

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 125

Bern, 9. August 2017

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), Oberrichter Hurni und
Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiber Knecht

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Kläger/Beschwerdeführer

gegen

C. _____ **AG**
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Beklagte/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Arbeitsrecht

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Emmen-
tal-Oberaargau vom 20. Februar 2017 (CIV 16 1350)



Regeste:

Art. 322 und 322d OR; Qualifikation einer Sondervergütung als freiwillige Gratifikation oder Lohnbestandteil (E. 10)

Erwägungen:

I.

1.

1.1 Der Arbeitnehmer A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) war vom 2. Februar 1995 bis 31. August 1998 als Aussendienstmitarbeiter bei der Arbeitgeberin C. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) angestellt (Klagebeilage [KB] 8).

1.2 Am 24. Oktober 2003 schlossen die Parteien erneut einen Arbeitsvertrag ab (KB 3). Dieser sah ein Arbeitspensum von 100 % als Verkaufsleiter mit Eintrittsdatum per 2. Februar 2004 vor. In Ziffer 10 des Arbeitsvertrags findet sich folgende Passage:

Gehalt

[...]

Per 31. Dezember wird eine Gratifikation ausbezahlt, sofern zum Zeitpunkt der Auszahlung ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht. Ein Rechtsanspruch auf eine Gratifikation besteht jedoch grundsätzlich nicht.

1.3 In den Jahren 2004, 2005, 2013 und 2014 erhielt der Beschwerdeführer jeweils eine Gratifikation in der Höhe des dazumal aktuellen Monatslohns und in den sieben Jahren dazwischen (2006 bis 2012) jeweils eine den Monatslohn übersteigende Gratifikation ausbezahlt.

1.4 Per 1. Oktober 2015 sollte ein neuer Arbeitsvertrag in Kraft treten (KB 5). Da sich die Parteien über diverse Modalitäten der neuen Arbeitsstelle nicht einigen konnten, kündigte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer auf den 31. Oktober 2015 (KB 6). Eine Gratifikation für das Jahr 2015 wurde dem Beschwerdeführer nicht ausbezahlt.

2.

2.1 Am 18. Mai 2016 reichte der Beschwerdeführer beim Regionalgericht Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Vorinstanz) Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein mit folgendem Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):

Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger als Gratifikation/13. Monatslohn einen Betrag von Fr. 8'375.00 zu bezahlen, dies zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Oktober 2015.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

2.2 Mit Entscheid vom 12. Dezember 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab und verurteilte den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'092.80 zu bezahlen. Gerichtskosten wurden keine erhoben (86 f.).

3.

- 3.1 Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. März 2017 (Postaufgabe gleichentags) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Verurteilung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung einer «Gratifikation»/13. Monatslohn von CHF 8'735.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2015; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (pag. 124 ff.).
- 3.2 In ihrer Beschwerdeantwort schloss die Beschwerdegegnerin auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann, sowie auf Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids (pag. 136 ff.). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 21. April 2017 zur Kenntnis gebracht (pag. 150 f.).

II.

4.

- 4.1 Die Beschwerdeinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Eintretensvoraussetzungen der Beschwerde gegeben sind (Art. 60 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).
- 4.2 Angefochten ist ein im vereinfachten Verfahren ergangener, erstinstanzlicher Entscheid des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem Streitwert unter CHF 10'000.00. Der Entscheid ist damit mit Beschwerde anfechtbar (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 Bst. a ZPO).
- 4.3 Für die Beurteilung der mit Beschwerde weitergezogenen Streitigkeiten sind die Zivilkammern des Obergerichts zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Beurteilung erfolgt durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
- 4.4 Die vorinstanzliche Entscheidungsbegründung wurde dem Beschwerdeführer am 21. Februar 2017 zugestellt (pag. 118). Mit Postaufgabe am 17. März 2017 erfolgte die Beschwerde fristgerecht innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

5.

- 5.1 Die Beschwerdegegnerin rügt in ihrer Beschwerdeantwort eine ungenügende Begründung der Beschwerde und der darin gestellten Rechtsbegehren. Im Beschwerdeverfahren bestehe eine eigentliche Rügepflicht und der gerügte Mangel sei substantiiert zu umschreiben. Der Beschwerdeführer lege einzig in Art. 4 der Beschwerdeschrift auf einigen wenigen Zeilen dar, weshalb er den angefochtenen Entscheid als mangelhaft erachte, ohne eine Trennung zwischen Sachverhalts-

und Rechtsrüge vorzunehmen und anzugeben, wo (an welcher Stelle des angefochtenen Entscheids bzw. der Entscheidungsbegründung) sich die angeblich offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und die angeblich unrichtige Rechtsanwendung befinde. Im Ergebnis rüge der Beschwerdeführer einen einzigen (angeblichen) Mangel, nämlich den Umstand, dass die Vorinstanz nicht beachtet habe, dass die Gratifikation den Monatslohn nie unterschritten habe.

- 5.2 Mit der Beschwerde kann einerseits eine unrichtige Rechtsanwendung und andererseits eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). In der Begründung ist im Einzelnen darzulegen, auf welchen Beschwerdegrund sich der Beschwerdeführer beruft, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet und aus welchen Gründen dieser geändert werden soll, d.h. der Beschwerdeführer hat sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2 und E. 3.4; FREIBURGHaus/AFHELDT, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N. 15 zu Art. 321 ZPO). Zwar gilt wie auch vor erster Instanz im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen («iura novit curia», Art. 57 ZPO), die Rechtsmittelbehörde behandelt aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2015 vom 1. September 2014 E. 5).
- 5.3 Vorliegend geht aus der Beschwerde mit genügender Klarheit hervor, mit welcher vorinstanzlichen Erwägung der Beschwerdeführer nicht einverstanden ist, nämlich mit der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Höhe der Gratifikation keiner objektiven Bestimmbarkeit unterlag und die Beschwerdegegnerin über sämtliche Jahre hinweg ihr Ermessen ausübte (Erwägung Bst. G Ziff. II./3., pag. 111 ff. S. 17 ff. der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung). Der Beschwerdeführer begründet in seiner Beschwerde sodann, weshalb er mit dieser Feststellung nicht einverstanden ist (Ermessen habe nur hinsichtlich des den Monatslohn übersteigenden Betrags bestanden) und welche rechtlichen Schlussfolgerungen daraus aus seiner Sicht zu ziehen sind (Gratifikation sei in der Höhe des Monatslohns zum Lohnbestandteil geworden und damit auch beim gekündigten Arbeitsverhältnis pro rata temporis geschuldet). Damit hat sich der Beschwerdeführer genügend substantiiert mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt und deren angebliche Fehlerhaftigkeit ausreichend umschrieben. Die Anforderungen an die Begründung sind somit erfüllt.
6. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist folglich einzutreten.

III.

7.

- 7.1 Die Vorinstanz gelangte in einem ersten Schritt beweiswürdigend zum Ergebnis, dem Beschwerdeführer sei der Nachweis nicht gelungen, dass die im Anstellungs-

vertrag vom 24. Oktober 2003 als «Gratifikation» bezeichnete und dem Beschwerdeführer in den Jahren 2004 bis 2014 jeweils unter dieser Bezeichnung ausgerichtete Vergütung für die Beschwerdegegnerin selber ein fester Lohnbestandteil gewesen sei.

- 7.2 In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz, ob die als «Gratifikation» bezeichnete Vergütung – durch die vorbehaltlose jahrelange Auszahlung in der Höhe mindestens eines Monatslohns – zu einem fixen Lohnbestandteil wurde.
- 7.2.1 Hierzu erwog die Vorinstanz, die Gratifikation habe nie einen das Jahresgehalt übersteigenden Betrag erreicht, womit der akzessorische Charakter der Gratifikation als Sondervergütung erhalten geblieben sei und in dieser Hinsicht nicht von einem Lohnbestandteil die Rede sein könne. Aufgrund der privilegierten Position des Beschwerdeführers (Mitglied der Geschäftsleitung) und des im Arbeitsvertrag enthaltenen Freiwilligkeitsvorbehalts habe er trotz fehlender Vorbehaltserklärung auf den jeweiligen Dezember-Lohnabrechnungen auch nicht davon ausgehen können, er habe nun grundsätzlich Anspruch auf eine solche Auszahlung. Umso weniger, als es sich um keine Auszahlungen «in unverändertem Umfang» gehandelt habe und die Höhe der Gratifikation keiner objektiven Bestimmbarkeit gefolgt sei.
- 7.2.2 Sofern sich die Rechtsnatur der echten Gratifikation überhaupt verändert haben sollte, hätte sich diese lediglich zu einer unechten Gratifikation umgewandelt, welche zwar dem Grundsatz (ob überhaupt eine Vergütung ausbezahlt werde), nicht aber der Höhe nach bestimmt sei. Eine Metamorphose zur Sondervergütung mit Lohncharakter, bei der sowohl Grundsatz wie auch Höhe fix seien und die Arbeitgeberin über keinerlei Ermessen mehr verfüge, habe jedenfalls nicht stattgefunden. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Beschwerdegegnerin entweder jedes Jahr Vergütungen in der konstanten Höhe eines Monatslohns ausbezahlt hätte oder wenn die Schwankungen in den Auszahlungen nur marginal gewesen wären und man daraus hätte schliessen müssen, die Beschwerdegegnerin variere die Höhe nur mit dem einzigen bzw. primären Zweck, zu verhindern, dass ein fixer Lohnbestandteil daraus werde.
- 7.2.3 Im Gegensatz zur Sondervergütung mit Lohncharakter könnten sowohl echte als auch unechte Gratifikationen mit der Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses verbunden werden, wie dies im Arbeitsvertrag vom 24. Oktober 2003 geschehen sei. Da im Zeitpunkt der Auszahlung der Gratifikation Ende Dezember 2015 kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mehr bestanden habe, komme dem Beschwerdeführer somit im Ergebnis für das Jahr 2015 kein Anspruch auf eine Gratifikation zu; mangels entsprechender Vereinbarung auch nicht «pro rata temporis».

8.

- 8.1 Der Beschwerdeführer anerkennt in seiner Beschwerde, dass ihm der strikte Beweis, wonach die Vergütung auch für die Beschwerdegegnerin einen festen Lohnbestandteil dargestellt habe, nicht gelungen sei.
- 8.2 Hingegen wendet er sich gegen die Ansicht der Vorinstanz, wonach er auch die Eventualvariante gemäss Ziffer 1/ab des Beweisbeschlusses (pag. 52) nicht bewie-

sen habe, nämlich dass die Vergütung durch die vorbehaltlose, jahrelange Auszahlung zu einem Lohnbestandteil geworden sei.

- 8.2.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genüge eine dreimalige, vorbehaltlose Auszahlung einer «Gratifikation», damit die Sondervergütung zu einem festen Lohnbestandteil werde. Vorliegend sei sogar viermal vorbehaltlos eine Gratifikation ausbezahlt worden. Indem die Vorinstanz nicht beachtet habe, dass das Ermessen einzig und allein den Betrag betroffen habe, der über dem Monatslohn liege, habe sie den Sachverhalt offensichtlich falsch wiedergegeben.
- 8.2.2 Nach Treu und Glauben habe er – und im Übrigen jeder Angestellte der Beschwerdegegnerin – davon ausgehen dürfen, dass er Ende Jahr eine Zahlung mindestens in der Höhe eines Monatslohns erhalte. In diesem Umfang sei die «Gratifikation» zu einem Lohnbestandteil geworden, was die Vorinstanz in ihrer rechtlichen Begründung verkenne. Erhalte eine Gratifikation auf diese Weise Lohncharakter, dürfe deren anteilmässige Auszahlung nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses zum massgeblichen Stichtag abhängig gemacht werden.

9.

- 9.1 Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, der Beschwerdeführer habe nie ausgeführt, nach welchen objektiven Kriterien die ihm ausgerichtete Gratifikation jeweils bestimmt worden sei. Somit treffe die vorinstanzliche Feststellung zu, wonach die Höhe der Gratifikation keiner objektiven Bestimmbarkeit, sondern dem Ermessen der Arbeitgeberin unterlegen habe. Von einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung könne somit keine Rede sein, was jedoch für eine Gutheissung der Beschwerde erforderlich sei.
- 9.2 Auch die von der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Qualifikation des von ihr zutreffend festgestellten Sachverhalts sei korrekt, wogegen der Beschwerdeführer seine Auffassung weder auf die Lehre noch die Rechtsprechung stützen könne. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid BGE 129 III 276 einen absolut vergleichbaren Fall beurteilt und sei zum Schluss gekommen, dass es sich bei den dem Arbeitgeber ausgerichteten Zusatzleistungen um eine freiwillige Gratifikation handle. Dass die Höhe der ausgerichteten Beträge mehr als einen Monatslohn betragen habe, habe nicht dazu geführt, dass die Gratifikation im Umfang eines Monatslohns zum Lohnbestandteil geworden sei. Auch im Bundesgerichtsentscheid BGE 139 III 155 habe der Umstand, dass die Gratifikation immer mehr als einen Monatslohn betragen habe, nicht dazu geführt, dass der Gratifikation teilweise Lohncharakter zugesprochen worden sei. Schliesslich erachte es die wohl herrschende Lehre entgegen dem Bundesgericht als zulässig, auch Sondervergütungen mit Lohncharakter mit der Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses zu verbinden.

10.

- 10.1 Da der Beschwerdeführer das Beweisergebnis betreffend die Ziffer 1/aa des Beweisbeschlusses (pag. 52) ausdrücklich anerkennt, ist vor oberer Instanz lediglich zu prüfen, ob die jahrelange, vorbehaltlose Auszahlung der Gratifikation diese zu

einem Lohnbestandteil mit entsprechendem (pro rata) Anspruch seitens des Beschwerdeführers werden liess.

- 10.2 Die Vorinstanz hat diesbezüglich einleitend zutreffend auf die Unterscheidung zwischen echter Gratifikation, unechter Gratifikation sowie Sondervergütung mit Lohncharakter hingewiesen und die sich aus der Qualifikation ergebenden unterschiedlichen Rechtsfolgen dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (vgl. Bst. E Ziff. 1-5, pag. 104 f. S. 10 f. der Entscheidungsbegründung).
- 10.3 Sowohl bei der echten als auch bei der unechten Gratifikation ist die vertragliche Abrede zulässig, wonach die Gratifikation nur bei ungekündigtem Arbeitsverhältnis ausgerichtet wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2008 vom 3. Februar 2009 E. 5.1). Ausschlaggebend und mithin von Bedeutung ist im vorliegenden Fall somit einzig, ob sich die von der Beschwerdegegnerin ausgerichtete (echte oder unechte) Gratifikation über die Jahre zu einer *Sondervergütung mit Lohncharakter* bzw. zu einem *variablen Lohnbestandteil* entwickelt hat. Ist dies der Fall, besitzt der Beschwerdeführer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen pro rata Anspruch an der Sondervergütung für das Jahr 2015 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.1).
- 10.3.1 Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einer gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet. Freiwilligkeit ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe der Sondervergütung ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe der Sondervergütung nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_69/2016 vom 17. August 2016 E. 4.1). Fehlt es an einem Ermessensspielraum des Arbeitgebers, ist nicht von einer Gratifikation, sondern von einem (variablen) Lohnbestandteil auszugehen (BGE 139 III 155 E. 3.3 mit Hinweisen). Dabei ist zu beachten, dass Lehre und Rechtsprechung annehmen, nach dem Vertrauensprinzip gelte eine Gratifikation als vereinbart, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist. Sind unterschiedliche Beträge bezahlt worden, so betrifft die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten ist (sog. unechte Gratifikation). Der Arbeitgeber kann dann unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbaren Kriterien ausrichten (Urteil des Bundesgerichts 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005 E. 2.2 mit Hinweisen). Sind hingegen sowohl der Grundsatz wie auch die Höhe einer Sondervergütung objektiv bestimmbar, stellt dies einen Lohnbestandteil dar (Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2012 vom 26. Februar 2013 E. 3.3 mit Hinweisen).
- 10.3.2 Um den Charakter einer Gratifikation zu wahren, muss diese zudem gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen. Wird ein kleiner Lohn vereinbart und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet, erweist sich diese trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit. Sie wird da-

durch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Wo diese Grenze liegt, lässt sich jedoch nicht mit einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation festlegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 139 III 155 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 131 III 615 E. 5.2). Die Gratifikation muss insgesamt als untergeordnetes Zusatzgeld erscheinen und zum übrigen Lohn hinzutreten, d.h. sie darf nicht das Hauptentgelt darstellen.

- 10.4 Vorliegend erhielt der Beschwerdeführer in den Jahren 2004, 2005, 2013 und 2014 jeweils eine Gratifikation in der Höhe seines aktuellen Monatslohns und in den sieben Jahren dazwischen (2006 bis 2012) jeweils eine den Monatslohn übersteigende Gratifikation ausbezahlt. Die Höhe der Gratifikation variierte dabei von CHF 7'500.00 (2004 und 2005) bis CHF 15'200.00 (2009), wobei die Gratifikation anders als der Monatslohn nicht kontinuierlich bis 2015 anstieg, sondern bereits 2009 ihren Höchststand erreichte. Eine Gegenüberstellung von Monatslohn und Gratifikation (inkl. Verhältnis und reale Veränderung zum Vorjahr) präsentiert sich wie folgt:

Jahr	Monatslohn	Gratifikation	Verhältnis	Veränderung
2004	CHF 7'500.00	CHF 7'500.00	100 %	
2005	CHF 7'500.00	CHF 7'500.00	100 %	CHF 0.00
2006	CHF 7'700.00	CHF 10'000.00	130 %	+ CHF 2'500.00
2007	CHF 7'700.00	CHF 10'000.00	130 %	CHF 0.00
2008	CHF 8'700.00	CHF 12'000.00	138 %	+ CHF 2'000.00
2009	CHF 8'700.00	CHF 15'200.00	175 %	+ CHF 3'200.00
2010	CHF 9'500.00	CHF 12'700.00	134 %	- CHF 2'500.00
2011	CHF 9'500.00	CHF 14'250.00	150 %	+ CHF 1'550.00
2012	CHF 10'000.00	CHF 13'300.00	133 %	- CHF 950.00
2013	CHF 10'000.00	CHF 10'000.00	100 %	- CHF 3'300.00
2014	CHF 10'000.00	CHF 10'000.00	100 %	CHF 0.00
2015	CHF 10'050.00	-		

- 10.5 Aus der tabellarischen Gegenüberstellung von Monatslohn und Gratifikation über die gesamte Anstellungszeit hinweg geht hervor, dass sich die Höhe der Gratifikation sowohl absolut wie auch relativ (in Bezug auf den Monatslohn) laufend verän-

derte; dies sowohl nach oben wie nach unten. Ein Schema, anhand dessen sich die Gratifikation jeweils bereits im Voraus basierend auf dem aktuellen Monatslohn hätte berechnen lassen, ist nicht erkennbar. Der Beschwerdeführer selbst vermochte ebenfalls keine objektiven Kriterien zu nennen, anhand deren die Höhe der Gratifikation objektiv bestimmbar gewesen wäre. Die Geschäftsergebnisse der Beschwerdegegnerin sind nicht aktenkundig, was einen Vergleich mit diesen Zahlen von vornherein verunmöglicht.

- 10.6 Gemäss den Aussagen von E._____ beruhte die Höhe der Gratifikation auf verschiedenen Bestandteilen, namentlich auf dem Betriebsergebnis, dem Tagebuch des Mitarbeiters und einer «rechte[n] Portion Willkür» seinerseits (pag. 61 Z. 27 ff.). Die Gratifikation habe als Motivation für das kommende Jahr gelten sollen und sei in der Geschäftsleitung entschieden worden (pag. 61 Z. 32 ff.). Damit übereinstimmend sagte F._____ aus, es sei zum Teil das Gremium der Geschäftsleitung und zum Teil Herr E._____ selber gewesen, der die Höhe der Gratifikation bestimmt habe (pag. 69 Z. 1 ff.). Es habe keine Mindesthöhe der Gratifikation gegeben. Die Gratifikationen seien im Rahmen des Geschäftsergebnisses festgesetzt worden (pag. 69 Z. 19 ff.). Der Beschwerdeführer, der selbst im Gremium der Geschäftsleitung sass, erklärte die variierende Höhe der Gratifikationen damit, dass teilweise noch Sonderleistungen oder besonders gute Leistungen im Sinne eines Bonussystems honoriert worden seien (pag. 58 Z. 18 ff. und pag. 59 Z. 4 f.). Hinsichtlich dieser Sonderleistungen müsste man in den Qualifikationsnachweisen nachsehen und den Schlüssel auftreiben, wie dies berechnet worden sei; so könne er dies aber nicht sagen (pag. 58 Z. 36 ff.). Diesen Aussagen lässt sich entnehmen, dass die Höhe der Gratifikation mitunter von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch die Beschwerdegegnerin bzw. durch E._____ abhängig war. Offenbar fand keine starre Berechnung der Gratifikation statt, sondern war deren Höhe von mehreren, teils subjektiv geprägten Faktoren abhängig. Die Beschwerdegegnerin verfügte somit insgesamt über einen Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Höhe der Gratifikation, weshalb die an den Beschwerdeführer ausgerichtete, in ihrer Höhe jeweils variierende Gratifikation – ungeachtet ihrer Typisierung als echte oder unechte Gratifikation – keine Sondervergütung mit Lohncharakter darstellt.
- 10.7 An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die von der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer ausgerichtete Gratifikation jeweils mindestens die Höhe des aktuellen Monatslohns erreichte. Gratifikationen erreichen oder übersteigen regelmässig den Betrag eines Monatslohns. Dies alleine führt jedoch noch nicht dazu, dass diese im Umfang des Monatslohns den Charakter eines Lohnbestandteils erhalten und der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben – entgegen der vertraglichen Regelung – von einem stillschweigend vereinbarten «Mindestanspruch» ausgehen darf. Dass die Beschwerdegegnerin selbst von einem 13. Monatslohn ausging, wurde vorinstanzlich als nicht erwiesen erachtet und vom Beschwerdeführer oberinstanzlich nicht mehr geltend gemacht (vgl. E. 7.1 und 8.1 oben). Massgebend ist in dieser Hinsicht vielmehr, ob die Gratifikation gegenüber dem Lohn trotzdem akzessorisch bleibt und ihr im Rahmen der Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung zukommt. Ist dies nicht der Fall, ist die Gratifikation zumindest teilweise als Lohnbestandteil zu qualifizieren (vgl. E. 10.3.2 oben).

- 10.8 Vorliegend bezog der Beschwerdeführer im letzten Jahr seiner Anstellung bei der Beschwerdegegnerin einen Bruttolohn von monatlich CHF 10'050.00, was einem Jahreseinkommen von rund CHF 120'000.00 entspricht. Bei einem solch hohen Einkommen kann nicht mehr von einem «bescheidenen Einkommen» («salaire modeste») im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesprochen werden, bei dem bereits ein geringer Betrag den Charakter eines variablen Lohns haben kann. Vielmehr ist dieses Gehalt bei den mittleren Einkommen («revenus moyens») einzuordnen (vgl. BGE 131 III 615 E. 5.2 und BGE 129 III 276 E. 2.1). Die im vorliegenden Fall ausgerichtete Gratifikation erreichte dabei in keinem Jahr mehr als 15 % des Jahreslohns (höchster Anteil: Jahreslohn 2009: CHF 104'400.00, Gratifikation 2009: CHF 15'200.00). Bei einem mittleren Einkommen von etwas mehr als CHF 100'000.00 ist eine Gratifikation von maximal 15 % des Jahresgehalts noch als klar untergeordnetes Zusatzgeld zu betrachten. Der akzessorische Charakter der Gratifikation wurde damit aber gewahrt resp. nicht aufgehoben.
11. Nach dem Gesagten handelt es sich bei den von der Beschwerdegegnerin ausgerichteten Sondervergütungen um (zumindest teilweise bzw. in der Höhe) freiwillige Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR, weshalb der Beschwerdeführer – wie vertraglich vereinbart – keinen pro rata Anspruch für das Jahr 2015 besitzt. Der vorinstanzliche Entscheid ist folglich zu bestätigen und die dagegen erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers abzuweisen.

IV.

12.

- 12.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer als unterliegende Partei kostenpflichtig (sog. Unterliegerprinzip; Art. 106 Abs. 1 ZPO).
- 12.2 Gemäss Art. 114 Bst. c ZPO werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 keine Gerichtskosten gesprochen. Die in Art. 114 ZPO festgelegte Kostenlosigkeit gilt auch in kantonalen Rechtsmittelverfahren (STERCHI, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 10 zu Art. 113 und 114 ZPO). Auf die Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren ist daher zu verzichten.
- 12.3 Die Kostenlosigkeit umfasst jedoch ausschliesslich die Gerichtskosten. Parteientschädigungen sind dagegen auf Antrag auch in kostenlosen Entscheidungsverfahren der anspruchsberechtigten Partei zuzusprechen (STERCHI, a.a.O., N. 5 zu Art. 113 und 114 ZPO).

13.

- 13.1 Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO und Art. 5 ff. der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]), wobei sich der Tarifrahmen nach Art. 5 Abs. 1 PKV anhand des Streitwerts bemisst. In Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV, soweit die Parteivertretung im Rechtsmittelverfahren vom bisherigen Anwalt wahrgenommen wird (Art. 7 PKV). Innerhalb des Rahmen-

tarifs ist der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses festzusetzen (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

- 13.2 Im vorliegenden Fall handelt es um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von CHF 8'375.00. Bei einem Streitwert zwischen CHF 8'000.00 und CHF 20'000.00 beträgt das Honorar in erstinstanzlichen Verfahren zwischen CHF 1'500.00 bis CHF 7'900.00 (Art. 5 Abs. 1 PKV). Im Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV, d.h. vorliegend maximal CHF 3'950.00 (50 Prozent von CHF 7'900.00; Art. 7 Abs. 1 PKV).
- 13.3 Rechtsanwalt D._____ macht in seiner Honorarnote vom 3. August 2016 für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von CHF 3'950.00 und Auslagen von CHF 43.60 geltend, ausmachend total CHF 3'993.60. Das geltend gemachte Honorar entspricht damit dem maximalen Honorar gemäss Verfahrenskostendekret bei einem Streitwert zwischen CHF 8'000.00 und 20'000.00 (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VKD). Unter Berücksichtigung, dass der Streitwert am unteren Ende des Streitwertrahmens liegt (CHF 8'375.00), kein übermässiger Zeitaufwand erforderlich war (eine Rechtsschrift, kein grosser Aktenumfang), die Bedeutung der Streitsache höchstens als durchschnittlich bezeichnet werden kann, der Streitgegenstand eng gefasst war (Qualifikation der Sondervergütung) und der Prozess darüber hinaus keine besonderen Schwierigkeiten bot, erscheint das geltend gemachte Honorar von CHF 3'950.00 als zu hoch. Da es sich insgesamt um ein durchschnittliches Beschwerdeverfahren handelt, ist das Honorar auf CHF 2'400.00 herabzusetzen (Mittelwert von CHF 750.00 und CHF 3'950.00). Die geltend gemachten Auslagen von CHF 43.60 sind hingegen zuzusprechen. Die Mehrwertsteuer ist nicht zu entschädigen, da die Beschwerdegegnerin mehrwertsteuerpflichtig ist und damit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann.
- 13.4 Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin für des Beschwerdeverfahren folglich eine Parteientschädigung von CHF 2'443.60 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'443.60 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - den ParteienMitzuteilen:
 - der Vorinstanz

Bern, 9. August 2017

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Apolloni Meier

Der Gerichtsschreiber:

Knecht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) oder, falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Beide Beschwerden müssen den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. In der Verfassungsbeschwerde ist darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt sind (Art. 116 und 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Gegebenenfalls ist in der Begründung auszuführen, warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Wird sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind die Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 BGG). Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt weniger als CHF 15'000.00.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.