

BGer 4A 31/2021 vom 30. März 2022

Bundesgericht, 2022-03-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_31_2021

FR: TF 4A 31/2021 du 30 mars 2022

IT: TF 4A 31/2021 del 30 marzo 2022

Regeste

Arbeitsvertrag - Ferienlohn (Art. 329d OR), | Vertragsrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1). In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, sofern der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren. Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ist der ursprünglich vor der Vorinstanz streitige Betrag massgebend, nicht der Betrag, über den die Vorinstanz nach dem Rückweisungsentscheid noch zu entscheiden hat (vgl. Urteil 4A_10/2021 vom 1. März 2021 E. 1 mit Hinweisen). Der erforderliche Streitwert ist damit erreicht. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt gehöriger Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. E. 2 hiernach) - einzutreten.

E. 2.1

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (BGE 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397

E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1; Urteil 4A_413/2020 vom 19. Juli 2021 E. 2.1 f.).

E. 3

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 329d i.V.m. Art. 362 OR verletzt, indem sie seinen grundsätzlichen Anspruch auf Ferienlohn missachtet und zu Unrecht einen Rechtsmissbrauch angenommen habe. Damit habe sie im Nachgang zum Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ihre Befugnis bei der Neubeurteilung überschritten, welche nur die regelmässige Beschäftigung des Beschwerdeführers betroffen habe.

E. 3.1

Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2 und 2.1; Urteil 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 5).

E. 3.2.1

In seinem Rückweisungsentscheid vom 15. April 2020 (Urteil 4A_619/2019) hat das Bundesgericht auf die Rechtsprechung zur Abgeltung von Ferienansprüchen (Art. 329d Abs. 2 i.V.m. Art. 361 OR) verwiesen. Demnach können Ferienansprüche ausnahmsweise mit dem laufenden Lohn abgegolten werden, wenn es sich 1. um eine unregelmässige Beschäftigung handelt, 2. der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich im schriftlichen Arbeitsvertrag ausgeschieden und 3. in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen wird (BGE 129 III 493 E. 3.2 f.). Das Bundesgericht erwog, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass eine unregelmässige Beschäftigung zufolge des (zwei Wochen nach BGE 129 III 493 ergangenen) Urteils 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 auch bei einer Vollzeitanstellung möglich sei. Die Vorinstanz hätte sich mit der Argumentation der Erstinstanz zum Vorliegen einer unregelmässigen Beschäftigung auseinandersetzen müssen und diese nicht unter Hinweis auf die Vollzeitbeschäftigung des Beschwerdeführers von vornherein verneinen dürfen. Die Erstinstanz hatte eine unregelmässige Beschäftigung bejaht, da bei 35 von 56 analysierten Lohnabrechnungen eine Differenz von 10% oder mehr (bis 25%) zum Vormonat bestanden hatte. Im vorerwähnten Urteil 4C.90/2003 kam das

Bundesgericht zum Schluss, dass von der Arbeitgeberin im konkreten Fall aufgrund der unterschiedlichen, monatlich zu planenden Einsatzzeiten der Arbeitnehmerin als Nachtwächterin nicht erwartet werden könne, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil der Arbeitnehmerin während des ganzen Jahres fortlaufend zu berechnen oder eine komplizierte jährliche Abrechnung vorzunehmen. Daher sei die Vergütung der Ferienansprüche mit dem laufenden Lohn ausnahmsweise zulässig (Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 E. 2.4.3; vgl. auch den Rückweisungsentscheid 4A_619/2019 vom 15. April 2020 E. 3.4).

E. 3.2.2

Gegenstand des Rückweisungsentscheids und damit der Bindungswirkung unterworfen (oben E. 3.1) war nach dem Gesagten einzig die Frage, ob in casu trotz eines Vollzeitpensums des Beschwerdeführers eine unregelmässige Beschäftigung vorliegt. Die Vorinstanz verwies diesbezüglich in tatsächlicher Hinsicht auf die vorerwähnten Erwägungen des Erstgerichts, liess die Frage der unregelmässigen Beschäftigung aber wiederum offen. Sie erwog, darauf komme es nicht an, da keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes vorgelegen hätten. Der dem getätigten Arbeitspensum entsprechende, für die Ferien bestimmten Lohnanteil sei in jeder monatlichen Lohnabrechnung klar und deutlich ausgewiesen worden; ein schriftlicher Arbeitsvertrag habe nicht bestanden. Zudem sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer seine Ferien in natura tatsächlich bezogen habe. Es wäre der Beschwerdegegnerin somit ein Leichtes gewesen, den Anteil des Ferienlohns am Gesamtlohn zwar jeden Monat separat zu berechnen, ihn jedoch nicht in bar mit jedem Monatslohn auszuzahlen, sondern auf einem buchhalterischen Ferienkonto gutzuschreiben und beim effektiven Ferienbezug auszurichten. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin grundsätzlich zur Nachzahlung des entsprechenden Ferienlohns verpflichtet geblieben sei. Jedoch erscheine die erneute Einforderung des Ferienlohns durch den Beschwerdeführer als rechtsmissbräuchlich angesichts der Tatsache, dass er die Ferien nachweislich bezogen habe und der Ferienlohn unbestrittenermassen monatlich auf den Lohnausweisen jeweils separat ausgewiesen worden sei. Unter diesen Umständen habe vom Beschwerdeführer erwartet werden können, den Ferienlohn aufgrund der Lohnausweise selber auszuschneiden und für die tatsächlichen Ferienzeiten, in denen er keine oder weniger Lohnauszahlungen erhalten würde, beiseite zu legen. Unter diesen Vorgaben sei davon auszugehen, dass die monatlichen Auszahlungen des Ferienlohns den Anspruch darauf bereits getilgt hätten bzw. dass der anstehende Anspruch mit den monatlichen Auszahlungen verrechnet werden könne.

E. 3.3.1

Die vorinstanzlichen Erwägungen überzeugen nicht. Wollte man ihrer Argumentation folgen, dann hiesse dies, dass es für die Zulässigkeit der Vergütung von Ferienansprüchen mit dem laufenden Lohn - mithin die Gewährung einer Ausnahme vom Grundsatz gemäss Art. 329d Abs. 2 OR - nur darauf ankäme, ob die Vergütung in Arbeitsvertrag und Lohnabrechnung ausgewiesen und tatsächlich geleistet wurde. Damit aber würde die dritte Voraussetzung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine unregelmässige Beschäftigung vorliegen muss, welche es dem Arbeitgeber in unzumutbarer Weise erschwert, den jeweiligen Ferienanspruch über das Jahr fortlaufend zu berechnen oder ihn zwingt, eine komplizierte jährliche Abrechnung vorzunehmen, ihres Inhaltes

entleert. Die Vorinstanz hat diese Voraussetzung und damit einen Anwendungsfall für die ausnahmsweise Vergütung von Ferienansprüchen mit dem laufenden Lohn zudem verneint, indem sie ausführte, von unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes könne keine Rede sein. Ausserdem wäre es, so die Vorinstanz, der Beschwerdegegnerin ein Leichtes gewesen, den Anteil des Ferienlohns am Gesamtlohn zwar jeden Monat separat zu berechnen und auszuweisen, ihn jedoch nicht bar mit jedem Monatslohn auszuzahlen, sondern auf einem buchhalterischen Ferienkonto gutzuschreiben und beim effektiven Ferienbezug auszurichten. Damit wäre auch der in der Lehre teilweise geäusserten Gefahr vorgebeugt worden, dass dem Arbeitnehmer bei der Vergütung des Ferienanspruchs mit dem laufenden Lohn der entsprechende Betrag beim Bezug der Ferien durch vorzeitigen Verbrauch nicht mehr zur Verfügung stehen und damit der Ferienzweck vereitelt werden könnte (vgl. BGE 129 III 493 E. 3.2 mit Hinweisen auf AUBERT, *Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques*, in: *Le droit du travail en pratique*, Zürich 1990, S. 117 ff.; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 9 zu Art. 329d OR; ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, Diss. Lausanne 2001, S. 209 ff.; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, III, S. 90; so auch Urteil 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 3.2.4.1). Zwar hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 129 III 493 die Frage offen gelassen, ob an der Möglichkeit einer Abgeltung des Feriengeldes im laufenden Lohn festgehalten werden kann. Es hat aber immerhin zum Ausdruck gebracht, dass diese Möglichkeit " mit Blick auf den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes (Art. 329d Abs. 2 OR) und die in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes" die Ausnahme bleiben muss, zumal es sich um eine absolut zwingende Norm handelt (BGE 129 III 493 E. 3.1 und E. 3.3; vgl. auch Urteil 4A_72/2018 vom 6. August 2018 E. 4.4.1). Art. 329d Abs. 2 OR will verhindern, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnässig schlechter gestellt wird, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Dies war aber nach den vorinstanzlichen Feststellungen vorliegend der Fall. Die Vorinstanz verhält sich zudem widersprüchlich, wenn sie von der Beschwerdegegnerin - zumindest implizit - verlangt, die Ferien einem buchhalterischen Konto gutzuschreiben, dann aber dem Beschwerdeführer vorhält, er hätte den Lohn zur Seite legen können. Wie sich aus der Rechtsprechung und dem absolut zwingenden Charakter von Art. 329d Abs. 2 OR ergibt, dient die Norm gerade dem Schutz des Arbeitnehmers und der Gewährleistung eines gleich bleibenden Einkommens während den Ferien. Wenn, was die Vorinstanz annimmt, die Vergütung der Ferien mit dem laufenden Lohn unzulässig war und die Beschwerdegegnerin grundsätzlich zur Nachzahlung des entsprechenden Ferienlohns verpflichtet blieb (Urteil S. 4), dann kann auch nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er den ihm zustehenden Lohn verlangt. Daran ändert nichts, dass ihm der entsprechende Lohnanteil monatlich ausgerichtet wurde, zumal es, wie die Vorinstanz selbst annimmt, an der Beschwerdegegnerin gewesen wäre, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil einem buchhalterischen Konto gutzuschreiben oder zurückzubehalten und mit dem effektiven Ferienbezug auszurichten. Damit hätte aber die Beschwerdegegnerin auch die Folgen dieser Unterlassung zu tragen, mithin die Gefahr, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil doppelt bezahlen zu müssen.

E. 3.3.2

Auf eine neuerliche Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann indes verzichtet werden, zumal dies einen unnötigen Leerlauf bedeuten würde. Ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers als unregelmässig zu qualifizieren ist, stellt eine Rechtsfrage dar, die

das Bundesgericht frei prüft. Demgegenüber prüft es Tatfragen nur unter Willkür Gesichtspunkten (oben E. 2.2). Nachdem die Vorinstanz insoweit auf die Erwägungen des Erstgerichts verweist und Willkür nicht ersichtlich oder hinreichend dargetan ist, steht für das Bundesgericht verbindlich fest, dass bei 35 von 56 analysierten Lohnabrechnungen des Beschwerdeführers eine Differenz von 10% oder mehr (bis 25%) zum Vormonat bestanden hatte. Unter diesen Umständen ist ohne Verletzung von Bundesrecht mit dem Erstgericht von einer unregelmässigen Tätigkeit auszugehen. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ändert nichts. Dies gilt namentlich, wenn er geltend macht, dass er mehrfach eine Festanstellung im Monatslohn mit Anspruch auf einen 13. Monatslohn gewünscht habe, was ihm aber verweigert worden sei. Es ist nicht zu prüfen, wie die Rechtslage wäre, wenn der Beschwerdeführer so angestellt gewesen wäre, wie er es sich wünschte, sondern, wie die aktuelle Anstellung rechtlich zu würdigen ist. Die vom Beschwerdeführer als Grund für die unregelmässigen Arbeitszeiten angeführten Sondereinsätze während den Festtagen - vor Weihnachten bis Mitte Januar - sowie aufgrund des Ferienbezugs im Sommer - Juli bis Mitte August - vermögen die erhebliche Einsatzzeitdifferenz bei deutlich mehr als der Hälfte aller anktenkundigen Lohnabrechnungen zudem nicht schlüssig zu erklären.

E. 4

Die Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.