

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 3. Juli 2024
- 10 AZR 171/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:030724.U.10AZR171.23.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 10. Februar 2022
- 29 Ca 236/21 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 16. Januar 2023
- 5 Sa 14/22 -

Entscheidungsstichworte:

Zielvereinbarung - Verhandlungspflicht - Schadensersatz

Leitsatz:

Hat sich der Arbeitgeber vertraglich verpflichtet, mit dem Arbeitnehmer für eine Zielperiode Ziele zu vereinbaren, an deren Erreichen eine Tantieme- oder Bonuszahlung geknüpft ist, erfüllt er diese Vertragspflicht regelmäßig nur, wenn er mit dem Arbeitnehmer Verhandlungen über den Abschluss einer Zielvereinbarung führt und es diesem ermöglicht, auf die Festlegung der Ziele Einfluss zu nehmen.

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 171/23

5 Sa 14/22

Landesarbeitsgericht

Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

3. Juli 2024

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Juli 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Günther-Gräff und Weber sowie die ehrenamtliche Richterin Viehl und den ehrenamtlichen Richter Dr. Frankenberg für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 16. Januar 2023 - 5 Sa 14/22 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Schadensersatz wegen entgangener erfolgsabhängiger variabler Vergütung für das Jahr 2020. 1

Der Kläger war seit dem 16. März 2020 bei der Beklagten als Development Director für das Ressort Schiffe (Containerschiffe/Hospitalschiffe/Hotelschiffe) beschäftigt. Der Arbeitsvertrag vom 17./25. Februar 2020 (im Folgenden AV) lautet auszugsweise: 2

„§ 4

Vergütung, freiwillige Leistungen

- 4.1 Der Mitarbeiter erhält für seine Tätigkeit ein festes **Jahresgehalt von**

EUR 180.000,- brutto

...

- 4.2 Der Mitarbeiter kann darüber hinaus eine erfolgsabhängige variable Vergütung (‘**Tantieme**’) erzielen. Die **jährliche Tantieme beträgt maximal EUR 180.000,- brutto** ... Die Festlegung einer Tantieme und deren Höhe hängen von dem Erreichen von Zielen ab, deren drei wesentliche Kriterien jedes Jahr, erstmals zum Ende der Probezeit, zwischen dem Mitarbeiter und der Gesellschaft vereinbart werden. Sollten die drei Kriterien nicht zwischen dem Mitarbeiter und der Gesellschaft vereinbart werden, werden diese seitens der Gesellschaft nach billigem Ermessen vorgegeben. Die Tantieme wird je nach Erreichungsgrad der vereinbarten oder vorgegebenen Ziele durch den Arbeitgeber nach seinem Ermessen fixiert. Im Falle des Ein- oder Austritts während eines Kalenderjahres wird eine eventuelle Tan-

tieme zeitanteilig, gerechnet nach Kalendermonaten und für Teile von Kalendermonaten nach Kalendertagen, ausgezahlt. Ein Rechtsanspruch auf eine Tantieme besteht nicht. Wird dem Mitarbeiter eine Tantieme gewährt, erfolgt dies freiwillig mit der Maßgabe, dass auch durch eine wiederholte Zahlung kein Rechtsanspruch, weder dem Grunde noch der Höhe nach, weder für die Vergangenheit noch die Zukunft, begründet wird.

4.3 ... Sollte der Mitarbeiter für ein Kalenderjahr eine erfolgsabhängige Tantieme erhalten, wird diese **innerhalb von zwei Wochen nach Festlegung ausgezahlt**. Voraussetzung ist, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist.

...

4.10 Eine Tantiemen- oder Sonderzahlung ist zurückzugewähren, wenn das Anstellungsverhältnis innerhalb von sechs Monaten nach Auszahlung seine Beendigung - gleich aus welchem Rechtsgrund - findet.“

Zudem sieht der Arbeitsvertrag eine dreimonatige Probezeit und bei einer 5-Tage-Woche einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen im Kalenderjahr vor, der im Ein- und Austrittsjahr zeitanteilig entsteht.

3

Ab Juni 2020 kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien, Einzelheiten sind streitig. Mit E-Mail vom 25. Juni 2020 forderte der Kläger die Beklagte auf, in Verhandlungen über eine Zielvereinbarung einzutreten. Die Geschäftsführerin der Beklagten bat den Kläger daraufhin zunächst mit Schreiben vom 5. August 2020 unter Fristsetzung bis zum 7. August 2020 erfolglos um den Vorschlag einer Zielvereinbarung. Mit einem weiteren Schreiben vom 13. August 2020 übermittelte sie dem Kläger einen Vorschlag der Beklagten für das Kalenderjahr 2020 mit der Bitte um Rückmeldung bis zum 19. August 2020 und kündigte an, bei Rücksprachebedarf bestehe die Möglichkeit, sich an diesem Tag direkt auszutauschen. Am 19. August 2020 übersandte der Kläger der Beklagten einen abweichenden Entwurf zu einer Zielvereinbarung mit der Bitte um Rückmeldung. In der begleitenden E-Mail führte er ua. aus, die von der Beklagten vorgelegte Zielvereinbarung sei unangemessen, da seine bisherigen Tätigkeiten völlig ausgeblendet würden. Eine Zielvereinbarung solle das gesamte Rumpfsjahr 2020 abbil-

4

den. Die Geschäftsführerin der Beklagten teilte dem Kläger daraufhin mit Schreiben vom 26. August 2020 mit, die Beklagte lehne seinen Gegenvorschlag ab. Dieser sei nicht auf das Erreichen besonderer Ziele gerichtet, sondern auf eine zusätzliche Vergütung der regulären Arbeitsleistung als Development Director. Die Berücksichtigung der dreimonatigen Probezeit sehe der Arbeitsvertrag nicht vor. Zudem fehle es an der gebotenen Anreizwirkung, soweit der Vorschlag des Klägers vergangenheitsbezogen sei. Die Beklagte mache deshalb von ihrem Recht Gebrauch, die Ziele nach billigem Ermessen einseitig festzulegen. Die dem Kläger gleichzeitig übermittelten Zielvorgaben der Beklagten für das verbleibende Geschäftsjahr 2020 sahen unter Fristsetzung bis zum 21. Dezember 2020 als vom Kläger zu erreichende Ziele im Kern die Beschreibung und Kostenkalkulation für das Geschäftsmodell Einsatz von Hospitalschiffen, den „Aufbau einer Organisations- und Kontrollstruktur zum Einsatz von HR (eigene und fremde) sowie Fremdfirmen“ und die Entwicklung eines Versicherungskonzepts, das es potentiell Interessierten, gegen eine an die Beklagte zu zahlende „Einsatz- oder Versicherungsprämie“, im Katastrophenfall ermöglichen sollte, kurzfristig auf ein Hospitalschiff zugreifen zu können.

Der Kläger war im Verlauf des Arbeitsverhältnisses infolge Krankheit vom 26. Juni bis zum 18. August 2020, vom 28. September bis zum 5. Oktober 2020 und vom 18. bis zum 25. November 2020 arbeitsunfähig. Vom 26. Oktober bis zum 8. November 2020 stellte die Beklagte den Kläger frei, weil eine andere Mitarbeiterin an Covid 19 erkrankt war. Vom 26. November bis zum 31. Dezember 2020 gewährte sie ihm Erholungsurlaub. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund ordentlicher, fristgerechter Kündigung des Klägers mit Ablauf des 31. Dezember 2020. Eine Tantieme zahlte die Beklagte an den Kläger nicht.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei ihm zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie es unterlassen habe, Zielvereinbarungsverhandlungen zu initiieren und mit ihm nicht über ihren (verspäteten) Vorschlag für eine Zielvereinbarung sowie seinen Gegenvorschlag verhandelt habe. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Ziele einseitig vorzugeben. Unabhängig davon hätten ihre Zielvorgaben nicht billigem Ermessen entsprochen. Bei rechtzeitigem Abschluss einer Zielvereinbarung hätte er in der Zeit vom 16. Juni bis zum

31. Dezember 2020 eine Tantieme iHv. 97.000,00 Euro brutto verdienen können. Die Erfüllung realistischer Ziele sei mangels Zielvereinbarung unmöglich geworden. Er habe deshalb Anspruch auf Schadensersatz iHd. entgangenen Tantiemezeiten, in denen er wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, Freistellung und Urlaubs die Arbeitsleistung nicht habe erbringen können, seien nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Auf diese Zeiten komme es auch deshalb nicht an, weil die Beklagte ab dem 16. Juni 2020 jede zielführende Arbeit verhindert habe.

Der Kläger hat beantragt,

7

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 97.000,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz hieraus seit dem 21. Juli 2021 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, ein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz bestehe nicht, weil sie berechtigt gewesen sei, die Ziele nach billigem Ermessen vorzugeben. Der Arbeitsvertrag setze für eine ersatzweise Zielvorgabe allein voraus, dass Ziele nicht vereinbart worden seien. Auf die Gründe hierfür komme es nicht an. Die Regelung sei klar und deutlich. Sie benachteilige den Arbeitnehmer auch nicht, denn dessen schutzwürdigen Interessen werde durch § 315 BGB hinreichend Rechnung getragen. Unabhängig davon sei sie am 26. August 2020 berechtigt gewesen, die Ziele vorzugeben, weil sie dem Kläger ihre Zielvorstellungen am 13. August 2020 mit der Bitte um Rückmeldung übersandt und dem Kläger damit die Gelegenheit eingeräumt habe, Einwände zu äußern. Die von ihr vorgegebenen - wie die zuvor vorgeschlagenen - Ziele hätten billigem Ermessen entsprochen. Im Falle der Unbilligkeit der Zielvorgaben habe im Übrigen nach § 315 Abs. 3 BGB eine richterliche Ersatzbestimmung zu erfolgen. Für einen Schadensersatzanspruch bleibe kein Raum.

8

Ein Schadensersatzanspruch komme auch deshalb nicht in Betracht, weil es an einer schuldhaften Pflichtverletzung fehle. Der Kläger habe ihren Vorschlag für eine Zielvereinbarung mit einer nicht tragfähigen Begründung abgelehnt. Ihm sei zudem kein Schaden entstanden. Die Zusage im Anstellungsver-

9

trag stehe unter einem wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt und dem Vorbehalt, dass das Arbeitsverhältnis ungekündigt sei. Auch könne wegen der exorbitant hohen Abwesenheitszeiten des Klägers und Verfehlung der von ihm selbst vorgeschlagenen Ziele nicht angenommen werden, er hätte andere, ebenfalls billigem Ermessen entsprechende Ziele erreicht. Weil es sich bei der Tantieme um eine arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung handele, sei ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers jedenfalls wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten zu kürzen, für die ihm kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zugestanden habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und die Klage iHv. 14.392,86 Euro abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht allein für die Beklagte zugelassenen Revision begehrt diese weiterhin eine vollständige Klageabweisung. 10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zu Recht zurückgewiesen (§ 561 ZPO). Die zulässige Klage ist in dem noch rechtshängigen Umfang begründet. Soweit das Landesarbeitsgericht der Berufung stattgegeben und die Klage abgewiesen hat, ist die Entscheidung rechtskräftig geworden. 11

I. Der Kläger hat gegen die Beklagte nach § 280 Abs. 1, 3 iVm. § 283 Satz 1, § 252 BGB Anspruch auf Schadensersatz wegen ihm entgangener erfolgsabhängiger variabler Vergütung („Tantieme“) für das Kalenderjahr 2020 iHv. 82.607,14 Euro brutto. Die Beklagte hat schuldhaft ihre nach § 4.2 Satz 3 AV bestehende Pflicht verletzt, mit dem Kläger für den Zeitraum vom 16. Juni bis zum 31. Dezember 2020 eine Zielvereinbarung abzuschließen. Deren Ersetzung durch eine einseitige Zielvorgabe war nicht zulässig. 12

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die zu erreichenden Ziele und damit die Voraussetzungen der Tantieme nach § 4.2 Satz 3 AV vorrangig im Wege einer jährlich zwischen den Parteien abzuschließenden Zielvereinbarung zu bestimmen waren, und die Beklagte nur nachrangig nach § 4.2 Satz 4 AV berechtigt sein sollte, die Ziele durch einseitige Zielvorgaben im Rahmen billigen Ermessens festzulegen. Von diesem Verständnis gehen auch die Parteien aus. 13
2. Zum Abschluss einer Zielvereinbarung ist es bis zum Ablauf der Zielperiode am 31. Dezember 2020 unstreitig nicht gekommen. Die Beklagte war dennoch nicht berechtigt, dem Kläger einseitig Ziele vorzugeben. § 4.2 Satz 4 AV hält einer Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht stand. Die Regelung benachteiligt den Kläger unangemessen. Dies folgt allerdings entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern aus § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. 14
- a) Die Wirksamkeit von § 4.2 Satz 4 AV ist, wie die der Regelungen des Arbeitsvertrags im Übrigen, anhand von § 305c Abs. 2, §§ 306, 307 bis 309 BGB zu beurteilen. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelt es sich jedenfalls um eine sog. Einmalbedingung iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB (*vgl. BAG 19. Dezember 2018 - 10 AZR 233/18 - Rn. 27 ff., BAGE 165, 19*). 15
- b) § 4.2 Satz 3 bis 5 AV unterliegen nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der uneingeschränkten Inhaltskontrolle (*vgl. hierzu die st. Rspr., zB BAG 10. Oktober 2023 - 3 AZR 250/22 - Rn. 22; 20. Juni 2023 - 1 AZR 265/22 - Rn. 23; 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 46 ff.*). Die Klauseln betreffen nicht das unmittelbare Gegenleistungsverhältnis von Arbeit und Entgelt, sondern gestalten die Leistungspflichten der Parteien lediglich näher aus. 16
- c) § 4.2 Satz 4 AV genügt - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; *zu den Anforderungen vgl. zB BAG 16. Juni 2021 - 10 AZR 31/20 - Rn. 24; 14. November 2012 - 10 AZR 783/11 - Rn. 31, BAGE 143, 292*). Die Klausel ist in Zusammenschau mit § 4.2 Satz 3 AV klar und verständlich. Die Gefahr, dass der Vertragspartner 17

des Klauselverwenders seine Rechte nicht wahrnimmt, ergibt sich aus dieser Regelung nicht.

aa) Für einen verständigen und redlichen Vertragspartner, auf den bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen abzustellen ist (*st. Rspr., zu den Auslegungsgrundsätzen vgl. zB BAG 25. Januar 2023 - 10 AZR 109/22 - Rn. 21 mwN*), war aufgrund der Formulierung in § 4.2 Satz 3 AV, dass die Ziele „zwischen dem Mitarbeiter und der Gesellschaft vereinbart werden“, ohne Weiteres erkennbar, dass die Festlegung der Ziele einer vertraglichen Konkretisierung bedarf. Erforderlich ist nach Satz 3 eine Regelung außerhalb der Vertragsurkunde und damit eine (weitere) vertragliche Vereinbarung der Parteien (*vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 37 f., BAGE 173, 269*). Diese kann nur durch auf einen Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Willenserklärungen zustande kommen, indem das Angebot („der Antrag“) der einen Vertragspartei nach §§ 145 ff. BGB von der anderen Vertragspartei angenommen wird (*vgl. allgemein dazu BAG 24. März 2021 - 10 AZR 16/20 - Rn. 36, BAGE 174, 294*). Demnach müssen die zu erreichenden Ziele einvernehmlich festgelegt werden (*vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 10 AZR 729/19 - Rn. 53*). 18

bb) Gleiches ergibt sich im Umkehrschluss aus der Formulierung in § 4.2 Satz 4 Halbs. 1 AV „sollten die drei Kriterien nicht zwischen dem Mitarbeiter und der Gesellschaft vereinbart werden“. Hiernach ist die einzige Voraussetzung für einseitige Zielvorgaben der Beklagten, dass es an einer übereinstimmenden Festlegung der Ziele entsprechend den Vorgaben der §§ 145 ff. BGB fehlt. Dabei ist unerheblich, auf welchen Gründen und auf wessen Verhalten das Nichtzustandekommen einer Zielvereinbarung beruht. Einer weiteren Konkretisierung der rechtlichen Voraussetzungen, wann die Ziele iSv. § 4.2 Satz 4 AV als zwischen den Parteien „nicht vereinbart“ gelten sollten, bedurfte es zur Herstellung von Transparenz iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht. 19

d) Mit diesem Inhalt hält § 4.2 Satz 4 AV allerdings der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB nicht stand (*zum Prüfungsmaßstab vgl. etwa BAG 22. Oktober 2020 - 6 AZR 566/18 - Rn. 29 mwN, BAGE 172, 377; 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 49, BAGE 147, 322*), da die Regelung den Kläger 20

unangemessen benachteiligt. Im Ergebnis erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts deshalb als richtig (§ 561 ZPO).

aa) Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Nr. 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2). 21

bb) Eine vertragliche Regelung, die dem Arbeitgeber als Verwender der Klausel ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht iSd. § 315 BGB einräumt, ist grundsätzlich zulässig. Sie weicht für sich betrachtet nicht vom Gesetz ab, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Das Gesetz sieht die vertragliche Einräumung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte vor (§ 315 BGB). Es geht davon aus, dass dies einem berechtigten Bedürfnis des Wirtschaftslebens entsprechen kann und deshalb nicht von vornherein unangemessen ist. § 315 BGB ordnet ausdrücklich an, dass die Bestimmung mangels abweichender Vereinbarung nach billigem Ermessen zu geschehen hat, dass der Gläubiger die Entscheidung des Schuldners gerichtlich überprüfen und sie ggf. durch Urteil ersetzen lassen kann. Damit sind gegenüber einer Gefährdung des Gläubigers Vorkehrungen getroffen (*BAG 29. August 2012 - 10 AZR 385/11 - Rn. 42 f.*). Dies gilt auch für eine Vereinbarung, wonach der Arbeitgeber berechtigt ist, die Ziele zur Erreichung einer erfolgsabhängigen variablen Vergütung nach billigem Ermessen einseitig vorzugeben (*sog. Zielvorgabe, vgl. BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 16 mwN, BAGE 125, 147*). 22

cc) § 4.2 Satz 4 AV ist jedoch unangemessen benachteiligend iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB und deshalb unwirksam, weil die Klausel es dem Verwender ermöglicht, die vertraglich vereinbarte Rangfolge von Zielvereinbarung und Zielvorgabe zu unterlaufen. 23

(1) Zielvereinbarungen und Zielvorgaben unterscheiden sich grundlegend. Bei Zielvereinbarungen sind nach der vertraglichen Regelung die Ziele, von de- 24

ren Erfüllung die erfolgsabhängige variable Vergütung abhängt, von den Arbeitsvertragsparteien gemeinsam festzulegen. Hingegen werden Zielvorgaben allein vom Arbeitgeber getroffen, dem dafür ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht iSd. § 315 Abs. 1 BGB eingeräumt wird (*st. Rspr., vgl. zB BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 37, BAGE 173, 269; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 16 mwN, BAGE 125, 147*).

(2) In § 4.2 Satz 1 und 3 AV ist nur bestimmt, dass der Mitarbeiter eine Tantieme erzielen kann, deren Festlegung und Höhe von dem Erreichen von Zielen abhängig ist. Eine nähere Konkretisierung und Gewichtung von insoweit zu erreichenden Zielen enthält die Bestimmung nicht. Es ist völlig offen, an welche vom Mitarbeiter zu erreichenden Ziele die Zahlung der Tantieme geknüpft ist. Infolgedessen besteht für die Vereinbarung von Zielen ein weiter Rahmen, der angesichts der Vielzahl denkbarer Ziele und der unterschiedlichen Möglichkeiten ihrer Gewichtung erhebliche Gestaltungsspielräume eröffnet (*vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 40 f., BAGE 173, 269*). 25

(3) § 4.2 Satz 4 AV ermöglicht es - die Wirksamkeit der Klausel unterstellt - dem Verwender, seinen Gestaltungsspielraum bei der Festlegung der Ziele zu Lasten des Vertragspartners zu erweitern. Er könnte die Verhandlungen über eine Zielvereinbarung grundlos verweigern oder abbrechen, um die erforderliche Konkretisierung und Gewichtung der zu erreichenden Ziele einseitig vorzunehmen. Im Ergebnis wäre dem Mitarbeiter die in § 4.2 AV vorrangig vorgesehene Möglichkeit genommen, zur Wahrung seiner Interessen auf die Festlegung der Ziele Einfluss zu nehmen. Die arbeitsvertraglich vereinbarte Rangfolge von Zielvereinbarung und Zielvorgabe könnte vom Verwender einseitig unterlaufen werden, ohne dass sein Vertragspartner die Möglichkeit hätte, dies zu verhindern. Die Klausel weicht damit von dem allgemeinen Grundsatz ab, dass Verträge und die sich aus ihnen ergebenden Verpflichtungen für jede Seite bindend sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, „*pacta sunt servanda*“; *vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 48 mwN; 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 40, BAGE 139, 156*). Daran ändert entgegen der Auffassung der Beklagten auch der 26

Umstand nichts, dass die vorbehaltene Zielvorgabe ihrerseits einer Kontrolle nach § 315 BGB unterliegen würde.

(4) Hinzu kommt, dass die vertragliche Konstruktion - ausgehend von einem generellen, typisierenden, vom Einzelfall losgelösten Maßstab (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 22. Oktober 2020 - 6 AZR 566/18 - Rn. 29, BAGE 172, 377*) - unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Denn sie ist geeignet, den Arbeitnehmer von dem in § 4.2 AV vorrangig vereinbarten freien Aushandeln der Ziele abzuhalten. Der Arbeitnehmer läuft, wenn er in die Verhandlungen über eine Zielvereinbarung Zielvorstellungen einbringt, die von denen des Arbeitgebers abweichen, stets Gefahr, dass der Arbeitgeber Verhandlungen grundlos abbricht und die Ziele einseitig vorgibt. Dies erzeugt bereits im Vorfeld einen unangemessenen Druck, die Vorschläge des Arbeitgebers für eine Zielvereinbarung auch dann zu akzeptieren, wenn die eigenen Vorstellungen davon abweichen. Nichts anderes ergibt sich, wenn man - worauf die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung abstellt - im konkreten Fall die Begleitumstände bei Vertragsschluss berücksichtigt: Nach deren Vortrag sei dem Kläger vor Vertragsschluss ua. mitgeteilt worden, die Beklagte wolle sich die einseitige Festlegung von Zielvorgaben für den Fall vorbehalten, dass man sich mit dem Kläger nicht auf Ziele einige. Sie habe in der Vergangenheit schon schlechte Erfahrungen gemacht, weil sie bei einer Zielvereinbarung immer auf die Mitwirkung des Arbeitnehmers angewiesen sei. Genau diese Erwägung führt aber aus den genannten Gründen zur Unangemessenheit der vertraglichen Regelung. 27

(5) Eine abweichende Bewertung folgt nicht aus § 4.2 Satz 5 AV, wonach die Tantieme je nach Erreichungsgrad der vereinbarten oder vorgegebenen Ziele durch den Arbeitgeber nach seinem Ermessen fixiert wird. Diese Bestimmung betrifft die abschließende Festlegung der Höhe der Tantieme. Die Beklagte wäre bei Zustandekommen einer Zielvereinbarung an den dadurch vorgegebenen Rahmen und die Voraussetzungen für die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung gebunden und könnte sich nicht durch eine anderweitige Leistungsbestimmung von der Zahlungspflicht befreien (*vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 10 AZR 729/19 - Rn. 119; 29. August 2012 - 10 AZR 385/11 - Rn. 21*). 28

- e) Die Unwirksamkeit von § 4.2 Satz 4 AV führt nach § 306 Abs. 1 BGB zum ersatzlosen Wegfall der Bestimmung über die Zielvorgabe unter Aufrechterhaltung des Satzes 3. Dies hat zur Folge, dass - wie vom Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen - allein die Grundsätze über die Durchführung und das Scheitern einer Zielvereinbarung anzuwenden sind. 29
- aa) Die den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligende Regelung kann nicht mit einem rechtlich zulässigen Inhalt aufrechterhalten werden. Eine geltungserhaltende Reduktion ist im Rechtsfolgensystem des § 306 BGB nicht vorgesehen (*st. Rspr., zuletzt zB BAG 25. Januar 2023 - 10 AZR 109/22 - Rn. 29 mwN*). § 4.2 Satz 3 bis 5 AV sind - im Sinne einer in der Klausel vorgegebenen Trennung - inhaltlich teilbar. Nach der Streichung der unwirksamen Teilregelung in Satz 4 verbleibt eine verständliche Regelung, die mit ihrem zulässigen Teil bestehen bleibt (*vgl. zum sog. blue-pencil-Test BAG 21. Dezember 2022 - 7 AZR 489/21 - Rn. 37 mwN*). 30
- bb) Eine ergänzende Vertragsauslegung (*vgl. hierzu BAG 28. September 2017 - 8 AZR 67/15 - Rn. 37 ff. mwN; 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 21 mwN, BAGE 150, 207*) scheidet schon deshalb aus, weil der Vertrag wegen des vereinbarten Rangverhältnisses nicht lückenhaft geworden ist. Der vorrangig geltende § 4.2 Satz 3 AV trägt dem Interesse der Beklagten an der Festlegung angemessener Ziele für die Bestimmung der Höhe der Tantieme ausreichend Rechnung. 31
3. Die Beklagte hat ihre Pflicht aus § 4.2 Satz 3 AV, mit dem Kläger Verhandlungen über eine Zielvereinbarung zu führen und eine solche abzuschließen, schuldhaft verletzt. 32
- a) Der Arbeitgeber verletzt, auch wenn ihm vertraglich nicht die alleinige Initiativlast für den Abschluss einer Zielvereinbarung auferlegt ist, eine vertragliche Nebenpflicht und kann deshalb zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er entgegen der Aufforderung des Arbeitnehmers, mit ihm eine Zielvereinbarung abzuschließen, keine Verhandlungen über die einvernehmliche Festlegung der Ziele aufnimmt (*vgl. BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 44,* 33

BAGE 125, 147), und nicht gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nachweist, dass er das Nichtzustandekommen einer Zielvereinbarung nicht zu vertreten hat.

aa) Hat ein Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag Anspruch auf einen variablen Gehaltsbestandteil gemäß einer Zielvereinbarung, verpflichtet dies den Arbeitgeber, mit dem Arbeitnehmer Verhandlungen über den Abschluss einer Zielvereinbarung zu führen und ihm realistische Ziele für die jeweilige Zielperiode anzubieten. Das sind Ziele, die der Arbeitnehmer nach einer auf den Zeitpunkt des Angebots bezogenen Prognose hätte erreichen können (*vgl. BAG 10. Dezember 2008 - 10 AZR 889/07 - Rn. 14 ff.; MüKoBGB/Spinner 9. Aufl. § 611a Rn. 679 f.*). Der Arbeitgeber erfüllt diese Vertragspflicht regelmäßig nur dann, wenn er es dem Arbeitnehmer ermöglicht, auf die Festlegung der Ziele Einfluss zu nehmen und bereit ist, diese auszuhandeln. Denn nur so wird dem typischerweise bestehenden Interesse beider Seiten Rechnung getragen, auf die Festlegung der Ziele und deren Gewichtung Einfluss nehmen zu können (*vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 40 f., BAGE 173, 269*).

bb) Die Möglichkeit der Einflussnahme ist nur gegeben, wenn der Arbeitgeber den Kerninhalt der von ihm vorgeschlagenen Zielvereinbarung ernsthaft zur Disposition stellt und dem Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen einräumt. Dies setzt zumindest voraus, dass sich der Arbeitgeber deutlich und ernsthaft zu Änderungen eines ggf. von ihm unterbreiteten Vorschlags bereit erklärt (*vgl. zum Begriff des „Einflussnehmens“ nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB BAG 20. Juni 2023 - 1 AZR 265/22 - Rn. 16; 19. Dezember 2018 - 10 AZR 233/18 - Rn. 31 mwN, BAGE 165, 19*). Diese Bereitschaft schlägt sich in der Regel in Änderungen des vom Arbeitgeber formulierten Vorschlags nieder (*zum Begriff des „Aushandelns“ in § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 253/09 - Rn. 25 ff. mwN; BGH 10. Oktober 2023 - VI ZR 257/22 - Rn. 13*). Bleibt es nach gründlicher Erörterung bei dem Vorschlag des Arbeitgebers, kann aber auch dies als das Ergebnis von Verhandlungen gewertet werden. Auch ist nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber gestellte Zielvereinbarung ohne Weiteres akzeptiert. Allerdings muss der Arbeitge-

ber für den Arbeitnehmer erkennbar zu Änderungen an seinem Vorschlag bereit gewesen sein.

cc) Kommt eine Zielvereinbarung nicht zustande und ist die Führung von Verhandlungen einschließlich der Möglichkeit der Einflussnahme des Arbeitnehmers streitig, trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der ihn entlastenden Umstände. 36

(1) Bei der Haftung aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB wird das Verschulden des pflichtwidrig handelnden Schuldners gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Dem Schuldner obliegt es deshalb, Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, die geeignet sind, diese Vermutung zu erschüttern (*st. Rspr., vgl. BAG 29. Februar 2024 - 8 AZR 359/22 - Rn. 15 mwN; zur Zielvereinbarung BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 43, BAGE 173, 269*). 37

(2) Der Arbeitgeber muss deshalb, will er die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB widerlegen, konkret darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, dass er sich zu Verhandlungen über eine Zielvereinbarung bereit erklärt und seinen Vorschlag ernsthaft zur Disposition gestellt hat sowie Umstände vortragen, aus denen zu schließen ist, dass er das Scheitern der Verhandlungen über eine Zielvereinbarung nicht zu vertreten hat. Ob es für einen Entlastungsnachweis des Arbeitgebers ausreicht, wenn er nachweist, dass er dem Arbeitnehmer ein Angebot zum Abschluss der Zielvereinbarung mit grundsätzlich erreichbaren Zielen unterbreitet hat, das der Arbeitnehmer abgelehnt hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (*BAG 10. Dezember 2008 - 10 AZR 889/07 - Rn. 14 ff.*). Von Bedeutung können in diesem Zusammenhang nicht nur der Inhalt des Angebots und die Gründe sein, aus denen der Arbeitnehmer das Angebot abgelehnt hat, sondern auch, ob der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nachgekommen ist, über eine einvernehmliche Festlegung der Ziele ernsthaft zu verhandeln. 38

dd) Die Bewertung, ob die Pflichtverletzung verschuldet ist, obliegt, wie die, ob ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten vorliegt, in erster Linie den Tatsacheninstanzen, denen hierbei ein Beurteilungsspielraum zukommt. Das Re- 39

visionsgericht kann lediglich prüfen, ob das Berufungsgericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat (vgl. BAG 24. Juni 2021 - 5 AZR 385/20 - Rn. 19 mwN, BAGE 175, 182; 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 39 [zu § 254 Abs. 1 BGB]). Hat das Landesarbeitsgericht diese Würdigung rechtsfehlerhaft nicht vorgenommen, kann sie durch das Revisionsgericht erfolgen, wenn die hierfür maßgebenden Tatsachen festgestellt oder unstreitig sind und weiterer Sachvortrag hierzu nicht zu erwarten ist (§ 563 Abs. 3 ZPO; vgl. BAG 21. Februar 2024 - 10 AZR 345/22 - Rn. 59 [zu § 315 BGB]).

b) Ausgehend hiervon hat die Beklagte ihre Pflicht aus § 4.2 Satz 3 AV schuldhaft verletzt. Der Senat kann diese Bewertung, wenn man davon ausgehen wollte, das Berufungsurteil lasse, wie die Beklagte rügt, eine entsprechende tatrichterliche Wertung vermissen, selbst vornehmen. 40

aa) Die Beklagte hat trotz entsprechender Aufforderung durch den Kläger mit diesem keine Verhandlungen geführt, die den Abschluss einer Zielvereinbarung für die im ersten Beschäftigungsjahr maßgebliche Zielperiode vom 16. Juni bis zum 31. Dezember 2020 ermöglicht hätte. Sie hat ihm zwar mit Schreiben vom 13. August 2020 ihre Zielvereinbarungsvorstellungen mit der Bitte um Rückmeldung bis zum 19. August 2020 übermittelt und erklärt, sie sei bereit, sich mit dem Kläger am 19. August 2020 direkt auszutauschen, sofern zu ihren Zielvorstellungen noch Rücksprachebedarf bestehe. Sie hat jedoch - im Widerspruch zu ihrer Ankündigung - keine Bemühungen um eine einvernehmliche Festlegung der Ziele unternommen, nachdem der Kläger seine abweichenden Zielvorstellungen am 19. August 2020 mitgeteilt und um Rückmeldung gebeten hatte. Vielmehr hat sie Ziele mit Schreiben vom 26. August 2020 einseitig vorgegeben. 41

bb) Die Beklagte hat sich hinsichtlich ihres Verschuldens nicht iSv. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entlastet. Sie hat keine Umstände dargelegt, aus denen sich ergeben könnte, dass sie das Nichtzustandekommen einer Zielvereinbarung nicht zu vertreten hat (vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 43, BAGE 173, 269). 42

(1) Bei Zielvereinbarungen bedarf die Aufstellung der Ziele für die jeweilige Zielperiode der Mitwirkung des Arbeitnehmers. Die Festlegung der Ziele ist damit nicht allein Aufgabe des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat weder einen Anspruch auf Tantieme noch einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Tantiemzahlung, wenn allein aus seinem Verschulden eine Zielvereinbarung nicht zustande gekommen ist, weil er zB zu einem Gespräch mit dem Arbeitgeber über mögliche Ziele nicht bereit war (vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 59, BAGE 173, 269; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 51, BAGE 125, 147). 43

(2) Die Beklagte konnte nicht annehmen, der Kläger sei nicht zu Verhandlungen bereit, weil er ihre Zielvorstellungen mit Schreiben vom 19. August 2020 abgelehnt hatte. Der Kläger hat seinen Gegenvorschlag mit der Bitte um eine Rückmeldung der Beklagten verbunden und damit seine Bereitschaft, am Zustandekommen einer Zielvereinbarung mitzuwirken, zum Ausdruck gebracht. Vor diesem Hintergrund konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, die Verhandlungsmöglichkeiten seien ausgeschöpft bzw. die Verhandlungen seien gescheitert, weil der Kläger nicht bereit sein würde, seine Vorstellungen zur Disposition zu stellen, und deshalb Gespräche von vornherein nicht erfolgversprechend sein würden. Insofern ist es nicht entscheidungserheblich, ob die Ablehnungsgründe des Klägers tragfähig waren und seine Zielvorstellungen den Interessen der Beklagten ausreichend Rechnung trugen. Im Rahmen von Gesprächen hätte für die Beklagte die Möglichkeit bestanden, auf den Inhalt einer abzuschließenden Zielvereinbarung Einfluss zu nehmen und so darauf hinzuwirken, dass ihrem Interesse an der Festlegung angemessener Ziele ausreichend Rechnung getragen würde. Sonstige Umstände, die zur Entlastung der Beklagten geeignet wären, sind weder vorgetragen noch ergeben sich aus dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte. 44

4. Die zusätzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs sind erfüllt, § 280 Abs. 3, § 283 Satz 1 iVm. § 275 Abs. 1 BGB. Eine dem Leistungssteigerungs- und Motivationsgedanken und damit dem Sinn und Zweck der Zielvereinbarung gerecht werdende Aufstellung von Zielen für einen vergangenen 45

Zeitraum ist nicht mehr möglich. Die Festlegung von Zielen ist vorliegend spätestens mit Ablauf der nach § 4.2 Satz 3 AV für das Kalenderjahr 2020 vorgesehenen Zielperiode vom 16. Juni bis zum 31. Dezember 2020 iSv. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden. Der Kläger kann deshalb stattdessen nach § 280 Abs. 1 und 3 iVm. § 283 Satz 1 BGB Ersatz des Schadens verlangen, der dadurch eingetreten ist, dass die Beklagte ihrer Verpflichtung, für das Jahr 2020 mit ihm gemeinsam eine Zielvereinbarung zu treffen, schuldhaft nicht nachgekommen ist (vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 46, BAGE 173, 269; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 47, BAGE 125, 147).

5. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers ist nicht ausgeschlossen, weil die Beklagte auch bei Abschluss einer Zielvereinbarung nach § 4.2 Satz 7 und 8 AV oder nach § 4.3 Satz 3 AV nicht zur Zahlung verpflichtet gewesen wäre oder der Kläger nach § 4.10 AV eine ihm ggf. zustehende Tantieme nach erfolgter Auszahlung hätte zurückzahlen müssen. Diese Regelungen halten einer Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht stand. Dies führt nach § 306 Abs. 1 BGB zum ersatzlosen Wegfall der Bestimmungen, während der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt (vgl. Rn. 30 f.). 46

a) Der in § 4.2 Satz 7 AV vorgesehene Ausschluss jeden Rechtsanspruchs auf die Tantieme und der Freiwilligkeitsvorbehalt in Satz 8 benachteiligen den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB und sind gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. 47

aa) Bei der in § 4.2 Satz 1 AV zugesagten Tantieme handelt es sich um Entgelt, das - wie regelmäßig bei leistungsorientierten Vergütungen - jedenfalls auch als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldet ist. Die Festlegung und Höhe der Tantieme ist nach § 4.2 Satz 3 und 5 AV von dem Erreichen von Zielen abhängig. Hieraus wird deutlich, dass der Anspruch von Umfang und Qualität der Arbeitsleistung abhängig ist, denn ohne das Zutun des Arbeitnehmers können die als Ziele formulierten Erfolge nicht erreicht werden. Mit Abschluss einer Zielvereinbarung, die Vergütungsbezug hat, setzt der Arbeitgeber Leistungsanreize für den Arbeitnehmer und bestimmt damit, wie aus seiner Sicht 48

die Arbeitsleistung in einer bestimmten Periode durch den Arbeitnehmer optimal erbracht werden soll (vgl. *nur BAG 13. Mai 2015 - 10 AZR 266/14 - Rn. 13; 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 52, BAGE 147, 322*). Der arbeitsleistungsbezogene Zweck der Tantieme wird zudem aus ihrer in § 4.2 Satz 1 AV geregelten Höhe ersichtlich. Die Tantieme stellte danach einen wesentlichen Teil der Gesamtvergütung des Klägers dar (vgl. *dazu BAG 25. Januar 2023 - 10 AZR 116/22 - Rn. 24 mwN*). Dass die Tantieme, wie den Regelungen in § 4.3 Satz 3 AV und § 4.10 AV zu entnehmen ist, zusätzlich erbrachte Betriebstreue honorieren und Anreiz für künftige Betriebstreue sein sowie der Motivation von Mitarbeitern dienen soll, die nach der Auszahlung noch sechs Monate im Arbeitsverhältnis verbleiben, schließt die Annahme eines arbeitsleistungsbezogenen Entgeltcharakters nicht aus. Die genannten weiteren Zwecke treten lediglich hinzu (vgl. *BAG 13. November 2013 - 10 AZR 848/12 - Rn. 18 ff., BAGE 146, 284; zu einer Betriebsvereinbarung vgl. BAG 15. November 2023 - 10 AZR 288/22 - Rn. 62 ff.*).

bb) Die Vorbehalte in § 4.2 Satz 7 und 8 AV sind unangemessen benachteiligend iSv. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Klauseln stehen im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611a Abs. 2 BGB und sind mit diesen nicht zu vereinbaren, weil sie es dem Arbeitgeber ermöglichen sollen, dem Arbeitnehmer bereits erarbeitetes Entgelt zu entziehen und sich von seinen vertraglichen Verpflichtungen zu lösen (*st. Rspr., vgl. BAG 15. November 2023 - 10 AZR 288/22 - Rn. 68; 3. August 2016 - 10 AZR 710/14 - Rn. 20, BAGE 156, 38; 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 52, BAGE 147, 322; 5. Juli 2011 - 1 AZR 94/10 - Rn. 38*). 49

b) Einem Anspruch des Klägers steht ebenso wenig die Stichtagsregelung in § 4.3 Satz 3 AV entgegen. 50

aa) Auch diese ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 iVm. Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Sie steht im Widerspruch zum Grundgedanken des § 611a Abs. 2 BGB, indem sie dem Arbeitnehmer, obwohl er die vereinbarten Ziele erreicht hat, seinen bereits erarbeiteten Lohn entzieht, ohne dass eine Störung des Austauschverhältnisses vorliegt. Nach § 611a Abs. 2 BGB ist der Arbeitgeber zur Zahlung 51

der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit der vorleistungsverpflichtete Arbeitnehmer die ihm obliegende Arbeitsleistung erbracht hat. Der Anspruch auf Zahlung verdienten Entgelts ist daher nicht davon abhängig, dass weitere Zwecke, wie erbrachte oder künftige Betriebstreue, erfüllt werden (*vgl. BAG 15. November 2023 - 10 AZR 288/22 - Rn. 60*). Sie verkürzt außerdem in nicht zu rechtfertigender Weise die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechts unzulässig erschwert (*vgl. BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 20 ff., BAGE 163, 144; 13. November 2013 - 10 AZR 848/12 - Rn. 28 ff., BAGE 146, 284*).

bb) Die Vertragsbestimmung ist zudem nach § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie gegen das Transparenzgebot (*vgl. Rn. 17 f.*) verstößt. Die Klausel ist in Zusammenschau mit § 4.2 Satz 6 AV nicht klar und verständlich. Der Vorbehalt in § 4.3 Satz 3 AV will ausschließen, dass im gekündigten Arbeitsverhältnis ein Anspruch auf Tantieme besteht. Dies steht im Widerspruch zu § 4.2 Satz 6 AV, wonach dem Arbeitnehmer im Falle des Austritts aus dem Arbeitsverhältnis während eines Kalenderjahres, sofern die in § 4.2 Satz 3 bis 5 AV genannten Voraussetzungen erfüllt sind, uneingeschränkt - also auch im Fall einer Kündigung - ein zeitanteiliger Anspruch auf eine Tantieme zusteht (*vgl. zur Intransparenz eines Freiwilligkeitsvorbehalts BAG 15. November 2023 - 10 AZR 288/22 - Rn. 30*).

c) Einem Schadensersatzanspruch des Klägers steht auch nicht § 4.10 AV entgegen, der eine Rückzahlung der Tantieme vorsieht, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb von sechs Monaten nach Auszahlung - gleich aus welchem Rechtsgrund - endet. Auch diese Regelung ist unangemessen benachteiligend iSd. § 307 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 BGB, so dass ein darauf gestütztes Dolo-agit-Gegenrecht der Beklagten nicht in Betracht kommt (*vgl. dazu BAG 21. März 2018 - 10 AZR 560/16 - Rn. 38 f., BAGE 162, 221; 20. Oktober 2016 - 6 AZR 715/15 - Rn. 74 mwN*). Soweit der Anspruch auf eine Tantieme in einer arbeitsvertraglichen Klausel - wie vorliegend (*Rn. 50 ff.*) - nicht wirksam vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag abhängig gemacht werden kann, gilt dies aus denselben Rechtsgründen auch für eine entspre-

chende Rückzahlungsklausel im Fall einer bereits erfolgten Zahlung. Der Anspruch auf Zahlung verdienten Entgelts nach § 611a Abs. 2 BGB ist nicht davon abhängig, dass weitere Zwecke, wie die künftige Betriebstreue von Mitarbeitern, erfüllt werden (*vgl. BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 23, BAGE 163, 144; ausführlich BAG 18. Januar 2012 - 10 AZR 612/10 - Rn. 18 ff., BAGE 140, 231*).

6. Der Anspruch besteht in noch rechtshängiger Höhe von 82.607,14 Euro brutto. 54

a) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. 55

aa) Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Dazu gehört auch entgangener Verdienst aus abhängiger Arbeit und damit auch eine Tantiemzahlung. 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 erwartet werden konnte. § 252 Satz 2 BGB enthält für den Geschädigten eine den § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung. Der Geschädigte 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 Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Da die Beweiserleichterung des § 252 BGB und des § 287 ZPO auch die Darlegungslast derjenigen Partei mindert, die Ersatz des entgangenen Gewinns verlangt, dürfen insoweit keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (*st. Rspr., vgl. zB BAG 29. Februar 2024 - 8 AZR 359/22 - Rn. 20 ff.; zur Zielvereinbarung BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 50, BAGE 173, 269; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 48, BAGE 125, 147*). 56

bb) Dem Anwendungsbereich des § 287 Abs. 1 ZPO unterliegen sowohl die Feststellung des Schadens als auch dessen Höhe. Die Vorschrift dehnt für die Feststellung der Schadenshöhe das richterliche Ermessen über die Schranken des § 286 ZPO aus. Das Gesetz nimmt in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt. Allerdings soll die Schätzung 57

möglichst nahe an diese heranführen (*BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 51 mwN, BAGE 173, 269*).

- cc) Zielvereinbarungen müssen zwar nicht stets die in Aussicht gestellte Tantieme- oder Bonuszahlung auslösen. Bei der Ermittlung des Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie ihren Motivations- und Leistungssteigerungszweck verfehlen und ihrer Anreizfunktion nicht gerecht werden, wenn die festgelegten Ziele vom Arbeitnehmer von vornherein nicht erreicht werden können. Auch kann sich ein Arbeitgeber der in der Rahmenvereinbarung zugesagten Zahlung nicht dadurch entziehen, dass er vom Arbeitnehmer Unmögliches verlangt und nur bereit ist, Ziele zu vereinbaren, die nicht zu erreichen sind. Es ist deshalb grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Arbeitnehmer vereinbarte Ziele erreicht hätte, wenn nicht besondere Umstände diese Annahme ausschließen. Solche besonderen Umstände hat der Arbeitgeber darzutun und ggf. zu beweisen (*st. Rspr., vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 52 f., BAGE 173, 269; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 50, BAGE 125, 147*). 58
- dd) Die Bemessung der Höhe des Schadensersatzanspruchs ist in erster Linie Sache des Tatsachengerichts. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Tatsachengericht Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (*BAG 29. Februar 2024 - 8 AZR 359/22 - Rn. 23; 26. September 2012 - 10 AZR 370/10 - Rn. 25 mwN, BAGE 143, 165*). 59
- b) Es kann dahinstehen, ob das angefochtene Berufungsurteil diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab standhalten würde, da aus den Entscheidungsgründen nicht klar erkennbar ist, ob das Landesarbeitsgericht alle im Einzelfall maßgebenden Umstände berücksichtigt hat. Im Ergebnis erweist sich die Entscheidung aber - soweit für die Revision von Interesse - auch bei voller Überprüfung als richtig. 60

aa) Bei der abstrakten Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB ist 61
Grundlage für die Ermittlung des dem Kläger zu ersetzenden Schadens die ihm
für den Fall der Zielerreichung im Eintrittsjahr 2020 zugesagte, zeitanteilig zu
bemessende Tantieme. Sie beläuft sich auf maximal 97.500,00 Euro brutto
(180.000,00 Euro brutto x 6,5/12). Davon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend
ausgegangen.

bb) Die Beklagte hat keine besonderen Umstände dargetan, die die 62
Annahme rechtfertigten, der Kläger hätte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge
nicht die volle Tantieme erzielt. Weder die Abwesenheit des Klägers wegen
Urlaubs, Freistellung und Krankheit noch eine - zu Gunsten der Beklagten unter-
stellte - Verfehlung der mit Schreiben vom 19. August 2020 vom Kläger vorge-
schlagenen Ziele oder die Verletzung vertraglicher Dokumentationspflichten
hätte zu einer Verminderung des Tantiemeanspruchs führen können. Es ist des-
halb nicht entscheidungserheblich, ob die Beklagte, wie der Kläger behauptet,
seine Arbeitsleistung vereitelt hat.

(1) Die Urlaubsabwesenheit des Klägers vom 26. November bis zum 31. De- 63
zember 2020 kann nicht anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Nach § 5.1
AV steht dem Kläger ein Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen im Kalenderjahr
zu, der im Ein- und Austrittsjahr zeitanteilig entsteht. Es ist deshalb davon aus-
zugehen, dass die Parteien bei der Festlegung der Ziele dieser vertraglichen Ab-
rede Rechnung getragen und den Urlaubsanspruch berücksichtigt hätten, um
dem Kläger die Verwirklichung seines Urlaubsanspruchs zu ermöglichen und
keine Anreize zu schaffen, auf den Urlaub zu verzichten (*vgl. hierzu BAG 16. No-
vember 2022 - 10 AZR 210/19 - Rn. 15 ff. mwN*).

(2) Im Zeitraum der Freistellung des Klägers vom 26. Oktober bis zum 64
8. November 2020 befand sich die Beklagte im Annahmeverzug, so dass der Klä-
ger nach § 615 Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB die vereinbarte Vergütung hätte ver-
langen können, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Die Freistellung des
Klägers kann damit nicht zu einer Reduzierung des Schadensersatzanspruchs
führen.

- (a) Mit der Aufhebung der Arbeitspflicht bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis durch die Freistellung des Klägers verzichtete die Beklagte auf die Erbringung der Arbeitsleistung. Ein Angebot der Arbeitsleistung war deshalb entbehrlich (*st. Rspr., zB BAG 26. Juni 2013 - 5 AZR 432/12 - Rn. 18 mwN*). Die Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Klägers (§ 297 BGB) steht für diesen Zeitraum nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts außer Streit. 65
- (b) Dem Annahmeverzug der Beklagten steht nicht entgegen, dass sie den Kläger freistellte, weil eine andere Mitarbeiterin an Covid 19 erkrankt war. Die Beklagte behauptet nicht, dass ein Fall der Annahmehemöglichkeit - etwa als Folge einer Betriebsschließung - vorgelegen hätte (*vgl. hierzu im Einzelnen BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 211/21 - Rn. 15 ff., BAGE 176, 53*). Sie hat auch keine Umstände vorgetragen, die die Annahme rechtfertigten, ihr sei die Annahme der Arbeitsleistung des Klägers aufgrund der konkreten betrieblichen Umstände unzumutbar gewesen (*vgl. BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 39, BAGE 178, 293*). 66
- (c) Rechtsfolge des Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 BGB ist die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Der Arbeitnehmer hat trotz Nichtleistung der Arbeit Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (*BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 48, BAGE 178, 293*). Hierzu gehören auch erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile. 67
- (3) Auch die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers hätten nicht zu einer Verminderung seines Tantiemeanspruchs führen können. Mangels Kürzungsvereinbarung nach § 4a EFZG wäre die Beklagte unabhängig davon, ob dem Kläger für seine krankheitsbedingten Fehlzeiten ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG zugestanden hätte, nicht zur Zahlung einer geringeren Tantieme berechtigt gewesen. Gleiches gilt deshalb für den Schadensersatzanspruch. 68
- (a) Bei der in § 4.2 Satz 1 AV zugesagten Tantieme handelt es sich um eine Sondervergütung, welche die Arbeitgeberin zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt. Die Tantieme ist zwar - wie bereits ausgeführt (*vgl. Rn. 48*) - als Ge- 69

genleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung geschuldet. Dies ist aber nicht der einzige Zweck der Leistung. Den Regelungen in § 4.3 Satz 3 und § 4.10 AV ist zu entnehmen, dass die Tantieme zusätzlich erbrachte Betriebstreue honorieren und Anreiz für künftige Betriebstreue sein sowie der Motivation von Mitarbeitern dienen soll, die nach der Auszahlung noch sechs Monate im Arbeitsverhältnis verbleiben. Auf die Unwirksamkeit der Regelungen kann sich die Beklagte als Verwenderin der von ihr gestellten Vertragsbedingungen im Verhältnis zum Kläger nicht berufen (*st. Rspr.*, zB BAG 27. April 2022 - 4 AZR 289/21 - Rn. 32; 22. März 2017 - 10 AZR 448/15 - Rn. 31, BAGE 158, 329). Die Inhaltskontrolle schafft einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Verwender der Klausel, sie dient aber nicht dem Schutz des Verwenders vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen (*vgl.* BAG 19. Juni 2018 - 9 AZR 615/17 - Rn. 42 mwN, BAGE 163, 72).

(b) Bei nicht rein arbeitsleistungsbezogenen Sondervergütungen ist nach § 4a EFZG eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen), auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit in bestimmten Grenzen zulässig. Die Norm erlaubt dem Arbeitgeber aber keine einseitige Kürzung von Sondervergütungen, sondern eröffnet nur die Möglichkeit, derartige Kürzungen durch individualrechtliche oder kollektivrechtliche Regelungen zu vereinbaren. Fehlt es - wie vorliegend - an einer Kürzungsregelung, hat der Arbeitgeber das Risiko der unverminderten Zahlung zu tragen. § 4a EFZG trifft insoweit eine abschließende Risikozuweisung (*vgl.* BAG 25. Januar 2023 - 10 AZR 116/22 - Rn. 35, 37 mwN; 22. Juli 2021 - 2 AZR 125/21 - Rn. 21, BAGE 175, 275). 70

(c) Vor diesem Hintergrund führt auch die Verfahrensrüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe ihren Vortrag übergangen, der Kläger sei vom 28. September bis zum 5. Oktober 2020 nicht infolge einer Ersterkrankung arbeitsunfähig gewesen, nicht zum Erfolg. Der mögliche Verfahrensfehler ist nicht entscheidungserheblich. Soweit das Landesarbeitsgericht die Klage in der rechtsfehlerhaften Annahme, der Anspruch sei zu kürzen, weil dem Kläger für den Zeitraum seiner Arbeitsunfähigkeit vom 7. bis 18. August 2020 kein Anspruch 71

auf Entgeltfortzahlung zugestanden habe, abgewiesen hat, ist die Entscheidung rechtskräftig geworden.

(4) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers ist ebenso wenig ausgeschlossen, wenn man zu Gunsten der Beklagten unterstellt, der Kläger habe auch die von ihm mit Schreiben vom 19. August 2020 vorgeschlagenen Ziele verfehlt. Die Parteien haben diese Ziele nicht vereinbart, die Beklagte hat die Vorschläge vielmehr ausdrücklich abgelehnt. Vom Vorschlag des Klägers konnte deshalb keine dem Leistungssteigerungs- und Motivationsgedanken entsprechende Anreizwirkung ausgehen (vgl. hierzu BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 46, BAGE 173, 269; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 47, BAGE 125, 147), so dass ein Rückschluss auf die Erreichung anderer Ziele nicht möglich ist. 72

(5) Die Verletzung oder Nichterfüllung einzelner arbeitsvertraglicher Pflichten, wie vorliegend von der Beklagten in Bezug auf Dokumentationspflichten des Klägers behauptet, ist regelmäßig nicht geeignet, die Annahme zu begründen, der Arbeitnehmer würde vereinbarte Ziele nicht erreicht haben. Besondere Umstände, die eine abweichende Bewertung begründen könnten, hat die Beklagte nicht dargelegt. 73

cc) Der Kläger muss sich kein anspruchsminderndes Mitverschulden iSv. § 254 Abs. 1 BGB am Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung anrechnen lassen, das über 10 % hinausgeht. Hinsichtlich dieses angenommenen Mitverschuldensanteils ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts rechtskräftig geworden. 74

(1) Die Verteilung der Verantwortlichkeit für einen entstandenen Schaden im Rahmen des § 254 BGB ist in erster Linie Sache tatrichterlicher Würdigung und ebenfalls in der Revision nur eingeschränkt überprüfbar (Rn. 39). 75

(2) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Bewertung des Landesarbeitsgerichts stand. 76

(a) Ist - wie hier - in der Rahmenvereinbarung nicht ausdrücklich geregelt, dass der Arbeitgeber die Initiative zur Führung eines Gesprächs mit dem Arbeitnehmer über eine Zielvereinbarung zu ergreifen hat, und führt auch die Auslegung der Regelung nicht zu einer alleinigen Pflicht des Arbeitgebers, die Verhandlungen über die Zielvereinbarung einzuleiten, ist bei einer nicht zustande gekommenen Zielvereinbarung nicht stets davon auszugehen, dass nur der Arbeitgeber die Initiative zu ergreifen und ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer über mögliche Ziele und deren Gewichtung anzuberaumen hatte. Vielmehr muss in einem solchen Fall auch der Arbeitnehmer die Verhandlungen über die Zielvereinbarung anregen (*vgl. BAG 17. Dezember 2020 - 8 AZR 149/20 - Rn. 61, BAGE 173, 269*). 77

(b) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, den Kläger treffe ein Mitverschulden am Nichtzustandekommen einer Zielvereinbarung, weil er die Beklagte nicht unmittelbar zum Ablauf der Probezeit am 15. Juni 2020 zum Abschluss einer Zielvereinbarung aufgefordert hat, sondern erst mit E-Mail vom 25. Juni 2020. Den Mitverschuldensanteil hat es mit 10 % bewertet. Wegen der eingetretenen Teilrechtskraft kann dahinstehen, ob das Landesarbeitsgericht mit dieser Wertung seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat und ob vorliegend überhaupt von einer vom Arbeitnehmer verschuldeten relevanten Verzögerung gesprochen werden kann. Jedenfalls kann sich daraus kein höherer Mitverschuldensanteil ergeben. 78

(c) Zutreffend ist allerdings die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass dem Kläger kein weiteres Mitverschulden angelastet werden kann. Der Kläger hat seine Verpflichtungen aus § 4.2 Satz 3 AV erfüllt, indem er die Beklagte mit E-Mail vom 25. Juni 2020 aufforderte, in Verhandlungen über eine Zielvereinbarung einzutreten. Er hat zudem mit Schreiben vom 19. August 2020 auf den Vorschlag der Beklagten reagiert und sie gleichzeitig zu weiteren Verhandlungen aufgefordert. Ein Verschulden trifft in diesem Zusammenhang allein die Beklagte, die, im Widerspruch zu ihrer Ankündigung im Schreiben vom 13. August 2020, dem Kläger keine Möglichkeit mehr gegeben hat, am Zustandekommen einer Zielvereinbarung mitzuwirken (*vgl. Rn. 42 ff.*). Sonstige Umstände, die auf ein 79

Verschulden des Klägers schließen lassen, sind weder vorgetragen noch ergeben sich aus dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte.

7. Prozesszinsen stehen dem Kläger ab dem Folgetag der Rechtshängigkeit zu, §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2, § 187 Abs. 1 BGB (*st. Rspr., vgl. nur BAG 14. Dezember 2023 - 10 AZR 373/20 - Rn. 22*). 80

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 81

W. Reinfelder

Günther-Gräff

Weber

S. Viehl

Frankenberg