

# **BGer 4A 66/2009 vom 8. April 2009**

Bundesgericht, 2009-04-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_66\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_66_2009)

FR: TF 4A 66/2009 du 8 avril 2009

IT: TF 4A 66/2009 del 8 aprile 2009

## **Regeste**

Arbeitsvertrag; Ferienentschädigung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz ( Art. 2 Abs. 2 ZGB ). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist einzelfallweise in Würdigung der gesamten Umstände zu bestimmen ( BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497).

#### **E. 1.1**

Dabei sind die von der Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen zu beachten ( BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 125 III 257 E. 2a S. 259) wie die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde ( BGE 132 III 115 E. 2.4 S. 118; 129 III 493 E. 5.1 S. 497, je mit Hinweis). Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen ( BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151 mit Hinweisen). Die Geltendmachung eines Rechts ist ferner missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht ( BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 125 III 257 E. 2a S. 259). Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann aber auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.202/2006 vom 29. September 2006 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.2**

Im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht ist nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Solche Umstände können vorliegen, wenn jene Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selbst vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren ( BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f.).

## **E. 2**

Der Anspruch auf Ferien hat insofern einen Doppelcharakter, als es einerseits um die Befreiung von der Arbeitspflicht während einer bestimmten Dauer und andererseits um die Entschädigung während dieser Zeit geht (VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl. 2005, S. 183). Dabei steht der Anspruch auf Freizeit im Vordergrund (STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 3 zu Art. 329a OR ). Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass während der Ferien der gesamte auf die entsprechende Zeit entfallende Lohn auszurichten ist ( Art. 329d Abs. 1 OR ) und dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen ( Art. 329d Abs. 2 OR ; Urteil des Bundesgerichts 4A\_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 3.2.2, nicht publ. in BGE 134 III 399 ).

### **E. 2.1**

Der Ferienlohn ist grundsätzlich dann zu bezahlen, wenn die Ferien bezogen werden. Der Arbeitnehmer darf während der Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte ( BGE 132 III 172 E. 3.1 S. 174; 129 III 493 E. 3.1). Art. 329d OR soll 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, und dass der Arbeitnehmer im richtigen Zeitpunkt weiss, welches Geld für diesen Zeitabschnitt gespart ist. Soweit der Ferienlohn überhaupt laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden darf, ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung notwendig, in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen den für die Ferien bestimmten Lohnanteil ausdrücklich auszuweisen und zudem - sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt - auch in diesem schriftlich den entsprechenden Lohnanteil festzuhalten ( BGE 134 III 399 E. 3.2.4.1 S. 401 f.; 129 III 493 E. 3.2 und 3.3 S. 495 f.).

### **E. 2.2**

Soweit es um den gesetzlichen Anspruch nach Art. 329d Abs. 1 OR geht, kann als Ferienlohn grundsätzlich nur gelten, was zusätzlich zum vereinbarten Lohn bezahlt wird, da ansonsten der Arbeitgeber jeweils geltend machen könnte, er hätte einen niedrigeren Lohn vereinbart, wenn er gewusst hätte, dass er noch zusätzlich etwas für die Ferien bezahlen müsse. Massgebend ist grundsätzlich, ob der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Ferien gleich viel bezahlt bekommen hat, wie er erhalten hätte, wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte ( BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2 S. 402).

## **E. 3**

Vor dem dargelegten Hintergrund bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Fug Rechtsmissbrauch vorwerfen konnte.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz ist der Auffassung, der Beschwerdeführer hätte nicht bis nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuwarten dürfen, um die Beschwerdegegner darauf aufmerksam zu machen, dass die im Vertrag vorgesehene Bestimmung den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche. Durch sein langes Zuwarten habe er den Beschwerdegegnern verunmöglicht, ihre eigenen Interessen zu wahren. Nach Auffassung der Vorinstanz wäre es dem Beschwerdeführer schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vor der Vertragsunterzeichnung zuzumuten gewesen, das Thema anzusprechen, zumal er Mitglied der "commission des intérêts des hospitaliers" gewesen sei, die sich in den Diskussionen

mit dem GEHVAL und dem Beschwerdegegner 1 genau mit dem Thema der Ferienansprüche und der einzelnen Verträge beschäftigt habe.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bei Vertragsunterzeichnung nicht gewusst, dass die vereinbarte Regelung gesetzwidrig sei. An die Feststellungen des kantonalen Gerichts über die Umstände des Vertragsschlusses und das Wissen der Vertragsparteien ist das Bundesgericht aber grundsätzlich gebunden ( BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen). Wenn die Vorinstanz aus der Mitgliedschaft zur "commission des intérêts des hospitaliers" implizit ableitet, der Beschwerdeführer habe um die Gesetzwidrigkeit der Vereinbarung gewusst, handelt es sich dabei um Beweiswürdigung, welche das Bundesgericht nur überprüfen kann, wenn sie offensichtlich unrichtig und damit willkürlich ist ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Voraussetzung ist allerdings, dass eine hinreichend begründete Rüge erhoben wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen). Diesen Anforderungen genügen die Vorbringen des Beschwerdeführers nicht. Er macht geltend, weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegner hätten ein entsprechendes Wissen behauptet geschweige denn rechtsgenügend nachgewiesen. Im Übrigen stellt er einfach seine eigene Sicht der Dinge dar. Aus dem Zusammenhang ergibt sich deutlich, dass die Vorinstanz annimmt, der Beschwerdeführer habe die Unzulänglichkeit der Vereinbarung bereits bei Vertragsunterzeichnung erkannt. Die Vorbringen des Beschwerdeführers genügen nicht, um diese Auffassung als offensichtlich unrichtig auszuweisen. Konnte die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen, der Beschwerdeführer habe mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zugewartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren, durfte sie gestützt darauf ohne Bundesrechtsverletzung Rechtsmissbrauch bejahen ( BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 498 mit Hinweisen). Bereits unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Beschwerde als nicht stichhaltig.

### **E. 4**

Selbst wenn man zu Gunsten des Beschwerdeführers annehmen wollte, er habe die Klausel bei Vertragsschluss für gültig erachtet, würde dies im Ergebnis nichts ändern:

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer erklärt selbst, er habe seine Ferien jeweils bezogen. Die Ferien wurden mithin nicht in Geld abgegolten, so dass kein Verstoss gegen Art. 329d Abs. 2 OR vorliegt. Beide Parteien waren sich von Anfang an bewusst, dass der Ferienlohn im normalen Lohn enthalten sein sollte. Wird der Lohn nach Leistung ausgerichtet, ist für den Ferienlohn grundsätzlich ein Durchschnittswert einzusetzen ( BGE 129 III 664 E. 7.3 S. 674 mit Hinweisen). Mit dieser Regel ist grundsätzlich vereinbar, den Ferienlohn bereits auf den Anspruch für die einzelnen Leistungen aufzurechnen, denn auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Arbeitnehmer den der tatsächlich geleisteten Arbeit entsprechenden Ferienlohn erhält. Allerdings müsste der Ferienlohn separat ausgewiesen werden.

#### **E. 4.2**

Die detaillierte Abrechnung erfolgte jeweils auf Ende Jahr, nachdem der Beschwerdeführer monatliche Akontozahlungen erhalten hatte, und zwar auch dann, wenn er infolge Ferienabwesenheit seine Arbeitsleistung nicht oder nur teilweise erbracht hatte. Diese Art der Lohnabgeltung ist mit erheblicher Unsicherheit behaftet, wenn sie wie vorliegend durch Abschlagszahlungen unterschiedlicher Höhe erfolgt. Sie kann für den Arbeitnehmer

problematisch sein, namentlich wenn eine Akontozahlung nicht ausreicht, um die monatlichen Ausgaben zu decken. Beim Beschwerdeführer war dies indessen mit Blick auf die Höhe der Akontozahlungen und die Ersparnisse, die er bilden konnte, offensichtlich nicht der Fall. Da der Beschwerdeführer die Akontozahlungen auch erhielt, wenn er Ferien bezog, war er in diesen Zeiten nicht schlechter gestellt als wenn er gearbeitet hätte. Er musste aus seinen Einkünften keine Rückstellungen für die Ferien bilden, sondern konnte die Akontozahlung dafür verwenden, im Wissen, dass er im nächsten Monat mit einer neuen Zahlung rechnen konnte, die für die Bestreitung des Unterhaltes ausreichen würde. Die Gefahr, dass das für die Ferien notwendige Geld vorzeitig verbraucht und dadurch der Ferienzweck vereitelt würde, bestand somit nicht ( BGE 129 III 493 E. 3.2 S. 496 mit Hinweisen). Darin unterscheidet sich die Situation des Beschwerdeführers von derjenigen eines Arbeitnehmers, der nur Lohnzahlungen erhält, wenn er tatsächlich gearbeitet hat.

#### **E. 4.3**

Dass der Beschwerdeführer Ende Jahr je mit einer Rückforderung konfrontiert worden wäre oder ernsthaft damit hätte rechnen müssen, ist nicht festgestellt und macht er nicht geltend. Zwar trifft zu, dass die Gefahr der Pflicht zur Rückzahlung geeignet ist, den sorgenfreien Feriengenuss zu beeinträchtigen, wie der Beschwerdeführer vorbringt. Daraus kann er indessen nichts für seinen Standpunkt ableiten, da für ihn keine derartige Gefahr bestand. Daher war er für seine Ferienplanung nicht darauf angewiesen, dass der Ferienlohn separat ausgewiesen wurde. Ohnehin hätte er nach dem vereinbarten System über den definitiven Ferienlohn erst nachträglich orientiert werden können, mit dem Zugang der Schlussabrechnung auf das Jahresende.

#### **E. 4.4**

Art. 329d OR sichert dem Arbeitnehmer die nötige Erholung frei von finanziellen Sorgen. Diesem Zweck könnte eine Abrede über den Ferienlohn, wie sie die Parteien getroffen haben, unter Umständen zuwiderlaufen. Dass dies jedoch beim Beschwerdeführer nicht der Fall war, ergibt sich aus seinen eigenen Vorbringen. Die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen wurden gewahrt (vgl. BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f. mit Hinweisen), indem der Beschwerdeführer seine Ferien beziehen konnte und ihm die dafür notwendigen Mittel zur Verfügung standen. Daraus erhellt, dass der Beschwerdeführer das Fehlen von Angaben zum Ferienlohn in den Lohnabrechnungen und im Vertrag nicht etwa beanstandet, weil er sich in den Ferien nicht frei von finanziellen Sorgen hätte erholen können, sondern um nachträglich einen höheren Lohn zu erwirken. Die Rechtsausübung erfolgt damit zweckwidrig, was die Vorinstanz zu Recht als missbräuchlich eingestuft hat.

#### **E. 5**

Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig. Da die Beschwerdegegner sich beide haben vernehmen lassen und durch unterschiedliche Anwälte vertreten sind, steht ihnen je eine Parteientschädigung zu. Die Kosten richten sich nach dem Streitwert, da dieser Fr. 30'000.-- übersteigt ( Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG ).