

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA180004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 6. August 2018

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Dielsdorf vom 20. November 2017 (AH170015-D)

Rechtsbegehren: (Urk. 1)

- "1. Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, der klagenden Partei im Zusammenhang mit den Gratifikationszahlungen der Jahre 2012 bis 2016 umfassend Auskunft zu geben (Lohnausweise Personal, Geschäftsergebnisse und entsprechende Bilanzen, Mitteilungen an Personal, Angabe, an welche Mitarbeiter Gratifikationen ausbezahlt wurden etc.) und der klagenden Partei sämtliche entsprechenden Unterlagen und Dokumente im Zeitraum von 1981 bis 2016 offenzulegen.
2. Es seien die Gratifikationen für die Jahre 2012 bis 2014 sowie für das Jahr 2016 der sich nach Massgabe der Rechtsbegehren nach Ziff. 1 ergebenden Erkenntnisse festzustellen und die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei mindestens CHF 8'500.00 brutto zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 01. November 2016, eventualiter ab Eingang Schlichtungsgesuch, zu bezahlen. Mehrforderungen vorbehalten.
3. Alles unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zu Lasten der beklagten Partei."

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Dielsdorf
vom 20. November 2017**

1. Die Klage wird abgewiesen (soweit darauf einzutreten ist).
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 2'570.- (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Beschwerde).

Beschwerdeanträge:

des Klägers und Beschwerdeführers (Urk. 19)

1. "Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 20. November 2017 in Bezug auf Ziff. 1 und 3 des Urteilsdispositivs aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin stattdessen unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zu verpflichten, dem Beschwerdeführer mindestens brutto CHF 8'650.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 01. November 2016, eventualiter was rechtens, zu bezahlen.

2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 20. November 2017 in sämtlichen Punkten aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zur Neuurteilung unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter zulasten des Staates, zurückzuweisen.
3. Alles unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

der Beklagten und Beschwerdegegnerin (Urk. 27):

- "1. Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
- 2.1 Es seien im Rechtsmittelverfahren keine Kosten zu erheben.
- 2.2 Der Beschwerdeführer sei zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für das Rechtsmittelverfahren eine angemessene, gestützt auf die AnwGebVo festzusetzende Parteientschädigung, zuzüglich 7,7% MWST, zu bezahlen."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte ist eine in C._____ domizilierte Aktiengesellschaft und bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von elektronischen Geräten und Apparaten. Seit dem 1. Dezember 1981 stand der Kläger in ihren Diensten und war für Löt-, Montage- und sonstige Arbeiten zuständig. Per 30. September 2016 löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis einseitig auf. Zuzugriff Krankheit des Klägers verlängerte sich die Kündigungsfrist bis 31. Oktober 2016 (Urk. 20 S. 3).
2. Mit Rechtsschrift vom 31. Mai 2017 machte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung vom 11. April 2017 beim Bezirksgericht Dielsdorf eine Klage im Zusammenhang mit Gratifikationsforderungen gemäss dem obgenannten Rechtsbegehren anhängig (Urk. 1, 3). Das Einzelgericht am Arbeitsgericht Dielsdorf behandelte die Sache im vereinfachten Verfahren. Für den Prozessverlauf kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 20 S. 2). Am 20. November 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 20 S. 14).

3. Mit Eingabe vom 7. März 2018 erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) Beschwerde und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 19 S. 2). Mit Verfügung vom 28. März 2018 wurde der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt. Diese ging unterm 11. Mai 2018 ein und wurde mit Verfügung vom 16. Mai 2018 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 27, 31).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

2. Auch im Beschwerdeverfahren sind die Rechtsbegehren zu beziffern und so zu formulieren, dass sie zum Urteilsdispositiv erhoben werden könnten. Dieser Anforderung genügt der Kläger mit dem Beschwerdeantrag Ziff. 1 insoweit nicht, als er einen Mindestbetrag verlangt. Gemäss der auch im Beschwerdeverfahren geltenden Dispositionsmaxime kann ihm ohnehin nicht mehr zugesprochen werden, als er fordert. Der Beschwerdeantrag Ziff. 1 ist daher in dem Sinne zu verstehen, dass der Kläger lediglich den dort ausdrücklich erwähnten Bruttobetrag verlangt. Zu beachten ist zudem, dass der Kläger gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren einen höheren Mindestbetrag anstrebt. Diese Klageänderung ist unzulässig, scheitert sie doch bereits am umfassenden Novenverbot. Mehr als Fr. 8'500.– brutto sind dem Kläger deshalb von vornherein nicht zuzusprechen.

3. Gemäss dem 1981 geschlossenen Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien was folgt: "Die Gratifikation darf nicht als Bestandteil des Lohnes betrachtet werden. Ihre Ausrichtung hängt vom Geschäftsergebnis ab" (Urk. 5/5). Unstrittig und belegt ist, dass die Zahlungen der Gratifikation in den Jahren 1994 bis 2015 von Lohnabrechnungen begleitet wurden, in denen ausnahmslos Vorbehalte zur künf-

tigen Auszahlung von Gratifikationen festgehalten wurden, so etwa: "Freiwillige Zahlung, wenn Sie per 31.12.2015 in ungekündigtem Arbeitsverhältnis stehen; ohne Rechtsanspruch für die Zukunft" (Urk. 5/8/1). Gemäss dem angefochtenen Entscheid entsprach die Höhe der Gratifikation in all den Jahren dem jeweiligen Monatsbruttolohn des Klägers, ausgenommen in den Jahren 2012 bis 2014, in denen nur ein Teilbetrag ausbezahlt wurde. Im 2016 entfiel sie gänzlich, nachdem der Kläger nicht über den Jahreswechsel hinaus bei der Beklagten angestellt war (Urk. 20 S. 3).

4.1 Mit seiner Klage verlangt der Kläger die ihm ab 2012 nicht vollumfänglich ausgerichteten Gratifikationen und jene für das letzte Anstellungsjahr 2016. Vor Vorinstanz machte er im Wesentlichen geltend, dass er von der Beklagten seit Anstellungsbeginn im Jahr 1981 und somit jahrzehntelang Gratifikationen ausbezahlt erhalten habe. Die auf den Lohnabrechnungen jeweils aufgeführten Vorbehalte, dass es sich bei den Gratifikationszahlungen nicht um einen Lohnbestandteil handle, seien aufgrund der regelmässigen Zahlungen über einen Zeitraum von 31 Jahren zur leeren Floskel geworden. Belegt sei jedenfalls, dass während 18 Jahren eine Gratifikationszahlung in der Höhe von einem Monatsbruttolohn ausbezahlt worden sei. Zudem rügte der Kläger eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Ein ehemaliger Mitarbeiter habe für das Jahr 2013 eine pro-rata-Entschädigung erhalten und für das Jahr 2014 sei diesem sogar eine volle Gratifikation ausgerichtet worden (Urk. 20 S. 4 ff.). In rechtlicher Hinsicht stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, dass es sich nicht mehr um eine Gratifikation gehandelt habe, sondern um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR.

4.2 Die Beklagte hielt dem entgegen, dass sie die Gratifikation stets freiwillig und unter dem expliziten Vorbehalt, kein Präjudiz für die Zukunft zu schaffen, ausgerichtet habe und zudem unter der Bedingung, dass das Arbeitsverhältnis am Jahresende ungekündigt sei. Es sei zutreffend, dass seit dem Jahr 2002 jährlich Gratifikationszahlungen ausgerichtet worden seien, jedoch nicht bereits seit Arbeitsbeginn im Jahr 1981. Im Jahr 2011 habe die Beklagte dem Kläger sogar freiwillig ein "Dienstaltersgeschenk/Gratifikation" in der Höhe von zwei Monatslöhnen ausbezahlt. Mit der sich ab 2007 dramatisch verschlechternden Auftrags-

und Ertragslage (Frankenschock, Branche, Konkurrenz) habe vorübergehend Kurzarbeit eingeführt werden müssen. Von den 22 Mitarbeitern im Januar 2010 seien heute (2017) noch gerade drei angestellt. Trotz der finanziell prekären Situation ab dem Jahr 2007 habe die Beklagte in den Jahren 2008 bis 2010 auf eine Kürzung oder gänzliche Streichung der freiwillig ausgerichteten Gratifikationen nicht verzichtet. Nachdem sich keine nachhaltige Verbesserung der wirtschaftlichen Situation abgezeichnet habe, seien Gratifikationszahlungen an sämtliche Mitarbeiter - wenn überhaupt - nur noch in sehr bescheidenem Umfang ergangen (Urk. 20 S. 5 ff.).

5.1 Die Vorinstanz verwies vorab auf die zentrale Bestimmung von Art. 322d OR: Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist (Abs. 1). Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist (Abs. 2). Die Vorinstanz ergänzte, dass eine Verabredung nicht nur ausdrücklich erfolgen könne, sondern auch stillschweigend. Eine regelmässige, ununterbrochene vorbehaltlose Ausrichtung einer Gratifikation, sei es individuell oder als Betriebsübung, könne nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung eine solche Verpflichtung bewirken. Diese Auffassung sei jedoch nicht unbestritten. Die ursprünglich freiwillige Gratifikation mutiere jedoch entgegen weit verbreiteter Meinung nicht zu Lohn, sondern zu einer Gratifikation, welche im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR als verabredet gelte, auf die also ein Rechtsanspruch entstehe (Urk. 20 S. 7 f.). Weiter verwies die Vorinstanz auf die Rechtsprechung zum sog. Freiwilligenvorbehalt (Urk. 20 S. 8 f.). Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis ist ein Vorbehalt der Freiwilligkeit 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, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. 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 (BGE 129 III 276 E. 2.3 mit Hinweisen).

5.2 Die Vorinstanz erwog, dass im vorliegenden Fall während zumindest 18 Jahren und damit während sehr langer Zeit jährlich Gratifikationszahlungen in der Höhe eines Bruttomonatslohnes ausgerichtet worden seien. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie gemäss einem Teil der Lehre müsse davon ausgegangen werden, dass die ursprünglich freiwillige Gratifikation in eine solche umgewandelt worden sei, welche im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR als verabredet gelte und auf die grundsätzlich ein Rechtsanspruch entstehe. Der Kläger dürfe zudem nach 18 Jahren in gutem Glauben davon ausgehen, dass es sich beim jeweiligen Freiwilligkeitsvorbehalt der Beklagten um eine bloss leere Floskel handle, da die Beklagte auch in den Jahren 2007 und folgende trotz zunehmend prekärer finanzieller Situation weitere Gratifikationszahlungen in der Höhe eines vollen Bruttomonatslohnes und im Jahr 2011 sogar in der Höhe von zwei Bruttomonatslöhnen (Gratifikation und Dienstaltersgeschenk) ausgerichtet habe (Urk. 20 S. 8 f.). Nicht gefolgt ist die Vorinstanz der Auffassung des Klägers, es handle sich nicht um eine Gratifikation, sondern um einen Lohnbestandteil (vgl. Urk. 20 S. 8).

5.3 Die Vorinstanz hielt weiter dafür, dass der von der Beklagten gemachte Einwand, der Anspruch des Klägers könne wegen des miserablen Geschäftsgangs eingeschränkt und eine Gratifikation könne gekürzt werden oder gar entfallen, berechtigt sei. Die von der Beklagten ins Recht gelegten Urkunden über ihren Geschäftsgang, ihren Personalbestand sowie die von ihr ergriffenen Massnahmen würden ihre Ausführungen betreffend den zunehmend schlechten Geschäftsgang bis hin zum Niedergang so eindrücklich belegen, dass die Abnahme weiterer Beweismittel oder die umfassenden Geschäftsbücher der Jahre 2007-2016 nicht notwendig seien, zumal der Kläger auch nicht bestreite, dass es mit der Beklagten wirtschaftlich bergab gegangen sei. Der Beklagten sei somit der Beweis gelungen, dass ihr Geschäftsgang von 2008 an schlecht war und sie deshalb dazu berechtigt gewesen sei, die Gratifikation des Klägers zu kürzen, weil ein objektiver Grund vorgelegen habe (Urk. 20 S. 12).

6.1 Der Kläger hält im Beschwerdeverfahren daran fest, dass es sich bei der Sondervergütung um einen Lohnbestandteil handelt. Er wirft der Vorinstanz diesbezüglich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Sie habe sich nicht mit den von ihm erwähnten Lehrmeinungen und Praxisentscheidungen auseinandergesetzt und damit die Begründungspflicht missachtet. Schon allein deshalb sei das Urteil vom 20. November 2017 aufzuheben (Urk. 19 S. 9).

6.2 Der Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht geht fehl. Der Anspruch auf rechtliches Gehör geht nicht so weit, dass sich die Behörde mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss; vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Insgesamt muss die Begründung eines Entscheides so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, was der Fall ist, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2; BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Diese Vorgaben hält der angefochtene Entscheid ein.

6.3 Der Kläger moniert, in tatsächlicher Hinsicht stehe fest, dass ein fast dreissigjähriges Arbeitsverhältnis vorgelegen habe. Ein 13. Monatslohn sei bei Vertragsabschluss 1982 (recte 1981) nicht vereinbart worden, dafür eine echte Gratifikation mit einer Bedingung. Obschon sich die Beklagte ein Ermessen bezüglich der Ausrichtung (Freiwilligenvorbehalt) und bezüglich der Höhe vorbehalten und an einen guten Geschäftsgang geknüpft habe (Bedingung), habe sie dem Kläger seit 1982, nachgewiesen im Zeitraum von 1994 bis 2011 und somit während mindestens 18 Jahren, jährlich eine Gratifikationszahlung in der Höhe eines Monatslohns ausgerichtet. Ausserdem sei in seinem Lohnsegment ein 13. Monatslohn heutzutage üblich. In rechtlicher Hinsicht kritisiert der Kläger, dass mit der jahrzehntelang jährlich erfolgten (Gratifikations-)Zahlung in der Höhe eines Bruttomonatslohnes eine (stillschweigende) Vertragsänderung stattgefunden habe und die Höhe bestimmbar geworden sei. Damit fehle es an einem Ermessen in Bezug auf

die Höhe. Es handle sich daher nicht mehr um eine Gratifikation, sondern um einen fest einklagbaren Lohnbestandteil (Urk. 19 S. 7 f.).

6.4 Die Beklagte widerspricht. Es treffe nicht zu, dass sie dem Kläger "Jahrzehnte lang" vorbehaltlos eine Gratifikationszahlung in der Höhe eines Bruttomonatslohnes entrichtet habe und dass dadurch die Höhe der Gratifikationszahlung bestimmt bzw. bestimmbar geworden sei (Urk. 27 S. 13). Die Erwägung im angefochtenen Entscheid, dass der "Freiwilligkeitsvorbehalt über die Jahre zur leeren Floskel verfallen sei", treffe nicht zu. Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung werde der Vorbehalt der Freiwilligkeit nur dann unbehelflich, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch tatsächlich Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten (Urk. 27 S. 14 f.). Bis im Jahr 2008 sei jeweils ein Gewinn realisiert worden, weshalb für die Beklagte überhaupt keine Veranlassung bestanden habe, ihren Mitarbeitern keine freiwillige Gratifikation zu entrichten (Urk. 27 S. 6). Während Jahren habe sie angesichts der insgesamt befriedigenden Geschäftszahlen tatsächlich gar keine Veranlassung gehabt, den im Arbeitsvertrag des Klägers sowie in sämtlichen Dezember-Lohnabrechnungen, bei welchen eine freiwillige Gratifikation zur Auszahlung gelangt sei, aufgeführten expliziten Vorbehalt der Freiwilligkeit und des guten Geschäftsganges anzurufen. Als sich jedoch die Ertragslage ab dem Jahr 2011 in zunehmendem Masse und dauerhaft verschlechtert habe, habe die Beklagte diese vereinbarten Vorbehalte angerufen und habe dem Kläger betraglich geringfügigere freiwillige Gratifikationen sowie im Jahr 2015 eine Treueprämie ausbezahlt (Urk. 27 S. 11 f.).

7. Es ist der Vorinstanz zu folgen, dass der Vorbehalt der Freiwilligkeit nicht stichhaltig ist. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 20 S. 7 ff.). Es ist zu wiederholen, dass selbst seit der im Jahr 2007 - nach eigenen Worten - sich dramatisch verschlechternden Auftrags- und Ertragslage (Urk. 11 S. 4), trotz Einführung von Kurzarbeit und Entlassungen von Mitarbeitenden (Urk. 11 S. 6), die Beklagte dennoch jährlich eine Gratifikation in der Höhe eines Monatslohnes ausbezahlt. Die Beklagte muss sich ihr Verhalten anrechnen lassen; aufgrund des konkludenten Verhaltens gilt der Anspruch auf eine Gratifikation als vereinbart. Was die Beklagte in der Beschwerdeantwort im Zusammen-

hang mit dem ab 2011 nachhaltig schlechten Geschäftsgang ausführt, bzw. dass sie bis 2012 aufgrund der Geschäftslage gar keine Veranlassung gehabt haben soll, keine Gratifikation zu entrichten (Urk. 27 S. 9, 11 f.), genügt den Anforderungen an die Rückpflicht nicht. Die Beklagte zeigt jedenfalls nicht auf, wo vor Vorinstanz sie auf diese Umstände hingewiesen hat.

8. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es sich ausgehend vom Arbeitsvertrag zumindest um eine unechte Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR handelt, auf die der Kläger einen Rechtsanspruch hat.

9. Die Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet. Dies ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 139 III 155 E. 3.1 mit Hinweisen). Entscheidend für die Abgrenzung zwischen geschuldetem Lohn und freiwilliger Gratifikation ist somit die Frage, ob die Ausrichtung der Vergütung im Ermessen des Arbeitgebers liegt.

10.1 Gemäss dem 1981 abgeschlossenen Arbeitsvertrag hängt die Ausrichtung der Gratifikation vom Geschäftsergebnis ab (Urk. 5/5). Es macht gerade das Wesen der echten wie der unechten Gratifikation im Gegensatz zum Festlohn aus, dass ihre Höhe von wechselnden Umständen wie Geschäftsergebnis oder Leistung des Arbeitnehmers abhängt und demnach von Jahr zu Jahr variiert (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar - Arbeitsrecht Art. 319-362 OR, 322d N 4). Der schriftliche Arbeitsvertrag spricht gegen eine Qualifizierung als Lohnbestandteil.

10.2 Der Kläger untermauert seinen gegenteiligen Standpunkt mit den jährlich "als Gratifikation" ausbezahlten Beträgen. Die Beklagte habe dem Kläger seit An-

stellungsbeginn jährlich eine Gratifikation in der Höhe des jeweiligen Bruttomonatslohnes ausbezahlt. Der Kläger reichte dazu Lohnabrechnungen von 1994 bis 2001 und von 2002 bis 2016 ein (Urk. 1 S. 4, Urk. 15 S. 5). Über ältere Lohnabrechnungen verfügt der Kläger nicht mehr. Die Beklagte anerkennt in der Beschwerde, dass von 1995 bis 2011, d.h. während 16 Jahren, entsprechend freiwillige Leistungen erfolgt sind (Urk. 27 S. 17).

10.3 Belegt sind mit den Urk. 5/8/1-12 (Lohnabrechnungen), dass sich die Gratifikation in den Jahren 2002 bis 2011 stets am Bruttomonatslohn orientierte. Auch den Lohnabrechnungen Dezember für die Jahre 1994 bis 2001 (Urk. 16/2/16 - 16/2/22) lässt sich entnehmen, dass die Gratifikation dem jeweiligen Monatslohn entsprochen hat. Hätte die Gratifikation tatsächlich vom Geschäftsergebnis abgehangen, wären wohl grössere Schwankungen aufgetreten. Umgekehrt heisst das, dass die Beklagte über viele Jahre keinen Gebrauch von ihrem Ermessen machte. Das änderte sich erst in den Jahren 2012 bis 2014. Daraus lässt sich jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da gerade für diese Jahre die Sondervergütung strittig ist.

10.4 In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass eine ursprünglich in einem schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbarte echte oder unechte Gratifikation zu einem Lohnbestandteil mutiert, wenn es nach Vertragsabschluss zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung komme. Möglich sei dabei sowohl eine Mutation von der freiwilligen Gratifikation zu einer vereinbarten als auch von einer freiwilligen Gratifikation zu einem Lohnbestandteil. Ein Fall einer Mutation von Gratifikation zu Lohnbestandteil könne eine vom Wortlaut des schriftlichen Vertrages oder Reglements abweichende betriebliche Übung betreffen. Da bei der Auslegung eines Vertrags auf den wirklichen Parteiwillen und nicht auf den Inhalt des schriftlichen Dokuments abgestellt werde, führe auch eine vom Vertrag oder Reglement abweichende betriebliche Übung zu einer Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers (Christoph Senti, Leistungslohn oder Gratifikation?, St. Gallen 2010, S. 7 f.).

10.5 In der Praxis gibt es vereinzelt Fälle, wo eine jahrelange Auszahlung einer Gratifikation als Lohnbestandteil qualifiziert wird. Das Arbeitsgericht Zürich inter-

pretierte die jahrelange, vorbehaltlose Auszahlung einer Sonderentschädigung in der Höhe eines Monatslohnes nicht mehr als freiwillige Gratifikation, sondern als 13. Monatslohn (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 10 mit Verweis auf Kuhn/Koller 4/3.4.5 S. 3). Zu einem 13. Monatslohn kann eine langfristige Auszahlung eines zusätzlichen Monatslohnes am Jahresende führen, wenn keine Vorbehalte angebracht werden (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 9 mit Hinweis auf Aubert 700 Nr. 163). Auch das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannte in einem Urteil vom 17. November 1992, dass die regelmässige vorbehaltlose Auszahlung einer als "Gratifikation" bezeichneten Summe in der Höhe eines Monatslohns zur stillschweigenden Vereinbarung eines 13. Monatslohnes führt. Dieser sei im Gegensatz zur eigentlichen Gratifikation Lohnbestandteil und daher pro rata temporis und bedingungslos geschuldet (OGer BL in JAR 1994 S. 118 E. 8.).

10.6 Es fällt auf, dass die genannten Urteile von einer "jahrelangen, vorbehaltlosen" Auszahlung sprechen. Was den Vorbehalt zur Freiwilligkeit angeht, ist auf die Ausführungen unter Ziff. 5-7 zu verweisen. Dass sich die Beklagte weitere Anpassungen von Jahr zu Jahr vorbehalten hätte, etwa die vertraglich abgemachte Berücksichtigung des Geschäftsergebnisses, wird nicht geltend gemacht und ergibt sich ebensowenig aus den jeweiligen Abrechnungen. Aufgrund der effektiv entrichteten Sonderzahlungen - welche wie ausgeführt für 18 Jahre belegt sind - ist zu schliessen, dass die Beklagte als Arbeitgeberin den ihr in Bezug auf die Höhe zustehenden Ermessensspielraum effektiv gar nicht ausgenutzt hat. Auch nicht im Jahr 2007 und den Folgejahren, als sich die Auftrags- und Ertragslage dramatisch verschlechterte (Urk. 11 S. 4) und die Beklagte beachtenswerte Gründe gehabt hätte. Dieses Verhalten lässt sich nach Treu und Glauben als konkludente Vertragsänderung zugunsten des Arbeitnehmers interpretieren. Damit ist eine Umqualifizierung von einer Gratifikation in einen Lohnbestandteil zu bejahen.

11. Nach dem Ausgeführten ist die im Vertrag von 1981 vereinbarte freiwillige Gratifikation aufgrund der jahrelangen Übung der Parteien als Lohnbestandteil im Sinne von Art. 320 OR zu qualifizieren. Auf die Vorbringen zum Gleichbehand-

lungsgebot im Arbeitsrecht muss daher nicht eingegangen werden (vgl. Urk. 19 S. 15 f.).

12. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt Lohn (im Gegensatz zur unechten und echten Gratifikation) insofern als bedingungsfeindlich, als dass die Auszahlung eines Lohnbestandteils nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Fälligkeitszeitpunkt abhängig gemacht werden darf (BGer 4A_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 5.1). Mit andern Worten ist ein Lohnbestandteil bei einer Kündigung während des Jahres pro rata temporis geschuldet. Da die Sondervergütung als eine Form des 13. Monatsgehalts zu qualifizieren ist, ist auch für die Jahre 2012-2014 keine Kürzung vorzunehmen.

13. Schliesslich ist auch der Einwand der Beklagten zu verwerfen, der Kläger habe die seit 2012 deutlich gekürzten freiwilligen Gratifikationszahlungen dankend entgegengenommen, ohne dass er (...) auch nur ansatzweise Einspruch erhoben hätte (Urk. 27 S. 16). Wenn der 13. Monatslohn fester Lohnbestandteil ist, kann der Arbeitgeber ihn nicht einseitig wegbedingen. Bis zum Ablauf der Verjährungsfrist von fünf Jahren können Arbeitnehmer den 13. Monatslohn nachfordern, selbst wenn sie gegen die einseitige Ankündigung, er falle wegen schlechten Geschäftsgangs aus, nicht protestiert haben (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., Art. 322d N 10). Der Kläger hat am 9. März 2017 ein Schlichtungsgesuch gestellt (Urk. 3). Damit hat er die Verjährung rechtzeitig unterbrochen (vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR).

14. Bei dieser Sachlage ist die Beschwerde im Grundsatz gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

III.

1. Die Sache ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Sachentscheid zu fällen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

2.1 Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger die folgenden Bruttobeträge zu bezahlen (Urk. 1 S. 4 f.):

für 2012: Fr. 3'900.– ./ .ausbezahlte Fr. 1'500.– = Fr. 2'400.– (Urk. 5/8/4);

für 2013: Fr. 3'900.– ./ .ausbezahlte Fr. 1'950.– = Fr. 1'950.– (Urk. 5/8/3);

für 2014: Fr. 3'900.– ./ .ausbezahlte Fr. 3'000.– = Fr. 900.– (Urk. 5/8/2);

für 2016: pro rata-Anteil bis Okt. von Fr. 3'900.– = Fr. 3'250.– (vgl. Urk. 5/9/1).

2.2 Folglich ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 8'500.– brutto bzw. minus 9.06 % Sozialabzüge (vgl. Urk. 5/8/1) = Fr. 7'729.90 netto zu bezahlen. Der Betrag ist antragsgemäss ab Ende des Arbeitsverhältnisses, mithin dem 1. November 2016, zu 5 % zu verzinsen (Art. 339 OR).

2.3 Im Mehrbetrag ist auf die Beschwerde, wie unter Ziff. II.2 ausgeführt, nicht einzutreten.

IV.

1. Fällt die Beschwerdeinstanz einen reformatorischen Entscheid, entscheidet sie in Analogie zu Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (BK ZPO II-Sterchi, Art. 327 N 23). Das Verfahren ist kostenlos. Entsprechend dem Verfahrensausgang ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Deren Quantitativ wurde im Beschwerdeverfahren nicht thematisiert, weshalb es dabei sein Bewenden hat. Der Klarheit halber anzufügen ist, dass der im Dispositiv ausgewiesene Betrag die gesetzliche Mehrwertsteuer enthält.

2. Im Beschwerdeverfahren obsiegt der Kläger beinahe vollumfänglich, weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, ihn angemessen zu entschädigen. Er ersucht das Gericht, ihn aufzufordern, seine Kostennote einzureichen (Urk. 19 S. 16). Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO können die Parteien eine Kostennote einreichen. Eine Pflicht des Gerichts, den Anwalt aufzufordern, seine Honorarnote einzureichen, besteht nicht. Abgesehen davon richtet sich die Parteientschädigung in der vorliegenden Streitigkeit nach dem Streitwert. In Anwendung von § 4 Abs. 1

und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf Fr. 1'200.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer festzulegen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Dielsdorf vom 20. November 2017 aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 8'500.– brutto bzw. Fr. 7'729.90 netto zu bezahlen nebst 5 % Zins ab 1. November 2016. Im Mehrbetrag wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
3. Das erstinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'767.90 zu bezahlen.
5. Das zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'292.40 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'650.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:
sf