Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A 122/2010

Urteil vom 26. Mai 2010
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Fürsprecher Martin Lüscher,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Jan Donghi,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
arbeitsrechtliche Streitigkeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer,
vom 19. Januar 2010.
Sachverhalt:

A.
X._____ (Beschwerdeführer) arbeitete ab 1. Juni 2007 bei Y._____ (Beschwerdegegner). Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2007 teilte der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner die Einstellung der Arbeitsleistung zufolge Lohnrückstandes mit. Daraufhin kündigte der Beschwerdegegner das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Dezember 2007, welches dem Beschwerdeführer am 7. Januar 2008 zugestellt wurde. Mit Klage vom 28. Mai 2008 verlangte der Beschwerdeführer vor dem Arbeitsgericht Kulm im Wesentlichen, es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, ihm Fr. 24'494.70 nebst Zins zu bezahlen und die gegen ihn eingeleitete Betreibung über Fr. 45'000.–zurückzuziehen. Eventuell sei diese zu löschen. Ausserdem verlangte der Beschwerdeführer Rechtsöffnung in der von ihm gegen den Beschwerdegegner angestrengten Betreibung. Der Beschwerdegegner erhob Widerklage und beantragte, den Beschwerdeführer unter Strafandrohung zu verpflichten, ordnungsgemässe Arbeitsrapporte für die Monate Juni-Dezember 2007 einzureichen und die Betreibung zurückzuziehen.

B.
Am 2. Juni 2009 sprach das Arbeitsgericht dem Beschwerdeführer Fr. 15'744.30 nebst Zins zu, erteilte für

diesen Betrag und Kosten definitive Rechtsöffnung und wies die Widerklage ab. Es wies das Betreibungsamt an, die gegen den Beschwerdeführer eingeleitete Betreibung über Fr. 45'000.– zu löschen. In teilweiser Gutheissung der Appellation des Beschwerdegegners verpflichtete das Obergericht des Kantons Aargau diesen mit Urteil vom 19. Januar 2010 zur Zahlung von Fr. 4'377.95 nebst Zins, beseitigte im Umfang von Fr. 197.90 nebst Zins den vom Beschwerdegegner erhobenen Rechtsvorschlag und auferlegte ihm, mit dem Urteil in Einklang stehende Lohnausweise auszustellen. Mit Bezug auf die Löschungsanweisung an das Betreibungsamt blieb es beim Urteil des Arbeitsgerichts.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht im Wesentlichen, den Entscheid des Arbeitsgerichts zu bestätigen. Der Beschwerdegegner schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, während das Obergericht auf Vernehmlassung verzichtet.
Erwägungen:

1.
Zwischen den Parteien war im kantonalen Verfahren umstritten, ob der Beschwerdeführer zufolge Verzugs des Beschwerdegegners mit der Lohnzahlung zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt war, ob der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit einen höheren Lohn schuldete und ob der Beschwerdeführer anteilsmässig Anspruch auf einen 13. Monatslohn beziehungsweise eine Gratifikation hat.

1.1 Beide kantonalen Instanzen stellten auf eine E-Mail vom 28. März 2007 ab, mit welcher der Beschwerdegegner die Anstellung bestätigte. Dort ist unter dem Stichwort Anfangslohn festgehalten: "Fr. 6'500.–/Mt. plus Gratifikation". Die Behauptung des Beschwerdeführers, nach Ablauf der Probezeit sei ein höherer Lohn vereinbart gewesen, erachtete bereits das Arbeitsgericht nicht für erwiesen, was im kantonalen Rechtsmittelverfahren nicht mehr streitig war. Wie das Arbeitsgericht ging auch die Vorinstanz davon aus, der Beschwerdeführer 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, da der Lohn für November 2007 erst am 24. Dezember 2007, also innerhalb der vom 23. Dezember 2007 bis zum 5. Januar 2008 dauernden Betriebsferien, beim Beschwerdeführer eingetroffen war. Da sich der Arbeitgeber am ersten Arbeitstag (Montag, 7. Januar 2008) mit dem Dezemberlohn in Verzug befand, war nach Auffassung der Vorinstanz auch im neuen Jahr die Arbeitsverweigerung gerechtfertigt bis zur Überweisung des Dezemberlohns am 22. Januar 2008. Ab diesem Zeitpunkt hätte der Beschwerdeführer nach
Auffassung der Vorinstanz seine Arbeitsleistung wieder erbringen müssen, zumal er nicht freigestellt worden sei und der in diesem Zeitpunkt noch bestehende Lohnrückstand von Fr. 197.90 keine Arbeitsverweigerung rechtfertige.
1.1.1 In diesem Punkt war das Arbeitsgericht zu einem abweichenden Ergebnis gelangt. Es ging von einem höheren Ausstand aus, da es auf den Lohnausweis 2007 abstellte, in welchem ein Nettolohn von Fr. 44'997.– ausgewiesen wurde. Dieser Betrag ist höher als die tatsächlich erfolgten Auszahlungen von sieben Monatslöhnen für die Monate Juni 2007 bis Dezember 2007. Das Arbeitsgericht schloss daraus, dem Beschwerdeführer sei eine Gratifikation zugesprochen worden. Es sah im Lohnausweis eine Schuldanerkennung und sprach dem Beschwerdeführer für das Jahr 2007 den Differenzbetrag zwischen den im Lohnausweis ausgewiesenen und den tatsächlich erfolgten Zahlungen zu. Damit verblieb auch nach Zahlung des Dezemberlohns ein substantieller Ausstand, welcher in den Augen des Arbeitsgerichts die Arbeitsverweigerung rechtfertigte.
1.1.2 Die Vorinstanz erkannte demgegenüber, beim Lohnausweis handle es sich um eine letztlich an die Steuerbehörde gerichtete Wissenserklärung, die inhaltlich falsch sein könne. Aber selbst wenn man darin auch eine an den Arbeitnehmer gerichtete Willenserklärung erblicken wollte, wäre diese nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Diesbezüglich entspreche der ausgewiesene Bruttolohn von Fr. 49'292.– zwar exakt dem Bruttolohn für die sieben Anstellungsmonate zuzüglich eines pro rata temporis geschuldeten 13. Monatslohns. In der E-Mail vom 28. März 2007 sei aber von einer Gratifikation die Rede. Die Gratifikation stelle grundsätzlich eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar. Der Beschwerdegegner habe dem Beschwerdeführer den Dezemberlohn, mit welchem Gratifikationen häufig ausbezahlt würden, ohne Zulage ausgerichtet. Demgemäss habe der Beschwerdeführer von einem Versehen im Lohnausweis ausgehen müssen. Der Beschwerdeführer habe denn auch vor Arbeitsgericht nie behauptet, er habe den Lohnausweis als Anerkennung verstanden.

1.2 Vor Bundesgericht vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, er habe Anspruch auf Auszahlung einer Gratifikation pro rata temporis für das Jahr 2007. Er verweist darauf, der Arbeitgeber sei gegenüber dem Arbeitnehmer zur Ausstellung des Lohnausweises verpflichtet, der eine Urkunde darstelle. Zudem sei der Ausweis ausgestellt worden, nachdem dem Beschwerdegegner aufgrund eines Schreibens des Beschwerdeführers und der eingeleiteten Betreibung habe klar sein müssen, dass dieser einen anteilsmässigen 13. Monatslohn forderte. Der Beschwerdeführer verweist sodann auf Aussagen des Beschwerdegegners vor dem Arbeitsgericht, aus denen sich seiner Meinung nach in aller Deutlichkeit ergibt, dass auch der Beschwerdegegner immer der Auffassung war, es sei für das Jahr 2007 eine Gratifikation zu zahlen.

1.3 Der Beschwerdegegner macht demgegenüber geltend, der Beschwerdeführer habe erkennen müssen, dass der Beschwerdegegner ihm keine Gratifikation habe ausrichten wollen. Begründet wird dies in der Beschwerdeantwort einerseits mit den schlechten Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers und andererseits mit der Tatsache, dass der Lohnausweis ausgestellt wurde, nachdem der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung ungerechtfertigt verweigert habe.

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 (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278; 109 II 447 E. 5c S. 548). 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 (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278 mit Hinweisen). 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 (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279 mit
Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2001 vom 22. Januar 2002 E. 4b). Ist die Gratifikation im Grundsatz vereinbart, darf der Arbeitgeber diese nicht gestützt auf Umstände kürzen, von denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht annehmen muss, sie seien für die Ausrichtung der Gratifikation beziehungsweise deren Umfang von Belang (Urteil des Bundesgerichts 4P.284/1996 vom 7. Oktober 1997 E. 2a). Verspricht der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für ein Jahr eine Gratifikation von einer bestimmten Höhe, ist er an dieses Versprechen gebunden, sofern der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt (Urteil des Bundesgerichts 4C.277/2000 vom 19. Dezember 2000 E. 3c, nicht publ. in: BGE 127 III 86).

2.1 Der Lohnausweis dient dem Arbeitnehmer als Bestätigung des von ihm erwirtschafteten Lohns. Dass er keine eigentliche Schuldanerkennung 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 Arbeitnehmer schuldet. Im Lohnausweis kann immerhin ein Indiz dafür erblickt werden, wie viel der Arbeitnehmer nach Auffassung des Arbeitgebers in einem Jahr verdient hat. Der Beschwerdegegner hat denn auch an der vom Beschwerdeführer 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 (BGE 129 III 276 E. 2 S. 278).

2.2 Wie der Beschwerdeführer den Lohnausweis nach dem Vertrauensprinzip hat verstehen müssen, prüft das Bundesgericht als Rechtsfrage frei (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67). Die Annahme, der Beschwerdeführer habe von einem Irrtum des Beschwerdegegners ausgehen müssen, überzeugt nicht. Objektiv bestand sowohl die Möglichkeit eines fehlerhaft ausgestellten Ausweises als auch einer unvollständigen Auszahlung der Ansprüche. Da gemäss der von der Vorinstanz selbst für massgeblich erachteten E-Mail das Ausrichten einer Gra-

tifikation ausdrücklich vereinbart war, durfte der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben davon ausgehen, er werde im Normalfall eine Gratifikation erhalten. Es wäre daher am Arbeitgeber gelegen, zu behaupten und nachzuweisen, dass ein Grund zur Kürzung (oder Streichung) der an sich vertraglich vereinbarten Gratifikation bestand (zit. Urteil 4P.284/1996 E. 2a). Selbst wenn man mit der Vorinstanz davon ausgeht, Gratifikationen würden häufig mit dem Dezemberlohn ausbezahlt, musste der Beschwerdeführer der Tatsache, dass mit dem Dezemberlohn keine Gratifikation ausbezahlt wurde, keine Bedeutung zumessen, zumal sich der Beschwerdegegner zum einen mit den Lohnzahlungen ständig in Verzug befand und überdies eine
Schadenersatzforderung von Fr. 45'000.– gegenüber dem Beschwerdeführer in Betreibung gesetzt hatte. Der Frage, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Ausstellung des Lohnausweises eine Gratifikation ausbezahlen wollte, kommt indessen von vornherein keine Bedeutung zu, soweit ohnehin ein Anspruch auf Auszahlung der Gratifikation pro rata temporis für das Jahr 2007 bestand. Das bleibt nachfolgend zu prüfen.

2.3 Gemäss der E-Mail erhält der Beschwerdeführer neben dem Lohn eine Gratifikation. Die Parteien haben also grundsätzlich das Ausrichten einer Gratifikation vereinbart, so dass der Beschwerdeführer 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 (vgl. PORTMANN, in: Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 12 zu Art. 322d OR). Nur bezüglich der Höhe besteht ein Freiraum für den Beschwerdegegner und erlangt dessen Willen allenfalls Bedeutung (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279). 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 (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 17 zu Art. 322d OR; PORTMANN, a.a.O., N. 13 zu Art. 322d OR mit Hinweisen). Als Grund für die Verweigerung der Gratifikation führt der Beschwerdegegner die angeblich ungerechtfertigte Arbeitsverweigerung an sowie angeblich ungenügende Arbeitsleistungen.
2.3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Arbeitnehmer in analoger Anwendung von Art. 82 OR befugt, die Leistung von Arbeit zu verweigern, solange der Arbeitgeber sich mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befindet (BGE 120 II 209 E. 6a S. 211 f. mit Hinweisen). Bei berechtigter Arbeitsverweigerung bleibt dem Arbeitnehmer dabei (analog zu Art. 324 Abs. 1 OR) der laufende Lohnanspruch gewahrt, ohne dass er zur Nachleistung der Arbeit verpflichtet wäre (BGE 120 II 209 E. 9a S. 213 mit Hinweisen).
2.3.2 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz befand sich der Beschwerdegegner mit dem Novemberlohn massiv in Verzug. Unter Berücksichtigung der Betriebsferien war damit der Beschwerdeführer zur Verweigerung der Arbeitsleistung bis zum Ende des Jahres 2007 berechtigt und zufolge des Rückstandes mit dem Dezemberlohn auch noch darüber hinaus. Dem Arbeitnehmer bleibt bei berechtigter Arbeitsverweigerung sein Lohnanspruch erhalten (BGE 120 II 209 E. 9a S. 213 mit Hinweisen). Dies muss grundsätzlich auch für den vertraglich vereinbarten Anspruch auf Gratifikation gelten, da sich der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht mit Blick auf sein eigenes Fehlverhalten entschlagen kann. Der Arbeitnehmer 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 (REHBINDER/ STÖCKLI, a.a.O., N. 17 zu Art. 322d OR). 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 (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279), sofern der Arbeitnehmer erkennen konnte, dass darin Herabsetzungskriterien liegen. Dass Herabsetzungsgründe bestehen, wäre vom Beschwerdeführer (recte: Beschwerdegegner) zu behaupten und zu beweisen. In der Beschwerdeantwort werden neben der Arbeitsverweigerung, welche im zu beurteilenden Fall keine Herabsetzung rechtfertigt, einzig die schlechten Arbeitsleistungen erwähnt. Ob diese tatsächlich ungenügend waren, kann indessen offenbleiben. Der Beschwerdegegner hat, wie der Beschwerdeführer 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 der Beschwerdegegner selbst die Leistung des Beschwerdeführers 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 des Beschwerdeführers rechtfertigen. Da keine zulässigen Kürzungsgründe dargetan sind, bleibt die vertraglich vereinbarte Gratifikation geschuldet, unabhängig
davon, ob sie der Beschwerdegegner ausrichten wollte oder nicht. Bezüglich der Höhe ist entsprechend dem Lohnausweis von einem Monatslohn pro rata temporis auszugehen. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.

2.4 Der Ausstand des Arbeitgebers war mithin um rund Fr. 3'435.90 höher als von der Vorinstanz angenommen (Nettolohn [Fr. 5'890.10]/ 12 x 7). Vom Gesamtausstand betrafen aber nur Fr. 197.90 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 (BGE 120 II 209 E. 6a S. 212). Das Leistungspaar, welches 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 (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 7 zu Art. 322d OR). Sie kann aber neben der Abgeltung der geleisteten Dienste auch die Motivation des Arbeitnehmers für die Zukunft bezwecken (STAEHELIN, a.a.O., N. 2 zu Art. 322d OR). 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 Arbeitnehmer diesbezüglich ein Leistungsverweigerungsrecht bei fortlaufender Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers einzuräumen. Demnach ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, der Beschwerdeführer sei ab dem 22. Januar 2008 wieder zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen.

3.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, und dem Beschwerdeführer ist zusätzlich eine Gratifikation von 7/12 seines Nettolohns für das Jahr 2007 zuzusprechen, also Fr. 3'435.90 netto. Auch insoweit ist der Rechtsvorschlag zu beseitigen. Der Beschwerdeführer dringt mit seiner Beschwerde nur etwa zu 1/3 durch. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind entsprechend zu verteilen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Ziff. 1 und 2 des Urteils des Arbeitsgerichts Kulm wie folgt neu gefasst:
"1.
In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 7'813.85 nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2008 zu bezahlen.

2.
Der vom Beklagten in der Betreibung Nr. 4923 des Betreibungsamtes Staffelbach (Zahlungsbefehl vom 21. Januar 2008) erhobene Rechtsvorschlag wird im Umfang von Fr. 3'633.80 nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2008 beseitigt."

2.
Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zu neuer Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 750.– werden mit Fr. 500.– dem Beschwerdeführer und mit Fr. 250.– dem Beschwerdegegner auferlegt.

4.
Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 700.– zu ent-

schädigen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Mai 2010
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Klett Luczak