

Stillschweigend akzeptierte Lohnkürzung?

Das Bundesgericht hat in mehreren Urteilen die Möglichkeit einer vom Arbeitnehmer stillschweigend akzeptierten Lohnkürzung bejaht. Die Urteile stützen sich dabei auf Art. 6 OR. Dessen Anwendung auf nachteilige Änderungen macht stutzig und schafft einen erhöhten Erklärungsbedarf.

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M.

ARV online 2011, Nr. 474

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
I. Problemstellung	1
II. Kasuistik.....	1
1. BGE 109 II 327 ff.	1
2. Urteil BGer 4C.242/2005	2
3. Urteil BGer 4A_223/2010.....	2
4. Urteil BGer 4A_443/2010.....	3
III. Ungereimtes zu Art. 6 OR.....	3
a. Zeitliche Komponente	3
b. Vorliegen und Qualität des Antrags.....	4
c. Umstände.....	4
IV. Übung.....	6
a. Rechtsgeschäftslehre	6
b. Rechtsscheinlehre	6
V. Fazit.....	7
Literaturverzeichnis	8

I. Problemstellung

- 1 Die Anwendung des Art. 6 OR auf Lohnkürzungen bedarf der besonderen Erklärung. Die Lohnkürzung ist nachteilig, auch wenn sie vielleicht vor schärferen Massnahmen wie der Entlassung schützt. Machen die *Umstände* der mehrmals praktizierten Lohnkürzung tatsächlich eine explizite Annahme überflüssig? Die nachfolgenden Erwägungen richten sich zuerst auf die Kasuistik und zeigen in einem zweiten Schritt die Ungereimtheiten der Anwendung des Art. 6 OR. In einem letzten Schritt richtet sich die Suche nach einem dogmatisch tragfähigeren Fundament für die praktizierte Lohnkürzung in der Rechtsscheinlehre, die aber im vorliegenden Fall keine Anwendung findet.

II. Kasuistik

1. BGE 109 II 327 ff.

- 2 Der Arbeitnehmer trat seine Stelle am 21. April 1981 an. Das ursprünglich abgemachte Salär von Fr. 6'000 reduzierte der Arbeitgeber erstmals für den Monat Juli 1981 auf Fr. 3'851.40 und

August auf Fr. 3'993.70. Die Quittung für das Julisalär unterzeichnete der Arbeitnehmer noch ohne Bemerkungen. Auf der Quittung für das Augustsalär brachte er folgenden Vorbehalt an: „*sous réserve de toute discussion et accords définitifs*.“¹ Nach der expliziten Ablehnung eines neuen, tieferen Lohnvorschlages beendet der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis. Strittig war, welcher Lohn für die Zeit bis zur Vertragsbeendigung galt. Das Bundesgericht hielt fest, dass die vorbehaltlose Unterzeichnung einer einzigen Quittung nach Treu und Glauben nicht als Zustimmung zu einem tieferen Salär für die folgenden Monate gelten kann.²

2. Urteil BGer 4C.242/2005

- 3 Die Arbeitgeberin hat für eine zehnmonatige Tätigkeit (vom 1. Juli 2001 bis 30. April 2002) als Trainer einen Lohn von Fr. 120'000 versprochen, zahlbar in zehn monatlichen Raten. Noch vor Arbeitsantritt schlug sie dem Arbeitnehmer vor, den Lohn um 15% (i.e. total Fr. 18'000) zu reduzieren, worauf dieser nicht reagierte. Die Arbeitgeberin bezahlte in der Folge während der ganzen Vertragsdauer von zehn Monaten den reduzierten Lohn, ohne dass der Arbeitnehmer dagegen protestierte. Die Parteien schlossen im Juli 2002 einen neuen Vertrag mit einem Lohn von Fr. 120'000 ab, der auch Manageraufgaben umfasste. 2004 klagte der Arbeitnehmer die noch vom ersten Arbeitsverhältnis ausstehende Summe von Fr. 18'000 ein mit der Begründung, er habe die Kürzung nie akzeptiert. Das Bundesgericht akzeptierte die Reduktion gestützt auf Art. 6 OR, gab sich aber besondere Mühe, die spezielle Situation des vorliegenden Falles zu würdigen. Es rezitierte zuerst die Grundlagen: „*Il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le salarié a consenti tacitement à une réduction de salaire (...). Mais si le travailleur a encaissé au moins trois fois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, cela sans formuler de réserve, il y a une présomption de fait (tatsächliche Vermutung) qu'il a accepté la baisse de salaire en cause (...). Le travailleur qui entend déduire par la suite une créance de salaire en raison de cette réduction est tenu de prouver les circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur, malgré le silence durable du travailleur, n'aurait pas dû conclure à l'accord de son employé (...)*.“³ Das Bundesgericht ging sodann auf Portmanns Kritik zu dieser Rechtsprechung ein, die einen Antrag des Arbeitgebers und überdies die Zumutbarkeit des Widerspruchs seitens des Arbeitnehmers verneint, sobald dessen wirtschaftliche Situation sich verschlechtert und er Angst haben muss, wegen eines Widerspruchs entlassen zu werden.⁴ Das Bundesgericht hielt fest, dass im vorliegenden Fall ein Angebot des Arbeitgebers vorgelegen habe und stützte die Zumutbarkeit des Widerspruchs auf die *ab initio* vorliegende Befristung der Arbeitsstelle. Der Trainer musste folglich keine Angst haben, entlassen zu werden. Der zweite, darauffolgende Vertragsschluss mit zusätzlichen Manageraufgaben zum ursprünglichen Lohn zeige überdies, dass der Arbeitnehmer die damalige Reduktion akzeptiert habe.

3. Urteil BGer 4A_223/2010

- 4 Der Arbeitnehmer hatte gemäss Vertrag aus dem Jahre 2001 Anspruch auf eine Umsatzprovision in der Höhe von 1.5%. Im April 2004 teilte ihm die Arbeitgeberin mit, dass er von nun an in Luzern arbeiten müsse und nur noch Anspruch auf eine Umsatzprovision von 0.7% habe. Der Arbeitnehmer nahm dies 34 Monate lang ohne Protest hin, bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Das Bundesgericht verwies zuerst auf die Erwägungen der Entscheide BGE 109 II 327 ff.

¹ BGE 109 II 327 ff., 328.

² Vgl. BGE 109 II 327 ff., 330: „*Selon les règles de la bonne foi, le seul fait que le travailleur a signé une fois, à la fin d'un mois, une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel ne permet pas à l'employeur d'admettre que les conditions de salaire sont dorénavant modifiées pour l'avenir avec l'accord du travailleur. Une telle déduction était exclue ici puisque dès le paiement du salaire suivant, celui d'août 1981, le demandeur a réagi en accompagnant sa signature de réserves expresses.*“; vgl. die vergleichbare Situation in Urteil BGer 4C.244/2004, Erw. 3.

³ Urteil BGer 4C.242/2005, Erw. 4.3.

⁴ Jetzt unverändert in Portmann/Stöckli, N 226.

und insbesondere Urteil BGer 4C.242/2005, Erw. 4.1 und 4.4: „In der widerspruchslosen Annahme des gekürzten Lohnes während einer sechsmonatigen Vertragsdauer erblickte das Bundesgericht eine konkludente Zustimmung, obwohl der Arbeitnehmer einen ihm vor Arbeitsantritt unterbreiteten neuen Vertrag, der die Lohnkürzung enthält, nicht unterzeichnet hatte (...).“⁵ In besagtem Entscheid ging es aber um zehn Monate und um ein befristetes Verhältnis, worauf das Bundesgericht nicht mehr hinwies. Der Arbeitnehmer unterliess den Widerspruch aus Angst vor einer Kündigung. Das Bundesgericht hielt fest: „Sowohl nach diesen Ausführungen als auch nach den vorinstanzlichen Feststellungen hat der Beschwerdeführer erkannt, dass die Beschwerdegegnerin von seiner stillschweigenden Zustimmung zur angekündigten Provisionskürzung ausging, nahm er doch an, andernfalls würde ihm gekündigt. Indem er die Beschwerdegegnerin in diesem Glauben belies, erweckte er bewusst den Anschein, er akzeptiere die Provisionsenkung. Hätte er diese entgegen der erkennbaren Erwartung der Beschwerdegegnerin ablehnen wollen, wäre er - ungeachtet seiner Angst vor einer Kündigung - nach Treu und Glauben gehalten gewesen, ihr dies innert angemessener Frist mitzuteilen. Dies hat er unterlassen, weshalb er bei dem von ihm geschaffenen Anschein zu behaften und von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen ist.“⁶ Der Arbeitnehmer berief sich auch auf einen Formvorbehalt, hatte der Arbeitgeber den neuen Vertrag mit den reduzierten Sätzen doch zur Unterzeichnung zugestellt. Das Bundesgericht hielt dazu lediglich fest, in der Umsetzung des Vertrages über eine längere Zeit hätten die Parteien stillschweigend auf den Formvorbehalt verzichtet.

4. Urteil BGer 4A_443/2010

- 5 Die Parteien des vierjährigen Arbeitsverhältnisses (2001-2005) verhandelten wegen einer Verletzung des Fussballspielers nach zwei Jahren über einen neu startenden Vierjahresvertrag (2003-2007) mit reduziertem Lohn, schlossen diesen Vertrag indes trotz Zustimmungs- und Schriftformvorbehalt nur mündlich. Der Arbeitnehmer nahm nach einer kurzen Ausleihspiel-dauer in der Folge von Juli bis Dezember 2004 die reduzierten Gehälter ohne Protest entgegen. In Übereinstimmung mit Urteil BGer 4A_223/2010, das die Voraussetzungen gemäss Urteil BGer 4C.242/2005 falsch wiedergibt (siehe oben) war somit das Kriterium der *sechsmonatigen* widerspruchslosen Entgegennahme des gekürzten Lohnes erfüllt.

III. Ungereimtes zu Art. 6 OR

a. Zeitliche Komponente

- 6 Die Bundesgerichtsentscheide zeigen eine bemerkenswerte Unschärfe, wann die Annahme gestützt auf Art. 6 OR genau erfolgt. In den Urteilen BGer 4A_443/2010 und 4A_223/2010 ging das Bundesgericht von *sechs Monaten* aus und belegte dies mit dem Hinweis auf Urteil BGer 4C.242/2005. Dort erfolgte die Bezahlung jedoch während *zehn Monaten (dix mois)*, was auf eine sprachliche Verwechslung deutet. In der Lehre und teilweise in der Rechtsprechung ist häufig auch von *drei Monaten* die Rede.⁷ Wie aber kommt man auf diese Zahlen und welche gilt? Die Situation wird mit dem Ablauf der Monate nicht besser oder zustimmungswürdiger, sondern verstärkt sich in ihrer Nachteiligkeit. Das Bundesgericht argumentiert, dass nach sechs Monaten eine tatsächliche, ergo widerlegbare Vermutung für die Zustimmung seitens des Arbeitnehmers bestehe.⁸ Dies überzeugt aus drei Gründen nicht. *Erstens* bleibt eine Unsicherheit, ob *drei, sechs oder zehn* Monate genügen. Eine Faustregel, die sich nicht genau begründen lässt, aber aufgrund ihrer Einfachheit Rechtssicherheit schafft, ist nur dann sinnvoll, wenn es nur *eine Faustregel* gibt. Gibt es mehr Regeln als Fäuste, herrscht Rechtsunsicherheit. *Zweitens* ging es um eine *feste Vertragsdauer* von zehn Monaten, was das Bundesgericht im Urteil BGer

⁵ Urteil BGer 4A_223/2010, Erw. 2.1.2.

⁶ Urteil BGer 4A_223/2010, Erw. 2.4.

⁷ Vgl. BK-Rehbinder, OR 322 N 19, Portmann/Stöckli, N 226, Urteil BGer 4C_223/2010, Erw. 2.1.2.

⁸ Vgl. Urteil BGer 4C_223/2010, Erw. 2.1.2.

4C.242/2005 als entscheidenden Faktor hervorhob, in Urteil BGer 4A_223/2010 aber nicht mehr erwähnte.⁹ Tatsächliche Vermutungen sollten *drittens* auf Lebenserfahrung beruhen. Die Lebenserfahrung sagt aber klar, dass der Arbeitnehmer auch nach drei, sechs oder zehn Monaten mit der Lohnkürzung nicht einverstanden ist. Nach einseitigen Lohnkürzungen dieser Art kündigen viele Arbeitnehmer innerlich und machen sich auf die Suche nach einer neuen Stelle. Finden sie eine, sollten sie das Recht behalten, den ausstehenden Lohn einzufordern, sobald sie keine Nachteile aufgrund des Widerspruchs mehr befürchten müssen. Einzig die Verjährung sollte die Durchsetzung dieser Forderung begrenzen. Dies schafft klare Verhältnisse und zwingt Arbeitgeber, bei einseitigen Lohnkürzungen den dafür richtigen Weg der Änderungskündigung zu wählen.

b. Vorliegen und Qualität des Antrags

- 7 Portmann und Stöckli verneinen im Falle des BGE 109 II 327 ff., dass sich der Wille des Arbeitgebers auf den Abschluss einer Vereinbarung richtete und bestreiten so das Vorliegen einer Offerte, die der Arbeitnehmer stillschweigend annehmen konnte.¹⁰ Für diesen Entscheid war das zutreffend. Das Bundesgericht zitiert diese Lehrmeinung indes in Fällen, bei denen die spätere Lohnkürzung eindeutig auf vorgängigen Verhandlungen oder einseitigen Vorschlägen basierte. Die Auszahlung eines tieferen Lohnes ohne vorherige Einbettung in Verhandlungen lässt sich kaum als Realofferte verstehen – dies stellt aber nicht die Ausgangssituation der oben skizzierten Fälle dar. Schwieriger ist es, bei Vorliegen eines Antrags das Akzept in der mehrmaligen, widerspruchslosen Annahme des gekürzten Lohnes zu sehen. Nimmt der Arbeitnehmer den Antrag beim *sechsten Mal* an und wirkt dieses Akzept automatisch auch für die vorherigen fünf Auszahlungen? Die rechtsgeschäftliche Begründung stösst hier an ihre Grenzen.
- 8 Verfolgt der Arbeitgeber die Lohnkürzung gegenüber allen oder vielen Arbeitnehmern, kommt auch das Korrektiv zu den *allgemeinen Geschäftsbedingungen* ins Spiel. Die Mitteilung des gekürzten Lohnes gegenüber allen Arbeitnehmern ist dann *gestellt und vorformuliert*. Da sie eine Erklärungsfiktion enthält – nach sechs Monaten gilt das Schweigen als Zustimmung – greifen die Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel und neu, sofern der Arbeitnehmer unter den Konsumentenbegriff fällt, auch die Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG.¹¹ Erklärungsfiktionen ohne Einräumung einer angemessenen Frist zur Abgabe einer expliziten Erklärung und ohne Erinnerung an die Bedeutung des Schweigens bei Fristbeginn sind dann wohl auch in der Schweiz in Übereinstimmung mit der deutschen Regelung in § 308 Nr. 5 BGB nichtig.¹²

c. Umstände

- 9 Bei einer nachteiligen Änderung ein stillschweigendes Akzept gemäss Art. 6 OR zu bejahen, bedarf einer besonderen Erklärung oder besonderer „Umstände“, wie es in Art. 6 OR steht. Solche Umstände sind gemäss Bundesgericht dann gegeben, „(...) wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde.“¹³ Was

⁹ Vgl. Urteil BGer 4C.242/2005, Erw. 4.4: „*Dans les circonstances de l'espèce, le demandeur n'avait aucun risque de perdre son emploi s'il protestait contre la baisse de salaire, car il avait été engagé par un contrat de durée déterminée.*“; vgl. aber den teilweise fehlerhaften Hinweis darauf in Urteil BGer 4A_443/2010, Erw. 10.1.4: „*Das Bundesgericht erblickte daher in der widerspruchslosen Annahme eines gekürzten Lohnes während einer festen sechsmonatigen Vertragsdauer eine konkludente Zustimmung, obwohl der Arbeitnehmer einen ihm vor Arbeitsantritt unterbreiteten neuen Vertrag, der die Lohnkürzung enthielt, nicht unterzeichnet hatte (...).*“

¹⁰ Vgl. Portmann/Stöckli, N 226.

¹¹ Dies ist in Deutschland der Fall, vgl. BAG, Urteil vom 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 in NJW 2005, 3305 ff. und BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 23. November 2006 - 1 BvR 1909/06 in NJW 2007, 286 ff. Die Richtlinie 93/13/EWG erfasst den Arbeitnehmer nicht als Verbraucher (Grabitz/Hilf-Pfeiffer, A 5, Art. 2, N 7).

¹² Vgl. BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 10 AZR 281/08 in NJW 2009, 2475 ff., 2476 f., N 17; vgl. die Hinweise zu Erklärungsfiktionen bei Rusch/Maissen, recht 2010, S. 102.

¹³ Urteil BGer 4A_443/2010, Erw. 10.1.4.; vgl. die ähnliche Formulierung bei BK-Rehbinder, OR 322 N 19:

daran besonders sein soll, ist unverständlich. Es dürfte sich dabei um die klassische Ausgangssituation restlos aller nachteiligen Änderungen im Arbeitsrecht handeln. Der richtige Weg dazu wäre die Änderungskündigung mit Offerte eines neuen Vertrags mit gekürztem Lohn. Bei dieser Variante erhält der Arbeitnehmer wenigstens während der Kündigungsfrist noch den höheren Lohn, was bei der Änderung gestützt auf Art. 6 OR unter Umständen nicht der Fall ist. Die Situation ist folglich für den Arbeitnehmer besonders nachteilig, während der Arbeitgeber sich das Verfahren der Änderungskündigung ersparen kann. Die Annahme besonderer Umstände verschafft dem Arbeitgeber somit einen unverdienten Vorteil. Das Wissen um die negativen Folgen eines Widerspruchs macht die Situation für den Arbeitnehmer zusätzlich belastend. Die Anwendung von Art. 6 OR auf eine negative Änderung *in dieser belastenden Situation* irritiert. Es liegt am Arbeitgeber, hier für klare Verhältnisse zu sorgen, die er mit dem anerkannten Instrument der Änderungskündigung auf korrekte Weise erzielen kann.

- 10 Der blosser Vorschlag einer Änderung, bei dessen Nichtannahme der Arbeitgeber die Kündigung anstrebt, jedoch nicht gleichzeitig explizit androht, ist in der Lehre schon als *uneigentliche Änderungskündigung* oder *Änderungskündigung im weiteren Sinne* bekannt.¹⁴ Wenn der Arbeitnehmer auf den Änderungsvorschlag mit mehr oder weniger unverhohlener Kündigungsandrohung nicht reagiert, der Arbeitgeber aber nicht kündigt, spricht trotz praktizierter Lohnkürzung mehr dafür, einen stillschweigenden Verzicht des *Arbeitgebers* auf die Änderung anzunehmen. Der Arbeitgeber kann mit dieser Situation besser umgehen und für klare Verhältnisse sorgen als der Arbeitnehmer, der mit dem Lohn seinen Lebensunterhalt bestreiten muss. Das Risiko der unklaren Verhältnisse geht zu Lasten des Arbeitgebers, weil er der *superior risk bearer* ist – er hätte schliesslich den Weg der *eigentlichen Änderungskündigung* wählen können, die auf zumutbare Art und Weise klare Verhältnisse schafft.¹⁵
- 11 Das vermeintliche stillschweigende Akzept der Lohnkürzung tritt in vielen Fällen mit dem Formvorbehalt der einfachen Schriftlichkeit zusammen. Der Arbeitgeber lässt dem Arbeitnehmer häufig einen von ihm bereits unterzeichneten Arbeitsvertrag zur Unterschrift zukommen. Darin lässt sich ein Formvorbehalt im Sinne von Art. 16 OR erkennen.¹⁶ Vielleicht enthält der ursprüngliche Arbeitsvertrag gar einen expliziten Formvorbehalt für Änderungen. Das vermeintliche stillschweigende Akzept soll somit nicht bloss den ursprünglichen Konsens über die Lohnhöhe, sondern auch gleich den damit verbundenen Formvorbehalt derogieren. Die formfreie Abänderung des Formvorbehalts ist jedoch nicht leichtfertig anzunehmen.¹⁷ Die Umstände sprechen somit gleich zweifach gegen die stillschweigende Annahme.
- 12 Für einen nicht zustimmungswilligen Arbeitnehmer ist es bei laufender Anstellung unzumutbar, auf derartige Grobheiten zu reagieren.¹⁸ Ein Arbeitgeber, der ohne explizites Einverständnis des Arbeitnehmers den Lohn kürzt, schreckt bei einem Widerspruch vor weiteren Reaktionen kaum zurück. Widerspricht der Arbeitnehmer, riskiert er die Kündigung.¹⁹ Hat der Vorschlag der Kür-

„Das stillschweigende Akzept einer Lohnreduktion ist also nur anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der besonderen Umstände nach Treu und Glauben zu einer Ablehnung der Reduktionsofferte verpflichtet war.“

¹⁴ Vgl. Geiser, AJP 1999, S. 61, Ziff. 2.5 und S. 67, Ziff. 5.5: „Bei der uneigentlichen Änderungskündigung liegt vorerst noch gar keine Kündigung vor. Es ist mit dieser nur mehr oder weniger unverhohlen für den Fall gedroht worden, dass die Änderungsofferte nicht angenommen wird. Das Arbeitsverhältnis gilt somit mit den bisherigen Arbeitsbedingungen weiter, bis eine Kündigung erfolgt ist bzw. aufgrund der erfolgten Kündigung die Kündigungsfrist verstrichen ist.“; vgl. BGE 123 III 246 ff., 249: „Von einer Änderungskündigung im weiteren Sinn kann gesprochen werden, wenn die beiden Rechtsgeschäfte nicht unmittelbar miteinander verknüpft werden und einer Partei gekündigt wird, weil sie zu einer einverständlichen Änderung der Arbeitsbedingungen nicht bereit war.“

¹⁵ Vgl. zu diesem Ansatz unten, Fn. 32.

¹⁶ Vgl. Urteil BGer 4A_443/2010, Erw. 10.1.3. und Urteil BGer 4A_223/2010, Erw. 2.1.1, je mit weiteren Hinweisen.

¹⁷ Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 16 N 15, mit Verweis auf BSK-Schwenzer, OR 16 N 11.

¹⁸ Vgl. die rechtsvergleichenden Überlegungen, Hinweise und Tendenzen bei Birk, S. 476 f.

¹⁹ So im Urteil Obergericht vom 4. Februar 1998 in ZR 2000, S. 197 ff., 198, leider aber mit einer Verwechslung zwischen Arbeitnehmer und -geber: „Der Zeuge B. machte in seiner Befragung mehr als einmal deutlich, dass

zung die Kündigungsfrist nicht eingehalten, so ist die spätere Kündigung bei verweigertem Akzept zwar missbräuchlich (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR), doch trifft den Arbeitnehmer *die Beweislast* für die Kausalität zwischen der verweigerter Annahme der geänderten Bedingungen und der Kündigung.²⁰ Das Ungleichgewicht der Kräfte ist ein weiterer Grund, dass das Schweigen des Arbeitnehmers in dieser belastenden und nachteiligen Situation nie als Akzept gelten darf. Akzeptiert man in diesem Bereich und bei diesen Umständen eine stillschweigende Zustimmung aufgrund des Art. 6 OR, dann gibt es keine Ausnahmen mehr zur stillschweigenden Zustimmung. Wer dem Resultat der Bundesgerichtsentscheide zustimmt, nicht aber der Anwendung des Art. 6 OR, sollte sich deshalb auf die Suche nach einer tragfähigeren juristischen Begründung machen. Nachfolgend richtet sich deshalb der Fokus auf die Übung.

IV. Übung

a. Rechtsgeschäftslehre

13 Das Bundesgericht hat die Rechtsprechung zu den Gratifikationen auf die Lohnkürzung spiegelbildlich angewendet. Auf die eigentlich freiwillige Gratifikation entsteht nach dreimaliger vorbehaltloser Auszahlung und nach „jahrzehntelanger“ Auszahlung trotz Freiwilligkeitsvorbehalt ein klagbarer Anspruch.²¹ Fraglich ist bloss, ob der Übung die Rechtsgeschäfts- oder der Rechtsscheinlehre zu Grunde liegt.²² Das Bundesgericht wendet eindeutig die Rechtsgeschäftslehre und Art. 6 OR an.²³ Soll in der Übung eine konkludente oder stillschweigende Zustimmung zum gekürzten Lohn liegen, versagt die *Rechtsgeschäftslehre*, weil Art. 6 OR auf negative Änderungen keine Anwendung finden darf (siehe oben, ab N 9). Einzüräumen ist indes, dass dies in Deutschland mit gleicher Begründung ebenfalls geschieht.²⁴

b. Rechtsscheinlehre

14 Die *Rechtsscheinlehre* erfasst die *Übung* als Vertrauenstatbestand.²⁵ In den vorliegenden Fällen ist es nicht die *betriebliche*, sondern die *individuelle Übung* als praktiziertes Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und einem einzelnen Arbeitnehmer.²⁶ Aus der Übung erklärt sich der Fokus auf die mehrmalige unwidersprochene Auszahlung und auf die Anwendung auch auf

er den Kläger schon Anfang 1996 am liebsten entlassen hätte. Erstellt ist zudem, dass er ihm am 16. Juli 1996 die Kündigung androhte, wenn er nicht endlich bessere Umsätze bringen würde. Bei dieser Sachlage durfte der Kläger mit vollem Recht davon ausgehen, dass ein Protest gegen die Lohnkürzung postwendend die Kündigung zur Folge gehabt hätte. Es würde zu weit gehen, bei einer solchen Sachlage vom Arbeitgeber [recte: Arbeitnehmer] einen Protest zu verlangen und damit die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auszulösen. Somit bleibt es dabei, dass der Kläger der Lohnreduktion – vorerst – nicht zustimmte, obwohl er den reduzierten Lohn vorbehaltlos entgegengenommen hatte.“

²⁰ Vgl. BGE 123 III 246 ff., 251 f.

²¹ Vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 381 und 389 ff.; vgl. insbesondere BGE 129 III 276 ff., 279 ff., Urteil BGer 4C.364/2004, Erw. 2.2. und Urteil BGer 4C.244/2004, Erw. 2.1.

²² Zu dieser Grundfrage Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 386 ff.

²³ Vgl. statt vieler Urteil BGer 4A_443/2010, Erw. 10.1.4.

²⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 1. August 2001 - 4 AZR 129/00 in NZA 2003, 924 ff., 927, Ziff. 2: „Nach der Rspr. des BAG kann die widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer nach einem Änderungsangebot des Arbeitgebers gem. §§ 133, 157 BGB dann als Annahme der Vertragsänderung angesehen werden, wenn diese sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, nicht hingegen, solange deren Folgen nicht hervortreten (...). Denn nur bei einer unmittelbar eintretenden Änderung im Arbeitsverhältnis hat der Arbeitnehmer Veranlassung, dieser sofort zu widersprechen. Er kann und muss in einem solchen Fall erkennen, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit der angebotenen Vertragsänderung verstanden wird. Setzt er seine Tätigkeit widerspruchslos fort, darf der Arbeitgeber daher dem das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Vertragsänderung entnehmen.“

²⁵ Vgl. Canaris, S. 372 ff., insb. S. 381 ff.

²⁶ Vgl. dazu Canaris, S. 387.

nachteilige Änderungen. Beides wirkt bei Art. 6 OR deplatziert. Die Rechtsscheinlehre sucht eine *heuristische Einfachheit*, die eine Faustregel bieten kann. Deshalb ist es richtig, für die Bejahung der Übung eine bestimmte *Zahl* an Vorgängen zu verlangen. Diese kann man zwar nicht begründen, aber sie schafft Rechtssicherheit und funktioniert aufgrund ihrer Effizienz.²⁷ Die Rechtsscheinlehre kennt die Voraussetzungen des zurechenbaren Rechtsscheins, der Kenntnis des Rechtsscheins, des guten Glaubens, des Vertrauens und der Vertrauensdisposition sowie der Kausalität zwischen Vertrauen und Vertrauensdisposition.²⁸ Die nachteilige Vertrauensdisposition besteht bei der vorbehaltlosen Ausrichtung der Gratifikation im Lebenszuschnitt. Man richtet sich auf das erhaltene Geld ein und rechnet damit, dass der Arbeitgeber es ohne Veränderung der Umstände weiterhin bezahlt.²⁹ Auch bei der Kürzung oder Streichung der *Gratifikation* funktioniert dieser Ansatz grundsätzlich.³⁰ Auf diese Weise kann der Arbeitgeber eine Übung bezahlter Gratifikationen wieder durch eine *gegenläufige Übung* abbuchen. Es stellt sich die Frage, ob dies zur vorliegenden Lohnkürzung passt.

- 15 Der Rechtsschein besteht vorliegend im Anschein einer neuen Rechtslage, auf die der *Arbeitgeber* gutgläubig vertraut und auf die er sich einrichtet, indem er nachteilige Dispositionen trifft, die sich kausal zum Vertrauen verhalten. Die nachteiligen Dispositionen des Arbeitgebers bei einer Kürzung könnte man darin erblicken, dass er von der eigentlich anvisierten Massnahme oder Kündigung absieht. Im Vergleich zur oben beschriebenen grundsätzlich *freiwilligen* Gratifikation, deren Regelung vordergründig eigentlich gar nicht nötig wäre, ist beim Lohn der umgekehrte Fall gegeben – von Freiwilligkeit kann keine Rede sein. Der Lohn ist vertraglich geregelt. Im Unterschied zu den *Arbeitnehmern*, denen die Bitte um vertragliche Absicherung der ursprünglich freiwilligen Gratifikationszahlungen unzumutbar ist, existiert für die *Arbeitgeber* bei Lohnkürzungen keine vergleichbare Hemmschwelle. *Arbeitnehmer* wecken schlafende Hunde, wenn sie um eine vertragliche Absicherung der Gratifikationszahlungen bitten oder gegen eine Kürzung aufbegehren.³¹ *Arbeitgeber* hingegen sollen und können offen thematisieren, wenn sie Kürzungen beabsichtigen.³² Diese Überlegungen passen zur *Subsidiarität der Rechtsscheinlehre*. Die Anwendung der Rechtsscheinlehre rechtfertigt sich nur im Falle der *Unzumutbarkeit vertraglicher Absicherung*.³³ Das *richtige und zumutbare* Verfahren dafür ist die Änderungskündigung.

V. Fazit

- 16 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts verdient keine Zustimmung, schafft trotz ihrer Ungechtigkeit aufgrund der verwirrenden Zeiterfordernisse nicht einmal Rechtssicherheit und verwischt die Konturen des Art. 6 OR. Arbeitgeber können und sollen ihre Interessen mit der Änderungskündigung wahren, die Arbeitnehmern Schutz vor fristlosen oder gar rückwirkenden Änderungen bietet und klare Verhältnisse schafft.

²⁷ Vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 392.

²⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen eingehend Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 39 ff.

²⁹ Vgl. Canaris, S. 388 f.; vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 389 f.

³⁰ Vgl. die Beispiele bei Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 399 f.; vgl. BAG, Urteil vom 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 in NJW 1998, 475 ff. und BAG, Urteil vom 4. Mai 1999 - 10 AZR 290/98 in NZA 1999, 1162 ff., 1163 Erw. 3; bei der *betrieblichen Übung* lässt das Gericht die gegenläufige Übung wegen § 308 Nr. 5 BGB nicht mehr zu, vgl. dazu oben, N 8 und BAG, Urteil vom 25. November 2009 - 10 AZR 779/08 in NZA 2010, 283 ff., 285, Rz. 22 sowie BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 10 AZR 281/08 in NJW 2009, 2475 ff., 2477, Rz. 18 ff.

³¹ Vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 391.

³² Der Arbeitgeber ist der *superior risk bearer*, vgl. dazu Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 395, mit weiteren Hinweisen.

³³ Vgl. Rusch, Rechtsscheinlehre, S. 391 und 394, je mit weiteren Hinweisen. Dieselbe Argumentation schliesst auch die Anwendung der Vertrauenshaftung bei Vertrauen in die freiwillige Erfüllung aus, vgl. Urteil BGer 4A_306/2009, Erw. 5.4.1., Urteil BGer 4A_80/2009, Erw. 2.3. und BGE 133 III 449 ff., 451 f.

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER).
- BIRK ROLF, Der schweigende Arbeitnehmer, in: Martinek Michael/Rawert Peter/Weitemeyer Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin 2010, S. 469 ff.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 16, München 1971.
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD (Hrsg.), Das Recht der europäischen Union, Kommentar, Band IV, 40. A., München 2009 (zitiert: GRABITZ/HILF-VERFASSER).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zitiert: BSK-VERFASSER).
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007.
- REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, Bern 1985 (zitiert: BK-REHBINDER).
- RUSCH ARNOLD F., Rechtsscheinlehre, Habil. Zürich 2010.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, S. 95 ff.