



**Kantonsgericht von Graubünden  
Dretgira chantunala dal Grischun  
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:  
ZK2 09 4

Chur, 21. April 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

## **Urteil**

### **II. Zivilkammer**

Vorsitz            Hubert  
RichterInnen    Bochsler und Michael Dürst  
Redaktion        Aktuarin ad hoc Fischer

In der zivilrechtlichen Berufung

des Dr. med. Y., Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur.  
Mauro Lardi, Reichsgasse 65, 7002 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 21. Oktober 2008, mitgeteilt am 19. Ja-  
nuar 2009, in Sachen des Klägers und Berufungsklägers gegen PD Dr. med. X.,  
Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marc Brei-  
tenmoser, Martinsplatz 8, 7002 Chur,

betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag.

hat sich ergeben:

A. PD Dr. med. X. führte zusammen mit seiner Ehefrau, Dr. med. A., zwei Augenarztpraxen in B. und C.. Nachdem die Ehefrau die gemeinsamen Praxen im Sommer 2006 verlassen hatte, stellte PD Dr. med. X. Dr. med. Y. per 15. September 2006 als Spezialarzt für Ophthalmologie FEBO ein. Am 11. Oktober 2006 unterzeichneten die Parteien den von Dr. med. Y. verfassten schriftlichen Arbeitsvertrag und vereinbarten einen fixen Lohnanteil von brutto Fr. 10'000.-- und einen variablen Lohnanteil abhängig von dem in der eigenen Sprechstunde erzielten Umsatz, wobei die Abrechnung und Auszahlung monatlich zu erfolgen hatte. Des Weiteren sah der Vertrag eine anteilmässige Entschädigung für die ärztlichen und technischen Leistungen von Dr. med. Y. bei Operationen vor.

B. Mit Schreiben vom 9. Mai 2007 löste PD Dr. med. X. das Arbeitsverhältnis mit Dr. med. Y. per 31. August 2007 auf. Am 29. Juni 2007 teilte Dr. med. Y. seinem Arbeitgeber in einem Gespräch mit, dass er einer Freistellung per 30. Juni 2007 zustimmen würde. PD Dr. med. X. hielt jedoch an der Einhaltung der Kündigungsfrist fest. Mit Schreiben vom 30. Juni 2007 machte Dr. med. Y. seinen Arbeitgeber darauf aufmerksam, dass sein Lohn gemäss Arbeitsvertrag per Ende des jeweiligen Monats fällig sei und setzte ihm eine Frist bis zum 6. Juli 2007, um den fälligen Lohn mit sämtlichen Lohnbestandteilen zu überweisen. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist, kündigte er die unverzügliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses an. In der Folge überwies Dr. med. Y. den Fixlohn für den Monat Juni 2007 am 4. Juli 2007 und den variablen Lohn für den Monat Mai 2007 am 6. Juli 2007. Die Zahlung des variablen Lohnes für den Monat Juni 2007 entrichtete der Arbeitgeber nicht innert der gesetzten Frist. Ausserdem waren die Entschädigungen für die Beteiligung an Operationen ausstehend. Als Reaktion darauf kündigte Dr. med. Y. die Arbeitsstelle fristlos und teilte PD Dr. med. X. am 8. Juli 2007 telefonisch mit, dass er definitiv nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde.

C. Am 1. Oktober 2007 instanzierte Dr. med. Y. beim Vermittleramt des Kreises B. gegen PD Dr. med. X. eine Klage betreffend Forderungen aus dem Arbeitsvertrag. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung erstellte der Vermittler am 5. Dezember 2007 einen Leitschein mit folgendem klägerischen Rechtsbegehren:

- „1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 22'790.85 nebst 5 % Zins auf Fr. 19'990.85 seit 9. Juli 2007 und 5 % Zins auf Fr. 2'800.-- seit 28. September 2007 zu bezahlen.*
- 2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger das FMH-Zeugnis sowie ein Arbeitszeugnis auszustellen.*
- 3. Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.“*

D. Mit Prozesseingabe vom 24. Dezember 2007 prosequierte der Kläger die Klage frist- und formgerecht an das Bezirksgericht Plessur. Dabei reduzierte er sein Rechtsbegehren auf Bezahlung von Fr. 22'468.40 nebst 5% Zins auf Fr. 19'668.40 seit 9. Juli 2007 und 5% Zins auf Fr. 2'800.-- seit 28. September 2007. Zudem zog er die Ziffer 2 seines Rechtsbegehrens zurück. Der Beklagte beantragte in seiner Prozessantwort vom 17. März 2008 die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer, zulasten des Klägers.

E. Am 14. Mai 2008 fand vor dem Bezirksgerichtspräsidenten Plessur in Anwesenheit der beiden Rechtsvertreter eine Referentenaudienz statt. In der Folge schlossen die Parteien zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens am 29. Mai 2008 eine Vereinbarung mit folgendem Inhalt ab:

- „1. Sofern das Gericht zum Schluss gelangen sollte, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger ungerechtfertigt erfolgt ist, anerkennt der Kläger, dass dem Beklagten eine verrechenbare Gegenforderung in der Höhe der vom Gericht anerkannten klägerischen Forderung zusteht. Die Klage wäre demgemäss vollumfänglich abzuweisen und die Parteien wären in Bezug auf die in den Rechtsschriften geltend gemachten Forderungen per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt.*
- 2. a) Sollte demgegenüber das Gericht zum Schluss gelangen, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger gerechtfertigt erfolgt ist, wird – ohne Anerkennung des Bestandes der eingeklagten Lohnforderungen durch den Beklagten – die Höhe der einzelnen Lohnpositionen gemäss den Berechnungen in der Prozesseingabe vom 24.12.2007 festgelegt, so dass das Gericht nur noch über den Bestand der fraglichen Lohnforderungen zu entscheiden hat.*  
*b) Sollte dabei der Anspruch auf die Entschädigung an den Operationen nicht zugesprochen werden, so ist der Ferienentschädigungsanspruch des Klägers, sofern dieser zugesprochen wird, von CHF 8'004.-- auf CHF 7'760.-- herabzusetzen.*
- 3. Als Folge dieser Vereinbarung wird auf die Durchführung der vom Beklagten in der Prozessantwort vom 17.03.2008 beantragten Expertise verzichtet. Der Kläger verzichtete weiter auf die in der Prozesseingabe vom 24.12.2007 gestellten Editionsbegehren III. C 1., 2. + 4.. Zudem werden alle bisher genannten Zeugen fallengelassen, mit Ausnahme von Frau D. und Frau E..“*

F. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Plessur fand am 21. Oktober 2008 statt. Mit Urteil vom 21. Oktober 2008, mitgeteilt am 19. Januar 2009, erkannte das Bezirksgericht Plessur was folgt:

- „1. Die Klage wird abgewiesen.*
- 2. Es wird von der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 29. Mai 2008 Vormerk genommen, worin in Ziffer 1 festgehalten wird, dass die Parteien*

*in Bezug auf die in den Rechtsschriften geltend gemachten Forderungen per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt sind.*

3. *Die Kosten des Bezirksgerichtes Plessur von CHF 7'522.80 (Gerichtsbühren CHF 6'000.00, Schreibgebühren CHF 593.00, Bargebühren CHF 479.80, Streitwertzuschlag CHF 450.00) gehen zu Lasten der Gerichtskasse.*

*Y. wird verpflichtet, X. mit CHF 12'965.95 (inkl. Barauslagen und 7.6% MWST) ausseramtlich zu entschädigen.*

4. *(Mitteilung).“*

G. Gegen dieses Urteil liess Dr. med. Y. am 29. Januar 2009 die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären, mit den folgenden Rechtsbegehren:

*„1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Plessur vom 21.10.2008, mitgeteilt am 19.01.2009, sei aufzuheben und die Klage vom 28.09.2007 sei vollumfänglich gutzuheissen.*

*2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 15'094.65 zu bezahlen.*

*3. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge im Berufungsverfahren zu Lasten des Beklagten.“*

H. An der mündlichen Berufungsverhandlung vom 21. April 2009 bestätigte der Rechtsvertreter von Dr. med. Y. die schriftlichen Berufungsbegehren. PD Dr. med. X. liess demgegenüber beantragen, es sei die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben, so dass sich dieses als in der Sache legitimiert erklärte.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteivertreter zur Begründung ihrer Rechtsbegehren wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Die beiden Rechtsanwälte gaben überdies schriftliche Ausfertigungen ihrer Vorträge zu den Akten.

### **Die II. Zivilkammer zieht in Erwägung:**

1. Bezirksgerichtliche Urteile im Sinne von Art. 19 ZPO, seien sie in vermögensrechtlichen (Ziff. 1) oder nicht vermögensrechtlichen Streitsachen (Ziff. 2) ergangen, können gemäss Art. 218 Abs. 1 ZPO mit Berufung bei der Zivilkammer des Kantonsgerichtes angefochten werden. Bei Ersteren muss der erforderliche Streitwert (höher als Fr. 8000.00) im Zeitpunkt der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils noch vorhanden sein (vgl. PKG 1994 Nr. 15). Das angefochtene Urteil des Bezirks-

gerichts Plessur betrifft eine vermögensrechtliche Streitigkeit von mehr als Fr. 8'000.--, so dass der erforderliche Berufungsstreitwert erreicht ist. Da das Rechtsmittel überdies innert Frist ergriffen wurde und die Weiterzugserklärung den gesetzlichen Formerfordernissen entspricht (Art. 219 Abs. 1 ZPO), ist darauf einzutreten.

2. Aus den Akten geht hervor, dass beide Parteien übereinstimmend davon ausgehen, dass zwischen dem Berufungskläger und dem Berufungsbeklagten ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR bestand. Am 8. Juli 2007 löste der Berufungskläger das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Gegenstand der vorliegenden Berufung bildet lediglich die Frage, ob die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer zu Recht erfolgt ist. Ist dies zu verneinen, so ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen. Für diesen Fall hat nämlich der Berufungskläger mit Vereinbarung vom 29. Mai 2008 anerkannt, dass seiner Forderung eine verrechenbare Gegenforderung des Berufungsbeklagten in gleicher Höhe gegenüberstehe. Im Falle einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung wäre in einem zweiten Schritt über den Bestand der einzelnen Forderungspositionen zu entscheiden.

3.a) Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf; hierüber entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 2 und 3 OR). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehre stellen hohe Anforderungen an die Schwere des wichtigen Grundes. Nur besonders schwere Pflichtverletzungen rechtfertigen eine fristlose Kündigung. Bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen liegt ein Grund nur vor, wenn diese trotz Verwarnung wiederholt vorkamen. Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses immer dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint. Die fristlose Kündigung ist erst zulässig, wenn einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten. Hinzu kommt, dass im gekündigten Arbeitsverhältnis praxisgemäss strengere Anforderungen zu stellen sind, bis die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angenommen wird. Die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ist ein Notventil und ist als solches zurückhaltend zu handhaben. Sie soll Ausnahmecharakter haben (vgl. zum Ganzen BGE 116 II 142; 117 II 560; 130 III 213 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2005 [4C.246/2005]; Staehelin, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2c, 3.

Aufl., Zürich 1996, N 3 f. zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 2 f. zu Art. 337 OR).

b) Im vorliegenden Fall hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber am 8. Juli 2007 mitgeteilt, dass er definitiv nicht mehr zur Arbeit kommen werde. Somit hat er das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Als Grund für sein Verhalten gab er an, dass der Arbeitgeber trotz vorgängiger Aufforderung unter Androhung einer fristlosen Kündigung seiner Lohnzahlungspflicht nicht innert der anberaumten Frist nachgekommen sei. Auch verwies er (erstmalig in der Prozesseingabe) ergänzend auf angebliche weitere Pflichtverletzungen des Arbeitgebers. Der Berufungsbeklagte hingegen bestreitet, seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt zu haben. Es treffe zu, dass einzelne Vorkommnisse zu Irritationen zwischen den Parteien geführt hätten. Die Unstimmigkeiten seien allerdings auf das Verhalten des Berufungsklägers zurückzuführen. Eine tiefgreifende Zerstörung der Vertrauensgrundlage unter den Parteien habe aber nicht vorgelegen. Seiner Lohnzahlungspflicht sei er stets nachgekommen und auch ein Verzug müsse verneint werden.

c) Gemäss geltender Lehre und Rechtsprechung kann die erhebliche Verletzung der Lohnzahlungspflicht einen wichtigen Grund darstellen, der eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Erforderlich ist ein wiederholter Verzug oder eine beharrliche Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung, so dass dem Arbeitnehmer als letztes Mittel nur die fristlose Kündigung bleibt (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 337 OR und N 3 zu Art. 323 OR; Portmann in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 7 zu Art. 323 OR; Rehbindler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI 2/2/2, Bern 1992, N 10 zu Art. 337 OR). Der wichtige Grund ist immer in einer zweistufigen Prüfung zu ermitteln. Zum einen muss der Grund an sich geeignet sein, eine ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen, d. h. er muss einen typischen Kündigungssachverhalt – wie beispielsweise die erhebliche Verletzung der Lohnzahlungspflicht – betreffen. Zum anderen sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und zusammen mit den Interessen der Vertragsparteien vollständig und widerspruchsfrei zu würdigen und abzuwägen (Rehbindler, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR). Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob der Berufungsbeklagte seine Lohnzahlungspflicht verletzt hat, und im Bejahungsfall, ob diese Verletzung in casu die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigte. Bei der Überprüfung der geltend gemachten Verletzung der Lohnzahlungspflicht geht es einzig um den fixen und den variablen Lohnbestandteil. Die ebenfalls vertraglich vereinbarte Entschädigung für Operationen kann keinesfalls Grund für die fristlose Kündigung gewesen

sein, da diese vom Arbeitnehmer während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses nie eingefordert wurde. Der Berufungskläger hatte auf deren Auszahlung verzichtet (Zeugenaussage E., S. 6 Ziff. 5; Plädoyer Berufungskläger S. 14).

ca) Gestützt auf Art. 323 Abs. 1 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jeden Monats auszurichten, soweit nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind. Demnach haben die Parteien die Möglichkeit durch Abrede oder Übung beliebige Zahlungstermine festzulegen. Gemäss Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien vorliegend eine Entlohnung bestehend aus einem fixen und einem variablen Lohnanteil sowie eine Entschädigung für Operationen. Es wurde festgehalten, dass die Abrechnung und Auszahlung monatlich zu erfolgen haben. Der Berufungsbeklagte machte geltend, die Zahlungen seien entsprechend der zwischen den Parteien gehandhabten Usanz ausgerichtet worden. Danach sei der fixe und insbesondere der variable Lohnbestandteil immer erst im Laufe des Folgemonats bzw. manchmal sogar erst zwei Monate später ausgerichtet worden, zumal sich letzterer auf die jeweiligen Umsatzzahlen stütze. Dies sei vom Berufungskläger nie beanstandet oder bemängelt worden und er sei damit gar ausdrücklich einverstanden gewesen. Der Berufungskläger behauptet seinerseits, die Parteien hätten eine klare und unzweideutige vertragliche Vereinbarung über den Zeitpunkt der jeweiligen Lohnzahlungen getroffen. Von November 2006 bis März 2007 habe sich die Praxis durchgesetzt, dass der variable Lohn wie auch der Fixlohn zu Beginn des Folgemonates ausbezahlt worden sei. Die Umsatzbeteiligungen seien just nachdem der Berufungsbeklagte das Arbeitsverhältnis aufgelöst hatte, verspätet ausbezahlt worden. Erst nach Eintreten von Zahlungsschwierigkeiten des Berufungsbeklagten zu Beginn des Jahres 2007, habe er sich bereit erklärt, vorläufig auf die sofortige Zahlung der variablen Lohnbestandteile zu verzichten. Diese Konzession, die offensichtlich eine Abweichung der klaren vertraglichen Regelung darstelle, habe er nach der Kündigung widerrufen, da er keinen Grund mehr gehabt habe, die Konzession aufrecht zu erhalten.

cb) Im Arbeitsvertrag wurde hinsichtlich des Auszahlungstermins keine Unterscheidung zwischen fixem und variablem Lohnanteil gemacht, sondern es wurde für beide Fälle vereinbart, dass die Abrechnung und Auszahlung monatlich zu erfolgen habe. Des Weiteren wurde im Vertrag für die Abrechnung auf das Modell des früheren Arbeitgebers des Berufungsklägers, namentlich auf die Abrechnungen der Monate April und Mai 2005 verwiesen. Aus letzteren (KB 4 und 5) ergeht, dass der fixe und variable Lohn jeweils zusammen abgerechnet wurde. Auch wenn diese Abrechnungen kein Datum enthalten, ist davon auszugehen, dass die Auszahlungen spätestens anfangs des Folgemonates erfolgt sind, zumal für den fixen Lohnanteil

kein Grund für ein weiteres Zuwarten bestand. Daraus lässt sich schliessen, dass die Parteien im Arbeitsvertrag zumindest sinngemäss vereinbart haben, dass sowohl der fixe als auch der variable Lohnbestandteil jedenfalls auf Beginn des Folgemonates ausbezahlt werden. Dass dies auch tatsächlich möglich war, insbesondere auch der variable Lohnanteil bereits zu Beginn des Folgemonates berechnet werden konnte, zeigen die Lohnzahlungen der Monate November 2006 bis März 2007.

Da somit von einem vertraglich vereinbarten Zahlungstermin auszugehen ist, kommt – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – die gesetzliche Regelung von Art. 322a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 323 Abs. 3 OR, wonach ein Anteil am Geschäftsergebnis auszurichten ist, sobald dieses festgestellt ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres, nicht zur Anwendung. Selbst wenn nicht von einem vereinbarten Zahlungstermin auszugehen wäre, würde die Norm in casu nicht zur Anwendung gelangen. Art. 322a OR regelt den Anteil am Geschäftsergebnis, worunter auch eine Umsatzbeteiligung fällt. Der Anteil am Geschäftsergebnis bestimmt sich nach dem Gesamterfolg des Unternehmens (Portmann, a.a.O., N 1 und 3 zu Art. 322a OR). Vorliegend haben die Parteien aber nicht eine Beteiligung am Gesamterfolg des Unternehmens vereinbart. Der variable Lohn resp. die Umsatzbeteiligung von Dr. med. Y. bezieht sich ausschliesslich auf seinen in der eigenen Sprechstunde erzielten Umsatz. Von einer Beteiligung am gesamten Umsatz der Praxis X./Y. und somit am Unternehmen ist jedoch keine Rede.

cc) Bei einem Vergleich der Zahlungseingänge betreffend den variablen Lohn fällt auf, dass die Zahlungen – entgegen der vertraglichen Vereinbarung – zu Beginn und am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht in den ersten Tagen des Folgemonates vorgenommen worden sind. Jene für die Monate November 2006 bis März 2007 sind hingegen immer zu Beginn des Folgemonates entrichtet worden. Es drängt sich daher die Frage auf, ob die Parteien nachträglich andere als durch den Vertrag festgelegte Zahlungsmodalitäten vereinbart haben. Wie der Berufungskläger glaubhaft dargelegt hat, können die verspäteten Auszahlungen des variablen Lohnanteils für die Monate September und Oktober 2006 auf die anfänglich etwas umständliche Erfassung der Arbeitsleistungen des Berufungsklägers (vor Einführung der neuen Software Eyesoft) zurückgeführt werden und dienen nicht als Grundlage. Es gilt somit lediglich auf die Zahlungen ab November 2006 abzustellen, wobei von den sieben geleisteten Zahlungen lediglich die letzten beiden nicht zu Beginn des Folgemonates erfolgt sind. Die letzten beiden „verspäteten“ Zahlungen und das Angebot des Berufungsklägers zu Beginn des Jahres 2007, wonach mit der Auszahlung des variablen Lohnanteils jeweils zugewartet werden könne, bis alle dringenden Rech-

nungen bezahlt seien (vgl. Zeugeneinvernahme von E. vom 18. August 2008, S. 4), lassen darauf schliessen, dass die Parteien tatsächlich im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses neue Zahlungsmodalitäten vereinbart haben. Nach Erhalt der Kündigung im Mai 2007 hat der Berufungskläger aber zu erkennen gegeben, dass er von nun an die vertragskonforme Bezahlung aller Lohnbestandteile verlange. Die Zeugin E. bestätigt mit ihrer Aussage, wonach Dr. med. Y. kaum nach Erhalt der Kündigung die ausstehenden Lohnzahlungen verlangt und in der Folge zwei- bis dreimal reklamiert habe (vgl. Zeugeneinvernahme von E. vom 18. August 2008, S. 5), dass der Berufungskläger sein entgegenkommendes Angebot betreffend dem Zahlungstermin des variablen Lohnanteils zurückgezogen hat. Das Verhalten des Berufungsklägers kann aufgrund der gegebenen Umstände auch nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden, zumal der Berufungsbeklagte in den Monaten vor der Kündigung, mit Ausnahme des Monats April, gar keinen Gebrauch von der Möglichkeit der verzögerten Auszahlung gemacht hat.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Berufungskläger nach Auftreten der Zahlungsschwierigkeiten wohl bereit war, auf die vertragsgemässe Zahlung des variablen Lohnanteils zu verzichten, dieses Angebot jedoch nach Erhalt der Kündigung im Mai 2007 rechtmässig zurückgezogen hat. Demnach hatte der Berufungsbeklagte zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung sowohl den fixen als auch den variablen Lohnanteil jeweils in den ersten Tagen des Folgemonates zu entrichten.

cd) Als Dr. med. Y. seinen Arbeitgeber am 30. Juni 2007 aufforderte, den fälligen Lohn mit sämtlichen Lohnbestandteilen bis zum 6. Juni 2007 zu bezahlen, waren der Fixlohn für den Monat Juni 2007, sowie die variablen Löhne der Monate Mai und Juni 2007 ausstehend. PD Dr. med. X. bezahlte sodann den Fixlohn für den Monat Juni 2007 und den variablen Lohnanteil für den Monat Mai 2007. Den variablen Lohnanteil für den Monat Juni 2007 entrichtete er jedoch nicht innert der bis zum 6. Juli 2007 angesetzten Frist. Zur Begründung stützte sich PD Dr. med. X. auf den durch den Berufungskläger im Juni 2007 geleisteten Militärdienst und die damit verbundene EO-Abrechnung. Da die EO-Abrechnung im vorliegenden Fall jedoch in keinem Zusammenhang mit der Ermittlung des Umsatzes und damit mit der Berechnung des variablen Lohnanteils steht, vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Auch die Begründung, die Berechnung des variablen Lohnanteils nehme jeweils einige Zeit in Anspruch und könne erst nach Vorliegen der Umsatzzahlen vorgenommen werden, ist nicht stichhaltig. So war es dem Berufungsbeklagten doch in den Monaten November 2006 bis März 2007 möglich, den variablen Lohnanteil jeweils auf Anfang des Folgemonats zu entrichten. Andere Gründe,

warum er den variablen Lohn des Monats Juni 2007 nicht vertragsgemäss – also zu Beginn des Folgemonats und damit innert der vom Berufungskläger gesetzten Frist – bezahlt hat, bringt der Berufungsbeklagte nicht vor. Nach dem Gesagten kann somit festgehalten werden, dass PD Dr. med. X. seine Lohnzahlungspflicht verletzt hat. In einem zweiten Schritt gilt es nun zu prüfen, ob diese Verletzung der Lohnzahlungspflicht die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermag.

d) Wie bereits ausgeführt (siehe vorne Erw. 3.c), stellt die Verletzung der Lohnzahlungspflicht einen wichtigen Grund dar, der eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, wenn ein wiederholter Verzug oder eine beharrliche Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung vorliegt. Des Weiteren sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und zusammen mit den Interessen der Vertragsparteien vollständig und widerspruchsfrei zu würdigen und abzuwägen. So ist u.a. in Betracht zu ziehen, wie lange der Kündigende andernfalls an das Arbeitsverhältnis gebunden wäre. Je eher das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder ordentliche Kündigung enden würde, desto eher ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu verneinen. Das gilt besonders dann, wenn ohnehin bereits die Frist einer vorangegangenen ordentlichen Kündigung läuft (Rehbinder, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR).

da) Der Berufungskläger bringt vor, er habe ab Mai 2007, nachdem er die ordentliche Kündigung erhalten habe, mehrfach die zeitgerechte Bezahlung seines Lohnes eingefordert. Sodann habe er dem Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 30. Juni 2007 eine letzte Nachfrist zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten gesetzt. Der fristlose Weggang sei aufgrund der mehrfachen mündlichen Abmahnungen und der schriftlichen Fristansetzung gerechtfertigt. Dem ist entgegen zu halten, dass der Arbeitgeber nach der schriftlichen Aufforderung durch den Arbeitnehmer mit Ausnahme des variablen Lohnes für den Monat Juni 2007 alle offenen Lohnforderungen umgehend beglichen hat. Und auch die Bezahlung des variablen Lohnanteiles stellte er ausdrücklich in Aussicht und wollte diesen keineswegs verweigern. Dies ergibt sich u.a. aus einem (zwar erst nach der fristlosen Kündigung geschriebenen) Schreiben vom 8. August 2008 (KB 14). Der Berufungsbeklagte hat somit auf das Schreiben des Berufungsklägers vom 30. Juni 2007 durchaus reagiert und damit bekundet, dass er gewillt war, den Lohn im Rahmen der bisherigen Abmachungen zu bezahlen. Von einer wiederholten oder längeren und beharrlichen Zahlungsverweigerung, welche eine fristlose Kündigung im Sinne einer „ultima ratio“ rechtfertigen würde, kann somit keinesfalls gesprochen werden.

db) Auch aufgrund der weiteren Umstände ist die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung zu verneinen. Das bereits durch den Arbeitgeber ordentlich gekündigte Arbeitsverhältnis hätte noch bis zum 31. August 2007 und somit nur noch gut 8 Wochen gedauert, wobei für diese Zeit sowohl der Berufungskläger als auch der Berufungsbeklagte Ferien geplant hatten. Der Berufungskläger hätte somit effektiv noch 5 Wochen in den Augenarztpraxen seines Arbeitgebers arbeiten müssen und die Zusammenarbeit mit dem Berufungsbeklagten hätte lediglich noch 4 Wochen gedauert. Die Verfehlung des Arbeitgebers durch die Verletzung seiner Lohnzahlungspflicht kann im vorliegenden Fall jedoch nicht als so schwerwiegend eingestuft werden, als dass es dem Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar gewesen wäre, den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten. Wäre die rechtzeitige Bezahlung des variablen Lohnanteils für Dr. med. Y. tatsächlich von solch immenser Bedeutung gewesen, hätte er bereits früher, nachdem die variablen Lohnanteile der Monate April und Mai 2007 nicht rechtzeitig ausbezahlt worden waren, zusätzlich zu den mündlichen „Reklamationen“ weitere Massnahmen treffen können und müssen. Insbesondere aber die Tatsache, dass der Berufungskläger noch im Februar 2007 aufgrund der finanziell angespannten Situation die für die Buchhaltung zuständige Zeugin E. anwies, die Bezahlung der Umsatzbeteiligung zurückzustellen (Eilvernahmeprotokoll E., S. 3f. Ziff. 6), zeigt, dass die verspätete Ausbezahlung des variablen Lohnanteils Juni 2007 nicht zu einer unzumutbaren Situation führte. Von einem tiefgreifend erschütterten oder zerstörten Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, welches die Grundlage eines Arbeitsverhältnisses bildet, kann demnach nicht die Rede sein. Auch angesichts der Position und des festen Patientenstammes des Berufungsklägers steht die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses in keinem Verhältnis zur Verfehlung des Arbeitgebers. Eine fristlose Kündigung aufgrund der Verletzung der Lohnzahlungspflicht ist folglich im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt.

e) Gemäss KB 13 und 14 wurde die Kündigung wegen verspäteter Lohnzahlung ausgesprochen. In der Prozesseingabe wurden die wichtigen Gründe, die zur Auflösung des Vertrages geführt haben, weiter umschrieben und ergänzt (vgl. S. 4 ff., Ziff. 3-7, S. 14 oben). So macht der Berufungskläger geltend, er habe den Arbeitsvertrag selbst aufsetzen müssen, es habe Probleme mit der Abrechnung der Krankenversicherung gegeben, der Berufungsbeklagte habe einen unangemessenen Umgang mit Patienten gepflegt etc. Der Beklagte bestreitet die Vorwürfe. Es treffe zwar zu, dass einzelne Vorkommnisse zu Irritationen zwischen den Parteien geführt hätten. Die Unstimmigkeiten seien aber auf das Verhalten des Berufungsklägers zurückzuführen. Es ist umstritten, ob Kündigungsgründe nachgeschoben werden

können (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 19 zu Art. 337 OR; Rehbinder, a.a.O., N 17 zu Art. 337 OR). Diese Frage kann vorliegend jedoch offen gelassen werden. Die angeführten Gründe sind nämlich unzureichend um alleine oder in ihrer Gesamtheit eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Es handelt sich sodann ausschliesslich um Vorkommnisse, die sich zwar während des Arbeitsverhältnisses abspielten, aber zum Zeitpunkt der Kündigung schon lange zurücklagen und sich teilweise über eine längere Zeit erstreckten. Eine ausserordentliche Kündigung ist aber unverzüglich nach Kenntnis des wichtigen Grundes zu erklären, damit das Recht nicht verwirkt. Bei einem über längere Zeit tolerierten Zustand ist sodann davon auszugehen, dass er die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar macht. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr als das Vertragsverhältnis ohnehin vom Arbeitgeber auf Ende August ordentlich aufgelöst worden war. Zumindest wäre vorgängig eine sich auf diese Gründe bezogene Verwarnung erforderlich gewesen (Rehbinder, a.a.O., N 16 zu Art. 337 OR).

f) Des Weiteren hat der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren die Zahlungsschwierigkeiten des Arbeitgebers als Grund aufgeführt. Dieses Argument hat der Rechtsvertreter des Berufungsklägers anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung zu Recht nicht mehr vorgebracht, sind doch die Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Punkt absolut zutreffend (vgl. Erw. 5. de, S. 13 des Urteils des Bezirksgerichts Plessur). Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

g) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage weder zerstört, noch so tief greifend verletzt worden ist, dass dem Arbeitnehmer eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten gewesen wäre. Aufgrund der gesamten Umstände kommt das Kantonsgericht somit zum Schluss, dass kein wichtiger Grund vorgelegen hat, der die fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte. Das vorinstanzliche Urteil ist damit im Ergebnis zu bestätigen. Die Berufung ist im Sinne der angestellten Erwägungen vollumfänglich abzuweisen. Über den Bestand der einzelnen Forderungen ist demzufolge nicht zu entscheiden.

5. In zivilprozessualen Auseinandersetzungen über Ansprüche aus Einzelarbeitsvertrag bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- dürfen den Parteien, von hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen abgesehen, keine Gerichtskosten auferlegt werden (Art. 343 Abs. 2 und 3 OR); sie sind vielmehr auf die jeweilige Gerichtskasse zu nehmen. Dies berücksichtigend überband das Bezirksgericht Plessur die Kosten des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens der Bezirksgerichtskasse. Ent-

sprechend hatte auch der Kreispräsident B. davon abgesehen, bei den Parteien für das Sühneverfahren Gebühren zu erheben.

Nach der eben dargestellten Regelung, die auch in Zusammenhang mit der Anrufung einer Rechtsmittelbehörde verbindlich bleibt, sind die bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts aufgelaufenen Verfahrenskosten vom Kanton Graubünden zu übernehmen.

6. Die Kostenbefreiung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR ändert nichts daran, dass die obsiegende Partei grundsätzlich einen Anspruch besitzt, zulasten des unterliegenden Gegners die ihr erwachsenen Umtriebe angemessen abgegolten zu erhalten (vgl. BGE 115 II 30 E. 5c, S. 42).

Im vorliegenden Fall ist der Berufungskläger mit seiner Forderung vollumfänglich unterlegen, weshalb dieser den Berufungsbeklagten angemessen aussergerichtlich zu entschädigen hat. Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten hat für seine Bemühungen im Berufungsverfahren eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 3'223.95 eingereicht. Diese Aufwendungen erachtet das Kantonsgericht als zu hoch. Es gilt zu berücksichtigen, dass das Verfassen des Plädoyers für die Berufungsverhandlung keinen wesentlichen Aufwand verursachte, da sich keine neuen Fragen stellten, und sich der Rechtsvertreter grösstenteils auf seine Ausführungen vor der Vorinstanz stützte. Des Weiteren ist auch der geltend gemachte Zeitaufwand von 11.75 Stunden im Verhältnis zum Zeitaufwand des Rechtsvertreters des Berufungsklägers von 7 Stunden nicht gerechtfertigt, zumal beim Berufungskläger erfahrungsgemäss mehr Aufwand anfällt als beim Berufungsbeklagten. Aufgrund der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen erachtet das Kantonsgericht eine aussergerichtliche Entschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. MwSt. und Spesen) als angemessen.

**Demnach erkennt die II. Zivilkammer:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.-- zuzüglich Fr. 240.-- Schreibgebühren, somit total Fr. 5'240.--, gehen zulasten des Kantons Graubünden.
3. Der Berufungskläger wird verpflichtet, den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren aussergerichtlich mit Fr. 2'500.-- (inkl. MwSt.) zu entschädigen.
4. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 15'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
5. Mitteilung an: