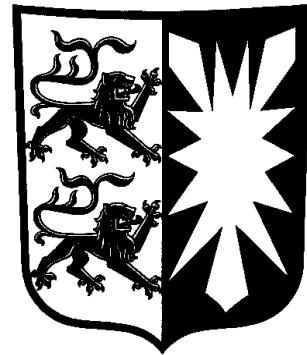


**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 1 Sa 101/22**

4 Ca 589 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 589 b/21 – geändert und die Klage abgewiesen.**

**Der Kläger 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 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. 29 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 war seit dem 01.08.2008 bei der S. GmbH beschäftigt. Nach Ziff. 3 seines schriftlichen Arbeitsvertrags (Anlage 3, Bl. 54 – 61 Berufungsakte) erhielt er ein Festgehalt von EUR 4.000,-/Monat. Weiter wird dem Kläger ein Provisionssystem in Aussicht gestellt, über dessen Art und Höhe noch verhandelt werde. Unter dem 11.07.2008 schloss er mit der S. GmbH eine Provisionsvereinbarung (Bl. 62 Berufungsakte), die auszugsweise lautet:

„Zum 1. Januar 2009 wird der/die Mitarbeiter/in in das jeweils gültige variable Provisionssystem der Stufe 1 integriert. Derzeit ist bei einer Zielerreichung von 100 % eine Jahresprovision in Höhe von 25.000 € brutto erreichbar. Die Ziele werden auf der Grundlage einer realistischen Vorplanung jährlich neu definiert.“

Im Januar 2012 unterzeichnete der Kläger eine „Prämienvereinbarung 2012“ (Bl. 118 Berufungsakte), in der er sich für eine von zwei angebotenen Optionen entschied. Diese sah in Abhängigkeit von der Erreichung noch zu vereinbarenden Ziele eine Prämie von EUR 40.000,- vor. Ihre Gültigkeit war ausdrücklich auf das Jahr 2012 be-

fristet. Zum 01.07.2014 wurde der Kläger infolge eines Betriebsübergangs Arbeitnehmer der Beklagten. Er ist dort im Außendienst als „Sales Rep“ in der Business Unit DPS beschäftigt. Die Parteien trafen für jedes Kalenderjahr eine Zielvereinbarung, die zuletzt nicht mehr unterschrieben wurde. Dabei wurde seit 2012 bis zum Jahr 2020 die Zielprovision des Klägers bei einem Zielerreichungsgrad von 100 % stets mit EUR 40.000,- angesetzt.

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,- 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. Da seine Zielprovision seit Jahren auf EUR 40.000,- festgesetzt worden sei, habe sich eine entsprechende betriebliche Übung entwickelt. 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 40.000,- noch zustehende Provision ein.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegenüber dem Kläger bei der Berechnung seiner Provisionen für die Jahre 2021, 2022 und 2023 und darüber hinaus jeweils einen Provisionstopf von 40.000,00 EUR (jeweils bezogen auf einen Zielerreichungsgrad von 100 %) anzuwenden, hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für das Jahr 2021 ausstehende Provision in Höhe von 4.479 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.02.2022 zu zahlen und hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, gegenüber dem Kläger bei der Berechnung seiner Provisionen für die Jahre 2022 und 2023 und darüber hinaus jeweils einen Provisionstopf von 40.000,00 EUR (jeweils bezogen auf einen Zielerreichungsgrad von 100 %) anzuwenden.

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 den Kläger kein Anspruch auf eine bestimmte Höhe seiner Zielprovision. Vielmehr sei deren Höhe Teil der von ihr zu treffenden Verteilungsentscheidung. 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 des Klägers 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. Dem Kläger stehe aufgrund einer individuellen Übung ein Anspruch auf eine Zielprovision von EUR 40.000,- zu. Der Kläger habe bereits bei der S. GmbH eine Zielprovision von EUR 40.000,- erhalten, 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 11.05.2022 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 des Klägers 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 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. 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 scheide 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 des Klägers von EUR 40.000,- nicht angetastet worden sei, bedeute nicht, dass diese nicht Gegenstand der jeweils auf ein Jahr befristeten Provisionssysteme gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 28.4.2022, Az. 4 Ca 589 b/21, abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag wie folgt: Entgegen der Behauptung der Beklagten seien die „Provisionstöpfe“ (Zielprovision) niemals Inhalt einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede gewesen. Dies habe das Betriebsratsmitglied Z. in einer Verhandlung vor einer anderen Kammer des Arbeitsgerichts zu diesem Thema auch ausdrücklich bestätigt. Die Höhe der Zielprovision sei auch in den Zielvereinbarungen nicht mitverhandelt worden. Richtig habe das Arbeitsgericht erkannt, dass die Klage zulässig sei. Zutreffend habe das Arbeitsgericht ferner entschieden, dass die Voraussetzung einer individuellen Übung ihm gegenüber vorlägen und deswegen der Klage stattgegeben. Die regelmäßige Gewährung eines Provisionsziels von EUR 40.000,- sei ein Verhalten, das Gegenstand eines konkludenten Vertragsangebots sein könne. Dieses Provisionsziel sei einer von mehreren Bausteinen zur Ermittlung seiner variablen Vergütung und individualvertraglich geschuldet. Die Beklagte habe insoweit auch nicht in Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit gehandelt.

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 der Beklagten ist begründet. Der Feststellungsantrag des Klägers ist zulässig aber unbegründet. Über seine Hilfsanträge war nicht zu entscheiden.

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, also um die Feststellung, dass ihm bei einer Zielerreichung von 100% ein Betrag in Höhe von EUR 40.000,00 als Vergütung zusätzlich zu seinem Festgehalt zusteht und dies ab dem Jahr 2021 auf Dauer.

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 9 seines erstinstanzlichen Schriftsatzes vom 04.03.2022 (Bl. 92 d. A.). 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 40.000,00 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 insgesamt zulässig. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.



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 16.07.2021 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 40.000,00 beträgt, liegt auch das erforderliche Feststellungsinteresse vor.

C. Der Hauptantrag des Klägers ist unbegründet. Ihm steht kein Anspruch darauf zu, dass seine Zielprovision in den Jahren ab 2021 bis 2023 und darüber hinaus auf EUR 40.000,00 festgesetzt wird.

Eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien über die Höhe der Zielprovision gibt es nicht. Die Zielprovision ist entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts auch nicht Gegenstand einer individuellen Übung geworden. Auch die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung liegen nicht vor. Schließlich hat sich das Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten auch nicht dahingehend konkretisiert, dass sie verpflichtet ist, die Zielprovision jedes Jahr auf 40.000,00 EUR festzusetzen.

I. Die Parteien haben die Höhe der Zielprovision im Arbeitsvertrag nicht verbindlich festgelegt. Nach dem Arbeitsvertrag des Klägers mit der S. GmbH, in den die Beklagte eingetreten ist, wird dem Kläger ein Provisionssystem in Aussicht gestellt. Die hierauf beruhende Provisionsvereinbarung vom 11.07.2008 sieht eine Integration des Klägers in das jeweils gültige variable Provisionssystem vor. Hieraus wird für den Kläger deutlich, dass sich seine Zielprovision und die sich daraus ergebende variable Vergütung nach einem anderweitig festgelegten System ermittelt. So ist auch der zweite Satz der Provisionsvereinbarung zu verstehen, wonach „derzeit“ bei einer Zielerreichung von 100% eine Jahresprovision von 25.000,00 EUR brutto erreichbar ist. Mit der Verwendung des Wortes „derzeit“ haben die Vertragsparteien zum Ausdruck gebracht, dass sich die Höhe des Provisionsziels aufgrund der Integration des Klägers in das Provisionssystem der Beklagten ergibt und in diesem Provisionssystem

aktuell bei hundertprozentiger Zielerreichung ein Betrag von 25.000,00 EUR festgelegt ist. Der Verweis auf das jeweilige Provisionssystem macht aber hinreichend deutlich, dass der Betrag von 25.000,00 EUR als Provisionsziel nicht fest vereinbart worden ist, sondern der Änderungsbefugnis der Beklagten unterliegt und – mangels anderer Anhaltspunkte – von ihr nach billigem Ermessen abweichend festgelegt werden kann.

Auch die Prämienvereinbarung 2012 der Parteien begründet erkennbar keinen dauerhaften Anspruch des Klägers auf ein Provisionsziel von 40.000,00 EUR. Die Gültigkeit dieser Vereinbarung ist ausweislich ihres Textes ausdrücklich auf das Jahr 2012 befristet worden. Auch hieraus musste der Kläger im Übrigen schließen, dass sein Provisionsziel jedes Jahr neu von der Beklagten festgelegt werden würde.

II. Ein Anspruch des Klägers auf eine Zielprovision von EUR 40.000,00 ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der individuellen Übung.

1. 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).

2. 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. Der Kläger kann die Feststellung eines bestimmten Provisionsziels auch nicht aus einer betrieblichen Übung herleiten.

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

1. 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.

2. Eine Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten auf einen Betrag von EUR 40.000,00 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 der Kläger 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 Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts der Beklagten spricht bereits die Provisionsvereinbarung vom 11.07.2008. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich hieraus die Integration des Klägers in das bei der Beklagten bestehende Provisionssystem. Der Kläger konnte aus den unter I. dargestellten Gründen erkennen, dass sich die Beklagte gerade nicht dauerhaft auf eine bestimmte Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts festlegen wollte. Vertraglicher Ausgangspunkt der Parteien ist ein für den Kläger objektiv erkennbar veränderbares variables System. Das enthält auch die Möglichkeit, dass sich das Provisionsziel verändern kann.

bb) Die vom Kläger insbesondere auch im Berufungstermin angeführten jährlichen Zielvereinbarungen, in denen zuletzt als Provisionsziel stets EUR 40.000,00 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 mit dem Regionalvertriebsleiter gesprochen worden ist oder – wie der Kläger behauptet – dies in den letzten Jahren nicht mehr geschehen 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.

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, 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 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 8.000,00 Zielprovision für einen Head Office Sales bis EUR 45.000,00 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.).

(4) 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 die Hilfsanträge des Klägers ist nicht zu entscheiden, da sie nur für den Fall der Unzulässigkeit des Hauptantrags gestellt worden sind. Diese Bedingung ist nicht eingetreten.

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

gez. ...

gez. ...

gez. ...