

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 107/22

4 Ca 606 b/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:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 28.04.2022 – 4 Ca 606 b/21 – abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits (beide Rechtszüge).

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 der Klägerin auf eine Jahresprovision zu ermitteln ist.

Die Beklagte ist ein Chemieunternehmen mit Sitz in N. und Teil des internationalen J. & J.s 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.

Die Klägerin war seit 2009 bei der D. O. GmbH beschäftigt. Nach § 3 ihres schriftlichen Arbeitsvertrags (Bl. 64 – 68 d.A.) erhielt sie ein Festgehalt von EUR 4.500,-/Monat. Weiter heißt es in § 3 Abs. 3:

„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.“

2014 ging das Arbeitsverhältnis der Klägerin infolge eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Seit diesem Jahr betrug das Provisionsziel der in der Business Unit DPS als „Sales Rep“ beschäftigten Klägerin EUR 40.000,-. 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 Ethicon, 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 ihrer Zielprovision wendet sich die Klägerin mit der vorliegenden Klage.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Höhe ihrer Zielprovision – „ihr Provisionstopf“ – könne von der Beklagten nicht einseitig verändert werden. Diese sei auch nicht Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats, sondern Teil ihrer vertraglichen Vergütungsabrede. Im Jahr 2014 sei ihr „Provisionstopf“ auf EUR 40.000,- erhöht worden. Sie habe dies mit entweder dem Regionalvertriebsleiter Herrn E. oder dem Regionalvertriebsleiter Herrn H. verhandelt. Die Erhöhung sei vorgenommen worden, weil sie nicht mehr befördert werden können und könne als eine Art Gehaltserhöhung angesehen werden. Da ihre Zielprovision seit Jahren auf EUR 40.000,- fest-

gesetzt worden sei, habe sich auch eine entsprechende betriebliche Übung entwickelt. Die Höhe dieser Zielprovision könne auch zulässigerweise zum Gegenstand eines Feststellungsantrags gemacht werden, hilfsweise klage sie für 2021 die ihr bei einer Zielprovision von EUR 40.000,- noch zustehende Provision ein.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegenüber der Klägerin bei der Berechnung ihrer Provisionen für die Jahre 2021, 2022 und 2023 jeweils einen Provisionstopf von 40.000,00 EUR (jeweils bezogen auf einen Zielerreichungsgrad von 100 %) anzuwenden;

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin für das Jahr 2021 ausstehende Provision in Höhe von 2.481 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.02.2022 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie 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 die Klägerin kein Anspruch auf eine bestimmte Höhe ihrer Zielprovision. Vielmehr sei deren Höhe Teil der von ihr zu treffenden Verteilungsentscheidung. Der Vortrag der Klägerin zu einem Aushandeln der Zielprovision sei nicht nachvollziehbar. Die Höhe der Zielprovision von EUR 40.000,- 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 dem Hauptantrag der Klägerin für die Jahre 2021 bis 2023 „und darüber hinaus“ stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Hauptantrag sei als Feststellungsantrag zulässig, da es in dem Rechtsstreit darum gehe, Rechtsfrieden für die Zukunft zu schaffen. Der Antrag sei auch begründet. Der Klägerin stehe aufgrund einer individuellen Übung ein Anspruch auf eine Zielprovision von EUR 40.000,- zu. Bei der Klägerin sei seit 2014 eine Zielprovision von EUR 40.000,- zugrunde gelegt worden, dieser Betrag sei auch in den Folgejahren nie angetastet, sondern nur die Ziele jährlich neu verhandelt worden. Da die Zielprovision Entgeltcharakter habe, könne sie auch nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Es sei auch nicht erkennbar, dass dieser Betrag mit dem Betriebsrat in der Vergangenheit vor 2021 verhandelt worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen das am 12.05.2022 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10.06.2022 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 12.09.2022 am 12.09.2022 begründet.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag wie folgt: Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei der Hauptantrag 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 seien alle Anträge unbegründet. Es gebe keine kollektivrechtliche Grundlage, die das Begehren der Klägerin stütze; ebenso wenig gebe es eine ausdrückliche individualrechtliche Vereinbarung. Schließlich sei entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts auch kein Anspruch aus einer individuellen Übung entstanden. Es gebe bezüglich der Klägerin keine individuellen Besonderheiten, vielmehr wende sie auf alle mit der Klägerin 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 Betriebsrat 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. Die Klägerin habe nicht davon ausgehen können, dass ihr dieser Wert auf Dauer gewährt werde. Bereits aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich, dass der Bonusanspruch jeweils nur nach Maßgabe der Bonuspolicy bestehe.

Das Arbeitsgericht habe den kollektiven Charakter des Provisionssystems verkannt und angenommen, das Provisionsziel habe Entgeltcharakter. Die Verteilung der Provisionsziele auf die Mitarbeiter unterliege 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. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts seien auch in der Vergangenheit Provisionssysteme mit dem Betriebsrat vereinbart worden, allerdings jeweils unterschiedliche Systeme mit den verschiedenen Geschäftsbereichen. Dass dabei die Zielprovision der Klägerin von EUR 40.000,- nicht angetastet worden sei, bedeute nicht, dass diese nicht Gegenstand der jeweils auf ein Jahr befristeten Provisionssysteme gewesen sei.

Schließlich habe das Arbeitsgericht der Klägerin auch mehr zugesprochen, als diese beantragt habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 28.4.2022, Az. 4 Ca 606 b/21, abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag wie folgt: Ihr sei seit 2014 jedes Jahr ein nicht der Mitbestimmung unterliegender „Provisionstopf“ von EUR 40.000,- gewährt worden, der zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion gestanden habe. Sie erhalte auch keine quartalsweisen Provisionen für das Erreichen bestimmter Produktziele ausbezahlt und werde offensichtlich nach einem anderen Provisionssystem vergütet. Die Beklagte trage auch nicht vor, wie das mitbestimmte System in den Jahren seit 2014 bis 2021 ausgesehen habe. Es habe insoweit offensichtlich keine Vereinbarung mit dem Betriebsrat gegeben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands 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 der Beklagten ist begründet.

Das Urteil des Arbeitsgerichts ist schon deswegen teilweise aufzuheben, weil es der Klägerin mehr zugesprochen hat, als von ihr beantragt worden ist. Im Übrigen ist der Feststellungsantrag der Klägerin zwar zulässig, aber unbegründet.

A. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist insoweit aufzuheben, als es dem Feststellungsantrag der Klägerin auch für die Jahre 2024 und folgende hinaus stattgegeben hat. Dies folgt aus § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist.

Die Klägerin hat im vorliegenden Verfahren - anders als die klagenden Parteien in zahlreichen Parallelverfahren - den Feststellungsantrag in seinem zeitlichen Geltungsbereich auf die Jahre 2021 bis 2023 beschränkt. Das Arbeitsgericht hat im Tenor seiner Entscheidung den zeitlichen Geltungsbereich auf die Jahre 2021 bis 2023 „und darüber hinaus“ erweitert. Damit hat es der Klägerin etwas zugesprochen, was von ihr nicht beantragt worden war.

B. Der Antrag der Klägerin bedarf zunächst der Auslegung. Der Klägerin geht es nach ihrem gesamten erst- und zweitinstanzlichen Vortrag allein um die Feststellung der Höhe ihrer Zielprovision in den Jahren 2021 bis 2023, also um die Feststellung, dass ihr bei einer Zielerreichung von 100% ein Betrag in Höhe von EUR 40.000,- als Vergütung zusätzlich zu ihrem 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 der Klägerin auf Seite 1 des Schriftsatzes vom 24.02.2022 (Bl. 69 d. A.). Hier führt die Klägerin ausdrücklich aus, sie wende sich allein gegen die Kürzung des Provisionstopfes, nicht aber gegen das Provisionssystem an sich.

Mit ihrer Formulierung, dass ein Provisionstopf von EUR 40.000,- bei einem Zielerreichungsgrad von 100 Prozent „anzuwenden“ sei, will die Klägerin erkennbar dem Umstand Rechnung tragen, dass die endgültige Höhe ihrer Provision vom Grad der Zielerreichung im jeweiligen Jahr abhängt. Die weiteren Regelungen des Provisionsmodells der Beklagten sind dagegen nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Die Klägerin wendet sich also nicht etwa gegen die prozentuale Aufteilung der Provisionsziele auf die verschiedenen Quartale des Jahres oder die Festlegungen in den Provisionstabellen.

C. Mit diesem Inhalt ist der Antrag der Klägerin als Feststellungsantrag gemäß § 256 Abs. 1 ZPO 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 von der Klägerin erhobene Feststellungsantrag zulässig. Sie hat eine Elementenfeststellungsklage erhoben. Ihr geht es um die Klärung eines Faktors bei der Ermittlung ihrer Provision. Die Parteien streiten insoweit über eine einzelne Verpflichtung aus dem sie verbindenden Arbeitsverhältnis.

Die Klägerin 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 die Klägerin, 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 der Klägerin 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 die Klägerin ihre Ziele erreichen würde. Der Umstand, dass eine Bezifferung des Anspruchs im Verlauf des Prozesses möglich wird, zwingt die Klägerin nicht zur Umstellung ihres 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 der Klägerin dauerhaft EUR 40.000,- beträgt, liegt auch das erforderliche Feststellungsinteresse vor.

C. Die Klage ist unbegründet. Die Zielprovision der Klägerin betrug in den Jahren 2021 bis 2023 nicht 40.000,- EUR.

Ausdrückliche schriftliche Vereinbarungen zwischen den Parteien über die Höhe der Zielprovision gibt es nicht. Zum Vorliegen einer mündlichen Vereinbarung hat die Klägerin nicht ausreichend substantiiert und nicht schlüssig vorgetragen. Die Zielprovision ist auch nicht Gegenstand einer betrieblichen oder – wie das Arbeitsgericht 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 40.000,- EUR festzusetzen.

I. Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält keine konkrete Regelung zur Höhe der Zielprovision. Nach § 3 Abs. 3 richtet sich die erfolgsabhängige Vergütung der Klägerin nach der jeweiligen Bonuspolicy des Arbeitgebers. Nach Satz 2 kann die Beklagte die Regelungen und Kalkulationen des Bonus jederzeit einseitig ändern.

Auch in den jährlichen Zielvereinbarungen haben sich die Parteien nicht auf die Festlegung einer Zielprovision im Sinne der Begründung eines entsprechenden vertraglichen Anspruchs für die Klägerin 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.

Ihr Vorbringen, sie habe im Jahr 2014 die Erhöhung ihres „Provisionstopfes“ mit entweder dem Regionalvertriebsleiter Herrn E. oder dem Regionalvertriebsleiter Herrn H. auf 40.000,- EUR verhandelt, es habe sich um eine Art Gehaltserhöhung gehandelt, da sie nicht mehr in eine höhere Entgeltgruppe des Tarifvertrags habe gelangen können, hat sie in ihrer schriftlichen Berufungsbegründung nicht wiederholt, sondern erst im Berufungstermin erneut aufgegriffen. Dieser Vortrag ist nicht hinreichend substantiiert. So ist schon nicht klar, mit wem die Klägerin eine vertragliche Vereinbarung über die Höhe ihres Provisionsziels getroffen haben will. Im Übrigen bedurfte es angesichts der klaren arbeitsvertraglichen Regelungen der Parteien konkreten Vortrags, aufgrund welcher tatsächlichen Umstände sie davon ausgehen durfte, einer der beiden Regionalvertriebsleiter wolle mit der Zielprovision von 40.000,- EUR nicht nur eine Vorgabe der Beklagten in Ausübung des nach dem Arbeitsvertrag bestehenden Leistungsbestimmungsrechts umsetzen, sondern die Beklagte selbst dauerhaft vertraglich verpflichten. Ihr Vortrag erschöpft sich insoweit allein in der Behauptung, die vorgenommene Erhöhung sei als eine Art Gehaltserhöhung zu verstehen.

Jedenfalls hat die Klägerin aber eine entsprechende Vollmacht eines der Regionalvertriebsleiter, bei denen aufgrund ihrer Funktion als Regionalvertriebsleiter nicht ersichtlich ist, dass sie die Beklagte im Rahmen von Gehaltsregelungen vertreten dürfen, nicht dargelegt. Weder die von der Klägerin 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 ein Regionalvertriebsleiter 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 der betreffende, von der Klägerin nicht näher benannte Regionalvertriebsleiter mit einer gewissen 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.

II. Ein Anspruch der Klägerin auf eine Zielprovision von EUR 40.000,- 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.

III. Die Klägerin 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).

IV. Die Klägerin kann die Feststellung eines bestimmten Provisionsziels nicht aus einer entsprechenden Konkretisierung des der Beklagten obliegenden Leistungsbestimmungsrechts verlangen.

1. Auch die Frage, ob das Provisionsziel der Klägerin sich aufgrund einer Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten auf einen bestimmten Betrag konkretisiert hat, ist Streitgegenstand des vorliegenden Prozesses. Die Klägerin argumentiert vorliegend zwar irrtümlich mit dem Begriff der betrieblichen Übung, will

allerdings auf tatsächlicher Ebene eine bestimmte jahrelang 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.

2. Eine Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten auf einen Betrag von EUR 40.000,- ist aber tatsächlich nicht erfolgt.

a) 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).

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

aa) Gegen eine entsprechende Konkretisierung der Leistungsbestimmung spricht vielmehr bereits die Regelung im Arbeitsvertrag, wonach die Regelungen und Kalkulationen des Bonus jederzeit geändert werden können. Vertraglicher Ausgangspunkt der Parteien ist damit ein für die Klägerin objektiv erkennbar immer wieder veränderbares variables System. Das enthält auch die Möglichkeit, dass sich das Provisionsziel verändern kann.

bb) Die von der Klägerin angeführten jährlichen Zielvereinbarungen, in denen zuletzt als Provisionsziel stets EUR 40.000,- 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 bei der Klägerin kein Vertrauen darauf entstehen, dass die Höhe der Zielprovision unverändert bleiben würde.

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

(1) 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).

(2) 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.).

(3) Da der Betriebsrat bei der Festlegung der Zielprovision mitzubestimmen hat, durfte die Klägerin 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 die Klägerin im Hinblick auf die Mitbestimmungspflicht der Zielprovision unterlag.

D. Über den Hilfsantrag der Klägerin ist nicht zu entscheiden.

E. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

gez. ...

gez. ...

gez. ...