Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.269/2002/rnd

Urteil vom 17. Dezember 2002
I. Zivilabteilung

Bundesrichterin und Bundesrichter Walter, Präsident,
Corboz, Klett, Nyffeler, Ersatzrichter Geiser,
Gerichtsschreiber Widmer.

A._____,
Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Advokat Dr. Edgar Schürmann, Hauptstrasse 34, Postfach, 4102 Binningen 1,

gegen

Bank X._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte.

Kündigung eines Arbeitsverhältnisses; Gratifikationszahlungen

Berufung gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, vom 7. Juni 2002.

Sachverhalt:
A.
A._____ (Kläger) war seit dem 16. März 1989 Mitarbeiter der Bank X._____ (Beklagte). Er kündigte das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2000. Sein Jahreslohn belief sich im ersten Dienstjahr auf Fr. 75'400.– und erhöhte sich bis zu seinem Ausscheiden auf rund Fr. 132'000.–. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde ihm jährlich eine Gratifikation ausbezahlt, die im ersten Dienstjahr (9 ½ Monate) Fr. 3'600.– betrug und sich bis zum Jahr 1999 auf Fr. 30'000.– erhöhte. Für das Jahr 2000 erhielt der Kläger keine Gratifikation mehr.
B.
Mit Teilklage vom 26. September 2001 belangte der Kläger die Beklagte beim Gewerblichen Schiedsgericht von Basel-Stadt auf Zahlung von Fr. 30'000.– als Gratifikation für das Jahr 2000 nebst Zins. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 3. Dezember 2001 im Umfang von Fr. 21'333.– netto nebst Zins gut. Die Mehrforderung wies es ab.

Diesen Entscheid hob das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 7. Juni 2002 auf kantonalrechtliche Beschwerde der Beklagten hin auf und wies die Klage vollumfänglich ab.
C.
Der Kläger beantragt mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Appellationsgerichts vom 7. Juni 2002 sei aufzuheben und die Klage im gleichen Umfang wie vom Gewerblichen Schiedsgericht gutzuheissen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne.

Eine vom Kläger in gleicher Angelegenheit erhobene staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Appellationsgericht wies die Klage ab, weil die streitigen Beträge nicht eigentlichen Lohn, sondern eine

Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstellten, deren Ausrichtung auch nicht stillschweigend vereinbart worden sei. Weder ihre Höhe im Verhältnis zum Lohn noch die Regelmässigkeit ihrer Ausrichtung widerspreche dem Charakter einer Gratifikation. Wohl habe die Beklagte über Jahre hinweg eine solche ausgerichtet. Sie habe aber regelmässig ausdrücklich festgehalten, dass es sich um eine freiwillige Leistung handle. Entsprechend habe sie die Ausrichtung im Rahmen der Vertragsfreiheit an bestimmte Bedingungen knüpfen dürfen, namentlich, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt sei. Schliesslich verletze auch der Umstand, dass in der Vergangenheit in einzelnen Fällen auch Mitarbeitenden in gekündigter Stellung eine Gratifikation ausgerichtet worden sei, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht. Der Kläger sieht darin eine falsche Auslegung des Bundesrechts, namentlich von Art. 322d OR. Er rügt damit eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 Abs. 1 und 2 OG. Auf die Berufung ist insoweit einzutreten.
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 (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 2 f. zu Art. 322d OR). 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 (BGE 109 II 447 E. 5c S. 548; Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, Rz. 3139 ff.). Umgekehrt darf aber nicht geschlossen werden, dass jede variable Vergütung eine Gratifikation wäre. Je nach dem, was die Parteien konkret vereinbart haben, handelt es sich vielmehr entweder um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR, der gemäss Art. 322a OR variabel ausgestaltet sein kann, oder um eine Gratifikation (vgl. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 3 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 9 zu Art. 322 OR und N. 4 zu Art. 322d OR; Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 115 f.).

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 Betrages (Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002, E. 4b; Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR; Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl., Basel 1997, N. 5 zu Art. 322d OR; Tercier, a.a.O., Rz. 3142; Vischer, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1,III, Basel 1994, S. 114; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 4 zu Art. 322d OR; vgl. auch Gottlieb Delbrück, Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, Diss. Basel 1981, S. 57 ff.). Lehre und Rechtsprechung nehmen an, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.359/
1995 vom 6. Dezember 1995, E. 2, JAR 1997 S. 124; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 322d OR; Rehbinder, Berner Kommentar, N. 6 f. zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 322d OR; Wyler, a.a.O., S. 120; vgl. auch die kantonalen Urteile in: JAR 1999 S. 156, JAR 1998 S. 148 f., JAR 1996 S. 150 ff., JAR 1995 S. 107, JAR 1994 S. 145 f.). Die Einigung kann allerdings auch nur den Grundsatz betroffen haben, dass eine Gratifikation auszurichten ist. Dann kann der Arbeitgeber unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbaren Kriterien ausrichten (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 16 zu Art. 322d OR).
2.1 Der Kläger macht geltend, zur Unterscheidung zwischen einem Lohnbestandteil und einer Gratifikation komme es nicht bloss auf den Parteiwillen an. Eine Gratifikation könne als zusätzliches Entgelt oder Akzessorium zum Lohn immer nur eine Leistung darstellen, die neben dem Lohn ausgerichtet werde. Übersteige ihr Betrag, wie vorliegend, ein gewisses Mass, liege keine Gratifikation, sondern Lohn vor.

Es ist in der Tat mit dem Charakter der ganzen oder teilweisen Freiwilligkeit der Gratifikation nicht vereinbar, dass bei einem Arbeitsvertrag die Entschädigung ausschliesslich in einer Gratifikation besteht. Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich. Die Arbeitgeberin muss sich somit zu einem Entgelt verpflichtet haben. Eine bloss freiwillige Entschädigung genügt nicht. Entsprechend ist die Gratifikation eine Sondervergütung, die zum Lohn hinzutritt (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 322d OR). Die Lehre folgert richtig, dass

es auch nicht genügen kann, wenn ein kleiner Lohn vereinbart ist und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet wird (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 4 zu Art. 322d OR). Diesfalls erweist sich die Gratifikation trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit und wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Fraglich erscheint allerdings, wo die entsprechende Grenze zu ziehen ist. Diese kann nicht einfach in einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation liegen. Es liegt auf der Hand, dass bei einem niedrigen Einkommen schon ein (auch relativ) kleiner Einkommensunterschied sehr viel mehr Bedeutung
haben wird, als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein, als bei einem niedrigen Einkommen (Delbrück, a.a.O., S. 76 f.). Ob die fragliche Leistung für die Parteien zur entscheidenden Entschädigung für die Arbeitsleistung und damit zum Lohn geworden oder eine blosse Zusatzvergütung und damit Gratifikation geblieben ist, hängt überdies von ihrer Regelmässigkeit ab. Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung kann der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig ist und sich in dieser Höhe nicht wiederholt. Auch deshalb lässt sich keine allgemeine Schranke für die Höhe der Gratifikation festsetzen. Immerhin erscheint der akzessorische Charakter dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn.

Wie der Kläger selber festhält, waren die im vorliegenden Fall als Gratifikation ausbezahlten Beträge durchwegs wesentlich geringer. Sie erreichten bis zu einem Viertel des Jahresgehalts. Dieses lag seinerseits ab dem vierten Dienstjahr über Fr. 100'000.– und kann damit nicht als bescheiden bezeichnet werden. Die Höhe der ausgerichteten Beträge spricht somit nicht gegen eine Gratifikation.
2.2 Weiter hält der Kläger dafür, die Gratifikation sei vorliegend vereinbart, weil sie Jahrzehnte lang ausgerichtet worden sei.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 OG) richtete die Beklagte während der zwölfjährigen Dauer des Arbeitsverhältnisses zwar immer eine Gratifikation aus, wenn auch in unterschiedlicher Höhe. Die Ausrichtung erfolgte indessen nicht vorbehaltlos. Mit Ausnahme des Jahres 1988 brachte die Beklagte immer den Vorbehalt an, dass die Ausrichtung freiwillig erfolge. Aus dem einmaligen Unterlassen des Freiwilligkeitsvorbehalts kann der Kläger nichts für seinen Standpunkt ableiten. Wie beide kantonalen Instanzen zu Recht festhalten, kann eine einmalige, versehentliche Unterlassung des Vorbehalts noch nicht zu einer stillschweigenden Vereinbarung führen.
2.3 Der Kläger macht zudem mit Verweis auf eine in der Literatur vertretene Meinung geltend, eine stillschweigende Vereinbarung könne auch trotz Freiwilligkeitsvermerks zustande kommen, wenn die Gratifikation jahrzehntelang ausgerichtet worden sei.

Es trifft zu, dass es für den Inhalt eines Vertrages auf den tatsächlichen oder den objektiv übereinstimmenden Parteiwillen und nicht auf die von den Parteien gewählte unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise ankommt (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 128 III 265 E. 3a; 127 III 444 E. 1b S. 445; 126 III 119 E. 2a). Ein Vorbehalt der Freiwilligkeit ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird, und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt wird, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 10 zu Art. 322d OR; Vischer, a.a.O., S. 114; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; a.M. Wyler, a.a.O., S. 121; Brühwiler, a.a.O., N. 3 zu Art. 322d OR; Duc/Subilia, a.a.O., N. 14 zu Art. 322d OR). Das rechtfertigt sich aber nur, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner
Mitarbeiter (Brunner/Bühler/Waeber, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 322d OR; Urteil des Bundesgerichts 4C.284/1996 vom 7. Oktober 1997, E. 2a).

Vorliegend ist zwar nachgewiesen, dass die Gratifikation während des zwölf Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses immer ausgerichtet worden ist. Der Kläger hat aber in keiner Weise dargetan, warum die Arbeitgeberin in dieser Zeit bei einer freiwilligen Leistung einen Grund hätte haben sollen, auf eine Ausrichtung zu verzichten.

Auch insofern sind somit die Voraussetzungen für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung nicht gegeben.
2.4 Es ergibt sich somit, dass es sich bei den von der Beklagten ausgerichteten Zusatzleistungen um freiwillige Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR handelte und der Kläger keinen Anspruch auf eine Gratifikation erworben hat.
3.
Der Kläger macht schliesslich geltend, es widerspreche dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Beklagte anderen Arbeitnehmern beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eine Gratifikation ausgerichtet habe, ihm dies nun aber verweigere. Er verkennt dabei die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.
3.1 Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (vgl. Kramer, Berner Kommentar, N. 20 zu Art. 19 OR). Mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt sind danach beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt. Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen (von Kaenel, Arbeitsrecht, St. Gallen/Lachen 1999, S. 57; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR, N. 5 zu Art. 322d OR und N. 12 zu Art. 328 OR; JAR 1985 S. 128).

Soweit es um freiwillige Sozialleistungen und Zulagen geht, finden sich in der Lehre und teilweise auch in der Rechtsprechung Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten des gleichen Arbeitgebers (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 13 zu Art. 322d OR; Rehbinder, a.a.O., N. 9 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR und N. 12 zu Art. 328 OR; Wyler, a.a.O., S. 559; Staehelin, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, in: BJM 1982 S. 66 f. [nachfolgend: Staehelin, Gleichbehandlung]; JAR 1992 S. 287 f.). Solche Einschränkungen lassen sich aber stets nur sehr punktuell rechtfertigen (vgl. dazu Geiser, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger [Hrsg.], Festschrift Rehbinder, Bern/München 2002, S. 39 ff.). Das Argument, der Arbeitgeber habe sich von angeblich "sachfremden Motiven" leiten lassen, bedeutet nicht ohne weiteres, dass die ungleiche Behandlung als rechtswidrig erscheint (offenbar a.M. Gewerbliches Schiedsgericht Basel, Urteil vom 18. Juni 1990, JAR 1992 S. 287 f.). Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss"
anzusehen sind. Diesen Grundsatz schränkt die Rechtsordnung allerdings durch gewisse besondere Regelungen ein, wie sie etwa im Gleichstellungsgesetz, im Heimarbeitsgesetz oder in gewissen Staatsverträgen zu finden sind (Geiser, a.a.O., S. 39 ff.; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR; Staehelin, Gleichbehandlung, a.a.O., S. 62 ff.).

In der Lehre wird aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR), und aus dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen (Rehbinder, a.a.O., N. 8 zu Art. 328 OR; Duc/Subilia, a.a.O., N. 23 zu Art. 322d OR; Brunner/Bühler/Waeber, a.a.O., N. 6 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 20 zu Art. 322 OR und N. 12 zu Art. 328 OR; Wyler, a.a.O., S. 560; Daniel Meyer, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1976, S. 109 ff., 127 f., 299). Zu beachten ist allerdings, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (Geiser, a.a.O, S. 45; vgl. auch Delbrück, a.a.O., S. 73). Eine solche kann von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt (Rehbinder, a.a.O., N. 9 zu Art.
322d OR; Geiser, a.a.O., S. 45; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 5 zu Art. 322d OR). Immerhin kann ein nur einzelne Arbeitnehmer begünstigendes Verhalten des Arbeitgebers zur Folge haben, dass auch davon nicht erfasste Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. Dann muss die Arbeitgeberin diese nur einzelnen Arbeitnehmern zugedachte begünstigende Behandlung auch den andern zukommen lassen, weil sie nach Treu und Glauben als vertraglich vereinbart anzusehen ist (Geiser, a.a.O., S. 47 f.; vgl. auch Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 13 zu Art. 322d OR).
3.2 Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz haben von weit über hundert in den Jahren 2000 und

2001 durch Kündigung aus den Diensten der Beklagten ausgetretenen Mitarbeitern nur einzelne im gekündigten Arbeitsverhältnis noch eine Gratifikation erhalten. Damit liegt kein Fall einer Benachteiligung eines Mitarbeiters gegenüber den anderen Mitarbeitern der Beklagten vor, sondern eine Begünstigung einzelner Arbeitnehmer, die ohne weiteres zulässig ist. Der Kläger macht nicht geltend und es ist auch nicht zu sehen, dass er aus der Ausrichtung von Gratifikationen oder Abgangsentschädigungen an andere Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis auf eine entsprechende Vertragsänderung hätte schliessen dürfen. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Ausrichtung einer Gratifikation an einzelne Arbeitnehmer nach der Kündigung Kenntnis gehabt hätte. Schon insoweit fehlen die Voraussetzungen dafür, dass er nach Treu und Glauben auf eine entsprechende Vertragsänderung hätte vertrauen dürfen.

4.

Die Berufung erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen. Mit Blick auf den Streitwert ist keine Gerichtsgebühr zu erheben (Art. 343 Abs. 3 OR). Der durch einen angestellten Anwalt ihrer Rechtsabteilung vertretenen Beklagten ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 159 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, vom 7. Juni 2002 wird bestätigt.

2.

Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Dezember 2002

Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: