

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR

Zur Frage der Initiativlast bei unterbliebenen Zielvereinbarungen

Zielvereinbarungen sind als Bestandteile zur Flexibilisierung von Arbeitsentgelt aus der heutigen Arbeitswelt kaum wegzudenken. Zielvereinbarungen finden sich in einer Vielzahl von Anstellungsverhältnissen, die sich nicht mehr nur auf die Führungsebene eines Unternehmens beschränken. In der Praxis scheinen die Besonderheiten der Rechtsprechung zu Zielvereinbarungen aber regelmäßig nicht in die Vereinbarungen selbst Eingang gefunden zu haben. Insoweit ist zu beobachten, dass Zielvereinbarungen in erster Linie als Personalführungsinstrument gesehen werden und deren rechtssichere Vereinbarung vor den Zielen der Mitarbeitermotivation und Identifikation mit dem Unternehmen zurücktreten. Erklären lässt sich dies dadurch, dass die Rechtsfragen rund um eine Zielvereinbarung während des laufenden Arbeitsverhältnisses regelmäßig nicht relevant werden und erst zum Zeitpunkt des Ausscheidens eines Arbeitnehmers aus dem Unternehmen ans Licht treten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts¹ muss der Arbeitgeber bei unterbliebener Zielvereinbarung zumindestens dann, wenn ihn ein Verschulden trifft, nach §§ 280ff. BGB mit Schadensersatz für den entgangenen Gewinn in Höhe der maximalen Zielerreichung rechnen. Hier hat die Frage des den Schadensersatz reduzierenden Mitverschuldens des Arbeitnehmers zunehmende Bedeutung erlangt, da die Reduzierung der Ansprüche aus anderen Regelungen, wie z. B. durch Stichtagsregelungen, Freiwilligkeitsvorbehalte oder Rückzahlungsklauseln nach der Qualifizierung der leistungsabhängigen Vergütung als im Synallagma stehendes Arbeitsentgelt² regelmäßig ausgeschlossen sein wird. Gegenstand der folgenden Ausführungen ist neben der Darstellung der Rechtslage die Frage, wann eine Initiativpflicht für den Abschluss einer Zielvereinbarung beim Arbeitgeber, und wann sie beim Arbeitnehmer anzunehmen ist.

I. Ausgangslage

Anders als bei Zielvorgaben sind Zielvereinbarungen einvernehmlich zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer abzuschließen. Zielvorgaben sind einseitig vom Arbeitgeber festgelegte Unternehmensziele, so dass hier die Initiativpflicht klar beim Arbeitgeber liegt³. Bei Zielvereinbarungen hängt die Frage der Initiativpflicht hingegen von der vertraglichen Vereinbarung ab. In einem Arbeitsvertrag bzw. eine ihn ergänzende Zusatzvereinbarung⁴ werden regelmäßig die Rahmenbedingungen einer Zielvereinbarung festgelegt. Präzisiert werden in der Regel die Höhe des maximalen Zielwerts, Zielvereinbarungsprozess und Auszahlungszeitpunkt. Über die einzelnen Ziele sollen sich die Vertragsparteien hingegen jährlich neu verständigen, um eine hohe Flexibilität für jede neue Zielperiode zu gewährleisten. Unproblematisch trifft den Arbeitnehmer eine generelle Mitwirkungspflicht bei der nach einer Rahmenvereinbarung festgelegten jährlich stattfindenden Verhandlung der Ziele und bei deren Vereinbarung. Ein Arbeitnehmer muss sich auf die Verhandlungsangebote einlassen, mit

dem Arbeitgeber in den Dialog treten und an dem Abschluss einer Verhandlung mitwirken. Im Laufe des Arbeitslebens wird aber nicht selten, der vereinbarte Zielvereinbarungsprozess nicht eingehalten oder sogar von der Vereinbarung von Zielen ganz abgesehen. Anders als arbeitsvertraglich vereinbart, gerät der Abschluss von Zielvereinbarungen dann in Vergessenheit. Die notwendigen Gespräche hierzu werden weder durch den Arbeitgeber noch durch den Arbeitnehmer initiiert. Streitig ist dann, wem die Initiativpflicht für den Abschluss einer Zielvereinbarung oblag, da diese einen gravierenden Einfluss auf einen möglichen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers hat. Dies spielt vor allem deswegen eine Rolle, da nach ständiger Rechtsprechung das bloße Fehlen einer Zielvereinbarung nicht zu einem kategorischen Ausschluss des Zahlungsanspruchs des Arbeitnehmers führt⁵. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber durch den fehlenden Abschluss einer Zielvereinbarung einseitig die Zahlung der vereinbarten leistungsabhängigen Vergütung verhindern⁶. Dieses würde dem Grundsatz widersprechen, dass vereinbarte Ansprüche auf eine leistungsorientierte Vergütung vom Arbeitgeber nicht einseitig verändert bzw. widerrufen werden können.

II. Schadensersatzanspruch bei unterlassenen Zielvereinbarungen

Während der rechtsdogmatische Streit über die Herleitung dieses Anspruches (§ 315 BGB, § 315 Abs. 3 BGB, Treu und Glauben, ergänzende Vertragsauslegung oder § 162 Abs. 1 BGB, § 162 BGB analog) durch das BAG⁷ zugunsten eines Schadensersatzanspruches auf Grund der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht entschieden wurde, bestand weitestgehend immer schon Einigkeit, dass zugunsten des Arbeitnehmers bei einer abredewidrig durch den Arbeitgeber nicht getroffenen Zielvereinbarung von einer Zielerfüllung in Höhe von 100% bzw. in Höhe des maximal erreichbaren Wertes⁸ ausgegangen werden kann. Soweit eine einvernehmliche Zielfestlegung in der Rahmenvereinbarung festlegt wurde⁹, stellt es eine arbeitsvertragliche

¹ BAG 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

² BAG 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, BB 2011, 2811 m. BB-Komm. *Grau/Sittard*, NZA 2011, 989; BAG 7.6.2011 – 1 AZR 807/09, NZA 2011, 1234; BAG 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, NZA 2012, 620; *König*, NZA-RR 2012, 449; *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071; *Grobys/Panzer/Schönhöft*, SKW ArbR, 2012, Stichtagsklausel, Rn. 5.

³ BAG 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409; dazu auch *Reiserer*, NJW 2008, 609, 609.

⁴ Denkbar sind natürlich auch kollektive Vereinbarungen, auf die aber nicht weiter eingegangen werden soll.

⁵ BSG, 23.3.2006 – B 11a AL 29/05 R, NZA-RR 2007, 101; *Grobys/Panzer/Juli*, SKW, 2012, Zielvereinbarung, Rn. 16.

⁶ BSG, 23.3.2006 – B 11a AL 29/05 R, NZA-RR 2007, 101.

⁷ BAG 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409; *Grobys/Panzer/Juli*, SKW, 2012, Zielvereinbarung, Rn. 15; *Krause*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 57, Rn. 45; *Hümmerich*, NJW 2006 2294.

⁸ LAG Hamburg, 17.8.2011 – 28 Ca 302/10 n. v.

⁹ Zu unterscheiden ist hingegen der Fall, in dem der Abschluss einzelner vertraglicher Zielvereinbarungen (nicht nur die einzelnen Ziele) im Rahmen einer generellen Regelung ausbleibt. Hier obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber die Initiativpflicht, da dieser das Direktionsrecht auszuüben und damit im Regelfall

Verpflichtung des Arbeitgebers dar, für die vereinbarte Zielperiode Ziele mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren. Sofern der Arbeitgeber Verhandlungen über Zielvereinbarungen über eine Zielperiode nicht aufnimmt, verhindert bzw. blockiert und dadurch keine Zielvereinbarung getroffen wurde, kann der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB geltend machen¹⁰. Das Abbrechen bzw. Verhindern des Abschlusses einer Zielvereinbarung stellt ein Verschulden i. S. d. § 280 BGB des Arbeitgebers dar. Die Erfüllung der jeweiligen vertraglichen Nebenpflicht ist dann unmöglich i. S. d. § 275 BGB geworden, so dass dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 3 i. V. m. § 283 S. 1 BGB zusteht. Nach Ablauf der Zeit, für den zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Ziele zu vereinbaren gewesen wären, ist die Festlegung der Ziele in Hinblick auf den verfolgten Zweck der Motivation und des Anreizes für den Arbeitnehmer nicht mehr erreichbar. Mit Ablauf der Zielperiode wird die Festlegung der Ziele damit unmöglich¹¹.

Allerdings ist der Arbeitgeber nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB dann nicht schadensersatzpflichtig, wenn er nachweisen kann, dass er es nicht zu vertreten hat, dass Ziele nicht vereinbart werden konnten¹². Nicht ausreichend ist nach dem BAG¹³, wenn der Arbeitgeber von Verhandlungen abgesehen hat, weil der Arbeitnehmer bisher in anderen Zielperioden die Ziele nicht erreicht hat. Gleiches dürfte gelten, wenn auf Grund eines unterjährigen Ausscheidens des Arbeitnehmers oder aus anderen Gründen der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses nach Einschätzung des Arbeitgebers vernünftige Ziele nicht vereinbart werden können. Insoweit besteht die Möglichkeit des Arbeitgebers auch für kürzere Zielperioden oder der persönlichen Situation des Arbeitnehmers angepasste Zielvereinbarungen zu schließen¹⁴. Der Arbeitgeber kann sich auch nicht darauf berufen, im Falle seines vertragsgemäßen Verhaltens hätte er dem Arbeitnehmer eine ähnliche Zielvereinbarung, wie beispielsweise anderen Arbeitnehmern, vorgelegt. Solange der Arbeitnehmer nicht nachweislich seine Ziele zu der vereinbarten Zielperiode kannte bzw. diese mit ihm vereinbart wurden, liegt die Unmöglichkeit der vertraglichen Vereinbarung vor. Eine Zielvereinbarung kann nur dann den mit ihr erwünschten Motivationszweck erreichen, wenn der Arbeitnehmer bereits bei Ausübung seiner Tätigkeit weiß, welche Ziele es zu erreichen gilt¹⁵. Eine Formulierung von Zielen im Nachhinein ist nicht mehr möglich, da dies dem Motivationsgedanken und damit dem Sinn und Zweck einer solchen Vereinbarung nicht gerecht würde. Dementsprechend kommt der Arbeitgeber bereits am ersten Tag der vereinbarten Zielperiode in der Regel in den Schuldnerverzug, wenn die Ziele bis dahin noch nicht bestimmt sind. Insoweit wird man in der Praxis in der vertraglichen Vereinbarung bzw. deren Auslegung regelmäßig eine nach dem Kalender bestimmte Vereinbarung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB sehen. Allerdings kann sich aus der der Zielvereinbarung zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung auch etwas anderes ergeben. Ist der Zeitpunkt der Festlegung der Ziele für die Zielperiode nicht bestimmt, ist die Festlegung noch so lange möglich, wie dem Arbeitnehmer noch Zeit bleibt, die Ziele tatsächlich zu beeinflussen¹⁶. Regelmäßig wird aber in der Praxis zwischen den Parteien vereinbart, dass die Zielvereinbarung vor Beginn der Zielperiode abzuschließen ist bzw. eine andere Zeit nach dem Kalender bestimmt sein. Ist eine Zeit nach dem Kalender nicht bestimmt bzw. lässt sich diese dem Vertrag nicht durch Auslegung entnehmen, bedarf es nach § 286 Abs. 1 BGB einer Mahnung des Arbeitnehmers in Form einer Aufforderung zum Abschluss einer Zielvereinbarung. Nach dem BAG¹⁷ ist für den

Fall der fehlenden Mahnung des Arbeitnehmers bzw. des fehlenden Nachweises einer Mahnung ein Mitverschulden des Arbeitnehmers im Rahmen der Ermittlung des Schadens nach den § 252 BGB, § 287 ZPO zu berücksichtigen.

III. Initiativlast beim Abschluss von Zielvereinbarungen

Nach dem BAG¹⁸ ist ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers auch dann nicht ausgeschlossen, wenn das Nichtzustandekommen einer Zielvereinbarung auf Gründen beruht, die auch der Arbeitnehmer zu vertreten hat. In diesem Fall ist aber im Rahmen des § 254 BGB ein Mitverschulden des Arbeitnehmers entsprechend zu berücksichtigen. Auch dann, wenn der Arbeitgeber nicht allein die Initiativpflicht hat, verletzt er eine vertragliche Nebenpflicht und kann deshalb zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er der Aufforderung des Arbeitnehmers nicht nachkommt, mit ihm eine Zielvereinbarung abzuschließen¹⁹. Wenn die Initiativlast für den Abschluss der Zielvereinbarung vereinbarungsgemäß aber allein beim Arbeitnehmer lag, wird man regelmäßig schon eine schadensersatzbegründende Verletzung der Nebenpflicht des Arbeitgebers verneinen müssen²⁰. Der Arbeitgeber verletzt in diesem Fall keine vertragliche Nebenpflicht, da er das Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu vertreten hat. Oblag es hingegen dem Arbeitgeber, die Initiative zur Führung eines Gesprächs mit dem Arbeitnehmer über eine Zielvereinbarung zu ergreifen und hat er ein solches Gespräch nicht anberaumt, hat er eine vertragliche Nebenpflicht verletzt. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers wird auch dann nicht vorliegen, wenn er durch den Arbeitgeber freigestellt wurde, da der Arbeitgeber durch die Freistellung klar sein fehlendes Interesse an einer Zielvereinbarung bekundet und dem Arbeitnehmer darüber hinaus jede Möglichkeit der Zielerreichung nimmt²¹.

In den überwiegenden Fällen schweigt aber die Rahmenvereinbarung der Zielvereinbarung zu der Frage der Initiativpflicht für die Vereinbarung der Ziele. Regelmäßig wird man, wenn die Vereinbarung hierzu keinerlei Aussage trifft, die Verpflichtung, mögliche Ziele vorzuschlagen und eine Zielvereinbarung zu treffen, nicht einseitig nur beim Arbeitgeber sehen. Der Meinung²², die mit Blick auf das Direktionsrecht allein dem Arbeitgeber die Initiative für die Verhandlung der Zielvereinbarung zuwies, erteilte das BAG²³ eine klare Absage. Sofern aus der Rahmenvereinbarung nicht ausdrücklich hervorgeht, dass der Arbeitgeber die Initiative zur Führung eines Gesprächs mit dem Arbeitnehmer über die Zielvereinbarung hat und führt auch die Auslegung der Vereinbarung nicht zu einer alleinigen Pflicht des Ar-

auch entsprechenden Gespräche anzustoßen hat; LAG München, 23.7.2009 – 4 Sa 103/09, juris; vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg, 17.9.2008 – 15 Sa 283/08, juris; BAG, 12.5.2010 – 10 AZR 390/09, NZA 2010, 1009.

10 BAG 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

11 LAG Berlin-Brandenburg, 13.12.2006 – 15 Sa 1135/06, juris.

12 LAG Berlin-Brandenburg, 13.12.2006 – 15 Sa 1135/06, juris.

13 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

14 LAG München, 4.11.2011 – 3 Sa 541/11, juris, auf den Einwand der Elternzeit.

15 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

16 *Gaul/Rauf*, DB 2008, 869, 872; *Hümmerich/Reufels-Mengel*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2011, S. 1, Rn. 1483.

17 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

18 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

19 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*, NZA, 2009, 256.

20 Dazu später noch.

21 Dies soll auch dann gelten, wenn beide Parteien in gleicher Weise, die Verantwortung für den Zielvereinbarungsprozess tragen; LAG Hamburg, 3.11.2011 – 1 Sa 45/10, juris, Rev. unter 10 AZR 883.

22 LAG Berlin-Brandenburg, 13.12.2006 – 15 Sa 1135/06, juris/BeckRS 2007, 41846; *Gaul/Rauf*, DB 2008, 869, 872 m. w. N.

23 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409.

beitgebers, kann nicht konkludent von einem Initiativpflicht des Arbeitgebers ausgegangen werden²⁴. Maßgebend ist soweit, dass der Arbeitgeber bei einer arbeitsvertraglichen Zielvereinbarung anders als bei Zielvorgaben die Ziele nicht einseitig festlegen kann. Bei fehlender Regelung ist zunächst nach allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln, wer die Initiativpflicht hat. So soll die Auslegung der Formulierung, dass die Ziele „gemeinsam mit dem Mitarbeiter“ festgelegt werden, nicht dafür sprechen, dass eine beiderseitige Initiativlast gewollt war²⁵. Maßgeblich für die Frage der Initiativpflicht und damit dem Mitverschulden des Arbeitnehmers ist der Parteiwillen, der sich in der vertraglichen Vereinbarung niedergeschlagen hat. Aus diesem Grund ist zu empfehlen, die Initiativpflicht einer Partei eindeutig vertraglich festzuschreiben²⁶. Folgerichtig wäre daher auch eine Vereinbarung denkbar, die die ausschließliche Initiativlast dem Arbeitnehmer zuweist. Dies ist nicht völlig abwegig, da die durch den Arbeitnehmer vorgeschlagenen Ziele sogar motivierender für den Arbeitnehmer und damit noch werthaltiger für das Unternehmen sein können. Eine solche Initiativlast beim Arbeitnehmer kann also nicht nur personalpolitisch sinnvoll sein, sondern schützt den Arbeitgeber auch vor Schadensersatzansprüchen bei fehlender Zielvereinbarung. Allerdings kann eine Vertragsgestaltung, die die Initiativlast vollständig aus Gründen der Risikominimierung auf den Arbeitnehmer verlagert und diesem personalpolitischen Gedanken keine Rechnung trägt, i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen sein²⁷. Denn nach dem Grundsatz des § 106 GewO bestimmt der Arbeitgeber den Inhalt der Arbeitsleistung näher. Daher liegt es grundsätzlich in der Sphäre des Arbeitgebers, mögliche Ziele vorzuschlagen.

Ist nichts zu den Folgen einer vergessenen Zielvereinbarung oder zur Initiativlast arbeitsvertraglich vereinbart, trifft beide Vertragsparteien die Initiativlast gleichermaßen²⁸. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind beide zu gleichen Teilen für den Abschluss einer Zielvereinbarung verantwortlich. Insoweit liegt auch ein Teil der Verpflichtung beim Arbeitnehmer²⁹. Bei der Vereinbarung der Ziele hat auch der Arbeitnehmer seinen Teil zur rechtzeitigen Einigung beizutragen und die Obliegenheit, die Zielvereinbarungsverhandlung einzufordern³⁰. Der Arbeitnehmer muss jedoch keine konkreten Ziele formulieren. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber zur Verhandlung über eine Zielvereinbarung auffordert. Unterlässt er dies, wird im Rahmen des Mitverschuldens von einer hälftigen Schadensverursachung auszugehen sein³¹. Der Arbeitgeber kann einem Schadensersatzanspruch sogar im vollen Umfang entgegenreten, wenn er nachweist, dass er dem Arbeitnehmer rechtzeitig Ziele vorgeschlagen hat, die dieser hätte auch erreichen können³².

Denkbar ist aber, dass sich eine vertragliche vereinbarte Initiativlast ändern kann, wenn die Gespräche in der Vergangenheit stets durch den Arbeitgeber angesetzt wurden und so eine betriebliche Übung entstanden ist³³. Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen Arbeitnehmer schließen können, es solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden³⁴. Wenn die Gespräche in der Vergangenheit stets durch den Arbeitgeber angesetzt wurden, kann der Arbeitnehmer möglicherweise hierauf vertrauen. Regelmäßig wird es hierauf aber nicht ankommen und eine Initiativlast schon aus anderen Gründen ausschließlich beim Arbeitgeber liegen. Insoweit ist zu beachten, dass es sich bei der der Zielvereinbarung zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung regelmäßig um eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 BGB handeln wird. Auch

wenn man die Vereinbarungen in einer Zielvereinbarung als reine Entgeltregelung außerhalb der AGB Kontrolle sieht, wird man die über die Vergütung hinausgehende Zielvereinbarungsprozessbeschreibung als Preisnebenabrede zu qualifizieren haben, die der vollen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegt³⁵. Auf die Frage kommt es aber nicht an, da selbst wenn die Zielvereinbarung als Entgeltregelung keiner allgemeinen Billigkeitskontrolle unterliegt, sie dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB Rechnung tragen muss³⁶. Dieses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Danach müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Die Vereinbarung verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält. Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird³⁷. Soweit nach Ausschöpfung der Auslegungsregelungen keine zweifelsfreie Entscheidung über die Initiativlast beim Arbeitgeber oder Arbeitnehmer in der Rahmenvereinbarung zur Zielvereinbarung zu finden ist, also die Auslegung weder zweifelsfrei ergibt, dass beide oder der ein oder andere die Initiativpflicht hat, gilt die Unklarheitsregel des § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders³⁸. In Formulararbeitsverträgen ohne zweifelsfreie Zuordnung der Initiativpflicht wird daher regelmäßig von einer ausschließlichen Initiativpflicht des Arbeitgebers als Verwender der Vereinbarung auszugehen sein³⁹. Auch wird es einem Arbeitgeber regelmäßig nicht gelingen, eine echte Individualvereinbarung nachzuweisen. Diese liegt nur dann vor, wenn ein tatsächliches Aushandeln der Klausel vor Vertragsschluss stattgefunden hat, d.h., wenn der Arbeitgeber den gesetzesfremden Kern der Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt hat, den Inhalt der jeweiligen Klausel zu beeinflussen⁴⁰. In der Praxis zeigt sich, dass dies nur selten der Fall sein wird. Mangels ausdrücklicher Regelung zur Initiativlast wird diese regelmäßig ausschließlich beim Arbeitgeber liegen. In diesem Fall ist erforderlich, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Angebot zum Abschluss einer Zielvereinbarung unterbreitet und ihm dabei Ziele nennt, die der Arbeitnehmer erreichen kann⁴¹. Hierfür ist der Arbeitgeber beweisbelastet.

24 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409; a. A. LAG Berlin-Brandenburg, 13.12.2006 – 15 Sa 1135/06, juris/BeckRS 2007, 41846.

25 LAG Berlin-Brandenburg, 17.9.2008 – 15 Sa 283/08, DB 2008, 2544.

26 *Steinau-Steinrück/Ziegler*, NJW Spezial 2008, 722, 723; *Hümmerich/Reufels-Mengel*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2011, § 1, Rn. 1478.

27 *Lempke*, Anm. zu BAG 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, jurisPR-ArbR 26/2008 Anm. 1.

28 In dem Fall einer Betriebsvereinbarung: LAG Hamburg, 3.11.2011 – 1 Sa 45/10, Rev. unter 10 AZR 883; a. A. *Behrens/Rinsdorf*, NZA 2006, 836; wohl auch *Brors*, RdA 2010, 178, 181.

29 *Krause*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2009, § 57, Rn. 45.

30 *Hümmerich/Reufels-Mengel*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2011, § 1, Rn. 1482.

31 In dem Fall einer Betriebsvereinbarung: LAG Hamburg, 3.11.2011 – 1 Sa 45/10, Rev. unter 10 AZR 883; a. A. *Behrens/Rinsdorf*, NZA 2006, 836, die 20 % Verschulden beim Arbeitnehmer sehen.

32 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*, NZA 2009, 256.

33 *Bros*, RdA 2010, 178, mit Verweis auf BSG, 23.3.2006 – B 11a AL 29/05 R, juris.

34 BAG, 16.1.2002 – 5 AZR 715/00, BB 2002, 1155, NZA 2002, 632; BAG, 28.6.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174.

35 *Grobys/Panzer/Wahlig*, SKW, 2012, AGB-Recht, Rn. 23; BGH, 30.11.1993 – XI ZR 80/93, BB 1994, 102, NJW 1994, 318; BAG, 1.9.2010 – 5 AZR 517/09, BB 2011, 1406 m. BB-Komm. *Ley*, NZA 2011, 575.

36 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409; *Annuß*, NZA 2007, 290; *König*, NZA-RR 2012, 449.

37 BAG, 1.9.2010 – 5 AZR 517/09, BB 2011, 1406 m. BB-Komm. *Ley*, NZA 2011, 575.

38 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409; LAG Berlin Brandenburg, 17.9.2008 – 15 Sa 283/08, DB 2008, 2544.

39 Anders zutreffend für den Fall einer Betriebsvereinbarung: LAG Hamburg, 3.11.2011 – 1 Sa 45/10, juris.

40 BAG, 27.7.2005 – 7 AZR 486/04, NZA 2006, 40; BAG, 1.3.2006 – 5 AZR 363/05, BB 2006, 1282, NZA 2006, 746.

41 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*, NZA 2009, 256.

IV. Schadensermittlung bei unterlassenen Zielvereinbarungen

Der Umfang des Schadens bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB, bei dem ein Mitverschulden des Arbeitnehmers Berücksichtigung findet. Nach § 252 S. 2 BGB gehört zum Schaden der entgangene Gewinn, d. h. die vereinbarte Erfolgsvergütung bei Zielerreichung. Über die Beweiserleichterung des §§ 252 BGB, 287 Abs. 1 ZPO ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die vereinbarten Ziele in vollem Umfang⁴² erreicht hätte, wenn der Arbeitgeber keine „besonderen Umstände“ nachweisen kann, die diese Annahme ausschließen⁴³. Für die den Anspruch verringern den besonderen Umstände ist der Arbeitgeber beweisbelastet⁴⁴. § 252 S. 2 BGB enthält eine § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung⁴⁵. Die Vorschrift dehnt für die Feststellung der Schadensermittlung das richterliche Ermessen über die Schranke des § 286 ZPO aus. Der Arbeitnehmer hat nur die Umstände darzulegen und die Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder der besonderen Umstände des Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt⁴⁶. Nach § 287 ZPO unterliegt die Bemessung des Schadens, sofern dieser zwischen den Parteien streitig ist, der freien Würdigung des Gerichts. Das gilt sowohl für die Feststellung des Schadens als auch dessen Höhe⁴⁷.

Nach dem BAG⁴⁸ kann bei dem nach § 287 Abs. 1 ZPO obliegenden Ermessen des Gerichts der Vergleich vorangegangener Zielperioden und deren Erfüllungsgrad Berücksichtigung finden. Hieraus wird teilweise geschlossen, dass ein „besonderer Umstand“ darin liegen kann, dass der Arbeitnehmer in den vergangenen Jahren die ihm vorgegebene oder die mit ihm vereinbarten Ziele nicht erreicht hat⁴⁹. Unabhängig davon, dass auch das BAG in dem Erfüllungsgrad der vergangenen Zielperioden keinen Nachweis des Arbeitgebers sieht, sondern nur eine Berücksichtigungsmöglichkeit innerhalb der Ermessensentscheidung, verbieten sich Rückschlüsse auf vergangene Zielperioden und die Einordnung der vergangenen Zielperioden als „besonderer Umstand“ bereits aus anderen Gründen. So können andere Zeiträume mit anderen Zielen in der Regel keinen Rückschluss über die Zielerreichung einer zukünftigen Zielperiode geben⁵⁰. Sie können möglicherweise einen Hinweis auf die Leistungsstärke des Arbeitnehmers in der vergangenen Zielperiode enthalten. Für die Zukunft lassen sich hieraus auf Grund der vielen Variablen (z. B. unterschiedliche Lebenssituation des Arbeitnehmers oder höhere Motivation bei anderen Zielen) aber keine Rückschlüsse ziehen. Die Absicht, die einer Zielvereinbarung zugrunde liegt, ist die jährliche Anstrengung des Arbeitnehmers zu fördern, indem er durch Anreize motiviert wird. Um dieses Ziel zu erreichen, werden in der Regel für jedes Jahr neue Zielvereinbarungen gefasst. Grundlage für diese Zielvereinbarungen sind die wirtschaftliche Lage und die individuelle Einflussnahmemöglichkeit des Arbeitnehmers, die jährlich variieren. Darüber hinaus wäre bei einem Rückschluss auf vergangene Zielperioden zu hinterfragen, ob die Gründe der geringen Zielerreichung nicht auch oder ausschließlich in einer Überdimensionierung der Ziele durch den Arbeitgeber in der Vergangenheit lagen. Generell müssen Ziele so vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer sie auch bei Anstrengung seiner Fähigkeiten im vollen Umfang erfüllen kann⁵¹. Erfüllt er sie über mehrere Zielperioden nicht, können die Gründe auch in einer Überdimensionierung der Ziele liegen und nicht nur in der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Eine generelle Annahme, dass jeder Arbeitgeber nur Ziele

vereinbart, die auch erreichbar sind, besteht nicht. Eine pauschale Heranziehung der vergangenen Zielperioden verbietet sich daher. Einen Rückschluss aus der Zielerreichung in der Vergangenheit zu ziehen, erscheint aber auch nicht der bezweckten Beweiserleichterung des Geschädigten gerecht zu werden. Nach dem BAG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die vereinbarten Ziele erreicht hätte. Regelmäßig wird der Arbeitgeber daher nur in wenigen seltenen Fällen (z. B. Langzeiterkrankung nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums, Verfehlung der Unternehmensziele⁵²) besondere Umstände nachweisen können⁵³. Selbst wenn die Ergebnisse der vergangenen Zielperioden möglicherweise die Höhe des Schadensersatzanspruchs reduzieren können, kann dies aber nur dann gelten, wenn die in den vergangenen Zielperioden dem Arbeitnehmer gesetzten Ziele auch erreichbar waren. Für die dann vorzunehmende inzidente Prüfung der Erreichbarkeit der Ziele ist der Arbeitgeber beweisbelastet. Er muss nachweisen, dass auch die in der Vergangenheit vereinbarten Ziele für den Arbeitnehmer realistisch erreichbar waren und begibt sich bei Nichtnachweisbarkeit und noch nicht abgelaufenen Verjährungsfristen in weitere, nicht immer abschätzbare Gefahren.

V. Schlussfolgerungen

Die Initiativpflicht zur Einleitung eines vereinbarten Zielvereinbarungsprozesses obliegt in der Regel ohne anderweitige vertragliche Vereinbarung beiden Vertragsparteien gleichermaßen. Aus dem Direktionsrecht gibt es keine grundsätzliche Verpflichtung, dass der Zielvereinbarungsprozess ausschließlich vom Arbeitgeber ausgehen muss. Ist die dem Zielvereinbarungsprozess zugrunde liegende Vereinbarung als echte Individualabrede einzuordnen oder hat sie ihre Grundlage in kollektiven Vereinbarungen, wird daher im Rahmen des Mitverschuldens diese beiderseitige Verpflichtung ohne anderweitige Anhaltspunkte zur Schadensteilung führen müssen. Anders ist dies aber in dem in der Praxis häufigeren Fall der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, bei der die der Zielvereinbarung zugrunde liegende Rahmenvereinbarung als allgemeine Geschäftsbedingung einzuordnen ist. Insoweit ist zu beachten, dass in Formulararbeitsverträgen bei fehlender anderweitiger Vereinbarung bzw. einer entsprechend Auslegungsmöglichkeit die Initiativpflicht zur Einleitung des Zielvereinbarungsprozesses im Zweifel beim Arbeitgeber liegt. Wenn die Vereinbarung zu der Initiativpflicht schweigt, greift zugunsten des Arbeitnehmers die Unklarheitsregelung nach § 305c Abs. 2 BGB. Der Arbeitgeber allein ist dann verpflichtet, den ersten Schritt auf den Arbeitnehmer zuzugehen und den Prozess zum Abschluss einer Zielvereinbarung anzustoßen. Ein Schadensersatzanspruch kann bei unterbliebener Zielvereinbarung regelmäßig nur vermieden oder reduziert werden, wenn die Initiativpflicht klar und eindeutig dem Arbeitnehmer oder

42 D. h. die maximal erreichbare Zielerfüllung.

43 BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, BB 2008, 617 m. BB-Komm. *Simon/Greßlin*, NZA 2008, 409; BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*, NZA 2009, 256; LAG Köln, 14.10.2009 – 3 Sa 901/09, juris.

44 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*, NZA 2009, 256.

45 BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*, NZA 2009, 256.

46 *Grobys/Panzer/Juli*, SKW, 2012, Zielvereinbarung, Rn. 18.

47 *Gaul/Rauf*, DB 2208, 869, 871.

48 BAG, 12.5.2010 – 10 AZR 390/09, NZA 2010, 1009.

49 *Grobys/Panzer/Juli*, SKW, 2012, Zielvereinbarung, Rn. 18; *Gaul/Rauf*, DB 2008, 869, 871.

50 So wohl auch *Gaul/Rauf*, DB 2008, 869.

51 BAG, 12.5.2010 – 10 AZR 390/09, NZA 2010, 1009.

52 Wenn angenommen werden kann, dass Unternehmensziele bzw. der Erfolg eines Bereichs Voraussetzung einer Zielvereinbarung in einem Unternehmen sind, vgl. *Gaul/Rauf*, DB 2008, 869, 871.

53 So zutreffend *Mohnke*, BB 2009, 837, 839, in der Anm. zu BAG, 10.12.2008 – 10 AZR 889/07, BB 2009, 837 m. BB-Komm. *Mohnke*.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam vertraglich auferlegt wird. Versäumt der Arbeitgeber dies, wird ihm eine Reduzierung des nach der Rechtsprechung folgenden Schadensersatzes kaum gelingen. Soweit der Arbeitgeber die an die Zielvereinbarung gekoppelte variable Vergütung nicht vom Erreichen weiterer Voraussetzungen, wie z. B. einem bestimmten Betriebsergebnis oder dem Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers bei der Höhe des Zielwerts⁵⁴ abhängig gemacht hat, wird dem Arbeitnehmer, selbst bei einem für den Arbeitgeber schlechten wirtschaftlichen Jahr, regelmäßig ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des vereinbarten maximalen Zielwerts zu stehen.

Dr. Andreas Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht und als Rechtsanwalt bei avocado Rechtsanwälte in Hamburg tätig. Seit dem Jahr 2006 übt er ebenfalls eine Tätigkeit als Syndikusanwalt für ein Unternehmen eines international agierenden Konzerns aus. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im kollektiven Arbeitsrecht und Tarifrecht.



⁵⁴ Hierzu *Simon/Hidalgo/Koschker*, NZA 2012, 1071, 1072; BAG 14.11.2012 – 10 AZR 783/11, juris.

BAG: Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslaufrist

BAG, Urteil vom 22.11.2012 – 2 AZR 673/11

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2013-1332-2](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit unter Umständen noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde.
2. Ein wichtiger Grund kann sich auch für eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung aus dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund innerbetrieblicher Maßnahmen ergeben. Die einer solchen Maßnahme zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht auf ihre sachliche Berechtigung oder ihre Zweckmäßigkeit, sondern nur daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.
3. Der Arbeitgeber muss in der Regel auch dann nicht von einer Fremdvergabe von Tätigkeiten absehen, wenn dadurch einer größeren Zahl ordentlich nicht mehr kündbarer Arbeitsverhältnisse die Grundlage entzogen wird.
4. Bei der Prüfung, ob eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist gegenüber einem tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer zulässig ist, ist zunächst die tarifliche Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes zu berücksichtigen. Stehen schon danach dem Arbeitgeber bestimmte Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung, um sich bei dringenden betrieblichen Gründen aus einem unzumutbar gewordenen vertraglichen Zustand zu lösen, so hat er zunächst von diesen Gebrauch zu machen. Erst wenn feststeht, dass auch sie versagen, kann eine außerordentliche Kündigung – mit Auslaufrist – gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer in Betracht kommen.

BGB § 626 Abs. 1, Abs. 2; GG Art. 12 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist. Der mit der ursprünglichen Beklagten zu 2. wegen

eines Rückkehranspruchs geführte Rechtsstreit ist rechtskräftig zulasten des Klägers abgeschlossen.

Der Kläger war bei der Beklagten zu 1. (*im Folgenden: Beklagte*) und deren Rechtsvorgängerinnen seit 1999 unter Anrechnung der Zeit eines seit 1974 bestehenden Arbeitsverhältnisses beschäftigt. Er war zuletzt als Disponent tätig. Sein Einsatz erfolgte am Standort T. Die Beklagte gehört einem Konzern an. Bei den ihm zugehörigen Unternehmen waren im Jahr 2008 über 2000 Arbeitnehmer beschäftigt, davon ca. 720 – unter ihnen der Kläger – im Bereich „Technical Operations/Netzinfrastruktur“. 45% der in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmer waren – wie der Kläger – tariflich nicht mehr ordentlich kündbar. Der Konzern ist in sechs Regionen aufgeteilt. Auf der Grundlage eines zwischen der Gewerkschaft ver.di auf der einen und drei Konzernunternehmen – darunter die Rechtsvorgängerin der Beklagten – auf der anderen Seite geschlossenen Zuordnungstarifvertrags ist in jeder Region ein einheitlicher, unternehmensübergreifender Betriebsrat gebildet.

Im Jahr 2008 beschloss die Beklagte, die Aufgaben der Servicetechniker zweier Tätigkeitsbereiche weitgehend an ein Drittunternehmen zu vergeben und ab dem 1.7.2009 nicht mehr durch eigene Mitarbeiter ausführen zu lassen. Dies führte zum Wegfall zahlreicher Arbeitsplätze, so auch sämtlicher Disponentenstellen am Standort T. Dazu vereinbarten die drei Gesellschaften am 12.11.2008 mit dem Konzernbetriebsrat einen Interessenausgleich und einen Sozialplan. Mit Schreiben vom 9.12.2008 kündigte die Beklagte nach Anhörung des zuständigen Betriebsrats das Arbeitsverhältnis der Parteien aus betrieblichen Gründen außerordentlich mit Auslaufrist zum 31.7.2009.

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, es fehle an einem wichtigen Grund. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen.

AUS DEN GRÜNDEN

Die Revision ist begründet. Das angegriffene Urteil war aufzuheben 10 (§ 562 Abs. 1 ZPO). Auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen durfte das Landesarbeitsgericht die außerordentliche Kündigung nicht als unwirksam ansehen. Seine Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Sache war zur neuen Ver-