

Eintretensvoraussetzungen für Anschlussberufung; Kognition der Berufungsinstanz; Bonus; Austauschverhältnis beim Arbeitsvertrag; bedingter Lohnanspruch; Beweislast; Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz von Amtes wegen; stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Lohnkürzung und stillschweigender Lohnverzicht – Art. 310 und Art. 313 Abs. 1 ZPO; Art. 319 Abs. 1, Art. 322 und Art. 322d OR; Art. 8 ZGB.

Für die Anschlussberufung gelten – abgesehen vom Streitwerterfordernis – grundsätzlich die gleichen Eintretensvoraussetzungen wie für die Berufung (E. 1).

Die Berufungsinstanz verfügt über eine unbeschränkte Kognition und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden (E. 2).

Qualifikation des Bonus als Lohnbestandteil bzw. Gratifikation (E. 4.1.1.1).

Ein Arbeitsvertrag setzt zwingend eine Lohnzahlung durch die Arbeitgeberin voraus als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer zu erbringende bzw. erbrachte Arbeitsleistung. Bei Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags ist keine Lohnkürzung zulässig (E. 4.1.2).

Der Lohnanspruch an sich ist bedingungsfeindlich. Hingegen kann die Höhe des Lohns von einer objektiven Bedingung abhängig gemacht werden, sofern deren Höhe objektiv bestimmt oder bestimmbar und ein angemessenes Entgelt für die Arbeitstätigkeit garantiert ist (E. 4.1.2).

Die Beweislast betreffend den Bonusanspruch trägt der Arbeitnehmer. Die Beweislast für den Eintritt einer Bedingung trägt grundsätzlich, wer sich darauf beruft (E. 4.3.1).

Im Sinn einer natürlichen Vermutung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung sorgfältig und in guten Treuen sowie zur Zufriedenheit der Arbeitgeberin erbringt, solange sie von dieser nicht beanstandet wird (E. 4.3.3).

Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz setzt keinen entsprechenden Parteiantrag voraus (E. 4.5).

Das bloße Zuwarten des Arbeitnehmers mit der Geltendmachung eines Anspruchs während der Verjährungsfrist kann für sich allein grundsätzlich nicht als Verzicht auf eine Forderung oder als rechtsmissbräuchliches Verhalten gewertet werden. Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (E. 5.3).

Voraussetzungen für eine stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Lohnkürzung. Im vorliegenden Fall ist eine stillschweigende (vorgängige oder nachträgliche) Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Lohnreduktion bzw. ein Lohnverzicht desselben zu verneinen (E. 5.4.1 ff.).

OGE 10/2019/21 vom 12. März 2021

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Aus den Erwägungen

1. Auf die zulässige sowie frist- und formgerecht erhobene Berufung ist einzutreten (vgl. Art. 308 i.V.m. Art. 311 ZPO). Ebenso ist auf die Anschlussberufung einzutreten, für die – abgesehen vom Streitwerterfordernis – grundsätzlich die gleichen Eintretensvoraussetzungen gelten (OGE 10/2020/1 vom 3. November 2020 E. 1.2 mit Hinweis auf Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 1457 ff., S. 630 ff.; vgl. ferner BGE 138 III 568 E. 3.1 S. 569; zur Rechtsmittelfrist vgl. Art. 313 Abs. 1 i.V.m. Art. 312 Abs. 2 ZPO).

2. Mit Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt mithin über eine unbeschränkte Kognition und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin frei überprüfen (OGE 10/2019/4 vom 20. Oktober 2020 E. 1.4), einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung sowie der Angemessenheitsprüfung (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden (Motivsubstitution; BGer 4A_278/2020 vom 9. Juli 2020 E. 2.3.3 mit Hinweisen).

3. [...]

4. Die Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und Beklagte (nachfolgend Beklagte) rügt eine unrichtige Rechtsanwendung, indem das Kantonsgericht die Beweislast betreffend den Bonus bzw. die ordnungsgemässe Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen im Sinne von § 4 des Arbeitsvertrags (AV) falsch verteilt habe (die weiteren Voraussetzungen für den Bonus – vertragsgemässer Dienstantritt und ungekündigtes Arbeitsverhältnis zum Fälligkeitszeitpunkt – sind zwischen den Parteien nicht strittig). Da das Kantonsgericht von ihr angebotene Beweismittel nicht abgenommen habe, habe es sodann ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

4.1. Vorab ist auf das Vorbringen des Berufungsbeklagten, Anschlussberufungsklägers und Klägers (nachfolgend Kläger) einzugehen, die Frage der Beweislastverteilung sei unerheblich, da es sich beim Bonus um einen Lohnbestandteil handle und daher eine Kürzung bei Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags unzulässig sei.

4.1.1. Das Kantonsgericht verzichtete auf eine rechtliche Qualifikation des Bonusanspruchs. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass es sich um einen Lohnbestandteil – mithin nicht um eine Gratifikation – handelt. Da es sich um eine Rechtsfrage handelt, ist sie von Amtes wegen zu prüfen (vgl. vorangehende E. 2; BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020 E. 5 mit Hinweisen).

4.1.1.1. Eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR tritt zum Lohn hinzu und hängt zumindest in gewissem Mass vom Willen der Arbeitgeberin ab. Sie muss ganz oder teilweise freiwillig sein und von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin abhängig sein. Um Lohn im Sinne von Art. 322 f. OR handelt es sich dagegen, wenn ein vereinbarter Bonus bestimmt oder aufgrund objektiver Kriterien wie Gewinn oder Umsatz bestimmbar ist (BGer 4A_327/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.1.1 f. und 4A_155/2019 vom 18. Dezember 2019 E. 3.1 f., je mit Hinweisen).

Eine Gratifikation muss gegenüber dem Lohn überdies grundsätzlich einen akzessorischen (zweitrangigen) Charakter aufweisen. Anders verhält es sich nur, wenn der Arbeitnehmer ein sehr hohes Gesamteinkommen erzielt, das seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet bzw. die Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt. In diesem Fall kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein entscheidendes Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden (BGer 4A_327/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.2 und 4A_155/2019 vom 18. Dezember 2019 E. 4.1 ff., je mit Hinweisen).

4.1.1.2. Die Auszahlung des strittigen Bonus bzw. dessen Höhe stand nicht im (subjektiven) Ermessen der Beklagten. Einem Bonus von Fr. 76'125.– fehlt sodann die Akzessorietät zu einem Lohn von € 36'000.– (jeweils pro Jahr). Der Bonus gemäss § 4 AV ist demnach mit den Parteien als Lohnbestandteil bzw. Sondervergütung mit Lohncharakter zu qualifizieren.

4.1.2. Beim Lohn handelt es sich um ein begriffswesentliches Element des Arbeitsvertrags (vgl. Art. 319 Abs. 1 OR; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 322 N. 2, S. 273). Ein Arbeitsvertrag setzt mithin zwingend eine Lohnzahlung durch die Arbeitgeberin voraus als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer zu erbringende bzw. erbrachte Arbeitsleistung (statt vieler BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020 E. 6.1). Hinge-

gen schuldet der Arbeitnehmer nicht ein bestimmtes *Arbeitsergebnis*. Bei Schlechterfüllung ist daher keine Lohnkürzung zulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321a N. 3, S. 173 mit Hinweisen; vgl. ferner etwa BGer 4A_552/2013 vom 4. März 2014 E. 4.1). Aus demselben Grund ist der *Lohnanspruch an sich* sodann bedingungsfeindlich (vgl. betr. die Klausel des ungekündigten Arbeitsverhältnisses BGer 4A_158/2019 vom 26. Februar 2020 E. 4 mit Hinweisen).

Dies schliesst allerdings nicht aus, dass die *Höhe* des Lohns von einer objektiven Bedingung abhängig gemacht wird, namentlich infolge Vereinbarung einer von gewissen Voraussetzungen abhängigen Sondervergütung (mit Lohncharakter), wobei auch deren Höhe objektiv bestimmt oder bestimmbar sein muss (Portmann/Rudolph, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. A., Basel 2020, Art. 322d N. 16, S. 2137). Zulässig ist etwa die Anknüpfung an zeitliche Kriterien bei Treueprämien bzw. Dienstaltersgeschenken (Portmann/Rudolph, Art. 322d N. 18, S. 2138; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N. 9, S. 354). Das Gesetz selbst sieht im Übrigen in Art. 322a OR (Anknüpfung an das Geschäftsergebnis) und Art. 322b OR (Anknüpfung an das Erreichen gewisser Zielvorgaben) variable Lohnmodelle vor, die ergänzend zu einem Fixlohn vereinbart werden oder sogar an dessen Stelle treten können. Die arbeitsvertragliche Regelung muss indes stets zumindest ein angemessenes Entgelt für die Arbeitstätigkeit garantieren (Art. 349a Abs. 2 OR analog; BGer 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016 E. 2.1) und darf nicht das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer überwälzen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322a N. 2, S. 314, und N. 8, S. 318, jeweils mit Hinweisen). Nicht vorauszusetzen ist hingegen grundsätzlich – sofern die vorgenannten Bedingungen erfüllt sind – dass der variable Lohnbestandteil akzessorisch zum Fixlohn ist.

4.1.3. Die Parteien vereinbarten eine (pauschale) monatliche Vergütung von € 3'000.– netto (§ 2 AV), in der grundsätzlich ein angemessenes Entgelt der Beklagten für die Arbeitsleistung des Klägers zu erblicken ist. Dies jedenfalls unter Berücksichtigung des vom Kläger parallel zum Arbeitsvertrag mit der Beklagten eingegangenen Anstellungsverhältnisses mit der X. GmbH, das in § 6 ein Grundgehalt von € 7'500.– vorsah. Da die von denselben Personen unterzeichneten Verträge gleichzeitig (bzw. jedenfalls gleichentags) abgeschlossen wurden und beide grundsätzlich eine Vertragsdauer von mindestens zehn Jahren vorsahen (vgl. § 7 AV und § 16 des Anstellungsvertrags mit der X. GmbH), können die beiden Arbeitsverhältnisse nicht gänzlich losgelöst voneinander betrachtet werden.

4.2. Das Kantonsgericht erwog zu Recht, aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag selbst gehe nicht unmittelbar hervor, was mit "ordnungsgemässer Erfüllung" gemeint sei. Der Kläger führt im Berufungsverfahren an,

seine arbeitsvertragliche Verpflichtung im Sinne der ordnungsgemässen Vertragserfüllung sei nicht über die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR) hinausgegangen.

Um zur Frage der ordnungsgemässen Vertragserfüllung durch den Kläger bzw. zu den dieser zugrunde liegenden Umständen tatsächlicher Natur Beweis abnehmen zu können, muss vorab der Begriff der "ordnungsgemässen Erfüllung" ausgelegt werden, wobei allenfalls auch darüber Beweis zu erheben ist. In erster Linie ist auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (tatsächlicher Konsens; subjektive Vertragsauslegung). Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Lässt sich der wirkliche Parteiwille nicht mehr feststellen, sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (normativer, rechtlicher Konsens; objektive Vertragsauslegung). Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage (vgl. statt vieler BGE 144 III 93 E. 5.2 ff. S. 97 ff.).

4.3. Das Kantonsgericht auferlegte der Beklagten die Beweislast für "ihre Behauptung der nicht richtigen Erfüllung" des Arbeitsvertrags durch den Kläger. Die Beklagte bringt dagegen vor, der Eintritt der Suspensivbedingung (ordnungsgemässe Vertragserfüllung) sei vom Kläger zu beweisen.

4.3.1. Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) hat mangels anderslautender gesetzlicher Regelung derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. statt vieler BGer 4A_490/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.10.1). Die Beweislast betreffend einen Bonusanspruch trägt demnach der Arbeitnehmer (BGer 4A_483/2014 vom 25. November 2014 E. 4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N. 2, S. 330).

Sodann trägt die Beweislast für den Eintritt einer Bedingung grundsätzlich derjenige, der sich darauf beruft (Isabel Matt, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, ZStP Band/Nr. 260, Zürich 2014, S. 303 und 321 mit Hinweisen; vgl. auch BGer 4A_616/2016 vom 10. Mai 2017 E. 6.1; ferner BGer 5D_88/2012 vom 13. Juli 2012 E. 3.4).

4.3.2. Vorliegend hat mithin grundsätzlich der Kläger die der ordnungsgemässen Vertragserfüllung zugrunde liegenden Umstände tatsächlicher Natur zu beweisen. Vom Gericht gestützt darauf zu beantwortende Rechtsfrage ist dagegen, ob er seinen vertraglichen Verpflichtungen ordnungsgemäss nachkam. Die Rüge der Beklagten betreffend Beweislastverteilung zum Bonusanspruch erweist sich damit als begründet.

Etwas anderes ergibt sich entgegen dem Kläger auch nicht aus BGE 136 III 313. In dieser Entscheidung erwog das Bundesgericht, allfällige *Herabsetzungsgründe* für eine Gratifikation seien von der Arbeitgeberin zu beweisen (E. 2.3.3). Anders als vorliegend hatte das Bundesgericht aber nicht (mehr) die Frage zu beantworten,

ob überhaupt ein Anspruch auf Gratifikation besteht (vgl. E. 2.3, wo es dies bejaht hatte), sondern wer bezüglich deren *Höhe* beweispflichtig ist.

4.3.3. Ergänzend ist Folgendes anzumerken: Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ist im Sinne einer natürlichen bzw. tatsächlichen Vermutung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung sorgfältig und in guten Treuen im Sinne von Art. 321a OR sowie zur Zufriedenheit der Arbeitgeberin erbringt, solange sie von Letzterer nicht beanstandet wird. Die natürliche Vermutung dient allerdings lediglich der Beweiserleichterung und hat keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Um die tatsächliche Vermutung zu entkräften, muss die Beklagte somit nicht den Beweis des Gegenteils antreten, aber immerhin den Gegenbeweis erbringen, das heisst Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Vermutung wecken (vgl. statt vieler BGer 1C_431/2020 vom 10. November 2020 E. 3.4; Alexandra Jungo, in: Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. A., Zürich 2018, N. 270, S. 104).

Der Beklagten steht indes auch der Beweis des Gegenteils offen. Soweit sie dem Kläger (teilweise) Nichttätigkeit vorwirft, ist sodann zu beachten, dass es sich dabei um den Beweis einer negativen Tatsache handelt. Eine solche kann grundsätzlich nicht direkt bewiesen werden (vgl. etwa BGer 2C_849/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.6), sondern es kann nur von positiven Sachumständen auf das Negativum geschlossen werden (BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015 E. 3.2). Der Kläger als Gegenpartei ist daher im Sinne einer Beweiserleichterung nach Treu und Glauben gehalten, seinerseits verstärkt bei der Beweisführung mitzuwirken, namentlich indem er zum Negativum vorgetragene Behauptungen der Beklagten substantiiert bestreitet (BGer 4A_550/2018 vom 29. Mai 2019 E. 4.2) oder den Gegenbeweis erbringt (BGer 1C_59/2015 vom 17. September 2015 E. 3.2).

4.4. Der Beweisführungsanspruch – der sich als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör allgemein aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und für das Bundesprivatrecht besonders aus Art. 8 ZGB ergibt sowie in Art. 152 ZPO verankert ist – verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge form- und fristgerecht gestellt worden sind (statt vieler BGer 4A_448/2020 vom 4. November 2020 E. 4.1.2 mit Hinweisen).

Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren behauptet hatte, der Kläger habe die Geschäftsführertätigkeit nie aufgenommen oder ausgeführt, und dazu namentlich Zeugen angeboten hatte. Indem das Kantonsgericht die von der Beklagten form- und fristgerecht angebotenen Zeugen nicht befragte, verletzte es das Recht der Beklagten auf Beweis, zumal es nicht darlegte, dass bzw. weshalb es darauf in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. dazu statt vieler

BGer 4A_448/2020 vom 4. November 2020 E. 4.1.2 mit Hinweisen) verzichten konnte.

4.5. Das Kantonsgericht hat mit Bezug auf die Frage der ordnungsgemässen Vertragserfüllung die Beweislast nicht richtig verteilt bzw. den Sachverhalt nicht rechtsgenüglich festgestellt. Weiter hat es den Beweisführungsanspruch der Beklagten verletzt. Die Streitsache ist in einem wesentlichen Punkt nicht spruchreif, weshalb sie – soweit sie den Bonusanspruch des Klägers betrifft – in teilweiser Gutheissung der Berufung (vgl. BGer 5A_740/2014 vom 1. Februar 2016 E. 11 mit Hinweis) an das Kantonsgericht zurückzuweisen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die Berufungsinstanz entscheidet über eine Rückweisung von Amtes wegen, weshalb es unerheblich ist, dass kein entsprechender (Eventual-)Antrag der Beklagten vorliegt (OGE 10/2018/2 vom 13. September 2019 E. 6 mit Hinweis u.a. auf BGer 5A_1006/2015 vom 2. August 2016 E. 8; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., Zürich 2016, Art. 318 N. 25, S. 2602 mit Hinweisen). Bei der Fortsetzung des Verfahrens wird das Kantonsgericht die Beweislast neu zu verteilen haben. Es wird sodann die vertragliche Klausel "ordnungsgemässe Erfüllung" auszulegen haben. Schliesslich wird es bezüglich der Frage der ordnungsgemässen Vertragserfüllung nicht nur die Vorbringen und Beweisofferten der Beklagten zu berücksichtigen haben, sondern auch diejenigen des Klägers.

Auf die weiteren Vorbringen der Beklagten zum Bonus ist bei diesem Ergebnis nicht näher einzugehen. Immerhin ergibt sich aus den nachfolgenden Erwägungen zur Anschlussberufung, dass den Ausführungen der Beklagten zum Verzicht des Klägers auf den Bonus nicht gefolgt werden kann.

5. Der Kläger bringt in seiner Anschlussberufung vor, das Kantonsgericht sei in unrichtiger Rechtsanwendung und damit zu Unrecht von einem Verzicht auf seine offene Lohnforderung von € 51'000.– ausgegangen.

5.1. Der Kläger war von Anfang 2013 bis Ende 2014 bei der Beklagten angestellt. Bei einer monatlichen "Vergütung" von € 3'000.– ergibt sich für diesen Zeitraum ein Gesamtbetrag von € 72'000.–. Im Berufungsverfahren ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger ab August 2013 keinen Lohn mehr bezahlte, mithin Lohnzahlungen von insgesamt € 21'000.– leistete. Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Kläger einen Anspruch auf die verbleibende Differenz von € 51'000.– hat.

Die Parteien und das Kantonsgericht waren sich einig, dass es sich bei der in § 2 AV vorgesehenen Vergütung um Lohn handelt. Erstmals in ihrer Stellungnahme vom 4. November 2020 macht die Beklagte geltend, es handle sich dabei bzw. bei der strittigen Forderung von € 51'000.– nicht um einen Lohnbestandteil, sondern

um eine (zumindest unechte) Gratifikation. Dem kann nicht gefolgt werden. Ein Arbeitsvertrag setzt zwingend eine Lohnzahlung durch die Arbeitgeberin voraus (vgl. vorangehende E. 4.1.2). Der Kläger sollte die Vergütung "für die [von ihm] nach diesem Vertrag erbrachten Leistungen" erhalten (§ 2 AV). Sie ist daher als Lohn im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren, zumal vertraglich keine andere unmittelbare Abgeltung der Arbeitsleistung vereinbart worden war (vgl. dagegen § 3 AV betr. Gewinnbeteiligung und § 4 AV betr. einmalige Bonuszahlung/Antrittsprämie). Die Beklagte legt denn auch nicht näher dar und es ist nicht ersichtlich, weshalb die strittigen € 51'000.– keinen Lohn darstellen sollten (vgl. dagegen vorangehende E. 4.1 ff. zum Bonus).

5.2. Das Kantonsgericht erwog, der Kläger habe ab August 2013 den gänzlichen Lohnausfall hingenommen und den ausstehenden Lohn nicht umgehend nach Auflösung des Arbeitsvertrags abgemahnt bzw. eingefordert, sondern erst mit Einreichung der Klage fast zwei Jahre später. Damit habe er *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf seinen Lohnanspruch verzichtet (angefochtenes Urteil E. 4.4). Die Beklagte bringt ergänzend vor, der Kläger habe bereits *zuvor* einer Lohnkürzung um 100% stillschweigend zugestimmt bzw. diese akzeptiert, indem er die unterbliebene Lohnzahlung während mindestens drei bzw. sechs Monaten nicht beanstandet habe.

5.3. Das blosses Zuwarten des Arbeitnehmers mit der Geltendmachung eines Anspruchs während der Verjährungsfrist (vgl. dazu vorliegend Art. 128 Ziff. 3 OR) kann für sich allein grundsätzlich nicht als Verzicht auf eine Forderung oder als rechtsmissbräuchliches Verhalten gewertet werden (statt vieler BGer 4A_367/2018 vom 27. Februar 2019 E. 3.5.3). Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen. Solche können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen (zum Ganzen BGer 4A_145/2015 vom 6. Juli 2015 E. 5.1 mit Hinweisen).

5.4.1. Ist wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten und wird ein Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt, so gilt dieses Stillschweigen nach Art. 6 OR als Annahme des Antrags. Die besondere Natur des Geschäfts wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist. Eine stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer für ihn nachteiligen Ver-

tragsänderung, namentlich einer Lohnreduktion, ist dagegen nur zurückhaltend anzunehmen. Von einer stillschweigenden Annahme kann nur ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer nach den Umständen nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären. Das Vorliegen solcher Umstände hat die Arbeitgeberin zu beweisen (BGer 4A_216/2017 vom 23. Juni 2017 E. 5.2 mit Hinweisen). Eine ausdrückliche Ablehnung kann insbesondere dann erwartet werden, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die Arbeitgeberin von einer stillschweigenden Zustimmung ausgeht, da sie andernfalls Massnahmen ergreifen, namentlich das Arbeitsverhältnis auflösen würde. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer die Ablehnung der Vertragsänderung innert angemessener Frist zum Ausdruck zu bringen (zum Ganzen BGer 4A_367/2018 vom 27. Februar 2019 E. 3.5.3 mit Hinweisen).

Voraussetzung für eine konkludente oder stillschweigende Vertragsanpassung ist aber grundsätzlich, dass für Vertragsänderungen nicht die Schriftform vorbehalten wurde (vgl. etwa BGer 4A_404/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.1).

5.4.2. In älteren Entscheiden vertrat das Bundesgericht die Ansicht, bei vorbehaltloser Annahme des gekürzten Lohns während dreier Monate bestehe eine tatsächliche (widerlegbare) Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung zur Lohnkürzung (vgl. z.B. den von der Beklagten zitierten BGer 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2). Insbesondere in der neueren Lehre wird diese Rechtsprechung allerdings überwiegend kritisiert (vgl. Portmann/Rudolph, Art. 322 N. 9 f, S. 2115 ff.; Portmann/Dobрева, Stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zur Lohnreduktion durch den Arbeitgeber, ARV 2015 S. 271 ff.; Marie-Gisèle Danthe, in: Dunand/Mahon [Hrsg.], *Commentaire du contrat de travail*, Bern 2013, Art. 322 N. 7, S. 138; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322 N. 15, S. 294 mit Hinweisen; Arnold F. Rusch, *Stillschweigend akzeptierte Lohnkürzung?*, ARV online 2011 Nr. 474; a.M. mit Hinweis auf die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts Reh binder/Stöckli, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], *Berner Kommentar*, Band/Nr. VI/2/2/1, Art. 319–330b, Bern 2010, Art. 322 N. 19, S. 240 f.; Adrian Staehelin, *Zürcher Kommentar*, Bd. V/2c, *Der Arbeitsvertrag*, Art. 319–330a OR, 4. A, Zürich 2006, Art. 322 N. 44, S. 175). Dies zu Recht, kann doch grundsätzlich nicht von einer Einwilligung des Arbeitnehmers in die für ihn nachteilige Vertragsänderung ausgegangen werden, selbst wenn er gegen die Lohnkürzung – etwa aus Angst vor Retorsionsmassnahmen der Arbeitgeberin – über einen längeren Zeitraum nicht opponiert.

Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung scheint denn auch für eine stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Lohnreduktion zumindest deren vorgängige Ankündigung, mithin einen entsprechenden *ausdrücklichen* Antrag durch die Arbeitgeberin ("à ce qu'il a annoncé au travailleur") vorauszusetzen

(vgl. BGer 4A_90/2016 vom 25. August 2016 E. 6.2 und 4A_404/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.1; ferner AppGer BS BEZ.2018.20 vom 9. April 2019 E. 3.2). Im Urteil 4A_477/2013 vom 28. Januar 2014 verneinte das Bundesgericht sodann selbst bei einer (offenbar vorbehaltlosen) Entgegennahme des gekürzten Lohns durch den Arbeitnehmer während beinahe vier Jahren dessen stillschweigende Zustimmung zur Lohnreduktion (E. 2.4).

5.4.3. Die Parteien hatten in § 8 Abs. 3 AV vereinbart, dass Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürfen. Überdies hatten sie gleichenorts festgehalten, dass auch ein Verzicht auf die Schriftform formbedürftig ist, weshalb ein stillschweigendes einvernehmliches Abweichen vom Schriftformerfordernis (vgl. dazu etwa BGer 4A_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.5.2) jedenfalls nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden könnte. Vorauszusetzen wäre dafür zumindest, dass die Beklagte die Lohnkürzung vorgängig ankündigte. Das hat sie indes nicht getan; zumindest macht sie das weder geltend noch weist sie es nach. Strittig ist bzw. war vor Kantonsgericht einzig, ob die Parteien am 19. September 2013 einvernehmlich eine Lohnreduktion von monatlich € 1'000.– vereinbart hatten (im angefochtenen Urteil wird diese Frage offengelassen). Eine Lohnkürzung auf Fr. 0.–, mithin ein vollständiger Lohnverzicht, kann wegen der zwingenden Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags im Übrigen (vorgängig) nicht gültig vertraglich vereinbart werden (vgl. vorangehende E. 4.1.2).

5.4.4. Unter diesen Umständen ist eine stillschweigende (vorgängige oder nachträgliche) Zustimmung des Klägers zu einer Lohnreduktion bzw. ein Lohnverzicht desselben *während* des Arbeitsverhältnisses zu verneinen.

5.5.1. Das Kantonsgericht erwog, der Kläger habe sich bis zur Einleitung der Klage knapp zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht dagegen zur Wehr gesetzt. Der Kläger (persönlich) hatte allerdings anlässlich der Instruktionsverhandlung vor Kantonsgericht ausgeführt, er habe Y. jeden Monat abgemahnt, und dazu zwei Zeugen genannt. Ob der Kläger die ab September 2013 ausstehende Lohnzahlung abmahnte, kann angesichts der nachfolgenden Erwägungen indes offenbleiben.

5.5.2. Es sind keine stichhaltigen Gründe dargetan und ist nicht ersichtlich, weshalb der Kläger nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, seinen Lohnanspruch bereits zu einem früheren Zeitpunkt als (spätestens) mit der Klageeinleitung geltend zu machen.

Soweit die Beklagte mit Verweis auf das angefochtene Urteil vorbringt, der Kläger sei nach dem E-Mail von Y. vom 27. November 2014 gehalten gewesen, die ausstehende Lohnforderung umgehend einzufordern, kann ihr nicht gefolgt werden.

Allein aufgrund gescheiterter Vergleichsverhandlungen während laufendem Arbeitsverhältnis, war der Kläger nicht verpflichtet, umgehend nach dessen Beendigung seinen Lohn gerichtlich einzuklagen.

Inwiefern der Kläger solange zugewartet haben soll, bis es der Beklagten verunmöglicht war, ihre eigenen Interessen zu wahren, ist nicht erkennbar und legte die Beklagte nicht näher dar. Sie begnügt sich mit der Behauptung, sie habe nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses betreffend Sorgfaltspflichtverletzung und Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags gar nicht mehr reagieren können. Abgesehen davon, dass eine Lohnkürzung bei Schlechterfüllung ohnehin nicht zulässig ist (vgl. vorangehende E. 4.1.2), hatte die Beklagte allerdings grundsätzlich auch nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses bzw. Einleitung der Klage die Möglichkeit, vom Kläger begangene Sorgfaltspflichtverletzungen geltend zu machen und nachzuweisen.

Der Verweis der Beklagten auf das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00234 vom 10. September 2020 schliesslich ist unbehelflich: Im dortigen Fall wurde anstelle der strittigen Ausgleichszeit ein Lohnzuschlag gewährt (E. 3.4). Der Sachverhalt ist daher nicht mit dem vorliegenden vergleichbar.

Der Kläger verzichtete demnach auch *nach Beendigung* des Arbeitsverhältnisses nicht auf seinen Lohnanspruch.

5.6. Ein stillschweigender Verzicht des Klägers auf seinen Lohnanspruch bzw. eine Verwirkung desselben ab August 2013 ist nach dem Gesagten zu verneinen, ohne dass geprüft werden müsste, welche Bedeutung dem E-Mail von Y. vom 27. November 2014 zukommt.

Die Anschlussberufung des Klägers erweist sich demnach als begründet; sie ist gutzuheissen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger – nach Abzug namentlich der Sozialversicherungsbeiträge – € 51'000.– netto zu bezahlen, wie beantragt und unbestritten geblieben nebst Zins zu 5% seit 18. Dezember 2015.