

10 Sa 951/11
30 Ca 13511/10
(ArbG München)

Verkündet am: 20.06.2012

Heger
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

E.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

gegen

Firma T. S. B. V., Deutsche Zweigniederlassung

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2012 durch den Richter am Arbeitsgericht Krottenthaler und die ehrenamtlichen Richter Eckinger und Mehle

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 08.09.2011, Az.: 30 Ca 13511/10, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über variable Vergütungsansprüche und die Erteilung eines Zwischenzeugnisses.

Der Kläger war zunächst im Rahmen einer Personalüberlassung seit dem 01.10.2004 und dann seit 01.05.2006 direkt bei der Beklagten im Vertrieb beschäftigt. Die arbeitsvertraglichen Grundlagen ergeben sich aus dem Arbeitsvertrag vom 26.08.2004 und der vertraglichen Vereinbarung vom 01.05.2006 (bezüglich der Einzelheiten des Arbeitsvertrages wird auf Bl. 12 - 16 d. A. und Bl. 17 d. A. Bezug genommen).

Zwischen den Parteien besteht eine Vereinbarung vom 15.08.2004 über eine variable Vergütung nach Zielvorgaben (Bl. 18 - 22 d. A.). Bezüglich dieses sog. GPS-Bonus ist dort auf Seite 2, 5. Aufzählungspunkt geregelt:

„... based upon set targets.“ (Bl. 19 d. A.)

Zu Beginn des Jahres 2010 ist die Vergütungsstruktur im Betrieb der Beklagten umgestellt worden. Die umsatzabhängige Vergütung ist auf 40 % des Jahresgrundgehalts bei 100%iger Zielerreichung erhöht worden. Diese Zielvereinbarungen waren quartalsweise zu treffen.

Die zugrunde liegende Vereinbarung vom 12.09.2009 (Bl. 23 - 24 d. A.) lautet unter dem 3. Aufzählungspunkt, letzter Satz wie folgt:

„These sales targets will be set and agreed between the Employee and Management.“ (Bl. 23 d. A.)

Mit E-Mail vom 26.02.2010 (Bl. 25 d. A.) hat der Vorgesetzte des Klägers, Herr C., dem Kläger mitgeteilt, welche Zielvorstellungen er für das 1. Quartal 2010 habe. Im Februar 2010 ist es zu einem Treffen zwischen dem Kläger und Herrn C. gekommen. Der Inhalt des Gesprächs ist zwischen den Beteiligten im Einzelnen streitig. Unstreitig ist es in keinem der folgenden Quartale zu einer Zielvereinbarung zwischen den Parteien gekommen. Für das 2. Quartal 2010 hat die Beklagte einen Bonus in Höhe von 1.747,- € brutto bezahlt. Der Kläger ist im Frühjahr 2010 in einen anderen Geschäftsbereich der Beklagten, nämlich Automotive, gewechselt. Auch haben seine Vorgesetzten zwischenzeitlich gewechselt.

Der Kläger ist der Meinung, er habe einen Anspruch auf Zahlung des GPS-Bonus für das Jahr 2009 in Höhe von 18.088,- € brutto aufgrund der Vereinbarung vom 15.08.2004, da die Beklagte es unterlassen habe, für das Jahr 2009 abschließende Zielvorgaben für ihn zu bestimmen. Der Anspruch folge aus einem Schadensersatzanspruch wegen der entgangenen Vergütung.

Nach der Änderung der Vergütungsstruktur zu Beginn des Jahres 2010 und im Rahmen des neu eingeführten PRC-Bonus hätten Ziele zwischen den Parteien vereinbart und festgelegt werden müssen. Die einseitige Zielvorgabe mit E-Mail vom 26.02.2010 durch Herrn C. sei unzulässig gewesen. Dieser sei auch nicht bereit gewesen, mit dem Kläger eine Vereinbarung zu treffen. Bei dem Treffen im Februar 2010 habe Herr C. erklärt, ihm überhaupt keinen Bonus mehr zahlen zu wollen. Wörtlich habe er gesagt: „I do not want to pay

any commission to you !“ Da es für keines der Quartale 2010 und auch nicht für die ersten beiden Quartale 2011 zu einer Zielvereinbarung zwischen den Parteien gekommen sei und die Beklagte es unterlassen habe, mit dem Kläger Ziele für die Quartale zu vereinbaren, sei sie verpflichtet, ihm die entgangene Vergütung in Höhe von jeweils 15.073,25 € brutto Schadensersatz zu leisten. Lediglich für das zweite Quartal 2010 sei der ausbezahlte Bonus in Höhe von 1.747,- € brutto abzuziehen.

Wegen des Wechsels in den Bereich Automotive im Frühjahr 2010 und dem damit verbundenen Wechsel der Vorgesetzten habe der Kläger Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. *Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 61.560,75 € brutto nebst gesetzlicher Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz aus einem Teilbetrag in Höhe von 18.088,- € seit 01.05.2010, aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 15.073,25 € seit 01.06.2010, aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 13.326,25 € seit 01.09.2010 und im Übrigen seit 01.12.2010 zu zahlen.*
2. *Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein wohlwollendes und qualifiziertes Zeugnis zu erstellen und zu übersenden.*
3. *Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15.073,25 € brutto nebst gesetzlicher Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz hieraus zu bezahlen.*
4. *Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15.073,25 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus zu bezahlen.*

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat ausgeführt, der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung des GPS-Bonus für das Jahr 2009, denn es habe zwischen den Parteien weder eine schriftliche Abstimmung noch eine abschließende Festlegung der Zielvorgaben für das Jahr 2009 gegeben. Dies sei nicht auf ein Unterlassen der Beklagten zurückzuführen. Der Kläger habe sich in keiner Weise um die Umsatzziele gekümmert. Außerdem habe er die maßgebliche Ausschlussfrist nicht eingehalten. Er habe auch keinen Anspruch auf die Zahlung des PRC-Bonus für das 1. Quartal 2010 sowie für die folgenden Quartale. Die Beklagte habe ihm vermittelt, welche Umsatzvorgaben er im relevanten Bereich zu erzielen gehabt hätte, um einen Bonusanspruch zu erhalten. Die Zielvorgaben für das 1. Quartal 2010 seien in der E-Mail von Herrn C. vom 26.02.2010 konkret beziffert worden.

Auch habe der Kläger Zielvorgaben für das 2. Quartal 2010 erhalten. Er habe aber keine Anstrengungen unternommen, um mit der Beklagten zu einer Diskussion über die Umsatzvorgaben und ggf. auch zu einer Verständigung hierüber zu gelangen.

Im Übrigen beruft sich die Beklagte auf die Ausschlussfrist des § 16 des Manteltarifvertrages des Bundesverbandes Zeitarbeit e. V. (BZA) und der Mitgliedsgewerkschaften des DGB (im Folgenden: MTV Zeitarbeit). Der Kläger habe seine Ansprüche nicht innerhalb eines Zeitraums von zwei Monaten nach Fälligkeit in schriftlicher Form geltend gemacht. Der MTV Zeitarbeit komme aufgrund der vertraglichen Absprachen der Parteien zur Anwendung. Denn nach der „Überleitungsvereinbarung“ vom 01.05.2006 seien die Konditionen des ursprünglichen Arbeitsvertrages zwischen der T. GmbH und dem Kläger fortgeführt worden. In § 12 des Arbeitsvertrages vom 26.08.2004 hätten die Parteien die Geltung der tarifvertraglichen Regelung des BZA vereinbart, soweit nichts anderes geregelt sei.

Das Arbeitsgericht München hat mit Endurteil vom 08.09.2011 der Klage stattgegeben. Lediglich den weitergehenden Antrag des Klägers auf Übersendung des Zwischenzeugnisses hat es abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass dem Kläger Scha-

den Schadensersatzansprüche zustünden, weil hinsichtlich der GPS-Prämie entgegen der zugrunde liegenden Vereinbarungen keine Ziele vorgegeben worden seien. Auch für die vier Quartale 2010 sowie das 1. Quartal 2011 bestünden Schadensersatzansprüche, weil diesbezüglich die Beklagte zu vertreten habe, dass keine Zielvereinbarungen getroffen worden seien und dem Kläger ein Mitverschulden nicht anzurechnen sei. Der Anspruch sei auch nicht verfallen gem. § 16 MTV Zeitarbeit. Diese Regelung sei einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, weil es sich um eine vertragliche Einbeziehung eines nicht einschlägigen Tarifvertrages handle und dieser darüber hinaus auch nicht vollständig einbezogen worden sei. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seien zwei-monatliche Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag aber unwirksam, weil sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligten. Auch der Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses sei wegen des Vorgesetzten- und Aufgabenbereichswechsels im Frühjahr 2010 gegeben.

Wegen des weiteren streitigen und unstreitigen Sachverhalts und der rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Ersturteil vom 08.09.2011 (Bl. 210 ff. d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 19.09.2011 zugestellte Endurteil mit Schriftsatz vom 13.10.2011, beim Landesarbeitsgericht München am 18.10.2011 eingegangen, Berufung einlegen und diese mit Schriftsatz vom 16.12.2011, eingegangen beim Landesarbeitsgericht München am Montag, den 19.12.2011, innerhalb der bis zum Sonntag, den 18.12.2011 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründen lassen.

Die Beklagte bemängelt, das Arbeitsgericht habe Vertragsunterlagen und Ausschnitte aus der Kommunikation zwischen den Parteien in Bezug genommen, obwohl diese in englischer Sprache abgefasst gewesen seien. Sie beruft sich nach wie vor auf die Ausschlussfrist des § 16 MTV Zeitarbeit. Nach der englischen Originalfassung des Arbeitsvertrages seien „alle kollektivrechtlichen Vereinbarungen“ anzuwenden, während die beiliegende deutsche Übersetzung lediglich „die kollektivrechtlichen Vereinbarungen“ daraus mache.

Die tarifliche Regelung sei gem. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB zu unterziehen, auch wenn sie nur aufgrund einzelvertraglicher Bezug-

nahme zur Anwendung komme. Ob es sich hierbei um einen einschlägigen oder branchenfremden Tarifvertrag handle, dürfe dabei keine Rolle spielen. Dies folge aus der Tariffreiheit. Denn würden Regelungen im Tarifvertrag durch branchenfremde Bezugnahme von Vertragspartnern einer Inhaltskontrolle unterzogen und für unwirksam erklärt, werde indirekt Druck auf die Tarifvertragsparteien ausgeübt. Dies berge Gefahr für die Tarifhoheit. Nur bei ökonomisch, sozial und betrieblich weit auseinander liegenden Wirtschaftszweigen könne die Vermutung der Angemessenheit der tariflichen Regelungen wegfallen. Vorliegend handle es sich aber um „benachbarte Branchen“, sodass die Branchenfremdheit aus Rechtfertigung für die Inhaltskontrolle nicht herangezogen werden könne.

Darüber hinaus hätte auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu einzelvertraglichen Ausschlussfristen nicht auf den vorliegenden Fall der arbeitsvertraglichen Einbeziehung eines Tarifvertrages durch Bezugnahme angewendet werden dürfen, sondern es hätte die Ausschlussfrist daran gemessen werden müssen, welche anderen Vorteile diese kurze Frist wieder ausgleichen würden. Denn auch branchenfremde Tarifverträge könnten grundsätzlich die generelle Vermutung der Angemessenheit und Ausgewogenheit für sich in Anspruch nehmen.

Für den Bonus 2009 sei es nicht zutreffend, dass die Beklagte einseitig Ziele hätte vorgeben müssen. Sie sei stets bemüht gewesen, eine Abstimmung mit ihren „Vertrieblern“ zu erzielen, wie auch der Kläger wisse. Auch ihm hätte eine solche Initiativlast obliegen.

Anfang des Jahres 2010 sei auch versucht worden, Ziele für die Boni 2010 abzustimmen. Mit Ausnahme der E-Mail vom 26.02.2010 seien diese jedoch nicht dokumentiert. Das dort vorgegebene Ziel sei aber realistisch gewesen, der Wert, den der Kläger damals erzielt habe, sei jedoch mit 19 % weit von der Realisierung der für die Bonusansprüche erforderlichen Mindestquote von 60 % entfernt gewesen. Man habe stets versucht, mit ihm in Kontakt zu treten und zielorientierte Gespräche zu führen, die aber im Einzelnen nicht dokumentiert worden seien. Initiativen vonseiten des Klägers habe es nicht gegeben. Ein Anspruch auf den GPS-Bonus 2009 sei auch deswegen nicht gegeben, weil er bei der Bewertung des Leistungs- und Führungsverhaltens in der sog. Performance Road Map durchwegs „ungenügend“ und „unzufrieden“ von seinem Vorgesetzten C. erhalten habe.

Auch habe der Vorgesetzte C. im Gespräch vom Februar 2010 nicht geäußert, dass der Kläger per se keine Boni mehr erhalten solle. Er habe damals lediglich klargestellt, dass der Kläger bei seiner Einstellung und dem Engagement losgelöst von konkreten Umsatzzielen so oder so keine Bonuszahlungen würde erreichen können.

Der Anspruch auf ein Zwischenzeugnis sei verwirkt, weil viele Monate seit dem Vorgesetztenwechsel vergangen seien und der Kläger erstmals mit der Klage vom 27.10.2010 einen Anspruch auf ein Zwischenzeugnis geltend gemacht habe. Deshalb habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, dass er an der Erteilung eines Zwischenzeugnisses kein Interesse haben würde. Auch sei ein wohlwollendes Zeugnis nicht zu erteilen, weil man aufgrund der Schlechtleistungen unzufrieden gewesen sei. Darüber hinaus sei der Anspruch jedenfalls gem. § 16 MTV Zeitarbeit ausgeschlossen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.09.2011, Az.: 30 Ca 13511/10, abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Dabei ist er der Auffassung, dass ein Verstoß gegen § 184 GVG nicht vorläge. Die Ausschlussfrist des § 16 MTV Zeitarbeit sei vorliegend nicht anwendbar. Zum einen sei nach der arbeitsvertraglichen Bezugnahme schon unklar, welcher Tarifvertrag überhaupt Anwendung finden solle, darüber hinaus handle es sich nicht um einen einschlägigen Tarifvertrag, der zudem nur zum Teil einbezogen worden sei, sodass eine Inhaltskontrolle der Klausel vorzunehmen sei, was zutreffenderweise auch zur Unwirksamkeit derselben führe, da die Mindestfrist von drei Monaten nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterschritten sei.

Weiterhin wären selbst bei Anwendbarkeit der Ausschlussfrist lediglich die Ansprüche bezüglich des GPS-Bonus 2009 und des PRC-Bonus für das 1. Quartal 2010 verfallen. Be-

reits der Anspruch für das 2. Quartal 2010, welcher Ende August 2010 entstanden sei, sei rechtzeitig mit Schreiben vom 11.10.2010 geltend gemacht worden, alle übrigen Ansprüche rechtzeitig mit der Klage vom 27.10.2010 bzw. den Klageerweiterungen vom 18.02.2011 und 03.06.2011.

Nach der Vereinbarung vom 15.08.2004 habe für den GPS-Bonus 2009 eindeutig eine Zielvorgabe durch die Beklagte zu erfolgen gehabt. Sofern mit unsubstanzierten Behauptungen vorgetragen werde, mit anderen Mitarbeitern seien gemeinsame Vereinbarungen getroffen worden, werde dies mit Nichtwissen bestritten. Dies betreffe auch nicht das Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten. Darüber hinaus habe er sich auch immer wieder bemüht, Ziele für das Jahr 2009 zu vereinbaren. Woraus sich aus der Bewertung seiner Leistung mit „ungenügend“ bzw. „unzufrieden“ ein Ausschlussstatbestand ergeben soll, sei nicht nachvollziehbar. Die Bewertung sei auch nicht zutreffend, ferner könne Herr C. die Leistung auch gar nicht beurteilen, da er im Jahr 2009 gar nicht der Vorgesetzte des Klägers gewesen sei.

Der Kläger habe sich auch immer wieder um Zielvereinbarungen für die folgenden Quartale bemüht. Dass die Vorgaben vom 26.02.2010 realistisch gewesen seien, sei von der Beklagten durch keinerlei Zahlen dargelegt. Diese waren im Gegenteil völlig unrealistisch. Weiterhin habe Herr C. durch seine Aussage „I do not want to pay any commission to you!“ im Februar 2010 eindeutig erklärt, dass er keine Boni zahlen werde. Diese Aussage sei eindeutig. Die Beklagte habe auch keinerlei Daten genannt, wann die von ihr behaupteten Gesprächsversuche zur Zielvereinbarung stattgefunden haben sollen. Solche Initiativen seien tatsächlich von der Beklagten auch nie gestartet worden.

Der Anspruch auf ein Zwischenzeugnis sei nicht verwirkt. Erst aufgrund der Streitigkeiten hinsichtlich der Bonuszahlungen habe sich der Kläger entschieden, den Anspruch geltend zu machen, da abzusehen gewesen sei, dass das Arbeitsverhältnis nicht unbelastet fortbestehen würde. Da die Einschätzungen der Beklagten bezüglich der unzufriedenstellenden Leistungen nicht zuträfen, habe der Kläger auch Anspruch auf ein „wohlwollendes“ Zeugnis. Dieser sei auch nicht gem. § 16 MTV Zeitarbeit verfallen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 16.12.2011 (Bl. 263 ff. d. A.) und des Klägers vom 23.03.2012 (Bl. 320 ff. d. A.) sowie die Sitzungsniederschrift vom 16.05.2012 (Bl. 345 ff. d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zwar zulässig, jedoch unbegründet.

I. Die Berufung ist zulässig.

Sie ist nach § 64 Abs. 1 und 2 lit. b ArbGG statthaft sowie in rechter Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 519 Abs. 2, 520 Abs. 3, 222 Abs. 2 ZPO).

II. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Schadensersatzansprüche in Höhe der Bonuszahlungen sowie auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses zu. Sie sind auch nicht aufgrund von Ausschlussfristen erloschen. Der Anspruch auf das Zwischenzeugnis ist auch nicht verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht nimmt hierauf Bezug (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Im Hinblick auf das Vorbringen in der Berufung sind lediglich folgende Ausführungen veranlasst:

1. Ein Verstoß gegen § 184 GVG oder § 142 Abs. 3 ZPO liegt nicht vor. Von § 184 GVG sind nur Erklärungen, aber nicht Beweismittel umfasst (vgl. BVerwG v. 09.02.1996 - 9 B 418/95; BGH NJW 1989, 1433; Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 184 GVG Rn. 1).

Fremdsprachige Urkunden sind unmittelbar zu verwerten (vgl. Zöllner, aaO). Das Gericht ist nach § 142 Abs. 3 ZPO nicht verpflichtet, fremdsprachige Urkunden übersetzen zu lassen, wenn die erkennenden Richter die Sprache verstehen (vgl. Zöllner, aaO, § 142 ZPO Rn. 17).

Das Erstgericht hatte offensichtlich ebenso wie das nun erkennende Gericht die erforderliche Sprachkenntnis, soweit es für die Entscheidung erforderlich ist, sodass eine Übersetzung nicht veranlasst war.

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 18.088,- € brutto wegen des Unterlassens einer Zielvorgabe für den GPS-Bonus für das Jahr 2009 gem. § 280 Abs. 1 und Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 283 Satz 1, 252 BGB.

a) Die Beklagte war gemäß der Vereinbarung vom 15.08.2004 (Seite 2, 4. Aufzählungspunkt) verpflichtet, Ziele vorzugeben, denn dort heißt es „based upon set targets“, also „richtet sich nach gesetzten Zielen“. Dem Kläger wurden für das Jahr 2009 unstreitig keine Ziele vorgegeben. Da keine gemeinsame Zielvereinbarung, sondern eine einseitige Zielfestsetzung vereinbart worden war, lag die alleinige und ausschließliche Initiativlast bei der Beklagten (vgl. BAG v. 12.12.2007 - 10 AZR 97/07). Ob die Beklagte mit anderen Mitarbeitern und trotz einer identischen Regelung Zielvereinbarungen getroffen hat, braucht nicht weiter aufgeklärt zu werden und kann dahingestellt bleiben, da dies das Verhältnis des Klägers zur Beklagten nicht betreffen würde. Die Beklagte selbst bleibt darüber hinaus hierzu auch jeglichen substantiierten Sachvortrag schuldig.

Der Vereinbarung vom 15.08.2004 ist auch die von der Beklagten behauptete weitere Anspruchsvoraussetzung, dass nämlich die Leistungsbewertung in der sog. Performance Road Map nicht „ungenügend“ bzw. „unzufrieden“ lauten dürfe, nicht zu entnehmen. Woraus sich dieser angebliche Ausschlussbestand ergeben soll, bleibt schleierhaft. Darüber hinaus wurde die Beurteilung vom Kläger auch bestritten. Die Beklagte ist dem nicht weiter substantiiert entgegengetreten. Sofern also eine „ungenügende“ oder „unzufriedenstellende“ Leistung in der Performance Road Map tatsächlich als Ausschlussbestand greifen sollte, hätte die Beklagte auch hierzu konkret vortragen und Beweis antreten müssen, dass die getroffene Beurteilung inhaltlich zutreffe.

Die Beklagte hat daher mit dem Unterlassen der Zielvorgabe eine vertragliche Nebenpflicht verletzt und diese Pflichtverletzung auch zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Dieser Verstoß löst jedenfalls nach Ablauf der Zielperiode gem. § 280 Abs. 3 BGB i. V. m. § 283 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch aus (vgl. BAG v. 12.12.2007, aaO). Die Zielvorgabe ist anders als die Zielvereinbarung alleine Sache des Arbeitgebers, sodass für die Prüfung eines Mitverschuldens des Klägers eine fehlende Mitwirkung ausscheidet. Andere Anhaltspunkte für ein Mitverschulden des Klägers sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Gem. § 252 BGB ist dem Kläger der entgangene Verdienst im Falle des Bonus als Schadensersatz zu ersetzen. Hierbei ist gem. § 287 Abs. 1 ZPO davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die vorgegebenen Ziele bei gewöhnlichem Lauf der Dinge erreicht hätte. Besondere Umstände, die den gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht annehmen lassen, hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen (vgl. BAG v. 12.12.2007, aaO). Solche wiederum konnten vorliegend dem Sachvortrag der Beklagten nicht entnommen werden. Allein der pauschale Bezug auf die schlechte Leistungsbeurteilung, deren Richtigkeit vom Kläger bestritten wird, stellt keinen nachprüfbaren Tatsachenvortrag dar, der dem Beweis zugänglich wäre.

Danach hat der Kläger nach der Bonusvereinbarung für das Jahr 2009 einen Anspruch auf den Anteil der variablen Vergütung in der Höhe nach unstreitigen 20 % des Jahresgrundgehalts, also 18.088,- € brutto.

b) Der Kläger hat gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 und Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 283 Satz 1, 252 BGB in Höhe von je 15.073,25 € brutto für die vier Quartale 2010 und des 1. Quartals 2011 abzüglich der unstreitig erfolgten Teilzahlung für das 2. Quartal 2010. Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG v. 12.12.2007, aaO) besteht auch ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber seiner arbeitsvertraglichen Pflicht, für jede Zielperiode gemeinsam mit dem Arbeitnehmer die Ziele festzulegen, nicht nachkommt und nicht gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nachweist, dass er dies nicht zu vertreten

hat. Dabei ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber ein Angebot zum Abschluss einer Zielvereinbarung unterbreitet und dabei Ziele nennt, die der Arbeitnehmer erreichen kann (vgl. BAG v. 10.12.2008 - 10 AZR 889/07). Anders als bei Zielvorgaben ist bei der zu treffenden Zielvereinbarung grundsätzlich zu prüfen, ob eine alleinige Initiativpflicht des Arbeitgebers besteht oder auch eine solche des Arbeitnehmers anzunehmen ist (vgl. BAG v. 12.12.2007, aaO). Vorliegend ergibt sich aufgrund der Formulierung eine alleinige Initiativlast der Beklagten, denn die Vereinbarung vom 12.09.2009 baut ersichtlich auf der ursprünglichen Vereinbarung vom 15.08.2004, die sie ablöst, auf und lautet auf Seite 1, 3. Aufzählungspunkt: „These sales targets will be set and agreed between the Employee and Management.“ Zunächst werden also Ziele vorgegeben, über die dann mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung gefunden werden soll.

Die Beklagte hat aber in der E-Mail vom 26.02.2010 einseitig Ziele vorgegeben. Dass sie danach mit dem Ziel, zu einer Vereinbarung zu kommen, verhandelt und ihre Vorgaben zur Disposition gestellt hätte, trägt sie nicht vor. Im Gegenteil: Die unbestrittene Aussage des Vorgesetzten C. „I do not want to pay any commission to you!“ lässt die Weigerung der Beklagten, eine Zielvereinbarung zu treffen, erkennen. Die Beklagte bestreitet in ihrer Berufung den Wortlaut der Aussage nicht, sondern trägt lediglich vor, dass diese Aussage anders gemeint war, nämlich dass der Kläger schlecht leiste und deshalb keinen Bonus erlangen könne. Was jedoch gemeint war, ist unerheblich, wenn es nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht wird. Ob der Endgültigkeit der Worte kann jedoch nicht auf ein Verhandeln mit dem Ziel einer Vereinbarung geschlossen werden. Der Kläger durfte vielmehr davon ausgehen, dass ein Verhandeln seinerseits keinen Sinn mehr machte.

Damit hat aber die Beklagte keine Tatsachen vorgetragen, die ihr grundsätzliches Vertretenmüssen entkräften und ein Mitverschulden des Klägers gem. § 254 BGB erkennen ließen.

Nach § 252 Satz 2 BGB hat der Kläger aufgrund der Beweiserleichterung des § 287 ZPO Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des entgangenen Bonus von 40 % des Jahresgrundgehalts.

c) Bezüglich der Boni für die weiteren Quartale kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Die Beklagte hat weder substantiiert vorgetragen, wann und wie sie die Initiative ergriffen hat, um zu einer Zielvereinbarung mit dem Kläger zu kommen, was angesichts der Äußerung vom 26.02.2010 des Vorgesetzten C. auch nicht verwunderlich ist, noch kann aus diesen Gründen dem Kläger ein Mitverschulden angelastet werden.

3. Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Ausschlussfrist des § 16 MTV Zeitarbeit berufen. Diese Regelung unterliegt einer Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB und ist gem. § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Satz Nr. 1 BGB unwirksam.

a) Unstreitig wurden die ursprünglichen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen des Klägers mit seinem damaligen Leiharbeitgeber T. GmbH vom 26.08.2004 mit Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Beklagten vom 01.05.2006 übernommen, soweit nichts anderes vereinbart worden ist. Im Vertrag vom 26.08.2004 ist in § 12 geregelt, dass alle kollektivrechtlichen Vereinbarungen des Bundesverbands der Zeitarbeit e. V. (BZA) anzuwenden seien, sofern nichts anderes vereinbart sei.

Damit ist ein branchenfremder Tarifvertrag und dieser auch nur zum Teil einbezogen worden. Daher greift die Ausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht. Nach dieser Vorschrift unterliegen tarifvertragliche Regelungen keiner Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB. Dies folgt aus der Institutsgarantie des Art. 9 GG. Wegen der Gleichgewichtigkeit der Tarifpartner ist deshalb davon auszugehen, dass bei einer Gesamtbetrachtung der tariflichen Regelungen eine ausgewogene, auch Arbeitnehmerinteressen berücksichtigende Regelung getroffen ist.

Dies gilt nach einhelliger Meinung auch für sog. Globalverweisungen, also wenn einzelvertraglich ein Tarifvertrag insgesamt in den Vertrag einbezogen wurde (vgl. BAG v. 23.09.2004 - NZA 2005, 275; Preis in ErfK, 12. Aufl. 2012, BGB, §§ 305 - 310 Rn. 13 m. w. N.).

Eine Inhaltskontrolle ist weiterhin auch dann entbehrlich, wenn auf einen einschlägigen Tarifvertrag verwiesen wird (vgl. LAG Berlin v. 10.10.2003 - LAG-Report 2004, 27). Aus dem Zweck der §§ 310 Abs. 4 Satz 3 und 307 Abs. 3 BGB, dass Kontrollfreiheit nur dann

bestehen soll, wenn die tarifliche Regelung ihre Angemessenheit in sich trägt, folgt, dass dies bei branchenfremden Tarifverträgen nicht mehr gilt. Ein fremder Tarifvertrag legt ganz andere ökonomische und betriebliche Bedingungen zugrunde als sie in der Branche gelten, in der die Verweisung vorgenommen wird, weshalb bei Bezugnahmen auf fremde Tarifverträge die Angemessenheit der Regelungen nicht mehr vermutet werden kann (vgl. ErfK/Preis, aaO, Rn. 14 m. w. N.).

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Beklagte meint, dies für Verweisungen auf branchennahe und -ähnliche Bereiche ebenfalls gilt. Die Zeitarbeitsbranche mit der Überlassung von Arbeitnehmern an Einsatzfirmen als Hauptzweck ist jedoch nicht annähernd dem Verkauf und Vertrieb in der Handelsbranche ähnlich. Dies ist auch insbesondere aus den Regelungen des MTV Zeitarbeit zu Arbeits- und Einsatzzeiten erkennbar, die der Besonderheit des Auseinanderfallens von Arbeitgeber und Einsatzbetrieb Rechnung tragen.

b) Da weder eine Globalverweisung noch eine Verweisung auf einen einschlägigen Tarifvertrag vorliegt, ist aber eine Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB vorzunehmen. Aufgrund der von der Beklagten gewählten Form der Verweisung stellt § 16 MTV Zeitarbeit nichts anderes dar als eine einseitige, arbeitsvertraglich vorgegebene Ausschlussfrist, wonach Ansprüche innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG v. 25.05.2005 - 5 AZR 572/04) benachteiligt aber eine einzelvertragliche Ausschlussfrist, die kürzer als drei Monate bemessen ist, die andere Vertragspartei unangemessen gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Sie entfällt daher wegen § 306 BGB ersatzlos. Aus diesem Grunde liegt vorliegend auch kein Eingriff in die Tarifvertragsautonomie vor, da wie dargelegt gar keine tarifliche Regelung kontrolliert wird, sondern eine arbeitsvertragliche. Daher ist auch keine Überprüfung der Angemessenheit der kurzen Ausschlussfrist infolge anderer dies ausgleichender Regelungen vorzunehmen. Die Beklagte selbst bleibt hier jedenfalls Ausführungen, inwieweit aufgrund welcher Regelungen trotzdem eine Angemessenheit angenommen werden könnte, schuldig. Daher sind die Ansprüche des Klägers nicht erloschen.

4. Der Kläger hat auch Anspruch auf das begehrte wohlwollende Zwischenzeugnis.

a) Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses besteht als allgemeine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, wenn der Arbeitnehmer einen triftigen Grund geltend machen kann (vgl. LAG München v. 23.07.2009 - 4 Sa 103/09 - zit. n. Juris; LAG Köln v. 02.02.2000 - NZA-RR 2000, 419). Dies ist bei rechtlichen oder tatsächlichen Veränderungen des Arbeitsverhältnisses gegeben und insbesondere bei Vorgesetzten- und Tätigkeitswechsel anerkannt (vgl. BAG v. 01.10.1998 - AP BAT § 61 Nr. 2). Für den Inhalt des Zwischenzeugnisses gelten die gleichen Grundsätze wie für das Endzeugnis. Danach muss das Zeugnis zwar der Wahrheit entsprechen, aber auch so wohlwollend formuliert sein, dass dadurch das weitere Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unnötig erschwert wird. D. h., selbst wenn die Leistungsmängel des Klägers, so wie von der Beklagten - allerdings unsubstanziert - behauptet, bestünden, wären diese in diesem Sinne immerhin noch „wohlwollend“ zu formulieren. Auch schlechte Leistungen können in wohlwollender Form ausgedrückt werden.

b) Der Anspruch ist auch nicht verwirkt. Zwar kann vor Eintritt der Verjährung der Zeugnisanspruch verwirkt werden, wenn er nicht in angemessener Zeit geltend gemacht wird (Zeitmoment) und ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitgebers entstanden ist (Umstandsmoment). Es kann dahingestellt bleiben, ob nach ca. ½ Jahr bereits das Zeitmoment erfüllt ist. Das Bundesarbeitsgericht hat dies angenommen für einen Zeitraum nach zehn Monaten, weil im dortigen Fall keine hinreichenden Erinnerungen an die zu bezeugenden Tatsachen angenommen werden konnten (vgl. BAG v. 17.02.1988 - AP BGB § 360 Rn. 17). Hiervon kann aber aufgrund der Ausführungen der Beklagten zum Verhalten des Klägers nicht ausgegangen werden.

Jedenfalls fehlt es am Umstandsmoment. Die Beklagte hat nicht ausgeführt, aufgrund welcher weiteren Umstände, außer des reinen Zeitablaufs, sie darauf vertrauen durfte, dass der Kläger ein Zwischenzeugnis nicht mehr verlangen würde.

c) Bezüglich der weiteren Einwendung der Ausschlussfrist der Beklagten des § 16 MTV Zeitarbeit i. V. m. dem Arbeitsvertrag ist auf die obigen Ausführungen zu II. 3. a) zu verweisen.

Demnach war die Berufung insgesamt zurückzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen.

IV. Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen nach § 72 a ArbGG die Beklagte hingewiesen wird, zulassen sollte.

Krottenthaler

Eckinger

Mehle