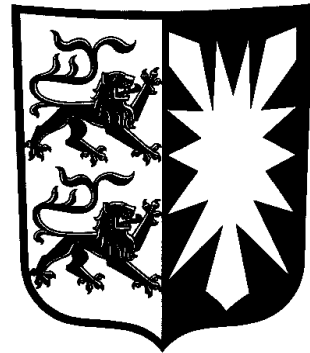


Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 84/22

1 Ca 597 d/21 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

In pp.

hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 1. Kammer - durch den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ..., den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... auf die mündliche Verhandlung vom 28.06.2023

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 14.04.2022 – 1 Ca 597 d/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 darüber, auf welcher Berechnungsgrundlage der Anspruch des Klägers auf eine Jahresprovision zu ermitteln ist.

Die Beklagte ist ein Chemieunternehmen mit Sitz in N. und Teil des internationalen J. & J. Konzerns. Sie beschäftigt unter anderem überschlägig 490 Arbeitnehmer im Außendienst. Der Außendienst besteht aus verschiedenen Business Units bzw. Geschäftsbereichen, unter anderem aus der Business Unit DPS. Die Außendienstmitarbeiter erhalten für ihre Tätigkeit neben einem Fixum auch eine Provision.

Im Betrieb der Beklagten existiert eine „Rahmenbetriebsvereinbarung über variable Vergütung von Vertriebsmitarbeitern“ vom 31.3.2015 (Bl. 9 ff. der Akte, im Folgenden „RBV“). Dort heißt es unter Ziff. 2:

„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 und der tariflichen Eingruppierung, soweit die Arbeitnehmer von dem persönlichen Geltungsbereich des Manteltarifvertrages-Chemie erfasst sind.

(3) Jährliche BU-bezogene Provisionssysteme: Für die im Betrieb N. ansässigen Business Units 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 Betriebsrates. Die generelle „Provisionssystematik“ wird bis Mitte/Ende Januar des Folgejahres vorgestellt.“

Auf Basis der RBV verhandelt die Beklagte mit ihrem Betriebsrat jährlich ein „Provisionsmodell“, das in einer Matrix für den jeweiligen Zielerreichungsgrad einen Prozentsatz der zu erreichenden Zielprovision (Provisionshöhe bei Erreichung der Ziele zu 100 %) festlegt. Wegen Einzelheiten hierzu wird auf die Anlagen CMS 1 und CMS 2 verwiesen.

Der Kläger ist seit dem 01.06.2015 bei der Beklagten als „Sales Rep“ im Außendienst in der Business Unit DPS beschäftigt. Nach § 2 seines schriftlichen Arbeitsvertrags (Bl. 65 – 70 d.A.) erhält er ein Festgehalt in Höhe von EUR 4.051,-. Im Arbeitsvertrag des Klägers vom 23.04.2015 heißt es in § 2 Abs. 4 des Vertrags weiter:

„Außerdem erhalten Sie eine Provision/Prämie. Diese ist gesondert festgelegt. Sie erklären sich ausdrücklich damit einverstanden, dass der Arbeitgeber nach Maßgabe der geschäftlichen Entwicklungen, mit Zustimmung des Betriebsrates, die jeweilige Provision-/Prämienregelung einseitig festlegen kann oder im laufenden Geschäftsjahr anpassen kann...“

Seit 2016 betrug das Provisionsziel des in der Business Unit als „Sales Rep“ beschäftigten Klägers EUR 45.000,-. Diesen Betrag wiesen auch die jährlich verhandelten Zielvereinbarungen der Parteien aus, die jedenfalls zuletzt nicht mehr unterschrieben wurden.

Beginnend mit dem Jahr 2021 setzte die Beklagte eine von ihr beabsichtigte Vereinheitlichung der Provisionszahlungen in ihren drei Geschäftsbereichen E., CSS und DPS um. Das „Provisionsmodell“ für dieses Jahr sieht in seiner letzten mit dem Betriebsrat vereinbarten Version für die Sales Rep eine Zielprovision von (nur noch)

EUR 36.000,- EUR im Jahr 2021, EUR 34.000,- im Jahr 2022 und EUR 32.000,- im Jahr 2023 vor.

Gegen diese Kürzung seiner Zielprovision wendet sich der Kläger mit der vorliegenden Klage.

Er hat die Auffassung vertreten, die Höhe seiner Zielprovision – „sein Provisionstopf“ – könne von der Beklagten nicht einseitig verändert werden. Diese sei auch nicht Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats, sondern Teil seiner vertraglichen Vergütungsabrede. Als er 2015 seine Tätigkeit für die Beklagte aufgenommen habe, habe er mit seinem Vorgesetzten, dem Regionalvertriebsleiter K., über die Höhe seines individuellen „Provisionstopfes“ bei 100% - Zielerreichung verhandelt und sich mit diesem darauf geeinigt, dass dieser ab dem Jahr 2016 EUR 45.000,- betrage. Die Zielvereinbarung für 2016 habe dann bereits der neue Regionalvertriebsleiter M. unterzeichnet. Es sei davon auszugehen, dass er von Herrn K. über die mündliche Vereinbarung zur Zielprovision informiert worden sei. Die weiteren Zielvereinbarungen seien ebenfalls mit Herrn M. (für 2017/2018) Mü. (2019) und Ei. (2020) getroffen worden. Dabei seien jedoch nur die Ziele Gegenstand der Vereinbarungen gewesen, der „Provisionstopf“ sei ohne weitere Verhandlungen auf die Folgejahre übertragen worden. Die Höhe dieser Zielprovision könne auch zulässigerweise zum Gegenstand eines Feststellungsantrags gemacht werden, hilfsweise klage er für 2021 die ihm bei einer Zielprovision von EUR 45.000,- noch zustehende Provision ein.

Die Beklagte hat erwidert: Der Feststellungsantrag sei unzulässig und im Übrigen auch unbegründet. Sie gebe mitbestimmungsfrei einen „Gesamtprovisionstopf“ vor, den sie Jahr für Jahr in Abstimmung mit dem Betriebsrat verteile. Daraus folge für den Kläger kein Anspruch auf eine bestimmte Höhe seiner Zielprovision. Vielmehr sei deren Höhe Teil der von ihm zu treffenden Verteilungsentscheidung. Der Vortrag des Klägers zu einem Aushandeln der Zielprovision werde bestritten. Herr K. sei am Abschluss des Arbeitsvertrags mit dem Kläger nicht beteiligt gewesen. Die Höhe der Zielprovision von EUR 45.000,- habe der damaligen kollektiven Regelung entsprochen; es habe insoweit nichts zu verhandeln gegeben. Im Übrigen seien die Regionalvertriebsleiter nicht bevollmächtigt in Angelegenheiten zu vertreten. Es

liege auch keine betriebliche Übung vor. Insoweit sei bei der Auslegung ihres Verhaltens der kollektivrechtliche Rahmen zu berücksichtigen. Alle Parameter der jeweils kalenderjährlichen Provisionssysteme hätten erkennbar „unter Mitbestimmungsvorbehalt“ gestanden. So sei auch der vertragliche Verweis auf das jeweils gültige Provisionssystem zu verstehen. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass sie in Erfüllung der Verbindlichkeit aus der GBV gehandelt habe, was dem Entstehen einer betrieblichen Übung ebenfalls entgegenstehe.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat den Hauptantrag des Klägers als unzulässig und die Hilfsanträge als unbegründet abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Hauptantrag sei unzulässig, da er nicht geeignet sei, weitere Rechtsstreitigkeiten der Parteien über die Höhe der Provision des Klägers auszuschließen. Der Zahlungsantrag sei unbegründet. Zum Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung habe der Kläger nur in sich widersprüchlich und inkonsistent vorgetragen. Es sei nicht erkennbar, auf welchen Vortrag der Kläger sein Begehren stütze. Er habe seinen wechselnden Vortrag auch nicht erklären können. Es liege nahe, dass die „Provisionstopfe“ in der Höhe variabel gewesen seien. Ein Zahlungsanspruch ergebe sich auch nicht aus einer betrieblichen Übung. Der Kläger habe selbst zuletzt vorgetragen, die Parteien hätten eine vertragliche Vereinbarung über die Zielprovision getroffen. Es sei auch nicht erkennbar, was das gleichmäßige Verhalten der Beklagten gewesen sein solle. Im Übrigen ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag hinreichend deutlich, dass die Beklagte keinen Bindungswillen im Hinblick auf die Fortgeltung einzelner Bestandteile des Provisionssystems gehabt habe. Ob die Festlegung des „Provisionstopfes“ der betrieblichen Mitbestimmung unterliege, sei dagegen unerheblich. Schließlich habe der Kläger die Höhe seiner Klageforderung nicht nachvollziehbar berechnet. Der weitere Hilfsantrag sei aus den vorstehenden Gründen ebenfalls unbegründet. Einen Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gebe es nicht. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

Gegen das am 29.04.2022 zugestellte Urteil hat der Kläger am 23.05.2022 Berufung eingelegt und diese am 21.06.2022 begründet.

Er vertieft seine Auffassung zur Zulässigkeit seines Feststellungsantrags. Der Antrag sei auch begründet. Er habe unter Beweisantritt vorgetragen, dass er sich mit Herrn K. über die Höhe des individuellen Provisionstopfes bei 100 % Zielerreichung geeinigt habe und insoweit auf einen Betrag von EUR 45.000,-. Dieser Betrag sei in den Folgejahren im Rahmen der Verhandlungen über die Zielvereinbarung übernommen worden, ohne dass hierüber ausdrücklich ein Wort gewechselt worden sei. Er habe seinen Vortrag auch nicht gewechselt, sondern stets betont, dass sich seine Zielprovision aus der jährlich vereinbarten Zielvereinbarung ergebe. Damit stütze er seinen Vortrag auf eine individuelle Vereinbarung. Ein fehlender Rechtsbindungswille der Beklagten folge auch nicht aus der Regelung im Arbeitsvertrag. Aus dieser ergebe sich, dass er einen Anspruch auf eine Provision habe, die gesondert – nämlich in den Zielvereinbarungen – festgelegt werde. Die Beklagte könne nach der vertraglichen Regelung mit Zustimmung des Betriebsrats das Provisionssystem anpassen, aber nicht die Zielprovision. Seinen Vortrag zur Höhe der für 2021 geschuldeten Provision habe die Beklagte nicht substantiiert bestritten.

Er rüge auch, dass sich nicht die ganze Kammer mit seinem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung befasst habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 14. April 2022 (Az.: 1 Ca 597 d/21) abzuändern und

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegenüber dem Kläger bei der Berechnung seiner Provisionen für die Jahre 2021, 2022 und 2023 jeweils einen Provisionstopf von EUR 45.000,- bei 100% Zielerreichung anzuwenden,

hilfsweise für den Fall, dass das Gericht den Feststellungsantrag ganz oder teilweise für unzulässig hält,

die Beklagte zu verurteilen, an der Kläger einen Betrag in Höhe von EUR 7.742,25 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag wie folgt: Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei der nunmehr als Hauptantrag gestellte Feststellungsantrag bereits unzulässig. Für 2021 greife der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage, für das Jahr 2023 seien die Provisionsparameter noch nicht vereinbart, so dass es an der Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses fehle. Im Übrigen fehle es für alle Jahre am Feststellungsinteresse, da durch die Entscheidung des Gerichts kein Rechtsfrieden geschaffen werde.

Jedenfalls sei der Antrag unbegründet. Es gebe keine kollektivrechtliche Grundlage, die das Begehren der Klägerin stütze; ebenso wenig gebe es eine ausdrückliche Vereinbarung einer individuellen Zielprovision. Der Vortrag des Klägers bleibe nicht plausibel und unbeachtlich. So sei Her M. nicht direkter Nachfolger von Herrn K. gewesen. Dessen Aufgabe habe vielmehr interimsmäßig bis zum 04.07.2016 Frau G. wahrgenommen. Es habe auch hinsichtlich der Zielprovision nichts zu verhandeln gewesen, da dieser Betrag der kollektiven Ordnung für den Geschäftsbereich des Klägers entsprochen habe. Letztlich bestätige sich damit der ursprüngliche Vortrag des Klägers, wonach es keine Verhandlungen über die Höhe der Zielprovision gegeben habe.

Schließlich sei – entgegen der Auffassung einer anderen Kammer des Arbeitsgerichts – auch kein Anspruch aus einer individuellen Übung entstanden. Es gebe bezüglich des Klägers keine individuellen Besonderheiten, vielmehr wende sie auf alle mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer ihr Provisionssystem auf dieselbe Art und Weise an. Es sei bereits nicht erkennbar, welches konkrete Verhalten als konkludentes Vertragsangebot zu werten sei. Die Gewährung einer bestimmten Zielprovision könne dies nicht sein, weil deren Höhe Teil des vom Betriebsrats mitbestimmten Provisionssystems sei. Gleiches gelte für die Nennung der Zielprovision in den Zielvereinbarungen der Parteien. Es handele sich bei dieser Zielprovision nicht um eine

von ihr gewährte Leistung oder Vergünstigung, sondern allein um einen Rechenwert. Der Kläger habe nicht davon ausgehen können, dass ihm dieser Wert auf Dauer gewährt werde. Bereits aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich, dass der Bonusanspruch jeweils nur nach Maßgabe der Bonuspolicy bestehe.

Schließlich unterliege die Verteilung der Provisionsziele auf die Mitarbeiter der Mitbestimmung des Betriebsrats. Sie gebe allein den Gesamtdotierungsrahmen vor.

Schließlich scheidet eine individuelle oder betriebliche Übung auch deswegen aus, weil sie erkennbar in Erfüllung der Verbindlichkeit aus der kollektivrechtlichen Grundlage geleistet habe. Auch dieser Umstand stehe der Annahme einer betrieblichen Übung entgegen, zumal der Kläger selbst einen individualvertraglichen Anspruch behauptete. Aus vorstehenden Gründen bestehe auch kein Zahlungsanspruch.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstand im Einzelnen wird auf die Akte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß § 64 Abs. 2 lit. b ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und damit zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Sie ist zulässig, aber unbegründet.

A. Der Antrag des Klägers bedarf zunächst der Auslegung. Dem Kläger geht es nach seinem gesamten erst- und zweitinstanzlichen Vortrag allein um die Feststellung der Höhe seiner Zielprovision in den Jahren 2021 bis 2023, also um die Feststellung, dass ihm bei einer Zielerreichung von 100% ein Betrag in Höhe von EUR 45.000,- als Vergütung zusätzlich zu seinem Festgehalt zusteht.

Das folgt bereits aus dem Wortlaut des Antrags, der sich auf die Feststellung der Höhe des „Provisionstopfes“ beschränkt. Es folgt darüber hinaus auch aus dem Vortrag des Klägers auf Seite 2 der Berufungsbegründung. Hier führt der Kläger ausdrücklich aus, er wende sich allein gegen die Kürzung des Provisionstopfes, nicht aber gegen das Provisionssystem an sich.

Mit seiner Formulierung, dass ein Provisionstopf von EUR 45.000,- bei einem Zielerreichungsgrad von 100 Prozent „anzuwenden“ sei, will der Kläger erkennbar dem Umstand Rechnung tragen, dass die endgültige Höhe seiner Provision vom Grad der Zielerreichung im jeweiligen Jahr abhängt. Die weiteren Regelungen des Provisionsmodells der Beklagten sind dagegen nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Der Kläger wendet sich also nicht etwa gegen die prozentuale Aufteilung der Provisionsziele auf die verschiedenen Quartale des Jahres oder die Festlegungen in den Provisionstabellen.

B. Mit diesem Inhalt ist der Antrag des Klägers als Feststellungsantrag gemäß § 256 Abs. 1 ZPO – entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts – insgesamt zulässig.

I. Nach § 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. Eine Feststellungsklage muss sich jedoch nicht notwendig 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 einer Leistungspflicht beschränken; sog. Elementenfeststellungsklage (BAG, Urteil vom 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 aber dann nicht entgegen, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte erreichbar ist und prozesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (BAG, aaO, Rn. 22 f).

II. Nach diesen Maßgaben ist der vom Kläger erhobene Feststellungsantrag zulässig. Er hat eine Elementenfeststellungsklage erhoben. Ihm geht es um die Klärung eines Faktors bei der Ermittlung seiner Provision. Die Parteien streiten insoweit über eine einzelne Verpflichtung aus dem sie verbindenden Arbeitsverhältnis.

Der Kläger ist nicht, auch nicht teilweise auf die Erhebung einer Leistungsklage zu verweisen. Mit der Feststellung der Höhe der Zielprovision ist der Streit zwischen den Parteien endgültig beigelegt, denn nur hierüber streiten die Parteien. Der in die andere Richtung gehende Vortrag der Beklagten ist nicht nachvollziehbar, da sich der Kläger, wie bereits ausgeführt, ausschließlich gegen die Ermittlung der Zielprovision wendet.

Vor diesem Hintergrund greift der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage auch im Hinblick auf die im Laufe des Prozesses bezifferbar gewordenen Prämienansprüche nicht ein. Bei Klageerhebung war der Provisionsanspruch des Klägers für das Jahr 2021 noch nicht bezifferbar. Bei Einreichung der Klage vom 20.07.2021 stand die Höhe der Provision für das Jahr 2021 noch nicht fest, da zu jenem Zeitpunkt nicht absehbar war, in welchem Umfang der Kläger seine Ziele erreichen würde. Der Umstand, dass eine Bezifferung des Anspruchs im Verlauf des Prozesses möglich wird, zwingt den Kläger nicht zur Umstellung seines Begehrens auf eine Leistungsklage (ständige Rechtsprechung: z. B. BGH vom 04.11.1998 – VIII ZR 248/97 – Rn. 15).

Da die Beklagte bestreitet, dass die Zielprovision des Klägers dauerhaft EUR 45.000,- beträgt, liegt auch das erforderliche Feststellungsinteresse vor.

C. Der Hauptantrag des Klägers ist unbegründet.

Der Rechtsstreit ist nicht bereits wegen eines Verfahrensmangels des Arbeitsgerichts an dieses zurückzuverweisen. Dem Kläger steht kein Anspruch darauf zu, dass seine Zielprovision für die Jahre von 2021 bis 2023 auf 45.000,- EUR festgesetzt wird.

I. Die unterlassene Befassung der Kammer des Arbeitsgerichts mit dem erstinstanzlich gestellten Wiedereinsetzungsantrag des Klägers rechtfertigt die Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits nichts.

1. Gemäß § 68 ArbGG ist wegen eines Mangels im Verfahren des Arbeitsgerichts die Zurückverweisung unzulässig. Dieses Zurückverweisungsrecht gilt auch bei schwersten Verfahrensfehlern (Germelmann/Schleusener, ArbGG, 9. Auflage 2017, § 68, Rn. 3), wie ein zum Beispiel einer falschen Besetzung des Gerichts.

2. Richtig ist allerdings, dass über den Antrag auf Wiedereröffnung des Verfahrens die Kammer des Arbeitsgerichts hätte entscheiden müssen (ständige Rechtsprechung vgl. Germelmann/Künzel, a. a. O., § 46, Rn. 40). Der Umstand, dass ausweislich der Verfahrensakte keine weitere Beratung mit den ehrenamtlichen Richtern über die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung stattgefunden hat, stellt jedoch nach den dargestellten Grundsätzen keinen so schweren Verfahrensfehler dar, dass dieser eine Wiedereinsetzung rechtfertigt. Dies gilt zumal, weil der Wiedereinsetzungsantrag des Klägers schon deswegen keine Aussicht auf Erfolg hatte, da zum Zeitpunkt des Antrags das Urteil des Gerichts bereits verkündet war (vgl. hierzu LAG Hessen, Urteil vom 02.03.2021 – 14 Sa 97/18 – Rn. 13).

II. Die Klage ist unbegründet. Die Zielprovision des Klägers betrug in den Jahren 2021 bis 2023 nicht 45.000,- EUR.

Ausdrückliche schriftliche Vereinbarungen zwischen den Parteien über die Höhe der Zielprovision gibt es nicht. Zum Vorliegen einer mündlichen Vereinbarung hat der Kläger nicht ausreichend substantiiert und nicht schlüssig vorgetragen. Die Zielprovision ist auch nicht Gegenstand einer betrieblichen oder – wie eine andere Kammer des Arbeitsgerichts angenommen hat – individuellen Übung geworden. Schließlich hat sich das Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten auch nicht dahingehend konkretisiert, dass sie verpflichtet ist, die Zielprovision jedes Jahr auf 45.000,- EUR festzusetzen.

1. Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält keine konkrete Regelung zur Höhe der Zielprovision. Nach § 2 Abs. 4 des Arbeitsvertrags vom 23.04.2015 erhält der Kläger eine Provision/Prämie, die gesondert festgelegt ist. Die Beklagte kann die jeweilige Provisions-/Prämienregelung einseitig festlegen oder anpassen.

In den jährlichen Zielvereinbarungen haben sich die Parteien nicht auf die Festlegung einer Zielprovision im Sinne der Begründung eines entsprechenden vertraglichen Anspruchs für den Kläger verständigt. Die Zielvereinbarungen sind, das ist zwischen den Parteien nicht weiter streitig, jeweils auf ein Jahr befristet gewesen. Es ist schon nicht erkennbar, warum diese Befristung nur für diese Ziele selbst, nicht aber für die Zielprovision gelten soll.

Soweit der Kläger auch in der Berufungsinstanz sein Vorbringen wiederholt hat, wonach er sich 2015 mit seinem Vorgesetzten, dem Regionalvertriebsleiter K., auf die Höhe seiner individuellen Zielprovision geeinigt habe, ist dieser Vortrag nicht hinreichend substantiiert. Angesichts der klaren arbeitsvertraglichen Regelungen der Parteien bedurfte es konkreten Vortrags des Klägers, aufgrund welcher tatsächlichen Umstände der Kläger davon ausgehen durfte, der Regionalvertriebsleiter wolle mit der Zielprovision von 45.000,- EUR nicht nur eine Vorgabe der Beklagten in Ausübung des nach dem Arbeitsvertrag bestehenden Leistungsbestimmungsrechts umsetzen, sondern die Beklagte selbst dauerhaft vertraglich verpflichten. Der Vortrag des Klägers erschöpft sich allein in der Behauptung, die Zielprovision sei „vereinbart“ worden.

Jedenfalls hat der Kläger aber eine entsprechende Vollmacht von Herrn K., der nicht zur Personalabteilung der Beklagten gehört und bei dem in seiner Funktion als Regionalvertriebsleiter auch sonst nicht ersichtlich ist, dass er die Beklagte im Rahmen von Gehaltsregelungen vertreten darf, nicht dargelegt. Weder die vom Kläger angesprochene Duldungs-, noch das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht ist ersichtlich. Hinsichtlich der Duldungsvollmacht (zu den Voraussetzungen vgl. Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Auflage, 2022, § 172, Rn. 8) fehlt es an der Darlegung, dass die Beklagte es wissentlich hat geschehen lassen, dass Herr K. diese bei Abschluss einer Gehaltsregelung vertritt.

Die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht (hierzu Grüneberg, a. a. O., Rn. 12) sind ebenfalls nicht dargelegt. Es ist nicht vorgetragen, dass Herr K. mit einer gewis-

sen Dauer oder Häufigkeit Erklärungen für die Beklagte im Hinblick auf die vertragliche Vereinbarung eines Provisionsziels abgegeben hat. Ferner ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte dieses Verhalten hätte voraussehen und verhindern können.

2. Ein Anspruch des Klägers auf eine Zielprovision von EUR 45.000,- ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der individuellen Übung.

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

b) Danach liegen die Voraussetzungen einer individuellen Übung nicht vor. Dies folgt schon daraus, dass die Beklagte unstreitig gegenüber allen Mitarbeitern der Business Units gleichermaßen die variable Vergütung berechnet und die Provisionsziele für alle Mitarbeiter auf gleiche Weise ermittelt und über viele Jahre nicht angetastet hat. Insofern hat das Verhalten der Beklagten kollektiven Bezug.

3. Der Kläger kann die Feststellung eines bestimmten Provisionsziels auch 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 vom 25.01.2023 – 10 AZR 109/22 – Rn. 11).

2. Bei der hier im Streit stehenden Festlegung des Provisionsziels handelt es sich nicht um eine Leistung oder Vergünstigung im Sinne einer betrieblichen Übung.

Die Festlegung einer Zielprovision stellt keine eigenständige Leistung/Vergünstigung im dargestellten Sinne dar. Geleistet wird von der Beklagten eine variable Vergütung.

Die Zielprovision ist nur eines von mehreren notwendigen Elementen zur Berechnung dieser Vergütung. Das Institut der betrieblichen Übung dient aber der Begründung eines eigenständigen zusätzlichen (vertraglichen) Anspruchs und unterscheidet sich von Konstellationen, in denen entweder das Direktionsrecht des Arbeitgebers oder – was hier in Betracht kommt – dessen Leistungsbestimmungsrecht konkretisiert worden ist. Bei der betrieblichen Übung ist das Verhalten des Arbeitgebers bereits notwendiger Baustein zur Konkretisierung entweder seiner Leistungs- oder Gegenleistungspflicht. Während also bei der betrieblichen Übung bereits das wiederholte Arbeitgeberverhalten für die Begründung eines zusätzlichen 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 ist im Arbeitsvertrag immanent. Hinzukommen müssen Umstände, aus denen die Arbeitnehmer objektivierbar entnehmen können, der Arbeitgeber werde seine Rechte zukünftig nur noch eingeschränkt dahingehend ausüben, dass es bei der bisherigen Ausübungspraxis verbleibe. Mit anderen Worten: die Arbeitnehmer müssen auf eine konkret festgelegte Ausübung des billigen Ermessens vertrauen dürfen (BAG vom 26.09.2012 – 10 AZR 336/11 – Rn. 14; BAG vom 23.08.2017 – 10 AZR 376/16 – Rn. 21).

4. Der Kläger kann die Feststellung eines bestimmten Provisionsziels nicht aus einer entsprechenden Konkretisierung des der Beklagten obliegenden Leistungsbestimmungsrechts verlangen.

a) Auch die Frage, ob das Provisionsziel des Klägers sich aufgrund einer Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten auf einen bestimmten Betrag konkretisiert hat, ist Streitgegenstand des vorliegenden Prozesses. Der Kläger argumentiert vorliegend zwar irrtümlich mit dem Begriff der betrieblichen Übung, will allerdings auf tatsächlicher Ebene eine bestimmte jahrelange ausgeübte Verhaltensweise als festgeschrieben festgestellt wissen. 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) Eine Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten auf einen Betrag von EUR 45.000,- ist aber tatsächlich nicht erfolgt.

aa) Wie bereits ausgeführt, führt allein die gleichbleibende Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts über einen längeren Zeitraum noch nicht zu einer Konkretisierung mit der Folge, dass jede andere Ausübung des Ermessens nicht mehr der Billigkeit entspräche (BAG vom 23.08. 2017 – 10 AZR 376/16 – Rn. 21). Voraussetzung für eine Konkretisierung ist vielmehr, dass über den bloßen Zeitablauf hinaus Umstände vorliegen, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Beibehaltung der bisherigen Leistungsbestimmungspraxis für die Zukunft begründen. Hier ist eine Betrachtung aller Umstände vorzunehmen (BAG vom 26.09.2012 – 10 AZR 336/11 – Rn. 14).

bb) Außer der langjährigen tatsächlichen Praxis hat der Kläger jedoch keine konkreten Umstände dargetan, die ein Vertrauen darauf begründen können, dass die Beklagte keine abweichende Festsetzung des Provisionsziels mehr vornehmen wird.

(1) Gegen eine entsprechende Konkretisierung der Leistungsbestimmung spricht vielmehr bereits die Regelung im Arbeitsvertrag, wonach die Regelungen und Kalku-

lationen des Bonussees jederzeit geändert werden können. Vertraglicher Ausgangspunkt der Parteien ist damit ein für den Kläger objektiv erkennbar immer wieder veränderbares variables System. Das enthält auch die Möglichkeit, dass sich das Provisionsziel verändern kann.

Dabei spielt es keine Rolle, ob § 2 Abs. 4 S. 3 des Arbeitsvertrags insoweit unwirksam ist, als die Änderung „nur nach Maßgabe der geschäftlichen Entwicklungen“ erfolgen kann oder ob dieser Teil der Klausel unwirksam ist. Auch bei Streichen des Satzes 3 bleibt es dabei, dass die Höhe der Provision in das billige Ermessen des Arbeitgebers gestellt ist. Der Kläger musste aufgrund der vertraglichen Gestaltung seines Arbeitsverhältnisses damit rechnen, dass über die Höhe seines Provisionsziels jedes Jahr neu durch die Beklagte entschieden wurde.

(2) Die vom Kläger angeführten jährlichen Zielvereinbarungen, in denen zuletzt als Provisionsziel stets EUR 45.000,- festgelegt waren, begründen kein Vertrauen auf eine unveränderte Ausübung des Direktionsrechts auch in den Folgejahren. Die Zielvereinbarungen sind, das ist zwischen den Parteien nicht weiter streitig, jeweils auf ein Jahr befristet gewesen. Es ist schon nicht erkennbar, warum diese Befristung nur für die Ziele selbst, nicht aber für die Zielprovision gelten soll. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob über die Höhe der Zielprovision in den letzten Jahren nicht mehr gesprochen worden ist. Die Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts setzt keine Gespräche oder Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien voraus. Da für jedes Jahr eine neue Zielvereinbarung getroffen wurde, konnte beim Kläger kein Vertrauen darauf entstehen, dass die Höhe der Zielprovision unverändert bleiben würde.

(3) Gegen eine Konkretisierung spricht insbesondere auch, dass die Festlegung der Provisionsziele der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG unterliegt.

(a) 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, dass 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 Strukturform des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsform (ständige Rechtsprechung: BAG vom 28.02.2006 – 1 ABR 4/05 – Rn. 15). Nicht mitbestimmungspflichtig ist dagegen der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Dotierungsrahmen. Der Mitbestimmungspflicht unterliegt dagegen die Zuordnung von Geldbeträgen zu bestimmten Leistungsdaten (BAG vom 16.12.1986 – 1 ABR 26/85).

(b) Danach unterliegt die Festsetzung der Zielprovision für die verschiedenen Berufsgruppen, darunter die der „Sales Rep“ der Mitbestimmung des Betriebsrats. Die Frage, aufgrund welcher ausgeübten Tätigkeiten einem Mitarbeiter die Möglichkeit eingeräumt wird, eine Zielprovision in einer bestimmten Höhe zu erreichen, betrifft unmittelbar die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit. Konkret liegen die Zielprovisionen (in dem Provisionsmodell der Beklagten „Provisionstöpfe“ genannt) zwischen EUR 8.000,- Zielprovision für einen Head Office Sales bis EUR 45.000,- für einen Senior Business Manager. Die Zuordnung bestimmter Provisionsziele zu bestimmten Tätigkeiten setzt eine Bewertung dieser Tätigkeiten und damit deren vergleichende Betrachtung voraus. Hierdurch ist unmittelbar die Lohngerechtigkeit im Betrieb berührt. Bei der Durchführung dieser Bewertung hat daher der Betriebsrat mitzubestimmen.

Bei der Zielprovision handelt es sich auch nicht um einen nicht der Mitbestimmung unterliegenden Geldfaktor. Einen reinen Geldfaktor stellt etwa die Höhe des Stundenlohns oder bei einer echten Provisionsabrede der Provisionsfaktor dar. Der vorliegende Sachverhalt ist hiermit nicht vergleichbar. Je nach Zielerreichungsgrad steht dem Mitarbeiter ein Anspruch in unterschiedlicher Höhe auf seine erfolgsabhängige Vergütung vor. Bei der Zielprovision handelt sich damit um einen „Midpoint“ oder Ausgangswert, der der Mitbestimmung unterliegt (vgl. hierzu BAG vom 25.06.1996 – 1 AZR 853/95 – Rn. 25 ff.).

(c) Da der Betriebsrat bei der Festlegung der Zielprovision mitzubestimmen hat, durfte der Kläger die unveränderte Bestimmung der Zielprovisionen in der Vergangenheit erst recht nicht dahin verstehen, dass diese nicht mehr geändert werden sollte. Es gab und gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich die Beklagte gegenüber ihren Mitarbeitern individualrechtlich einseitig auf eine bestimmte Höhe der Zielprovision verpflichten wollte, wenn sie auf der anderen Seite zur Festlegung der Zielprovision auch kollektivrechtlich verpflichtet ist. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Betriebsrat selbst davon ausgegangen ist, in dieser Frage kein Mitbestimmungsrecht zu haben. Der Empfängerhorizont ist objektiv zu bestimmen. Es kommt nicht darauf an, welchen Fehlvorstellungen der Betriebsrat oder auch der Kläger im Hinblick auf die Mitbestimmungspflicht der Zielprovision unterlag.

D. Über den Hilfsantrag des Klägers ist nicht zu entscheiden.

E. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

gez. ...

gez. ...

gez. ...