LANDEsarbeitsgericht NÜRNBERG

5 Sa 453/14

7 Ca 1617/13

(Arbeitsgericht Würzburg - Kammer Aschaffenburg -)

Datum: 03.12.2015

Rechtsvorschriften: §§ 280, 249 ff., 315 BGB

Leitsatz:

Beide Parteien haben sich in einem Vorvertrag verpflichtet, unter Beachtung der beiderseitigen Interessen für das Kalenderjahr 2012 eine variable Vergütung zu vereinbaren. Zu einem Abschluss kam es wegen Dissens der Parteien nicht. Schadensersatz wegen nicht erfolgter Zielvereinbarung.

Urteil:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Würzburg, Kammer Aschaffenburg, vom 11.06.2014, Aktenzeichen: 7 Ca 1617/13 wie folgt abgeändert.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 14.018,45 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit 28.06.2013 zu zahlen.
3. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 15/29 und der Beklagte 14/29.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Höhe einer Erfolgsvergütung für das Kalenderjahr 2012.

Die Klägerin war auf Basis eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 16.12.2009 (auf Blatt 7 - 9 der Akte wird Bezug genommen) unter Zugrundelegung der einschlägigen Entgeltstufen der Tarifverträge im öffentlichen Dienst in der Zeit vom 01.01.2010 bis 31.12.2012 als leitende Oberärztin der Gastroenterologie in dem von dem Beklagten betriebenen Krankenhaus A... beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch Eigenkündigung der Klägerin. Die Klägerin war vor dem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten in einem größeren Krankenhaus tätig.

Die Parteien haben eine Zusatzvereinbarung unter dem 21.01.2010 abgeschlossen. Diese beinhaltet u.a. Folgendes:

„§ 1

1. *Frau T... erhält zusätzlich zum tarifvertraglichen Entgelt eine Zulage in Höhe von 20 v. H. Der Entgeltgruppen III Stufe 2 TV-Ärzte/VKA sowie eine Beteiligung an den Einnahmen des Krankenhauses für als ambulante Operation abgerechnete und von den Kassen bezahlte Koloskopien (abzüglich der Sachkosten), die Frau T... persönlich erbracht hat. Die Höhe der Beteiligung beträgt, bezogen auf das Kalenderjahr*
 - 50 % pro Koloskopie für den Bereich bis 300 Koloskopien
 - 40 % pro Koloskopie für den Bereich über 300 bis 500 Koloskopien
 - für den Bereich über 500 Koloskopien wird keine Beteiligung vereinbart.
2. *Mit diesem variablen Vergütungsbestandteil ist die Bezahlung aller etwaigen Überstunden von Frau T... abgegolten.*
3. *Die Abrechnung erfolgt kalenderjährlich durch die Krankenhausverwaltung. Vorgesehen sind monatliche Abschlagszahlungen in Höhe der voraussichtlichen Höhe des Vergütungsbestandteils.*

4. Die Vereinbarung des variablen Vergütungsbestandteils gilt 2 Jahre lang, d. h. während der Kalenderjahre 2010 und 2011. Die Vertragspartner werden die Situation analysieren (z. B. Entwicklung der Zahlen der Koloskopien, Auskömmlichkeit bzw. Benefit für Frau T... sowie für das Haus) und für die Zeit nach dem Kalenderjahr 2011 in gegenseitigem Einvernehmen eine Regelung vereinbart, die den beiderseitigen Interessen Rechnung trägt.

§ 2

...

§ 3

...“

Diese Vereinbarung wurde in den Kalenderjahren 2010 und 2011 umgesetzt.

Der Beklagte hat mit Schreiben vom 20.09.2012 der Klägerin den Vorschlag unterbreitet, die Beteiligung für die Kalenderjahre 2012 und 2013 auf 20 % festzusetzen. Diesen Vorschlag hat der Beklagte mit Schreiben vom 27.01.2012 (auf Bl. 12 - 14 d. A. wird Bezug genommen), der Klägerin zugewandt am 13.02.2012, vor dem Hintergrund wiederholt, dass aus Sicht des Beklagten die Erwartungen an die Erlössituation nicht erfüllt seien. Mit Schreiben vom 30.01.2012 (auf Bl. 15 d. A. wird Bezug genommen) sowie mit Schreiben vom 01.02.2012 (auf Bl. 16 - 20 d. A. wird Bezug genommen) hat die Klägerin den Beklagten um eine neue Vereinbarung gebeten und die aus ihrer Sicht positive Entwicklung aufgezeigt. Sodann hat die Klägerin mit Schreiben vom 26.02.2012 (auf Bl. 21 f. d. A. wird Bezug genommen) dem Beklagten den Vorschlag unterbreitet, die Beteiligung mit 60 % festzusetzen. Schließlich hat der Beklagte mit Schreiben vom 02.07.2012 (auf Bl. 23 f. d. A. wird Bezug genommen) auf den bereits von ihm unterbreiteten Vorschlag verwiesen. Zu einer Vereinbarung bezüglich einer Beteiligung für das Kalenderjahr 2012 kam es sodann nicht mehr.

Im Kalenderjahr 2012 beträgt der Gesamterlös der durchgeführten Koloskopien € 90.463,34 abzüglich der Sachkosten in Höhe von € 7.751,09, woraus sich ein Betrag von € 82.710,25 ergibt, der für eine Berechnung der Beteiligung der Klägerin die Grundlage bildet.

Der Beklagte hat auf Basis dieses Betrages eine Beteiligung der Klägerin in Höhe von

20 %, mithin einen Betrag von € 16.542,05 brutto errechnet. Zunächst hat der Beklagte an die Klägerin € 15.494,04 brutto gezahlt. Mit Schreiben vom 11.04.2013 (auf Bl. 51 d. A. wird Bezug genommen) hat der Beklagte den Prozessbevollmächtigten der Klägerin darauf hingewiesen, dass eine Gesamtabrechnung für das Kalenderjahr 2012 mangels Begleichung aller Rechnungen von den Krankenkassen noch nicht erfolgen könne und der Beklagte die Gesamtabrechnung nach Eingang aller Zahlungen vornehmen werde.

Mit Klageschrift vom 27.12.2013, bei Gericht eingegangen am 30.12.2013, hat die Klägerin eine variable Vergütung für das Kalenderjahr 2012 in Höhe von € 25.895,33 nebst Zinsen gefordert. Die Klage wurde dem Beklagten am 09.01.2014 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 07.02.2014 hat der Beklagte ein Anerkenntnis über einen Betrag in Höhe von € 1.048,51 erklärt.

Mit Teilanerkennnisurteil vom 21.02.2014 (auf Bl. 53 - 56 d. A. wird Bezug genommen) wurde der Beklagte verurteilt, an die Klägerin € 1.048,51 brutto zu zahlen. Das Teilanerkennnisurteil wurde von dem Beklagten nicht mit Rechtsmitteln angegriffen.

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Aschaffenburg – hat mit Schlussurteil vom 11.06.2014 die Klage abgewiesen. Es hat seine Entscheidung damit begründet, dass eine vertragliche Anspruchsgrundlage nicht gegeben sei, da die Zusatzvereinbarung der Parteien vom 21.01.2010 lediglich die Ansprüche der Klägerin für die Kalenderjahre 2010 und 2011 regelt und nicht für das Kalenderjahr 2012. Ein Schadensersatzanspruch scheidet aus, da es sich im streitgegenständlichen Fall nicht um eine Zielvereinbarung handele. Auch weitere Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 612 BGB, könnten den geltend gemachten Anspruch der Klägerin nicht stützen.

Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 26.06.2014 zugestellte Urteil haben diese mit Telefax vom 28.07.2014, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am gleichen Tag, Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungsschrift vom 26.09.2014 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am gleichen Tag eingegangen. Die Berufungsbegrün-

dungsfrist war bis zum 26.09.2014 verlängert worden.

Die Klägerin ist der Auffassung, ein Nichtabschluss einer Folgevereinbarung der ausgelaufenen Gewinnbeteiligungsvereinbarung begründe mindestens einen Schadensersatzanspruch. Für das Entstehen eines Schadensersatzanspruches sei es dabei unerheblich, ob der Arbeitgeber seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung, über eine Zielvereinbarung zu verhandeln, nicht nachkomme oder ob er gegen seine Verpflichtung verstoße, eine variable Vergütung in Form einer Gewinnbeteiligung neu auszuhandeln. In beiden Fällen läge ein Vertragsverstoß vor, der eine Schadensersatzverpflichtung auslöse. Unter Ziffer 4 der Zusatzvereinbarung hätten die Parteien vereinbart, dass die Vertragspartner „für die Zeit nach dem Kalenderjahr 2011 im gegenseitigen Einvernehmen eine Regelung vereinbaren, die den beiderseitigen Interessen Rechnung trägt“. Diese Vereinbarung beinhalte die Verpflichtung des Beklagten, in Verhandlungen einzutreten und in diesen Verhandlungen auch die Interessen der Klägerin zu berücksichtigen. Stattdessen hätte der zuständige Krankenhausreferent in einem Gespräch vom 18.01.2012 abgelehnt, über die variable Vergütung zu verhandeln. Nachfolgend hätte der Beklagte zwar ein Angebot unterbreitet, die variable Vergütung auf 20 % festzusetzen. Er hat sich dabei aber zur Begründung nicht auf die Argumente der Klägerin eingelassen. Dies mache deutlich, dass der Beklagte nicht ernsthaft verhandeln wollte, um eine einvernehmliche Regelung zu erreichen. Er hätte vielmehr einseitig seine Interessen einer Kostensenkung durchgesetzt, obwohl die Tätigkeit der Klägerin zu einer Leistungssteigerung geführt habe. Dass diese nicht größer ausgefallen sei, sei alleine dem Umstand geschuldet gewesen, dass der Beklagte seine Zusagen auf Verbesserung der sachlichen, räumlichen und personellen Ausstattung nicht eingehalten habe. Die Klägerin hätte an ihrer früheren Arbeitsstelle im Jahr 2008 brutto € 155.604,-- und bis zu ihrem Ausscheiden in den ersten drei Monaten des Jahres 2009 brutto € 63.448,-- verdient. Im Krankenhaus des Beklagten hätte sie im Jahr 2010 ein Bruttojahreseinkommen von € 141.164,--, im Jahr 2011 in Höhe von € 149.462,-- und im Jahr 2012 in Höhe von € 164.429,94 erzielt. Die Klägerin sei auch nur bereit gewesen, von dem größeren Krankenhaus zum kleineren Krankenhaus des Beklagten zu wechseln, wenn hiermit keine Einkommenseinbußen verbunden gewesen wären, was sich aus den von dem Beklagten vorgelegten Aktenvermerken des Verwaltungsdirektors Dr. S... vom 13.01.2012 sowie vom 27.10.2009 ergibt. Über das finanzielle Interesse hinaus hätte das berufliche Interesse der Klägerin bestanden in der Möglichkeit, den Schwerpunkt Gastro-

enterologie in dem Krankenhaus des Beklagten aufzubauen. Dass der Aufbau der Gastroenterologie nicht in den gewünschten und erwarteten Umfang gelungen sei, habe der Beklagte zu verantworten. Nach der der Klägerin vorliegenden Statistik seien im Jahr 2011 an einem Turm insgesamt 1577 Untersuchungen durchgeführt worden, 2012 seien es nach Einschätzung der Klägerin eher mehr als weniger gewesen. Außerdem seien in den Jahren 2010 bis 2012 sehr zeitaufwendige, komplexe therapeutische Eingriffe durchgeführt worden. Wenn im Kalenderjahr 2014 die Zahl der Koloskopien gestiegen sei, sei dies sicher mit einer rückläufigen Entwicklung der zeitaufwendigen und risikoträchtigen Untersuchungen und Interventionen verbunden gewesen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Würzburg vom 11.06.2014 den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 24.846,82 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.06.2013 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagtenpartei ist unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil der Auffassung, dass ein Schadensersatzanspruch für die Klägerin nicht gegeben sei. Das Arbeitsgericht habe zutreffend erkannt, dass die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung nicht als Zielvereinbarung, sondern als Gewinnbeteiligung zu werten sei und daher den Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB zu Recht verneint. Selbst wenn ein Anspruch dem Grunde nach bestünde, hätte die Klägerin den Anspruch nicht überzeugend dargestellt. Insbesondere sei die Klägerin beweispflichtig dafür, dass der Beklagte schuldhaft gehandelt habe. Sofern die Klägerin weiteren Vortrag, die Ausstattung der Räumlichkeiten sei bei Abschluss des Arbeitsvertrages Vertragsinhalt gewesen und damit mindestens konkludent auch Vereinbarungsinhalt geworden, so sei dies nicht korrekt und entbehre auch jeglicher Grundlage. Der Zusammenhang, der aus dem Aktenvermerk des Verwaltungsleiters konstruiert werde, überzeuge nicht. Schon alleine wegen des zeitlichen Auseinander-

fallens könne dieser Theorie nicht entsprochen werden. Die Zusatzvereinbarung datiere auf den 21.01.2010, der Aktenvermerk des Verwaltungsleiters Herrn K... datierte auf den 29.03.2012. Keinesfalls könne hieraus geschlossen werden, dass bereits in 2009/2010 zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlung eine Erweiterung der Grundlage des Arbeitsvertrages bzw. der Zusatzvereinbarung erfolgen sollte. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Ehemann der Klägerin Chefarzt der Abteilung gewesen sei, so dass sie sich ganz bewusst auf den Arbeitsvertrag eingelassen habe. Es könne unterstellt werden, dass vor Unterzeichnung des Vertrages als auch der Zusatzvereinbarung Klarheit über die technischen Möglichkeiten einerseits und die räumliche Situation andererseits bestanden hätte. Hätten die Parteien die Erweiterung der Untersuchungsmöglichkeiten als Vereinbarungsbestandteil festschreiben wollen, so hätten sie dies in den Vereinbarungstext mit aufnehmen müssen. Bei einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB müssten alle Umstände mit einfließen, insbesondere die Beweislastverteilung für die geltend gemachten Ansprüche. Die tatsächlichen Grundlagen für den Abschluss des Arbeitsvertrages seien seitens des Beklagten hinreichend durch die, die Situation differenzierend betrachtenden Aktenvermerke des damaligen Krankenhausreferenten Dr. S... dargestellt und ausgewertet worden. Darüber hinaus weist der Beklagte darauf hin, dass im Kalenderjahr 2008 669 und im Kalenderjahr 2009 601 Koloskopien durchgeführt worden seien. Mit Eintritt der Klägerin seien im Kalenderjahr 2010 insgesamt 628, im Kalenderjahr 2011 720 und im Jahr 2012 750 Koloskopien durchgeführt worden. Mit der Einstellung der Klägerin hätte der Beklagte jedoch das Ziel verfolgt – so war es in den Vertragsverhandlungen auch vorbesprochen – die Zahl der Koloskopien auf 1000 pro Jahr zu erhöhen. Gleichzeitig habe man sich eine Steigerung der Zahlen der ambulanten OP's versprochen. Im Jahr nach dem Weggang der Klägerin sei die Zahl der durchgeführten Koloskopien zunächst auf 614 abgesunken, während sie im Kalenderjahr 2014 auf 898 gesteigert werden konnten. Auch die durchgeführten ambulanten OP's seien ebenfalls nur leicht angestiegen während der Beschäftigung der Klägerin. In den Jahren 2008 und 2009 hätte man 325 bzw. 259 AOP's durchführen wollen. In den Jahren 2010 bis zum Ausscheiden der Klägerin 2012 seien es in Verantwortung der Klägerin 283, für 2011 328 und 2012 407 AOP's gewesen. Eine Prognose für das Jahr 2015 lasse nunmehr erkennen, dass für dieses Jahr über 1000 ambulante OP's zu erwarten seien. Darüber hinaus sei Ziel der Vereinbarung gewesen, dass neben der Steigerung der AOP-Zahlen auch ein „Eingangstor“ für die Allgemein-/Viszeralchirurgie geschaffen werden sollte. Diese Erwartungen seien innerhalb

der Beschäftigungszeit der Klägerin jedoch nicht eingetreten. Auch die Erlöse innerhalb der konservativen Behandlung hätten sich nicht so positiv entwickelt. In 2008 hätte es einen Erlös von 867.535,-- €, in 2009 einen Erlös von 958.981,-- € gegeben. Mit Eintritt der Klägerin sei der Erlös mäßig in 2010 auf 1.039.690,-- € und 2011 auf 1.128.964,-- € sowie in 2012 auf 1.124.514,-- € angestiegen. Demgegenüber hätte die Kostenentwicklung in den Jahren 2009 bis 2011 besorgniserregend gegenübergestanden. Im Jahr 2008 sei die Kostenseite bei einer Betrachtung ohne Arztkosten bei 222.800,-- € und im Jahr 2009 bei 267.300,-- € angesiedelt gewesen. Im Jahr 2010 seien die Kosten auf 328.726,-- € gestiegen, wobei hierbei schon die Auszahlungen an die Klägerin in Höhe von 29.226,-- € inbegriffen seien. Im Jahr 2011 hätten die Kosten bei 412.275,-- € mit einem Auszahlungsanteil an die Klägerin in Höhe von 33.000,-- € und im Jahr 2012 von insgesamt 364.492,-- € mit einem Auszahlungsbetrag an die Klägerin in Höhe von 16.542,-- € betragen. Fiktiv auf das Jahr 2012 weiter betrachtet, insbesondere unter Berücksichtigung einer 50 % Abschlagszahlung, hätten die Kosten 389.305,-- € betragen. Der Verdienst der Klägerin habe 2010 mit allen Gehaltsbestandteilen brutto 156.179,02 € betragen, im Kalenderjahr 2011 in Höhe von 157.899,64 € und im Jahr 2012 in Höhe von 143.881,19 €. Nach Ansicht des Beklagten scheide ein Schadensersatzanspruch auch aus, da der Beklagte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe. Vorliegend habe der Beklagte als Vertragsgrundlage, damit die Klägerin nicht ohne Leistungsbezug dastehe, zumindest einen Pauschalbetrag in Höhe von 20 % der Leistungsbeteiligung weiter an die Klägerin angeboten und ausbezahlt. Die Klägerin habe jedoch einseitig auf ihrer Betrachtung beharrt und sei mit der Regelung des Beklagten nicht einverstanden gewesen. Das Nichtzustandekommen der Abschlussvereinbarung habe der Beklagte daher nicht zu vertreten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt und insbesondere auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage erweist sich teilweise als begründet. Die Klägerin verlangt zu Recht von dem Beklagten aufgrund der gescheiterten Vertragsverhandlungen über die Gewinnbeteiligung für das Kalenderjahr 2012 einen Schadensersatz, der allerdings nicht in der von der Klägerin beantragten Höhe besteht.

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 1, Abs. 2 b ArbGG) und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist sachlich teilweise begründet.

1. Zutreffend hat das Arbeitsgericht erkannt, dass für den begehrten Zahlungsanspruch ein vertraglicher Anspruch nicht besteht.
 - a) Die Zusatzvereinbarung vom 21.01.2010 regelt in § 1 einen zusätzlichen vertraglichen variablen Vergütungsbestandteil der Klägerin, der für das Kalenderjahr 2010 und 2011 abschließend geregelt wurde. Hinsichtlich der folgenden Kalenderjahre haben die Vertragsparteien festgehalten, dass sie die Situation analysieren werden und für die Zeit nach dem Kalenderjahr 2011 im gegenseitigen Einvernehmen eine Regelung vereinbaren, die den beiderseitigen Interessen Rechnung trägt. Es handelt sich daher nach dem Verständnis der beiden Parteien um eine Zielvereinbarung, bei der über die zu erreichenden Ziele und die daran anknüpfenden Zahlungen eine einvernehmliche Regelung getroffen werden soll (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl., § 77 Rdnr. 2 ff.). Mit der Erreichung der Ziele haben die

beiden Parteien eine Umsatz-/Gewinnbeteiligung verknüpft. In der Zusatzvereinbarung vom 21.01.2010 wurde zwar für das Kalenderjahr 2012 nicht abschließend festgelegt, inwieweit es überhaupt einen variablen Vergütungsbestandteil geben soll und darüber hinaus haben die beiden Parteien auch die Höhe einer eventuellen Zahlung nicht geregelt. Allerdings haben sich beide Parteien vertraglich verpflichtet, für die Folgejahre im gegenseitigen Einvernehmen eine Regelung zu vereinbaren, die den beiderseitigen Interessen Rechnung trägt. Bei der geschlossenen Vereinbarung handelt es sich nicht um eine Zielvorgabe, mit der der Arbeitgeber einseitig die Ziele in Ausübung seines Direktionsrechts bestimmt (s. hierzu auch Münch.Komm., BGB/Müller-Glöge, 4. Aufl., § 611 Rdnr. 769) und unterliegt damit nicht der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB.

- b) Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 12.12.2007, 10 AZR 97/07, unter Rdnr. 21 wie folgt formuliert:

„Weitgehend Einigkeit besteht allerdings darüber, dass allein das Fehlen einer Zielvorgabe oder Zielvereinbarung noch nicht stets dazu führt, dass der Arbeitnehmer den Bonus nicht beanspruchen kann (vgl. BSG 23. März 2006 – B 11a AL 29/05 R – NZA-RR 2007, 101; BGH 9. Mai 1994 – II ZR 128/93 – ZIP 1994, 1017; LAG Köln 1. September 2003 – 2 Sa 471/03 –; Mauer NZA 2002, 540, 547; Schmiedl BB 2004, 329, 330; aA für den Fall, dass der Arbeitnehmer nicht zum Abschluss der konkreten Zielvereinbarung aufgefordert hat: Bauer/Diller/Göpfert BB 2002, 882, 883; Berwanger BB 2003, 1499, 1503; Deich S. 266; für den Fall, dass eine Einigung auf ein Ziel nicht möglich ist: Bauer FA 2002, 295, 296). Ansonsten hätte es der Arbeitgeber in der Hand, durch die Verweigerung einer Zielvereinbarung den Anspruch des Arbeitnehmers auf den Bonus zu beseitigen. Eine derartige Möglichkeit widerspräche dem Grundsatz, dass vorbehaltlos vereinbarte Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber nicht einseitig geändert oder widerrufen werden können (BSG 23. März 2006 – B 11a AL 29/05 R – aaO).„

- c) Dieser Überlegung folgend ist zunächst festzustellen, dass ein vertraglicher Erfül-

lungsanspruch entsprechend §§ 611, 612 i.V.m. §§ 315 BGB bzw. auch in analoger Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ausscheidet.

Zutreffend hat das Arbeitsgericht erkannt, dass für das Kalenderjahr 2012 die beiden Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben. § 612 Abs. 2 BGB führt in diesem Fall nicht zur Berücksichtigung einer Taxe bzw. einer üblichen Vergütung. Im Rahmen des § 612 Abs. 2 BGB gehen Vereinbarungen der beiden Parteien vor. In diesem Fall haben beide Parteien vereinbart über den variablen Vergütungsbestandteil gemeinsam eine gesonderte Vereinbarung zu treffen. Dieser Wille ist zu beachten.

- d) Auch eine gerichtliche Bestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ist nicht möglich. Bei unterbliebenen Zielvereinbarungen sind nach Ablauf der Zielperiode die Ziele und deren Gewichtung nicht in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch Urteil festzulegen (BAG vom 12.12.2007, 10 AZR 97/07). Im streitgegenständlichen Fall haben die Arbeitsvertragsparteien vereinbart, für die noch abzuschließende Zielvereinbarung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach im gegenseitigen Einvernehmen eine Regelung zu treffen, die den beiderseitigen Interessen Rechnung trägt. Es entspricht damit nicht ihrem Willen, dass die Ziele durch einen der Vertragsschließenden alleine bestimmt werden. Die in § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB geregelte richterliche Ersatzleistungsbestimmung ist nicht für eine allgemeine richterliche Vertragshilfe nutzbar zu machen. Die Vertragshilfe des § 315 BGB greift nur dort, wo die Parteien das vereinbart haben, sich also autonom der richterlichen Schlichtung durch Ersatzleistungsbestimmung unterworfen haben. Dies ist in der von den beiden Parteien getroffenen Zusatzvereinbarung nicht der Fall (s. hierzu auch BAG vom 12.12.2007, 10 AZR 97/07, unter Rdnr. 24 ff.). Auch § 316 BGB ist in diesem Fall nicht anwendbar, da eine einseitige Bestimmung, wie oben dargestellt, durch die Vertragsparteien ausdrücklich bei Vertragsabschluss nicht gewünscht war (Palandt, BGB, 71. Aufl., § 316 Rdnr. 2).

Ein vertraglicher Erfüllungsanspruch scheidet damit aus.

2. a) Nach Auffassung der erkennenden Kammer besteht aber zugunsten der Klägerin

ein Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB). Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner schon bereits zitierten Entscheidung vom 12.12.2007, 10 AZR 97/07, unter der Rdnr. 43 ff. bei nicht getroffenen Zielvereinbarungen einen Schadensersatzanspruch wegen der entgangenen erfolgsabhängigen Vergütung nicht ausgeschlossen.

- b) Es ist festzuhalten, dass die beiden Parteien aufgrund ihrer vertraglichen Vereinbarung vom 21.01.2010 sich verpflichtet haben, für die Folgejahre eine vertragliche Regelung zu vereinbaren. Bei Betrachtung der Regelung oblag sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer gleichrangig die Initiative zur Führung eines Gespräches mit dem Ziel, eine Vereinbarung zu treffen. Die Pflichtverletzung hierzu kann einen Schadensersatzanspruch begründen (BAG vom 12.12.2007, 10 AZR 97/07, Rdnr. 44 m.w.N.). Diese Vertragspflichten haben im vorliegenden Fall sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer verletzt. Den beiden Parteien war zwar bewusst, dass sie für das Kalenderjahr 2012 eine neue Vereinbarung treffen mussten. Sie sind diesbezüglich auch ausweislich der außergerichtlichen Schriftwechsel (Bl. 12 ff.) aktiv geworden und haben sich gegenseitig entsprechende Angebote unterbreitet. Bei der Unterbreitung der Angebote haben beide Parteien aufgrund der getroffenen Zusatzvereinbarung zum einen eine gegenseitige Rücksichtnahmeverpflichtung (§ 241 Abs. 2 BGB) als auch die Verpflichtung, unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen dem jeweiligen Vertragspartner ein annahmefähiges Angebot zu unterbreiten, das die Interessen des jeweiligen Vertragspartners entsprechend der Zusatzvereinbarung vom 21.01.2010 beinhaltet. Maßstab für das annahmefähige Angebot ist hierbei der § 315 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus haben beide Parteien in ihrer Zusatzvereinbarung vom 21.01.2010 in Ziffer 4 beispielhaft beschrieben, welche wesentlichen Parameter die beiden Vertragspartner für eine künftige Vereinbarung heranziehen möchten. Dies ist zum einen die Entwicklung der Zahlen der Koloskopien, die Auskömmlichkeit bzw. Benefit für die Klägerin als auch wie für den Beklagten.
- c) Ausgehend von diesen Parametern entsprach das Angebot des Beklagten entsprechend seinem Schreiben vom 27.01.2012 sowie vom 02.07.2012 (Bl. 23 f. d.A.) mit einer Reduzierung des variablen Lohnanteiles von 50 % auf 20 % der Be-

teilung pro Koloskopie nicht billigem Ermessen. Zum einen war zu berücksichtigen, dass sich die Zahlen der Koloskopien mit Eintritt der Klägerin insgesamt nach oben entwickelt haben. Nach Darlegung der Parteien waren dies im Kalenderjahr 2010 628, im Kalenderjahr 2011 720 und im Kalenderjahr 2012 750 Koloskopien. Dies ist eine Steigerung gegenüber dem Kalenderjahr 2009 (damals 601 Koloskopien) von annähernd 25 % und im Vergleich der Kalenderjahre 2011 zu 2012 immerhin noch eine Steigerung von annähernd 4 %. Der Beklagte hat in diesem Zusammenhang vorgetragen, dass mit der Einstellung der Klägerin der Beklagte das Ziel verfolgt habe, und dies auch in den Vertragsverhandlungen so vorbesprochen habe, dass die Zahl der Koloskopien auf 1000 pro Jahr zu erhöhen sei und gleichzeitig hätte man sich damit auch eine Steigerung der Zahlen der ambulanten OP's erhofft. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass es sich hierbei offensichtlich nicht um verbindliche Ziele gehandelt hat, da diese ansonsten vertraglich zwischen den beiden Parteien festgehalten worden wären und sie damit letztendlich nur als theoretisch mögliches erreichbares Ziel zwischen den beiden Parteien kommuniziert worden ist. Die Zahlen der durchgeführten OP's (AOP's) haben sich positiv entwickelt. So waren dies in den Jahren 2009 259 AOP's, während unter der Verantwortung der Klägerin im Kalenderjahr 2010 283, im Kalenderjahr 2011 328 und in 2012 407 AOP's durchgeführt wurden. Dies entspricht einer Steigerung von immerhin mehr als 35 %; im Vergleich zum Kalenderjahr 2009 und im Vergleich zum Kalenderjahr 2011 von annähernd 25 %. Auch die von dem Beklagten ermittelten Erlöse entwickelten sich ansteigend wie folgt: Im Kalenderjahr 2009 waren dies 958.981,-- €. Mit Eintritt der Klägerin ist der Erlös dann im Jahr 2010 auf 1.039.690,-- € und 2011 auf 1.128.994,-- € sowie im Kalenderjahr 2012 auf 1.124.514,-- € angestiegen. Auch hier ergibt sich eine Steigerung im Vergleich zum Kalenderjahr 2009 von annähernd 20 % und im Vergleich zum Kalenderjahr 2011 einen geringen Rückgang von einem halben Prozent.

Darüber hinaus waren auch die Kostenentwicklungen zu berücksichtigen. Diese waren im Kalenderjahr 2009 267.300,-- € und stiegen dann im Kalenderjahr 2010 auf 328.726,-- € und im Kalenderjahr 2011 auf 412.275,-- € an. Im Kalenderjahr 2012 waren es 364.492,--€ mit einem Auszahlungsbetrag an die Klägerin in Höhe von 16.542,-- €. Fiktiv auf das Kalenderjahr 2012 betrachtet unter Berücksichti-

gung einer 50 %igen Abschlagszahlung hätte dies für den Beklagten Kosten in Höhe von insgesamt 389.305,- € bedeutet. Im Vergleich zum Kalenderjahr 2009 wäre dies eine Steigerung der Kosten von ungefähr 1/3. Betrachtet man die anfallenden Kosten ohne die Arztkosten so ergibt sich zumindest im Vergleich des Kalenderjahres 2008 eine Kostensteigerung von 26,6 % (Anlage 7 der Berufungsklägerin vom 22.05.2014) zu dem Jahr 2011. Dabei ist zunächst zusammenfassend festzustellen, dass damit die Kosten der Endoskopie prozentual deutlicher angestiegen sind als dies der Leistungsentwicklung und der Zahl der Koloskopien als auch der AOP's entspricht. Demgegenüber war das Vergütungsinteresse der Klägerin zu berücksichtigen. Die Klägerin hat aufgrund des variablen Vergütungsanteils im Kalenderjahr 2010 29.226,53 € und im Kalenderjahr 2011 33.474,70 € erzielt. Das Vertragsangebot des Beklagten vom 27.01.2012 sowie vom 02.07.2012, das vom Beklagten auch ohne Zustimmung der Klägerin so umgesetzt wurde, ergab für das Kalenderjahr 2012 16.542,05 € (siehe hierzu Anlage B 2 zum Schriftsatz vom 01.06.2015, Bl. 294 d.A.). Dies bedeutet eine Reduzierung der variablen Vergütung im Vergleich zum Kalenderjahr 2011 von etwa 50 %. Im Vergleich zu dem Kosteninteresse des Beklagten und der entsprechenden Kostenentwicklung ist dies damit eine überproportionale Kürzung der variablen Vergütung der Klägerin und ist damit nicht mehr als angemessen anzusehen im Sinne des § 315 BGB.

Der Beklagte kam damit seiner Verpflichtung nicht nach, eine vertragliche Vereinbarung des variablen Gehaltsbestandteils für das Kalenderjahr 2012 zu vereinbaren. Die Verletzung dieser Verpflichtung führt zu einem Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Gläubiger kann Ersatz des hieraus entstehenden Schadens verlangen, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt. Der Beklagte hat diese Pflichtverletzung auch zu vertreten, da er, wie oben dargestellt, die Verpflichtung hatte, seinem Vertragspartner ein Angebot zu unterbreiten, das billigem Ermessen entspricht.

- d) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Gemäß § 252 Satz 1 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Dazu gehört auch entgangener Verdienst aus abhängiger Arbeit

und damit auch die variable Vergütungszahlung für das Kalenderjahr 2012. Als entgangen gilt gemäß § 252 Satz 2 BGB der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit hätte erwartet werden können. Diese Bestimmung enthält für den Geschädigten eine nach § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung. Dieser hat nur die Umstände darzulegen und in den Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit eines Gewinneintritts ergibt. Hieran sind entsprechend der Beweiserleichterung keine zu strengen Anforderungen zu stellen (s. hierzu auch BAG Urteil vom 12.12.2007, 10 AZR 97/07). Bei der Schadenshöhe ist ein Mitverschulden des Arbeitnehmers/Klägerin mit zu berücksichtigen (§ 254 BGB).

Zwar hat auch die Klägerin mit Schreiben vom 26.02.2012 (Bl. 21 d.A.) dem Beklagten ein Angebot unterbreitet. Dieses sah eine Aufstockung der Beteiligung von 50 auf 60 % vor. Auch dieses Angebot entspricht entsprechend den oben angestellten Überlegungen nicht billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB, da es in keinster Weise die negative Kostenentwicklung des Beklagten berücksichtigt.

Das erkennende Gericht hat den Schaden gemäß § 287 Abs. 1 ZPO geschätzt. Dem Anwendungsbereich des § 287 Abs. 1 ZPO unterliegen sowohl die Feststellung des Schadens als auch dessen Höhe (vgl. BGH 28.04.1982 – IV AR 8/81). Die Vorschrift dehnt für die Feststellung der Schadenshöhe das richterliche Ermessen über die Schranken des § 286 ZPO aus (BGH 17.04.1997 – X ZR 2/96).

3. Die Höhe des eingetretenen Schadens hat die erkennende Kammer wie folgt ermittelt:

Grundlage für die Schadenshöhe ist zunächst die bisherige Zielvereinbarung für die Kalenderjahre 2010 und 2011. Davon ausgehend war zu beurteilen, welche Vereinbarung des variablen Vergütungsbestandteils für das Kalenderjahr 2012 unter Berücksichtigung des § 315 Abs. 1 BGB eine Regelung darstellt, der den beiderseitigen Interessen gerecht wird. Dabei hat die erkennende Kammer die von den beiden Parteien in ihrer Ziffer 4 der Zusatzvereinbarung vom 21.01.2010 genannten Faktoren wie

Entwicklung der Zahlen der Koloskopien, Auskömmlichkeit bzw. Benefit für die Klägerin sowie für den Beklagten im besonderen Maße berücksichtigt. Nachdem diese Faktoren lediglich beispielhaft genannt worden sind, hat die erkennende Kammer jedoch auch die Erwartungen der beiden Parteien an die Entwicklung der Geschäftszahlen berücksichtigt. Darüber hinaus wurde weiter berücksichtigt, dass auch die Klägerin ebenfalls dazu beigetragen hat, dass die Vertragspartner für das Kalenderjahr 2012 keine Regelung getroffen haben. Weiter war selbstverständlich der von der beklagten Partei bisher gezahlte Betrag für die Koloskopien in Höhe von 16.542,05 € zu verrechnen.

Ausgehend von den genannten Faktoren kam die erkennende Kammer zu dem Ergebnis, dass der Beklagte noch einen Betrag in Höhe von 14.018,45 € brutto an die Klägerin zu zahlen hat.

Dies entspricht unter Berücksichtigung des bereits gezahlten Betrages einer Summe für den variablen Gehaltsbestandteil von 30.560,50 €. Damit wird der variable Bestandteil der Klägerin für das Kalenderjahr 2012 im Vergleich zum Kalenderjahr 2011 um knapp 9 % verringert.

Die Höhe der Beteiligung entspricht damit 36,94 % des zu berücksichtigenden Gesamtbetrages der Koloskopien von 82.710,25 € und annähernd dem Mittelwert der Vereinbarung für die Kalenderjahre 2010, 2011.

Darüber hinaus wird die Klägerin bei Betrachtung der Gesamtvergütung genauso gestellt wie im Kalenderjahr 2011 (insgesamt 157.899,64 €).

Nachdem sich die Berufung teilweise als begründet erwiesen hat, war das erstinstanzliche Urteil insoweit abzuändern.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Nöth
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Hubmann-Bähr
Ehrenamtliche Richterin

Möbus
Ehrenamtlicher Richter