

BGer 4A 357/2022 vom 30. Januar 2023

Bundesgericht, 2023-01-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_357_2022

FR: TF 4A 357/2022 du 30 janvier 2023

IT: TF 4A 357/2022 del 30 gennaio 2023

Regeste

Arbeitsvertrag, Ferienlohn, | 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 145 I 121 E. 1; 143 III 140 E. 1; 141 III 395 E. 2.1).

E. 1.1

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG) und richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat (Art. 75 BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 Abs. 1 BGG), der Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) und die Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

E. 1.2

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Macht die beschwerdeführende Partei beispielsweise eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde zudem mit jeder einzelnen auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten (BGE 142 III

364 E. 2.4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2).

E. 1.3

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; zudem muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 145 V 188 E. 2; 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt ebenfalls 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).

E. 2

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe Art. 329d OR verletzt, indem sie die (Vollzeit-) Beschäftigung der Beschwerdegegnerin nicht als unregelmässig im Sinne der Rechtsprechung qualifizierte und der Arbeitnehmerin eine Ferienentschädigung von Fr. 17'340.70 brutto nebst Zins zusprach.

E. 2.1

Die Vorinstanz liess den Einwand der Beschwerdeführerin nicht gelten, aufgrund der aus der eingereichten Übersicht der monatlich vergüteten Arbeitsstunden hervorgehenden Schwankungen (49 Veränderungen der monatlichen Arbeitsstunden in der Zeitspanne zwischen März 2016 und September 2020, wobei 27 dieser Veränderungen 10 % und mehr sowie acht Veränderungen über 20 % betragen) sei von einer unregelmässigen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin auszugehen, die eine von Art. 329d OR abweichende vertragliche Regelung des Ferienlohns rechtfertige. Sie erwog, beim zu beurteilenden

Vollzeitarbeitsverhältnis sei eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohns mit den laufenden Lohnzahlungen nicht gerechtfertigt.

E. 2.2.1

Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während der Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 136 III 283 E. 2.3.5; 134 III 399 E. 3.2.4.2; 129 III 493 E. 3.1, 664 E. 7.3; 118 II 136 E. 3b). Die Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR (Art. 361 OR) bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (vgl. BGE 136 III 94 E. 4.1; 129 III 493 E. 3.1). Mit der Begründung, dass die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn bei unregelmässigen Beschäftigungen Schwierigkeiten bereiten könne, hat das Bundesgericht eine Abgeltung in solchen Fällen in Abweichung vom Gesetzestext ausnahmsweise zugelassen, dies aber an eine materielle und zwei formelle Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss es sich um eine unregelmässige Beschäftigung ("une activité irrégulière") handeln. Zweitens muss der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich ("clairement et expressément") ausgeschieden sein, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Drittens muss in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen werden. Der blosser Hinweis "Ferienlohn inbegriffen" genügt damit nicht. Erforderlich ist, dass der Ferienlohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes als solcher erscheint und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen (zum Ganzen: BGE 129 III 493 E. 3.2 f., 664 E. 7.2; vgl. auch Urteile 4A_532/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 5.1; 4A_158/2021 vom 11. November 2021 E. 4.1; 4A_619/2019 vom 15. April 2020 E. 3.1; 4A_72/2018 vom 6. August 2018 E. 4.4.1; je mit Hinweisen). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, muss der Arbeitgeber den auf die Ferien entfallenden Lohn bezahlen. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Ferien tatsächlich bezogen hat, ändert daran nichts (BGE 129 III 493 E. 5.2, 664 E. 7.2; Urteile 4A_532/2021, a.a.O., E. 5.1; 4A_158/2021, a.a.O., E. 4.1; 4A_72/2018, a.a.O., E. 4.4.1; 4A_561/2017 vom 19. März 2018 E. 3.1). Der Arbeitnehmer, der bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses den Ferienlohn gestützt auf die zwingende Bestimmung von Art. 329d Abs. 1 OR einfordert, handelt nicht rechtsmissbräuchlich (BGE 129 III 493 E. 5.2; Urteile 4A_158/2021, a.a.O., E. 4.1; 4A_561/2017, a.a.O., E. 4.1; 4A_435/2015 vom 14. Januar 2016 E. 3.4.2). Etwas anderes kann unter besonderen Umständen gelten, wenn der Arbeitnehmer während seiner Ferien tatsächlich eine Form der Vergütung erhalten hat (Urteile 4A_158/2021, a.a.O., E. 4.1; 4A_561/2017, a.a.O., E. 4.1; je mit Hinweisen). Die von der Lehre an dieser Rechtsprechung geübte Kritik aufnehmend, stellte das Bundesgericht in BGE 129 III 493 in Frage, ob mit Blick auf den klaren Wortlaut des Gesetzes und die "in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten" bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes an der Ausnahme vom Abgeltungsverbot festzuhalten sei. Es liess die Frage jedoch offen mit dem Hinweis darauf, es fehle im konkreten Fall bereits an den formellen Voraussetzungen für eine solche Abgeltung (E. 3.2/3.3; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 7.2; Urteile 4A_31/2021 vom 30. März

2022 E. 3.3.1; 4A_532/2021, a.a.O., E. 5.1; 4A_158/2021, a.a.O., E. 4.1; 4A_561/2017, a.a.O., E. 3.1; je mit Hinweisen).

E. 2.2.2

Das Bundesgericht hat die materielle Voraussetzung der unregelmässigen Beschäftigung für eine ausnahmsweise Zulässigkeit einer solchen Abgeltung in seiner Rechtsprechung jeweils sehr eng umschrieben: So wurde in BGE 118 II 136 E. 3b eine Ausnahme "namentlich bei sehr unregelmässiger Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten" und in BGE 129 III 493 E. 3.2 "bei unregelmässigen Beschäftigungen, namentlich bei Teilzeitstellen" in Betracht gezogen, während BGE 129 III 664 E. 7.2 von "en particulier lors d'occupation très irrégulière de travailleurs à temps partiel" spricht (BGE 129 III 664 E. 7.2). In Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003, das in Dreierbesetzung kurz nach dem erwähnten BGE 129 III 493 erging, aber nicht auf diesen Bezug nahm, erachtete das Bundesgericht die Tätigkeit einer Arbeitnehmerin als unregelmässig, die zu 100 % als Nachtwächterin angestellt war, jedoch nicht immer bloss die vorgesehenen vier Nachtwachen pro Woche übernahm, die einem Vollzeitpensum entsprachen, sondern gelegentlich fünf oder mehr. Obwohl das Bundesgericht ausdrücklich darauf hinwies, dass die Rechtsprechung die Ausnahme vom Verbot der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn für Fälle von unregelmässiger Teilzeitarbeit zugelassen habe und nicht für Vollzeittätigkeiten, hielt es eine Ausnahme im doch sehr speziellen Einzelfall unter Verweis auf praktische Schwierigkeiten bei der Berechnung des Ferienlohns für gerechtfertigt (Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 E. 2.4.3). In einem anderen Fall, in dem eine Verpackungsarbeiterin mit regelmässigen Arbeitszeiten Vollzeit arbeitete und pro verarbeitete Einheit bezahlt wurde, verneinte das Bundesgericht demgegenüber die materielle Voraussetzung für eine Ausnahme (Urteil 4A_478/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4). Auch in einem später ergangenen Urteil, das einen Schreiner betraf, der im Stundenlohn angestellt war, sah das Bundesgericht die materielle Voraussetzung für eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn als nicht gegeben an. Es erwog, die Tätigkeit des Arbeitnehmers, die auf 42.5 Stunden pro Woche festgelegt war, sei als regelmässig zu qualifizieren und rechtfertige keine Abweichung von der Regel, dass der Lohn zu dem Zeitpunkt zu bezahlen ist, in dem die Ferien bezogen werden (Urteil 4A_561/2017 vom 19. März 2018 E. 3.4). In Urteil 4A_619/2019 vom 15. April 2020 hielt das Bundesgericht unter Verweis auf den Entscheid 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 fest, eine unregelmässige Beschäftigung sei auch bei einer Vollzeitanstellung möglich (E. 3.4). Nach erfolgter Rückweisung akzeptierte es eine unregelmässige Tätigkeit, nachdem bei 35 von 56 analysierten Lohnabrechnungen des als Fahrer von Entsorgungsfahrzeugen tätigen Arbeitnehmers eine Differenz von 10 % oder mehr (bis 25 %) zum Vormonat bestanden hatte (Urteil 4A_31/2021 vom 30. März 2022 E. 3.3.2). Entgegen der Beschwerdeführerin kann aus diesem Urteil nicht abgeleitet werden, das Bundesgericht gehe vom Grundsatz aus, eine unregelmässige Beschäftigung im Sinne von BGE 129 III 493 könne allgemein auch bei Vollzeitbeschäftigung in Betracht fallen. Das zeigen auch die weiteren Fälle, in denen Vollzeitbeschäftigung vorlag: Im Fall einer in einem Vollzeitpensum angestellten Osteopathie-Assistentin, die mit einem prozentualen Anteil an den den Klienten tatsächlich verrechneten Stunden entlohnt wurde, verneinte das Bundesgericht eine unregelmässige Tätigkeit im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung (Urteil 4A_158/2021 vom 11. November 2021 E. 4.2). In einem weiteren Entscheid erwog das Bundesgericht, die Tätigkeit der als Lehrerin einer Privatschule tätigen Arbeitnehmerin, die mindestens 35 Wochenstunden unterrichtete und pro Lektion entschädigt wurde, könne nicht als

unregelmässig bezeichnet werden (Urteil 4A_532/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 5.3).

E. 2.2.3

Die zwingende Bestimmung von Art. 329d OR will sicherstellen, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich bezieht, auch über das notwendige Geld verfügt, um diese sorgenfrei verbringen zu können (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.1). Es soll ihm ermöglicht werden, sich zu erholen, ohne durch den Lohnausfall davon abgehalten zu werden (BGE 136 III 283 E. 2.3.5). Der Ferienlohn ist daher grundsätzlich dann auszuzahlen, wenn die Ferien tatsächlich bezogen werden (BGE 129 III 664 E. 7.2). Aufgrund des klaren Wortlauts der zwingenden Gesetzesbestimmung darf ein Ausnahmefall, in dem der Ferienlohn auch schon laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden kann, mit Blick auf den Schutzgedanken der Bestimmung nur äusserst zurückhaltend angenommen werden. Es müssen unüberwindbare Schwierigkeiten vorliegen, die eine Auszahlung während der Ferien als praktisch nicht durchführbar erscheinen lassen (vgl. bereits BGE 129 III 493 E. 3.3). Zu denken ist etwa an gewisse Fälle von Teilzeitarbeit bei verschiedenen Arbeitgebern (vgl. etwa REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2010, N. 15 zu Art. 329d OR ; ERIC CEROTTINI, in: Dunand/ Mahon [Hrsg.], Commentaire du contrat de travail, 2. Aufl. 2022, N. 19 zu Art. 329d OR ; DERSELBE, Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001, S. 213; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4. Aufl. 2019, S. 511). Arbeitet der Arbeitnehmer zu 100 % für denselben Arbeitgeber, ist nicht einzusehen, welche unüberwindbaren Schwierigkeiten aufgrund von monatlichen Schwankungen der Arbeitszeit für eine Auszahlung des Lohns während der Ferien bestehen sollen. Das Bundesgericht hat in Fällen, die Vollzeitbeschäftigungen betrafen, bereits bisher betont, dass der variable Charakter des Arbeitslohns für sich allein keine von Art. 329d OR abweichende Vereinbarung rechtfertigt, da dies bei Stunden- oder Akkordlohn regelmässig vorkommt (Urteile 4A_158/2021 vom 11. November 2021 E. 4.2; 4A_478/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4). Mit der Vorinstanz erscheint im Hinblick auf die heute zur Verfügung stehenden Softwareangebote und Zeiterfassungssysteme eine dem Gesetz entsprechende Berechnung des Ferienlohns auch bei monatlichen Schwankungen des Lohns nicht mehr als unzumutbar (in diesem Sinne auch PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, 7. Aufl. 2019, N. 5 zu Art. 329d OR ; WOLFGANG PORTMANN, Salaire afférent aux vacances et indemnité pour les vacances non prises/Ferienlohn und Entschädigung für nicht bezogene Ferien, in: ARV/DTA 2003 S. 221 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 9 [S. 693] zu Art. 329d OR ; PRINZ/GEEL, in: Etter und andere [Hrsg.], Arbeitsvertrag, 2021, N. 10 zu Art. 329d OR ; zur Berechnung bei variablem Lohn: WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 509; VISCHER / MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, SPR, Bd. VII/4, 4. Aufl. 2014, § 17 Rz. 33 FN 50 S. 229 f.; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 2 zu Art. 329d OR ; CEROTTINI, Le droit aux vacances, a.a.O., S. 187 ff.; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 7.3). Abgesehen davon könnte eine gesetzeskonforme Auszahlung des Ferienlohns auch in der Weise gewährleistet werden, dass der Ferienlohnanteil zwar periodisch mit dem Grundlohn berechnet und ausgewiesen, aber erst beim tatsächlichen Ferienbezug ausbezahlt wird (CEROTTINI, Le droit aux vacances, a.a.O., S. 211; PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 329d OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 9 [S. 693] zu Art. 329d OR). Somit ist für 100 %-Beschäftigungen bei derselben Arbeitgeberin festzuhalten: Die in der Rechtsprechung angeführten praktischen Schwierigkeiten infolge unregelmässiger Arbeitszeiten entfallen als Rechtfertigung. Eine Ausnahme vom Grundsatz nach Art. 329d Abs. 1 OR aufgrund

monatlicher Schwankungen des geschuldeten Lohns selbst bei Vollzeitbeschäftigungen zuzulassen, würde den Schutzzweck dieser zwingenden Bestimmung aushöhlen. In solchen Fällen ist eine Ausnahme vom klaren Gesetzestext daher unzulässig.

E. 2.3

Im vorliegenden Fall der zu 100 % angestellten Arbeitnehmerin bedeutet dies, dass der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann. Indem sie die vorinstanzliche Analysemethode hinsichtlich der zeitlichen Schwankungen der Arbeitszeiten kritisiert, zeigt sie keine Verletzung von Bundesrecht auf. Wie sich ergeben hat, ist eine ausnahmsweise - vom zwingenden Art. 329d OR abweichende - Vereinbarung der Ausrichtung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn im Fall der bei derselben Arbeitgeberin zu 100 % angestellten Beschwerdegegnerin nicht zulässig. Die von der Beschwerdeführerin geäußerten praktischen Bedenken sind nach dem Gesagten nicht stichhaltig. Die in der Beschwerde hervorgehobenen Schwankungen der monatlichen Arbeitsstunden vermögen eine Ausnahme nicht zu rechtfertigen, womit auch die im gleichen Zusammenhang erhobenen Sachverhaltsrügen ins Leere zielen. Entsprechend hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht zur Ausrichtung des Ferienlohns verpflichtet. Die Berechnung des konkret zugesprochenen Betrags wird in der Beschwerde nicht beanstandet.

E. 3

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

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