

**3 Sa 977/15**  
12 Ca 15033/13  
(ArbG München)

Verkündet am: 19.05.2016

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

C.  
C-Straße, B-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

D.  
D-Straße, B-Stadt

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. April 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Eulers und die ehrenamtlichen Richter Holzamer und Wischhöfer

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 08.10.2015 – 12 Ca 15033/13 – teilweise unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst:
  1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.550,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Teilbetrag in Höhe von 2.275,00 € brutto seit dem 01.07.2012 und aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 2.275,00 € brutto seit dem 01.07.2013 zu zahlen.
  2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu 88/100 und die Beklagte zu 12/100 zu tragen. Die erstinstanzlichen Kosten trägt der Kläger.
- III. Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten zuletzt über die Zahlung von (Leistungs-) Boni bzw. variabler Vergütung für die Jahre 2010, 2011 und 2012.

Die Klagepartei war bei der Beklagten seit 1983 als Angestellter mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % beschäftigt. Ihr Jahresfestgehalt betrug im Jahr 2010 € 64.751,92 brutto (Anlage BI 9), im Jahr 2011 € 66.295,92 brutto (Anlage BI 10) sowie im Jahr 2012 € 67.257,24 brutto (Anlage BI 11). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Bank in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts, bei der das Bayerische Personalvertre-

tungsgesetz (BayPVG) Anwendung findet. Mit Wirkung zum 01.01.2004 vereinbarten die Parteien die Beschäftigung der Klagepartei als außertariflicher Angestellter. Die Vergütung war aufgrund des Arbeitsvertrags vom 01.01.2004 wie folgt geregelt:

**„§ 4. Bezüge**

(1) *Der Mitarbeiter erhält ein Jahresfestgehalt ...*

(2) *Außerdem kann der Mitarbeiter als freiwillige Leistung ohne Rechtsanspruch einen Bankbonus erhalten, dessen Höhe alljährlich auf Vorschlag des Vorstandes vom Verwaltungsrat beschlossen wird. Der Bankbonus wird jeweils im Folgejahr für das vorangegangene Geschäftsjahr gezahlt. Ferner kann der Mitarbeiter als freiwillige Leistung ohne Rechtsanspruch einen Leistungsbonus erhalten, der sich im Einzelnen nach seinen Leistungen im jeweils vorangegangenen Geschäftsjahr bestimmt. Berechnung, Zahlung, Kürzung und Rückzahlung des Bankbonus und des Leistungsbonus erfolgen im Übrigen nach der Vereinbarung über das Bonussystem für die außertariflichen Beschäftigten der C. Girozentrale in ihrer jeweils gültigen Fassung.*

*Mit der Zahlung der laufenden Bezüge und eines etwaigen Bonus sind Überstunden/Mehrarbeit, Zuschläge und Zulagen für Schicht- und Nachtarbeit sowie Sonn- und Feiertagsarbeit abgegolten.*

(...)

**§ 8. Leistungen ohne Rechtsanspruch**

*Auf Leistungen, die nicht in diesem Vertrag festgesetzt sind, besteht auch bei wiederholter Gewährung kein Rechtsanspruch.“*

Dieser Arbeitsvertrag wurde der Klagepartei mit Schreiben vom 01.01.1999 übersandt, das auszugsweise folgenden Inhalt hat:

*„... mit Abschluss Ihres neuen Arbeitsvertrages mit Wirkung ab dem 01.01.2004 werden Sie nach dem neuen variablen Vergütungssystem für die außertariflich Beschäftigten der C. bezahlt ... Ihr Jahresgehalt setzt sich zusammen aus dem Jahresfestgehalt, dem Leistungsbonus und dem Bankbonus.*

...

*Der Leistungsbonus ermittelt sich nach der Formel Zielbonus mal Leistungsfaktor. Der prozentuale Zielwert für Ihren Leistungsbonus (Zielbonus) beträgt 15 %. Dieser Prozentsatz bezieht sich auf Ihr individuelles, unter Geltung des neuen Vertrags bezogenes Jahresfestgehalt (Kalenderjahresfestgehalt gemäß Nr. 2.1.2. BonusV.*

...

*Bitte geben Sie ein Exemplar des Arbeitsvertrages .... unterschrieben ... zurück.*

....“

Mit Wirkung zum 01.01.2007 wurde der Zielbonus auf 20 % erhöht, was der Klagepartei mit Schreiben vom 11.01.2007 mitgeteilt wurde.

Die Beklagte schloss mit dem bei ihr gebildeten Personalrat zur Regelung der Bonusansprüche seit dem Jahr 2000 Dienstvereinbarungen ab (zum Überblick der Dienstvereinbarungen vgl. Beklagtenschriftsatz vom 20.04.2015, Seite 17). In Umsetzung dieser Dienstvereinbarungen wurden auf Basis der sog. Führung durch Ziele (FDZ) jeweils zu Jahresbeginn individuelle Arbeitsziele festgesetzt. Für die Geschäftsjahre bis 2007 zahlte die Beklagte der Klagepartei jährlich einen Leistungsbonus in Höhe des Jahresfestgehalts x 15 bzw. 20 % x Faktor 1,0.

Das Geschäftsjahr 2008 endete für die Beklagte mit einem Verlust von rund € 5 Mrd. Ihr Zusammenbruch konnte nur durch Zuführung neuen Eigenkapitals in Höhe von rund € 10 Mrd. bis in das Jahr 2009 hinein und einer staatlich garantierten Abschirmung bis zu einem Höchstbetrag von € 4,8 Mrd. abgewandt werden. Die entsprechenden Beihilfen wurden von der Europäischen Kommission am 18.12.2008 genehmigt. Darüber hinaus legte die Beklagte ein Umstrukturierungsprogramm („Projekt Hercules“) auf, das neben einer Neuausrichtung des Geschäftsmodells auf Kernbereiche und –regionen insbesondere auch eine (konzernweite) Kostenreduktion in Höhe von € 670 Mio. und einen Personalabbau um ca. 1000 Mitarbeiter auf den Ebenen der Beklagten, d.h. ohne Berücksichtigung des Personalabbaus in den Tochtergesellschaften, vorsah. Auch entschied die Beklagte Anfang 2009, die leistungsorientierte Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 auszusetzen.

Am 12.05.2009 eröffnete die Europäische Kommission ein Prüfverfahren zur langfristigen Lebensfähigkeit der Beklagten ohne staatliche Beihilfen und äußerte Zweifel, ob die der Beklagten gewährte Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar sei und ob auf der Grundlage des Umstrukturierungsplans die Wiederherstellung der Lebensfähigkeit der Beklagten gewährleistet werden könnte.

Die Beklagte schloss das Geschäftsjahr 2009 mit einem Jahresfehlbetrag von € 2,595 Mrd. ab. Auch für dieses Geschäftsjahr zahlte die Beklagte ihren Mitarbeitern keinen Leistungsbonus aus, sondern teilte unter dem 07.04.2010 mit, dass für das Jahr 2010 wieder eine Gehaltsüberprüfungsrunde durchgeführt werde und als Ausgleich für besondere Belastungen zusätzlich fünf Urlaubstage gewährt würden.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2010 regelten die Betriebsparteien das Vergütungssystem für die außertariflich Beschäftigten neu, u.a. um den Vorgaben des § 5 Abs. 2 Nr. 3 der Finanzmarktstabilisierungsfondverordnung (FMStV) zu entsprechen, zu deren Einhaltung sich die Beklagte gegenüber der Europäischen Kommission verpflichtet hatte. Danach sollen die Vergütungssysteme nicht zur Eingehung unangemessener Risiken verleiten sowie an langfristigen und nachhaltigen Zielen ausgerichtet und transparent sein. Es galt deshalb ab 1. Januar 2010 die „Dienstvereinbarung über die Vergütung der außertariflich Beschäftigten der C.“ vom 8. Dezember 2009 (die im Folgenden im Anschluss an ihre Bezeichnung im Urteil des BAG vom 19.03.2014 – 10 AZR 622/13 – NZA 2014, 595 als DV AT-Vergütung 2010 abgekürzt wird). Im Zuge der Umstellung des Vergütungssystems wurden alle AT-Funktionen unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu verschiedenen Organisationseinheiten einer der acht Job-families „S. und Durchleitgeschäft“, „Markets“, „Corporates & Institutional Banking“, „Stab & Steuerung“, „Administration & Services“, „IT“, „Labo“ und „L.“ (Ziffer 2 DV AT-Vergütung 2010) zugeordnet. Des Weiteren wurde für jede Job-family eine Karriereleiter mit drei Karrierestufen festgelegt, denen alle Funktionen nach ihrer internen Wertigkeit zugeordnet wurden (Ziffer 3 DV AT-Vergütung 2010). Jeder Job-family/Karriereleiter wurden schließlich marktorientierte Gehaltsbänder hinterlegt, die den Mindest- und Höchstbetrag für das Jahresfestgehalt und den Richtwert definierten (Anlage 4) (Ziffer 4 DV AT-Vergütung 2010). Die DV AT-Vergütung 2010 regelte die Vergütung auszugsweise wie folgt:

„5. *Jahresfestgehalt*

*Das Jahresfestgehalt ist der Teil des Gesamtgehalts, auf den ein unwiderruflicher, unbedingter und unbefristeter Rechtsanspruch besteht.*

*Das Jahresfestgehalt wird in 12 Raten ausbezahlt. In jedem Kalendermonat wird 1/12 des im jeweiligen Kalendermonat gültigen Jahresfestgehalts ausgezahlt.*

5.1. *Budgets für individuelle Gehaltsanpassungen*

*Für die individuelle Anpassung der Jahresfestgehälter legt der Vorstand für jedes Geschäftsfeld/jeden Zentralbereich alljährlich ein Budget fest.*

5.2. *Individuelle Gehaltsanpassungen*

*Im Rahmen der Budgets ist über die individuelle Anpassung einzelner Jahresfestgehälter zu entscheiden.*

*...*

*Die Bemessung der individuellen Gehaltsanpassung innerhalb dieses Rahmens erfolgt unter Berücksichtigung und Abwägung der dauerhaft gezeigten individuellen Leistungen.*

*(...)*

6. *Variable Vergütung*

*Die Beschäftigten können als freiwillige Leistung eine variable Vergütung erhalten, mit der die individuelle Leistung eines Beschäftigten und sein Beitrag zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr honoriert und seine Betriebsbindung gefestigt werden soll.*

*Die variable Vergütung ergibt sich aus dem vom Vorstand bewilligten Budget und der Vergabeentscheidung auf der Grundlage der jeweiligen individuellen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung. Es besteht kein individueller Rechtsanspruch auf Bewilligung eines Budgets oder auf Gewährung einer individuellen Zahlung.*

6.1. *Budgets*

*Der Vorstand bestimmt alljährlich Budgets für die variable Vergütung für jeweils von ihm festzulegende Geschäftseinheiten der C.. Die Budgets richten sich nach dem betriebswirtschaftlichen Erfolg (z.B. gemessen an EVA oder  $\Delta$ EVA) und können auch auf Null festgesetzt werden.*

## 6.2. Richtwert und Vergabe

### 6.2.1. Richtwert

Für jedes Gehaltsband wird ein marktorientierter Richtwert festgelegt. Der Richtwert ergibt sich aus dem für das jeweilige Gehaltsband prozentualen Anteil von dem in der Anlage 4 ersichtlichen Mittelwert des jeweiligen Gehaltsbandes. . .

### 6.2.2. Vergabe

Die Vergabe der individuellen variablen Vergütung richtet sich nach dem Ergebnis der alljährlichen individuellen Beurteilung und Zielerreichung nach der Regelung des Mitarbeitergesprächs in ihrer jeweils geltenden Fassung.

Mindestvoraussetzung für die Gewährung einer variablen Vergütung ist, dass die aufgaben- und verhaltensbezogenen Ziele und die außerfachlichen Kompetenzen wenigstens mit Einschränkungen erfüllt sind. . .

Die variable Vergütung kann, vorbehaltlich der zur Verfügung stehenden Budgetmittel,

bei Erfüllung der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen mit Einschränkungen	40 bis 80 %
bei Erfüllung der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen	90 bis 110 %
bei Übertreffen der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen	120 bis 150 %
bei deutlichem Übertreffen der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen	160 bis 200 %

des Richtwertes betragen

(...)

Sofern das zur Verfügung stehende Budget nicht ausreicht, die individuell festgelegten Beträge auszusahlen, ist entsprechend dem Leistungsgedanken die individuelle Zahlung in einem Vergleich der Beschäftigten untereinander durch den Budgetverantwortlichen anzupassen.

(...)

### 6.2.3. Ermessenserwägungen

Die wesentliche ermessensleitende Erwägung für die individuelle Vergabe der variablen Vergütung ist die Ausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung insgesamt unter Berücksichtigung der Marktüblichkeit. Eine Auszahlung über dem Richtwert kann unter diesem Aspekt insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn

- 8 -

- *besondere oder besonders nachhaltige Erfolge erzielt wurden,*
- *besondere Schwierigkeiten bewältigt wurden,*
- *besonders herausfordernde Aufgaben bevorstehen,*
- *besondere Einsatzbereitschaft, Flexibilität und Kundenorientierung gezeigt wurden.*

*Bei groben Fehlverhalten kann die variable Vergütung oder der aufgeschobene Teilbetrag der variablen Vergütung ganz oder teilweise versagt werden.“*

Nach Ziff. 1.2. der Ausführungs- und Übergangsregelung zur DV AT-Vergütung 2010 vom 08.12.2009 war die Beklagte dafür verantwortlich, die Gehaltsbänder und Richtwerte für die variable Vergütung der Anlage 4 zu Ziffer 6.2.1 DV AT-Vergütung 2010 auf ihre Marktgerechtigkeit zu überprüfen und sich ergebende Änderungen dem Personalrat mitzuteilen. Die frühere Dienstvereinbarung ist gleichzeitig außer Kraft getreten.

Bereits am 28./29.11.2009 hatte der Verwaltungsrat der Beklagten auf der Grundlage seiner satzungsmäßigen Befugnis Regeln zur Festsetzung des Bonusbudgets beschlossen. Danach sollte während der sog. Turn-Around-Phase bis zum 31.12.2015 der Vorstand seine Entscheidung, ob und in welcher Höhe ein Budget für die variable Vergütung zur Verfügung gestellt werde, unter Berücksichtigung der Gesamtbankebene (Beklagte einschließlich der damals noch unselbständigen Anstalten L. (L.) und La. (LaBo)) in Abhängigkeit des Economic Value Added (EVA) und des Delta-EVA treffen. Der EVA (nach IFRS/IAS) wird abgeleitet aus dem Ergebnis nach Steuern und Fremdanteilen am Periodenüberschuss, bereinigt um das Restrukturierungsergebnis (Aufwendungen für Personalabbau) und ab 2011 um die Bankenabgabe, sowie aus den Eigenkapitalkosten. Etwai-ge positive oder negative Sondereffekte fließen somit auch in den EVA ein. Der Delta-EVA drückt die Entwicklung des EVA zwischen zwei Geschäftsjahren aus und gibt sol-chermaßen Auskunft über die Wertschaffung durch Rentabilitätssteigerung und/oder Wachstum. Durch die ergänzende Betrachtung des Delta-EVA kann trotz eines ggf. nega-tiven EVA eine positive Veränderung im Zeitablauf gezeigt werden. Nach den Vorgaben des Verwaltungsrats sollte für die Entscheidung über ein Budget für die variable Vergü-tung auf den Durchschnitt aus dem EVA für das betreffende Geschäftsjahr und den zwei vorangegangenen Geschäftsjahren abgestellt werden. Solange dieser sog. Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA negativ war, sollte der Delta-EVA betrachtet werden, und zwar eben-falls bezogen auf den betreffenden Drei-Jahres-Zeitraum. Nur wenn dieser Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA positiv war, durfte überhaupt ein Budget für die variable Vergü-



tung zur Verfügung gestellt werden, das jedoch grundsätzlich auf max. 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte zu begrenzen war. Der Vorstand hatte die Möglichkeit, das Bonusbudget um max. 10 % zu erhöhen. Das solchermaßen zur Verfügung gestellte Budget bedurfte der abschließenden Zustimmung des Verwaltungsrats. Die Begrenzung des Budgets für die variable Vergütung bei negativen Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA, aber positiven Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA während der Umstrukturierungsphase bis 31.12.2015 auf max. 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte beruhte auf der Erwägung, dass die Beklagte zwar mit der Kapitalzuführung und der zusätzlichen Portfolioabschirmung vorläufig stabilisiert sei, jedoch ihre langfristige Lebensfähigkeit wegen des noch offenen Beihilfeverfahrens und der zu erwartenden Auflagen einschließlich der Rückzahlungsverpflichtungen in Bezug auf die erhaltenen Beihilfen sowie die erforderliche Umstrukturierung noch nicht gesichert sei. Vor diesem Hintergrund sollten ergebnisbelastende Effekte, wie es die Zahlung variabler Vergütung sei, begrenzt werden.

Die Beklagte informierte die Mitarbeiter mit Schreiben vom 18.12.2009 über das neue Vergütungssystem für AT-Mitarbeiter und sodann die Klagepartei persönlich mit Schreiben vom 11.01.2010 auch hinsichtlich der Zuordnung ihrer Funktion zur Job-family „L.“, Karrierestufe „1“, und der Erhöhung ihres Jahresfestgehalts. Des Weiteren wurde ihr mitgeteilt, dass der Richtwert für ihre variable Vergütung 10 % des derzeitigen Mittelwertes des Gehaltsbandes für die Karrierestufe „1“ der Job-family „L.“ und damit € 6.500,00 betrage. Für das Geschäftsjahr 2010 war mit der Klagepartei eine Zielvereinbarung geschlossen und die Zielerreichung bewertet worden. Nach der Gesamtbewertung wurden die Erwartungen „erfüllt“, was 90 % bis 110 % des Richtwertes entsprach.

Im Verlauf des Jahres 2010 traten verschiedene weitere rechtliche Vorgaben für das Bankwesen in Kraft. § 25 a Kreditwesengesetz (KWG) wurde mit Wirkung zum 27.07.2010 dahingehend geändert, dass die besonderen organisatorischen Verpflichtungen eines Kreditinstitutes auch angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Mitarbeiter umfassen. Am 13.10.2010 trat die Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV 2010) in Kraft, nach deren § 4 der Gesamtbetrag der variablen Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern nicht die Fähigkeit des Instituts einschränken darf, eine angemessene

sene Eigenmittelausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wieder herzustellen. Die Institutsvergütungsverordnung 2010 diene der Umsetzung der CRD III Richtlinie (2010/76/EU vom 14.11.2010), die in Anhang V, Abschnitt 11, Nummer 23 q auszugsweise lautet:

*„Die variable Vergütung, [ . . . ] wird nur dann ausgezahlt oder erdient, wenn sie angesichts der Finanzlage des Kreditinstituts des betreffenden Geschäftsbereichs und der betreffenden Person gerechtfertigt erscheint. Eine schwache oder negative finanzielle Leistung des Kreditinstituts führt ungeachtet der allgemeinen Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts allgemein zu einer erheblichen Absenkung der variablen Vergütung, wobei [ . . . ] laufende Vergütungen [ . . . ] in Betracht gezogen werden [ . . . ]“*

§ 5 Abs. 2 Nr. 6 InstitutsVergV 2010 begrenzt die Regelung auf die Geschäftsleitung und sog. Risikonehmer, deren Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf das Risikoprofil eines Kreditinstituts haben.

Im Dezember 2010 beschloss der Vorstand die Zahlung einer auf zwei Jahre befristeten sog. Stabilisierungszulage für die Tarif- und AT-Mitarbeiter im In- und Ausland mit einem Volumen von € 20 Millionen p.a., die dazu diene, das Engagement der Beschäftigten für die Zukunftssicherung der Beklagten auch monetär zu honorieren. Auf ausdrücklichen Wunsch des Gesamtpersonalrats wurde die Zulage nicht leistungsabhängig, sondern als pauschale monatliche Zahlung festgelegt. Im Tarifbereich betrug die Zulage bis zu ein Monatsgehalt p.a. und für außertariflich Beschäftigte bis zu  $\frac{3}{4}$  eines Monatsgehalts p.a. Die Auszahlung - auch an die Klagepartei - erfolgte im Zeitraum Mai 2011 bis April 2013.

Im März 2011 fasste der Vorstand der Beklagten den Beschluss, ein Gesamtvolumen für die variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2010 in Höhe von € 25 Millionen zur Verfügung zu stellen, dem der Verwaltungsrat zustimmte. Davon entfielen € 17,88 Millionen auf die AT-Beschäftigten, was bei einer Summe der funktionsbezogenen Richtwerte nach Ziffer 6.2.1 DV AT-Vergütung 2010 in Höhe von € 34,56 Millionen 51,7 % entsprach. Sowohl über die Stabilisierungszulage als auch über die Zahlung variabler Vergütung für das Jahr 2010 wurden die Mitarbeiter durch Intranetmitteilung vom 07.04.2011 informiert. Der Klagepartei mitgeteilt, dass sie für das Geschäftsjahr 2010 eine variable Vergütung in

Höhe von € 3.002,00 brutto erhielt. Im Juni 2011 wurde dieser Betrag unter der Bezeichnung „Var. Vergütung AT“ ausgezahlt.

Für das Geschäftsjahr 2011 findet die Dienstvereinbarung über die Vergütung der außertariflich Beschäftigten der C. vom 08.12.2009 in der Fassung der Änderung der Dienstvereinbarung vom 14.12.2010 (im Folgenden: DV AT-Vergütung 2011) Anwendung. Diese entspricht hinsichtlich der hier streitigen Vergütungsfragen der DV AT-Vergütung 2010. Für den Inhalt im Einzelnen wird auf Anlage B 16 verwiesen. Die Gehaltsbänder und Richtwerte für 2011 wurden in Anlage 4 (neu-) festgelegt. Die Zielerreichung der Klagepartei wurde mit „erfüllt“ bewertet.

Für das Geschäftsjahr 2011 stellte die Beklagte neben der vorstehend erwähnten Stabilisierungszulage ein Prämienbudget zur Honorierung besonderer Leistungen im Rahmen von Projekten oder Sonderaufgaben in Höhe von € 5 Mio. sowie ein Budget in Höhe von max. € 5 Mio. für Gehaltsanpassungen zur Verfügung. Im Januar 2012 entschied die Beklagte, für das Geschäftsjahr 2011 keine variable Vergütung zu zahlen. Die Summe der funktionsbezogenen Richtwerte hätte in 2011 rund € 46,5 Mio. betragen. 35 % dieser Summe wären ca. € 16,3 Mio. gewesen. Durch Intranetmitteilung vom 28.02.2012 wurden die Beschäftigten hierüber informiert und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass für das kommende Jahr 2012 an der zugesagten Stabilisierungszulage im Umfang von € 20 Mio. p.a. festgehalten und erneut zur Honorierung besonderer Leistungen ein Budget in Höhe von € 5 Mio. zur Verfügung gestellt werde. Des Weiteren werde zum 01.07.2012 eine Gehaltsüberprüfungsrunde für in- und ausländische AT-Mitarbeiter durchgeführt werden.

In der zweiten Jahreshälfte 2012 beschloss der Vorstand der Beklagten als Ausgleich für die besonderen Belastungen im Geschäftsjahr 2011 den AT-Beschäftigten, die an der Zeiterfassung teilnahmen, Zeitguthaben über 50 Stunden zum Stichtag 30. September 2012 auszuzahlen. Auszahlungstermin war Oktober 2012.

Im Juli 2012 wurde das Beihilfeverfahren abgeschlossen. Die Beihilfemaßnahmen wurden unter Auflagen seitens der Europäischen Kommission genehmigt. Die Beklagte musste sich zu einer tiefgreifenden Umstrukturierung und zur Rückzahlung eines Teils der ihr gewährten Beihilfen (insgesamt rund € 5 Milliarden) in mehreren Tranchen bis zum Jahr

2019 verpflichten. Bei einem Verstoß gegen die Zusagen und Auflagen drohte die Wiedereröffnung des Beihilfeverfahrens einschließlich der Verpflichtung der Beklagten zur Rückgewährung sämtlicher Stützungsmaßnahmen.

Anlässlich des geplanten Teilbetriebsübergangs auf die L., Anstalt des öffentlichen Rechts, kam es am 29.11.2012 zum Abschluss einer „Dienstvereinbarung über eine Starterprämie im Falle des Wechsels von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zur „neuen L.““ (im Folgenden: DV Starterprämie), die auszugsweise wie folgt lautet:

## **„2 Anspruch auf eine Starterprämie**

*Jeder Mitarbeiter der C, dessen Arbeitsverhältnis bis spätestens 31.12.2012 in ungekündigtem Zustand gemäß § 613a BGB von der C. auf die Neue L. übergeht und vom Arbeitnehmer vor Ablauf des 31.03.2013 nicht gekündigt worden ist (entscheidend ist der Zugang der Kündigungserklärung) und dessen Arbeitsverhältnis bis dahin durch Aufhebungsvertrag nicht beendet worden ist, erhält zur Förderung seiner Wechselbereitschaft und zur Unterstützung des Überleitungsprozesses mit dem Aprilgehalt 2013 eine Starterprämie nach folgenden Maßgaben:*

...

### **2.2 Außertariflich Beschäftigte**

*Außertariflich Beschäftigte erhalten eine Starterprämie in Höhe der für den Monat Dezember 2012 ausgezahlten Monatsrate von 1/12 brutto des von ihnen im Kalenderjahr 2012 bezogenen Jahresfestgehalts (brutto) inklusive etwaiger Zulagen, jedoch ohne die sog. Stabilisierungszulage und ohne etwaige vermögenswirksame Leistungen.*

*Soweit außertariflich Beschäftigte für das Kalenderjahr 2012 – gleichgültig aus welchem Rechtsgrund – Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung haben, gilt die Leistung der variablen Vergütung gleichzeitig als Erfüllung des Anspruchs auf die Starterprämie und umgekehrt. Demgemäß erhalten außertariflich Beschäftigte keine Starterprämie als zusätzliche Leistung, soweit die ihnen für das Kalenderjahr 2012 zustehende variable Vergütung mindesten 1/12 des von ihnen im Kalenderjahr 2012 bezogenen Jahresfestgehalts beträgt.“*

Mit Wirkung zum 01.01.2013 ging das Arbeitsverhältnis der Klagepartei auf die L. im Wege des Betriebsübergangs gem. § 613 a BGB über. Die Beklagte zahlte ihr im April 2013 eine Starterprämie in Höhe von € 5.684,99 brutto.

Für das Geschäftsjahr 2012 galt ebenfalls die DV AT-Vergütung 2011. Die Beklagte beurteilte die Leistungen der Klagepartei erneut mit dem Zielerreichungsgrad „erfüllt“.

Am 15.01.2013 beschloss der Vorstand der Beklagten für das Geschäftsjahr 2012 die Zahlung einer einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung mit einem Budget von insgesamt € 15 Mio. für Tarif- und AT-Beschäftigte im In- und Ausland, wovon rund € 12,75 auf die AT-Beschäftigte im In- und Ausland entfielen. Die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung sollte insbesondere die Leistungen der Beschäftigten angemessen honorieren, die es der Beklagten überhaupt ermöglichten, mit der Rückzahlung der von E. gewährten Beihilfen zu beginnen. Die Klagepartei erhielt keine Sonderzahlung.

Die Geschäftsentwicklung der Beklagten stellte sich im streitgegenständlichen Zeitraum bezogen auf die HGB-Einzelabschlüsse wie folgt dar:

Geschäftsjahr	HGB Einzelabschluss In € Millionen
2008	- 3.900
2009	- 2.595
2010	544
2011	- 328
2012	28
2013	- 475

Mit ihrer am 12.12.2013 beim Arbeitsgericht München eingegangenen Klage, die der Beklagten am 23.12.2013 zugestellt worden ist, hat die Klagepartei die Leistungsboni zunächst für die Jahre 2009 bis 2012 in einer Gesamthöhe von € 51.699,21 brutto geltend gemacht und im Anschluss an die Entscheidung des BAG vom 19.03.2014 – 10 AZR

622/13 – bis zur Höhe von € 39.661,01 brutto in Bezug auf die Ansprüche für das Jahr 2009 zurückgenommen.

Die Klagepartei hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, ihr stehe ein Anspruch auf Zahlung des sog. Leistungsbonus aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages zu. Der in § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrags angebrachte Freiwilligkeitsvorbehalt sei als Allgemeine Geschäftsbedingung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung und nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. Jedenfalls begründe sich ein entsprechender individualrechtlicher Anspruch aus dem Begleitschreiben vom 01.01.2004. Darüber hinaus rechtfertige sich der Anspruch aus betrieblicher Übung bzw. Gesamtzusage. Hilfsweise hat die Klagepartei den Bonusanspruch auf den Arbeitsvertrag i.V.m. der DV AT-Vergütung 2010/2011 gestützt und gemeint, die Beklagte habe in den Jahren 2010 bis 2012 ihr billiges Ermessen nach § 315 BGB bei der Festlegung der Auszahlung des Bonus nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Die vom BAG in der Entscheidung vom 19.03.2014 (10 AZR 622/13) hierzu aufgestellten Kriterien habe sie nicht ausreichend dargelegt. Lediglich für die Krisenjahre 2008 und 2009 habe das BAG wegen der ganz außergewöhnlichen Verluste ausnahmsweise die Ansprüche auf Boni verneint und insoweit festgestellt, dass die Festsetzung der Leistungsboni auf „Null“ billigem Ermessen entsprochen hätte. Für die Folgejahre gelte das Urteil jedoch nicht. Die Klagepartei hat bestritten, dass die Beklagte ihr Ermessen überhaupt ausgeübt habe. Jedenfalls müsse von erheblichen Ermessensfehlern ausgegangen werden. Die Beklagte habe parallel zu den behaupteten Beschlüssen, reduzierte bzw. keine Boni ausbezahlt, in Gestalt der Stabilisierungszulage und der Gehaltserhöhungen massive Geldmittel ausgeschüttet, die vorgeblich nicht zur Verfügung gestanden hätten, und damit vorsätzlich ihre vertraglichen und vorrangigen Verpflichtungen nicht erfüllt. Die Zahlung der „Stabilisierungszulage“ und der Starterprämie dürften nicht bei der Ermessensausübung einbezogen werden.

Der Leistungsbonus berechne sich jeweils nach dem Jahresfestgehalt, multipliziert mit dem Zielbonus 20 % und dem Leistungsfaktor 1,0, da die Klagepartei die vereinbarten Ziele unstreitig zu 100 % erreicht habe. Für die Berechnung im Einzelnen wird auf den Schriftsatz vom 11.06.2015, S. 4, Bezug genommen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages die Auffassung vertreten, dass sich im Anschluss an die Entscheidung des BAG vom 19.03.2014 - 10 AZR 622/13 - ein Anspruch auf Bonuszahlung nicht aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags begründe. Aus dem Begleitschreiben zum Arbeitsvertrag folge gleichfalls kein Anspruch auf Bonuszahlung bzw. variable Vergütung. Es stehe in untrennbarem Zusammenhang mit dem übersandten Arbeitsvertrag und sei rein informatorischer Natur ohne rechtliche Bindungswirkung. Die Klagepartei sei lediglich zur Unterzeichnung und Rückgabe des Arbeitsvertrags, nicht jedoch auch des Begleitschreibens aufgefordert worden. Rechtsgrundlage der streitigen Ansprüche sei § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. der jeweils anzuwendenden Dienstvereinbarung. Danach habe der Vorstand alljährlich Budgets für die variable Vergütung zu bestimmen. Der Beklagten werde insoweit ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen eingeräumt, das sie in den Jahren 2010 bis 2012 ermessensfehlerfrei ausgeübt habe.

Einen eventuellen variablen Vergütungsanspruch der Klagepartei für das Jahr 2010 habe die Beklagte durch Leistung erfüllt. Grundlage der Entscheidung zur Zahlung variabler Vergütung seien die folgenden Werte des Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA und Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA, wobei nur der Durchschnitts-Delta-EVA für die Jahre 2008 bis 2010 habe berücksichtigt werden können, da die Beklagte die EVA-Daten erst ab dem Geschäftsjahr 2008 ermittle:

	2008 / in € Mio.	2009 / in € Mio.	2010 / in € Mio.
EVA	<b>- 4.946,0</b>	<b>- 118,0</b>	<b>- 307,7</b>
Delta-EVA		<b>4.828,0</b>	<b>-189,7</b>
Durchschnitts-EVA 2008 bis 2010 in € Mio.	<b>-1.790,6</b>		
Durchschnitts-Delta- EVA 2008 bis 2010 in € Mio.	<b>2.319,2</b>		

Auf der Grundlage des positiven Drei-Jahres-Durchschnitt-Delta-EVA sei die Möglichkeit eröffnet gewesen, bis zu 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte als Budget zur Verfügung zu stellen, sowie die Möglichkeit, dieses Bonusvolumen um bis zu 10 % zu erhöhen. Das Budget in Höhe von rund € 25 Mio. für Tarifangestellte und AT-Angestellte

sei aufgrund einer Gesamtabwägung unter Berücksichtigung einer seit Jahren erstmals positiven, aber noch nicht nachhaltigen Entwicklung der Ertragslage festgesetzt worden: Der EVA-Drei-Jahresdurchschnitt sei mit € - 1.790,6 Mio. deutlich negativ gewesen. Die Betrachtung der durchschnittlichen EVA-Veränderung (Durchschnitts-Delta-EVA) habe in diesem Zeitraum einen positiven Wert von € 2.319,2 Mio. gezeigt. Ein nachhaltiger Geschäftserfolg habe sich in den EVA- und Delta-EVA-Kennzahlen jedoch nicht widergespiegelt. Auch sei das Ergebnis durch die Sondereffekte wie dem Ertrag in Höhe von € 130 Mio. aus der Auflösung eines Total Return Swaps (TPS) gekennzeichnet gewesen. Nach dem Grundgedanken der InstitutsvergV dürften sich negative Erfolgsbeiträge nicht auf die Höhe der variablen Vergütung auswirken. Der Vorstand habe zudem berücksichtigt, dass das Konzernergebnis wie auch der HGB-Einzelabschluss positiv gewesen seien und eine vollständige Befriedung aller Ansprüche auf Genussrechte als auch eine Zuschreibung bei stillen Einlagen ermöglicht hätten. Ferner sei berücksichtigt worden, dass vor dem Hintergrund der Rekapitalisierung in Milliardenhöhe durch den E. es nicht zu vermitteln gewesen wäre, im Jahr nach der Rettung der Beklagten durch staatliches Vermögen ein noch höheres Volumen für die variable Vergütung zur Verfügung zu stellen. Das in Form der Beihilfen zugeführte Kapital in Höhe von rund € 10 Milliarden hätte in den nächsten Jahren zurückgeführt werden müssen. Andererseits habe nach zwei Jahren ohne Zahlung einer variablen Vergütung ein klares Signal an die Belegschaft gesandt werden müssen, dass sich die im vergangenen Geschäftsjahr gezeigte große Leistungsbereitschaft gelohnt habe und angemessen honoriert werde. Unter Zugrundelegung des Budgets und der Zielerreichung der Klagepartei habe diese Anspruch auf € 3.002,00 brutto gehabt. Dieser Betrag errechne sich aus dem für die Klagepartei maßgeblichen Richtwert von € 6.500,00, multipliziert mit 38,5 % des Budgets für AT-Mitarbeiter, d.h. € 2.502,50. Dieser budgetorientierte Richtwert sei mit dem individuellen Zielerreichungsgrad zu multiplizieren. Unter Zugrundelegung des Bewertungsergebnisses „erfüllt“ hätte sich eine Orientierungsbandbreite von 90 % bis 110 % bzw. € 2.252,00 bis € 2.753,00 brutto ergeben, die seitens der zuständigen Führungskraft auf Basis ihrer subjektiven Auffassung und Wertung der Einzelgespräche auf € 2.752,75 brutto konkretisiert worden wäre. Hinzukäme eine bereichsspezifische Erhöhung um 9,05 %. Der Auszahlungsbetrag von gerundet € 3.002,00 brutto sei durch Zahlung unter Ausweis „var. Vergütung AT“ in der Gehaltsabrechnung im Juni 2011 erfüllt worden.



Demgegenüber habe die Beklagte für das Geschäftsjahr 2011 ermessensfehlerfrei entschieden, keine variable Vergütung auszuzahlen. Die Werte des Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA und Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA hätten sich 2011 wie folgt verhalten:

	2008 / in € Mio.	2009 / in € Mio.	2010 / in € Mio.	2011 / in € Mio.
EVA	<b>- 4.946,0</b>	<b>- 118,0</b>	<b>- 307,7</b>	<b>- 414,5</b>
Delta-EVA		<b>4.828,0</b>	<b>- 189,7</b>	<b>- 106,8</b>
Durchschnitts-EVA 2009 bis 2011 in € Mio.		<b>- 280,1</b>		
Durchschnitts-Delta-EVA 2008 bis 2011 in € Mio.	<b>1.510,5</b>			

Zwar hätte aufgrund des Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA mit dem positiven Wert von € 1.510,5 Mio. die Möglichkeit zur Festsetzung eines Budgets für variable Vergütung bestanden. Jedoch sei das Ergebnis durch hohe positive Sondereffekte beeinflusst gewesen, wie den Erträgen in Höhe von € 130 Mio. aus der Bewertung des „Own Credit Spread“ und in Höhe von € 187 Mio. aus der Bewertung des „Cross Currency Swaps“, die bereits im ersten Quartal 2012 durch entsprechende Ergebnisbelastungen weitgehend ausgeglichen worden seien. Bei der Abwägung habe der Vorstand zudem den Jahresfehlbetrag von € 328 Millionen (HGB Einzelabschluss) berücksichtigt. Auch sei eine Buchwertabschreibung auf die Beteiligung der Beklagten an der ungarischen Tochter M. erforderlich geworden und es hätte 2011 erstmals die Bankenabgabe von € 61 Mio. geleistet werden müssen. Die Inhaber von stillen Einlagen und Genussrechten seien am Verlust beteiligt worden und hätten für das Geschäftsjahr 2011 keine Ausschüttungen erhalten. Zum Verlustausgleich seien Kapitalrücklagen in Höhe von € 215 Mio. aufgelöst worden. Mit dem noch nicht abgeschlossenen EU-Beihilfeverfahren seien weiterhin große Unsicherheiten verbunden gewesen. Zur Honorierung der Leistungen und der Motivation der Beschäftigten habe der Vorstand der Beklagten zudem die Stabilisierungszulage beschlossen sowie Gehaltsanpassungen in 2012 ermöglicht. Auch die Klagepartei habe für das Geschäftsjahr 2011 unstreitig zeitanteilig von Mai bis Dezember 2011 eine Stabilisierungszulage in Höhe eines  $\frac{3}{4}$  Monatsgehalts erhalten. Ergänzend hat die Beklagte auf

den in der zweiten Jahreshälfte 2012 gefassten Beschluss, Zeitguthaben von mehr als 50 Stunden zum Stichtag 30.09.2012 auszuzahlen, hingewiesen.

Hinsichtlich der variablen Vergütung für das Jahr 2012 hat die Beklagte vorgetragen, dass auf der Grundlage der positiven Delta-EVA-Kennzahlen die Möglichkeit eröffnet gewesen sei, bis zu maximal 35 % der Summe der Richtwerte als Budget zur Verfügung zu stellen und das Bonusvolumen um 10 % zu erhöhen. Die Werte des Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA und Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA seien für 2012 wie folgt ermittelt worden:

	2009 / in € Mio.	2010 / in € Mio.	2011 / in € Mio.	2012 / in € Mio.
EVA	<b>- 118,0</b>	<b>- 307,7</b>	<b>- 414,5</b>	<b>223,9</b>
Delta-EVA		<b>- 189,7</b>	<b>- 106,8</b>	<b>638,4</b>
Durchschnitts-EVA 2010 bis 2012 in € Mio.		<b>- 166,1</b>		
Durchschnitts-Delta-EVA 2009 bis 2012 in € Mio.	<b>114,0</b>			

Der Vorstand habe im Rahmen seiner Abwägung zur Festlegung des Budgets für die Zahlung einer sog. einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung von insgesamt € 15 Mio. für Tarif- und AT-Beschäftigte berücksichtigt, dass der Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA auf Gesamtbankebene der Jahre 2010 bis 2012 mit € - 166,1 Mio. deutlich negativ gewesen sei, wenngleich der Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA der Gesamtbank in den Jahren 2009 bis 2012 mit € 114,0 Mio. positiv gewesen sei. Allerdings sei das Ergebnis der Beklagten durch Sondereffekte beeinflusst gewesen. Eine nachhaltig erfolgreiche wirtschaftliche Lage der Beklagten habe nach wie vor nicht vorgelegen. Trotz des Jahresüberschusses in Höhe von € 28 Mio. seien Ausschüttungen auf stille Einlagen nicht vorgenommen worden. Auch sei die bestehende Verpflichtung zur Rückzahlung von € 5 Milliarden an den E. zu berücksichtigen gewesen. Angesichts der weiter bestehenden Unsicherheit hinsichtlich der Erfüllung der Beihilfeauflagen sei die Bereitstellung eines höheren als des beschlossenen Budgets für die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung nicht zu vertreten und den Eigentümern der Beklagten nicht zu vermitteln gewesen. In die Ermessensentscheidung habe der Vorstand auch einbezogen, dass die AT-Beschäftigten im Geschäftsjahr 2012 weiterhin die Stabilisierungszulage in Höhe von  $\frac{3}{4}$  eines Monats-

gehalts ausbezahlt bekamen und ihnen ein Prämienbudget in Höhe von € 5 Mio. zusätzlich zur Verfügung gestellt worden sei. Das Budget zur Zahlung einer einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung habe ca. 22 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte entsprochen und sei auf der Grundlage der DV AT-Vergütung 2011 verteilt worden. Jedenfalls sei ein eventueller Zahlungsanspruch der Klagepartei nach Ziffer 2.2. DV Starterprämie mit der Zahlung der Starterprämie erfüllt worden.

Das Arbeitsgericht München hat die Klage mit Endurteil vom 08.10.2015 – 12 Ca 15033/13 – abgewiesen. Wegen des unstreitigen sowie des streitigen Vortrags der Parteien im Übrigen, der erstinstanzlich gestellten Anträge und der maßgeblichen rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen begründet das Arbeitsgericht seine Entscheidung im Anschluss an die nach Klageerhebung ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19.03.2014 - 10 AZR 622/13 - zu einem überwiegend identischen Sachverhalt eines anderen Mitarbeiters der Beklagten. Zwar hafte die Beklagte für Vergütungsansprüche für die Jahre vor dem Betriebsübergang als alter Arbeitgeber gem. § 613 a Abs. 2 S. 1 BGB. Als Anspruchsgrundlage komme allein § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i. V. m. der jeweils gültigen Dienstvereinbarung in Betracht, weil der Arbeitsvertrag rechtswirksam auf diese verweise. Die Parteien hätten keinen von einer Dienstvereinbarung unabhängigen individuellen Bonus vereinbart. Die Schreiben vom 01.01.2004 und 11.01.2007 seien rein informatorischer Natur. Dies folge aus ihrer Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB. Die Klagepartei habe auch keinen weiteren Anspruch auf Boni für die Jahre 2010 bis 2012 aus dem Arbeitsvertrag vom 01.01.2004 i.V.m. den jeweils gültigen Dienstvereinbarungen. Soweit Bonusansprüche bestanden hätten, seien sie erfüllt worden. Die Beklagte habe das ihr zustehende billige Ermessen in Bezug auf die Entscheidung, einen Bonus bzw. variable Vergütung für die Geschäftsjahre 2010 bis 2012 zu zahlen bzw. nicht zu zahlen, ermessensfehlerfrei ausgeübt. Die Beklagte habe mit der Festsetzung eines Bonusbudgets für das Kalenderjahr 2010 in Höhe von € 25 Mio. billiges Ermessen nach § 315 BGB gewährt. Die Beklagte sei den arbeitsvertraglichen und kollektivrechtlichen Vorgaben gerecht geworden. Die von der Beklagten herangezogenen Parameter des betriebswirtschaftlichen Erfolgs (Jahresüberschuss und Zahlen von EVA bzw. Delta-EVA), der gesetzlichen Anforderungen nach § 25 a KWG und der Institutsverordnung mit der Gesamtsituation, insbesondere der noch offenen Entscheidung der EU-Kommission über die Rückzahlungs-

verpflichtung und einem erstmals nach zwei Verlustjahren wieder positiven Konzernergebnis, seien abgewogen worden. Die Beklagte habe ihr Interesse am Bestandserhalt sowie das Interesse der Allgemeinheit (der Steuerzahler) an Rückzahlung der Beihilfen berücksichtigen dürfen. Demgegenüber habe die Klagepartei zu den herangezogenen Parametern für die Ermessensausübung nicht im Einzelnen substantiell Stellung bezogen, sondern vielmehr pauschal alle Zahlen bestritten. Die Beklagte habe als Bestimmungsbe-rechtigte einen gewissen Spielraum, den sie gewahrt habe. Der Bonusanspruch für das Jahr 2010 sei mit der Zahlung in Höhe von € 3.002,00 brutto erfüllt worden, § 362 BGB.

Ein Anspruch auf Zahlung variabler Vergütung für das Jahr 2011 gem. § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages i.V.m. DV AT-Vergütung 2011 bestehe nicht. Da die Regelungen über die variable Vergütung im Wesentlichen inhaltsgleich zur vorangegangenen Dienstvereinbarung seien, hätten sich die Parameter, die einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung für das Jahr 2011 zugrunde gelegt werden könnten, nicht verändert. Die Beklagte habe sich für ihre Entscheidung, das Budget für die variabler Vergütung auf „Null“ zu setzen, zu Recht auf ihren negativen Geschäftserfolg von € 328 Mio. (HGB) sowie die weiterbestehende wirtschaftliche Ausnahmesituation berufen. Sie habe zudem miteinbeziehen dürfen, dass bei der Nichtgenehmigung des Umstrukturierungsplans durch die EU-Kommission eine Rückzahlung der bereits erhaltenen Beihilfe drohte. Darüber hinaus habe sie die EVA- und Delta-EVA-Daten berücksichtigt und sich aufgrund der Anforderungen nach § 25 a KWG und der Institutsvergütungsverordnung gegen ein Bonusbudget entschieden. Dabei habe sie in ihre Entscheidung miteinbezogen, dass sie den AT-Mitarbeitern seit Mai 2011 eine Stabilisierungszulage in Höhe eines  $\frac{3}{4}$  Monatsgehalmes gewähre, eine Prämienbudget für Projekte und Sonderaufgaben aufgelegt und den außertariflich Beschäftigten, die an der Zeiterfassung teilnahmen, Zeitguthaben über die 50ste Stunde ausgezahlt habe. Darüber hinaus habe die Beklagte die öffentliche Wirkung der Auszahlung von Boni bei einer aus Steuermitteln finanzierten Beihilfemaßnahme berücksichtigen dürfen, solange ein negatives Wirtschaftsergebnis erzielt und die öffentliche Beihilfe noch nicht zurückgezahlt worden sei. Damit habe die Beklagte die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt. Ihr verbleibe als Inhaberin des Bestimmungsrechtes nach § 315 Abs. 1 BGB ein auszufüllender Spielraum, innerhalb dessen mehrere Entscheidungsmöglichkeiten gegeben seien. Die Klagepartei habe zu den von der Beklagten im Einzelnen vorgetragenen Überlegungen zur Ermessensentscheidung nicht substantiell

Stellung bezogen. Insbesondere könne nicht eingewandt werden, die Beklagte hätte statt der Gehaltserhöhungen Boni zahlen müssen, denn der Anspruch auf Gehaltsanpassung ergebe sich aus Ziffer 5.1 und 5.2. DV AT-Vergütung 2011.

Auch für das Jahr 2012 habe die Klagepartei aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages i.V.m. DV AT-Vergütung 2011 keinen Bonusanspruch. In Höhe von € 5.684,88 brutto habe die Beklagte den Bonusanspruch erfüllt. Den von der Beklagten ausführlich dargelegten Erwägungen für den Umfang von variablen Vergütungen im Jahr 2012 sei die Klagepartei nicht im Einzelnen entgegengetreten. Mit der Zahlung der Starterprämie in Höhe von € 5.684,88 brutto habe die Beklagte gem. Ziffer 2.2. DV Starterprämie den Bonusanspruch für das Kalenderjahr 2012 erfüllt.

Da die Bonusansprüche der Klagepartei insgesamt abschließend im Arbeitsvertrag und den einbezogenen Dienstvereinbarungen geregelt seien, bestünde darüber hinaus kein Anspruch aus betrieblicher Übung oder Gesamtzusage.

Gegen dieses, ihrem Prozessbevollmächtigten am 19.10.2015 zugestellte Urteil hat die Klagepartei mit Schriftsatz vom 12.11.2015, der am 13.11.2015 beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbelegungsfrist bis zum 19.01.2016 mit dem am 19.01.2016 eingegangenen Schriftsatz vom 14.01.2016 begründet.

Der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche auf Leistungsbonus aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages. Der dort vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt sei wegen unangemessener Benachteiligung und fehlender Transparenz unwirksam, § 307 Abs. 1 BGB. Hilfsweise werde der Anspruch auf den Arbeitsvertrag i.V.m. mit der jeweiligen Dienstvereinbarung gestützt. Die Klagepartei bestreitet insoweit, dass die Beklagte ihre Leistungsbestimmung zeitgerecht und nach billigem Ermessen ausgeübt habe. Der Vortrag der Beklagten zum ausgeübten Ermessen sei jedenfalls nach den zu berücksichtigenden Kriterien unsubstantiiert und unschlüssig. Die von der Beklagten herangezogene Orientierung des Budgets am „3-Jahres-EVA“ ohne weitere Begründung genüge nicht der Billigkeit. Andere Maßstäbe seien denkbar. Es fehle eine Erklärung, welche konkreten betriebswirtschaftlichen Erwägungen der Festlegung der konkreten Budgetgrenze im jeweiligen Jahre zugrunde lägen. Ebenso wenig seien die Erwägungen des Verwaltungsrats für

seine in Bezug genommenen Vorgaben, das Budgets auf 35 bzw. 38 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte zu begrenzen, dargelegt worden. Durch die Zahlung von Stabilisierungszulagen, Starterprämien und die Vornahme von massiven Gehaltserhöhungen habe die Beklagte freiwillig massiv Gelder ausgeschüttet, die vorgeblich gar nicht zur Verfügung gestanden hätten. Schließlich habe die Beklagte nicht erläutert, unter Zugrundelegung welcher Kriterien (Marktüblichkeit, Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis, vgl. Ziffer 6.2.3 DV) die jeweiligen Bonushöhe bestimmt worden sei. Insbesondere spiele das vorhandene Budget erst nach der Festlegung eines individuellen Bonusbetrages eine Rolle. Die Zahlungen einer Stabilisierungszulage und einer Starterprämie sowie die Gehaltsanpassungen erfüllten nicht den Bonusanspruch und könnten nicht auf ihn angerechnet werden.

Die Klagepartei beantragt:

1. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.10.2015, AZ: 12 Ca 15033/13, abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei € 39.661,01 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus € 12.950,38 seit 31.03.2011, aus € 3.259,18 seit 31.03.2012 und aus € 13.451,45 seit 31.03.2013 zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche aus keinem Rechtsgrund zu. Ein arbeitsvertraglicher Anspruch scheide aus, weil nach der Entscheidung des BAG vom 19.03.2014 – 10 AZR 622/13 – Rn. 31, 37 und 38 eine zulässige dynamische Verweisung auf die jeweilige Dienstvereinbarung vorliege, die auch eine Abänderung durch eine Dienstvereinbarung erlaube. Mit dem Arbeitsgericht seien (weitere) Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der jeweiligen Dienstvereinbarung zu verneinen. Die Beklagte habe bei ihren jeweiligen Entscheidungen in den Jahren 2009 bis 2012 billiges Er-

messen gewahrt. Sie habe ihre Erwägungen erstinstanzlich substantiiert und unter Beweisangebot vorgetragen. Aus den Intranetmitteilungen vom 18.12.2009, 07.04.2011 und 28.02.2012 sei ebenfalls ersichtlich, welche Kriterien die Beklagte ab dem Systemwechsel zum Jahr 2010 ihren Ermessensentscheidungen zugrunde legen wollte und hat. Die Klagepartei sei weder erstinstanzlich noch in ihrer Berufungsbegründung diesem Tatsachenvortrag substantiiert entgegengetreten.

Es sei zulässig gewesen, sich bei der Ermessensausübung an den EVA-Daten zu orientieren, weil der EVA eine wertorientierte zentrale betriebswirtschaftliche Steuerungsgröße darstelle und den Ergebnisbeitrag wiedergebe, der die risikoadäquaten Kosten des Eigenkapitals übersteige. Mit der Orientierung am EVA bzw. Delta-EVA habe die Beklagte einen Vergütungsparameter zugrunde legen wollen, der die eingegangenen Risiken sowie die Kapital- und Liquiditätskosten berücksichtige und so den nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg abbilde. Die Verwendung der EVA-Daten für die Bemessung der variablen Vergütung sei im Controlling-Handbuch der Beklagten, Stand September 2010, festgelegt. Darüber hinaus sei für die variable Vergütung die Ausrichtung der Bezahlung an den Kriterien Nachhaltigkeit, Transparenz und Vermeidung unangemessener Risiken bestimmend geworden, die sich aus der neu gefassten MaRisk, der Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung, der Beihilfeentscheidung der EU vom 18.12.2008 sowie des Rundschreibens der BaFin vom 21.12.2009 zum Thema „Aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten“ ergäben. Die EVA-Daten hätten sich in den streitgegenständlichen Jahren auch bei anderen Banken als geeignete Maßgröße für den betrieblichen Erfolg herauskristallisiert. Hinsichtlich der Darstellung, wie für die einzelnen Jahre der EVA ermittelt wurde, wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 19.04.2016, S. 11 ff., Bezug genommen. Dabei sei maßgeblich auf die wirtschaftliche Lage der Gesamtbank, d.h. die Beklagte einschließlich der unselbständigen Anstalten L. und La., abgestellt worden, weil die Beklagte die Erwartung gehabt hätte, dass sich die Gesamtbank möglicherweise besser als einzelne Konzerntöchter entwickeln werde. Die Gesamtbank als „Mutter“ sollte die Krisen der Konzerntöchter nur insoweit mittragen, als diese Krisen auf die eigenen EVA-Kennzahlen durchschlügen.

Bei der Begrenzung des Budgets unter bestimmter Konstellation des EVA und Delta-EVA auf maximal 35 % bzw. 38,5 % sei der Vorstand den Vorgaben des Verwaltungsrates ge-

folgt, der nach der damals gültigen Satzung der Beklagten über die Grundsätze des Vergütungssystems entschieden habe. Die ergebnisbelastenden Effekte der Zahlung variabler Vergütungen sollten in den Krisenjahren bis 31.12.2015 begrenzt werden.

Die an die Mitarbeiter gezahlte Stabilisierungszulage habe im Rahmen des billigen Ermessens berücksichtigt werden dürfen. Die jährlich durchgeführten Gehaltsüberprüfungen rechtfertigten sich aus Ziff. 5.1 der DV AT-Vergütung 2010 bzw. 2011.

Die Beklagte behauptet, der Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung für das Geschäftsjahr 2010 sei auf Grundlage der seit dem 01.01.2010 geltenden Dienstvereinbarung berechnet worden. Für die Berechnung im Einzelnen, die dem erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten entspricht, wird auf den Beklagtenschriftsatz vom 19.04.2016, S. 17 ff., Bezug genommen. Sowohl die Festlegung der Orientierungsbandbreite nach Maßgabe der ersten Anpassungsstufe als auch die bereichsweite automatische Erhöhung der Zahlungsbeträge um 9,05 % nach Maßgabe der zweiten Anpassungsstufe seien zwischen den Parteien unstreitig.

Der Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung für 2012 sei durch die Starterprämie erfüllt worden, die die Klagepartei im April 2013 unstreitig erhalten habe. Nach dem Vortrag der Klagepartei bleibe völlig unklar, aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen die in der DV Starterprämie festgelegte Erfüllungswirkung nicht eintreten solle. Neben den in Ziffer 2 DV Starterprämie genannten Zwecken sollte den L.-Mitarbeitern, die mit ihrer Wechselbereitschaft die unternehmerischen Ziele der Beklagten unterstützt und auf diese Weise zum Gelingen der Restrukturierung beigetragen hätten, zur Kompensation eine Starterprämie gewährt werden, zumal die Beklagte im November 2012 nicht gerechnet habe, für 2012 eine variable Vergütung zu zahlen. Hierüber seien die Beschäftigten u.a. durch die Intranetmitteilung vom 03.12.2012 informiert worden (Anlage B 42).

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Klagepartei vom 13.01.2016 und 13.05.2016, den Schriftsatz der Beklagten vom 19.04.2016 und auf die Niederschrift der Sitzung vom 28.04.2016 Bezug genommen.



## Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist im erkannten Umfang begründet.

### I. Die Berufung ist zulässig.

Sie ist nach § 64 Abs. 1, 2 lit. b) ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG, §§ 519 Abs. 2, § 520 Abs. 3 ZPO.

Die Beklagte rügt zu Unrecht, dass die Berufungsbegründung nicht hinreichend deutlich macht, in welchem Punkten und aus welchen Gründen das angefochtene Urteil für unrichtig gehalten werde. Die Klagepartei legt im Rahmen der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen, § 315 BGB, eine andere Darlegungs- und Beweislastverteilung zugrunde und hat durchaus im Einzelnen den Vortrag der Beklagten in Zweifel gezogen („Warum EVA; warum 3 Jahre; warum die „Gesamtbank“?). Hinsichtlich der Erfüllungswirkung der Starterprämie fehlte es erstinstanzlich an einer substantiierten Begründung der Beklagten und des Gerichts, so dass es noch als ausreichend angesehen wird, wenn die Klagepartei ausführt, dass es sich dabei um Zahlungen gehandelt habe, die auf den Anspruch angerechnet werden können. Die Beklagte hat erst in der Berufungsantwort auf die weiteren Zwecke der Starterprämie hingewiesen und ihre Intranetmitteilung vom 03.12.2012 im Termin vom 24.04.2016 erstmals vorgelegt.

II. Die Berufung ist begründet, soweit die Klagepartei Zahlung einer variablen Vergütung von jeweils € 2.275,00 brutto für die Jahre 2011 und 2012 begehrt. Im Übrigen hat die Klagepartei keinen Anspruch auf Zahlung von Boni und einer (weiteren) variablen Vergütung.

1. Als Rechtsgrundlage für die streitigen Ansprüche kommt allein § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. der jeweils gültigen Dienstvereinbarung in Betracht.

a) § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags gewährt der Klagepartei keinen unbedingten Anspruch auf Zahlung eines (Leistungs-)Bonus in bestimmter Höhe. Die streitgegenständlichen Ansprüche ergeben sich erst in Verbindung mit den für das jeweilige Geschäftsjahr geltenden Dienstvereinbarungen und erfordern eine Leistungsbestimmung durch die Beklagte nach billigem Ermessen, § 315 BGB. Dies folgt aus einer Auslegung des § 4 Abs. 2

des Arbeitsvertrags, wie das Bundearbeitsgericht zu einer inhaltsgleichen Vertragsgestaltung eines Kollegen der Klagepartei bereits geurteilt hat (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, 10 AZR 622/13 – NZA 2014, 595, Rn. 29-31). § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrages legt selbst nicht fest, in welcher Höhe und nach welchen Bedingungen ein Bonus gezahlt wird. Vielmehr bedarf dies der Ausgestaltung, für die § 4 Abs. 2 S. 4 des Arbeitsvertrages dynamisch auf die bei der Beklagten bestehenden Dienstvereinbarungen über das Bonus-system für die außertariflich Beschäftigten hinweist. Hierdurch wird für den Arbeitnehmer zugleich transparent gemacht, dass § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrages das anwendbare Bonussystem nicht abschließend regelt, sondern es sich erst aus dem gesamten Inhalt des § 4 Abs. 2 und den Bestimmungen der anwendbaren Dienstvereinbarung ergibt, nach welchen Bedingungen sich im jeweiligen Geschäftsjahr die variable Vergütungskomponente für außertarifliche Angestellte bestimmt (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 31).

**b)** Die Regelung in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags mit Verweis auf die jeweilige Dienstvereinbarung, die ihrerseits der Beklagten abhängig vom betriebswirtschaftlichen Erfolg (§ 5 GrundsatzDV VarGeS 2004 sowie Ziffer 6.1 DV AT-Vergütung 2010 und 2011) und der individuellen Leistung des Arbeitnehmers ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i.S.v. § 315 BGB für den Bonus überlässt, begegnet keinen rechtlichen Bedenken (siehe BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 36 ff.). Dynamische Bezugnahme Klauseln sind im Arbeitsrecht weit verbreitet, entsprechen einer üblichen Regelungstechnik und dienen den Interessen beider Parteien eines auf die Zukunft gerichteten Arbeitsverhältnisses (Rn. 37). Die Betriebsparteien sind gem. Art 68 BayPVG an die Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden, wodurch die geltende Rechtsordnung, die das Arbeitsverhältnis gestaltet und auf dieses einwirkt, umfasst ist (Rn. 38). Der in § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrags enthaltene Freiwilligkeitsvorbehalt stellt dann keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn – wie vorliegend – der Arbeitgeber nach billigem Ermessen über die Bonuszahlung entscheidet (Rn. 52).

**2.** Die Klagepartei hat für das Kalenderjahr 2010 keinen weitergehenden Anspruch auf Bonuszahlung. Die Beklagte hat den Bonusanspruch nach § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. Ziffer 6 DV AT-Vergütung 2010 ermessensfehlerfrei auf € 3.002,00 brutto festgesetzt, § 315 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 BGB, und im Juni 2011 erfüllt, § 362 BGB.

**a)** Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. Für diese Beurteilung ist der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Leistungsbestimmende die Ermessensentscheidung zu treffen hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht, hat die Bestimmungsberechtigte zu tragen. Dabei verbleibt dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum, innerhalb dessen mehrere Entscheidungen möglich sind (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 41 m.w.Nachw.).

Ob die Entscheidung der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 S. 2 BGB. Es ist zu prüfen, ob alle tatsächlichen Umstände beachtet und die Grenzen der Ermessensausübung eingehalten wurden sowie von dem Ermessen ein zweckentsprechender Gebrauch gemacht wurde (vgl. MünchKommBGB/Würdinger, 7. Aufl. 2016, § 315, Rn. 51; Elz in Hümmelich/Boecken/Düwell, NomosKommArbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 315, Rn. 12). Welche tatsächlichen Umstände in die Ermessensabwägung einzubeziehen sind, richtet sich nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand (vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2007 – 9 AZR 624/06 – NZA-RR 2007, 397, Rn. 30).

**b)** Nach Ziffer 6 Abs. 2 S. 1 der für das Kalenderjahr 2010 anzuwendenden DV AT-Vergütung 2010 ergibt sich die variable Vergütung aus dem vom Vorstand bewilligten Budget und der Vergabeentscheidung auf der Grundlage der jeweiligen individuellen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung.

Für die Festlegung des Bonusbudgets steht der Beklagten nach Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 ein Ermessen zu („bestimmt“). Dabei ist das Budget nach der Regelung in Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 nach dem betriebswirtschaftlichen Erfolg auszurichten, der sich „z.B.“ an dem EVA oder Delta-EVA misst. Darüber hinaus muss die Beklagte bei der Festlegung des Budgets dem Umstand Rechnung tragen, dass der arbeitsvertraglich zugesagte Bank- und Leistungsbonus in der DV AT-Vergütung 2010 zu *einer* variablen Vergütung verschmolzen sind. Das Budget ist daher in Abhängigkeit von der Ertragslage in einer Größenordnung festzulegen, die diesen Leistungsbezug beachtet und aus-

reicht, die durch Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren (siehe BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 59 und 62). Erreicht der Arbeitnehmer die Ziele, kommt deshalb nur in Ausnahmefällen eine Festsetzung des Bonus auf „Null“ in Betracht, wie dies für die Jahre 2008 und 2009 der Fall war (so BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 62). Schließlich ist der Vorstand bei seiner Entscheidung über das Budget aufgrund der damaligen Satzung an die Vergütungsgrundsätze gebunden, die ihm der Verwaltungsrat vorgibt. Diese Grundsätze unterliegen ihrerseits Recht und Gesetz und dürfen nicht zu einer Aushöhlung des Anspruchs auf variable Vergütung führen.

Der weitere, nach Ziffer 6 Abs. 2 S. 1 DV AT-Vergütung 2010 wesentliche Faktor der Ermessensausübung ist die Vergabeentscheidung auf der Grundlage der jeweiligen individuellen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung. Sie ergibt sich aus dem Richtwert der Position des Arbeitnehmers in Abhängigkeit des prozentualen Werts der Zielerreichung im jeweiligen Kalenderjahr, Ziffer 6.2.2 DV AT-Vergütung 2010. Die darlegungs- und beweissbelastete Beklagte hat insoweit darzulegen, von welchem Richtwert und welchem Prozentsatz in der Bandbreite des von der Klagepartei erreichten Ergebnisses sie ausgegangen ist (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 59). Als wesentliche ermessensleitende Erwägung für die individuelle Vergabeentscheidung bestimmt Ziffer 6.2.3. DV AT-Vergütung 2010 die Ausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung insgesamt unter Berücksichtigung der Marktüblichkeit.

Sofern das zur Verfügung stehende Budget nicht ausreicht, die individuell festgelegten Beträge auszuführen, bestimmt Ziffer 6.2.2. a.E. DV AT-Vergütung 2010, dass die individuelle Zahlung in einem Vergleich der Beschäftigten untereinander entsprechend dem Leistungsgedanken anzupassen ist.

**c)** Nach diesen Maßgaben für die Ermessensausübung hat die Beklagte die variable Vergütung der Klagepartei für das Kalenderjahr 2010 ohne Ermessensfehler auf € 3.002,00 brutto bestimmt.

**aa)** Die Beklagte hat das Bonusbudget im Kalenderjahr 2010 auf 38,5 % der Summe der funktionalen Richtwerte zzgl. eines Bereichszuschlags auf rund € 17,88 Mio. festge-

setzt. Sie hat damit den Vorgaben des Verwaltungsrats entsprochen, die grundsätzlich eine Begrenzung des Bonusbudgets auf 35 % bei negativen Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA und positiven Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA vorsahen, wie sie für 2010 gegeben waren. Auch war dem Vorstand zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt worden, das Budget um 10 % des Betrags zu erhöhen.

Diese Begrenzung des Budgets begegnet keinen Bedenken. Der Vorstand ist unstreitig aufgrund der Satzung an die Vorgaben des Verwaltungsrats gebunden und bedarf für die Festsetzung des Budgets seiner Zustimmung. Die Begrenzung auf 35 bzw. 38,5 % des Budgets gilt nur bei Vorliegen bestimmter EVA und Delta-EVA, die als betriebswirtschaftliche Kennzahlen durch Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 seitens der Betriebsparteien als möglich wurden. Sie ist im Übrigen auf die Umstrukturierungsphase bis 31.12.2015 zeitlich begrenzt. Bei 35 bzw. 38,5 % des (100 %) Richtwerts verbleibt einem Arbeitnehmer, der die aufgaben- und verhaltensbezogenen Ziele erreicht und deshalb als Durchschnittsarbeitnehmer im Vergleich zu den Arbeitnehmer anzusehen ist, die entweder die Ziele nur mit Einschränkungen erfüllen oder übertreffen, noch immer ein angemessener Teil seiner variablen Vergütung, die ihm bei Beurteilung allein des (negativen) Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA versagt geblieben wäre. Entgegen den Behauptungen der Klagepartei im Berufungsverfahren hat die Beklagte die Erwägungen, die dieser Begrenzung zugrunde lagen, auch schon erstinstanzlich dargelegt: sie beruhen darauf, dass die Beklagte zwar mit der Kapitalzuführung und der zusätzlichen Portfolioabschirmung seit 2008 vorläufig stabilisiert sei, jedoch ihre langfristige Lebensfähigkeit wegen des noch offenen Beihilfeverfahrens und der zu erwartenden Auflagen einschließlich der Rückzahlungsverpflichtungen in Bezug auf die erhaltenen Beihilfen sowie die erforderliche Umstrukturierung nicht gesichert sei. Vor diesem Hintergrund sollten ergebnisbelastende Effekte, wie es die Zahlung variabler Vergütung sei, begrenzt werden. Diese Argumente sind nach den Intentionen der seit 2008 im Zuge der Finanzmarktkrise geschaffenen gesetzlichen Regelungen (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 FMStV, § 25 a KWG, § 4 InstitutsVergV 2010, Anhang I, Abschnitt 11, Nummer 23q der CRD III Richtlinie (2010/76/EU vom 14.11.2010) nicht zu beanstanden. Dem Ziel, durch angemessene Vergütungssysteme die angemessene Eigenmittelausstattung eines Kreditinstituts aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, wäre auch ohne Regelung des Gesetz- oder Verordnungsgebers zu entsprechen.

Soweit sich die Klagepartei grundsätzlich gegen die Berücksichtigung des EVA und Delta-EVA wendet, übersieht sie, dass Betriebsparteien die betriebswirtschaftliche Methode zur Ermittlung des betriebswirtschaftlichen Erfolgs, nach dem sich die variable Vergütung bemessen soll, bestimmen können (vgl. BAG, Urteil vom 11.12.2013 – 10 AZR 364/13 – BeckRS. 2014, 67282). Dabei ist es des Weiteren zulässig, wenn die Betriebsparteien nicht alle Faktoren selbst abschließend für die Bestimmung des Bonusvolumens festlegen, so dass der Beklagten bei Anwendung der Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 ein Spielraum bei der Bestimmung des EVA bzw. Delta-EVA und damit bei dem betriebswirtschaftlichen Erfolgs blieb (vgl. BAG, Urteil vom 11.12.2013, a.a.O., Rn. 27). Wegen der Festlegungen im Controlling-Handbuch der Beklagten, Stand September 2010, ist zudem davon auszugehen, dass die Betriebsparteien ein übereinstimmendes Verständnis darüber hatten, was EVA und Delta-EVA bedeutete und wie es im Betrieb der Beklagten ermittelt wurden. Im Übrigen hat die Klagepartei nicht bestritten, dass im fraglichen Zeitraum auch andere Kreditinstitute bei der Festlegung ihrer Boni die EVA-Analyse zugrunde gelegt haben. Dann aber ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte dieser betriebswirtschaftlichen Methode folgt, wobei die vorgenommene Durchschnittsbetrachtung Ausschläge nach unten oder oben vermeidet und deshalb vertretbar erscheint.

**bb)** Die Beklagte hat zudem für die Klagepartei den individuellen Anspruch auf variable Vergütung mit € 3.002,00 zutreffend festgelegt. Sie hat dafür geltenden Richtwert von € 6.500,00 mit 38,5 % (des Budgets) für AT-Mitarbeiter multipliziert, wodurch sich € 2.502,50 brutto ergaben. Sodann hat sie die für die Klagepartei zugrunde zu legende Orientierungsbandbreite des erreichten Ergebnisses („erreicht“:) von 90 % bis 110 % bzw. € 2.252,00 bis 2.753,00,00 berücksichtigt (Beklagtenchriftsatz vom 20.04.2015, S. 37 und 38, Anlage BI 6 und BI 7) und € 2.752,75 brutto unter Abwägung der Einzelumstände bestimmt. Dieser Betrag wurde um den bereichsspezifischen Faktor 9,05 % auf gerundet € 3.002,00 erhöht.

Hiergegen hat die Klagepartei auch im Berufungsverfahren keine konkreten Einwände erhoben. Sie hat insbesondere nicht bestritten, dass der ausgeübten Position in zulässiger Weise der Richtwert von € 6.500,00 zugeordnet worden ist. Auch die Bewertung ist zwischen den Parteien unstrittig. Die Klagepartei hat den Leistungsfaktor schließlich selbst mit 1,0 angegeben, was 100 % entspricht.

In diesem Zusammenhang begegnet es keinen Bedenken, dass die Beklagte nicht zunächst die variable Vergütung der Arbeitnehmer nach dem jeweilige Richtwert bestimmt (1. Schritt), danach die Summe der variablen Vergütung feststellt und am Budget misst (2. Schritt), um sodann sowohl die Summe der Richtwerte als auch die variable Vergütung jedes einzelnen Arbeitnehmers um den gleichen Prozentsatz zu kürzen (3. Schritt), sondern gleich die variable Vergütung des einzelnen Arbeitnehmers auf 35 bis 38,5 % seines individuellen Richtwerts begrenzt. Dieses Vorgehen führt bei vertretbarer, gleichmäßiger Kürzung aller einzelnen Richtwerte um 35 bis 38,5 % zu im Wesentlichen gleichem rechnerischem Ergebnis.

**cc)** Mit der Bestimmung der variablen Vergütung für das Kalenderjahr 2010 auf € 3.002,00 brutto hat die Beklagte somit die beiden Kernelemente, die bei der Ermessensausübung nach Ziffer 6 Abs. 2 S. 1 der für das Kalenderjahr 2010 anzuwendenden DV AT-Vergütung 2010 zu beachten sind, berücksichtigt.

**d)** Die Beklagte hat den Anspruch der Klagepartei für das Jahr 2010 durch Zahlung im Juni 2011 erfüllt.

Unstreitig wurde die Zahlung von € 3.002,00 brutto im Juni 2011 als „var. Vergütung AT“ ausgewiesen. Unter Geltung der DV AT-Vergütung 2010 war für die Klagepartei erkennbar, dass es sich um eine Bonuszahlung für ihre erbrachten Leistungen handelte (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 56). Eine fehlende Prüfungsmöglichkeit dieser Zahlung steht ihrer Tilgungswirkung nicht entgegen.

**3.** Der Klagepartei steht für das Kalenderjahr 2011 ein Anspruch auf eine Bonuszahlung gem. § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. Ziffer 6 der für das Kalenderjahr 2011 anzuwendenden DV AT-Vergütung 2011 i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB in Höhe von € 2.275,00 brutto zu.

**a)** Maßgeblich für die Bestimmung der variablen Vergütung für das Kalenderjahr 2011 war die DV AT-Vergütung 2011, die im Wesentlichen gleiche Regelungen wie die

DV AT-Vergütung 2010 für die Zahlung variabler Vergütung enthält. Es wird deshalb auf die vorstehenden Ausführungen zur Ermessensausübung verwiesen.

**b)** Die Bestimmung der variablen Vergütung war nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB durch Urteil zu treffen, weil die Beklagte für das Kalenderjahr 2011 ermessensfehlerhaft kein Budget für die variable Vergütung bestimmt hat.

**aa)** Nach Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2011 hat der Vorstand das Budget nach dem betrieblichen Erfolg, z.B. gemessen an EVA oder Delta-EVA, zu bestimmen. Auch für das Kalenderjahr 2011 galten die Vorgaben des Verwaltungsrats. Das deshalb maßgebliche Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA war zwar mit € - 280,1 Mio. negativ, jedoch ließ das Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA mit € 1.510,5 Mio. eine positive wirtschaftliche Entwicklung erwarten. Dementsprechend räumt auch die Beklagte ein, dass grundsätzlich die Möglichkeit bestanden hätte, für 2011 ein Budget für die variable Vergütung zur Verfügung zu stellen.

**bb)** Die Gründe, die die Beklagte dafür anführt, trotz der erbrachten Leistung der Klagepartei nach Zielvereinbarung kein Budget zu bestimmen, greifen nicht durch.

Die Beklagte konnte nicht positive Sondereffekte des Jahres 2011 mit angeblichen Ergebnisbelastungen aus dem ersten Quartal 2012 relativieren. Positive und negative Sondereffekte fließen in den EVA des jeweiligen Kalenderjahrs ein, so dass sie doppelt berücksichtigt würden, sollten sie zusätzlich gesondert bei der Ermessensausübung hinsichtlich der Budgetfestsetzung beachtet werden. Zum anderen basiert die EVA-Analyse auf dem betreffenden Kalenderjahr (2011) und den beiden vorangegangenen Kalenderjahren. Hierzu steht die Berücksichtigung von Sondereffekten des nachfolgenden Kalenderjahres 2012 im Widerspruch. Darüber hinaus hat die Beklagte die behaupteten Ergebnisbelastungen aus dem ersten Quartal 2012 der Höhe nach nicht mitgeteilt, so dass ein etwaiger Ausgleich nicht nachvollzogen werden kann. Auch die Buchwertabschreibung auf die Beteiligung der Beklagten an der ungarischen Tochter M. sind bei dem EVA für das Kalenderjahr 2011 eingeflossen und sind nicht erneut bei der Ermessensausübung einzubeziehen. Der Berücksichtigung der geleisteten Bankenabgabe steht entgegen, dass der EVA von dieser bereinigt wurde. Es ist widersprüchlich und nicht nachvollziehbar dar-



gelegt, warum sie nachträglich im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten wäre. Der HBG-Verlust von € 328 Mio. schließt im Anschluss an die Entscheidung des BAG die Bonusbudgetfestsetzung nicht aus (Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 62). Maßgeblich ist vielmehr, ob in 2011 eine Ausnahmesituation wie in 2008 und 2009 bestand.

Eine solche Ausnahmesituation ist für 2011 nicht anzunehmen. Die Beklagte hat trotz der angeführten Belastungen ab Mai 2011 eine Stabilisierungszulage von jährlich € 20 Mio. an tarifliche und außertarifliche Mitarbeiter gezahlt (zweifelnd bereits LAG München, Urteil vom 24.02.2015 – 6 Sa 381/14 – nicht veröffentlicht). Damit hat die Beklagte weit mehr geleistet, als im Jahr 2011 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte nach Ziffer 6.2.1 DV AT-Vergütung 2011 ausgemacht hätten, nämlich € 16,3 Mio bei einer Summe der funktionsbezogenen Richtwerte von insgesamt € 46,5 Mio. Demnach hätte die Beklagte auch bei Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Daten durchaus Geldmittel für die Festsetzung der variablen Vergütung für AT-Mitarbeiter zur Verfügung gehabt. Soweit die Beklagte geltend macht, die Stabilisierungszulage sei im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen, weil ihr wirtschaftlicher Wert den AT-Beschäftigten zugeflossen sei, ist ihr nicht zuzustimmen. Bei der Stabilisierungszulage handelte es sich um eine pauschale monatliche Zahlung, die nicht auf die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers abhob. Sie verfolgte damit einen anderen Zweck als die variable Vergütung, die die individuelle Leistung des Beschäftigten und seinen Beitrag zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr honoriert, Ziffer 6 Abs. 1 DV AT-Vergütung 2011. Im Übrigen würde es dem Transparenzgebot betrieblicher Vergütungssysteme widersprechen, das in den seit 2008 im Rahmen der Bankenkrise eingeführten Regelungen verschiedener Gesetze und Verordnungen zum Ausdruck kommt und auf das insbesondere die Beklagte in diesem Rechtsstreit hingewiesen hat, wenn Gehaltsbestandteile mit unterschiedlichen Bezeichnungen und unterschiedlichen Zwecken miteinander im Rahmen der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verwoben würden. Dies hat auch die Beklagte außergesichtlich so gesehen, wenn sie am 16.03.2011 durch den Bereich Personal verlauten ließ: „Die Zulage ist unabhängig von einer etwaigen variablen Vergütung und auch kein Ersatz dafür.“

Über die € 20 Mio. umfassende Stabilisierungszulage hinaus hat die Beklagte zudem 2011 ein Prämienbudget zur Honorierung besonderer Leistungen im Rahmen von Projek-

ten und Sonderaufgaben in Höhe von € 5 Mio. zur Verfügung gestellt und damit widerlegt, dass keine finanziellen Mittel für variable Vergütung für das Kalenderjahr 2011 zur Verfügung standen. Ebenso ist 2011 ein Budget von max. € 5 Mio. für Gehaltsanpassungen eingerichtet worden. Insoweit hat die Beklagte nicht behauptet, aufgrund von Tariferhöhungen zur Gehaltsanpassung der AT-Mitarbeiter, zumal im erfolgten Umfang, verpflichtet gewesen zu sein.

Es standen der Beklagten mithin im Kalenderjahr 2011 € 30 Mio. zur Verfügung, die sie ohne nachvollziehbare Begründung und ohne rechtliche Verpflichtung für Leistungen an die Beschäftigten verwandte, anstelle ihren Verpflichtungen aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. Ziffer 6 DV AT-Vergütung 2011 nachzukommen.

**c)** Die variable Vergütung für das Kalenderjahr 2011 ist durch das Gericht auf € 2.275,00 brutto festzusetzen, § 315 Abs. 3 S. 2 BGB.

Dieser Wert ergibt sich aus 35 % des für die Klagepartei geltenden Richtwerts von € 6.500,00, wie sie durch den Verwaltungsrat vorgegeben sind. Eine weitere Anhebung um 10 % war nicht geboten, weil 2011 anders als 2010 mit einem HBG-Verlust von € 328 Mio. abschloss und die Inhaber von stillen Einlagen und Genussrechten am Verlust beteiligt worden waren.

Andererseits war die variable Vergütung nicht unter 35 % des Richtwertes festzusetzen. Die Betriebsparteien hatten bereits durch die Neuordnung des Vergütungssystems mit Wirkung zum 01.01.2010 die variable Vergütung im Vergleich zu früher erheblich abgesenkt, so dass die ungefähre Drittelung des Richtwerts im Hinblick auf den Zweck der variablen Vergütung, die im Kalenderjahr erbrachte Leistung zu honorieren, geboten ist. Diese individuelle variable Vergütung ist nicht wegen der an die Klagepartei im Jahr 2011 anteilig gezahlten Stabilisierungszulage in Höhe eines  $\frac{3}{4}$  Monatsgehalt/Jahr zu reduzieren. Wie bereits ausgeführt wurden die Stabilisierungszulage und die variable Vergütung zu unterschiedlichen Zwecken gewährt. Eine Anrechnung würde auch dem Transparenzgebot widersprechen.

Schließlich ist die variable Vergütung nicht im Hinblick auf die Gehaltserhöhungen seit 2009 niedriger festzusetzen. Trotz der Gehaltssteigerungen ist der Richtwert der Funktion der Klagepartei auf dem Wert von € 6.500,00 verblieben. Die Beklagte hat zudem nicht konkret vorgetragen, ab welcher Summe der der Klagepartei gewährten Gehaltsbestandteile nicht mehr von einer Ausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung unter Berücksichtigung der Marktüblichkeit auszugehen ist, die es rechtfertigen würde, trotz erbrachter Leistungen die variable Vergütung geringer als 35 % festzusetzen.

**4.** Die Klagepartei hat für das Kalenderjahr 2012 Anspruch auf variable Vergütung gem. § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. Ziffer 6 DV AT-Vergütung 2011 i.V.m. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB in Höhe von € 2.275,00 brutto.

**a)** Maßgeblich für die Bestimmung der variablen Vergütung für das Kalenderjahr 2012 war erneut die DV AT-Vergütung 2011, die im Wesentlichen gleichlautende Regelungen wie die DV AT-Vergütung 2010 für die Zahlung variabler Vergütung enthält. Es wird deshalb auf die vorstehenden Ausführungen zur Ermessensausübung verwiesen.

**b)** Auch für das Kalenderjahr 2012 war die Bestimmung der variablen Vergütung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB durch Urteil zu treffen, weil die Beklagte ermessensfehlerhaft kein Budget für die variable Vergütung bestimmt bzw. dieses mit „Null“ hat.

Die Beklagte hat zwar am 15.01.2013 die Zahlung einer *einmaligen* leistungsabhängigen Sonderzahlung beschlossen. Diese Leistung ist jedoch nicht mit der variablen Vergütung nach der für das Kalenderjahr 2012 anzuwendenden DV AT-Vergütung 2011 gleichzusetzen. So hat die Beklagte als Anlage B 32 einen Auszug aus der Präsentation des Personalrats zur Personalversammlung im Juni 2013 vorgelegt, in der ausdrücklich erklärt wurde: „Budget für Variable Vergütung für AT und Tarif wurde auf 0,-- € gesetzt JEDOCH Beschluss des VS (Vorstands) über eine einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung für das Jahr 2012“. Im Übrigen deutet bereits die Bezeichnung als *einmalige* leistungsabhängige Sonderzahlung darauf hin, dass hier nicht die reguläre, *jährlich wiederkehrende* leistungsabhängige variable Vergütung gemeint war. Auch erklärt die Beklagte nicht den Widerspruch, der darin liegt, statt der angeblich gewollten Leistung eine andere zu beschließen.

c) Die Beklagte hätte auch für das Kalenderjahr 2012 nach den Vorgaben des Verwaltungsrats ein Budget für die variable Vergütung festsetzen können. Erneut hätten die EVA- und Delta-EVA-Zahlen eine variable Vergütung ermöglicht, weil der Drei-Jahres-Durchschnitt-Delta-EVA mit € 114 Mio. positiv war. Die wiederum seitens der Beklagten angeführten Sondereffekte können, wie ausgeführt, keine Berücksichtigung bei der Ermessensausübung finden. Vor allem aber standen der Beklagten auch im Kalenderjahr 2012 finanzielle Mittel zur Verfügung, die sie für die variable Vergütung hätte verwenden können, nämlich € 20 Mio. für die von Januar bis Dezember 2012 gezahlte Stabilisierungszulage, € 5 Mio. Prämienbudget, max. € 5 Mio. für Gehaltsanpassungen und ein unbekanntes Budgets für die Auszahlung von Zeitguthaben an AT-Mitarbeiter, die an der Zeiterfassung teilnahmen und mehr als 50 Stunden Zeitguthaben hatten. Darüber hinaus hat die Beklagte sich noch im Jahr 2012 zur Zahlung einer Starterprämie an die zur L. wechselnden Mitarbeiter verpflichtet, was ein entsprechendes Volumen voraussetzte. Hinzu kommt die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung mit einem Volumen von € 22 Mio bzw. an die außertariflich vergüteten Beschäftigten im In- und Ausland von € 12,75 Mio. Derartige Zahlungen hat die Beklagte in den Krisenjahren 2008 und 2009 nicht vorgenommen Selbst wenn die wirtschaftliche Situation der Beklagten den Krisenjahren 2008 und 2009 vergleichbar gewesen wäre, dürften 2012 ausreichende Mittel für eine variable Vergütung im Umfang von 35 % der Summe der funktionale Richtwerte zur Verfügung gestanden haben. Ausgehend von der Mitteilung der Beklagten im Schriftsatz vom 20.04.2015, S. 54, dass € 12,75 Mio. 22 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte der AT-Beschäftigten ausgemacht hätten, hätte sich die Gesamtsumme der funktionsbezogenen Richtwerte auf € 57,95 Mio. und 35 % davon auf € 20,28 Mio. belaufen.

Die Starterprämie ist entgegen der Auffassung der Beklagten im Rahmen der Ermessensausübung nicht als mindernder Faktor eines Bonusbudgets zu berücksichtigen. Mit der im April 2013 gezahlten Starterprämie wurde ein anderer Zweck als mit der variablen Vergütung verfolgt, nämlich „zur Förderung ... (der) Wechselbereitschaft und zur Unterstützung des Überleitungsprozesses“ (§ 2 DV Starterprämie) statt zur Honorierung der „individuelle(n) Leistung eines Beschäftigten und sein(es) Beitrag(s) zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr.“ (Ziffer 6 Abs. 1 S. 1 DV AT-Vergütung 2011 . Dementsprechend bezieht sich die Starterprämie auf das Kalenderjahr 2013, zu dessen Beginn der Wechsel in die L.

stattfind, und die variable Vergütung für 2012 auf das Kalenderjahr 2012. Im Übrigen stünde der Berücksichtigung der Starterprämie bei der Bemessung des Bonusbudgets entgegen, dass die Starterprämie nur denjenigen Arbeitnehmer gezahlt wurde, die in die L. wechselten. Arbeitnehmer, die bei der Beklagten (weiter-) beschäftigt blieben, erhielten sie nicht. Die Berücksichtigung der Starterprämie bei der Festsetzung des Budgets für variable Vergütung würde wegen der Regelungen in Ziffer 6 Abs. 2 S. 1 und 6.2.2 DV AT-Vergütung 2011 jedoch auch variable Vergütung der weiterbeschäftigten Arbeitnehmer schmälern.

Des Weiteren ist die Zahlung der einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung nicht im Rahmen der (fiktiven) Budgetfeststellung für die variable Vergütung mindernd einzustellen. Hiergegen spricht bereits, dass die Beklagte in Kenntnis ihrer Zahlungsverpflichtungen bzgl. der variablen Vergütung sich zur Zahlung der einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung entschieden hat und damit zum Ausdruck gebracht hat, eine andere Leistung gewähren zu wollen als diejenige, die Gegenstand der DV AT-Vergütung 2011 ist.

**d)** Für das Kalenderjahr 2012 berechnet sich der Anspruch auf eine variable Vergütung in Höhe von € 2.275,00 brutto.

Die Klagepartei hat unstreitig eine Zielerreichung von 100 %. Bei einem Richtwert von € 6.500 sind 35 % € 2.275,00 brutto. Für die Maßgeblichkeit dieses Prozentsatzes wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Eine Erhöhung um 10 % erschien erneut nicht geboten. Zwar lag der HGB-Abschluss anders als 2011 mit € 28 Mio. geringfügig im Plus. Jedoch wurden Ausschüttungen auf stille Einlagen im zweiten Jahr in Folge nicht vorgenommen, so dass es angezeigt war, es bei der seitens des Verwaltungsrats vorgegebenen Grundregel zu belassen. Soweit die Klagepartei auf wirtschaftliche Entwicklungen der Jahre ab 2013 verweist und auf einen Pressebericht vom 05.11.2015 Bezug nimmt, kann dies keine Erhöhung der variablen Vergütung begründen. Maßgeblich ist die wirtschaftliche Situation im Zeitpunkt der Ermessensentscheidung, hier also Anfang 2013.

**e)** Der Anspruch auf Zahlung variabler Vergütung ist nicht durch Zahlung der Starterprämie in Höhe von € 5.684,88 brutto im April 2013 erfüllt worden.

**aa)** Zwar bestimmt Ziffer 2.2. Abs. 2 DV Starterprämie, dass die Zahlung der Starterprämie als Erfüllung des Anspruchs auf Zahlung einer variablen Vergütung gilt. Diese Regelung ist jedoch nach Art. 68 BayPersVG unwirksam.

**bb)** Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können Betriebsparteien durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen Regelungen über den Inhalt von Arbeitsverhältnissen treffen. Dies folgt mittelbar aus § 77 Abs. 3 S. 1 und 2 TVG (vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2011 – 1 AZR 412/09 – NZA 2011, 989, Rn. 19 m.w.Nach.). Allerdings unterliegt die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien Binnenschranken. Die Betriebsparteien sind gem. Art. 68 BayPVG an die Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden. Dies erstreckt sich auf die geltende Rechtsordnung, die das Arbeitsverhältnis gestaltet und auf dieses einwirkt (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 38 m.w.Nachw.) Zu dieser zählt auch § 611 BGB, nach dem der Arbeitgeber zur Erbringung der vereinbarten Gegenleistung verpflichtet ist, soweit der vorleistungsverpflichtete Arbeitnehmer seinerseits die ihm obliegende Arbeitsleistung erbracht hat (vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2011, a.a.O., Rn. 21). Dabei führt das vertragliche Synallagma dazu, dass der Anspruch auf variable Erfolgsvergütung mit Ablauf des monatlichen Leistungszeitraum entsteht, in den einzelnen Monaten anteilig verdient, jedoch aufgespart und am vereinbarten Fälligkeitstag ausgezahlt wird (vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2011, a.a.O., Rn. 26 m.w.Nachw.). Die Auszahlung verdienten Entgelts ist daher nicht von der Erfüllung weiterer Zwecke abhängig. Diese Wertung bindet auch die Betriebsparteien (vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2011, a.a.O., Rn. 21 m.w.Nachw.).

**cc)** Danach waren die Betriebsparteien nicht berechtigt, die Erfüllung des Anspruchs auf variable Vergütung durch Zahlung der Starterprämie zu bestimmen.

Bei der in der DV AT-Vergütung 2011 geregelten variablen Vergütung handelt es sich um Arbeitsentgelt, das vom Arbeitnehmer durch die Erbringung einer Arbeitsleistung im Bezugszeitraum verdient wird und dessen Höhe von der Erreichung der mit ihm vereinbarten Ziele abhängt. Dies folgt aus dem Wortlaut der Dienstvereinbarung AT-Vergütung 2011,

der die streitige Leistung an verschiedenen Stellen als „Vergütung“ bezeichnet. Es ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der variablen Vergütung, die gezahlt wird, um „die individuelle Leistung eines Beschäftigten und sein(en) Beitrag zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr“ zu honorieren (Ziffer 6 Abs. 1 S. 2 DV AT-Vergütung 2011). Des Weiteren kommt der Charakter einer Vergütung in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags zum Ausdruck, nach dem durch die Zahlung des Bonus Überstunden/Mehrarbeit, Zuschläge und Zulagen für Schicht- und Nachtarbeit sowie Sonn- und Feiertagsarbeit abgegolten sind.

Durch die Regelung in Ziffer 2.2. Abs. 2 DV Starterprämie wird der Klagepartei diese bereits verdiente Vergütung wieder entzogen, wenn dort die Erfüllung durch eine anderen Zwecken dienenden und auf andere Zeiträume bezogenen Starterprämie bestimmt wird. In diesem Fall wird nämlich nicht die erfolgreiche Arbeitsleistung der Klagepartei im Jahr 2012 vergütet.

In diesem Zusammenhang kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, sie habe mit der Starterprämie einen doppelten Zweck verfolgt, nämlich „die Honorierung der Leistung in Form einer variablen Vergütung sowie die besondere Honorierung der Wechselbereitschaft“. Hierauf kommt nicht an, weil sich die Auslegung einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung nach ihrem objektiven Erklärungswert richtet und der wirkliche Wille der Betriebspartner und der von ihnen beabsichtigte Zweck der Regelung nur insoweit beachtlich ist, als er in der Betriebsvereinbarung als Ausdruck der Betriebsautonomie seinen erkennbaren Niederschlag gefunden hat (vgl. ErfK/Kania, 16. Aufl. 2016, § 77 Rn. 30 m.w.Nachw.). Dies ist aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Beklagte trägt zum einen schon nicht vor, dass sich *die Betriebspartner* im entsprechenden Sinn geeinigt hätten und legt hierfür auch keine Sitzungsniederschriften, Protokollnotizen oder gemeinsame Erklärungen vor. Vielmehr bestätigt die Intranetmitteilung vom 03.12.2012 über die „Starterprämie für die zur neuen L. übergehenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ lediglich die Anrechnung von Starterprämie und variabler Vergütung für 2012 und setzt damit ihre Unterscheidbarkeit voraus. Der behauptete weitere Zweck der Honorierung von Leistungen im Jahr 2012 durch die Starterprämie kommt darüber hinaus nicht in der DV Starterprämie zum Ausdruck. In Ziffer 2 DV Starterprämie wird der Sinn und Zweck der Zahlung der Starterprämie als „zur Förderung der Wechselbereitschaft und zur Unterstützung des Überleitungsprozesses“ der Mitarbeiter bestimmt. Beides bezieht sich auf den

Wechsel in die L. zum 31.12.2012/01.01.2013, nicht aber auf die Honorierung von Leistungen der Arbeitnehmer im Jahr 2012. Gegen den Zweck „Honorierung der Leistung in Form einer variablen Vergütung“ für das Kalenderjahr 2012 spricht auch die Überschrift der „Dienstvereinbarung über eine Starterprämie *im Falle des Wechsels* von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern *zur „Neuen L.“* zum 31.12.2012/01.01.2013. Des Weiteren ist der Vortrag der Beklagten nicht nachvollziehbar, wenn sie behauptet, bei Abschluss der DV Starterprämie am 29.12.2012 nicht damit gerechnet zu haben, dass für das Geschäftsjahr 2012 überhaupt eine variable Vergütung gezahlt werden würde, weshalb „zur Kompensation eine Starter-Prämie“ gewährt werden sollte. Zum einen erging nur wenige Wochen später, nämlich am 15.01.2013 der Vorstandsbeschluss zur Auszahlung einer einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung im Umfang von insgesamt € 22 Mio., von der die Beklagte behauptet, es handele sich um die nach DV AT-Vergütung geschuldete variable Vergütung. Zum anderen setzt eine Kompensation gerade voraus, dass das ursprünglich Geschuldete nicht geleistet und an seiner Stelle eine andere Leistung erbracht wird. Schließlich hat die Beklagte auch keine konkrete Vollzugspraxis vorgetragen, aus der Rückschlüsse auf den Regelungsinhalt der DV Starterprämie hätten gezogen werden können (hierzu BAG, Urteil vom 22.01.2002 – 3 AZR 554/00 – NZA 2002, 1224). Die „Verdeutlichung“ anhand zweier Beispiele unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Auszahlungszeitpunkte von Starterprämie (April 2013) und variabler Vergütung (Juni 2013) im Schriftsatz vom 19.04.2016, S. 23 bis 24, ist rein hypothetisch. Die angebliche Vergleichsberechnung durch die Betriebspartner ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil am 29.11.2012 angeblich offen war, ob überhaupt eine variable Vergütung bezahlt werden würde. Darüber hinaus standen die Bewertungen der Mitarbeiter für das Kalenderjahr 2012 noch aus, so dass der Multiplikationsfaktor des Richtwertes noch nicht feststand und auch deshalb nicht abzuschätzen war, ob sich variable Vergütung und Starterprämie entsprächen oder die Starterprämie in jedem Fall höher als die variable Vergütung wäre. Insbesondere aber hat die Beklagte nicht einen Fall eines Arbeitnehmers benannt, in dem Starterprämie und variable Vergütung im Juni 2013 tatsächlich an- bzw. verrechnet worden wären.

5. Der Zinsanspruch begründet sich aus §§ 286 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB, wobei die Fälligkeit in Anlehnung an Ziffer 6.2.2 DV AT-Vergütung 2011 auf Ende Juni des Folgejahres zu bestimmen ist (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 60).



- 41 -

### III.

Die Kosten des Berufungsverfahrens waren verhältnismäßig zu teilen, § 92 Abs. 1 ZPO. Die erstinstanzlichen Kosten hat der Kläger wegen der erheblichen Zuvielforderung und der teilweisen Klagerücknahme allein zu tragen, §§ 269 Abs. 3 S. 2, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

### IV.

Die Revision war für beide Parteien gem. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zuzulassen.

## **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil können beide Parteien Revision einlegen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht

Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen.

Einzelheiten hierzu unter

<http://www.bundesarbeitsgericht.de>.

Dr. Eulers

Holzamer

Wischhöfer