

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 251/12

11 Sa 916/11

Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

17. April 2013

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Schmitz-Scholemann und Mestwerdt sowie den ehrenamtlichen Richter Simon und die ehrenamtliche Richterin Trümner für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 22. Dezember 2011 - 11 Sa 916/11 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Sonderzahlungen für die Jahre 2007 bis 2011. 1

Der Kläger war bis zum 30. Juni 2011 für die Beklagte als „Leiter IT“ tätig. Der Arbeitsvertrag vom 22. Dezember 1995 regelt in § 3 (*Bezüge*) Folgendes: 2

- „1. Herr J erhält als Vergütung für seine Tätigkeit ein Jahres-Bruttogehalt in Höhe von DM 120.000,00 (in Worten: einhundertzwanzigtausend Deutsche Mark), das monatlich nach Abzug der gesetzlichen Abgaben in 12 gleichen Teilbeträgen ausgezahlt wird. Bei erfolgreicher Zusammenarbeit im ersten Jahr erfolgt die Zahlung einer Tantieme in Höhe von DM 10.000,00 (Brutto).

...“

Die Beklagte zahlte dem Kläger jährlich eine Tantieme und jedenfalls seit Januar 2001 auch monatliche Vorauszahlungen auf diese, ohne dass es später zu einer Verrechnung kam. In den Jahren 2004 bis 2006 erhielt der Kläger jeweils 34.103,00 Euro brutto ohne Verrechnung auf den monatlich gezahlten Vorschuss iHv. 766,94 Euro. 3

Im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Neuregelung der Vergütung schlug der Kläger mit E-Mail vom 7. März 2007 vor: 4

„...“

**J**

T-Rest für 2006 wie gehabt 35T. Jahresgehalt 2006 entspricht dann 2005. Fix ab Juni 9.100 anstelle 7.160 (davon sind 766 Tantieme Vorauszahlung). Ergibt für 2007 Fix von 99,5T. Tantieme für 2007 wäre dann 21,4T (vorausgesetzt Jahresgehalt bleibt gleich zu 2005/2006). Das sind dann 18 % Tantiemeanteil anstelle von 36,5 %. Und wenn das mit dem X5 klappen würde, wäre klasse. Ich fahre ja jetzt eine besonders kleine Kiste (118d), vielleicht kann der Nächste dafür etwas größer als normal werden.

Bitte kurze Info, ob das so OK geht. ...“

Mit weiterer E-Mail vom 30. August 2007 ua. an den damaligen Geschäftsführer S gab der Kläger ein gemeinsames Gespräch vom 23. Juli 2007 wie folgt wieder: 5

„...“

wir hatten am 23.07. in unserem gemeinsamen Gespräch folgende Punkte besprochen bzw. festgelegt:

1. mein monatliches Grundgehalt wird auf 8.500,00 Euro angehoben und eine monatliche Tantiemevorauszahlung von 600,00 Euro gezahlt. Und zwar rückwirkend zum 01.01.2007 mit Umsetzung zum August-Gehalt.
2. Aufgrund der Zusage eines X5 Ihrerseits vom April diesen Jahres und meiner Situation, dass sich in einem Audi A 6 und dem 5er BMW keine drei Kindersitze unterbringen lassen, wollte sich Hr. H bei Hr. D persönlich dafür einsetzen, dass ich den X5 als Dienstwagen bekomme (bei dem die monatliche Leasingrate mit 25.000 km/Jahr 570 Euro beträgt).

Ich möchte an dieser Stelle höflich nachfragen wie der Stand der Dinge ist, da mir aufgefallen ist, dass die Gehaltszahlung für August nicht angepasst wurde.“

Nachfolgend rechnete die Beklagte die Monate Januar bis Oktober 2007 mit dem bisherigen Gehalt iHv. 6.391,15 Euro brutto, einem weiteren 6

Gehalt iHv. 2.108,85 Euro brutto, einem Sachbezug für die Kfz-Nutzung iHv. 423,95 Euro und der bisherigen Tantiemevorauszahlung iHv. 766,94 Euro abzüglich eines Betrags iHv. 166,94 Euro ab. Die Abrechnungen für die Monate Januar bis September 2008 weisen ein Gehalt iHv. 8.500,00 Euro brutto, eine Tantiemevorauszahlung iHv. 600,00 Euro brutto und einen Sachbezug für die Kfz-Nutzung von 938,25 Euro aus, ab Oktober 2008 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind einheitlich 9.100,00 Euro brutto abgerechnet worden. Letztmalig mit der Verdienstabrechnung Mai 2008 erhielt der Kläger für das Jahr 2007 einen als „Einmalsonderzahlung“ ausgewiesenen Betrag iHv. 24.103,00 Euro brutto.

In einer E-Mail des Klägers vom 30. April 2009 an den Gesellschafter der Beklagten D heißt es:

7

„...“

in den 13 Jahren, in denen ich hier tätig bin, hat sich mein Gehalt immer aus dem fixen und einem nicht unerheblichen variablen Teil zusammengesetzt. Herr S hat mich am 2. März aufgefordert, ihm einen Vorschlag für die Tantieme von Herrn V und mir für das Jahr 2008 zu unterbreiten, so wie auch schon in den letzten Jahren.

Meinen Vorschlag, basierend auf dem sehr positiven Feedback für 2008 von Herrn S via Mail vom 24.12.2008, habe ich ihm am 13. März zugesendet (Schriftsätze habe ich unten angehängt).

...“

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe Anspruch auf eine jährliche Tantieme iHv. 34.103,00 Euro entsprechend der in den Jahren 2004 bis 2006 gezahlten Beträge.

8

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

9

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 129.365,50 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 10.000,00 Euro seit dem 1. April 2008, aus 34.103,00 Euro seit dem 1. April 2009, aus 34.103,00 Euro seit dem 1. April 2010 sowie aus 34.103,00 Euro seit dem 1. April 2011 und aus weiteren 17.056,50 Euro seit dem 1. Juli 2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 10

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landes- 11  
arbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag  
weiter.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des Urteils und Zu- 12  
rückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein vertraglicher Anspruch 13  
auf eine Tantieme sei nicht begründet worden. Nach § 3 Ziff. 1 des Arbeitsver-  
trags sei nur für das erste Jahr eine Tantieme iHv. 10.000,00 DM brutto verein-  
bart worden. Einem durch betriebliche Übung entstandenen Anspruch stehe  
entgegen, dass eine Tantieme gewinnabhängig sei; aus der zufälligen Gewäh-  
rung gleich hoher Tantiemen in den Jahren 2004 bis 2006 habe der Kläger  
deshalb nicht auf die Zusage der Beklagten zu einer dauerhaften Zahlung in  
dieser Höhe schließen können.

II. Mit dieser Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. 14

1. Es kann dahinstehen, ob - wegen des Einzelfallcharakters der Zahlun- 15  
gen sowie einer individuellen Vereinbarung über die Zahlung einer festgelegten  
Tantieme im ersten Jahr - nichttypische Erklärungen auszulegen sind, deren  
Würdigung durch die Tatsacheninstanzen nur einer eingeschränkten Überprü-  
fung durch den Senat dahin gehend unterliegt, ob die gesetzlichen Auslegungs-  
regeln (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt, allgemeine Denkgesetze oder  
Erfahrungssätze verletzt oder für die Auslegung wesentliche Umstände außer  
Acht gelassen wurden (vgl. BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 111/11 - Rn. 36),  
oder ob der Erklärungswert des Verhaltens der Beklagten in vollem Umfang  
revisionsrechtlich zu überprüfen ist. Bereits einer eingeschränkten Überprüfung  
hält die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts nicht stand, denn es hat eine

mögliche (*und naheliegende*) Auslegung nicht in Erwägung gezogen und erheblichen Vortrag nicht gewürdigt.

2. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht noch davon ausgegangen, dass der Kläger nicht aus betrieblicher Übung einen Anspruch auf eine Tantieme in einer bestimmten Höhe erworben hat. Eine betriebliche Übung bezieht sich auf eine Vielzahl oder zumindest auf eine abgrenzbare Gruppe von Arbeitnehmern, ohne dass individuelle Besonderheiten die vertraglichen Beziehungen gestalten; das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung enthält ein kollektives Element (vgl. BAG 21. April 2010 - 10 AZR 163/09 - Rn. 11; 11. April 2006 - 9 AZR 500/05 - Rn. 15, BAGE 118, 16). Der Kläger hat bereits nicht dargelegt, dass die Beklagte durch kollektive Handhabung Tantiemezahlungen vorgenommen hat; sein Vortrag beschränkt sich auf das ihm gegenüber gezeigte Leistungsverhalten. 16

3. Das Landesarbeitsgericht hat aber verkannt, dass der Kläger zumindest aufgrund konkludenter Abrede einen vertraglichen Anspruch auf eine Tantieme dem Grunde nach erworben haben kann, über deren Höhe die Beklagte gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu entscheiden hat. Die Parteien haben in § 3 Ziff. 1 des Arbeitsvertrags die Zahlung einer festen Tantieme bei erfolgreicher Zusammenarbeit im ersten Jahr vereinbart. Dies lässt für sich genommen eine Auslegung als denkbar erscheinen, dass für die Folgejahre kein Anspruch begründet werden sollte. Im Zusammenhang mit dem nachfolgenden langjährigen Leistungsverhalten der Beklagten ist es aber naheliegend, dass dem Grunde nach ein vertraglicher Anspruch des Klägers auf eine jährliche Tantieme begründet und im Arbeitsvertrag lediglich für das erste Jahr ein bestimmter Betrag festgelegt worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat nicht berücksichtigt, dass der Kläger bis einschließlich 2007 eine jährliche Tantieme und diese in drei Jahren sogar in gleicher Höhe erhalten hat. Es hat auch nicht gewürdigt, dass die Beklagte jedenfalls seit 2001 später nicht verrechnete monatliche Vorauszahlungen geleistet und bei keiner Zahlung einen Unverbindlichkeitsvorbehalt erklärt hat. Es greift deshalb zu kurz und verstößt gegen die §§ 133, 157 BGB, einen Anspruch bereits deshalb zu verneinen, weil eine Tantieme nicht in 17

einer bestimmten Höhe zugesagt wurde. Naheliegend (*und wahrscheinlich*) ist vielmehr, dass nach §§ 133, 157 BGB die Annahme gerechtfertigt ist, die Beklagte habe sich zumindest kraft konkludenter Abrede dem Grunde nach zur Zahlung einer Tantieme verpflichtet und lediglich vorbehalten, nach § 315 BGB jährlich über deren Höhe zu bestimmen (*zu einer ähnlichen Auslegung von Leistungsverhalten vgl. BAG 21. April 2010 - 10 AZR 163/09 -*).

III. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). 18

1. Ein Anspruch auf eine variable Vergütung ist nicht dadurch untergegangen, dass die Parteien eine Änderung der Bezüge vereinbart haben. Dies ergibt sich bereits aus der E-Mail des Klägers vom 30. April 2009, welcher die Beklagte inhaltlich nicht entgegengetreten ist. Danach hat der damalige Geschäftsführer der Beklagten den Kläger aufgefordert, für das Jahr 2008 einen Tantiemevorschlag zu unterbreiten. Daraus folgt, dass beide Parteien von einem fortbestehenden Anspruch auf eine variable Vergütung ausgegangen sind. 19

2. Da das Landesarbeitsgericht das Leistungsverhalten nur unter dem Gesichtspunkt einer betrieblichen Übung erörtert und gewürdigt hat, ist den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Ergibt die Auslegung von Arbeitsvertrag und Leistungsverhalten einen Anspruch auf Festsetzung einer Tantieme nach § 315 BGB, ist weiter zu prüfen, ob dieser Anspruch durch eine Neuregelung der Vergütung im Jahr 2007 inhaltlich verändert wurde, auch insoweit ist den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Das Landesarbeitsgericht wird abschließend die Höhe des Anspruchs gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch Urteil festsetzen müssen. Dazu hat die Beklagte im Rahmen abgestufter Darlegungs- und Beweislast vorzutragen, nach welchen Kriterien sie in der Vergangenheit - für den Kläger erkennbar - die Tantieme festgelegt hat. Bonusansprüche richten sich häufig nach Geschäftsergebnis und 20

individueller Leistung; die dreimalige Zahlung einer Tantieme in gleicher Höhe kann aber auch den Schluss erlauben, dass sie sich nicht nach dem Geschäftsergebnis gerichtet hat.

Mikosch

Schmitz-Scholemann

Mestwerdt

Simon

Trümner