

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 24. Oktober 2018  
- 10 AZR 285/16 -  
ECLI:DE:BAG:2018:241018.U.10AZR285.16.0

I. Arbeitsgericht München

Endurteil vom 8. Oktober 2015  
- 12 Ca 15034/13 -

II. Landesarbeitsgericht München

Urteil vom 3. März 2016  
- 3 Sa 985/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Bonuszahlung - billiges Ermessen - Revisibilität

Leitsatz:

Die tatrichterlichen Erwägungen zur Anwendung von § 315 BGB im Fall einer variablen Vergütung können vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist.

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 285/16

3 Sa 985/15

Landesarbeitsgericht

München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. Oktober 2018

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Oktober 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richter Merkel und Schumann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. März 2016 - 3 Sa 985/15 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision der Beklagten und unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. März 2016 - 3 Sa 985/15 - aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von Zinsen bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils verurteilt wurde. In diesem Umfang wird die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 8. Oktober 2015 - 12 Ca 15034/13 - zurückgewiesen.
3. Die Kosten der Revision haben der Kläger zu 88 % und die Beklagte zu 12 % zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch über die Zahlung von variabler Vergütung für die Geschäftsjahre 2010, 2011 und 2012. 1

Der Kläger war seit dem 1. September 1991 bei der Beklagten als außertariflicher Angestellter beschäftigt. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Bank in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts; das Bayerische Personalvertretungsgesetz (BayPVG) findet Anwendung. Das Brutto-Jahresfestgehalt des Klägers belief sich im Jahr 2010 auf 66.475,40 Euro, im Jahr 2011 auf 75.310,42 Euro und im Folgejahr auf 76.994,16 Euro. Die Vergütung war zuletzt im Arbeitsvertrag vom 1. April 2005 geregelt: 2

#### „§ 4. Bezüge.

(1) Der Mitarbeiter erhält ein Jahresfestgehalt in Höhe von 56.000,00 € ... Für die Grundsätze des Vergütungssystems für die außertariflich Beschäftigten, insbesondere für die Teilbereiche Funktionseinwertung, Funktionsstufen, Gehaltsbänder und Jahresfestgehalt gilt im Übrigen die entsprechende Dienstvereinbarung der Bayerischen Lan-

desbank mit dem Gesamtpersonalrat in ihrer jeweils gültigen Fassung.

(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 Bayerischen Landesbank 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.“

In dem Begleitschreiben vom 1. April 2005, das sie dem Kläger zusammen mit dem Arbeitsvertrag übersandt hatte, erläuterte die Beklagte das variable Vergütungssystem und teilte ihm mit, der prozentuale Zielwert für seinen Leistungsbonus betrage 15 % seines Kalenderjahresfestgehalts. Mit einem weiteren Schreiben vom 1. Januar 2007 informierte sie den Kläger über die Erhöhung des Zielbonus auf 20 % mit Wirkung vom 1. Januar 2007. 3

Die Beklagte schloss mit dem bei ihr gebildeten Personalrat seit dem Jahr 2000 Dienstvereinbarungen zur Regelung der Bonusansprüche. Zu deren Umsetzung wurden immer zu Jahresbeginn individuelle Arbeitsziele festgesetzt, die der Kläger im Streitzeitraum jeweils erfüllte. 4

Das Geschäftsjahr 2008 endete für die Beklagte mit einem Verlust von rund fünf Mrd. Euro. In diesem Zusammenhang wurde bis in das Geschäftsjahr 2009 hinein neues Eigenkapital in Höhe von rund zehn Mrd. Euro zugeführt. Es 5

kam zu einer staatlich garantierten Abschirmung bis zu einem Höchstbetrag von 4,8 Mrd. Euro. Anfang 2009 legte die Beklagte ein Umstrukturierungsprogramm auf, das neben einer Neuausrichtung des Geschäftsmodells auf Kernbereiche und -regionen insbesondere auch eine (konzernweite) Kostenreduktion in Höhe von 670 Mio. Euro und einen Personalabbau um ca. 1.000 Arbeitnehmer vorsah. Die Beklagte schloss das Geschäftsjahr 2009 mit einem Jahresfehlbetrag von 2,595 Mrd. Euro ab. Für die Geschäftsjahre 2008 und 2009 zahlte sie ihren Arbeitnehmern keinen Bonus.

Ende November 2009 beschloss der Verwaltungsrat der Beklagten auf der Grundlage seiner satzungsmäßigen Befugnis Regeln zur Festsetzung des Bonusbudgets. Danach sollte der Vorstand während der sog. Turn-Around-Phase bis zum 31. Dezember 2015 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 Landesbausparkasse und Landesbodenkreditanstalt) in Abhängigkeit des Economic Value Added (EVA) und des sog. Delta-EVA treffen. Der EVA (nach IFRS [International Financial Reporting Standards]/IAS [International Accounting Standards]) 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. Der Delta-EVA drückt die Entwicklung des EVA zwischen zwei Geschäftsjahren aus und gibt 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 beiden vorangegangenen Geschäftsjahren abgestellt werden. Solange dieser sog. Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA negativ war, sollte der Delta-EVA betrachtet werden, ebenfalls bezogen auf den betreffenden Drei-Jahres-Zeitraum. Nur wenn dieser Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA positiv war, durfte ein Budget für die variable Vergütung zur Verfü-

6

gung gestellt werden, das jedoch grundsätzlich auf maximal 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte zu begrenzen war. Der Vorstand hatte die Möglichkeit, das Bonusbudget um bis zu 10 % zu erhöhen. Das Budget bedurfte der abschließenden Zustimmung des Verwaltungsrats.

Am 8. Dezember 2009 schloss die Beklagte mit dem Gesamtpersonalrat eine „Dienstvereinbarung über die Vergütung der außertariflich Beschäftigten der Bayerischen Landesbank“ (DV AT-Vergütung 2010), die am 1. Januar 2010 in Kraft trat. Ihr liegt das Ziel zugrunde, dass die Vergütungssysteme nicht dazu verleiten sollen, unangemessene Risiken einzugehen. Sie sollen an langfristigen und nachhaltigen Zielen ausgerichtet und transparent sein. Zur Vergütung heißt es in der DV AT-Vergütung 2010:

7

„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. ...

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 sollen.

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 BayernLB. Die Budgets richten sich nach dem betriebswirtschaftlichen Erfolg (z. B. gemessen an EVA oder ΔEVA) 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,

...	
bei Erfüllung der Ziele und außerfachlichen Kompetenzen	90 bis 110 %
...	

des Richtwertes betragen.

...

Sofern das zur Verfügung stehende Budget nicht ausreicht, die individuell festgelegten Beträge auszuzahlen, 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 Ausgegli-

chenheit 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.“

Die Beklagte informierte die Arbeitnehmer mit Schreiben vom 18. Dezember 2009 über das neue Vergütungssystem für außertariflich Beschäftigte. Mit Schreiben vom 11. Januar 2010 setzte sie den Kläger ua. darüber in Kenntnis, dass sein Jahresfestgehalt auf 63.808,58 Euro brutto erhöht werde. Sie teilte ihm mit, der Richtwert für seine variable Vergütung betrage 10 % des derzeitigen Mittelwerts des Gehaltsbands für die Karrierestufe „1“ der Job-family „LBS“ und damit 6.500,00 Euro. 8

Im Dezember 2010 beschloss der Vorstand die Zahlung einer auf zwei Jahre befristeten „Stabilisierungszulage“ für die tariflich und die außertariflich Beschäftigten im In- und Ausland mit einem Volumen von jährlich 20 Mio. Euro. Damit sollte das Engagement der Arbeitnehmer für die Zukunftssicherung der Beklagten auch monetär honoriert werden. Der Kläger erhielt im Zeitraum von Mai 2011 bis April 2013 zusätzlich zu seiner Festgehaltsrate monatlich 395,28 Euro brutto als Stabilisierungszulage. 9

Im März 2011 beschloss der Vorstand der Beklagten mit Zustimmung des Verwaltungsrats, für das Geschäftsjahr 2010 als variable Vergütung ihrer Arbeitnehmer im In- und Ausland ein Gesamtvolumen in Höhe von 25 Mio. Euro zur Verfügung zu stellen. Damit entsprach sie den Vorgaben des Verwaltungsrats, die unter der - für 2010 gegebenen - Voraussetzung eines negativen Drei-Jahres-Durchschnitts-EVA und eines positiven Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA grundsätzlich eine Begrenzung des Bonusbudgets auf 35 % mit der Möglichkeit einer Erhöhung des Budgets um 10 % vorsahen. Die Beklagte setzte das Bonusbudget für die außertariflich Beschäftigten auf 38,5 % der Summe der funktionalen Richtwerte fest zuzüglich eines Zuschlags, der es ermöglichte, 10



erhöhende Leistungsfaktoren zu berücksichtigen. In der Summe ergaben sich rund 17,88 Mio. Euro. Dieses Budget entsprach 51,7 % der funktionsbezogenen Richtwerte nach Nr. 6.2.1. DV AT-Vergütung 2010. Im Juni 2011 erhielt der Kläger für das Geschäftsjahr 2010 eine variable Vergütung in Höhe von 3.002,00 Euro brutto.

Im Geschäftsjahr 2011 fand die Dienstvereinbarung über die Vergütung der außertariflich Beschäftigten vom 8. Dezember 2009 in der Fassung der Änderung der Dienstvereinbarung vom 14. Dezember 2010 Anwendung (DV AT-Vergütung 2011). Sie entspricht hinsichtlich der Vergütungsfragen der DV AT-Vergütung 2010. Im Januar 2012 entschied die Beklagte, für das Geschäftsjahr 2011 keine variable Vergütung zu zahlen. Durch Intranet-Mitteilung vom 28. Februar 2012 wurden die Arbeitnehmer hierüber informiert und darauf hingewiesen, dass an der befristeten Stabilisierungszulage bis April 2013 festgehalten und zur zeitnahen Honorierung besonderer Leistungen erneut ein Budget in Höhe von fünf Mio. Euro zur Verfügung gestellt werde. Des Weiteren werde zum 1. Juli 2012 eine Gehaltsüberprüfungsrunde für außertariflich Beschäftigte im In- und Ausland durchgeführt. Dafür stellte die Beklagte ein weiteres Budget in Höhe von maximal fünf Mio. Euro zur Verfügung.

11

Im Juli 2012 wurde das Beihilfeverfahren abgeschlossen. Die Maßnahmen 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 fünf Mrd. Euro) 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, sämtliche Stützungsmaßnahmen zurückzuerstatten. In der zweiten Jahreshälfte 2012 beschloss die Beklagte, den außertariflich Beschäftigten, die an der Zeiterfassung teilnahmen, zum Ausgleich für die besonderen Belastungen im Geschäftsjahr 2011 Zeitguthaben in Höhe von 50 Stunden zum Stichtag 30. September 2012 zu gewähren; Auszahlungstermin war Oktober 2012.

12

Am 29. November 2012 schlossen die Beklagte und der Gesamtpersonalrat die „Dienstvereinbarung über eine Starterprämie im Falle des Wechsels von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zur ‚Neuen LBS‘“ (DV Starterprämie). Darin heißt es:

13

**„2 Anspruch auf eine Starterprämie**

Jeder Mitarbeiter der BayernLB, dessen Arbeitsverhältnis bis spätestens 31.12.2012 in ungekündigtem Zustand gemäß § 613a BGB von der BayernLB auf die Neue LBS 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 ausbezahlten 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 1. Januar 2013 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers nach § 613a BGB auf die „Neue LBS“ über. Mit dem Gehalt für April 2013 erhielt er eine Starterprämie in Höhe von 6.507,89 Euro brutto.

14

Für das Geschäftsjahr 2012 galt ebenfalls die DV AT-Vergütung 2011. Am 15. Januar 2013 beschloss der Vorstand der Beklagten, für das Geschäftsjahr 2012 ein Budget von insgesamt 15 Mio. Euro für eine einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung für tariflich und außertariflich Beschäftigte im In- und Ausland zur Verfügung zu stellen. Damit sollten insbesondere die Leistungen der Arbeitnehmer angemessen honoriert werden, die es der Beklagten überhaupt ermöglichten, mit der Rückzahlung der vom Freistaat Bayern gewährten Beihilfen zu beginnen. In einer von der Beklagten vorgelegten Präsentation des Personalrats zu einer in diesem Zusammenhang einberufenen Personalversammlung heißt es auszugsweise:

„TOP 5 - Gehalt - variable Vergütung für das Jahr 2012

- Budget für Variable Vergütung für AT und Tarif wurde auf **0,-- €** gesetzt

**JEDOCH**

- Beschluss des VS über eine einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung für das Jahr 2012“

Der Kläger macht mit seiner Klage - soweit für die Revision von Interesse - für das Geschäftsjahr 2010 einen Differenzanspruch in Höhe von 10.293,08 Euro geltend; für die Geschäftsjahre 2011 und 2012 begehrt er Bonuszahlungen in Höhe von 15.062,08 Euro und 15.398,83 Euro. Er hat gemeint, nach § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag könne er aufgrund der jeweils hundertprozentigen Zielerreichung pro Geschäftsjahr 20 % seines Jahresfestgehalts als Bonus verlangen. Der Freiwilligkeitsvorbehalt sei unwirksam. Boni in dieser Höhe stünden ihm auch aus den als individualvertragliche Zusagen auszulegenden Schreiben vom 1. April 2005 und 1. Januar 2007 zu, jedenfalls aber - aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung für die Geschäftsjahre 2004 bis 2007 - aus betrieblicher Übung oder einer Gesamtzusage.

Sollte für die Geschäftsjahre 2010 bis 2012 die DV AT-Vergütung anzuwenden sein, stünden ihm auf der Basis des Mittelwerts seines Gehaltsbands jährlich jeweils 6.500,00 Euro brutto zu. Für das Geschäftsjahr 2010 reduziere sich der Anspruch um die bereits ausgezahlte variable Vergütung in Höhe von 3.002,00 Euro brutto, sei jedoch, wie der Kläger erstmals im Schriftsatz vom

28. August 2018 geltend gemacht hat, wegen des bereichsspezifischen Faktors von 9,05 % um 588,25 Euro zu erhöhen.

Der Kläger hat bezweifelt, dass der Vorgabe des Verwaltungsrats, das Budget auf 35 % bzw. 38,5 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte zu deckeln, eine Ermessensentscheidung zugrunde gelegen habe. Die Beklagte habe auch in Bezug auf die Festsetzung der Bonuszahlungen kein Ermessen ausgeübt. Wenn überhaupt, habe sie diese Erwägungen erst nachträglich konstruiert. Jedenfalls müsse von erheblichen Ermessensfehlern ausgegangen werden, da die Beklagte keinerlei Unterlagen vorgelegt und auf Gesetze Bezug genommen habe, die zum maßgeblichen Zeitpunkt weder in Kraft noch auf den Kläger anwendbar gewesen seien. Rein wirtschaftliche Gründe und das Betriebsergebnis könnten für den Leistungsbonus nicht von Bedeutung sein, zumal eine Relation zwischen den wirtschaftlichen Umständen und der Leistungsbezogenheit nicht erkennbar sei. Die herangezogenen EVA- und Delta-EVA-Daten hat der Kläger mit Nichtwissen bestritten. In diesem Zusammenhang hat er gemeint, die Orientierung am Delta-EVA genüge nicht der Billigkeit, zumal sie auch nicht nachvollziehbar sei. Die Entscheidung, ab 2010 eine Stabilisierungszulage auszuschütten und erhebliche weitere Geldmittel für Gehaltserhöhungen zur Verfügung zu stellen, belege, dass die wirtschaftliche Situation der Beklagten die Zahlung variabler Vergütungen durchaus erlaubt habe. Die in der DV Starterprämie vorgesehene Verrechnung der 2013 ausgezahlten Starterprämie mit der variablen Vergütung für das Geschäftsjahr 2012 verstoße gegen das Günstigkeitsprinzip und den Gleichbehandlungsgrundsatz.

18

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - zuletzt beantragt,

19

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 40.753,99 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Teilbetrag in Höhe von 10.293,08 Euro seit 1. Juli 2011, aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 12.787,08 Euro seit 1. Juli 2012 sowie aus einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 13.123,83 Euro seit 1. Juli 2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die streitigen Bonusansprüche könnten sich allein aus § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag in Verbindung mit der jeweils anzuwendenden Dienstvereinbarung ergeben. Dem Kläger stünden jedoch für die Geschäftsjahre 2010 bis 2012 keine weiteren Zahlungen zu. 20

Den Bonus für das Geschäftsjahr 2010 habe sie ermessensfehlerfrei auf 3.002,00 Euro festgesetzt. Für das Geschäftsjahr 2011 habe sie - ebenfalls ohne Ermessensfehler - kein Bonusvolumen bestimmt, obwohl die maßgeblichen EVA-Datenkonstellationen die Festsetzung eines Budgets von maximal 35 % der Summe der Richtwerte und dessen Erhöhung um 10 % zugelassen hätten. Ihr Ergebnis (nach IFRS/IAS) sei jedoch durch hohe positive Sondereffekte („Scheingewinne“) überzeichnet gewesen. Bei der Abwägung habe sie auch den Jahresfehlbetrag von 328 Mio. Euro (HGB-Einzelabschluss) berücksichtigt. Die Leistungen und besonderen Belastungen der Arbeitnehmer und ihre Motivation seien durch die Stabilisierungszulage, die Bereitstellung der Budgets für die Gehaltsanpassungen und die Prämien für besondere Leistungen und die darüber hinaus beschlossene Auszahlung des Zeitguthabens hinlänglich vergütet worden. Auch im Geschäftsjahr 2012 sei das Ergebnis der Beklagten durch Sondereffekte gekennzeichnet gewesen. Eine nachhaltig erfolgreiche wirtschaftliche Lage habe nach wie vor nicht vorgelegen. Das gleichwohl von ihr bestimmte Volumen für die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung sei identisch mit dem Bonusbudget. Da diese Sonderzahlung im Auszahlungsschreiben ausdrücklich als „leistungsabhängig“ bezeichnet gewesen sei, habe die Beklagte den Anspruch auf die variable Vergütung damit erfüllt. Ein etwa darüber hinausgehender Bonusanspruch sei jedenfalls aufgrund der Regelung in Nr. 2.2 DV Starterprämie erloschen. Zinsen stünden dem Kläger frühestens ab Rechtskraft eines ihre Leistungsbestimmung ersetzenden Urteils zu. 21

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Entscheidung teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger für die Geschäftsjahre 2011 und 2012 jeweils 2.275,00 Euro brutto nebst Zinsen ab dem 1. Juli des Folgejahres zu zahlen. Der Kläger erstrebt mit seiner Revision die Verurteilung der Beklagten zu weiteren Bonuszahlungen für die 22

Geschäftsjahre 2010 bis 2012 in Höhe von insgesamt 36.203,99 Euro brutto. Die Beklagte begehrt die Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils.

## Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist teilweise unzulässig; im Übrigen ist sie zu- 23  
lässig, aber unbegründet. Die Revision der Beklagten ist überwiegend unbe-  
gründet. Sie hat nur hinsichtlich des Zinsbeginns Erfolg. Das Landesarbeitsge-  
richt hat zu Recht erkannt, dass sich die geltend gemachten Bonusansprüche  
für die Geschäftsjahre 2010 bis 2012 allein aus § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag in  
Verbindung mit der jeweils geltenden DV AT-Vergütung ergeben können. Es  
hat auch rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Kläger für das Geschäftsjahr  
2010 keinen weiteren Bonusanspruch hat. Die Verurteilung der Beklagten zur  
Zahlung von jeweils 2.275,00 Euro brutto als variable Vergütung für die Ge-  
schäftsjahre 2011 und 2012 ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Der  
Anspruch des Klägers auf die variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2012 ist  
nicht durch Erfüllung erloschen. Allerdings hat das Landesarbeitsgericht dem  
Kläger zu Unrecht Zinsen für die Zeit vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu-  
gesprochen. In diesem Umfang ist die Klage unbegründet.

I. Die Revision des Klägers ist unzulässig, soweit er die Bonusansprüche 24  
auf die Schreiben vom 1. April 2005 und vom 1. Januar 2007 in Verbindung mit  
dem Arbeitsvertrag, unmittelbar auf § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag und auf eine be-  
triebliche Übung gestützt hat. In Bezug auf diese drei Streitgegenstände ist die  
Revision nicht hinreichend begründet (*vgl. BAG 23. August 2017 - 10 AZR  
136/17 - Rn. 15*).

1. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 1 ZPO muss der Revisions- 25  
kläger die Revision begründen. Die Begründung muss nach § 551 Abs. 3 Satz 1  
Nr. 2 Buchst. a ZPO diejenigen Umstände bezeichnen, aus denen sich die  
Rechtsverletzung ergeben soll. Dies erfordert die konkrete Darlegung der  
Gründe, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll. Die Revi-

sionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts in einer Weise aufzeigen, die Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar macht. Die Revisionsbegründung hat sich deshalb mit den tragenden Gründen des Berufungsurteils auseinanderzusetzen (*BAG 29. August 2018 - 7 AZR 144/17 - Rn. 11*). Bei mehreren Streitgegenständen muss für jeden eine Begründung gegeben werden. Fehlt sie zu einem Streitgegenstand, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig (*BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - Rn. 10*).

2. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung des Klägers in Bezug auf die drei genannten Streitgegenstände nicht gerecht. 26

a) Das Landesarbeitsgericht hat das Schreiben vom 1. April 2005 umfassend ausgelegt und detailliert begründet, dass es lediglich der Erläuterung und Klarstellung des Vertragsinhalts und insbesondere des variablen Vergütungssystems für die außertariflich Beschäftigten dienen sollte. Dem Schreiben vom 1. Januar 2007 hat das Landesarbeitsgericht ua. aufgrund der darin enthaltenen „grundsätzlichen Hinweise zu den Regelungen in der aktuellen Bonusvereinbarung vom Oktober 2004“ ebenfalls keine individualrechtliche Bonuszusage entnommen. Einen Anspruch aus betrieblicher Übung hat das Landesarbeitsgericht mit Bezug auf die Rechtsprechung des Senats ausgeschlossen, weil die Zahlung des Bonus in der Vergangenheit auf ausdrücklicher vertraglicher Grundlage erfolgt sei und es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Beklagte unabhängig davon einen Leistungsbonus habe gewähren wollen. Die Regelung in § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag hat das Landesarbeitsgericht mit umfangreichen Erwägungen und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats dahin ausgelegt, dass sich die streitgegenständlichen Ansprüche nur in Verbindung mit der jeweils geltenden DV AT-Vergütung zu deren Bedingungen ergeben könnten und insoweit eine Leistungsbestimmung durch die Beklagte nach billigem Ermessen iSv. § 315 Abs. 1 BGB erforderlich sei (*vgl. zu einer wortgleichen Regelung BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 31, BAGE 147, 322*). 27

- b) Mit diesen Ausführungen setzt sich der Kläger nicht auseinander. 28
- aa) Soweit der Kläger dem Schreiben vom 1. April 2005 schon deshalb einen Rechtsbindungswillen der Beklagten entnimmt, weil es der darin enthaltenen Ausführungen anderenfalls nicht bedurft hätte, stellt er den lediglich erläuternden Charakter dieser Ausführungen in Abrede, den ihnen das Landesarbeitsgericht beigemessen hat. Auch wenn der Kläger in diesem Zusammenhang mehrfach betont, das Schreiben enthalte „entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts“ eine verbindliche Zusage, ersetzt dies nicht die - fehlende - Auseinandersetzung mit der Auslegung im Berufungsurteil. Der Revisionsbegründung kann nicht entnommen werden, aus welchen Gründen tatsächlicher oder rechtlicher Art das vom Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis widersprüchlich oder fehlerhaft sein könnte. 29
- bb) Auch die gegen die Auslegung des Schreibens vom 1. Januar 2007 gerichteten Rügen setzen sich nicht mit der angefochtenen Entscheidung auseinander. Auf einen „Budgetvorbehalt“ hat das Landesarbeitsgericht seine Auslegung nicht gestützt. Der Umstand, dass der Kläger im Vertrauen auf den Erhalt des Leistungsbonus auf ihm zuvor zustehende Zusatzvergütungen verzichtet hat, hat in dem Schreiben vom 1. Januar 2007 ebenso wenig Niederschlag gefunden wie in dem vorangegangenen Schreiben vom 1. April 2005. 30
- cc) Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur betrieblichen Übung greift der Kläger überhaupt nicht auf. Er wiederholt insoweit lediglich seinen Vortrag und seinen Standpunkt, wonach die viermalige Bonuszahlung in voller Höhe zu einer „langjährigen betrieblichen Übung“ geführt habe. Dass er seinen Anspruch daneben auf eine Gesamtzusage gestützt hat, kann weder den landesarbeitsgerichtlichen Feststellungen noch den instanzgerichtlichen Schriftsätzen noch dem Vortrag des Klägers in der Revisionsbegründung entnommen werden. Offensichtlich meint er mit „betrieblicher Übung“ und „Gesamtzusage“ dasselbe. 31
- dd) Der vom Landesarbeitsgericht vorgenommenen Auslegung der arbeitsvertraglichen Bonusregelung hält der Kläger entgegen, § 4 Abs. 2 Satz 4 Ar- 32



beitsvertrag nehme nur hinsichtlich der Berechnung, Zahlung, Kürzung und Rückzahlung „im Übrigen“ auf die jeweilige Dienstvereinbarung Bezug. Es fehlt jedoch die Auseinandersetzung mit der Argumentation des Landesarbeitsgerichts, wonach die Anwendbarkeit der durch § 4 Abs. 2 Satz 4 Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Dienstvereinbarungen aus den fehlenden vertraglichen Bestimmungen zu der Höhe und den Bedingungen folgt, unter denen ein Leistungsbonus gezahlt wird. Wenn sich der Kläger dadurch „dem Ermessen der Bank ausgeliefert“ sieht, weil diese den Bonus, für den er ua. auf die Abgeltung von Mehrarbeit verzichtet habe, ggf. auf Null setzen könne, stellt er nicht den Inhalt der Vereinbarung in Abrede, sondern macht Bedenken gegen ihre rechtliche Zulässigkeit geltend. Seine den Freiwilligkeitsvorbehalt betreffende Kritik ist völlig losgelöst von den diesbezüglich angestellten Erwägungen des Landesarbeitsgerichts. Das vom Kläger herangezogene „Günstigkeitsprinzip“ greift nicht, weil das Landesarbeitsgericht einen sich unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Bonusanspruch verneint hat.

II. Die Revision des Klägers ist auch unzulässig, soweit er den - hilfsweise - auf die Anwendung der DV AT-Vergütung 2010 gestützten Bonusanspruch für das Geschäftsjahr 2010 erstmals in der Revisionsbegründung um 588,25 Euro erhöht hat. Die darin liegende Klageerweiterung ist in der Revisionsinstanz unzulässig. 33

1. Klageerweiterungen sind in der Revisionsinstanz wegen § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich ausgeschlossen (*BAG 26. April 2018 - 3 AZR 19/17 - Rn. 51*). Sie können nur dann ausnahmsweise aus prozessökonomischen Gründen zugelassen werden, wenn sich der neue Antrag - abgesehen von den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO - auf den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt oder ggf. auf den unstreitigen Parteivortrag stützt. Erforderlich ist außerdem, dass berechnete Interessen der gegnerischen Partei nicht beeinträchtigt werden (*BAG 14. Juli 2015 - 3 AZR 252/14 - Rn. 38*). 34

2. Danach ist die Klageerweiterung in der Revision unzulässig. Für eine Entscheidung darüber, ob der vom Kläger erst- und zweitinstanzlich für das Geschäftsjahr 2010 hilfsweise geltend gemachte Bonus von 6.500,00 Euro auf- 35

grund eines „bereichsspezifischen Faktors“ von 9,05 % um 588,25 Euro zu erhöhen ist, bedürfte es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, weil die bisher festgestellten Tatsachen einen solchen Schluss nicht erlauben.

III. Die Revision des Klägers ist im Übrigen zulässig. Seine auf weitere Bonusansprüche für die Geschäftsjahre 2010 bis 2012 aus § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag in Verbindung mit der jeweils geltenden DV AT-Vergütung erhobenen Rügen setzen sich mit der angefochtenen Entscheidung noch hinreichend auseinander. Der Kläger führt - sinngemäß - aus, die seit dem Geschäftsjahr 2010 geltenden Vorgaben des Verwaltungsrats zur Höhe des Bonusbudgets hätten nicht billigem Ermessen entsprochen, zumal für tariflich und außertariflich Beschäftigte unzulässigerweise ein Gesamtbudget gebildet worden sei. In diesem Zusammenhang moniert er die Vernachlässigung des sich für ihn aufdrängenden Umstands, dass die Beklagte die von ihr insoweit vorgetragenen Ermessenserwägungen erst nachträglich konstruiert habe. Damit hat der Kläger ausreichend deutlich gemacht, dass und aus welchem Grund er die entsprechenden Erwägungen des Landesarbeitsgerichts für fehlerhaft hält. 36

IV. Die Revision des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Die Revision der Beklagten, mit der sie allein ihre Verurteilung zu Bonuszahlungen für die Geschäftsjahre 2011 und 2012 angreift, ist nur hinsichtlich eines Teils des zuerkannten Zinsanspruchs begründet. 37

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass sich die geltend gemachten Bonusansprüche für die Geschäftsjahre 2010 bis 2012 allein aus § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag in Verbindung mit der jeweils geltenden DV AT-Vergütung ergeben können. 38

a) Der Arbeitsvertrag vom 1. April 2005 enthält Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 ff. BGB. Dies haben auch die Parteien nicht in Zweifel gezogen. Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Berufungsgericht unterliegt der vollen revisionsrechtlichen Nachprüfung (*st. Rspr., BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 26, BAGE 160, 296*). 39

b) Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Arbeitsvertrag „kann“ der Kläger einen Bankbonus und ferner nach Satz 3 einen Leistungsbonus erhalten, der sich im Einzelnen nach seinen Leistungen im jeweils vorangegangenen Geschäftsjahr bestimmt. Das Wort „kann“ lässt einerseits die Deutung zu, dass sich die Beklagte die Entscheidung vorbehalten will, ob der Kläger für das betreffende Geschäftsjahr überhaupt einen Bonus erhält. Die Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 3 Arbeitsvertrag kann aber auch so verstanden werden, dass dieser Bonus nur bei guten Leistungen erzielt wird. Weder die eine noch die andere Auslegungsvariante erlauben die Deutung, dass bereits der Vertrag festlegt, in welcher Höhe und nach welchen Bedingungen die Boni gezahlt werden. Der Inhalt der Vertragsklausel erschließt sich erst im Zusammenhang mit Satz 4, der hinsichtlich der Ausgestaltung des Bankbonus und des Leistungsbonus dynamisch auf die bei der Beklagten bestehende (Dienst-)Vereinbarung über das Bonussystem für die außertariflich Beschäftigten verweist. Dieser Hinweis macht für den Arbeitnehmer erkennbar, dass § 4 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 Arbeitsvertrag das Bonussystem nicht abschließend regelt und sich erst aus dem gesamten Inhalt des § 4 Abs. 2 Arbeitsvertrag und den Bestimmungen der jeweils anwendbaren Dienstvereinbarung ergibt, nach welchen Bedingungen sich im jeweiligen Geschäftsjahr die variable Vergütungskomponente für außertarifliche Angestellte bestimmt (*vgl. zu einer wortgleichen Regelung BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 31, BAGE 147, 322*). Die Bezeichnung als „freiwillige Leistung“ schließt den Rechtsanspruch auf die Zahlung nicht aus (*vgl. BAG 23. August 2017 - 10 AZR 97/17 - Rn. 19*). Sie berechtigt die Beklagte auch nicht dazu, unabhängig von den Regelungen der jeweiligen Dienstvereinbarung über die Gewährung der Boni zu entscheiden. Ein derartiger Vorbehalt verstieße gegen die Grundsätze der unmittelbaren und zwingenden Wirkung von Dienstvereinbarungen (*vgl. BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 39, aaO*).

40

2. Dem Kläger stand für das Geschäftsjahr 2010 ein Bonus in Höhe von 3.002,00 Euro zu. Das Landesarbeitsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise erkannt, dass die Festsetzung des Bonusanspruchs auf diesen Betrag billigem Ermessen entspricht, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB. Der Bonusanspruch ist durch Erfüllung erloschen, § 362 Abs. 1 BGB.

41

- a) Für das Geschäftsjahr 2010 war die DV AT-Vergütung 2010 maßgeblich, die die zuvor geltenden Dienstvereinbarungen abgelöst hat (*zum Ablösungsprinzip BAG 10. November 2015 - 3 AZR 393/14 - Rn. 16 mwN*). 42
- aa) Nr. 6.1. Satz 1 DV AT-Vergütung 2010 räumt dem Vorstand das Recht zur einseitigen Festlegung („bestimmt“) der Höhe der jährlichen Budgets für die variable Vergütung ein. Eine solche Regelung ist zulässig, weil die Höhe des Bonusanspruchs weder bereits im Vertrag festgelegt war, noch die Betriebsparteien die Größenordnung des zu verteilenden Bonusvolumens selbst festlegen müssen. Die Entscheidung des Vorstands hat nach billigem Ermessen iSv. § 315 BGB zu erfolgen (*BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 35, BAGE 147, 322*). Nr. 6.1. Satz 2 DV AT-Vergütung 2010 schreibt die Orientierung am betriebswirtschaftlichen Erfolg vor und nennt für dessen Bemessung das Beispiel „EVA oder  $\Delta$ EVA“. 43
- bb) Nach Nr. 6.2.2. Abs. 1 DV AT-Vergütung 2010 richtet sich die Vergabe der individuellen variablen Vergütung nach der jährlichen individuellen Beurteilung und Zielerreichung des Arbeitnehmers. Ihre Höhe steht unter dem Vorbehalt der zur Verfügung stehenden Budgetmittel und ist abhängig von dem Zielerreichungsgrad und dem für das Gehaltsband des betreffenden Arbeitnehmers nach Maßgabe von Nr. 6.2.1. DV AT-Vergütung 2010 festgelegten marktorientierten Richtwert (*Nr. 6.2.2. Abs. 3 DV AT-Vergütung 2010*). Unterschreitet das Budget die Summe der individuell festgelegten Beträge, geben Nr. 6.2.2. Abs. 7 und Abs. 8 DV AT-Vergütung 2010 die Anpassung nach dem Leistungsgedanken vor. Die wesentliche ermessensleitende Erwägung für die individuelle Vergabeentscheidung ist nach Nr. 6.2.3. DV AT-Vergütung 2010 die Ausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung insgesamt unter Berücksichtigung der Marktüblichkeit. 44
- b) Eine so ausgestaltete Bonusregelung ist rechtlich unbedenklich. Dies hat der Senat schon mehrfach entschieden. 45
- aa) Die Arbeitsvertragsparteien müssen - auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - die Ausgestaltung einer Bonusregelung nicht abschließend fest- 46

legen. Sie können ihre vertraglichen Absprachen auch dahin gestalten, dass sie der dynamischen Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen (*BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 37, BAGE 147, 322*).

bb) Grundsätzliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der DV AT-Vergütung 2010, die insbesondere am Maßstab des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayPVG zu messen ist, bestehen ebenfalls nicht. Die DV AT-Vergütung 2010 gestaltet den Bonusanspruch - wie im Arbeitsvertrag vorgesehen - aus und konkretisiert die erforderliche Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber; der Freiwilligkeitsvorbehalt in Nr. 6. Abs. 1 DV AT-Vergütung 2010 stellt lediglich eine Wiederholung der entsprechenden - unwirksamen - arbeitsvertraglichen Regelung dar. Anhaltspunkte dafür, dass die Betriebspartien die Grenzen des Mitbestimmungsrechts aus Art. 75 Abs. 4 Nr. 4, Art. 73 Abs. 1 BayPVG überschritten hätten, sind nicht erkennbar. 47

cc) Ein Anspruch nach billigem Ermessen ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht „hohl“. Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts unterliegt vielmehr der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB. Die Leistungsbestimmung ist über die Vorgaben des Anstellungsvertrags hinaus an die Regelungen der jeweils geltenden Dienstvereinbarung gebunden. Eine Kürzung des Bonus auf Null kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die vereinbarten Ziele erreicht hat (*BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 62, BAGE 147, 322*). 48

c) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Festsetzung der variablen Vergütung des Klägers für das Geschäftsjahr 2010 entspreche der Billigkeit, hält der revisionsgerichtlichen Kontrolle stand. 49

aa) Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht, trägt der Bestimmungsberechtigte. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach 50

§ 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb des Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (*BAG 24. Mai 2018 - 6 AZR 116/17 - Rn. 39; 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 45, BAGE 160, 296; 14. November 2012 - 10 AZR 783/11 - Rn. 45, BAGE 143, 292*).

bb) Ob die Entscheidung der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB. Diese Sachentscheidung ist wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls vorrangig den Tatsachengerichten vorbehalten. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem er die Ermessensentscheidung zu treffen hat (*BAG 23. August 2017 - 10 AZR 376/16 - Rn. 30*). 51

cc) Jedenfalls bei der nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) vorzunehmenden einseitigen Bestimmung einer variablen Vergütung hat das Revisionsgericht den Beurteilungsspielraum, der den Tatsachengerichten bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs des billigen Ermessens zusteht, nur beschränkt zu überprüfen. Es hat zu kontrollieren, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist. 52

(1) Der Senat hat bereits am 18. Oktober 2017 entschieden, dass die Überprüfung des Berufungsurteils im Hinblick auf die Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle unterliegt (*- 10 AZR 47/17 - Rn. 20, BAGE 160, 325; - 10 AZR 330/16 - Rn. 46, BAGE 160, 296*). Dem haben sich der Zweite und der Sechste Senat ausdrücklich angeschlossen (*BAG 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - Rn. 21; 24. Mai 2018 - 6 AZR 116/17 - Rn. 41*). 53

(2) Ob dieser Überprüfungsmaßstab für die einseitige Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB gilt, hat das Bundesarbeitsgericht zuletzt offengelassen (vgl. zB BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 243/13 - Rn. 34, BAGE 147, 128; 7. Juli 2011 - 6 AZR 151/10 - Rn. 33). Jedenfalls bei der einseitigen Festsetzung von variablen Vergütungsbestandteilen nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) sieht der Senat keinen Grund dafür, bei der revisionsgerichtlichen Überprüfung des Berufungsurteils einen strengeren Maßstab anzulegen. 54

(a) Der Begriff des billigen Ermessens muss zu den weiten unbestimmten Rechtsbegriffen gezählt werden. Das billige Ermessen, auf dessen Wahrung es nach § 315 Abs. 1 BGB bei der einseitigen Leistungsbestimmung ankommt, weist gegenüber dem billigen Ermessen im Rahmen des § 106 Satz 1 GewO keine prinzipiellen Besonderheiten auf (vgl. BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 71, BAGE 160, 296). Dementsprechend überprüft auch der Bundesgerichtshof die tatrichterlichen Ausführungen zur Anwendung von § 315 BGB in ständiger Rechtsprechung nur eingeschränkt (BGH 17. Mai 2017 - VIII ZR 245/15 - Rn. 18 mwN; ebenso bereits BAG 30. Oktober 2001 - 9 AZR 426/00 - zu II 4 b aa der Gründe, BAGE 99, 274). Soweit der Senat in der Vergangenheit angenommen hat, eine Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 1 BGB sei unbeschränkt überprüfbar (BAG 10. Mai 1995 - 10 AZR 794/94 - zu II 2 d dd der Gründe; 2. Dezember 1992 - 10 AZR 303/91 - zu II 2 a der Gründe), hält er daran nicht länger fest. 55

(b) Es bedarf keiner Divergenzanfrage nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG beim Ersten, Fünften und Neunten Senat. Die Entscheidungen des Ersten Senats vom 15. August 2000 (- 1 AZR 458/99 - zu A II 3 b der Gründe) und des Fünften Senats vom 10. Juli 1996 (- 5 AZR 977/94 - zu I 4 der Gründe), in denen die volle Überprüfbarkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts bejaht wird, betreffen den einseitigen Widerruf von Zulagen und damit andere Sachverhalte als die hier streitige einseitige Bestimmung der Höhe einer vertraglich geschuldeten variablen Vergütung. Dies gilt auch für die Entscheidungen des Neunten Senats, in denen dieser Überprüfungsmaßstab ausdrücklich (BAG 21. April 2009 - 9 AZR 391/08 - Rn. 47, BAGE 130, 225 [Übertragung eines An- 56

teils der Elternzeit nach § 15 Abs. 2 Satz 4 BErzGG]) oder möglicherweise angelegt wurde (BAG 15. September 2009 - 9 AZR 643/08 - Rn. 29 f. [Reduzierung der Arbeitszeit im Rahmen eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses]; 3. Dezember 2002 - 9 AZR 457/01 - zu A II 2 a cc (2) der Gründe, BAGE 104, 55). Überdies hat der Neunte Senat zuletzt erkannt, es spreche viel dafür, die Überprüfung der Ermessensentscheidung des Arbeitgebers durch das Tatsachengericht nur einer eingeschränkten Kontrolle des Revisionsgerichts zu unterziehen (BAG 23. Juni 2015 - 9 AZR 125/14 - Rn. 25 [Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags]).

dd) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Festsetzung der variablen Vergütung des Klägers für das Geschäftsjahr 2010 entspreche der Billigkeit, hält der eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle stand. 57

(1) Das Berufungsgericht ist von den nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts maßgeblichen Grundsätzen ausgegangen, denen die einseitige Bestimmung einer variablen Vergütung nach § 315 Abs. 1 BGB genügen muss. Es hat alle für die Ermessensausübung nach der DV AT-Vergütung 2010 relevanten Faktoren und Maßstäbe berücksichtigt. Dabei hat es nicht übersehen, dass die arbeitsvertraglich zugesagten Boni in der DV AT-Vergütung 2010 zu einer variablen Vergütung verschmolzen sind und das Budget daher in Abhängigkeit von der Ertragslage in einer Größenordnung festzulegen war, die diesen Leistungsbezug beachtet und ausreicht, um die durch Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren. Es hat ebenfalls erkannt, dass die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, von welchem Richtwert und welchem Prozentsatz in der Bandbreite des vom Kläger erreichten Ergebnisses sie ausgegangen ist (vgl. BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 59, BAGE 147, 322). Das Landesarbeitsgericht hat weiter beachtet, dass die dem Vorstand vom Verwaltungsrat vorgegebenen Vergütungsgrundsätze ihrerseits Recht und Gesetz unterliegen und nicht zu einer Aushöhlung des Anspruchs auf variable Vergütung führen dürfen. Schließlich hat es zutreffend angenommen, dass eine Festsetzung des Bonus auf Null nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommt (vgl. BAG 58



20. März 2013 - 10 AZR 8/12 - Rn. 37; 29. August 2012 - 10 AZR 385/11 - Rn. 50).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat diese Maßgaben beachtet und nachvollziehbar und in sich widerspruchsfrei begründet, dass die Begrenzung des Bonusbudgets im Geschäftsjahr 2010 auf 38,5 % der Summe der funktionalen Richtwerte keinen Bedenken begegne. Sie habe den Vorgaben des Verwaltungsrats für den Fall entsprochen, dass eine bestimmte EVA-Daten-Konstellation bestanden habe, wie das im Geschäftsjahr 2010 zu bejahen gewesen sei. Die für die Budgetbegrenzung vorgetragene Argumente der Beklagten hat das Berufungsgericht nachvollziehbar als anzuerkennendes Interesse bewertet, durch angemessene Vergütungssysteme die gebührende Eigenmittelausstattung der Beklagten wiederherzustellen oder aufrechtzuerhalten. Das Landesarbeitsgericht hat auch die Interessen des Klägers berücksichtigt. Insbesondere hat es die zeitliche Begrenzung der Umstrukturierungsphase bis zum 31. Dezember 2015 beachtet und erkannte, dass einem Arbeitnehmer, der - wie der Kläger - die aufgaben- und verhaltensbezogenen Ziele erreicht habe, immerhin noch ein angemessener Teil seiner variablen Vergütung verblieben sei. Den vom Kläger geäußerten generellen Vorbehalten gegen die Berücksichtigung der EVA-Daten hat das Landesarbeitsgericht unter Bezugnahme auf das Urteil des Senats vom 11. Dezember 2013 (- 10 AZR 364/13 - Rn. 27) entgegengehalten, dass der Beklagten ein Spielraum bei der Bestimmung des EVA bzw. Delta-EVA verblieben sei und der Kläger zudem die Existenz weiterer DAX-Unternehmen eingeräumt habe, die vor der Festlegung ihrer Boni EVA-Analysen durchführten. Die sich danach ergebende Höhe des Anspruchs des Klägers auf variable Vergütung hat das Landesarbeitsgericht rechnerisch richtig anhand des für den Kläger zutreffenden Richtwerts von 6.500,00 Euro, der unbestrittenen Leistungszielerreichung („erfüllt“: 90 bis 110 %), der durch die Budgetbegrenzung bedingten Parameter und der Erhöhung um den bereichseinheitlichen Satz von 9,05 % mit 3.002,00 Euro festgestellt.

59

(3) Die dagegen gerichteten Angriffe des Klägers bleiben ohne Erfolg.

60

(a) Die von ihm vermisste Überprüfung der Vorgaben des Verwaltungsrats zur Begrenzung des Budgets am Maßstab des billigen Ermessens hat das Landesarbeitsgericht durchgeführt. Die in diesem Zusammenhang vom Kläger erhobenen Verfahrensrügen sind nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Der Kläger zeigt nicht auf, dass das angefochtene Urteil auf den vermeintlichen Verfahrensfehlern beruht, das Berufungsgericht also bei nach Auffassung des Klägers „richtigem“ Verfahren möglicherweise anders entschieden hätte (*vgl. BAG 20. Februar 2018 - 1 AZR 531/15 - Rn. 16*). Dies gilt in gleicher Weise für seine Rüge, das Landesarbeitsgericht habe ohne Beweiserhebung die „dramatische Darstellung“ der wirtschaftlichen Situation der Beklagten „als gegeben“ angesehen, „obwohl bestritten“. Mit dem allgemeinen Vorwurf, das Landesarbeitsgericht habe das substantiiert bestrittene Vorbringen der Beklagten insbesondere zu ihrer wirtschaftlichen Situation als richtig unterstellt, setzt der Kläger im Ergebnis seine Würdigung des Sachvortrags und der Umstände an die Stelle derjenigen des Landesarbeitsgerichts, um die - vermeintlich - ungenügende Rücksichtnahme der Beklagten auf seine Interessen zu belegen. Selbst wenn andere Kammern des Landesarbeitsgerichts München von einem Bonusanspruch von 50 % des Richtwerts ausgegangen sein sollten, folgt daraus nicht, dass die Annahme des Berufungsgerichts auf einem revisionsrechtlich beachtlichen Fehler beruht, wonach die Begrenzung auf 35 % billigem Ermessen entsprochen habe. Auf den Aspekt, dass die EVA-Daten durch die vermeintlich zu hohe Eigenkapitalverzinsung negativ beeinflusst worden seien, hat der Kläger erstmals in der Revisionsinstanz hingewiesen. Ihn konnte und musste das Landesarbeitsgericht daher nicht berücksichtigen (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 10 AZR 183/15 - Rn. 44, BAGE 155, 109 [zu § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB]*).

61

(b) Ob der Hinweis des Klägers, er habe die EVA-Daten vorsorglich mit Nichtwissen bestritten und das Landesarbeitsgericht habe eine gebotene Beweisaufnahme unterlassen, als Verfahrensrüge auszulegen ist, kann dahinstehen. Der Kläger führt nicht aus, wie das Landesarbeitsgericht bei aus Sicht des Klägers zutreffender Sachbehandlung hätte verfahren sollen und dass es in diesem Fall möglicherweise zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnis gekommen wäre. Er legt ebenso wenig dar, dass ihm aufgrund einer auf anderen

62

als diesen EVA-Daten beruhenden betriebswirtschaftlichen Analyse eine höhere variable Vergütung zugestanden hätte. Offenbar meint er, es komme für seinen Anspruch auf die EVA-Analyse überhaupt nicht an.

(c) Mit der vom Kläger vermuteten „massiven politischen Einflussnahme“ hat sich das Landesarbeitsgericht ua. deshalb nicht weiter auseinandergesetzt, weil sie das nicht streitgegenständliche Geschäftsjahr 2008 betreffe. Diese Würdigung stellt die Revision nicht infrage. Soweit der Kläger die Begrenzung des Budgets für unbillig hält, weil erhebliche Geldmittel für Gehaltsanpassungen zur Verfügung gestellt worden seien, übersieht er, dass die Beklagte nach Nr. 5.1. DV AT-Vergütung 2010 alljährlich ein Budget für die individuelle Anpassung der Jahresfestgehälter festzulegen hatte. 63

3. Das Landesarbeitsgericht hat den Anspruch des Klägers auf variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2011 nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auf 2.275,00 Euro bestimmt. 64

a) Die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts, die Leistungsbestimmung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2011 sei unverbindlich, hält einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 65

aa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts fand für das Geschäftsjahr 2011 die DV AT-Vergütung 2011 Anwendung, die hinsichtlich der Vergütungsfragen der DV AT-Vergütung 2010 entsprach. Dementsprechend wenden sich auch die Parteien nicht dagegen, dass das Landesarbeitsgericht die von der Beklagten getroffene Entscheidung über die Festsetzung eines Bonusvolumens nach denselben Maßstäben wie im Vorjahr überprüft hat. 66

bb) Das Landesarbeitsgericht hat seine Annahme, die Festsetzung des Bonusvolumens auf Null für das Geschäftsjahr 2011 sei ermessensfehlerhaft, weder unter Verkennung des Begriffs der Billigkeit gewonnen, noch hat es die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht. Es ist auch nicht von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausge- 67

gangen, der ihm den Zugang zu einer fehlerfreien Ermessensentscheidung versperrt hätte.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Urteil des Senats vom 19. März 2014 (- 10 AZR 622/13 - Rn. 43, BAGE 147, 322) angenommen, die Festsetzung des Bonus auf Null im Geschäftsjahr 2011 hätte eine Ausnahmesituation vorausgesetzt, angesichts derer diese Entscheidung trotz der hundertprozentigen Zielerreichung des Klägers nicht unangemessen erschienen wäre. Eine solche Ausnahmesituation hat es angesichts der für dieses Geschäftsjahr aufgrund der nach den Vorgaben des Verwaltungsrats relevanten EVA-Daten-Konstellation nicht festgestellt. Die Beklagte habe danach die Möglichkeit gehabt, ein Bonusbudget in Höhe von 35 % der Summe der funktionsbezogenen Richtwerte festzusetzen. Die positive „Überzeichnung“ der EVA-Daten für das Geschäftsjahr 2011 durch „Scheingewinne“ habe die Beklagte bei ihrer Ermessensentscheidung nicht berücksichtigen dürfen, weil diese Sondereffekte im Folgejahr ausgeglichen worden und dementsprechend negativ in die EVA-Daten für das Geschäftsjahr 2012 eingeflossen seien. Auch der im Einzelabschluss nach HGB ausgewiesene Verlust von 328 Mio. Euro habe die Festsetzung eines Bonusbudgets nicht ausgeschlossen. 68

(2) Die dagegen von der Beklagten erhobenen Rügen greifen nicht durch. Soweit sie ausführt, das Landesarbeitsgericht habe „versäumt, ... alle wesentlichen Umstände zutreffend zu berücksichtigen“, verkennt sie, dass die Ermessens- oder Billigkeitskontrolle der privatautonomen Leistungsbestimmung tatsachenabhängig ist und dem Tatrichter dementsprechend ein tatrichterlicher Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BGH 18. Oktober 2007 - III ZR 277/06 - Rn. 21, BGHZ 174, 48). 69

(a) Ohne Erfolg kritisiert die Beklagte, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht unterstellt, die maßgeblichen EVA-Daten hätten auf eine „konkret“ zu erwartende positive wirtschaftliche Entwicklung hingewiesen. Sie habe dagegen in ihrem Schriftsatz vom 20. April 2015 hervorgehoben, die EVA-Daten hätten nach den „abstrakten“ Vorgaben des Verwaltungsrats bzw. „abstrakt“ nach den Vorgaben des Verwaltungsrats allenfalls ein beschränktes Bonusbudget er- 70

laubt. Da dem Vortrag der Beklagten jedoch eine derart differenzierte Darstellung nicht entnommen werden kann, ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Drei-Jahres-Durchschnitts-Delta-EVA habe „mit 1.510,5 Mio. Euro eine positive wirtschaftliche Entwicklung erwarten“ lassen, ebenso wenig zu beanstanden wie sein Hinweis darauf, dass „dementsprechend“ auch die Beklagte die grundsätzlich bestehende Möglichkeit eingeräumt habe, ein Bonusbudget zur Vergütung zu stellen. Das Landesarbeitsgericht hat aus den EVA-Daten auch keine „konkret nachhaltig erfolgreiche wirtschaftliche Lage“ abgeleitet. Es hat sich vielmehr ausführlich mit den von der Beklagten vorgetragenen wirtschaftlichen Gründen für die von ihr getroffene Entscheidung auseinandergesetzt. Mit ihrem Hinweis, sie habe sich während der gesamten streitrelevanten Zeit in einer außergewöhnlichen Situation befunden, wirft die Beklagte dem Landesarbeitsgericht im Ergebnis vor, dass es ihrer Einschätzung nicht gefolgt ist. Darin liegt jedoch kein revisionsrechtlich erheblicher Rechtsfehler.

(b) Auch der Vorwurf der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht die Berücksichtigung der Überzeichnung der maßgeblichen EVA-Daten durch die „Sondereffekte“ missbilligt und ihr unterstellt, ihrer Ermessensentscheidung Überlegungen zu möglichen Sondereffekten des folgenden Kalenderjahres 2012 zugrunde gelegt zu haben, ist nicht berechtigt. Angesichts des Vortrags der Beklagten im Schriftsatz vom 20. April 2015, es sei „bereits Anfang 2012 ... erkennbar“ gewesen, „dass der hohe positive Ausschlag im Jahr 2011 zeitnah durch eine negative Korrektur ausgeglichen werden und somit nicht nachhaltig sein würde“, „das ausgewiesene Ergebnis“ habe „rechnungswirtschaftsbedingt ... ‚Scheingewinne‘ in Höhe von 317 Mio. Euro“ enthalten und deshalb „eine nachhaltig erfolgreiche wirtschaftliche Lage“ nicht vorgelegen, ist diese Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht zu beanstanden. Einen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler des Landesarbeitsgerichts zeigt die Beklagte auch insoweit nicht auf. Insbesondere greift sie nicht die nachvollziehbare Erwägung des Landesarbeitsgerichts an, dass eine solche Betrachtung nicht mit der jeweils nur einen Zeitraum von drei Jahren betreffenden EVA-Daten-Analyse vereinbar sei, für die sich die Beklagte zulässigerweise entschieden habe. Die Beklagte setzt sich auch nicht mit der weiteren Begründung des Lan-

71

des Arbeitsgerichts auseinander, wonach ihre Erwägungen zur Ausblendung der positiven Sondereffekte im Geschäftsjahr 2011 jedenfalls deshalb nicht trügen, weil sie keine Angaben dazu gemacht habe, in welcher Höhe darauf beruhende Ergebnisbelastungen bereits Ende Januar 2012 absehbar gewesen seien. Ob sich ihre Beurteilung zur fehlenden Nachhaltigkeit „im späteren Verlauf als zutreffend“ erwiesen und die Beklagte dies auch vorgetragen hat, ist im Rahmen der Überprüfung der Ende Januar 2012 getroffenen Entscheidung der Beklagten nicht erheblich.

(c) Ebenfalls vergeblich beanstandet die Beklagte, das Landesarbeitsgericht habe ihr die erneute Berücksichtigung der bereits negativ in den EVA für das Geschäftsjahr 2011 eingeflossenen Bankenabgabe und der Buchwertabschreibung für ihre ungarische Tochter MKB im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung unterstellt, obwohl sie dies „mit keinem Wort behauptet“ habe. Die Beklagte hatte sowohl die Bankenabgabe als auch die Buchwertabschreibung auf ihre Beteiligung an der MKB im Zusammenhang mit dem Jahresfehlbetrag schriftsätzlich mehrfach erwähnt. Zur Buchwertabschreibung hat sie im Schriftsatz vom 20. April 2015 weiter vorgetragen, es habe „bei der Entscheidung über die Höhe des Bonusbudgets nicht die Performance oder der Jahresfehlbetrag der MKB-Bank, sondern allein die Bewertung der Beteiligung der Beklagten hieran bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesamtbank eine Rolle gespielt“. Wenn das Landesarbeitsgericht vor diesem Hintergrund gemeint hat, die bereits in den EVA für das Geschäftsjahr 2011 eingeflossene Buchwertabschreibung auf die Beteiligung an der MKB habe ebenso wenig wie die Bankenabgabe erneut bei der Ermessensausübung berücksichtigt werden dürfen, ist ihm ein durch Überschreitung seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums bedingter Ermessensfehler offenkundig nicht vorzuwerfen.

72

(d) Dass das Landesarbeitsgericht die Ausschüttung anderweitiger Leistungen an die Arbeitnehmer im Jahr 2011 im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung beanstandet hat, kritisiert die Beklagte ebenfalls ohne Erfolg. Die Berücksichtigung dieser Zahlungen, die - was die Beklagte nicht in Abrede stellt - anderen Zwecken als die variable Vergütung dienen, hat das Beru-

73

fungsgesamt ua. mit dem zutreffenden Hinweis auf das für betriebliche Vergütungssysteme zu beachtende Transparenzgebot abgelehnt. Diesem widerspräche es, Gehaltsbestandteile mit unterschiedlichen Bezeichnungen und unterschiedlichen Zwecken im Rahmen der Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen miteinander zu verweben. Anders als in dem der Entscheidung des Senats vom 29. August 2012 (- 10 AZR 385/11 - Rn. 51) zugrunde liegenden Sachverhalt sind dem Kläger im Geschäftsjahr 2011 keine zusätzlichen Mittel als „finanzielle Anerkennung für die von ihm zur Erreichung der Vorgaben in der Zielvereinbarung unternommenen Anstrengungen“ zugeflossen.

b) Die vom Landesarbeitsgericht nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB vorgenommene Festsetzung der variablen Vergütung des Klägers für das Geschäftsjahr 2011 auf 2.275,00 Euro hält der eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 74

aa) Das Landesarbeitsgericht hat den Ansatz von 35 % des für den Kläger geltenden Richtwerts (6.500,00 Euro) für angemessen erachtet. Dieser Prozentsatz sei durch den Verwaltungsrat vorgegeben worden. Seine Anhebung um 10 % sei angesichts des HGB-Verlusts von 328 Mio. Euro und der Verlustbeteiligung der Inhaber von stillen Einlagen und Genussrechten nicht geboten. Ein niedrigerer Prozentsatz komme ebenfalls nicht in Betracht. Die variable Vergütung sei bereits ab 2010 erheblich abgesenkt worden, weshalb die ungefähre Drittelung des zuvor maßgeblichen Richtwerts im Hinblick auf den Zweck der variablen Vergütung geboten sei, die im Geschäftsjahr erbrachte Leistung zu honorieren. Zudem sei der für den Kläger maßgebliche Richtwert trotz der seit 2009 erfolgten Gehaltserhöhungen auf dem niedrigsten Niveau der Jobfamily LBS verblieben, die Beklagte habe nichts zur Rechtfertigung einer noch geringeren variablen Vergütung trotz erbrachter Leistungen vorgetragen. Eine Anrechnung der seit Mai 2011 gezahlten Stabilisierungszulage auf die variable Vergütung scheide aufgrund des damit verfolgten anderen Leistungszwecks und eines Widerspruchs zum Transparenzgebot aus. 75

bb) Damit hat das Landesarbeitsgericht sein ihm nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zustehendes Ermessen auf der Grundlage des gesamten Prozessstoffs 76

und unter Berücksichtigung insbesondere der Verhältnisse der Beteiligten ausgeübt (vgl. BAG 3. August 2016 - 10 AZR 710/14 - Rn. 30, BAGE 156, 38; BGH 16. September 2016 - VGS 1/16 - Rn. 35, BGHZ 212, 48). Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können ihm mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 45, BAGE 160, 296). Dies gilt im Rahmen des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gleichermaßen für das Gericht. Das Landesarbeitsgericht hat dabei weder den Begriff der Billigkeit verkannt noch die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht.

cc) Die von der Beklagten erhobenen Rügen gegen die vom Landesarbeitsgericht nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB getroffene Bestimmung der dem Kläger für das Geschäftsjahr 2011 zustehenden variablen Vergütung sind erfolglos. 77

(1) Wenn sie dem Landesarbeitsgericht vorwirft, bei der Festsetzung des Bonusbudgets auf 35 % der funktionsbezogenen Richtwerte ermessensfehlerhaft von einem durch den Verwaltungsrat „vorgegebenen Rahmen“ ausgegangen zu sein und sich überdies nicht „in der Mitte“ dieses Rahmens gehalten zu haben, übersieht die Beklagte, dass im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB lediglich geprüft wird, ob die Ermessensgrenzen eingehalten und nicht sachfremde oder willkürliche Motive für die Bestimmung maßgebend gewesen sind (BGH 9. Dezember 2015 - IV ZR 336/14 - Rn. 27). Ob sich der durch Urteil festzusetzende Betrag grundsätzlich an demjenigen Betrag zu orientieren hat, der in der Mitte dieses Spielraums liegt, der billigerweise nach oben und nach unten hätte ausgeschöpft werden können (BGH 31. Januar 2017 - X ZR 93/15 - Rn. 27), kann im Streitfall dahinstehen. Das Landesarbeitsgericht hat eine Absenkung auf einen niedrigeren Prozentsatz geprüft und sie mit nachvollziehbaren Erwägungen abgelehnt. 78



(2) Ebenfalls ohne Erfolg rügt die Beklagte, das Landesarbeitsgericht habe die von ihm getroffene Ermessensentscheidung „ausschließlich mit ... unzutreffenden Erwägungen“ begründet. Soweit sie in diesem Zusammenhang im Einzelnen beanstandet, das Landesarbeitsgericht habe einen „unzutreffenden und unsachlichen Vergleich mit aufgehobenen Vergütungssystemen“ angestellt und die Berücksichtigung der Stabilisierungszulage, der Gehaltserhöhungen und der Prämienzahlungen zu Unrecht abgelehnt, zeigt sie damit keinen revisionsrechtlich erheblichen Ermessensfehlergebrauch durch das Landesarbeitsgericht auf. Ihr Vorhalt, „keinesfalls (korreliere) die kollektivrechtliche Neuordnung eines Vergütungssystems mit einer Verpflichtung des Arbeitgebers, im Rahmen der jährlichen Budgetfestsetzung für einen finanziellen Ausgleich (in welchem Umfang überhaupt?) zu sorgen“, lässt außer Acht, dass sie sich einzelvertraglich gegenüber dem Kläger zur Zahlung einer variablen Vergütung in Form eines rein ertragsorientierten Bankbonus und eines schwerpunktmäßig an der individuellen Leistung anknüpfenden Leistungsbonus verpflichtet hat. Das von ihr nach der DV AT-Vergütung 2011 zu bestimmende Bonusbudget musste daher in Abhängigkeit von der Ertragslage eine Größenordnung erreichen, die diesen Leistungsbezug beachtet und ausreicht, die durch Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren (vgl. BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 59, BAGE 147, 322). Das Landesarbeitsgericht hat in seine Ermessensentscheidung sowohl die Gehaltserhöhungen seit 2009 als auch den Umstand einbezogen, dass der funktionsbezogene Richtwert des Klägers auf dem niedrigsten Wert der Jobfamily LBS verblieben ist. Eine Nichtbeachtung der „Marktkonformität“ der Richtwerte lässt sich der Urteilsbegründung nicht entnehmen. Dass das Landesarbeitsgericht eine Drittelung des funktionsbezogenen Richtwerts für angemessen gehalten hat, lässt entgegen der Auffassung der Beklagten ebenfalls nicht auf einen revisionsrechtlich beachtlichen Ermessensfehler schließen. Das Landesarbeitsgericht ist bei der Ausübung des ihm zustehenden Ermessens nicht an die Überlegungen gebunden, die für die Beklagte maßgeblich waren. Es wäre Sache der Beklagten gewesen vorzutragen, aus welchen Gründen vereinbarte und erreichte persönliche Ziele im Fall des Klägers ihren angemess-

79

senen Ausdruck in dem auf Null festgelegten Leistungsbonus fanden (*BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 62, aaO*). Der von der Beklagten vermiss- te richterliche Hinweis war entbehrlich; sie kannte ihre Darlegungslast. Der all- gemeine Vorwurf, das Landesarbeitsgericht habe ermessensfehlerhaft die EVA- Daten, die Nachhaltigkeit der wirtschaftlichen Entwicklung, das zum damaligen Zeitpunkt noch offene Beihilfeverfahren und die sich aus der Instituts- VergV 2010 ergebenden Anforderungen nicht gewürdigt, lässt nicht auf einen revisionsrechtlich beachtlichen Ermessensfehler des Landesarbeitsgerichts schließen. Die Beklagte führt nicht aus, weshalb diese Umstände entschei- dungserheblich sein sollen.

dd) Die vom Kläger erhobenen Rügen greifen ebenfalls nicht durch. Er be- anstandet ohne nähere Begründung, das Landesarbeitsgericht habe „offen- sichtlich zu Unrecht“ den vom Verwaltungsrat „ohne Ermessensausübung“ vor- gegebenen Prozentsatz von 35 % „als bindend“ angesehen, während das Ar- beitsgericht München in einem Parallelverfahren von 100 % ausgegangen sei. Damit zeigt der Kläger keine revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehler auf, die dem Landesarbeitsgericht im Rahmen seiner Erwägungen zur Kontrolle der Entscheidung des Verwaltungsrats und zur Begrenzung des Bonusanspruchs für das Geschäftsjahr 2011 auf 35 % des für den Kläger maßgeblichen Richt- werts unterlaufen sein könnten. 80

4. Das Landesarbeitsgericht hat auch den Anspruch des Klägers auf vari- able Vergütung für das Geschäftsjahr 2012 nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auf 2.275,00 Euro bestimmt. 81

a) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Leistungsbestimmung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2012 sei unverbindlich, hält rechtlicher Nach- prüfung stand. Nach seinen Feststellungen fand für das Geschäftsjahr 2012 ebenfalls die DV AT-Vergütung 2011 Anwendung, die hinsichtlich der Vergü- tungsfragen der DV AT-Vergütung 2010 entsprach. Dementsprechend rügen auch die Parteien nicht, dass die von der Beklagten getroffene Entscheidung über die Festsetzung eines Bonusvolumens nach denselben Maßstäben wie im Vorjahr überprüft wurde. 82

- aa) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass die Beklagte das Bonusvolumen für das Geschäftsjahr 2012 auf Null festgesetzt hat. Die dagegen gerichteten Rügen der Beklagten greifen nicht durch. 83
- (1) Die Beklagte hat nicht behauptet, dass ihr Vorstand für das Geschäftsjahr 2012 ein Budget für die variable Vergütung nach Maßgabe von Nr. 6.1. DV AT-Vergütung 2011 festgesetzt habe. Soweit sie das für die „einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung“ beschlossene Budget für identisch mit dem Budget nach Nr. 6.1. DV AT-Vergütung 2011 hält, ist dies schon mit der anderslautenden Bezeichnung des tatsächlich festgesetzten Budgets unvereinbar. 84
- (2) Zudem ergibt sich aus der Präsentation des Personalrats, auf die das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang abgestellt hat, dass die Beklagte das Budget für die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung auch gegenüber dem Personalrat als sog. Aliud zu dem Budget für die variable Vergütung nach Nr. 6.1. DV AT-Vergütung 2011 erläutert hat. Dazu passt, dass die Leistung in der Abrechnung nicht als „variable Vergütung“, sondern als „einem. leistabh. SZ AT“ ausgewiesen wurde. Darauf hat das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen. Die Darstellung der Beklagten zu der nicht erstellten Erfassungsdatei für den Kläger führt zu keinem anderen Ergebnis. 85
- bb) Auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Festsetzung des Bonusvolumens auf Null für das Geschäftsjahr 2012 sei ermessensfehlerhaft gewesen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat weder den Begriff der Billigkeit verkannt, noch hat es die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht. Es ist auch nicht von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgegangen, der ihm den Zugang zu einer fehlerfreien Ermessensentscheidung versperrt hätte. 86
- (1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe nach den Vorgaben des Verwaltungsrats angesichts der maßgeblichen EVA-Daten-Konstellation auch für das Geschäftsjahr 2012 ein Budget für die variable Vergütung festsetzen können. Die Berücksichtigung der erneut angeführten Son- 87

dereffekte hat es abgelehnt. Selbst wenn die Beurteilung ihrer wirtschaftlichen Situation durch die Beklagte zuträfe, hätten ihr genügend Mittel für die Bereitstellung eines Budgets von 35 % der Summe der funktionalen Richtwerte zur Verfügung gestanden. Dies belegten die beschlossenen Budgets von insgesamt 20 Mio. Euro für die Stabilisierungszulage, fünf Mio. Euro für Prämien, bis zu fünf Mio. Euro für Gehaltsanpassungen, in unbekannter Höhe für die Auszahlung von Zeitguthaben und nicht zuletzt für die schon im Jahr 2012 beschlossene Starterprämie.

(2) Die dagegen gerichteten Angriffe der Beklagten überzeugen nicht. Soweit sie sich erneut gegen die von ihr vorgetragenen, nicht berücksichtigten „Sondereffekte“ wendet, aufgrund derer die EVA-Daten „keinesfalls eine nachhaltig erfolgreiche Ertragslage widerspiegeln“, legt sie keinen revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehler dar. Da die Beklagte die EVA-Daten als Methode zur Ermittlung des betriebswirtschaftlichen Erfolgs gewählt hat, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht die nochmalige gesonderte Betrachtung bereits in diese Daten eingeflossener Positionen als Abweichung von der Methode abgelehnt hat. Dies gilt auch für die Stabilisierungszulage, das Prämienbudget und die Budgets für die Gehaltsanpassungen und die Zeitguthaben. Der Berücksichtigung derartiger Leistungen hat das Landesarbeitsgericht bereits bei der Überprüfung der Festsetzung des Budgets für variable Vergütungen für das Geschäftsjahr 2011 ua. mit dem zutreffenden Hinweis auf das Transparenzgebot widersprochen. Da das Landesarbeitsgericht der Auffassung der Beklagten zum Erfüllungscharakter der Starterprämie und der einmaligen leistungsabhängigen Sonderzahlung nicht gefolgt ist, ist ihm kein revisionsrechtlich relevanter Rechtsfehler vorzuwerfen, wenn es beide Aspekte in seine Billigkeitsprüfung einbezogen und erwogen hat, ob sie sich zugunsten der Beklagten auswirken könnten.

88

b) Die vom Landesarbeitsgericht nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB vorgenommene Bestimmung der variablen Vergütung des Klägers für das Geschäftsjahr 2012 auf 35 % des für den Kläger weiterhin maßgeblichen Richtwerts von

89

6.500,00 Euro hält einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung ebenfalls stand.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat auch für das Geschäftsjahr 2012 eine Absenkung der variablen Vergütung auf einen niedrigeren Prozentsatz geprüft und mit nachvollziehbaren Erwägungen abgelehnt. Dass es sowohl die für das Geschäftsjahr 2012 maßgeblichen EVA-Daten und den mit 28 Mio. Euro positiven HGB-Einzelabschluss berücksichtigt hat, ergibt sich bereits aus der von ihm vorgenommenen Überprüfung der Entscheidung der Beklagten vom 15. Januar 2013, für die es ausdrücklich auf die zum damaligen Zeitpunkt bestehende wirtschaftliche Situation abgestellt hat. 90

bb) Soweit die Beklagte die Berücksichtigung des Mitte 2012 abgeschlossenen EU-Beihilfeverfahrens vermisst, fehlt es an der Darlegung, inwieweit sich dies zu ihren Gunsten ausgewirkt haben könnte oder aus welchem sonstigen Grund das Landesarbeitsgericht diesem Gesichtspunkt eine höhere Bedeutung hätte beimessen sollen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht im Rahmen seiner Ersetzungsentscheidung die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung erneut nicht berücksichtigt hat. Anders als in der Entscheidung des Senats vom 29. August 2012 (- 10 AZR 385/11 - Rn. 51) diene diese Zahlung auch nach dem Vortrag der Beklagten nicht als „finanzielle Anerkennung für die von ihm [dem Kläger] zur Erreichung der Vorgaben in der Zielvereinbarung unternommenen Anstrengungen“. 91

cc) Auch der Kläger zeigt keinen revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehler auf. Soweit er dem Landesarbeitsgericht vorwirft, es habe unzutreffend auf eine erst ab 2015 eingetretene Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Beklagten abgestellt, obwohl sie bereits im Jahr 2012, dh. ein Jahr zu früh, mit der Rückzahlung der Beihilfen an den Freistaat Bayern begonnen habe, fehlt es an der Darlegung der Entscheidungserheblichkeit dieses Umstands für das vom Landesarbeitsgericht gefundene Ergebnis. 92

5. Der Anspruch des Klägers auf die variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2012 ist nicht durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen. 93
- a) Die Beklagte hat die variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2012 nicht durch die mit dem Gehalt für April 2013 erfolgte Auszahlung der Starterprämie in Höhe von 6.507,89 Euro brutto bewirkt. Die Verrechnungsregelung in Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie ist unwirksam. Sie verstößt gegen den sich aus Art. 68 BayPVG ergebenden Gleichbehandlungsgrundsatz. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 94
- aa) Nach Nr. 2 DV Starterprämie erhält jeder Mitarbeiter der Beklagten, dessen Arbeitsverhältnis bis spätestens 31. Dezember 2012 in ungekündigtem Zustand gemäß § 613a BGB von der Beklagten auf die „Neue LBS“ übergeht, eine sog. Starterprämie „zur Förderung seiner Wechselbereitschaft und zur Unterstützung“ nach den in Nr. 2.1 und Nr. 2.2 geregelten Maßgaben; Nr. 3 DV Starterprämie enthält - hier nicht interessierende - Sonderregelungen für ruhende Arbeitsverhältnisse. Die Höhe der Starterprämie für außertariflich Beschäftigte entspricht der im Dezember 2012 ausgezahlten Monatsrate des Jahresfestgehalts (brutto) inklusive etwaiger Zulagen (*Nr. 2.2 Abs. 1 DV Starterprämie*). Soweit für das Kalenderjahr 2012 - gleichgültig aus welchem Rechtsgrund - Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung besteht, ordnet Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie an, dass die Leistung der variablen Vergütung „gleichzeitig als Erfüllung des Anspruchs auf die Starterprämie und umgekehrt“ gilt. 95
- bb) Die Regelung in Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie verstößt gegen Art. 68 BayPVG. Sie bewirkt eine unmittelbare personenbezogene Ungleichbehandlung zwischen den außertariflich Beschäftigten mit und ohne Anspruch auf variable Vergütung für das Kalenderjahr 2012, die nicht durch zwischen den beiden Gruppen bestehende Unterschiede sachlich gerechtfertigt ist. 96
- (1) Die Betriebsparteien haben beim Abschluss von Dienstvereinbarungen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayPVG zu beachten. Danach müssen Dienststelle und Personalrat dafür sorgen, dass alle in der Dienststelle tätigen Personen nach Recht und Billigkeit behandelt werden. Demzufolge ist der Gleichbehandlungs- 97

grundsatz im Sinn der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einzuhalten. Der auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückzuführende personalvertretungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen und eine gleichheitswidrige Gruppenbildung auszuschließen (BAG 11. Oktober 2016 - 1 AZR 679/14 - Rn. 30 mwN; zu § 75 Abs. 1 BetrVG BAG 20. September 2017 - 10 AZR 610/15 - Rn. 19).

(2) Sieht eine Dienstvereinbarung für verschiedene Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Leistungen vor, verlangt der Gleichheitssatz, dass diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt ist. Maßgeblich hierfür ist vor allem der mit der Regelung verfolgte Zweck. Dieser ergibt sich vorrangig aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Bestehen und Erfüllung die Leistung abhängig gemacht wird. Bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung ist der Gleichheitssatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass diese die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (*ebenso für den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz BAG 8. Dezember 2015 - 1 AZR 595/14 - Rn. 20 mwN, BAGE 153, 333*).

(3) Nach diesen Maßstäben ist die Regelung in Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie gleichheitswidrig. Die Betriebsparteien haben mit der für die Starterprämie vorgenommenen Gruppenbildung den ihnen zustehenden Gestaltungsspielraum überschritten. Zwischen den außertariflich Beschäftigten mit und ohne Anspruch auf variable Vergütung für das Kalenderjahr 2012 bestehen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, die eine derartig unterschiedliche Behandlung der beiden Beschäftigtengruppen im Hinblick auf die Starterprämie rechtfertigen könnten. Die Anrechnungsregelung verringert sach- und gleichheitswidrig den Anspruch auf die Starterprämie für außertariflich Beschäftigte mit Anspruch auf variable Vergütung im Vergleich zu den außertariflich Beschäftigten ohne einen solchen Anspruch.

(a) Die Gruppe der außertariflich Beschäftigten, die - wie der Kläger - einen vertraglichen Anspruch auf variable Vergütung haben und deren Arbeitsverhältnis spätestens zum Jahreswechsel 2012/2013 auf die „Neue LBS“ überging, ist mit der Gruppe der außertariflich Beschäftigten vergleichbar, die dem Betriebsübergang auf die „Neue LBS“ zustimmten, ohne einen Anspruch auf variable Vergütung zu haben. Beide Arbeitnehmergruppen beendeten das mit der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis spätestens zum 31. Dezember 2012. Der Anspruch auf die Starterprämie setzte für beide Arbeitnehmergruppen gleichermaßen voraus, dass das auf die „Neue LBS“ übergegangene Arbeitsverhältnis bis einschließlich zum 31. März 2013 weder arbeitnehmerseitig gekündigt noch durch Aufhebungsvertrag beendet wurde (*Nr. 2 DV Starterprämie*). 100

(b) Nach der in Nr. 2 DV Starterprämie beschriebenen Zielsetzung dient die Starterprämie „zur Förderung der Wechselbereitschaft und zur Unterstützung des Überleitungsprozesses“. Folglich bezwecken die Betriebsparteien mit der DV Starterprämie, die Wechselbereitschaft zur „Neuen LBS“ zu begünstigen und den Überleitungsprozess für bei der „Neuen LBS“ verbleibende Mitarbeiter finanziell abzufedern. Die Starterprämie wird also ua. dafür gezahlt, dass der Arbeitnehmer den Betriebsteilübergang auf die „Neue LBS“ akzeptiert, ohne von seinem nach § 613a Abs. 6 BGB bestehenden Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen. Da der Anspruch auf die Starterprämie zusätzlich voraussetzt, dass der Beschäftigte bis zum 31. März 2013 nicht von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht und bis zu diesem Zeitpunkt auch keinen Aufhebungsvertrag schließt, soll mit der Starterprämie offensichtlich auch erreicht werden, dass die außertariflich Beschäftigten der „Neuen LBS“ zumindest in der Anfangsphase ihre Arbeitskraft und ihre bei der Beklagten gewonnene Erfahrung zur Verfügung stellen. 101

(c) Aufgrund der Regelung in Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie erhalten nur diejenigen außertariflich Beschäftigten die Starterprämie in voller Höhe, die für das Kalenderjahr 2012 keinen Anspruch auf variable Vergütung haben. Ihren außertariflich beschäftigten Kollegen, die für 2012 eine variable Vergütung beanspruchen können, steht als Starterprämie nur ein Differenzanspruch zu, der 102



entfällt, sobald die variable Vergütung die Höhe der Starterprämie erreicht. Für diese deutliche Schlechterstellung der außertariflich Beschäftigten mit Anspruch auf variable Vergütung gegenüber ihren Kollegen ohne einen solchen Anspruch ist vor dem Hintergrund der mit der DV Starterprämie verfolgten Ziele kein sachlicher Grund erkennbar.

(aa) Selbst die Beklagte behauptet nicht, dass die Wechselbereitschaft von Beschäftigten mit Anspruch auf variable Vergütung nicht in gleichem Maß gefördert werden sollte wie die ihrer Kollegen ohne einen solchen Anspruch. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Personenkreis, dem der Kläger angehört, von dem Betriebsübergang auf die „Neue LBS“ in weniger gravierender Weise betroffen sein könnte als die Gruppe der außertariflich Beschäftigten ohne Anspruch auf variable Vergütung für das Kalenderjahr 2012. Schließlich ist nicht erkennbar, dass die „Neue LBS“ geringeres Interesse an der Übernahme von Arbeitnehmern mit Anspruch auf variable Vergütung gehabt haben könnte als an der Übernahme von Arbeitnehmern ohne diesen Anspruch. 103

(bb) Hinter der Anknüpfung der Starterprämie an dem individuellen Bruttogehalt des Beschäftigten verbirgt sich entgegen der Auffassung der Beklagten kein „Leistungsbezug“ der Starterprämie, der eine solche Differenzierung möglicherweise gestatten würde. Zwar bringt die Höhe der Vergütung regelmäßig den Wert der Arbeitsleistung zum Ausdruck (*vgl. BAG 12. Oktober 2005 - 10 AZR 640/04 - Rn. 13, BAGE 116, 136*). Die Starterprämie wird jedoch ohne Rücksicht auf die individuell im Kalenderjahr 2012 erbrachten Leistungen an jeden außertariflich Beschäftigten gezahlt, der die in der DV Starterprämie begründeten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. 104

(cc) Ein Leistungsbezug der Starterprämie kann insbesondere nicht aus der Verrechnungsregelung in Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie hergeleitet werden. Aus der Existenz dieser Regelung folgt vielmehr das Gegenteil: Bei außertariflich Beschäftigten wie dem Kläger, denen für das Geschäftsjahr 2012 eine leistungsabhängige variable Vergütung zugesagt wurde, sind deren Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen im Arbeitsvertrag in Verbindung mit DV AT- 105

Vergütung 2011 geregelt. Käme es auch für die Starterprämie auf die Erfüllung dieser Voraussetzungen an, hätte es keiner Anrechnungsregelung bedurft.

(dd) Anders als in dem vom Senat am 20. September 2017 entschiedenen Fall (- 10 AZR 610/15 - Rn. 22) soll die Starterprämie auch keinen Ausgleich für einen zuvor geleisteten Verzicht auf Entgeltbestandteile bewirken. Sie wird vielmehr dafür gezahlt, dass der Arbeitnehmer den Betriebsteilübergang auf die „Neue LBS“ widerspruchslos akzeptiert und seine Arbeit jedenfalls für eine gewisse Zeit bei der „Neuen LBS“ fortsetzt. 106

cc) Der Verstoß der Regelung in Nr. 2.2 Abs. 2 DV Starterprämie gegen Art. 68 BayPVG führt dazu, dass sie nicht angewandt werden darf (*ebenso bei einem Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG BAG 26. April 2016 - 1 AZR 435/14 - Rn. 25*). Nur so kann die Gleichstellung des Klägers mit den außertariflich Beschäftigten ohne Anspruch auf variable Vergütung für das Geschäftsjahr 2012 erreicht werden. 107

b) Sollte der weder aus dem Berufungsurteil noch aus dem Sitzungsprotokoll ersichtliche Vortrag der Beklagten, die einmalige leistungsabhängige Sonderzahlung sei „als Erfüllung ihres Anspruchs auf leistungsabhängige Vergütung für das Geschäftsjahr 2012“ zu verstehen gewesen, als Erfüllungseinwand (§ 362 Abs. 1 BGB) aufzufassen sein, wäre seine Berücksichtigung in der Revisionsinstanz nach § 559 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Er beruht auf Tatsachen, die bereits bei Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorlagen. 108

V. Die Revision der Beklagten ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht dem Kläger Zinsen für die Zeit vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils zugesprochen hat. In diesem Umfang ist die Klage unbegründet. Dem Kläger stehen sowohl Prozesszinsen nach §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB als auch Verzugszinsen nach § 286 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB erst ab Rechtskraft der Entscheidung zu. 109

1. Der Anspruch auf Prozesszinsen entsteht frühestens ab der Fälligkeit der Forderung (§ 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB). Gleiches gilt für Verzugszinsen, weil Verzug erst ab Fälligkeit eintreten kann. Erweist sich eine nach § 315 Abs. 1 BGB vorzunehmende einseitige Leistungsfestsetzung des Arbeitgebers - wie im Streitfall - als nicht billigem Ermessen entsprechend und erfolgt die Bestimmung der dem Kläger zustehenden Vergütung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch Gestaltungsurteil, wird die Forderung vorbehaltlich anderer Vereinbarungen erst mit Rechtskraft dieses Gestaltungsurteils fällig (vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 3 AZR 595/12 - Rn. 11). Nach dem gesetzlichen Konzept enthält § 315 Abs. 3 BGB eine Zweiteilung zwischen feststellender Kassation und rechtsgestaltender Ersatzleistungsbestimmung (BAG 27. Januar 2016 - 4 AZR 468/14 - Rn. 20, BAGE 154, 83). Mit der rechtskräftigen gerichtlichen Leistungsbestimmung wird der bis dahin „schwebende“ Anspruch auf die unbestimmte Leistung erstmals - ex nunc - rechtsgestaltend konkretisiert. Dementsprechend kann der Schuldner vorher grundsätzlich nicht in Verzug geraten (vgl. BAG 27. Januar 2016 - 4 AZR 916/13 - Rn. 38 mwN; BGH 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Rn. 32 ff.).

2. An der Bestimmung eines früheren Zinsbeginns für den Fall der gerichtlichen Ersetzung der Ermessensentscheidung fehlt es im Streitfall. Weder aus dem Arbeitsvertrag vom 1. April 2005 noch aus den einschlägigen Dienstvereinbarungen ergeben sich Anhaltspunkte für eine derartige Regelung. Soweit der Senat angedeutet hat, Nr. 6.2.2. Abs. 2 DV AT-Vergütung 2010 könne für eine Fälligkeit Ende Juni des Folgejahres sprechen (BAG 19. März 2014 - 10 AZR 622/13 - Rn. 60, BAGE 147, 322), handelt es sich bei den dort genannten Daten um Stichtage, bis zu denen das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers, der einen Anspruch auf variable Vergütung geltend macht, mindestens bestanden haben muss. Mit solchen Klauseln verfolgt der Arbeitgeber in der Regel das Ziel, die Arbeitnehmer zur Betriebstreue anzuhalten (zu der Wirksamkeit von Stichtagsregelungen zB BAG 27. Juni 2018 - 10 AZR 290/17 - Rn. 19 ff.). Ein Anspruch des Klägers auf Verzinsung der vom Gericht nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB festgesetzten variablen Vergütung zu einem vor Eintritt der Rechtskraft liegenden Zeitpunkt ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

3. Das Hinausschieben der Fälligkeit bis zur Rechtskraft des Urteils führt nicht zu einer unbilligen Benachteiligung des Gläubigers. Er kann mit dem Schuldner zum einen vertragliche Regelungen über eine frühere (rückwirkende) Verzinsung der streitigen Forderung treffen. Zum anderen kann er in den Fällen, in denen der Schuldner die verbindliche Feststellung der Forderung oder der für sie maßgeblichen Tatsachen pflichtwidrig verzögert, nach § 280 Abs. 1 BGB den Ersatz etwaiger Zinsschäden - entgangene Anlagezinsen oder eigene Finanzierungszinsen - verlangen (*BGH 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Rn. 37*). 112

VI. Ausgehend von der mit der Revision des Klägers ursprünglich geltend gemachten Forderung und des Revisionsangriffs der Beklagten sind die Kosten der Revision nach § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO zu 88 % vom Kläger und zu 12 % von der Beklagten zu tragen. Hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits in den Vorinstanzen bleibt es trotz der Änderung des Zinsbeginns bei der Kostenentscheidung des Landesarbeitsgerichts. Sie fallen dem Kläger zur Last (§ 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO). 113

Gallner

Schlünder

Brune

Schumann

Merkel