

3 Sa 985/15
12 Ca 15034/13
(ArbG München)

Verkündet am: 03.03.2016

Gapp
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

C.
C-Straße, B-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

D.
D-Straße, B-Stadt

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Eulers und die ehrenamtlichen Richter Weigl und Bareth

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 08.10.2015 – 12 Ca 15034/13 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.550,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Teilbetrag in Höhe von 2.275,00 € brutto seit dem 01.07.2012 und aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 2.275,00 € brutto seit dem 01.07.2013 zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- III. Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Zahlung von (Leistungs-) Boni bzw. variabler Vergütung für die Jahre 2009, 2010, 2011 und 2012.

Die Klagepartei war seit dem 01.09.1991 bei der Beklagten als außertariflicher Angestellter mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % beschäftigt. Ihr Jahresfestgehalt betrug im Jahr 2009 € 60.969,00 brutto, im Jahr 2010 € 63.808,58 brutto (Anlage BI 3) bzw. € 66.475,40 brutto (übereinstimmende Erklärung der Parteien), im Jahr 2011 € 75.310,42 brutto sowie im Jahr 2012 € 76.994,16 brutto. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Bank in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts, bei der das Bayerische

Personalvertretungsgesetz (BayPVG) Anwendung findet. Die Vergütung war zuletzt aufgrund des Arbeitsvertrags vom 01.04.2005 wie folgt geregelt:

„§ 4. Bezüge

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

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

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

(...)

§ 9. Leistungen ohne Rechtsanspruch

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

Dieser Arbeitsvertrag wurde der Klagepartei mit einem Begleitschreiben vom 01.04.2005 übersandt, das auszugsweise folgenden Inhalt hat:

„Mit Abschluss Ihres neuen Arbeitsvertrages mit Wirkung ab dem 01.04.2005 werden Sie nach dem variablen Vergütungssystem für die außertariflich Beschäftigten der C. bezahlt. ... Ihr Jahresgehalt setzt sich zusammen aus dem Jahresfestgehalt, dem Leistungsbonus und dem Bankbonus.

...

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

...

Bitte beachten Sie auch dazu folgende grundsätzliche Hinweise zu den Regelungen in der Bonusvereinbarung:

.... Auch bei unverändertem Zielbonus besteht kein Rechtsanspruch auf Auszahlung eines entsprechenden Leistungsbonus, wenn die Ertragslage der Bank dies nicht zulässt. ...

Bitte geben Sie ein Exemplar des Arbeitsvertrags vom 01.04.2005 baldmöglichst unterschrieben an den Zentralbereich Personal zurück.“

Mit Wirkung zum 01.01.2007 wurde der Zielbonus auf 20 % erhöht, was der Klagepartei mit Schreiben vom 01.01.2007 mitgeteilt wurde. Dort hieß es auszugsweise:

„...“

Bitte beachten Sie auch dazu folgende grundsätzliche Hinweise zu den Regelungen in der aktuellen Bonusvereinbarung vom Oktober 2004:

.... Auch bei unverändertem Zielbonus besteht kein Rechtsanspruch auf Auszahlung eines entsprechenden Leistungsbonus, wenn die Ertragslage der Bank dies nicht zulässt. ...“

Die Beklagte schloss mit dem bei ihr gebildeten Personalrat zur Regelung der Bonusansprüche seit dem Jahr 2000 Dienstvereinbarungen ab (zum Überblick der Dienstvereinbarungen vgl. Beklagtenschriftsatz vom 20.04. 2014, Seite 17). In Umsetzung dieser Dienstvereinbarungen wurden auf Basis der sog. Führung durch Ziele (FDZ) jeweils zu Jahresbeginn individuelle Arbeitsziele festgesetzt, die die Klagepartei jeweils zu 100 % erfüllt hat. Für die Geschäftsjahre bis 2007 zahlte die Beklagte der Klagepartei jährlich einen Leistungsbonus in Höhe des Jahresfestgehalts x 15 bzw. 20 % x Faktor 1,0.

Das Geschäftsjahr 2008 endete für die Beklagte mit einem Verlust von rund € 5 Mrd.. Ihr Zusammenbruch konnte nur durch Zuführung neuen Eigenkapitals in Höhe von rund € 10 Mrd. bis in das Jahr 2009 hinein und einer staatlich garantierten Abschirmung bis zu ei-

nem Höchstbetrag von € 4,8 Mrd. abgewandt werden. Die entsprechenden Beihilfen wurden von der Europäischen Kommission am 18.12.2008 genehmigt. Darüber hinaus legte die Beklagte ein Umstrukturierungsprogramm („Projekt Hercules“) auf, das neben einer Neuausrichtung des Geschäftsmodells auf Kernbereiche und –regionen insbesondere auch eine (konzernweite) Kostenreduktion in Höhe von € 670 Mio. und einen Personalabbau um ca. 1000 Mitarbeiter auf den Ebenen der Beklagten, d.h. ohne Berücksichtigung des Personalabbaus in den Tochtergesellschaften, vorsah. Auch entschied die Beklagte Anfang 2009, die leistungsorientierte Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 auszusetzen.

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

Für das Kalenderjahr 2009 fand die Dienstvereinbarung über die Grundsätze des Vergütungssystems für die außertariflichen Beschäftigten der C. vom 26. Oktober 2004 (GrundsatzDV VarGeS 2004) Anwendung, deren Ziffer 5 lautet:

„5. Bonus

Zusätzlich zum Jahresfestgehalt können die in Nr. 2.1. BonusV genannten Beschäftigten einen Leistungsbonus sowie einen Bankbonus erhalten, soweit es die betriebswirtschaftliche Erfolgssituation der Bank unter Berücksichtigung einer angemessenen Risikovorsorge, der Ausschüttung an die Anteilseigner bzw. der mit der Trägerschaft beliehenen Gesellschaft sowie einer angemessenen Rücklagenbildung gestattet. Einzelheiten zum Bonus-system und die Vergabe der Bonuszahlungen regelt eine gesonderte Vereinbarung.“

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

Mit Wirkung zum 1. Januar 2010 regelten die Betriebsparteien das Vergütungssystem für die außertariflich Beschäftigten neu, u.a. um den Vorgaben des § 5 Abs. 2 Nr. 3 der Fi-

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

„5. *Jahresfestgehalt*

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

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

5.1. *Budgets für individuelle Gehaltsanpassungen*

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

5.2. *Individuelle Gehaltsanpassungen*

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

...

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

(...)

6. Variable Vergütung

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

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

6.1. Budgets

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

6.2. Richtwert und Vergabe

6.2.1. Richtwert

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

6.2.2. Vergabe

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

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

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

<i>bei Erfüllung der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen mit Einschränkungen</i>	<i>40 bis 80 %</i>
<i>bei Erfüllung der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen</i>	<i>90 bis 110 %</i>
<i>bei Übertreffen der Ziele und außerfachli-</i>	<i>120 bis 150 %</i>

<i>chen Kompetenzen</i>	
<i>bei deutlichem Übertreffen der Ziele und außersfachlichen Kompetenzen</i>	<i>160 bis 200 %</i>

des Richtwertes betragen

(...)

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

(...)

6.2.3. Ermessenserwägungen

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

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

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

Nach Ziff. 1.2. der Ausführungs- und Übergangsregelung zur DV AT-Vergütung 2010 vom 08.12.2009 war die Beklagte dafür verantwortlich, die Gehaltsbänder und Richtwerte für die variable Vergütung der Anlage 4 zu Ziffer 6.2.1 DV AT-Vergütung 2010 auf ihre Marktgerechtigkeit zu überprüfen und sich ergebende Änderungen dem Personalrat mitzuteilen. Die GrundsatzDienstV VarGeS 2004 ist gleichzeitig außer Kraft getreten.

Bereits am 28./29.11.2009 hatte der Verwaltungsrat der Beklagten auf der Grundlage seiner satzungsmäßigen Befugnis Regeln zur Festsetzung des Bonusbudgets beschlossen. Danach sollte während der sog. Turn-Around-Phase bis zum 31.12.2015 der Vorstand seine Entscheidung, ob und in welcher Höhe ein Budget für die variable Vergütung zur Verfügung gestellt werde, unter Berücksichtigung der Gesamtbankebene (Beklagte einschließlich der damals noch unselbständigen Anstalten E. und F.) in Abhängigkeit des Economic Value Added (EVA) und des Delta-EVA treffen. Der EVA (nach IFRS/IAS) wird

abgeleitet aus dem Ergebnis nach Steuern und Fremdanteilen am Periodenüberschuss, bereinigt um das Restrukturierungsergebnis (Aufwendungen für Personalabbau) und ab 2011 um die Bankenabgabe, sowie aus den Eigenkapitalkosten. Etwaige positive oder negative Sondereffekte fließen somit auch in den EVA ein. Der Delta-EVA drückt die Entwicklung des EVA zwischen zwei Geschäftsjahren aus und gibt solchermaßen Auskunft über die Wertschaffung durch Rentabilitätssteigerung und/oder Wachstum. Durch die ergänzende Betrachtung des Delta-EVA kann trotz eines ggf. negativen EVA eine positive Veränderung im Zeitablauf gezeigt werden. Nach den Vorgaben des Verwaltungsrats sollte für die Entscheidung über ein Budget für die variable Vergütung auf den Durchschnitt aus dem EVA für das betreffende Geschäftsjahr und den zwei vorangegangenen Geschäftsjahren abgestellt werden. Solange dieser sog. Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA negativ war, sollte der Delta-EVA betrachtet werden, und zwar ebenfalls bezogen auf den betreffenden Drei-Jahres-Zeitraum. Nur wenn dieser Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA positiv war, durfte überhaupt ein Budget für die variable Vergütung zur Verfügung gestellt werden, das jedoch grundsätzlich auf max. 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte zu begrenzen war. Der Vorstand hatte die Möglichkeit, das Bonusbudget um max. 10 % zu erhöhen. Das solchermaßen zur Verfügung gestellte Budget bedurfte der abschließenden Zustimmung des Verwaltungsrats. Die Begrenzung des Budgets für die variable Vergütung bei negativen Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA, aber positiven Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA während der Umstrukturierungsphase bis 31.12.2015 auf max. 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte beruhte auf der Erwägung, dass die Beklagte zwar mit der Kapitalzuführung und der zusätzlichen Portfolioabschirmung vorläufig stabilisiert sei, jedoch ihre langfristige Lebensfähigkeit wegen des noch offenen Beihilfeverfahrens und der zu erwartenden Auflagen einschließlich der Rückzahlungsverpflichtungen in Bezug auf die erhaltenen Beihilfen sowie die erforderliche Umstrukturierung noch nicht gesichert sei. Vor diesem Hintergrund sollten ergebnisbelastende Effekte, wie es die Zahlung variabler Vergütung sei, begrenzt werden.

Die Beklagte informierte die Mitarbeiter mit Schreiben vom 18.12.2009 über das neue Vergütungssystem für AT-Mitarbeiter und sodann die Klagepartei persönlich mit Schreiben vom 11.01.2010 auch hinsichtlich der Zuordnung ihrer Funktion zur Job-family „LBS“, Karrierestufe „1“, und der Erhöhung ihres Jahresfestgehalts auf € 63.808,58 brutto. Des Weiteren wurde ihr mitgeteilt, dass der Richtwert für ihre variable Vergütung 10 % des

derzeitigen Mittelwertes des Gehaltsbandes für die Karrierestufe „1“ der Job-family „LBS“ und damit € 6.500,00 betrage. Für das Geschäftsjahr 2010 war mit der Klagepartei eine Zielvereinbarung geschlossen und die Zielerreichung bewertet worden. Nach der Gesamtbewertung wurden die Erwartungen insgesamt erfüllt, was 90 % bis 110 % des Richtwertes entsprach.

Im Verlauf des Jahres 2010 traten verschiedene weitere rechtliche Vorgaben für das Bankwesen in Kraft. § 25 a Kreditwesengesetz (KWG) wurde mit Wirkung zum 27.07.2010 dahingehend geändert, dass die besonderen organisatorischen Verpflichtungen eines Kreditinstitutes auch angemessene, transparente und auf eine nachhaltige Entwicklung des Instituts ausgerichtete Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Mitarbeiter umfassen. Am 13.10.2010 trat die Institutsvergütungsverordnung (InstitutsVergV 2010) in Kraft, nach deren § 4 der Gesamtbetrag der variablen Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern nicht die Fähigkeit des Instituts einschränken darf, eine angemessene Eigenmittelausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wieder herzustellen. Die Institutsvergütungsverordnung 2010 diene der Umsetzung der CRD III Richtlinie (2010/76/EU vom 14.11.2010), die in Anhang V, Abschnitt 11, Nummer 23 q auszugsweise lautet:

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

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

Im Dezember 2010 beschloss der Vorstand die Zahlung einer auf zwei Jahre befristeten sog. Stabilisierungszulage für die Tarif- und AT-Mitarbeiter im In- und Ausland mit einem Volumen von € 20 Millionen p.a., die dazu diene, das Engagement der Beschäftigten für die Zukunftssicherung der Beklagten auch monetär zu honorieren. Auf ausdrücklichen

Wunsch des Gesamtpersonalrats wurde die Zulage nicht leistungsabhängig, sondern als pauschale monatliche Zahlung festgelegt. Im Tarifbereich betrug die Zulage bis zu ein Monatsgehalt p.a. und für außertariflich Beschäftigte bis zu $\frac{3}{4}$ eines Monatsgehalts p.a. Die Auszahlung erfolgte im Zeitraum Mai 2011 bis April 2013.

Im März 2011 fasste der Vorstand der Beklagten den Beschluss, ein Gesamtvolumen für die variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2010 in Höhe von € 25 Millionen zur Verfügung zu stellen, dem der Verwaltungsrat zustimmte. Davon entfielen € 17,88 Millionen auf die AT-Beschäftigten, was bei einer Summe der funktionsbezogenen Richtwerte nach Ziffer 6.2.1 DV AT-Vergütung 2010 in Höhe von € 34,56 Millionen 51,7 % entsprach. Sowohl über die Stabilisierungszulage als auch über die Zahlung variabler Vergütung für das Jahr 2010 wurden die Mitarbeiter durch Intranetmitteilung vom 07.04.2011 informiert. Im Juni 2011 erhielt die Klagepartei für das Geschäftsjahr 2010 unter der Bezeichnung „variable Vergütung“ einen Betrag in Höhe von € 3.002,00 brutto.

Für das Geschäftsjahr 2011 findet die Dienstvereinbarung über die Vergütung der außertariflich Beschäftigten der C. vom 08.12.2009 in der Fassung der Änderung der Dienstvereinbarung vom 14.12.2010 (im Folgenden: DV AT-Vergütung 2011) Anwendung. Diese entspricht hinsichtlich der hier streitigen Vergütungsfragen der DV AT-Vergütung 2010. Für den Inhalt im Einzelnen wird auf Anlage B 16 verwiesen. Die Gehaltsbänder und Richtwerte für 2011 wurden in Anlage 4 (neu-) festgelegt. (Anlage B 17). Die Klagepartei erfüllte die persönlichen Zielvorgaben für das Geschäftsjahr 2011 zu 100 %.

Für das Geschäftsjahr 2011 stellte die Beklagte neben der vorstehend erwähnten Stabilisierungszulage ein Prämienbudget zur Honorierung besonderer Leistungen im Rahmen von Projekten oder Sonderaufgaben in Höhe von € 5 Mio. sowie ein Budget in Höhe von max. € 5 Mio. für Gehaltsanpassungen zur Verfügung. Im Januar 2012 entschied die Beklagte, für das Geschäftsjahr 2011 keine variable Vergütung zu zahlen. Durch Intranetmitteilung vom 28.02.2012 wurden die Beschäftigten hierüber informiert und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass für das kommende Jahr 2012 an der zugesagten Stabilisierungszulage im Umfang von € 20 Mio. p.a. festgehalten und erneut zur Honorierung besonderer Leistungen ein Budget in Höhe von € 5 Mio. zur Verfügung gestellt werde. Des Weiteren

werde zum 01.07.2012 eine Gehaltsüberprüfungsrunde für in- und ausländische AT-Mitarbeiter durchgeführt werden.

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

Im Juli 2012 wurde das Beihilfeverfahren abgeschlossen. Die Beihilfemaßnahmen wurden unter Auflagen seitens der Europäischen Kommission genehmigt. Die Beklagte musste sich zu einer tiefgreifenden Umstrukturierung und zur Rückzahlung eines Teils der ihr gewährten Beihilfen (insgesamt rund € 5 Milliarden) in mehreren Tranchen bis zum Jahr 2019 verpflichten. Bei einem Verstoß gegen die Zusagen und Auflagen drohte die Wiedereröffnung des Beihilfeverfahrens einschließlich der Verpflichtung der Beklagten zur Rückgewährung sämtlicher Stützungsmaßnahmen.

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

„2 Anspruch auf eine Starterprämie

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

...

2.2 Außertariflich Beschäftigte

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

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

Mit Wirkung zum 01.01.2013 ging das Arbeitsverhältnis der Klagepartei auf die E. im Wege des Betriebsübergangs gem. § 613 a BGB über. Die Beklagte zahlte ihr im April 2013 eine Starterprämie in Höhe von € 6.507,89 brutto (vgl. Entgeltabrechnung April 2013 – Anlage BI 8).

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

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

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

Geschäftsjahr	HGB Einzelabschluss In € Millionen

2008	- 3.900
2009	- 2.595
2010	544
2011	- 328
2012	28
2013	- 475

Mit ihrer am 12.12.2013 beim Arbeitsgericht München eingegangenen Klage, die der Beklagten am 23.12.2013 zugestellt worden ist, hat die Klagepartei die Leistungsboni für die Jahre 2009 mit 2012 in einer Gesamthöhe von € 52.947,79 geltend gemacht. Mit Klageerweiterung vom 22.06.2015, beim Arbeitsgericht am 23.06.2015 eingegangen und der Beklagten am 26.06.2015 zugestellt, wurde die Klage geringfügig auf einen Gesamtbetrag von € 53.284,57 (zur Berechnung vgl. Klageerweiterung, Seite 7 f.) erweitert.

Die Klagepartei hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, ihr stehe ein Anspruch auf Zahlung des sog. Leistungsbonus aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages zu. Der in § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrags angebrachte Freiwilligkeitsvorbehalt sei als Allgemeine Geschäftsbedingung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung und nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. Jedenfalls begründe sich ein entsprechender individualrechtlicher Anspruch aus dem Begleitschreiben vom 01.04.2005 und dem Schreiben zur Erhöhung des persönlichen Zielbonus vom 01.01.2007. Darüber hinaus rechtfertige sich der Anspruch aus betrieblicher Übung bzw. Gesamtzusage. Hilfsweise hat die Klagepartei gemeint, die Beklagte habe in den Jahren 2010 bis 2013 ihr billiges Ermessen nach § 315 BGB bei der Festlegung der Auszahlung des Bonus nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Die vom BAG in der Entscheidung vom 19.03.2014 (10 AZR 622/13) hierzu aufgestellten Kriterien habe sie nicht ausreichend dargelegt. Lediglich für die Krisenjahre 2008 und 2009 habe das BAG wegen der ganz außergewöhnlichen Verluste ausnahmsweise die Ansprüche auf Boni verneint und insoweit festgestellt, dass die Festsetzung der Leistungsboni auf „Null“ billigem Ermessen entsprochen hätte. Für die Folgejahre gelte das Urteil jedoch nicht. Die Klagepartei hat bestritten, dass die Beklagte ihr Ermessen überhaupt ausgeübt habe. Jedenfalls müsse von erheblichen Ermessensfehlern ausgegangen werden. Die von der Beklagten heran-

gezogenen Daten eines EVA und eines Delta-EVA seien höchst umstritten und leicht manipulierbar. Es sei zudem nicht erkennbar, aus welchen Gründen eine Deckelung der Leistungsbonuszahlung bzw. des Budgets auf 35 bzw. 38,5 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte erfolgte. Dies sei eine Vorgabe des Verwaltungsrats, der keine Ermessensentscheidung zugrunde gelegen habe. Schließlich habe die Beklagte parallel zum behaupteten Beschluss, keine Boni auszuzahlen, in Gestalt der Stabilisierungszulage und der Gehaltserhöhungen massive Geldmittel ausgeschüttet, die vorgeblich nicht zur Verfügung gestanden hätten, und damit vorsätzlich ihre vertraglichen und vorrangigen Verpflichtungen nicht erfüllt. Die Zahlung der „Stabilisierungszulage“ dürfe weder bei der Ermessensausübung einbezogen noch auf den Leistungsbonus angerechnet werden, wie auch der Bereich Personal am 16.03.2011 verlautbart habe. Vielmehr seien die Zahlung einer Stabilisierungszulage sowie die Vornahme von Gehaltserhöhungen Belege für eine ermessensfehlerhafte Entscheidung der Beklagten.

Der Leistungsbonus berechne sich jeweils nach dem Jahresfestgehalt, multipliziert mit dem Zielbonus 20 % und dem Leistungsfaktor 1,0, da die Klagepartei die vereinbarten Ziele unstreitig zu 100 % erreicht habe. Sollte in den Jahren 2010 bis 2012 das neue Vergütungssystem für anwendbar angesehen werden, stehe der Klagepartei eine Forderung von jährlich € 6.500,00 brutto zu. Die Deckelung auf 35 bzw. 38,5 % entspreche nicht billigem Ermessen.

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

tungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen eingeräumt, das sie in den Jahren 2009 bis 2012 ermessensfehlerfrei ausgeübt habe.

Die Beklagte habe den Bonus für das Geschäftsjahr 2009 ermessensfehlerfrei auf Null festgesetzt. Trotz Erreichung vereinbarter persönlicher Ziele sei die Festsetzung durch die im Geschäftsjahr 2009 vorliegenden, besonders gewichtigen außergewöhnlichen Umstände gerechtfertigt gewesen. Es habe eine Ausnahmesituation vorgelegen, die sich aus der Bankenkrise, den von der Europäischen Kommission zu erwartenden Auflagen für Restrukturierungsmaßnahmen sowie dem Jahresfehlbetrag in Höhe von € 2.595 Millionen (HGB Einzelabschluss) begründet habe.

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

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

Auf der Grundlage des positiven Drei-Jahres-Durchschnitt-Delta-EVA sei die Möglichkeit eröffnet gewesen, bis zu 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte als Budget zur Verfügung zu stellen, sowie die Möglichkeit, dieses Bonusvolumen um bis zu 10 % zu erhöhen. Das Budget in Höhe von rund € 25 Mio. für Tarifangestellte und AT-Angestellte sei aufgrund einer Gesamtabwägung unter Berücksichtigung einer seit Jahren erstmals positiven, aber noch nicht nachhaltigen Entwicklung der Ertragslage festgesetzt worden: Der EVA-Drei-Jahresdurchschnitt sei mit € - 1.790,6 Mio. deutlich negativ gewesen. Die

Betrachtung der durchschnittlichen EVA-Veränderung (Durchschnitts-Delta-EVA) habe in diesem Zeitraum einen positiven Wert von € 2.319,2 Mio. gezeigt. Ein nachhaltiger Geschäftserfolg habe sich in den EVA- und Delta-EVA-Kennzahlen jedoch nicht widergespiegelt. Auch sei das Ergebnis durch die Sondereffekte wie dem Ertrag in Höhe von € 130 Mio. aus der Auflösung eines Total Return Swaps (TPS) gekennzeichnet gewesen. Nach dem Grundgedanken der InstitutsvergV dürften sich negative Erfolgsbeiträge nicht auf die Höhe der variablen Vergütung auswirken. Der Vorstand habe zudem berücksichtigt, dass das Konzernergebnis wie auch der HGB-Einzelabschluss positiv gewesen seien und eine vollständige Befriedung aller Ansprüche auf Genussrechte als auch eine Zuschreibung bei stillen Einlagen ermöglicht hätten. Ferner sei berücksichtigt worden, dass vor dem Hintergrund der Rekapitalisierung in Milliardenhöhe durch den Freistaat es nicht zu vermitteln gewesen wäre, im Jahr nach der Rettung der Beklagten durch staatliches Vermögen ein noch höheres Volumen für die variable Vergütung zur Verfügung zu stellen. Das in Form der Beihilfen zugeführte Kapital in Höhe von rund € 10 Milliarden hätte in den nächsten Jahren zurückgeführt werden müssen. Andererseits habe nach zwei Jahren ohne Zahlung einer variablen Vergütung ein klares Signal an die Belegschaft gesandt werden müssen, dass sich die im vergangenen Geschäftsjahr gezeigte große Leistungsbereitschaft gelohnt habe und angemessen honoriert werde. Unter Zugrundelegung des Budgets und der Zielerreichung der Klagepartei habe diese Anspruch auf € 3.002,00 brutto gehabt. Dieser Betrag errechne sich aus dem für die Klagepartei maßgeblichen Richtwert von € 6.500,00, multipliziert mit 38,5 % des Budgets für AT-Mitarbeiter und 110 %, die sich aus der sog. Orientierungsbandbreite bei Erfüllung der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen ergeben. Hinzu käme eine bereichseinheitliche Erhöhung um 9,05 %. Dieser Anspruch sei durch Zahlung unter Ausweis „Variable Vergütung“ in der Gehaltsabrechnung im Juni 2011 erfüllt worden.

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

	2008 / in € Mio.	2009 / in € Mio.	2010 / in € Mio.	2011 / in € Mio.
EVA	- 4.946,0	- 118,0	- 307,7	- 414,5
Delta-EVA		4.828,0	- 189,7	- 106,8

Durchschnitts-EVA 2009 bis 2011 in € Mio.		- 280,1
Durchschnitts-Delta-EVA 2008 bis 2011 in € Mio.		1.510,5

Zwar hätte aufgrund des Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA mit dem positiven Wert von € 1.510,5 Mio. die Möglichkeit zur Festsetzung eines Budgets für variable Vergütung bestanden. Jedoch sei das Ergebnis durch hohe positive Sondereffekte beeinflusst gewesen, wie den Erträgen in Höhe von € 130 Mio. aus der Bewertung des „Own Credit Spread“ und in Höhe von € 187 Mio. aus der Bewertung des „Cross Currency Swaps“, die bereits im ersten Quartal 2012 durch entsprechende Ergebnisbelastungen weitgehend ausgeglichen worden seien. Bei der Abwägung habe der Vorstand zudem den Jahresfehlbetrag von € 328 Millionen (HGB Einzelabschluss) berücksichtigt. Auch sei eine Buchwertabschreibung auf die Beteiligung der Beklagten an der ungarischen Tochter G. erforderlich geworden und es hätte 2011 erstmals die Bankenabgabe von € 61 Mio. geleistet werden müssen. Die Inhaber von stillen Einlagen und Genussrechten seien am Verlust beteiligt worden und hätten für das Geschäftsjahr 2011 keine Ausschüttungen erhalten. Zum Verlustausgleich seien Kapitalrücklagen in Höhe von € 215 Mio. aufgelöst worden. Mit dem noch nicht abgeschlossenen EU-Beihilfeverfahren seien weiterhin große Unsicherheiten verbunden gewesen. Zur Honorierung der Leistungen und der Motivation der Beschäftigten habe der Vorstand der Beklagten zudem die Stabilisierungszulage beschlossen sowie Gehaltsanpassungen in 2012 ermöglicht. Auch die Klagepartei habe für das Geschäftsjahr 2011 unstreitig zeitanteilig von Mai bis Dezember 2011 eine Stabilisierungszulage in Höhe eines $\frac{3}{4}$ Monatsgehalts erhalten. Ergänzend hat die Beklagte auf den in der zweiten Jahreshälfte 2012 gefassten Beschluss, Zeitguthaben von mehr als 50 Stunden zum Stichtag 30.09.2012 auszuzahlen, hingewiesen.

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

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

Der Vorstand habe im Rahmen seiner Abwägung zur Festlegung des Budgets für die Zahlung einer sog. einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung von insgesamt € 15 Mio. für Tarif- und AT-Beschäftigte berücksichtigt, dass der Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA auf Gesamtbankebene der Jahre 2010 bis 2012 mit € - 166,1 Mio. deutlich negativ gewesen sei, wenngleich der Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA der Gesamtbank in den Jahren 2009 bis 2012 mit € 114,0 Mio. positiv gewesen sei. Allerdings sei das Ergebnis der Beklagten durch Sondereffekte beeinflusst gewesen. Eine nachhaltig erfolgreiche wirtschaftliche Lage der Beklagten habe nach wie vor nicht vorgelegen. Trotz des Jahresüberschusses in Höhe von € 28 Mio. seien Ausschüttungen auf stille Einlagen nicht vorgenommen worden. Auch sei die bestehende Verpflichtung zur Rückzahlung von € 5 Milliarden an den E. zu berücksichtigen gewesen. Angesichts der weiter bestehenden Unsicherheit hinsichtlich der Erfüllung der Beihilfeauflagen sei die Bereitstellung eines höheren als des beschlossenen Budgets für die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung nicht zu vertreten und den Eigentümern der Beklagten nicht zu vermitteln gewesen. In die Ermessensentscheidung habe der Vorstand auch einbezogen, dass die AT-Beschäftigten im Geschäftsjahr 2012 weiterhin die Stabilisierungszulage in Höhe von $\frac{3}{4}$ eines Monatsgehalts ausbezahlt bekamen und ihnen ein Prämienbudget in Höhe von € 5 Mio. zusätzlich zur Verfügung gestellt worden sei. Das Budget zur Zahlung einer einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung habe ca. 22 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte entsprochen und sei auf der Grundlage der DV AT-Vergütung 2011 verteilt worden. Jedenfalls sei ein eventueller Zahlungsanspruch der Klagepartei nach Ziffer 2.2. DV Starterprämie mit der Zahlung der Starterprämie erfüllt worden.

Das Arbeitsgericht München hat die Klage mit Endurteil vom 08.10.2015 – 12 Ca 15034/13 – abgewiesen. Wegen des unstreitigen sowie des streitigen Vortrags der Par-

teilen im Übrigen, der erstinstanzlich gestellten Anträge und der maßgeblichen rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen begründet das Arbeitsgericht seine Entscheidung im Anschluss an die nach Klageerhebung ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19.03.2014 - 10 AZR 622/13 - zu einem überwiegend identischen Sachverhalt eines anderen Mitarbeiters der Beklagten damit, dass § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags rechtswirksam auf die jeweils gültige Dienstvereinbarung verweise. Die Beklagte habe das ihr danach zustehende billige Ermessen in Bezug auf die Entscheidung, einen Bonus bzw. variable Vergütung für die Geschäftsjahre 2009 bis 2012 zu zahlen bzw. nicht zu zahlen, ermessensfehlerfrei ausgeübt. Für das Jahr 2009 ergebe sich dies bereits aus der zitierten Entscheidung des BAG, weshalb für 2009 kein Bonusanspruch bestehe. Der Bonusanspruch für das Jahr 2010 sei mit der Zahlung in Höhe von € 3.002,00 brutto erfüllt worden, § 362 BGB. Die Beklagte sei ihrer Darlegungslast zur Ausübung billigen Ermessens nach § 315 BGB nachgekommen. Die von der Beklagten herangezogenen Parameter des betriebswirtschaftlichen Erfolgs (Jahresüberschuss und Zahlen von EVA bzw. Delta-EVA) leiteten sich direkt aus der Dienstvereinbarung ab. Die Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze entsprechend § 25 a KWG und der Institutsverordnung sei sachgerecht und bei der Ausübung des billigen Ermessens vom Gericht als Parameter zu akzeptieren, auch wenn sie nicht für die Klagepartei direkt gelten. Ebenso sei die noch offene Entscheidung der EU-Kommission über die Rückzahlungsverpflichtung ein sachgerechter Anknüpfungspunkt bei der Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen. Die Beklagte dürfe ihr Interesse am Bestandserhalt sowie das Interesse der Allgemeinheit (der Steuerzahler) an Rückzahlung berücksichtigen. Da die gezahlte Stabilisierungszulage dem Interesse der Klagepartei entsprochen hätte, habe sie in die Ermessensausübung miteinbezogen werden dürfen. Demgegenüber habe die Klagepartei zu den herangezogenen Parametern für die Ermessensausübung nicht im Einzelnen substantiell Stellung bezogen, sondern vielmehr pauschal alle Zahlen bestritten und sich primär auf den Anspruch auf Zahlung eines Bonus direkt aus dem Arbeitsvertrag ohne Budgetvorbehalt berufen. Hierdurch werde die ordnungsgemäße Ausübung des billigen Ermessens nicht widerlegt. Eine diese Entscheidung ersetzende Entscheidungsmöglichkeit des Gerichts nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB sei daher nicht gegeben. Die Beklagte habe ihre Ermessenserwägungen der Belegschaft auch in ausreichender Form offengelegt (vgl. etwa Anlage B 14).

Ein Anspruch auf Zahlung variabler Vergütung für das Jahr 2011 gem. § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages i.V.m. DV AT-Vergütung 2011 bestehe nicht. Da die Regelungen über die variable Vergütung im Wesentlichen inhaltsgleich zur vorangegangenen Dienstvereinbarung seien, hätten sich die Parameter, die einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung für das Jahr 2011 zugrunde gelegt werden könnten, nicht verändert. Die Beklagte habe sich für ihre Entscheidung, das Budget für die variable Vergütung auf „Null“ zu setzen, auf ihren negativen Geschäftserfolg von € 328 Mio. (HGB) sowie die weiterbestehende wirtschaftliche Ausnahmesituation berufen. Sie habe zudem miteinbezogen, dass bei der Nichtgenehmigung des Umstrukturierungsplans durch die EU-Kommission eine Rückzahlung der bereits erhaltenen Beihilfe drohte. Darüber hinaus habe sie die EVA- und Delta-EVA-Daten berücksichtigt und sich aufgrund § 25 a KWG und der Institutsvergütungsverordnung sowie den hieraus sich ergebenden Anforderungen gegen ein Bonusbudget entschieden. Dabei habe sie in ihre Entscheidung miteinbezogen, dass sie den AT-Mitarbeitern seit Mai 2011 eine Stabilisierungszulage in Höhe eines $\frac{3}{4}$ Monatsgehaltes gewähre sowie eine zusätzliche Gehaltsanpassung von € 5 Mio. für die außertariflich Beschäftigten geleistet habe. Zusätzlich habe die Beklagte in Höhe von € 5 Mio. ein Prämienbudget für Projekte und Sonderaufgaben aufgelegt und den außertariflich Beschäftigten, die an der Zeiterfassung teilnahmen, Zeitguthaben über die 50ste Stunde im Oktober 2012 ausgezahlt. Die Beklagte sei damit ihrer Darlegungslast für das Jahr 2011 vollumfänglich nachgekommen. Die Auszahlung von Überstunden hätte in das Gesamtabwägungsermessen miteinbezogen dürfen, da hiermit das gleiche Ziel, Entlohnung geleisteter Arbeit, verfolgt werde. Darüber hinaus habe die Beklagte die öffentliche Wirkung der Auszahlung von Boni bei einer aus Steuermitteln finanzierten Beihilfemaßnahme berücksichtigen dürfen, solange ein negatives Wirtschaftsergebnis erzielt wurde und die öffentliche Beihilfe noch nicht zurückgezahlt worden sei. Damit habe die Beklagte die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt. Ihr verbleibe als Inhaberin des Bestimmungsrechtes nach § 315 Abs. 1 BGB ein auszufüllender Spielraum, innerhalb dessen mehrere Entscheidungsmöglichkeiten gegeben seien. Die Klagepartei habe zu den von der Beklagten im Einzelnen vorgetragenen Überlegungen zur Ermessensentscheidung nicht substantiell Stellung bezogen. Insbesondere könne nicht eingewandt werden, die Beklagte hätte statt Gehaltsanpassungsrunden Boni zahlen müssen, denn der Anspruch auf Gehaltsanpassung ergebe sich aus Ziffer 5.1 und 5.2 DV AT-Vergütung 2011.

Der Bonusanspruch für das Jahr 2012 aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages i.V.m. DV AT-Vergütung 2011 sei unter Berücksichtigung von Ziffer 2 der DV Starterprämie durch die Zahlung der Starterprämie erfüllt.

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

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

Der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche auf Leistungsbonus bereits auf Grundlage der Schreiben der Beklagten vom 01.04.2005 und 01.01.2007 zu. Das Schreiben vom 01.04.2005 sei wegen seiner Übersendung zum neuen Arbeitsvertrag integraler Bestandteil des Vertrags geworden. Danach sei der Klagepartei ein Leistungsbonus zugestanden nach der Formel: „Zielbonus x Leistungsfaktor, wobei Ihr Zielbonus 15 % beträgt. Der Prozentsatz des Zielbonus bezieht sich auf Ihr individuelles, unter Geltung des neuen Vertrags bezogenes Jahresfestgehalt.“ Im Schreiben vom 01.01.2007 sei der Zielbonus unstreitig auf 20 % erhöht worden. Zumindest in diesem Umfang sei ein individueller Anspruch der Klagepartei gegeben, der auch einer anderweitigen Regelung durch eine Dienstvereinbarung entzogen sei. Es komme nicht darauf an, dass die Klagepartei das Schreiben vom 01.04.2005 nicht unterzeichnet habe, denn mit den dortigen Ausführungen erläutere die Beklagte, wie der Vertragsinhalt zu verstehen sei. Von einem Budgetvorbehalt sei dort nicht die Rede. Dabei seien auf Basis der sogenannten „Förderung durch Ziele“ jeweils zu Jahresbeginn individuelle Arbeitsziele festgesetzt worden, bei deren Erreichung die Bonuszahlungen fällig werden sollten. Diese Ziele habe die Klagepartei jeweils mindestens zu 100 % und mithin voll erfüllt. Es sei vertrags- und treuwidrig, wenn die Beklagte die angekündigte Honorierung der Leistungen nicht erfülle, insbesondere da der Leistungsbonus die zuvor zugestandenen Zusatzvergütungen wie Überstunden/Mehrarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit, Schichtzulagen, Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld u.ä. ersetze.

Durch die in den Jahren 2004 bis 2008 durchgehend gewährten Bonuszahlungen und die jeweils überreichten Abrechnungsschreiben, ohne Hinweis auf Geschäftsergebnis, Budgetvorbehalt und davon abhängige Zahlungen, liege eine langjährige betriebliche Übung vor, mit der ein individualrechtlicher Anspruch auf Leistungsbonus zugestanden worden sei.

Jedenfalls folge der Anspruch auf Leistungsbonus aus § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrages, der nur bezüglich der Auszahlungsmodalitäten auf die jeweiligen Dienstvereinbarungen verweise. Der in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt sei wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam, § 307 Abs. 1 BGB. Der individualrechtliche Anspruch auf den Leistungsbonus hätte durch Dienstvereinbarung nicht ausgehebelt werden können.

Hilfsweise werde der Anspruch auf den Arbeitsvertrag i.V.m. mit der jeweiligen Dienstvereinbarung gestützt. Die Klagepartei bestreitet insoweit, dass die Beklagte ihr Ermessen überhaupt bzw. zeitgerecht ausgeübt habe. Der Vortrag der Beklagten zum ausgeübten Ermessen sei jedenfalls nach den zu berücksichtigenden Kriterien unsubstantiiert und un schlüssig.

Den Ausführungen der Beklagten lasse sich nicht entnehmen, dass die Beklagte die Vorleistungen der Klagepartei und die Gesamtleistungen der Mitarbeiter angemessen berücksichtigt hätte. Es fehle jeglicher Vortrag dazu, ob Einsparungen außerhalb des Personalbereichs vorgenommen seien. Die wirtschaftliche Situation der Beklagten sei mit unsubstantiierten, rechtlich nicht relevanten Pauschalaussagen wie Verschärfung der Staatsschuldenkrise, EU-Beihilfeverfahren, Bestimmungen des KWG und der Institutsvergütungsverordnung, Erwartungshaltung der Eigentümer und der Öffentlichkeit, schlecht geredet worden. Die Pauschalaussagen würden zudem bestritten werden.

Soweit die Beklagte rein wirtschaftliche Gründe und das Betriebsergebnis anführe, könnten diese für den streitgegenständlichen Leistungsbonus nicht von Bedeutung sein. Die Beklagte habe zu keiner Zeit mitgeteilt, unter welchen wirtschaftlichen Umständen ein

Leistungsbonus in welcher Höhe gezahlt werde. Dies sei intransparent und benachteilige die Klagepartei unangemessen.

Die wirtschaftliche Situation der Beklagten habe seit 2008 durchaus erlaubt, variable Vergütungen zu zahlen, wie das E-Mail des Vorstandsvorsitzenden H. vom 03.06.2009, Vorstandsschreiben vom 07.04.2011 und die Presseinformation C. vom 23.11.2012 belegten. So werden das erfreuliche Ergebnis des Geschäftsjahres 2010, die Rückkehr in die Gewinnzone, eine gute Liquiditätslage und die wieder gefundene Leistungsstärke bekräftigt. Die gemäß EU-Verpflichtungen von der Beklagten an den E. zu leistende Beihilferückzahlungen seien übererfüllt worden, weil bereits 2012 statt 2013 mit der Rückzahlung begonnen und der Rückzahlungsplan bis Ende 2014 bereits mit € 1,1 Mrd. übertroffen worden sei. Laut Pressebericht vom 05.11.2015 werde erwogen, die noch ausstehende stille Einlage von € 2,3 Mrd. bereits 2016, d.h. drei Jahre früher als geplant, an den Freistaat zurückzuzahlen.

Des Weiteren habe die Beklagte mit der Zahlung der Stabilisierungszulage im Umfang von jährlich € 20 Mio. und Gehaltsanpassungen von € 40 bis 50 Mio. massiv Geldmittel ausgeschüttet, die angeblich nicht zur Verfügung standen und damit vorsätzlich ihre vertraglichen und damit vorrangigen Verpflichtungen gegenüber der Klagepartei nicht erfüllt. Die Stabilisierungszulage dürfe nicht im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden, weil die Beklagte am 16.03.2011 verlautbart habe, dass die Stabilisierungszulage unabhängig von einer etwaigen variablen Vergütung und auch kein Ersatz dafür sei. Auch die Starterprämie sei nicht bei der Festsetzung des Leistungsbonus zu berücksichtigen; dies verstieße gegen das Günstigkeitsprinzip und den Gleichbehandlungsgrundsatz und könnte nicht wirksam in einer Dienstvereinbarung ohne Überschreitung der Binnenschranken geregelt werden.

Schließlich sei bei der Interessenabwägung die Gewichtung der Kriterien zu beanstanden. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts dürfe eine Leistungsbestimmung auf „Null“ allein aufgrund eines negativen Geschäftsergebnisses und trotz Erreichens persönlicher Leistungsziele nur bei Vorliegen besonders gewichtiger, außergewöhnlicher Umstände erfolgen, die für die Jahre 2009 bis 2012 weder vorgetragen noch ersichtlich seien. Die Klagepartei bestreitet die Daten des EVA und Delta-EVA vorsorglich mit Nichtwissen. Auch seien diese Bewertungsanalysen höchst umstritten und leicht manipulierbar, wes-

halb deutsche DAX-Unternehmen „weitgehend“ auf die EVA-Analyse bei der Festlegung ihrer Boni verzichteten. Nach der DV AT-Vergütung 2010/2011 sei die Anwendung der EVA-Analyse für die Ermittlung des betriebswirtschaftlichen Erfolgs lediglich als ein Beispiel genannt. Jedenfalls seien die daraus gezogenen Schlüsse nicht nachvollziehbar. So bestehe bei einem negativen Delta-EVA im Jahr 2010 von € - 189,7 Mio. ein Bonusanspruch, nicht aber bei einem Delta-EVA von € - 106,8 Mio. (2011) und sogar bei einem positiven Delta-EVA von € + 638,4 Mio. (2012). In diesem Zusammenhang sei auch weder erkennbar noch schlüssig vorgetragen, wieso eine Deckelung der Leistungsbonuszahlung bzw. des Budgets auf 35 % bzw. 38,5 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte gerechtfertigt sei. Dies sei eine Vorgabe des Verwaltungsrates. Hier habe keine Ermessensentscheidung zugrunde gelegen.

Für die einzelnen Jahre gelte Folgendes: Der Klagepartei stehe für 2009 ein Leistungsbonus zu, weil sie ihre persönlichen Leistungsziele zu 100 % erfüllt und bei der Tochtergesellschaft E. beschäftigt gewesen sei, die auch 2009 einen Gewinn von € 75,5 Mio. geschrieben habe. Auch 2010 habe die Klagepartei Anspruch auf vollen Leistungsbonus, weil aus der reinen Titulierung als variable Vergütung nicht erkennbar sei, dass mit der Zahlung Juni 2011 der Leistungsbonus gemeint gewesen sei und wie sich dieser Betrag aufgrund welcher wirtschaftlichen Erwägungen berechne. Nach der neuen Formel stünde der Klagepartei eine variable Vergütung in der Karrierestufe 1 der Jobfamily LBS in Höhe von 10 % des damaligen Mittelwertes ihres Gehaltsbandes, d. h. in Höhe von € 6.500 brutto zu. Gleiches gelte für den Leistungsbonus für 2011. Der behaupteten billigen Ermessensausübung stehe in diesem Jahr der Hinweis des Bundesarbeitsgerichts entgegen, dass ein HGB-Verlust von € 328 Mio. nicht ausreiche, um einen Bonusanspruch zu verneinen. Die Klagepartei habe wegen der Erbringung der persönlichen Zielvorgaben zu 100 % Anspruch auf Leistungsbonus für 2012. Die 2013 ausgezahlte Starterprämie könne aus den Gründen, die ihrer Berücksichtigung im Rahmen des Ermessens entgegenstünden, nicht in Abzug gebracht werden. Die Klagepartei habe die Vorleistungen für den Leistungsbonus bzw. die variable Vergütung zu 100 % erbracht und werde danach auf die Starterprämie reduziert, die jeder andere, in die E. wechselnde Mitarbeiter erhalte, unabhängig davon, ob dieser einen Anspruch auf Leistungsbonus habe oder nicht. Die DV-Starterprämie sei folglich insoweit unwirksam, als sie die Ansprüche auf den Leistungsbonus entfallen lasse.

Nach der Formel für den Leistungsbonus Jahresgehalt x 20 % Zielbonus x Leistungsfaktor 1 stehe der Klagepartei für 2009 ein Leistungsbonus in Höhe von € 12.193,80 brutto, für 2010 in Höhe von € 10.293,85 brutto, für 2011 in Höhe von € 15.062,08 brutto und für 2012 in Höhe von € 15.398,83 brutto zu. Auf der Basis der neuen Vergütungsregelung hätte die Klagepartei Anspruch auf variable Vergütung in Höhe eines Richtwertes in den Jahren 2010 und 2011 mit je € 6.500,- brutto und 2012 mit € 17.000,- , nachdem mit Schreiben vom 06.02.2012 eine Beförderung in die Karrierestufe 2 ausgesprochen worden sei (Anl. K 2 – bereits vorliegend).

Die Klagepartei beantragt:

1. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.10.2015, AZ: 12 Ca 15034/13, abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei € 52.947,79 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Teilbetrag in Höhe von € 12.193,80 seit 01.04.2010, aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von € 10.293,08 seit 01.0.2011, aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von € 15.062,08 seit 01.04.2012 sowie aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von € 15.398,83 seit 01.04.2013 zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche aus keinem Rechtsgrund zu. Weder aus dem Begleitschreiben vom 01.04.2005 noch aus dem Erhöhungsschreiben vom 01.07.2007 ergebe sich ein individualrechtlicher Anspruch, weil es an einem entsprechenden Rechtsbindungswillen der Beklagten fehle. Auch ein arbeitsvertraglicher Anspruch scheide aus, weil nach der Entscheidung des BAG vom 19.03.2014 – 10 AZR 622/13 – Rn. 31, 37 und 38 eine zulässige dynamische Verweisung auf die jeweilige Dienstvereinbarung vorliege, die auch eine Abänderung durch eine Dienstvereinbarung

erlaube. Das Günstigkeitsprinzip gelte deshalb nicht. Mit dem Arbeitsgericht seien (weitere) Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der jeweiligen Dienstvereinbarung zu verneinen. Dabei sei die Beklagte weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus der jeweiligen Dienstvereinbarung verpflichtet gewesen, das Budget bereits zu Beginn der Abrechnungszeit festzusetzen und den Mitarbeitern mitzuteilen. Die Mitarbeiter seien über das neue Vergütungssystem durch die Bekanntgabe der jeweiligen Dienstvereinbarungen und der Intranetmitteilung vom 18.12.2009 informiert worden. Die Beklagte habe bei ihren jeweiligen Entscheidungen in den Jahren 2009 bis 2012 billiges Ermessen gewahrt. Sie habe ihre Erwägungen erstinstanzlich substantiiert und unter Beweisangebot vorgetragen. Der Vorwurf, wonach „überhaupt nicht erkennbar sei, welche Eckpunkte den Entscheidungen zugrunde gelegt“ worden seien, sei nicht nachvollziehbar. Die ermittelten EVA-Daten stellten nur eines von vielen Kriterien dar. Die unterschiedlichen Entscheidungen in 2010 und 2011 hätten sich angesichts der Umstände der einzelnen Geschäftsjahre und nicht nur der EVA-Daten ergeben. Die für die Ermessensausübung maßgeblichen Kriterien seien in den Intranetmitteilungen der Beklagten vom 18.12.2009, 07.04.2011 und 28.02.2012 zusammengefasst und damit gegenüber der Belegschaft kommuniziert worden. Die Klagepartei habe weder erstinstanzlich noch in ihrer Berufungsbegründung diesen Tatsachenvortrag substantiiert bestritten.

Es sei zulässig gewesen, sich bei der Ermessensausübung an den EVA-Daten zu orientieren, weil der EVA eine wertorientierte zentrale Steuerungsgröße darstelle, den Ergebnisbeitrag wiedergebe, der die risikoadäquaten Kosten des Eigenkapitals übersteige, und sich auch bei anderen Banken als geeignete Maßgröße für den betrieblichen Erfolg herauskristallisiert habe. In Absprache mit dem BaFin seien die Zahlen für die Gesamtbank zugrunde gelegt worden. Bei der Begrenzung des Budgets unter bestimmter Konstellation des EVA und Delta-EVA auf maximal 35 % bzw. 38,5 % sei der Vorstand den Vorgaben des Verwaltungsrates gefolgt, der nach der damals gültigen Satzung der Beklagten über die Grundsätze des Vergütungssystems entschieden habe. Die ergebnisbelastenden Effekte der Zahlung variabler Vergütungen sollten in den Krisenjahren begrenzt werden.

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

Der Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung für das Geschäftsjahr 2010 sei mit der im Juni 2011 geleisteten Zahlung erfüllt worden, wie das Bundearbeitsgericht zu dem identischen Sachverhalt festgestellt habe (vgl. Urteil v. 19.03.2014 – 10 AZR 622/13 – Rn. 18, 22 und 56).

Der Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung für 2012 sei durch die Starterprämie erfüllt worden, die die Klagepartei im April 2013 unstreitig erhalten habe und die 100 % des marktorientierten Richtwertes ausgemacht hätte. Ein Gleichheitsverstoß sei nicht substantiiert dargelegt worden. Einen darüber hinausgehenden Anspruch habe die Klagepartei auch deshalb nicht, weil sie nicht zum 01.01.2012 in die Karrierestufe 2 befördert worden sei. Der Richtwert habe sich für die Klagepartei auch 2012 unverändert auf € 6.500,- belaufen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 14.01.2016 und vom 02.03.2016, des Schriftsatzes der Beklagten vom 22.02.2016 und auf die Niederschrift der Sitzung vom 03.03.2016 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist im erkannten Umfang begründet.

I. Die Berufung ist zulässig.

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

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

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

a) § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags gewährt der Klagepartei keinen unbedingten Anspruch auf Zahlung eines (Leistungs-)Bonus in bestimmter Höhe. Die streitgegenständlichen Ansprüche ergeben sich erst in Verbindung mit den für das jeweilige Geschäftsjahr geltenden Dienstvereinbarungen und erfordern eine Leistungsbestimmung durch die Beklagte nach billigem Ermessen, § 315 BGB. Dies folgt aus einer Auslegung des § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags, wie das Bundearbeitsgericht zu einer inhaltsgleichen Vertragsgestaltung eines Kollegen der Klagepartei bereits geurteilt hat (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, 10 AZR 622/13 – NZA 2014, 595, Rn. 29-31). § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrages legt selbst nicht fest, in welcher Höhe und nach welchen Bedingungen ein Bonus gezahlt wird. Vielmehr bedarf dies der Ausgestaltung, für die § 4 Abs. 2 S. 4 des Arbeitsvertrages dynamisch auf die bei der Beklagten bestehenden Dienstvereinbarungen über das Bonussystem für die außertariflich Beschäftigten hinweist. Hierdurch wird für den Arbeitnehmer zugleich transparent gemacht, dass § 4 Abs. 2 S. 3 des Arbeitsvertrages das anwendbare Bonussystem nicht abschließend regelt, sondern es sich erst aus dem gesamten Inhalt des § 4 Abs. 2 und den Bestimmungen der anwendbaren Dienstvereinbarung ergibt, nach welchen Bedingungen sich im jeweiligen Geschäftsjahr die variable Vergütungskompo-

nente für außertarifliche Angestellte bestimmt (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 31).

b) Abweichend von dieser grundsätzlichen arbeitsvertraglichen Regelung kann sich die Klagepartei für die geltend gemachten Ansprüche weder auf das Schreiben vom 01.04.2005 noch auf das Erhöhungsschreiben vom 01.01.2007 stützen. Dies ergibt die Auslegung beider Schreiben nach §§ 133, 157 BGB.

Bereits durch den Eingangssatz „Mit Abschluss Ihres neuen Arbeitsvertrages ... werden Sie nach dem variablen Vergütungssystem für die außertariflich Beschäftigten der C. bezahlt. ...“ des Schreibens vom 01.04.2005 ist klargestellt, dass dieses Begleitschreiben nicht etwa einen individualrechtlichen Anspruch auf Bonuszahlung vermittelt, sondern der Leistungsbonus auf der Grundlage und im Rahmen des variablen Vergütungssystems für die außertariflich Beschäftigten gewährt werden sollte. Der nachfolgende Satz erklärt sodann, wie sich der Leistungsbonus konkret ermittelt, und nimmt nochmals („Kalenderjahresfestgehalt gem. Nr. 2.1.2. BonusV“) die Regelung des variablen Vergütungssystems für die außertariflich Beschäftigten in Bezug. Darüber hinaus sind in diesem Schreiben bereits grundsätzliche Hinweise zu den Regelungen der 2005 geltenden Bonusvereinbarung enthalten und es ist explizit mitgeteilt worden, dass auch bei unverändertem Zielbonus kein Rechtsanspruch auf Auszahlung eines entsprechenden Leistungsbonus bestehe, wenn die Ertragslage der Bank dies nicht zulasse. Darüber hinaus sollte allein ein Exemplar des Arbeitsvertrags unterschrieben an die Personalabteilung zurückgegeben werden und die neue vertragliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses der Parteien darstellen. Ein über den Arbeitsvertrag hinausgehender Rechtsbindungswille der Beklagten auf Zahlung weitergehender Leistungsboni ist dem Schreiben vom 01.04.2005 deshalb nicht zu entnehmen. Diese Auslegung teilt im Grunde auch die Klagepartei, wenn sie meint, mit den Ausführungen erläutere die Beklagte den Mitarbeitern, wie der Vertragsinhalt zu verstehen sei.

Auch dem Schreiben vom 01.01.2007 betreffend die Erhöhung des Zielbonus von 15 auf 20 % ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte zukünftig den (Leistungs-) Bonus individualrechtlich zusagen wollte. Wird eine im Arbeitsvertrag vereinbarte Bedingung für eine Sonderzahlung in nachfolgenden (Begleit-) Schreiben mehrfach nicht wiederholt, kann

dies regelmäßig nicht dahingehend verstanden werden, der Arbeitgeber wolle die Sonderzahlung künftig unbedingt leisten (siehe BAG, Urteil vom 18.01.2012 – 10 AZR 670/10 – NZA 2010, 499 Rn. 19). Im dortigen Absatz 2 folgen zudem grundsätzliche Hinweise „zu den Regelungen in der aktuellen Bonusvereinbarung vom Oktober 2004“, wodurch erneut die Bezugnahme auf das variable Vergütungssystem für AT-Beschäftigte der Beklagten gegeben ist, die der Annahme eines individualrechtlichen Anspruchs entgegensteht. Wiederum wurde im Schreiben vom 01.01.2007 darauf hingewiesen, dass der individuelle Leistungsbonus von der Ertragslage der Bank beeinflusst werde.

c) Schließlich kann die Klagepartei die Ansprüche auf Bonuszahlung nicht auf betriebliche Übung stützen.

Ein Anspruch auf betriebliche Übung kommt schon deshalb nicht in Betracht, wenn, wie hier gem. § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. der jeweils gültigen Dienstvereinbarung, die Zahlung des Bonus in der Vergangenheit auf ausdrücklicher vertraglicher Grundlage erfolgt ist (vgl. BAG, Urteil vom 12.10.2011 – 10 AZR 745/10 – NZA 2012, 450, Rn. 52; Koch in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 16. Aufl. 2015, § 110, Rn. 12 m.w.Nachw.). Anhaltspunkte dafür, die Beklagte habe unabhängig von ihren Verpflichtungen der Klagepartei einen Leistungsbonus gewähren wollen, sind nicht vorgebracht worden und auch nicht ersichtlich.

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

unangemessene Benachteiligung dar, wenn – wie vorliegend – der Arbeitgeber nach billigem Ermessen über die Bonuszahlung entscheidet (Rn. 52).

3. Der Klagepartei steht für das Kalenderjahr 2009 kein Anspruch auf eine Bonuszahlung gem. § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags i.V.m. Ziffer 5 GrundsatzDV VarGeS zu.

Die Beklagte hat den Leistungsbonus für das Jahr 2009 ermessensfehlerfrei auf „Null“ festgesetzt und damit den Anspruch der Klagepartei erfüllt. Die getroffene Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen (vgl. BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 53 und 54). Das Arbeitsgericht hat sich dieser Bewertung des BAG zu Recht im Hinblick auf den Jahresfehlbetrag von € 2,595 Mrd. sowie den im Jahr 2009 überwiegend noch andauernden Stabilisierungsmaßnahmen des Freistaats Bayern und des Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) angeschlossen. Erstinstanzlich ist die Klagepartei der Auffassung, auch 2009 sei ein Krisenjahr wie 2008 gewesen, nicht entgegengetreten.

Die nunmehr im Berufungsverfahren vorgebrachten Argumente greifen nicht.

Soweit sich die Klagepartei auf die Aussage des damaligen Vorstandsvorsitzenden H. vom 03.06.2009 stützt, übersieht sie, dass sich H. in dieser Email an eine Mitarbeiterin zur (ausgebliebenen) Bonuszahlung für das Kalenderjahr 2008 und nicht zu der hier streitigen des Kalenderjahres 2009 äußerte. Im Übrigen kommt es auf dessen Einschätzung nicht an, weil nach den damaligen Satzungsbestimmungen und ausweislich § 4 Abs. 2 S. 1 des Arbeitsvertrags die Entscheidungsbefugnis über das Ob und Wie der Bonuszahlung der Verwaltungsrat innehatte. Die Bewertung des H., die betriebswirtschaftliche Situation der Beklagten hätte auch 2008 die Zahlung eines Leistungsbonus zugelassen, ist zudem angesichts des damaligen Verlusts der Beklagten von rund € 5 Mrd., der Zuführung neuen Eigenkapitals von rund € 10 Mrd. und einer staatlich garantierten Abschirmung bis zu einem Höchstbetrag von € 4,8 Mrd. nicht nachvollziehbar und deshalb für eine Bewertung auch der späteren Jahre nicht zugrunde zu legen.

Die positiven Ergebnisse der E. von € 75,1 Mio., bei der die Klagepartei eingesetzt war, können gleichfalls keinen Ermessensfehler der Beklagten begründen. Die E. war zum damaligen Zeitpunkt noch nicht rechtlich selbstständig und teilt deshalb das wirtschaftli-

che Schicksal der Beklagten. Darüber hinaus kam es nach der für den Leistungsbonus für das Jahr 2009 maßgeblichen Ziffer 5 GrundsatzDV VarGes 2004 auf „die betriebswirtschaftliche Erfolgssituation *der Bank*“ und nicht auf einzelne Bereiche an.

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

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

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

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

Für die Festlegung des Bonusbudgets steht der Beklagten nach Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 ein Ermessen zu („bestimmt“). Dabei ist das Budget nach der Regelung in Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 nach dem betriebswirtschaftlichen Erfolg auszurichten, der sich „z.B.“ an dem EVA oder Delta-EVA misst. Darüber hinaus muss die Beklagte bei der Festlegung des Budgets dem Umstand Rechnung tragen, dass der arbeitsvertraglich zugesagte Bank- und Leistungsbonus in der DV AT-Vergütung 2010 zu *einer* variablen Vergütung verschmolzen sind. Das Budget ist daher in Abhängigkeit von der Ertragslage in einer Größenordnung festzulegen, die diesen Leistungsbezug beachtet und ausreicht, die durch Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren (siehe BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 59 und 62). Erreicht der Arbeitnehmer die Ziele, kommt deshalb nur in Ausnahmefällen eine Festsetzung des Bonus auf „Null“ in Betracht, wie dies für die Jahre 2008 und 2009 der Fall war (so BAG, Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 62). Schließlich ist der Vorstand bei seiner Entscheidung über das Budget aufgrund der damaligen Satzung an die Vergütungsgrundsätze gebunden, die ihm der Verwaltungsrat vorgibt. Diese Grundsätze unterliegen ihrerseits Recht und Gesetz und dürfen nicht zu einer Aushöhlung des Anspruchs auf variable Vergütung führen.

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

Sofern das zur Verfügung stehende Budget nicht ausreicht, die individuell festgelegten Beträge auszuzahlen, bestimmt Ziffer 6.2.2. a.E. DV AT-Vergütung 2010, dass die indivi-

duelle Zahlung in einem Vergleich der Beschäftigten untereinander entsprechend dem Leistungsgedanken anzupassen ist.

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

aa) Die Beklagte hat das Bonusbudget im Kalenderjahr 2010 auf 38,5 % der Summe der funktionalen Richtwerte zzgl. eines Bereichszuschlags auf rund € 17,88 Mio. festgesetzt. Sie hat damit den Vorgaben des Verwaltungsrats entsprochen, die grundsätzlich eine Begrenzung des Bonusbudgets auf 35 % bei negativen Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA und positiven Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA vorsahen, wie sie für 2010 gegeben waren. Auch war dem Vorstand zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt worden, das Budget um 10 % des Betrags zu erhöhen.

Diese Begrenzung des Budgets begegnet keinen Bedenken. Der Vorstand ist unstreitig aufgrund der Satzung an die Vorgaben des Verwaltungsrats gebunden und bedarf für die Festsetzung des Budgets seiner Zustimmung. Die Begrenzung auf 35 bzw. 38,5 % des Budgets gilt nur bei Vorliegen bestimmter EVA und Delta-EVA, die als betriebswirtschaftliche Kennzahlen durch Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 seitens der Betriebsparteien vorgegeben wurden. Sie ist im Übrigen auf die Umstrukturierungsphase bis 31.12.2015 zeitlich begrenzt. Bei 35 bzw. 38,5 % des (100%) Richtwerts verbleibt einem Arbeitnehmer, der die aufgaben- und verhaltensbezogenen Ziele erreicht und deshalb als Durchschnittsarbeitnehmer im Vergleich zu den Arbeitnehmer anzusehen ist, die entweder die Ziele nur mit Einschränkungen erfüllen oder übertreffen, noch immer ein angemessener Teil seiner variablen Vergütung, die ihm bei Beurteilung allein des (negativen) Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA versagt geblieben wäre. Entgegen den Behauptungen der Klagepartei im Berufungsverfahren hat die Beklagte die Erwägungen, die dieser Begrenzung zugrunde lagen, auch schon erstinstanzlich dargelegt: sie beruhen darauf, dass die Beklagte zwar mit der Kapitalzuführung und der zusätzlichen Portfolioabschirmung seit 2008 vorläufig stabilisiert sei, jedoch ihre langfristige Lebensfähigkeit wegen des noch offenen Beihilfeverfahrens und der zu erwartenden Auflagen einschließlich der Rückzahlungsverpflichtungen in Bezug auf die erhaltenen Beihilfen sowie die erforderliche Umstrukturie-

rung nicht gesichert sei. Vor diesem Hintergrund sollten ergebnisbelastende Effekte, wie es die Zahlung variabler Vergütung sei, begrenzt werden. Diese Argumente sind nach den Intentionen der seit 2008 im Zuge der Finanzmarktkrise geschaffenen gesetzlichen Regelungen (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 FMStV, § 25 a KWG, § 4 InstitutsVergV 2010, Anhang I, Abschnitt 11, Nummer 23q der CRD III Richtlinie (2010/76/EU vom 14.11.2010) nicht zu beanstanden. Dem Ziel, durch angemessene Vergütungssysteme die angemessene Eigenmittelausstattung eines Kreditinstituts aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, wäre auch ohne Regelung des Gesetz- oder Verordnungsgebers zu entsprechen.

Soweit sich die Klagepartei grundsätzlich gegen die Berücksichtigung des EVA und Delta-EVA wendet, übersieht sie, dass Betriebsparteien die betriebswirtschaftliche Methode zur Ermittlung des betriebswirtschaftlichen Erfolgs, nach dem sich die variable Vergütung bemessen soll, bestimmen können (vgl. BAG, Urteil vom 11.12.2013 – 10 AZR 364/13 – BeckRS. 2014, 67282). Dabei ist es des Weiteren zulässig, wenn die Betriebsparteien nicht alle Faktoren selbst abschließend für die Bestimmung des Bonusvolumens festlegen, so dass der Beklagten bei Anwendung der Ziffer 6.1. DV AT-Vergütung 2010 ein Spielraum bei der Bestimmung des EVA bzw. Delta-EVA und damit bei dem betriebswirtschaftlichen Erfolgs blieb (vgl. BAG, Urteil vom 11.12.2013, a.a.O., Rn. 27). Im Übrigen räumt die Klagepartei bei aller Kritik an EVA und Delta-EVA im Umkehrschluss ein, dass es (wenige) DAX-Unternehmen gibt, die bei der Festlegung ihrer Boni die EVA-Analyse zugrunde legen, wenn sie ausführt, dass die deutschen DAX-Unternehmen „weit überwiegend“ darauf verzichten. Dann aber ist es nicht zu beanstanden, wenn auch die Beklagte dieser betriebswirtschaftlichen Methode folgt, wobei die vorgenommene Durchschnittsbetrachtung Ausschläge nach unten oder oben vermeidet und deshalb vertretbar erscheint.

bb) Die Beklagte hat zudem den für die Klagepartei geltenden Richtwert und den für sie zugrunde gelegten Prozentsatz von knapp 110 innerhalb der Bandbreite des erreichten Ergebnisses („erfüllt“: 90 bis 110 %) mitgeteilt (Beklagtenschriftsatz vom 20.04.2014, S. 37 bis 38, Anlagen B 6 und 7). Hiergegen hat die Klagepartei auch im Berufungsverfahren keine konkreten Einwände erhoben. Sie hat insbesondere nicht bestritten, dass der ausgeübten Position in zulässiger Weise der Richtwert von € 6.500,00 zugeordnet worden ist. Auch die Bewertung ist zwischen den Parteien unstrittig. Die Klagepartei hat den Leistungsfaktor schließlich selbst mit 1,0 angegeben, was 100 % entspricht und damit weniger

ist, als von der Beklagten zugrunde gelegt worden ist. Schließlich stimmt die Berechnung der Beklagte: 110 % des Richtwerts von € 6.500,00 brutto entsprechen € 7.150,00. 38,5 % davon sind € 2.752,75.

In diesem Zusammenhang begegnet es keinen Bedenken, dass die Beklagte nicht zunächst die variable Vergütung der Arbeitnehmer nach dem jeweilige Richtwert bestimmt (1. Schritt), danach die Summe der variablen Vergütung feststellt und am Budget misst (2. Schritt), um sodann sowohl die Summe der Richtwerte als auch die variable Vergütung jedes einzelnen Arbeitnehmers um den gleichen Prozentsatz zu kürzen (3. Schritt), sondern gleich die variable Vergütung des einzelnen Arbeitnehmers auf 35 bis 38,5 % seines individuellen Richtwerts begrenzt. Dieses Vorgehen führt bei vertretbarer, gleichmäßiger Kürzung aller einzelnen Richtwerte um 35 bis 38,5 % zu demselben rechnerischen Ergebnis (38,5 % des Richtwerts von € 6.500,00 brutto entsprechen € 2.505,50. Davon 110 % im Fall der Klagepartei sind € 2.752,75).

Schließlich hat die Beklagte die so ermittelte variable Vergütung um einen zusätzlichen bereichseinheitlichen Faktor von 9,05 % auf € 3.002,00 erhöht.

cc) Mit der Bestimmung der variablen Vergütung für das Kalenderjahr 2010 auf € 3.002,00 brutto hat die Beklagte somit die beiden Kernelemente, die bei der Ermessensausübung nach Ziffer 6 Abs. 2 S. 1 der für das Kalenderjahr 2010 anzuwendenden DV AT-Vergütung 2010 zu beachten sind, berücksichtigt. Da sowohl die Zahlen des EVA bzw. Delta-EVA als auch die der Leistungs- und Verhaltensbeurteilung regelmäßig erst nach Ablauf des Kalenderjahres feststehen, kann eine verbindliche Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB immer erst nachträglich erfolgen. Im laufenden Geschäftsjahr ist lediglich eine Prognose beider Faktoren möglich (vgl. BAG, Urteil vom 12.10.2011 – 10 AZR 746/10 – NZA 2012, 450, Rn. 28), und zwar auf der Grundlage der der Klagepartei bekannten Dienstvereinbarung AT-Vergütung. Eine weitergehende Transparenz ist weder möglich noch zu verlangen.

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

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

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

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

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

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

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

Die Beklagte konnte nicht positive Sondereffekte des Jahres 2011 mit angeblichen Ergebnisbelastungen aus dem ersten Quartal 2012 relativieren. Positive und negative Sondereffekte fließen in den EVA des jeweiligen Kalenderjahrs ein, so dass sie doppelt berücksichtigt würden, sollten sie zusätzlich gesondert bei der Ermessensausübung hinsichtlich der Budgetfestsetzung beachtet werden. Zum anderen basiert die EVA-Analyse auf dem betreffenden Kalenderjahr (2011) und den beiden vorangegangenen Kalenderjahren. Hierzu steht die Berücksichtigung von Sondereffekten des nachfolgenden Kalenderjahres 2012 im Widerspruch. Darüber hinaus hat die Beklagte die behaupteten Ergebnisbelastungen aus dem ersten Quartal 2012 der Höhe nach nicht mitgeteilt, so dass ein etwaiger Ausgleich nicht nachvollzogen werden kann. Auch die Buchwertabschreibung auf die Beteiligung der Beklagten an der ungarischen Tochter G. sind bei dem EVA für das Kalenderjahr 2011 eingeflossen und sind nicht erneut bei der Ermessensausübung einzubeziehen. Der Berücksichtigung der geleisteten Bankenabgabe steht entgegen, dass der EVA von dieser bereinigt wurde. Es ist widersprüchlich und nicht nachvollziehbar dargelegt, warum sie nachträglich im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten wäre. Der HBG-Verlust von € 328 Mio. schließt im Anschluss an die Entscheidung des BAG die Bonusbudgetfestsetzung nicht aus (Urteil vom 19.03.2014, a.a.O., Rn. 62). Maßgeblich ist vielmehr, ob in 2011 eine Ausnahmesituation wie in 2008 und 2009 bestand.

Eine solche Ausnahmesituation ist für 2011 nicht anzunehmen. Die Beklagte hat trotz der angeführten Belastungen ab Mai 2011 eine Stabilisierungszulage von jährlich € 20 Mio. an tarifliche und außertarifliche Mitarbeiter gezahlt (zweifelnd bereits LAG München, Urteil vom 24.02.2015 – 6 Sa 381/14 – nicht veröffentlicht). Damit hat die Beklagte weit mehr geleistet, als im Jahr 2011 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte nach Ziffer 6.2.1 DV AT-Vergütung 2011 ausgemacht hätten, nämlich rund € 16,3 Mio. bei einer Summe der funktionsbezogenen Richtwerte von insgesamt € 46,5 Mio. Demnach hätte die Beklagte auch bei Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Daten durchaus Geldmittel für die Festsetzung der variablen Vergütung für außertarifliche Mitarbeiter zur Verfügung gehabt. Soweit die Beklagte geltend macht, die Stabilisierungszulage sei im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen, weil ihr wirtschaftlicher Wert den AT-Beschäftigten zugeflossen sei, ist ihr nicht zustimmen. Bei der Stabilisierungszulage handelte es sich um eine pauschale monatliche Zahlung, die nicht auf die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers abhob. Sie verfolgte damit einen anderen Zweck als die variable

Vergütung, die die individuelle Leistung des Beschäftigten und seinen Beitrag zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr honoriert, Ziffer 6 Abs. 1 DV AT-Vergütung 2011. Im Übrigen würde es dem Transparenzgebot betrieblicher Vergütungssysteme widersprechen, das in den seit 2008 im Rahmen der Bankenkrise eingeführten Regelungen verschiedener Gesetze und Verordnungen zum Ausdruck kommt und auf das insbesondere die Beklagte in diesem Rechtsstreit hingewiesen hat, wenn Gehaltsbestandteile mit unterschiedlichen Bezeichnungen und unterschiedlichen Zwecken miteinander im Rahmen der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verwoben würden. Dies hat auch die Beklagte außergerichtlich so gesehen, wenn sie am 16.03.2011 durch den Bereich Personal verlauten ließ: „Die Zulage ist unabhängig von einer etwaigen variablen Vergütung und auch kein Ersatz dafür.“

Über die € 20 Mio. umfassende Stabilisierungszulage hinaus hat die Beklagte zudem 2011 ein Prämienbudget zur Honorierung besonderer Leistungen im Rahmen von Projekten und Sonderaufgaben in Höhe von € 5 Mio. zur Verfügung gestellt und damit widerlegt, dass keine finanziellen Mittel für variable Vergütung für das Kalenderjahr 2011 zur Verfügung standen. Ebenso ist 2011 ein Budget von max. € 5 Mio. für Gehaltsanpassungen eingerichtet worden. Insoweit hat die Beklagte nicht behauptet, aufgrund von Tarifierhöhungen zur Gehaltsanpassung der AT-Mitarbeiter, zumal im erfolgten Umfang, verpflichtet gewesen zu sein.

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

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

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

Mio. abschloss und die Inhaber von stillen Einlagen und Genussrechten am Verlust beteiligt worden waren.

Andererseits war die variable Vergütung nicht unter 35 % des Richtwertes festzusetzen. Die Betriebsparteien hatten bereits durch die Neuordnung des Vergütungssystems mit Wirkung zum 01.01.2010 die variable Vergütung im Vergleich zu früher erheblich abgesenkt, so dass die ungefähre Drittelung des Richtwerts im Hinblick auf den Zweck der variablen Vergütung, die im Kalenderjahr erbrachte Leistung zu honorieren, geboten ist.

Diese individuelle variable Vergütung ist nicht wegen der an die Klagepartei gezahlte Stabilisierungszulage um $\frac{8}{12}$ eines $\frac{3}{4}$ Monatsgehalt zu reduzieren. Wie bereits ausgeführt wurden die Stabilisierungszulage und die variable Vergütung zu unterschiedlichen Zwecken gewährt. Eine Anrechnung würde auch dem Transparenzgebot widersprechen.

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

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

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

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

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

c) Die Beklagte hätte auch für das Kalenderjahr 2012 nach den Vorgaben des Verwaltungsrats ein Budget für die variable Vergütung festsetzen können. Erneut hätten die EVA- und Delta-EVA-Zahlen eine variable Vergütung ermöglicht, weil der Drei-Jahres-Durchschnitt-Delta-EVA mit € 114 Mio. positiv war. Die erneut angeführten Sondereffekte können, wie ausgeführt, keine Berücksichtigung bei der Ermessensausübung finden. Vor allem aber standen der Beklagten auch im Kalenderjahr 2012 finanzielle Mittel zur Verfügung, die sie für die variable Vergütung hätte verwenden können, nämlich € 20 Mio. für die von Januar bis Dezember 2012 gezahlte Stabilisierungszulage, € 5 Mio. Prämienbudget, max. € 5 Mio. für Gehaltsanpassungen und ein unbekanntes Budgets für die Auszahlung von Zeitguthaben an AT-Mitarbeiter, die an der Zeiterfassung teilnahmen und mehr als 50 Stunden Zeitguthaben hatten. Darüber hinaus hat die Beklagte sich noch im Jahr 2012 zur Zahlung einer Starterprämie an die zur E. wechselnden Mitarbeiter verpflichtet, was ein entsprechendes Volumen voraussetzte. Selbst wenn die wirtschaftliche Situation der Beklagten so zu beurteilen gewesen wäre, wie sie es vorgenommen hat,

dürften 2012 ausreichende Mittel für eine variable Vergütung im Umfang von 35 % der Summe der funktionalen Richtwerte zur Verfügung gestanden haben.

Die Starterprämie ist entgegen der Auffassung der Beklagten im Rahmen der Ermessensausübung nicht als mindernder Faktor eines Bonusbudgets zu berücksichtigen. Mit der im April 2013 gezahlten Starterprämie wurde ein anderer Zweck als mit der variablen Vergütung verfolgt, nämlich „zur Förderung ... (der) Wechselbereitschaft und zur Unterstützung des Überleitungsprozesses“ (§ 2 DV Starterprämie) statt zur Honorierung der „individuelle(n) Leistung eines Beschäftigten und sein(es) Beitrag(s) zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr.“ (Ziffer 6 Abs. 1 S. 1 DV AT-Vergütung 2011). Dementsprechend bezieht sich die Starterprämie auf das Kalenderjahr 2013, zu dessen Beginn der Wechsel in die E. stattfand, und die variable Vergütung für 2012 auf das Kalenderjahr 2012. Im Übrigen stünde der Berücksichtigung der Starterprämie bei der Bemessung des Bonusbudgets entgegen, dass die Starterprämie nur denjenigen Arbeitnehmer gezahlt wurde, die in die E. wechselten. Arbeitnehmer, die bei der Beklagten (weiter-) beschäftigt blieben, erhielten sie nicht. Die Berücksichtigung der Starterprämie bei der Festsetzung des Budgets für variable Vergütung würde wegen der Regelungen in Ziffer 6 Abs. 2 S. 1 und 6.2.2 DV AT-Vergütung 2011 jedoch auch variable Vergütung der weiterbeschäftigten Arbeitnehmer schmälern.

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

d) Die Klagepartei hat für das Kalenderjahr 2012 Anspruch auf eine variable Vergütung in Höhe von € 2.275,00 brutto.

Die Klagepartei hat unstreitig eine Zielerreichung von 100 %. Ihre Behauptung, sie habe für 2012 einen höheren Richtwert als € 6.500,00, hat die Beklagte bestritten. Da die Klagepartei beweisfällig geblieben ist, ist ein Richtwert von € 6.500 zugrunde zu legen; 35 %

davon sind € 2.275,00 brutto. Für die Maßgeblichkeit dieses Prozentsatzes wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

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

e) Der Anspruch auf Zahlung variabler Vergütung ist nicht durch Zahlung der Starterprämie in Höhe von € 6.507,89 brutto im April 2013 erfüllt worden.

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

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

ausgezahlt wird (vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2011, a.a.O., Rn. 26 m.w.Nachw.). Die Auszahlung verdienten Entgelts ist daher nicht von der Erfüllung weiterer Zwecke abhängig. Diese Wertung bindet auch die Betriebsparteien (vgl. BAG, Urteil vom 12.04.2011, a.a.O., Rn. 21 m.w.Nachw.).

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

Bei der in der DV AT-Vergütung 2011 geregelten variablen Vergütung handelt es sich um Arbeitsentgelt, das vom Arbeitnehmer durch die Erbringung einer Arbeitsleistung im Bezugszeitraum verdient wird und dessen Höhe von der Erreichung der mit ihm vereinbarten Ziele abhängt. Dies folgt aus dem Wortlaut der Dienstvereinbarung AT-Vergütung 2011, der die streitige Leistung an verschiedenen Stellen als „Vergütung“ bezeichnet. Es ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der variablen Vergütung, die gezahlt wird, um „die individuelle Leistung eines Beschäftigten und sein(en) Beitrag zum Ergebnis für ein Geschäftsjahr“ zu honorieren (Ziffer 6 Abs. 1 S. 2 DV AT-Vergütung 2011). Des Weiteren kommt der Charakter einer Vergütung in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags zum Ausdruck, nach dem durch die Zahlung des Bonus Überstunden/Mehrarbeit, Zuschläge und Zulagen für Schicht- und Nachtarbeit sowie Sonn- und Feiertagsarbeit abgegolten sind.

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

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

- 46 -

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

IV.

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

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil können beide Parteien Revision einlegen.

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

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

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

ingelegt und begründet werden.

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

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

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

oder

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

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

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

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>.

Dr. Eulers

Weigl

Bareth