

ZAP

22 | 2020

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

25. November

32. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider



AUS DEM INHALT

Kolumne

Der Befangenheitsantrag im Zivilrecht – ein 6-Punkte-Plan zum Erfolg (S. 1155)

Anwaltsmagazin

Neuregelungen im November (S. 1156) • Referentenentwurf zur Neuregelung des anwaltlichen Berufsrechts (S. 1158) • Evaluierung zum Syndikusgesetz (S. 1160)

Aufsätze

Holthausen, Variable Vergütung – Rechtliches Umfeld, Grenzen und Gestaltungshinweise (S. 1171)

Sartorius, Basiswissen: Anspruch auf Arbeitslosengeld nach dem SGB II (Teil 2) (S. 1189)

Andrick, Rechtsprechungsübersicht zum öffentlichen Recht – 1. Halbjahr 2020 (S. 1195)

Rechtsprechung

BGH: Normaler Verschleiß eines Gebrauchtwagens (S. 1163)

LAG Berlin: Möglichkeit von Video- und Telefonkonferenzen (S. 1167)

BGH: Anspruch auf Herausgabe von Handakten i.R.d. Mandats (S. 1169)

ZAP



Arbeitsrecht

Variable Vergütung – Rechtliches Umfeld, Grenzen und Gestaltungshinweise

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

Inhalt

- | | |
|---|-------------------------------------|
| I. Wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage | VIII. Rückzahlungsklausel |
| II. Erscheinungsformen variabler Vergütung | IX. Anrechnungsvorbehalte |
| III. Abgrenzung Entgeltcharakter oder sonstiger Zweck | X. Zielvereinbarungen |
| IV. Freiwilligkeitsvorbehalt | 1. Zielsetzungen und -parameter |
| V. Ermessensgratifikation und -bonus | 2. Zielerreichung und -feststellung |
| VI. Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt | 3. Störfälle |
| VII. Stichtagsklausel | 4. Darlegungs- und Beweislast |
| | XI. Fazit und Empfehlungen |

I. Wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage

Über die feste Vergütung hinaus gibt es für den Arbeitgeber zahlreiche Möglichkeiten, Vergütungen und geldwerte Leistungen zugunsten der Arbeitnehmer zu gewähren (vgl. LUNK/LEDER, NJW 2015, 3766). Dabei besteht auf Arbeitgeberseite regelmäßig der Wunsch nach größtmöglicher Flexibilität, um auf wirtschaftliche Schwankungen angemessen reagieren und gezielte Leistungsanreize setzen zu können (vgl. REINFELDER, NZA-Beilage 2014, 10). Seit Einführung der AGB-Kontrolle auf Grundlage der §§ 305 ff. BGB sind die Anforderungen für Flexibilisierungsvorhalte in Vergütungsregelungen von der Rechtsprechung zunehmend schärfer gefasst worden (vgl. etwa BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 670/10, NZA 2012, 499; REINFELDER, a.a.O., 10; LEMBKE, NJW 2010, 257 und NJW 2010, 321). Ein Grundlagenurteil in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des Zehnten Senats zur Unwirksamkeit von Stichtagsklauseln, wenn die zugrunde liegende Sonderzahlung auch nur teilweisen Entgeltcharakter aufweist (BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, NZA 2012, 561). In Zukunft könnten weitere, sogar variable Sonderleistungen betroffen sein. Zuletzt betonte etwa das LAG Köln (v. 23.8.2018 – 7 Sa 470/17, NZA-RR 2019, 399), Boni, die zur Beteiligung der Arbeitnehmer am Unternehmenserfolg geleistet würden, hätten ebenfalls Entgeltcharakter und könnten nicht an einen Vorbehalt gekoppelt werden. Eine Einordnung, die auch dem BAG in der Vergangenheit zumindest nicht fremd war (vgl. BAG v. 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989 – Die Betriebsparteien können den Anspruch auf eine im Synallagma stehende variable Erfolgsvergütung nicht davon abhängig machen, dass das Arbeitsverhältnis zu einem Auszahlungstag außerhalb des Bezugszeitraums vom Arbeitnehmer nicht gekündigt wird. Die Vorenthaltung einer bereits verdienten Arbeitsvergütung ist stets ein unangemessenes Mittel, die selbst bestimmte Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern.). Leistungs- oder erfolgsbasierte Vergütungsbestandteile unterliegen damit einem erhöhten Risiko, nicht mehr an zusätzliche Bedingungen geknüpft werden zu können (vgl. SURA, ArbRAktuell 2019, 349).

Der nachfolgende Beitrag informiert über die **grundlegenden rechtlichen Zusammenhänge der variablen Vergütung**, die einschlägige **höchstrichterliche Rechtsprechung** und gibt Hinweise sowie Handlungs- und Gestaltungsempfehlungen zur **rechtssicheren Nutzung des arbeitsvertraglichen Flexibilisierungspotenzials**.

II. Erscheinungsformen variabler Vergütung

Die Erscheinungsformen variabler Vergütung (vgl. weiterführend den „*Monitor Variable Vergütungssysteme*“ des BMAS) sind äußerst zahlreich, vielgestaltig und einem steten Wandel ausgesetzt, der nicht zuletzt mit der grundlegenden Änderung der Arbeit und der Arbeitsstrukturen aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung der Wirtschaft einhergeht. Dieser Befund lässt sich exemplarisch gut am Akkordlohn aufzeigen, der in Zeiten der Digitalisierung „*aus der Zeit gefallen*“ wirkt und immer mehr an Bedeutung verliert. Der Grund hierfür besteht in seiner Ausgestaltung (vgl. BAG v. 6.2.1985 – 4 AZR 155/83, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge Textilindustrie; SCHWAB, NZA-RR 2009, 1). Beim Akkordlohn bildet die vom einzelnen Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern geleistete Arbeitsmenge den Bezugspunkt für die variable Vergütung („*output based incentive*“, vgl. BRORS, RdA 2004, 273). Da infolge der Digitalisierung und Robotisierung viele gleichförmige Arbeitsabläufe in der Wirtschaft entfallen bzw. von Maschinen übernommen werden und mehr die Qualität denn die Quantität der Arbeitsleistung im Vordergrund steht, hat der Akkordlohn zunehmend ausgedient (vgl. GÜNTHER/BOGLMÜLLER, NZA-Beilage 2019, 95, 96).

Variable Vergütungssysteme bieten dem Arbeitgeber die Möglichkeit, Arbeitnehmer unmittelbar am Unternehmenserfolg zu beteiligen und damit aufgrund des gleichgerichteten Interesses zu mehr unternehmerischem, verantwortungsvollem Handeln und Denken zu veranlassen (vgl. Grobys/Panzer-Heemeier-JULI, SWK-ArbR 2017, 165, Rn 1). Zudem sollen sie Leistungsanreize für zukünftiges erfolgreiches Handeln i.S.d. Unternehmens setzen und Arbeitnehmer in diesem Sinne dauerhaft motivieren. In der Praxis anzutreffende Erscheinungsformen und teilweise synonym verwandte Begrifflichkeiten sind u.a.:

- **(Ziel-)Bonus in Form der Zielvorgabe oder der Zielvereinbarung** (vgl. LUNK/LEDER, a.a.O.; SIMON/HIDALGO/KOSCHKER, NZA 2012, 1071 – Eine feststehende Definition des Begriffs Bonus existiert nicht. Es handelt sich um einen zusätzlich gewährten, variablen Vergütungsbestandteil, der im Jahresturnus ausbezahlt wird und von der Erreichung persönlicher, team- und/oder unternehmensbezogener Ziele abhängt.),
- **Leistungs- und erfolgsabhängiger Bonus** (vgl. BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595 „*Leistungsbonus – Bezugnahme auf Dienstvereinbarung*“; BAG v. 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, NZA 2013, 970 „*Leistungsbonus, Festsetzung nach billigem Ermessen*“),
- **Ermessensbonus** (vgl. BGH v. 24.9.2019 – II ZR 192/18, NJW 2020, 679 „*Sonderleistungen nach billigem Ermessen des Aufsichtsrats*“; BAG v. 3.8.2016 – 10 AZR 710/14, NZA 2016, 1334 – „*Bonusanspruch, gerichtliche Leistungsbestimmung*“; PFROGNER, BB 2018, 757; LINGEMANN/PFISTER/OTTE, NZA 2015, 65),
- **Bonuszahlung zur Honorierung der Betriebstreue** (= Gratifikation, vgl. LAG Hamm v. 21.10.2016 – 1 Sa 414/16, juris),
- **Incentive Bonus** (vgl. BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 3/12, NZA 2013, 327),
- **Sonderboni** (vgl. BAG v. 12.2.2003 – 10 AZR 392/02, NZA 2003, 800; BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 „*Arcador – treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens bei kompensationsloser Anerkennungsprämie*“),
- **Gewinn-Tantieme** (vgl. BAG v. 8.9.1998 – 9 AZR 273/97, NZA 1999, 824; ErfKo/PREIS, § 611a BGB Rn 494 – Eine Tantieme beteiligt den Arbeitnehmer am Gewinn. Sie stellt eine zusätzliche erfolgsbezogene Vergütung dar, deren Höhe sich nach dem Jahresgewinn des Unternehmens – i.d.R. nach der Handelsbilanz – richtet. Eine Tantieme ist Arbeitsentgelt.),

- **Umsatz-Tantieme** (BAG v. 20.7.1993 – 3 AZR 99/93, NZA 1994, 121 – Eine Umsatz-Tantieme wird in der Praxis häufig auch als Umsatz-Bonus oder Umsatzbeteiligung bezeichnet. Sie stellt eine Mischform von Tantieme und Provision dar. Da ein hoher Umsatz nicht zwangsläufig einen hohen Gewinn und damit Erfolg garantiert, können Umsatz-Tantiemen zu Fehlsteuerungen, insb. zur Eingehung umsatz- und verlustträchtiger Risikogeschäfte, führen. Ihre Vereinbarung kann daher für den Arbeitgeber kontraproduktiv sein, weshalb der Einsatz dieser Vergütungsform kritisch zu hinterfragen ist.),
- **(Jahres-)Sonder- oder Jahresabschlussvergütung, Prämien oder Ergebnisbeteiligung** (vgl. ErfKo/PREIS, § 611a BGB Rn 495; BAG v. 23.3.2017 – 6 AZR 264/16, NZA 2017, 779 – Mit einer Sonderzahlung kann die vom Arbeitnehmer im Bezugszeitraum erbrachte Arbeitsleistung zusätzlich honoriert werden. Der Anspruch auf eine solche Sonderzahlung entsteht in diesem Fall regelmäßig während des Bezugszeitraums entsprechend der zurückgelegten Dauer [„pro rata temporis“] und wird nur zu einem anderen Zeitpunkt insgesamt fällig.),
- **Provision** (vgl. ErfKo/PREIS, § 611a BGB Rn 493; vgl. §§ 87 bis 87c HGB – Die Provisionsansprüche des Vertriebsmitarbeiters bestimmen sich – wie beim Handelsvertreter, vgl. OLG Düsseldorf v. 2.4.2020 – I-16 U 6/19, 16 U 6/19, ZVertriebsR 2020, 263; LAG Baden-Württemberg v. 12.2.2020 – 10 Sa 13/19, ZVertriebsR 2020, 309 – nach den durch ihn konkret vermittelten Geschäften, zum zusätzlichen Erfordernis eines bestimmten wirtschaftlichen Ergebnisses LAG Hamm v. 12.9.2017 – 14 Sa 325/17, LAGE § 87 HGB Nr. 4),
- **(Weihnachts-)Gratifikation** (vgl. BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368),
- **Leistungszulage** (vgl. BAG v. 19.2.2020 – 10 AZR 19/19, NZA 2020, 1050),
- **Aktien-Optionen** (Stock Options), Belegschaftsaktien, Phantom-Stocks, Aktienwertsteigerungsrechte (Stock Appreciation Rights), Carried Interest Plan (BAG v. 3.5.2006 – 10 AZR 310/05, NZA 2006, 1296) im Rahmen von Mid-Term oder Long-Term-Incentive-Plänen (zu Management-Beteiligungsprogrammen LEMBKE, a.a.O., 257, 258; ZIMMERMANN, GmbHR 2006, 231).

III. Abgrenzung Entgeltcharakter oder sonstiger Zweck

Die rechtssichere Abgrenzung der vorstehend genannten Vergütungsvarianten bereitet der Praxis ersichtlich Probleme (vgl. BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, NZA 2013, 1150 – Kombination Gratifikation, Tantieme und Zielvereinbarung). Begrifflichkeiten werden nicht immer trennscharf verwandt, was nicht zuletzt dem Umstand von Mischformen und fehlender Sorgfalt aufgrund Unkenntnis der rechtlichen Hintergründe geschuldet ist. Auslegungsrisiken und sich daraus ergebende rechtliche Nachteile sind im Streitfall die unausweichliche Folge. Vom Grundsatz her werden unter dem Oberbegriff „Sonderzahlungen/-vergütungen“ Zahlungen des Arbeitgebers wie eine Jahressonderzahlung, das 13. Gehalt, das Weihnachtsgeld, die Gratifikation, der Zuschlag oder die Zulage und schließlich die Sonderprämien erfasst. Daneben gibt es die „Bonuszahlungen“ (Zielvereinbarung, Provisionen, Tantiemen) und „Aktienoptionen“ bzw. ähnliche Beteiligungsformen. Bei allen Erscheinungsformen stellt die Rechtsprechung unabhängig von der Bezeichnung der Zahlung (vgl. BAG v. 26.9.2007 – 10 AZR 569/06, NZA 2007, 1424) **auf den mit der Leistung maßgeblich verfolgten Zweck** ab. Aufgrund dessen ist es zwingend erforderlich, den Zweck möglichst präzise zu formulieren, um keine Auslegungsspielräume und damit verbundene Unsicherheiten zu schaffen. Nur die konkrete Bestimmung des Zwecks ermöglicht den sicheren Rückschluss auf den **Entgelt-** (im Sinne „do ut des“ vgl. LEMBKE, a.a.O., 257, 259 ff.) oder **sonstigen Charakter der Zahlung**. Dies ist entscheidend, da die Formen variabler Vergütung mit Blick auf die Rechtsprechung streng danach abzugrenzen sind, ob sie das **Austauschverhältnis „Arbeit gegen Lohn“** und damit das arbeitsvertragliche Synallagma der Hauptleistungspflichten betreffen. Eine Gewinn-Tantieme ist als Sonderzahlung mit Entgeltcharakter (= Austauschverhältnis „Arbeit gegen Lohn/Vergütung/Entgelt“ betroffen) streng von reinen Gratifikationen, wie etwa reinen Betriebstreuzahlungen, und Sonderzahlungen mit Mischcharakter (= Zwischenformen, wie etwa ein variables Einkommen mit Tantieme- und Treueprämie-Elementen) abzugrenzen. Das BAG (v. 23.3.2017 – 6 AZR 264/16, a.a.O.) führt diesbezüglich aus:

„Sonderzahlungen können auch anderen Zwecken als der Vergütung erbrachter Arbeitsleistung dienen. Sie können als „Treueprämie“ langfristige oder als „Halteprämie“ kurzfristige oder künftige Betriebstreue belohnen (vgl. BAG v. 12.9.2013 – 6 AZR 980/11 – Rn 32 ff., BAGE 146, 64; v. 14.11.2012 – 10 AZR 793/11 – Rn 15 m.w.N.; v. 18.1.2012 – 10 AZR 667/10 – Rn 13, BAGE 140, 239). Der Arbeitgeber kann auch den Zweck verfolgen, sich anlassbezogen an den zum Weihnachtsfest typischerweise erhöhten Aufwendungen seiner Arbeitnehmer zu beteiligen (vgl. BAG v. 18.5.2016 – 10 AZR 233/15 – Rn 10, 12 f.; v. 5.7.2011 – 1 AZR 94/10 – Rn 35). Die Leistung solcher Sonderzahlungen hängt nicht von einer bestimmten Arbeitsleistung, sondern regelmäßig nur vom Bestand des Arbeitsverhältnisses ab (vgl. BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 793/11, a.a.O.; v. 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, a.a.O.). Reiner Gratifikationscharakter ist anzunehmen, wenn eine Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig ist (vgl. BAG v. 18.5.2016 – 10 AZR 233/15 – Rn 18).“

Als Leistung, die zu keiner Gegenleistung im Wechselseitigkeitsverhältnis steht, unterliegen **reine Gratifikationen** geringeren rechtlichen Einschränkungen als Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter. Entsprechend größer ist an dieser Stelle der Gestaltungsspielraum für den Arbeitgeber. **Sonderzahlungen mit Mischcharakter** werden wie Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter behandelt. Entsprechend kann eine Sonderzahlung, die auch eine Gegenleistung für im gesamten Kalenderjahr laufend erbrachte Arbeit darstellt, in AGB hingegen regelmäßig nicht vom Bestand des Arbeitsverhältnisses am 31.12. des betreffenden Jahres abhängig gemacht werden (BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, a.a.O.; vgl. nachstehend VII. Stichtagsklausel).

Will der Arbeitgeber den Gestaltungsspielraum reiner Gratifikationen nutzen, sollte eine entsprechende Regelung durch die Vertragsgestaltung klar von Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter abgegrenzt werden und der reine **Gratifikationszweck** muss **eindeutig** hervortreten. Allein dem Umstand, dass eine Sonderzahlung jeweils zum Ende des Kalenderjahres ausgezahlt wurde, lässt sich nicht entnehmen, dass mit ihr ausschließlich die Betriebstreue honoriert werden sollte. Will der Arbeitgeber andere Ziele als die Vergütung der Arbeitsleistung verfolgen, muss dies vielmehr deutlich aus der zugrunde liegenden, ggf. konkludent getroffenen arbeitsvertraglichen Abrede hervorgehen (BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992).

IV. Freiwilligkeitsvorbehalt

Auch bei einem **Freiwilligkeitsvorbehalt** („als freiwillige Leistung ohne Rechtsanspruch“) handelt es sich um eine Vertragsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Frankfurt v. 18.4.2018 – 4 U 120/17, AG 2018, 852 betreffend das Vorstandsmitglied einer AG). Mit dieser vom Arbeitgeber gestellten Klausel will dieser die vertraglichen Beziehungen der Parteien gestalten und sich ein einseitiges Recht zur Entscheidung über den Bonus vorbehalten. Selbst wenn die Klausel nur darauf zielt, die Entstehung einer betrieblichen Übung zu verhindern, wäre ihr Sinn die Festlegung der Bedeutung eines späteren Erklärungsverhaltens bereits im Vertrag (vgl. BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, a.a.O.).

Da durch die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht die Anforderungen an eine **transparente, angemessene Vertragsgestaltung** merklich gestiegen sind, erweisen sich Freiwilligkeitsvorbehalte im Zusammenhang mit Sonderzahlungen oftmals als unwirksam (vgl. HOLTHAUSEN, ZAP 2015, 827, 832 m.w.N.; REINFELDER, a.a.O., 10, 12 f. m.w.N.; LEMBKE, a.a.O., 257, 260 ff.). Einen pauschalen vertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst, wertet der Zehnte Senat des BAG regelmäßig als unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers, weshalb eine entsprechende Regelung gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist (BAG v. 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, NZA 2013, 1013; vgl. auch OLG Frankfurt v. 18.4.2018 – 4 U 120/17, a.a.O.). Der Begriff „freiwillig“ im Zusammenhang mit einer Sonderzahlung bringt regelmäßig lediglich zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber nicht bereits durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zur Zahlung verpflichtet ist. Er genügt für sich genommen nicht, um einen Rechtsanspruch auf die Leistung auszuschließen (BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, a.a.O.; PREIS/SAGAN, NZA 2012, 1077; LAKIES, ArbDRAktuell 2012, 469). Ein arbeitsvertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt zielt darauf ab, das Entstehen eines Anspruchs auf die unter Vorbehalt gestellte Leistung einerseits sowie einer betrieblichen Übung andererseits zu verhindern (vgl. KÖSSEL, DB 2016, 2963). Die vorstehenden rechtlichen Zusammenhänge werden in der Praxis oft

verkannt. „Freiwillig“ wird dabei oftmals von der Arbeitgeberseite fehlerhaft mit „beliebig“ gleichgesetzt, womit dem „Freiwilligkeitsvorbehalt“ ein falscher Erklärungswert und ein nicht gegebenes Flexibilisierungspotenzial beigemessen werden.

Ein Freiwilligkeitsvorbehalt scheidet aus, wenn die Absprache der Vertragsparteien einen Entgeltanspruch begründet. Die ausdrückliche Zusage einer Leistung (Anspruch) steht in einem unauf löslichen Widerspruch zum Vorbehalt der Freiwilligkeit und ist deshalb nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam (vgl. BAG v. 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, a.a.O.; BAG v. 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, NZA 2008, 1173). Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Vertragsbestimmung 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 (vertiefend REINFELDER, a.a.O., 10 f.). 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 AGB seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB (vgl. BAG v. 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, a.a.O.; BAG v. 18.5.2011 – 10 AZR 206/10, NZA 2011, 1289; Hessisches LAG v. 7.6.2018 – 19 Sa 703/17, juris).

Musterformulierung Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag (vgl. KÖSSEL, a.a.O., 2963; BAUER/HEIMANN, NZA-Beilage 2014, 114):

„Erbringt der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer eine Sonderzuwendung, ist dies eine freiwillige Leistung, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Die Sonderzuwendung honoriert ausschließlich Betriebs-treue und dient als Anreiz für künftige Betriebstreue. Der Arbeitgeber entscheidet stets neu und einzelfallbezogen, ob und in welcher Höhe er eine Sonderzuwendung erbringt. Aus der Erbringung einer Sonderzuwendung kann für die Zukunft kein Anspruch abgeleitet werden. Das gilt auch dann, wenn die Sonderzuwendung wiederholt erbracht wird. Eine betriebliche Übung ist ausgeschlossen. Der Vorrang individueller Vertragsabreden bleibt hiervon unberührt.“

Die Rechtsprechung des Zehnten Senats hat Freiwilligkeitsvorbehalte in Arbeitsverträgen in ihrer Funktionsweise durch eine scharfe AGB-Kontrolle stark eingeschränkt (vgl. BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, a.a.O.; vertiefend WILLEMSSEN/JANSEN, RdA 2010, 1 zur Befristung von Entgeltbestandteilen als Alternative zu Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten) und die Arbeitgeber auf den **einzelfallbezogenen Freiwilligkeitsvorbehalt** bei der konkreten Leistungsgewährung verwiesen (vgl. KÖSSEL, a.a.O., 2963, 2964). Ein bei der jeweiligen Zahlung erklärter Freiwilligkeitsvorbehalt kann das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf eine künftige Sonderzahlung wirksam verhindern (vgl. BAG v. 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, a.a.O.; BAG v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628), wohingegen vertragliche Freiwilligkeitsvorbehalte, jedenfalls wenn sie alle zukünftigen Leistungen erfassen sollen (Rahmenvorbehalt), unzulässig sind (BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81). Der Arbeitgeber kann – außer bei laufendem Arbeitsentgelt (vgl. BAG v. 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853) – einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers grds. ausschließen und sich eine Entscheidung darüber vorbehalten, ob und in welcher Höhe er zukünftig Sonderzahlungen gewährt. Er bleibt grds. in seiner Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er zum laufenden Arbeitsentgelt eine zusätzliche Leistung erbringen will. Gibt es einen bei der Zahlung erklärten klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Sonderzahlung ausschließt, fehlt es an einer versprochenen Leistung i.S.d. § 308 Nr. 4 BGB. In diesen Fällen wird eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung unabhängig von dem mit der Sonderzuwendung verfolgten Zweck von vornherein nicht begründet (BAG v. 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, a.a.O.; BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, a.a.O.). Daher sollte der Arbeitgeber im wohlverstandenen Eigeninteresse bei jeder

Zahlung den Freiwilligkeitsvorbehalt ausdrücklich erklären und gerichtsverwertbar, am besten durch beiderseitige Unterzeichnung der schriftlichen Erklärung dokumentieren (vgl. LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3767).

Musterformulierung konkreter Freiwilligkeitsvorbehalt bei Auszahlung (vgl. KÖSSEL, a.a.O., 2963):

*„Die Gewährung dieses Weihnachtsgelds erfolgt im Einklang mit den Vorgaben des Arbeitsvertrags vom ...
... 20 ..., dort § ... , freiwillig ohne Begründung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft. Der Arbeitgeber wird
zukünftig jeweils einzelfallbezogen frei entscheiden, ob und in welcher Höhe erneut ein Weihnachtsgeld
gewährt wird.“*

Jede Formulierung im Vertrag, die auf einen Anspruch des Arbeitnehmers hindeutet, führt zur Unwirksamkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts, weil sie zu ihm im Widerspruch steht. Heißt es im Vertrag zum Beispiel, dass „ein Bonus gezahlt wird“ oder der Arbeitnehmer „am Bonussystem teilnimmt“, ist ein Freiwilligkeitsvorbehalt widersprüchlich und insoweit unwirksam, als der Arbeitnehmer durch den Ausschluss eines Rechtsanspruchs auf die Bonuszahlung benachteiligt wird (LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3767; SIMON/HIDALGO/KOSCHKE, a.a.O., 1071, 1072; BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40). Dies zeigt deutlich, dass intransparente, vorformulierte Freiwilligkeits-, Widerrufs- und Schriftformklauseln, die den Arbeitgeber vor dem Erklärungswert seines eigenen rechtsgeschäftlichen Verhaltens schützen sollen, „eine sehr niedrige Halbwertszeit haben“ und deshalb „in die Mottenkiste der Vertragsgestaltung“ gehören (BAUER/HEIMANN, a.a.O., 114, 115; PREIS/SAGAN, a.a.O., 1077, 1078 f.).

V. Ermessensgratifikation und -bonus

Mit Blick auf den in seiner Bedeutung erheblich reduzierten Freiwilligkeitsvorbehalt stellt sich dem Arbeitgeber die Frage nach möglichen rechtssichereren Handlungsalternativen zur Flexibilisierung der variablen Vergütung. Hierbei rücken Ermessensregelungen in den Fokus, wenn das BAG (v. 16.1.2013 – 10 AZR 26/12, NZA 2013, 1013; vgl. SURA, a.a.O.; NIKLAS, ArbRB 2018, 353; LINGEMANN/PFISTER/OTTE, NZA 2015, 65; REINFELDER, a.a.O., 10, 14 ff.) formuliert:

„Eine Klausel in einem Arbeitsvertrag (AGB), mit der dem Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zur Entscheidung über die Höhe einer jährlichen Zuwendung vorbehalten wird, hält der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB regelmäßig stand, insb. wenn es sich um eine Gratifikation handelt, die nach dem Arbeitsvertrag keinen Entgeltcharakter hat. In derartigen Fällen findet § 315 BGB Anwendung. Die jährlich vom Arbeitgeber zu treffende Leistungsbestimmung muss billigem Ermessen entsprechen. Ob dies der Fall ist, kann der Arbeitnehmer nach § 315 Abs. 3 BGB vom Arbeitsgericht überprüfen lassen.“

Das BAG sieht in der Klausel weder einen Freiwilligkeitsvorbehalt noch einen unzulässigen Änderungsvorbehalt gem. § 308 Nr. 4 BGB. Auch sei die Klausel nicht intransparent gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Sie stelle keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB dar und verstoße ebenfalls nicht gegen den Grundsatz pacta sunt servanda. Diese Rechtsprechung hat der Zehnte Senat fortgeführt (vgl. LINGEMANN/OTTE, NJW 2014, 2400) und im Jahr 2014 im Fall des Bonusanspruchs eines Bankmitarbeiters geurteilt: Hat ein Arbeitgeber nach § 315 BGB über einen Bonusanspruch zu entscheiden, der gleichermaßen auf der Ertragslage des Unternehmens wie auf der Leistung des Arbeitnehmers beruht, muss ein festzusetzendes Bonusbudget – in Abhängigkeit von der Ertragslage – regelmäßig eine Größenordnung erreichen, die den Leistungsbezug des Bonussystems beachtet und ausreicht, die durch Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren. Die Leistungsbestimmung entspricht in einem solchen Fall regelmäßig nur dann billigem Ermessen, wenn vereinbarte und erreichte persönliche Ziele ihren angemessenen Ausdruck in dem festgelegten Leistungsbonus finden. Deshalb kommt, wenn der Arbeitnehmer die Ziele erreicht, nur in Ausnahmefällen (z.B. die Finanzkrise in den Jahren 2008 und 2009) eine Festsetzung des Bonus auf „Null“ in Betracht (BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, a.a.O.).

Beide vorgenannten höchstrichterlichen Entscheidungen zeigen, dass sowohl **reine Gratifikationen** als auch **Leistungen mit Entgeltcharakter ins Ermessen des Arbeitgebers** gestellt werden können. Hieraus ergeben sich weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf einen dienstvertraglichen Leistungsbonus, der sich aus der individuellen Zielerreichung, dem Teamverhalten sowie dem Erfolg der Bank ergibt und der jährlich für das abgelaufene Jahr festgesetzt wird, ist auf Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen gem. § 315 Abs. 1 BGB gerichtet. Das beinhaltet die Möglichkeit, nicht nur bei kumulativer Nichterreichung aller Ziele, sondern im Ausnahmefall auch bei Nichterreichung eines Teils der Ziele keinen Leistungsbonus zu zahlen. Eine solche Regelung verstößt nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) und sie enthält weder einen unzulässigen Änderungsvorbehalt (§ 308 Nr. 4 BGB) noch eine unzulässige Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Festsetzung des Leistungsbonus auf „Null“ trotz Erreichung vereinbarter persönlicher Ziele entspricht ausnahmsweise billigem Ermessen i.S.v. § 315 Abs. 1 BGB, wenn für ein Geschäftsjahr besonders gewichtige, außergewöhnliche Umstände vorgelegen haben, insb. wenn der Arbeitgeber staatliche Liquiditätshilfen in Milliardenhöhe in Anspruch genommenen hat, die der Rettung von Banken und ausschließlich dem öffentlichen Interesse an der Abwehr schwerer Gefahren für die Volkswirtschaft dienen (BAG v. 15.5.2013 – 10 AZR 679/12, AP Nr. 111 zu § 315 BGB). Der in einer vertraglichen Vereinbarung zur Gewährung einer zusätzlichen Vergütung enthaltene Hinweis auf den für die Gestaltung maßgeblichen „*Rahmen des rechtlich Zulässigen*“ ist als Inbezugnahme der Regelung des § 315 BGB zu verstehen. Die Leistungsbestimmung hat demzufolge nach billigem Ermessen zu erfolgen. Die Implementierung eines Ausschlusskriteriums in die Richtlinien zur Ermittlung einer zusätzlichen variablen Vergütung entspricht nicht billigem Ermessen, wenn sie einen dem Grunde nach bestehenden vertraglichen Anspruch des Arbeitnehmers unterläuft. Ist arbeitsvertraglich dem Wortlaut nach ein zusätzlich zum Bruttogehalt zu zahlender variabler Gehaltsbestandteil vereinbart, ist dies mit einem gänzlichen Absehen von einer Tantiemenzahlung unvereinbar, wenn diese Vergütung nicht lediglich als Möglichkeit dargestellt wird, sondern dem Wortlaut nach vereinbart ist, insb., wenn ein Hinweis auf einen potenziellen kompletten Wegfall der variablen Vergütung in Abhängigkeit von einem als unzureichend empfundenen Geschäftsergebnis nicht in der vertraglichen Regelung enthalten ist (LAG Düsseldorf v. 28.8.2018 – 8 Sa 375/17, juris).

Ein Anspruch nach billigem Ermessen ist nicht „*hohl*“. Er bietet deutlich mehr Schutz für den Arbeitnehmer als ein (unzulässiger) „*Freiwilligkeitsvorbehalt*“ alter Prägung (vgl. LINGEMANN/PFISTER/OTTE, a.a.O., 65, 66). Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 S. 2 BGB. Die Leistungsbestimmung ist über die Vorgaben des Anstellungsvertrags hinaus ggf. an die Regelungen einer jeweils geltenden Betriebs- oder Dienstvereinbarung (vgl. LAG Baden-Württemberg v. 18.10.2019 – 9 Sa 25/19, juris) gebunden. Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht, trägt der Bestimmungsberechtigte. 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 (BAG v. 24.10.2018 – 10 AZR 285/16, NZA 2019, 387; BAG v. 24.5.2018 – 6 AZR 116/17, NZA-RR 2018, 568; BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452; BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, a.a.O.).

Die **richterliche Ersatzleistungsbestimmung** nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (vgl. Hessisches LAG v. 13.3.2020 – 14 Sa 550/19, juris) ist auf Grundlage des Vortrags der Parteien zu treffen. Eine Darlegungs- und Beweislast im prozessualen Sinn besteht nicht. Jede Partei ist im Sinne einer Obliegenheit gehalten, die für ihre Position sprechenden Umstände vorzutragen, damit sie vom Gericht berücksichtigt werden können (vgl. LAG Köln v. 6.7.2017 – 7 Sa 883/16, juris). Wird hinsichtlich der Ausgestaltung des Bonusanspruchs im Arbeitsvertrag auf eine bei dem Unternehmen bestehende Betriebs- oder Dienstvereinbarung über das Bonussystem verwiesen, macht der Hinweis für den Arbeitnehmer transparent, dass die Bestimmung im Arbeitsvertrag das anwendbare Bonussystem

nicht abschließend regelt. Erst aus dem gesamten Inhalt der Bestimmung im Arbeitsvertrag und den Bestimmungen der anwendbaren Betriebs- oder Dienstvereinbarung ergibt sich, nach welchen Bedingungen sich im jeweiligen Geschäftsjahr die variable Vergütungskomponente bestimmt. Eine Bonusregelung in dieser Ausgestaltung begegnet nach Auffassung des Zehnten Senats keinen rechtlichen Bedenken. Die Arbeitsvertragsparteien müssten – auch in AGB – die Ausgestaltung einer Bonusregelung nicht abschließend festlegen, sondern könnten beispielsweise auf die Regelungen einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung verweisen (BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, a.a.O.).

Als Kriterien der Ermessensausübung kommen etwa die Ertragslage des Unternehmens, die Leistung der Abteilung/Unternehmenseinheit oder des einzelnen Arbeitnehmers, aber auch Kriterien, die keinen Leistungsbezug haben, wie etwa die Betriebstreue (BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, a.a.O.) in Betracht (vgl. LINGEMANN/PFISTER/OTTE, a.a.O., 65, 67). Ein Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers nach billigem Ermessen gem. § 315 BGB ist aber kein „freies Ermessen“. Eine Regelung im Arbeitsvertrag, wonach der Arbeitgeber nach freiem Ermessen über die Bonusgewährung entscheiden darf, wäre eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 315 Abs. 1 BGB, die wegen des fehlenden Korrektivs der vollen gerichtlichen Kontrolle der Leistungsbestimmung eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellte und daher unwirksam wäre (vgl. BAG v. 3.8.2016 – 10 AZR 710/14, a.a.O.; NIKLAS, a.a.O., 354; KÖSSEL, a.a.O., 2964; SALOMON, NZA 2014, 465).

Musterformulierung Ermessensbonus:

„Der Arbeitnehmer erhält einen jährlichen Ermessensbonus. Der Arbeitgeber bestimmt die Höhe des Bonus nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) in Abhängigkeit von der Leistung des Arbeitnehmers und dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens“ (vgl. KÖSSEL, a.a.O., 2963, 2964; LUNK/LEDER, a.a.O., 3767).

oder:

„Sie erhalten eine zusätzliche variable Vergütung, die unter Berücksichtigung der Ertragslage des Unternehmens individuell nach Leistungsgesichtspunkten jährlich neu festgelegt wird“ (vgl. BAG v. 12.10.2011 – 10 AZR 746/10, NZA 2012, 450).

Um das Risiko der Unwirksamkeit wegen eines Verstoßes gegen die §§ 305 ff. BGB zu reduzieren, sollte der Ermessensbonus bei Arbeitnehmern, die keine Führungskräfte oder leitende Angestellte sind, einen Anteil von 30 % an der Gesamtvergütung nicht überschreiten (vgl. NIKLAS, a.a.O., 354; PFGNER, BB 2018, 757, 759).

VI. Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt

Beim **Widerrufsvorbehalt** sagt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Leistung zunächst unbefristet zu, räumt sich aber die **Möglichkeit** ein, durch Ausübung des Widerrufsrechts die **Weitergewährung der Leistung zu beenden** (STOFFELS, NZA 2017, 1217; PREIS/DEUTZMANN, NZA-Beilage 2017, 101, 105 f.; HOLTHAUSEN, a.a.O., 832 m.w.N.; LEMBKE, a.a.O., 321 f.). Widerrufsvorbehalte, wie etwa Anrechnungsvorbehalte bei Tarifierhöhungen (BAG v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87), unterliegen einer AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, insb. nach § 308 Nr. 4 BGB (Änderungsvorbehalt) und § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB (unangemessene Benachteiligung). Ein arbeitsvertraglicher Widerrufsvorbehalt, wonach freiwillige Leistungen „jederzeit unbeschränkt“ widerrufen werden können, ist gem. § 308 Nr. 4 BGB i.d.F. vom 2.1.2002 unwirksam. Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssen konkretisiert werden (BAG v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, a.a.O., auch zur Behandlung von Altfällen und der erforderlichen ergänzenden Vertragsauslegung; REINFELDER, a.a.O., 10, 11 f., auch zu anderen Änderungs-

vorbehalten). Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts für ein dem Arbeitnehmer zugesagtes Weihnachtsgeld bei wirtschaftlicher Notlage des Arbeitgebers ist zulässig, wenn durch dessen Wegfall das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis nicht grundlegend berührt ist. Das ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG der Fall, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdiensts unter 25 % liegt. Sind darüber hinaus Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die keine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30 % des Gesamtverdiensts. Dem Arbeitnehmer wird hier zu seinem Vorteil eine Leistung zusätzlich zum üblichen Entgelt gewährt. Der Arbeitgeber ist dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären (BAG v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, NZA 2017, 777; BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465).

Ein in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung enthaltener Widerrufsvorbehalt unterliegt neben einer **Inhaltskontrolle** nach den §§ 305 ff. BGB der **Ausübungskontrolle** nach § 315 Abs. 1 BGB. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe angegeben sein. Die Vertragsklausel muss außerdem die Richtung angeben, aus welchem Grund der Widerruf möglich sein soll (BAG v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, a.a.O., wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers; PREIS/DEUTZMANN, a.a.O., 101, 105). Der Widerrufsvorbehalt unterliegt als eine von Rechtsvorschriften abweichende Bestimmung der **uneingeschränkten Inhaltskontrolle**, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB (vgl. BAG v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, a.a.O.). Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen der Inhaltskontrolle. Sie weichen von dem allgemeinen Grundsatz *pacta sunt servanda* ab (BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, a.a.O.; vgl. SIMON/HIDALGO/KOSCHKE, NZA 2012, 1071). Die Vereinbarung des Widerrufsrechts ist gem. § 308 Nr. 4 BGB zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig ist. Auch im Arbeitsverhältnis muss in diesem Sinne ein Grund für den Widerruf bestehen. Unabhängig davon, ob der Grund als sachlich, hinreichend, triftig oder schwerwiegend bezeichnet wird, muss jedenfalls die gebotene Interessenabwägung zu einer Zumutbarkeit der Klausel für den Arbeitnehmer führen. Das richtet sich in Anlehnung an § 307 BGB insb. nach der Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, nach der Höhe des verbleibenden Verdiensts und der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen. Unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte muss der Widerrufsgrund den Widerruf typischerweise rechtfertigen. Im Grundsatz hat der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkanntes Interesse daran, bestimmte Leistungen, insb. „Zusatzleistungen“, flexibel auszugestalten. Dadurch darf aber das Wirtschaftsrisiko des Unternehmers nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Eingriffe in den Kernbereich des Arbeitsvertrags sind nach der Wertung des § 307 Abs. 2 BGB nicht zulässig. Insofern ist die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Widerrufs weiterhin heranzuziehen. Der Vertragsinhaltschutz gem. § 2 KSchG kann dabei als Maßstab dienen. Allerdings kommt es nicht auf eine konkrete Umgehung des Schutzes vor Änderungskündigungen (Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes) an. Danach ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zulässig, soweit der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst unter 25 bis 30 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Dem Arbeitnehmer wird hier zu seinem Vorteil eine Leistung zusätzlich zu dem üblichen Entgelt gewährt. Der Arbeitgeber ist dann bis zur Grenze der Willkür frei, die Voraussetzungen des Anspruchs festzulegen und dementsprechend auch den Widerruf zu erklären (vgl. BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, a.a.O. m.w.N.). Ohne einen sachlichen Grund für den Widerruf der Leistung überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers an der Unveränderlichkeit der vereinbarten Leistung gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers an der Änderung der versprochenen Hauptleistungspflicht (vgl. BAG v. 13.4.2010 – 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457 „Dienstwagenüberlassung“; HOLTHAUSEN, a.a.O., 834).

Musterformulierungen Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt

Variante 1 (vgl. KÖSSEL, a.a.O., 2963, 2965; vgl. auch Maschmann/Sieg/Göpfert-MAAß, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 3. Aufl., Kap. 600, Rn 3 f.):

„Zusätzlich zu seiner festen Grundvergütung erhält der Arbeitnehmer eine monatliche Zulage in Höhe von ... € brutto. Der Arbeitgeber kann diese Zulage jederzeit aus wirtschaftlichen Gründen (insb. aufgrund eines Gewinnrückgangs im Unternehmen in Höhe von mindestens ... %) widerrufen.“

Ausführliche Variante 2 (vgl. STOFFELS, NZA 2017, 1217, 1224):

„Sonderzuwendung

- 1. Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer jährlich eine Sonderzuwendung. Sie wird zusammen mit dem Entgelt für den Monat November ausbezahlt.*
- 2. Die Höhe der Sonderzuwendung wird vom Arbeitgeber spätestens einen Monat vor dem Auszahlungstermin nach billigem Ermessen festgesetzt. Die Bemessung der Höhe orientiert sich (sowohl)^o an der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens (ggf. des Betriebs oder der Betriebsabteilung, für den oder die der Arbeitnehmer überwiegend tätig ist)^o (als auch an der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers)^o. Eine Festsetzung der Sonderzuwendung auf „Null“ ist nicht ausgeschlossen.*
- 3. Der Arbeitgeber behält sich vor, die Sonderzuwendung im Falle einer wirtschaftlichen Notlage mit einer Frist von einem Monat zum Kalendermonatsende ganz oder teilweise zu widerrufen. Das Gleiche gilt bei einer Umgestaltung des Entgeltsystems. Der widerrufliche Teil muss unterhalb der Grenze von 25 % der Gesamtvergütung bleiben.*
- 4. Das tarifliche Entgelt und das gesetzliche Mindestentgelt bleiben dabei stets unangetastet. Die Festsetzung der Höhe der Sonderzuwendung nach Nr. 2 und die Ausübung des Widerrufsrechts nach Nr. 3 erfolgen unbeschadet der Regelung des § 87 BetrVG zur Mitbestimmung des Betriebsrats.*
- 5. Wird die Sonderzuwendung nach Abschluss dieses Arbeitsvertrags in einer Betriebsvereinbarung geregelt, so gehen deren Regelungen ohne Rücksicht auf ihre Günstigkeit den Vorgaben des Arbeitsvertrags vor.“*

^oggf. einfügen

VII. Stichtagsklausel

Eine Stichtagsklausel macht eine Leistung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt abhängig. Über ihre Zulässigkeit und Wirksamkeit entscheidet der mit der Leistung verfolgte Zweck (vgl. BAUER/HEIMANN, a.a.O., 114, 118; REINFELDER, a.a.O., 10, 13 f.). Soll die Betriebstreue des Arbeitnehmers honoriert werden, kann i.d.R. sogar der ungekündigte Bestand des Arbeitsverhältnisses am Auszahlungstag verlangt werden (BAG v. 22.7.2014 – 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136, LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3768). Dieser Zweck muss sich aber ausdrücklich aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Eine Leistung, die auf Betriebstreue abstellt, muss jedoch auch gewährt werden für Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis oder die Entgeltfortzahlung ruht (wie etwa bei Elternzeit). Stellt die Sonderleistung dagegen lediglich eine zusätzliche Vergütung für bereits in der Vergangenheit erbrachte Arbeitsleistung dar, ist eine Stichtagsklausel unangemessen (BAG v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992; LAG Köln v. 11.12.2018 – 4 Sa 51/18, juris; LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3768). Einem Arbeitnehmer darf bereits verdiente Arbeitsvergütung nicht nachträglich entzogen werden. Ob ein Bonusanspruch derzeit überhaupt noch wirksam mit einer Stichtagsklausel verknüpft werden darf, ist ungewiss (LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3768; dafür HEINS/LEDER, NZA 2014, 520).

Widersprüchliche Vertragsklauseln in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag verstoßen gegen das in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verankerte Transparenzgebot und sind unwirksam, soweit sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Verpflichtet sich der Arbeitgeber in einem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag gegenüber einem Arbeitnehmer zu einer Bonuszahlung, benachteiligt eine andere Vertragsklausel, wonach der Bonus freiwillig gezahlt wird und kein Rechtsanspruch auf eine Bonuszahlung besteht, den Arbeitnehmer angemessen, weil die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer aufgrund dieser Vertragsklausel seinen Anspruch auf die Bonuszahlung nicht geltend macht. Die Bonusregelung ist in einem solchen Fall nur insoweit unwirksam, als ein Rechtsanspruch auf die Bonuszahlung ausgeschlossen wird. Vom Arbeitgeber vorformulierte Bindungsklauseln (Stichtagsregelungen oder Rückzahlungsklauseln) bei Sonderzahlungen unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Zu weit gefasste Bindungsklauseln benachteiligen den Arbeitnehmer bei der gebotenen typisierenden Betrachtung unangemessen und sind auch dann unwirksam, wenn im konkreten Einzelfall der Arbeitnehmer nicht schutzwürdig ist. Eine vom Arbeitgeber vorformulierte Klausel, die den Anspruch des Arbeitnehmers auf eine gewinn- und leistungsabhängige Bonuszahlung an ein an einem bestimmten Stichtag ungekündigtes Arbeitsverhältnis knüpft, unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Eine Stichtagsregelung, die unabhängig von der Höhe der Bonuszahlung den Arbeitnehmer bis zum 30.9. des Folgejahres bindet, ist zu weit gefasst, benachteiligt den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen i.S.v. § 307 BGB und ist deshalb unwirksam. Es bleibt unentschieden, ob bei der Inhaltskontrolle von Bindungsklauseln zwischen Stichtags- und Rückzahlungsklauseln zu differenzieren ist, ob eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vorliegt, wenn Bindungsklauseln bei Sonderzahlungen nicht zwischen Kündigungen differenzieren, die in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers fallen, und ob bei Sonderzahlungen, die mindestens 25 % der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmachen, Stichtags- oder Rückzahlungsklauseln zulässig sind (vgl. BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, a.a.O.).

Eine **Sonderzahlung**, die jedenfalls auch Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellt, kann in AGB nicht vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt außerhalb des Jahres abhängig gemacht werden, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde. Eine derartige Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB. Sie steht im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, indem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeitetes Entgelt entzieht. Sie verkürzt außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschwert (vgl. BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, a.a.O.; anders dagegen für eine arbeitsvertragliche Klausel, mit der eine Gratifikation gezahlt wird, die nicht [auch] der Vergütung für geleistete Arbeit dient und nur an den Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpft BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; vgl. auch SIMON/HIDALGO/KOSCHKE, a.a.O., 1071, 1074 f.). Dies gilt selbst dann, wenn der Stichtag innerhalb des Bezugsjahres liegt und die Sonderzahlung (auch) Arbeitsleistung abgeben soll, die in dem Zeitraum vor dem Stichtag erbracht wurde. In diesem Fall ist die Sonderzahlung ebenfalls zum Teil Gegenleistung für erbrachte Arbeit. Ein im Austausch von Arbeit und Vergütung liegender Grund für die Kürzung der Vergütung besteht nicht. Die Kürzung erfolgt vielmehr aufgrund einer aus Sicht des Arbeitgebers nicht hinreichend erwiesenen Betriebstreue. Dieser Gesichtspunkt ändert aber nichts daran, dass der Arbeitnehmer die nach dem Vertrag geschuldete Leistung erbracht hat. Irgendeine Störung des Austauschverhältnisses ist nicht gegeben. Auch ein Stichtag innerhalb des Bezugsjahres erschwert dem Arbeitnehmer die Ausübung des Kündigungsrechts, obwohl er seine Arbeitsleistung jedenfalls teilweise erbracht hat. Er erleidet einen ungerechtfertigten Nachteil. Der Wert der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber hängt von ihrer Qualität und vom Arbeitserfolg ab, regelmäßig jedoch nicht von der reinen Verweildauer des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis. Die Belohnung zunehmender Beschäftigungsdauer als solcher steht nicht in einem Verhältnis zur Qualität und zum Erfolg der Arbeitsleistung. Die einmal erbrachte Arbeitsleistung gewinnt auch regelmäßig nicht durch bloßes Verharren des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis nachträglich an Wert (BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, a.a.O.). Anders mag es liegen, wenn die Arbeitsleistung gerade in einem bestimmten Zeitraum vor dem Stichtag besonderen Wert hat. Das kann bei Saisonbetrieben der Fall sein, aber auch auf anderen branchen- oder betriebsbezogenen Besonderheiten beruhen. Möglich ist auch, dass eine Sonderzahlung an bis zu bestimmten Zeitpunkten eintretende Unternehmenserfolge anknüpft. In diesen Fällen ist eine zu be-

stimmten Stichtagen erfolgende Betrachtung oftmals zweckmäßig und nicht zu beanstanden (BAG v. 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344; BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, a.a.O.).

Musterformulierung Stichtagsklausel

Variante 1 (LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3768):

„Der Arbeitnehmer erhält mit dem Novembergehalt eine Weihnachtsgratifikation i.H.v. ... € brutto. Mit der Leistung soll die erwiesene Betriebstreue honoriert werden. Ein Anspruch auf die Weihnachtsgratifikation besteht deshalb nur, wenn das Arbeitsverhältnis am 1.11. des jeweiligen Jahres noch besteht.“

Variante 2 (BAUER/HEIMANN, a.a.O., 114, 119):

„(1) Der Arbeitnehmer erhält jedes Jahr als Honorierung von Betriebstreue und als Anreiz für künftige Betriebstreue eine Sonderzuwendung i.H.v. ... €.

(2) Die Sonderzuwendung wird mit dem Dezembergehalt ausgezahlt (Stichtag). Die Auszahlung ist ausgeschlossen, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag endet. Anteilige Zahlungen erfolgen nicht.

(3) Eine Auszahlung der Sonderzahlung ist ferner ausgeschlossen, wenn sich das Arbeitsverhältnis am Stichtag im gekündigten Zustand befindet. Dies gilt unabhängig davon, in wessen Sphäre der Grund für die Kündigung liegt. Diese Regelung gilt sinngemäß für Aufhebungsvereinbarungen.“

VIII. Rückzahlungsklausel

Eine auf die variable Vergütung bezogene Rückzahlungsklausel verpflichtet den Arbeitnehmer, jährliche Sonderzahlungen und Weihnachtsgratifikationen zurückzuzahlen, wenn er nach einem festgelegten Stichtag, der i.d.R. nach dem Bezugszeitraum liegt, aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet (meist bei Ausscheiden vor dem 31.3. des Folgejahres, vgl. KÖSSEL, a.a.O., 2963, 2965). Auch bei Rückzahlungsklauseln führt die Zweckbetrachtung zu einer zweigeteilten Struktur. Entweder wird (auch = Mischform) die Arbeitsleistung vergütet. Dann ist die anspruchsentziehende Rückzahlungsklausel unwirksam. Die Stichtagsklausel steht im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, indem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entzieht. Sie verkürzt außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschwert (BAG v. 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, a.a.O.). Oder die Sonderzahlung knüpft ausschließlich an den Bestand des Arbeitsverhältnisses bzw. die künftige Betriebstreue an. In diesem Fall sind Rückzahlungsklauseln möglich (vgl. PREIS/DEUTZMANN, a.a.O., 101, 107).

Allerdings dürfen derartige Klauseln den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen. Die Bestimmungen unterliegen einer Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte gem. § 307 BGB. Bei Kleingratifikationen bis zu 500 € brutto kann eine Rückzahlungsverpflichtung nicht mehr rechtswirksam vereinbart werden. Eine am Jahresende gezahlte Zuwendung, die unter einem Monatsbezug liegt, kann den Arbeitnehmer bis zum 31.3. des Folgejahres binden. Nur wenn die Zuwendung einen Monatsbezug erreicht, ist eine Bindung des Arbeitnehmers über diesen Termin hinaus zulässig (BAG v. 25.4.2007 – 10 AZR 634/06, NZA 2007, 875). Wurde arbeitsvertraglich vereinbart, dass der Arbeitnehmer eine Gratifikation in Höhe eines Monatsgehalts erhält, die je zur Hälfte im Juni und im November des Kalenderjahres zu zahlen ist, kann der Arbeitnehmer durch eine vertragliche Rückzahlungsklausel längstens bis zum Ende des auf den jeweiligen Zahlungszeitpunkt folgenden Quartals gebunden werden. Kündigt der Arbeitnehmer zum 31.3. des folgenden Kalenderjahres, braucht er die Gratifikation

weder voll noch zur Hälfte zurückzuzahlen (BAG v. 21.5.2003 – 10 AZR 390/02, NZA 2003, 1032). Verkannt wird in der Praxis bei der Anwendung der einschlägigen BAG-Rechtsprechung häufig, dass das Arbeitsverhältnis nicht über den 31.3. hinaus fortbestehen muss, sondern der Arbeitnehmer bis zu diesem Zeitpunkt wirksam kündigen kann.

Musterformulierung Rückzahlungsklausel (KÖSSEL, a.a.O., 2963, 2966; BOUDON in MOLL [Hrsg.], Münch-Anwaltshdb-ArbR, 3. Aufl. 2012, S. 552):

„Der Arbeitnehmer erhält eine Jahresabschlussvergütung von ... € brutto. Diese Gratifikation bezweckt eine Belohnung für künftige Betriebstreue und soll einen Anreiz zu weiterer engagierter Mitarbeit setzen. Sie ist in Abhängigkeit von ihrer Höhe und dem Zeitpunkt eines Ausscheidens wie folgt zurückzuzahlen:

- *Beträgt sie 500 € oder weniger, besteht unabhängig vom Zeitpunkt des Ausscheidens keine Rückzahlungspflicht.*
- *Beträgt sie mehr als 500 €, aber nicht mehr als ein Bruttomonatsgehalt, besteht Rückzahlungspflicht, wenn der Arbeitnehmer vor dem 31.3. des folgenden Kalenderjahres ausscheidet.*
- *Ist die Gratifikation höher als ein Monatsgehalt, muss sie bei Ausscheiden vor dem 30.6. des folgenden Kalenderjahres zurückgezahlt werden.“*

IX. Anrechnungsvorbehalte

Gewährt der Arbeitgeber **übertarifliche Leistungen**, stellt sich die Frage, inwiefern diese mit zukünftigen tariflichen Leistungssteigerungen verrechnet werden dürfen. Jedenfalls ein ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt kann unter dem Gesichtspunkt der Transparenz nicht beanstandet werden. Dem Arbeitnehmer wird von Anfang an vor Augen geführt, dass sein übertariflicher Lohnbestandteil nur so lange effektiv wirkt, bis eine Tariflohnerhöhung erfolgt (BAG v. 1.3.2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746; PREIS/DEUTZMANN, a.a.O., 101, 104 f.).

Musterformulierung (PREIS/DEUTZMANN, a.a.O., 101, 105; LUNK/LEDER, a.a.O., 3766, 3769):

„Die übertarifliche Zulage kann ganz oder teilweise auf eine Erhöhung des Tariflohns und/oder eine Verkürzung der tariflichen Arbeitszeit angerechnet werden.“

In mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (Fragen der betrieblichen Lohngestaltung) sich bei tarifgebundenen Arbeitgebern lediglich auf den nicht tariflich geregelten, also **„übertariflichen“ Teil der Vergütung** bezieht (BAG v. 1.3.2006 – 5 AZR 363/05, NZA 2006, 746). Im Bereich der Anrechnung von Tarifierhöhungen auf übertarifliche Zulagen spielt dieses Recht eine große Rolle. Das gilt insb., wenn der Arbeitgeber Tarifierhöhungen nur teilweise anrechnen möchte. Ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht führt zur Unwirksamkeit der Anrechnung insgesamt. Es besteht hingegen kein Mitbestimmungsrecht, wenn die Anrechnung das Zulagenvolumen vollständig aufzehrt. Das Gleiche gilt, wenn die Tarifierhöhung i.R.d. rechtlich und tatsächlich Möglichen vollständig und gleichmäßig auf die übertarifliche Zulage angerechnet wird (BAG v. 3.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749; PREIS/DEUTZMANN, a.a.O., 101, 105).

X. Zielvereinbarungen

Zielvereinbarungen sind in der Unternehmenspraxis als **Konkretisierung des Arbeitsvertrags** das wichtigste Steuerungsinstrument zur Gewährung einer variablen Vergütung. Eine Zielvereinbarung liegt vor, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich auf Ziele einigen, die der Arbeitnehmer in einem bestimmten zeitlichen Rahmen verwirklichen soll. Ein Teil des Arbeitsentgelts wird als Bonus an das Erreichen der Ziele geknüpft.

Zu unterscheiden ist die einvernehmliche Zielvereinbarung von der einseitigen Zielvorgabe (ANNUß, NZA 2007, 290). Im Gegensatz zu Zielvorgaben, die einseitig vom Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts nach § 106 GewO aufgestellt werden und inhaltlich lediglich einer Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB unterliegen (LAG Köln v. 26.1.2018 – 4 Sa 433/17, juris), sind Zielvereinbarungen das Ergebnis eines kooperativen Aushandlungsprozesses. Ob eine Zielvorgabe oder -vereinbarung vorliegt, ist in Zweifelsfällen anhand der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (GÜNTHER/BOGLMÜLLER, a.a.O., 95; vgl. ErfKo/PREIS, § 611a BGB Rn 504 ff.).

Der Zielbonus wird in der Praxis typischerweise zweistufig vereinbart. Allgemeine bzw. Rahmengrundsätze werden bereits im Arbeitsvertrag oder in einer Rahmenvereinbarung niedergelegt (BORDET/RAIF, ArbRAktuell 2011, 607, 608). Über die konkret zu erreichenden, die variable Vergütung bestimmenden Ziele werden sodann separate Zielvereinbarungen geschlossen. Deren Laufzeit ist auf die jeweilige Zielperiode (z.B. das Geschäftsjahr) begrenzt. Es empfiehlt sich, die wesentlichen Regelungen, zumindest zum Prozess der Zielvereinbarung und zur Höhe der variablen Vergütung, bereits im Arbeitsvertrag zu treffen. Der Abschluss der Einzelvereinbarungen wird dadurch vereinfacht. Bei der Vereinbarung der Ziele besteht Gestaltungsfreiheit. Verbreitet werden wirtschaftliche Ziele des Unternehmens und persönliche Ziele des Arbeitnehmers kombiniert. „Weiche“ Ziele sollten vermieden oder aber zumindest gut durchdacht und nachvollziehbar beschrieben werden. Die Feststellung ihrer Erreichung birgt oftmals unnötiges Konfliktpotenzial. Ein Mechanismus für den Fall, dass sich die Parteien nicht binnen einer gewissen Frist auf bestimmte Ziele einigen können, ist empfehlenswert. Besteht ein Betriebsrat, sind dessen Beteiligungsrechte (insb. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) zu beachten (LUNK/LEDER, a.a.O., 3766 f.).

1. Zielsetzungen und -parameter

Um die mit einer Zielvereinbarung und der aus ihr resultierenden variablen Vergütung verfolgten Zwecke zu erreichen, sind die Zielsetzung und die sie abbildenden Zielparameter auf Arbeitgeberseite gut zu durchdenken (vgl. LÖW, DB 2017, 1904; RIESENHUBER/V. STEINAU-STEINRÜCK, NZA 2005, 785). Die individuelle Einzelleistung zu honorieren, motiviert den Einzelnen zwar ggf. zu Höchstleistungen, birgt aber die Gefahr einer „Einzelkämpfermentalität“, bei welcher der Gesamtunternehmererfolg schnell aus dem Blick gerät. Eine Incentivierung der Teamleistung in der Zielvereinbarung spiegelt Zusammenarbeit, Teamgedanken und Flexibilität wider und trägt dem Umstand Rechnung, dass in agil arbeitenden Unternehmen die Leistung in modernen Organisationsformen nicht einzeln, sondern z.B. in „Teams“, „Squads“ oder „Scrum“ erbracht wird. Diesem Befund müssen die Leistungsanreize von Zielvereinbarungen (individuelle oder kollektive Ziele) Rechnung tragen, soll eine Fehlsteuerung vermieden werden. **Teambezogene Ansätze und Vergütungen** sind dazu oft gegenüber der individuellen variablen Vergütung mit einem geringeren Personalverwaltungsaufwand verbunden. Es können „harte“ Ziele (wie etwa Umsatz, Gewinn, Stückzahlen und -kosten, Absatzzahlen eines bestimmten Produkts oder sonstige Produktivitätskennzahlen) oder „weiche“ Ziele (wie etwa höhere Kundenzufriedenheit, attraktivere Vermarktung eines Produkts, strategische Kompetenz, Teamgeist oder Führungsstärke) vereinbart werden (vgl. BORDET/RAIF, a.a.O., 607, 608). „Harte“ Ziele oder Kriterien zeichnen sich dadurch aus, dass sie, wie etwa Umsatz, Gewinn, Rentabilität, Ausfallraten oder Kundenanzahl objektiv in Zahlen messbar und bestimmbar sind. „Weiche“ Kriterien hingegen sind wertend zu interpretieren und bieten einen entsprechenden Bewertungsspielraum. Gerade in einer modernen Arbeitswelt gewinnen „weiche“ Faktoren wie etwa Mitarbeiterführung, Problemlösungskompetenz, Teamgeist und vernetztes oder strategisches Denken mit Blick auf moderne Arbeitsorganisation und Mitarbeiterführung an Bedeutung, wodurch ihre Bedeutung in Zielvereinbarungen zunimmt (vgl. GÜNTHER/BOGLMÜLLER, a.a.O., 96). Auch wird bei der Fokussierung auf ausschließlich „harte“ Ziele ausgeblendet, dass hinter dieser harten Ebene der betriebswirtschaftlichen, in Zahlen direkt messbaren Führungsziele die mehr oder minder bewussten Entscheidungen von Menschen als Ursache liegen. Angesprochen sind insoweit die Bereitschaft eines Mitarbeiters, hoch motiviert auch unter hoher Belastung zu arbeiten, Vorschläge für Verbesserungen und Innovation zu erarbeiten, spontan kreative Lösungen für unvorhergesehene Probleme zu erarbeiten, die Entscheidung, eine Weiterbildung zu besuchen oder Überstunden zu leisten. Die Arbeitnehmer mit ihrer Motivation, Zufriedenheit, Kompetenz und ihrem Engagement und Verhalten sind ein zentraler Erfolgsfaktor, um betriebswirtschaftliche Ziele überhaupt erreichen zu können. Ein häufiger Grund für erfolgloses Management liegt deshalb im

Unvermögen, die Entscheidungen von Menschen als Ursache von Key-Performance-Indikatoren (KPIs) und als Erfolgsbasis für harte betriebswirtschaftliche Ziele zu verstehen, vorherzusagen und beeinflussen zu können. Mit anderen Worten ist der Fehler darin angelegt, dass man sich nur an der Oberfläche der Ziele und Zahlen bewegt und dabei die Erfolgsfaktoren darunter übersieht. Ein Abstellen auf den Unternehmenserfolg setzt kollektive Leistungsanreize, wobei zu überlegen ist, ob das Ziel den kurz-, mittel- oder langfristigen Unternehmenserfolg belohnen soll.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass die Zielauswahl und -festlegung strategisch mit Sorgfalt und Bedacht vorzunehmen ist. Sind die Ziele schlecht gewählt und entfalten sie nicht die gewünschte Anreizwirkung, erweisen sich die Zielvereinbarung und die an sie anknüpfende variable Vergütung in der Praxis schnell als „Rohrkrepler“. Statt Motivation, Engagement und Unternehmenserfolg wird durch die Vereinbarung „falscher“ Ziele Demotivierung, Resignation und Misserfolg Vorschub geleistet. Auch sollte sich der Arbeitgeber in der Anzahl der Ziele im Sinne von Realisierbarkeit und Übersichtlichkeit beschränken. In der Literatur variieren die Empfehlungen zwischen zwei bis sieben Teilzielen (DELLER/MÜNCH, Personalführung 10/1999, 70, 78; PFISTERER, AiB 1999, 375, 377). Mit Blick auf das vom Arbeitnehmer zu verrichtende allgemeine Tagesgeschäft erscheint eine Obergrenze von fünf Zielen als Richtschnur sachgerecht (vgl. DEICH, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Zielvereinbarungen, Rn 45; GRIMM/WINDELN, Zielvereinbarungen, 2. Aufl. 2011, S. 3). Die Zielvereinbarung steht und fällt deshalb mit den Zielen, was nicht verwundert, da es sich hierbei um das Verhältnis von Ursache und Wirkung handelt.

2. Zielerreichung und -feststellung

Eine „gute“ Zielvereinbarung muss Zielerreichung, Berechnungsgrößen und -weg für Dritte, insb. auch für Arbeitsgerichte, **objektiv nachvollziehbar regeln**. Als hilfreich erweist sich bei komplexeren Modellen dabei oftmals eine **Beispielsrechnung**, um die korrekte Zielfeststellung zu verdeutlichen. Insoweit gilt der allgemeine Lebensgrundsatz, dass Zahlen manchmal mehr als Worte sagen bzw. Zahlen nie lügen (zu Auslegungsproblemen vgl. LAG Baden-Württemberg v. 13.2.2020 – 3 TaBV 1/19, juris).

Zielvereinbarungen können die Festlegung der Zielerreichung in das Ermessen des Arbeitgebers stellen. Hat der Arbeitgeber über die Höhe eines variablen Vergütungsbestandteils abschließend nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) unter Beachtung bestimmter Faktoren zu entscheiden und bestimmt sich die individuelle Leistung des Arbeitnehmers nach dem Erreichen vereinbarter Ziele, so umfasst die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers auch den Grad der Zielerreichung. Der Umfang der Darlegungspflicht bestimmt sich nach dem Maß des Bestreitens durch den Arbeitnehmer (BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, a.a.O.). Bestimmt eine Gesamtbetriebsvereinbarung, dass bezüglich variabler Bonuszahlungen mit Zielvereinbarungen an einen Arbeitnehmer jegliche Veränderungen hinsichtlich der Ziele nicht einseitig vorgenommen werden können, entspricht dies dem Grundsatz, dass **eine einmal getroffene Zielvereinbarung für beide Vertragsparteien bindend ist** und nicht einseitig durch den Arbeitgeber geändert werden darf. Diese Bindung erfasst nicht nur die Ziele selbst, sondern auch die Berechnung der maßgeblichen Faktoren. Wird das zu erreichende Ziel nach einer bestimmten Methode festgelegt, muss sie auch nach Ablauf des Beurteilungszeitraums zur Ermittlung der Zielerreichung und damit der Höhe einer variablen Vergütung angewandt werden. Bleibt dem Arbeitgeber i.R.d. Durchführung (§ 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG) dieser Gesamtbetriebsvereinbarung und eines Spruchs der Einigungsstelle für das betreffende Geschäftsjahr ein Spielraum bei der Bestimmung einer betriebswirtschaftlichen Kennzahl (EBITDA), bedeutet das aber nicht, dass die Festlegung des zielrelevanten Wertes in sein Belieben gestellt wird oder durch die Konzernmutter bestimmt werden kann. Vielmehr wird ihm durch den Spruch der Einigungsstelle im Rahmen betriebswirtschaftlicher Vorgaben ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i.S.v. § 315 BGB überlassen. Die Leistungsbestimmung hat nach der gesetzlichen Regelung mangels abweichender Anhaltspunkte nach billigem Ermessen zu erfolgen. Mit einer Leistungsbestimmung, die sich ausschließlich an konzerninternen Vorgaben orientiert, ohne zu berücksichtigen, dass bei der Ermittlung des EBITDA auch andere aner kennenswerte Faktoren und Interessen in die Entscheidung einzubeziehen sind, hat der Arbeitgeber die Grundsätze billigen Ermessens nicht gewahrt. Die sich aus § 315 BGB ergebende Notwendigkeit einer umfassenden Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der wechselseitigen Interessen kann nicht durch konzerninterne Vorgaben ausgeschlossen werden (BAG v. 11.12.2013 – 10 AZR

364/13, AP Nr. 112 zu § 315 BGB). Zielvereinbarungen können auch interne Überprüfungsmöglichkeiten bei Konflikten in Bezug auf die Zielfestlegung vorsehen, die ggf. vor einer Klage auszuschöpfen sind. Bei Ermessensentscheidungen wird sich der gut beratene Arbeitgeber aber immer ein Letztentscheidungsrecht vorbehalten, womit der Arbeitnehmer nur noch zur gerichtlichen Überprüfung greifen kann. Auch ein vollständiges Entfallen der variablen Vergütung bei einer „Festsetzung null“ ist denkbar (BAG v. 15.5.2013 – 10 AZR 679/12, a.a.O.). Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf einen dienstvertraglichen Leistungsbonus, der sich aus der individuellen Zielerreichung, dem Teamverhalten sowie dem Erfolg der Bank ergibt und der jährlich für das abgelaufene Jahr festgesetzt wird, ist auf Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen gem. § 315 Abs. 1 BGB gerichtet. Das beinhaltet die Möglichkeit, nicht nur bei kumulativer Nichterreichung aller Ziele, sondern im Ausnahmefall auch bei Nichterreichung eines Teils der Ziele keinen Leistungsbonus zu zahlen (BAG v. 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, a.a.O.; vgl. vorstehend V).

3. Störfälle

Auch Störfälle müssen in einer Zielvereinbarung bedacht sein, um einen nachfolgenden Streit der Parteien bestmöglich auszuschließen. Insoweit sind insb. folgende Punkte anzudenken und rechtswirksam zu regeln:

- Unterjähriger Ein- und Austritt,
- Freistellung (nach Ausspruch einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses),
- Krankheit (außerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums, vgl. LAG Niedersachsen v. 17.1.2019 – 7 Sa 490/18, juris; ANNUß, a.a.O., 290, 293),
- Elternzeit,
- Sabbaticals,
- Sonstige Arbeitsverhinderungen und Ruhezeiten (vgl. BORDET/RAIF, ArbRAktuell 2011, 607, 609 f.).

Probleme ergeben sich klassischerweise immer dann, wenn entgegen der Rahmenzielvereinbarung keine periodengerechte oder eine verspätete Zielfestlegung erfolgt (vgl. BAG v. 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, NZA 2008, 409; LAG München v. 12.12.2007 – 11 Sa 453/07, juris). Insoweit stehen Schadenersatzansprüche gem. § 280 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. § 283 S. 1 BGB wegen nicht abgeschlossener Zielvereinbarung im Raum (BAG v. 14.11.2012 – 10 AZR 793/11, NZA 2013, 273 „Incentive-Bonus als Insolvenzforderung“; BAG v. 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, NZA 2009, 256; LAG München v. 25.6.2020 – 3 Sa 620/19, juris; LAG Rheinland-Pfalz v. 2.9.2019 – 3 Sa 398/17, juris; KLEIN, NZA 2006, 1129). Hat der Arbeitnehmer aufgrund einer Rahmenvereinbarung im Arbeitsvertrag Anspruch auf einen Bonus in bestimmter Höhe, wenn er die von den Arbeitsvertragsparteien für jedes Kalenderjahr gemeinsam festzulegenden Ziele erreicht, steht ihm wegen entgangener Bonuszahlung Schadenersatz zu, wenn aus vom Arbeitgeber zu vertretenden Gründen für ein Kalenderjahr keine Zielvereinbarung getroffen wurde. Der für den Fall der Zielerreichung zugesagte Bonus bildet die Grundlage für die Schadensermittlung. Trifft auch den Arbeitnehmer ein Verschulden am Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung, ist dieses Mitverschulden angemessen zu berücksichtigen (BAG v. 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, a.a.O.). Ein Schadenersatzanspruch kommt indes nicht in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer durch Nichtabschluss einer Zielvereinbarung kein Schaden entstanden ist, weil auch bei unterstellter Zielvereinbarung und Erreichung aller festgestellten Ziele die Festsetzung des Leistungsbonus auf „Null“ billigem Ermessen entspricht (BAG v. 20.3.2013 – 10 AZR 8/12, a.a.O.).

Unterlässt es der Arbeitgeber, die turnusmäßige Leistungsbeurteilung vorzunehmen, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung des Leistungsentgelts, das nach der zuletzt wirksam vorgenommenen Leistungsbeurteilung bemessen wird. Eine wirksam erstellte Leistungsbeurteilung wirkt fort, bis eine Neubeurteilung wirksam vorgenommen wurde. Der Arbeitnehmer behält in diesem Fall seinen Erfüllungsanspruch auf die Leistungszulage in der bisherigen Höhe. Ein Schadenersatzanspruch kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber die turnusmäßige Leistungsbeurteilung nicht vorgenommen hat und der Arbeitnehmer meint, ihm stehe aufgrund einer Leistungssteigerung eine höhere Leistungszulage zu. Der Arbeitnehmer kann die Differenz zwischen der Leistungszulage auf der Grundlage der

zuletzt wirksam vorgenommenen Leistungsbeurteilung und dem von ihm verlangten Leistungs-entgelt als Schaden nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 286 BGB geltend machen (BAG v. 19.2.2020 – 10 AZR 19/19, a.a.O.).

Der „Teufel liegt allerdings im Detail“, wie aktuelle Fälle des Hessischen LAG zeigen. Behält sich ein Arbeitgeber hinsichtlich eines Bonus ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vor und ist im Arbeitsvertrag vereinbart, dass dieses noch näher ausgestaltet wird, was aber unterbleibt, steht dem Arbeitnehmer mangels Schadens kein Schadenersatzanspruch zu. Die Rechtsprechung des BAG zur unterbliebenen Zielvereinbarung (BAG v. 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, a.a.O.) ist hier nicht einschlägig. Dem Gericht ist es nach § 308 ZPO verwehrt, zu prüfen, ob der Arbeitnehmer einen Erfüllungsanspruch hat, wenn er lediglich Schadenersatz gefordert hat (Hessisches LAG v. 22.11.2019 – 14 Sa 1378/18, juris). Macht der Kläger im Hinblick auf einen vertraglich vereinbarten Bonus sowohl Schadenersatz- als auch Erfüllungsansprüche geltend, ist die Klage nur zulässig, wenn er die Ansprüche in ein Stufenverhältnis stellt. Da es sich um unterschiedliche Streitgegenstände handelt, ist die Klage andernfalls nicht hinreichend bestimmt, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Ein Schadenersatzanspruch wegen verspäteter Zielvorgabe scheidet jedenfalls aus, wenn der Arbeitgeber sich insoweit nicht in Verzug befunden hat, weil die Vorgabe vom Arbeitnehmer weder angemahnt wurde noch für sie eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war (Hessisches LAG v. 25.10.2019 – 14 Sa 1646/18, juris).

Vereinbaren die Parteien, dass eine getroffene Zielvereinbarung nach Ablauf der Zielperiode nachwirken soll, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt wird, ist dieser Wille der Arbeitsvertragsparteien zu achten (BAG v. 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, a.a.O.). Ihnen steht es frei, die bisherige Regelung einstweilen weitergelten zu lassen. Daraus folgt aber nicht, dass die Verhandlungspflichten im Hinblick auf den Abschluss nachfolgender Zielvereinbarungen erlöschen (BAG v. 12.5.2010 – 10 AZR 390/09, NZA 2010, 1009).

4. Darlegungs- und Beweislast

Erbringt ein Arbeitgeber, der sich eine einseitige Leistungsbestimmung vorbehält, keinen oder keinen hinreichenden Vortrag dazu, warum eine bestimmte Leistungsfestsatzung billigem Ermessen entsprechen soll, ist die gesetzliche Folge nach § 315 Abs. 3 BGB die Unverbindlichkeit der vom Bestimmungsberechtigten getroffenen Leistungsbestimmung (vgl. BAG v. 3.8.2016 – 10 AZR 710/14, a.a.O.). Bei der Überprüfung der Richtigkeit einer Beurteilung zur Ermittlung des Leistungsentgelts nach dem ERA-TV besteht ein System der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Derjenige, der einen Wert unterhalb oder oberhalb der tariflichen Normalleistung von 15 % behauptet, trägt dafür jeweils die Beweislast (BAG v. 18.6.2014 – 10 AZR 699/13, NZA-RR 2015, 430).

Musterformulierung Zielbonus (LUNK/LEDER, a.a.O., 3767):

„Der Arbeitnehmer erhält einen jährlichen Bonus nach Maßgabe folgender Bestimmungen:

- a) Der Bonus beträgt ... % des jährlichen Festgehalts gem. Nr. ... , vorausgesetzt, die wirtschaftlichen Ziele des Arbeitgebers und die persönlichen Ziele des Arbeitnehmers werden jeweils zu 100 % erreicht. Andernfalls, d.h. bei einer Zielerreichung von weniger als 100 %, besteht kein Bonusanspruch. Werden die Ziele zu mehr als 100 % erreicht, steigt der Bonus in dem gleichen prozentualen Verhältnis. Der Bonus ist jedoch auf maximal ... % des jährlichen Festgehalts gem. Nr. ... gedeckelt.
- b) Die wirtschaftlichen Ziele legt der Arbeitgeber für jedes Bonusjahr nach billigem Ermessen fest und teilt sie dem Arbeitnehmer rechtzeitig mit. Die persönlichen Ziele legen die Parteien für das jeweilige Bonusjahr in einer gesonderten Zielvereinbarung einvernehmlich fest; die Parteien werden um eine Einigung bemüht sein. Kommt eine Einigung bis zum Ende des ersten Quartals des Bonusjahres nicht zustande, setzt der Arbeitgeber die persönlichen Ziele einseitig nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen fest. Die Auszahlung des Bonus erfolgt spätestens Ende März des auf das jeweilige Bonusjahr folgenden Kalenderjahres.“

XI. Fazit und Empfehlungen

Es bedarf im Bereich der variablen Vergütung der qualifizierten rechtlichen Orientierung und einer entsprechend **sorgfältigen Vertragsgestaltung**, die den Anforderungen einer jeweils **zeitgemäßen AGB-Kontrolle** gem. den §§ 305 ff. BGB standhält. Bisher geläufige Standard-Vertragsmuster sind immer mit Vorsicht zu genießen und stets kritisch zu hinterfragen. „**Gute Vertragsgestaltung**“ zeichnet sich dadurch aus, dass sie **einzelfallbezogen** versucht, die Zielvorstellungen des Mandanten bestmöglich zu realisieren, indem sie rechtssichere und wirtschaftlich sinnvolle Lösungen bereithält. Die im steten Fluss befindliche **Rechtsprechung des BAG** ist dabei genau zu beobachten und die aktualisierten Vorgaben sind im Rahmen von **Arbeitsvertragsupdates turnusmäßig** einzuarbeiten.

Dabei darf auch nicht übersehen werden, dass der Wandel der Wirtschafts- und Arbeitswelt auch vor der (variablen) Vergütung nicht haltmacht. Da einerseits der **Trend zu einer Unternehmensorganisation in Netzwerken (Matrix) und autonomen Teams** geht und klassische Hierarchien an Bedeutung verlieren sowie andererseits oft nicht mehr das individuelle Arbeitsprodukt, sondern das Gruppenergebnis im Vordergrund steht, sind auch mit Blick auf den Verlust von Kontroll- und Motivationsmöglichkeiten des Arbeitgebers in einer digitalen Arbeitswelt die **Vergütungs- und Anreizsysteme zu überdenken** und neu auszurichten, um mit ihnen den gewünschten Erfolg zu erzielen (vgl. GÜNTHER/BOGLMÜLLER, a.a.O., 95).

Mit Blick auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses (vgl. BRORS, a.a.O., 273), gesetzliche Mindestlohnvorgaben, tarifliche Vorgaben und den Grundsatz, dass der Arbeitgeber das Wirtschaftsrisiko trägt, sind **vollständig variabel ausgestaltete Vergütungssysteme** mit Blick auf § 615 S. 3 BGB **problematisch**. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, a.a.O.; BAG v. 10.10.1990 – 5 AZR 404/89, NZA 1991, 264) darf das Wirtschaftsrisiko nicht vollständig auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Dieses Risiko liegt grds. beim Arbeitgeber. Eine arbeitsvertragliche Vergütungsregelung, die den Arbeitnehmer vollständig mit dem Wirtschaftsrisiko belastet, ist deshalb sittenwidrig i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB (GÜNTHER/BOGLMÜLLER, a.a.O., 95, 97; ausführlich BRORS, a.a.O., 273, 274; a.A. ANNUß, a.a.O., 290, 291). Abhängig von der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen und der Höhe der Fixvergütung kann eine Variabilisierung von bis zu 75 % zulässig sein (KÖNIG, NZA-RR 2012, 449, 450). In Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zum Widerrufsvorbehalt (BAG v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, a.a.O.; BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, a.a.O.) **im Rahmen von Zielvereinbarungen wird jedoch überwiegend ein Anteil von 25 % bis 30 % für zulässig gehalten** (vgl. WISSKIRCHEN/SCHWINDLING, ArbRAktuell 2017, 155, 156; RIESENHUBER/v. STEINAU-STEINRÜCK, a.a.O., 785, 790). Insbesondere wenn die Erreichung des vorgegebenen Ziels (auch) von Dritteinflüssen abhängt, scheint ein fixes Grundentgelt von mindestens $\frac{2}{3}$ der marktüblichen Vergütung angemessen (vgl. GÜNTHER/BOGLMÜLLER, a.a.O., 95, 97 f.).

Durch die gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird die Freiheit des Arbeitgebers eingeschränkt, Entgelte nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Diese Beschränkung ist geboten, um die strukturelle Benachteiligung des Arbeitnehmers angemessen auszugleichen. Je klarer die Entgeltregelung formuliert ist und je weniger der Verwender versucht, ausschließlich seine Interessen in den Vordergrund zu stellen, desto eher halten solche Vertragsklauseln einer Transparenz- und Inhaltskontrolle stand. Dem Arbeitgeber bleibt dabei ein **ausreichender Spielraum**, einen **Teil der Vergütung variabel** zu gestalten, Leistungsanreize zu schaffen und wirtschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen (REINFELDER, a.a.O., 10, 16). Da die vorstehende Aussage aus der Feder eines Richters am BAG (10. Senat), WALDEMAR REINFELDER, stammt, gibt sie einerseits die maßgebliche Auffassung beim BAG in Erfurt wieder und schafft andererseits Orientierung, warum es sinnvoll ist, die andere Vertragspartei im Sinne fairen Verhandeln nicht zu überfordern. Statt „*viel hilft viel*“ ist es sinnvoller, **klare, bestimmte, angemessene und rechtssichere Vertragsgestaltungen im Bereich der variablen Vergütung** zu wählen.