

*Urteil***Rückstand mit Lohnzahlung**

Ist der Arbeitgeber mit den Lohnzahlungen im Verzug, kann der Arbeitnehmende die Arbeitsleistung verweigern. Sein Lohnanspruch bleibt erhalten; zu einer Nachleistung der Arbeitszeit ist er nicht verpflichtet. Für eine ausstehende Gratifikation gilt das Leistungsverweigerungsrecht hingegen nicht.

Sachverhalt

A. (Beschwerdeführer) arbeitete ab 1. Juni 2007 bei Y. (Beschwerdegegner). Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2007 teilte A. Y. die Einstellung der Arbeitsleistung zufolge Lohnrückstands mit. Daraufhin kündigte Y. das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Dezember 2007, das A. am 7. Januar 2008 zugestellt wurde.

Aus den Erwägungen

1. Zwischen den Parteien war umstritten, ob A. zufolge Verzugs von Y. mit der Lohnzahlung zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt war.

1.1 Beide kantonalen Instanzen stellten auf ein Mail vom 28. März 2007 ab, mit dem Y. die Anstellung bestätigte. Dort ist unter dem Stichwort Anfangslohn festgehalten: «6500 Franken pro Monat plus Gratifikation». Die Vorinstanz ging davon aus, A. sei aufgrund der ständig verspäteten Lohnzahlungen und der massiven Verspätung bei der Bezahlung des Novemberlohns 2007 ab dem 22. Dezember 2007 bis Ende Jahr zur Arbeitsverweigerung berechtigt gewesen. Uneinig sind sich die Vorinstanzen über den am 7. Januar 2008 (erster Arbeitstag nach den Betriebsferien) noch bestehenden Lohnrückstand und die Frage, ob die Arbeitsverweigerung gerechtfertigt war.

2. Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag

kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar. Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab. Die Verpflichtung zur Ausrichtung kann im schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart worden sein. Sie kann aber auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses durch konkludentes Verhalten entstehen, wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrags. Betrifft die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten ist, kann der Arbeitgeber unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbaren Kriterien ausrichten. Ist die Gratifikation im Grundsatz vereinbart, darf der Arbeitgeber diese nicht gestützt auf Umstände kürzen, von denen der Arbeitnehmende nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation beziehungsweise deren Umfang von Belang. Verspricht der Arbeitgeber den Arbeitnehmenden für ein Jahr eine Gratifikation von einer bestimmten Höhe, ist er an dieses Versprechen gebunden, sofern der Arbeitnehmende seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt.

2.1 Der Lohnausweis dient dem Arbeitnehmenden als Bestätigung des von ihm erwirtschafteten Lohns. Dass er keine eigentliche Schuldanererkennung darstellt, ergibt sich schon daraus, dass die ausgewiesenen Beträge in der Regel bereits gezahlt wurden, so dass dem Lohnausweis nicht zu entnehmen ist, wie viel der Arbeitgeber



dem Arbeitnehmenden schuldet. Im Lohnausweis kann immerhin ein Indiz dafür erblickt werden, wie viel der Arbeitnehmende nach Auffassung des Arbeitgebers in einem Jahr verdient hat. Y. hat denn auch an der von A. angegebenen Stelle ausgesagt, er sei davon ausgegangen, der im Lohnausweis angegebene entspreche dem ausbezahlten Lohn. Wie viel Lohn und ob eine Gratifikation geschuldet ist, ergibt sich indessen aus dem Vertrag, beziehungsweise den zwischen den Parteien getroffenen Abreden, wobei bezüglich der Gratifikation auch der in früheren Jahren gehandhabten Praxis Bedeutung zukommen kann.

2.2 Wie A. den Lohnausweis nach dem Vertrauensprinzip hat verstehen müssen, prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei. Die Annahme, A. habe von einem Irrtum von Y. ausgehen müssen, überzeugt nicht. Objektiv bestand sowohl die Möglichkeit eines fehlerhaft ausgestellten Ausweises als auch einer unvollständigen Auszahlung der Ansprüche. Da gemäss dem von der Vorinstanz selbst für massgeblich erachteten Mail das Ausrichten einer Gratifikation ausdrücklich vereinbart war, durfte A. nach Treu und Glauben davon ausgehen, er werde im Normalfall eine Gratifikation erhalten. Es wäre daher an Y. gelegen, zu behaupten und nachzuweisen, dass ein Grund zur Kürzung (oder Streichung) der an sich vertraglich ver-



Illustration: Christine Ruff

einbarten Gratifikation bestand. Selbst wenn man mit der Vorinstanz davon ausgeht, Gratifikationen würden häufig mit dem Dezemberlohn ausbezahlt, musste A. der Tatsache, dass mit dem Dezemberlohn keine Gratifikation ausbezahlt wurde, keine Bedeutung zumessen, zumal sich Y. mit den Lohnzahlungen ständig in Verzug befand.

2.3 Gemäss dem Mail erhält A. neben dem Lohn eine Gratifikation. Die Parteien haben also grundsätzlich das Ausrichten einer Gratifikation vereinbart, so dass A. Anspruch auf die Gratifikation hat (Art. 322d OR). Die Gratifikation steht damit nicht mehr vollständig im Belieben des Arbeitgebers, weshalb auch von einer «unechten» Gratifikation gesprochen wird. Nur bezüglich der Höhe besteht ein Freiraum für Y. und erlangt dessen Willen allenfalls Bedeutung. Der Arbeitgeber darf seine Pflicht zur Ausrichtung der Sondervergütung aber nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt. Wurde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, hat sie der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen. Als Grund für die Verweigerung der Gratifikation führt Y. die angeblich ungerechtfertigte Arbeitsverweigerung an sowie angeblich ungenügende Arbeitsleistungen.

2.3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Arbeitnehmende

in analoger Anwendung von Art. 82 OR befugt, die Leistung von Arbeit zu verweigern, solange der Arbeitgeber sich mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet. Bei berechtigter Arbeitsverweigerung bleibt dem Arbeitnehmenden dabei (analog zu Art. 324 Abs. 1 OR) der laufende Lohnanspruch gewahrt, ohne dass er zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet wäre.

2.3.2 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz befand sich Y. mit dem Novemberlohn massiv in Verzug. Unter Berücksichtigung der Betriebsferien war damit A. zur Verweigerung der Arbeitsleistung bis zum Ende des Jahres 2007 berechtigt und zufolge des Rückstands mit dem Dezemberlohn auch noch darüber hinaus. Dem Arbeitnehmenden bleibt bei berechtigter Arbeitsverweigerung sein Lohnanspruch erhalten. Dies muss grundsätzlich auch für den vertraglich vereinbarten Anspruch auf Gratifikation gelten, da sich A. dieser Pflicht nicht mit Blick auf sein eigenes Fehlverhalten entschlagen kann. Der Arbeitnehmende muss sich nach Treu und Glauben nicht gefallen lassen, trotz berechtigter Arbeitsverweigerung seiner Gratifikation verlustig zu gehen. Hat der Arbeitgeber die fehlende Arbeitsleistung selbst verschuldet, begeht er einen Ermessensmissbrauch, wenn er deswegen die Gratifikation kürzt. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Arbeitsverweigerung wie hier nur wenige Tage der für die Gratifikation massgeblichen Beschäftigungsperiode betrifft. Die Arbeitsverweigerung ist Folge des arbeitgeberischen Zahlungsverzugs, und dieser bildet keinen zulässigen Grund für die Herabsetzung einer vertraglich vereinbarten Gratifikation.

2.3.3 Zulässig wäre eine Herabsetzung mit Blick auf die Arbeitsleistung oder das Geschäftsergebnis, sofern A. erkennen konnte, dass darin Herabsetzungskriterien liegen. Dass Herabsetzungsgründe bestehen, wäre vom Arbeitgeber zu behaupten und zu beweisen. In der Beschwerdeantwort werden neben der Arbeitsverweigerung, die im zu beurteilenden Fall keine Herabsetzung rechtfertigt, einzig die schlechten Arbeitsleistungen erwähnt. Ob diese

tatsächlich ungenügend waren, kann indessen offenbleiben. Y. hat, wie A. aufzeigt, auf die Frage «ob wegen mangelnder Leistung kein 13. oder keine Grati ausbezahlt worden seien» geantwortet: «Nein, das wurde nicht vereinbart.» Diese Erklärung zeigt, dass Y. selbst die Leistung von A. offensichtlich nicht als massgebliches Kriterium für eine Kürzung der Gratifikation betrachtete. Er kann daher die unterbliebene Auszahlung der Gratifikation nicht nachträglich unter Hinweis auf die Arbeitsleistungen von A. rechtfertigen. Da keine zulässigen Kürzungsgründe dargelegt sind, bleibt die vertraglich vereinbarte Gratifikation geschuldet, unabhängig davon, ob sie Y. ausrichten wollte oder nicht.

2.4 Der Ausstand von Y. war mithin um rund 3435.90 Franken höher als von der Vorinstanz angenommen. Vom Gesamtausstand betrafen aber nur 197.90 Franken die eigentliche Lohnzahlung. Das Bundesgericht hat die analoge Anwendung von Art. 82 OR insbesondere für Dauerschuldverhältnisse mit zeitlich verschobenen Fälligkeiten innerhalb der einzelnen Leistungspaare bejaht. Das Leistungspaar, das die analoge Anwendung von Art. 82 OR rechtfertigt, bildet beim Arbeitsverhältnis das dauerhafte Austauschverhältnis zwischen der Arbeitsleistung einerseits und dem Lohn zuzüglich Spesen andererseits. Die Gratifikation steht zwar mittelbar auch im Austauschverhältnis zur geleisteten Arbeit. Sie kann aber neben der Abgeltung der geleisteten Dienste auch die Motivation des Arbeitnehmenden für die Zukunft bezwecken. Da sie zu besonderen Anlässen ausgerichtet wird und ihr ein freiwilliges Element innewohnt, steht nicht fest, in welcher Höhe sie im Folgejahr geschuldet sein wird. Die Gratifikation bildet daher kein Leistungspaar mit der laufenden Arbeitsleistung, weshalb es nicht gerechtfertigt erscheint, dem Arbeitnehmenden diesbezüglich ein Leistungsverweigerungsrecht bei fortlaufender Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers einzuräumen.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 26. Mai 2010 (4A_122/2010)