

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 370/11

11 Sa 993/10

Landesarbeitsgericht

München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. September 2012

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2012 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Baschnagel und Fluri für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 20. April 2011 - 11 Sa 993/10 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 10. Juni 2010 - 15 Ca 16589/09 - abgeändert, soweit die Beklagte zur Zahlung von 25.000,00 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt wurde. Die Klage wird auch insoweit abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch um einen Bonusanspruch für das Jahr 2008. Hilfsweise macht der Kläger Schadensersatzansprüche in gleicher Höhe geltend. 1

Der Kläger ist zugelassener Rechtsanwalt. Er war vom 1. September 1992 bis zum 31. August 2009 bei der D AG beschäftigt, zuletzt als Leitender Syndikus auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 29. August/1. September 1997 zu einem Bruttomonatsverdienst von 6.750,00 Euro. Zum 1. September 2009 wechselte er in ein anderes Konzernunternehmen. 2

Zu den Bezügen ist im Arbeitsvertrag vom 29. August/1. September 1997 auszugsweise Folgendes geregelt: 3

„2. Bezüge

Der Mitarbeiter erhält folgende Bezüge, durch die zugleich eventuelle Ansprüche auf Mehrarbeitsvergütung abgegolten sind:

a) Gehalt

...

b) Gratifikation

Eine jährliche Abschlussgratifikation, die aus einem garantierten Betrag in Höhe eines Monatsgehaltes (Basis Dezember) und einer zusätzlichen Vergütung

besteht, die unter Berücksichtigung der Ertragslage der Bank individuell nach Leistungsgesichtspunkten jährlich neu festgesetzt wird. Die Abrechnung erfolgt am ersten Arbeitstag nach der ordentlichen Hauptversammlung der Bank.“

Für die Geschäftsjahre 2006 und 2007 erhielt der Kläger Boni in Höhe von 32.000,00 Euro bzw. 35.000,00 Euro brutto. 4

Am 10./14. April 2008 schlossen die Parteien eine Zielvereinbarung, in der die vom Kläger im Geschäftsjahr 2008 zu erreichenden Ziele in drei verschiedenen Bereichen (*Unternehmensziele, vom Fachvorstand abgeleitete individuelle Ziele, sonstige individuelle Ziele*) aufgeführt sind. Die Zielvereinbarung lautet auszugsweise: 5

„

Ziele und Executive Bonus 2008	
Zielvereinbarung und Zielerreichung - Seite 1	
Bewertungszeitraum*	01.01.2008 - 31.12.2008
Name des Mitarbeiters* Dr. R	
Position/Funktion des Mitarbeiters*	Beschäftigt seit
Leitender Syndikus	09/1992
Name des Vorgesetzten* E	
Name des nächsthöheren Vorgesetzten* Dr. M	
Zielbonus in Euro p.a. *)**) 100 % wird in einem separaten Schreiben mitgeteilt	

...

*) Pflichteingabe
**) Aus dem Zielbonus erwächst kein Rechtsanspruch
s.a. Terms & Conditions

...

<input type="checkbox"/> Ja, zusätzliche Dokumente (bitte beifügen)
<input checked="" type="checkbox"/> Ja, ich habe die Terms & Conditions zur Kenntnis genommen (abrufbar im Executive Net)
Datum, Unterschrift Mitarbeiter
Datum, Unterschrift Vorgesetzter

“

Der Kläger unterzeichnete die Zielvereinbarung und bestätigte die Kenntnisnahme der „Terms & Conditions“ durch Ankreuzen des entsprechenden Kästchens. 6

Ein Schriftstück mit dem Namen „Ziele und Executive Bonus 2008, Terms & Conditions“ (*im Folgenden: Bonusbedingungen*) enthält unter anderem folgende Regelungen: 7

„1. Ziele und Berechtigte

In Ergänzung Ihres Dienstvertrags und der darin in Aussicht gestellten Leistungsgratifikation bzw. variablen Vergütung konkretisieren die Terms & Conditions zum Prozess ‚Ziele und Executive Bonus‘ die hierfür erforderlichen Voraussetzungen.

...

5. Rahmenbedingungen und Regelungen

- » Die tatsächliche Auszahlung des Bonus setzt voraus, dass der Vorstand ein ausreichendes Bonusvolumen zur Verfügung stellt. Die Feststellung des Bonusvolumens bleibt weiterhin der Entscheidung des Vorstandes vorbehalten.“

Ein Zielbonus für das Geschäftsjahr 2008 wurde dem Kläger nicht mitgeteilt. 8

Am 28. Oktober 2008 erhielten alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der D AG eine mit den Namen des damaligen Vorstandsvorsitzenden und des damaligen Personalvorstands unterzeichnete E-Mail, in der mitgeteilt wurde, dass der Vorstand für das Kalenderjahr 2008 ein Bonusvolumen in Höhe von 100 % des Bonusvolumens 2007 - angepasst an den Mitarbeiterbestand 2008 - zugesagt habe. 9

Im Januar 2009 wurde bei der D AG intern kommuniziert, dass der Zielerreichungsgrad für die Unternehmensziele bei 60 % liege. Am 26./27. Januar 2009 wurde die Zielerreichung des Klägers in das Zielvereinbarungsformular eingetragen. Die Zielerreichung in Bezug auf die Unternehmensziele wurde auf 60 % und die Gesamtzielerreichung des Klägers auf 125 % festgesetzt. An- 10

schließlich wurde die Zielvereinbarung erneut von beiden Parteien unterschrieben.

Die D AG erzielte im Geschäftsjahr 2008 ein negatives operatives Ergebnis von 6,56 Mrd. Euro. Die Vorstände der Beklagten und der D AG beschlossen am 17. Februar 2009, keine Bonuszahlungen an Beschäftigte einschließlich Führungskräften und Vorstandsmitglieder zu leisten. Am 13. März 2009 erhielt der Kläger für das Jahr 2008 eine Zahlung für besondere Belastungen in Höhe von 6.750,00 Euro. 11

Mit Wirkung vom 11. Mai 2009 wurde die D AG auf die Beklagte verschmolzen. 12

Der Kläger ist der Ansicht, er habe einen weiteren Bonusanspruch für das Jahr 2008 in Höhe von 25.000,00 Euro. Bei einer Zielerreichung von 125 % habe in Anlehnung an den im Jahr 2007 gezahlten Bonus ursprünglich ein Bonusanspruch in Höhe von 35.000,00 Euro bestanden. Unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlung in Höhe von 6.750,00 Euro und eines Abschlags von ca. 10 % stehe ihm noch ein Betrag in Höhe von 25.000,00 Euro zu. Auf den 25.000,00 Euro übersteigenden Restbetrag verzichte er, da er die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Beklagten anerkenne. 13

Die fehlende Angabe des Zielbonus stehe einem Anspruch aus der Zielvereinbarung nicht entgegen. Auch in den Vorjahren sei nie ein Zielbonus mitgeteilt worden. Durch die Mitteilung vom 28. Oktober 2008 sei auch, wie es Ziff. 5 der Bonusbedingungen vorschreibe, ein ausreichendes Bonusvolumen festgelegt worden. Diese Zusage habe die Beklagte später nicht einseitig ändern können. Auch eine Änderung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage komme nicht in Betracht. 14

Bei Ablehnung eines Anspruchs aus der Zielvereinbarung stehe dem Kläger jedenfalls ein Schadensersatzanspruch zu, der auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet sei. Der Kläger sei im Vertrauen auf die Mitteilung des Vorstands vom 28. Oktober 2008 erst am 1. September 2009 zu einem anderen Konzernunternehmen gewechselt, obwohl er die neue Stelle bereits im Januar 2009 hätte angetreten können. Durch den verzögerten Wechsel auf die 15

besser dotierte neue Stelle sei ihm zusätzliche Vergütung in Höhe von 31.700,00 Euro entgangen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 16
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 25.000,00 Euro brutto
nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz hieraus seit dem 13. März 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, 17
dem Kläger stehe kein Erfüllungsanspruch aus der Zielvereinbarung zu, da ihm
für das Geschäftsjahr 2008 kein Zielbonus mitgeteilt worden sei. Der Bonus
könne auch nicht nachträglich nach Ablauf der Zielperiode durch Urteil festge-
setzt werden. Zudem sei es nicht zulässig, sich hinsichtlich der Höhe des
Zielbonus an den Vorjahren zu orientieren. In der Zielvereinbarung für das Jahr
2007 sei vereinbart gewesen, dass der Zielbonus in der Regel dem Zielbonus
für das Jahr 2005 entsprechen solle. Eine solche Regelung fehle in der Zielver-
einbarung für 2008.

Ein Anspruch des Klägers aus der Zielvereinbarung scheitere zudem 18
daran, dass der Vorstand entgegen Ziff. 5 der Bonusbedingungen kein ausrei-
chendes Bonusvolumen zur Verfügung gestellt habe. Ziff. 5 der Bonusbedin-
gungen sei wirksam. Durch diese Klausel werde ihr ein einseitiges Leistungs-
bestimmungsrecht über die Festlegung des Bonusvolumens eingeräumt, das
nach billigem Ermessen auszuüben sei. Die Klausel sei klar und verständlich.
Durch sie werde der Mitarbeiter auch nicht unangemessen benachteiligt. Die
Beklagte habe das ihr zustehende Leistungsbestimmungsrecht vor dem Hinter-
grund ihres desaströsen wirtschaftlichen Ergebnisses und der dramatischen
Entwicklung des gesamtwirtschaftlichen Umfelds nach billigem Ermessen
ausgeübt. Im August 2008 sei die D AG noch davon ausgegangen, dass es im
Geschäftsjahr 2008 zu einem negativen Ergebnis aus gewöhnlicher Geschäfts-
tätigkeit in Höhe von rd. 1,5 Mrd. Euro kommen werde. Letztlich habe das
endgültige operative Ergebnis der D AG für das Jahr 2008 einen Verlust in
Höhe von 6,56 Mrd. Euro ausgewiesen. Die dramatische Verschlechterung
gegenüber der Prognose von August 2008 sei nicht vorhersehbar gewesen.

Neben der öffentlichen Diskussion über Bonuszahlungen sei auch die Entwicklung des gesamtwirtschaftlichen Umfelds von erheblicher Bedeutung für die Entscheidung gewesen, keine Bonuszahlungen zu leisten. Die globale Finanzmarktkrise habe zum Ende des Jahres 2008 dramatische Höhepunkte erreicht. Die Kernkapitalquote der D AG habe sich in einem Bereich bewegt, der als kritisch anzusehen gewesen sei. Die Beklagte selbst habe in zwei Tranchen 18,2 Mrd. Euro aus dem Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (*SoFFin*) in Anspruch genommen.

Die Mitteilung vom 28. Oktober 2008 stelle lediglich eine unverbindliche Ankündigung eines möglichen Bonusvolumens an die gesamte Belegschaft dar. Jedenfalls sei die D AG aufgrund der dramatischen Entwicklungen berechtigt gewesen, eine solche Entscheidung nachträglich zu ändern. Sie könne sich zudem auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. Die dramatische Verschlechterung des Ergebnisses gegenüber der Prognose, welche am 28. Oktober 2008 vorgelegen habe, sei nicht voraussehbar gewesen. 19

Dem Kläger könne eine Bonuszahlung auch nicht im Wege des Schadensersatzes verlangen. Selbst wenn man annähme, dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch zu, wäre dieser auf Naturalrestitution gerichtet und der Kläger müsse so gestellt werden, wie er stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Kläger hätte jedoch auch dann keinen Bonus erhalten, wenn ihm ein Zielbonus mitgeteilt worden wäre. 20

Das Arbeitsgericht hat der Klage hinsichtlich des Bonus für das Geschäftsjahr 2008 stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 21

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist unbegründet. Dem Kläger steht für das Jahr 2008 weder ein zusätzlicher Bonusanspruch noch ein Schadensersatzanspruch in entsprechender Höhe zu. 22

A. Die Ansprüche des Klägers auf eine zusätzliche variable Vergütung für das Jahr 2008 sind erfüllt. 23

I. Nach Ziff. 2 Buchst. b des Arbeitsvertrags iVm. § 315 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sowie der Zielvereinbarung und den Bonusbedingungen hatte der Kläger Anspruch auf die Festlegung einer zusätzlichen variablen Vergütung nach billigem Ermessen der Rechtsvorgängerin der Beklagten für das Jahr 2008. Das ergibt die Auslegung der vertraglichen Regelungen. 24

1. Der Arbeitsvertrag gewährte dem Kläger in Ziff. 2 Buchst. b Anspruch auf Festsetzung einer zusätzlichen Vergütung unter Berücksichtigung von Leistungsgesichtspunkten und der Ertragslage der Bank. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte hatte die Leistungsbestimmung damit nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) zu erfolgen. Die Maßstäbe für die Ausübung des billigen Ermessens haben die Parteien in der Zielvereinbarung konkretisiert. Aufgrund dieser vertraglichen Konkretisierung war die Beklagte an die Zielvereinbarung gebunden. Haben die Vertragsparteien durch eine Zielvereinbarung die Voraussetzungen für die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung abschließend festgelegt, so kann sich der Arbeitgeber von der Zahlungspflicht nicht mehr einseitig durch anderweitige Leistungsbestimmung befreien (vgl. BAG 29. August 2012 - 10 AZR 385/11 -; 12. Oktober 2011 - 10 AZR 746/10 - Rn. 38, EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 28; zur Ausübung des Direktionsrechts: 16. März 2010 - 3 AZR 31/09 - Rn. 26, BAGE 133, 307; 17. Dezember 1997 - 5 AZR 332/96 - zu IV 3 der Gründe, BAGE 87, 311). Im Streitfall hatten die Parteien jedoch in der Zielvereinbarung keine abschließende Regelung getroffen, sondern zusätzlich die Geltung der Bonusbedingungen vereinbart, die ihrerseits die Zahlung unter den Vorbehalt einer entsprechenden 25

Entscheidung des Vorstands stellten (*Ziff. 5 der Bonusbedingungen*). Die Entscheidung des Vorstands musste mangels entgegenstehender Anhaltspunkte billigem Ermessen entsprechen. Dabei durfte der Vorstand, soweit die Maßstäbe für die Ausübung des billigen Ermessens in der Zielvereinbarung festgelegt waren, von ihnen nicht mehr abweichen. Er konnte lediglich noch Gesichtspunkte geltend machen, die außerhalb der in der Zielvereinbarung zugrunde gelegten Umstände lagen und im Rahmen billigen Ermessens berücksichtigungsfähig waren.

2. Die Bonusbedingungen und insbesondere ihre Ziff. 5 sind Bestandteil der zwischen den Parteien geschlossenen Zielvereinbarung geworden. 26

a) Vorliegend wird auf beiden Seiten der Zielvereinbarung jeweils am Seitenende sowie unmittelbar über der von dem Mitarbeiter zu leistenden Unterschrift auf die Bonusbedingungen hingewiesen. Aufgrund dieser Vertragsgestaltung war es für den Kläger als Erklärungsempfänger (§§ 133, 157 BGB) erkennbar, dass die Bonusbedingungen nach dem Willen der Beklagten Bestandteil der Zielvereinbarung werden sollten. Durch die Unterschrift hat der Kläger sein Einverständnis mit dieser Vertragsgestaltung erklärt. 27

b) Der Einbeziehung von Ziff. 5 der Bonusbedingungen steht § 305 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Auf die nach dieser Vorschrift erforderliche Möglichkeit des Vertragspartners eines Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, bei Abschluss des Vertrags die Bedingungen inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen, kommt es nicht an. Die Vorschrift des § 305 Abs. 2 BGB findet bei der Kontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht keine Anwendung (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB). Angesichts dieser klaren gesetzgeberischen Entscheidung scheidet eine analoge Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB aus (*BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - Rn. 21, BAGE 122, 12*). Für die wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt demnach § 145 ff. BGB, dh. es genügt jede stillschweigende Willensübereinkunft (*ErfK/Preis 12. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 28*). Auch der Kläger selbst hat nicht infrage gestellt, dass die Bonusbedingungen Bestandteil der zwischen den Parteien geschlossenen Zielvereinbarung sind. 28

- c) Ziff. 5 der Bonusbedingungen ist auch nicht überraschend iSd. § 305c Abs. 1 BGB. 29
- aa) Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Überraschenden Klauseln muss ein „Überrumpelungseffekt“ innewohnen. Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher Widerspruch bestehen (*BAG 21. Juni 2011 - 9 AZR 203/10 - Rn. 34, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 53; 14. August 2007 - 8 AZR 973/06 - Rn. 21, AP BGB § 307 Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 28*). Da sich das Überraschungsmoment auch aus dem Erscheinungsbild des Vertrags ergeben kann, ist es möglich, dass auch das Unterbringen einer Klausel an einer unerwarteten Stelle im Text sie deswegen als Überraschungsklausel erscheinen lässt. Das Überraschungsmoment ist umso eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist. Im Einzelfall muss der Verwender darauf besonders hinweisen oder die Klausel drucktechnisch hervorheben (*BAG 21. Juni 2011 - 9 AZR 203/10 - aaO*). 30
- bb) Nach diesen Grundsätzen ist Ziff. 5 der Bonusbedingungen weder inhaltlich noch nach der äußeren Vertragsgestaltung überraschend (*vgl. auch BAG 29. August 2012 - 10 AZR 385/11 - Rn. 27 ff.*). 31
- (1) Bereits Ziff. 2 Buchst. b des Arbeitsvertrags sieht vor, dass der Bonus unter Berücksichtigung der Ertragslage der Bank festgelegt und nach der Hauptversammlung, dh. nach Abschluss des Geschäftsjahres, abgerechnet wird. Bei Abschluss der Zielvereinbarung, welche gemäß Ziff. 1 der Bonusbedingungen diese arbeitsvertragliche Regelung konkretisiert, musste der Kläger daher damit rechnen, dass dieses Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten fortbestehen sollte. Dem steht auch nicht entgegen, dass die wirtschaftliche Lage der Beklagten bereits im Rahmen der Zielvereinbarung berücksichtigt wurde. Da die Zielvereinbarung zu Beginn des Geschäftsjahres abgeschlossen wurde, konnte der Kläger nicht zwingend annehmen, dass dadurch das arbeits-

vertraglich eingeräumte Bestimmungsrecht nach Abschluss des Geschäftsjahres vollständig aufgehoben werden sollte. Die Zielvereinbarung legte lediglich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus Sicht des Zeitpunkts ihres Abschlusses fest. Damit sollte nicht die Berücksichtigung weiterer Umstände, die im Rahmen von § 315 BGB maßgeblich sein konnten, ausgeschlossen werden.

(2) Ein „Überrumpelungseffekt“ folgt auch nicht aus dem äußeren Erscheinungsbild der Klausel. Aus der Sicht einer Führungskraft im Bankgewerbe, die mit komplexen Vertragswerken und der Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vertraut ist, musste umso mehr mit einer maßgeblichen inhaltlichen Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen gerechnet werden, als in der Zielvereinbarung auf die Geltung der Bonusbedingungen hingewiesen wurde. Außerdem legte die Zielvereinbarung selbst nur den Zielbonus und die zu erreichenden Ziele, nicht aber nähere Einzelheiten fest. Bereits in Ziff. 3 der Bonusbedingungen, welche die Auszahlung des Bonus regelt, wird darauf hingewiesen, dass die Auszahlung des Bonus nur vorbehaltlich der Regelungen in Ziff. 5 erfolgt. Bei dieser Vertragsgestaltung war die hier maßgebliche Klausel für einen im Umgang mit Verträgen vertrauten Mitarbeiter wie den Kläger nicht überraschend. 33

3. Mit dem oben beschriebenen Inhalt hält Ziff. 5 der Bonusbedingungen auch der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB stand (*vgl. auch BAG 29. August 2012 - 10 AZR 385/11 - Rn. 30 ff.*). 34

a) Ziff. 5 der Bonusbedingungen enthält keinen unzulässigen Änderungsvorbehalt iSd. § 308 Nr. 4 BGB. 35

aa) Gemäß § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Einseitige Leistungsbestimmungsrechte im Sinne des § 315 ff. BGB fallen jedoch nicht unter § 308 36

Nr. 4 BGB, wenn sie darauf beschränkt sind, dem Verwender die erstmalige Festlegung seiner Leistung zu ermöglichen (*BGH 17. Februar 2004 - XI ZR 140/03 - zu II 2 b aa der Gründe, BGHZ 158, 149; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl. § 308 Nr. 4 Rn. 16; Staudinger/Coester-Waltjen (2006) § 308 Nr. 4 Rn. 5*).

bb) So verhält es sich hier. Der vertragliche Anspruch des Klägers ist auf Entscheidung nach billigem Ermessen über die Jahresgratifikation nach Abschluss des Bezugsjahres gerichtet (*Leistungsbestimmung, § 315 BGB*). Die Zielvereinbarung ist lediglich eine Abrede der Parteien über verschiedene Parameter für die Ausübung des billigen Ermessens. Sie soll für sich genommen keinen Anspruch begründen. Von einer Änderung oder Abweichung in Bezug auf eine bereits versprochene Leistung kann damit nicht die Rede sein. 37

b) Ziff. 5 der Bonusbedingungen verstößt nicht gegen das Transparenzgebot (*§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB*). 38

aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt deshalb nicht schon dann vor, wenn der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit hat, die betreffende Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster Allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 BGB (*BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 - Rn. 29, AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 47; 10. Dezember 2008 - 10 AZR 1/08 - Rn. 15, AP BGB § 307 Nr. 40 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 40*). 39

bb) Eine derartige Gefahr ist hier nicht erkennbar. Der mögliche Anspruch des Klägers ist durch den Arbeitsvertrag und die Zielvereinbarung ausreichend beschrieben. Der Kläger konnte erkennen, dass die Beklagte nach billigem 40

Ermessen über die Festsetzung der Sonderzahlung zu entscheiden hatte. Durch die Zielvereinbarung waren die bei der Ermessensausübung zu berücksichtigenden Faktoren weitgehend festgelegt. Der Kläger war damit in der Wahrnehmung seiner Rechte nicht beeinträchtigt. Teilte der Vorstand ein Bonusvolumen in bestimmter Höhe mit, konnte der Kläger die Berechnung aufgrund der Zielvereinbarung nachprüfen und die ihm nach seiner Auffassung zustehenden Mehransprüche geltend machen, wie es auch geschehen ist.

c) Ziff. 5 der Bonusbedingungen ist nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den Kläger unangemessen benachteiligen würde. 41

aa) Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. 42

(1) Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, ob die gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt. Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders vorliegt, ist auf der Grundlage einer Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu beantworten. Hierbei ist das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel mit dem Interesse des Vertragspartners an der Ersetzung der Klausel durch das Gesetz abzuwägen. Bei dieser wechselseitigen Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner, bei der auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten sind, ist ein genereller, typisierender Maßstab anzulegen (*BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - Rn. 23, BAGE 124, 259; 25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 122, 182*). 43

(2) Rechtsvorschriften iSv. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, dh. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund 44

ergänzender Auslegung nach den §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (*BAG 18. Januar 2012 - 10 AZR 612/10 - Rn. 20, EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 31; 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - Rn. 24, BAGE 124, 259*).

bb) Nach diesen Maßstäben enthält Ziff. 5 der Bonusbedingungen keine unangemessene Benachteiligung. 45

(1) Die Regelung weicht mit dem durch Auslegung (*siehe oben zu I 1*) ermittelten Inhalt nicht vom Gesetz ab. Vielmehr sieht das Gesetz selbst einseitige Leistungsbestimmungsrechte vor (§ 315 BGB). Es geht davon aus, dass vertragliche Regelungen diesen Inhalts einem berechtigten Bedürfnis des Wirtschaftslebens entsprechen können und nicht von vornherein unangemessen sind. Das Gesetz ordnet ausdrücklich an, dass die Bestimmung mangels abweichender Vereinbarung nach billigem Ermessen zu geschehen hat, dass der Gläubiger die Entscheidung des Schuldners gerichtlich überprüfen und gegebenenfalls durch Urteil treffen lassen kann. Gegen die mit dem einseitigen Bestimmungsrecht etwa verbundene Gefährdung des Gläubigers hat der Gesetzgeber also Vorkehrungen getroffen. Anhaltspunkte dafür, dass diese Vorkehrungen nicht ausreichend wären, sind nicht erkennbar. 46

(2) Die Regelung verstößt auch nicht gegen ungeschriebene Rechtsgrundsätze. Insbesondere besteht nicht die Gefahr, dass der Arbeitgeber einerseits die verhaltenssteuernde Wirkung eines vertraglichen Versprechens für die Zukunft in Anspruch nimmt, andererseits aber die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung allein vom eigenen Willen abhängig macht. Wie bereits ausgeführt, ist der Arbeitgeber an eine im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechts getroffene Zielvereinbarung in aller Regel gebunden. Insbesondere kann er nicht nachträglich das verabredete Leistungsprogramm verändern und kann auch nicht die in der Zielvereinbarung vereinbarte Zuweisung geschäftlicher Risiken verändern. 47

II. Der Anspruch des Klägers auf Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen ist erloschen (§ 362 BGB). Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat 48

den Anspruch mit ihrem Schreiben von März 2009 und die anschließende Zahlung erfüllt. Die getroffene Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 und Abs. 3 BGB); dem Kläger steht kein weiterer Bonusanspruch zu. Auf die fehlende Mitteilung des Zielbonus kommt es nicht an.

1. Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind (vgl. BAG 12. Oktober 2011 - 10 AZR 746/10 - Rn. 26, EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 28; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 31, AP GewO § 106 Nr. 11 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 49; 13. April 2010 - 9 AZR 36/09 - Rn. 40, AP BGB § 307 Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47; 23. September 2004 - 6 AZR 567/03 - zu IV 2 a der Gründe, BAGE 112, 80).

a) Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat (vgl. BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 294/04 - zu B II 3 b aa der Gründe, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 20 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 15). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht, hat der Bestimmungsberechtigte zu tragen (vgl. BAG 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 90, AP GG Art. 12 Nr. 143; BGH 5. Juli 2005 - X ZR 60/04 - zu II 2 c aa der Gründe mwN, BGHZ 163, 321). Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb des Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (vgl. BAG 13. Juni 2012 - 10 AZR 296/11 - Rn. 28; BGH 18. Oktober 2007 - III ZR 277/06 - Rn. 20, BGHZ 174, 48).

b) Ob die Entscheidung der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB (vgl. BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 624/06 - Rn. 29, AP AVR Diakonisches Werk § 1 Nr. 14). Diese Sachentscheidung ist wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls vorrangig den Tatsachengerichten vorbehalten (BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 294/04 - zu B II 3 b und B IV 1 der Gründe, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 20 =

EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 15; vgl. zur Kontroverse über den Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfung: GMP/Müller-Glöge 7. Aufl. § 73 Rn. 10). Im Streitfall konnte der Senat die Entscheidung selbst treffen, weil alle maßgeblichen Tatsachen feststehen.

2. Durch die Bekanntgabe der Vorstandsentscheidung vom 2. Oktober 2008 mit Schreiben vom 28. Oktober 2008 über ein Bonusvolumen in Höhe des Bonusvolumens 2007 hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten noch keine verbindliche Leistungsbestimmung des individuellen Bonus für das Jahr 2008 iSv. § 315 BGB vorgenommen (*vgl. auch BAG 12. Oktober 2011 - 10 AZR 165/11 - Rn. 27 ff.*).

a) Die Leistungsbestimmung nach § 315 BGB konkretisiert den Leistungsinhalt, der vorher aufgrund des einer Partei zustehenden Bestimmungsrechts noch offen ist. Erforderlich für die Annahme einer Leistungsbestimmung ist daher, dass die Bestimmung konkret die dem Vertragspartner zustehende Leistung festlegt. Auch wenn man davon ausgeht, dass § 315 BGB eine Teilleistungsbestimmung zulässt (*vgl. dazu KG Berlin 19. Februar 1979 - 2 U 3612/78 - DB 1979, 1124; Palandt/Grüneberg BGB 70. Aufl. § 315 Rn. 11; Erman/Hager BGB 13. Aufl. § 315 Rn. 14; enger Staudinger/Rieble (2009) § 315 Rn. 296: nur wenn [vertraglich] ausbedungen*), muss durch sie das Ermessen hinsichtlich eines Teils der Leistung abschließend ausgeübt werden. Noch keine Leistungsbestimmung liegt hingegen vor, wenn der Bestimmungsberechtigte lediglich einzelne in die Abwägung einzustellende Faktoren festlegt oder die Voraussetzungen für die endgültige Leistungsbestimmung schafft.

Danach ist die Festlegung des Bonusvolumens noch keine Leistungsbestimmung. Aus der Höhe des Volumens lässt sich für den Kläger die Höhe seines individuellen Bonus weder ganz noch teilweise bestimmen. Vielmehr handelt es sich bei der Festlegung des Volumens lediglich um einen Faktor, der in die spätere Leistungsbestimmung einzubeziehen ist.

b) Allerdings ist die Festsetzung des Bonusvolumens und deren Bekanntgabe an die Arbeitnehmer nicht ohne rechtliche Bedeutung. Vielmehr hat sich

die Rechtsvorgängerin der Beklagten dadurch verpflichtet, dieses Bonusvolumen bei der Ausübung ihres Ermessens als einen wesentlichen Faktor zugrunde zu legen.

aa) Der nach § 315 BGB Bestimmungsberechtigte kann das ihm zustehende Ermessen im Wege der Selbstbindung vorab einschränken. In diesem Fall verhielte er sich widersprüchlich und verstieße damit gegen das in § 242 BGB niedergelegte Gebot von Treu und Glauben, wenn er ohne das Hinzutreten besonderer Umstände von seiner ursprünglichen Entscheidung Abstand nähme (vgl. zur Ausübung des Direktionsrechts: BAG 16. März 2010 - 3 AZR 31/09 - Rn. 26, BAGE 133, 307; 17. Dezember 1997 - 5 AZR 332/96 - zu IV 3 der Gründe, BAGE 87, 311).

bb) Ein solcher Fall liegt vor. Den Beschäftigten der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit Ausnahme der Beschäftigten des Bereichs DKIB Frontoffice wurde durch das Schreiben vom 28. Oktober 2008 durch den damaligen Vorstandsvorsitzenden und den Personalvorstand jeweils bezogen auf Funktion und Division ein Bonusvolumen in Höhe von 100 % des Volumens des Jahres 2007 zugesagt. Die Größe des Bonusvolumens ist zwar nicht als Eurobetrag bestimmt worden, aber durch die Orientierung am Vorjahresvolumen eindeutig bestimmbar. Ebenso wurde die Zielgruppe, für die dieses Bonusvolumen zugesagt werden sollte, festgelegt. Damit handelt es sich nicht lediglich um eine bloße Inaussichtstellung einer möglichen Größenordnung eines Bonusvolumens oder die Mitteilung über einen aktuellen Sachstand. Die Beschäftigten konnten der Erklärung daher ein gewisses Maß an Verbindlichkeit hinsichtlich des auszuschüttenden Bonusvolumens zumessen. Daran war die Rechtsvorgängerin der Beklagten grundsätzlich gebunden und verpflichtet, das zugesagte Bonusvolumen als weiteren wesentlichen Umstand in die spätere Entscheidung über die individuelle Bonushöhe einzubeziehen.

3. Die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten im März 2009 vorgenommene Leistungsbestimmung wird den dargestellten Maßgaben gerecht.

a) Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat alle nach der vertraglichen Regelung, der Zielvereinbarung und den Bonusbedingungen wesentlichen Umstände in ihre Abwägung einbezogen und angemessen gewichtet. Dabei war insbesondere die Zielvereinbarung in die Erwägungen einzubeziehen. Die Zielvereinbarung war bindend, soweit die Ermessensausübung Gesichtspunkte betraf, die in der Zielvereinbarung abschließend geregelt waren. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten war gehindert, von dieser Vereinbarung für die Bestimmung des Bonus abzuweichen, ohne dass dafür besonders gewichtige, außerhalb der durch die Zielvereinbarung abgedeckten Umstände vorlagen. 59

b) Solche außergewöhnlichen Umstände lagen jedoch im Streitfall vor. Das negative operative Ergebnis der D AG betrug für das Jahr 2008 6,56 Mrd. Euro. Auch die Zufuhr von Kapital in Höhe von 4 Mrd. Euro durch die Beklagte macht deutlich, dass es sich um eine außergewöhnliche, desaströse Situation handelte. Die Beklagte musste ihrerseits Mittel im Umfang von etwa 18,2 Mrd. Euro aus dem SoFFin in Anspruch nehmen. Dies zeigt, dass die Fortexistenz der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin durch Umstände jenseits des ihrem und ihrer Mitarbeiter Einfluss unterliegenden Geschäftsverlaufs nachhaltig bedroht war. Damit realisierten sich nicht etwa die im Vertrag und in der Zielvereinbarung vorausgesetzten - und dementsprechend von der Beklagten zu tragenden - Risiken gewissermaßen „normaler“ negativer Geschäftsentwicklungen. Die Lage hatte vielmehr mit den in der Zielvereinbarung zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen der Parteien nichts mehr zu tun. Die Existenz der Beklagten konnte nur durch massive staatliche Hilfeleistungen gesichert werden, die nicht auf die Rettung einzelner Banken, wie etwa der Beklagten, oder der Sicherung von Vergütungsansprüchen von Arbeitnehmern der Banken dienten, sondern dem öffentlichen Interesse an der Abwehr von schweren Gefahren für die Volkswirtschaft (*Zusammenbruch des Bankensystems*). So heißt es in der Regierungserklärung des damaligen Bundesministers der Finanzen zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz vor dem Deutschen Bundestag am 15. Oktober 2008, es gehe nicht darum, dass es Gratifikationen für den Bankensektor geben solle oder dass Bankmanager vor dem Ruin bewahrt werden sollten, sondern um das „öffentliche Gut“ stabiler, funktionierender Finanzmärk- 60

te, die unverzichtbar seien „für jeden Handwerker, der einen Betriebsmittelkredit haben möchte, ... für jedes große Unternehmen, das arbeitsplatzhalterhaltende oder arbeitsplatzweiternde Investitionen vornehmen möchte, ... für alle Menschen, die für das Alter sparen und damit ein auskömmliches Einkommen im Alter haben möchten, ... für alle Sparerinnen und Sparer in Deutschland, die einen wettbewerbsfähigen Finanzsektor brauchen ...“ (*Bulletin der Bundesregierung vom 15. Oktober 2008, Bulletin Nr. 109-2*).

c) Diese Ausnahmesituation lässt es auch unter Berücksichtigung der Leistung des Klägers nicht unangemessen erscheinen, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten den Bonusanspruch wie geschehen festsetzte. Dies gilt auch, wenn man zugunsten des Klägers seinen Vortrag als zutreffend unterstellt, dass er bereits früher zu seinem neuen Arbeitgeber hätte wechseln können und dies nur aus Loyalität zur Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht getan hat. Dem Kläger flossen zusätzliche Leistungen neben dem festen Gehalt zu. Er erhielt damit eine angesichts der desaströsen Lage immer noch nennenswerte, keineswegs unbeträchtliche finanzielle Anerkennung für die von ihm zur Erreichung der Vorgaben in der Zielvereinbarung unternommenen Anstrengungen im Jahr 2008. 61

B. Dem Kläger steht kein Schadensersatzanspruch gemäß § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB wegen eines entgangenen Bonus für das Jahr 2008 zu. 62

I. Nach § 241 Abs. 2 BGB erwachsen einer Vertragspartei nicht nur Leistungs-, sondern auch Verhaltenspflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Wird eine solche Pflicht verletzt, so kann der andere Vertragspartner Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei obliegt dem Arbeitgeber keine allgemeine Pflicht, die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers wahrzunehmen. Er hat jedoch unaufgefordert über alle Umstände zu informieren, die dem Arbeitnehmer unbekannt, aber für Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Zustandekommen oder der Durchführung des Arbeitsvertrags erheblich sind. Weitergehende Aufklärungs- und Hinweispflichten können sich im Einzelfall ergeben (vgl. zB BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 598/04 - zu 4 b aa der 63

Gründe, BAGE 116, 104; 14. Juli 2005 - 8 AZR 300/04 - zu II 2 b aa der Gründe, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 41 = EzA BGB 2002 § 242 Nr. 1). Insbesondere die schuldhafte Verletzung von Aufklärungspflichten kann dabei zu einem Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens führen. Der Geschädigte ist nach § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, als wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten. Auch die Hervorrufung eines berechtigten Vertrauens zB in die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses (*BAG 21. September 2011 - 7 AZR 150/10 - Rn. 21 mwN, EzA BGB 2002 § 612a Nr. 7*) oder die Gewährung einer bestimmten Leistung (*BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - Rn. 22, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 144 [Gewährung von Aktienoptionen]*) kann einen solchen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens begründen. Voraussetzung dafür ist aber, dass die vom Geschädigten vorgenommene Handlung kausal auf die Schädigungshandlung zurückzuführen ist (*haftungsbegründende Kausalität; vgl. dazu BAG 18. August 2011 - 8 AZR 220/10 - Rn. 40, EzA BGB 2002 § 311 Nr. 2; 9. November 1999 - 3 AZR 623/98 - zu II 3 der Gründe*).

II. Ausgehend von diesen Grundsätzen scheidet die Annahme eines Schadensersatzanspruchs aus. 64

Dabei kann offenbleiben, ob der Kläger aufgrund der Mitteilung über das Bonusvolumen vom 28. Oktober 2008 und/oder die erneute Unterzeichnung der Zielvereinbarung im Januar 2009 vor dem Hintergrund der vertraglichen Regelungen und trotz des damaligen wirtschaftlichen Umfelds darauf vertrauen durfte, dass er eine Bonuszahlung in der streitgegenständlichen Höhe erhalten werde. Auch wenn man dies zugunsten des Klägers unterstellt und weiter davon ausgeht, dass er bereits früher zu seinem neuen Arbeitgeber hätte wechseln können, fehlt es an der hinreichenden Darlegung einer haftungsbegründenden Kausalität. 65

Der Anspruch auf den streitgegenständlichen Bonus setzt nach den Bonusbedingungen nicht voraus, dass das Arbeitsverhältnis über den 31. Dezember 2008 hinaus fortbesteht. Ein Ausscheiden des Klägers zu diesem Zeitpunkt hätte daher nicht zum Verlust des Bonusanspruchs für das Ge- 66

schäftsjahr 2008 geführt. Vor diesem Hintergrund durfte sich der Kläger durch die Mitteilung der Beklagten vom 28. Oktober 2008 allenfalls herausgefordert fühlen, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten bis zum 31. Dezember 2008 fortzusetzen, um den Erhalt des vollen Bonusanspruchs für das Jahr 2008 sicherzustellen. Hingegen bestand im Zusammenhang mit dem Bonusanspruch kein Anlass, auch über den 1. Januar 2009 hinaus bei der Beklagten beschäftigt zu sein. Soweit allgemeine Loyalitätsüberlegungen im Zusammenhang mit der Abwicklung seines bisherigen Tätigkeitsfelds zu einer längeren Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geführt haben, stehen diese in keinem hinreichend nahen Bezug zu einem möglicherweise hervorgerufenen Vertrauen auf die Bonuszahlung.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

67

Schmitz-Scholemann

W. Reinfelder

Mestwerdt

R. Baschnagel

Stefan Fluri