

## Entscheidungen Jurisprudence

- 2. **Privatrecht / Droit privé**
- 2.7. **Schuldrecht – allgemein /  
Droit des obligations – en général**
- 2.7.2. **Obligationenrecht – Besonderer Teil –  
allgemein / Droit des obligations –  
Partie spéciale – en général**
- 2.7.2.6. **Arbeitsvertrag / Contrat de travail**

**(1) Anspruch auf Auszahlung der Gratifikation pro rata temporis. Lohnausweis als Schuldanerkennung? Ab dem Zeitpunkt der Ermessensausübung liegt ein fester Lohnbestandteil und keine Gratifikation vor. Leistungsverweigerungsrecht bei ausstehender Lohnzahlung.**

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 26. Mai 2010, Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, vom 19. Januar 2010; 4A\_122/2010 (zur Publikation vorgesehen).

Mit Bemerkungen von  
lic. iur. RENÉ HIRSIGER, Rechtsanwalt, Zürich



### I. Zusammenfassung des Sachverhalts

Der Arbeitnehmer X. arbeitete seit dem 1. Juni 2007 beim Arbeitgeber Y. Die Parteien hatten es versäumt, schriftlich den Arbeitsvertrag abzufassen; der Arbeitgeber bestätigte dem Arbeitnehmer mit einer Email einzig dessen Anstellung sowie den Anfangslohn von «6'500 Franken/Mt. plus Gratifikation». In der Folge zahlte der Arbeitgeber den Lohn ständig verspätet, worauf der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber am 22. Dezember 2007 zufolge des ausstehenden Novemberlohnes 2007 die Einstellung der Arbeitsleistung mitteilte. Der Arbeitgeber kündigte hierauf das Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer machte daraufhin die ausstehende Lohnzahlung geltend und forderte zusätzlich eine Gratifikation pro rata temporis für die Monate Juni bis Dezember 2007. Der Arbeitnehmer betrieb den Arbeitgeber am 21. Januar 2008 für die ausstehenden Beträge, worauf der Arbeitgeber tags darauf den ausstehenden Lohn, nicht aber eine Gratifikation auszahlte. Am 8. Februar 2008 stellte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohnausweis das Jahr 2007 betreffend zu, auf welchem ein höherer Nettolohn als die effektiv geleisteten Lohnzahlungen ausgewiesen wurde. Der Arbeitnehmer machte (unter anderem) diese Differenz als Gratifikation klageweise geltend.

Das erstinstanzliche Arbeitsgericht sprach dem Arbeitnehmer die Gratifikation zu, was von der zweiten Instanz verweigert wurde. Der Arbeitnehmer beantragte dem Bundesgericht im Wesentlichen, den erstinstanzlichen Entscheid des Arbeitsgerichts zu bestätigen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und sprach dem Arbeitnehmer

unter anderem eine Gratifikation pro rata temporis für das Jahr 2007 zu.

### II. Zusammenfassung der Erwägungen

Das Bundesgericht hat in seinen Erwägungen vorab in Erinnerung gerufen, dass die Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. «Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar.» (Erw. 2). Ob eine Gratifikation oder Lohn vorliegt, hängt von den Umständen ab und kann sich aus einer Vereinbarung oder aufgrund konkludenten Verhaltens ergeben. Betrifft die Einigung nur den Grundsatz der Zahlung einer Gratifikation, kann der Arbeitgeber den Betrag je nach Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbareren Kriterien ausrichten, wobei er diesen nach billigem Ermessen festzusetzen hat (Erw. 2.3).

Das Bundesgericht befasste sich weiter mit der Natur des Lohnausweises und stellte diesbezüglich fest, dass dieser keine eigentliche Schuldanerkennung darstellt, da sich aus dem Lohnausweis in der Regel nur die bereits bezahlten Beträge ergeben. Der Lohnausweis kann aber ein Indiz sein, wie viel der Arbeitnehmer in einem Jahr verdient. Wie viel Lohn und ob eine Gratifikation geschuldet ist, ergibt sich aber letztlich aus dem Vertrag bzw. den Parteiabreden (Erw. 2.1).

Ist die Gratifikation 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 bzw. deren Umfang von Belang. Der Arbeitgeber ist namentlich an ein Versprechen gebunden, sofern der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt (Erw. 2). Insbesondere bildet eine berechtigte Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers keinen zulässigen Grund für die Herabsetzung der vereinbarten Gratifikation. «Hat der Arbeitgeber die fehlende Arbeitsleistung selbst verschuldet, begeht er einen Ermessensmissbrauch, wenn er deswegen die Gratifikation kürzt» (Erw. 2.3.1).

Zuletzt ging das Bundesgericht auf die Frage ein, ob ein Zahlungsverzug den Arbeitnehmer zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt und stellte fest, dass der Arbeitnehmer in analoger Anwendung von Art. 82 OR berechtigt ist, die Leistung von Arbeit zu verweigern, solange der Arbeitgeber sich mit fälligen Lohnzahlungen im Rückstand befindet. Bezüglich der ausstehenden Gratifikationszahlung steht dem Arbeitnehmer demgegenüber kein Leistungsverweigerungsrecht zu, da die Gratifikation im Gegensatz zum Lohn kein Leistungspaar mit der laufenden Arbeitsleistung bildet (Erw. 2.4).

### III. Bemerkungen

1. Zwischen den Parteien war umstritten, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine anteilmässige Gratifikation oder einen 13. Monatslohn hatte. Die Vorinstanzen stützten

sich auf die Email des Arbeitgebers, mit welcher er dem Arbeitnehmer dessen Anstellung bestätigte und den Anfangslohn auf «6'500 Franken/Mt. plus Gratifikation» bezifferte. Der Arbeitnehmer stützte seinen Anspruch auf den Lohnausweis, aus welchem der Betrag der Gratifikation abgeleitet werden konnte. Der Arbeitgeber seinerseits brachte vor, angesichts schlechter Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers keine Gratifikation ausbezahlen zu wollen, was dem Arbeitnehmer auch hätte bekannt sein müssen.

Das Bundesgericht bejahte einen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine anteilmässige Gratifikation (Erw. 2.2.). Es bestätigte dazu einleitend seine konstante Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Lohn und Gratifikation und griff dabei auf die bekannten Textbausteine älterer Urteile zurück (BGE 131 III 615 Erw. 5.2; 129 III 276 Erw. 2; 4A\_28/2009 Erw. 2.3.). Demnach kann ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag keine Gratifikation sein, da in solchen Fällen das der Gratifikation inhärente Ermessenselement des Arbeitgebers fehlt. Weiter bestätigte das Bundesgericht seine teilweise kritisierte Rechtsprechung, dass die Verpflichtung zur Ausrichtung einer Gratifikation aus einer Vereinbarung oder durch konkludentes Verhalten «wie beispielsweise durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages» entstehen kann (Erw. 2). Das Bundesgericht sah in der Email des Arbeitgebers eine vereinbarte Gratifikation, welche durch das Ausstellen des Lohnausweises durch den Arbeitgeber in Anwendung des Vertrauensprinzips auch in ihrer Höhe festgelegt wurde. Entsprechend gestand es dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf die vereinbarte Gratifikation pro rata temporis zu (Erw. 2.2).

2. Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings überzeugt die Begründung nicht restlos, wohl insbesondere angesichts der ungewöhnlichen Situation, dass der Lohnausweis vor der Auszahlung der Gratifikation ausgestellt und darauf der Betrag der Gratifikation ausgewiesen wurde, der Arbeitgeber aber die Auszahlung verweigerte.

a) Das Bundesgericht wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Ausstellung des Lohnausweises eine Gratifikation ausbezahlen wollte, geht dann aber nicht auf die Frage ein, da ohnehin ein Anspruch auf Auszahlung der Gratifikation bestanden habe (Erw. 2.2 und 2.3.3). Es unterstellt in der Folge dem Arbeitgeber, mit der Ausstellung des Lohnausweises von seinem Ermessen Gebrauch gemacht und sich verbindlich auf einen Betrag festgelegt zu haben. Auf diesen Betrag wurde der Arbeitgeber anschliessend behaftet. Damit wird festgehalten, dass der Arbeitnehmer in seinem berechtigten Vertrauen zu schützen ist, welches er in das Verhalten des Arbeitgebers legen konnte und musste, und mithin der Arbeitgeber von seiner ersten Ermessensausübung nicht mehr abweichen kann. Mit anderen Worten: Zeigt der Arbeitgeber durch sein Verhalten gegenüber dem Arbeitnehmer an, wie hoch eine Gratifikationszahlung ausfallen wird, wird gestützt auf das Vertrauensprinzip der Arbeitnehmer in seiner Erwartung auf

diese Zahlung geschützt. Dies ergibt sich nebst dem Vertrauensstatbestand auch aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens: Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde (BGE 115 II 331 Erw. 5.a; siehe auch MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 1998, N 100 zu Art. 2 ZGB). Der Arbeitgeber ist also hinsichtlich seines vertrauensbegründenden Verhaltens zu behaften; ihm steht einzig noch die Berufung auf eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitnehmers offen (Urteil 4C.277/2000 vom 19. Dezember 2000 Erw. 3.c).

Das Bundesgericht hat es in diesem Zusammenhang aber versäumt, für die nötige Klarheit hinsichtlich der Begründung des Anspruchs zu sorgen. Wird dem Arbeitgeber der Freiraum zur Festsetzung der Gratifikationshöhe entzogen, weil er von seinem Ermessen verbindlich Gebrauch gemacht hat, steht sowohl die Zahlung als solche als auch der Betrag fest. Aber: «Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann keine Gratifikation sein, sondern stellt Lohn dar» (Erw. 2 mit Hinweis auf BGE 129 III 276 Erw. 2). Vereinbaren beispielsweise die Parteien eine Gratifikation in unbestimmter Höhe und macht der Arbeitgeber daraufhin von seinem Ermessen Gebrauch, indem er den Betrag mitteilt, gilt sowohl die Zahlung als solche als auch der Betrag als fest vereinbart. Entsprechend der konstanten Rechtsprechung ist dann von einem Lohn auszugehen, wenn dies «im Voraus» geschieht. An welche zeitliche Dimension das höchste Gericht bei dieser Wendung gedacht hat, erhellt aus dem Urteil – und auch aus der früheren Rechtsprechung (Urteil 4C.277/2000 Erw. 3.c) – leider nicht. Muss sowohl die Gratifikation als auch die Höhe gleichzeitig vereinbart werden, um im Sinne der Rechtsprechung als «im Voraus» vereinbart zu gelten? Oder genügt es, wenn der Betrag lediglich vor der Auszahlung mitgeteilt wird, um als vereinbart zu gelten? Würde der ersten Ansicht gefolgt, also der gleichzeitigen Vereinbarung sowohl der Zahlung als auch des Betrages, könnte indessen nicht mehr von einer Gratifikation ausgegangen werden, da diese «immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers [abhängt]» (Erw. 2). Eine im Voraus festgesetzte Gratifikation mit einem Willenselement des Arbeitgebers könnte es damit nicht geben. Es muss deshalb genügen, wenn «im Voraus» so verstanden werden kann, dass der Arbeitgeber vor der Auszahlung dem Arbeitnehmer den Betrag der Gratifikation mitteilt und damit seinen Ermessensspielraum verbindlich ausgeübt hat.

Folglich ist ab dem Zeitpunkt der Ermessensausübung als vertrauensbegründendem Verhalten von einem festen Lohnbestandteil und nicht mehr von einer Gratifikation auszugehen. Auch der feste Lohnbestandteil unterliegt insoweit einer Kürzung, als der Arbeitnehmer seine Pflichten grob verletzt (statt vieler ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006, N 23 zu Art. 322d OR).

Folgerichtig dürfte anschliessend aber nicht mehr geprüft werden, ob dem Arbeitgeber Herabsetzungsgründe «mit Blick auf die Arbeitsleistung oder das Geschäftsergebnis» zugestanden werden müssen (Erw. 2.3.3), sofern diese nicht ausdrücklich vorbehalten wurden (vgl. MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 2010, N 16 zu Art. 322d OR). Ein fester Lohn ist unabhängig von der Qualität der Arbeitsleistung oder dem Geschäftsgang geschuldet.

Zugegebenermassen stellt sich dieses Problem der Umwandlung einer vereinbarten Gratifikation in einen festen Lohnbestandteil einzig dann, wenn der Arbeitgeber von seinem Ermessen bei der Festsetzung der Höhe der Gratifikation nicht durch die Auszahlung derselben Gebrauch macht, sondern ein zeitlich früheres Verhalten an den Tag legt, welches als vertrauensbegründende Ermessensausübung zu werten ist. Trotzdem wäre es wünschenswert, diesbezüglich Klarheit durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu erhalten.

b) Das Bundesgericht geht bei seiner Begründung der Gratifikationshöhe offenbar den Weg über das pflichtgemässe Ermessen des Arbeitgebers («Wurde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, hat sie der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen»; Erw. 2.3) und den Schutz des Arbeitnehmers in das einmal mitgeteilte Verhalten. Dies wäre vorliegend allerdings nicht notwendig gewesen, eröffnet sich doch aufgrund des speziellen Sachverhaltes ein einfacher, stringenter Weg: Der Arbeitnehmer hat die ihm seines Erachtens zustehende Gratifikation vor der Zustellung des Lohnausweises geltend gemacht und bereits eine Betreuung in entsprechender Höhe gegen den Arbeitgeber eingeleitet. Der Arbeitgeber wehrte sich offenbar gegen diese Betreuung und erhob (teilweise) Rechtsvorschlag; trotzdem stellte er dem Arbeitnehmer nach dieser Betreuung den Lohnausweis zu, auf welchem die Gratifikation in der geforderten Höhe ersichtlich war. Diese Erklärung des Arbeitgebers ist nicht anders denn als Akzept zu werten, die Gratifikation in der ausgewiesenen Höhe zu schulden. Damit liegt eine Vereinbarung der Parteien über die Höhe der Gratifikation vor, welche als stärker zu werten ist als das als schützenswert eingestufte Vertrauen des Arbeitnehmers in das Verhalten des Arbeitgebers. Mit anderen Worten: Mit Zustellung des Lohnausweises ist von einer durch die Parteien verbindlich vereinbarten Höhe der Gratifikation auszugehen, welche einen verstärkten Schutz geniesst; eine Ermessensausübung ist dann aber ebenso ausgeschlossen wie die Kürzung des Anspruchs wegen schlechter Arbeitsleistung oder des Geschäftsganges.

c) Den Ausführungen des Bundesgerichts bleibt anzufügen, dass ein vertrauensbegründendes Verhalten des Arbeitgebers nicht ohne Weiteres angenommen werden kann. Ist eine Situation unklar oder zweifelhaft, so widerspricht es nicht Treu und Glauben, wenn jemand widersprüchliche Positionen einnimmt, um seine Rechte optimal wahren zu können (BGE 115 II 331 Erw. 5.a). Dem Arbeitnehmer ist also zuzumuten, nicht grenzenlos und blind in die Konstanz der Haltung des Arbeitgebers zu vertrauen, sofern sich Anhaltspunkte für

eine noch nicht gefestigte Situation erkennen lassen. Es ist aufgrund aller Umstände «zu prüfen, wer bezüglich welcher Art von Vertrauen wie weit und wie lange zu schützen ist.» (BAUMANN, a.a.O., N 101 zu Art. 2 ZGB). Der Arbeitgeber hat in casu mit seiner Verweigerung der Zahlung der Gratifikation selbst nach erfolgter Betreuung deutlich zu verstehen gegeben, dass er eine Auszahlung der Gratifikation nicht vorzunehmen bereit ist. Durch die anschliessende Zustellung des Lohnausweises an den Arbeitnehmer ein vertrauensbegründendes Verhalten zugunsten des Arbeitnehmers zu konstruieren, ist nicht undenkbar; allerdings hat sich das Bundesgericht diesbezüglich leider sehr kurz gehalten (vgl. Erw. 2.2).

3. Selbst wenn die Gratifikation im Zeitpunkt der Ermessensbetätigung durch den Arbeitgeber entgegen der hier vertretenen Auffassung ihren Charakter nicht wandelt und weiterhin als vereinbarte Gratifikation angesehen werden sollte, rechtfertigt sich eine Prüfung der Herabsetzungsgründe durch das Bundesgericht nicht mehr. Eine betragsmässig ermessensunabhängige Gratifikation kann nicht gekürzt werden, sofern ein entsprechender Vorbehalt nicht angebracht wurde. Lediglich bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der Arbeits- oder Treupflicht steht dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Reduktion zu (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 16 zu Art. 322d OR; STAEHELIN, a.a.O., N 23 zu Art. 322d OR). Dies wurde auch vom Bundesgericht einleitend festgestellt, als es ausführte: «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.» (Erw. 2.a.E.). Nichtsdestotrotz prüfte das Bundesgericht das Vorliegen von möglichen Kürzungsgründen, obwohl aus dem Sachverhalt kein Hinweis auf einen entsprechenden Vorbehalt zu erkennen war (Erw. 2.3.3).

4. Alsdann sei der Hinweis erlaubt, dass die Feststellung des Bundesgerichts an sich richtig ist, wenn es dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Kürzung der Gratifikationszahlung gestützt auf die berechtigterweise fehlende Arbeitsleistung absprach; statt die Begründung über den schwammigen Begriff des missbräuchlichen Ermessens zu stützen, könnte auf einem einfacheren, luzideren Weg zum gleichen Ergebnis gelangt werden: Der Arbeitnehmer muss sich nach Treu und Glauben nicht gefallen lassen, trotz berechtigter Arbeitsverweigerung seiner Gratifikation verlustig zu gehen, sofern der Arbeitgeber die fehlende Arbeitsleistung verschuldet hat (Erw. 2.3.2). Die gleiche Konstellation findet sich auch in Art. 156 OR, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Dem bedingt Verpflichteten wird ein Verhalten vorgeworfen, das kausal zum Ausbleiben der Bedingung geführt hat. In casu hat der Arbeitgeber durch seinen Zahlungsverzug den Arbeitnehmer zur Verweigerung seiner Arbeitsleistung berechtigt, weshalb er sich anschliessend nicht auf das Ausbleiben derselben berufen kann. Mit



anderen Worten: Hätte der Arbeitgeber seine Pflichten erfüllt, wäre die Bedingung eingetreten, die dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Gratifikation beschert hätte. Dieser Weg über die treuwidrige Verhinderung des Bedingungseintritts scheint m.E. den dogmatisch klareren Weg darzustellen und könnte eine im Einzelfall schwierig zu führende Diskussion des «Ermessensmissbrauchs» ersetzen.

5. Abschliessend ist auf die unterschiedliche Behandlung von Lohn und Gratifikation durch das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Leistungsverweigerung einzugehen. Es hielt zusammenfassend fest, dass ersterer ein Leistungspaar mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bildet, während es letzterer angesichts der Freiwilligkeit der Zahlung und dem Zweck der Motivation des Arbeitnehmers für die Zukunft die Qualifikation als Leistungspaar und damit ein Leistungsverweigerungsrecht absprach (Erw. 2.3.1 und 2.4).

a) Dieser Argumentation ist im Grunde zuzustimmen. Als akzessorische Leistung bezweckt die Gratifikation nebst der Abgeltung für bereits geleistete Dienste auch einen Ansporn für die Zukunft. Die Gratifikation stellt eine Sondervergütung dar, die immer in einem gewissen Masse vom Ermessen des Arbeitgebers abhängt. Folgerichtig hält das Bundesgericht fest, dass der Arbeitnehmer vor der Ausrichtung der Gratifikation nicht wissen kann, ob und in welcher Höhe sie ausbezahlt wird. Solange also der Betrag der Gratifikation im Ermessen des Arbeitgebers steht und die Leistung nicht bestimmt ist, rechtfertigt sich eine Verneinung des Leistungs-paars mit der laufenden Arbeitsleistung. Der Arbeitnehmer hat aus dem Arbeitsverhältnis einzig einen (klagbaren) Anspruch auf den Lohn, bei dessen Ausbleiben dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkannt wird (grundlegend BGE 120 II 209 Erw. 6.a). Da im vorliegenden Fall der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Arbeitsverweigerung noch keine Kenntnisse des genauen Betrages der Gratifikation hatte, rechtfertigte es sich, ihm ein entsprechendes Verweigerungsrecht zuzugestehen.

b) Es ist allerdings grosse Vorsicht geboten, diese Rechtsprechung unbesehen einer Verallgemeinerung zuzuführen und einer Gratifikation die Qualität eines Leistungsverweigerungsrechts im Sinne von Art. 82 OR analog stets absprechen zu wollen: Hat der Arbeitgeber von seinem Ermessen der Festsetzung der Höhe der vereinbarten Gratifikation einmal Gebrauch gemacht und dem Arbeitnehmer in verbindlicher Weise mitgeteilt, wie hoch die Gratifikation für das betreffende Jahr ausfallen werde, liegt eine anders gelagerte Konstellation vor. Entsprechend kann sich der Arbeitnehmer auf die Ausrichtung der Gratifikation in dieser Höhe in guten Treuen verlassen. Dieses Vertrauen ist berechtigt und deshalb schützenswert. Aus Sicht des Arbeitnehmers geniesst das verbindliche Gratifikationsversprechen die gleiche Qualität wie der Lohn, besitzt er mithin einen klagbaren Rechtsanspruch auf die Gratifikation. Insofern wäre die ungleiche Behandlung zwischen Lohn und Gratifikation in solchen Konstellationen nicht mehr gerechtfertigt; vielmehr müsste die auch in ihrer Höhe vereinbarte Gratifikation zusammen

mit dem Lohn ein Leistungspaar gegenüber der laufenden Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bilden.

Im Ergebnis würde sich allerdings gleichwohl kaum etwas ändern, da dem Arbeitnehmer auch in solchen Situationen regelmässig kein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden werden könnte; dies allerdings aus einem anderen Grund: Eine (analoge) Anwendung von Art. 82 OR setzt voraus, dass eine Leistung verfallen ist. Die Gratifikationszahlung wird allerdings in der Regel erst zum Zeitpunkt des Anlasses ihrer Ausrichtung fällig, sofern sich nicht aus den Umständen eine andere Fälligkeit ergibt (STAEHELIN, a.a.O., N 16 zu Art. 322d OR; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 10 zu Art. 322d OR). Aus der Tatsache allein, dass die Gratifikation häufig zusammen mit dem Dezemberlohn ausbezahlt wird, lässt sich noch kein Fälligkeitstermin herleiten. Kann auch aus weiteren Umständen des Einzelfalles kein Hinweis auf einen (vereinbarten) Zeitpunkt der Auszahlung entnommen werden, fehlt es in aller Regel an der Fälligkeit der Gratifikationszahlung. Die Verweigerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer wäre also auch dann nicht gerechtfertigt.

6. Zu guter Letzt sei der Hinweis erlaubt, dass das Nachvollziehen der Erwägungen des Bundesgerichts auch nach mehrmaliger Durchsicht schwierig bleibt. Insbesondere ist es m.E. von entscheidender Bedeutung, in welchem Zeitpunkt dem Arbeitnehmer der Lohnausweis zugestellt wurde, um den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Gratifikation begründen zu können. Der Zeitpunkt geht aus der im Entscheid gelieferten Sachverhaltsdarstellung und den Erwägungen allerdings nicht hervor und konnte erst durch Einsicht in die Akten ermittelt werden. Dass aus den höchstrichterlichen Erwägungen die dogmatische Begründung der Anspruchsgrundlage – zwischen den Parteien verbindlich vereinbarte Höhe oder vertrauensbegründendes Ausüben des Ermessens? – letztlich nicht zweifelsfrei nachzuvollziehen ist, ist als eine Folge der chronologischen Unklarheiten zu betrachten. Damit hat es das Bundesgericht leider versäumt, mit detaillierteren Ausführungen Anhaltspunkte für die weitere Entwicklung der noch immer viel diskutierten Abgrenzung zwischen Gratifikation und Lohn zu geben.