsgemäß beteiligt worden ist, jedenfalls aber habe der Betriebsrat der Maßnahme nicht wirksam zugestimmt. Mitbestimmt und damit Gegenstand einer kollektiv-rechtlichen Regelung sei lediglich das Provisionssystem und nicht der Provisionstopf. Der Provisionstopf sei seit 2015 unverändert in Höhe von 40.000,- EUR beibehalten und von der Beklagten vorgegeben worden. Es sei lediglich darüber verhandelt worden, welche Ziele (Produktziele, Projektziele, Qualitätsziele, Team-Ziele) erreicht werden müssen, nicht aber über die Höhe des Provisionstopfes.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegenüber der Klägerin bei der Berechnung ihrer Provisionen für die Jahre 2021, 2022 und 2023 und darüber hinaus jeweils einen Provisionstopf von 40.000,- EUR (jeweils bezogen auf einen Zielerreichungsgrad von 100 %) anzuwenden,

hilfsweise,

die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2021 ausstehende Provision in Höhe von 22.000,- EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.02.2022 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie 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 das Ergebnis einer mitbestimmten Verteilungsentscheidung. Arbeitgeberseitig werde also ein Gesamtprovisionstopf vorgegeben, aus dem sich durch die mitbestimmte Verteilungsentscheidung die individuellen Provisionstöpfe ergeben würden. Die Beklagte hat gemeint, die Klägerin habe mangels entsprechender Vereinbarung keinen kollektivrechtlichen 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 wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Klägerin habe Anspruch auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, auch künftig einen Provisionstopf in Höhe von 40.000,- EUR bei 100 %-iger Zielerreichung zugrunde zu legen. Der Anspruch beruhe auf individueller Übung. Jedenfalls seit 2014 habe die Klägerin 40.000,- EUR zusätzliche Provision p.a. verdienen können, wenn sie die Ziele zu 100 % erreicht. Lediglich die Ziele seien jährlich verhandelt worden, während der Provisionstopf „nicht angefasst“ worden sei. Der individuelle Provisionstopf habe Entgeltcharakter und könne daher nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Es sei nicht erkennbar, dass dergleichen mit dem Betriebsrat verhandelt worden sei.

Gegen das ihr am 11.05.2022 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 10.06.2022 Berufung eingelegt und am letzten Tag der bis zum 12.09.2022 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet.

Sie hält die Feststellungsklage für unzulässig und die Klage insgesamt für unbegründet. Die Klägerin könne nicht verlangen, dass die Beklagte bei der Provisionsberechnung für die Jahre 2021, 2022 und 2023 weiterhin einen "Provisionstopf" von 40.000,- EUR anwendet. Anders als das Arbeitsgericht meint, ergebe sich ein solcher Anspruch nicht aus einer „individuellen“ Übung. Es liege kein Arbeitgeerverhalten vor, aus dem die Klägerin folgern durfte, es werde auf Dauer und unverändert eine Zielprovision in Höhe von 40.000,- EUR zugrunde gelegt. Das Arbeitsgericht verkenne, dass die Zielprovision ("Provisionstopf") keine Leistung der Beklagten, sondern Teil des vom Betriebsrat mitbestimmten Provisionssystems ist. Der "Provisionstopf" sei dabei kein eigenständiges (nicht mitbestimmtes) Element. Die Provisionsansprüche der Klägerin und deren Ausgestaltung seien insgesamt kollektivrechtlich geprägt und stünden unter „Mitbestimmungsvorbehalt“. Das gelte für alle Parameter des Provisionssystems einschließlich der von den Betriebspartnern zu Harmonisierungszwecken beschlossenen Anpassung der Zielprovisionen durch Neuverteilung des Gesamtdotierungsrahmens. Da die Provisionsansprüche kollektivrechtlich verortet seien, bleibe kein Raum für eine (individualrechtliche) individuelle Übung. Daher lasse sich die Tatsache, dass ein Parameter aus einem insgesamt kollektivrechtlichen System in den letzten Jahren unverändert geblieben ist, nicht für die Entstehung einer individuellen Übung nutzbar machen. Denn ungeachtet dessen seien

die "Provisionstöpfe" Gegenstand der mit dem Betriebsrat vereinbarten jahresweise befristeten Provisionssysteme gewesen. Das Arbeitsgericht übergehe auch, dass der Klägerin nach ihrem Arbeitsvertrag Provisionsansprüche (nur) nach dem für das jeweilige Kalenderjahr jeweils gültigen Provisionssystem zustünden. Die Zielprovision sei danach selbstverständlicher Teil des jeweiligen auf das Kalenderjahr bezogenen Provisionssystems und habe keine Bedeutung für künftige Bezugszeiträume.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 28.04.2022 – 4 Ca 603a/21 – abzuändern und die Klage in vollem Umfang anzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts und betont, dass die Beklagte der Klägerin seit dem Jahr 2014 einen nicht der Mitbestimmung unterliegenden individuellen Provisionstopf in Höhe von 40.000,- EUR jährlich wiederkehrend gewährt habe, ohne dass dieser Topf jemals zur Diskussion gestanden habe. Die Beklagte suggeriere eine Harmonisierung des Provisionssystems, die es nicht gebe. Die Klägerin meint, die Zielprovision sei mehr als ein theoretischer Rechenwert und könne Gegenstand einer betrieblichen Übung sein.

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 der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 1 und 2, 66 Abs. 1 ArbGG iVm. §§ 519 ff. ZPO.

B. Die Berufung der Beklagten ist begründet. Die Feststellungsklage ist zulässig, aber unbegründet. Die erstinstanzlich gestellten Hilfsanträge sind zwar Gegenstand des Berufungsverfahrens, fallen allerdings mangels Bedingungseintritts nicht zur Entscheidung an.

I. Der Feststellungsantrag ist zulässig.

1. Zu den Begrifflichkeiten ist festzuhalten, dass die der Klägerin individualrechtlich zugesagte erfolgsabhängige Vergütung im Arbeitsvertrag als „Bonus“, in den ab dem Jahr 2021 geltenden mitbestimmten Regelungen (vgl. Anlagen C... 1 und 2) als „Provision“ und in sämtlichen Schriftsätzen ebenfalls 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 die Klägerin den individuellen Ausgangspunkt für die Berechnung der ihr zustehenden Provision (Provision bei 100 % Zielerreichung). Die Beklagte nennt diesen Ausgangspunkt auch „Zielbonusbetrag“ (s. Anlagen C... 1 und 2). Die Parteien streiten darüber, ob dieser Punkt Gegenstand des Provisionssystems 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 die Klägerin) festgelegt werden.

2. Der Klägerin geht es nach ihrem gesamten erst- und zweitinstanzlichen Vortrag um die Feststellung, dass ihr bei 100%-iger Zielerreichung ein Betrag von 40.000,- EUR brutto zusätzlich zu ihrem 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 sie 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 die Klägerin im Berufungstermin nochmals betont hat. Auch in ihrer Berufungserwiderung hat die Klägerin deutlich gemacht, dass sie mit ihrem Feststellungsantrag klären will, ob die Beklagte individualrechtlich verpflichtet ist, ihr Jahr für Jahr einen mit 40.000,- EUR dotierten Provisionstopf zur Verfügung zu stellen. Die Klägerin stützt ihr Begehren auf keine kollektive Anspruchsgrundlage, etwa die RBV. Sie 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 die Klägerin keine bestimmte Vergütung unter dem Gesichtspunkt einer AGB-rechtlich (§§ 305 ff. BGB) unwirksamen Arbeitsvertragsregelung. Schließlich beruft sie 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. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

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. Die Klägerin behauptet, dass ihr ein arbeitsvertraglicher Anspruch auf einen bestimmten Provisionstopf zusteht und damit bei 100%-iger Zielerreichung eine variable Vergütung iHv. 40.000,- EUR. Damit geht es ihr nicht allein um eine interne Rechengröße, die für sich genommen keine Auswirkungen hat, sondern um eine (einzervertragliche) Festlegung, auf der die weiteren Berechnungsschritte zwingend aufbauen.

Die Klägerin hat an der begehrten Feststellung ein rechtliches Interesse i.S.v. § 256 ZPO. Dem steht nicht entgegen, dass sie 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. Die Klägerin hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der grundsätzlichen Klärung, ob die Provisionsberechnung, so wie hier geschehen, geändert werden konnte oder ob sie – wie sie 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 jedoch unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass der jährliche Provisionstopf bei 100%-iger Zielerreichung stets auf 40.000,- EUR festgesetzt wird. Dies ergibt sich weder aus ihrem Arbeitsvertrag, 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 ihres Arbeitsvertrags hat die Klägerin Anspruch auf ein monatliches Grundgehalt und daneben auf eine erfolgsabhängige Vergütung, die sich nach der jeweiligen Bonuspolicy des Arbeitgebers richtet. Eine Dotierung ist nicht festgeschrieben. Die Ausgestaltung der erfolgsabhängigen Vergütung richtet sich somit unter Berücksichtigung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats beim Provisionssystem nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB).

2. Anders als das Arbeitsgericht meint, kann die Klägerin die begehrte Dotierung des Provisionstopfes 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 ge-

lagerten Rechtsstreitigkeiten vor allen Kammern des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein zeigen.

3. Die Klägerin 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 – unstrittig im Arbeitsvertrag zugesagten – erfolgsabhängigen Vergütung („nach der jeweiligen Bonuspolicy“).

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 der Klägerin 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 sowie der Bestimmungen der jeweils anzuwendenden Betriebsvereinbarungen. Unstrittig steht der Klägerin nach ihrem Arbeitsvertrag eine erfolgsabhängige 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 objektivierter Betrachtung klar, dass sich die aus dem Provisionsstopf ableitbare variable Vergütung nicht aus einer eigenständigen Rechtsgrundlage ergibt, sondern eben aus dem Vertrag, der eine erfolgsabhängige Vergütung nach Leistungsbestimmung durch die Beklagte („jeweilige Bonuspolicy des Arbeitgebers“) vorsieht.

4. Die Klägerin 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.

Die Klägerin will festgestellt wissen, dass sich die Leistungsbestimmung hinsichtlich des Parameters „Provisionstopf“ konkretisiert hat (s.o. B. I. 2.). Sie argumentiert zwar mit dem Begriff der individuellen bzw. betrieblichen Übung. Im Kern will sie 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 der Klägerin 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 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 entspräche (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) Die Klägerin hat außer dem Zeit-/Wiederholungsmoment keine weiteren konkreten Umstände genannt, die ein schützenswertes Vertrauen begründen könnten. Solche sind auch nicht ersichtlich.

(a) Gegen die Konkretisierung der Leistungsbestimmung spricht die Regelung im Arbeitsvertrag, wo dynamisch formuliert ist, dass sich die erfolgsabhängige Vergütung nach der „jeweiligen Bonuspolicy“ des Arbeitgebers richtet. Weiter heißt es dort, dass die Regelung und Kalkulation des Bonuses „jederzeit geändert werden kann“. Ver-

traglicher Ausgangspunkt ist also ein – auch für die Klägerin objektiv erkennbar - immer wieder veränderbares System. Die durchaus mögliche Einschränkung der Variabilität bedürfte angesichts dieser vertraglichen Regelungen einer besonders konkreten Handlung der Beklagten, an der es hier fehlt.

(b) 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 der Klägerin 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 Klägerin 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 Business 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 Regelungswerk 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 dass 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 die Klägerin die Mitbestimmungspflichtigkeit beurteilt hat. Maßgebend ist der objektiv zu bestimmende Empfängerhorizont.

III. Über die Hilfsanträge war nicht zu entscheiden, da die für die Befassung notwendige innerprozessuale Bedingung „Unzulässigkeit der Feststellungsklage wegen Vorrangs der Leistungsklage“ nicht eingetreten ist.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 91 ZPO. Die Klägerin unterliegt sowohl in der 1. und 2. Instanz und hat damit die Kosten zu tragen.

D. Für die Zulassung der Revision liegen keine Gründe iSv. § 72 Abs. 2 ArbGG vor. Die Entscheidung hat weder grundsätzliche Bedeutung noch weicht sie hinsichtlich der Obersätze von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder anderer Landesarbeitsgerichte ab.

gez. ...

gez. ...

gez. ...